



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

Barnets beste i saker om nektet eller begrenset samvær

En sammenligning av samværsretten i barneloven og barnevernloven

Ingvild Schwenke Jensen

Masteroppgave i Rettsvitenskap JUR-3902 mai 2021

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Tema, aktualitet og problemstilling.....	1
1.2	Avgrensning og begrepsavklaring.....	2
1.3	Metode og rettskildebruk.....	2
1.4	Veien videre.....	4
2	Grunnleggende prinsipper i samværsretten og deres betydning for avgjørelser om å begrense eller nekte samvær	5
2.1	Generelt om prinsippenes betydning i samværsretten.....	5
2.2	Prinsipper som taler for samvær.....	6
2.2.1	Retten til respekt for familieliv	6
2.2.2	Barnets rett til samvær.....	8
2.2.3	Det biologiske prinsipp i samværsretten	10
2.3	Prinsipper som taler mot samvær	11
2.3.1	Barnets rett til omsorg og beskyttelse	11
2.3.2	Barnets rett til beskyttelse mot vold og seksuelle overgrep.....	12
2.4	Prinsippet om barnets beste	13
2.5	Samvirkningen mellom prinsippene.....	15
3	Begrenset eller nektet samvær etter barneloven.....	16
3.1	De rettslige utgangspunktene for samværsretten etter barneloven.....	16
3.1.1	Lovens utgangspunkt.....	16
3.1.2	Begrensninger i samværsomfanget	17
3.1.3	Andre begrensninger i samværsretten	19
3.1.4	Når samvær ikke er til barnets beste	21
3.2	Begrenset eller nektet samvær i rettspraksis.....	23
3.2.1	Beslutninger om begrenset samværsrett.....	23
3.2.2	Avgjørelser som resulterte i samværsnekt	26

4	Begrenset eller nektet samvær etter barnevernloven.....	29
4.1	Det rettslige utgangspunktet for samværsretten etter barnevernloven	29
4.1.1	Lovens utgangspunkt.....	29
4.1.2	Begrensninger i samværsretten	30
4.1.3	Når samvær ikke er til barnets beste	34
4.2	Begrenset eller nektet samvær i rettspraksis.....	35
4.2.1	Begrensninger i samværsretten	35
4.2.2	Nektet samvær.....	39
5	Sammenligning av begrenset eller nektet samværsrett etter barneloven og barnevernloven.	43
5.1	Ulike utgangspunkter for å fastsette omfang av samværet.....	43
5.2	Ulik terskel for å nekte samvær	46
5.3	Er lovene og avgjørelsene i tråd med Barnekonvensjon?.....	47
	Referanseliste	51

1 Innledning

1.1 Tema, aktualitet og problemstilling

Samværsretten er en overordnet rettighet for barn og foreldre, som blant annet kommer til uttrykk i Grunnloven¹ og De europeiske menneskerettighetene². Barns rett til samvær med sine foreldre bygger på presumsjonen om at det er verdifullt for barn å ha en personlig forbindelse og direkte kontakt med foreldrene regelmessig, og følger av Barnekonvensjonen³ artikkel 9 nr. 3. Det finnes imidlertid situasjoner hvor dette ikke er tilfellet, og samværet av hensyn til barnet må begrenses eller nektes helt. Dersom samvær i en konkret sak er i strid med barnets beste, skal det ikke skal være noe samvær, jf. BK artikkel 9 nr. 3. Andre inngrep i samværsretten, som å begrense den i omfang eller å sette vilkår for den, må også besluttes, dersom det er til det konkrete barnets beste i en sak.

Temaet for denne oppgaven er en sammenligning av samværsretten i barneloven⁴ og barnevernloven⁵. Utgangspunktet for sammenligningen tas i hensynet til barnets beste ved spørsmål om samværet skal begrenses eller nektes. Barnets beste er, etter Grunnloven § 104 tredje ledd og BK artikkel 3 nr. 1, det grunnleggende vurderingstemaet i barneretten.

Barneloven bygger på forutsetningen om at barnet har to foreldre som er kompetente omsorgspersoner, og som barnet har godt av å kjenne og ha kontakt med. Utgangspunktet for samværsretten i barneloven springer ut fra denne forutsetningen. Samværsretten i barnevernloven derimot, bygger på det utgangspunkt at ingen av foreldrene er kompetente omsorgspersoner, og barnet som følge av det må bo sammen med noen andre.⁶ Selv om utgangspunktene er nokså ulike, har barnet som hovedregel rett til samvær med begge foreldrene etter både barneloven og barnevernloven. Videre skal samvær etter begge lover fastsettes ut fra hva som er til det konkrete barnets beste, og nektes dersom samvær er i strid med barnets beste. Avgjørelser om samværsrett skal altså tas ut fra de samme hensyn, og det

¹ Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov.

² Den europeiske menneskerettskonvensjonen (heretter EMK).

³ FNs konvensjon om barns rettigheter (heretter Barnekonvensjonen eller BK).

⁴ Lov 8. april 1981 nr. 1 om barn og foreldre (heretter bl.).

⁵ Lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester (heretter bvl.).

⁶ Bendiksen og Haugli (2021) s. 267.

samme overordnede prinsipp om barnets beste, selv om omstendighetene kan være ulike alt ettersom hvilken lovs anvendelsesområde saken befinner seg.

Hovedproblemstillingen er om avgjørelser om å begrense eller nekte samvær praktiseres likt etter barneloven og barnevernloven, og om vurderingene som tas er i samsvar med de overordnede prinsippene, herunder spesielt prinsippet om barnets beste. Formålet med avhandlingen er å undersøke hvordan hensynet til barnets beste vektet mot andre hensyn i slike saker, og se på om barnet får like mye fokus i avvenningene etter de to lovene.

1.2 Avgrensning og begrepsavklaring

Avhandlingen avgrenses til å kun omhandle fysisk samvær. Barn og foreldre kan ha kontakt over telefon eller internett, men av praktiske hensyn vil ikke slikt samvær bli behandlet i det følgende. Videre vil kun samvær med barnets foreldre bli behandlet. Samvær med besteforeldre, søsken eller øvrige familiemedlemmer vil ikke bli behandlet eller problematisert.

Inngrep i samværsretten sikter til avgjørelser av fylkesnemndene eller domstolene om at det ikke skal være noe fysisk samvær mellom barnet og en eller begge foreldrene, eller hvor samværet blir svært begrenset i omfang eller ved at det settes vilkår for det.

For ordens skyld påpekes det at jeg med begrepet «foreldre» sikter til biologiske foreldre. Barneloven definerer i § 2 mor til barnet som den kvinnen som har født barnet, og far eller medmor som den som er gift med mor ved fødsel, jf. § 3. Dersom mor ikke er gift ved fødsel kan far eller medmor erklære farskap eller medmorskap etter § 4.

1.3 Metode og rettskildebruk

Avhandlingen har en rettsdogmatisk tilnærming da den ved bruk av juridisk metode tar utgangspunkt i gjeldende rett for å besvare problemstillingen. Utgangspunkt tas i barneloven og barnevernloven, med tilhørende forarbeider og rettspraksis, sett opp mot de viktigste overordnede prinsipper som gjelder i samværsretten.

Rettsområdene reguleres av nasjonale og internasjonale rettskilder. Flere av de internasjonale kildene vil gjelde for samværsspørsmål både etter barneloven og barnevernloven. Det menneskerettslige utgangspunktet vil være det samme for saker om samvær etter begge lover,

men de interne norske reglene og vurderingene som må tas, vil være ulike.⁷ På bakgrunn av at menneskerettighetene er relevante for alle spørsmål om samvær, er det interessant å se på hvordan vekt de ulike kildene har, og hvordan samspillet mellom dem fungerer.

De menneskerettigheter som følger av Grunnloven har øverste rang etter norsk rett. Ved motstrid mellom Grunnloven og formell lov, går grunnlovsregelen foran.⁸ Dette følger av lex superior-prinsippet, som videre også tilsier at en lovbestemmelse av lavere rang, kan tolkes innskrenkende for å unngå motstrid med for eksempel Grunnloven.⁹

Barnekonvensjonen står sentralt i barneretten. Konvensjonen er inntatt i menneskerettsloven¹⁰, og har forrang i norsk rett jf. mrl. § 3. Det følger av Wien-konvensjonen¹¹ artikkel 31 nr. 1 at konvensjoner skal tolkes i sammenheng med ordlyden og formålet. Ut over dette gir også FNs barnekomités generelle kommentarer noen veiledning for tolkningen av Barnekonvensjonen. De er, selv om de ikke er rettslig bindende, en viktig kilde for å klarlegge innholdet i bestemmelsene.¹² Høyesterett har uttalt at det er naturlig å ta utgangspunkt i Barnekomiteens generelle kommentarer ved tolkning av BK artikkel 3 nr. 1.¹³ I ettertid har Høyesterett gått litt tilbake på dette, og tonet ned kommentarenes rettskildemessige vekt. I plenumsdommen inntatt i Rt. 2015 s. 1388 la flertallet liten vekt på kommentarene med begrunnelsen at uttalelsene ikke var begrunnet i konvensjonsteksten.¹⁴ Vekten av de generelle kommentarene vil ifølge Høyesterett avhenge av hvor klar og tydelige de er, og hvor godt de samsvarer med det konkrete tilfellet som er til vurdering. Selv om Høyesterett søkte å tone noe ned på den generelle vekten av kommentarene, er Barnekonvensjonen inkorporert i norsk rett, og inkorporeringen er ikke begrenset til kun konvensjonens ordlyd. Kommentarene vil følgelig være en viktig kilde og et naturlig utgangspunkt ved tolkningen av konvensjonen.

De Europeiske menneskerettighetene er også tatt inn i menneskerettsloven, og har følgelig forrang på samme grunnlag som BK. Ved tolkning av bestemmelser i EMK vil også ordlyden og formålet spille en stor rolle, men her vil også Den Europeiske menneskerettsdomstolens

⁷ Bendiksen og Haugli (2021) s. 267.

⁸ Nygaard (2004) s. 138.

⁹ Nygaard (2004) s. 140.

¹⁰ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om menneskerettighetenes stilling i norsk rett (heretter mrl.).

¹¹ Wien-konvensjonen om traktatretten (Vienna Convention on the law of treaties) 23. mai 1969.

¹² Smith (2020) s. 31.

¹³ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 64.

¹⁴ Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 153-154 og 185.

(heretter forkortet EMD) tolkninger være bindende. EMD fungerer som prejudikatsdomstol i norsk rett i relasjon til tolkningen av EMK.¹⁵ Av bestemmelsene i EMK er det artikkel 8 som omhandler respekt for familielivet, som er relevant for spørsmål om inngrep i samværsretten.

Flere av menneskerettighetsbestemmelsene i Grunnloven er utformet med bakgrunn i ulike internasjonale menneskerettigheter.¹⁶ Forholdet mellom disse ved tolkninger er ifølge Høyesterett at bestemmelser i Grunnloven skal tolkes i lys av de folkerettslige reglene de stammer fra, men «likevel ikke slik at fremtidig praksis fra de internasjonale håndhevsorganene har samme prejudikatsvirkning ved grunnlovstolkningen som ved tolkningen av de parallelle konvensjonsbestemmelsene».¹⁷ Selv om Grunnloven har høyeste rang, vil tolkninger av EMK og BK noen ganger ha betydning for tolkningen av menneskerettighetene i Grunnlovens kapittel E. Det klare utgangspunktet er likevel at EMD har det avgjørende ordet ved tolkning av EMK, og Høyesterett har det ved tolkning av Grunnloven.¹⁸

At Høyesterett har det avgjørende ordet følger av Grunnloven § 88 som fastslår at Høyesterett dømmer i siste instans. Høyesterettsdommer har som følge av dette prejudikatsverdi, og er bindende for alle andre enn Høyesterett selv.¹⁹ På barnerettens område er det imidlertid en særegenhet som gjør at dommer ikke kan tjene som prejudikater i streng forstand. Avgjørelser om samvær må tas ut fra en helhetsvurdering av den konkrete situasjonen, og tidligere dommer kan derfor i stor grad kun angi hvilke momenter som vil være relevante, og gi illustrasjoner av hvordan hensynene kan avveies mot hverandre.²⁰

1.4 Veien videre

Innledningsvis vil det bli gjort rede for de sentrale prinsippene som vil spille inn i avveininger ved avgjørelse om samværsretten skal begrenses eller nektes. I kapittel 3 og 4 vil jeg redegjøre for de rettslige utgangspunktene for å gjøre inngrep i samværsretten etter barneloven og barnevernloven, samt analysere tidligere rettspraksis, for å avgjøre om loven tolkes i tråd med de overordnede prinsipper. Avslutningsvis, i kapittel 5, vil jeg foreta en

¹⁵ Nygaard (2004) s. 82.

¹⁶ Se for eksempel Grunnloven § 102 som er utformet etter mønsteret i EMK artikkel 8, og Grunnloven § 104 som er utformet etter BK artikkel 3, 12 og 16.

¹⁷ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 57.

¹⁸ Aall (2018) s. 43.

¹⁹ Nygaard (2004) s. 75.

²⁰ Backer (2008) s. 337.

sammenligning av hvordan begrenset eller nektet samvær praktiseres etter de to lovene, samt vurdere om de praktiseres i tråd med Barnekonvensjonen.

2 Grunnleggende prinsipper i samværsretten og deres betydning for avgjørelser om å begrense eller nekte samvær

2.1 Generelt om prinsippenes betydning i samværsretten

Samværsretten styres av ulike grunnleggende prinsipper. Disse får betydning i vurdering av om samvær skal begrenses eller nektes. Prinsippene verner ulike rettigheter, og kan trekke i ulike retninger i vurderingen av samværsspørsmål. For å kunne si noe om hvordan de virker inn på spørsmål om samvær etter barneloven og barnevernloven, er det hensiktsmessig å først diskutere prinsippenes betydning, og samvirkningen mellom dem.

De prinsipper som taler for samvær i slike saker har til felles at de er begrunnet i den verdien det har for barnet å ha kontakt med foreldrene. Barnets rett til samvær er forankret i BK artikkel 9 nr. 3, og har følgelig forrang ved motstrid jf. mrl. § 3. Retten til samvær er videre et uttrykk for retten til familieliv, som følger av Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8 nr. 1. Familielivet er altså beskyttet gjennom Grunnlovs rang, og EMKs forrang etter mrl. § 3. Det siste prinsippet som taler for at det skal fastsettes samvær i en sak, er det biologiske prinsipp. Disse prinsippene danner til sammen et sterkt menneskerettslig grunnlag for at det skal fastsettes samvær mellom barnet og dets foreldre.

Formålet med å begrense eller nekte samvær vil som hovedregel være å beskytte barnet. Prinsippet om barns rett til omsorg og beskyttelse jf. BK artikkel 3 nr. 2, og prinsippet om barns rett til beskyttelse mot vold og seksuelle overgrep jf. BK artikkel 19 nr. 1, vil derfor tale mot samvær i saker hvor det er fare for at foreldrene kan utsette barnet for slikt gjennom å ha kontakt.

Prinsippet om barnets beste står i en særstilling ved at det ikke har noe klart meningsinnhold, men kan trekke i ulike retninger alt etter hva som behandles, hvem som behandler det og når

det blir behandlet.²¹ Ved avgjørelser om begrenset eller nektet samvær vil barnets beste derfor kunne tale både for og mot samvær.

Rekkefølgen prinsippene vil bli diskutert etter i det følgende er bestemt ut fra om de taler for eller mot samvær i slike avgjørelser. Først vil prinsippene som taler for samvær diskuteres i punkt 2.2, deretter prinsippet som taler mot samvær i punkt 2.3, og så prinsippet om barnets beste som kan tale både for og mot samvær i punkt 2.4. Til slutt i punkt 2.5 vil jeg se på samvirkningen mellom de ulike prinsippene.

2.2 Prinsipper som taler for samvær

2.2.1 Retten til respekt for familieliv

Retten til respekt for familielivet følger av EMK artikkel 8 nr. 1 og Grunnloven § 102 første ledd. Begge bestemmelsene fastslår at «enhver» har rett til respekt for sitt familieliv.

Ordlyden «enhver» viser til at rettigheten gjelder for alle. Det skilles altså ikke mellom barn og foreldres rett. Familieliv er ikke nærmere definert i bestemmelsen, men EMD har uttalt at «the mutual enjoyment by parent and child of each other's company constitutes a fundamental element of family life».²² Kjernen i begrepet er altså forholdet mellom barn og foreldre.

Hvis barnet ikke bor sammen med en eller begge foreldrene sine, sikres retten til familieliv gjennom samvær. Det å begrense samværsretten sterkt, eller i ytterste konsekvens nekte den helt, vil medføre at familielivet blir innskrenket eller avskåret. Slike inngrep kan kun gjøres hvis det er «i samsvar med loven» og «nødvendig i et demokratisk samfunn», jf. EMK artikkel 8 nr. 2.

At inngrepet må være nødvendig i et demokratisk samfunn innebærer ifølge EMD at det må ha et legitimt formål, og det må være nødvendig. Legitime formål kan for eksempel være «protection of health or morals» og «rights and freedoms».²³ Typisk vil et svært begrenset samvær, eller samværsnekt, ha som formål å beskytte barnets psykiske eller fysiske helse. Nødvendighetsvilkåret er vanskeligere å vurdere. Hvis samvær skal nektes, må det være nødvendig for å oppnå formålet, nemlig å beskytte barnet. I dette ligger at mildere alternativer må være vurdert til å ikke kunne oppnå det samme formålet. Retten til familieliv tilsier altså

²¹ Bendiksen og Haugli (2021) s. 26.

²² EMDs dom 19. september 2019 *Strand Lobben med flere mot Norge* avsnitt 202.

²³ *Strand Lobben med flere mot Norge* avsnitt 214.

at mildere alternativer skal forsøkes. Det er kun dersom det ikke er mulig å for eksempel beskytte barnets helse gjennom tilrettelegging, at samvær kan nektes helt.

EMD har fastslått at det i saker med omsorgsovertakelse etter barnevernloven ikke er nok at barnet og foreldrene opprettholder kontakten, samværet må også være egnet til å beskytte, styrke og utvikle familiebåndene.²⁴ Dette kan imidlertid ikke føre til at samvær har et omfang som kan utsette barnet for «undue hardship».²⁵ I slike saker er det altså ikke nok at det fastsettes et visst omfang av samværet, det må legges opp på en måte som tilrettelegger for gjenforening senere. Det krever en del samvær for å kunne styrke og utvikle familiebåndene, spesielt siden barnet samtidig skal knytte bånd til en ny fosterfamilie. Retten til familieliv tilsier altså at barnet ikke bare skal kjenne til foreldrene og ha et forhold til dem, det skal også få sterkere bånd til dem gjennom samværet. Det må derfor fastsettes så mye og så omfattende samvær som mulig, uten at det blir en uforholdsmessig byrde for barnet.

Det å nekte samvær helt skal ifølge EMD kun gjøres i «very exceptional circumstances».²⁶ Ordlyden taler om at det må foreligge noen helt spesielle forhold i saken. Terskelen er altså satt veldig høyt. EMD har videre uttalt at alt som kan gjøres for å bevare det personlige forholdet mellom foreldre og barn skal gjøres, og hvis og når det passer, skal forholdet også gjenoppbygges.²⁷ Igjen legger domstolen vekt på det å utvikle eller styrke familiebånd i saker hvor omsorgen for barnet er tatt fra foreldrene. Det overordnede målet skal ifølge EMD være å muliggjøre gjenforening mellom barnet og dets «natural parents».²⁸

Også der gjenforening ikke er målet, skal samværet legges opp slik at familiebåndene opprettholdes. EMD har fastslått at selv om omsorgsovertakelsen er varig, og målet ikke er gjenforening, er samvær fortsatt viktig for å styrke, beskytte og utvikle familiebåndene mellom barn og foreldre.²⁹

Felles for sakene EMD har behandlet er at det er foreldrene som er klager, og part. Barnene er med i forlengelse av foreldrene, ikke som selvstendige parter i saken. Som følge av dette blir sakene i stor grad vurdert ut fra foreldrenes perspektiver. EMD viser til barnets beste i

²⁴ EMDs dom 19. november 2019 *K.O. og V.M mot Norge* avsnitt 69.

²⁵ *K.O. og V.M mot Norge* avsnitt 69.

²⁶ *Strand Lobben med flere mot Norge* avsnitt 207.

²⁷ *Strand Lobben med flere mot Norge* avsnitt 207.

²⁸ *Strand Lobben med flere mot Norge* avsnitt 208.

²⁹ EMDs dom 17. desember 2019 *Abdi Ibrahim mot Norge* avsnitt 63.

dommene, men legger samtidig vekt på at samværet må være så omfattende som mulig, så lenge barnet ikke blir utsatt for uforholdsmessig byrde. Det kan virke som om barnets interesser kommer i skyggen av det overordnede målet, som ifølge EMD er å tilrettelegge for gjenforening med foreldrene gjennom å utvikle familiebåndene, ikke bare opprettholde dem.

2.2.2 Barnets rett til samvær

Barnekonvensjon artikkel 9 nr. 3 slår fast at barn har rett til å opprettholde personlig forbindelse og direkte kontakt med begge foreldre regelmessig, selv om barnet er adskilt fra en av dem eller begge. Personlig forbindelse og regelmessig kontakt kan oppnås gjennom samvær. Det klare utgangspunktet er altså at barnet har rett til samvær med sine foreldre.

Dette må ses i sammenheng med at barnet ikke skal bli skilt fra sine foreldre mot deres egen vilje, jf. BK artikkel 9 nr. 1. Slik adskillelse kan imidlertid besluttes dersom det er «nødvendig av hensyn til barnets beste». Ordlyden «nødvendig» viser til at det må foretas en forholdsmessighetsvurdering av inngrepet. Vurderingstemaet er «barnets beste», og andre hensyn kan derfor ikke ligge til grunn for en adskillelse. Hva som kan være en nødvendig grunn eksemplifiseres i samme avsnitt i artikkelen. Dette kan være i «særlige tilfeller», som for eksempel foreldrenes mishandling eller vanskjøtsel av barnet, eller det kan være at foreldrene ikke bor sammen og det må tas en avgjørelse om hvor barnet skal bo. Formuleringen «særlige tilfeller» taler om at det er en nokså høy terskel for å skille barn fra sine foreldre.

Dersom det er nødvendig av hensyn til barnets beste å skilles fra en eller begge foreldre, er det klare utgangspunktet i BK at barnet da har rett til samvær med den eller dem. Det presumeres altså at barnet som hovedregel har godt av å ha kontakt med sine foreldre. Dette er forsterket av at unntak kun skal gjøres hvis samværet er i strid med barnets beste, jf. artikkel 9 nr. 3.

Videre er det også en viktig del av samværsretten at barnet gjennom denne kontakten skal kjenne sitt opphav.³⁰ FNs barnekomité har påpekt i Norges femte og sjette rapport at det må legges til rette for at minoritetsbarn, etter omsorgsovertakelse, skal ha mulighet til å lære om, og opprettholde forbindelsen med deres språk og kultur.³¹ Det nevnes ikke eksplisitt at dette

³⁰ Stang og Baugerud (2018) s.18.

³¹ FNs barnekomités Concluding Observations, Norway 4. juli 2018 punkt 21.

må gjøres gjennom regelmessig kontakt med foreldrene, men samvær vil kunne være egnet for å legge til rette for at dette opprettholdes. Barnekomiteens bekymring på dette punktet gjaldt barn som var blitt fratatt familiemiljøet, og knyttet seg blant annet til BK artikkel 9.

Barnets kulturelle bakgrunn blir ofte vurdert av Høyesterett i tilknytning til spørsmål om samvær. I HR-2021-475-A og HR-2021-476-A ble dette trukket inn i vurderingen av samværsomfanget. Hensynet blir ofte trukket frem som ett av mange momenter som må inngå i slike vurderinger. Høyesterett uttalte i førstnevnte dom at «barns etniske, religiøse, kulturelle og språklige bakgrunn må hensyntas og vektlegges ved valg av tiltak» og at barnets kulturelle rettigheter etter BK artikkel 30 må «respekteres og sikres så langt dette er i samsvar med barnets beste og ikke kommer i konflikt med barnets grunnleggende rett til forsvarlig omsorg og beskyttelse». ³² Det at barnet skal kjenne sitt kulturelle, religiøse og språklige opphav skal vurderes og vektlegges, men det er også en del av bakgrunnen for at samvær som hovedregel anses å være bra for barnet.

Barnekonvensjon artikkel 9 gjelder utelukkende barnets rett til samvær. En styrke ved konvensjonen er at det er barnet som står i fokus. Som nevnt i punkt 2.1.1 vil ofte foreldrenes interesser få mye plass etter EMK artikkel 8. Foreldrene og barnet kan ha ulike interesser i saker om samvær, og barnekonvensjonen sikrer at barnets interesser blir avgjørende for resultatet.

Det er imidlertid svakheter ved barnekonvensjonen slik den er inkorporert i dag. For det første har ikke Norge ratifisert den tredje tilleggsprotokollen som gjelder individklageordningen for barnekonvensjonen. Protokollen ville gitt norske barn anledning til å reise en internasjonal klagesak, noe som ville styrket barns beskyttelse av rettighetene i konvensjonen.

Barnekomiteen ville antakelig også gi barns rettigheter et sterkere vern enn det myndighetene og domstolene gjør i sine saker. ³³ For det andre har ikke barn mulighet til å reise sak for nasjonale domstoler for å hevde sin rett til for eksempel samvær etter konvensjonen. Barn har partsevne etter tvisteloven ³⁴ § 2-1 bokstav a, men er som hovedregel ikke prosessdyktig etter tvisteloven § 2-2 første ledd jf. Vergemålsloven ³⁵ § 1.

³² HR-2021-475-A avsnitt 45 og 46.

³³ Elgesem (2013) s. 67.

³⁴ Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile saker (tvisteloven).

³⁵ Lov 26. mars 2010 nr. 9 om vergemål (vergemålsloven).

2.2.3 Det biologiske prinsipp i samværsretten

Det biologiske prinsipp er ett av de grunnleggende prinsipper barnevernloven bygger på.³⁶ Prinsippet kommer indirekte til uttrykk gjennom ulike bestemmelser i barnevernloven. Blant annet kommer det til uttrykk i utgangspunktet om at foreldrene har den primære omsorgen for barnet, mens barnevernet har den subsidiære.³⁷ Det er antatt at tilknytning til de biologiske foreldrene er en ressurs for barnet.³⁸ Prinsippet baserer seg på at felles gener mellom barn og foreldre utgjør et biologisk bånd som ofte skaper en viktig følelsesmessig tilknytning for barnet. Det er et utslag av en overordnet samfunnsverdi om at barnet har godt av denne biologiske tilknytningen.

En avgjørelse om å nekte samvær etter barnevernloven vil i praksis bety at barnet mister all kontakt med sine biologiske foreldre, og dermed sitt biologiske opphav. Selv om barnet ikke lenger skal være under foreldrenes omsorg, ses muligheten for kontakt på som noe som har egenverdi for barnet. Høyesterett har fastslått at barnet unntatt i helt spesielle tilfeller har «et grunnleggende behov for å beholde båndene til biologisk familie»³⁹. Dette viser hvor viktig det antas at kontakt med de biologiske foreldrene er.

Selv om det besluttes at det av hensyn til barnet ikke kan være omfattende samvær, tilsier det biologiske prinsipp at noe kontakt likevel kan være verdifullt. Høyesterett har uttalt at «kontakt mellom barn og foreldre på telefon eller sosiale medier ofte vil være verdifullt for barnet, som på den måten kan holde kontakt med biologisk familie på en enkel måte»⁴⁰. Hvis samværet kan tilpasses slik at barnet ikke tar skade, men fortsatt kan opprettholde båndene til sine biologiske foreldre, tilsier prinsippet at dette er så viktig at det skal forsøkes.

Det biologiske prinsipp har vært gjenstand for mange diskusjoner de siste årene. I 2011 ble det satt ned et utvalg som skulle utrede spørsmål knyttet til anvendelsen av prinsippet i barnevernsretten. Resultatene ble publisert i NOU 2012: 5 *Bedre beskyttelse av barns utvikling*. Utvalget anbefalte at det skulle innføres et nytt prinsipp for utviklingsfremmende tilknytning, hvor selve tilknytningen og relasjonen mellom barn og foreldre var i fokus, ikke de biologiske båndene mellom dem.⁴¹ Departementet fulgte ikke utvalgets anbefaling om å

³⁶ NOU 2012: 5 s. 41.

³⁷ NOU 2012: 5 s. 41.

³⁸ NOU 1985: 18.

³⁹ HR-2020-1967-A avsnitt 62.

⁴⁰ HR-2020-1967-A avsnitt 63.

⁴¹ NOU 2012: 5 s. 15-16

innføre et slikt nytt prinsipp i proposisjonen, og la heller til grunn at det biologiske prinsipp og tilknytnings- og relasjonskvalitet skulle være faglige prinsipper som sammen med prinsippet om det mildeste effektive inngrep og barnets medvirkning, skulle gå inn under vurderingen av barnets beste.⁴²

Høyesterett har i tiden etter holdt fast ved at det biologiske prinsipp er ett av de juridiske prinsipper som barnevernloven bygger på.⁴³ Prinsippet er imidlertid ikke avgjørende i spørsmål om samvær. Foreldreskap kan etableres gjennom for eksempel medmorskap, assistert befruktning eller adopsjon, og retten til samvær er ikke mindre vernet i slike tilfeller. Det biologiske prinsipp vil likevel, på bakgrunn av at det normalt sett er biologiske bånd som etablerer foreldreskap, som utgangspunkt tilsi at det skal fastsettes samvær mellom barnet og dets biologiske foreldre.

2.3 Prinsipper som taler mot samvær

2.3.1 Barnets rett til omsorg og beskyttelse

BK artikkel 3 nr. 2 pålegger statene å sikre at barnet får den beskyttelse og omsorg som er nødvendig for barnets trivsel. Ordlyden favner vidt, og vil dermed omfatte alle deler av samfunnet som påvirker barnet, inkludert forholdet til foreldrene og i den forlengelse, samvær med dem. Bestemmelsen legger opp til at det skal tas hensyn til foreldrenes rettigheter og forpliktelser ved avgjørelser, men sett i sammenheng med BK artikkel 9 kan det gjøres inngrep for å sikre barnets rett til omsorg og beskyttelse, selv om det går på bekostning av foreldrenes rettigheter.

Det å nekte eller begrense samvær vil som nevnt i punkt 2.2.1 ha som hensikt å beskytte barnet. Det kan også gjøres dersom barnet ikke får tilstrekkelig omsorg fra samværsforeldrene, eller dersom omsorgen for barnet fra enten fosterfamilie eller forelderen barnet bor hos, avhenger av at samværet begrenses eller nektes.

Høyesterett vektla i Rt. 2014 s. 976 i relasjon til spørsmålet om samvær skulle nektes, at bortføring av barnet ville rive det ut av sin omsorgsbasis, og medføre at barnet ikke ville få

⁴² Prop. 106 L (2012-2013) s. 82-83.

⁴³ Se for eksempel HR-2020-2081-A avsnitt 45.

tilstrekkelig omsorg. Videre ble det påpekt at barnets menneskerettslige krav på beskyttelse i saker hvor det er risiko for bortføring, vil gå foran.

Barnekomiteen har uttrykt at emosjonell omsorg er et grunnleggende behov for barn, og at hvis de primære omsorgspersonene ikke oppfyller barnets emosjonelle behov, må det settes inn tiltak som sikrer barnet en trygg tilknytning.⁴⁴ Slike tiltak kan være tilrettelegging av samvær, ved begrensninger i omfang eller på andre måter. Det avgjørende er at barnet skal beskyttes, og få tilstrekkelig omsorg. Prinsippet kan dermed tale mot samvær i enkeltsaker.

2.3.2 Barnets rett til beskyttelse mot vold og seksuelle overgrep

Barn har rett til beskyttelse mot vold og seksuelle overgrep etter blant annet BK artikkel 19 nr. 1. Denne bestemmelsen pålegger staten et ansvar for å beskytte barnet mot «alle former for» fysisk eller psykisk vold, skade eller misbruk, vanskjøtsel eller forsømmelig behandling, mishandling eller utnytting, inkludert seksuelt misbruk. Det gjelder uavhengig av hvem som har omsorg for barnet.

Ordlyden «alle former for» viser at bestemmelsen favner svært vidt, og omfatter alle typer vold. Barnekomiteen har uttalt at all form for fysisk avstraffelse inngår i ordlyden, og alle barn skal derfor beskyttes mot også dette. De definerte fysisk avstraffelse som all straff der det er brukt fysisk makt med hensikt om å volde en viss grad av smerte og ubehag.⁴⁵ Barn har alltid rett til å bli beskyttet fra alt fra seksuelt misbruk til fysiske avstraffelser. Komiteen gikk senere videre og presiserte at «alle former for» har ingen unntak.⁴⁶ Barnet skal beskyttes uansett hvilken hyppighet, alvorlighetsgrad eller intensjon volden har. Det samme gjelder uavhengig av om det er fysisk eller psykisk vold som utøves, og det nevnes for eksempel at opplevelse av vold i hjemmet inngår under psykisk vold etter bestemmelsen.⁴⁷

Dersom samvær med en eller begge foreldre kan medføre at barnet blir utsatt for noen form for vold, misbruk eller overgrep, plikter staten å legge til rette for at barnet beskyttes fra dette. Dette kan gjøres enten ved å begrense samvær, for eksempel ved å sette vilkår om tilsyn, eller ved å nekte samvær helt. Det vil si at barnet skal beskyttes fra et samvær som medfører at

⁴⁴ Generell kommentar nr. 14 (2013) om barnets rett til at hans eller hennes beste skal være et grunnleggende hensyn (art. 3, para. 1) pkt. 72.

⁴⁵ Generell kommentar nr. 8 (2006) om barnets rett til beskyttelse mot fysisk avstraffelse og andre grusomme eller nedverdiggende former for straff (bl.a. artikkel 19, artikkel 28 nr. 2 og artikkel 37) punkt 11.

⁴⁶ Generell kommentar nr. 13 (2011) om barnets rett til frihet fra alle former for vold punkt 17.

⁴⁷ Generell kommentar nr. 13 (2011) om barnets rett til frihet fra alle former for vold punkt 21 e).

barnet for eksempel er vitne til vold i hjemmet, blir fysisk avstraffet eller seksuelt misbrukt. Prinsippet taler således mot samvær i avveininger av slike saker.

For å beskytte barnet mot eventuelle seksuelle overgrep besluttet Høyesterett i Rt. 2010 s. 216 å fastsette samvær med tilsyn. Selv om retten ikke kunne si med sikkerhet at faren hadde forgrepet seg seksuelt på barnet, ble det vektlagt at en risiko for dette tilsa at samværet måtte tilpasses. En trygghetsperson som fører tilsyn ved samværene ville eliminere risikoen for overgrep, slik at barnet kunne ha kontakt med faren sin, men samtidig være beskyttet fra å ta skade.

2.4 Prinsippet om barnets beste

Barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 fastslår at barnets beste skal være «et grunnleggende hensyn» ved alle handlinger som berører barn. En normal språklig forståelse av «et grunnleggende hensyn» tyder på at prinsippet alltid skal være et primært hensyn, men at andre hensyn også kan vektlegges. Innholdet i prinsippet er imidlertid vanskeligere å definere, da barnets individuelle behov og livssituasjon vil variere fra sak til sak.

Barnets beste som et overordnet prinsipp er også tatt inn i Grunnloven § 104 andre ledd. Ordlyden samsvarer i stor grad med ordlyden i BK artikkel 3 nr. 1. Høyesterett har fastslått at Barnekomiteens tolkning av BK artikkel 3 nr. 1 er et naturlig utgangspunkt for hvordan også Grunnloven § 104 andre ledd, skal tolkes.⁴⁸ Komiteen har i sin analyse av barnets beste uttalt at det skal forstås som et komplekst konsept, og at innholdet i det må avgjøres konkret fra sak til sak.⁴⁹ I enhver sak som omhandler barn på en eller annen måte, må det aktuelle barnets situasjon og behov vurderes, og tas i betraktning.

Prinsippet er utpekt av barnekomiteen som ett av de fire generelle prinsipper. De andre tre er forbudet mot diskriminering i artikkel 2, retten til liv, overlevelse og utvikling i artikkel 6 og barnets rett til å bli hørt i artikkel 12.⁵⁰ Disse prinsippene danner kjerneverdiene i konvensjonen, og må tas i betraktning ved tolkning av konvensjon.⁵¹ Barnekomiteen har videre uttalt at barnets beste skal fungere som et juridisk prinsipp, en selvstendig rettighet og

⁴⁸ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 64.

⁴⁹ Generell kommentar nr. 14 (2013) om barnets rett til at hans eller hennes beste skal være et grunnleggende hensyn (art. 3, para. 1) pkt. 32.

⁵⁰ Generell kommentar nr. 5 2003 Generelle tiltak til gjennomføring av Konvensjonen om barnets rettigheter (artiklene 4 og 42 og artikkel 44 nr. 6) pkt. 12.

⁵¹ Haugli (2020) s. 55.

en prosedyreregulering.⁵² Prinsippet har altså en egenverdi i seg selv, men vil også påvirke alle andre rettigheter etter konvensjonen.

På bakgrunn av at barnets beste er et så vidt begrep, må det langt på vei ses i sammenheng med BK artikkel 12 og Grunnloven § 104 første ledd andre setning om barnets rett til å bli hørt.⁵³ Det å høre barnets mening vil i mange tilfeller, spesielt i enkeltsaker, være avgjørende for å fastslå hva som er det beste for akkurat det barnet.

Handlinger som berører barn omfatter alle beslutninger, tiltak, spørsmål og avgjørelser som påvirker barnet, deriblant alle avgjørelser om hvem som skal ha omsorg for barnet, hvem som skal ha foreldreansvar, hvor barnet skal bo, og om samvær. Ved avgjørelser om samvær skal altså barnets beste være et grunnleggende hensyn. Dette fordrer at fylkesnemnda eller domstolen må klarlegge hva som er barnets beste i hver enkelt sak om samværsrett, og følgelig vektlegge dette i avgjørelsen. Prinsippet om barnets beste kan altså tale både for og mot samvær, alt etter forholdene i saken.

Barnekomiteen har listet opp ulike momenter som kan være relevante i vurderingen av barnets beste.⁵⁴ Barnets egne synspunkter er ett av disse momentene, og vil naturlig følge barnets rett til å bli hørt i saken. De andre momentene som skal tas med i vurderingen, dersom de er relevante, er blant annet barnets identitet og sårbarhetssituasjon. For spørsmål om samvær vil det altså kunne være relevant å ta barnets behov for å kjenne sitt etniske, religiøse, kulturelle og språklige opphav, med i vurderingen av om det skal fastsettes samvær. Barnets sårbarhetssituasjon vil for eksempel kunne være et relevant moment dersom barnet har en funksjonshemming, og samværene derfor burde tilpasses de spesielle behovene til det konkrete barnet. I tillegg vil bevaring av familiemiljøet og opprettholdelse av relasjoner, samt omsorg, beskyttelse og sikkerhet, være viktige momenter i vurderingen av hva som er barnets beste. Dersom alle disse momentene er relevante i en sak om samvær, skal alle vurderes og balanseres. I vurderingen må man også ta hensyn til at barnet vil utvikle seg.⁵⁵

Beslutningstakere må derfor vurdere tiltak som kan endres i takt med barnets utvikling.

⁵² Generell kommentar nr. 14 (2013) om barnets rett til at hans eller hennes beste skal være et grunnleggende hensyn (art. 3, para. 1) pkt. 6.

⁵³ Haugli (2020) s. 56.

⁵⁴ Generell kommentar nr. 14 (2013) om barnets rett til at hans eller hennes beste skal være et grunnleggende hensyn (art. 3, para. 1) pkt. 52-79.

⁵⁵ Generell kommentar nr. 14 (2013) om barnets rett til at hans eller hennes beste skal være et grunnleggende hensyn (art. 3, para. 1) pkt. 84.

Barnets beste må altså ta utgangspunkt i barnet på beslutningstidspunktet, men også i tiden etter.

2.5 Samvirkningen mellom prinsippene

Ved avgjørelser om samværsretten vil prinsippene, og dermed rettighetene de sikter på å beskytte, kunne stå i strid med hverandre. For å kunne fastslå hvilken betydning prinsippene har ved avgjørelser om å begrense eller nekte samvær, må en derfor også se på samvirkningen mellom dem.

Prinsippene som taler for samvær har bakgrunn i presumsjonen om at samvær er bra for barnet, og disse prinsippene danner utgangspunktet i saker om samværsrett. Barnets rett til samvær, retten til respekt for familielivet og det biologiske prinsipp går alle ut på at barnet som hovedregel har godt av å ha samvær med sine foreldre. Avgjørelser om å sterkt begrense eller nekte samvær utgjør inngrep i barnets rett til samvær, og kan derfor bare foretas i unntakstilfeller, og kun dersom samvær i den konkrete saken ikke er til barnets beste. I slike avgjørelser må hvert enkelt prinsipp vurderes opp mot det konkrete barnets behov og interesser.

Vurderingen skal alltid ta utgangspunkt i prinsippet om barnets beste, jf. BK artikkel 3 nr. 1 og Grunnloven § 104 andre ledd. I denne vurderingen inngår også prinsippene som taler mot samvær. Dersom barnet vil kunne lide skade av samvær ved at det for eksempel risikerer å bli utsatt for vold, vil ikke barnet ha godt av å ha samvær. Dette må da også måles opp mot den potensielle gevinsten av å kjenne foreldrene sine. Barnets beste skal vurderes både i lys av barnets behov der og da, men også i fremtiden. Avgjørelser skal derfor tilpasses slik at barnets utvikling blir tatt hensyn til. Dette kan gjøres ved å for eksempel fastsette at samværene skal trappes gradvis opp, eller ved å tilby veiledning til foreldrene frem til samværet vil kunne gjennomføres uten å skade barnet.

Det må foretas en helhetsvurdering av alle relevante momenter i barnets beste.⁵⁶ I vurderingen skal det også tas hensyn til forhold ved barnet, som for eksempel dets sårbarhet og/eller dets identitet. Dersom man etter en slik vurdering kommer frem til at barnet vil ta skade av

⁵⁶ Generell kommentar nr. 14 (2013) om barnets rett til at hans eller hennes beste skal være et grunnleggende hensyn (art. 3, para. 1) pkt. 80.

samværet, og at det er til barnets beste å nekte samvær, vil dette komme foran hovedregelen om at barnet har godt av å ha kontakt med sine foreldre, og samvær skal da nektes.

EMD har uttalt at barnets beste er av «paramount importance» i alle avgjørelser som omhandler barn.⁵⁷ Barnets beste vil altså være avgjørende også i vektingen av retten til respekt for familieliv etter EMK artikkel 8 nr. 1. Når barnets interesser og behov er vektet opp mot rettighetene, og det er konkludert med hva som er det beste resultatet for barnet i saken, vil dette også etter EMK artikkel 8 nr. 1 måtte vektes mot foreldrenes interesser. Disse kan ikke gå på bekostning av barnets beste, og dersom formålet med å nekte samvær er å beskytte barnet, og det ikke finnes andre løsninger enn å nekte samvær, vil samværet måtte nektes helt.

Terskelen for å nekte samvær er satt høyt, spesielt etter EMK artikkel 8 nr. 1. Dette medfører at det i hver enkelt sak kreves at barnets behov og interesser er grundig utredet og vurdert før en beslutning om å begrense eller nekte samvær tas. Beslutningstakere kan ikke basere seg på antakelser om hva som er bra for barnet basert på hva barn flest har godt av, men må foreta en konkret vurdering av hvert enkelt barn.

3 Begrenset eller nektet samvær etter barneloven

3.1 De rettslige utgangspunktene for samværsretten etter barneloven

3.1.1 Lovens utgangspunkt

Barneloven regulerer hvilke rettigheter barn har, og hvilke plikter foreldre har. Loven er i utgangspunktet en privatrettslig lov, men den inneholder også regler av offentligrettslig karakter, samt prosessuelle saksbehandlingsregler.⁵⁸ Utgangspunktet er at forholdet mellom et barn og dets foreldre er et privat anliggende. Reglene bygger derfor i stor grad på at foreldrene har avtalefrihet.⁵⁹ Flere av de offentligrettslige reglene kommer til anvendelse når foreldrene ikke klarer å bli enige.

Barn har etter bl. § 42 første ledd første punktum, rett til samvær med begge sine foreldre, uavhengig av om de bor hver for seg. Bestemmelsen er i all hovedsak en prinsipperklæring, da barn ikke har anledning til å reise sak eller tvangsfullbyrde samværet.⁶⁰ Ordlyden viser

⁵⁷ Strand Lobben med flere mot Norge avsnitt 204.

⁵⁸ NOU 2020: 14 s. 76.

⁵⁹ NOU 2020: 14 s. 264.

⁶⁰ NOU 2020: 14 s. 103.

likevel til at lovgiver mener holdningen i samfunnet skal være at samværsretten er en viktig selvstendig rettighet, som gjelder for alle barn.

Selv om loven i utgangspunktet regulerer foreldres plikter, har de en rett til samvær etter bl. § 43 første ledd første punktum. Den forelderen som ikke bor sammen med barnet, har rett til å ha samvær med det, med mindre noe annet er avtalt eller fastsatt. Barneloven opererer altså med at barn og foreldre har en overordnet og gjensidig samværsrett.

3.1.2 Begrensninger i samværsomfanget

Utgangspunktet er at foreldrene bestemmer omfanget av samværsretten etter hva de selv mener er til barnets beste, jf. bl. § 43 andre ledd første punktum. Foreldrene står nærmest barnet, og vil ha best grunnlag for å avgjøre hva som er best for deres eget barn. Ordlyden minner foreldre om at slike avgjørelser skal tas etter barnets ønsker, ikke etter hva som passer best for foreldrene.⁶¹

Dersom foreldrene ikke blir enige om en samværsordning kan en av de reise sak for retten etter bl. § 56 første ledd. Hvis vilkårene for å reise sak er oppfylt skal retten fastsette en samværsordning som «først og fremst retter seg etter det som er best for barnet», jf. bl. § 48 første ledd. Ordlyden «først og fremst» viser til at barnets beste hovedsakelig skal vektlegges, og at det skal vektlegges fremfor andre hensyn. Den åpner imidlertid opp for at andre hensyn kan vektlegges, dersom ingen av løsningene i en sak er til barnets beste.

Paragraf 43 andre ledd andre punktum lister opp hensyn som skal vektlegges i vurderingen av hvilket samværsomfang som skal besluttes. Disse er «mellom anna» hensynet til best mulig samlet foreldrekontakt, hvor gammelt barnet er, i hvilken grad barnet er knyttet til nærmiljøet, reiseavstanden mellom foreldrenes bosteder og hensyn til barnet ellers. Listen er ikke uttømmende jf. ordlyden «mellom anna». Departementet bekreftet denne forståelsen i proposisjonen forut for at disse momentene ble tatt inn i loven.⁶²

I proposisjonen er det også listet opp andre hensyn som skal vektlegges, men som ikke ble tatt inn i lovteksten. Disse er foreldrenes tidligere utførelse av omsorgsoppgaver, barnets tilknytning til den ene forelderen, foreldrenes karaktertrekk og hensyn til trygghet og

⁶¹ Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 55.

⁶² Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 55.

stabilitet.⁶³ Hensynene ble tatt inn i loven og forarbeidet som en angivelse av hva Høyesterett hadde vektlagt i sin praksis.⁶⁴ Mangel på tilknytning mellom barnet og forelderen ble vektlagt i Rt. 1994 s. 1394, og bidro til at det ble fastsatt et samvær som var svært begrenset i omfang.⁶⁵ Alle hensynene tydeliggjør at det er barnets behov og interesser som skal legges til grunn i vurdering av hvilket samværsomfang som skal fastsettes.

Omfanget av samværet skal avtales eller fastsettes konkret i hver sak, men loven oppstiller en definisjon av såkalt «vanleg samværsrett» i § 43 andre ledd tredje punktum. Dette innebærer at en får være sammen med barnet en ettermiddag i uken med overnatting, annenhver helg, tre uker i sommerferien og annenhver høst-, vinter- og juleferie. Definisjonen er kun ment til å sende en signaleffekt i saker hvor det er fare for at det kan bli avtalt mindre samvær enn hva som er best for barnet.⁶⁶

Utvalget bak NOU 2020: 14 har foreslått å fjerne definisjonen av vanlig samværsrett i det nye lovforslaget.⁶⁷ Bakgrunnen for dette er at det fryktes at definisjonen kan påvirke avtaler og avgjørelser om samværsomfang, og føre til at det fastsettes samværsomfang som er basert på definisjonen, og ikke barnets beste. Selv om Høyesterett har fastslått at vanlig samværsrett ikke er lovens utgangspunkt,⁶⁸ tyder ordlyden «vanlig» på at et slikt omfang er til det beste for de fleste barn. En slik «snarvei» kan føre til at det ikke tas en tilstrekkelig konkret vurdering av hvert enkelt tilfelle.

Etter bl. § 43 andre ledd andre punktum skal det også legges vekt på hva barnet selv mener i henhold til § 31 andre ledd. Barn som er fylt sju år, og yngre barn hvis de er i stand til å danne seg egne synspunkter, skal informeres og gis mulighet til å si sin mening før det tas en avgjørelse om samvær, jf. § 31 andre ledd første punktum. Videre etter andre og tredje punktum skal meningen tillegges vekt etter barnets alder og modenhet, og når barnet er fylt 12 år skal den tillegges stor vekt. Ordlyden i § 31 andre ledd gir få holdepunkter for hvordan en skal høre barnet i en sak. Bestemmelsen fastslår at barnet «skal» informeres og høres, men hvordan man skal vurdere om barn under sju år er i stand til å danne seg en mening, og hvor

⁶³ Ot.prp. nr.103 (2004-2005) s. 15.

⁶⁴ Ot.prp. nr.103 (2004-2005) s. 14.

⁶⁵ Rt. 1994 s. 1394 på s. 1397.

⁶⁶ Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 55.

⁶⁷ NOU 2020: 14 s. 214-215.

⁶⁸ Rt. 2011 s. 1572 avsnitt 40.

mye vekt som skal legges i meningen ut fra alder og modenhet, er ikke like tydelig etter bestemmelsen.

Videre må det etter § 48 andre ledd tas hensyn til at barnet ikke skal bli utsatt for vold, eller på andre måter bli behandlet slik at dets psykiske eller fysiske helse blir utsatt for skade eller fare. Ved avgjørelser av hvor ofte og hvor mye samvær det skal fastsettes i en sak, er det avgjørende at omfanget er til barnets beste, og der det er relevant vil det innebære å fastsette et omfang som beskytter barnet fra å bli utsatt for vold.

Retten kan altså, hvis hensynet til barnets beste tilsier det jf. bl. § 48 første ledd, beslutte av samværet skal være sterkt begrenset i omfang. Samværsretten er viktig, men ulike forhold kan tilsi at det ikke kan finne sted så ofte, eller at barnet av ulike grunner kan ha behov for beskyttelse under samværet.⁶⁹ I vanskelige situasjoner trenger en ikke alltid velge enten eller. Ved å fastslå begrenset samvær kan hensynet til barnets beste ivaretas, samtidig som barnet får mulighet til å ha kontakt med forelderen.

I saker hvor samværet har blitt sterkt begrenset i omfang har det i tidligere rettspraksis også være andre momenter i vurderingen. Sterke konflikter mellom foreldrene, at samvær virker sterkt opprivende for barnet, at forelderen har skremmende eller voldelig atferd, at forelderen sliter med rusmisbruk eller at det er fare for seksuelle overgrep eller barne bortføring.⁷⁰ Forskjellen kan virke å være at i enkelte saker er det praktiske årsaker til at samværet må tilpasses barnets hverdag og situasjon, mens i andre saker er det også aktuelt å beskytte barnet fra å bli skadelidende av samværet.

3.1.3 Andre begrensninger i samværsretten

Det er adgang til å sette vilkår for samværet etter bl. § 43 tredje ledd. Bestemmelsen sier ingenting om hvilke typer vilkår som kan fastsettes, og åpner dermed opp for at det er en vid adgang til å sette vilkår. Departementet bekrefter at domstolen har en slik vid adgang, på bakgrunn av at det er «det mindre» enn å nekte samvær.⁷¹ Det bunner altså ut i at hvis samvær kan gjennomføres ved at det kan stilles vilkår for det, vil det være et mindre inngrep enn det ville være å nekte samværet helt.

⁶⁹ Bendiksen og Haugli (2021) s. 161.

⁷⁰ Bendiksen og Haugli (2021) s. 161.

⁷¹ Prop. 85 L (2012-2013) s. 46-47.

Vilkårene kan knytte seg til den praktiske gjennomføringen av samvær, men også til foreldrefunksjonen og samarbeidet mellom foreldrene. Det listes også opp typer vilkår som ruskontroll, behandling for rusavhengighet, behandling for psykiske helsetilstander, kurs eller veiledning og sinnemestring.⁷² Disse er kun ment som eksempler, og andre vilkår som at bestemte personer ikke kan være til stede, at det skal foregå på et bestemt sted, at samværsforelderens skal være edru eller at en bestemt person skal hente og bringe barnet til samværet, kan også settes.⁷³

Tilsyn kan settes som vilkår etter § 43 tredje ledd andre punktum. Hvis det blir bestemt at det skal være tilsyn, kan retten utpeke en tilsynsperson eller be foreldrene bli enige om en. Det er samværsforelderens som skal dekke kostnadene for slikt tilsyn, jf. tredje ledd tredje punktum. Tilsyn er det eneste vilkåret som nevnes spesifikt i lovteksten, noe som kan tyde på at dette er den vanligste måten å begrense samvær ved vilkår. En tilsynsperson er en person som følger med, og er til stede på samværene.

Personen som blir utpekt må være villig til å føre tilsyn, retten kan ikke pålegge personer å føre slikt privat tilsyn.⁷⁴ Bestemmelsen legger ingen føringer på hvem som kan utpekes. Det kan være alt fra et familiemedlem til en spesialisert psykolog. Eventuelle kostnader som oppstår ved å for eksempel ha en psykolog som fører tilsyn, må som nevnt dekkes av samværsforelderens. Retten må være bevisst på formålet med tilsynet når en tilsynsperson utpekes, og dette formålet må komme klart frem i domspremissene.⁷⁵

Retten kan også «i særlege høve» hvis hensynet til barnet tilsier det, fastslå at samværet skal være under tilsyn av offentlig oppnevnt person, jf. § 43 a. Ordlyden «i særlege høve» viser til at det kun er i unntakstilfeller som er utenom det vanlige at slik tilsyn kan besluttes. Videre er det kun når hensynet til barnet tilsier at det er nødvendig. Tilsynspersonen blir da utpekt av barneverntjenesten eller departementet, etter pålegg fra retten.

Pålegg om tilsyn etter § 43 a kan gå ut på såkalt beskyttet tilsyn, eller støttet tilsyn. Beskyttet tilsyn skal benyttes hvis begrenset samvær er til barnets beste, og hele samværet skal være under tilsyn. Slikt tilsyn kan fastsettes for inntil 16 timer i året.⁷⁶ Omfanget og ordlyden

⁷² Prop. 85 L (2012-2013) s. 46-47.

⁷³ Bendiksen og Haugli (2021) s. 161.

⁷⁴ Prop. 85 L (2012-2013) s. 46.

⁷⁵ Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 55.

⁷⁶ FOR-2013-12-19-1636 § 4.

«beskyttet» tilsier at det kun skal fastsettes dersom samværet må overvåkes konstant. Utvalget bak det nye lovforslaget skriver at når det er problematikk med rus, vold eller psykiske lidelser kan beskyttet tilsyn være aktuelt.⁷⁷ Støttet tilsyn skal benyttes der barnet eller forelderen trenger støtte og veiledning under samværet, og kan fastsettes for inntil 32 timer i året.⁷⁸ Det er hensynet til barnet som er avgjørende for hvordan type tilsyn det skal fastsettes, og også for hvor mange timer samvær i året, jf. ordlyden «inntil».

Samvær med tilsynsperson er et inngrep i forelderens rett til samvær med barnet, og det må dermed være forholdsmessig og nødvendig. Alternativet vil være at samvær nektes helt, fordi tilsyn er kriteriet for at det skal kunne gjennomføres på en måte som hensyntar barnets interesser. Foreldrenes interesser må også tas med i vurderingen. Utvalget bak det nye lovforslaget påpekte at en avgjørelse må begrunnes i hvert enkelt tilfelle, og den må bygge på avveininger som hensyntar foreldrenes og barnets interesser.⁷⁹ I relasjon til begrunnelsen skrev de på samme side i forslaget at jo mer inngripende en avgjørelse om tilsyn er, desto strengere krav må stilles til begrunnelsen.

Det å sette vilkår for samværsretten kan i mange tilfeller være avgjørende for om det i det hele tatt kan være samvær mellom barn og foreldre. I tilfeller hvor det er usikkert om forelderen eller foreldrene er kapabel til å ta vare på barnet, selv noen få timer, eller hvor det kan være fare for vold eller overgrep, vil ikke retten kunne avgjøre at samvær er til barnets beste. Ved å sette vilkår om at samværet kan gjennomføres med tilsyn kan man unngå å måtte avskjære hele samværsretten.

3.1.4 Når samvær ikke er til barnets beste

Adgangen til å nekte samvær er forankret i bl. § 43 første ledd tredje punktum som fastslår at hvis «samvær ikkje er til beste for barnet, må retten avgjere at det ikkje skal vere samvær». Ordlyden «må» (på bokmål «skal») i bestemmelsen viser til at retten faktisk har en plikt til å nekte samvær i slike tilfeller.

Bestemmelsen må ses i sammenheng med bl. § 48 andre ledd, som fastslår at det ved alle avgjørelser etter barneloven skal tas hensyn til at barnet ikke skal bli utsatt for vold, eller på andre måter bli behandlet slik at deres helse blir utsatt for skade eller fare. Hvis samvær kan

⁷⁷ NOU 2020: 14 s. 220.

⁷⁸ FOR-2013-12-19-1636 § 6.

⁷⁹ NOU 2020: 14 s. 224.

føre til at barnet blir utsatt for vold, eller at dets psykiske eller fysiske helse blir utsatt for skade eller fare, skal det ikke være noe samvær.

Departementet tilføyde ordlyden i § 43 første ledd tredje punktum for å tydeliggjøre at samvær må nektes hvis det ikke er til barnets beste.⁸⁰ Dette ble særlig gjort med sikte på situasjoner hvor barnet har vært, eller kan bli, utsatt for overgrep. Departementet har uttalt at saker hvor noen er trusselutsatte, utsatt for vold eller seksuelle overgrep, hvor det er risiko for bortføring og hvor barnet selv ikke ønsker noe samvær, som regel skal føre til samværsnekt.⁸¹ Det presumeres altså at samvær i slike tilfeller ikke vil være til barnets beste. De tilfellene som nevnes i de to proposisjonene har til felles at de er alvorlige, og at de kan føre til at barnets helse kan bli utsatt for skade eller fare. Dersom barnet for eksempel har blitt utsatt for vold av samværsforelderens, vil det mest sannsynlig være til barnets beste at samvær blir nektet.

Momenter som kan få betydning i vurderingen av om det skal være samvær i slike familiesituasjoner er blant annet foreldrenes atferd, voldelighetsgraden, virkningene forholdene har på barnet og den voldelige forelderens villighet til å endre seg.⁸² Signalet som sendes fra lovgiver er at det må foretas en grundig vurdering i hvert enkelt tilfelle, før en kan avgjøre at samvær skal nektes helt.

Utviklingen har gått i retning av at det skal mindre til for å nekte samvær nå enn tidligere. Det har også blitt satt mer fokus på å beskytte barnet i saker hvor det har vært problematikk med vold, rus eller psykiske lidelser i familien.⁸³ Hovedregelen er likevel at barnet har rett på samvær. For å beslutte at det ikke skal være noe samvær mellom barnet og forelderens, må saken utredes tilstrekkelig og konklusjonen etter en helhetlig vurdering må være at samvær i den konkrete saken ikke er til barnets beste.

Samvær kan også nektes etter bl. § 43 b for tilfeller hvor det er kontaktforbud eller besøksforbud med barnet etter straffeloven⁸⁴ eller straffeprosessloven⁸⁵. Bestemmelsen ble

⁸⁰ Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 54.

⁸¹ Prop. 85 L (2012-2013) pkt. 7.2.4.

⁸² Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 54.

⁸³ Prop. 85 L (2012-2013) s. 52.

⁸⁴ Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven).

⁸⁵ Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven).

nylig inntatt for å presisere at foreldre ikke kan gjøre gjeldende samværsrett når det foreligger slike forbud.⁸⁶ Formålet med kontakt- og besøksforbud overfor barnet eller den andre forelderen, er å beskytte dem fra den som er ilagt forbudet. Samvær ville stride mot dette formålet, og dermed ikke være til det beste for barnet i saken.

På bakgrunn av at alle saker skal vurderes ut fra barnets beste, kan det ikke oppstilles en terskel for når samvær skal nektes. Høyesterett har uttalt at det skal «ganske tungtveiende grunner» til for å nekte samvær.⁸⁷ Formuleringen «tungtveiende grunner» kunne tolkes som et tilleggsvilkår til barnets-beste-vurderingen, og dermed oppstille en terskel for samværsnektelse. Departementet presiserte senere at det kun skal forstås som et uttrykk for det generelle utgangspunktet om at barn og foreldre har samværsrett, ikke som et tilleggsvilkår.⁸⁸ Fordi samværsretten står sterkt, skal det tungtveiende grunner til for å nekte samvær, og en slik grunn er hvis samvær strider med barnets beste.

3.2 Begrenset eller nektet samvær i rettspraksis

3.2.1 Beslutninger om begrenset samværsrett

Høyesterett vurderte om samværsretten mellom en syv år gammel jente og hennes far, skulle begrenses i omfang og ved å sette vilkår, i Rt. 2010 s. 216. Det ble besluttet at moren i saken skulle ha foreldreansvaret alene, at hun skulle ha jenta boende hos seg, og at faren skulle ha samvær med tilsyn seks timer per måned. Grunnen til at samværet ble begrenset i omfang og med tilsyn var at det var stort konfliktnivå mellom foreldrene. Moren hadde anmeldt faren for seksuelle overgrep mot datteren, men saken ble henlagt fordi det ikke ble ansett bevist at noe straffbart hadde skjedd. Selv om Høyesterett ikke kunne si med sikkerhet at slike overgrep ikke hadde funnet sted, var samvær så viktig for barnet at det ikke kunne nektes helt. Videre la Høyesterett til grunn at en trygghetsperson som holdt tilsyn ved samværene ville eliminere en eventuell risiko for senere overgrep. Omfanget ble begrenset på bakgrunn av at jenta kun var syv år, og reiseveien mellom foreldrene var på tre timer. Det ble ansett for å være en for stor belastning for jenta å skulle reise frem og tilbake for ofte. Samværene skulle derfor ha en varighet på seks timer per gang.

⁸⁶ Prop. 167 L (2016-2017) s. 63.

⁸⁷ Se blant annet Rt. 1996 s. 888 s. 891, Rt. 2007 s. 967 avsnitt 31 og Rt. 2010 s. 216 avsnitt 34.

⁸⁸ Prop. 85 L (2012-2013) s. 43.

De sakkyndige kom begge frem til at jenta ville ha godt av å kjenne faren sin etter hvert, og få muligheten til å danne seg et eget inntrykk av han. I tiden frem mot behandlingen av saken hadde jenta motsatt seg samvær med faren, og hun ble beskrevet som spesielt sårbar, og unormalt avhengig av moren sin for alderen. Dette ble imidlertid ikke vektlagt i særlig grad i samværsspørsmålet. Høyesterett vektla hvordan samværet vil kunne påvirke jenta i fremtiden mer enn hvordan det har påvirket henne tidligere. Selv om jenta selv uttrykte at hun ikke ville ha samvær, og de sakkyndige var usikre på om jenta ville få noe positivt ut av samværet med det første, kom Høyesterett til at det skulle være begrenset samvær mellom jenta og faren. Avgjørende for resultatet i saken var at Høyesterett presumerte at det er til barnets beste å kjenne sine foreldre, og jenta kunne ha godt av dette på sikt. Dette viser hvor sterkt retten til samvær står, og hvor vanskelig det kan være å vurdere barnets beste. Det som tidligere har vært til barnets beste, trenger ikke være det i fremtiden, og motsatt. Selv om retten uttalte at akkurat dette barnet ville få noe godt ut av samvær på sikt, kan det virke som om den sterke presumsjonen om at samvær er til det beste for de fleste barn, fikk avgjørende vekt.

Saken inntatt i Rt. 2011 s. 1572 gjaldt blant annet spørsmål om samværsomfang. Det hadde der vært mistanker tidligere om at faren hadde slått barna, som på domstidspunktet var fire og åtte år. Både barnevernet og politiet hadde imidlertid henlagt de respektive sakene, og barnene var på domstidspunktet positive til samvær. Grunnen til at samværene ble begrenset var ikke farens mulige aggresjonsproblemer, men hans manglende evne til å imøtekomme barnas behov. Samværet skulle på bakgrunn av dette ha et relativt stort omfang, men ha en tilsynsperson til stede. Vilåret om tilsyn ble ikke vurdert spesielt inngående i saken. Grunnen til at dette ikke ble problematisert ytterligere var at faren sa seg villig til å få veiledning fra tilsynsperson.

Faren i saken hadde anført at han skulle ha «vanlig samvær» jf. § 43 andre ledd fjerde punktum, blant annet fordi det kunne forlenget hans oppholdstillatelse i Norge. Høyesterett uttalte om dette at omfanget av samværet ikke kunne fastsettes på bakgrunn av en antakelse om utfallet i utlendingssaken hans. Det ble utformet en detaljert plan for samværene mellom faren og de to barna. Dette ble gjort på bakgrunn av at moren hadde et stort behov for forutsigbarhet, og fordi en slik plan ville legge til rette for et best mulig samarbeid mellom foreldrene. Planen for samværene ble utformet ut fra barnenes individuelle behov. Det eldste barnet ble hørt, reiseavstanden mellom foreldrene ble vurdert, og det var tatt hensyn til barnene ellers gjennom at det yngste barnet fikk mindre samvær enn det eldste, grunnet hans alder og sårbarhet. Høyesterett støttet seg i stor grad på den sakkyndiges vurdering av hvilke

behov barna hadde, og fulgte sakkyndiges anbefaling om individuelle samværsplaner for de to barna samt opptrapping av samværet. Dommen viser at det ikke kan tas hensyn til for eksempel hypoteser rundt oppholdstillatelser ved fastsetting av samværsomfang. Høyesterett nevner i forlengelse av denne vurderingen at det utvilsomt ville vært negativt for barna og faren ikke kunne blitt i landet, men at antakelser rundt dette ikke kan være avgjørende. Videre viser den at detaljerte samværsplaner kan utformes ut fra de ulike barns behov, og den kan også tilpasses foreldrenes interesser, så lenge det ikke da strider med barnets interesser i saken.

Det er relativt få høyesterettssaker som omhandler spørsmål om begrensninger i samvær etter bl. § 43.⁸⁹ En grunn til dette kan være at foreldre plikter å møte til mekling før det kan reises sak for retten, jf. bl. § 51 første ledd. På bakgrunn av det lave antallet saker, er det hensiktsmessig å gå inn i lagmannsrettspraksis for å få et litt bredere bilde av hvordan saker om begrenset samvær blir vurdert.

Fastsettelse av samværsomfang og spørsmål om begrensning i form av tilsyn kom opp i LH-2020-118575. Barnet i saken var omtrent seks år på domstidspunktet, og hadde fast bosted hos mor. Spørsmålet knyttet seg til hvor ofte faren skulle ha samvær med barnet. Moren mistenkte at faren hadde forgrepet seg seksuelt på barnet, men barnet selv ønsket samvær med faren på tross av at hun hadde hatt sterke reaksjoner etter endt samvær tidligere. De sakkyndige kunne ikke finne ut helt sikkert hva som var grunnen til de sterke reaksjonene. Lagmannsretten la vekt på at samvær med faren var til barnets beste. Det ble fastslått en opptrappingsplan på samværene mellom barnet og faren ut fra det maksimale antallet timer som kan besluttes med ulike typer tilsyn. De første to årene innebar dette samvær i 16 timer per år. Selv om det ikke kunne konkluderes med hvorfor barnet reagerte, ble det fastslått at dette ville kunne bli bedre når barnet ble eldre, og at en slik opptrapping ville beskytte barnet samtidig som det fikk ha kontakt med faren sin.

Dommen viser for det første hvor vanskelig det kan være å høre yngre barn i saker. Barn kan bli farget av foreldrenes konflikter, og meninger de har om hverandre. Videre står samværsretten sterkt gjennom presumsjonen om at samvær er til barnets beste. Selv om jenta reagerte sterkt på samvær med faren, konkluderte retten med at hun på sikt ville få noe

⁸⁹ Prop. 85 L. (2012-2013) s. 41.

positivt ut av det. Barnets beste ble vurdert til å ikke kun gjelde akkurat på domstidspunktet, men også i et fremtidsperspektiv.

Høyt konfliktnivå mellom foreldrene er ofte en fellesnevner for sakene som omhandler bl. § 43. I LB-2017-93599 var det usikkert om barnet, som var ni år, vegret seg for samvær med moren grunnet redsel for moren, eller det store konfliktnivået mellom moren og faren. Den eventuelle redselen for moren kunne ha bakgrunn i mistanken om at barnet var utsatt for vold fra moren. Det ble fastsatt begrenset samvær med tilsyn. Barnevernet skulle bistå med tilsyn for å forsikre om at barnet ikke ble utsatt for noe vold fra moren. Saken viser at forhold ved foreldrene, og konflikten mellom dem, påvirker samværet og dermed avgjørelsen.

Lagmannsretten la også her til grunn at barnet, selv om hun motsatte seg samvær, ville ha det godt av å ha samvær med moren.

Begrensninger i samværsomfang etter barneloven begrunnes i at det er til barnets beste. I tilknytning til hvor mange timer samvær som besluttes, kan det virke som det er begrenset i omfang dersom det er faktorer som gjør at det også må settes vilkår som tilsyn, og hvis «vanlig samvær» ikke kan gjennomføres i den konkrete saken. Barnets beste er ikke alltid knyttet til hva barnet selv mener, men heller hva som antas å være mest positivt for barnet på sikt. Denne antakelsen ser ut til å ofte stamme fra den sakkyndiges anbefalinger.

3.2.2 Avgjørelser som resulterte i samværsnekt

Høyesterett kom til at samvær mellom et barn og hennes far skulle nektes helt, i Rt. 2013 s. 1329. Barnet i saken var en jente på fem år som hadde fast bosted hos moren sin. Hun ble beskrevet som et sårbart barn med stort behov for trygghet. Konfliktnivået mellom foreldrene var høyt, og faren hennes hadde vært siktet for overgrep mot morens særkullsbarn. Saken ble imidlertid henlagt på bevisets stilling. Moren var svært bekymret for datteren sin, og det var fare for at hennes omsorgsevner kunne bli påvirket av at datteren skulle ha samvær med faren. Hun hadde en sykdom som kunne bli forverret av situasjoner med press. Retten kom til at samvær, selv med tilsyn, ville medføre en for stor belastning for moren og jenta. Belastningen ville overstige den eventuelle gevinsten jenta kunne fått av å ha kontakt med faren sin.

Risikoen for overgrep var ikke avgjørende for resultatet i Rt. 2013 s. 1329. Retten bemerket at det ikke var noen omstendigheter ved faren som gjorde at samvær med tilsyn ikke ville fungere. Tvert imot ble han beskrevet som kreativ og aktiv under samværene, som hadde vært positive for jenta. Retten bemerket likevel at begrenset samvær med tilsyn ville

vanskeliggjøre en god utvikling av kontakt mellom jenta og faren. Denne kommentaren kom opprinnelig fra Lagmannsretten og deres behandling av saken, men Høyesterett sluttet seg til uttalelsen.⁹⁰ Selv om dette ikke ble tillagt noe avgjørende vekt, men kun ble brukt for å avveie gevinst mot belastning, er det bemerkelsesverdig at det nevnes. Alternativet i saken var at det ikke skulle være noen kontakt mellom dem, noe som medfører ingen utvikling av kontakt mellom dem.

Det som var avgjørende for resultatet i Rt. 2013 s. 1329, var morens spesielle situasjon. Omstendigheter ved den person barnet bor fast hos, kan føre til at samvær skal nektes.⁹¹ Det var spesielt viktig at moren i denne saken kunne fungere som omsorgsperson fordi hun hadde en sykdom som kunne bli forverret av ytre påvirkninger, og fordi barnet i saken var sensitivt. Sistnevnte medførte en sårbarhet hos barnet, som kun var fem år, og dermed svært avhengig av omsorg fra moren. På bakgrunn av dette ble det konkludert med at samvær ikke var til barnets beste.

Fra dommen kan man trekke ut at selv om samværsforelderen gjør en god jobb, og eventuelle risiko kan elimineres ved tilsyn, kan omstendigheter i den daglige omsorgen for barnet medføre at samvær ikke er til barnets beste. At barnet får den omsorgen det trenger fra den forelderen barnet bor hos er viktig. Samvær kan ikke gå på bekostning av ivaretagelsen av barnet i hjemmet.

Høyesterett kunne ikke avkrefte overgrepssrisikoen i Rt. 2013 s. 1329. Det ble likevel lagt til grunn at faren ikke hadde forgrepet seg på jenta, da det ikke ble funnet at det med tilstrekkelig grad av sannsynlighet hadde skjedd. I tilknytning til beviskravet i saker med mistanke om seksuelle overgrep har Høyesterett i Rt. 1994 s. 940 uttalt at det «overhodet ikke skal tas noen risiko». Det er altså nok at det er en liten risiko for slikt, for at samvær skal kunne nektes av domstolen. Retten kan ikke legge vekt på enhver påstand om overgrep, men det kreves ikke sannsynlighetsovervekt. Hvis det foreligger noen forhold som underbygger en slik påstand, må det som utgangspunkt legges til grunn. Det kan være nok til å oppfylle beviskravet, selv om det er mindre enn 50 prosent sannsynlighet for at påstanden stemmer.⁹² Til dette har utvalget bak NOU 2020: 14 påpekt at retten ikke kan formulere seg på en måte i avgjørelsen,

⁹⁰ Rt. 2013 s. 1329 avsnitt 50.

⁹¹ Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 54.

⁹² Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 56.

som sår tvil om at straffbare forhold har skjedd, dersom forelderen ikke er straffedømt for det.⁹³

Barnebortføring kan også gi grunnlag for samværsnekt. Høyesterett vurderte i Rt. 1997 s. 1247 om en far kunne ha samvær med barnet sitt, selv om det var en viss fare for at han ville ta barnet ut av landet. Konsekvensen det ville fått hvis faren hadde bortført barnet ble tillagt stor vekt, og det at faren hadde mulighet til å ta barnet ut av landet ble avgjørende for resultatet. Selv om det ikke var sannsynlighetsovervekt for bortføring, ble det besluttet samværsnekt. Hvis det er holdepunkter for at barnet kan bli bortført, selv om det er lav risiko, kan dette legges til grunn for avgjørelsen. Fra dommen kan det utledes at barnets behov for beskyttelse må gå foran retten til samvær når det foreligger bortføringsfare. Departementet har uttalt i tilknytning til slike saker, at vilkår for samværet ikke vil være tilstrekkelig for å eliminere risiko for bortføring, og skjerming av barnet burde derfor være løsningen i slike saker.⁹⁴

Det finnes som nevnt lite høyesterettspraksis knyttet til bl. § 43 første ledd tredje punktum. For å få et mer helhetlig bilde av hvilke tilfeller som kan føre til samværsnektelse etter barneloven, er det da hensiktsmessig å igjen analysere lagmannsrettspraksis.

Lagmannsretten kom frem til at samvær ikke var til barnets beste i LA-2020-33395. Etter en samlet vurdering ble det konkludert med at det forelå tungtveiende grunner ved at samvær med faren ville være urimelig belastende for barnet i saken. Faren var tidligere dømt for ulike kriminelle forhold, blant annet for brudd på besøksforbud mot barnets mor. Han hadde også hatt besøksforbud mot søsknene til det aktuelle barnet. Retten la, i samsvar med bl. § 31 andre ledd, vekt på at barnet ikke ønsket samvær. Videre la de også vekt på forhold ved fungeringen til samværsforelderen, altså faren i saken, og den belastning hans oppførsel har på moren og storesøskene til barnet. Samvær ville kunne være skadelig for barnet, som på domstidspunktet var åtte år gammelt. Den psykiske helsen til barnet ville blitt utsatt for betydelig risiko på grunn av farens oppførsel og fungering. Faren klarte ikke ta imot veiledning, og støttet tilsyn ville derfor ikke ha noen funksjon i saken. Hvis det ikke er mulig å tilpasse samværene slik at de ikke er skadelig for barnet, må altså samvær nektes helt.

⁹³ NOU 2020: 14 s. 218-219.

⁹⁴ Prop. 85 L (2012-2013) s. 44.

I LA-2014-72580 ble også utfallet samværsnekt. Barnet i denne saken ble beskrevet som «sårbart». Dette barnet var en syv år gammel jente som manglet tillit til moren, og som heller ikke ønsket noe samvær med moren. Det ble påpekt at jenta trengte profesjonell hjelp til å endre holdningen hun hadde til moren, før det kunne fastsettes samvær mellom dem.

Resultatet i saken ble samværsnekt etter at retten kom til at det var det beste for barnet. Også i denne saken ble forhold ved samværsforelderen vektlagt. Moren hadde ikke møtt opp ved flere samværsavtaler tidligere, og det ble bemerket at hun levde et svært ustabil liv. Selv om moren mente hun hadde endret seg, satt inntrykkene etter tidligere oppførsel igjen hos barnet. Samvær mot barnets vilje før hun er tilstrekkelig klar for det, vil potensielt kunne skade barnets psykiske helse.

4 Begrenset eller nektet samvær etter barnevernloven

4.1 Det rettslige utgangspunktet for samværsretten etter barnevernloven

4.1.1 Lovens utgangspunkt

Utgangspunktet i norsk rett er at foreldre tar vare på sine egne barn, og har det primære ansvaret for dem. Hvis foreldrene ikke klarer over dette ansvaret, har det offentlige et subsidiært ansvar som reguleres etter barnevernloven. Loven er offentligrettslig, og fastsetter barnevernets oppgaver og ansvarsområder. Formålet med loven er å sikre at barn som lever under forhold som kan være skadelig for deres helse og utvikling, får den nødvendige hjelpen, omsorgen og beskyttelsen de trenger til rett tid, samt å bidra til at barn får trygge oppvekstvilkår, jf. bvl. § 1.

Samværsretten etter barnevernloven er regulert i § 4-19 første ledd, som fastslår at barn og foreldre har rett til samvær med hverandre, med mindre noe annet er bestemt. Det oppstilles altså en gjensidig samværsrett, som er hovedregelen for samvær etter loven. Ordlyden «hvis ikke annet er bestemt» viser til at samværsretten ikke er en absolutt rettighet. Det kan altså bestemmes at barnet og foreldrene ikke skal ha samvær med hverandre.

Bestemmelsen viser til det overordnede prinsippet om at barnet har rett på samvær etter BK artikkel 9 nr. 3, og indirekte til retten til familieliv som følger av EMK artikkel 8 og Grunnloven § 102 første ledd. Ved å ha dette utgangspunktet i barnevernloven tydeliggjøres det at utgangspunktet om at barn har godt av kontakt med foreldrene sine, også gjelder for

saker hvor barnevernet er involvert. Det viser også til at selv om det er fattet vedtak om omsorgsovertakelse, har barn og foreldre fortsatt en rett til å ha samvær med hverandre.

4.1.2 Begrensninger i samværsretten

Når det er fattet vedtak om omsorgsovertakelse, skal fylkesnemnda ta stilling til samværets omfang, jf. § 4-19 andre ledd første punktum. Er det ikke fattet slikt vedtak, kan ikke samværet reguleres etter barnevernloven. Det at fylkesnemnda «skal» ta stilling til omfanget, viser at dette må gjøres i absolutt alle slike saker. Igjen viser dette til det klare utgangspunktet om at samvær er en rett for barnet og foreldrene.

Ved avgjørelser etter § 4-19 andre ledd skal barnets beste få avgjørende vekt, jf. bvl. § 4-1 første punktum. Ordlyden «avgjørende vekt» viser at også andre hensyn kan vektlegges i avveiningen, men at dersom barnets beste tilsier den ene løsningen, skal denne velges. I barnets beste ligger det at barnet skal få en stabil og god voksenkontakt, og kontinuitet i omsorgen, jf. § 4-1 andre punktum. Fylkesnemnda må altså legge vekt på disse momentene, og komme frem til et samværsomfang som er til det beste for det konkrete barnet.

Departementet har uttalt at § 4-1 om barnets beste innebærer at barnevernet må foreta en «helhetlig og skjønnsmessig vurdering av hva som vil være til barnets beste i det enkelte og konkrete tilfellet»⁹⁵. Dette innebærer at hver enkelt sak må opplyses, og vurderes for seg. Det kan som utgangspunkt ikke fastsettes og anvendes noen standarder for hva barn som regel har godt av. Videre på samme side i proposisjonen ble det fastslått at barnets behov for beskyttelse og omsorg skal komme foran foreldrenes rettigheter. Barnets beste vil altså, ved motstrid, gå fremfor foreldrenes rett til samvær.

Barneverntjenesten har ansvar for den praktiske gjennomføringen av samværet etter § 4-19, og som følge av dette er omfanget som besluttes å anse som et minimumssamvær.⁹⁶ Det vil si at retten eller fylkesnemnda skal ta stilling til hvilket samværsomfang som er til barnets beste og fastsette et antall timer i året ut fra det, og så kan barnevernet senere øke antallet timer. Høyesterett har nylig i HR-2020-662-S understreket at dette er utgangspunktet.⁹⁷

Førstvoterende påpekte i den forbindelse at dette innebærer at barnevernet kan gi mer samvær

⁹⁵ Prop. 106 L (2012-2013) s. 82.

⁹⁶ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 112-113.

⁹⁷ HR-2020-662-S avsnitt 117.

eller samvær på mer fleksible måter, men at det ikke kan komme i strid med forutsetningene i dommen.

Selv om det omfanget som fastsettes skal anses som et minimumssamvær, er det ikke anledning til å sette et mindre antall timer enn hva som er til barnets beste. Adgangen til å øke samværet er der fordi barnevernet står nærmere saken i det daglige, også i tiden etter dommen er avsagt, og det omfanget som fastsettes i dommen viser til hvilket omfang barnet og foreldrene har rett på.⁹⁸ Dersom det er forsvarlig å øke antallet timer samvær, vil det være i alles interesse at barnevernet har adgangen til å gjøre dette. Minimumssamværet må ses i sammenheng med at foreldrene kan kreve at samværsspørsmålet blir behandlet på nytt når det er gått tolv måneder siden det sist ble behandlet, jf. bvl. § 4-19 femte ledd. Har barnevernet trappet opp antallet timer samvær i tiden før saken skal opp til fylkesnemnda igjen, og det har gått bra for seg, vil det kunne tenkes at det må fastsettes et nytt høyere minimumssamvær.

Selv om hver enkelt sak skal vurderes ut fra en konkret skjønnsmessig vurdering har det festet seg noen sentrale hensyn som ofte vurderes når samværsomfang skal fastsettes. Et hensyn vurderingen ofte tar utgangspunkt i, er formålet og varigheten med plasseringen av barnet. Departementet har uttalt at det i praksis vil være dette som bestemmer samværets omfang.⁹⁹

Høyesterett uttalte om formålet og varigheten med plasseringen at målet må være at «omsorgen skal føres tilbake til foreldrene så snart omstendighetene gir grunnlag for det, og samværet må fastsettes slik at dette formålet ivaretas best mulig»¹⁰⁰. Omfanget som fastsettes må altså være egnet til å tilrettelegge for senere gjenforening mellom barnet og foreldrene. Videre påpeker førstvoterende at samvær med foreldrene har en egenverdi for barnet, uavhengig av formålet og varigheten med plasseringen.¹⁰¹ Selv om omsorgsovertakelsen er varig, er hovedregelen at barnet har godt av å kjenne sine foreldre.

Dersom et barn er plassert i et fosterhjem midlertidig, med mål om gjenforening i løpet av relativt kort tid, vil det som regel være bra for barnet med hyppig samvær. Det å ha god kontakt med foreldrene, og kjenne dem godt, vil gjøre prosessen med gjenforening enklere når den tid kommer. Saker hvor plasseringen er langvarig vil ikke ha det samme formålet. Her

⁹⁸ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 112.

⁹⁹ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 51.

¹⁰⁰ HR-2020-662-S avsnitt 125.

¹⁰¹ HR-2020-662-S avsnitt 135.

vil det kanskje være bra for barnet å få tid til å bli kjent med fosterfamilien, uten å måtte bli dratt mellom dem og de biologiske foreldrene. Bakgrunnen for samværet med de biologiske foreldrene vil være å ha kjennskap til dem senere i livet. Samværet kan imidlertid ikke utsette barnet for urimelig belastning.¹⁰² Hvis formålet om gjenforening skal oppgis og samværet dermed begrenses sterkt eller nektes helt, må det foreligge spesielle og sterke grunner for det.¹⁰³

For tilfeller hvor formålet med omsorgsovertakelsen ikke er vedtatt av barnevernet har Høyesterett i HR-2020-661-S uttalt at det i prinsippet ikke er noe til hinder for av barnevernet tidlig i prosessen tar utgangspunkt i at plasseringen etter all sannsynlighet vil være langvarig, men omfanget må baseres på gjenforening. For at dette målet skal kunne oppgis, må det foreligge en grundig og konkret vurdering i bunn.¹⁰⁴

Et annet hensyn som ofte tas med i vurderingen av hvor stort omfang samværet skal ha er forhold ved barnet. At dette skal med i vurderingen følger av bvl. § 4-1, men det er knyttet momenter til denne vurderingen gjennom rettspraksis. Momentene som kan inngå i vurderingen er barnets alder, ressurser og styrke, dets problemer og reaksjoner.¹⁰⁵ Forhold ved foreldrene må også tas med i vurderingen. Bakgrunnen for omsorgsovertakelsen vil si noe om forhold ved foreldrene i den aktuelle saken. Det vil altså alltid være noen forhold ved foreldre i slike saker som gjør dem mindre egnet til å ta seg av barnet sitt. De har likevel en samværsrett, og de ulike forholdene vil da måtte gå inn i vurderingen av hvilket samværsomfang som skal besluttes. Eksempler på forhold ved foreldre kan være at de er umodne, psykisk utviklingshemmede, fysisk syke, at de har økonomiske problemer, dårlige boforhold eller problemer med rus.¹⁰⁶ Hvilke trekk ved barnet og foreldrene som kan få utslag i avveiningen vil avhenge av hverandre, og av andre forhold ved saken. Hensynene trenger ikke alltid få konsekvenser for omfanget direkte, kanskje må samværet tilpasses ved at det gjennomføres et annet sted enn hjemme hos foreldrene, dersom de har dårlig boforhold hos seg.

¹⁰² K.O. og V.M. mot Norge avsnitt 69.

¹⁰³ HR-2020-662-S avsnitt 137-138.

¹⁰⁴ HR-2020-661-S avsnitt 145.

¹⁰⁵ Bendiksen og Haugli (2021) s. 276.

¹⁰⁶ Bendiksen og Haugli (2021) s. 277.

Ro og stabilitet i fosterhjem blir også ofte vurdert i tilknytning til fastsettelse av samværsomfang. Dette har sammenheng med barnets tilknytningsbehov i fosterhjemmet. Barnet har blitt flyttet til et nytt hjem, og trenger tid til å slå seg til ro der. Hyppig samvær med foreldrene vil kunne komme i veien for dette, og skape unødig uro i barnets hverdag. Hensynet er særlig relevant hvis barnet nylig er flyttet til et fosterhjem. Barnet kan i første omgang trenge «litt lengre perioder med ro, for deretter igjen eventuelt å ha noe hyppigere samvær med mor og far».¹⁰⁷ Dette kan også være relevant hvis barnet har et særlig behov for ro og stabilitet på grunn av for eksempel helseutfordringer, slik som barnet i HR-2020-2081-A hadde.

I forlengelse av hensynet til tilknytningsforhold vil det også være relevant hvor barnet er plassert.¹⁰⁸ Som nevnt kan barnet ha godt av ro og stabilitet i et nytt fosterhjem, for å knytte kontakt med fosterfamilien. Dersom barnet blir plassert i institusjon vil det ikke være samme behovet. Andre faktorer som formålet med plasseringen kan imidlertid også spille inn. Plassering i institusjon kan skje på grunn av at det er tenkt å være kortvarig, eller det kan være forhold ved barnet som gjør at det ikke egner seg for fosterhjem. Slike forhold kan for eksempel være barnets alder.

For at retten skal kunne vurdere barnets behov for ro, og generelt forhold ved barnet, brukes det sakkyndige som har observert barnet under tidligere samvær. Erfaringer fra de tidligere samværene blir vektlagt i vurderingen av hvor stort samværsomfang det skal fastsettes i en sak. I HR-2020-662-S hadde den sakkyndige observert at kvaliteten på samværene ble redusert etter et par timer. Samværene ble derfor satt til to timer av gangen. Hyppigheten av samværene ble satt til åtte ganger i året, etter en avveining mellom viktigheten av å ha kontakt med foreldrene, og barnets negative reaksjoner på samværet. Den sakkyndige hadde observert at barnet hadde sterke negative reaksjoner i etterkant av samværene med foreldrene. Det kan altså være svært nyttig å kunne bruke konkrete erfaringer når retten skal fastsette et samværsomfang som er tilpasset barnets behov, og som dermed er til barnets beste.

Paragraf 4-19 fastslår at det fylkesnemnda eller retten skal ta stilling til, er omfanget av samværet. Det er imidlertid lagt til grunn gjennom rettspraksis at det er adgang til å sette vilkår om tilsyn. Rt. 1997 s. 534 bygger på en slik forutsetning. Grunnen til at det er utledet

¹⁰⁷ HR-2020-662-S avsnitt 144.

¹⁰⁸ NOU 2012: 5 s. 103.

en slik adgang er at alternativet vil være å nekte samværet helt. Et mildere inngrep, som tilsyn vil være, er dermed tillat som en mellomløsning. I tiden etter den nevnte høyesterettsdommen har det blitt satt slikt vilkår i mange saker om samvær etter barnevernloven.¹⁰⁹ Vilkåret om tilsyn må likevel være nødvendig i henhold til EMK artikkel 8 nr. 2. EMD har uttalt om permanent tilsyn, at det må være «justified on special grounds» i den konkrete saken, på bakgrunn av at formålet med samvær er å styrke familiebandene.¹¹⁰ Tilsyn kan dermed settes som vilkår, dersom det er nødvendig for å kunne gjennomføre samvær mellom barnet og foreldrene, i den konkrete saken. Det kreves altså at tilsynet er begrunnet i konkrete og tungtveiende grunner og at det finnes nødvendig av hensyn til barnet. Disse hensynene er ofte de samme hensynene som gjør seg gjeldende i vurdering av om samvær skal nektes.¹¹¹

Andre vilkår kan også settes, på bakgrunn av de samme forholdsmessighetsvurderingene som det kreves for å bestemme at samværet skal foregå med tilsyn. Slike vilkår kan være at foreldrene holder seg rusfrie, eller at bestemte personer ikke kan være til stede under samværet.¹¹²

4.1.3 Når samvær ikke er til barnets beste

Fylkesnemnda kan, når det er fattet vedtak om omsorgsovertakelse, bestemme at det av hensyn til barnet ikke skal være noe samvær, jf. bvl. § 4-19 andre ledd. Ordlyden «kan også bestemme» viser at det klare utgangspunktet er at det skal være samvær, og det er kun unntaksvis at det kan bestemmes at det ikke skal være det. Bestemmelsen må som nevnt ses i sammenheng med § 4-1, og det avgjørende er om samvær er til barnets beste eller ikke. De momenter som skal vektlegges etter § 4-1 er om barnet får en stabil og god voksenkontakt, og kontinuitet i omsorgen.

Vurderingsmomentene som brukes for å fastsette samværets omfang er i stor grad de samme som for å nekte samvær. Inngrepet må ha grunnlag i lov, være nødvendig og tjene de formål som er nevnt i EMK artikkel 8. Samværsnekt er det strengeste inngrepet i samværsretten, og den eneste grunnen for å nekte samvær er i det tilfelle det er til barnets beste.

¹⁰⁹ Se for eksempel HR-2020-662-S, HR-2020-663-S og HR-2020-1968-A.

¹¹⁰ K.O. og V.M. mot Norge avsnitt 69.

¹¹¹ Haugli (2000) s. 223.

¹¹² Bendiksen og Haugli (2021) s. 286.

Forarbeidene til barnevernloven gir ingen veiledning til vurderingen av hvor terskelen for å nekte samvær skal legges. Lovutvalget nevner kun at samværsnekt kan bli aktuelt i saker hvor foreldrene ikke aksepterer omsorgsovertakelsen, og det derfor oppstår en «drakamp om barnet med mistenkeligjøring av fosterforeldrene», samt tilfeller hvor det er fare for nye konflikter for barnet.¹¹³ Slike tilfeller viser til den første tiden etter en omsorgsovertakelse, og kan derfor tilsa at foreldrene på midlertidig basis ikke får samværsrett. At det kun er midlertidig betyr at med en gang situasjonen har roet seg og foreldrene har godtatt omsorgsovertakelse, eller barnet ikke lenger vil lide noen skade av konfliktene, skal det fastsettes samvær.

Gjennom rettspraksis har det blitt oppstilt en terskel for å nekte samvær. Høyesterett vurderte samværsnekt i HR-2020-662-S, og presiserte at bare i tilfeller hvor det foreligger «sterke og spesielle grunner» kan formålet med gjenforening oppgis og samværet begrenses sterkt eller nektes helt. Terskelen viser at det skal svært mye til for å nekte samvær etter § 4-19. Dette har sammenheng med selve omsorgsovertakelsen, og utgangspunktet om at det skal være midlertidig. Dersom samvær nektes helt vil det vanskeliggjøre, og i noen tilfeller umuliggjøre en gjenforening mellom barnet og foreldrene senere. Førstvoterende i dommen uttalte videre at årsaken til at terskelen legges så høyt er at barnets beste er det overordnede hensynet, og det er i utgangspunktet til barnets beste å bo sammen med foreldrene sine. Formålet med samvær skal som hovedregel være å tilrettelegge for gjenforening med foreldrene, og det skal følgelig mye til for å oppgi dette formålet.

Som nevnt i del 4.1.2 er det adgang til å sette vilkår om tilsyn ved samvær etter barnevernloven. Hensikten med tilsynet må da være å beskytte barnet, og grunnlaget for at det er tillatt er at alternativet er å nekte samvær helt. For at nektelse av samvær skal være nødvendig må det derfor være noe i saken som gjør at for eksempel tilsyn ikke kan være et alternativ. Dersom dette er tilfellet kan det utgjøre sterke og spesielle grunner, og det kan da være til barnets beste at det ikke er samvær.

4.2 Begrenset eller nektet samvær i rettspraksis

4.2.1 Begrensninger i samværsretten

Høyesterett uttalte i Rt. 2011 s. 1601 at samvær tre ganger i året må anses som et svært begrenset omfang. Førstvoterende viser så til forarbeidet til loven hvor det kommer frem at

¹¹³ NOU 1985: 18 s. 168.

samvær to ganger i året bør likestilles med det å ikke ha noe samvær.¹¹⁴ Videre antar Høyesterett at samvær fire ganger eller flere årlig, ikke anses som svært begrenset. På bakgrunn av dette kan det utledes at det i relasjon til omfang vil være svært begrenset dersom det fastsettes tre eller færre samvær i året. Videre kan som nevnt samvær også begrenses ved vilkår som for eksempel tilsyn. Begrensningen må ses ut fra hvor stort inngrep det utgjør for familielivet. Et svært begrenset samvær vil utgjøre et større inngrep for barnet og foreldrene. Spørsmålet er derfor hvilke grunnlag som kan medføre at samværet blir begrenset etter bvl. § 4-19.

Fra HR-2017-2015-A kan det utledes at det at foreldrene og barnet ikke hadde hatt noen særlig kontakt fra før, ikke utgjør en grunn til å nekte samvær. Slike forhold vil ikke utgjøre en sterk og spesiell grunn, som er terskelen for samværsnekt. Det kunne imidlertid få betydning for selve samværsfastsettelsen.

Foreldrene i saken hadde fått rett til samvær med barnet én time én gang i året under tilsyn. De klagde på denne avgjørelsen, med håp om å få økt samværsomfanget. Tingretten kom frem til at samværet skulle nektes helt da det ville innebære en risiko for retraumatisering av barnet å ha samvær. Forut for omsorgsovertakelsen ble det oppdaget at barnet var utsatt for grov fysisk mishandling, og foreldrene ble begjært varetektsfengslet for forholdet. Tingretten mente også at foreldrene ikke hadde den nødvendige forståelsen for situasjonen, og at de ikke tok ansvar for det de hadde gjort.

Resultatet i høyesterettsdommen ble samvær én time én gang i året, slik det opprinnelige vedtaket fra fylkesnemnda slo fast. Det ble lagt avgjørende vekt på at barnet måtte få mulighet til å ha et kjennsksforhold til foreldrene, og at foreldrene måtte få samme mulighet med barnet. Høyesterett påpekte i avsnitt 63 og 64 at samværsnekt i denne saken ville innebære «oppretholdelse av status quo», og at det å åpne for samvær ikke ville være med mål om å «retablere familielivet». Samværet skulle kun sikre en minimumskontakt mellom barnet og foreldrene. Selv om det fra før ikke hadde vært noe samvær, og det å nekte samvær kun ville medføre at dette ble opprettholdt, var ikke dette en god nok grunn. Det ble altså lagt mer vekt på hvor viktig det var for barnet og foreldrene å ha kjennskap til hverandre, enn det å opprettholde status quo. På bakgrunn av at det ikke var noe mål om at samværet skulle legge

¹¹⁴ Ot.prp. nr. 76 (2005-2006) s. 45.

til rette for å reetablere familielivet, kunne det fastsettes et svært begrenset samvær med tilsyn kun én time i året.

Dommen viser hvor høy terskelen er, og hvor mye som skal til for å nekte samvær. Det ble påvist nitten ribbeinsbrudd på barnet. Disse var blitt påført i hans omsorgsbasis i løpet av hans seks første leveuker. Barnet var, som følge av dette, svært sårbart. Han hadde heller ikke noen tilknytning til foreldrene grunnet begrenset samvær forut for dommen. Den sakkyndige i saken kunne imidlertid ikke konkludere med at det ville være retraumatiserende for barnet å ha samvær med foreldrene. Samværene kunne også tilpasses med tilsyn av barnevernet, og ved at fosterforeldrene var til stede.

Høyesterett presiserte i HR-2020-661-S at dersom målsetningen er gjenforening, kan det ikke kun stilles krav til omfanget av samværet, men også til kvaliteten av det.¹¹⁵ Det ble vist til Strand Lobben med flere mot Norge hvor EMD påpekte at gjennomføringen av samværet ikke hadde vært egnet til å la moren fritt knytte kontakt med barnet.¹¹⁶ Videre uttalte førstvoterende at så lenge gjenforening er målet, skal ikke samvær kun sikre at barnet vet hvem foreldrene er, men også muliggjøre gjenforening.¹¹⁷ På bakgrunn av dette kan det utledes at et svært begrenset samvær kun kan fastsettes dersom det er klart at målet om gjenforening oppgis, og samværet kun skal ha som formål å gi barnet mulighet til å ha kjennskap til sine foreldre. Det kan vanskelig tenkes at et samvær som er begrenset til to ganger i året med tilsyn, vil være egnet til å la foreldrene fritt knytte kontakt med barnet.

Resultatet i HR-2020-662-S ble et begrenset samvær med tilsyn. Grunnen til dette var at erfaringene fra tidligere samvær tilsa at det forelå spesielle grunner i saken. Barnet hadde tidligere hatt sterke reaksjoner i etterkant av samværene med foreldrene. Et annet moment som ble vektlagt i avveiningen var at foreldrene ikke ble vurdert til å ha tilstrekkelig samværskompetanse. Dette medførte at samvær på domstidspunktet ikke kunne gjennomføres uten tilsyn. Høyesterett presiserte videre at det kreves «special grounds» dersom det skal fastsettes permanent tilsyn i en sak. Retten kom derfor til at samværene måtte gjennomføres med tilsyn frem til foreldrene forhåpentligvis kan ha samvær uten. Formålet med samværene var å tilrettelegge for bedre og flere samvær på sikt. Retten vektlegger altså det overordnede

¹¹⁵ HR-2020-661-S avsnitt 133.

¹¹⁶ Strand Lobben med flere mot Norge avsnitt 221.

¹¹⁷ HR-2020-661-S avsnitt 134.

målet om gjenforening, og legger opp til et samvær som skal trappes opp i takt med barnets behov. Dette viser at samværsomfanget som besluttet kun er et minimumssamvær, og at nye vurderinger kan tas fortløpende i etterkant av dom, for å kunne øke samværet når det er forsvarlig.

Dommen viser også til den avveiningen som må tas mellom hensynet til barnet, og interessene til foreldrene. Førstvoterende påpekte at barnet i saken, som kun var tre år på domstidspunktet, var særlig sårbart.¹¹⁸ Barnet hadde som nevnt også hatt sterke reaksjoner etter tidligere samvær, og foreldrene manglet samværsevner. Dette ble veid mot foreldrenes interesse i å ha samvær med datteren, og det ble påpekt at en viss hyppighet av samværet ville kunne føre til at det på sikt ville få en bedre kvalitet. For å oppnå en bedre kvalitet måtte samværet likevel begrenses noe i starten, slik at barnet kunne få lengre perioder med ro mellom dem.

Barnets behov for ro og stabilitet ble også vektlagt i HR-2020-2081-A. Saken omhandlet vedtak om omsorgsovertakelse og fastsettelse av samvær mellom et barn på rundt fire år, og hennes mor. Omsorgsovertakelsesvedtaket ble stående grunnet morens manglende evne til å ivareta barnets grunnleggende behov. Samværet ble satt til to dager seks ganger i året. Høyesterett videreførte vilkåret lagmannsretten hadde satt, om at samværet skulle foregå i fosterhjemmet, på bakgrunn av barnets særlige behov. Barnet i saken hadde store helseutfordringer, og morens samværkompetanse ble vurdert som «god nok» under forutsetningen at samværene ble utført i fosterhjemmet.¹¹⁹ Samværsomfanget ble ikke utvidet, slik moren ønsket, på bakgrunn av at barnets helsetilstand ikke tillot det. Høyesterett uttalte at samværsomfanget ville være tilstrekkelig for å legge til rette for en dypere kontakt mellom moren og barnet.¹²⁰ Det ble altså vektlagt at et samvær som skulle foregå over to dager, seks ganger i året, ville være tilstrekkelig til å legge til rette for en dypere kontakt mellom barnet og moren. På grunn av at barnet trengte lengre perioder med ro ble omfanget satt til færre ganger med lengre varighet. Samværet kan altså tilpasses i henhold til balanseringen mellom barnets behov og foreldrenes interesser.

¹¹⁸ HR-2020-662-S avsnitt 141.

¹¹⁹ HR-2020-2081-A avsnitt 82.

¹²⁰ HR-2020-2081-A avsnitt 83.

Saken inntatt i HR-2020-1968-A gjaldt samværet mellom en jente på fjorten år, og hennes mor. Spørsmålet for Høyesterett var om lagmannsretten skulle gitt samtykke til ankebehandling av en barnevernssak. Anken til lagmannsretten knyttet seg til om tingrettens dom kunne medføre krenkelse av retten til familieliv etter EMK artikkel 8. Moren i saken hadde en uheldelig arvelig sykdom som påvirket henne motorisk, kognitivt og psykisk. Familien hadde fått hjelp fra barnevernet i noen år forut for omsorgsovertakelsen. Etter at barnevernet mottok bekymringsmeldinger ble det fattet vedtaket om omsorgsovertakelse og samvær med tilsyn, og senere ble det også vedtatt regulering av telefonkontakt mellom moren og barnet. Moren og datteren ønsket at samværet skulle gjennomføres uten tilsyn, at overnattingssamvær skulle tillates og at det ikke skulle være noen restriksjoner for telefonkontakten mellom dem. Barnevernet anførte at tilsyn var et nødvendig inngrep for at samværene skulle være trygge for barnet, at overnattingssamvær var utelukket grunnet morens manglende omsorgskompetanse, og at telefonrestriksjonene var nødvendig for å beskytte barnet.

Tingretten hadde kommet til at samværene i saken skulle foregå under permanent tilsyn. Høyesterett kom til at tingretten ikke hadde tatt vurderingen av dette på bakgrunn av den terskelen som er oppstilt i K.O. og V.M. mot Norge. Førstvoterende uttalte også i avsnitt 58 at begrunnelsen for tilsynet er «delvis generell ved at den viser til generelle anbefalinger og ikke bygger på Cs konkrete behov». Konklusjonen var at begrunnelsen ikke var tilstrekkelig til å vise at det ikke forelå krenkelse av EMK artikkel 8. Fra dommen kan det trekkes ut at de samme vurderingene skal legges til grunn i vurderingen av samvær, også med eldre barn. Det som utgjør forskjellen i avveiningene mellom de øvrige sakene, og denne, er at barnets mening må tillegges mer vekt. Barnet i denne saken var 14 år, og hennes mening måtte derfor tillegges stor vekt etter Grunnloven § 104 og BK artikkel 12. Videre viser også dommen viktigheten av at slike inngrep begrunnes konkret i hver enkelt sak. Det kan ikke tas vurderinger basert på generelle anbefalinger, de må tas ut fra barnets behov. Det å få klarlagt barnets behov vil også være enklere i saker hvor barnet er gammel nok til å gjøre seg opp en mening i saken.

4.2.2 Nektet samvær

Samværsnekt har kun blitt resultatet i to dommer, Rt. 2002 s. 908 og Rt. 2004 s. 1046, og en kjennelse, HR-2020-663-S, fra Høyesterett. Dette sier noe om hvor høy terskel det er for å nekte samvær mellom barn og foreldre etter barnevernloven.

Kjennelsen fra 2020 gjaldt anke over lagmannsrettens beslutning om å ikke behandle to saker om omsorgsovertakelse og samvær. Foreldrene var ikke sammen, og sakene deres var i utgangspunktet adskilt. Høyesterett forente imidlertid sakene når de ble tatt inn til behandling i storkammer. Tingretten hadde kommet til at vedtakene fra fylkesnemnden skulle stadfestes. Dette innebar i morens sak omsorgsovertakelse av barnet, plassering i fosterhjem og samvær seks ganger i året med tilsyn. I farens sak innebar det samværsnekt.

Barnet i saken var født i 2011. Foreldrene var i et forhold ved barnets fødsel, men faren satt i fengsel da han var dømt for voldtekt og seksuell omgang med to jenter under 14 år. Barnet hadde noe samvær med faren i fengselet, helt frem til faren fikk permisjon for å dra hjem på overnatting til barnet og barnets mor. Fengselet sendte da bekymringsmelding til barnevernet, som åpnet undersøkelsessak. Litt etter dette gikk moren fra faren, og fikk foreldreansvaret for barnet alene etter sak for tingretten. I samme sak ble det besluttet at faren ikke skulle ha samvær med barnet. Etter en periode med forsøk på å hjelpe moren med barnet ble det besluttet vedtak om omsorgsovertakelse. Samme dag ble det også besluttet samværsnekt mellom faren og barnet. Faren krevde rettslig overprøving av vedtaket, men tingretten kom til at vedtaket skulle stadfestes. Selv om Høyesterett kun skal vurdere om det foreligger svakheter ved tingrettens avgjørelse, vil vurderingene i tilknytning til samværsnektelsen med faren si noe om hvor terskelen skal ligge.

Høyesterett tar i HR-2020-663-S utgangspunkt i terskelen «sterke og spesielle grunner». Formålet med samværet i denne saken er ikke en fremtidig gjenforening. Dersom barnet i saken skulle tilbakeføres ville det vært til barnets mor, ikke far. Til dette presiserer førstvoterende at samvær i utgangspunktet uansett har en egenverdi for barnet, så lenge barnet ikke blir utsatt for «undue hardship».¹²¹ Selv om barnet ikke skal gjenforenes med faren, kan det fortsatt være verdifullt å ha samvær med han. At gjenforeningsmålet oppgis er altså ikke en sterk og spesiell grunn, og dermed ikke nok til å nå terskelen for å nekte samvær.

Faren i HR-2020-663-S hadde ikke hatt noe særlig kontakt med barnet. På tidspunktet for behandlingen i Høyesterett var barnet omtrent åtte år, og hadde ikke møtt faren siden hun var fire måneder gammel. Jenta i saken hadde imidlertid gitt uttrykk for at hun ville møte faren sin, selv om hun ikke hadde noe særlig kjennskap til han. Retten viser til praksis fra EMD og

¹²¹ HR-2020-663-S avsnitt 164.

påpeker at svake eller ikke-eksisterende familiebånd er mindre beskyttet etter EMK artikkel 8 enn et etablert familieliv. Terskelen for å nekte samvær i saker hvor det ikke eksisterer noe kontakt mellom forelderen og barnet, er altså lavere.

Konklusjonen i Høyesterett var at tingretten hadde tatt en tilstrekkelig bred vurdering. Innholdet i vurderingen gikk i stor grad ut på barnets sårbarhet. Jenta hadde et stort behov for ro og stabilitet. Det å introdusere henne for den biologiske faren kunne svekke hennes evne til å knytte seg til et nytt hjem, som igjen kunne føre til flere flyttinger i fremtiden. Dette ble veid opp mot egenverdien samvær kan ha, samt farens samværskompetanse. Avgjørende var likevel at barnet kunne bli skadelidende av å ha samvær med faren. Dette kvalifiserte ifølge retten til å nå terskelen «sterke og spesielle grunner» da det ikke ville være til barnets beste med samvær i denne saken. Avgjørelsen måtte ses på som midlertidig, da vurderingen var tatt ut fra barnets behov på domstidspunktet. Dersom situasjonen skulle endre seg, og samvær senere ville være til barnets beste, vil det kunne etableres samvær etter en ny vurdering. Dommen viser altså at det skal mindre til for å nekte samvær dersom det ikke er et etablert familiebånd mellom barnet og forelderen. Dette sett i sammenheng med at avgjørelser anses som midlertidige, betyr at samværsnekt i praksis vil utgjøre en utsettelse av det å eventuelt etablere en kontakt gjennom samvær i slike saker. Som nevnt kan faren kreve at det tas ny vurdering når det er gått tolv måneder, jf. bvl. § 4-19 femte ledd.

Retraumatisering av barnet gjennom samvær kan være en grunn til å nekte samvær. Dette kan tolkes ut av dommen inntatt i Rt. 2004 s. 1046. Barnet i saken var en jente på omtrent åtte år som var multifunksjonshemmet, delvis lam og hadde diagnosen ADHD. Hun var blitt lagt inn på sykehus når hun var omtrent ett år fordi hun hadde flere bruddskader og blødninger i hodet, som mest sannsynlig stammet fra barnemishandling utført av foreldrene. De ble ikke siktet for forholdet fordi saken måtte henlegges på bevisets stilling, men forholdet førte til at foreldrene ble fratatt omsorgen for barnet. Spørsmålet for Høyesterett var om foreldrene skulle nektes samvær med barnet.

Barnet ønsket ikke samvær med foreldrene, og tilsynsfører samt sakkyndige mente samværene forut for dommen hadde ført til uforholdsmessig mye stress for barnet. Retten kom til at det i denne saken forelå sterke og spesielle grunner, og at disse tilsa at samværet skulle nektes. De store påkjenningene samværene hadde medført, og de mulige problemene som kunne oppstå for henne, gjorde at foreldrenes interesser måtte vike. Det var også en kulturell side ved saken, og det ble påpekt at det i utgangspunktet er til barnets beste å ha

kjennskap til sine biologiske foreldre og sin kulturelle identitet. Disse hensynene ble også vektlagt i vurderingen, men de kunne ikke veies tyngre enn jentas klare vegring mot samvær, og det at hun potensielt ville lide skade av det.

Samværet ble nektet i Rt. 2002 s. 908 på bakgrunn av at moren i saken hadde manglende omsorgsevner. De tidligere samværene mellom moren og datteren på seks år hadde fungert dårlig. Moren var avvisende ovenfor jenta, og hadde en straffende opptreden når jenta ikke oppførte seg som moren ønsket. I etterkant av samværene hadde jenta sterke reaksjoner som diaré og utslett på kroppen. Den sakkyndige anbefalte at det ikke skulle fastsettes noe samvær i saken på bakgrunn av disse momentene, og Høyesterett fant støtte for denne anbefalingen i sakens opplysninger. Samvær ville medføre en stor risiko for skade på jenta, noe som medførte at det forelå spesielle og sterke grunner for å nekte samvær.¹²²

Fra Rt. 2014 s. 976 kan det trekkes ut at bortføringsfare kan utgjøre en sterk og spesiell grunn, som kan være grunnlag for samværsnekt. Saken var imidlertid så dårlig opplyst i lagmannsretten, at Høyesterett ikke kunne konkludere på spørsmålet om det forelå en reell og aktuell kidnappingsfare. Det ble likevel tatt en vurdering av det rettslige utgangspunktet for slike tilfeller. I dommens avsnitt 48 uttales det at dersom bortføring skal utgjøre en grunn til å nekte samvær må faren for det være reell og aktuell, og det må foreligge konkrete forhold som underbygger denne frykten. Videre peker førstvoterende på at det likevel ikke kreves sannsynlighetsovervekt. Selv om det tidligere hadde vært en reell risiko for at barnet skulle bli kidnappet, var det ikke noen opplysninger som støttet opp om at den risikoen fortsatt var aktuell på domstidspunktet. Forhold i saken hadde endret seg, uten at dette var tilstrekkelig utredet. Lagmannsretten behandlet i LB-2014-173958 saken på nytt, som følge av Høyesteretts vurdering, og kom til at samvær skulle nektes på grunn av en reell og aktuell risiko for bortføring. Etter dette ble saken bragt inn for EMD, hvor resultatet ble brudd på EMK artikkel 8.¹²³ Bruddet knyttet seg til at det ikke var redegjort for hvordan gjenforening kunne gjennomføres, det var ikke dokumentert tilstrekkelig hvorfor samværsnekt var nødvendig i et demokratisk samfunn, og det var ikke vurdert grundig hvilke konsekvenser bruddet i kontakt ville ha for barnet. Selv om det foreligger eventuell fare for bortføring, skal

¹²² Rt. 2002 s. 908 s. 916.

¹²³ EMDs dom 6. september 2018 *Jansen mot Norge*.

det vurderes hvilke konsekvenser barnet får av å miste all kontakt med foreldrene, og her også sin kulturelle identitet.

På bakgrunn av bortføringsfaren i den nevnte dommen hadde fylkesnemnda besluttet å holde barnets bosted skjult for foreldrene. Bvl. § 4-19 andre ledd siste punktum fastslår at det kan bestemmes at foreldrene ikke skal ha rett til å vite hvor barnet er. Slike tilfeller, med sperret adresse, utelukker likevel ikke samværsrett. Selv om barnets bosted var skjult, kunne samværene gjennomføres. Det var tidligere tilrettelagt med egnet sted og bistand fra politiet. Dette utgjør ikke i utgangspunktet en sterk og spesiell grunn som kan føre til at samvær må nektes.

Sperret adresse er en alvorlig restriksjon som er særlig aktuell i saker med bortføringsfare, men kan også være det i tilfeller hvor foreldrene er voldelige eller truende. Samvær kan være vanskelig å gjennomføre i slike saker, på grunn av at barnets bosted kan bli avslørt av foreldrene, for eksempel ved at barnet selv røper dette for dem.¹²⁴

5 Sammenligning av begrenset eller nektet samværsrett etter barneloven og barnevernloven.

5.1 Ulike utgangspunkter for å fastsette omfang av samværet

Begrensninger i samværsomfanget skal etter begge lover tas etter en helhetsvurdering, hvor barnets beste skal være det grunnleggende hensynet bak avgjørelsen. Dette følger av Grunnloven. § 104 andre ledd og BK artikkel 3 nr. 1, og vil derfor gjelde ved alle avgjørelser som omhandler barn. Videre fastslår bl. § 48 første ledd at avgjørelser om samvær etter barneloven «først og fremst» skal rette seg etter hva som er best for barnet. Barnevernloven har en lignende bestemmelse i § 4-1 hvor det slås fast at barnets beste skal få avgjørende vekt ved beslutninger om blant annet samvær. Andre hensyn kan altså spille inn i vurderinger etter begge lover, men det er hovedsakelig barnets beste som skal danne grunnlag for avgjørelsen. Ordlyden «avgjørende vekt» i bvl. § 4-1 viser imidlertid til at det ved motstrid skal være avgjørende hva som er til barnets beste, mens «først og fremst» i bl. § 48 ved motstrid kan tilsi at andre hensyn får avgjørende vekt, så lenge det ikke går på bekostning av barnets beste.

¹²⁴ Bendiksen og Haugli (2021) s. 283.

Ved helhetsvurderingen av hvor mye samvær som skal fastsettes vil det etter lovene være noen av de samme hensynene som vektlegges, mens noen hensyn naturligvis ikke vil gjøre seg gjeldene på tvers av lovene. Vektingen mellom de ulike hensynene og foreldrenes interesser er også utgangspunktet for vurderingene etter begge lover. Høyesterett påpekte i Rt. 2011 s. 1601 avsnitt 61 at samvær er regelmessig mer begrenset i saker etter bvl. § 4-19 enn etter bl. § 43. Som nevnt i kapittel 4.2.1 anses ikke fire eller flere årlige samvær som svært begrenset etter barnevernloven, mens barneloven på sin side opererer med såkalt «vanleg samværsrett» som medfører samvær ukentlig, annenhver helg og annenhver ferie. Dette er likevel kun ment til å sende en signaleffekt, og skal ikke ses på som en hovedregel for omfang.

Det er også en ulikhet mellom avgjørelser etter de to lovene at det ved avgjørelser etter barneloven ofte legges opp til en konkret samværsplan med tidspunkter og dager, mens det etter barnevernloven legges opp til et minimumssamvær. Ansvar for gjennomføringen av samværene er lagt til barnevernet etter barnevernloven, mens det er lagt til foreldrene etter barneloven. Dette medfører at retten kan være mer fri i avgjørelser etter barnevernloven, da barnevernet kan ta fortløpende vurderinger av om samværet skal økes. Det er påpekt i for eksempel Rt. 2013 s. 1329 at avgjørelser etter barneloven tar utgangspunkt i barnets situasjon her og nå, så lenge det ikke går på bekostning av hvordan barnet får det i fremtiden.

Avgjørelser etter barnevernloven kan altså ta utgangspunkt i barnet der og da, og legge vurderingen for hva barnet trenger i fremtiden til barnevernet. Høyesterett presiserte i HR-2020-662-A at barnevernet har anledning til å øke antallet og omfanget dersom det anses forsvarlig.¹²⁵ Dette er altså noe retten er bevisst på, og benytter seg av. Fokuset ved fastsettelse av samværsomfang etter barnevernloven er altså barnets behov der og da, og det tas ikke vurderinger av hva barnet konkret vil ha godt av på sikt.

I saker etter barneloven er domstolen avhengig av at foreldrene klarer å samarbeide om å tilpasse fremtidige samvær. Klarer ikke foreldrene det, må retten vurdere hvilket samvær som vil være til barnets beste i årene etter dommen. Dette medfører at saker etter barneloven, der foreldrene har samarbeidsproblemer, må vurderes ut fra barnets behov der og da, og i fremtiden. En annen konsekvens av dette, som skiller seg noe fra avgjørelser etter barnevernloven, er at foreldrenes evner til samarbeid blir vektlagt i avveiningen av om det

¹²⁵ HR-2020-662-S avsnitt 147.

kan fastsettes samvær. I Rt. 2013 s. 1329 var morens vegring mot barnets far ett av de avgjørende momentene for at samværet måtte nektes. Situasjonen i den saken strakk seg lengre enn kun samarbeid mellom foreldrene, men den viser likevel hvor avgjørende forholdet mellom foreldrene kan være i slike saker. Høyesterett påpekte også i Rt. 2011 s. 1572 at samværsplanen måtte være nøye planlagt, fordi moren i saken hadde et stort behov for forutsigbarhet, og en slik plan ville best mulig tilrettelegge for samarbeid mellom foreldrene.

Bendiksen og Haugli har påpekt at fastsettelse av minimumssamvær er uheldig fordi det kan føre til standardiserte vedtak som ikke tar utgangspunkt i barnets beste.¹²⁶ Dersom retten er nødt til å fastsette et konkret antall timer samvær, eventuelt med en opptrappingsplan slik som det gjøres etter barneloven, fordrer det en mer helhetlig vurdering av barnets behov i hver enkelt sak. EMD har uttalt at selv om barnevernet ikke er forhindret fra å tilrettelegge for et mer omfattende samvær enn det domstolen har fastsatt, kan ikke dette bøte på at et samvær er for inngripende.¹²⁷ Dommen viser at selv om det ikke er noe i veien for at samværet kan økes etter hvert, kan ikke domstolen eller fylkesnemnda «gjemme seg» bak dette, og fastsette et mer begrenset samvær enn EMK artikkel 8 nr. 1 krever. Høyesterett mener likevel at det man skal ta stilling til er et minimumssamvær.¹²⁸ Anledningen til å ta en slik midlertid vurdering stammer ikke kun fra muligheten barnevernet har til å fortløpende vurdere samværene, men også fra det faktum at foreldre kan kreve at samværsspørsmålet prøves på nytt når det er gått tolv måneder, jf. § 4-19 femte ledd.

Definisjonen «vanleg samværsrett» er som nevnt i punkt 3.1.2 foreslått fjernet fra barneloven fordi den kan føre til at det fastsettes samvær etter lovens definisjon i stedet for etter hva som er best for det konkrete barnet. Denne frykten kan enkelt overføres til utgangspunktet om minimumssamvær etter barnevernloven. Begge lover opererer i dag med et slags «utgangspunkt» som kan medføre at det ikke tas konkrete avveininger i hver enkelt sak.

Et annet moment som kan utgjøre en forskjell alt ettersom om saken går etter barneloven eller barnevernloven er øvrig tilrettelegging barnevernet kan stille opp med. Lagmannsretten argumenterte i LA-2014-72580 for at barnet i saken ikke kunne få et tilrettelagt samvær slik som søknene hennes kunne, fordi de var under barnevernets omsorg, og det var ikke hun. De

¹²⁶ Bendiksen og Haugli (2021) s. 271.

¹²⁷ K.O. og V.M. mot Norge avsnitt 70.

¹²⁸ HR-2020-662-S avsnitt 117.

barna som barnevernet hadde omsorgen for kunne ha samvær med moren fordi det kunne etableres regimer og rammer som ville sikre at samværet ble trygt for dem. For barnet saken dreide seg om, som bodde hos faren, mente retten det ikke var praktisk mulig å fastsette et trygt samvær på samme måte som det var for de andre barna. At dette er noe retten vektlegger i avgjørelsen er bemerkelsesverdig. Argumentet kan tyde på at barn som er under barnevernets omsorg får et annet vern enn de som ikke er det. Den praktiske gjennomføringen av samvær vil ha betydning for hvilket omfang som kan fastsettes, men det at barnet ikke kan ha samvær på bakgrunn av at det ikke kan tilrettelegges på samme måte, virker å være et utenforliggende hensyn i en slik sak. Selv om dette ikke er et argument jeg har funnet i flere av sakene som omhandler begrenset eller nektet samvær etter barneloven, kan det være verdt å påpeke at slike praktiske årsaker kan virke inn og utgjøre en forskjell mellom lovene.

5.2 Ulik terskel for å nekte samvær

Den praktiske gjennomføringen av samvær med barnevernets involvering kan spille en rolle i det faktum at terskelen for å nekte samvær virker å være strengere etter barnevernloven enn den er etter barneloven. Etter ordlyden i bl. § 43 «skal» retten nekte samvær der det ikke er til barnets beste, mens i bvl. § 4-19 «kan» det besluttes at det skal nektes når hensynet til barnet tilsier det. Selv om utgangspunktet i begge lover tas i prinsippet om barnets beste, legger bestemmelsenes forskjellige ordlyder opp til en noe ulik terskel.

For å nekte samvær etter barneloven § 43 kreves det at det er «ganske tungtveiende grunner» for det. Denne formuleringen er ment å vise at det klare utgangspunktet er at barnet har rett på samvær med sine foreldre, og det er kun i unntakstilfeller at samvær kan nektes. Etter barnevernloven er terskelen satt til at det kun kan nektes samvær når det foreligger «sterke og spesielle grunner». Grunnene for å nekte samvær etter barneloven må altså være ganske tungtveiende, mens de etter barnevernloven må være sterke og spesielle. Ganske tungtveiende grunner er etter ordlyden en lavere terskel enn sterke og spesielle grunner. Rettspraksis legger altså også opp til en høyere terskel for å nekte samvær etter barnevernloven. Det som vil være avgjørende for konklusjonen i en sak, uavhengig av om den går etter barneloven eller barnevernloven, er hva som er til barnets beste. Utviklingen av disse grensene gjennom rettspraksis viser likevel at det er en viss forskjell i utgangspunktene til lovene.

Stang antar at den strenge terskelen etter barnevernloven har å gjøre med at barnets bånd til foreldrene er svekket av omsorgsovertakelsen, og at det derfor skal mye til for å svekke den

ytterligere.¹²⁹ De forskjellige utgangspunktene som allerede er der i saker etter de to lovene, fører til at ulike momenter vil spille inn i vurderingen. Saker etter barneloven vil ikke medføre at barnet mister kontakten med begge sine foreldre dersom samværet nektes. Hun skriver videre at det selv med dette utgangspunktet fremstår det ikke som åpenbart at «barn som har vært utsatt for vold, seksuelle overgrep, emosjonell omsorgssvikt eller andre krenkelser, og som får sin sak om samværsrett behandlet etter barneloven, skal ha et sterkere rettsvern mot nye krenkelser og belastninger i tilknytning til samvær, enn barn som får sin sak om samvær behandlet etter barnevernloven».¹³⁰ Barnets rett til personlig forbindelse og direkte kontakt, etter BK artikkel 9 nr. 3, knytter seg til begge foreldrene. Terskelen for å nekte samvær skal altså etter dette være lik, om det er en eller begge foreldrene barnet nektes samvær med.

Høyesterett har påpekt at myndighetene får en «spesiell plikt til å tilrettelegge for at beskyttelsesbehovet ivaretas uten at foreldre og barn mister kontakten med hverandre» i barnevernssaker, fordi det nettopp er myndighetene som har skilt barnet fra foreldrene.¹³¹ På bakgrunn av dette kan det virke som om oppfatningen er at det skal mer til for å nekte samvær i saker etter barnevernloven. Det er imidlertid vanskelig å finne en menneskerettslig begrunnelse for denne forskjellen i terskel for å kutte kontakten mellom barn og foreldre.

5.3 Er lovene og avgjørelsene i tråd med Barnekonvensjon?

De rettslige utgangspunktene for samværsretten etter barneloven og barnevernloven sammenfaller i stor grad. Etter begge lover er det klare utgangspunktet at barn og foreldre har rett til samvær med hverandre. Lovene tar altså utgangspunkt i at samvær som hovedregel er til det beste for barnet, og at foreldrene også har en lovfestet rett til samvær med sine barn. Dette følger også av EMK artikkel 8 og Grunnloven § 102, og BK artikkel 9 nr. 3 for barnets samværsrett. Retten til kontakt mellom barn og foreldre gjennom samvær er altså lik etter lovene, og er også i tråd med de overordnede prinsippene.

Begge lover legger i likhet med Barnekonvensjon opp til en relativ høy terskel for å nekte samvær, og den er kun nådd dersom samvær vil stride med barnets beste. Lovene har imidlertid samværsrett som en gjensidig rett for barnet og foreldrene. Barnekonvensjon regulerer ikke foreldrenes rett til samvær. Dette er likevel ikke i strid med konvensjon, så

¹²⁹ Stang og Baugerud (2018) s. 66-67.

¹³⁰ Stang og Baugerud (2018) s. 66-67.

¹³¹ Rt. 2014 s. 976 avsnitt 46.

lenge foreldrenes rett ikke går på bekostning av hva som er til barnets beste. BK artikkel 3 nr. 2 fastslår at barnet skal sikres beskyttelse og omsorg, men at også foreldrenes rettigheter skal tas hensyn til. Utvalget bak det nye barnelovforslaget har påpekt at det er uheldig at diskursen rundt samvær og kontakt mellom barn og foreldre ofte tar utgangspunkt i foreldrenes rettigheter.¹³² Barns rettigheter kan da fort bli oversett i denne sammenhengen. Dersom dette blir utfallet, vil avgjørelser etter barneloven og barnevernloven kunne være i strid med Barnekonvensjonen.

Fra Rt. 2013 s. 1329 ser vi at hensynet til barnet der og da ble avgjørende. Dette strider noe med dommene jeg viste til i punkt 3.2.1, hvor det i stor grad ble vektlagt at barnet ville ha godt av samvær på sikt. Utvalget bak det nye lovforslaget påpekte at avveiningen må skje på bakgrunn av hva som er til barnets beste her og nå, men dette må ikke gå på bekostning av vurderingen av hva som er til barnets beste i fremtiden.¹³³ En avgjørelse om samvær skal tas på bakgrunn av en konkret helhetsvurdering av hva som er til barnets beste i saken, og det må tas hensyn til barnet der og da, og i fremtiden. Dette er i samsvar med Barnekomiteens uttalelser om barnets beste.¹³⁴

Vurderingene som tas i avgjørelser etter barnevernloven tar utgangspunkt i barnet der og da. Fylkesnemnda eller domstolen fastsetter et minimumssamvær, som barnevernet kan øke dersom det er rom for det i tiden etter avgjørelsen. Det tas altså ikke en konkret vurdering av hva som er best for det aktuelle barnet i tiden fremover. I saker etter barnevernloven blir mye av ansvaret lagt over på barnevernet, og det legges opp til at alle avgjørelser er midlertidige på bakgrunn av at foreldrene kan kreve ny vurdering etter ett år. Dette utgjør en stor forskjell på avgjørelser etter de to lovene, og vurderingene som tas etter barnevernloven strider med hvordan barnets beste skal vurderes etter BK artikkel 3.

Utviklingen i rettspraksis på barnelovens område har gått i retning av at det skal mindre til for å nekte samvær nå enn tidligere. Alle saker må vurderes konkret, og det er derfor vanskelig å si noe om hvilket resultat en sak fra for eksempel 2010 ville fått dersom den var til behandling i dag. Det virker likevel som om vurderingene oftere tas ut fra hva barnet har godt av, og ikke like mye etter hvilke antakelser man har av hva som er til barns beste. Utviklingen på

¹³² NOU 2020: 14 s. 103.

¹³³ NOU 2020: 14 s. 214.

¹³⁴ Se denne avhandlingens punkt 2.4.

barnevernlovens område har blitt påvirket av EMDs praksis og fokus de siste årene. Fra de nyeste dommene ser man at Høyesterett henviser til EMDs dommer hyppig, og bruker EMDs tolkninger som grunnlag for rettsreglene. Terskelen for å nekte samvær etter barnevernloven har vært høy, og er muligens blitt enda høyere på bakgrunn av EMDs tolkninger av EMK artikkel 8. Selv om avgjørelser etter barneloven er bundet av EMDs praksis i mer eller mindre samme grad som de etter barnevernloven, kan det virke som om utviklingen for avgjørelser om samvær etter de to lovene er på vei i hver sin retning. Det er imidlertid et betydelig mindre antall dommer på barnelovens område, og EMD har til nå ikke vurdert samværsspørsmål etter barneloven.

Noe som kan virke å ha relativt stor betydning for resultatet i avgjørelser etter begge lover er de sakkyndiges anbefalinger. Høyesterett tar ofte utgangspunkt i de sakkyndiges rapport om barnets behov, interesse og situasjon, men også deres anbefaling om hvilket utfall disse momentene bør få i den konkrete saken. I flere saker har den sakkyndige i sin rapport anbefalt et visst antall samvær i året, eller at samværet burde foregå med tilsyn, og Høyesterett stiller seg da ofte bak denne anbefalingen. Barnets beste er ifølge Barnekomiteen et grunnleggende, fortolkende juridisk prinsipp.¹³⁵ Dersom vurderingene legges opp til sakkyndige vil det være en risiko for at resultatet i større grad er basert på psykologfaglige vurderinger, og ikke juridiske. Det er domstolen som skal ta den rettslige vurderingen av barnets beste, ikke de sakkyndige.¹³⁶ I flere av dommene som er brukt i analysen i denne avhandlingen har det vært vanskelig å skille mellom de sakkyndiges vurderinger og domstolens. Retten stiller seg bak de sakkyndiges vurderinger, men også anbefalinger om et konkret utfall av saken. Dette fører til at det blir vanskelig å si noe om hvorvidt barnets beste er vurdert i tråd med BK eller ikke, i flere av sakene om begrenset eller nektet samvær.

Når utviklingen i samværsretten går i retning av EMDs tolkning av EMK, går den samtidig noe bort fra BK. Fokuset har blitt satt på at terskelen skal senkes for å nekte samvær, og barnet skal beskyttes, men det er samtidig lagt opp til at samværet skal være så omfattende som mulig, bare det ikke blir en uforholdsmessig byrde for barnet. Selv om samværsretten er

¹³⁵ Generell kommentar nr. 14 (2013) om barnets rett til at hans eller hennes beste skal være et grunnleggende hensyn (art. 3, para. 1) pkt. 6.

¹³⁶ Bernt (2014) s. 212.

en viktig rettighet for barnet, kan det være verdt å spørre seg om det ikke er mye å legge på et barn som allerede er i en vanskelig situasjon.

Referanseliste

Lover

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov

Lov 8. april 1981 nr. 1 om barn og foreldre (barneloven)

Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven)

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

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

Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven)

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

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

Internasjonale konvensjoner

Den europeiske menneskerettskonvensjon (Convention for the protection of Human Rights and Fundamental Freedoms) 4. November 1950.

Wien-konvensjonen om traktatretten (Vienna Convention on the law of treaties) 23. mai 1969.

FNs konvensjon om barnets rettigheter (Convention on the Rights of the Child) 20. November 1989.

Forskrift

FOR-2013-12-19-1636 Forskrift om samvær med tilsyn etter barnelova

Forarbeider og øvrige offentlige dokumenter

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

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

Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) *Om lov om endringer i barnelova mv.*

Ot.prp. nr. 76 (2005-2006) *Om lov om endringer i barnevernloven og sosialtjenesteloven mv.*

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

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

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

Prop. 167 L (2016-2017) *Endringer i barnelova og straffeloven mv. (bedre rettsvern for barn mot vold og overgrep).*

NOU 2020: 14 *Ny barnelov – Til barnets beste.*

Rettspraksis

Høyesterett

Rt. 1994 s. 940

Rt. 1994 s. 1394

Rt. 1996 s. 888

Rt. 1997 s. 534

Rt. 1997 s. 1247

Rt. 2002 s. 908

Rt. 2004 s. 1046

Rt. 2007 s. 967

Rt. 2010 s. 216

Rt. 2011 s. 1572

Rt. 2011 s. 1601

Rt. 2013 s. 1329

Rt. 2014 s. 976

Rt. 2015 s. 93

Rt. 2015 s. 1388

HR-2017-2015-A

HR-2020-661-S

HR-2020-662-S

HR-2020-663-S

HR-2020-1967-A

HR-2020-1968-A

HR-2020-2081-A

HR-2021-475-A

HR-2021-476-A

Lagmannsrettspraksis

LA-2014-72580

LB-2014-173958

LB-2017-93599

LA-2020-33395

LH-2020-118575

Den europeiske menneskerettsdomstolen

EMDs dom 6. september 2018, *Jansen mot Norge* (2822/16)

EMDs dom 10. september 2019, *Strand Lobben med flere mot Norge* (37283/13)

EMDs dom 19. november 2019, *K.O. og V.M mot Norge* (64808/16)

EMDs dom 17. desember 2019, *Abdi Ibrahim mot Norge* (15379/16)

Generelle kommentarer og avsluttende merknader fra FNs barnekomité

Generell kommentar nr. 5 (2003) Generelle tiltak til gjennomføring av Konvensjonen om barnets rettigheter (artiklene 4 og 42 og artikkel 44 nr. 6)

Generell kommentar nr. 8 (2006) Barnets rett til beskyttelse mot fysisk avstraffelse og andre grusomme eller nedverdiggende former for straff (bl.a. artikkel 19, artikkel 28 nr. 2 og artikkel 37)

Generell kommentar nr. 13 (2011) Barnets rett til frihet fra alle former for vold

Generell kommentar nr. 14 (2013) Barnets rett til at hans eller hennes beste skal være et grunnleggende hensyn (art. 3, para. 1)

Concluding Observations: Norway (UN doc. CRC/C/NOR/CO/5-6 4 July 2018)

Litteratur

- Aall (2018) Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 5. utgave (Bergen 2018).
- Backer (2008) Backer, Inge Lorange, *Barneloven kommentarutgave*, 4. utgave (Oslo 2008).
- Bendiksen og Haugli (2021) Bendiksen, Lena R.L. og Trude Haugli, *Sentrale emner i barneretten*, 4. utgave (Oslo 2021).
- Bernt (2014) Bernt, Camilla, «Sakkyndige i barnelovssaker for domstolene: roller og rettssikkerhet» i *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål* 2014/3 s. 178-315.
- Elgesem (2013) Elgesem, Frode, *Vurdering av fordeler og ulemper ved eventuell norsk tilslutning til FNs barnekonvensjons tilleggsprotokoll om individuell klagerett – En juridisk analyse for Utenriksdepartementet*, 2013, https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/ud/vedlegg/fn/konvensjon_barn.pdf?id=2135083 (sist sjekket 01.05.21).

- Haugli (2000) Haugli, Trude, *Samværsrett i barnevernssaker*, 2. utgave (Oslo 2000).
- Haugli (2020) Haugli, Trude, «Hensynet til barnets beste» i *Barnekonvensjonen, Barns rettigheter i Norge*, Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.) (Oslo 2020) s. 55-78.
- Nygaard (2004) Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave (Oslo 2004).
- Stang og Baugerud (2018) Stang, Elisabeth Gording og Gunn-Astrid Baugerud, «Samvær etter omsorgsovertakelse. En barnefaglig og juridisk utredning» i *OsloMet Rapport 2018 nr. 10*
<https://skriftserien.oslomet.no/index.php/skriftserien/article/view/612/133> (hentet 14.02.21).
- Smith (2020) Smith, Lucy, «FNs konvensjon om barns rettigheter» i *Barnekonvensjonen, Barns rettigheter i Norge*, Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.) (Oslo 2020) s. 20-33.

