



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

## Hensynet til barnets beste

Forkjørsrett eller vikeplikt ved fastsettelse av samvær etter omsorgsovertakelse?

JUR-3902 H23

Bente Johnsen Karlsen

# Innhold

1. Innledning.....	3
1.1 Tema og problemstilling .....	3
1.2 Bakgrunn .....	6
1.3 Videre fremstilling og avgrensning.....	9
1.4 Metode.....	9
2. Barnets beste som grunnleggende hensyn ved samværsfastsettelse .....	10
2.1 Introduksjon .....	10
2.1.1 Barnets beste- barnekonvensjonens artikkel 3 og artikkel 9 nr. 3.....	10
2.1.2 Grunnlovens § 104 .....	13
2.1.3 Barnevernlovens § 1-3 og § 7-2 .....	14
2.2 Barnets beste som rettslig norm .....	16
3. Retten til respekt for familielivet .....	17
3.1 Introduksjon .....	17
3.1 Barnekonvensjonens artikkel 16 nr. 1 .....	18
3.2 Grunnlovens §§ 102 og 104 .....	20
3.3 Barnevernloven § 1-5 .....	20
3.4 Det biologiske prinsippet .....	21
4. Fastsettelse av samvær etter omsorgsovertakelse .....	23
4.1 Inngrep i retten til respekt for familieliv .....	23
4.2 Rett til samvær og kontakt .....	24
4.3 Gjenforeningsmålets betydning for samværsfastsettelse .....	26
4.4 Samværsfastsettelse- krav om individuelle og konkrete vurderinger .....	30
4.4.1 Utsiktene for tilbakeføring og plasseringens antatte varighet.....	31
4.4.2 Barnets eget syn .....	32

4.4.3 Barnets sårbarhet .....	33
4.4.4 Barnets helse og utvikling .....	34
4.4.5 Styrken i barnets tilknytning til sine biologiske foreldre .....	35
4.4.6 Foreldrenes funksjon .....	35
4.4.7 Kvaliteten på samværene .....	36
4.4.8 Forholdet mellom biologiske foreldre og barnevernet/fosterforeldrene .....	37
4.4.9 Barnets identitet.....	37
4.4.10 Samlet belastning for fosterfamilien .....	38
4.4.11 Hensynet til at barnet får en trygg og god relasjon til fosterhjemmet.....	39
4.4.12 Tilsyn.....	40
4.5 Samværsfastsettelse- vekting av hensyn og interesser .....	41
5. Oppsummering og konklusjon .....	45
Referanseliste .....	48

# 1. Innledning

## 1.1 Tema og problemstilling

At retten, og offentlige myndigheter ellers, skal vektlegge hensynet til barnets beste når de treffer avgjørelser i barnevernssaker har vært et grunnleggende prinsipp helt fra den første lovgivningen på dette rettsområdet kom på slutten av 1800-tallet og frem til i dag.<sup>1</sup> Prinsippet må imidlertid kunne sies å ha styrket seg rettslig etter at Barnekonvensjonen ble vedtatt av FN's generalforsamling i 1989, og senere gjort til norsk lov gjennom inkorporasjon i menneskerettsloven i 2003.<sup>2</sup> Det følger av Barnekonvensjonens artikkel 3 at *«in all actions concerning children (...) the best interests of the child shall be a primary consideration»*. Etter grunnlovsrevisjonen i 2014 er også menneskerettigheter generelt, og barns rettigheter spesielt, tatt inn i Grunnloven.<sup>3</sup> *«Ved handlinger og avgjørelser som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn»*, jf. Grl. § 104 annet avsnitt.

At hensynet til barnets beste er et grunnleggende hensyn ved all offentlig myndighetsutøvelse er derfor ikke tvilsomt. Problemstillingene oppstår når hensynet skal tolkes og gis et innhold, og når dette hensynet skal holdes opp mot, og vektet, i forhold til andre grunnleggende hensyn som også bygger på konvensjons- og Grunnlovfestede menneskerettigheter. I barnevernssaker ser man at problemstillingene spesielt kommer til uttrykk når barnevernmyndighetene og retten skal balansere hensynet til barnets beste opp mot foreldrenes og barnets rett til respekt for sitt familieliv, jf. artikkel 8 nr. 1 i Den europeiske menneskerettskonvensjonen (forkortet EMK)<sup>4</sup> og Barnekonvensjonens artikkel 16 nr. 1. Når

---

<sup>1</sup> Lov om Behandlingen af forsømte Børn 6.juni 1896 nr. 1

<sup>2</sup> Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven-mrl) 21.mai 1999 nr. 30, vedlegg 7 Convention on the Rights of the Child (Barnekonvensjonen) 20.november 1989

<sup>3</sup> Kongeriket Norges Grunnlov 17.mai 1814

<sup>4</sup> Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven-mrl) 21.mai 1999 nr. 30, vedlegg 1 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (Den europeiske menneskerettskonvensjonen- EMK) 4.november 1950

tilsier hensynet til barnets beste at barnet ikke kan bo sammen med sine biologiske foreldre? Og for de tilfeller at barnet plasseres ut av hjemmet- hvilket samværsomfang vil være til barnets beste? Når vil det være til barnets beste å legge begrensninger i denne samværsretten?

Gudrun Brottveit, førsteamanuensis i barnevern ved Høgskolen i Østfold, har i en artikkel fra 2013 sett nærmere på begrepet barnets beste i en barnevernfaglig kontekst.<sup>5</sup> Brottveit gir uttrykk for at begrepet kan være vanskelig å forholde seg til i praksis, noe som kan forklare at barnets beste-vurderinger noen ganger kan fremstå som vilkårlige. For hvem vet egentlig med sikkerhet hva som er barnets beste. Hun sier at begrepet er komplekst og vidtfavnende, og at begrepet kan tilnærmes og tolkes forskjellig avhengig av kontekst og faglig perspektiv.

Den europeiske menneskerettsdomstolen (forkortet EMD) har i en rekke avgjørelser ovenfor Norge konstatert krenkelse av retten til respekt for familieliv etter artikkel 8. Gjennomgående konkluderer EMD med at det ikke omsorgsovertakelsen i seg selv som utgjør en krenkelse av artikkel 8, da slike avgjørelser ofte anses å ligge innenfor statenes skjønnsmargin. EMD mener imidlertid at norske myndigheter i for mange saker for tidlig har gitt opp målet om gjenforening, med de konsekvenser det har hatt for samværsomfang. EMD har også vært kritiske til de begrensninger som har vært satt i samvær og kontakt, selv i saker hvor ikke gjenforeningsmålet nødvendigvis fremstår som spesielt tydelig.<sup>6</sup>

EMD`s avgjørelse i Strand-Lobben med flere mot Norge er lagt til grunn som prejudikat for domstolens etterfølgende avgjørelser. EMD har sågar vurdert at de rettslige spørsmålene anses å være tilstrekkelig avklart i praksis etter Strand Lobben-dommen, med den følge at mange senere avgjørelser er avgjort gjennom forenklet behandling i komite, jf. EMK artikkel 28 nr. 1 bokstav b.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> Brottveit G. (2013) Barnets beste– en fortolkende tilnærming til begrepets betydning i en barnevernfaglig kontekst. *FONTENE Forskning* 1/13 s. 18-31 på side 27.

<sup>6</sup> *Strand-Lobben med flere mot Norge* [GC] 2019, no. 37283/13, *A.S mot Norge* [J] 2020, no. 60371/15, *K.O. AND V.M. mot Norge* [J] 2020, no. 64808/16, *R.O. mot Norge* [J] 2021, no.49452/18, *K.E. AND A.K. mot Norge* [J] 2021, no. 57678/18.

<sup>7</sup> *M.F. mot Norge* [C] 2019, no. 5947/19, *E.M og T.A mot Norge* [2021], no. 56271/17

Ser man på Høyesterettsavgjørelser fra 2020 og frem til i dag, må nyere avgjørelser i EMD sies å ha hatt stor innvirkning på nasjonal rett. Sentrale rettssetninger fra EMD-avgjørelsene løftes frem når Høyesterett redegjør for det rettslige grunnlaget for samværsfastsettelse.<sup>8</sup> Som vi også skal se løftes også nyere rettspraksis fra EMD og Høyesterett frem, og tillegges vekt, i forarbeidene til ny barnevernlov, jf. Prop. 133 L (2021-2021) s. 16.

I Strand-Lobben dommen, avsnitt 207, sier EMD at det generelle utgangspunktet er at *«the best interests of the child dictate (...) that the child's ties with its family must be maintained»*, med unntak av de tilfeller hvor foreldrene *«has proved particularly unfit»*. Videre sier EMD at *“family ties may only be severed in very exceptional circumstances and that everything must be done to preserve personal relations and, if and when appropriate, to “rebuild” the family”*. Samtidig uttaler EMD at *“parent cannot be entitled under Article 8 to have such measures taken as would harm the child's health and development”*.<sup>9</sup> EMD har i K.O og V.M mot Norge avsnitt 69, påpekt at til tross for myndighetenes plikt til å tilrettelegge for kontakt mellom foreldre og barn, så må barnet ikke utsettes for *«undo hardship»*.<sup>10</sup> Hensynet til barnets beste er ifølge EMD *« of paramount importance»*.<sup>11</sup>

Omsorgsovertakelse er utvilsomt et inngrep i retten til respekt for sitt familieliv. Det samme kan sies om samværsfastsettelse. I begge tilfeller kan inngrep aktualisere en konflikt mellom foreldrenes rett til respekt for sitt familieliv og hensynet til barnets beste. EMD har i den forbindelse uttalt at *“In instances where the respective interests of a child and those of the parents come into conflict, Article 8 requires that the domestic authorities should strike a fair balance between those interests and that, in the balancing process, particular importance should be attached to the best interests of the child which, depending on their nature and seriousness, may override those of the parents”*.<sup>12</sup>

---

<sup>8</sup> HR-2020-661-S, HR-2020-662-S, HR-2020-663-S

<sup>9</sup> Strand-Lobben med flere mot Norge [GC] 2019, no. 37283/13

<sup>10</sup> K.O. AND V.M. mot Norge [J] 2020, no. 64808/16

<sup>11</sup> Strand-Lobben med flere mot Norge [GC] 2019, no. 37283/13, avsnitt 204

<sup>12</sup> Strand-Lobben med flere mot Norge [GC] 2019, no. 37283/13, avsnitt 206

Oppsummert tilsier rettstilstanden etter nyere rettspraksis fra EMD og Høyesterett at det presumeres et utgangspunkt om at barnets beste er en snarest mulig gjenforening etter en omsorgsovertakelse, og at i lys av dette gjenforeningsmålet er det som et utgangspunkt til barnets beste at det har jevnlig kontakt med sine biologiske foreldre. Det skal imidlertid ikke fastsettes et samværsomfang som er til skade for barnets helse og utvikling, og samvær skal heller ikke utgjøre en urimelig belastning for barnet. Hvor høy blir terskelen for å si at barnets beste tilsier begrenset samvær? Har nyere rettspraksis på dette området ført til at gjenforeningsmålet overskygger hensynet til barnets beste når samværsomfang skal fastsettes?

Denne masteroppgaven dreier seg om disse avveieende kryssende hensyn som gjør seg gjeldende når det skal fastsettes samvær mellom barn og biologiske foreldre etter en omsorgsovertakelse. Temaet for oppgaven er høyst aktuell og relevant sett i lys av de siste års utvikling på dette rettsområdet. Med bakgrunn i den rettsutviklingen som har funnet sted spisses problemstillingen for oppgaven til spørsmålet;

*Har nyere rettsutvikling i EMD og Høyesterett satt hensynet til barnets beste under press når samvær skal fastsettes, og i så fall, hvilke konsekvenser har det fått?*

## 1.2 Bakgrunn

Kongen i Statsråd utnevnte 28.november i 2014 et barnevernlovsutvalg med mandat å utrede og utarbeide utkast til ny barnevernslov. Utvalget la frem sin utredning 29. september 2016.<sup>13</sup> Ny barnevernlov ble kunngjort i juni 2021, med ikrafttredelse 01.01.23 og 01.07.23<sup>14</sup> I innledningen til Prop.133 L (2021-2021) trekkes det frem at Stortinget spesifikt har anmodet departementet å sikre at forslagene til ny barnevernlov er «i tråd med FNs barnekonvensjons prinsipper om barns rett til informasjon, til å bli hørt, beslutninger til barnets beste og barns

---

<sup>13</sup> NOU 2016:16 Ny barnevernslov. Sikring av barnets rett til omsorg og beskyttelse

<sup>14</sup> Lov om barnevern (barnevernsloven-bvl) 18.juni 2021 nr. 97

*rett til privatliv*».<sup>15</sup> I samme innledning viser lovgiver også til de nyere EMD- og Høyesterettsavgjørelsene, og påpeker at selv om barnevernloven av 1992 er ansett å være i tråd med EMK, så anses det likevel å være behov for justeringer i praksis i forbindelse med arbeidet med ny barnevernlov.

Hvis vi tenker oss at formålsparagrafen i barnevernloven stadfester det man anser er barns grunnleggende behov, nemlig omsorg, beskyttelse, trygghet, kjærlighet og forståelse,<sup>16</sup> så vil det være nærliggende å legge til grunn at det å vokse opp i et omsorgsmiljø som dekker disse behovene vil være til barnets beste. Den gamle barnets beste-bestemmelsen i barnevernloven av 1992 fremholdt at det ved vurderinger av hvilke tiltak som var barnets beste så skulle det vektlegges at barnet skulle få stabil og god voksenkontakt og kontinuitet i omsorgen.<sup>17</sup> I ny barnevernlov av 2021 fremholdes det fortsatt at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn, men at hva som er å anse som barnets beste skal nå avgjøres etter en konkret vurdering. Med unntak av at barnets mening trekkes frem som et sentralt moment i denne vurderingen, er lovteksten ellers taus om hvilke momenter som skal trekkes inn i den konkrete vurderingen.<sup>18</sup>

Det har alltid vært et utgangspunkt i norsk barnevernsrett at en omsorgsovertakelse er å anse som midlertidig, og at det har videre vært et uttalt mål å gjenforene barn og biologiske foreldre. EMD har i tidligere nevnte avgjørelser kritisert Norge for å for tidlig å ha forlatt dette gjenforeningsmålet, med den konsekvens at det er vært fastsatt forholdsvis sjeldne samvær. EMD legger til grunn at sterke begrensninger i samvær kan svekke mulighet for gjenforening. Det kan godt være at EMD har helt rett i sine vurderinger, men spørsmålet er om man nå har gått for langt i den andre retningen. Er hensynet til barnets behov for ro, stabilitet, kontinuitet og mulighet for å knytte seg til ny omsorgsbasis kommet i skyggen av

---

<sup>15</sup> Stortingsvedtak 637, 28.mai 2020

<sup>16</sup> Barnevernsloven § 1-1

<sup>17</sup> Lov om barneverntjenester (barnevernloven) 17.juli 1992 nr. 100 (opphevet ved lov 18.juni 2021 nr. 97)

<sup>18</sup> Barnevernsloven § 1-3



retten til familieliv, det biologiske prinsippet og gjenforeningsmål, og i så fall, er det til barnets beste?

Den rettsutvikling som har funnet sted vises godt når man trekker frem formål og begrunnelse i avgjørelser om samværsfastsettelse før 2020 og sammenholder disse med nyere Høyesterettspraksis. Til eksempel ble det i HR-2012-2309-A fastsatt samvær fire ganger pr. år av tre timers varighet for mor og to ganger pr. år av tre timers varighet for far. Plasseringen ble vurdert å bli langvarig, og da ble formålet med samværet ansett å være «å skape og vedlikeholde barnets kjennskap til og forståelse for sitt biologiske opphav».<sup>19</sup> Det ble vektlagt at samværet ikke skulle være til hinder for å etablere en trygg og god relasjon til fosterforeldrene og at barnet hadde behov for ro, kontinuitet og stabilitet.

I en avgjørelse i Fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker Buskerud og Vestfold i 2018 uttalt nemnda at for de tilfeller omsorgsovertakelsen er ment å være langvarig, så vil siktemålet med samværet «i hovedsak bare være å gi barnet tilstrekkelig kunnskap om foreldrene. Den daglige tilknytning bør da konsentreres om fosterforeldrene. Formålet med samvær vil da i utgangspunktet være at barna skal ha kjennskap til og en viss kontakt med sine biologiske foreldre. Samværene må ikke være så hyppige eller omfattende at de forstyrrer barnets tilknytningsprosess og dagligliv i fosterhjemmet».<sup>20</sup> Samværet for mor ble satt til tre timer, to ganger i året.

Høyesterett legger imidlertid i nyere avgjørelser til grunn at «målsettingen med samværene må derfor være å tilrettelegge for gjenforening. Samvær har dessuten en egenverdi uavhengig av utsiktene til gjenforening, men det må ikke utsette barnet for urimelig belastning – «undue hardship»».<sup>21</sup>

I de to avgjørelsene før 2020 ser man at hensynet til trygge relasjoner, tilknytning til nye omsorgspersoner, stabilitet og kontinuitet i barnets liv vektlegges som viktige momenter i vurderinger om hvor mye samvær som er ansett å være til barnets beste. Fra og med 2020-

---

<sup>19</sup> HR-2012-2309-A, avsnitt 34

<sup>20</sup> FNV-2018-177-BUS

<sup>21</sup> HR- 2020-662-S avsnitt 137

avgjørelsene er det grunn til å stille spørsmål med om det tas tilstrekkelig hensyn til barnets beste ved samværsfastsettelse. Nå synes gjenforeningsmål og høye terskler for å begrense samvær å være dominerende, presumert under at det er til barnets beste.

### **1.3 Videre fremstilling og avgrensning**

Formålet med oppgaven er å se på hvordan hensynet til barnets beste ivaretas når retten skal fastsette samvær etter en omsorgsovertakelse. Hvordan foretar man en barnets- beste vurdering, hvordan balanseres det opp mot andre sentrale hensyn, spesielt foreldrenes rett til respekt for sitt familieliv og hvilken vekt får hensynet til barnets beste? Oppgaven avgrenses til samvær mellom barn og biologiske foreldre, så annen type kontakt, og samvær med eventuelt andre, faller utenfor.

I kapittel 2 ser jeg nærmere på begrepet barnets beste og begrepet som rettslig norm. Kapittel 3 handler om barnets og foreldrenes rett til respekt for sitt familieliv. Oppgavens hovedtema presenteres i kapittel 4, herunder rettslig grunnlag for samværsfastsettelse, hvilke momenter som bør ligge til grunn for individuelle og konkrete vurderinger og balansering og vekting av hensynet til barnets beste ved fastsettelse av samvær. I kapittel 5 foretar jeg en oppsummering av funn og konkluderer i forhold til den valgte problemstillingen.

### **1.4 Metode**

Oppgaven bygger i stor grad på gjennomgang og analyse av sentrale rettskilder opp mot oppgavens tema. Tradisjonelle rettskilder som lov, forarbeider og rettspraksis utgjør det meste av datagrunnlaget. Ut fra problemstillingen, og slik beskrevet i bakgrunn, vil det stort sett være EMD- avgjørelser de siste 5 årene og Høyesterettsavgjørelser fra år 2020 som utgjør det sentrale datagrunnlaget for å belyse gjeldende rett. I det ligger en naturlig avgrensning av den potensielle datamengden. De mest sentrale Høyesterettsavgjørelsene på dette rettsområdet fra og med mars 2020 er med i datagrunnlaget, men jeg har foretatt et tilfeldig utvalg av

lagmannsrettsavgjørelser. Det eneste kriteriet har da vært at samværsfastsettelse har vært en del av kravet, og at datamaterialet skal inneholde utvalg fra ulike lagmannsretter. Et så begrenset datamateriale vil påvirke oppgavens reliabilitet og validitet, men jeg mener likevel at det foreligger tilstrekkelige funn til å kunne konkludere opp mot den valgte problemstillingen.

## **2. Barnets beste som grunnleggende hensyn ved samværsfastsettelse**

### **2.1 Introduksjon**

Barnets beste er et de mest sentrale rettslige prinsippene både i internasjonal og nasjonal barnerett. Ikke nok med at prinsippet er nedfelt som egen konvensjonsbestemmelse<sup>22</sup>, det gjentas i tillegg i andre bestemmelser for å få frem hvor grunnleggende dette hensynet er når beslutninger som angår barn skal treffes, som til eksempel ved samværsfastsettelse, jf. Barnekonvensjonens artikkel 9 nr. 3. Det samme mønstret ser vi i norsk rett, både gjennom Grunnlovfesting av prinsippet, men også innenfor barnevernretten. I barnevernloven slås prinsippet først fast i egen generell bestemmelse om barnets beste som grunnleggende hensyn, jf. bvl. § 1-3, men det blir også trukket frem igjen som et sentralt hensyn når det skal fastsettes samvær etter en omsorgsovertakelse, jf. bvl. § 7-2 annet avsnitt.

#### **2.1.1 Barnets beste- barnekonvensjonens artikkel 3 og artikkel 9 nr. 3**

Det følger av FNs Barnekonvensjon artikkel 3 at “*in all actions concerning children (...) the best interests of the child shall be a primary consideration*”. Ordlyden «a primary

---

<sup>22</sup> Barnekonvensjonen artikkel 3

consideration», til forskjell fra «the primary (...)» må forstås slik at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn, men ikke det eneste hensynet. Bestemmelsen gir ingen videre pekepinn på verken hva som er barnets beste, ei heller hvilken vekt dette hensynet skal få i møte med andre grunnleggende hensyn. Ordlyden «*concerning*», som på norsk er oversatt til «*berører*» tilsier at begrepet må underlegges en vid tolkning, slik at hensynet også gjør seg gjeldende når barn også blir mer indirekte berørt, herunder at det foretas handlinger eller tas beslutninger som egentlig retter seg mot andre, men som får innvirkning på barns rettigheter.

At barnets beste også skal være et grunnleggende hensyn ved samværsfastsettelse er etter gjeldene rett ikke tvilsomt. Det følger av Barnekonvensjonens artikkel 9 nr. 3 at staten “*shall respect the right of the child who is separated from one or both parents to maintain personal relations and direct contact with both parents on a regular basis, except if it is contrary to the child's best interests*”. Ut fra ordlyden kan det forsvares at man ut fra hensynet til barnets beste fraviker hovedregel om at det skal være jevnlig kontakt mellom barn og foreldre etter en omsorgsovertakelse. Men heller ikke her angir ordlyden konkret i hvilke situasjoner barnets beste vil tilsi begrensning eller bortfall av samvær. Utgangpunkter og nærmere tolkning av begrepet «barnets beste» må derfor søkes klarlagt gjennom andre rettskilder.

Barnekomiteen utgir generelle kommentarer (General comments) om tolking av enkelte artikler i barnekonvensjonen eller særlig viktige spørsmål. General comment No. 14 gir uttrykk for barnekomiteens tolkning av barnets beste som grunnleggende hensyn, jf.

Barnekonvensjonens artikkel 3 nr. 1.<sup>23</sup> Komiteen slår her fast at Barnekonvensjonens artikkel 3 er å anse som en materiell rettighet, et tolkningsprinsipp og en prosessuell regel, jf. avsnitt 6 bokstav a-c. I avsnitt 52-79 går komiteen nærmere inn på hvilke momenter som er relevante i barnets beste- vurderinger, men poengterer at listen verken er uttømmende eller synliggjør en prioritert rekkefølge. De momentene som trekkes frem er barnets egen mening, barnets rett til å bevare identitet, bevaring av familieliv og opprettelse av relasjoner, barnets rett til omsorg, beskyttelse og sikkerhet, barnets sårbarhet og barnets rett til helse og utdanning.

---

<sup>23</sup> UN Committee on the Rights of the Child (CRC), General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1), 29 May 2013, CRC /C/GC/14

I all hovedsak ser man ut fra komiteens uttalelser at barnets beste knyttes tett til andre rettigheter og hensyn som kan påberopes etter de ulike konvensjonsartiklene. Komiteen fremhever at barnets beste er ikke det eneste, og heller ikke alltid det avgjørende hensyn, men at hensynet skal ha stor vekt. Dette er også fulgt opp nasjonalt av Høyesterett i HR-2015-206-A avsnitt 65 hvor det påpekes at det «ved avveiningen mot andre interesser skal hensynet til barnets beste ha stor vekt – det er ikke bare ett av flere momenter i en helhetsvurdering: Barnets interesser skal danne utgangspunktet, løftes spesielt frem og stå i forgrunnen». I samværssaker er det ikke bare barnets ulike egne interesser som melder seg, men også hensynet til andres interesser, og alle disse interessene kan stå i mer eller mindre direkte motsetningsforhold til hverandre. Utfordringen ligger da i å avgjøre hvordan disse skal veies opp mot hverandre.

Barnekomiteen har også uttalt seg om hvordan de ulike momentene i en barnets- beste vurdering skal identifiseres og balanseres opp mot hverandre. Komiteen legger til grunn at vekten av de ulike elementene vil variere fra sak til sak, basert på blant annet hvilken avgjørelse eller handling det er snakk om, den konkrete situasjonen, og hvilke momenter som eventuelt kommer i konflikt med hverandre. Barnets mening må også ses i lys av barnets modenhet, herunder barnets fysiske, emosjonelle, kognitive og sosiale utvikling, samt at disse forholdene er under stadig utvikling, slik at avgjørelser ikke bør være statiske og irreversible.<sup>24</sup> Det betyr at det kan være andre momenter som gjør seg gjeldende når samvær skal fastsettes enn de momentene som lå til grunn for selve omsorgsovertakelsen.

Komiteen trekker frem at en barnets beste vurdering har som formål å sikre at barnet fullt ut får nyttiggjort seg alle sine grunnleggende rettigheter og sikres en helhetlig utvikling. Staten har derfor en plikt til å sørge for at den har prosessuelle regler som sikrer et korrekt faktisk beslutningsgrunnlag, at barnet får mulighet til å uttale seg, innhenting av fagkunnskap fra sakkyndige, juridisk bistand, krav til begrunnelse, samt mekanismer som tilsier at saken kan ankes eller tas opp til ny vurdering. I saker som gjelder samværsfastsettelse ser vi i nasjonal rett slike prosessuelle regler komme til uttrykk blant annet i bvl. § 1-4 om barnets rett til

---

<sup>24</sup> UN Committee on the Rights of the Child (CRC), General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1), 29 May 2013, CRC /C/GC/14, avsnitt 80-84

medvirkning i «*alle forhold som vedrører barnet*», bvl. § 7-6 andre avsnitt andre punktum om plikt til å «*med jevne mellomrom undersøke om omstendighetene har endret seg, og vurdere om det er behov for å endre samværet*», bvl. § 7-4 andre punktum om retten til å kreve at nemnda behandler en sak tidligere enn det som følger av begrensninger satt i første punktum «*dersom det foreligger opplysninger om vesentlige endringer i barnets eller partenes situasjon som kan ha betydning for samværsspørsmålet*» og bvl. § 12-7 om bruk av sakkyndige. Reglene i tvistelovens kap. 36 oppfyller også de prosessuelle kravene som barnekomiteen har fremhevet, som for eksempel tvl. § 36-5 (3) om at retten kan prøve alle sider av saken og tvl. § 36-8 om at staten som hovedregel dekker alle kostnadene ved saken.<sup>25</sup> Den største svakheten med de prosessuelle reglene i den norske barnevernretten handler om regler om barnets partsstatus og de begrensninger som ligger i barnets adgang til å reise selvstendige søksmål. Det er imidlertid en større diskusjon som ikke kan vies mer oppmerksomhet i denne oppgaven.

### **2.1.2 Grunnlovens § 104**

GrL. § 104 annet avsnitt slår fast at «*ved handlinger og avgjørelser som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn*». Ordlyden sier heller ikke her noe om innholdet i eller vekten av dette hensynet.

Grunnlovens kapittel E er utformet etter mønster fra både EMK og barnekonvensjonen. I forarbeidene til GrL. § 104 slås det fast at praksis fra EMK og uttalelser fra Barnekomiteen vil være viktig når grunnlovsbestemmelsen skal tolkes.<sup>26</sup> I avgjørelser etter Grunnlovsrevisjonen har Høyesterett lagt til grunn at internasjonal tolkningspraksis er et naturlig utgangspunkt når menneskerettighetsbestemmelser i Grunnloven skal tolkes, men likevel med den begrensning at fremtidig praksis fra de internasjonale håndhevingsorganene ikke har samme

---

<sup>25</sup> Lov om meklings og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) 17.juni 2005 nr. 90

<sup>26</sup> Dok.nr.16 (2011-2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven, punkt 32.5.4

prejudikatsvirkning ved grunnlovstolkningen.<sup>27</sup> Det er Høyesterett som har ansvaret for å tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettsbestemmelser.<sup>28</sup>

Høyesteretts uttalelse i HR-2020-661- S avsnitt 80 viser at de momentene barnekomiteen har løftet frem ved tolkning av Barnekonvensjonens artikkel 3 nr. 1, fortsatt legges til grunn ved tolkning av Grl. § 104 annet avsnitt. Også andre avgjørelser på andre rettsområder viser at barnekomiteens kommentarer tillegges relativt stor rettskildemessig vekt.<sup>29</sup>

### 2.1.3 Barnevernlovens § 1-3 og § 7-2

Barnevernlovens § 1-3 første setning slår fast at «*ved handlinger og avgjørelser som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn*». Ordlyden er innledningsvis lik den vi finner i barnekonvensjonens artikkel 3 nr. 1 og Grunnlovens § 104 annet avsnitt. Lovgiver har imidlertid valgt å bygge ut bestemmelsen med følgende ordlyd; «*Barnevernets tiltak skal være til barnets beste. Hva som er til barnets beste må avgjøres etter en konkret vurdering. Barnets mening er et sentralt moment i vurderingen av barnets beste*».

Det synes vel ikke være tvilsomt at tiltak som iverksettes etter barnevernloven ville falt inn under ordlyden «*handlinger*» etter både Barnekonvensjonen og Grunnloven. En kan derfor spørre seg om nødvendigheten av at lovgiver løfter frem i lovteksten at tiltak skal være til barnets beste. Til dette uttaler lovgiver at de mener det med fordel kan tydeliggjøres i ny barnevernslov at barnets beste ikke bare er et sentralt hensyn, men også et selvstendig vilkår for å vedta et barnevernstiltak. I tillegg til at vilkårsbestemmelsene for det enkelte tiltak skal være oppfylt, så skal tiltaket etter en samlet vurdering være til barnets beste. Lovgiver mener dette viderefører, men også tydeliggjør, det som er gjeldende rett.<sup>30</sup>

---

<sup>27</sup> HR-2015-206-A avsnitt 64

<sup>28</sup> HR-2015-206-A avsnitt 57

<sup>29</sup> HR-2015-2524-P

<sup>30</sup> Prop. 133L (2020-2021) Lov om barnevern (barnevernsloven) og lov om endringer i barnevernloven, punkt 7.1.4.3

I motsetning til både Barnekonvensjonen og Grunnloven så sier barnevernloven § 1-3 noe mer om hvordan man går frem for å avgjøre barnets beste, jf. ordlyden «*hva som er barnets beste må avgjøres etter en konkret vurdering*». Barnets mening er det eneste som i lovteksten trekkes frem som et sentralt moment i vurderingen. Skal man forstå det slik at lovgiver her faktisk sier noe om rangordning av momenter i en barnets beste-vurdering? Ifølge forarbeidene er svaret på spørsmålet nei. Skal man tolke forarbeidene, jf. Prop.133L (2020-2021) punkt 7.1.4.4, så har lovgiver bevist valgt å ta avstand fra å lovfeste de momentene FN's barnekomite har trukket frem.<sup>31</sup>

Lovgiver anerkjenner Barnekomiteens uttalelser som høyst relevante, men lovgiver konkluderer med at en momentliste kan ha som utilsiktet følge at barnevernet overser andre viktige momenter i saken, og at det kan bli et uheldig fokus på hvilke momenter som skal ha forrang. Ordlyden «sentralt moment» benyttes også i forhold til flere andre momenter som lovgiver mener bør inngå i en barnets beste-vurdering. Ut fra lovforarbeidene er det derfor ikke mulig å lese at noen momenter har forrang i en konkret helhetsvurdering. At barnets mening trekkes frem i lovteksten synes å være knyttet til at nettopp denne rettigheten også nyter Grunnlovsmessig vern, jf. § 104 første avsnitt, men skal ikke forstås dithen at dette momentet skal vektes tyngre enn andre momenter.

I den grad det etter ordlyden «alle tiltak» i bvl. § 1-3 skulle levnes noen tvil om hvorvidt prinsippet om barnets beste også gjøre seg gjeldende ved samværsfastsettelse, så stadfestes det i bvl. § 7-2 andre avsnitt at «*samvær skal være til barnets beste*». Lovgiver har bevist valgt å gjenta hensynet til barnets beste i denne bestemmelsen, slik at det ikke skal være noen tvil om at hensynet også gjør seg gjeldende ved utmåling av samvær. Lovgiver presiserer at den konkrete vurderingen i forhold til samværsfastsettelse ikke handler om å snu utgangspunktet for vurderingen til et spørsmål om hvor mye samvær barnet kan tåle.<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> Jf. kap. 2.1.1

<sup>32</sup> Prop. 133L (2020-2021) Lov om barnevern (barnevernsloven) og lov om endringer i barnevernloven s. 270



## 2.2 Barnets beste som rettslig norm

Det synes å være bred enighet om at hensynet til barnets beste må fastsettes fra sak til sak basert på en konkret helhetsvurdering hvor svært mange momenter kan være relevante å trekke inn. Likeså er det enighet om at begrepet barnets beste vil være gjenstand for dynamisk tolkning, sett i forhold til samfunnsutvikling og stadig ny forskning og kunnskap om barns utvikling og behov.<sup>33</sup>

Til tross for begrepets individuelle og dynamiske karakter så er det ikke tvil om at det innenfor ulike fagdisipliner legges noen utgangspunkter til grunn om hva som generelt sett må anses å være til barns beste. Ut fra et psykologisk og barnevernfaglig perspektiv, med andre ord et utenomrettslig perspektiv, er man i større grad opptatt av at barnets interesse ligger i å få dekket sine grunnleggende fysiske, emosjonelle og sosiale behov i et omsorgsmiljø preget av trygghet og stabilitet, og kanskje i mindre grad opptatt av hvem som sørger for at disse behovene dekkes. I et juridisk perspektiv blir det straks mer komplisert ettersom at retten har et ansvar for å sørge for at andre interesser som barnet har, og eventuelt andres interesser, blir trukket frem, og deretter blir vektet og balansert i tråd med juridisk metode.

Juridisk sett må det med bakgrunn i senere Høyesterettsavgjørelser kunne fastslås at det presumeres at det som et utgangspunkt er til barnets beste å få vokse opp med sine biologiske foreldre, og for de tilfeller at barn og foreldre må skilles, så vil det være i barnets interesse og til barnets beste å opprettholde jevnlig kontakt. Jevnlig kontakt skal også langt på vei være utgangspunktet i saker hvor utsiktene for gjenforening er små, eller sågar urealistiske.<sup>34</sup> Skal man forlate dette utgangspunktet krever det at andre momenter i barnets beste-vurderinger må få desto tyngre vekt når samvær skal vurderes og fastsettes. Spørsmålet er bare hvor lett det vil være å argumentere forbi slike presumsjoner og grunnleggende utgangspunkt om hva som er ansett å være barnets beste.

---

<sup>33</sup> Høstmølingen, Kjørholt og Sandberg (2020). Barnekonvensjonen- barns rettigheter i Norge, s. 56.

<sup>34</sup> HR-2020-662-S, HR-2021-474-A

Lindboe (2003) trekker i artikkelen «Hensynet til barnets beste i barnevernssaker» frem det faktum at det biologiske prinsippet er å anse som en rettslig bindende norm, og at vurderinger av hva som er barnets beste også må bygge på slike juridiske hensyn, og ikke ubetinget følge sakkyndiges råd ut fra deres anvendelse av sitt fag. Han viser i artikkelen til at Høyesterett har gitt foreldrene medhold i elleve av femti saker. I åtte av de elleve sakene var resultatet i strid med tilrådingene fra de oppnevnte sakkyndige.<sup>35</sup> Det kan gi en indikasjon på at barnets beste som rettslig norm ikke nødvendigvis vil være i overensstemmelse med de som har et utenomrettslig perspektiv. Men det kan også skyldes at den sakkyndiges mandat har vært for utydelig. En studie av mandater til sakkyndige i barnevernssaker peker på at det foreligger få retningslinjer og lite veiledning for hvordan landets barneverntjenester skal bruke sakkyndige og utforme deres mandater, noe som øker risikoen for at utredningene ikke i tilstrekkelig grad legges opp til å belyse de tema som er nødvendig ut fra den juridiske rammen av saken (Melinder, Koch, Bernt, 2021).<sup>36</sup>

### 3. Retten til respekt for familielivet

#### 3.1 Introduksjon

Menneskerettigheter bygger på ideen om at vi mennesker er født frie og har rett til å leve våre liv autonomt. Staten er gjennom EMK artikkel 8 nr. 1 forpliktet til å respektere den enkeltes familieliv;

---

<sup>35</sup> Lindboe, K (2003), Hensynet til barnets beste i barnevernssaker, *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, s.115-126

<sup>36</sup> Melinder, A, Koch, K og Bernt, C (2021), Som du spør, får du svar: En gjennomgang av mandater til sakkyndige i barnevernssaker. *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, Vol.19, Utg. 1 s. 52-76

*“Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence”*

EMD har i den forbindelse uttalt at *“the object of the Article is "essentially" that of protecting the individual against arbitrary interference by the public authorities”* men påpeker videre at *“there may be positive obligations inherent in an effective "respect" for family life.”*<sup>37</sup>

Statens plikt til å respektere en menneskerettighet handler derfor ikke bare om å avstå fra å gripe inn i en slik rettighet, men også en plikt til å iverksette tiltak som gir individer en beskyttelse mot slik krenkelse.<sup>38</sup> I samværssaker innebærer den negative forpliktelsen at myndighetene som et utgangspunkt må respektere barn og foreldres rett til samvær, mens den positive forpliktelsen tilsier at barnet også har krav på at samvær skjer under beskyttede forhold, og i en slik form at barnet ikke påføres skader.

### **3.1 Barnekonvensjonens artikkel 16 nr. 1**

Menneskerettighetene gjelder for «enhver», noe som også tilsier at barn kan påberope seg rettigheter etter EMK artikkel 8 nr. 1. I fortalen til Barnekonvensjonen kan man lese at det som et grunnlag for konvensjonen ligger en forståelse av at *«the child, by reason of his physical and mental immaturity, needs special safeguards and care, including appropriate legal protection, before as well as after birth»*. I dette ligger en erkjennelse av at barn har en avhengighet til andre i kraft av en naturlig sårbarhet som følge av alder og modenhet. Barn har derfor et behov for å få en særlig beskyttelse av sin rettslige stiling ut over det som de får gjennom EMK.

Barn kan derfor også påberope seg retten til familieliv etter Barnekonvensjonens artikkel 16 nr. 1; *“No child shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his or her (...) family”*. Til tross for noe annen ordlyd enn EMK artikkel 8 nr. 1, så må det kunne legges til grunn at artikkelen gir barnet en beskyttelse for vilkårlige og ulovlige inngrep i deres rett til

---

<sup>37</sup> MARCKX mot Belgia [J], 1979, no. 6833/74, avsnitt 31

<sup>38</sup> B mot Frankrike [J], 1992, no. 57/1990/248/319

familieliv. At bestemmelsen er et uttrykk for barnets rett til familieliv, er slått fast av FN's barnekomite. *“The right of the child to family life is protected under the Convention (art. 16). The term “family” must be interpreted in a broad sense to include biological, adoptive or fosterparents or, where applicable, the members of the extended family or community as provided for by local custom.”*<sup>39</sup>

Begrepet «familieliv» omfatter etter en normal språklig forståelse de relasjoner som er innad i en husstand og nære slektninger. De fleste vil også tenke at familiebegrepet er nært knyttet til spørsmål om biologi og slektskap, men i rettspraksis er dette tillagt mindre betydning. EMD har riktignok lagt til grunn at den biologiske tilknytningen mellom barn og foreldre tilsier at denne relasjonen nærmest automatisk faller inn under familiebegrepet, men fremhever at begrepet må tolkes videre. *“The existence or non-existence of “family life” is essentially a question of fact depending upon the real existence in practice of close personal ties”*.<sup>40</sup>

I praksis innebærer det at også andre nære relasjoner kan være beskyttet av EMK artikkel 8 nr. 1 og Barnekonvensjonen artikkel 16 nr. 1. Både EMD og Høyesterett har anerkjent at det utvidede familiebegrepet også innebærer at fosterforeldre kan påberope seg EMK artikkel 8 nr. 1, og barnet likeså EMK artikkel 16 nr.1, forutsatt at det kan påvises et «de facto»-familieliv». Barnets alder ved plasseringen, plasseringens varighet og barnets tilknytning til fosterfamilien er sentrale momenter for vurderingen.<sup>41</sup>

I barnevernssaker kommer ofte spørsmålet om hvilket familieliv barnet kan kreve respekt for på spissen. I henhold til bvl. § 5-7 først avsnitt andre punktum skal ikke et vedtak om omsorgsovertakelse oppheves, selv om foreldre anses å kunne gi barnet forsvarlig omsorg, dersom «barnet er blitt så knyttet til mennesker og miljøet der det er, at flytting kan føre til alvorlige problemer for barnet». Terskelen for når barnet må sies å ha rett til beskyttelse av

---

<sup>39</sup> UN Committee on the Rights of the Child (CRC), General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1), 29 May 2013, CRC /C/GC/14, avsnitt 59

<sup>40</sup> K. og T. mot Finland [J], 2001 no. 25702/94

<sup>41</sup> Moretti og Benedetti mot Italia [J] 2010 no. 16318/07, HR-2016-1111-A, HR-2022-729-A

sitt familieliv i fosterhjemmet er omtalt i forarbeidene og fastsatt i rettspraksis.<sup>42</sup> Både lovgiver og Høyesterett løfter frem at hensynet til barnets beste må løftes frem i en slik vurdering. Barnets behov for ro, stabilitet og beskyttelse mot en reell fare for skadevirkninger av betydning på sikt, må holdes opp mot foreldrenes krav om tilbakeføring basert på sin rett til respekt for familieliv.

### 3. 2 Grunnlovens §§ 102 og 104

Grl. § 102 gir retten til respekt for sitt familieliv konstitusjonell status. Likeså som for hensynet til barnets beste er formuleringen bygget etter mønster fra EMK- «*enhver har rett til respekt for sitt (...) familieliv*». Det vises derfor til det som er sagt tidligere med hensyn til tolkning av grunnlovsbestemmelser som bygger på EMK.

Barnets rett til respekt for sitt familieliv gis i tillegg et særskilt vern gjennom grl. § 104 tredje avsnitt; «*Barn har rett til vern om sin personlige integritet. Statens myndigheter skal legge forholdene til rette for barnets utvikling (...) fortrinnsvis i egen familie*».

Grl. § 104 tredje avsnitt er ut fra sin ordlyd ikke bare en rettighetsfesting av barnets rett til familieliv, men tar også opp i seg andre grunnleggende rettigheter som følger av barnekonvensjonen.

### 3.3 Barnevernloven § 1-5

Barnets rett til respekt for sitt familieliv kommer også til uttrykk i barnevernloven. I § 1-5 første avsnitt heter det at «*barn har rett til omsorg og beskyttelse, fortrinnsvis i egen familie*».

---

<sup>42</sup> Prop.133 L (2020-2021), Lov om barnevern (barnevernsloven) og lov om endringer i barnevernloven s. 215, HR-2020-1788-A

Som det framgår av forarbeidene har lovgiver drøftet spørsmålet om hvorvidt en ytterligere lovfesting av retten til respekt for familieliv i barnevernloven er nødvendig, og i verste fall om det kan bidra til å svekke barnets rett til beskyttelse. Lovgiver har konkludert med at loven bør gi uttrykk for det rådende verdisynet om at barn som utgangspunkt skal vokse opp i egen familie og at barnevernet har en subsidiær rolle i å ivareta barn. Det er imidlertid viktig å løfte frem at lovgiver eksplisitt har uttalt at formålet ikke er å styrke det biologiske prinsippet ut over det som allerede følger av rettskilder med høyere rang. En lovfesting av retten til respekt for familieliv skal ifølge lovgiver ha som formål å sørge for at dette grunnleggende hensynet, som i for stor utstrekning blitt antatt å ligge underforstått i barnevernssakene, blir tilstrekkelig løftet frem, drøftet og tydeliggjort i avgjørelsene.<sup>43</sup>

### 3.4 Det biologiske prinsippet

Til tross for at EMD legger til grunn at retten til respekt for familieliv omfatter beskyttelse av relasjoner som ikke nødvendigvis baserer seg på biologi, så må fortsatt det biologiske prinsippet sies å være en verdinorm som har en sterk posisjon innenfor barneretten. Prinsippet har imidlertid vært omdiskutert. Bunkholdt (2013) har i en artikkel reist spørsmålet om prinsippet kan sies å være på vei ut av barneverntenkningen, herunder at det har fått for stor plass når det skal tas tunge beslutninger i barnevernet. Hun viser til at alle i ekspertutvalget som ble nedsatt i forbindelse med NOU 2012:5 Bedre beskyttelse av barns utvikling var enige om at det biologiske prinsipp har hatt en for stor plass i barnevernfaglig tenkning, sammenlignet med andre forhold som er betydningsfulle i barns utvikling og fungering.<sup>44</sup>

Det biologiske prinsippet bygger på en tenkning om at de biologiske båndene skaper en spesiell tilknytning mellom foreldre og barn som tilfører denne relasjonen en sterkere

---

<sup>43</sup> Prop. 133L (2020-2021), Lov om barnevern (barnevernsloven) og lov om endringer i barnevernloven s. 93-94

<sup>44</sup> Bunkholdt, V. (2013), Det biologiske prinsipp – På vei ut av barnevernet? *Tidsskriftet Norges Barnevern*, Vol.90, Utg.1 s. 52-62

egenverdi enn andre relasjoner.<sup>45</sup> Både Barnekonvensjonen, Grunnloven og barnevernloven synliggjør dette prinsippet ved å påpeke de biologiske foreldrenes primære rolle i et barns liv.

Barnekonvensjonen artikkel 18 nr. 1 legger til grunn et utgangspunkt om at «*parents (...) have the primary responsibility for the upbringing and development of the child*». Grunnlovens § 104 tredje avsnitt slår fast at «*statens myndigheter skal legge forholdene til rette for barnets utvikling (.....), fortrinnsvis i egen familie*», og i barnevernloven § 1-5 er det lagt til grunn et utgangspunkt om at barnet har rett til omsorg og beskyttelse «*fortrinnsvis i egen familie*».

Høyesterett uttalte i Rt. 1991-557 s. 561 at «*barnevernsloven bygger på at det gjennomgående vil være i barnets interesse at foreldrene har omsorgen for det og videre at foreldrene, selv om omsorgen må fratras dem, i alminnelighet har kontakt med barnet og foreldreansvaret for det*». Synspunktet er fulgt opp i nyere rettspraksis, eksempel HR- 2020-984-U (14) hvor Høyesterett uttaler at «*det som utgangspunkt skal legges til grunn at det er best for barnet å bo hos sine biologiske foreldre – det biologiske prinsipp*».

At det biologiske prinsippet står sterkt i nasjonal rett underbygges av at barn og foreldre gis en rett til samvær og kontakt etter en omsorgsovertakelse.<sup>46</sup> For andre enn de biologiske foreldrene vil det ut fra ordlyden i bvl. § 7-3 kunne vurderes samvær, men altså ingen rett. Som vi kan se av uttalelsen fra Høyesterett i 2020-saken som nevnt over, legger også domstolen langt på vei til grunn et utgangspunkt om at det biologiske prinsippet sammenfaller med prinsippet om barnets beste.<sup>47</sup>

---

<sup>45</sup> NOU 2012:5 Bedre beskyttelse av barns utvikling, s. 102

<sup>46</sup> Barnevernsloven § 7-1

<sup>47</sup> HR- 2020-984-U avsnitt 14

## 4. Fastsettelse av samvær etter omsorgsovertakelse

### 4.1 Inngrep i retten til respekt for familieliv

Retten til respekt for familielivet er ikke en absolutt rettighet. Det kan foreligge tungtveiende grunner for at staten må gripe inn i denne rettigheten. Rettighetens relative karakter må forstås med bakgrunn i ordlyden EMK artikkel 8 nr. 2 og Barnekonvensjonen artikkel 16 nr. 1.

EMK artikkel 8 nr. 2 åpner for inngrep i retten til respekt for familieliv, gitt at inngrepet er «*in accordance with the law*», “*in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others*” og “*necessary in a democratic society*”. Barnekonvensjonen artikkel 16 nr.1 har en noe annen ordlyd, men må sies å være i kjernen av EMK artikkel 8 nr. 2 all den tid den gir et vern mot «*arbitrary or unlawful*» innblanding i familielivet.

Til forskjell fra EMK artikkel 8 sier ikke Grl. § 102 noe om adgangen til å gripe inn i retten til familieliv. Høyesterett har imidlertid i HR-2014-2288-A avsnitt 28 og HR-2015-206-A avsnitt 60 lagt til grunn at vilkårene sammenfaller med EMK artikkel 8 nr. 2. Inngrep kan skje så fremst inngrepet har tilstrekkelig hjemmel, forfølger et legitimt formål og er forholdsmessig. Høyesterett har også lagt til grunn at §§ 102 og 104 er komplementære, slik at barnets beste inngår som et tungtveiende element ved forholdsmessighetsvurderingen etter Grunnloven § 102». <sup>48</sup> Kravet til forholdsmessighet ved barneverntiltak er fulgt opp i bvl. § 1-5 annet avsnitt, herunder at tiltak ikke skal være mer inngripende enn nødvendig.

Retten til respekt for familieliv tilsier at barn og foreldre har rett til samvær og kontakt med hverandre etter en omsorgsovertakelse.<sup>49</sup> Det betyr at inngrep i samværsretten også må underlegges en nødvendighets- og forholdsmessighetsvurdering. EMK har i den forbindelse

---

<sup>48</sup> HR-2015-206-A avsnitt 66

<sup>49</sup> Barnekonvensjonen artikkel 9 nr. 3, Barnevernsloven § 7-1



uttalt at statene har mindre skjønnsmargin hva angår ytterligere inngrep etter en omsorgsovertakelse i form av sterke begrensninger i samvær og kontakt.<sup>50</sup>

## 4.2 Rett til samvær og kontakt

Det følger av Barnekonvensjonen artikkel 9 nr. 3 at barn som er adskilt fra en eller begge sine foreldre har rett til å opprettholde personlig forbindelse og direkte kontakt med begge foreldrene regelmessig, med mindre dette er i strid med barnets beste. Denne retten kommer i nasjonal rett til uttrykk i bvl. § 7-1; «*Barn og foreldre har rett til samvær og kontakt med hverandre, hvis ikke noe annet er bestemt*». Ordlyden «*kontakt*» tilsier at det ikke utelukkende foreligger en rett til fysiske treffpunkt, men at også annen kontakt, som for eksempel telefonkontakt og ulike former for digital kommunikasjon, omfattes av bestemmelsen. En slik ordlydsforståelse støttes også av lovforarbeidene.<sup>51</sup> I det videre er det imidlertid inngrep i retten til samvær som står i fokus.

Det følger av bvl. § 7-2 tredje ledd at «*bare når det foreligger sterke og spesielle grunner, kan nemnda bestemme at samværet skal begrenses sterkt eller falle helt bort*». Ordlyden «*sterke og spesielle*» tilsier høy terskel for å gripe inn i samværsretten. Dette begrunnes med at sterke begrensninger i samvær innebærer ytterligere brudd i familiebånd, og er dermed ansett å være å være et sterkt inngrep i retten til familieliv. I forarbeidene til ny barnevernlov trekker frem flere sentrale avgjørelser i EMD som begrunnelse for den valgte ordlyden «*sterke og spesielle grunner*», blant annet utgangspunktet om at et slikt inngrep som ligger i samværsbegrensninger må underlegges den samme nødvendighetsvurderingen som ved

---

<sup>50</sup> Strand-Lobben med flere mot Norge [GC] 2019, no. 37283/13. avsnitt 211

<sup>51</sup> Prop.133L (2020-2021) Lov om barnevern (barnevernsloven) og lov om endringer i barnevernloven s. 562

omsorgsovertakelse. Det innebærer at begrensninger i samvær bare skal skje «*in exceptional circumstances*» og der det er «*an overriding requirement*» ut fra hensynet til barnets beste.<sup>52</sup>

Det første spørsmålet som melder seg, er hva som skal forstås som en sterk begrensning i samvær. Til dette har Høyesterett i HR-2021-1437-A i avsnitt 63 lagt til grunn at samvær 6 ganger i året eller mindre er å anse som et sterkt begrenset samvær. I rapporten fra Oslo Met (2021) konkluderes det med at selv om det ikke kan oppstilles noen standardnorm for samværsfastsettelse, så vil det for de tilfeller at gjenforeningsmålet fastholdes og hensynet til barnet ikke gjør det nødvendig med mindre samvær, ikke være i tråd med gjeldende rett å fastsette samvær under 8 ganger pr. år. Dette må forstås som at alt under 8 samvær i året vil være å anse som en begrensning i samværsretten.

Det neste spørsmålet som melder seg, er hva som er vilkårene for å fastsette begrenset samvær. Til dette har Høyesterett uttalt i HR-2021-474-A at for det første må begrensningen være nødvendig av hensyn til barnets beste. Høyesteretts uttalelse i avsnitt 48 må forstås dithen at for de tilfeller at hensynet til barnet tilsier begrenset samvær, så kan ikke det komme i skyggen av gjenforeningsmål. Samvær må heller ikke utsette barnet for en urimelig belastning, herunder at det under ingen omstendighet kan gis et samvær som vil skade barnets helse eller utvikling, jf. avsnitt 45. Høyesterett er også tydelig på at ordlyden «urimelig belastning» ikke tilsier at det skal settes en for høy terskel og at samværsomfanget skal legges nært opp til den grensen. Det skal altså ikke koke ned til et spørsmål om hvor mye samvær et barn tåler.

Selv om rettstilstanden kan sies å være avklart med hensyn til terskel for når samvær anses å være begrenset og terskel for når begrenset samvær aktualiserer seg, så vil det fortsatt ikke være mulig å fastsette standardiserte normer for når samvær blir en urimelig belastning for barnet, eller hvor mye samvær og i hvilken form som er uforenelig med hensynet til barnets

---

<sup>52</sup> Prop. 133L (2020-2021) Lov om barnevern (barnevernsloven) og lov om endringer i barnevernloven s. 195

beste. En faller derfor tilbake på utgangspunktet om at det skal foretas individuelle og konkrete vurderinger fra sak til sak.<sup>53</sup>

### 4.3 Gjenforeningsmålets betydning for samværsfastsettelse

Barnekonvensjonen har ingen bestemmelser som eksplisitt slår fast et mål om gjenforening av foreldre og barn for de tilfeller at en omsorgsovertakelse har funnet sted. Det følger likevel av både ordlyd i konvensjonen og artiklenes sammenheng at et gjenforeningsmål må innfortolkes, og det er også fastslått i rettspraksis. I avsnitt 208 i Strand-Lobben dommen uttaler EMD;

*“Another guiding principle is that a care order should be regarded as a temporary measure, to be discontinued as soon as circumstances permit, and that any measures implementing temporary care should be consistent with the ultimate aim of reuniting the natural parents and the child”<sup>54</sup>*

EMD legger i samme avgjørelse til grunn at *“everything must be done to preserve personal relations and, if and when appropriate, to “rebuild” the family(...)”*.<sup>55</sup> Ordlyden *«everything must be done»* tilsier en streng aktivitetsplikt for myndighetene. Aktivitetsplikten omhandler etter ordlyden både tiltak som skal bygge opp under en gjenforening og tiltak som skal sikre at relasjoner bevares.

I nasjonal rett kommer aktivitetsplikten i forhold til gjenforening frem gjennom bvl. § 8-3 tredje avsnitt første punktum; *«Dersom hensynet til barnet ikke taler mot det, skal barnevernstjenesten legge til rette for at foreldrene kan få tilbake omsorgen for barnet»*. Ordlyden *«skal»* tilsier en plikt, og gir samtidig uttrykk for et overordnet mål om gjenforening av barn og foreldre. Intensiteten i denne plikten må tolkes i lys av ordlyden

---

<sup>53</sup> Barnevernsloven § 7-2 annet avsnitt

<sup>54</sup> Strand-Lobben med flere mot Norge [GC] 2019, no. 37283/13

<sup>55</sup> Strand-Lobben med flere mot Norge [GC] 2019, no. 37283/13, avsnitt 207

«barneverntjenesten skal systematisk og regelmessig (...) vurdere om vedtak om omsorgsovertakelse kan oppheves». En slik vurderingsplikt må ses i sammenheng med bvl. § 8-3 første og annet avsnitt som ikke bare påpeker barnevernmyndighetenes ansvar for å følge opp barnet etter en omsorgsovertakelse, men også ansvaret for å følge med foreldrenes situasjon og utvikling, og sørge for at deres behov for veiledning og oppfølging ivaretas av barneverntjenesten selv og av andre relevante hjelpeinstanser.

Hjelpetiltak og samvær er to nøkkelord når det kommer til innholdet i aktivitetsplikten. Foreldre og barn skal gis nødvendig hjelp til at gjenforeningsmålet kan realiseres, som for eksempel råd-, veilednings-, opplærings- og/eller behandlingstiltak ovenfor både barn og foreldre.<sup>56</sup> Men parallelt med slike tiltak må det sikres kontakt mellom barn og foreldre som er av et slikt omfang at det forebygger fremmedgjøring og følelsesmessig avstand, slik at ikke det i seg selv blir et hinder for gjenforening.<sup>57</sup>

Både EMD og Høyesterett har åpnet for en snever adgang til å oppgi målet om gjenforening og i så måte en legitim begrensning av aktivitetsplikten. EMD har i Strand-Lobben avgjørelsen, avsnitt 207, oppstilt vilkår for å oppgi gjenforeningsmålet og begrense aktivitetsplikten. Foreldrene må være «*particularly unfit*» og det må foreligge «*very exceptional circumstances*». Foreldre, eller barn, kan heller ikke kreve tiltak som vurderes å «*harm the child's health and development*». Spørsmålet om gjenforeningsmål og aktivitetsplikt er også behandlet i nyere avgjørelser i Høyesterett. HR-2020-661-S avsnitt 142 til 145 må sies å oppsummere gjeldende rett, og bygger i stor grad på EMD praksis. Høyesterett påpeker at gjenforeningsmålet bare kun oppgis når det ikke eksistere reelle fremtidsmuligheter for familiegjenforening, og det i stedet er til barnets beste at det plasseres permanent i en ny familie.

Terskelen for å oppgi gjenforeningsmål må etter dette sies å være svært høy. Oslo Met har utarbeidet en rapport etter å ha gått inn i 37 fylkesnemndsvedtak og 32 lagmannsrettsdommer avsagt i perioden 27. mars –31. desember 2020 for å se på rettspraksis etter Høyesteretts storkammeravgjørelse i mars 2020. Funnene i rapporten viser at gjenforeningsmålet

---

<sup>56</sup> Barnevernsloven § 8-3 andre avsnitt

<sup>57</sup> HR-2020-663-S, avsnitt 145

uttrykkelig er forlatt i kun 10 av 69 saker. Overordnet sett vurderes gjenforeningsspørsmålet å være behandlet i tråd med gjeldende rett, herunder at gjenforeningsmålet kun skal oppgis for de tilfeller at foreldrene er særlig uegnet, det foreligger sterke og spesielle grunner eller for de tilfeller at barnet over lengre tid har vært adskilt fra sine foreldre og i mellomtiden fått en sterk tilknytning til nye omsorgspersoner og miljø. I rapporten stilles det spørsmål med om ikke gjenforeningsmålet burde vært forlatt i flere av sakene. Konsekvensene ved å opprettholde et gjenforeningsmål som er usannsynlig kan bli at det fastsettes samvær av et slik omfang at risikoen for at samværet blir en urimelig belastning øker.<sup>58</sup>

Selv om både EMD og Høyesterett synes å være enige om at gjenforeningsmålet kan oppgis når det er gått betydelig tid,<sup>59</sup> så gir Høyesteretts avgjørelse i HR-2022-2292-A grunn til å stille spørsmål om kravet til betydelig tid tolkes for strengt. Saken gjaldt en 12 år gammel jente som hadde bodd i samme fosterhjem i 9 år. Samværet har vært kvalitativt gode, og mor har fremstått med god samværskompetanse. Som følge av langvarige reaksjoner etter samvær har likevel samværene så langt vært begrenset. Høyesterett fastsette samværet i det videre til to timer to ganger i året. Det interessante i saken er at både kommunen, tingrett- og lagmannsrett legger til grunn at gjenforeningsmålet ikke er forlatt, men er alle enige om at det ligger noe frem i tid. Høyesterett bestrider ikke dette utgangspunktet.

Jenta er på dette tidspunktet 12 år, hun gir uttrykk for at hun ikke ønsker mer kontakt med mor enn to samvær i året og har fått en trygg og god tilknytning til sine fosterforeldre som hun anser som sin mamma og pappa. Ikke på noe tidspunkt stilles spørsmålet om realismen i et fortsatt gjenforeningsmål, selv etter rettens egen uttalelse om at gjenforening synes å ligge noe frem i tid. Så lenge gjenforeningsmålet opprettholdes, vil aktivitetsplikten slå inn, noe som også åpner opp for stadige rettsprosesser. Det får nødvendigvis konsekvenser for jentas opplevelse av ro, trygghet og kontinuitet i sin hverdag. Ni år må anses å være betydelig tid, og spesielt når det har vært så lite kontakt mellom barn og foreldre. Når man fortsatt etter ni år i fosterhjem finner grunn til å begrense samvær til to timer to ganger per år, hva skulle tilsi at et

---

<sup>58</sup> Alvik, Ingunn F. (2021). Samvær etter omsorgsovertakelse. *Oslo Met Skriftserie 2021 nr. 4*, s.197

<sup>59</sup> HR-2021-474-A, avsnitt 41

fortsatt gjenforeningsmål er realistisk, selv noe frem i tid? Ville det muligens vært til barnets beste om gjenforeningsmålet faktisk ble forlatt?

Det er heller ikke utenkelig at usikkerheten rundt samværets betydning for en mulig fremtidig tilbakeføring gjør at barn har reaksjoner og holder igjen i forhold til en økt samværshyppighet. Hva om noen hadde trygget henne på at uansett hvor mye samvær hun har, og uansett hvor god kvalitet samværene har, så er det gått så lang tid at hun faktisk ville blitt hørt hvis hun til tross for dette ikke ønsker å flytte tilbake til sin mor. Det vises i den forbindelse til en uttalelse fra et barn i HR- 2021-475-A (66), hvor barnet sier at han ønsker fortsatt fire samvær i året. Han synes det er fint å møte foreldrene, men «litt skummelt også». På spørsmål fra den sakkyndige utdyper han dette med at han er redd for å bli flyttet tilbake til foreldrene. Også i denne saken har ting- og lagmannsretten lagt til grunn at gjenforeningsmålet ikke er oppgitt, men *«at det ikke er realistisk med en tilbakeføring av (...) i overskuelig fremtid»*.

Det sier seg selv at det er stor forskjell på hvilken omsorgskompetanse som kreves for å ha den daglige omsorgen for et barn kontra samværskompetanse. Kvalitativt gode samvær er ikke ensbetydende med at omsorgssituasjonen ville blitt god nok ved en eventuell tilbakeføring av barnet til foreldrenes omsorg. Omsorgssvikt i uansett form eller omfang medfører et tillitsbrudd mellom barnet og den som utøver omsorgssvikten. Å møte foreldre i kontrollerte former er noe helt annet enn å skulle bo sammen med dem i hverdagen og være overlatt til foreldrenes daglige omsorg. Gjenforeningsmålet og spørsmål om samværsfastsettelse må derfor nødvendigvis behandles uavhengig av hverandre, noe også Høyesterett påpeker i avgjørelsen i HR- 2022-2292-A, avsnitt 30-31.

Oslo Met foretok en barnefaglig og juridisk utredning i tilknytning til NOU 2016:16 Ny barnevernlov, med formål å utfylle kunnskapsgrunnlaget for regulering av samvær i ny lov. I utredningen trekkes det frem at en undersøkelse av lagmannsrettsdommer fra 2007-2008 viste

at spørsmålet om samvær ble grundigere behandlet når det ble behandlet isolert og ikke som ledd i omsorgsovertakelsessaken.<sup>60</sup>

At utsiktene for tilbakeføring og plasseringens antatte varighet er et sentralt vurderingsmoment når samvær skal fastsettes er derfor ikke tvilsomt. Det skal likevel foretas individuelle og konkrete vurderinger hvor også andre momenter inngår, slik at en sikrer et bredt vurderingsgrunnlag, hvor ulike momenter balanseres og vektet i en helhetlig vurdering av hvilket samværsomfang som vurderes best å ivareta hensynet til barnets beste. I det videre ser jeg nærmere på hvilke andre momenter som i rettspraksis er trukket frem som relevante i en slik vurdering, og deretter hvordan retten balanserer og vektet disse momentene.

#### **4.4 Samværsfastsettelse- krav om individuelle og konkrete vurderinger**

Det følger av bvl. § 7-2 annet avsnitt at samværsfastsettelse skal skje etter en konkret vurdering, og at det blant annet skal tas hensyn til *«barnets behov for beskyttelse, barnets utvikling, samt barnets og foreldrenes mulighet til å opprettholde og styrke båndene mellom seg»*.

Bestemmelsen om konkret vurdering kom inn i ny barnevernlov som trådte i kraft 01.01.23, og var et resultat av at både EMD og Høyesterett i flere avgjørelser hadde poengtert betydningen av individualiserte og konkrete vurderinger ved fastsettelse av samvær. Høyesterett har som nevnt over i flere nyere avgjørelser slått uttrykkelig fast at samvær ikke skal fastsettes ut fra standardiserte normer, ei heller generelle beslutningsnormer.<sup>61</sup> Det kan oppfattes som både en respekt for, og en større forståelse for, at individuelle og konkrete nødvendighets- og forholdsmessighetsvurderinger har en større plass i barnevernretten enn det man kanskje tidligere har klart å synliggjøre. En kan ikke lenger gå ut fra at rettigheter og

---

<sup>60</sup> Stang, E.G. og Baugerud G-A. (2018). Samvær etter omsorgsovertakelse, *Oslo Met Rapport 2018* nr 10 s. 64

<sup>61</sup> HR-2020-661-S, HR-2020-662-S, HR-2020-663-S og HR-2021-474-A.

hensyn ligger underforstått og implisitt, men har et ansvar for å løfte frem alle hensyn som gjør seg gjeldende, og deretter vise og begrunne hvordan disse ulike hensynene balanseres og vektet.

Bvl. § 7-2 annet avsnitt gir et stykke på vei veiledning om momenter som bør inngå i den konkrete vurderingen. Lovgiver har presisert at lovteksten bare er ment å gi noen holdepunkter for hovedhensyn som skal vektlegges, og at også andre hensyn kan spille inn.<sup>62</sup> Momentene som trekkes frem i lovteksten må i stor grad sies å være sammenfallende med flere av de momentene som Barnekomiteen trekker frem som relevante momenter i en barnets beste-vurdering.<sup>63</sup> I tre Høyesterettsavgjørelser fra 2021 ser man også at dette følges opp i rettspraksis. Det burde trekke i retning av at kravet til individuell og konkret vurdering handler om å finne det samværsomfanget som er til barnets beste.

#### **4.4.1 Utsiktene for tilbakeføring og plasseringens antatte varighet**

Utgangspunktet skal alltid være at en omsorgsovertakelse er midlertidig, uavhengig av om plasseringen ventes å bli kortvarig eller langvarig, og samvær må ut fra dette fastsettes slik at gjenforeningsmålet ivaretas best mulig, jf. HR-2021-474-A avsnitt 37. Det generelle utgangspunktet er at løpende og hyppig samvær er sentralt for å sikre gjenforening, jf. avsnitt 40. Der målet om gjenforening ligger fast, skal formålet med samværene være å styrke og utvikle båndene mellom foreldre og barn, jf. avsnitt 41. Vurderingene må basere seg på et tilstrekkelig og oppdatert beslutningsgrunnlag, jf. avsnitt 42. Høyesterett oppsummerer til slutt i avsnitt 43 et utgangspunkt om at der gjenforeningsmålet anses intakt, må det fastsettes så mye samvær som det er mulig å gi uten å tilside sette hensynet til barnets beste.

Høyesterett påpeker imidlertid, slik som også redegjort for i kap. 4.3, at samværsfastsettelse ikke alene kan styres av utsiktene for gjenforening. Der hensynet til barnet klart tilsier et

---

<sup>62</sup> Prop.133L (2020-2021), Lov om barnevern (barnevernsloven) og lov om endringer i barnevernloven s. 269

<sup>63</sup> Se kap.2.1.1



begrenset samvær med foreldrene, kan man ikke se bort fra dette ut fra en overordnet og generell målsetting om gjenforening, jf. avsnitt 48.

#### **4.4.2 Barnets eget syn**

Det enkelte barns rett til å få uttrykt sin mening er en grunnleggende rettighet som følger av Barnekonvensjonen artikkel 12 og Grunnlovens § 104 første avsnitt. Barnets mening står sentralt når det skal fattes avgjørelser som berører dem. Barnekomiteen poengter at det ut fra barnets alder og modenhet må legges til rette for deltakelse i beslutningsprosessene, og barnet må få nødvendig støtte til å kunne gi uttrykk for sin mening.

Barnets rett til medvirkning i barnevernssaker er befestet i bvl. § 1-4. Denne retten skal sikres uavhengig av samtykke fra barnets foreldre, og det åpnes også for at barnet kan ha med seg en tillitsperson i møter med barnevernet. Det er videre sagt at barnets meninger skal vektlegges, tatt betraktning dets alder og modenhet, og det fremgår av bvl. § 1-3 at barnets mening står sentralt i vurdering av hva som vil være til barnets beste.

01.01.2024 trår en ny forskrift om barns medvirkning i barnevernssaker i kraft.<sup>64</sup> Forskriften må absolutt sies å styrke de prosessuelle krav som skal gjelde både for informasjon som skal gis og hvordan barnevernmyndighetene konkret må gå frem for å få frem barnets synspunkter og dokumentere disse. Det som kanskje er spesielt utfordrende er å tilrettelegge for at barnet kan uttale seg fritt uten andres påvirkning. Påvirkning fra andre trenger slett ikke komme til syne gjennom verken verbale og/eller non-verbale uttrykk. Barn har ofte en sterk lojalitet til voksne de har et avhengighetsforhold til. Redsel for å skuffe andre og redsel for represalier kan gjøre at barnet står ovenfor lojalitetskonflikter og dilemma som tilsier at de kan være tilbakeholdne med å uttrykke sin egentlige mening. Når barnets mening skal tillegges stor vekt, innebærer det også at man på alle måter må sikre seg at det er barnets egne ønsker og

---

<sup>64</sup> Forskrift om barns medvirkning i barnevernet 12.oktober nr.1631

behov som kommer frem, og ikke meninger som er konstruert for å tilfredsstillere andre. Det krever høy grad av kompetanse hos de som har ansvar for å innhente barnets mening.

En annen viktig faktor som barnekomiteen har påpekt, er det faktum at barnets mening ikke er statisk, men kan endre seg i takt med alder, utvikling og modenhet. Den nye forskriften ivaretar dette ved at det er påpekt at barnets perspektiv må ivaretas gjennom hele sakens forløp. Det barnet har uttalt om samvær i forbindelse med omsorgsovertakelsen kan fort endres når det har gått litt tid og barnet har innhentet erfaringer fra samværene.

#### **4.4.3 Barnets sårbarhet**

I barnekomiteens kommentarer er det sagt at barnets sårbarhet er et av momentene som må tas i betraktning når en skal vurdere hva som vil være barnets beste i et utviklingsperspektiv. Som eksempel er det nevnt utviklingshemming, tilhørighet til etnisk minoritet, flyktning- eller asylstatus, marginalisering og at barnet er offer for mishandling. Komiteen påpeker viktigheten av å kartlegge og utrede barnets historie, og deretter la den få betydning for de vurderinger som skal gjøres. Komiteen anerkjenner også at slike vurderinger krever at en gjør bruk av tverrfaglig spesialistkompetanse i slike vurderinger. Dette er fulgt opp i nasjonal rett hvor både nemnda og domstolene settes sammen med fagkyndige medlem<sup>65</sup>, i tillegg til at det ofte oppnevnes sakkyndige til å utrede saken bredt.<sup>66</sup>

En skiller ofte mellom biologisk og psykologisk sårbarhet. Med biologisk sårbarhet menes forhold ved barnet som er til stede fra naturens side, og ikke noe som barnet har utviklet i samspill med sine omgivelser. Barn som er født med ulike grader av utviklingshemming kan sies å ha en genetisk biologisk sårbarhet, mens barn som er utsatt for rusmisbruk fra mor i svangerskapet kan komme til verden med en miljøpåvirket sårbarhet. Psykologisk sårbarhet handler om forhold som i hovedsak ikke er medfødt, men som kommer som et resultat av

---

<sup>65</sup> Lov om barnevern 18.juni 2021 nr. 97, § 14-2, Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) 17.juni 2005 nr. 90, § 36-4

<sup>66</sup> Lov om barnevern 18.juni 2021 nr. 97, § 12-7

ulike hendelser og oppvekstbetingelser. Barn kan for eksempel i tidlig spedbarns- og barneår utvikle en svak, utrygg og/eller ambivalent tilknytning til sine primæromsorgsgivere, og tillitten til foreldre kan derfor være svak. Barnets sårbarhet påvirkes av hvilke beskyttelsesfaktorer som har vært eller er tilstedeværende i barnets liv. Noen barn oppleves å være mer robuste og motstandsdyktige enn andre, så det er umulig å generalisere i forhold til hva som gjør barn sårbare.<sup>67</sup>

#### 4.4.4 Barnets helse og utvikling

Barnets helse og utvikling er også et hensyn når samvær skal fastsettes. Barnekomiteen har uttalt at hensynet til barnets beste innebærer «*ensuring the child's "well-being" and development. Children's well-being, in a broad sense includes their basic material, physical, educational, and emotional needs, as well as needs for affection and safety*»<sup>68</sup>. Eventuelle psykiske eller fysiske helseutfordringer som kan ha betydning for samværsfastsettelsen må derfor inngå som en del av kartleggingen.

Barn er forskjellige og har ulike behov alt etter alder, modenhet og utvikling. Hensynet til barns utvikling handler først og fremst om at samværet ikke skal forstyrre og låse barnets utvikling, men har også med seg det elementet at samværsfastsettelse ikke skal være noe statisk.

Nemnda skal fastsette det samvær som vurderes å være riktig på vedtakstidspunktet, og i en tid fremover, men barneverntjenesten har en plikt til å følge barnets utvikling etter omsorgsovertakelsen og dermed også justere samvær i tråd med denne<sup>69</sup>. Det er ikke alltid

---

<sup>67</sup> Broberg, Almquist, Kjus (2006). Klinisk barnepsykologi, s. 51-74

<sup>68</sup> UN Committee on the Rights of the Child (CRC), General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1), 29 May 2013, CRC /C/GC/14, avsnitt 71

<sup>69</sup> Prop.133L (2020-2021), Lov om barnevern (barnevernsloven) og lov om endringer i barnevernloven s. 269.

hensynet til barnets «well-being» tilsier at samvær kan økes, men det kan være aktuelt å utvide samværets lengde og hvor samværet finner sted. Det sier seg selv at samvær med en baby nødvendigvis må ha kortere varighet enn samvær med en tolvåring, og at arena for samvær også kan endre seg i takt med barnets utvikling.

#### 4.4.5 Styrken i barnets tilknytning til sine biologiske foreldre

I og med at det biologiske båndet som ligger i bunn ikke endrer seg ved en omsorgsovertakelse, tilsier det at ordlyden «styrking av familieband» i bvl. § 7-2 må tolkes noe videre. I veiledende retningslinjer for sakkyndig arbeid i barnevernssaker kan man lese at et overordnet faglig vurderingstema er «*relasjonen mellom foreldre/omsorgspersoner og barnet*», og videre at et av utredningstemaene derfor bør være «*relasjonskvalitet i barnets forhold til sine omsorgspersoner og tilhørighetsforhold innad i familien*».<sup>70</sup>

Man står ovenfor svært mange, og ulike, utgangspunkt ut fra hvilken tilknytning barn og foreldre har til hverandre når omsorgen tas. Barn med utrygg tilknytning har ofte utfordringer med å regulere følelser uten å bli overmannet av dem.<sup>71</sup> En trygg og god tilknytning mellom barnet og biologiske foreldre har i rettspraksis vist seg å være et argument for mer samvær enn for de tilfeller at tilknytningen mangler eller svak.<sup>72</sup>

#### 4.4.6 Foreldrenes funksjon

Med utgangspunkt i den høye terskelen for omsorgsovertakelse, så vil de omstendigheter som førte til omsorgsovertakelse ha hatt en eller annen form for innvirkning på relasjonen foreldre

---

<sup>70</sup> Barne- og likestillingsdepartementet (2009). Veiledende retningslinjer for sakkyndig arbeid i barnevernsaker for barneverntjenesten, fylkesnemnda og domstolen s. 26-27.

<sup>71</sup> Broberg, Almquist, Tjus (2006). Klinisk barnepsykologi, s. 107

<sup>72</sup> HR-2017-2015-A, avsnitt 59

og barn. Omsorgssvikt, uansett hvordan denne har utspunnet seg, tilsier at tilliten barnet har hatt, eller skulle hatt, til sine foreldre har fått en alvorlig knekk, og barnet kan være påført store psykiske og/eller fysiske skader. Noen saker vil derfor kreve intensiv innsats for å etablere eller re-etablere emosjonelle bånd, og hensynet til at samværet ikke skal påføre barnet urimelige belastninger vil da i større grad kunne aktualisere seg.

Foreldrenes utvikling i etterkant av omsorgsovertakelsen er et sentralt moment av betydning ved fastsettelse av samvær. I A.S mot Norge avsnitt 66-69 har EMD påpekt viktigheten av at avgjørelser skjer med bakgrunn i et bredt og tilstrekkelig oppdatert faktagrunnlag, hensyntatt positiv utvikling som har funnet sted etter plassering.<sup>73</sup>

#### 4.4.7 Kvaliteten på samværene

Samværskompetanse er et begrep som ofte benyttes for å beskrive samværets kvalitet. Begrepet er ikke tolket i rettspraksis, men i undersøkelsen fra Oslo Met viser de til at begrepet, ut fra en gjennomgang av rettspraksis, tilsier at begrepet favner «*foreldrenes evne til å skape gode samvær for barna, når det gjelder både innlevelse, sensitivitet, evne til å finne på fine aktiviteter og å leke med barna*».<sup>74</sup>

I HR- 2020-661- S avsnitt 155 uttaler Høyesterett at det «*bør det utvises forsiktighet med å trekke konklusjoner om foreldrenes omsorgsevne og samværskompetanse ut fra begrenset eller utilfredsstillende samvær alene*». Uttalelsen kommer i lys av uttalelser fra EMD i Strand-Lobben dommen, avsnitt 221.

---

<sup>73</sup> A.S. mot Norge [J], 2020 no. 60371/15

<sup>74</sup> Alvik, Ingunn F. (2021). Samvær etter omsorgsovertakelse. *Oslo Met Skriftserie 2021 nr. 4*

#### 4.4.8 Forholdet mellom biologiske foreldre og barnevernet/fosterforeldrene

Det følger av bvl. § 9-7 at barneverntjenesten og fosterforeldrene skal inngå en avtale om gjensidige forpliktelser. Det er utarbeidet en standardisert fosterhjemsavtale<sup>75</sup>. I fosterhjemsavtalens kap. 5.5 fremkommer det at «*fosterforeldrene skal samarbeide med barneverntjenesten omkring de avtaler som er gjort med hensyn til mål, opplegg og tidsplan, og også om en eventuell tilbakeføring. De skal ta imot veiledning og tilbud om kurs og opplæring som vil sette dem bedre i stand til å ivareta sine oppgaver*». Fosterforeldrene skal også samarbeide med foreldrene om samvær med barnet. Fosterforeldrenes samarbeidsevner er et forhold som vektlegges ved godkjenning av fosterhjem.<sup>76</sup>

Negative reaksjoner hos barnet etter samvær er ikke unormalt, og det kan variere fra lette reaksjoner som at barnet er trøtt, sliten og urolig, til mer alvorlige reaksjoner som dårlig søvn, sengevæting eller mareritt, problemer med matlyst og fordøyelse og sosiale vansker. Undersøkelser tilsier at barnevernstjenesten bør involvere fosterforeldrene og lytte til deres synspunkter når det gjelder utforming av både innhold i og omfang av samværsplaner for fosterbarnet og fosterforeldrene bør få veiledning i hvordan de møter barns reaksjoner både i forkant og etterkant.<sup>77</sup>

#### 4.4.9 Barnets identitet

Hensynet til at barn og foreldre skal ha mulighet til å opprettholde og styrke båndene mellom seg står sentralt når samvær skal fastsettes. Det handler først og fremst om at samvær er en viktig forutsetning for mulig gjenforening, men også fordi det er lagt til grunn at kjennskap til

---

<sup>75</sup> Barne, likestillings- og inkluderingsdepartementet (2010). Fosterhjemsavtalen

<sup>76</sup> Forskrift om fosterhjem 18. desember 2003 nr. 1659, § 3

<sup>77</sup> Stang, E.G., Baugerud, G-A., Backe-Hansen, E. og Rugkåsa, M. (2023) Samvær i praksis. *Oslo Met Skriftserie 2023 nr. 1.*

biologisk opphav og røtter anses å være viktig for identitetsutvikling. Familier er bærere av ulike kulturer og tradisjoner og har i mange tilfeller en felles historie som det kan være viktig for barn å ha kjennskap til.

En kan legge til grunn at det er mange utviklingstrekk og behov hos barn som er av mer grunnleggende og universell karakter, altså behov som alle barn har uavhengig av hvor de hører til. Men i hvert barns liv vil det være fysiske, sosiale og kulturelle aspekt som påvirker opplevelse av tilhørighet, identitet og tilknytning til bestemte personer og miljø. Det er ikke alltid at man lykkes, selv om man skal tilstrebe det, å plassere barn i fosterhjem med samme etniske opprinnelse og kulturell bakgrunn som barnet. I HR-2021-475-A avsnitt 44 viser Høyesterett til Barnekonvensjonen artikkel 20 nr. 3 om at det ved valg av løsninger skal tas *«tilbørlig hensyn til ønskeligheten av kontinuitet i barnets oppdragelse og til barnets etniske, religiøse, kulturelle og språklige bakgrunn»*. Høyesterett har videre uttalt i HR-2021-474-A avsnitt 55 at *«barnas rett til kjennskap til sin kultur må ivaretas uavhengig av fosterforeldres og biologiske foreldres kulturbakgrunn»*. Et moment i samværsvurderingen kan da være at kontakten mellom barn og biologiske foreldre er viktig for barnets identitetsutvikling.

#### **4.4.10 Samlet belastning for fosterfamilien**

Fosterhjemsordningen som omsorgstiltak bygger på det grunnleggende utgangspunktet om familien som oppvekstarena for barn. Tilhørighet til en familie forutsettes å skape trygge og forutsigbare rammer for barn og unge, og denne rollen får fosterhjemmet for barn som det offentlige overtar omsorgen for.<sup>78</sup> Barn i fosterhjem har imidlertid ofte et omsorgs- og oppfølgingsbehov som skiller seg fra normalpopulasjonen, noe som kan føre til at fosterforeldrenes kapasitet rettes mot fosterbarnet, på bekostning av fosterhjemmets egne

---

<sup>78</sup> NOU 2018:18 Trygge rammer for fosterhjem s.61

barn.<sup>79</sup> Fosterhjemmene blir i mye større grad en vanlig gjenstand for innblanding i sitt familieliv gjennom de regler som gjelder for oppfølging av barn i fosterhjem.<sup>80</sup>

Utsiktede flyttinger fra fosterhjem kan ha mange årsaker, men studier viser at de hyppigst nevnte årsaker handler om atferd hos fosterbarna, situasjonen i fosterhjemmet og fosterhjemmets opplevelse knyttet til relasjon og samarbeid med barneverntjenesten og biologiske foreldre. Flere undersøkelser har vist at én utsiktet flytting ofte fører til flere flyttinger. Dette som følge av at relasjonsbruddene påvirker barnets evne til tilknytning og deres opplevelse av tillitt til voksenpersoner.<sup>81</sup> Fosterbarnets reaksjoner på samvær eller en omfattende samværs hyppighet får innvirkning på livet i fosterhjemmet, og kan bli en belastning som gjør at fosterforeldre ikke klarer å stå i oppgave. De konsekvenser dette har for barnets livskvalitet og risikoen for forsterkede problemer kan derfor være et moment av betydning ved samværsfastsettelse.

#### **4.4.11 Hensynet til at barnet får en trygg og god relasjon til fosterhjemmet**

Barn har behov for å høre til og inngå i nære relasjoner med andre. Fosterforeldre skal utøve den daglige omsorgen for barnet, herunder sørge for at barnet får oppfylt sine grunnleggende behov for hjelp, omsorg, beskyttelse og kjærlighet. Selv om ikke det juridiske foreldreansvaret nødvendigvis endres ved en omsorgsovertakelse, så må flere av pliktene som følger av barnelovens §30 sies å bli flyttet over på fosterforeldre.<sup>82</sup> Som vi har sett så kan gjenforeningsmålet og stadige rettsprosesser virke destabiliserende for barn. Der hvor biologiske foreldre aktiv motarbeider barnets mulighet for å inngå i positive relasjoner med fosterforeldre havner barn ofte i en lojalitetskonflikt. I den grad forhold rundt samvær bidrar

---

<sup>79</sup> Revheim (2023). Hva med oss andre som bor her? Om fosterforeldres barn og deres erfaringer

<sup>80</sup> Barnevernloven § 9-6

<sup>81</sup> Paulsen, V. Ytreland, K. (2022). Tett oppfølging for å hindre utsiktede flyttinger i fosterhjem. *Tidsskriftet Norges Barnevern, Vol.99, Utg.1, s. 20-36* på s.21 og 22.

<sup>82</sup> Lov om barn og foreldre (barnelova) 8.april 1981 nr. 7



til å vanskeliggjøre barnets mulighet til å knytte seg til nye omsorgspersoner og nytt omsorgsmiljø, så kan det være et moment som får innvirkning på samværsomfanget.

#### **4.4.12 Tilsyn**

Det følger av bvl. § 7-2 første avsnitt andre punktum at det kan oppstilles vilkår for samvær, herunder at det kan føres tilsyn under samvær. Beslutning om tilsyn under samvær er et ytterligere inngrep i retten til respekt for familieliv og privatliv etter EMK art. 8 nr. 1, jf. Grunnlovens § 102, og en slik beslutning krever derfor at det foretas en nødvendig- og forholdsmessighetsvurdering, jf. EMK art. 8 nr. 2. Behovet for å føre tilsyn under samvær for de tilfeller at det foreligger reell og konkret fare for skade på barnets helse eller utvikling, er sjelden omstridt hva angår nødvendighetsvurdering. Omstendighetene rundt tilsynet, herunder hvem som skal utøve tilsyn, tilsynets omfang og intensitet, må imidlertid være gjenstand for en nøyere forholdsmessighetsvurdering.

Dersom det kan iverksettes tiltak som sikrer barn tilstrekkelig beskyttelse under gjennomføring av samvær så vil det sjelden være behov for å vektlegge beskyttelsesbehovet ved vurdering av samværsomfang. Spørsmålet er imidlertid om tilsyn alltid vil gi tilstrekkelig beskyttelse. Samvær kan være både urimelig belastende og skadelig for barnets helse og utvikling selv om foreldrene verken sier eller gjør noe som tilsynspersonen finner skadelig eller upassende, og selv om tilsynspersonen kan veilede foreldre og utgjøre en emosjonell støtte for barnet under samværet.

Hensynet til barnets helse henger nært sammen med barnets behov for beskyttelse, da det er bred enighet om at de beslutninger som tas ikke skal påføre barnet skade på deres helse, verken fysisk eller psykologisk. De emosjonelle påkjenningene ved et samvær er det ikke like lett å beskytte barnet fra selv om det settes inn tilsyn. Samvær kan fungere som traumepåminnere og dermed destabilisere barnets fungering både før og etter samvær. Det er et forhold som ofte vil ligge utenfor både myndighetenes, foreldrenes og tilsynspersonens kontroll. I en slik vurdering vil det bli et spørsmål om hva som er det enkelte barns tålegrense for når samvær fortsatt kan sies å være til barnets beste.

## 4.5 Samværsfastsettelse- vekting av hensyn og interesser

Som vi har sett er det utvilsomt gjeldene rett at samvær skal fastsettes etter en individuell og konkret vurdering, og med en hyppighet og form som er til barnets beste. Det presumeres at det som et utgangspunkt er til barnets beste å vokse opp hos sine biologiske foreldre, og for de tilfeller det blir nødvendig med en omsorgsovertakelse, så skal denne anses som midlertidig med et mål om snarest mulig gjenforening av barn og foreldre. I lys at dette presumeres det også at jevnlig samvær vil styrke mulighetene for gjenforening, og at det skal sterke og spesielle grunner til for å forlate dette utgangspunktet. Det betyr at barnet og foreldrenes rett til familieliv, det biologiske prinsippet og mål om gjenforening er hensyn som har stor vekt når samvær skal fastsettes. Spørsmål er da om andre hensyn og interesser, alene eller etter en samlet vurdering, får tilstrekkelig gjennomslag i en konkret og individuell vurdering av hvilket samværsomfang som vil være til barnets beste. Er det en risiko for at barn utsettes for urimelige belastninger, eller at samværet fastsettes over, eller for nært opptil, barnets tålegrense?

Selv om lovgiver har lagt til grunn at tidligere barnevernlovgivning har vært i tråd med EMD-praksis, så har lovgiver funnet det nødvendig å foreta presiseringer i lovteksten i arbeidet med ny barnevernlov. Lovgiver viser også til at Høyesterett har sett nødvendigheten av å foreta justeringer i praksis <sup>83</sup> Det innebærer at det er et begrenset antall avgjørelser i både Høyesterett og underretten som kan bidra til å belyse spørsmålet om hvordan hensynet til barnets beste ivaretas ved samværsfastsettelse. I det videre følger et utdrag av nyere Høyesteretts- og lagmannsrettsavgjørelser.

I HR-2021-474-A økte Høyesterett samværet fra tre ganger i året à to timer til seks ganger i året à to timer pr. gang, dette til tross for at både den sakkyndige og lagmannsretten hadde konkludert med at utvidet samvær vil utsette jenta for en urimelig belastning. Høyesterett tar

---

<sup>83</sup> Prop.133L (2020-2021) Lov om barnevern (barnevernsloven) og lov om endringer i barnevernloven s. 16

utgangspunkt i at barn og foreldre har rett til samvær, og at det antas å være best for barn å ha et samvær med foreldrene som styrker og utvikler båndene mellom dem. Men så kommer Høyesterett inn på at det likevel kan være nødvendig å begrense samværet av hensyn til barnet beste, slik som for det tilfelle at barnet er sårbart og samværene ikke fungerer særskilt godt. Økningen i samværet begrunner Høyesterett med at den sakkyndige i liten grad har klart å begrunne tilrådingen om å ikke øke samværet, det har vært en positiv utvikling i samværene og biologisk mor i større grad har rettet seg etter veiledning fra barnevernet.

I HR-2021-475-A ble samværet for et søskenpar økt fra fire ganger i året à tre timer til fem ganger i året à tre timer. Problemstillingen Høyesterett sto ovenfor var barna utrygghet og redsel for å bli tilbakeført, problemene med å få god kvalitet i samværene og foreldrenes manglende sensitivitet og forståelse for at barna fikk reaksjoner som følge av at samværene virket re-traumatiserende. Høyesterett konkluderer, gitt at det blir iverksatt tiltak for å bedre samværenes kvalitet, med at samværet kan økes litt, og begrunner dette med at *«Et slikt samværsomfang vil på den ene siden ikke tilsidesette hensynet til barnas beste og vil ikke utsette dem for urimelige belastninger, samtidig som et slikt samværsomfang vil gi rimelige muligheter for å arbeide videre med at båndene mellom barna og foreldrene kan styrkes og utvikles»*.<sup>84</sup>

HR-2021-476-A gjaldt en sak med fire søsken. Høyesterett besluttet en økning av samværet for de to minste barna, fra fire til seks ganger i året. For de øvrige to eldste barna ble samværet opprettholdt med fire ganger per år. Høyesterett starter sin vurdering med å fastslå at samvær skal fastsettes etter en konkret og individuell vurdering for hvert enkelt barn, likevel slik at man for søsken som ikke er plassert sammen også må ta i betraktning den betydningen samværene med foreldrene også har for å opprettholde kontakt med søsken. Høyesterett er inne på at det fastsatte samværsomfanget i liten grad bygger opp under et mål om gjenforening, men viser til at *«det ikke er en nødvendig motsetning mellom begrenset samvær i en periode og gjenforening, når gjenforening ikke er realistisk på kort sikt. Samværene kan trappes opp når det er forsvarlig av hensyn til barna»*. Høyesterett setter her helt klart hensynet til barna foran retten til respekt for familielivet og gjenforeningsmål. I den

---

<sup>84</sup> HR-2021-475-A avsnitt 81

konkrete samværsutmålingen tas det spesielt hensyn til de to eldste barnas sårbarhet som følge av påførte traumer, og for de to minste får hensynet til behovet for ro og trygghet i fosterhjemmet stor vekt.

Gjennomgang av et utvalg av nyere lagmannsrettsavgjørelser viser også at det i større grad foretas individuelle og konkrete vurderinger, hvor andre momenter enn retten til familieliv og gjenforeningsmål får større vekt.

I LH-2023-51136 ble samværsomfanget redusert fra tolv årlige samvær på to timer som tingretten og fylkesnemnda fastsatte, til åtte årlige samvær på to timer. Saken gjaldt et barn i alderen 1-2 år. I denne saken la retten vekt på at barnet var sårbart med stort behov for trygghet, og samværene og etterfølgende reaksjoner ble vurdert å være stressende for barnet. Selv om samarbeidet mellom foreldre og fosterhjemmet var godt, og det var god atmosfære under samværene, så hadde foreldrene fortsatt behov for veiledning i å fange opp og avhjelpe barnets behov under samvær. Retten la her til grunn samme utgangspunkt som Høyesterett i HR-2021-476-A, om at det ikke nødvendigvis er motsetning mellom begrenset samvær i en periode og gjenforening, og at et begrenset samvær ikke utelukker en opptrapping når det anses forsvarlig av hensyn til barnet.

I LG-2022-115078 ble det foretatt en endring av samværsfrekvens fra fire til seks ganger i året, men fortsatt vurdert å være behov for begrenset samvær. Saken gjaldt to barn på 12 og 13 år. Lagmannsretten legger her til grunn at gjenforeningsmålet ikke er forlatt, men ligger noe frem i tid. Verken gjenforeningsmålet eller barnas kulturelle rettigheter blir vurdert å telle tyngre enn barnets beste. Barnas beste blir vurdert nøye ut fra mange momenter, også det faktum av at barnas mening og samværstrivsel kan være påvirket av en redsel for at det aktualiserer en tilbakeflytting.

I LE-2022-90961 gjaldt saken en 14 år gammel gutt. Lagmannsretten fastsatte samvær til to ganger i året med 1 ½ time hver gang. Lagmannsretten la i denne saken til grunn at gjenforeningsmålet var oppgitt. Lagmannsretten poengterer imidlertid at spørsmålet om gjenforeningsmålsetting likevel ikke ville hatt særlig vekt ved fastsettelse av samvær. Dette ut fra at for de tilfeller hensynet til barnet klart tilsier et begrenset samvær med foreldrene, så kan man ikke se bort fra dette ut fra en overordnet og generell målsetting om gjenforening. Lagmannsretten viser til at samværsvurderinger er nyansert og sammensatt, og vurderer

momenter som foreldrenes situasjon på domstidspunktet, hvordan gjennomføring av samvær har forløpt, barnets helse og utvikling, med fokus på barnets sårbarhet, fosterhjemmets situasjon, og ikke minst barnets mening. Lagmannsretten konkluderer med at det foreligger sterke og spesielle grunner at samværet må begrenses sterkt, med særlig fokus på å beskytte barnet og dets utvikling. Lagmannsretten vurderer også bortfall av samvær, men vektlegger at hensynet til å bevare familieband og barnets egne klare uttalelser, tilsier at det fastsettes samvær.

Det generelle inntrykket etter å ha lest et utvalg av nyere lagmannsrettsdommer fra 2022 og 2023, i tillegg til de nevnte avgjørelsene ovenfor, er at avgjørelsene er grundige og godt begrunnet.<sup>85</sup> De ulike hensyn som reiser seg i saken blir løftet frem, godt beskrevet, balansert og vektet. Barnets mening blir trukket frem, og får innvirkning på samværsfastsettelse, selv om barnet ikke alltid får fullt ut gjennomslag for de tilfeller at innvilgelse av samværsønsker etter rettens syn vil påføre barnet en urimelig belastning<sup>86</sup>. I LB-2023-58496 vektet dårlig kvalitet på samvær og i så måte barnas negative opplevelser av samvær.

Både Høyesterett og lagmannsretten vektlegger også nokså konsekvent det faktum at samværet fastsettes ut fra det som er ansett å være barnets beste på domstidspunktet, men at det ved positive endringer ikke er til hinder for at barneverntjenesten kan øke samværet. Det fastsatte samværet gir en minimumsrettighet for barn og foreldre. Jevnt over benytter retten seg av adgangen til å beslutte adgang til tilsyn under samvær, og barneverntjenestens oppfølgings- og veiledningsansvar ovenfor både foreldre og fosterforeldre blir ofte trukket frem som et viktig moment for å få til gode samvær.

---

<sup>85</sup> LH-2023-24566, LH-2022-157524, LB-2023-58496

<sup>86</sup> LG-2023-34347

## 5. Oppsummering og konklusjon

Utgangspunktet for utforming av problemstillingen var et jeg satt med et inntrykk av at nyere EMD og Høyesterettspraksis syntes å gå i retning av at det skulle legges mer vekt på barnets og foreldrenes rett til familieliv, det biologiske prinsipp og gjenforeningsmål når samvær skulle fastsettes enn det som har vært tilfelle tidligere. Nyere rettspraksis legger til grunn at ivaretagelse av disse rettighetene som et utgangspunkt må anses å sammenfalle med hensynet til barnets beste, og jeg undret meg derfor på om andre hensyn og interesser i mindre grad ble trukket inn og vektlagt. Den valgte problemstillingen ble derfor formulert slik;

*Har nyere rettsutvikling i EMD og Høyesterett satt hensynet til barnets beste under press når samvær skal fastsettes, og i så fall, hvilke konsekvenser har det fått?*

Som fastslått så kan barnets beste være så mangt og vil derfor varierer ut fra type avgjørelse og fra sak til sak. For mange barn vil det beste for dem sammenfalle med retten til respekt for sitt familieliv, herunder å fortrinnsvis få vokse opp sammen med sin biologiske familie. I de tilfeller barnet ikke kan bo sammen med sine foreldre vil det også være til det beste at det jobbes aktivt for å gjenforene barn og biologiske foreldre så raskt som mulig, og i perioden frem til det kan realiseres, ha utstrakt kontakt med dem. Mens så åpner både EMD og Høyesterett for at det slett ikke er tilfelle i alle saker, og da må det finnes unntak fra dette utgangspunktet.

Gjennomgang av norsk rettspraksis etter EMD avgjørelser i 2018-2020 og de tre Høyesterettsavgjørelsene i 2020, sammenholdt med endring av barnevernloven, viser at det har skjedd en viss endring i både lovverk og praksis, men ikke slik at hensynet til barnets beste kan sies å ha fått mindre vekt. Det faktum at det stilles krav til individuelle og konkrete vurderinger og oppdaterte beslutningsgrunnlag, må sies å være en styrking av hensynet til barnets beste. Det sikrer at retten ikke legger seg på standardiserte beslutningsnormer hvor nettopp individuelle vurderinger av hva som vil være dette konkrete barnets beste ikke får nødvendig vekt. Rettens synes å legge stor vekt på å få frem alle hensyn og interesser som gjør seg gjeldende i hver enkelt sak, og samtidig på en slik måte at sakene differensieres i

forhold til hvilke hovedhensyn som gjør seg gjeldende, og hvilke hensyn som eventuelt står i motstrid med hverandre.

Det er likevel grunn til å reflektere over hvor fri disse individuelle og konkrete barnets beste-vurderingene egentlig er, all den tid det tas utgangspunkt i at retten til respekt for familieliv, gjenforening og jevnlig samvær sammenfaller med hva som er barnets beste. Det blir lett slik at retten da må begrunne unntak fra disse utgangspunktene, i stedet for at man tok utgangspunkt i en fri barnets beste-vurdering uten forutgående presumsjoner om hva som er det beste for barnet.

Ut fra den rettspraksis jeg har gjennomgått må det likevel kunne konkluderes med at retten i stor grad evner å behandle spørsmålet om samvær med vekt på hensynet til barnets beste, herunder at retten er veldig bevisst på at barnet ikke under noen omstendigheter skal utsettes for en urimelig belastning. Sammenhengen mellom samvær og gjenforeningsmål påpekes, men behandles relativt uavhengig av hverandre. Der hvor hensynet til barnets beste tilsier det, foretas det begrensninger i samvær selv om gjenforeningsmålet ikke er forlatt. Det er mitt klare inntrykk at retten setter hensynet til barnet i forsetet.

I den grad nyere rettsutvikling skal kritiseres, så handler det om at retten i for liten grad gjør tilsvarende individuelle og konkrete vurderinger i forhold til spørsmålet om gjenforeningsmålet bør opprettholdes eller forlates. Stort sett så konkluderes det med at gjenforeningsmålet består, men at det ligger noe frem i tid. Det blir i for liten grad problematisert rundt den usikkerheten dette skaper hos barna, og dermed hvilke konsekvenser det har for barnets opplevelse av stabilitet, kontinuitet og trygghet.

I saker hvor barnet har vært mange år i fosterhjemmet, og spørsmål om gjenforening er avvist av nemnda eller retten en rekke ganger, så burde man kanskje i større grad vurdere å forlate gjenforeningsmålet begrunnet i barnets tilknytning til mennesker og miljø, og påfølgende risiko for at barnet får alvorlige problemer som følge av en tilbakeføring til biologiske foreldre. I noen saker, som til eksempel HR-2022-2292-A, er det ganske åpenbart at gjenforening er høyst usannsynlig, og da burde det vært kommunisert tydeligere. I for stor grad avvises spørsmål om tilbakeføring med begrunnelse at det ikke er overveiende sannsynlig at foreldre på avgjørelsestidspunktet fortsatt har en omsorgsevne som er forenelig med forsvarlig omsorg, men samtidig lukkes ikke døren for at det kan skje endringer i

fremtiden. Hvor lenge er det til barnets beste å vente på at foreldre skal bli i stand til å gi forsvarlig omsorg? Selv om man på et tidspunkt lukker døren for gjenforening, av hensyn til barnets beste og respekt for den tilknytning og stabilitet barnet har fått i sitt nye omsorgsmiljø, trenger det ikke være ensbetydende med at man ikke har tro på at foreldrene vil være i stand til å endre seg.

Så langt som jeg kan se ut fra foreliggende datagrunnlag så er det ikke særskilt grunn til bekymring i forhold til hvilken vekt hensynet til barnets beste tillegges når samvær skal fastsettes. Til tross for økt fokus på retten til respekt for familieliv og gjenforeningsmål så kan jeg ikke se at dette går på bekostning av hensynet til barnets beste. Nyere rettspraksis tilsier at hensynet til barnets beste har fortsatt forkjørsrett når det kommer til samværsutmåling.



# Referanseliste

## Litteratur:

Alvik, Ingunn F. (2021). Samvær etter omsorgsovertakelse-en undersøkelse av praksis fra fylkesnemnder og lagmannsretter. *Oslo Met Skriftserie* 2021 nr. 4

Broberg Anders, Almquist Kjerstin, Tjus Tomas (2006). *Klinisk barnepsykologi. Utvikling på avveier*. Bergen; Fagbokforlaget.

Brottveit, Gudrun (2013), Barnets beste– en fortolkende tilnærming til begrepets betydning i en barnevernfaglig kontekst. *FONTENE Forskning* 1/13 s. 18-31

Bunkholdt, Vigdis (2013), Det biologiske prinsipp – På vei ut av barnevernet? *Tidsskriftet Norges Barnevern*, Vol.90, Utg.1 s. 52-62

Høstmælingen Njål, Kjørholt Elin Saga og Sandberg Kirsten (2020). *Barnekonvensjonen- barns rettigheter i Norge*. (4.utg.). Oslo; Universitetsforlaget.

Lindboe, Knut (2003), Hensynet til barnets beste i barnevernssaker, *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål* 2003 s.115-126

Melinder Annika, Koch Katrin, og Bernt Camilla (2021), Som du spør, får du svar: En gjennomgang av mandater til sakkyndige i barnevernssaker. *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål* Vol.19, Utg. 1 s. 52-76

Revheim, Cecilie (2023). *Hva med oss andre som bor her? Om fosterforeldres barn og deres erfaringer*. Oslo; Universitetsforlaget

Paulsen, Veronika og Ytreland, Kristin. (2022). Tett oppfølging for å hindre utilsiktede flyttinger i fosterhjem. *Tidsskriftet Norges Barnevern*, Vol.99, Utg.1, s. 20-36

Stang, Elisabeth Gording og Baugerud Gunn-Astrid (2018). Samvær etter omsorgsovertakelse. En barnefaglig og juridisk utredning. *OsloMet Rapport 2018* nr 10. Oslo Metropolitan University.

Stang, E.G., Baugerud, G-A., Backe-Hansen, E. og Rugkåsa, M. (2023) Samvær i praksis. En forskningsbasert undersøkelse av samværsordninger i barnevernet. *Oslo Met Skriftserie 2023* nr.1. Oslo Metropolitan University

### **Lover, forskrifter, rundskriv og retningslinjer;**

Kongeriket Norges Grunnlov 17.mai 1814  
Lov om Behandlingen af forsømte Børn 6.juni 1896 nr. 1

Lov om barn og foreldre (barnelova) 8.april 1981 nr. 7

Lov om barnevern (barnevernsloven-bvl) 18.juni 2021 nr. 97

Lov om barneverntjenester (barnevernloven) 17.juli 1992 nr. 100 (opphevet ved lov 18.juni 2021 nr. 97)

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

Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven-mrl) 21.mai 1999 nr. 30, vedlegg 1 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (Den europeiske menneskerettskonvensjonen- EMK) 4.november 1950

Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven-mrl) 21.mai 1999 nr. 30, vedlegg 7 Convention on the Rights of the Child (Barnekonvensjonen) 20.november 1989

Forskrift om barns medvirkning i barnevernet 12.oktober nr.1631

Forskrift om fosterhjem 18.desember 2003 nr. 1659

Barne- og likestillingsdepartementet (2009). Veiledende retningslinjer for sakkyndig arbeid i barnevernssaker for barneverntjenesten, fylkesnemnda og domstolen. Publikasjonskode Q-1158 B.

Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet (2010). Fosterhjemsavtalen.

(<https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/bld/barnevern/2011/fosterhjemsavtalen2011.pdf>)

UN Committee on the Rights of the Child (CRC), General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1), 29 May 2013, CRC /C/GC/14

### **Forarbeider og andre offentlige dokumenter:**

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

NOU 2012:5 Bedre beskyttelse av barns utvikling

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

NOU 2018:18 Trygge rammer for fosterhjem

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

Stortingsvedtak 637, 28.mai 2020

### **Rettspraksis**

#### **Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD)**

A.S. mot Norge [J], 2020 no. 60371/15

B mot Frankrike [J], 1992, no. 57/1990/248/319

E.M og T.A mot Norge [2021], no. 56271/17

K. og T. mot Finland [J], 2001, no. 25702/94

K.E. AND A.K. mot Norge [J] 2021, no. 57678/18

K.O. AND V.M. mot Norge [J] 2020, no. 64808/16

MARCKX mot Belgia [J], 1979, no. 6833/74

M.F. mot Norge [C] 2019, no. 5947/19

Moretti og Benedetti mot Italia [J] 2010, no. 16318/07

R.O. mot Norge [J] 2021, no.49452/18,

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

### **Høyesterett**

HR-2012-2309-A

HR-2014-2288-A

HR-2015-206-A

HR-2015-2524-P

HR-2016-1111-A

HR-2017-2015-A

HR-2020-661-S

HR-2020-662-S

HR-2020-663-S

HR-2020-984-U

HR-2020-1788-A

HR-2021-474-A

HR-2021-475-A

HR-2021-476-A

HR-2021-1437-A

HR-2022-729-A

HR-2022-2292-A

Rt. 1991-557

### **Underrettsavgjørelser**

LB-2023-58496

LE-2022-90961

LG-2022-115078

LG-2023-34347

LH-2022-157524

LH-2023-24566

LH-2023-51136

### **Fylkesnemndsvedtak**

FNV-2018-177-BUS



