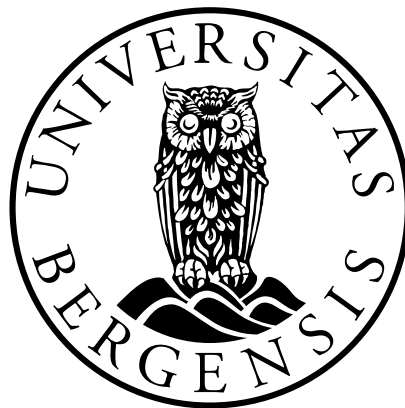


# En analyse av samværsretten etter barnevernloven § 4-19

*Med særlig henblikk på nyere rettspraksis fra  
Høyesterett og Den europeiske  
menneskerettighetsdomstolen*

Kandidatnummer: 129

Antall ord: 14 988



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

08.06.2020

# Innholdsfortegnelse

<b>1: INNLEDNING .....</b>	<b>3</b>
<b>1.1: TEMA .....</b>	<b>3</b>
<b>1.2: PROBLEMSTILLINGER.....</b>	<b>4</b>
<b>1.3: PRESISERINGER OG AVGRENSNINGER.....</b>	<b>5</b>
<b>1.4: METODEBRUK.....</b>	<b>6</b>
<b>1.5: SENTRALE PRINSIPPER OG VURDERINGSTEMAER.....</b>	<b>6</b>
<i>1.5.1: Legalitetsprinsippet, nødvendighetskravet og det mildeste inngreps prinsipp .....</i>	<i>7</i>
<i>1.5.2: Det biologiske prinsipp .....</i>	<i>8</i>
<i>1.5.3: Hensynet til barnets beste.....</i>	<i>9</i>
<b>2: VIDERE FREMSTILLING .....</b>	<b>11</b>
<b>3: SAMVÆR ETTER BARNEVERNLOVEN.....</b>	<b>12</b>
<b>3.1: HOVEDREGEL OG UTGANGSPUNKTER.....</b>	<b>12</b>
<b>3.2: FORMÅLET MED SAMVÆRSRETEN .....</b>	<b>16</b>
<b>3.3: SENTRALE MOMENTER I SAMVÆRSVURDERINGEN .....</b>	<b>16</b>
<i>3.3.1: Innledning.....</i>	<i>16</i>
<i>3.3.2: Samværets formål og varighet.....</i>	<i>17</i>
<i>3.3.3: Barnets personlige egenskaper og særlige behov .....</i>	<i>19</i>
<i>3.3.4: Reaksjon på samvær.....</i>	<i>21</i>
<i>3.3.5: Barnets mening.....</i>	<i>22</i>
<i>3.3.6: Foreldrenes omsorgsevne og livssituasjon.....</i>	<i>25</i>
<i>3.3.7: Oppsummering.....</i>	<i>27</i>
<b>4: SAMVÆR ETTER EMK.....</b>	<b>29</b>
<b>4.1: INNLEDNING .....</b>	<b>29</b>
<b>4.2: GRUNNLEGGENDE VURDERINGSNORMER VED SAMVÆRSFASTSETTELSEN.....</b>	<b>30</b>
<b>4.3: GRUNNPRINSIPPENE ANVENDT I PRAKSIS .....</b>	<b>32</b>
<b>5: SVÆRT BEGRENSET SAMVÆR OG SAMVÆRSNEKTELSE .....</b>	<b>36</b>
<b>5.1: INNLEDNING .....</b>	<b>36</b>
<b>5.2: GRUNNPRINSIPPER OG SENTRALE MOMENTER.....</b>	<b>36</b>
<b>5.3: OM «SPEIELLE OG STERKE GRUNNER» VED LITEN TILKNYTNING.....</b>	<b>40</b>
<b>6: ENDRINGER OG PRESISERINGER I NORSK RETTSPRAKSIS .....</b>	<b>42</b>
<b>6.1: INNLEDNING .....</b>	<b>42</b>
<b>6.2: GJENFORENING SOM OVERORDNET FORMÅL .....</b>	<b>42</b>
<b>6.3: STANDARDNORMERING, MINSTENIVÅ OG TÅLEGRENSE.....</b>	<b>45</b>
<b>6.4: KRAV TIL FORSVARLIG SAKSBEHANDLING .....</b>	<b>47</b>
<b>7: OPPSUMMERING OG AVSLUTTENDE KOMMENTARER.....</b>	<b>48</b>
<b>KILDELISTE.....</b>	<b>51</b>

# 1: Innledning

## 1.1: Tema

Temaet for masteroppgaven handler om innholdet i, samt fastsettelse av samværsrett som ledd i ulike former for barneverntiltak, først og fremst ved omsorgsovertakelse etter barnevernloven<sup>1</sup>.

Omsorgsovertakelse og den tilhørende samværsvurderingen vekker enorme følelser og engasjement hos de involverte parter og samfunnet generelt. Bare i 2018 alene ble det truffet vedtak om 860 omsorgsovertakelser i Norge, og hele 10 086 barn og unge var under barnevernets omsorg i 2018. Disse tallene har jevnt over vært stigende de siste 15 årene.<sup>2</sup>

Dette er dypt inngripende vedtak som medfører alvorlige konsekvenser for familierelasjonene. Således er det av vesentlig betydning at man er klar over gjeldende rett og den utviklingen som finner sted på rettsområdet, slik at de grunnleggende hensyn som ligger bak lovgivningen, samt de involverte parters rettigheter, blir ivare tatt på best mulig måte.

Generelt bygger barneretten på grunnleggende menneskerettigheter og verdisyn, og disse er under stadig utvikling. De endrer sitt innhold og karakter over tid i takt med økt kunnskap, forskning og rådende samfunnsoppfatninger. På bakgrunn av barnetterens dynamiske karakter<sup>3</sup> vil tidligere etablert rettsoppfatning endres, og det er derfor stadig behov for en ny gjennomgang av hva som skal anses som den rådende rettstilstand. Gjennomgangens viktighet gjenspeiles av mangfoldet av klagesaker mot norsk barnevern som er kommunisert for Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) de siste årene. Bare i 2019 ble det kommunisert 25 klagesaker som omhandlet norsk barnevern.<sup>4</sup> Flere av disse gjelder praksisen som Norge har lagt til grunn som gjeldende rett ved beslutning om samværsfastsettelse etter vedtak om omsorgsovertakelse. I tillegg har Norge nylig blitt domfelt i flere samværs saker.

---

<sup>1</sup> Lov 17.juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester (barnevernloven – bvl.)

<sup>2</sup> Bufdir, «Barn og unge som barnevernet har overtatt omsorgen for», [https://bufdir.no/Statistikk\\_og\\_analyse/Barnevern/Barn\\_og\\_unge\\_med\\_tiltak\\_fra\\_barnevernet/Barn\\_og\\_unge\\_pl\\_assert\\_utenfor\\_hjemmet/Omsorgsovertakelser/](https://bufdir.no/Statistikk_og_analyse/Barnevern/Barn_og_unge_med_tiltak_fra_barnevernet/Barn_og_unge_pl_assert_utenfor_hjemmet/Omsorgsovertakelser/)

<sup>3</sup> Kvalø og Köhler-Olsen (2016) s. 32-33

<sup>4</sup> Norges institusjon for menneskerettigheter, «EMD og Norge – en historisk oversikt», <https://www.nhri.no/arsmelding/arsmelding2019/emd-og-norge-en-historisk-oversikt/>

Samværsvurderingen fordrer en kompleks og nyansert vurdering av ulike hensyn og verdier. Å avgjøre om samvær skal gis, og eventuelt *omfang* av samværet, er følgelig blant de vanskeligste avgjørelsene i barnevernsretten. Som regel er det ikke snakk om enten å avgjøre problemstillingen på den ene eller den andre måten. Isteden er det mange ulike løsninger som kan gjøre seg gjeldende. I tillegg vil de hensyn som gjør seg gjeldende på et tidspunkt, ikke nødvendigvis gjøre seg gjeldende på et annet tidspunkt: Barnet utvikler seg, og det samme gjelder for hvem som er de involverte parter i saken, relasjoner mellom de ulike partene og andre faktiske omstendigheter.<sup>5</sup>

Bvl. § 4-19 er taus hva angår spørsmålet om barn og foreldre har rett på et bestemt samværsomfang. Tilsvarende sier bestemmelsen intet om hvilke vurderingskriterier som skal legges til grunn ved samværsvurderingen. Svarene på disse spørsmålene finnes særlig i rettspraksis. På bakgrunn av verserende saker og saker som allerede er avgjort, står norsk barnevern nå på mange måter ved et veiskille. Sentralt i analysen vil være om utfallet av disse sakene har fått og/eller vil få betydning for hvilken kurs Norge må ta vedrørende samværspraksisen. Det er denne analysen hoveddelen av masteroppgaven vil bestå i, hvor jeg skal finne og avklare rettsstilstanden ved å sammenholde eldre rettspraksis med nyere rettspraksis.

## **1.2: Problemstillinger**

Hvilke vurderingsmomenter spiller inn ved samværsfastsettelsen? Hvilken tyngde skal de ha? Hvordan skal spenningsforholdet mellom særlig hensynet til barnets beste og det biologiske prinsipp balanseres? Skal hensynet til barnets beste trumfe retten til familieliv, eller bør familielivet og foreldrenes interesser få større vekt ved avgjørelsen? Dette er problemstillinger analysen søker å klarlegge.

---

<sup>5</sup> Bendiksen og Haugli (2018) s. 235

### 1.3: Presiseringer og avgrensninger

Innledningsvis finner jeg det naturlig å foreta en presentasjon av de grunnleggende prinsippene og hensynene som gjennomsyrrer barneretten. Særlig hensynet til barnets beste og det biologiske prinsipp er momenter som har stor tyngde i samværsvurderingen. Som vi skal se har imidlertid EMDs fokus på at vedtak skal være så lite inngripende som mulig satt sine spor også i norsk praksis. Prinsippene bør derfor presenteres slik at leseren skal få en helhetlig forståelse av kompleksiteten rundt samværsspørsmålene. Prinsippene vil bli drøftet mer utførlig senere, i tilknytning til den mer inngående analysen av rettspraksis.

Det er innholdet i bvl. § 4-19 første og annet ledd og Den europeiske menneskerettighetskonvensjon<sup>6</sup> artikkel 8 som skal presenteres og analyseres, sett i lys av analysens tema og problemstillinger. Av plasshensyn innebærer dette at jeg vil avgrense mot § 4-19 tredje og fjerde ledd, som regulerer samværsretten mellom barn og tredjepersoner. Videre innebærer dette at jeg ikke vil gå inn på spørsmål om samværsrett etter barneloven<sup>7</sup> §§ 42 og 43. Barnelovens regler om samvær bygger i all hovedsak på avtalefrihet mellom barnets foreldre.<sup>8</sup> De fleste foreldre klarer som regel å bli enige seg imellom. Etter barneloven skal samværsomfanget med barnet fastsettes individuelt, likevel slik at samværet alltid må være til barnets beste, jf. bl. § 43 annet ledd. Bare der hvor foreldrenes uenigheter blir uløselige og dette medfører alvorlige konsekvenser for deres generelle omsorgsevne, blir barnevernet koblet inn. Bakgrunnen for avgrensningen er således fordi det som regel gjør seg gjeldende andre hensyn ved fastleggelse av samvær i barnefordelingsaker enn i barnevernssaker.

Bvl. § 4-20a regulerer besøkskontakt mellom barnet og biologiske foreldre etter vedtak om tvangsadopsjon. Tvangsadopsjon representerer et endelig inngrep i rettssfæren mellom biologiske foreldre og barnet, mens et vedtak om omsorgsovertakelse i utgangspunktet skal være midlertidig. Av disse grunner vil samværsvurderingen ta ulike utgangspunkter. Derfor er det naturlig å avgrense mot § 4-20a. Imidlertid vil noen kjernemomenter som gjør seg gjeldende etter § 4-20a ha en overføringsverdi ved vurderingen etter § bvl. § 4-19. Strand Lobben-saken<sup>9</sup>, som omhandlet tvangsadopsjon, ble behandlet av EMDs storkammer høsten 2019 og inneholder sentrale og grunnleggende betraktninger for den norm som fremgår av

---

<sup>6</sup> Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4. November 1950 (EMK)

<sup>7</sup> Lov 8.april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barneloven – bl.)

<sup>8</sup> Bendiksen og Haugli (2018) s. 143

<sup>9</sup> *Case of Strand Lobben and others v. Norway* [GC], ECHR:2019:0910JUD003728313

EMK artikkel 8 nr. 2. Denne normen har samme innhold uavhengig av om saken er knyttet til samvær ved omsorgsovertakelser eller fratakelse av foreldreansvar og tvangsadopsjon.<sup>10</sup> Av disse grunner vil praksis knyttet til § 4-20a få plass i analysen der det er relevant for samværsvurderingen etter § 4-19.

## **1.4: Metodebruk**

Analysen vil basere seg på alminnelig juridisk metode. Gjennom bruk av lovtekst, forarbeider, rettspraksis, internasjonale konvensjoner og juridisk teori, søker analysen å klarlegge innholdet i samværsretten ved omsorgsovertakelse.

Både FNs barnekonvensjon<sup>11</sup> og EMK er inkorporert som en del av norsk rett og går foran intern norsk lov ved motstrid, jf. menneskerettsloven<sup>12</sup> §§ 2 og 3. I samværsaker har Høyesterett ofte anvendt barnekonvensjonen og lagt «stor vekt» på konvensjonens forståelse av barnets beste.<sup>13</sup> Av plasshensyn og ikke minst spenningsforholdet mellom EMK og norsk barnevernlovgivning er det innholdet i EMK og tilhørende rettspraksis fra EMD som får en sentral plass i analysen.

## **1.5: Sentrale prinsipper og vurderingstemaer**

Barneretten består av enkelte svært sentrale prinsipper. Disse fungerer som en grunnmur og en rettesnor for ethvert vedtak og enhver beslutning som fattes. Prinsippene kan forstås slik at de setter skranker for hva offentlige myndigheter innholdsmessig kan avgjøre. I det følgende vil jeg relativt kort gjennomgå de mest sentrale prinsippene en beslutningstaker må ta i betraktning ved samværsvurderingen etter bvl. § 4-19. Prinsippenes rolle i tilknytning til den konkrete vurderingen, herunder hvilken tyngde de skal ha ved samværsfastsettelsen, vil bli behandlet mer inngående senere i analysen.

---

<sup>10</sup> Merete Havre, Norsk Lovkommentar: Barnevernloven, note 248, Rettsdata.no

<sup>11</sup> FNs konvensjon om barnets rettigheter, 20. november 1989

<sup>12</sup> Lov 21.mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett

<sup>13</sup> HR-2020-661-S avsnitt 80

### **1.5.1: Legalitetsprinsippet, nødvendighetskravet og det mildeste inngreps prinsipp**

Legalitetsprinsippet er hjemlet i Grunnloven<sup>14</sup> § 113. Bestemmelsen fastsetter at ethvert inngrep i den enkelte borgers rettssfære krever hjemmel i lov. Dette gjelder således også for barnevernstiltak.

Når det gjelder retten til respekt for familielivet, er dette vernet av Grl. § 102 og EMK artikkel 8 nr. 1. Et barneverntiltak representerer et inngrep i retten til respekt for familielivet. Legalitetsprinsippet forutsetter at lovhjemmelen for inngrepet er tilstrekkelig klar, samt at inngrepet ivaretar beskyttelsesverdige hensyn og behov som er nevnt i EMK artikkel 8 nr. 2. Et barnevernstiltak kan være legitimt dersom formålet med tiltaket er å hegne om beskyttelsesverdige interesser som barns helse, utvikling og liv.<sup>15</sup>

Videre oppstilles et nødvendighetskrav. Nødvendighetskravet har nær sammenheng med det mildeste inngreps prinsipp. Essensen her er at inngrepet må være proporsjonalt med tanke på hva man ønsker å oppnå. Dette er kommet til uttrykk i bvl. § 4-12 annet ledd om omsorgsovertakelse. Kan man benytte frivillige hjelpetiltak etter bvl. 4-4 eller tiltak som nevnt i bvl. §§ 4-10 og 4-11, skal omsorgen for barnet ikke overtas etter § 4-12. Prinsippet gjelder også for samværsfastsettelsen etter § 4-19: Det er viktig å skille mellom omsorgs- og samværsevne. Siden hovedregelen er at foreldre og barn har krav på samvær, må det kunne forutsettes at de i utgangspunktet har samværsevne. Begrensninger i samværsretten, herunder et nullsamvær krever at ingen lempeligere alternativer er aktuelle. Som analysen vil vise har man ofte i samværsaker, og da særlig i de saker hvor samvær nektes helt, foretatt en lite grundig og nyansert vurdering av alle relevante momenter og tiltak.

---

<sup>14</sup> Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grl.)

<sup>15</sup> Bendiksen og Haugli (2018) s. 177

## 1.5.2: Det biologiske prinsipp

Norsk rett bygger på at barn normalt skal vokse opp sammen med sine foreldre. Viser det seg at en normal familierelasjon mellom barn og foreldre ikke er mulig, er utgangspunktet at de skal ha kontakt med hverandre.<sup>16</sup> Tilsvarende følger av EMK artikkel 8, som bygger på en presumsjon om at samvær er bra for barn.

Sett i lys av denne analysens mål er formålsbestemmelsen i bvl. § 4-1 av interesse. Annet punktum fastsetter at ved vurderingen av hva som er barnets beste, skal det blant annet «[...] legges vekt på å gi barnet stabil og god voksenkontakt og kontinuitet i omsorgen.» Annet punktum gir følgelig uttrykk for betydningen av kontakt mellom barnet og biologiske foreldre, også i de situasjoner hvor det offentlige har overtatt omsorgen for barnet.

Et kjernesporsmål er hvilken vekt prinsippet skal ha i samværsvurderingen.

Spenningsforholdet mellom hensynet til barnets beste og foreldrenes ønske om samvær med barnet er noe Høyesterett og EMD har drøftet inngående i nyere dommer. I HR-2020-661-S avsnitt 85 foretar Høyesterett en kort «oppsummering» av hvilken tilnærming til, samt vektlegging av, prinsippet Norge tradisjonelt har hatt:

«I norske avgjørelser ligger hensynet til familiebandet en del ganger mer som en underforstått og delvis ikke uttalt forutsetning, mens hensynet til barnets beste trer tydeligst frem, selv om Høyesterett i sine avgjørelser som nevnt har understreket betydningen av de familiemessige bånd.»

Analysen vil vise at denne praksisen avviker noe fra den praksis som kan utledes av EMK artikkel 8.

---

<sup>16</sup> Bendiksen og Haugli (2018) s. 178



### 1.5.3: Hensynet til barnets beste

Beslutninger og vedtak skal være i tråd med det som er til det beste for barnet. Dette er det fremste overordnede hensynet i barneretten. At hensynet til barnets beste er den fremste rettesnor når man skal finne frem til løsninger av både faktisk og rettslig art for barnet, er kommet til uttrykk i en rekke lovbestemmelser. Bvl. § 4-1 uttrykker at «[...] det skal legges avgjørende vekt på å finne tiltak som er til det beste for barnet», jf. første punktum. Dette innebærer at alle tiltak som iverksettes med hjemmel i lovens kapittel 4, skal være tuftet på et beslutningsgrunnlag som ivaretar hensynet til barnets beste. Vedrørende samværsvurderingen kommer dette til uttrykk i forarbeidene på denne måten:

«Ved fastsettelse av samværsrettens omfang, må det i første rekke legges vekt på den verdi det kan ha for barnet at kontakten med de biologiske foreldre opprettholdes.»<sup>17</sup>

Hensynet til barnets beste kan karakteriseres som et relativt prinsipp: Ofte vil det være klart hva som er til barnets beste, og da må dette få avgjørende vekt, selv om dette vil kollidere med det biologiske prinsipp og foreldrenes interesser.<sup>18</sup> Noen ganger vil det likevel ikke være sikkert hva som er til det beste for barnet: Faktum i den konkrete saken er uklart, det foreligger faglige uenigheter mellom sakkyndige eller barnet ytrer sterkt et ønske som fagpersoner fraråder.<sup>19</sup> I disse situasjonene vil ikke prinsippet som utgår av § 4-1 ha den samme tyngden, og hensynet til eksempelvis foreldre eller andre tredjepersoner kan få større vekt enn ellers.

Hvilket konkret innhold prinsippet har, er det vanskelig å si noe helt presist om. Hensynet til barnets beste må forstås som en rettslig standard, som vil kunne endre sitt innhold i takt med samfunnsordenen, herunder kulturendringer, forståelsen av rettslige reguleringer og ny kunnskap knyttet opp mot hva som psykologisk sett er det beste for barnet. Ikke minst må det tas i betraktning at hvert barn ikke rent sjeldent er i en særegen situasjon, hvilket innebærer at hva som er til det beste for barnet i én situasjon, ikke nødvendigvis har overføringsverdi til et barn i en annen situasjon.<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 112

<sup>18</sup> Haugli (2000) s. 247

<sup>19</sup> Gording Stang og Baugerud (2018) s. 61

<sup>20</sup> Sandberg, «Barnets beste i lovgivningen» (2016) s. 10

Det er imidlertid ikke slik at prinsippet er uten innhold. Gjennom rettspraksis fra Høyesterett og EMD kan man utlede ulike normative retningslinjer som i stor grad må vektlegges ved vurderingen av samværsspørsmålene. Hvilket nærmere innhold hensynet til barnets beste har i tilknytning til samværvurderingen, vil bli belyst ved gjennomgangen av rettspraksis fra Høyesterett og EMD.

## 2: Videre fremstilling

Kapittel 3 består av en gjennomgang av hva samværsretten etter bvl. § 4-19 første og annet ledd omfatter. Sentrale temaer vil være hva som menes med begrepet «samværsrett» i en slik kontekst, hvilke rettslige utgangspunkter som gjelder for barnet og foreldrene, hvem som har kompetanse til å treffe bindende vedtak om samvær, hvilke momenter/vurderingskriterier som ligger til grunn for samværsfastsettelsen og hvilken tyngde de ulike momentene skal ha. Høyesterettspraksis knyttet opp mot § 4-19 står sentralt.

I kapittel 4 vil jeg se på tilsvarende problemstillinger fra et menneskerettslig perspektiv. EMK artikkel 8 om retten til respekt for privatliv og familieliv vil her danne utgangspunktet. Norsk Høyesterett har i en rekke dommer uttalt at den anser norsk praksis rundt samværs spørsmålene for å være i samsvar med EMDs praksis på rettsområdet.<sup>21</sup> At det foreligger forenlig praksis er Norge som nevnt forpliktet til. Imidlertid vil det, sett i lys av de siste års saker og avgjørelser fra EMD, være høyst interessant å se om dette faktisk stemmer.

I kapittel 5 vil jeg gjennomgå praksis fra Høyesterett og EMD i tilknytning til et sterkt begrenset samvær/nullsamvær.

I kapittel 6 vil jeg komme med presiseringer og utdypninger av norsk rett på bakgrunn av EMDs praksis for å klargjøre uklarheter og få med hva som er «nytt».

Sluttlig vil jeg i kapittel 7 sammenfatte mine funn og oppsummere rettstilstanden på området. I den forbindelse vil jeg foreta en de lege ferenda-drøftelse basert på det som kan utledes av praksisen på rettsområdet og om endringer bør finne sted.

---

<sup>21</sup> Rt. 2012 s. 1832 avsnitt 32 og HR-2017-2015-A avsnitt 49-50

## 3: Samvær etter barnevernloven

### 3.1: Hovedregel og utgangspunkter

Bvl. § 4-19 første ledd fastsetter at foreldre og barn har, «[...] hvis ikke annet er bestemt, rett til samvær med hverandre.»

Bestemmelsen lovfester synet som er kommet til uttrykk i forarbeidene om at hovedregelen skal være at foreldrene og barnet har rett på samvær.<sup>22</sup> Samværsretten bygger på en oppfatning om at relasjonen mellom barn og foreldre bør ivaretas uavhengig av om man bor sammen eller ikke. Av dette kan utledes at det er unntak fra samværsretten som krever begrunnelse.<sup>23</sup>

Forutsetningen i det videre er at det foreligger en omsorgsovertakelse, noe som innebærer at barnet ikke bor fysisk sammen med sine foreldre. Med andre ord foreligger ingen normal familiesituasjon med tanke på samvær. Et første spørsmål er hvem som da skal avgjøre og vurdere samværsspørsmålene mellom barnet og foreldrene. I § 4-19 annet ledd uttrykkes at beslutningskompetansen tilhører fylkesnemnda. Når nemnda har fattet vedtak, gjelder en sperrefrist på tolv måneder før nemnda på ny kan vurdere saken, jf. femte ledd.

Sperrefristen kom inn ved lovendring i 2006 fordi man ikke ønsket at foreldrene kort tid etter vedtaket skulle fremme krav om ny behandling av samværssaken uavhengig av om det forelå nye opplysninger av betydning. Dette resulterte i uro og konflikt, og virket destabiliserende og invaderende for barnet. I tillegg var det ressurskrevende for fylkesnemnda og kostbart med tanke på advokatutgifter.<sup>24</sup>

Et annet spørsmål er hva samværsretten etter barnevernloven omfatter.

Utgangspunktet er at samværsretten omfatter fysisk kontakt mellom foreldrene og barnet.

Dette fremgår implisitt av blant annet forarbeidene, som uttaler følgende:

---

<sup>22</sup> Ot.prp. nr. 44 (1991-92) s. 51

<sup>23</sup> Haugli (2000) s. 202

<sup>24</sup> Ot.prp. nr. 76 (2005-2006) s. 97-101

«Samværsrett er etter forslaget ment å omfatte at foreldrene kan besøke barnet, og at barnet kan besøke foreldrene».<sup>25</sup>

I tillegg til rent fysiske samvær mellom partene er det tillatt med brev- og telefonkontakt, samt kontakt via sosiale medier. Dette er slått fast i Rt. 2007 s. 1147 avsnitt 21, som uttrykker at det er adgang til denne type kontakt så fremt fylkesnemnda eller domstolen ikke har satt begrensninger.

At samvær mellom biologiske foreldre og barn kan være knyttet til noe mer enn ren fysisk kontakt fremgår også av NOU 2016: 16 Ny barnevernslov – Sikring av barnets rett til omsorg og beskyttelse. I punkt 13.1 foreslås det å benytte begrepet «kontakt» i stedet for «samvær» for å belyse dette aspektet av samværsregelen.

Et tredje spørsmål er om det gjelder et utgangspunkt om «vanlig» samvær etter barnevernloven. I motsetning til barneloven inneholder barnevernloven ingen legaldefinisjon av hva som menes med vanlig samværsrett. Barneloven § 43 annet ledd siste punktum fastsetter at vanlig samværsrett innebærer en «[...] rett til å være sammen med barnet ein ettermiddag i veka med overnatting, annakvar helg, til saman tre veker i sommarferien, og annankvar haust-, jule-, vinter- og påskeferie.»

I Rt. 1996 s. 1684 slo Høyesterett endelig fast at det som fremgår av legaldefinisjonen om samvær etter barneloven ikke er utgangspunktet etter barnevernloven. I saken traff fylkesnemnda vedtak om omsorgsovertakelse av tre søsken og at foreldrene skulle ha samvær minst én gang i måneden. Foreldreparet anket avgjørelsen, men tingretten opprettholdt nemndas beslutning og fastsatte samvær hver fjerde helg samt feriesamvær.

I lagmannsretten ble to av de tre barna tilbakeført til foreldrene, mens omsorgsovertakelsen ble opprettholdt for det siste barnet. Vedrørende samværet uttalte lagmannsretten at foreldrene har krav på samvær «[...] minimum hver annen helg samt feriesamvær som nevnt i barneloven § 44 fjerde ledd» (nå § 43).

Høyesterett valgte å stadfeste tingrettens dom. Høyesterett mente det var feil av lagmannsretten å fastsette samværsomfanget med en henvisning til bl. § 44 uten en nærmere begrunnelse. Angående samværsspørsmålet tok Høyesterett utgangspunkt i hovedregelen om

---

<sup>25</sup> Ot.prp. nr. 44 (1991-92), s. 51

at foreldre og barn har krav på samvær med hverandre, men presiserte følgende når det gjaldt omfanget av samværet:

«Ved fastsettelse av samværets omfang i saker om omsorgsovertakelse kan de hensyn som gjør seg gjeldende til dels være andre enn i forbindelse med separasjon og skilsmisse. Den normalordning som følger av barneloven 44 gir derfor ikke et utgangspunkt for fastsettelsen.»

Følgelig gir ikke barneloven føringer for hva som skal anses som vanlig samvær etter barnevernloven. Begrunnelsen er sammensatt. Overordnet er at ulike hensyn gjør seg gjeldende i barnefordelings- og barnevernssaker:

1. Barnefordelingssakene er i mye større grad «standardiserte» hva gjelder saksforholdet sammenlignet med omsorgsovertakelser. Av den grunn er det viktig å ha skjønsmessige bestemmelser så man kan skreddersy individuelle løsninger. Derfor er det ikke hensiktsmessig med et utgangspunkt om «vanlig samvær» slik man har i barneloven.
2. Lovene skal ivareta ulike formål. Barneloven skal i utgangspunktet sikre at barnet får jevnlig kontakt med begge sine foreldre<sup>26</sup>, og samværsinstituttet vil være et sentralt virkemiddel for å oppnå dette formålet når foreldrene ikke lenger bor sammen. I saker om omsorgsovertakelse etter barnevernloven er det allerede lagt til grunn at foreldrene ikke har kapasitet eller evne til å tilby barnet en forsvarlig omsorg. Formålet vil i en slik situasjon være å få barnet bort fra foreldrenes omsorg i en kortere eller lengre periode, og da vil omfattende samvær kunne virke forstyrrende på dette formålet.<sup>27</sup>

Isteden har det i praksis utviklet seg et utgangspunkt om fastsettelse av *minimumssamvær* jf. blant annet Rt. 1998 s. 787 og Rt. 2012 s. 1832. I førstnevnte dom fastsatte Høyesterett minimumssamvær og uttalte:

---

<sup>26</sup> Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 54

<sup>27</sup> Bendiksen og Haugli (2018) s. 235

«Dommen er ikke til hinder for at mer omfattende samvær praktiseres i forståelse med barneverntjenesten.»

Av dette kan utledes at barneverntjenesten ikke egenrådig kan beslutte at det skal være mindre samvær enn det som fremgår av fylkesnemndas vedtak eller en dom, men at den etter en konkret vurdering kan øke samværet. Dette samsvarer med Rt. 2007 s. 1147, som fastsetter at barneverntjenesten som hovedregel ikke har kompetanse til å sette begrensninger i telefonkontakt, siden dette regnes som tvangstiltak. Imidlertid er det viktig å få frem at fylkesnemnda og domstolene fastsetter det samværet den mener er det riktige på avgjørelsestidspunktet, og at barneverntjenesten slik sett ikke har et fritt skjønn til å øke dette.<sup>28</sup> En økning i samværsomfanget må som hovedregel begrunnes i helt konkrete omstendigheter, slik som at det foreligger en positiv utvikling i saken siden vedtaksbeslutningen eller domstidspunktet.

Denne praksisen er i samsvar med det som fremgår av forarbeidene, hvor det uttales at «[...] § 4-19 bare gjelder spørsmålet om rett til samvær», og at den «[...] ikke er til hinder for at barneverntjenesten praktiserer samværsretten i større omfang eller mer fleksibelt dersom dette ikke er i strid med de forutsetninger som er lagt til grunn i fylkesnemndas vedtak.»<sup>29</sup> Således kan den praktiske gjennomføringen av samværene, herunder «[...] fastlegging av tidspunktet for det enkelte samvær, hvor samværet skal finne sted, hvem som eventuelt skal hente og bringe barnet, hvem som skal eller bør være til stede under samværet osv. [...]» være noe som besluttes og gjennomføres av barneverntjenesten, jf. Rt. 1998 s. 1420.

Videre skal det samlede samværet være til barnets beste, jf. bvl. § 4-1. Det innebærer at samvær barnet har med ulike personer må ses i sammenheng. Etter omstendighetene kan en utvidet samværsrett med én av foreldrene tilsi at det bør foretas innskrenkninger i samværet med den andre. Begrunnelsen er at samvær med en rekke ulike personer kan være vanskelig å forholde seg til for barnet. Alle typer møter kan bryte opp og virke forstyrrende for barnets rutiner og hverdagslige aktiviteter.<sup>30</sup> I Rt. 2012 s. 1832 forelå det en besøksordning med barnets morfar. Barnet var sterkt knyttet til sin morfar. Av denne grunn uttaler Høyesterett i

---

<sup>28</sup> Merete Havre, Norsk Lovkommentar: Barnevernloven, note 244, Rettsdata.no

<sup>29</sup> Ot.prp.nr. 44 (1991-92) s. 52

<sup>30</sup> Gording Stang og Baugerud (2018) s. 106

avsnitt 39 at besøksordningen bør opprettholdes, og at den måtte «inngå i totalvurderingen av samværets omfang» med foreldrene.

## **3.2: Formålet med samværsretten**

I forarbeidene henviser lovgiver til nyere forskning som viser at det ofte er viktig for barn i fosterhjem å kunne opprettholde kontakt med sine biologiske foreldre. Som regel foreligger sterke følelsesmessige bånd mellom disse partene. Et samvær vil på denne måten kunne skape følelsen av kontinuitet for barnet, ved at barnet blir kjent med sitt biologiske opphav.<sup>31</sup> Dette bidrar til å etablere og bevare relasjonene med både biologiske foreldre og øvrige nære personer, herunder søsken. Et annet formål med samværet kan også være at barnet gjennom samværsordningen skal kunne forstå hvorfor vedkommende ikke kan bo hjemme med sine foreldre.<sup>32</sup>

## **3.3: Sentrale momenter i samværsvurderingen**

### **3.3.1: Innledning**

Bvl. § 4-19 annet ledd fastsetter følgende:

«Når det er fattet vedtak om omsorgsovertakelse, skal fylkesnemnda ta standpunkt til omfanget av samværsretten, men kan også bestemme at det av hensyn til barnet ikke skal være samvær. Fylkesnemnda kan også bestemme at foreldrene ikke skal ha rett til å vite hvor barnet er.»

Fylkesnemnda kan beslutte hvor mye samvær det skal være mellom de biologiske foreldrene og barnet, herunder at det ikke skal være samvær mellom partene. Samværsnektelse kalles også for «nullsamvær» og kan karakteriseres som et unntak fra hovedregelen om at foreldre og barn har rett på samvær med hverandre. Hvilke kriterier som oppstilles for å nekte samvær kommer jeg tilbake til i avsnitt 5.

---

<sup>31</sup> Ot.prp.nr. 44 (1991-92), s. 51

<sup>32</sup> Gording Stang og Baugerud (2018) s. 18



Av rettspraksis kan utledes ulike momenter som skal vektlegges i samværsvurderingen. Alle kan ikke nevnes, så fremstillingen vil i det videre bære preg av et knippe sentrale momenter.

### 3.3.2: Samværets formål og varighet

Forarbeidene fastsetter visse rammer og et utgangspunkt når samvær skal fastsettes:

«Spørsmålet om samværsrett henger sammen med spørsmål om vedtakets varighet og hva som vil være målsettingen med vedtaket. I praksis vil det være disse forholdene som bestemmer samværsrettens omfang.»<sup>33</sup>

Dette samsvarer med det som er lagt til grunn i NOU 2016: 16 punkt 13.3.1 hvor det uttales:

«Ved fastsettelsen av samværet er det hensynet til barnets beste som er det avgjørende hensynet. Sentrale momenter ved vurderingen vil være omsorgsvedtakets formål og antatte varighet, barnets behov og foreldrenes samværskompetanse».

Av dette kan blant annet utledes at varigheten og formålet med omsorgsovertakelsen skal være veiledende for samværsomfanget.

Høyesterettspraksis har tradisjonelt lagt seg på en linje hvor man skiller mellom kortvarige og langvarige omsorgsovertakelser.<sup>34</sup> En omsorgsovertakelse er kortvarig dersom den anses å være midlertidig og tilbakeføring anses aktuelt innen rimelig tid. Med «midlertidig» menes situasjoner eller hendelser som er forbigående, eksempelvis akutt sykdom, ulykker eller konflikt mellom foreldrene.<sup>35</sup> I slike situasjoner bør man tilstrebe å holde kontakten mellom foreldrene og barnet mest mulig vedlike for å bevare tilknytningen, siden det er overveiende sannsynlig at foreldrene skal være primærforsørgere når omsorgsovertakelsen opphører. Da er det naturlig at samværene er mer omfattende enn ved langvarige omsorgsovertakelser. Ved omsorgsovertakelser som er langvarige eller på ubestemt tid, skal barnet knytte seg til nye

---

<sup>33</sup> Ot.prp.nr. 44 (1991-92) s. 51

<sup>34</sup> Rt. 1998 s. 787

<sup>35</sup> Haugli (2000) s. 246

omsorgspersoner og regelmessig samvær med biologiske foreldre vil da kunne virke forstyrrende og ødeleggende på den nye relasjonsbyggingen.

Om langvarige omsorgsovertakelser uttaler Høyesterett følgende:

«Hvis tilbakeføring ikke kan påregnes eller en tilbakeføring ligger langt fram i tid, tar samvær sikte på at barnet skal få kjennskap til sitt biologiske opphav med henblikk på en eventuell senere tilknytning når barnet vokser til. Hovedmålsettingen over tid må være at også mer begrenset samvær fungerer til barnets beste ut fra barnets følelser, interesser og behov.»<sup>36</sup>

Disse uttalelsene er fulgt opp i Rt. 2006 s. 247, hvor Høyesterett i avsnitt 31 fastslår at «Omfanget av samværet beror altså i atskillig utstrekning på hvilken type plassering det gjelder. Det er derfor av stor betydning om tilbakeføringen av omsorgen til de biologiske foreldre kan ventes å finne sted innen rimelig tid.»

Og i Rt. 2012 s. 1832 avsnitt 34 uttrykker Høyesterett at for langvarige omsorgsovertakelser må samværet innrettes slik at barnet kan etablere en trygg og god relasjon til fosterforeldrene, samt at det ivaretar «hensynet til å skape og vedlikeholde barnets kjennskap til og forståelse for sitt biologiske opphav.»

Av dette kan utledes at uavhengig av om det er snakk om en kort- eller langvarig omsorgsovertakelse, så er utgangspunktet at det skal være et visst samvær mellom partene. En språklig forståelse av ordlyden i § 4-19 tilsier for så vidt det samme, siden den ikke oppstiller unntak for noen av tilfellene. Ved kortvarige omsorgsovertakelser er det som regel naturlig med et mer omfattende samvær enn ved langvarige omsorgsovertakelser. I tillegg kreves det ved langvarige omsorgsovertakelser en mer nyansert vurdering, hvor momenter ved barnet og foreldrene har betydelig vekt.

EMD har på sin side en annen tilnærming og har hatt vanskelig for å anerkjenne en samværsutmåling basert på et utgangspunkt om at omsorgsovertakelsen skal bli langvarig. Utgangspunktet hos EMD er at en omsorgsovertakelse skal være midlertidig uavhengig av om den anses som kort- eller langvarig, og at samværet må fastsettes i tråd med et mål om gjenforening. Disse forskjellene gir seg utslag i samværsvurderingen. Dette kommer jeg

---

<sup>36</sup> Rt. 1998 s. 787

tilbake til i avsnitt 4. Som vi skal se i avsnitt 6 har imidlertid Høyesterett, på bakgrunn av nyere dommer fra EMD, presisert og klargjort de norske utgangspunktene.

### **3.3.3: Barnets personlige egenskaper og særlige behov**

Samværet skal alltid utformes i tråd med det som er til barnets beste. Det fordrer en vurdering av barnets livssituasjon. Noen barn fremstår som robuste på tross av omsorgssvikt, mens andre fremstår som særlig sårbare. Disse individuelle forskjellene er noe Høyesterett vektlegger i samværsvurderingen. For mye/lite samvær vil kunne føre til negative konsekvenser for barnet, og alle fordeler og ulemper må vurderes før endelig vedtak fattes.

Rt. 1998 s. 787 omhandlet omsorgsovertakelse og samvær mellom far og sin ti år gamle sønn. Faren var i utgangspunktet arbeidsledig og det hadde vært uro og angst knyttet til de innledende samværene kort tid etter omsorgsovertakelsen. Høyesterett uttalte:

«Hensynet til stabil og god voksenkontakt for barnet og kontinuitet i omsorgen kan ved omsorgsovertakelse medføre at et mer begrenset samvær må anses for å være til beste for barnet».

Senere hadde faren fått fast arbeid, større bolig, et mer stabilt forhold til sin nye partner, og sønnen var ikke lenger like negativ til samvær med faren. Av denne grunn ville de sakkyndige utvide samværet. Imidlertid uttalte Høyesterett:

«Samværsordningen må utformes slik at Cs livssituasjon ikke påvirkes i negativ retning. Han kjenner ikke sin biologiske far, og trenger tid til å bli trygg i forhold til ham.»

Av hensyn til kontinuitet i sin omsorgssituasjon, forutsigbarhet med tanke på hvem barnet skal forholde seg til, samt trygghet og stabilitet ville altså ikke Høyesterett utvide samværet med far, men valgte isteden å begrense samværet noe sammenlignet med de sakkyndiges forslag.

Konflikter rundt barnets omsorgssituasjon er også noe som kan skape uro og redusere stabiliteten i barnets hverdag. I Rt. 2002 s. 875 uttaler Høyesterett:

«Det er særdeles viktig for barnet at det blir ro omkring omsorgsfunksjonen for henne. Utvidelse av samværsordningen har som forutsetning at mor i sitt forhold til datteren godtar at Bs primære omsorgsbasis er fosterhjemmet.»

Her var det snakk om en langvarig omsorgsovertakelse, og barnet hadde et sterkt følelsesmessig bånd til sine fosterforeldre. Det at barn må forholde seg stadig vekk til ulike omsorgspersoner er et uromoment i seg selv, og dette vil bli ytterligere forsterket dersom foreldrene skaper konflikt med fosterforeldre om omsorgssituasjonen rundt barnet.

I Rt. 2006 s. 1672 forelå en årelang konflikt mellom mor og far angående praktiseringen av samvær med felles barn etter et samlivsbrudd. Konflikten kjørte på hvor sønnen skulle bo og hvordan selve fordelingen av samværet skulle være. Sønnen hadde blitt utsatt for omfattende omsorgssvikt, understimulering og «intens og skadelig voksenkonflikt» og hadde derfor et særskilt omsorgsbehov. Den sakkyndige for Høyesterett påpekte at relasjonen mellom foreldrene og barnet var utrygg og lite velutviklet og at det forelå konflikt på flere arenaer. Av hensyn til at omsorgsovertakelsen ble ansett som langvarig og at sønnen trengte trygghet og ro for å knytte seg til sin nye fosterfamilie, konkluderte Høyesterett med at det ikke skulle gis mer samvær med sønnen enn det fylkesnemnda hadde bestemt.

Dommene viser viktigheten av at barnet får *ro* og *forutsigbarhet* rundt sin omsorgssituasjon. Dette er fulgt opp senest i HR-2020-662-S avsnitt 129. At hensynet til ro/stabilitet er viktige momenter, gjenspeiles også i Barne- og familiedepartementets forslag om å utvide sperrefristen i § 4-19 femte ledd fra ett til to år.<sup>37</sup>

Avgjørelsene viser også at *kontinuitet* er noe som kan tale både for og imot et utvidet samvær med biologiske foreldre, avhengig av relasjonstilknytningen og hvor lang omsorgsovertakelsen anses å bli.

I en rekke dommer er barnets *sårbarhet* fremhevet som et konkret moment i vurderingen. I HR-2017-2015-A uttaler Høyesterett i avsnitt 40 at barnets sårbarhet er «et særlig forhold som det må tas hensyn til når et eventuelt samvær med foreldrene skal vurderes.»

---

<sup>37</sup> Høringsnotat – Forslag til ny barnevernlov (2019) pkt. 11.4.6.

Rt. 1996 s. 1684 er nevnt i avsnitt 3.1. Saken gjaldt omsorgsovertakelse av tre jenter i alderen 15, 13 og 11 år. En vesentlig del av begrunnelsen for at Høyesterett valgte å opprettholde tingrettens beslutning, var at særlig to av barna hadde et «særlig omsorgsbehov». Den sakkyndige for Høyesterett konkluderte med at barna hadde en «alvorlig psykologisk og sosial skjevutvikling», de var «passive og tillukkede» og hadde særskilte læringsvansker. I Rt. 2003 s. 425 ble mor fratatt omsorgen for sin fem år gamle datter på grunn av blant annet amfetaminbruk og alkoholproblemer. Hennes samboer slet også med rusmisbruk, noe som manifesterte seg i vold mens barn var til stede. For Høyesterett uttalte den sakkyndige i saken at barnet er mer enn vanlig avhengig av stabilitet og oversiktighet i hverdagen for å fungere godt og at hun har en forhøyet sårbarhet for utviklingsforstyrrelser. Høyesterett sluttet seg til dette og i avsnitt 46 påpekes at samværet må fastsettes med dette som et utgangspunkt.

At barns sårbarhet og særskilte omsorgsbehov skal tillegges betydelig vekt er fulgt opp senest i HR-2020-662-S avsnitt 141. Barnet i saken hadde lav stresstoleranse og reguleringsvansker, herunder at barnet i perioder fremstod utrøstelig med langvarig gråting, samt utfordringer i forhold til spising og brekninger. Selv om man ikke kunne konstatere en eksakt årsakssammenheng mellom disse forholdene og foreldrenes manglende omsorg, påpekte Høyesterett at dette er momenter som skal tas i betraktning ved samværsfastsettelsen. Slike momenter stiller strenge krav til foreldrenes omsorgs- og samværesevne.

### **3.3.4: Reaksjon på samvær**

Hvilke reaksjoner samværene med biologiske foreldre skaper, både før, under og i etterkant av en samværsituasjon, er noe Høyesterett vektlegger ved samværsutmålingen.

I Rt. 2001 s. 14 var samværet mellom mor og sine to sønner vanskelige i starten. Etter hvert ble møtene hyggelige og bydde ikke på nevneverdige problemer. Dette var momenter som Høyesterett la vekt på da mor fikk utvidet sin samværsrett.

I Rt. 2002 s. 908 ble samværene mellom mor og datter beskrevet som å ha fungert dårlig. Fosterfamilien måtte bruke mye tid etter samværene på å trygge barnet, og samværene resulterte i reaksjoner som diaré i over en uke og påfølgende ildrødt utslett. Dette var naturlig nok momenter som bidro til at mor ble nektet samvær.

I Rt. 2003 s. 425 ble samvær betydelig utvidet på grunn av en svært positiv utvikling hos både foreldrene og barnet. Barnet gav blant annet uttrykk for at det gledet seg til samværene med sine biologiske foreldre. Det forelå heller ikke negative reaksjoner i etterkant av samværene.

I Rt. 2006 s. 247 hadde samværsordningen mellom mor og hennes 13 år gamle sønn fungert godt. Sønnen var velfungerende og han ønsket et omfattende samvær med mor. Til tross for dette utvidet ikke Høyesterett samværsomfanget. Det ble lagt avgjørende vekt på mors kriminelle fortid, psykiske problemer, usikkerhet knyttet til rehabilitering og at omsorgsovertakelsen kom til å bli langvarig.

Dommene viser at få negative reaksjoner på omsorgssvikt kan resultere i et mer omfattende samvær, og motsatt vil negative reaksjoner som regel resultere i et mindre omfattende samvær. Imidlertid viser dommene at barnets reaksjoner ikke er et selvstendig moment som alene har avgjørende vekt. Momentet inngår i en helhetsvurdering.

### **3.3.5: Barnets mening**

Bvl. § 6-3 fastsetter at et barn som har fylt 7 år, samt yngre barn som kan danne sine egne synspunkter, skal gis informasjon og få muligheten til å ytre sin egen mening før det treffes en avgjørelse som omfatter vedkommende, jf. første punktum. I annet punktum fastslås at «Barnets mening skal tillegges vekt i samsvar med barnets alder og modenhet».

Formålet med bestemmelsen er at en mulighet til å ytre seg vil ivareta barnets integritet og verdighet. I tillegg skal det bidra til sakens opplysning.<sup>38</sup>

Barnets mening skal altså tillegges vekt ut fra dets alder og modenhet. Av forarbeidene fremgår at det må en konkret vurdering til for å avgjøre om barnet er i stand til å danne egne synspunkter.<sup>39</sup>

---

<sup>38</sup> Ot.prp. nr.45 (2002-2003) s. 63

<sup>39</sup> Ot.prp. nr. 45 (2002-2003) s. 63

I Rt. 1996 s. 1684 hadde de tre jentene sprikende uttalelser vedrørende samvær med sine foreldre. Den ene jenta ville være i fosterhjemmet, mens den andre vinglet veldig. I det ene øyeblikket ønsket hun samvær, mens i det andre øyeblikket vegret hun seg. Høyesterett uttalte at siden barna hadde så skiftende syn på samvær, så fantes det liten veiledning i deres meninger.

Rt. 1998 s. 1702 gjaldt omsorgsovertakelse av fem gutter. De to eldste gav sterkt uttrykk for at de ønsket å bli værende hos sine foreldre. Her påpeker Høyesterett at selv om man skal legge vekt på hva barnet mener, så er ikke dette ensbetydende med at denne meningen uten videre skal følges. Høyesterett konkluderte i denne saken med at guttenes meninger ikke kunne få avgjørende vekt. Dette ble begrunnet med vitneutsagn som beskrev motstridende følelser hos guttene. Videre forelå det indisier som beskrev en lojalitetskonflikt mellom mor og fosterforeldre. Denne hadde sitt utspring ved at moren stadig vekk trakk guttene inn i sin konflikt med barnevernet.

Rt. 2004 s. 1046 omhandlet samværsnektelse. Her hadde datteren illustrert at hun ønsket å slippe samvær ved å klype seg i ansiktet for å vise hva moren pleide å gjøre med henne. Datteren var noe sen i utviklingen, men Høyesterett la til grunn at hun forstod hva samværene konkret innebar. Men perspektivet om at en opprettholdelse av kontakt med biologiske foreldre på sikt kunne være gunstig for henne hadde hun selvsagt ikke.

Hvilken vekt motviljen til å se foreldrene skulle ha, måtte etter Høyesterett sitt syn avhenge av «hvor grunnfestet motviljen er og hva som reelt sett er årsaken til den.»<sup>40</sup> De sakkyndige uttalte at det er svært vanlig at barn i fosterhjem har reaksjoner i forbindelse med samvær, selv i de situasjoner hvor omsorgsovertakelsen skyldes andre ting enn mishandling. Av den grunn behøver ikke reaksjoner gi grunnlag for opphør av samvær, siden det på sikt likevel kan være gunstig for barnet å ha kontakt med sine biologiske foreldre.

Imidlertid uttaler Høyesterett i avsnitt 73 at reaksjonene fra datteren var så «bastant» og at ubehaget ved samværet viste seg på en særlig «sterk og utvetydig måte» at dette med største sannsynlighet skyldtes reaktivering av traume i forbindelse med de skadene hun var påført. Det fantes ingen holdepunkter for at reaksjonene skyldtes lojalitetskonflikt i forhold til fosterforeldrene. Av denne grunn var barnets egen mening et sentralt moment da Høyesterett konkluderte med samværsnektelse.

---

<sup>40</sup> Rt. 2004 s. 1046 Avsnitt 60

Dommene viser at barns mening vektlegges uavhengig av om de uttrykker seg verbalt eller ikke-verbalt. Forutsetningen er imidlertid at meningen fremstår som klar, utvetydig, upåvirket av lojalitetskonflikter og at barnet forstår hva saken dreier seg om. Videre vil enkelte negative reaksjoner hos barnet kunne aksepteres, fordi samvær på sikt vil være fordelaktig.

Et særskilt spørsmål som har vært stilt i nyere tid, er om det finnes unntak fra bvl. § 6-3, slik at det er anledning til å la være å informere barnet og nekte barnet å uttale seg.

Av forarbeidene fremgår at den retten barnet har etter § 6-3 er ubetinget.<sup>41</sup> Avgjørelsen i HR-2016-2314-U støtter opp under dette synspunktet, hvor det i avsnittet 15 påpekes at slik bestemmelsen er formulert åpnes det ikke for unntak. Og i avsnitt 17 sies at spørsmålet om det finnes unntak ikke er avgjort av Høyesterett tidligere.

Dette ble for første gang behandlet av Høyesterett i HR-2019-02301-A. Spørsmålet var om det gjaldt en ubetinget rett for en syvåring til å bli informert og få uttale seg i samvæerspørsmålet.

I avsnitt 70 uttales at «i helt spesielle situasjoner må kunne gjøres unntak fra eller tilpasninger i plikten etter § 6-3» og at en unntaksfri plikt til å høre barnet ville rime dårlig med hensynet til barnets beste «dersom dette skulle gjelde helt uavhengig av eventuelle skadevirkninger.» For å underbygge sitt syn foretok førstvoterende først en analogisk anvendelse av Rt. 2004 s. 811, som var en sak om samværsrett etter barneloven. I denne dommen kom retten til at regelen om at barnet skal uttale seg, jf. bl. § 31 og barnekonvensjonen artikkel 12, ikke er absolutt, men må vurderes i lys av det grunnleggende prinsippet om barnets beste. I Rt. 2004 s. 811 uttales at selv om hensynet til barnets beste først og fremst tar sikte på omfanget av samværet, så må grunnprinsippet også gjelde ved saksbehandlingen i forhold til samværsretten. Deretter støttet førstvoterende i HR-2019-02301-A seg på bvl. §§ 1-1 og 1-4 som oppstiller krav til at tjenester og tiltak etter loven skal være forsvarlige, og konkluderer med at det også må gjelde unntak for når barnet kan høres.

I avsnitt 90-92 foretar Høyesterett en konkret barnets beste-drøftelse av hvorfor barnet i denne saken ikke bør få uttale seg om samvæerspørsmålet. For det første har barnet blitt diagnostisert med posttraumatisk stresslidelse og reaktiv tilpasningsforstyrrelse. For det andre har vedkommende hatt muligheten til å uttale seg på et tidligere stadium, men valgt å la være.

---

<sup>41</sup> Ot.prp. nr. 45 (2002-2003) s. 62



I etterkant reagerte barnet med angst og uro, og sakkyndig anslo det som overveiende sannsynlig at barnet igjen ville reagere med uro, økt angst og tilbakegang i fungering om han ble utsatt for spørsmål på ny. For det tredje vektla man at det forelå tidligere opplysninger i saken om hva barnet ønsket vedrørende samvær med sine foreldre.

HR-2019-02301-A viser at barns rett til å bli hørt ikke er absolutt. Avhengig av omstendighetene i saken og forhold ved barnet kan bvl. § 6-3 tolkes innskrenkende av hensyn til barnets beste.

### **3.3.6: Foreldrenes omsorgsevne og livssituasjon**

Av stor betydning for samværsfastsettelsen er i hvilken grad foreldrene på forsvarlig vis klarer å ta hånd om barnet og fremme barnets utviklingsbehov. Imidlertid er det viktig å påpeke at det er forskjell på å ikke ha omsorgsevne og det å ikke ha den «kompetanse» som trengs for å opprettholde samvær. Selv om foreldrene ikke har omsorgsevne, er det ingen automatikk i at de ikke kan ha samvær med barnet. I praksis har det tradisjonelt utskilt seg visse momenter som i større grad enn andre tilsier en begrensning i samvær.

I Rt. 1998 s. 787 mistet far omsorgen til sin sønn og ble nektet samvær av både fylkesnemnda, tingretten og lagmannsretten. I Høyesterett ble han imidlertid tilkjent begrenset samvær med barnet. Begrunnelsen var først og fremst at farens livssituasjon var endret: større bolig, fast arbeid og et mer varig og stabilt forhold til sin nye partner. Disse positive endringene, sammenholdt med at barnet ikke lenger var direkte avvisende til samvær med sin biologiske far, viste seg å være momenter av stor betydning for beslutningen om å tilkjenne samvær.

I Rt. 2001 s. 14 hadde både fylkesnemnda, tingretten og lagmannsretten besluttet omsorgsovertakelse og samtykket til tvangsadopsjon. Høyesterett kom til at mor sin positive utvikling var av avgjørende betydning for at det ikke var best for barnet med tvangsadopsjon. I stedet besluttet Høyesterett å utvide samværet. Med støtte i sakkyndiges forklaringer konkluderte retten med at mor arbeidet hardt og målbevisst for å komme ut av gamle, negative mønstre. Videre viste hun god omsorgsevne for det barnet som allerede var i hennes omsorg, og hun var mer tilgjengelig for råd og veiledning.

I Rt. 2006 s. 247 var det enighet om at mor skulle ha samvær med barnet, men mor ønsket utvidet samværsrett. Lagmannsretten utvidet samværet som ble fastsatt i tingretten, men Høyesterett sa seg ikke enig. Både før og i etterkant av vedtaket om omsorgsovertakelse i fylkesnemnda hadde mor vært innblandet i og dømt for ulike kriminelle handlinger som innbrudd og befatning med narkotika. Boforholdet med samboeren var ustabil og mor var i sitt eget hjem utsatt for vold av ulike personer. Senere fikk hun diagnosen manisk depressiv lidelse. Denne diagnosen var langvarig og mor trengte medisiner og oppfølging i minst fire-fem år. Til tross for at mor og sønn hadde et nært forhold, samværsordningen mellom dem hadde vært god og sønnen ikke trengte ekstra oppfølging, så ble samværet mellom dem ikke økt på grunn av usikkerheten knyttet til mors rehabilitering og at sønnen trengte ro, stabilitet og trygghet.

Også i Rt. 2012 s. 1832 var det tvist om samværsomfanget. Her reduserte Høyesterett samværet mellom foreldrene og sønnen. Mor slet med rus og hadde psykiske problemer. I tillegg hadde hun manglende impuls kontroll, svake sosiale ferdigheter, et uheldig nettverk og mangel på utdanning. Imidlertid hadde hun i senere tid vært inne i en god utvikling: Hun hadde brutt med sitt tidligere miljø, samværene mellom mor og barnet var positive og hun planla å ta skolegang for å komme seg ut i arbeidslivet. Dette ble likevel ikke avgjørende. Høyesterett påpekte at den positive utviklingen fortsatt var i et tidlig stadium tatt i betraktning de store problemene moren hadde slitt med. Videre var det ingen følelsesmessig sterk tilknytning mellom mor og sønnen. I tillegg skulle omsorgsovertakelsen bli langvarig og sønnen trengte ro og stabilitet for å knytte seg til sin nye fosterfamilie.

HR-2020-663-S omhandler omsorgsovertakelse av en åtte år gammel jente og fastsettelse av individuelt samvær for mor og far som ikke lenger bor sammen. Generelt manglet mor omsorgsevne. Hun fremstod uforutsigbar, inkonsekvent, manglet evne til å se barnets behov og til å ta imot veiledning. Sammenholdt med barnets «tydelige tegn på skjevutvikling», regulerings- og konsentrasjonsvansker og «store utfordringer både sosialt og emosjonelt», sluttet Høyesterett seg til tingrettens beslutning om omsorgsovertakelse og å gi mor rett til samvær med barnet seks ganger i året à to timer pr. gang.

Av ovennevnte dommer ser man at det er en rekke ulike forhold ved foreldrene som er med på å avgjøre samværsomfanget. Kriminelle handlinger, herunder rusmisbruk og vold er sentrale momenter. Det samme må gjelde seksuelle overgrep.

Psykiske lidelser, boforhold, økonomi, dårlig nettverk og sosial inkompetanse, herunder evnen til å veiledes, spiller også inn.

Sakene viser at momentene ofte er innfløkt i hverandre, og at det ikke er ett enkelt moment som er avgjørende ved samværsutmålingen. Naturlig nok vil imidlertid grovere tillitsbrudd mellom foreldrene og barnet samt alvorlige mangler ved foreldrenes personlighet og livssituasjon måtte tillegges større vekt.

Videre bør påpekes at samværene til enhver tid må foregå innenfor forsvarlige rammer. Positiv utvikling hos foreldrene spiller klart nok inn i en helhetsvurdering av om samvær skal gis/utvides, men er alene ikke et avgjørende moment. I flere av dommene viser Høyesterett til en for stor usikkerhet med tanke på forbedringspotensial og rehabilitering. Foreldrenes positive utvikling samt evne og vilje til å endre sin livssituasjon må tas i betraktning, men utfallene viser at foreldrenes iherdighet ikke kan trumfe hensynet til barnets beste.

### **3.3.7: Oppsummering**

Dommene viser godt at det legges vekt på individuelle forhold på barnets hånd, samt foreldrenes evne til å håndtere og ivareta et barn med særskilte omsorgsbehov.

Samværsvurderingen er kompleks, og hvilken vekt de ulike momentene skal ha, vil variere ut fra den konkrete situasjonen. Generelt viser imidlertid praksis at det avgjørende til enhver tid er hva som er best for barnet.

Saksforholdene viser barn som har utviklet manglende kognitive, sosiale og emosjonelle ferdigheter som følge av omsorgssvikt. Dette gjenspeiles også i statistikk som viser at barn som mottar støtte fra barnevernet sliter med manglende stressregulering, angst og depresjon, intelligens, språk, og dårlige sosiale ferdigheter i samhandling med jevnaldrende og voksne.<sup>42</sup> Disse manglene vil kunne manifestere seg i oppveksten, utdanningsløpet og voksenlivet.<sup>43</sup> Av disse grunner er det viktig at samværsvurderingen ikke bare tar utgangspunkt i barnets situasjon her og nå, men også tar i betraktning barnets fremtid: Samværsordningene må

---

<sup>42</sup> Prop. 73 L (2016-2017) s. 23

<sup>43</sup> Gording Stang og Baugerud (2018) s. 23

ivareta barnets sårbarhet, slik at man kan skape en traumebevisst omsorg som reduserer stress, skaper ro, kontinuitet, forutsigbarhet, trygghet, og fremmer en sunn utvikling av barnet.

## 4: Samvær etter EMK

### 4.1: Innledning

EMK artikkel 8 første ledd fastsetter:

«Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse».

Ordlyden garanterer følgelig at familielivet er beskyttet under artikkel 8. Dette er fulgt opp i en rekke dommer, blant annet *Strand Lobben*-saken avsnitt 202, som uttrykker følgende:

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

I beskyttelsen av familielivet inngår en rett til å få være sammen og en rett til å unngå at familiemedlemmer blir skilt fra hverandre.<sup>44</sup> Retten til samvær kan karakteriseres som et selvstendig rettsforhold<sup>45</sup> og gjelder i utgangspunktet også i de situasjoner hvor foreldre og barn blir separert gjennom en omsorgsovertakelse, jf. *W. v. The United Kingdom*<sup>46</sup> som uttrykker at «(...) the natural family relationship is not terminated by reasons the fact that the child is taken into public care».

Imidlertid bygger EMK også på en forutsetning om at retten til familieliv ikke gjelder helt ubetinget. Av ulike grunner kan det være på sin plass å gripe inn i familiesituasjon.

Hjemmelen for å gripe inn i familielivet fremgår av artikkel 8 annet ledd:

«Det skal ikke skje noe inngrep av offentlig myndighet i utøvelsen av denne rettighet unntatt når dette er i samsvar med loven og er nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet, offentlige trygghet eller landets økonomiske

---

<sup>44</sup> Haugli (2000) s. 160

<sup>45</sup> Haugli (2000) s. 160

<sup>46</sup> *W v. The United Kingdom* [P], ECHR:1987:0708JUD000974982

velferd, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter.»

Bestemmelsen oppstiller tre kumulative vilkår for en legitim inngripen i familielivet: Inngrepet krever hjemmel i lov, inngrepet må fremme et legitimt formål og det må være nødvendig i et demokratisk samfunn. Praksis fra EMD viser at tvistespoersmålet som regel knytter seg til nødvendighetskravet/kravet til proporsjonalitet.

## 4.2: Grunnleggende vurderingsnormer ved samværsfastsettelsen

I saker om omsorgsovertakelse og fastsettelse av samvær vil det som regel være et spenningsforhold mellom foreldrenes og barnets interesser. Det vanskelige i slike situasjoner er å finne de ulike hensyn og interesser som gjør seg gjeldende og få til en rimelig og rettferdig vekting av disse, slik at begge parters rettigheter kan anses ivaretatt i henhold til lov og samfunnets rettsfølelse.

EMD har med dette i bakhodet oppstilt enkelte grunnleggende utgangspunkter for den vurderingen som skal finne sted ved samværsfastsettelsen. Hvordan EMD har anvendt disse utgangspunktene i konkrete saker vil jeg gå inn på i avsnitt 4.3.

Utgangspunktet er først og fremst at hensynet til barnet og barnets interesser er «of paramount importance». Dette ble uttrykt allerede i 1996 i *Johansen v. Norway*<sup>47</sup>, som omhandlet fratakelse av foreldreansvar og tvangsadopsjon, og har vært fulgt opp i en rekke avgjørelser siden den gang. I Strand Lobben-saken uttalte EMD tilsvarende i avsnitt 204, og tilføyde at i saker som omhandler omsorg av barn og samvær må «the child's interests [...] come before all other considerations».

Et spørsmål i forlengelsen av dette er hva som skal karakteriseres som «barnets beste» og hvilken rolle hensynet til foreldrene og familielivet spiller i så henseende.

---

<sup>47</sup> *Case of Johansen v. Norway* [GC], ECHR:1996:0807JUD001738390

I *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*<sup>48</sup> avsnitt 136 uttrykte EMD følgende:

«The child's interest comprises two limbs. On the one hand, it dictates that the child's ties with its family must be maintained, except in cases where the family has proved particularly unfit. It follows that family ties may only be severed in very exceptional circumstances and that everything must be done to preserve personal relations and, if and when appropriate, to 'rebuild' the family [...]. On the other hand, it is clearly also in the child's interest to ensure its development in a sound environment, and a parent cannot be entitled under Article 8 to have such measures taken as would harm the child's health and development.»

Tilsvarende er fulgt opp i en rekke ulike dommer, herunder Strand Lobben-saken avsnitt 207.

Av dette kan utledes at en opprettholdelse og bevarelse av familiebåndene, samt at barnet får betryggende omsorg og utvikling, er i barnets interesse. Betryggende omsorg og utvikling vil som regel best ivaretas om familiebåndene opprettholdes. Men i dette ligger også at familiebåndene ikke kan opprettholdes til enhver pris, dersom det viser seg at familieforholdene, herunder foreldrene, er uegnet til å fremme og ivareta omsorgen og utviklingen for barnet. Dersom det i en slik situasjon skulle oppstå konflikt mellom foreldrenes og barnets interesser, krever artikkel 8 at det foretas en vurdering som gir uttrykk for en «fair balance» av disse interessene. I denne avveiningen skal det legges særlig vekt på barnets interesser, som avhengig av sakens art og alvor, vil kunne overstyre hensynene til foreldrene og familien, jf. Strand Lobben-saken avsnitt 206. Dermed vil offentlige myndigheter, avhengig av de konkrete omstendighetene i saken, kunne komme til en konklusjon hvor det av hensyn til barnet er best med en omsorgsovertakelse og samværsrestriksjoner.

EMD har anerkjent en «margin of appreciation» - en skjønnsmargin – som statene har når den skal vurdere om det er nødvendig med omsorgsovertakelse og samværsrestriksjoner. Hvor stor skjønnsmarginen er, vil avhenge av sakens art, alvor og hvilke interesser som risikerer å bli krenket.<sup>49</sup> Generelt har imidlertid EMD uttalt at skjønnsmarginen er større for statene ved beslutning om omsorgsovertakelse enn ved beslutning om samværsrestriksjoner, herunder såkalt nullsamvær. Begrunnelsen for dette er at EMD har oppstilt et gjenforeningsmål som

---

<sup>48</sup> *Case of Neulinger and Shuruk v. Switzerland* [GC], ECHR:2010:0706JUD004161507

<sup>49</sup> Strand Lobben-saken avsnitt 211

utgangspunkt for ethvert inngrep i familielivet. En omsorgsovertakelse skal som hovedregel være midlertidig av hensyn til gjenforening. Det innebærer at statene har en positiv plikt til å utforme samværene i samsvar med utgangspunktet om gjenforening, hvilket stiller krav til samværenes kvalitet og hyppighet. Derfor er terskelen i utgangspunktet lavere for at EMD vil anse en omsorgsovertakelse som «nødvendig» enn eksempelvis ytterligere innskrenkninger i familielivet i form av samværsrestriksjoner. Slike samværsrestriksjoner vil innebære en betydelig risiko for at familierelasjonen mellom foreldrene og barnet ikke opprettholdes og ytterligere skades/ødelegges, og derfor oppstiller EMD «a stricter scrutiny» - en grundigere granskning og et bedre grunnlag – for å iverksette samværsrestriksjoner.<sup>50</sup>

EMDs fokus på gjenforening er et sterkt utslag av det biologiske prinsipp, som sier at barn og foreldre naturlig hører sammen, og at det som utgangspunkt vil være i begge parter interesse å opprettholde familien og relasjonen seg imellom. Imidlertid må barnets interesser veie tyngre enn foreldrenes interesser ved motstrid. Har det eksempelvis gått lang tid siden omsorgsovertakelsen, kan omstendighetene i saken tilsi at det beste for barnet er å bli værende i fosterfamilien av hensyn til stabilitet og ro. Og vil foreldrenes interesser skade barnets helse og utvikling, kan de ikke påberope artikkel 8 som grunnlag for å trumfe igjennom sine interesser på bekostning av barnets.<sup>51</sup>

### 4.3: Grunnprinsippene anvendt i praksis

I *K.O. and V.M. v. Norway*<sup>52</sup> ble det truffet vedtak om omsorgsovertakelse og samvær på grunn av far og mors livssituasjon. De var rusmisbrukere, drev med «selvmedisinering», far var dømt for vold og trusler, de hadde et ustabil forhold hvor politiet ble tilkalt hjemmet flere ganger, og under graviditeten hadde mor søkt assistanse på krisesenter ved ulike anledninger. Hjelpetiltak hadde ikke fungert, og de som ytet offentlig bistand mottok trusler. Foreldrene ble først tildelt samvær én time fire ganger i året av hensyn til at omsorgsovertakelsen kom til å bli langvarig. Barnet trengte derfor stabilitet og ro. Samværet ble senere utvidet til to timer seks ganger i året på grunn av gode erfaringer under samværene.

---

<sup>50</sup> Strand Lobben avsnitt 211

<sup>51</sup> Strand Lobben avsnitt 207

<sup>52</sup> *Case of K.O. and V.M. v. Norway* [J], ECHR:2019:1119JUD006480816



Av disse grunner fant EMD at omsorgsovertakelsen var i tråd med artikkel 8, mens samværet ikke var det. Det forelå krenkelse fordi nemnda og tingretten for tidlig i prosessen oppga formålet om gjenforening og konkluderte med at omsorgsovertakelsen kom til å bli langvarig. Ut fra sakens opplysninger hadde de ikke på en seriøs måte vurdert muligheten for gjenforening. EMD nevnte at samvær må utformes i tråd med målet om gjenforening helt til det er klart at gjenforening ikke samsvarer med hensynet til barnets beste. Nemnda og tingretten hadde plikt til å utforme så mye samvær som mulig, uten å utsette barnet for «undue hardship» - urimelige vansker – for å vokte, styrke og utvikle familiebandene med sikte på gjenforening.<sup>53</sup> I stedet ble samværet utformet på bakgrunn av målet om å opprettholde barnets kognitive og intellektuelle forståelse av hvem barnets foreldre var.

EMD erkjenner samtidig Norges ordning med minimumssamvær, og således at det lå til rette for mer samvær hvis forholdene tillot det. Men med tanke på de positive samværene som tidligere hadde funnet sted, og at barnet var normalt fungerende, så hadde ikke myndighetene på en tilstrekkelig måte forklart hvorfor barnets sårbarhet tilsa så lite samvær som fire til seks ganger i året.

EMD påpeker også at gjenforening ikke kan anses som et reelt alternativ når det går uker eller måneder mellom hvert samvær. Dette reiser særskilte spørsmål om man kan oppstille et krav om minstenivå av samvær. Jeg vil komme tilbake til dette i avsnitt 6.3.

I *Hernehult v. Norway*<sup>54</sup> traff fylkesnemnda vedtak om omsorgsovertakelse av tre gutter og foreldrene ble gitt samvær fire ganger i året à 1 ½ time. Vedtaket ble truffet fordi guttene hadde særskilte omsorgsbehov. Mor hadde en sykkelig frykt for at eldste gutten hadde Ehler Danlos Syndrom, og denne frykten påførte gutten psykosomatiske problemer, betydelig angst rundt eget liv og ikke-eksisterende sosiale relasjoner. Tilsvarende hadde de to yngste guttene et uvanlig forhold til sykdom og smerte, vanskeligheter med språk, uttale, sosiale ferdigheter, og de trengte trening i spise- og hygienerutiner, samt påkledning.

Tingretten opprettholdt vedtaket, mens lagmannsretten opphevet vedtaket for eldste gutten. Begrunnelsen var at det var best for ham å bo hjemme, noe han selv ønsket. Opprettholdelsen

---

<sup>53</sup> *K.O. and V.M. v. Norway*, avsnitt 69

<sup>54</sup> *Case of Hernehult v. Norway* [J], ECHR:2020:0310JUD001465216

av omsorgsovertakelsen for de to yngste, til tross for at lagmannsretten konkluderte med at vilkårene ikke forelå på tidspunktet for nemndas vedtak, ble begrunnet med at foreldrene ikke hadde tilstrekkelig omsorgsevne overfor dem alle tre siden eldste gutten krevde så mye fokus. I tillegg hadde de bodd lenge i fosterhjem, etablert seg der og hatt en positiv utvikling. For de to yngste ble det fastsatt samvær seks ganger i året à seks timer pr. gang under tilsyn.

EMD fant at omsorgsovertakelsen av de to yngste guttene var et biprodukt av den eldste brorens situasjon, og at nemnda ikke hadde foretatt en tilstrekkelig konkret og individuell vurdering av situasjonen til de to yngste da den besluttet omsorgsovertakelse av dem alle tre. Når det gjaldt samværsfastsettelsen uttalte EMD at både nemnda og tingretten veldig tidlig i prosessen hadde lagt til grunn at omsorgsovertakelsen kom til å bli langvarig. EMD presiserer i avsnitt 74 at en slik konklusjon bare kan finne sted etter at myndighetene har forsøkt å implementere lempeligere tiltak i tråd med sin plikt til å legge til rette for gjenforening. Dette er fordi en slik konklusjon påvirker fremtidige samvær mellom partene.

I denne saken var hjelpetiltak ikke forsøkt, nemnda og tingretten innvilget bare fire samvær i året, og under samværene ble foreldrene og barnet nektet å snakke romansk med hverandre. Alt dette hindret at en fremtidig gjenforening mellom partene senere kunne manifestere seg. Siden grunnlaget for å treffe slike beslutninger var så tynt, konkluderte EMD med krenkelse av konvensjonen.

*Pedersen v. Norway*<sup>55</sup> omhandlet omsorgsovertakelse og senere fratakelse av foreldreansvar og tvangsadopsjon av en gutt med filippinsk bakgrunn.

Barnet ble plassert i fosterhjem 2 ½ måned gammel på grunn av foreldrenes mentale forstyrrelser og manglende omsorgsevne. Samvær ble fastsatt til to ganger årlig à to timer fordi nemnda mente omsorgsovertakelsen kom til å bli langvarig. Tingretten opprettholdt nemndas beslutning. Lagmannsretten konkluderte med omsorgsovertakelse, men ikke adopsjon, mens Høyesterett konkluderte med adopsjon.

Det spesielle i denne saken var at tingretten hadde begrenset den sakkyndiges mandat til bare å vurdere hvilken tilknytning barnet hadde til fosterhjemmet, og ikke foreldrenes omsorgsevne. Den sakkyndige i lagmannsretten kom til at det ikke forelå noe som indikerte en manglende omsorgsevne hos foreldrene, og at foreldrene verken hadde fått demonstrere

---

<sup>55</sup> *Case of Pedersen and others v. Norway* [J], ECHR:2020:0310JUD003971015

eller utvikle sin omsorgsevne på grunn av omsorgsovertakelsen og lite samvær. Likevel valgte lagmannsretten å opprettholde omsorgsovertakelsen av hensyn til barnets tilknytning til fosterforeldrene og at det ville være skadelig om barnet ble tilbakeført.

På samme måte som i *Hernehult v. Norway* uttrykker EMD viktigheten av det mildeste inngreps prinsipp og målet om gjenforening. Videre påpeker domstolen at det strenge samværsregimet med største sannsynlighet sementerte barnets tilknytning til fosterforeldrene og at gjenforening ville bli urealistisk på grunn av dette. Her henviser domstolen til *Strand Lobben-saken* og uttaler i avsnitt 68:

«(...) where the authorities are responsible for a situation of family breakdown because they have failed in their obligation to take measures to facilitate family reunification, they may not base a decision to authorise adoption on the grounds of the absence of bonds between the parents and the child».

Det forelå en positiv utvikling vedrørende foreldrenes omsorgsevne og de uttrykte selv at de kom til å innfinne seg med lagmannsrettens beslutning om å opprettholde omsorgsovertakelsen. Likevel valgte myndighetene, med Høyesterett i spissen, å autorisere adopsjon med tilhørende begrenset besøkskontakt etter adopsjon.

Der hvor utsiktene til gjenforening er små, anerkjenner EMD riktigheten av å basere samværsordningen på et utgangspunkt om at røttene mellom foreldre og barn skal vedlikeholdes. Men et så begrenset samvær som to timer to ganger i året var for lite til å utvikle en meningsfull relasjon.

## **5: Svært begrenset samvær og samværsnektelse**

### **5.1: Innledning**

Som nevnt er hovedregelen at barn og foreldre har rett på samvær med hverandre. Imidlertid er dette ingen ubetinget rett. Samvær må alltid fastsettes i samsvar med hva som er til det beste for barnet, jf. HR-2020-662-S avsnitt 116 og HR-2020-663-S avsnitt 134, som begge henviser til bvl. § 4-1. Av og til kan det foreligge forhold hvor det beste for barnet enten er et svært begrenset samvær med sine biologiske foreldre eller et såkalt nullsamvær. I praksis vil et samvær på mindre enn tre ganger i året regnes som «svært begrenset».<sup>56</sup>

Bvl. § 4-19 annet ledd hjemler muligheten til å nekte samvær. I tillegg til å ta standpunkt til samværsomfanget, uttrykker bestemmelsen at fylkesnemnda også kan «[...] bestemme at det av hensyn til barnet ikke skal være samvær», jf. første punktum. Annet punktum hjemler muligheten til å plassere barnet på sperret adresse, slik at foreldrene ikke skal få vite hvor barnet befinner seg.

Høyesterett har avsagt seks dommer som helt eller delvis omhandler samværsnekt eller et sterkt begrenset samvær i forbindelse med omsorgsovertakelser. Norges praksis på dette området må ses i sammenheng med den praksis som følger av EMD, og derfor vil fremstillingen videre bære preg av innslag fra begge rettsinstanser for å få en helhetlig sammenheng.

### **5.2: Grunnprinsipper og sentrale momenter**

Nullsamvær eller et sterkt begrenset samvær er et grovt inngrep i familielivet etter EMK artikkel 8. Det strider også med hovedregelen i norsk rett og kan medføre at tilknytningen mellom barnet og de biologiske foreldrene blir brutt for alltid. Dette vil vanskeliggjøre gjenforening. Av disse grunner har rettspraksis oppstilt en streng terskel for når inngrep av denne karakter anses som legitimt. Strand Lobben-saken omhandler fratakelse av foreldreansvar og tvangsadopsjon, men inneholder prinsipputtalelser som har overføringsverdi også til omfattende samværsrestriksjoner. I avsnitt 207 uttaler EMD at slike inngrep bare kan finne sted under «very exceptional circumstances». I avsnitt 209 benyttes

---

<sup>56</sup> Rt. 2001 s. 14 og Ot.prp. nr. 76 (2005-2006) s. 45

ordlyden «exceptional circumstances» og at inngrepet bare kan rettferdiggjøres hvis det er motivert av et dominerende hensyn til barnets beste. Hvilken betydning «very» har i denne sammenheng er uklart. Det som imidlertid er klart er at det dreier seg om en streng norm, hvor terskelen for å utmåle et sterkt begrenset samvær/nullsamvær er høy.

Dette må anses som det overordnede utgangspunktet, og Høyesterett har på sin side tolket disse uttalelsene som et krav om at det må foreligge «sterke og spesielle grunner» for å nekte samvær.<sup>57</sup>

I Rt. 2002 s. 908 var vektige momenter i beslutningen om samværsnekt at mor slet med store psykiske problemer, at hun bedrev fysiske avstraffelser overfor barnet, samværene hadde fungert dårlig og de fremkalte voldsomme reaksjoner hos barnet.

I Rt. 2004 s. 1046 ble samværsnekt begrunnet med foreldrenes ekstremt grove vold mot barnet, noe som resulterte i cerebral parese og minst 19 benbrudd, samt barnets vedvarende negative holdning til samvær med foreldrene.

At barnets vedvarende og sterke vegring mot samvær med foreldrene kan være med på å begrunne samværsnekt, følger også av EMDs praksis, jf. *C. v. Finland*<sup>58</sup> avsnitt 57, hvor det uttales at å tvinge barnet kan være «[...] pointless, if not counter-productive and harmful [...]». Også i HR-2017-2015-A og HR-2020-663-S var vektige momenter i vurderingen at foreldrene var involvert i henholdsvis grov vold og seksuell omgang med mindreårige.

Av EMDs praksis er det særlig to nylig avsatte dommer som inneholder grunnleggende betraktninger ved vurderingen om det skal ilegges et sterkt begrenset samvær eller nullsamvær.

*Jansen v. Norway*<sup>59</sup> ble behandlet i alle våre nasjonale instanser, herunder Høyesterett, jf. Rt. 2014 s. 976. Saken gjaldt spørsmål om samvær mellom foreldrene og deres tre år gamle datter måtte avskjæres helt på grunn av bortføringsfare. Mor var 19 år gammel, hadde nettopp født et barn og bodde hjemme hos foreldrene sine. Etter fødselen var det turbulent i hjemmet: Mor ble kort tid etter fødsel kastet ut av sin far. Deretter flyttet hun inn igjen, for deretter å flytte ut igjen fordi far var voldelig mot morens mor (mormor). Det ble truffet akuttvedtak,

---

<sup>57</sup> HR-2020-662-S avsnitt 128

<sup>58</sup> *Case of C. v. Finland* [J], ECHR:2006:0509JUD001824902

<sup>59</sup> *Case of Jansen v. Norway* [J], ECHR:2018:0906JUD000282216

senere vedtak om omsorgsovertakelse og barnet ble plassert på sperret adresse med nullsamvær.

Bortføringsfaren var først og fremst knyttet til morfar. For det første hadde han knivstukket et naboektepar som var foreldrene til en venninne av mor i denne saken fordi han trodde ekteparet hadde hjulpet datteren med å flytte. Dette ble han dømt til fengsel for: Han fortalte sin datter at han planla å ta henne til et annet land, drepe henne og ta barnet hennes; han truet å drepe barnets far da han ville bekrefte sitt farskap til barnet; og et familiemedlem hadde fulgt etter en av fosterforeldrene, muligens for å finne ut av hvor barnet befant seg. For Høyesterett var tvistes spørsmålet hvilken risiko for bortføring man måtte oppstille for å nekte samvær. Høyesterett konkluderte med at risikoen måtte være reell og aktuell, og at det måtte finnes konkrete forhold som underbygget denne frykten. Høyesterett fant at saken var for dårlig opplyst og at dommen fra lagmannsretten måtte oppheves.

For EMD var spørsmålet om beslutningen om nullsamvær var i overensstemmelse med EMDs praksis rundt hva som er best for barnet. I motsetning til Høyesterett fant EMD at det forelå en konkret og reell risiko for bortføring på bakgrunn av ovennevnte hendelser. Likevel konkluderte EMD med krenkelse av artikkel 8. Begrunnelsen var at fokuset til lagmannsretten først og fremst hadde vært på bortføringsfaren og eventuelle konsekvenser av en bortføring. Dette hadde overskygget det overordnede målet om gjenforening, og var ekstra påfallende med tanke på at mor og datter ikke hadde sett hverandre på tre år, noe som økte risikoen betraktelig for at relasjonen mellom mor og datter ble brutt. Eventuelle langtidsvirkninger av nullsamvær mellom mor og datter var ikke tilstrekkelig vurdert, herunder den risikoen for at barnet ble fjernet fra sin romkulturidentitet.

EMD vurderte bortføringsrisikoen til å ha mindre vekt enn det lagmannsretten gjorde og mente av den grunn at hensynet til foreldrene og familielivet burde fått større plass i vurderingen. Dommen viser godt hvordan Norge og EMD vektet det biologiske prinsipp og hensynet til barnets beste ulikt, og hvor stor vekt familielivet har i EMDs praksis.

*A.S. v. Norway*<sup>60</sup> omhandlet omsorgsovertakelse og samværsnektelse av en gutt på to år. Begrunnelsen var at gutten var sårbar, hadde dårlig kognitiv og språklig funksjon, utviklet

---

<sup>60</sup> *Case of A.S. v. Norway* [J], ECHR:2019:1217JUD006037115

spiseforstyrrelse, hadde et unormalt stort behov for søvn, og svært dårlige reaksjoner på samvær med mor. Mor hadde ikke grunnleggende omsorgsevner, herunder evnen til å lede barnet, skape struktur eller forstå hans behov.

EMD fremhever at saker der myndighetene konkluderer med omsorgsovertakelse på grunn av foreldrenes personlighet og manglende intuitive foreldreferdigheter, og ikke på grunn av psykologiske vansker, er særskilt utfordrende, fordi slike konklusjoner i stor grad må basere seg på vage og subjektive kriterier. Deretter fremheves at myndighetene må ha et tilstrekkelig oppdatert og bredt grunnlag for å treffe avgjørelser som i stor grad hindrer kontakt mellom foreldrene og barn – og særlig i saker som denne, hvor beslutningen om samværnektelse i realiteten representerer et endepunkt på familielivet mellom mor og barn.

Mor hadde fremlagt omfattende beviser for at hennes livssituasjon var forandret til det bedre gjennom uttalelser fra psykiater og psykologer. I tillegg hadde hun på eget initiativ deltatt på foreldrekurs, kurs for barnehageassistenter og jobbet i barnehage i seks måneder. Da tingretten traff endelig beslutning om samværnektelse, ble alt dette kort avvist som irrelevant. Mor ønsket også at det ble oppnevnt en uavhengig ekspert som kunne evaluere hennes omsorgsevner fordi den siste uavhengige rapporten var flere år gammel. Dette ble hun nektet. I stedet baserte tingretten seg i all hovedsak på fosterforeldrenes rapporter om hvordan barnet hadde utviklet seg og hvordan barnet hadde reagert etter samvær med biologisk mor. Mors eksperter mente imidlertid at de sterke reaksjonene etter samvær kunne skyldes at barnet savnet mor. Tingretten valgte å se bort fra dette og la til grunn at reaksjonene skyldtes barnets usikre relasjon til mor og retraumatisering. Dette mente EMD var altfor tynt grunnlag for å nekte samvær. I tillegg hadde mor hatt få muligheter til å fremlegge relevante bevis. Dermed forelå krenkelse av artikkel 8.

Generelt kan sies at de momentene nevnt i avsnitt 3 og 4 er helt sentrale ved vurderingen av om samvær skal nektes eller sterkt begrenses. Imidlertid ligger det i sakens natur at det kreves mer for å nekte samvær helt enn å regulere samværsomfanget for øvrig, jf. Rt. 1998 s. 787 som uttrykker at «[...] en varig eller langsiktig omsorgsovertakelse ikke i seg selv er tilstrekkelig til å nekte samvær.» Og siden nullsamvær er et svært alvorlig inngrep i familielivet som kan sementere adskillelsen av barn og foreldre for alltid, kreves at alle hensyn og interesser er «fairly balanced», slik at beslutningsgrunnlaget fremstår forsvarlig.

### 5.3: Om «spesielle og sterke grunner» ved liten tilknytning

Et særskilt spørsmål er hvorvidt terskelen for å nekte samvær er den samme i situasjoner hvor tilknytningen mellom barnet og foreldrene er liten eller ikke-eksisterende. Kritikere mener at der hvor tilknytningen er liten, gjør ikke hovedhensynet om å bevare familiebåndene seg gjeldende, siden det ikke er noe familiebånd å bryte.<sup>61</sup> I slike situasjoner mener de at vurderingen bør skje ut fra en konkret vurdering av hva som er til det beste for barnet.

I HR-2017-2015-A overtok det offentlige omsorgen for en syv uker gammel gutt på grunn av grov fysisk mishandling, hvor det ble påvist minst 19 ribbensbrudd. I avsnitt 59 uttales at selv om en omsorgsovertakelse anses langvarig og tilknytningen er svak, har det selvstendig verdi at barnet får en forståelse av hvem de biologiske foreldrene er, likevel slik at svak tilknytning vil være et moment i helhetsvurderingen. Etter en konkret vurdering i saken konkluderte Høyesterett med at det ikke forelå spesielle og sterke grunner for å beslutte nullsamvær, og besluttet samvær én time én gang i året.

Høyesterett fulgte opp praksisen i HR-2020-663-S. Dommen er i tråd med EMDs nyeste domsavsigelser og gir således uttrykk for gjeldende rett.

Deler av saken var knyttet til spørsmål om samvær mellom far og datter. Far hadde svært liten tilknytning til datteren fordi han kort tid før fødsel ble dømt og fengslet for voldtekt og seksuell omgang med barn under 14 år. For far var spørsmålet om gjenforening med datteren således aldri et tema.

Høyesterett uttaler at der hvor gjenforeningsmålet oppgis, har samvær likevel en selvstendig egenverdi det må tas hensyn til i vurderingen. Egenverdien vil bestå med mindre samværet utsetter barnet for «undue hardship» slik dette er forstått av EMD, jf. avsnitt 164. Samtidig uttrykker Høyesterett, med støtte i EMDs praksis, at manglende tilknytning innebærer at familievernet ikke står like sterkt, jf. avsnitt 161-163.

Vedrørende terskelen for å nekte samvær hadde tingretten i sin tid nektet samvær under henvisning til at det forelå spesielle og sterke grunner. I avsnitt 168 fastslår Høyesterett at dette var riktig rettslig utgangspunkt. Høyesterett kom videre til at tingretten hadde foretatt en

---

<sup>61</sup> Gording Stang og Baugerud (2018) s. 75



«fair balance» av de ulike hensyn og interesser som gjorde seg gjeldende i saken, jf. avsnitt 170-172. Datteren hadde «ukritisk atferd og manglende grensesetting» med hensyn til egen kropp, hun fremstod ekstremt sårbar og trengte «ro, forutsigbarhet og trygge rammer». Tatt i betraktning at datteren trengte å modnes for å forstå omfanget av fars kriminelle handlinger, og at far aldri hadde innrømmet sine overgrep, ble det på dette tidspunktet ikke ansett som forsvarlig å gi far samvær med datteren. Avgjørelsen om å nekte samvær var av midlertidig karakter av hensyn til disse aspektene, og det ble lagt til rette for at samvær med faren kunne etableres når datterens livssituasjon var falt til ro.

## **6: Endringer og presiseringer i norsk rettspraksis**

### **6.1: Innledning**

I avsnitt 3 har jeg gjennomgått sentrale utgangspunkter og momenter som tradisjonelt har blitt vektlagt av Høyesterett når samværsomfanget skal vurderes. Disse momentene er fortsatt blant de aller mest sentrale og kan av denne grunn karakteriseres som en del av gjeldende rett i dag.<sup>62</sup> Imidlertid er det nødvendig med noen drøftelser og utdypninger på bakgrunn av de siste års domfellelser mot Norge i EMD. Gjennomgangen i avsnitt 4 og 5 viser at fellesnevneren for de fleste av domfellelsene knytter seg til et for dårlig beslutningsgrunnlag, at grunngivelsene for vedtakene er mangelfulle og at avgjørelsene i for stor grad er preget av et ensporet fokus i favør barnets interesser. Gjennomgangstonen er at hensynet til opprettholdelse av familiebandene og foreldrenes interesser ikke har vært vektet i tilstrekkelig grad når fylkesnemndene og nasjonale domstoler foretar den komplekse vurderingen som fastsettelse av samvær ved omsorgsovertakelser innebærer.

Høyesterett valgte i februar 2020 å behandle fire barnevernssaker i storkammer i lys av domfellelsene mot Norge, hvorav to av sakene ble omforent til én. Resultatene kom i mars, og dommene inneholder viktige presiseringer og prinsipielle uttalelser som i stor grad klargjør rettstilstanden på området.

### **6.2: Gjenforening som overordnet formål**

Gjennomgangen av EMDs praksis viser at gjenforeningsmålet er vektlagt i mye større grad enn i norsk praksis, noe utfallet av *Jansen v. Norway* er et godt eksempel på.

Videre viser gjennomgangen at et sentralt element i flere domfellelser mot Norge knytter seg til at myndighetene altfor tidlig i prosessen ikke foretar inngrep i samsvar med det mildeste inngreps prinsipp, men i stedet treffer vedtak om omsorgsovertakelse og konkluderer med at denne kommer til å bli langvarig og fastsetter samvær ut fra dette. I så måte fraviker norsk praksis fra gjenforeningsmålet og flere av de øvrige prinsipper som fremgår av avsnitt 4. I både *K.O. og V.M. v. Norway* og *Hernehult v. Norway* var dette tilfellet.

---

<sup>62</sup> HR-2020-662-S avsnitt 141 og 142

EMD legger betydelig vekt på at en omsorgsovertakelse som utgangspunkt skal være midlertidig, uavhengig av om den anses som kort- eller langvarig, og at myndighetene har en positiv plikt til å treffe tiltak med sikte på gjenforening så snart det lar seg gjøre – så fremt dette er i tråd med barnets beste. I Norge har man tradisjonelt lagt seg på en annen list: Som nevnt i avsnitt 3.3.2 har Norge skilt mellom kort- og langvarige omsorgsovertakelser. I en rekke saker som omfatter langvarige omsorgsovertakelser konkluderes det med at hensynet til barnets beste tilsier et begrenset samvær, hvor fokuset ikke har vært på å tilrettelegge for gjenforening, men at barnet skal kjenne sine røtter. I Rt. 2012 s. 1832 uttaler Høyesterett i avsnitt 34 det på denne måten:

«Omfanget av samværet må etter dette innrettes slik at det ikke er til hinder for å etablere en trygg og god relasjon til fosterforeldrene. Samtidig må det ivareta hensynet til å skape og vedlikeholde barnets kjennskap til og forståelse for sitt biologiske opphav.»

Storkammerdommene fra Høyesterett i mars 2020 bygger på de prinsipper som blant annet kan utledes av Strand Lobben og K.O. og V.M. v. Norway. Utfallet i storkammersakene viser at det tradisjonelle utgangspunktet om å fastsette samvær ut fra omsorgsovertakelsens varighet, er fraveket.

I både HR-2020-662-S og HR-2020-663-S tar Høyesterett utgangspunkt i bvl. § 4-1 og uttrykker at hensynet til barnets beste vil legge føringer for samværsvurderingen. Dette er i tråd med EMDs praksis om at barnets beste er «of paramount importance».

I HR-2020-662-S avsnitt 116 og HR-2020-663-S avsnitt 137 følger Høyesterett opp retningslinjene som følger av K.O og V.M. v. Norway avsnitt 69, og uttrykker at det i utgangspunktet er best for barnet å ha et samvær med foreldrene som styrker og utvikler båndene mellom dem, så fremt dette ikke vil medføre urimelige vansker for barnet. Finnes motstrid mellom barnets og foreldrenes interesser, uttrykkes i HR-2020-661-S avsnitt 82 at foreldrenes interesser må vike.

Siden samværet i utgangspunktet skal fastsettes slik at det kan styrke og utvikle båndene mellom barnet og foreldrene, innebærer dette at samværsvurderingen må ta utgangspunkt i at omsorgsovertakelsen, uavhengig av om den er kort- eller langvarig, skal være midlertidig, jf.

HR-2020-662-S avsnitt 125. Videre uttales:

«Målsettingen må være at omsorgen skal føres tilbake til foreldrene så snart omstendighetene gir grunnlag for det, og samværet må fastsettes slik at dette formålet ivaretas best mulig.»

I HR-2020-663 avsnitt 145 uttrykker Høyesterett at tingretten hadde tatt et for snevert utgangspunkt for vurderingen av samværets omfang når den under henvisning til Rt. 2012 s. 1832 la til grunn at omsorgsovertakelsen kom til å bli langvarig.

Rt. 2012 s. 1832 avsnitt 34 skal forstås som en begrensning av gjenforeningsmålet, og en slik begrensning er bare legitim når gjenforeningsmålet oppgis. Og en forutsetning for at gjenforeningsmålet oppgis, med den virkning at det utmåles et sterkt begrenset samvær/nullsamvær, er at det foreligger spesielle og sterke grunner, jf. HR-2020-662-S avsnitt 128. Og selv om gjenforeningsmålet oppgis vil samvær innebære en egenverdi «som det må tas betydelig hensyn til ved fastsettelsen», se HR-2020-662-S avsnitt 135.

Etter mitt syn representerer dommene en klar endring i rettstilstanden på området. Høyesterett gir det biologiske prinsipp større vekt enn tidligere. Hensynet til foreldrenes interesser og det økte fokuset på å styrke og utvikle familiebandene vil innebære at samværspraksisen må endres, slik at foreldre i utgangspunktet skal gis mer samvær med sine barn enn det som har vært vanlig. At så er tilfelle illustreres i HR-2020-662-S, hvor Høyesterett etter en konkret vurdering utvidet samværet mellom barnet og foreldrene fra fire ganger i året à to timer til åtte ganger i året à to timer. Som i tidligere saker ble det ved vurderingen lagt vekt på barnets særlige sårbarhet, foreldrenes manglende samværsevne og negative reaksjoner i etterkant av tidligere samvær. Til tross for dette strekker Høyesterett seg langt i favør foreldrenes interesser: Foreldrene hadde følt de var «oppe til eksamen» i tidligere samværssituasjoner. Høyesterett mente at økt samvær kunne bidra til å normalisere samværssituasjonen, gjøre foreldrene mer bekvemme og dempe stresset som de følte på. Disse momentene, sammenholdt med at omsorgssituasjonen nå var endelig avgjort, mente Høyesterett ville kunne gjøre samværene bedre enn før.

### 6.3: Standardnormering, minstenivå og tålegrense

Det har i nyere tid vært rettet kritikk mot det som kan oppfattes som en *standardnormering* av samvær i saker der omsorgsovertakelsen anses å bli langvarig. I Rt. 2012 s. 1832 avsnitt 37 uttales at det vanlige i slike saker har vært å utmåle mellom tre og seks samvær i året. Tilsvarende er fulgt opp i HR-2019-788-U avsnitt 22.

Allerede tilbake i 2010 gikk Haugli og Havik igjennom lagmannsrettspraksis fra 2007 og 2008, og fant at samværsspørsmålet behandles mye grundigere isolert enn i sammenheng med omsorgsovertakelse. I tillegg fant de det som tyder på en standardnormering på fire til seks ganger i året, uten at dette synes å være konkret begrunnet i hensynet til barnets beste.<sup>63</sup> Dette er fulgt opp i en rapport fra 2018, og her pekes på at en slik standardnormering ikke har grunnlag i noe forskning, men at det ser ut til å ha «utviklet seg som en praksis i feltet basert på rettspraksis og barnevernsarbeidernes erfaringer.»<sup>64</sup>

I HR-2020-662-S avsnitt 124 og 130 påpeker Høyesterett at uttalelsen i dommen fra 2012 ser ut til å ha blitt tolket som en slags standardnormering, men presiserer at den ikke skal tolkes slik. I stedet skal det foretas en konkret og individuell vurdering av hvilket samvær som er til det beste for hvert enkelt barn. Et slikt utgangspunkt er forutsatt i høringsnotat om ny barnevernlov av 2019, hvor man ønsker å lovfeste en individuell vurdering av hvert enkelt barn.<sup>65</sup>

I forlengelsen av dette kan spørres om det gjelder et *minstenivå* av samvær. Problemstillingen ble aktualisert på bakgrunn av EMDs uttalelse i K.O. og V.M mot Norge:

«The Court emphasises that family reunification cannot normally be expected to be sufficiently supported if there are intervals of weeks, or even – as in the instant case – as much as months, between each contact session.»

I HR-2020-662-S ønsket foreldrene utvidet samvær med støtte i ovennevnte sitat.

---

<sup>63</sup> Haugli & Havik (2010) s. 58

<sup>64</sup> Gording Stang og Baugerud (2018) s. 42

<sup>65</sup> Høringsnotat – Forslag til ny barnevernlov (2019) pkt. 11.4.4.

Høyesterett uttrykker at sitatet måtte leses i sin rette kontekst: Uttalelsene var ikke en del av EMDs redegjørelse av de generelle prinsipper, men en del av det konkrete saksforholdet. I saken var barnet velfungerende, samværene hadde vært gode og foreldrene hadde omsorgsevne. Av disse årsaker måtte myndighetene foreta en grundigere utdypning av hvorfor så lite samvær som fire til seks ganger i året var best for barnet. Saksforholdet i HR-2020-662-S er imidlertid annerledes: Barnet er særlig sårbart, foreldrene mangler omsorgsevne og det har vært dårlige reaksjoner i etterkant av samværene. For mye samvær vil her innebære «undue hardship» for barnet.

Av disse grunner mener Høyesterett at det ikke gjelder at absolutt minstenivå for samvær. Sitatet bør forstås slik at gjenforeningsmålet tilsier at det gis så mye samvær som overhodet mulig, så fremt hensynet til barnets beste ikke blir tilsidesatt, jf. avsnitt 134.

Ordlyden «undue hardship»/urimelige vansker kan isolert tolkes som at det skal gis samvær helt opp til barnets *tålegrense*. Rt. 2012 s. 1832 avsnitt 36 fastslår at det ikke gjelder en *tålegrense* ved samværsfastsettelsen. Lagmannsretten tilkjente mor seks årlige samvær à fire timer og far tre årlige samvær à to timer, og uttrykt at samværet mellom barnet og foreldrene ikke burde overstige tolv ganger i året. Denne grensen på samvær inntil tolv ganger i året med biologisk familie anførte kommunen var altfor høy med tanke på at det blant annet var snakk om en langvarig plassering. Høyesterett konkluderer med at det må foretas en konkret, skjønnsmessig vurdering, hvor det grunnleggende er hva som er best for barnet på avgjørelsestidspunktet, jf. bvl. § 4-1, og at dette naturlig nok vil variere fra barn til barn.

Dette er i samsvar med HR-2020-662-S avsnitt 134: Samvær fastsettes etter en helhetsvurdering ut fra hva som er best for barnet.

## 6.4: Krav til forsvarlig saksbehandling

Storkammerdommene viser også at kravene til avveininger, begrunnelser og beslutningsgrunnlag i samværsvurderingen må være grundigere og «fair balanced», slik EMD krever.

I HR-2020-663-S avsnitt 97 uttrykte Høyesterett at «Alle tungtveiende momenter må være trukket frem og begrunnet, og motstridende hensyn må veies mot hverandre på en balansert måte. Det må også fremgå av avgjørelsen at det er foretatt en grundig vurdering.»

I HR-2020-661-S avsnitt 158 uttrykkes at der hvor foreldrene anfører at det foreligger endringer av betydning, «[...] må dette vurderes på et tilstrekkelig bredt og oppdatert grunnlag».

I HR-2020-663-S fikk verken mor eller far medhold i at tingrettens dom om omsorgsovertakelse og samvær inneholdt mangler. Mor fikk tilkjent samvær seks ganger i året à to timer, mens far ble nektet samvær. Saksforholdet for far er nevnt i avsnitt 5.3. Datteren i saken var åtte år gammel og slet med store atferdsmessige problemer og reguleringsvansker. Hun lå i nedre sjikt på skolen, måtte bruke bleier og hadde et helt ukritisk forhold til nakenhet og egen kropp. Mor var på sin side rastløs, hun fremstod kaotisk, hun var lite mottakelig for veiledning og så ikke datterens følelsesmessige behov.

Høyesterett påpekte at tingretten hadde tatt et for snevert utgangspunkt ved å legge til grunn at omsorgsovertakelsen kom til å bli langvarig da den baserte samværsfastsettelsen på uttalelsene i Rt. 2012 s. 1832 avsnitt 34. Likevel hadde dette snevre utgangspunktet ikke virket inn på tingrettens vurdering. Tingretten anså samværet på seks ganger i året à to timer som tidsbegrenset, hensett til barnets vanskelige og sårbare situasjon. Barnet trengte nå ro og stabilitet i fosterhjemmet etter å ha levd under mors manglende omsorgsevne i flere år, men tingretten fremhevet at barnevernet kunne utvide samværet «når tiden er moden».

Dette viste at gjenforeningsmålet ikke ble oppgitt. Videre viste begrunnelsen at utvidet samvær ville utsette datteren for «undue hardship». Således var barnets beste «of paramount importance», men likevel slik at også mors interesser og hensynet til familiebandene ble tillagt vekt i vurderingen.

## 7: Oppsummering og avsluttende kommentarer

Temaet for oppgaven har vært å klarlegge innholdet i samværsretten mellom foreldre og barn etter omsorgsovertakelse. Problemstillingene har særlig vært knyttet til hvilke vurderingsmomenter og hensyn som skal inngå i samværsfastsettelsen, herunder vektingen av disse.

Analysen viser at samværsvurderingen er svært kompleks og fordrer inngående drøftelser av en rekke ulike forhold. Resultatene av storkammerdommene viser en videreføring av tidligere praksis hva gjelder en rekke sentrale momenter: Barnets sårbarhet, barnets mening, foreldrenes omsorgs- og samværsevne, hvordan samværene fungerer og barnets reaksjoner både før, under og i etterkant er fortsatt av stor betydning for *om* det skal være samvær mellom foreldrene og eventuelt *omfanget* av samværene.

Imidlertid mener jeg at storkammerdommene også representerer en endring i rettstilstanden. Hensynet til barnets beste er fortsatt av overordnet betydning, men selve *tolkingen* av og *innholdet* i prinsippet om hensynet til barnets beste har endret seg: Det biologiske prinsipp og retten til familieliv har fått større plass i norsk rett enn tidligere. Gjenforeningsmålet står igjen som et sentralt utgangspunkt ved vurderingen, uavhengig av varigheten på omsorgsovertakelsen. Så lenge gjenforeningsmålet ikke er forlatt skal samvær fra nå av utformes slik at det vil styrke og utvikle familiebandene, så fremt samværet ikke vil utsette barnet for urimelige vansker. Dette anses å være i både barnets og foreldrenes interesser, og innebærer nok at det i fremtiden må tilkjennes mer samvær enn hva som har vært praksis tidligere.

Kravet til proporsjonalitet og nødvendighet er styrket. Vedtakene må vise på en klar og utvetydig måte at foreldrenes interesser er ivaretatt. Dersom barnets interesser fraviker foreldrenes, kreves et beslutningsgrunnlag som viser vektingen av de ulike hensyn, at myndighetene aktivt har forsøkt å legge til rette for gjenforening, og hvorfor hensynet til barnets beste tilsier samværsbegrensninger. Utfallet av A.S. v. Norway og Jansen v. Norway viser at jo strengere samværsrestriksjoner, desto strengere krav til begrunnelsen og beslutningsgrunnlaget.

Utviklingen i praksis er i tråd med det som ser ut til å være ønskelig ved utarbeidelsen av ny barnevernlov. Et uttalt hovedmål i den nye loven er at det skal bli enklere for barn å holde



kontakt med sin familie i en ny omsorgssituasjon. I denne forbindelse ønsker Barne- og familiedepartementet en lovfesting av søskens rett til kontakt og samvær med barnet.<sup>66</sup> Dette er en utvidelse sammenlignet med dagens ordning, som bare lovfester samværsrett mellom foreldre og barnet, og illustrerer det økte fokuset på å styrke og utvikle familiebandene.

I tillegg foreslås en lovfesting om at utmåling av samvær skal skje ut fra en konkret vurdering av hvert enkelt barns situasjon.<sup>67</sup> Siden praksis viser en uheldig utvikling med standardnormeringer er en slik lovfesting på sin plass. Ved utformingen bør det etter mitt syn også klargjøres at det ikke gjelder et minstenivå eller en tålegrense for samvær, slik at det ikke oppstår unødvendige konflikter mellom partene. En slik lovfesting vil skape større klarhet for samværsberettigede, samt forutsigbarhet og ro for barnet. Av samme grunner bør det også i større grad lovfestes hvordan samværene skal foregå.

Enkelte av EMD sine domfellelser mot Norge kan bære preg av at hensynet til foreldrenes interesser og familielivet overskygger hensynet til barnets beste. Dette kom tydelig frem i *Jansen v. Norway*. Her fant EMD at det forelå en konkret og reell bortføringsfare, men mente likevel at denne veide mindre sammenlignet med risikoen for at all kontakt mellom mor og datter ble brutt og konsekvensene dette ville medføre. Et annet aspekt er at lagmannsretten hadde vurdert lempeligere tiltak enn samværsnektelse ved å gi fosterforeldrene mulighet til å overvære samværene slik at risikoen for bortføring ble minimert. Imidlertid hadde fosterforeldrene blitt truet, og ordningen ble derfor forkastet. Dette var ikke noe EMD hensyntok da den konkluderte med krenkelse av artikkel 8.

I tillegg kan ordlyden «very exceptional circumstances» i *Strand Lobben-saken* gi inntrykk av en forskyvning i favør foreldrene.

Av lignende grunner har Norge for første gang besluttet å anke EMDs domfellelser i barnevernssaker. Norge mener *Hernehult* og *Pedersen-dommene* har «utfordret balansen mellom barnets beste og hensynet til biologiske foreldre» blant annet fordi «barnets interesse

---

<sup>66</sup> Høringsnotat – Forslag til ny barnevernlov (2019) pkt. 11.1

<sup>67</sup> Høringsnotat – Forslag til ny barnevernlov (2019) pkt. 11.4.4.

stort sett synes å være fraværende i premissene». <sup>68</sup> Formålet med anken er at man ønsker å få slått fast at EMD ikke beveger seg bort fra barnets beste-prinsippet. <sup>69</sup>

Når EMD uttrykker at det skal utmåles så mye samvær som mulig uten å utsette barnet for «undue hardship» kan dette være en terskel som ikke ivaretar hensynet til barnets beste. En anke fra Norge for å klargjøre dette kan derfor være på sin plass, siden terskelen kan fremstå i overkant rigid.

Mitt syn er imidlertid at praksis generelt ikke legger opp til et motsetningsforhold mellom foreldrenes interesse og barnets interesse: Å styrke og utvikle familiebandene er i begge parter interesse. I en rekke dommer, herunder i Pedersen-saken og Hernehult-saken, fremheves at det ved interessekonflikt må særlig legges vekt på barnets interesser. <sup>70</sup> Barnets interesser er fortsatt «paramount», men Norge må sørge for at retten til familieliv og foreldrenes interesser er tilstrekkelig hensyntatt ved at man i vurderingen grunngrir hvorfor hensynet til barnet tilsier en begrensning i familielivet. Endringene i praksis medfører en mer «rettferdig» balanse/vekting av de ulike interesser enn tidligere. Jeg mener således at gjenforeningsmålet ikke er absolutt. Foreligger det spesielle omstendigheter ved barnet eller har foreldrene begått grove tillitsbrudd, åpner praksis klart nok for at myndighetene kan nekte samvær.

Høyesterett har selv formulert dette fint ved å påpeke at gjenforeningsmålet forutsetter at det gis så mye samvær som mulig *uten å tilsidesette hensynet til barnets beste*. <sup>71</sup>

---

<sup>68</sup> Kjetil Kolsrud, «- Viktig for regjeringen å gi uttrykk for denne bekymringen», Rett24, 26. mai 2020 <https://rett24.no/articles/-viktig-for-regjeringen-a-gi-uttrykk-for-denne-bekymringen>

<sup>69</sup> Skogstrøm, Lene, «Regjeringen vil anke to norske barnevernssaker inn for storkammeret i Den europeiske menneskerettsdomstol», Aftenposten, 25.mai 2020 <https://www.aftenposten.no/norge/i/vQMXvp/regjeringen-vil-anke-to-norske-barnevernssaker-inn-for-storkammeret-i-den-europeiske-menneskerettsdomstol>

<sup>70</sup> Henholdsvis avsnitt 61 og 62

<sup>71</sup> HR-2020-662-S avsnitt 134

# Kildeliste

## Litteratur:

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

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

Haugli, Trude, *Samværsrett i barnevernssaker*, 2. utgave, Universitetsforlaget 2000

Haugli, Trude og Torill Havik, *Samvær i barnevernsaker: Psykologiske og juridiske utredninger*, Universitetsforlaget 2010

Kolstad Kvalø, Kirsten og Julia Köhler-Olsen, *Barnerett i et nøtteskall*, Gyldendal Norsk Forlag AS 2016

Sandberg, Kirsten, *Barnets beste i lovgivningen – Betenkning til Barnevoldsutvalget*, 21. desember 2016

Merete Havre, Norsk Lovkommentar: Barnevernloven, note 248, Rettsdata.no

Merete Havre, Norsk Lovkommentar: Barnevernloven, note 244, Rettsdata.no

## Norske lover:

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov

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

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

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

### **Internasjonale konvensjoner:**

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4. November 1950. (Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen).

FNs konvensjon om barnets rettigheter, 20. november 1989

### **Norske lovforarbeider og offentlige dokumenter:**

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

Ot.prp. nr. 45 (2002-2003) Om lov om endring i menneskerettsloven mv. (innarbeiding av barnekonvensjonen i norsk lov)

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

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

Prop. 73 L (2016-2017) Endringer i barnevernloven (barnevernsreform)

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

Høringsnotat – forslag til ny barnevernslov, 2019

## **Norske rettsavgjørelser:**

Rt. 1996 s. 1684

Rt. 1998 s. 787

Rt. 1998 s. 1420

Rt. 1998 s. 1702

Rt. 2001 s. 14

Rt. 2002 s. 875

Rt. 2002 s. 908

Rt. 2003 s. 425

Rt. 2004 s. 811

Rt. 2004 s. 1046

Rt. 2006 s.247

Rt. 2006 s. 1672

Rt. 2007 s. 1147

Rt. 2014 s. 976

HR-2016-2314-U

HR-2017-2015-A

HR-2019-02301-A

HR-2019-788-U

HR-2020-661-S

HR-2020-662-S

HR-2020-663-S

## **Rettsavgjørelser fra EMD:**

*W v. The United Kingdom* [P], ECHR:1987:0708JUD000974982

*Case of Johansen v. Norway* [GC], ECHR:1996:0807JUD001738390

*Case of C. v. Finland* [J], ECHR:2006:0509JUD001824902

*Case of Neulinger and Shuruk v. Switzerland* [GC], ECHR:2010:0706JUD004161507

*Case of Jansen v. Norway* [J], ECHR:2018:0906JUD000282216

*Case of Strand Lobben and others v. Norway* [GC], ECHR:2019:0910JUD003728313

*Case of K.O. and V.M. v. Norway* [J], ECHR:2019:1119JUD006480816

*Case of A.S. v. Norway* [J], ECHR:2019:1217JUD006037115

*Case of Hernehult v. Norway* [J], ECHR:2020:0310JUD001465216

*Case of Pedersen and others v. Norway* [J], ECHR:2020:0310JUD003971015

## **Avisartikler og nyhetsartikler:**

Bufdir, «Barn og unge som barnevernet har overtatt omsorgen for»

[https://bufdir.no/Statistikk\\_og\\_analyse/Barnevern/Barn\\_og\\_unge\\_med\\_tiltak\\_fra\\_barnevernet/Barn\\_og\\_unge\\_plassert\\_utenfor\\_hjemmet/Omsorgsovertakelser/](https://bufdir.no/Statistikk_og_analyse/Barnevern/Barn_og_unge_med_tiltak_fra_barnevernet/Barn_og_unge_plassert_utenfor_hjemmet/Omsorgsovertakelser/) (Oppdatert 5.juni 2020)

Norges institusjon for menneskerettigheter, «EMD og Norge – en historisk oversikt».

<https://www.nhri.no/arsmelding/arsmelding2019/emd-og-norge-en-historisk-oversikt/> (2019)

Kolsrud, Kjetil, «- Viktig for regjeringen å gi uttrykk for denne bekymringen», Rett24, 26. mai 2020

<https://rett24.no/articles/-viktig-for-regjeringen-a-gi-uttrykk-for-denne-bekymringen>

Skogstrøm, Lene, «Regjeringen vil anke to norske barnevernssaker inn for storkammeret i Den europeiske menneskerettsdomstol», Aftenposten, 25.mai 2020

<https://www.aftenposten.no/norge/i/vQMXvp/regjeringen-vil-anke-to-norske-barnevernssaker-inn-for-storkammeret-i-den-europeiske-menneskerettsdomstol>

