

Samvær under tilsyn etter barnelova § 43 a

Med et kritisk blikk på underrettspraksis

Kandidatnummer: 121

Antall ord: 14 663



JUS399 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

12. desember 2022

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	2
1 Innledning.....	4
1.1 Tema og problemstilling.....	4
1.2 Avgrensning.....	6
1.3 Begrepsavklaring	6
1.3.1 Støttet og beskyttet tilsyn	6
1.3.2 Andre sentrale begrep.....	7
1.4 Rettskildebildet og metodespørsmål.....	8
1.4.1 Rettskildebildets karakter	8
1.4.2 EMDs praksis og FNs barnekomité	9
1.4.3 Forskrift.....	9
1.4.4 Forarbeider	10
1.4.5 Særlig om underrettspraksis som rettskilde	10
1.5 Videre fremstilling.....	11
2 Grunnleggende hensyn for samvær under tilsyn.....	13
2.1 Styrking av barneperspektivet som generelt siktemål for bl. § 43 a.....	13
2.2 Barnets rett til kontakt med begge foreldre	14
2.3 Barnets rett til en forsvarlig omsorg – beskyttelse mot vold og overgrep.....	15
2.4 Hensynet til barnets beste ved samvær under tilsyn.....	16
2.5 Barnets rettssikkerhet	18
2.6 Barnets medvirkningsrett ved samvær under tilsyn	19
2.7 Foreldrenes rett til familieliv	20
2.8 Minste inngreps prinsipp	21
3 Samvær under tilsyn.....	22
3.1 Generelt om vilkårsstrukturen	22
3.2 «Særlege høve».....	23
3.2.1 Nærmere om vurderingstemaet	23
3.2.2 Relevante vurderingsmomenter.....	25
3.3 «Omsynet til barnet sine behov»	28
3.3.1 Nærmere om vurderingstemaet	28
3.3.2 Relevante vurderingsmomenter.....	29

3.4	Vilkårene «barnet sine behov» og «barnets beste»	31
3.4.1	Forholdet mellom barnets behov og barnets beste	31
3.4.2	Barnets beste som «selvstendig vilkår»	32
3.4.3	Innholdet i barnets beste som vilkår	32
4	Et kritisk blikk på underrettspraksis	35
4.1	Generelt om vurderingen i underrettspraksis	35
4.2	Flere vilkår eller én helhetsvurdering?	35
4.3	Er avveiningen balansert og synlig nok?	39
4.3.1	Om krav til vurderingene	39
4.3.2	Særlig om minste inngreps prinsipp	41
5	Avsluttende bemerkninger	43
	Litteraturliste	45

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Barnet har en lovfestet rett til å ha samvær med begge foreldre, der de av ulike grunner ikke bor sammen, jf. barnelova § 42 (1) første punktum.¹ Samværsretten begrunnes i en generell presumsjon for at det er til det beste for barnet å ha kontakt med begge foreldre,² men samværsretten er ikke absolutt. Hensynet til barnets beste tilsier i noen tilfeller at det enten ikke skal være samvær i det hele tatt, eller at det skal oppstilles vilkår for samværet, jf. bl. §§ 43 (1) og (3) og § 43 a. Samvær under tilsyn er et slikt vilkår. Temaet for denne oppgaven er samvær under tilsyn etter bl. § 43 a.

Bl. § 43 a (1) fastslår at der «tilsyn blir sett som vilkår for samværet, kan retten i særlege høve og der omsynet til barnet sine behov talar for det, påleggje kommunal barnevernteneste eller departementet å oppnemne ein person som skal føre tilsyn under samvær». Samvær under tilsyn innebærer altså at samvær gjennomføres med en offentlig oppnevnt person til stede,³ og bygger på at noe kontakt anses å være til barnets beste,⁴ – hvis ikke, må retten bestemme at det ikke skal være samvær i det hele tatt, jf. bl. § 43 (1) siste punktum. Tilsyn etter bl. § 43 a er det som kalles *offentlig* tilsyn, til forskjell fra *privat* tilsyn etter § 43 (3), hvor foreldrene selv velger tilsynspersonen. Det kan fastsettes to typer offentlig tilsyn, basert på hvor omfattende tilsyn situasjonen krever – støttet og beskyttet tilsyn, se nærmere i punkt 1.3.1.

Retts spørsmål om samvær under tilsyn kan være krevende for rettsanvenderen, av flere grunner. Samvær under tilsyn aktualiserer en rekke kryssende hensyn som må balanseres for å lande på en samværløsning som er til barnets beste. Samvær under tilsyn skal for eksempel ivareta både barnets rett til kontakt med begge foreldre, jf. barnekonvensjonen art. 9 nr. 3,⁵ og foreldrenes rett til familieliv, jf. EMK art. 8.⁶ Samtidig skal barnet vernes mot vold og overgrep, jf. bl. § 48 (2) og barnekonvensjonen art. 3 nr. 2 og art. 19. Pålegget om offentlig

¹ Omtales videre som barnelova eller bl.

² HR-2022-1639-A avsnitt 28

³ Nærmere om selve tilsynet og oppnevning av tilsynspersonene i forskrift om samvær med tilsyn etter barnelova (heretter «forskriften») §§ 5 og 7. Dette går jeg ikke nærmere inn på senere i oppgaven.

⁴ Forskriften §§ 4 og 6

⁵ Convention on the rights of the child, New York, 20. november 1989 (Barnekonvensjonen)

⁶ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4. november 1950 (Den europeiske menneskerettighetskonvensjon)

oppnevnt person ved samværet gir dessuten samvær under tilsyn en inngripende karakter, både for barnet og samværsforelderen, noe som stiller krav til den rettslige begrunnelsen. Rettsspørsmål om tilsyn kan også være krevende fordi vilkårene er vage og skjønnsmessige: Tilsyn kan pålegges dersom «omsynet til barnet sine behov talar for det» og det foreligger «særlege høve». Rettskildebildet bidrar også til å gjøre spørsmålene krevende: Forarbeidene gir, som jeg kommer inn på senere, tydelig anvisning på at vilkårene skal tolkes med utgangspunkt i barnets konkrete situasjon og individuelle behov, men det finnes lite høyesterettspraksis om hvordan rettsanvendere skal gå fram for å tolke lovbestemmelsens vage vilkår i et slikt perspektiv. Se nærmere om rettskildebildet i punkt 1.5.

Paragraf 43 a ble inntatt i barnelova gjennom lovendring som trådte i kraft 1. januar 2014.⁷ Åtte år etter ikraftsettelsen, er reguleringen av offentlig tilsyn ikke lenger ny. En god del rettsavgjørelser om § 43 a er avsagt, særlig av ting- og lagmannsrett, men bestemmelsen er fremdeles ikke helt avklart. Det gjenstår etter min mening avklaring av flere tolkningsspørsmål knyttet til vilkårene, og det er dette som aktualiserer temaet i denne fremstillingen.

Hovedproblemstillingen for denne oppgaven er hvordan vilkårene for samvær under tilsyn etter barnelova § 43 a (1) skal tolkes i lys av bestemmelsens mange sentrale, men kryssende grunnleggende hensyn.

Hovedproblemstillingen reiser en rekke delproblemer knyttet til hvordan vilkårene i bl. § 43 a (1) skal forstås og anvendes. Flere delproblemer handler om vilkårsstrukturen i bestemmelsen: Hva er vurderingstemaene i grunnvilkårene «særlege høve» og «omsynet til barnet sine behov», som altså begge er vage og skjønnsmessige? Hvilke vurderingsmomenter er relevante? Hvilken rolle spiller barnets beste i vurderingen etter bl. § 43 a? Slike spørsmål, knyttet til hvordan vilkårene i bl. § 43 a (1) skal forstås og tolkes, tar jeg for meg i oppgavens kapittel 3. Som grunnlag for denne analysen, trekker jeg i kapittel 2 først opp det sammensatte bildet av de grunnleggende hensynene og rettighetene som bestemmelsen er bygget på og bærer av.

I kapittel 4 retter jeg et kritisk blikk på utvalgt underrettspraksis om samvær under tilsyn, dels for å belyse og berike forståelsen av at samvær under tilsyn er krevende rettsanvendelse; og

⁷ Lov nr. 62/2013

dels for å reise spørsmål knyttet til hvordan underrettspraksis tolker vilkårene i bl. § 43 a – sett i lys av bestemmelsens grunnleggende hensyn. Jeg vil reise to utvalgte spørsmål, se punkt 4.1, som hver for seg og sammen problematiserer om underrettspraksis tolker vilkårene i § 43 a (1) godt nok i tråd med bestemmelsens grunnleggende hensyn.

Siktemålet med oppgaven er med andre ord dels å klargjøre hvordan vilkårene for samvær under tilsyn av offentlig oppnevnt person etter bl. § 43 a (1) skal forstås og tolkes; og dels å reise spørsmål om hvordan bestemmelsen anvendes i utvalgt underrettspraksis.

1.2 Avgrensning

Denne oppgaven tar for seg samvær under tilsyn etter § 43 a, og mer spesifikt vilkårene etter første ledd. De resterende leddene vil kun nevnes kort der det er relevant, men utover det, avgrenses det mot § 43 a (2) flg.

Jeg behandler utelukkende tilsynsordningen etter *barnelova*. Det finnes også regler om samvær og tilsyn etter barnevernloven, men disse gjelder ved omsorgsovertakelse og lignende i regi av barnevernet. Det vil derfor avgrenses mot barnevernloven.

Hensynet til barnets beste er sentralt. Barnets beste gjelder for alle barn, i avgjørelser som «berører» dem, jf. barnekonvensjonen art. 3 nr. 1. Det innebærer at det enkelte barn i enkeltsaker omfattes, men også barn som gruppe. Sistnevnte vil ikke behandles i denne oppgaven, da enkeltbarn i en foreldretvist er i kjernen av problemstillingen.

1.3 Begrepsavklaring

1.3.1 Støttet og beskyttet tilsyn

Det fremgår av bl. § 43 a (1) siste punktum at retten kan fastsette enten «beskytta» eller «støtta» tilsyn. Å skille mellom to tilsynstyper skal bidra til å oppnå hovedformålene med tilsynsordningen – *beskyttelse* og *støtte*.⁸

⁸ Prop. 85 L (2012–2013) s. 53–54

Støttet og beskyttet tilsyn har noe ulik karakter: Støttet tilsyn anvendes typisk i tilfeller der det er stor foreldrekonflikt, slik at det er problematisk å gjennomføre samvær; og i tilfeller der barnet og samværsforelderen ikke kjenner hverandre så godt, slik at tilsynspersonen skal hjelpe med kontaktetablering.⁹ Formålet med støttet tilsyn er å støtte og veilede under samværet, og tilsynspersonen skal ikke overvåke samværet i sin helhet. Støttet tilsyn er ment som en overgangsordning til samvær uten tilsyn, eller eventuelt med privat tilsyn, på sikt, avhengig av hva som er til barnets beste.¹⁰

Ved beskyttet tilsyn skal derimot hele samværet overvåkes.¹¹ Tilsynstypen anvendes i hovedsak der det er, eller har vært, problemer knyttet til rusmiddelbruk, vold eller psykiske lidelser, men hvor det likevel anses å være til barnets beste med et visst samvær.¹² Det fremgår av forarbeidene at beskyttet tilsyn er ment for tilfeller hvor det anses positivt for barnet å ha en viss kontakt med, og kjennskap til, samværsforelderen – uten å tilsvare samvær av vanlig omfang.¹³

1.3.2 Andre sentrale begrep

«Barn» er naturligvis et svært sentralt begrep for oppgaven, men barnelova inneholder ingen definisjon av ordet. I barnekonvensjonen art. 1 defineres imidlertid barn som «ethvert menneske under 18 år». Dette samsvarer med min bruk av ordet «barn».

«Tilsyn» forstås i denne sammenheng som bruken av en tredjeperson ved samvær. I barnelova har man regler både om privat og offentlig tilsyn, som jeg nevnte innledningsvis. Denne oppgaven handler om tilsyn av offentlig oppnevnt person. Når jeg skriver om «samvær under tilsyn» er det derfor offentlig tilsyn jeg sikter til. Dette gjelder med mindre jeg presiserer at jeg sikter til «privat tilsyn» og «offentlig tilsyn».

Ved omtale av foreldrene, vil jeg noen steder skille mellom «bostedsforelder» og «samværsforelder». Førstnevnte vil da være forelderen barnet har fast bosted hos; mens sistnevnte vil være forelderen som har eller kan ha samvær. Der jeg omtaler foreldre generelt,

⁹ Ibid. s. 54

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid. s. 53

¹² Ibid.

¹³ Ot.prp. nr. 103 (2004–2005) s. 56, jf. Prop. 85 L (2012–2013) s. 53, jf. s. 52

vil jeg gjennomgående bruke ordet «foreldre», men gjeldende rett vil være tilsvarende for én forelder.

Gjennom denne oppgaven vil jeg bruke begrepet «vanlig samvær». Med det sikter jeg til samvær under normale forhold, uten tilsyn eller andre vilkår. Begrepet «vanleg samværsrett» blir brukt i barnelova § 43 (2), ved omtale av det omfanget av samvær som anses som vanlig, når foreldre skal avtale samværet seg imellom etter et samlivsbrudd. Det er altså ikke «vanleg samværsrett» jeg mener – men samvær under normale forhold, uten tilsyn eller andre vilkår.

1.4 Rettskildebildet og metodespørsmål

1.4.1 Rettskildebildets karakter

Rettskildebildet i denne fremstillingen knytter seg i hovedsak til barnelovas ulike bestemmelser. Internasjonale menneskerettigheter ligger som et bakteppe – og særlig barnekonvensjonen. EMK står sentralt, særlig på grunn av Den europeiske menneskerettighetsdomstolens (EMD) avgjørelser i saker om barns rettigheter, som har hatt stor betydning for utviklingen av flere barnereettslige spørsmål.

Forarbeidene i forbindelse med innføringen av § 43 a i barnelova, er svært sentrale for å forstå bakgrunnen for utviklingen av tilsynsadgangen. Det ble også utarbeidet en forskrift og en tilhørende veileder som kan gi enkelte tolkningsbidrag og støtteargumenter ved tolkningen av § 43 a, se punkt 1.4.3.

Rettslitteratur vil være en nokså sentral rettskilde i denne fremstillingen. Særlig vil jeg trekke frem Ravn og Skjørtens artikkel «Offentlig oppnevning av tilsynsperson i samværssaker etter barneloven» fra 2016, som gir bidrag til mitt kapittel 3. Her vil jeg bruke deres analyse av rettspraksis – de analyserte lagmannsrettens vurderinger av bl. § 43 a i perioden fra bestemmelsen trådte i kraft 1. februar 2014, og frem til 1. april 2015. Disse vil jeg benytte meg av i min fremstilling, i tillegg til å supplere med utvalgt nyere praksis. Se nedenfor, under 1.4.5.

Det er svært få saker etter § 43 a som har kommet til Høyesterett, og det er dermed lite veiledning å hente fra høyesterettspraksis. Høyesterett har totalt avsagt 15 avgjørelser med

henvisning til bestemmelsen – blant disse har kun to av dem noe relevant innhold for denne oppgaven, men også i dem er det lite å hente. Det er nok den største metodiske utfordringen i denne oppgaven, og øker aktualiteten av underrettspraksis. Dette reiser særlige metodespørsmål som jeg kommer tilbake til nedenfor.

1.4.2 EMDs praksis og FNs barnekomité

EMD tolker i hovedsak EMK – men EMK verner også barns rettigheter, og praksisen kan derfor være anvendelig også overfor barn. EMD har avsagt mange dommer mot Norge i samværssaker, men det gjelder i hovedsak samværsspørsmålet i barnevernssaker.

Avgjørelsene vil dermed ikke være direkte anvendelige i vurderingen av samværsspørsmålet i foreldretvister, men enkelte uttalelser kan likevel få betydning, da sakene ofte bygger på de samme hensynene.

EMD har gitt generelle uttalelser hva gjelder vurderinger og begrunnelser i inngripende rettsavgjørelser. Slike uttalelser vil være sentrale i delpunkt 4.3, hvor jeg tar for meg hvorvidt underrettspraksis' vurderinger er balanserte og synlige nok, samt hvorvidt minste inngreps prinsipp blir ivaretatt.

Det finnes ingen domstol som dømmer med grunnlag i barnekonvensjonen.¹⁴ Dermed kan ikke barnekonvensjonen tolkes basert på praksis slik som EMK og nasjonal rett. FNs komité for barnets rettigheter utarbeider imidlertid generelle kommentarer som tolker og klarlegger innholdet i konvensjonen.¹⁵ Disse er ikke rettslig bindende, men er ment å være veiledende.¹⁶ Derfor kan de generelle kommentarene være retningsgivende for tolkningen av barnekonvensjonen, og disse vil jeg benytte meg av i fremstillingen av de ulike hensynene og rettighetene i kapittel 2.

1.4.3 Forskrift

Forskriften er et viktig tillegg til bl. § 43 a. Forskriften presiserer enkelte sider ved offentlig tilsyn etter § 43 a, som knytter seg til rettens avgjørelse og gjennomføringen av tilsynet, jf. bl.

¹⁴ Smith i Høstmælingen m.fl., 2020, s. 28

¹⁵ Ibid. s. 24 og 26

¹⁶ Rt. 2009 s. 1261 A avsnitt 40

§ 43 a (8). I denne oppgaven vil særlig §§ 4 og 6 gi viktige føringer, da disse bestemmelsene gir nærmere presiseringer til støttet og beskyttet tilsyn.

Forskriften har et tilhørende rundskriv som vil kunne bidra med noen føringer.¹⁷ Dette er en veileder til forskriften til § 43 a, men som kom i 2013, i likhet med lovvedtaket og forskriften. Derfor er det ikke et etterarbeid som kan gi føringer basert på erfaringer, men heller en presisering og tydeliggjøring av hva som var ment i forskriften. Dermed kan det stilles spørsmål til hvilken rettskildemessig vekt rundskrivet kan gis. Det bidrar til å avklare enkelte spørsmål der andre rettskilder er tause, og i disse tilfellene vil jeg tillegge noe vekt. I tilfeller hvor forskrift eller forarbeider er avklarende, vil disse imidlertid være de sentrale rettskildene.

1.4.4 Forarbeider

I forbindelse med lovendringen i 2013, ble Prop. 85 L (2012–2013) utarbeidet, og denne vil være en svært sentral rettskilde i oppgaven. Forarbeidet er gjennomarbeidet, og uttrykker lovgivers vilje. Derfor gir forarbeidene god veiledning hva gjelder formålet bak bestemmelsen og tilsiktet bruk. Forarbeidet er imidlertid noe mangelfullt i fremstillingen av det konkrete innholdet i bestemmelsens vilkår, som skaper utfordringer ved tolkningen av vilkårene. Dette vil jeg komme tilbake til i kapittel 3.

Bestemmelsen i § 43 a er en utvikling av en allerede eksisterende bestemmelse, og dermed kan mange av endringene som er gjort være basert på erfaring med den tidligere bestemmelsen. Derfor vil også Ot.prp. nr. 103 (2004–2005) gi tolkningsbidrag. Dette er forarbeidet til den tidligere lovendringen, da offentlig tilsyn først ble innført i 2007.¹⁸ Kanskje kan man i større grad vektlegge videreføringer og justeringer, enn helt nye elementer. Alt i alt er forarbeidene en rettskilde som gir viktige føringer.

1.4.5 Særlig om underrettspraksis som rettskilde

Saker om samvær under tilsyn kommer sjelden så langt som til Høyesterett, og det finnes dermed få høyesterettsavgjørelser til å legge føringer for tolkningen av bl. § 43 a. Dette er i

¹⁷ Rundskriv om samvær med tilsyn etter barneloven § 43 a, heretter «veilederen»

¹⁸ Ved lov nr. 6/2006

seg selv en rettskildemessig utfordring, da det mangler en sentral rettskilde til å tolke bestemmelsen.

Til tross for underrettspraksis' begrensede vekt som rettskilde,¹⁹ vil jeg benytte meg aktivt av underrettspraksis i denne oppgaven for å undersøke rettsanvendelsen med et kritisk blikk. Det understrekes for det første at ikke all tingrettspraksis publiseres på lovdata, og at en gjennomgang derfor ikke kan bli helt illustrerende. Samme forbehold tas for lagmannsrettspraksis, da fremstillingen min ikke vil ta utgangspunkt i alle publiserte avgjørelser – kun et utvalg.

Jeg har gjennomgått totalt ti avgjørelser fra lagmannsretten og 17 avgjørelser fra tingretten. Jeg gikk gjennom alle publiserte tingrettsavgjørelser på lovdata tilknyttet § 43 a, og valgte bort de avgjørelsene hvor det bare er henvist til bestemmelsen uten å vurdere samvær under tilsyn. Av de 17 dommene fra tingretten, er elleve av disse brukt i oppgaven. Ved utvelgelsen av lagmannsrettsavgjørelser tok jeg for meg de nyeste avgjørelsene, i hovedsak fra Borgarting lagmannsrett, supplert med noen andre lagmannsretter. Jeg valgte bort avgjørelser på samme måte som for tingrettspraksis.

Bakgrunnen for det begrensede utvalget, er at siktemålet med gjennomgangen av underrettspraksis er å se på tendenser i vurderingene, og ikke å gi en fullstendig oversikt over det som er vurdert.

1.5 Videre fremstilling

Videre i denne oppgaven vil jeg som nevnt i 1.1, begynne med å se på de grunnleggende hensynene bak bestemmelsen i bl. § 43 a, og rettighetene som ligger til grunn, særlig ved å bruke forarbeidene og bakgrunnen for innføringen av bestemmelsen.

I kapittel 3 vil jeg analysere vilkårene i barnelova § 43 a (1), med fokus på de to grunnvilkårene for samvær under tilsyn. Jeg vil se på vurderingstemaene i hvert av vilkårene, samt redegjøre for relevante vurderingsmomenter. Ettersom barnets beste etter bl. § 48 ifølge

¹⁹ Eckhoff, 2001, s. 162

forarbeidene skal gjelde som et «selvstendig vilkår» også etter § 43 a,²⁰ vil jeg redegjøre for dette mot slutten av kapittel 3.

Det er en egen drøftingsdel i kapittel 4, hvor jeg i hovedsak ser på underrettspraksis med et kritisk blikk. Her vil jeg ta utgangspunkt i noen delspørsmål, og analysere vurderingene etter bl. § 43 a, gjennom utvalgt underrettspraksis.

Kapittel 5 vil inneholde noen avsluttende bemerkninger knyttet til oppgaven, for å belyse og så godt det lar seg gjøre, besvare hovedproblemstillingen.

²⁰ Prop. 85 L (2012–2013) s. 87

2 Grunnleggende hensyn for samvær under tilsyn

2.1 Styrking av barneperspektivet som generelt siktemål for bl. § 43 a

Innføringen av § 43 a i barnelova var del av en større lovendring, og bestemmelsen ble innført på grunn av et behov for å utvide og presisere ordningen med offentlig tilsyn.²¹ Behovet hadde bakgrunn i at offentlig tilsyn ble anvendt i mye større omfang enn forutsatt da ordningen først kom inn i barnelova.²² Lovendringen hadde som overordnet formål å styrke barneperspektivet i foreldretvister.²³ At det er et barneperspektiv kan forstås som at barnet skal være i sentrum av avgjørelsen – barnets interesser skal ha en sentral posisjon, og dermed aktualiseres flere av barnets rettigheter. I tillegg til barnets beste etter § 48, som også står sentralt i vurderingen av § 43 a, ble vilkåret «omsynet til barnet sine behov» tillagt, for å forplikte domstolene til å vurdere det *spesifikke* barnets behov ved avgjørelse om samvær under tilsyn.²⁴ Barnets medvirkningsrett er en viktig del av vilkåret om barnets behov,²⁵ som jeg kommer inn på i punkt 2.6, og nærmere i 3.3.2. Barns rettssikkerhet og rett til deltakelse i foreldretvister skulle styrkes som del av barneperspektivet, og barn skulle gis bedre beskyttelse i foreldretvister.²⁶ Gjennom lovendringen skulle blant annet disse hensynene styrkes, for å legge til rette for å ta avgjørelser nettopp med et barneperspektiv.²⁷

Barneperspektivet kan dermed sies å være sammensatt av en rekke hensyn, som av og til kan trekke i ulik retning. Barnet har en rett til samvær med foreldrene sine, men det har også en rett til å bli beskyttet mot vold og overgrep fra egne foreldre. Spørsmålet om tilsyn utgjør dermed et spenningsforhold mellom barnets ulike sentrale interesser og rettigheter. Det ble understreket i Ot.prp. nr. 103 at samværsretten ikke skal gå på bekostning av barnets beste –

²¹ Ibid. s. 6 og 14

²² Ibid.

²³ Ibid. s. 6

²⁴ Ibid. s. 50

²⁵ Ibid. s. 87

²⁶ Ibid. s. 6

²⁷ Ibid. s. 6–7 og s. 17

samvær under tilsyn skal bare fastsettes der noe samvær faktisk er til barnets beste.²⁸ Men hva som er til barnets beste er ikke en enkel vurdering å ta.

Også foreldrenes rettigheter kan havne i motstrid med barnets interesser i disse spørsmålene – og da er det særlig foreldrenes rett til familieliv etter EMK art. 8 som står på spill, se punkt 2.7. EMD har uttalt at i saker som handler om å legge til rette for kontakt mellom forelder og barn, må alles interesser hensyntas, og herunder barnets beste og barnets rett til familieliv.²⁹ Men der ”contact with the parent might appear to threaten those interests or interfere with those rights, it is for the national authorities to strike a fair balance between them”.³⁰

I dette kapitlet skal jeg gjennomgå de grunnleggende hensynene og rettighetene som ligger bak bestemmelsen i bl. § 43 a, som er gjenstand for en ofte utfordrende avveining i spørsmål om samvær under tilsyn.

2.2 Barnets rett til kontakt med begge foreldre

Det følger av barnekonvensjonen art. 9 nr. 3 at barnet har en rett til å «oppretholde personlig forbindelse og direkte kontakt med begge foreldrene regelmessig» der barnet er «atskilt fra en eller begge foreldre». I forarbeidene fremgår dette som en grunnleggende rettighet bak lovendringene i 2013 generelt.³¹ Rettigheten er avgrenset mot tilfeller hvor kontakten «er i strid med barnets beste», jf. art. 9 nr. 3, og er dermed ikke absolutt. Barnelova oppstiller ikke retten til kontakt uttrykkelig, men slik jeg ser det, er bl. § 43 a et uttrykk for den – samvær under tilsyn muliggjør samværsretten i tilfeller der det ikke er til barnets beste med vanlig samvær.

Forpliktelsen etter barnekonvensjonen innebærer at staten «skal respektere» denne rettigheten for barnet – det innebærer ifølge rettslitteraturen på den ene siden at staten skal legge til rette for kontakt mellom partene; og på den annen side et vern mot inngrep.³²

Retten til å ha kontakt med begge foreldre henger tett sammen med retten til familieliv i EMK art. 8. EMD har slått fast at dersom en biologisk forelder ikke ønsker å ha personlig kontakt

²⁸ Ot.prp. nr. 103 (2004–2005) s. 32

²⁹ *A.B.V. mot Russland* [J] 2018, avsnitt 70

³⁰ Ibid.

³¹ Prop. 85 L (2012–2013) s. 17

³² Bendiksen og Haugli, 2021, s. 52-53

med barnet sitt, har barnet en rett til å fremtvinge kontakt, selv imot forelderens ønske.³³ Det illustrerer tyngden av barnets rett til kontakt med begge foreldre. I slike situasjoner kan det imidlertid stilles spørsmål ved om det er til barnets beste å ha samvær med en forelder som ikke ønsker det, men utgangspunktet er uansett at barnets rett til kontakt stiller sterkt. Der det er en fare for eksempelvis vold og overgrep fra foreldrene, kan imidlertid retten til kontakt måtte vike.

2.3 Barnets rett til en forsvarlig omsorg – beskyttelse mot vold og overgrep

Departementet understreker i Prop. 85 L at det ikke er noen tvil om at retten til beskyttelse mot vold og overgrep må gå foran andre rettigheter etter barnekonvensjonen.³⁴ Lovendringen skulle bidra til å øke rettssikkerheten til barn som er utsatt, og bidra til bedre ivaretagelse av barnets beste i foreldretvister der det er risiko for vold eller annen skadelig atferd.³⁵

Retten til en forsvarlig omsorg og beskyttelse mot vold og overgrep fremkommer flere steder i barnelova, så vel som i barnekonvensjonen art. 3 nr. 2 og art. 19. I bl. § 48 (2) jf. (1) heter det at ved avgjørelser om bl.a. samvær, skal det «takast omsyn til at barnet ikkje må bli utsett for vald eller på anna vis bli handsama slik at den fysiske eller psykiske helsa vert utsett for skade eller fare». Den samme formuleringen går igjen i § 30 (3). Retten til beskyttelse henger tett sammen med barnets rett til omsorg fra sine foreldre. Bl. § 30 (1) bestemmer at barn har krav på «omsut og omtanke» fra foreldrene, sml. barnekonvensjonen art. 7. Bl. § 30 (1) og (3) illustrerer dermed at en forsvarlig omsorg forutsettes av å bli beskyttet mot vold, overgrep og lignende; og beskyttelse av barnet kan sies å være en del av omsorgen.

Ved avgjørelser om samvær, må blant annet retten barnet har til kontakt med sine foreldre, settes opp mot retten til beskyttelse mot å bli utsatt for vold og overgrep fra foreldrene.³⁶ Der barn har vært utsatt for slike ting og det er en gjentakelsesfare, er utgangspunktet at det ikke skal fastsettes samvær i det hele tatt – heller ikke med tilsyn.³⁷ Med tilsyn etter bl. § 43 a, åpnes det for at det kan være noe samvær til tross for problematikk med vold og lignende,

³³ Van Bueren, 2007, s. 131

³⁴ Prop. 85 L (2012–2013) s. 17

³⁵ Ibid. s. 6-7

³⁶ Ibid. s. 18

³⁷ Ibid. s. 44

men der et visst samvær likevel anses å være til barnets beste.³⁸ Da kan det fastsettes beskyttet tilsyn, for å ivareta barnets behov for beskyttelse ved samværet.

Ved bruk av tilsynsformen støttet tilsyn aktualiseres ikke beskyttelsesbehovet på samme måte, ettersom støttet tilsyn ikke skal benyttes i situasjoner hvor det er noen fare, eller risiko for fare, for barnets sikkerhet. Forarbeidene legger ikke opp til at støttet tilsyn har grunnlag i et spesifikt hensyn. Likevel kan det argumenteres for at også støttet tilsyn aktualiserer retten til en forsvarlig omsorg. De typiske situasjonene hvor støttet tilsyn anvendes er der det er stor foreldrekonflikt eller behov for kontaktetablering.³⁹ Særlig kan stor foreldrekonflikt gå utover foreldrenes omsorgsevne, og da kan støtte og veiledning ved samværet bidra til å sikre omsorgen for barnet.

2.4 Hensynet til barnets beste ved samvær under tilsyn

Innføringen av barnelova § 43 a skulle bidra til bedre ivaretagelse av barnets beste i foreldretvister, særlig der det er risiko for at barn blir utsatt for vold, overgrep eller andre former for omsorgssvikt.⁴⁰ Bl. § 43 a legger opp til en konkret vurdering av barnets situasjon og behov, og forplikter dermed domstolen til å fastsette en tilsynsform mer i tråd med barnets beste.⁴¹ Som tidligere nevnt er det presisert i forarbeidene at barnets beste i tillegg gjelder som et «selvstendig vilkår» i vurderinger etter § 43 a.⁴² Dette vil jeg komme tilbake til i punkt 3.4.

Hensynet til barnets beste har forankring i bl. § 48, som sier at avgjørelser om blant annet samvær «først og fremst [skal] rette seg etter det som er best for barnet». At det gjelder for saker om samvær, innebærer naturligvis at det også gjelder for samvær under tilsyn. Videre har barnets beste forankring både i Grunnloven § 104 og i barnekonvensjonen art. 3. Det finnes imidlertid ingen definisjon av begrepet i hverken barnekonvensjonen, Grunnloven eller barnelova, og «barnets beste» er i seg selv vagt. I teorien er det trukket frem at begrepet på generelt grunnlag legger føringer for at avgjørelser som berører barn skal tas med en grunnleggende respekt for barnets menneskeverd og integritet.⁴³

³⁸ Ibid. s. 53

³⁹ Ibid. s. 54

⁴⁰ Ibid. s. 6

⁴¹ Ibid. s. 51

⁴² Ibid. s. 87

⁴³ Haugli i Høstmælingen m.fl., 2020, s. 57

Barnekomiteen omtaler begrepet som et «dynamisk konsept».⁴⁴ Det er vanskelig å gi et spesifikt innhold, da barnets beste skal gjelde for barn på tvers av land, kultur, alder og livssituasjon. Begrepet innebærer dermed at det er det beste for det enkelte barn i den enkelte sak, som skal være overordnet,⁴⁵ noe som legger opp til en konkret og individuell vurdering. Ved bruk av et så vidt begrep, risikerer man at barnets beste ilegges ulikt innhold av alle som tar beslutninger som gjelder barn, og at barns rettssikkerhet dermed svekkes, se punkt 2.5. Barnekomiteen har imidlertid i generell kommentar nr. 14 angitt en generell, ikke-uttømmende liste over elementer som kan inngå i vurderingen, og som kan bidra til å avhjelpe dette problemet: Blant annet inngår barnets synspunkter og identitet, vern av barnets familiemiljø og bevaring av relasjoner, barnets sårbarhetsituasjon, og omsorg, beskyttelse og sikkerhet for barnet.⁴⁶

Barnekomiteen uttaler også i kommentaren at barnets beste er et tredelt konsept: Det er både et grunnleggende tolkningsprinsipp, en selvstendig rettighet for barnet, og en prosedyreregulering.⁴⁷ Alle disse sidene av barnets beste aktualiseres ved vurderingen av bl. § 43 a.

Som tolkningsprinsipp innebærer barnets beste at det alltid er den løsningen som ivaretar hensynet til barnets beste mest effektivt, som skal velges dersom en rettslig norm kan tolkes på flere måter.⁴⁸ Ser man på reguleringen av samvær generelt i barnelova, ser man at det er hensynet til barnets beste som er styrende: I barnelova §§ 42 og 43 fremgår barnets og foreldrenes rett til samvær, men denne begrenses til tilfeller der det ikke er «til beste for barnet» – da skal retten bestemme at det ikke skal være samvær, jf. § 43 (1) annet punktum. Det er dermed barnets beste som er avgjørende for hvorvidt det skal være samvær eller ikke. Ved å fastsette tilsyn, går man ikke så langt som å nekte samvær, men det er likevel en sterk begrensning i samværsretten. Forskriften presiserer at beskyttet tilsyn skal anvendes der «avgrensa samvær er til *barnets beste*» (mine uthevninger), jf. § 4 (1); og at støttet tilsyn skal anvendes der «samvær er til *barnets beste*» (mine uthevninger), men støtte/veiledning er nødvendig, jf. § 6 (1). Sammenhengen i loven legger dermed opp til at retten skal konkludere med samvær under tilsyn der dette er løsningen som best ivaretar hensynet til barnets beste.

⁴⁴ Komiteen for barnets rettigheter, 2013 s. 3

⁴⁵ Bendiksen og Haugli, 2020, s. 26

⁴⁶ Komiteen for barnets rettigheter, 2013 s. 12–16

⁴⁷ Ibid. s. 3–4

⁴⁸ Ibid. s. 3–4

Det synes også å være forståelsen i forarbeidene.⁴⁹ Dette kan etter min mening forstås som *tolkningsprinsippet* barnets beste.

Barnets beste som en selvstendig rettighet innebærer en rett for barnet til å få vurdert hva som er dets beste, i avgjørelser som i ulik grad berører barnet. Det skal også tillegges vekt som et grunnleggende hensyn når det avveies mot andre interesser.⁵⁰ Dette kommer etter min mening til uttrykk ved barnets beste som et «selvstendig vilkår» etter bl. § 43 a.⁵¹

Prosedyreregelen som følger med hensynet til barnets beste innebærer at alle beslutninger som gjelder barn må vise at barnets interesser er vurdert selvstendig og avveid mot andre relevante interesser.⁵² Bl. § 43 a, forskriften og EMDs praksis, på generelt grunnlag, setter visse krav til begrunnelser ved fastsetting av tilsyn, og dette kan man si uttrykker barnets beste som prosedyreregul. Dette vil jeg komme nærmere inn på i punkt 4.3.

2.5 Barnets rettssikkerhet

Som tidligere nevnt skulle barns rettssikkerhet styrkes med lovendringen i 2013.⁵³

Rettssikkerhet innebærer i utgangspunktet individets vern mot inngrep fra det offentlige – men når det gjelder *barns* rettssikkerhet, aktualiseres i mange tilfeller også statens plikt til å beskytte barnet mot sine foreldre.⁵⁴ I saker om samvær under tilsyn møter man tilfeller hvor barn og foreldres interesser er motstridende, og da må barnet i noen tilfeller beskyttes fra foreldrene sine.

Rettssikkerhet for barnet innebærer at visse grunnleggende rettigheter skal sikres.⁵⁵ Innhold blant annet i materielle og prosessuelle regler må være i samsvar med verdiene de grunnleggende rettighetene uttrykker, og det samme må avgjørelser som er basert på disse reglene.⁵⁶

⁴⁹ Ot.prp. nr. 103 (2004–2005) s. 33

⁵⁰ Komiteen for barnets rettigheter, 2013 s. 3–4

⁵¹ Prop. 85 L (2012–2013) s. 87

⁵² Haugli i Høstmølingen m.fl., 2020, s. 58

⁵³ Prop. 85 L (2012–2013) s. 6

⁵⁴ Bendiksen og Haugli, 2021, s. 28

⁵⁵ Ibid. s. 29

⁵⁶ Ibid.

En viktig del av rettssikkerhet er forutberegnelighet – det knytter seg til kravet til en klar og tydelig lovhjemmel ved inngrep.⁵⁷ Forutberegnelighet innebærer at det skal være mulig for enhver å forutse eller forstå hva gitte situasjoner vil føre til. Like tilfeller skal behandles likt – noe som er en utfordring ved vage og skjønnsmessige vilkår.

Skjønnsmessige vilkår finnes det svært mange av i barnerettslige reguleringer, og et eksempel er barnets beste, som jeg allerede har vært inne på. Skjønnsmessighet, og fleksibiliteten som medfølger, er både positivt og negativt.⁵⁸ Det negative er at det kan gå på bekostning av forutberegneligheten, som vil svekke rettssikkerheten; men det er positivt i den forstand at det åpner for å foreta vurderinger helt spesifikt for det enkelte barn og det enkelte tilfellet. Konkrete vurderinger er helt nødvendig, ettersom det er det individuelle barnet som skal danne utgangspunkt for vurderingen, og løsningen i hver sak skal tilpasses barnet saken handler om.⁵⁹ Da kan det også styrke rettssikkerheten.

Slike skjønnsmessige vilkår krever nettopp at man foretar en konkret vurdering i det enkelte tilfellet, men gjennom praksis utvikles det stadig vurderingsmomenter som kan bidra til en standardløsning. Dersom vurderingene blir for standardisert, kan det gå på bekostning av hva som er viktig for det enkelte barnet i en sak.⁶⁰ Et viktig virkemiddel for å sikre at avgjørelsen blir riktigst mulig for barnet, er å tilrettelegge for barnets medvirkning.

2.6 Barnets medvirkningsrett ved samvær under tilsyn

Medvirkningsretten er forankret i bl. § 31, som oppstiller en rett for barnet til å være med på avgjørelser «om personlege forhold for barnet». Rettigheten har også forankring i GrL § 104 (1) annet punktum og barnekonvensjonen art. 12, og gjelder helt overordnet i spørsmål som dreier seg om barnet.⁶¹ Medvirkningsretten innebærer at før det tas avgjørelser om barnet, «skal» barnet få informasjon om saken, og muligheten til å si sin mening. Barnets mening skal vektlegges etter alder og modenhet. I bl. § 31 (2) fremgår det uttrykkelig at rettigheten også gjelder ved avgjørelser om samvær.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Ibid. s. 30

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ Sandberg i Høstmølingen m.fl., 2020, s. 98

Et av formålene med lovendringene i 2013 var å styrke barns deltakelse i foreldretvister.⁶² Med innføringen av bl. § 43 a skulle domstolen forpliktes til å avgjøre samværssaker med større vekt på barnets subjektive opplevelser.⁶³ Vilkåret «omsynet til barnet sine behov» ble innført, med en ønsket effekt at flere barn skulle høres i samværssaker.⁶⁴

Når barnet skal høres om samvær, kan det tenkes å oppstå problemer som manipulasjon, eller at barnet har så stor lojalitetsfølelse overfor en forelder at det ikke tør å si sin mening. Videre kan det være problematisk dersom små barn som ikke er i stand til å uttrykke sin mening, blir plassert i samværssituasjoner som gjør mer skade enn det er til hjelp. Derfor er det viktig å se barnets ikke-verbale uttrykk,⁶⁵ samt å basere avgjørelsen blant annet på barnets reaksjoner på samvær. Sistnevnte er svært sentralt ved vurderingen av samvær under tilsyn, se punkt 3.3.2.

2.7 Foreldrenes rett til familieliv

Også foreldrene innehar en rett til respekt for sitt familieliv etter GrL § 102 og EMK art. 8. I likhet med barna, har foreldrene også en selvstendig rett til samvær der de ikke lenger bor sammen med barnet sitt, jf. bl. § 43 (1) første punktum. Forholdet mellom barn og foreldre er i kjernen av familielivet,⁶⁶ og deres interesser vil ofte være sammenfallende.

EMD har uttalt at “Article 8 includes a parental right to have steps taken to reunite them with their children and an obligation on the national authorities to facilitate such a reunion”.⁶⁷

Dette gjelder imidlertid ikke absolutt – det gjelder bare “in so far as the interest of the child dictates that everything must be done to preserve personal relations”.⁶⁸ Det innebærer at dersom det ikke er til barnets beste med samvær, kan forelderens rett til familieliv måtte vike. Denne avveiningen er ofte i kjernen av vurderingen i spørsmål om samvær under tilsyn etter bl. § 43 a.

Ved disse spørsmålene utfordres samværsforelderens rett til familieliv. Flere av barnets rettigheter veier tyngre enn forelderens rettigheter på dette punkt – for eksempel barnets rett

⁶² Prop. 85 L (2012–2013) s. 7

⁶³ Ibid.

⁶⁴ Ibid. s. 51

⁶⁵ Komiteen for barnets rettigheter, 2009, s. 8 og Skjørten, 2019, s. 199

⁶⁶ Bl.a. i *A.B.V. mot Russland* [J] 2018, avsnitt 68

⁶⁷ *Vyshnyakov mot Ukraina* [J] 2018, avsnitt 36

⁶⁸ Ibid.

til beskyttelse mot vold og overgrep, som et svært tungtveiende hensyn.⁶⁹ EMD har uttalt at «the parent cannot be entitled under Article 8 to have such measures taken as would harm the child's health and development».⁷⁰ Videre kan det være andre grunner til at barnets beste tilsier at foreldrenes rett til familieliv må vike. Der det er motstrid må interessene veies opp mot hverandre, men EMD har uttalt at barnas interesser må veie tyngre enn foreldrenes.⁷¹

2.8 Minste inngreps prinsipp

I saker om samvær under tilsyn er det offentlige involvert i saken i større grad enn i andre barnelovssaker, da det er retten som skal vurdere å fastsette tilsyn, jf. § 43 a (1). Ikke bare fastsetter domstolen omfanget av samværet, men barneverntjenesten eller departementet er også involvert, både ved å oppnevne tilsynsperson og å følge opp tilsynet, jf. bl. § 43 a (1) og (3).

Når det offentlige involveres i et privat forhold, blir det med ett spørsmål om inngrep i den private sfære, og i individets rettigheter.⁷² Forarbeidene understreker at offentlig tilsyn er et inngripende tiltak.⁷³ Tilsyn er imidlertid mindre inngripende enn samværsnekt – og derfor vil det være et virkemiddel for å sikre kontakt mellom barn og samværsforelder i de tilfellene hvor vanlig samvær ikke vil være gjennomførbart.⁷⁴

Inngripende tiltak krever detaljerte og konkrete begrunnelser fra domstolen, som synliggjør at kryssende interesser eller menneskerettigheter er vurdert.⁷⁵ Disse kravene kan blant annet begrunnes i det menneskerettslige minste inngreps prinsipp, som innebærer at det alltid må vurderes hvorvidt et formål kan nås med mindre inngripende tiltak.⁷⁶ Dette vil jeg komme tilbake til i punkt 4.3.

⁶⁹ Prop. 85 L (2012–2013) s. 17

⁷⁰ *Chizhov mot Russland* [J] 2021, avsnitt 53

⁷¹ *Vyshnyakov mot Ukraina* [J] 2018, avsnitt 35

⁷² Bendiksen og Haugli, 2021, s. 28

⁷³ Ot.prp. nr. 103 (2004–2005) s. 33 og Prop. 85 L (2012–2013) s. 51

⁷⁴ Ot.prp. nr. 103 (2004–2005) s. 33

⁷⁵ Norges institusjon for menneskerettigheter, 2020, punkt 6.1

⁷⁶ *Ibid.* punkt 6.6

3 Samvær under tilsyn

3.1 Generelt om vilkårsstrukturen

Barnelova § 43 a (1) første punktum oppstiller to grunnvilkår for at retten skal kunne fastsette samvær under tilsyn – det må foreligge «særlege høve», og «omsynet til barnet sine behov» må tale for tilsyn. Grunnvilkårene er kumulative, som følger av ordet «og». Det kumulative forholdet understrekes også i forarbeidene.⁷⁷ Dersom vilkårene er innfridd, «kan» retten fastsette samvær under tilsyn. Dette signaliserer at bestemmelsen legger opp til en skjønnsmessig vurdering – å fastsette tilsyn er ikke noe retten *må* gjøre dersom helt konkrete vilkår er innfridd, men det beror på en konkret vurdering av hvorvidt det er nødvendig og hensiktsmessig. Kanskje er «kan» en ekstra sikkerhetsventil knyttet til hvorvidt det er til barnets beste med tilsyn ved samværet. Barnets beste etter bl. § 48 gjelder, som nevnt, som et «selvstendig vilkår» i vurderingen av § 43 a.⁷⁸ Dette kommer jeg tilbake til i punkt 3.4.

Ordlyden i begge grunnvilkårene i § 43 a har nokså vage rammer, og de legger opp til en konkret, skjønnsmessig vurdering i det enkelte tilfellet. Den vage utformingen kan begrunnes i behovet for en fleksibilitet til å legge vekt på det enkelte barns behov og situasjon.⁷⁹ Likevel kan det stilles spørsmål ved om slike vilkår legger opp til et så stort argumentasjonsrom i vurderingene at det går utover barnas rettsikkerhet.

Som jeg var inne på i kapittel 2, bygger lovbestemmelsen på en rekke viktige hensyn – hensyn som ikke nødvendigvis trekker i samme retning. Dette gjelder både prinsipielt sett, og i konkrete rettsanvendelsessituasjoner. Et eksempel jeg også har nevnt tidligere, er forholdet mellom barnets rett til kontakt med begge foreldre, og retten til vern mot vold og overgrep – der en forelder er den som utgjør en fare for vold og overgrep, vil barnets rett til kontakt i noen tilfeller måtte vike. Dette er et eksempel på hensyn som prinsipielt sett trekker i hver sin retning, og som vil kunne stå svært sentralt i vurderinger etter § 43 a. Der man fastsetter samvær under tilsyn, balanserer man imidlertid disse hensynene, i og med at pålegget om

⁷⁷ Prop. 85 L (2012–2013) s. 87

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ Ibid.

tilsyn vil utgjøre et inngrep i retten til kontakt med begge foreldre, samtidig som tilsyn som vilkår for samværet vil være mindre inngripende enn å nekte samvær helt.

Vilkårene i § 43 a skal fremme disse hensynene – både hver for seg og samlet – i saker hvor bestemmelsen blir vurdert. Hensynenes viktige karakter, og motstriden som ofte oppstår, gjør at det kan bli utfordrende å foreta vurderingene som grunnvilkårene krever. Særlig er det utfordrende i rettsspørsmål som gjelder grensetilfellene for vilkårenes rekkevidde, da flere svært viktige hensyn ofte settes på spissen her.

I det følgende vil jeg ta for meg grunnvilkårene «særlege høve» og «omsynet til barnets behov» hver for seg, og analysere vilkårenes vurderingstemaer og trekke frem relevante vurderingsmomenter. Deretter vil jeg se på hva som ligger i at barnets beste er et «selvstendig vilkår», slik forarbeidene angir, og forholdet mellom barnets beste og barnets «behov», jf. § 43 a, før jeg reiser noen utvalgte kritiske spørsmål knyttet til hvordan vilkårene for samvær under tilsyn forstås og anvendes i underrettspraksis.

3.2 «Særlege høve»

3.2.1 Nærmere om vurderingstemaet

Det første grunnvilkåret i bl. § 43 a krever at det foreligger «særlege høve» for at det skal oppnevnes en offentlig tilsynsperson – dette er et av vurderingstemaene for å fastsette offentlig tilsyn. En alminnelig språklig forståelse av vilkåret tilsier isolert sett at det må være forhold ved situasjonen som skiller seg fra det normale. Sett i sammenheng med lovteksten og formålene beskyttelse og støtte av barnet, må det være *negative* forhold – noe ved situasjonen som gjør at vanlig samvær ikke er til barnets beste. Utover dette gir ikke ordlyden i seg selv så mye føringer. Det er et vagt vilkår i den forstand at det, utover formålene med bestemmelsen, ikke er noen fastsatte rammer for hva som klart faller innenfor og utenfor; og at det kreves en helt konkret vurdering i det enkelte tilfellet, både av hvilke forhold som skal omfattes av vurderingstemaet og hvor mye vekt det skal tillegges. Som jeg var inne på i

delpunkt 2.5, er dette i tråd med barnerettslige vurderingstemaer generelt, som legger opp til vurderinger som i stor grad bygger på skjønn.⁸⁰

Man kan imidlertid lese fra vilkåret at det oppstiller en viss terskel for at det skal være innfridd – ved bruken av ordet «særlege». Sammenligner man ordlyden med regelen for privat tilsyn etter § 43 (3), ser man at begge bestemmelser gjelder «[d]ersom tilsyn blir sett som vilkår» for samvær, men i § 43 (3) oppstilles det ingen ytterligere vilkår for å fastsette tilsyn, i motsetning til i § 43 a. Sammenhengen mellom bestemmelsene tilsier dermed at mens privat tilsyn kan fastsettes i alle tilfeller der det anses hensiktsmessig med en tredjeperson til stede under samværet; er offentlig tilsyn kun aktuelt i spesielle tilfeller – i «særlege høve». Det tilsier med andre ord at det er en høyere terskel for å fastsette offentlig tilsyn enn privat tilsyn.

I forskrift om samvær under tilsyn etter barnelova heter det i § 4 (1) at beskyttet tilsyn skal benyttes «der avgrensa samvær er til barnets beste»; og i § 6 (1) at støttet tilsyn skal benyttes der «samvær er til barnet sitt beste», men der «barnet treng støtte ved samvær eller samværsforelderen har behov for støtte og vegleiiing ved samvær». Forskriften sier ikke noe konkret om hva som ligger i «særlege høve», men sitatene fra §§ 4 og 6 kan likevel fungere som tolkningsbidrag. Når beskyttet tilsyn skal anvendes der *avgrenset* samvær er til barnets beste sier dette noe om hva slags tilfeller tilsynstypen kan være aktuell for. Det samme gjelder for støttet tilsyn, hvor samvær i seg selv er til barnets beste, men det er behov for støtte/veiledning. Det kan tolkes som at innholdet i «særlege høve» finnes i spennet fra situasjonene hvor det trengs støtte eller veiledning; og til og med situasjonene hvor det kreves beskyttelse, men hvor et visst samvær likevel anses å være til barnets beste. Dermed kan samvær under tilsyn være aktuelt i flere typer ulike tilfeller, men fellesnevneren er at en tilsynsperson til stede ved samværene vil være til barnets beste.

Ser man til forarbeidet i Prop. 85 L, står det lite om innholdet av vilkåret «særlege høve». Departementet uttaler at vilkåret er en videreføring fra den tidligere reguleringen av offentlig tilsyn, og begrunner videreføringen med at offentlig tilsyn er inngripende overfor både samværsforelder og barn, noe som krever at det stilles strenge vilkår.⁸¹ Det presiseres videre at dersom privat tilsyn er tilstrekkelig for å oppnå formålet med tilsyn, og dette er til det beste for barnet, skal privat tilsyn fastsettes fremfor offentlig tilsyn.⁸² Forarbeidet omtaler altså

⁸⁰ Bendiksen og Haugli, 2021, s. 30

⁸¹ Prop. 85 L (2012–2013), s. 87, 49 og 51

⁸² Ibid. s. 51

vilkåret i forbindelse ved å presisere terskelen, uten å si noe spesifikt om innholdet. Det samme gjelder Ot.prp. nr. 103 – forarbeidet i forbindelse med lovendringen i 2007, da offentlig tilsyn først ble innført i den tidligere § 43 (3).⁸³ Her uttales det at offentlig tilsyn var ment å begrenses til «særlige tilfeller og situasjoner hvor det på grunn av forholdene kun er aktuelt med sterkt begrenset samvær»,⁸⁴ med det formål at barnet skal ha kjennskap til forelderen, men uten at det er ment å omfatte vanlig samvær.⁸⁵ Det bidrar med en forståelse om hvor «særlege» tilfellene må være – det viser at det kun er i de helt særegne tilfellene det er aktuelt. Sett i sammenheng med forskriften, kan det etter min mening se ut til at spennet i hva «særlege høve» innebærer, har blitt utvidet med den siste lovendringen. Tilnærmingen i Ot.prp. nr. 103 synes å tilsvare forskriftens virkeområde for beskyttet tilsyn, mens utvidelsen med støttet tilsyn og virkeområdet for dette er tilføyd i senere tid, jf. forskriften § 4 sml. § 6.

Som jeg var inne på i delpunkt 1.4.5 går sakene om samvær under tilsyn sjeldent til Høyesterett. Høyesterett har ikke i noen saker tatt stilling til vilkåret, hverken da det fremgikk av § 43 (3) eller etter innføringen av § 43 a, og har dermed ikke lagt noen føringer for innholdet.

Samlet sett kan det synes som at rettskildene gir vilkåret et snevert virkeområde for å fastsette offentlig tilsyn. Dette til tross for at det etter min forståelse synes å være et videre spenn av tilfeller som omfattes av «særlege høve» i dag, enn da vilkåret først ble innført i 2007. For en nærmere forståelse av hva som mer spesifikt kan vurderes for å avgjøre om vilkåret er innfridd, må man se til hvilke vurderingsmomenter rettskildene oppstiller.

3.2.2 Relevante vurderingsmomenter

I bl. § 43 a (1) siste punktum presiseres det at retten kan pålegge «beskytta tilsyn eller støtta tilsyn». Dette kan gi en indikasjon på at de «særlege høve» som eventuelt foreligger, kan vurderes ut fra om det er behov for nettopp beskyttet eller støttet tilsyn – slik at det legges opp til en formålsrettet tolkning. Dette er for det første i tråd med forskriften, som knytter behovet for avgrenset samvær eller vanlig samvær, til henholdsvis beskyttet tilsyn i § 4 og støttet tilsyn i § 6. Videre er en formålsrettet tolkning i tråd med forarbeidene, som legger opp til at

⁸³ Ved lov nr. 6/2006

⁸⁴ Ot.prp. nr. 103 (2004–2005) s. 32

⁸⁵ Ibid. s. 56

det er formålet som bestemmer tilsynsformen – hvorvidt formålet er beskyttelse av eller støtte for barnet.⁸⁶

Forarbeidene oppstiller de typiske tilfellene der de ulike tilsynstypene vil være aktuelle, og disse kan forstås som tilfeller som kan utgjøre «særlege høve». Beskyttet tilsyn er mest aktuelt der det er eller har vært problematisk rundt vold, rus eller psykiske lidelser hos den ene forelderen – altså tilfeller hvor samværet må være avgrenset for at det skal kunne være til barnets beste.⁸⁷ Videre ser man at støttet tilsyn er mest aktuelt i tilfeller hvor det er stor foreldrekonflikt eller behov for kontaktetablering mellom samværsforelder og barn – tilfeller hvor det kan være behov for støtte/veiledning.⁸⁸ Til tross for at forarbeidene ikke eksplisitt knytter vilkåret til disse tilfellene, er det nærliggende at det er slike typetilfeller lovgiver har ment å omfatte.

Høyesterett har ikke tatt stilling til vilkåret, og høyesterettspraksis kan dermed ikke bidra med vurderingsmomenter som inngår i «særlege høve». Det kan imidlertid utledes visse støtteargumenter fra underrettspraksis og i rettslitteratur.

I lagmannsrettspraksis i perioden 1. februar 2014 til 1. april 2015, som Ravn og Skjørten gjennomgår i sin artikkel, ble typetilfellene som angis i forarbeidene i stor grad brukt som begrunnelse for å fastsette tilsyn – ifølge forfatterne var det dette som utgjorde «særlege høve» i avgjørelsene.⁸⁹ I sakene hvor det ble fastsatt beskyttet tilsyn, ble dette begrunnet med alvorlige psykiske problemer, rusmisbruk og vold, samt stor foreldrekonflikt;⁹⁰ og der det ble fastsatt støttet tilsyn, var begrunnelsen konflikt mellom foreldrene, behovet for kontaktetablering, og i én sak risiko for overgrep.⁹¹

Min gjennomgang av et utvalg nyere avgjørelser fra tingrett og lagmannsrett viser at de samme begrunnelsene går igjen. I tilfellene der det blir fastsatt beskyttet tilsyn, er det som hovedregel snakk om historie med, eller risiko for, vold, rusproblemer og/eller alvorlige psykiske lidelser.⁹² Der det eksempelvis har vært noe historikk med vold, enten mot barnet

⁸⁶ Prop. 85 L (2012–2013) delkapittel 8.3

⁸⁷ Ibid. s. 88

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ Ravn og Skjørten, 2016, s. 206 og 209

⁹⁰ Ibid. s. 206

⁹¹ Ibid. s. 209

⁹² LB-2022-65210, LB-2021-54033, LB-2021-33352, TSALT-2016-202918, TOSLO-2017-194671, TTRO-2021-47934

eller for eksempel mot bostedsforelderen, er det sentralt hvorvidt det er en risiko for vold i fremtiden og eventuelt hvor stor og nærliggende denne risikoen er. Veilederen fremhever at det ikke skal fastsettes samvær, heller ikke med beskyttet tilsyn, der det er en gjentakelsesfare eller fare for traumatisering av barnet.⁹³ Videre er det et vurderingsmoment der det er voldshistorikk, om barnet lider skade – for eksempel om det er angstfølelser knyttet til forelderen eller situasjonen som kan ha betydning for om samvær med tilsyn er hensiktsmessig, eller om samvær i det hele tatt er aktuelt.⁹⁴ På samme måte vil rusproblemer og psykiske lidelser kunne påvirke barnet i den grad at samvær kan være skremmende eller utrygt,⁹⁵ – da blir relevante vurderingsmomenter om det foreligger slike fareelementer som gjør at tilsyn er nødvendig.

Ved avgjørelser om støttet tilsyn er det også i nyere praksis tilfeller hvor det er høyt og vedvarende konfliktnivå mellom foreldrene, eller behov for kontaktetablering, som begrunner tilsynet.⁹⁶ I disse tilfellene spiller ofte omsorgsevnen til forelderen en rolle i avgjørelsen.⁹⁷ Et vurderingsmoment kan da være om konfliktnivået mellom foreldrene er så høyt og vedvarende at det går ut over en eller begge foreldres omsorgsevne. Ved kontaktetablering kan det også være snakk om manglende omsorgsevne som følge av at forelderen ikke kjenner barnet og dets behov – kanskje som følge av at mangel på kjennskap er kombinert med samværsforelderens eksempelvis nedsatte samværskompetanse og tålmodighet, som var tilfellet i en sak fra Gjøvik tingrett avsagt i 2019.⁹⁸

Vurderingsmomentene som kan utledes fra de relevante rettskildene, knytter seg dermed i stor grad til situasjonen barn og samværsforelder befinner seg i. Basert på gjennomgangen av rettskilder, kan det legges til grunn at et viktig vurderingsmoment for om det foreligger «særlege høve» er om det er et eller flere typetilfeller som gjør det nødvendig med støttet eller beskyttet tilsyn. Videre er det sentralt hvorvidt dette påvirker barnets trygghet og/eller foreldrenes omsorgsevne.

⁹³ Veilederen, 2013, s. 5

⁹⁴ Ot.prp. nr. 103 (2004–2005) s. 56

⁹⁵ Ibid. s. 33

⁹⁶ LH-2016-95450, TGJOV-2019-123110-1, TOSLO-2018-145342-1

⁹⁷ LB-2021-33352

⁹⁸ TGJOV-2019-123110-1

3.3 «Omsynet til barnet sine behov»

3.3.1 Nærmere om vurderingstemaet

Det andre grunnvilkåret og vurderingstemaet for å fastsette offentlig tilsyn, er at «omsynet til barnet sine behov talar for» bruk av tilsyn under samværet. Ordlyden lest i tråd med alminnelig språkbruk er på én måte klar: Det er det enkelte barnets behov som skal være avgjørende for om det fastsettes tilsyn. Likevel er det et vagt vilkår uten klare grenser, som krever en konkret, skjønnsmessig vurdering – etter ordlyden kan alle behovene til barnet omfattes, dersom det kan ha betydning for spørsmålet om tilsyn. Ordlyden setter imidlertid grenser i den forstand at den gir uttrykk for at foreldrenes behov ikke skal vektlegges – det gir et tydelig signal om at det kun er *barnets* behov som skal danne grunnlaget for at man fastsetter tilsyn. Som jeg var inne på i kapittel 2 var vilkåret nytt av lovendringen i 2013, og et viktig ledd i styrkingen av barneperspektivet lovendringen hadde som siktemål.⁹⁹

I forarbeidene fremgår det at vilkåret var ment å gi et signal til domstolen om at det *spesifikke* barnets behov skulle være gjenstand for vurdering.¹⁰⁰ Det kan forstås som at vilkåret var ment å gi bestemmelsen og vurderingen et mer individuelt fokus, for å understreke at det er det konkrete barnet som skal være i sentrum av vurderingen. Videre fremgår det av forarbeidene at vilkåret innebærer at det skal vurderes om tilsyn er egnet for å oppnå formålene om beskyttelse eller støtte for barnet.¹⁰¹ Det kan forstås som at vurderingstemaet innebærer en vurdering av om det spesifikke barnet har behov for beskyttelse eller støtte.

Denne forståelsen bekreftes av forskriften. I forskriftens § 4 kan man lese at beskyttet tilsyn benyttes der avgrenset samvær er til det beste for barnet, «men *omsynet til barnet* tilseier at forelder og barn skal ha tilsyn under heile samværet» (min utheving); og i § 6 at støttet tilsyn kan benyttes der samvær er til barnets beste, «men *barnet treng* støtte ved samvær [...]» (min utheving). Også forskriften ser altså ut til å knytte tilsynstypene opp til hva barnet har behov for.

I dette spørsmålet har også Høyesterett kommet på banen – i HR-2018-1637-U gir Høyesterett noen generelle uttalelser om vurderingen av «omsynet til barnet sine behov» i §

⁹⁹ Prop. 85 L (2012–2013) s. 50

¹⁰⁰ Ibid.

¹⁰¹ Ibid.

43 a. Anken gjaldt tilsynsformen som ble fastsatt av lagmannsretten – samværsforelder var uenig i fastsettelsen av beskyttet tilsyn. Høyesterett gjennomgår i kjennelsens avsnitt 18–21 utgangspunktene for vurderingen av hvilken type tilsynsordning som skal fastsettes, og fastslår at det avgjørende for valget mellom støttet og beskyttet tilsyn er barnets behov.¹⁰² Høyesterett viser til proposisjonens side 49, hvor departementet uttaler at vilkåret «innebærer at domstolen må vurdere om tilsyn er egnet til å oppnå beskyttelse av eller støtte for barnet».¹⁰³

Både forarbeider og rettspraksis bidrar dermed til å snevre inn og presisere vurderingstemaet – det er barnets behov for beskyttelse eller støtte som inngår i vilkåret. Det er imidlertid fremdeles omfattende, og det må sees til de relevante vurderingsmomentene for nærmere føringer for vurderingen.

3.3.2 Relevante vurderingsmomenter

Hva gjelder vurderingsmomentene, er ordlyden taus, og forskriften gir ingen nærmere føringer. I forarbeidene kan man imidlertid finne relevante vurderingsmomenter for vurderingen av «omsynet til barnet sine behov».

I forarbeidene uttales det at vilkåret om barnets behov har et siktemål om å få barnet til å høres i større grad, i saker om samvær og tilsyn.¹⁰⁴ Dette vil være et svært sentralt vurderingsmoment for å vurdere barnet sine behov. Det er barnets subjektive opplevelse av sin egen situasjon som skal danne grunnlaget for vurderingen.¹⁰⁵ Det legger opp til en vurdering der barnets mening i mange tilfeller kan spille en sentral rolle – det er barnet selv som vet best hva som vil passe dets behov. Særlig der barnet har hatt samvær tidligere, må opplevelsen av samværet få betydning i avgjørelsen: Har barnet negative opplevelser med tidligere samvær, bør det ikke videreføres, hverken med eller uten tilsyn.¹⁰⁶ På samme måte kan barnets positive innstilling bidra til at domstolen velger det minst inngripende alternativet, dersom retten i utgangspunktet er i tvil om hva som skal fastsettes.¹⁰⁷

¹⁰² HR-2018-1637-U avsnitt 20

¹⁰³ Ibid. avsnitt 19, som viser til Prop. 85 L (2012–2013) s. 49

¹⁰⁴ Prop. 85 L (2012–2013) s. 50

¹⁰⁵ Ibid. s. 49

¹⁰⁶ Ibid.

¹⁰⁷ Ravn og Skjørten, 2016, s. 215

I Ravn og Skjørtens gjennomgang ser de på vilkåret «barnet sine behov», og tar i stor grad utgangspunkt i barnets rett til å bli hørt. I seks av tolv saker som gikk for tingretten i perioden 1. januar 2014 til 1. april 2015, ble barna hørt, og avgjørelsene ble i samsvar med deres ønsker.¹⁰⁸ I et par av sakene kan man se hvilken vekt barnas mening kan få, der domstolen er usikker på hvilken tilsynstype som skal fastsettes: LB-2014-170582 og LF-2014-69058 gjaldt begge tilfeller hvor det var utøvd vold fra samværsforelder mot henholdsvis barnet og bostedsforelder,¹⁰⁹ slik at det i utgangspunktet kunne vært fastsatt samvær med beskyttet tilsyn. Det ble imidlertid ikke ansett å være noen risiko for vold i fremtiden, og barna i sakene uttrykte et eksplisitt ønske om samvær med forelderen. I begge sakene ble det fastsatt støttet tilsyn – i sistnevnte med opptrapping mot samvær uten tilsyn.¹¹⁰

I min gjennomgang av nyere saker, har jeg funnet at følgende vurderingsmomenter er blant de gjennomgående ved vurderingen av barnets behov: Bostedsforelders ønske om at barna skal få være sammen med samværsforelder, men under trygge rammer;¹¹¹ foreldrenes omsorgs- og samværsevne;¹¹² at det vil være skadelig for barnet å utsettes for samværsforelders sinneutbrudd e.l.;¹¹³ barnets behov for å skjermes mot foreldrekonflikt;¹¹⁴ og barnets behov for emosjonell og fysisk trygghet.¹¹⁵ I tillegg går det igjen at barnet ofte blir hørt, og at barnets reaksjoner på tidligere samvær står sentralt i vurderingen,¹¹⁶ i tråd med momentene forarbeidene oppstiller. Likevel er det eksempler på avgjørelser hvor barnets behov ikke engang er nevnt, og det ikke er noe ved vurderingen som tilsier at det er vurdert.¹¹⁷ I flere avgjørelser slås det bare kort fast at barnets behov taler for tilsyn, uten at det fremgår noen eksplisitt vurdering eller begrunnelse for dette.¹¹⁸ Nærmere om dette i punkt 4.3.

Til slutt kan det trekkes frem et sentralt vurderingsmoment som fremgår av rettslitteraturen – barnets grad av sårbarhet overfor samværsforelderen.¹¹⁹ Sårbarhet hos barnet vil være en sentral del av begrunnelsen når man begrenser samvær, da dette kan bidra til at inngrep i

¹⁰⁸ Ibid. s. 218

¹⁰⁹ Ibid. s. 216-218

¹¹⁰ Ibid. s. 217

¹¹¹ TOSLO-2017-194671 og LB-2022-65210

¹¹² LB-2021-142805 og TGJOV-2017-177578

¹¹³ TGJOV-2017-177578 og TROG-2021-156483

¹¹⁴ TOSL-2021-11214, TNETE-2019-124488 og THALD-2019-173940

¹¹⁵ LB-2022-5722, LB-2021-13717 og TOSLO-2018-145342-1

¹¹⁶ LB-2021-54033, TOSLO-2017-194671 og LH-2016-95450

¹¹⁷ TJARE-2015-38266

¹¹⁸ TGJOV-2019-123110-1 og TSALT- 2016-202918

¹¹⁹ Ravn og Skjørtten, 2016, s. 203–204

foreldrenes familieliv aksepteres.¹²⁰ Dette ble trukket frem i lagmannsrettens vurdering i LH-2016-95450, hvor det uttales at «[b]arna er sårbare og har levd med foreldrenes konflikt så lenge at de i følge sakkyndig Jarnæs er «ekstremt vare»». I dommen ble det konkludert med støttet tilsyn, basert på foreldrekonflikten.

Det kan dermed legges til grunn at vurderingen av «omsynet til barnet sine behov» må foretas ut fra en konkret, skjønnsmessig vurdering, da det er mye ved barnets behov som kan tilsi at beskyttet eller støttet tilsyn burde fastsettes. Basert på gjennomgangen over, kan man imidlertid peke ut barnets egen mening og opplevelse med tidligere samvær som svært viktige vurderingsmomenter. Det er i tråd med retten til å bli hørt i barnekonvensjonen art. 12, som var et av siktemålene med lovendringen som brakte med seg vilkåret «omsynet til barnet sine behov», se punkt 2.6.

3.4 Vilkårene «barnet sine behov» og «barnets beste»

3.4.1 Forholdet mellom barnets behov og barnets beste

Det fremgår av forarbeidene at innføringen av vilkåret «omsynet til barnet sine behov» ikke var ment å erstatte det generelle vilkåret om barnets beste etter bl. § 48, i saker om samvær under tilsyn.¹²¹ Barnets beste gjelder derimot som et «selvstendig vilkår» ved anvendelsen av § 43 a.¹²² I forarbeidene fremgår det at domstolen i vurderingen av § 43 a må sikre at saken utredes slik at både barnets beste og barnets behov kartlegges.¹²³ Departementet understreker at innføringen av barnets behov var å tilføye et nytt materielt vilkår i tillegg til barnets beste, med en egen rettslig funksjon – som en del av det overordnede siktemålet å styrke barneperspektivet.¹²⁴

Det innebærer altså at barnets behov og barnets beste er to selvstendige vilkår etter § 43 a, med hver sin rettslige funksjon. Etter min mening, kan det i utgangspunktet fremstå som om disse to vilkårene til en viss grad er overlappende, som jeg kommer nærmere inn på. Det kan

¹²⁰ Norges institusjon for menneskerettigheter, 2020, punkt 6.5

¹²¹ Prop .85 L (2012–2013) s. 51

¹²² Ibid.

¹²³ Ibid. s. 43

¹²⁴ Ibid. s. 50

spørres hva som nærmere ligger i at barnets beste også skal gjelde som et «selvstendig vilkår».

3.4.2 Barnets beste som «selvstendig vilkår»

Det kan for det første understrekes at barnets beste ikke fremgår uttrykkelig av bl. § 43 a, og det kan dermed ikke tolkes ut fra ordlyden hvilken funksjon vilkåret skal ha. Utover å fastslå at barnets beste skal gjelde som et «selvstendig vilkår», sier Prop. 85 L lite om hva dette innebærer. Det kan dermed stilles spørsmål ved hvilken plass det skal få i vurderingen, og om det skal vurderes på en annen måte enn som et styrende hensyn slik § 48 legger opp til.

Som jeg nevnte i delpunkt 2.4, har barnekomiteen uttalt at barnets beste også er en selvstendig rettighet,¹²⁵ – at barnets beste skal gjelde som et «selvstendig vilkår» etter § 43 a, kan etter min mening forstås som et uttrykk for dette. I barnekomiteens generelle kommentar nr. 14 fremgår det at barnets beste som en selvstendig rettighet innebærer at et barn har rett til å få vurdert hva som er til dets beste, i avgjørelser som i ulik grad berører barnet. I tillegg skal det tillegges vekt som et grunnleggende hensyn når det avveies mot andre interesser.¹²⁶

Dersom man legger denne forståelsen til grunn, kan det forstås som at barnets beste skal få en mer fremtredende rolle i vurderingen etter § 43 a, enn § 48 i utgangspunktet legger opp til. Kanskje innebærer det at barnets beste skal vurderes mer eksplisitt enn når det anvendes som et tolkningsprinsipp, basert på hva som helt konkret er til det beste for det bestemte barnet.

Vilkåret «omsynet til barnet sine behov» skal, som jeg har vært inne på, ta for seg en konkret vurdering av barnets behov, basert på barnets subjektive opplevelse.¹²⁷ Etter min mening vil det være naturlig at dette inngår i en barnets beste-vurdering – det kan dermed stilles spørsmål ved hva som er innholdet i barnets beste som vilkår, og ved hvordan det stiller seg til vilkåret om barnets behov.

3.4.3 Innholdet i barnets beste som vilkår

I høringsrunden var det flere instanser som var skeptiske til innføringen av vilkåret om barnets behov, blant annet fordi man allerede hadde det overordnede vilkåret barnets beste,

¹²⁵ Komiteen for barnets rettigheter, 2013, s. 3–4

¹²⁶ Ibid. s. 3–4

¹²⁷ Prop. 85 L (2012–2013) s. 49

som ble ansett som tilstrekkelig.¹²⁸ Ser man til de internasjonale forankringene av barnets beste, heter hensynet i barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 «the best interests of the child»; og i EMD er det uttalt at for avgjørelser om barn er «their best interests [...] of paramount importance».¹²⁹ Direkte oversatt blir «interests», *interesser*. I rettslitteratur fremheves det at interesse-aspektet mangler i den norske oversettelsen, og dermed mangler også en viktig nyanse.¹³⁰ Ordet «interesse» innebærer nettopp *behov* – både fysiske behov og andre rettigheter, som søkes tilfredsstilt.¹³¹ Dermed kan det argumenteres for at barnets behov allerede inngår i barnets beste.

Ser man til ordlyden i bl. § 48 (1), heter det som nevnt at sakene om barn «først og fremst [skal] rette seg etter det som er best for barnet». Videre heter det i annet ledd at ved avgjørelsen «skal det takast omsyn til at barnet ikkje må bli utsett for vald eller på anna vis bli handsama slik at den fysiske eller psykiske helsa vert utsett for skade eller fare». Annet ledd kan forstås som en presisering av vurderingstemaet barnets beste, og gi retningslinjer til hva vurderingen skal ta utgangspunkt i.

I forarbeidene i Ot.prp. nr. 103 uttaler departementet litt mer om barnets beste i tilknytning til samvær under tilsyn. Det heter at det etter loven er en forutsetning at samvær er til barnets beste – der det er konflikt mellom utgangspunktet om samværsrett og barnets beste, vil sistnevnte være utslagsgivende.¹³² Dette er i tråd med barnets beste som tolkningsprinsipp.¹³³ Videre legger departementet mye vekt på skadene et barn tar av blant annet å være vitne til vold, og at vurderingen av om det er til barnets beste med tilsyn må tas med særlig oppmerksomhet knyttet til disse skadevirkningene.¹³⁴ I forarbeidenes merknad til § 43 (1), som regulerer samværsnekt, heter det at barnets beste i vurderingen av eventuell samværsnekt, tar særlig sikte på situasjoner hvor det er historie med eller risiko for vold og overgrep.¹³⁵ Dette følges videre opp i merknaden til daværende tredje ledd, som regulerte offentlig tilsyn.¹³⁶

¹²⁸ Ibid.

¹²⁹ Bl.a. i *Jeunesse mot Nederland* [GC] 2014, avsnitt 109

¹³⁰ Martnes, 2021, s. 201–202

¹³¹ Ibid. 202–203

¹³² Ot.prp. nr. 103 (2004–2005) s. 33

¹³³ Barnekomiteen, 2013, s. 3–4

¹³⁴ Ot.prp. nr. 103 (2004–2005) s. 33

¹³⁵ Ibid. s. 55

¹³⁶ Ibid. s. 56

Sikkerhetsperspektivet kan dermed forstås som en sentral del av vurderingstemaet barnets beste, og kanskje kan dette være innholdet av barnets beste som «selvstendig vilkår». I forarbeidene til lovendringen i både 2007 og 2013, understrekes det at tilsyn ikke må bli en kompromissløsning for samværsnekt der samvær, selv med tilsyn, ikke er til barnets beste.¹³⁷

Kanskje innebærer dette at man kan forstå det selvstendige vilkåret barnets beste som en ekstra sikkerhetsventil for å sørge for at samvær med tilsyn faktisk er til barnets beste, sett i sammenheng med barnets sikkerhet og alternativet samværsnekt. Høyesterett uttalte i HR-2021-475-A, at «[s]amværet kan [...] ikke fastsettes slik at det vil skade barnets helse eller utvikling. Den endelige samværløsningen skal, etter at de ulike hensynene er vurdert og avveid, være i samsvar med barnets beste».¹³⁸ Dommen gjaldt riktignok en barnevernssak, men uttalelsene knyttet seg blant annet generelt til retten til samvær og hva som er til det beste for barnet. Samværsretten i barnelovssaker og barnevernssaker bygger i stor grad på de samme hensynene, og uttalelsen har derfor overføringsverdi. Uttalelsen underbygger dermed at vurderingen av barnets beste knyttes opp mot barnets helse og sikkerhet.

Satt opp mot vilkåret om barnets behov, er behovet for beskyttelse sentralt også i den vurderingen. I vurderingen av barnets behov går imidlertid vurderingen ut på om barnet har behov for beskyttelse eller støtte; og basert på min forståelse av rettskildene om barnets beste, vil vurderingen av dette vilkåret gå ut på om samvær under tilsyn vil være trygt for barnets helse, sikkerhet og omsorg. Det henger sammen, men vil likevel gi en vesensforskjell, og en egen rettslig funksjon i forhold til barnets behov.

Videre vil jeg se nærmere på utvalgt underrettspraksis knyttet til bl. § 43 a, som blant annet viser hvilken plass barnets beste har fått i vurderingene til tingrett og lagmannsrett.

¹³⁷ Ibid. s. 33 og Prop. 85 L (2012–2013) s. 54

¹³⁸ Avsnitt 38

4 Et kritisk blikk på underrettspraksis

4.1 Generelt om vurderingen i underrettspraksis

I dette kapitlet skal jeg, gjennom noen avgjørelser fra underrettene, trekke frem at det etter min mening både er varierende hvor omfattende vurderinger som blir foretatt og hvor godt de blir begrunnet. Bakgrunnen for dette kan være at vilkårenes vage og skjønnsmessige preg, forarbeidernes noe kortfattede veiledning til vilkårenes innhold, og mangelen på retningsgivende uttalelser fra Høyesterett, bidrar til at underrettene ikke har så mange holdepunkter for hvordan vurderingene skal foretas. Dette krever et kritisk perspektiv på underrettspraksis, fordi samvær under tilsyn, som vist i kapittel 2, krever balansering av kryssende hensyn og har en inngripende karakter. I denne delen har jeg valgt meg ut tre av de utvalgte avgjørelsene – to fra lagmannsrett og én fra tingrett. Avgjørelsene er fra forskjellige år, og konkluderer med samværsnekt, beskyttet tilsyn og støttet tilsyn. I tillegg er det varierende grad av grundighet i vurderingene. Disse variasjonene er for å gi et mest mulig nyansert bilde av vurderingene jeg har funnet.

I det følgende vil jeg ta utgangspunkt i to delspørsmål, som hver for seg og sammen ser på om vilkårene i bl. § 43 a tolkes godt nok i tråd med de grunnleggende, kryssende hensynene som bestemmelsen er bygget på og bærer av.

4.2 Flere vilkår eller én helhetsvurdering?

Basert på de to grunnvilkårene etter barnelova § 43 a, samt barnets beste som selvstendig vilkår, kan det stilles spørsmål ved om vilkårene er ment å vurderes separat, eller som en samlet helhetsvurdering. Bakgrunnen for at jeg reiser spørsmålet er en gjennomgående tendens i underrettspraksisen jeg har sett på, jf. punkt 1.4.5, hvor det ser ut til at retten stort sett alltid foretar en samlet helhetsvurdering. I enkelte saker nevner retten eksplisitt at de skal vurdere tilsyn;¹³⁹ mens i andre saker ser det ut til at vurderingen av tilsyn inngår i en overordnet vurdering av om samvær i det hele tatt er til barnets beste.¹⁴⁰ Det gjennomgående er imidlertid nesten utelukkende at vurderingen ikke knyttes opp til noen av vilkårene i § 43 a,

¹³⁹ TGJOV-2019-123110-1 og TJARE-2015-38266

¹⁴⁰ Som i LB-2021-142805 som gjennomgås nedenfor, og TOSL-2021-11214

og at hjemmelen bare nevnes kort eller ikke i det hele tatt. Dette skal vi se nærmere på nedenfor. Det kan stilles spørsmål ved rettssikkerheten til de involverte partene – en vurdering uten tydelig forankring i vilkårene er lite forutberegnelig, og inngripende tiltak som tilsyn ved samvær krever en klar begrunnelse, som jeg kommer nærmere inn på senere. Etter min mening legger hverken ordlyden eller forarbeidene opp til at vurderingen skal tas på denne måten.

Som jeg har vært inne på, kan retten ifølge ordlyden fastsette offentlig tilsyn dersom to vilkår er innfridd. På den ene siden kan man tolke ordlyden slik at «kan» sikter til en helhetsvurdering basert på «særlege høve og der omsynet til barnet sine behov talar for det», slik at vurderingstemaene utgjør en felles vurdering av hvorvidt det er hensiktsmessig at retten fastsetter offentlig tilsyn. Særlig ettersom både «kan», «særlege høve» og «omsynet til barnet sine behov» har skjønnsmessige preg, samt at begge grunnvilkår er tett knyttet opp mot beskyttelse og støtte, er dette en mulig forståelse.

På den annen side er de to grunnvilkårene kumulative, og ordlyden deler dem tydelig opp ved hjelp av ordet «og». Til tross for at begge vilkår er skjønnsmessige og vage, har de ulikt innhold, i form av at «særlege høve» knytter seg til situasjonen og forhold ved foreldrene, og «barnet sine behov» knytter seg nettopp til hvilke behov barnet har.

I forarbeidene fremgår det ingenting eksplisitt til hvordan vurderingen skal legges opp. I Prop. 85 L er det generelt sett lite omtale av «særlege høve», utover å si at vilkåret er videreført fra tidligere og at det skal sette en viss terskel.¹⁴¹ Vilåret om barnets behov omtales i større grad, men uten noen indikasjon på hvorvidt det skal tolkes separat fra «særlege høve» eller samlet. Imidlertid har man ett vilkår som er videreført fra tidligere regulering; og ett som er nytt. Barnets behov omtales klart som et vilkår med selvstendig innhold, som skal gi noe materielt nytt i forhold til barnets beste.¹⁴² Det understrekes i forarbeidene at grunnvilkårene i § 43 a skal være kumulative, slik at begge vilkår må være oppfylt for at retten skal kunne fastsette offentlig tilsyn.¹⁴³ Det gir en klar indikasjon på at man må vurdere vilkårene hver for seg, og være tydelig på at hvert enkelt av dem faktisk er innfridd. Slik jeg ser det er ingen

¹⁴¹ Prop. 85 L (2012–2013) s. 51

¹⁴² Ibid. s. 87

¹⁴³ Ibid. s. 51

holdepunkter i forarbeidene for at det har vært meningen å legge opp til en samlet helhetsvurdering.

Som nevnt, kan imidlertid underrettspraksis gi et annet inntrykk, noe følgende avgjørelser etter min mening er gode eksempler på.

LB-2021-142805 er et eksempel på det som ser ut som en helhetsvurdering av hva som er til barnets beste.¹⁴⁴ Saken gjaldt en foreldretvist om foreldreansvar og samværsrett. Som grunnlag for vurderingen av samvær, legger lagmannsretten frem utgangspunktet om samværsretten, og at det kan nektes dersom det ikke er til barnets beste, i tråd med bl. §§ 42-43. Det nevnes kort at tingretten tidligere samme år fastsatte beskyttet tilsyn, men uten å ta konkret tak i spørsmålet om hvorvidt det skal videreføres. Det uttales at «samvær uten tilsyn for tiden ikke [er] aktuelt», og videre at dette er i tråd med den sakkyndiges syn – hun har vurdert at «hvis det skal være samvær, så må det være med beskyttet tilsyn». Lagmannsretten uttaler i neste avsnitt: «Spørsmålet er om det for tiden kan fastsettes samvær overhodet. Etter lagmannsrettens syn er det for tiden så usikkert om trygge, stabile og forutsigbare samvær lar seg gjennomføre, selv med tilsyn, at samvær ikke bør fastsettes.» Dette kan forstås som en konklusjon på at samvær i seg selv ikke er til barnets beste, men vurderingen fortsetter med spørsmål om andre vilkår kan gjøre at samvær blir til barnets beste. I det som ser ut til å være en vurdering av § 43 a kan man plukke opp noen elementer fra vurderingstemaene og vurderingsmomentene under «særlege høve» og «barnet sine behov», men hverken vilkårene eller hjemmelen er nevnt en eneste gang i vurderingen. Vurderingen er flytende, og uten noen faste holdepunkter for hva som vurderes.

TGJOV-2017-177578 er et eksempel på en helhetlig vurdering, men som ikke er like tett knyttet opp til barnets beste som den forrige dommen.¹⁴⁵ Saken gjaldt blant annet samvær med tilsyn. Etter å ha lagt til grunn utgangspunktene om barnets beste og retten til å bli hørt, samt å redegjøre for barnets omsorgsbehov, legger retten til grunn at det er til barnets beste med noe samvær med far, dersom det kan skje med trygge rammer. Videre uttales det: «Når retten skal ta stilling til omfang og innretning av samværet, vil momentene inntatt over være veiledende. I den nærmere drøftelsen vil retten behandle disse samlet, i det vurderingene går over i hverandre». Det uttales altså eksplisitt at vurderingen skal tas samlet, men det fremstår

¹⁴⁴ Sitater og gjengivelse i avsnittet er fra del 3 «Samværsspørsmålet – konkret vurdering»

¹⁴⁵ Sitater og gjengivelse i avsnittet er fra delen «Fast bosted og samværsomfang»

for min del noe usikkert om vurderingen inkluderer eventuelt tilsyn. Noen avsnitt senere, konkluderes det først med at retten mener «det er nødvendig å fastsette et sterkt begrenset samvær, og at det må være færrest mulig kontaktflater mellom foreldrene», og videre at «[r]etten mener også at det må fastsettes beskyttet tilsyn, jf. barneloven § 43 a». Først etter dette kommer en oppsummering av hvorfor det anses nødvendig med beskyttet tilsyn, men mer som en konstatering enn en vurdering.

En siste dom jeg vil trekke frem er LH-2016-95450, som skiller seg noe fra de to andre eksemplene ved å være mer grundig. Bl. § 43 a blir riktignok ikke nevnt før det konkluderes med støttet tilsyn, men i forkant av dette fremstår vurderingen tettere opp mot vurderingstema/-momenter jeg har trukket frem tidligere enn de to andre eksemplene. Etter at retten har lagt frem de rettslige utgangspunktene om barnets beste, retten til å bli hørt, samvær og samværsnekt,¹⁴⁶ samt en beskrivelse av situasjonen til barna og foreldre,¹⁴⁷ er det en vurdering av foreldrekonflikten.¹⁴⁸ Retten bemerker etter en vurdering av konflikten at den «fortsett er helt fastlåst, og at det slik forholdene har utviklet seg, nå kan være vanskelig å gi den ene parten alene ansvaret». De legger stor vekt på at far har «dradd barna inn i voksenkonflikten». Som jeg har vært inne på, er det etter mine funn et vurderingsmoment under «særlege høve», om det foreligger situasjoner som for eksempel høy foreldrekonflikt, og det kan dermed forstås som at det er «særlege høve» som vurderes her.

Videre blir barnas meninger vurdert og vektlagt – det eldste barnet vil ikke ha samvær i det hele tatt, og lagmannsretten kommer til at barnets «klart uttrykte ønske og de forhold som ligger til grunn for dette, bør tillegges avgjørende vekt».¹⁴⁹ Det yngste barnet ønsker derimot samvær. Som jeg har vært inne på, er barnas ønsker et vurderingsmoment under «omsynet til barnet sine behov». Samværsretten vurderes med utgangspunkt i å finne en løsning som gir barnet stabilitet, ro og trygghet, basert på reaksjonene på foreldrekonflikten. Også dette kan tolkes som en del av vurderingen av vilkåret om barnets behov.

Deretter konkluderes det med at «særlige grunner og hensynet til barnets behov gjør det nødvendig å pålegge tilsyn under samvær, jf. barneloven § 43 a», med den begrunnelse at mor har utviklet angst overfor far som samværsforelder, og at samvær uten tilsyn vil kunne svekke

¹⁴⁶ I delen «Innledning»

¹⁴⁷ I delen «Nærmere beskrivelse av barna og foreldrene»

¹⁴⁸ I delen «Foreldrekonflikten»

¹⁴⁹ I delen «Barnas mening»

hennes omsorgsevne.¹⁵⁰ Dette er første gang bestemmelsen og vilkårene nevnes. Til slutt vurderes det hvilken tilsynstype som skal fastsettes, i noen grad basert på barnets behov, ser det ut til, før de lander på støttet tilsyn for det yngste barnet.¹⁵¹

Dommen er et eksempel på at enkelte avgjørelser vurderes mer grundig og ut fra vurderingsmomenter som inngår i vilkårene etter § 43 a. Likevel er det kritikkverdig at vilkårene ikke vurderes spesifikt, og uten henvisning til ordlyden.

Disse eksemplene illustrerer det jeg mener å se som en gjennomgående tendens i vurderinger av samvær under tilsyn både fra tingrett og lagmannsrett. I avgjørelsene jeg har vært gjennom, er det nesten gjennomgående slik at vurderingen av samvær under tilsyn inngår i en helhetlig vurdering, ofte knyttet til om det er til barnets beste å ha samvær, og i så fall, om tilsyn eller andre vilkår er nødvendig. Retten vurderer eksplisitt og fastslår kun i et fåtall av saker hvorvidt de enkelte vilkårene er innfridd – ofte nevnes § 43 a og vilkårene først samtidig med at det konkluderes med offentlig tilsyn, som i LH-2016-95450.¹⁵²

Ettersom barnets beste er et «selvstendig vilkår» etter § 43 a,¹⁵³ er det ikke feil å vurdere dette, men lovgiver har lagt opp til to andre grunnvilkår som etter det jeg kan se ikke vurderes eksplisitt i flere av vurderingene. Hvorvidt lovgiver har ment å legge opp til en separat eller samlet vurdering, er basert på rettskildebildet vanskelig å gi et klart svar på. Uansett kan det etter min mening rettes kritikk mot at underrettene foretar vurderinger såpass distansert fra vilkårsstrukturen i lovteksten, at hverken lovtekst eller vilkår engang nevnes i enkelte vurderinger.

4.3 Er avveiningen balansert og synlig nok?

4.3.1 Om krav til vurderingene

Videre kan det stilles spørsmål ved om avveiningen av hensynene er balansert og synlig nok i domsbegrunnelsene. Som jeg har vært inne på, er offentlig tilsyn et inngripende tiltak, som krever gode begrunnelser og avveininger av barnets rett til kontakt med begge foreldre og

¹⁵⁰ I delen «Tilsyn»

¹⁵¹ Ibid.; Dette har noen likhetstrekk med LA-2022-2704, hvor selve vurderingen av tilsyn ikke tar utgangspunkt i de to grunnvilkårene, men i en vurdering av hvilken tilsynstype som skal fastsettes.

¹⁵² Jf. også LF-2022-975 og LE-2021-155395

¹⁵³ Prop. 85 L (2012–2013) s. 51

foreldrenes rett til familieliv, noen ganger satt opp mot barnets rett til beskyttelse; og med barnets beste som det overordnede hensyn. Som nevnt tidligere, er barnets rettssikkerhet i slike inngripende spørsmål avhengig av at rettsavgjørelser er i samsvar med de grunnleggende rettighetene og hensynene, jf. punkt 2.5.

I mange av EMDs saker innenfor barnevern, hvor Norge er blitt dømt for å krenke retten til familieliv, har dette vært fordi begrunnelsene ikke har vært gode nok.¹⁵⁴ I likhet med vurderinger av offentlig tilsyn etter bl. § 43 a, er det også i barnevernssaker mange viktige hensyn og rettigheter som må avveies og balanseres. Det kreves at det gis en konkret og detaljert begrunnelse, og at retten synliggjør at de kryssende interessene faktisk er vurdert og balansert mot hverandre – og når barn er involvert i avgjørelsen eller utfallet, må det også synliggjøres at hensynet til barnets beste er tillagt stor vekt.¹⁵⁵ I *Y.C. mot Storbritannia*, uttalte EMD angående kravene til begrunnelse, at det kreves “an in-depth examination of the entire family situation and of a whole series of factors, [...], and made a balanced and reasonable assessment of the respective interests of each person, with a constant concern for determining what would be the best solution for the child.”¹⁵⁶

Det stilles altså krav om at det foretas grundige og balanserte avveininger, og at disse er synlige. Som nevnt i forrige punkt, er avveiningene i underrettspraksis etter min mening alt i alt lite synlige, og det er varierende hvor grundige de synes å være. LH-2016-95450 trakk jeg frem som en av de grundigste vurderingene jeg har funnet i min gjennomgang. Som jeg var inne på over, er vurderingen nokså grundig, men det kan stilles spørsmål ved synligheten, særlig knyttet opp mot forutberegnelighet og rettssikkerhet, når vurderingen tas såpass distansert fra ordlyden.

TGJOV-2017-177578 kan i større grad kritiseres.¹⁵⁷ Som nevnt over, legges det i dommen opp til en vurdering av samværets omfang, men det er uklart hvorvidt dette egentlig inkluderer vurderingen av tilsyn. Vurderingen her tar for seg situasjonen og omsorgsevnen til far, men interessene til mor og barnet er ikke vurdert. Først etter at det er konkludert med at «det må fastsettes beskyttet tilsyn, jf. barneloven § 43 a», kommer det en begrunnelse for hvorfor. Tilsynet begrunnes i at dersom barnet «igjen skulle bli eksponert for fars sinne, vil

¹⁵⁴ Norges institusjon for menneskerettigheter, 2020, punkt 6.1

¹⁵⁵ Ibid., som viser til *M.L. mot Norge* [J] 2017, avsnitt 58 som eksempel

¹⁵⁶ *Y.C. mot Storbritannia* [J] 2012, avsnitt 138

¹⁵⁷ Sitater og gjengivelser i avsnittet er fra delen «Fast bosted og samværsomfang»

det være skadelig for Cs utvikling» samt at det foreligger en viss bortføringsfare. Mors interesser nevnes ikke under samværsvurderingen, og barnets interesser er delvis skjult bak forholdene ved far. Vurderingen bærer heller ikke preg av at barnets interesser er mer tungtveiende enn andre interesser. Etter min mening er det hverken noen vurdering av familiens situasjon som helhet, eller noen balansert avveining av de ulike partenes interesser, som ligger til grunn for avgjørelsen. At konklusjonen om at tilsyn skal fastsettes kommer uten en vurdering, men kun med en etterfølgende kortfattet begrunnelse, utgjør slik jeg ser det heller ingen grundig eller synlig vurdering.

LB-2021-142805 er et interessant eksempel når det gjelder spørsmålet om balansert avveining av hensyn. Det er interessant fordi fars rett til familieliv etter EMK art. 8 og GrL § 102 har fått en svært sentral posisjon i vurderingen.¹⁵⁸ Dette har et gjennomgående fokus, og samværsnekt som inngrep vurderes grundig. Mor og barns interesser havner litt i bakgrunnen, men til slutt er det hensynet til barnets beste som er avgjørende for at det ikke blir samvær.¹⁵⁹ Det understrekes at det er nødvendig med «trygge, stabile og forutsigbare samvær» for barnet – særlig da det har vært noen traumatiserende hendelser knyttet til faren.¹⁶⁰ Begrunnelsen kan dermed også knyttes til barnets rett til en forsvarlig omsorg og beskyttelse.

4.3.2 Særlig om minste inngreps prinsipp

Som nevnt i kapittel 2 gjelder i tillegg et generelt krav om at mindre inngripende tiltak skal vurderes før et inngripende tiltak iverksettes – det minste inngreps prinsipp.¹⁶¹ Dette er relevant i saker om offentlig tilsyn på flere måter: For det første understreker forarbeidene at dersom privat tilsyn er tilstrekkelig, skal dette velges fremfor offentlig tilsyn.¹⁶² Da kan man i tråd med det minste inngreps prinsipp kreve at vurderingen av offentlig tilsyn også innebærer en vurdering av hvorvidt privat tilsyn vil oppnå formålet med tilsyn. Der vurderingen i utgangspunktet veier i retning av samværsnekt, kan på samme måte en vurdering av offentlig tilsyn etter § 43 a være i tråd med det minste inngreps prinsipp. Det samme gjelder å ta en vurdering av støttet tilsyn som alternativ til beskyttet tilsyn, da førstnevnte vil være mindre inngripende.

¹⁵⁸ Fra del 2.3 «Fars rett til familieliv»

¹⁵⁹ Fra del 3 «Samværs spørsmålet – konkret vurdering»

¹⁶⁰ Ibid.

¹⁶¹ Norges institusjon for menneskerettigheter, 2020, punkt 6.6

¹⁶² Prop. 85 L (2012–2013) s. 51

Sistnevnte tilfelle er trukket frem av Høyesterett. I HR-2018-1637-U vises det til begrunnelseskravet i bl. § 43 a (5), og Høyesterett uttaler at lagmannsrettens begrunnelse for å fastsette beskyttet tilsyn ikke var tilstrekkelig til at lovtolkningen kunne overprøves.¹⁶³ Begrunnelsene var mangelfulle fordi lagmannsretten ikke hadde drøftet fars anførsler knyttet til om støttet tilsyn, som et mindre inngripende alternativ, var tilstrekkelig til å ivareta hensynet til barna.¹⁶⁴

I de tre avgjørelsene er det minste inngreps prinsipp ivaretatt i ulik grad. I tingrettsdommen, TGJOV-2017-177578, konkluderes det med beskyttet tilsyn, uten noen vurdering av hvorvidt mindre inngripende alternativ ville være tilstrekkelig.¹⁶⁵ I LH-2016-95450 vurderer lagmannsretten både beskyttet og støttet tilsyn, og lander på sistnevnte.¹⁶⁶ Det vurderes ikke eksplisitt hvorvidt privat tilsyn ville vært tilstrekkelig, men det vises til muligheten i forbindelse med å fastsette samvær utover de 32 timene med offentlig tilsyn.¹⁶⁷ I LB-2021-142805 understrekes viktigheten av å vurdere mindre inngripende løsninger tidlig i vurderingen, som del av det rettslige grunnlaget,¹⁶⁸ noe som viser at retten er bevisst på prinsippet gjennom vurderingen. Det vurderes konkret både hvorvidt offentlig tilsyn og andre vilkår for samværet kan bidra til å muliggjøre samvær, men retten lander til slutt på samværsnekt, som på gjeldende tidspunkt ble ansett å være til barnets beste.¹⁶⁹

Basert på de utvalgte avgjørelsene, ser man stor variasjon i tilnærmingen til minste inngreps prinsipp. Det kan stilles spørsmål ved hvor mye som kreves av retten i denne vurderingen. Høyesterett påpekte i HR-2020-661-S, angående krav til begrunnelse i lys av EMK, at «en mangel ved begrunnelsen kan være at det ikke fremgår av avgjørelsen om *mindre inngripende tiltak* er blitt vurdert, og hvorfor de ikke ble ansett som tilstrekkelige.¹⁷⁰ Med dette som grunnlag, kan det slås fast at både TGJOV-2017-177578 og LH-2016-95450, lider av slike mangler ved begrunnelsen. Hva gjelder LB-2021-142805 er prinsippet ivaretatt i større grad. Retten uttaler selv at «mindre omfattende inngrep i fars rett til samvær enn nullsamvær er vurdert, men forkastet ut fra hensynet til barnets beste».¹⁷¹

¹⁶³ Avsnitt 21 og 25

¹⁶⁴ Avsnitt 24

¹⁶⁵ I delen «Fast bosted og samværsomfang»

¹⁶⁶ I delen «Tilsyn»

¹⁶⁷ Ibid.

¹⁶⁸ I delen «Fars rett til familieliv»

¹⁶⁹ I delen «Samværsspørsmålet – konkret vurdering»

¹⁷⁰ Avsnitt 168

¹⁷¹ I delen «Samværsspørsmålet – konkret vurdering»

5 Avsluttende bemerkninger

Barnelova § 43 a er altså både bygget på og bærer av mange sentrale hensyn og menneskerettigheter, som ofte er kryssende. Helt grunnleggende for vurderingen er at man ofte må foreta en avveining og balansering av barnets rett til kontakt med begge foreldre på den ene siden, og barnets rett til beskyttelse mot vold og overgrep fra foreldrene på den andre siden. Det er spenningsforholdet mellom disse rettighetene som etter min mening gjør bestemmelsen interessant og spennende, men også svært utfordrende. Offentlig tilsyn er inngripende, og alle hensynene må avveies og balanseres på en god måte for å ivareta barnets rettssikkerhet. Hvordan skal vilkårene i første ledd tolkes i lys av bestemmelsens mange sentrale, men kryssende grunnleggende hensyn?

Gjennom oppgaven har vi sett at det er tre vilkår som må vurderes i § 43 a – to grunnvilkår, samt barnets beste etter § 48 som «selvstendig vilkår». Disse har alle en vag og skjønnsmessig karakter. Dette er viktig for fleksibiliteten som er helt nødvendig i disse vurderingene, men kan også gjøre det utfordrende. Særlig er det utfordrende der rettskildene ikke gir tilstrekkelig veiledning til hva de vage vilkårene faktisk innebærer, og til hvordan å skille dem fra hverandre. I kapittel 3 så vi at rettskildene til en viss grad snevrer inn og konkretiserer vilkårene, men at det fremdeles er usikkerhet knyttet til tolkningen og anvendelsen av dem, som jeg har belyst i både kapittel 3 og 4.

En fellesnevner blant de to grunnvilkårene «særlege høve» og «omsynet til barnet sine behov», er at formålene om beskyttelse og støtte er sentrale for vurderingene. Også i vurderingen av barnets beste som selvstendig vilkår, står beskyttelse av barnet sentralt, slik jeg tolker det. Kanskje er det derfor underrettene i stor grad vurderer vilkårene samlet?

Dette fellestrekket kan gjøre det vanskelig å skille vurderingene fra hverandre, men etter min mening gjør beskyttelse og støtte seg gjeldende på ulike måter i de tre vilkårene: For «særlege høve» utgjør beskyttelse/støtte et vurderingsmoment som ledd i vurderingen av hvilke forhold ved situasjonen og foreldrene som nødvendiggjør tilsyn. Ved vurderingen av «omsynet til barnet sine behov» er det derimot barnets behov for beskyttelse og støtte som utgjør selve vurderingstemaet. Sistnevnte knytter seg altså helt spesifikt til *barnet*, og dets behov, som ofte vil springe ut av de «særlege høve» som foreligger. Som vi så i kapittel 2, skulle vilkåret forplikte domstolene til å ta en vurdering av det spesifikke barnets behov, som ledd i å styrke

barneperspektivet. Dette skiller seg fra essensen i vurderingen av «særlege høve», selv om det henger sammen. Hva gjelder barnets beste, forstår jeg det som en ekstra sikkerhetsventil for barnets sikkerhet, som legger opp til en konkret vurdering av om samvær under tilsyn faktisk er til barnets beste, satt opp mot alternativet samværsnekt.

I underrettspraksis ser man at barnets beste får en sentral plass, som kan begrunnes i at det er barnets beste som er avgjørende for om samvær i det hele tatt skal fastsettes etter bl. §§ 42 og 43. Likevel kan det til en viss grad se ut til å overkjøre de to andre vilkårene, som tross alt fremgår eksplisitt av lovteksten, til forskjell fra barnets beste. Det mest kritikkverdige er, slik jeg ser det, at grunnvilkårene får en så liten plass i vurderingen. Ofte henvises det først til bl. § 43 a og vilkårene i forbindelse med en konklusjon om at tilsyn skal fastsettes – hvor er da grundigheten og synligheten i vurderingen av *om* det skal fastsettes tilsyn?

Nøyaktig hva som kreves i en vurdering av bl. § 43 a er etter min mening ikke helt avklart ut fra dagens rettskildebilde. Slik jeg ser det, er det behov for at Høyesterett kommer på banen. Da § 43 a ble innført i barnelova i 2013, var dette fordi offentlig tilsyn ble brukt mer enn forutsatt da offentlig tilsyn først kom inn i loven. Derfor trengte man en grundigere regulering. Det fikk man, men etter min mening er det nå behov for mer avklaring. Som nevnt tidligere må man passe seg for standardiserte vurderinger, da det kan gå på bekostning av barnets rettssikkerhet. Men barnets rettssikkerhet står også i fare ved for lite veiledning til vurderingene av inngripende tiltak. Det er problematisk å sitte på en lovbestemmelse som har vært i kraft i nesten åtte år, og med så lite veiledning til tolkning fra Høyesterett.

Hvordan vilkårene i barnelova § 43 a skal tolkes og anvendes, er vanskelig å gi et klart svar på basert på rettskildene som foreligger. Tolkningen må ta utgangspunkt i en bevissthet rundt de tungtveiende hensynene og sentrale rettighetene som står på spill, og tilsynets inngripende karakter. Det er uansett på høy tid at Høyesterett eller lovgiver kommer på banen med klarere retningslinjer og en avklaring av barnelova § 43 a.

Litteraturliste

Rettslitteratur

Bøker

Bendiksen, Lena R.L. og Trude Haugli, *Sentrale emner i barneretten*, 4. utg., Universitetsforlaget 2021.

Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. utg. ved Jan E. Helgesen, Universitetsforlaget, 2001

Høstmælingen, Njål, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.), *Barnekonvensjonen: Barns rettigheter i Norge*, 4. utg., Universitetsforlaget 2020.

Van Bueren, Geraldine, *Child rights in Europe*, Council of Europe Publishing, 2007

Artikler

Martnes, Mona, *Barnets beste: Rettighetenes innhold i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning*, Universitetsforlaget, 2021, s. 201–202

Ravn, Anja Karoline Lindholm og Kristin Skjørten, «Offentlig oppnevning av tilsynsperson i samværssaker etter barneloven» *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, årgang 14 nr. 2, 2016, s. 201-221

Skjørten, Kristin, «Samvær med tilsyn i saker etter barneloven» i *Vold i nære relasjoner – forståelser, konsekvenser og tiltak*, red. Kristin Skjørten, Elisiv Bakketeig, Margunn Bjørnholt og Svein Mossige, Universitetsforlaget, 2019, s. 195-214

Lover og forskrifter

Kongeriket Norges Grunnlov av 17. mai 1814 (Grunnloven)

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

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

Lov 7. april 2006 nr. 6 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.)

Lov 21. juni 2013, nr. 62 om endringer i barnelova (barneperspektivet i foreldretvister)

Forskrift 19. desember 2013 nr. 1636 om samvær med tilsyn etter barnelova.

Forarbeider og rundskriv

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.)

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

Rundskriv Q-2013-1220 om samvær med tilsyn etter barneloven § 43 a

Norske rettsavgjørelser

Høyesterett

Rt. 2009 s. 1261 A

HR-2018-1637-U

HR-2020-661-S

HR-2021-475-A

HR-2022-1639-A

Lagmannsrett

LF-2014-69058

LB-2014-170582

LH-2016-95450

LB-2021-13717

LB-2021-33352

LB-2021-54033

LB-2021-142805

LE-2021-155395

LF-2022-975

LA-2022-2704

LB-2022-5722

LB-2022-65210

Tingrett

TJARE-2015-38266

TSALT-2016-202918

TGJOV-2017-177578

TOSLO-2017-194671

TOSLO-2018-145342-1

TGJOV-2019-123110-1

TNETE-2019-124488

THALD-2019-173940

TOSL-2021-11214

TTRO-2021-47934

TROG-2021-156483

Internasjonale konvensjoner

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

Convention on the rights of the child, New York, 20. november 1989 (Barnekonvensjonen)

Avgjørelser fra EMD

A.B.V. mot Russland [J] 2018, no. 56987/15

Chizhov mot Russland [J] 2021, no. 11536 /19

Jeunesse mot Nederland [GC] 2014, no. 12738/10

M.L. mot Norge [J] 2017, no. 43701/14

Vyshnyakov mot Ukraina [J] 2018, no. 25612/12

Y.C. mot Storbritannia [J] 2012, no. 4547/10

Uttalelser fra organisasjoner/institusjoner

Komiteen for barnets rettigheter, *Generell kommentar nr. 12: Barnets rett til å bli hørt*, 2009 (CRC/C/GC/12)

Komiteen for barnets rettigheter, *Generell kommentar nr. 14 om barnets rett til at hans eller hennes beste skal være et grunnleggende hensyn (art. 3 para. 1)*, 2013 (CRC/C/GC/14)

Norges institusjon for menneskerettigheter, «Betydningen av gode, konkrete begrunnelser hvor kryssende menneskerettigheter er vurdert» i *Hvorfor dømmes Norge i EMD?: En statusrapport om barnevernsfeltet*, 21. desember 2020, kap. 6.