

**Barns mulighet til samvær med andre enn foreldre
etter omsorgsovertakelse.**

Kandidatnummer: 210

Leveringsfrist: 15. januar 2009

Til sammen 38 814 ord

14.01.2009

Innholdsfortegnelse

1	<u>INNLEDNING</u>	1
1.1	Avhandlingens tema	1
1.2	Avhandlingens rettslige ramme	2
1.2.1	Det biologiske utgangspunkt	2
1.2.2	Generelt om barnets beste	3
1.2.3	Barnevernets organisering ved samværsaker	6
1.2.4	Omsorgsovertakelse og foreldrenes samværsrett	7
1.3	Rettsliggjort og uformelt samvær	10
1.4	Hensyn bak samvær mellom barnet og andre enn foreldrene	11
1.5	Kildebruk og metode	13
1.6	Den videre fremstilling	16
2	<u>SAMVÆRSRETT MELLOM BARNET OG ANDRE ENN FORELDRENE, EN MENNESKERETTIGHET?</u>	18
2.1	Den europeiske menneskerettighetskonvensjon	18
2.2	EMDs metode	18
2.3	EMK artikkel 8	19
2.3.1	Innledning	19
2.3.2	Familieliv	20
2.3.3	Inngrep	22
2.3.4	Statenes inngrepshjemmel	23
2.3.5	Praksis	26
2.3.6	Hovedlinjer	33
2.4	EMK artikkel 6	35

2.4.1	Innledning	35
2.4.2	Civil rights	36
2.4.3	Access to court	39
2.5	Barnekonvensjonen	41
<u>3</u>	<u>SAMVÆRSRETTE FØR LOVENDRINGEN</u>	<u>43</u>
3.1	Innledning	43
3.2	Avvisning eller partsstatus?	43
3.3	Realitetsbehandling	45
3.3.1	Innledning	45
3.3.2	Nær tilknytning – et vilkår?	46
3.3.3	Uformelt samvær	49
3.3.4	Foreldrenes samvær og den totale samværsbelastning	53
3.3.5	Andre momenter	55
3.3.6	Samværets omfang	57
3.4	Oppsummering av tidligere rettstilstand	57
<u>4</u>	<u>LOVENDRINGEN</u>	<u>58</u>
4.1	Innhold	58
4.2	Bakgrunn for lovendringen	59
<u>5</u>	<u>MULIGHETEN FOR PARTSSTATUS</u>	<u>62</u>
5.1	Utgangspunktene	62
5.2	Den som ønsker samvær med barnet	63
5.2.1	Innledning	63
5.2.2	Samværskrav etter § 4-19 tredje ledd	64
5.2.3	Samværskrav etter § 4-19 fjerde ledd	67
5.2.4	Dokumentasjon om nær tilknytning	74

5.2.5	Krav om nær tilknytning også etter tredje ledd?	75
5.3	Barnet som part	77
5.3.1	Fylkesnemndas behandling	77
5.3.2	Partsevne eller prosessuell handleevne?	78
5.3.3	Rettslig overprøving etter tvisteloven kapittel 36	80
5.3.4	Medfører tvisteloven en endring av barnevernloven § 6-3 annet ledd?	82
5.4	Foreldrene som part	85
5.5	Kommunen som part	89
5.6	Særlig om saksøkte ved rettslig overprøving	89
6	<u>BEHANDLINGEN AV SAMVÆRSSAKER</u>	91
6.1	Barnevernet innleder til sak	91
6.2	Forening av saker	93
6.3	Kan fylkesnemnda vurdere samværsaken på eget initiativ?	95
7	<u>DOMSTOLENES KOMPETANSE VED RETTSLIG OVERPRØVING</u>	98
7.1	Bakgrunnen for en særlig prosessform	98
7.2	Er tildeling av samvær et tvangsvedtak?	99
8	<u>REALITETSBEHANDLING</u>	101
8.1	Innledning	101
8.2	Betydningen av nær tilknytning	102
8.3	Betydningen av det uformelle samvær, foreldrenes samvær og den totale samværsbelastning	104

8.4	Betydningen av barnets mening	106
8.5	Oppsummering	107
9	<u>SAMMENLIGNING AV TIDLIGERE OG DAGENS RETTSTILSTAND</u>	108
9.1	Innledning	108
9.2	Samværsspørsmålet - avvisning eller realitetsbehandling	108
9.3	Behandlingen av samværssaker, partsstatus og overprøving.	110
10	<u>FORHOLDET MELLOM BARNEVERNLOVEN OG EMK</u>	112
10.1	Innledning	112
10.2	Motstrid med EMK art. 8?	113
10.2.1	Innledning	113
10.2.2	Familieliv	113
10.2.3	Inngrep	114
10.2.4	Inngrepshjemmelen	115
10.2.5	Oppsummering	116
10.2.6	Virkningen av motstrid	117
10.3	Motstrid med EMK art. 6?	118
11	<u>SAMVÆRSRETTE FRA BARNETS PERSPEKTIV</u>	121
12	<u>AVSLUTNING</u>	123
	<u>LITTERATURLISTE</u>	126
	<u>LOV- OG FORARBEIDSREGISTRE MM.</u>	128
	<u>DOMS- OG AVGJØRELSESREGISTER</u>	129

1 Innledning

1.1 Avhandlingens tema

I avhandlingen vil det bli gjort rede for andre enn foreldrene sin rett til samvær med barn under offentlig omsorg. Med virkning fra 1. januar 2007 ble barnevernloven § 4-19 tredje ledd endret til et nytt tredje og fjerde ledd. Andre enn foreldrene kan nå kreve at fylkesnemnda tar stilling til samværsspørsmålet så lenge de oppfyller visse vilkår. Selv om ikke barnet selv har en mulighet til å kreve samværsrett etter bestemmelsene, er barnet i sentrum. Barnets mulighet til samvær er derfor det gjennomgående trekk i avhandlingen.

Det er viktig å sette fokus på temaet da det er lite behandlet i litteraturen og lovbestemmelsene på området er nye. Sentrale prosessuelle og materielle problemstillinger i forbindelse med samværsretten vil bli behandlet. Avhandlingen vil dermed søke å gi en samlet fremstilling av gjeldende rett.

Rettsstilstanden før 2007 vil også bli behandlet da det i avhandlingen foretas en sammenligning av regelverket før og etter lovendringen. En slik sammenligning er naturlig når det nylig har vært en lovendring. Sammenligningen vil bli gjort for å kunne drøfte endringens godhet. En sentral problemstilling er derfor om dagens rettsstilstand er tilfredsstillende. Et selvstendig poeng er at tidligere rettsstilstand i visse tilfeller kan ha betydning for gjeldende rett.

Tidligere var § 4-19 tredje ledd en bestemmelse som ga fylkesnemnda kompetanse til å tildele samværsrett til andre enn foreldrene. Hensynet til barnets beste var eneste begrensning, jf. barnevernloven § 4-1. Siden dagens tredje og fjerde ledd i tillegg inneholder vilkår for å kreve at fylkesnemnda tar stilling samværsspørsmålet, vil avhandlingen belyse den prosessuelle lovendringens betydning.

Menneskerettighetene kan tenkes å ha stor betydning for rettstilstanden på området, og forholdet til menneskerettighetene er derfor viktig. Spesielt den europeiske menneskerettighetskonvensjon (heretter kalt EMK) art. 6 og 8 og FNs konvensjon om barns rettigheter (heretter kalt BK) er sentrale i denne sammenheng. Konvensjonene er en del av norsk rett, jf. menneskerettsloven § 2, men i det følgende vil jeg benytte betegnelsen ”intern rett” om barnevernloven isolert og hvor EMK kun benyttes i tolkningen. Dette er for å vise skillet mellom barnevernlovens regler og konvensjonens regler. En av hovedproblemstillingene i avhandlingen er om intern rett er i overensstemmelse med EMK og BK.

1.2 Avhandlingens rettslige ramme

1.2.1 Det biologiske utgangspunkt

Det er et grunnsyn i det norske samfunn og i norsk rett at det er best for barnet å vokse opp hos sine biologiske foreldre.¹ Utgangspunktet er at foreldre og barn skal leve sammen.² Hovedregelen i norsk rett er derfor at barnets biologiske mor og far har foreldreansvaret for det, jf. barnelova §§ 34 og 35. Foreldreansvaret innebærer at foreldrene har en omsorgsplikt og en rett og plikt til å ta avgjørelser for barnet, jf. barnelova § 30.³ Utøvelsen av foreldreansvaret må skje ut i fra barnets interesser og behov, jf. § 30 første ledd tredje punktum. Hvis foreldrene ikke overholder foreldreansvarets plikter, kan barnevernet ha hjemmel til å iverksette hjelpetiltak, jf. barnevernloven § 4-4. Det er likevel tilstrekkelig at det foreligger et ”særlig behov”. I noen tilfeller kan det hende barneverntjenesten må gå lenger ved å gripe inn i foreldreansvaret, for eksempel ved omsorgsovertakelse, jf. barnevernloven § 4-12, og videre ved fratakelse av foreldreansvaret og adopsjon, jf. § 4-20. Barnevernloven er til for å sikre at barn som ikke får nødvendig omsorg fra foreldrene

¹ Dette kalles det biologiske prinsipp. Se Sandberg 2003 s. 77.

² Se Rt. 1982 s. 764. Selv om avgjørelsen er eldre enn barnevernloven har den fortsatt betydning i dag. Grunnsynet har ikke forandret seg. Se Innst. O. nr. 80 (1991-1992) s. 5. Lovens oppbygning viser også dette.

³ Mer om foreldreansvaret i Smith og Lødrup 2006

likevel skal få hjelp i rett tid og få en trygg oppvekst, jf. § 1-1 om lovens formål. Norske myndigheter er også forpliktet til å ta vare på barn i Norge gjennom internasjonale konvensjoner, slik som EMK og BK.⁴

1.2.2 Generelt om barnets beste

Barnets beste er anerkjent som et prinsipp og ligger til grunn innenfor hele barneretten.⁵ I følge FNs barnekomitè er barnets beste ett av fire generelle prinsipper.⁶ I BK art. 3 er barnets beste fastslått å skulle være et grunnleggende hensyn ved alle handlinger som berører barn, og det er klart at også tiltak fra barnevernets side omfattes. Barnets beste skal legges til grunn i tolkningen av de andre konvensjonsbestemmelsene, i tillegg har hensynet betydning utover de områder konvensjonen regulerer. Barnets beste har i norsk rett blitt betraktet som et prinsipp også før BK.⁷

Prinsippet har ulike rettslige funksjoner.⁸ For det første kan det være hensyn lovgiver vektlegger ved utformingen av lovbestemmelsene. Videre kan det være et vilkår inntatt i den aktuelle lovbestemmelse. Barnets beste kan også være relevant ved tolkningen av de enkelte lovbestemmelser. Dette vil da også gjelde ved tolkningen av § 4-19 tredje og fjerde ledd. Til slutt kan det inngå i en skjønnsmessig vurdering.⁹ I forhold til tiltak etter barnevernloven kapittel 4 kommer dette uttrykkelig frem av § 4-1. Skal det utøves et

⁴ Se pkt. 2.

⁵ Barnet beste er for eksempel fremhevet i barnelova § 48 og adopsjonsloven § 2. Begrepet ”prinsippet om barnets beste” ble benyttet av Høyesterett i Rt. 2004 s. 811. Se også i teorien, for eksempel Haugli 2000 s. 28 og Sandberg 2003 s. 50. Jeg forstår begrepet prinsipp som en grunnleggende rettslig norm, her en retningslinje med stor vekt. I teorien har det vært en diskusjon om innholdet og eksistensen av begrepet ”prinsipp”. Denne diskusjonen vil ikke bli behandlet nærmere her, da dette er å gå for langt i denne sammenheng.

⁶ Se Høstmælingen m.fl. 2008 s. 46 som viser til *FNs barnekomitè* 1996

⁷ Se NOU 1985:18 s. 145.

⁸ Se Sandberg 2003 kap. 3.2.

⁹ *Ibid* s. 51.

hensiktsmessighetsskjønn ved vurderingen av tiltak, inngår barnets beste i dette, jf. ordlyden ” ved anvendelse (min understrekning) av bestemmelsene”. Formuleringen innebærer at barnets beste vektlegges ved vurderingen om eventuelt tiltak skal finne sted og ved valg mellom de ulike tiltak. Hensynet til barnets beste kan imidlertid ikke begrunne tiltak da legalitetsprinsippet vil utgjøre en skranke.¹⁰ Vilkårene i barnevernloven for å iverksette tiltak må derfor først være oppfylt.

Det følger ikke lenger av ordlyden i § 4-19 at tildeling av samværsrett til andre enn foreldrene beror på et hensiktsmessighetsskjønn. Barnevernloven § 4-19 tredje og fjerde ledd regulerer nå bare muligheten for å kreve at fylkesnemnda tar stilling til samværsspørsmål.¹¹ Det følger likevel av § 4-1 og uttalelser i forarbeidene at barnets beste vil være retningslinjen.¹² Det skal foretas en skjønnsmessig helhetsvurdering av om samværsrett skal innvilges, og eventuelt omfanget.

Barnets beste skal ha ”avgjørende vekt” ved alle tiltak barnevernet iverksetter, også ved spørsmålet om samværsrett skal tildeles, jf. § 4-19 tredje og fjerde ledd. ”Avgjørende” ble bevisst tatt med for å fremheve at målet er å finne det tiltak som er til barnets beste.¹³ Hensynet til foreldrene og hensynet til samfunnet skal det kun legges vekt på hvis det også er i barnets interesse. Dette følger av ordlyden og av forarbeidene.¹⁴ Tiltakene skal være begrunnet i barnets interesser.¹⁵

Barnevernloven § 4-1 kan tenkes å gå lenger enn BK art. 3 i å beskytte barnet. Etter bestemmelsenes ordlyd er det mulig at BK gir større rom for andre hensyn enn det

¹⁰ Se Lindboe 2003 s. 46.

¹¹ Tidligere fremkom det av § 4-19 tredje ledd at samværsrett kunne innvilges etter et hensiktsmessighetsskjønn, jf. at samværsrett ”kan” innvilges.

¹² Se Ot.prp.nr. 76 (2005-2006) s. 46.

¹³ Se Ot.prp.nr. 44 (1991-1992) s. 28.

¹⁴ Se NOU 1985:18 s. 145.

¹⁵ Ibid s. 189.

barnevernloven gjør. Det er imidlertid ikke noe i veien for at norsk lovgivning går lenger i å fremme barnets interesser enn BK.

Hva som er til barnets beste varierer med verdigrunnlaget.¹⁶ Dette innebærer at innholdet av barnets beste avhenger av tid, sted og kultur. Videre må barnets beste vurderes konkret ut i fra det enkelte barn. Ulike barn har ulike behov. Det er på denne bakgrunn vanskelig å gjøre rede for hvilke momenter som bør vektlegges i vurderingen. Noen momenter har imidlertid vært mer fremtredende enn andre i praksis. I forhold til samværssakene vil jeg komme nærmere inn på disse i pkt. 3.3. To momenter som er spesielt fremhevet i § 4-1 annet punktum skal likevel nevnes. Det skal legges vekt på ”stabil og god voksenkontakt og kontinuitet i omsorgen”. Det kan sies at dette er behov som alle barn i større eller mindre grad har.¹⁷ Ved å innta disse momenter i lovteksten fremheves betydningen av kontakt med biologiske foreldre.¹⁸ Momentene kan også ha betydning ved vurderingen av om samværsrett for andre enn foreldrene skal innvilges.

Barnets mening inngår også som et moment i den skjønnsmessige helhetsvurdering.¹⁹ Barnets rett til å bli hørt er beskyttet av BK art. 12. I følge FNs barnekomité er også dette et overordnet prinsipp.²⁰ Barnekonvensjonen inneholder ingen aldersbegrensning, men barn har en ubetinget rett til å uttale seg når de kan danne seg egne synspunkter.

Etter barnevernloven § 6-3 har barn over 7 år en absolutt rett til å bli hørt ved avgjørelse i saker som berører det.²¹ Yngre barn har en slik rett når de ”er i stand til å danne seg egne synspunkter”. Vekten av barnets mening skal i følge Innst.O. nr. 80 (1991-1992) s. 13 være

¹⁶ Se Haugli 2002 s. 313.

¹⁷ Se Sandberg 2003 s. 61.

¹⁸ Se Innst.O. nr. 80 (1991-1992) s. 13.

¹⁹ L.c.

²⁰ Se Høstmælingen m.fl. 2008 s. 17 og 77 som viser til *FNs barnekomité* 1996.

²¹ Tidligere var det en 12 års grense for å ha en absolutt rett til å uttale seg. Lovendring fra 12 til 7 år kom da BK ble inkorporert, jf. Ot.prp.nr. 45 (2002-2003) pkt. 5.2 og 10.5.

stor, men den varierer ut i fra alder og modenhet, jf. § 6-3. Høyesterett har uttalt at barnets mening har stor vekt, likevel slik at barnets mening ikke er avgjørende.²²

Det biologiske prinsipp innebærer at barn skal vokse opp hos sine foreldre. Hvor dette ikke er mulig, skal de biologiske bånd ivaretas. Prinsippet ligger til grunn for barnevernlovgivningen uten at det fremkommer uttrykkelig av de enkelte bestemmelser.²³

Det biologiske aspekt inngår som utgangspunkt i den skjønsmessige vurderingen så lenge det i den enkelte sak vil være til barnets beste.²⁴ Høyesterett har vektlagt prinsippet ulikt i enkelte avgjørelser.²⁵ Dette er naturlig ettersom barnets beste varierer med verdigrunlaget.

1.2.3 Barnevernets organisering ved samværssaker

For å få et bakteppe blir organene som har de ulike oppgaver ved avgjørelsen av samvær for andre enn foreldre kort omtalt. Selve avgjørelsesprosessen vil bli behandlet senere, da denne må drøftes mer inngående.

Barnevernets organisering er regulert i barnevernlovens kapittel 2. Kommunens barneverntjeneste utfører oppgaver etter barnevernloven på vegne av kommunen, jf. § 2-1 sjettedde. De skal gi råd, veilede og treffe nødvendige vedtak etter loven.

Vedtakskompetansen fremkommer av de enkelte lovbestemmelser. Barneverntjenesten har også ansvar for å fremme forslag til og forberede saker om tiltak som fylkesnemnda har kompetanse til å avgjøre når de mener vilkårene for tiltak er oppfylt, jf. barnevernloven § 7-10 og § 7-11.

²² Se for eksempel Rt. 2005 s. 624.

²³ Det følger av lovens oppbygning.

²⁴ Se Sandberg 2003 s. 77.

²⁵ Se for eksempel Rt. 2001 s. 14 og Rt. 2007 s. 561 om adopsjon.

Fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker et statlig forvaltningsorgan unntatt fra barne- og likestillingsdepartementets instruksjonsmyndighet, og det er dermed uavhengig.²⁶ Organet har kompetanse til å vedta tiltak i tvangssaker etter barnevernloven. Hvilke saker fremgår av den enkelte lovbestemmelse i barnevernloven. Siden nemnda er et forvaltningsorgan, fatter det enkeltvedtak, jf. forvaltningsloven § 2 b), jf. a).

Barnevernloven § 4-19 tredje og fjerde ledd gir nemnda som nevnt kompetanse til å avgjøre samværsspørsmålet for andre enn foreldre. Dette innebærer at barneverntjenesten skal fremme forslag til fylkesnemnda om samværsrett for andre enn foreldre. Blir dette vedtatt av fylkesnemnda, iverksetter barneverntjenesten samværet og følger det opp, jf. § 8-4 annet ledd.

Når fylkesnemnda behandler saker, skal de stort sett følge domstolens saksbehandlingsregler, jf. barnevernloven kap. 7.²⁷ Ellers gjelder de alminnelige saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven, se barnevernloven § 6-1, og de spesielle forvaltningsreglene i barnevernloven. Forvaltningsreglene kan det likevel sies å være lite igjen av da kapittel 7 gjennomregulerer fylkesnemndas saksbehandling i stor grad. Fylkesnemndas vedtak i samværssaker kan bringes inn for tingretten for rettslig overprøving etter tvisteloven kapittel 36, jf. barnevernloven § 7-24.²⁸

1.2.4 Omsorgsovertakelse og foreldrenes samværsrett

Siden omsorgsovertakelse er en forutsetning for at samværsrett kan bli aktuelt, vil det kort bli gjort rede for denne prosessen. Da det er nær sammenheng mellom foreldrenes og andre

²⁶ Opprettet med virkning fra 1. januar 1993. Fylkesnemnda endret navn i sammenheng med revisjonen av saksbehandlingsreglene for fylkesnemndene. I Ot.prp.nr. 76 (2005-2006) s. 23 uttaltes at "fylkesnemnda for sosiale saker" ikke var dekkende siden 95 % av sakene er barnevernsaker.

²⁷ Endringene trådte i kraft 1. januar 2008. Tidligere var noen av fylkesnemndas saksbehandlingsregler i sosialtjenesteloven kap. 9 og barnevernloven kap. 7, og noe var ikke lovfestet. Dette ble ikke funnet tilfredsstillende. Se NOU 2005:9, Ot.prp.nr. 76 (2005-2006) og Innst.O. nr. 2 (2006-2007).

²⁸ Tidligere tvistemålsloven kapittel 33 opphørte med virkning fra 1. januar 2008.

sin rett til samvær, og særlig ved spørsmålet om samværsrett kan kreves, vil også foreldrenes rett til samvær bli kort behandlet.

Utgangspunktet i norsk rett er som nevnt at foreldre og barn skal leve sammen. Noen ganger er det likevel behov for at det offentlige griper inn og flytter barnet.

Omsorgsovertakelse er et inngripende tiltak, og legalitetsprinsippet krever her en relativt klar lovhjemmel.²⁹ Lovhjemmel er gitt av Stortinget i barnevernloven § 4-12, og denne må nok anses å være klar nok, også overfor EMK sine krav.³⁰ Vilkårene i § 4-12 må være oppfylt og i tillegg må det være til barnets beste, jf. § 4-1. Eventuelt kan omsorgsovertakelse finne sted etter § 4-8 annet ledd eller tredje ledd. Fosterforeldre, eventuelt en institusjon, får da ansvar for den daglige omsorg av barnet på vegne av barneverntjenesten, jf. barnevernloven § 4-18. Konsekvensen er at foreldrene mister den daglige omsorg for barnet, men de beholder resten av foreldreansvaret, jf. barnelova § 30.³¹ At foreldreansvaret ikke mistes i sin helhet var et bevisst valg.³²

Etter omsorgsovertakelsen er utgangspunktet at foreldrene og barnet har en gjensidig rett til samvær med hverandre, jf. barnevernloven § 4-19 første ledd. Etter annet ledd skal fylkesnemnda bestemme omfanget av samværet. Omfanget avgjøres ut i fra barnets beste,

²⁹ I utgangspunktet vil en omsorgsovertakelse være et sterkt tvangsinngrep overfor foreldre, og dermed følger det av den tradisjonelle lære om legalitetsprinsippet at det er behov for en klar lovhjemmel. Imidlertid kan hensynet til barnet medføre at det kreves noe mindre av lovhjemmelen. Se Kjørstad 2002 s. 418 og 419 og Sandberg 2003 s. 39, 55 og 56 som bygger sitt standpunkt på blant annet Rt. 1986 s. 1189.

³⁰ Se Rt. 2002 s. 875.

³¹ Foreldrene kan fortsatt bestemme vesentlige spørsmål, for eksempel om adopsjonssamtykke skal gis og religiøse spørsmål. Helt hvor grensen går er noe uklart. Avgjørende er reelle hensyn, praksis og særlovgivningen i følge Lindboe 2003 s. 108-113. Se også Innst.O. nr. 80 (1991-1992) s. 26. I Bendiksen 2007 kap. 6 blir det gjort rede for den nærmere grensdragning mellom det resterende foreldreansvar og barneverntjenestens kompetanse.

³² Se Innst.O. nr. 80 (1991-1992) s. 22. Storkomiteen ville beholde skillet mellom omsorgsovertakelse og ansvarsovertakelse, som forøvrig sosiallovutvalget foreslo å forene til en og samme handling.

jf. § 4-1. Samværet som blir fastsatt er et minimumssamvær.³³ Barneverntjenesten kan i tillegg selv etablere samvær eller utvide samværet, så lenge det er til barnets beste. Fylkesnemnda kan bestemme at samvær ikke kan finne sted hvis det ikke er til barnets beste, jf. § 4-19 annet ledd. Dette alternativ er forbeholdt de sjeldne tilfeller. På bakgrunn av Høyesterettspraksis oppstilles det et krav om ”spesielle og sterke grunner”.³⁴

EMK art. 8 beskytter retten til familieliv.³⁵ Det er uttalt av EMD at fratakelse av samværsrett mellom foreldre og barn bare er berettiget i ”ekstraordinære tilfeller”.³⁶ Samværsretten beskyttes dermed også av denne bestemmelsen. Høyesterett har kommet til at ”spesielle og sterke grunner” samsvarer med ”ekstraordinære tilfeller”.³⁷

En av begrunnelsene for foreldrenes samværsrett er det biologiske prinsipp. Når det ikke er mulig for barn å vokse opp hos sine foreldre, er det viktig å ta vare på kontakten med biologiske foreldre. Båndet mellom barn og foreldre har en egenverdi. Det er en hovedregel om samværsrett da det er viktig å opprettholde kontakt på grunn av sterke følelsesmessige bånd mellom barn og foreldre, og kontakten gir derfor følelsen av kontinuitet i livet.³⁸

Omsorgsovertakelse skal i utgangspunktet være en midlertidig løsning. Målet er en tilbakeføring.³⁹ Dette er fordi det antas å være best for barnet å vokse opp hos foreldrene. Ved lite eller intet samvær vil det ikke være like lett med en tilbakeføring. Samværsretten er derfor en forutsetning for å kunne føre barnet tilbake til foreldrene.⁴⁰ Er omsorgsovertakelsen ment å være varig, begrunnes samværsretten med verdien av å kjenne

³³ Se Ot.prp.nr. 44 (1991-1992) s. 112 og 113.

³⁴ Se for eksempel Rt. 2002 s. 908 og Rt. 2004 s. 1046.

³⁵ Se nedenfor i pkt. 2.3.

³⁶ Se Johansen v. Norge 1996 avsnitt 78.

³⁷ Se Rt. 2002 s. 908.

³⁸ Se Ot.prp.nr. 44 (1991-1992) s. 51.

³⁹ Dette følger av lovens oppbygning. Se Innst. O. nr 80 (1991-1992) s. 6. Se også Tjomsland 2003 s. 15 og Lindboe 2003 s. 84.

⁴⁰ Dette følger også av EMDs praksis, se nedenfor pkt. 2.3.

sin biologiske familie og med mulighet for å få en tilknytning til denne. Dette har kommet til uttrykk i Høyesteretts praksis, se blant annet Rt. 1998 s. 787.⁴¹

1.3 Rettsliggjort og uformelt samvær

Som nevnt har foreldrene samværsrett med barnet etter omsorgsovertakelse, jf. barnevernloven § 4-19 første ledd. Andre enn foreldrene har ingen slik ubetinget rett, de må eventuelt få tildelt en slik rett etter § 4-19 tredje og fjerde ledd. Hvilke krav som stilles for å få tildelt en samværsrett og hvordan prosessen for tildeling foregår er sentrale temaer i avhandlingen.

I forhold til samvær etter omsorgsovertakelse for andre enn foreldrene er det to muligheter for samvær: samværsrett på bakgrunn av vedtak etter § 4-19 tredje og fjerde ledd, og samvær som bygger på en frivillig avtale mellom barneverntjenesten og den private part.

Ved samværsrett vedtatt etter § 4-19 tredje eller fjerde ledd er det blitt tildelt en rettighet. Samværet er rettsliggjort. Samværet blir en rettighet først når fylkesnemnda fatter et enkeltvedtak, jf. forvaltningsloven § 2 b), jf. a). Denne formen for samvær skal i utgangspunktet stå sterkere enn samvær basert på frivillighet. Barneverntjenesten og fosterhjemmet plikter å gjennomføre samværet. Det må her spørres hvordan rettigheten er beskyttet, herunder om samværsretten kan tvangsfullbyrdes. Et tvangsgrunnlag må foreligge, jf. tvangsfullbyrdelsesloven § 13-2, jf. § 4-1. Fylkesnemnda avgjør samværsspørsmålet ved enkeltvedtak, og enkeltvedtak er ikke et tvangsgrunnlag. Tvangsfullbyrdelse vil først være mulig ved en fullbyrdelsesdom, jf. tvangsfullbyrdelsesloven § 4-1. Det foreligger heller ingen særskilte tvangsgrunnlag. Verken barnevernloven eller tvangsfullbyrdelsesloven gir hjemmel for å tvangsgjennomføre samværet.

⁴¹ For en mer utførlig redegjørelse for foreldrenes samværsrett, se Haugli 2000.

Fylkesnemnda kaller rettsliggjort samvær for et ”formalisert samvær”.⁴² Også i Ot.prp.nr. 76 (2005-2006) s. 45 benyttes formuleringen. Både ”rettsliggjort samvær” og ”formalisert samvær” vil bli benyttet når samværsretten behandles i avhandlingen.

En samværsordning kan praktiseres selv om det ikke er fattet vedtak om samvær. Barneverntjenesten og fosterhjemmet kan innvilge samvær i kraft av den daglige omsorg. Foreldrene kan få lov til å ha med seg slekt og venner som barnet har behov for å ha kontakt med, eller andre kan få et eget samvær etter en frivillig ordning basert på en avtale. Disse to typer samvær kan kalles uformelt, da det bygger på frivillighet fra barneverntjenesten side og det ikke er fattet et eget vedtak av fylkesnemnda. Av denne grunn vil betegnelsen ”uformelt samvær” benyttes i avhandlingen. I de tilfeller fylkesnemnda ikke innvilger samværsrett, er ofte det uformelle samvær et sentralt moment og av stor betydning for resultatet. Hvis barneverntjenesten er innstilt på å gjennomføre samvær uansett, er det i følge nemnda ikke et så stort behov for å få samværet rettslig forankret.⁴³ I avhandlingen drøftes et rettsliggjort samvær, og det uformelle samvær blir behandlet der det har relevans for denne drøftelsen.

1.4 Hensyn bak samvær mellom barnet og andre enn foreldrene

En omsorgsovertakelse vil ikke være lett for et barn, uansett hvor dårlig barnet har det hjemme hos foreldrene. Den vil kanskje slå enda hardere ut hvis barnet blir tatt vekk fra alle som har en sentral plass i dets liv. Det er ikke alltid at disse personer er foreldrene, eller at det bare er dem. For å beskytte barnet kan det derfor være viktig å gi andre enn foreldrene samværsrett. Det kan være viktig å opprettholde nære relasjoner og kanskje få mulighet til god voksenkontakt og kontinuitet i dets liv, se barnevernloven § 4-1. De personer barnet har nære relasjoner til kan for eksempel være personer som barnet betror seg til, og da ikke bare slektninger. Barnet kan ha behov for kontakt med disse personer, og omsorgsovertakelsesprosessen kan gjøres enklere ved å ha samvær med dem.

⁴² Se for eksempel sak nr. 07/337. For mer om fylkesnemndas vedtak se nedenfor pkt. 1.5

⁴³ Se mer om dette i pkt. 3.3 og 8 om fylkesnemndas skjønsmessige vurdering.

Samværsretten kan også begrunnes med den biologiske tilknytning. Hvor foreldrene av en eller annen grunn ikke vil være bindeleddet til biologisk familie, vil kanskje andre slektninger kunne pleie de biologiske bånd. Å ha kjennskap til sitt opphav og sin livshistorie kan anses som en egenverdi for barnet.⁴⁴ Det er også mulig at vedkommende kan gi barnet noe mer ut over det foreldrene kan. Hvis barnet kan sies å ha lik eller sterkere tilknytning til andre personer enn til foreldrene, kan barnet ha behov for formalisert samvær med disse.⁴⁵

Et samvær kan også være viktig for vedkommende som krever det, ikke bare barnet. Dette hensyn er ikke særlig tungtveiende, da det er barnets beste som er avgjørende, jf. barnevernloven § 4-1. Likevel skal det nevnes, siden § 4-19 tredje og fjerde ledd er formulert slik at vedkommende kan kreve samværsrett og ikke barnet. For samværsrett mellom barn og foreldre er dette derimot formulert som en gjensidig rett.

Det foreligger imidlertid hensyn som taler mot en samværsrett for andre enn foreldre. En eventuell samværsrett må vurderes konkret da det i noen tilfeller kan hindre at tilknytningen til fosterfamilien etableres, noe som kan skape enda større problemer. Barnet kan ha behov for ro, stabilitet og trygghet. Disse forhold kan forsterkes hvis barnet skal ha samvær med andre personer i tillegg til foreldrene. Samvær kan i disse tilfeller bli for mye for barnet, slik at barnet ikke faller til ro i fosterhjemmet. Spesielt ved langvarige plasseringer er det viktig å etablere god tilknytning til fosterfamilien. Disse hensyn må balanseres mot behovet for å føre med seg viktige personer videre. Hvem som helst bør derfor ikke få innvilget samværsrett. En viss grad av tilknytning mellom personen og barnet bør foreligge. Venner, lekekamerater osv. kan ha mulighet til å ivareta kontakten med barnet gjennom uformelt samvær.

⁴⁴ Se Rt. 1998 s. 787 hvor dette var en begrunnelse for samvær med foreldrene; den har også betydning for andre slektninger når foreldrene ikke kan være bindeleddet.

⁴⁵ Se Ot.prp.nr. 76 (2005-2006) s. 45.

Forarbeidene til § 4-19 tredje og fjerde ledd legger vekt på muligheten til å bevare allerede etablerte posisjoner.⁴⁶ Personer som barnet fra før av har en tilknytning til er viktig. Samvær er ikke ment for å skape nye tilknytninger.

1.5 Kildebruk og metode

Løsningen av problemstillinger i avhandlingen vil bygge på alminnelig juridisk metode- og rettskildelære. Utgangspunktet vil være lovteksten, og sentrale lover er barnevernloven, tvisteloven og EMK.⁴⁷ Tolkningen av loven vil bygge på relevante rettskildefaktorer som ordlyd, forarbeider, rettspraksis, menneskerettighetene og reelle hensyn; der hensynet til barnets beste er spesielt viktig.⁴⁸

Det finnes noen viktige Høyesterettsavgjørelser på området, og da spesielt for tidligere rettsstilstand om de prosessuelle problemstillinger. For de materielle problemstillinger er det lite rettspraksis, men et par lagmannsrettsavgjørelser eksisterer. Derimot er det et betydelig antall forvaltningsavgjørelser. Fylkesnemnda fatter avgjørelser om samvær for andre enn foreldre, og disse vil være relevante rettskildefaktorer.

Noen rettskildepønger som er spesielle for avhandlingens tema vil bli omtalt nærmere. På grunn av den nevnte lovendring i barnevernloven § 4-19, har ordlyd og forarbeider relativt sett større vekt som rettskildefaktor. Det samme er tilfellet for saksbehandlingsreglene i barnevernloven kap. 7 og for den nye tvistelov.

Da det som nevnt er lite rettspraksis på området må det vurderes om fylkesnemndas praksis skal ha større vekt enn hva forvaltningspraksis normalt har etter alminnelige rettskildelære.

⁴⁶ L.c.

⁴⁷ FN konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) er også en relevant rettskilde, men avhandlingen vil ikke behandle bestemmelsene i SP da denne konvensjonen sjelden vil gå lenger enn EMK.

⁴⁸ Mer om prinsippet om barnets beste sin rettslige funksjon og innholdet av dette ovenfor i pkt. 1.2.2.

Dette gjelder spesielt siden nemnda er domstolslignende, og er det organ som behandler flest tvangssaker. Det har en særlig kompetanse innenfor barnevernrett.

Jeg har ikke hatt tilgang til alle fylkesnemndsavgjørelser på området. Når det gjelder tidligere rettstilstand er sakene hentet fra Lovdata, til sammen ni saker. Her legges et utvalg av saker ut, slik at det bare er et fåtall jeg har hatt tilgang til. Vedtak etter dagens regler har foreløpig ikke blitt lagt ut. Det ble derfor søkt om å få oversendt anonymiserte vedtak fra enkelte fylkesnemnder i saker innkommet etter lovendringen. Innsyn ble innvilget fra Trøndelag, Oslo og Akershus og fra region vest, til sammen ti saker. Sakene fra region vest, fire saker, har jeg dessverre ikke kunne benytte da det er sannsynlig at sakene er feilaktig avgjort etter tidligere § 4-19 tredje ledd. Det er etter min mening ikke et tilstrekkelig antall avgjørelser for å kunne fastslå en fast praksis på området.

Avgjørelsene fra fylkesnemndene vil derfor i utgangspunktet benyttes som eksempler på og argumenter for konkrete problemstillinger. Det kan således konkluderes med at avgjørelsene ikke har stor rettskildevekt. De er likefullt relevante rettskildefaktorer og velbegrunnede enkeltsaker kan tenkes å støtte opp under et tolkningsresultat.

Sakene før og etter lovendringen benevnes ulikt, da sakene på Lovdata har fått et eget nummer, for eksempel FNV-2006-239-OSL. Dette er ikke tilfelle for de tilsendte vedtak. Her vil nemndenes eget saksnummer bli brukt, for eksempel sak nr. 07/046. I tillegg vil jeg tilføye forkortelsen for hvilken nemnd som har avgjort saken, dette er for lettere å kunne skille avgjørelsene fra hverandre.

Norge har tradisjonelt blitt sett på som en stat med et dualistisk rettssystem.⁴⁹ Dette innebærer at folkerettslige regler må særskilt gjennomføres for å kunne håndheves. Gjennomføringsakten kan skje ved inkorporasjon eller transformasjon.⁵⁰ EMK ble inkorporert i 1999, mens BK først ble inkorporert i 2003. Begge ble gjort til norsk lov gjennom menneskerettsloven § 2.

⁴⁹ Se Ot.prp.nr. 3 (1998-1999) s. 12.

⁵⁰ Ibid s. 11.

Motstrid foreligger når man etter et tolkningsresultat kommer til at to rettsregler har uforenlige rettsfølger.⁵¹ Det kan være motstrid mellom intern rett og folkerettslige forpliktelser. Denne kan elimineres på ulike måter, for eksempel ved lex posterior-, lex specialis- og lex superior-prinsippet.⁵² For EMK og BK er motstrid med andre lovbestemmelser søkt løst gjennom menneskerettsloven § 3. EMK og BK skal som utgangspunkt gå foran intern rett.

Ved harmonisering gjennom tolkning kan motstrid unngås.⁵³ Det følger av presumsjonsprinsippet at det skal søkes et tolkningsresultat som samsvarer med Norges internasjonale forpliktelser. Nasjonale regler tolkes innskrenkende. Prinsippet modifierer et dualistisk system siden folkerettslige forpliktelser som ikke er gjennomført da vil være en betydelig rettskildefaktor.⁵⁴ Også gjennomførte folkerettslige forpliktelser er en rettskildefaktor med betydelig vekt i tolkningen av intern rett.

I avhandlingen blir barnevernloven § 4-19 tredje og fjerde ledd og andre relevante bestemmelser tolket, og EMK og BK vil være tolkningsfaktorer. Ved to tolkningsalternativer vil det tolkningsresultat som samsvarer med konvensjonene bli valgt, jf. presumsjonsprinsippet. Dermed kan motstrid på regelniva unngås slik at det ikke er nødvendig å vurdere om menneskerettsloven § 3 kommer til anvendelse. Det må imidlertid også spørres om det endelige tolkningsresultat er i overensstemmelse med EMK art. 6 og 8. Gjeldende rett vil dermed være barnevernloven § 4-19 sett i sammenheng med menneskerettighetene.

Siden EMK er en tolkningsfaktor og siden EMK skal gå foran ved motstrid må innholdet av bestemmelsene fastlegges. Det fremkommer av Høyesteretts praksis at rettsanvender,

⁵¹ Se Eckhoff 2001 s. 343.

⁵² Ibid s. 348.

⁵³ Se Rt. 2000 s. 996.

⁵⁴ Skoghøy 2002 s. 733.

hvis det er tvil om innholdet av bestemmelsen, må foreta en selvstendig tolkning av EMK.⁵⁵ Rettsanvender skal benytte de samme tolkningsprinsipper som den europeiske menneskerettighetsdomstol (heretter kalt EMD). I vurderingen av om barnevernloven er i overensstemmelse med EMK, må derfor både barnevernloven og EMK tolkes. Ved tolkningen av EMK ligger EMDs metode til grunn, og denne vil det derfor bli redegjort kort for i kapittel 2.

Høyesterett har uttalt at det ved tolkningen ikke skal bygges inn sikkerhetsmarginer mot at Norge dømmes for traktatbrudd. Nasjonale regler skal ikke tolkes slik at man føler seg sikker på at den ikke kommer i strid med folkeretten.⁵⁶ Dette er sagt uttrykkelig i Rt. 2000 s. 996, og videre stadfestet i blant annet Rt. 2005 s. 833.

Norske domstoler skal også være forsiktige med å utvikle konvensjonen.⁵⁷ EMD er den autoritative fortolker, og dermed det organ som utvikler og tolker EMK dynamisk. Dette er for å sikre at medlemslandene benytter den samme standard ved gjennomføringen av konvensjonens rettigheter. Hvis det imidlertid foreligger tvil om forståelsen av konvensjonen, kan domstolene legge inn norske verdier.⁵⁸

1.6 Den videre fremstilling

Først vil EMK art. 6 og 8 og BK bli behandlet (kap. 2). Det kan tenkes at bestemmelsene har betydning ved spørsmål om samvær for andre enn foreldrene. EMK og BK har som nevnt to funksjoner. For det første kan de være tolkingsfaktorer, for det andre må nasjonal lovgivning vurderes opp mot konvensjonenes bestemmelser. For å kunne benytte EMK og BK i tolkningen og for å vurdere en eventuell motstrid, må innholdet av de aktuelle konvensjonsbestemmelser være kartlagt. Det er viktig å ha innholdet som et bakteppe. Av

⁵⁵ Se Rt. 2000 s. 996, Rt. 2002 s. 557 og Rt. 2005 s. 833.

⁵⁶ Se Skoghøy 2002 s. 735. Skoghøy kaller det forsiktighetsprinsippet.

⁵⁷ Rt. 2000 s. 996, Rt. 2002 s. 557, Rt. 2005 s. 833.

⁵⁸ Se Rt. 2005 s. 833.

denne grunn er det mest hensiktsmessig å behandle menneskerettighetene tidlig i avhandlingen.

Tidligere rettstilstand blir så drøftet. Både prosessuelle og materielle problemstillinger som kan tenkes å ha betydning for lovendringen behandles (kap. 3). Muligheten til å få behandlet samværskrav og den skjønsmessige vurderingen av om samværsrett innvilges er sentrale problemstillinger, men også omfanget av en eventuell samværsrett blir behandlet kort.

Deretter blir gjeldende rett drøftet, herunder hvorfor det ble foretatt en lovendring (kap. 4) og aktuelle prosessuelle og materielle problemstillinger (kap. 5, 6, 7 og 8). Sentralt er muligheten til å oppnå partsstatus, behandlingen av samværssaker og realitetsvurderingen av om samværsrett skal innvilges. EMK som tolkingsfaktor vil komme inn fortløpende hvor den er relevant.

På bakgrunn av de foregående drøftelser blir det først foretatt en sammenligning av tidligere og gjeldende rett (kap. 9). Deretter foretas en sammenstilling av EMK og barnevernloven. Det er her et spørsmål om det foreligger motstrid selv om EMK har blitt benyttet i tolkningen av intern rett (kap. 10).

I barnevernretten er barnet i fokus, jf. BK art. 3. Det er derfor viktig å se samværsretten ut i fra barnets perspektiv (kap. 11).

Avslutningsvis vil det være en rettspolitisk drøftelse om reglens godhet (kap. 12).

2 Samværsrett mellom barnet og andre enn foreldrene, en menneskerettighet?

2.1 Den europeiske menneskerettighetskonvensjon

Det kan spørres om samværsrett mellom barnet og andre enn foreldre er en menneskerettighet. Problemstillingen i det følgende er om samværsretten beskyttes av EMK art. 8 som omhandler retten til familieliv og av EMK art. 6 som omhandler retten til rettferdig rettergang. Hvis dette er tilfellet er bestemmelsene en rettskildefaktor i tolkningen av barnevernloven § 4-19 tredje og fjerde ledd, men det må også diskuteres om det endelige tolkingsresultatet er i overensstemmelse med EMK art. 6 og 8.

EMK art. 6 og art. 8 vil bli behandlet hver for seg. Som jeg kommer tilbake til gir begge bestemmelser prosessuelle garantier. I visse tilfeller overlapper de hverandre. I enkelte saker for EMD har kun art. 8 blitt påberopt, andre ganger art. 6 i tillegg. Staten kan bli dømt etter begge bestemmelsene, eller bare etter den ene.⁵⁹ Det kan kanskje diskuteres hvordan disse to bestemmelsene forholder seg til hverandre. En slik drøftelse vil imidlertid bli for generell for avhandlingens formål og blir derfor ikke behandlet.

I det følgende vil først EMDs metode bli klarlagt. Deretter blir bestemmelsene behandlet for å se om samværet mellom barnet og andre enn foreldrene beskyttes. EMK art. 8 blir behandlet før art. 6 da bestemmelsen synes å ha vært mest sentral i samværsaker for EMD, og også kan tenkes å ligge til grunn for anvendelsen av art. 6.

2.2 EMDs metode

For å kunne benytte EMK som rettskildefaktor ved tolkningen og for å avgjøre om barnevernloven § 4-19 tredje og fjerde ledd er i overensstemmelse med EMK, må innholdet

⁵⁹ Se f. eks. *W. v. UK* 1987 hvor det forelå brudd på både art. 6 og 8. I *O. v. UK* 1987 var det kun brudd på art. 6, ikke art. 8.

av art. 6 og art. 8 fastlegges. Som tidligere nevnt skal rettsanvender benytte de samme tolkningsprinsipper som EMD, og derfor må EMDs metode klargjøres.

EMD ser på konvensjonen som et levende instrument, ” a living instrument”, som må tilpasses samfunnsutviklingen. EMK art. 6 og 8 må derfor tolkes i lys av dagens samfunnsforhold. Dette er sagt uttrykkelig i flere EMD-avgjørelser, se for eksempel Tyrer v. UK 1978 og Selmouni v. Frankrike 1999.

EMD benytter de alminnelige tolkingsregler for traktater kodifisert i Wienkonvensjonen om traktatretten.⁶⁰ Foruten selve konvensjonsteksten benyttes også ofte formålsbetraktninger.⁶¹

Rettsavgjørelser er i følge Wienkonvensjonen art. 38(d) en subsidiær rettskilde. Det fremkommer likevel av EMDs avgjørelser at de ofte viser til egne saker. I Christine Goodwin v. UK 2002 avsnitt 74 uttalte EMD at domstolen ikke uten ”good reason” burde fravike tidligere avgjørelser. Det er derfor klart at EMDs egne avgjørelser har betydelig vekt. Dette er for å oppnå likhet for loven og forutberegnlighet.

2.3 EMK artikkel 8

2.3.1 Innledning

EMK artikkel 8 verner etter sin ordlyd mange områder, det er imidlertid ”the right to respect for ... family life” som kan ha betydning for samværsretten, og som derfor vil bli behandlet i det følgende. Retten til respekt for familieliv innebærer ikke bare beskyttelse av materielle rettigheter, staten er også forpliktet til å ta vare på prosessuelle rettigheter.⁶²

⁶⁰ Se for eksempel Golder v. UK 1975 avsnitt 29.

⁶¹ Se for eksempel Johnston og andre v. Irland 1986 avsnitt 51 og 52.

⁶² Et eksempel på at prosessuelle rettigheter er krenket er W. v. UK 1987.

Både barn og voksne beskyttes av artikkelen, jf. ”enhver”, og har dermed rett til respekt for familielivet.

Respekt for familielivet innebærer en rett til å få anerkjent et forhold mellom familiemedlemmer juridisk sett.⁶³ At staten skal respektere familielivet betyr for det første at staten ikke skal gripe inn i og dermed hindre utøvelse av familielivet. Dette kalles statens negative forpliktelse. Personer skal vernes mot vilkårlig inngrep fra myndighetene.

Videre er det innfortolket i bestemmelsen en forpliktelse for staten til aktivt å gjøre noe for å ta vare på familielivet. Dette ble først stadfestet i *Marckx v. Belgia* 1979. Staten må gjøre det den kan for at familiemedlemmer kan leve et normalt familieliv. Den positive forpliktelse er begrunnet i hensynet til å oppnå en effektiv beskyttelse. Akkurat hva og hvor mye staten er forpliktet til å gjøre vil variere fra sak til sak. Forpliktelsen avhenger av sakens faktum, herunder hvilket familieforhold det er snakk om. Jo lenger fra hverandre personene står, jo mindre kreves for at staten har respektert familielivet og dermed oppfylt sin forpliktelse etter konvensjonen.⁶⁴

Problemstillingen i det følgende er om samvær mellom barnet og andre enn foreldre etter en omsorgsovertakelse beskyttes av EMK art. 8. Det er for det første et spørsmål om barnet og disse personer kan ha et familieliv. Hvis dette er tilfellet må det vurderes om hindring av samvær kan være et brudd på statens positive forpliktelse, og dermed utgjøre et inngrep. I så fall må det vurderes om inngrepet likevel kan legitimeres, jf. art. 8 nr. 2.

2.3.2 Familieliv

For å være vernet av bestemmelsen må det foreligge et familieliv, ”family life”.

Avgjørende er hva som forstås som ”familie”. Konvensjonen inneholder ingen presis

⁶³ Se van Dijk 2006 s. 695.

⁶⁴ Se Kilkelly 1999 s. 198.

definisjon av begrepet. Det er et autonomt begrep. Dette innebærer at "family life" skal tolkes uavhengig av intern rett.⁶⁵

"Family life" har blitt tolket og utviklet i forhold til samfunnets utvikling og liberalisering, se ovenfor om at konvensjonen skal ses på som "a living instrument". Hva som er en familie i EMKs forstand må avgjøres etter en konkret vurdering, men det er gitt noen holdepunkter i praksis. Etter en naturlig forståelse av ordlyden er det biologiske slektninger som vernes. Imidlertid er det uttalt at det som en hovedregel må eksistere et nært personlig bånd.⁶⁶ Det er i følge EMD hva som faktisk er å anse som en familie, som er avgjørende.⁶⁷ Hvorvidt personene rettslig og biologisk anses som familie, vil likevel være relevante momenter i vurderingen. Dermed er det en uensartet gruppe som kan tenkes å være beskyttet. Noen forhold oppnår automatisk beskyttelse av art. 8.⁶⁸ I noen tilfeller kan også det som utgjorde en familie opphøre, for eksempel ved adopsjon. Foreldrene står sterkere i forhold til art. 8 enn det andre personer gjør. Dette er uttalt i flere avgjørelser fra EMD og kommisjonen.⁶⁹ Et eksempel er Price v. UK 1988.

Forholdet mellom andre personer og barnet har i noen tilfeller vært beskyttet av art. 8. Om personen og barnet har bodd sammen er ofte et fremtredende moment i praksis.⁷⁰ Men det

⁶⁵ Se van Dijk 2006 s. 690.

⁶⁶ Se Kilkelly 1999 s. 188. Se for eksempel K. og T. v. Finland 2001 avsnitt 150.

⁶⁷ Se for eksempel K. og T. v. Finland 2001 avsnitt 150 og Kroon og andre v. Nederland 1994 avsnitt 30. Se også van Dijk 2006 s. 690.

⁶⁸ For eksempel forholdet mor og barn, se mer om dette i Kilkelly 1999 s. 188 ff.

⁶⁹ Tidligere overvåket både den europeiske menneskerettighetskommisjon og EMD konvensjonen. Kommisjonens oppgave var blant annet å avgjøre om individklager var "admissible". Hvis så var tilfellet, realitetsbehandlet domstolen klagesakene og avsa bindende dom. Ordningen ble avskaffet ved TP 11 til EMK med virkning fra første november 1998 da antall saker og vanskelighetsgraden økte, saksbehandlingstiden var lang og nye land ble medlemmer, se Tjomsland 2003 s. 72. I dag har EMD alle oppgavene, jf. art. 19. For mer om det tidligere systemet se f.eks. Merrills og Robertson 2001kap. 9.

⁷⁰ Se nedenfor om Boyle v. UK 1993 og Price v. UK 1988.

er kun ett av flere momenter. Andre tenkelige momenter er hvor mye tid de har tilbrakt sammen tidligere og hvor mye vedkommende har engasjert seg i barnet.

En av de tidligste viktige avgjørelser på området er Marckx-saken. Det ble her uttalt at nære slektninger kan omfattes av familiebegrepet; familieliv i art. 8 sin forstand ”includes at least the ties between grandparents and grandchildren, since such relatives may play a considerable part in family life”.⁷¹ Setningen har blitt gjentatt i flere ulike EMD-avgjørelser og tidligere kommisjonsavgjørelser.⁷² Søsken, en onkel og besteforeldre har blitt ansett å ha et ”familieliv” med barnet.⁷³ Det er likevel ikke bare biologiske slektninger som har hatt et familieliv med barnet. K. og T. v. Finland 2001 er et eksempel på nære personlige bånd uten å være i slekt. Her ble en stefar ansett å ha et familieliv med barnet.

EMD har så langt jeg har funnet, ikke hatt mange saker kun om samvær mellom barn og andre enn foreldre, men dette har ikke betydning ved spørsmål om personene omfattes av ”familieliv”. Vurderingen av et familieliv har også forekommet i andre type saker. Den tidligere kommisjonen har imidlertid hatt noen samværsaker jeg vil komme tilbake til.

Det kan konkluderes med at barn og andre personer enn foreldrene kan omfattes av familiebegrepet i EMK art. 8, men dette må det tas stilling til etter en konkret skjønnsmessig helhetsvurdering.

2.3.3 Inngrep

Omsorgsovertakelse er et inngrep i familielivet. Staten er i utgangspunktet forpliktet til unngå dette, men omsorgsovertakelsen kan legitimeres i visse tilfeller. Familielivet opphører ikke som følge av omsorgsovertakelsen.⁷⁴ På bakgrunn av dette og den tidligere nevnte

⁷¹ Marckx v. Belgia 1979 avsnitt 45.

⁷² Se for eksempel Boyle v. UK 1993 og Scozzari og Giunta v. Italia 2000 avsnitt 221.

⁷³ Se Olsson v. Sverige 1988, Boyle v. UK 1993 og Marckx v. Belgia 1979.

⁷⁴ Se for eksempel W. v. UK 1987 avsnitt 59.

Marckx-saken er staten positivt forpliktet til å beskytte familielivet også etter en omsorgsovertakelse. Dette er prinsipper som EMD har utviklet, herunder viktigheten av kontakt mellom familiemedlemmer.

Omsorgsovertakelsen er i utgangspunktet midlertidig og skal opphøre så snart vilkårene for den ikke lenger er til stede. Målet er gjenforening, og alle tiltak etter omsorgsovertakelsen skal være i overensstemmelse med dette formål.⁷⁵ Dette innebærer at myndighetene skal tilrettelegge for gjenforening. Samvær med foreldre og andre familiemedlemmer vil kunne lette gjenforeningen og være en forutsetning for at den blir vellykket.⁷⁶

Samværsbegrensninger kan dermed være brudd på statens positive forpliktelse. Det kan da kalles et inngrep i familielivet. At myndighetene skal respektere familielivet innebærer en plikt til å handle slik at båndene mellom familiemedlemmene kan utvikle seg normalt.⁷⁷ Ikke alle begrensninger utgjør et inngrep, bare tilfeller hvor det ikke er mulig å opprettholde kontakten etter hva som er normalt for den situasjon de er i.⁷⁸ Prosessuelle rettigheter beskyttes også. Dermed kan det også foreligge et inngrep hvis personen ikke har blitt involvert i tilstrekkelig grad til å kunne ivareta sine interesser i avgjørelsesprosessen av om vedkommende skal få innvilget samvær.⁷⁹

2.3.4 Statenes inngrepshjemmel

På bakgrunn av statens positive forpliktelse skal det i utgangspunktet tilrettelegges for samvær mellom barnet og vedkommende som har et familieliv. Staten kan likevel gjøre begrensninger i samværet hvis de kumulative vilkårene i art. 8 nr. 2 er oppfylt. Inngrepet må være i samsvar med loven, det må være gjort for å oppnå et av de opplistede formål og

⁷⁵ Se for eksempel K. and T. v. Finland 2001 avsnitt 178. og Olsson v. Sverige 1988 avsnitt 81.

⁷⁶ Se Olsson v. Sverige 1988 avsnitt 81

⁷⁷ Se Marckx v. Belgia 1979 avsnitt 45.

⁷⁸ Se for eksempel Price v. UK 1988

⁷⁹ Se W. v. UK 1987 avsnitt 64.

det må være nødvendig i et demokratisk samfunn. Vilkårene er også relevante ved spørsmål om brudd på en positiv forpliktelse kan legitimeres.⁸⁰

Hva som ligger i kravet om samsvar med loven er nærmere klarlagt av EMD.⁸¹ Inngrepet må ha hjemmel i en nasjonal lov. Videre må loven hindre vilkårlig inngrep fra myndighetene, den skal være formulert på en tilstrekkelig presis måte slik at det er mulig å forutberegne sin rettsstilling. Likevel godtas en viss vaghet for å kunne holde følge med samfunnsutviklingen. Ved skjønnsmessig lovgivning kreves det ofte i tillegg at det er gitt retningslinjer for utøvelsen av skjønnnet, og at det er mulighet for å overprøve vedtakene.⁸² Det stilles visse krav til myndighetenes skjønnsetøvelse. Staten må ha utøvet skjønnnet "reasonably, carefully and in good faith".⁸³

Opplistingen av de formål tiltaket skal begrunnes med er uttømmende. Størst betydning i forhold til barnevernssaker er beskyttelse av barnets helse og barnets rettigheter og friheter.

Det er videre et spørsmål hva som ligger i begrepet "nødvendig" i et demokratisk samfunn. Etter en naturlig forståelse av ordlyden må det være et behov for inngrep. EMD har uttalt at "nødvendig" ikke skal bety uunnværlig, men det kreves at det er mer enn ønskelig. Inngrepet skal begrunnes med "a pressing social need", som innebærer at sterke samfunnsmessige hensyn må tilsi inngrep.⁸⁴

Staten er gitt en viss skjønnsmargin ved nødvendighetsvurderingen, såkalt "margin of appreciation". Begrunnelsen er for det første at det er vanskelig for domstolen å finne ut av

⁸⁰ Se van Dijk 2006 s. 745 og Hatton v. UK 2003.

⁸¹ Se for eksempel Olsson v. Sverige 1988 avsnitt 60-62.

⁸² Se for eksempel Eriksson v. Sverige 1989 og Bronda v. Italia 1998 avsnitt 54 som igjen viser til Olsson v. Sverige 1988 avsnitt 62.

⁸³ Se Sunday Times v. UK 1979 avsnitt 59.

⁸⁴ Se Tjomsland 2003 s. 81. Se for eksempel Sunday Times v. UK 1979 avsnitt 59 og Olsson v. Sverige 1988 avsnitt 67.

statenes nasjonale politikk. For det andre står staten selv saken nærmest. Det er sagt at jo mer alvorlig inngrepet er og jo viktigere interesser det er snakk om, jo mer substansielt og overbevisende må formålet med inngrepet være.⁸⁵ Hvor stor skjønnsmargin staten har avhenger også av dette.⁸⁶ Dette kan få betydning i vurderingen av om samværsbegrensninger er nødvendig. Statens skjønnsmargin er vid når det gjelder spørsmål om nødvendigheten av omsorgsovertakelsen, jf. art. 8 nr. 2. Den strekker seg imidlertid ikke like langt ved videre inngrep i familielivet, slik som samværsbegrensninger og adopsjon.⁸⁷ Disse prøves mer inngående.

Det er i nødvendighetsvilkåret innfortolket et krav om proporsjonalitet mellom mål og middel, herunder mellom inngrepets formål og inngrepet. Hvis andre mindre inngripende tiltak kunne vært benyttet, er det ikke sikkert inngrepet var nødvendig. Et spørsmål her er om myndighetene hadde relevante og tilstrekkelige grunner, ”relevant and sufficient reasons”, for å gripe inn i familielivet. Det tvilsomme er oftest spørsmålet om myndighetene hadde tilstrekkelig grunn til å gripe inn. For å avgjøre dette må man i følge EMD se på saken i sin helhet.⁸⁸ Dette er en konkret vurdering.

Ved å innfortolke et proporsjonalitetsprinsipp har EMD mulighet til å ta alle interesser og forhold med i vurderingen. Det kan i familiesaker, spesielt barnevernsaker, være motstridende hensyn. På den ene siden hensynet til barnet, på den andre siden hensynet til foreldrene og andre slektninger. Det må søkes en balanse mellom de ulike parters interesser. Hensynet til barnet vil alltid være tungtveiende i barnevernsaker.⁸⁹ Hensynet til andre må i alle tilfelle vike hvis det vil skade barnets helse og utvikling.⁹⁰

⁸⁵ Van Dijk 2006 s. 747.

⁸⁶ Se Johansen v. Norge 1996 avsnitt 64 og L. v. Finland 2000 avsnitt 118.

⁸⁷ L.c.

⁸⁸ Se for eksempel Bronda v. Italia 1998 avsnitt 59.

⁸⁹ Johansen v. Norge 1996 avsnitt 64 og 78 og Bronda v. Italia 1998 avsnitt 62. Se også Haugli 2000 s. 252.

⁹⁰ Johansen v. Norge 1996 avsnitt 78 og L v. Finland 2000 avsnitt 122.

2.3.5 Praksis

I det følgende blir aktuelle EMD- og kommisjonsavgjørelser gjennomgått. Dette er for å utdype tre problemstillinger nærmere i forhold til samværsretten; når et familieliv foreligger, når det er et inngrep og når inngrepet kan legitimeres. Ved vurderingen av om forholdet mellom barnet og andre personer enn foreldrene utgjør et familieliv og om inngrep kan rettferdiggjøres er det små nyanser som skiller de som ikke beskyttes og de som beskyttes. Også dette skal gjennomgangen av avgjørelsene søke å belyse. Ut fra gjennomgåelsen av praksis kan det trekkes noen hovedlinjer. Dette vil bli gjort i pkt. 2.3.6.

Olsson v. Sverige 1988 er et eksempel på at myndighetene er forpliktet til å gi barn som må flytte til fosterfamilie mulighet til å opprettholde kontakten med andre familiemedlemmer. I denne saken var det foretatt omsorgsovertakelse av tre søsken. Barna ble flyttet langt fra hverandre og det ble fattet vedtak om samværsrestriksjoner. EMD kom til at omsorgsovertakelsen var et legitimt inngrep, men plasseringen av barna utgjorde et brudd på art. 8. Ved denne vurderingen ble samværet mellom barna tatt opp av EMD. Tvilsspørsmålet var om tiltaket var ”nødvendig i et demokratisk samfunn”. Det forelå i følge domstolen ikke tilstrekkelige grunner til å rettferdiggjøre plasseringen. Det var et mål å gjenforene familien. På denne bakgrunn skulle barna vært plassert slik at de hadde lett tilgang til hverandre og foreldrene, og kunne ha kontakt jevnlig.⁹¹ Dette viser at søsken omfattes av familielivet og kan være sterkt vernet. Søsken har i utgangspunktet et familieliv, og det skal mye til for å hindre dem i å tilbringe tid sammen, også når omsorgen er overtatt av myndighetene og de flyttes i hvert sitt fosterhjem.⁹²

Søsken er likevel bare vernet hvis de har et nært personlig bånd. *I. og U. v. Norge 2004* kan belyse dette. Omsorgen ble fratatt foreldrene, og barna I og U flyttet til fosterhjem i 1993. X ble født i 1997 og ble flyttet til et annet fosterhjem enn sine søsken noen dager etter fødselen. X hadde derfor aldri bodd sammen med sine søsken. Foreldrene ønsket at barna

⁹¹ Se avgjørelsens avsnitt 81.

⁹² Dette støttes av *K. og T. v. Finland 2001* avsnitt 150. Foreldrene og begge barna ble ansett å være en del av familien.

skulle ha mulighet til samvær med hverandre. Dette ble nektet av myndighetene. Foreldrene til de tre barna klaget Norge inn på vegne av I og U, og mente at myndighetene hadde krenket retten til familieliv mellom de tre søsknene. EMD kom til at saken var ”inadmissible”.

Domstolen var i sin prøvelse sterkt i tvil om det forelå et familieliv mellom søsknene. I utgangspunktet vil et barn som blir født inn i en familie være en del av denne allerede fra fødselen.⁹³ Dette innebærer både mor, far og søsken. Biologisk slektskap er imidlertid ikke tilstrekkelig for å beskyttes av art. 8; juridiske eller faktiske elementer som kan tyde på at det eksisterer et nært personlig bånd kreves i tillegg. Domstolen poengterte at den opprinnelige familie hadde vært atskilt lenge, og båndene mellom foreldrene og I og U var svake. Etter at X ble flyttet i fosterhjem utviklet ikke båndet mellom X og resten av den biologiske familie seg til å bli nært personlig. X husket ikke møtene med foreldrene de første månedene etter sin fødsel. I og U hadde heller aldri møtt søsteren.

Selv om domstolen var usikker på om det forelå et familieliv og dermed ikke kom med en fast konklusjon, fortsatte domstolen sin prøvelse av om inngrepet kunne legitimeres. Begrunnelsen for dette var I og U sitt ønske om å møte sin søster, og EMD viste til Olsson-saken. Samværsnektelsen var i utgangspunktet et inngrep. Spørsmålet var om det likevel kunne legitimeres. Problemet var om samværsnektelsen var ”nødvendig”. Av stor betydning i denne vurderingen var det svake bånd mellom søsknene, og at X sin unge alder gjorde henne sårbar for forandringer. Videre mente domstolen at samvær mellom søsknene vanskelig kunne tenkes å skje isolert; X kunne bli utsatt for de biologiske foreldre, noe som kunne forstyrre stabiliteten og tryggheten i fosterhjemmet. X var psykisk sårbar, tålte ikke mye og trengte derfor ekstra beskyttelse mot påvirkninger. Viktig var også X sin mening. Hun hadde ikke uttrykt et ønske om å møte søsknene. Fosterfamilien var uansett villige til å tilrettelegge for samvær når X var klar for det. Domstolen foretok en avveining mellom ulike barns interesser, men beskyttelsen av X sin situasjon i fosterhjemmet var viktigere

⁹³ Keegan v. Irland 1994 avsnitt 44.

enn I og U sin interesse i å få samvær med X. Inngrepet var dermed ”nødvendig”, og vilkårene som legitimerer inngrep i art. 8 nr. 2 var oppfylt.

Det kan trekkes ut fra avgjørelsen at utgangspunktet for søsken er at de har et familieliv fra fødselen av. Likevel kan dette slutte å eksistere hvis det ikke er faktiske elementer som tilsier at det foreligger et nært personlig bånd. Et moment av stor betydning er barnas ønske. At EMD fortsetter sin prøving i et så usikkert tilfelle viser at søsken antagelig er sterkt vernet. De svake bånd mellom søsknene gjorde seg heller utslag i nødvendighetsvurderingen.

Noen av sakene jeg har funnet om samværsrett (”access to child”) er ikke behandlet av EMD, men av den europeiske menneskerettighetskommisjonen da den eksisterte. Price v. UK 1988⁹⁴, Lawlor v. UK 1988 og Boyle v. UK 1993 skal nevnes. I alle tre saker vises det til uttalelsen om familieliv i Marckx-saken.

Boyle-saken skulle opp for domstolen, men ble forlikt rett i forkant. Price- og Lawlor-saken ble avvist av kommisjonen. Avgjørelsene har ikke samme vekt som en domstolsavgjørelse. Dette er fordi kommisjonen ikke kunne avsi bindende avgjørelser. De viser imidlertid hvilke problemstillinger som er aktuelle, utgjør eksempler og har argumentasjonsverdi. I de nevnte saker foretar kommisjonen en omfattende prøvelse lik EMD, noe som kan styrke argumentasjonsverdien.

I *Price-saken* var det spørsmål om en samværsnektelse mellom besteforeldre og barnebarn (access to child) utgjorde brudd på art. 8. Kommisjonen erklærte saken for ”inadmissible” da klagen var åpenbart grunnløs, jf. tidligere art. 27 nr. 2 (i dag art. 35 nr. 3).

Ved spørsmålet om det forelå et familieliv viste kommisjonen til uttalelsen i Marckx-saken. Videre uttales at det å ha bodd sammen ikke er nødvendig, men at det er et viktig moment. Besteforeldrene hadde besøkt barnet ofte, så langt de hadde mulighet, de hadde gjort

⁹⁴ I denne sammenheng har første del av saken avgjort 9. mars 1988 betydning. Her ble art. 8 behandlet. Resterende avgjørelse om art. 6 og 13 fant sted 14. juli 1988.

barnevernet kjent med sin bekymring for barnet og de tilbød seg å være fosterhjem. Andre momenter av betydning var barnets alder og begrunnelsen for omsorgsovertakelsen, her at barnet ble slått av foreldrene. På denne bakgrunn kom kommisjonen til at det eksisterte et ”familieliv”.

Spørsmålet var så om samværsnektelsen kunne karakteriseres som et inngrep. I denne sammenheng påpekte kommisjonen forskjellen på forholdet mellom foreldre og barn og mellom besteforeldre og barnebarn. Normalt har foreldrene myndighet til å avgjøre hvem barnet kan ha samvær med. Ved omsorgsovertakelse går myndigheten over til barneverntjenesten. Kommisjonen uttalte at det i slike tilfeller kan være et inngrep hvis kontakten minskes til et nivå lavere enn det som er nødvendig for å ivareta et normalt besteforelder- barnebarn forhold.

Barneverntjenestens nektelse kunne deles opp i tre perioder. For de to første perioder konkluderte kommisjonen med at det ikke var et inngrep. Dette ble begrunnet med at nektelsen bare hadde vært for en kortere periode på grunn av spesielle forhold. Besteforeldrene hadde hatt full tilgang til barnet utenom de nevnte perioder. Den siste perioden med nektelse hadde vart allerede i to år, og den fortsatte å løpe da saken kom opp i 1988. Samværsnektelsen var total og barnet var langtids plassert med sikte på adopsjon. Vedtaket avsluttet all mulig fremtidig kontakt, og dermed ble den siste perioden ansett som et inngrep.

Kommisjonen vurderte deretter om staten likevel kunne gjøre inngrep, jf. at. 8 nr. 2. Det forelå ingen uenighet om lovskravet og formålet. Spørsmålet var om inngrepet var ”nødvendig i et demokratisk samfunn”. Besteforeldrene mente de ikke var tilstrekkelig involvert i avgjørelsen og ikke hadde et effektivt middel for imøtegå den. Kommisjonen kom til at selve avgjørelsen om samværsnektelse var nødvendig. De viste til barnets skader, det var nødvendig å finne et annet hjem og det var ikke mulig å rehabilitere. Det var innenfor statens skjønnsmargin å nekte samværet. Det var imidlertid mer tvil om besteforeldrene var involvert tilstrekkelig. Det ble vist til W. v. UK 1987. Det kreves ikke

like stor grad av involvering av besteforeldrene som av foreldrene. Besteforeldrene hadde blitt invitert til tre tidligere møter om samvær og hadde dermed fått mulighet til å presentere sin side av saken. Deres mening hadde kommet frem, og besteforeldrene hadde dermed blitt tilstrekkelig involvert. På denne bakgrunn kom kommisjonen til at vilkårene i art. 8 nr. 2 var oppfylt, og det ikke forelå brudd på art. 8.

I *Boyle-saken* hevdet en onkel at det forelå brudd på art. 8 fordi han ble nektet samvær med barnet etter at de britiske myndighetene hadde overtatt omsorgen. Han hevdet videre at det forelå brudd fordi han ikke hadde hatt mulighet til å ta opp vedtaket for retten.

Kommisjonen kom til at onkelen og nevøen hadde et "familieliv", selv om de ikke hadde bodd sammen.⁹⁵ Her hadde kontakten mellom nevøen og onkelen vært omfattende. De hadde tilbrakt mye tid sammen, hadde bodd nær hverandre og nevøen sov over hos onkelen i helger. Onkelen hadde vært en god farsfigur da nevøen ikke hadde hatt faren sin til stede i livet. Det var et betydningsfullt bånd mellom dem.

Selv om nevøen og onkelen hadde et familieliv, var det ikke dermed sagt at nektelsen av samvær utgjorde et inngrep. Det ble uttalt at samværsrestriksjoner som innebærer en viss mulighet til å opprettholde kontakten ikke er et inngrep. I denne saken var det imidlertid snakk om all kontakt, og dermed utgjorde vedtaket et inngrep i art. 8 sin forstand.

Spørsmålet videre var da om inngrepet kunne legitimeres, jf. art. 8 nr. 2. Det var tvil om nektelsen var "nødvendig i et demokratisk samfunn". Også her vises til forskjellen fra forholdet mellom foreldre og barn.

Kommisjonen uttalte med henvisning til *W. v. UK 1987* at nødvendighetskravet også omfatter prosessuelle betingelser. Avgjørende var, som nevnt i *Price-saken*, om personen var involvert i avgjørelsen nok til å kunne beskytte sin interesse. Det uttales at art. 8 ikke

⁹⁵ Se momentene fra *Price-saken* ovenfor.

gir et automatisk krav på adgang til retten. Til forskjell fra Price-saken hadde ikke Boyle vært til stede da de fattet vedtak om å avslutte samværet. Hans mening var ikke hørt på forhånd, ingen dialog mellom Boyle og myndighetene hadde funnet sted. Det var heller ingen mulighet til å ta spørsmålet opp for retten. Boyle hadde derfor intet forum for å tale sin sak. Det viste en fundamental svakhet ved systemet at Boyle ikke ble involvert i avgjørelsesprosessen i tilstrekkelig grad til å beskytte sin interesse. Nektelsen kunne ikke legitimeres når det gjaldt onkelens prosessuelle rettigheter. I følge kommisjonen forelå det brudd på art. 8.

Lawlor v. UK 1988 omhandler mye av det samme som de andre nevnte kommisjonsavgjørelser. Myndighetene hadde overtatt omsorgen for barnet, og Lawlor, som var bestefar, hadde samværsrett. Retten ble imidlertid begrenset flere ganger av myndighetene. Klagen gjaldt samværsbegrensningene og avgjørelsesprosessen. Kommisjonene konkluderte med at bestefaren og barnebarnet hadde et "familieliv" da det forelå et nært personlig bånd. De hadde bodd sammen i flere år og hadde opprettholdt kontakten etter omsorgsovertakelsen. Bestefaren viste at han brydde seg.

Kommisjonen vurderte deretter om det hadde vært et inngrep i familielivet. I Price- og Boyle-saken ble selve samværsnektelsen behandlet i inngrepsvurderingen, mens kommisjonen i denne saken skiller mellom samværsreduksjonen og avgjørelsesprosessen. Samværsreduksjonen var et inngrep da det ble minsket til et nivå som ikke gjorde det mulig å ivareta et normalt besteforeldre-barnebarnforhold. Avgjørende var at de hadde bodd sammen og at bestefar fra begynnelsen av hadde hatt full adgang til samvær. Innskrenkningene etter denne tid hadde vært stigende og markante. Dette var dermed nok til å være inngrep.

Spørsmålet deretter var om samværsreduksjonen var nødvendig, jf. art. 8 nr. 2. Kommisjonen la vekt på at omsorgsovertakelsen var ment å være langvarig, og da var det viktig å etablere et godt forhold til fosterfamilien. Bestefaren kunne være tilstede på

samvær ved flere anledninger, og samværene fortsatte selv om de ble redusert. Dette sett i sammenheng gjorde inngrepet legitimt.

Når det gjaldt avgjørelsesprosessen fremhevet kommisjonen at besteforeldre ikke trenger å bli involvert i like stor grad som foreldrene. I denne saken hadde bestefaren fått være med på saksmøter angående barnets fremtid, og han hadde også hatt mulighet til å legge frem sitt syn, enten selv eller ved en representant. Barnevernet hadde i tillegg lett etter adoptivfamilier som ville fortsette samværene. De hadde også involvert tanten i større grad, som de mente hadde et viktigere forhold til barnet. Avgjørelsesprosessen hadde etter kommisjonens mening foregått uten at den kunne karakteriseres som et inngrep i familielivet.

I EMD - avgjørelsen *Bronda v. Italia 1998* gjaldt klagen utsettelse av gjenforening med barnebarnet som var under offentlig omsorg. Barnet hadde ikke returnert til familien selv om ankeinstansen hadde bestemt at gjenforening skulle skje. Art. 8 var likevel ikke krenket.

Det var ikke reist tvil om at det forelå et familieliv mellom besteforeldrene og barnet. Domstolen uttalte at det som hindrer en gjensidig mulighet til å tilbringe tid sammen er et inngrep hvis besteforeldre og barnebarn har bodd sammen. Disse personer er beskyttet i like stor grad som foreldre. Man skiller ikke mellom besteforeldre og foreldre når de har bodd sammen med barnet.

I forhold til vurderingen av om inngrepet likevel var legitimt, konkluderte domstolen med at utsettelsen var nødvendig selv om det hadde gått lang tid og saken ennå ikke var ferdig behandlet. Her poengterer domstolen barnets beste som et særlig viktig hensyn. Ulike interesser måtte veies, men hensynet til barnet veide tyngst, og spesielt her da barnet hadde uttalt at det ikke ønsket å bli tilbakeført. Barnet var 14 år, og dets mening kan derfor ha hatt stor vekt.

I *Scozzari og Giuanta v. Italia 2000* hadde mor og bestemor innklaget Italia for brudd på art. 8. Myndighetene hadde overtatt omsorgen etter at morens foreldremyndighet hadde blitt suspendert. Domstolen konstaterte at omsorgsovertakelsen var i orden, men manglende kontakt mellom mor og barn utgjorde derimot et brudd. Bestemoren hevdet at manglende kontakt mellom henne og barnebarnet, og at det ikke var tatt hensyn til hennes forespørsel om å få omsorgen, også var et brudd. Dette førte ikke frem. Det var ikke tvil om at det forelå et familieliv mellom bestemor og barnebarn, men bestemoren ble karakterisert som lite samarbeidsvillig. Hun hadde nektet å delta på forberedende møter fordi hun bodde langt unna, samtidig ønsket hun vanlig samvær to ganger i uken. Videre hadde hun ikke tatt initiativ da hun ikke hørte noe mer fra sosialmyndighetene etter at fristen for å møtes var oversittet. EMD konkluderer med at bestemors manglende entusiasme for å møte barnebarna veide opp for myndighetenes forsinkelse. Det forelå derfor ikke noe brudd på art. 8.

I *L. v. Finland 2000* hevdet en bestefar at nektelse av samvær utgjorde brudd på art. 8. Domstolen kom til at det ikke var brudd. Selv om nektelse av samvær er drastisk også i besteforeldre-barnebarn forhold var inngrepet nødvendig fordi bestefaren var mistenkt for seksuelt misbruk. Barnas mening hadde også betydning. De ønsket ikke samvær. Barna var 9 og 15 år.

2.3.6 Hovedlinjer

På bakgrunn av de foregående drøftelser og praksis kan det trekkes noen hovedlinjer. Andre enn foreldre kan ha et ”familieliv” med barnet. Det må foretas en konkret vurdering hvor det avgjørende synes å være om det eksisterer et nært personlig bånd. Momenter av stor betydning er nærhet i slektskap og om de har bodd sammen. Det ser ut til at søsken er beskyttet nesten i like stor grad som foreldre, da de allerede fra fødselen av har et familieliv. Det samme gjelder besteforeldre som har bodd sammen med barnet.

De tre nevnte kommisjonsavgjørelser⁹⁶ gir et godt bilde av når det foreligger et inngrep og når inngrep likevel er legitimt, og de viser at små nyanser skiller. Det er viktig å påpeke forskjellen fra foreldre-barn forhold. I alle sakene uttales det at det kreves mindre før det er inngrep overfor foreldrene. Forholdet er annerledes og ofte viktigere for barna.⁹⁷

Vurderingen av om det kan konstateres et inngrep kan deles opp i ulike kategorier; fullstendig samværsnektelse, samværsreduksjon og begrensninger i muligheten til å ivareta sine interesser i avgjørelsesprosessen. Kommisjonen skiller ikke mellom nektelsen og avgjørelsesprosessen hvis det er snakk om en fullstendig samværsnektelse. Det uttales da at det er et inngrep hvis et normalt forhold mellom barnet og personen ikke kan ivaretas. Hva som er normalt må vurderes konkret. Terskelen for hva som er normalt, avhenger av om personen har bodd sammen eller ikke. Foreligger det mulighet til å opprettholde kontakten, er det ikke et inngrep. Dette får også betydning ved samværsreduksjon. I Lawlor-saken ble det i tillegg til vurderingen av samværsreduksjonen foretatt en egen vurdering av om hvordan avgjørelsesprosessen foregikk kunne kalles et inngrep. Det må vurderes om personen har blitt involvert i tilstrekkelig grad til å kunne ivareta sine interesser. Hvis vedkommende har fått uttalt sin mening om samværsreduksjonen eller har deltatt i møter, kan det være tilstrekkelig. Avgjørelsesprosessen må ses i sammenheng med hvor omfattende nektelsen er. Det skal antagelig mer til før det er et inngrep i det prosessuelle hvis det er vedtatt samværsreduksjon enn hvis det er vedtatt samværsnektelse. Dette kan være grunnen til at kommisjonen ikke skilte mellom nektelsen og avgjørelsesprosessen i inngrepsvurderingen.

Foreligger et inngrep, må det vurderes om dette likevel kan være legitimt, jf. art. 8 nr. 2. Som regel er det vilkåret om at inngrepet var nødvendig det er tvil om. Det må deles opp i inngrep i det materielle og det prosessuelle. For samværsnektelsen eller -reduksjonen skal det foretas en konkret avveining av barnets interesser og personens interesse i å ha samvær. Momenter av betydning kan være typen omsorgsovertakelse, langsiktig eller kortsiktig,

⁹⁶ Price-, Boyle- og Lawlor-saken.

⁹⁷ Her kan det trekkes en parallell til det biologiske prinsipp, se pkt.1.2.1.

forholdet til fosterfamilien, i hvor stor grad samvær begrenses, barnets behov og sårbarhet. Barnets mening er også viktig. Kommer man til at barnet ikke har godt av et samvær eller trenger mindre samvær, vil barnets interesser veie tyngre, se for eksempel *Bronda v. Italia* 1998.

Praksis viser at det ofte er det prosessuelle det strides om, herunder om personen har vært tilstrekkelig involvert i avgjørelsesprosessen. I nødvendighetsvurderingen er graden av involvering avgjørende. Om personens mening har kommet frem, om det har vært en dialog, og om det finnes et forum for diskusjon og objektiv meningsutveksling er av stor betydning. Det er uttalt av kommisjonen at personen ikke har en automatisk rett til adgang til domstolene etter art. 8. Imidlertid vil det kunne være et inngrep hvis vedkommende er totalt avskåret fra å få frem sin mening og få prøvd sin sak.

2.4 EMK artikkel 6

2.4.1 Innledning

Det må spørres om tvist om samvær mellom barnet og andre enn foreldre kan være beskyttet av EMK art. 6 nr. 1 og retten til rettferdig rettergang.

Retten til rettferdig rettergang er grunnleggende og viktig i en rettsstat.⁹⁸ Artikkelen omfatter både straffesaker og noen sivile saker. Aktuelt i denne avhandlingen vil være betydningen av art. 6 nr. 1 for sivile saker, her samværssaker. Innholdet av art. 6 nr. 1 som har betydning for samværsretten vil bli drøftet. Samtidig vil noe av det generelle innholdet av art. 6 bli behandlet kort for å få et helhetlig bilde.

⁹⁸ Se Møse 2002 s. 297.

2.4.2 Civil rights

Artikkel 6 omfatter ”civil rights and obligations”. Det er fastslått av EMD at rettighetene og forpliktelsene må ha grunnlag i nasjonal rett. Kravet medfører at nye rettigheter ikke kan utvikles gjennom bestemmelsen. Det er tilstrekkelig at man med rimelig grunn, ”on arguable grounds”, kan anføre å ha en slik rett.⁹⁹ Dette innebærer at art. 6 ikke kan garantere for innholdet av rettigheten.¹⁰⁰

Det foreligger ingen definisjon i EMK eller av EMD av begrepet ”civil rights”. Innholdet av det må vurderes konkret. EMD har imidlertid gitt noen holdepunkter. Det er fastslått at ”civil rights” er autonomt.¹⁰¹ Dette innebærer at nasjonale kvalifikasjoner ikke er avgjørende. Likevel har den nasjonale lovgivning relevans som et startsted. Effekten og innholdet av rettigheten i nasjonal rett har betydning.¹⁰² Domstolen må også ta konvensjonens formål og mening og andre nasjonale rettssystemer i betraktning.¹⁰³

Etter sin ordlyd omfattes som utgangspunkt privatrettslige forhold av begrepet ”civil rights”. Domstolen har imidlertid tolket ”civil rights” også til å omfatte tvister hvor det offentlige er part. Avgjørende er om den private rettigheten blir direkte avgjort ved saken, herunder om resultatet i saken er bestemmende for rettigheter og plikter.¹⁰⁴ Tilstrekkelig nærhet kreves, konsekvensen av avgjørelsen kan ikke være avledet.

Ulike familierettslige forhold er ”civil rights” i følge EMD. Det finnes en rekke eksempler fra praksis hvor ulike barnevernrettslige forhold har blitt vurdert å være i strid med art. 6,

⁹⁹ Se for eksempel *Lithgow og andre v. UK* 1986 avsnitt 192.

¹⁰⁰ Se *O v. UK* 1987 avsnitt 54.

¹⁰¹ Se for eksempel *König v. Tyskland* 1978 avsnitt 88.

¹⁰² *Ibid.* avsnitt 89.

¹⁰³ *L.c.*

¹⁰⁴ Se *van Dijk* 2006 s. 521 og 522. Se *Le Compte v. Belgia* 1981 avsnitt 46 og 47.

og det ikke har vært tvil om at vilkåret ”civil rights” er oppfylt.¹⁰⁵ I O. v. UK 1987, H. v. UK 1987 og W. v. UK 1987 ble det uttalt at foreldrenes samværsrett etter omsorgsovertakelse var ”civil rights”.¹⁰⁶ Samværsretten følger av foreldrenes rettigheter før omsorgsovertakelsen. Det er først ved en omsorgsovertakelse at samværs spørsmålet er aktuelt. Ved en omsorgsovertakelse sto det intet sted i den britiske lovgivningen at samvær ikke skulle skje. Foreldrene ble ikke automatisk fratatt retten. Samværsretten er ”civil” da den er en del av familielivet.¹⁰⁷ Siden foreldrene ikke ble fratatt samværsretten ved lovgivning hadde de en rettighet i det engelske rettssystem.

I forhold til samværs saker for andre enn foreldre må det først diskuteres nærmere om dette i prinsippet kan være en tvist om ”civil rights”. Hvis så er tilfellet er det et spørsmål om hva som skal til for at det er en rettighet med grunnlag i nasjonal rett. Norsk rett vil bli behandlet i pkt. 10.3 ved vurderingen av om intern rett er i overensstemmelse med EMK.

Samværsrett for foreldre har som nevnt blitt ansett som ”civil rights”. Etter ordlyden i konvensjonen skulle det derfor ikke utgjøre en forskjell hvem som har samværsrett hvis denne først foreligger i nasjonal rett. Dette vil også være et privatrettslig forhold. At samværsretten er ”civil” bør det ikke være tvil om. Mer tvilsomt er det om det er en rettighet. Her gir verken ordlyden i art. 6 eller EMD noen svar.

Kilkelly mener på sin side at det er tvilsomt om disse personer kan være beskyttet av art. 6, spesielt hvis intet er uttrykkelig sagt i nasjonal lovgivning. Hun hevder at besteforeldres samvær ikke er en borgerlig rettighet, og hun viser til Lawlor-saken.¹⁰⁸ Her hevdet klager brudd på art. 6 i tillegg til art. 8. Kommisjonen konkluderer med at engelsk rett ikke ga

¹⁰⁵ Se for eksempel Johansen v. Norge 1996, Eriksson v. Sverige 1989, Olsson v. Sverige 1 1988 og 2 1992, Keegan v. Irland 1994 og Paulsen-Medalen og Svensson v. Sverige 1998.

¹⁰⁶ Se for eksempel O. v. UK 1987 avsnitt 54-60.

¹⁰⁷ Ibid. avsnitt 59.

¹⁰⁸ Se Kilkelly 1999 s. 291. For mer om denne saken se ovenfor. I Price v. UK 1988 kom kommisjonen til samme resultat som i Lawlor-saken.

besteforeldre en samværsrett med barnebarn. Det var ingen rett til samvær i kraft av å være besteforeldre. En ubestemt persongruppe som oppfylte visse krav kunne derimot ha samværsrett, da ikke som en selvstendig rett, men som en rett til å søke om samvær. Dette var ikke tilstrekkelig. Vurderingen går her på hvordan forholdene er i engelsk rett.

Kilkelly antar at hvis nasjonal lovgivning gir besteforeldre samværsrett med barnet, er det likevel usikkert om dette er tilstrekkelig for å kunne beskyttes av art. 6. Dette begrunnes med den autonome fortolkning av "civil rights".¹⁰⁹ Det virker som om Kilkelly mener at samvær mellom barn og andre personer ikke er "civil rights" i seg selv.¹¹⁰ Det kan diskuteres om tvilen har oppstått som følge av uttalelser i for eksempel O. v. UK 1987. Her uttales at foreldrene i utgangspunktet har en rett til samvær før omsorgsovertakelse finner sted. Andre personer har ikke det siden foreldrene regulerer samværsretten. Her skiller samvær mellom barn og foreldre seg fra samvær mellom barn og andre personer. Dette taler mot at samvær mellom barnet og andre enn foreldre er "civil rights". Imidlertid begrunner domstolen resultatet også med at samværsretten er "civil" fordi den er en del av familielivet. Hvis andre personer kan sies å ha et familieliv med barnet taler dette for at en samværsrett for disse personer også er "civil". En forutsetning for samvær er at det er vedtatt omsorgsovertakelse. Samværsretten er ikke aktuell før dette tidspunkt verken for foreldrene eller for andre personer. Familielivet bør derfor være det avgjørende også for andre enn foreldrene. Dermed må samværsretten i visse tilfeller kunne karakteriseres som "civil rights".

Etter denne redegjørelse vil samværsretten kunne være "civil rights". Avgjørende er om rettigheten eksisterer i nasjonal rett og om personen som hevder seg vernet har anført å ha retten "on arguable grounds". Så lenge man kan oppnå samværsretten i kraft av å være en bestemt persongruppe definert i nasjonal rett og tvisten gjelder en selvstendig rett, jf. Lawlor-saken, er dette antagelig tilstrekkelig.

¹⁰⁹ Se Kilkelly 1999 s. 291 og 292.

¹¹⁰ L.c.

Hittil har samværsretten som sådan blitt drøftet. Det kan også spørres om konvensjonens rettigheter i seg selv kan anses å være ”civil”. Dette er et tema på grunn av den nevnte uttalelse i O. v. UK 1987. Samværsretten er ”civil” siden den er en del av familielivet. Dermed taler dette også for at EMK art. 8 er ”civil” da den beskytter familielivet. Retten til respekt for familielivet, jf. art. 8, har blitt ansett å være ”civil rights” i blant annet Paulsen-Medalen og Svensson v. Sverige 1998.¹¹¹ EMK art. 6 krever imidlertid gjennom begrepet ”civil rights” som nevnt at det er snakk om nasjonale rettigheter. En forutsetning er derfor at konvensjonens bestemmelser finnes i nasjonal lovgivning. Hvis konvensjonen anses som nasjonal lov, vil samværsrett for andre enn foreldre være beskyttet av art. 6 gjennom retten til familieliv i art. 8, forutsatt at samværsretten i det konkrete tilfellet er beskyttet av denne.

2.4.3 Access to court

Artikkel 6 omhandler retten til rettferdig rettergang. Hva ”rettferdig rettergang” innebærer er både kommet eksplisitt frem av bestemmelsen og utviklet gjennom EMDs praksis. Noen av disse rettighetene er for eksempel partenes rett til å være likestilt, kalt ”equality of arms”, og retten til kontradiksjon. Forutsatt at samværsrett for andre enn foreldre er ”civil rights” vil rettighetene også gjelde for slike tvister. I tillegg til kravet om en rettferdig rettergang var det tidligere et spørsmål om EMK art. 6 også omfattet en rett til domstolsadgang, ”access to court”. Dette er det ikke lenger tvil om.

Retten til adgang til domstolene kommer ikke uttrykkelig frem i konvensjonsbestemmelsen, men EMD fastslo at art. 6 omfatter en domstolsadgang i *Golder v. UK 1975*. Tolkningsresultatet baserte seg på ordlyden lest i sammenheng med konvensjonens formål og generelle rettsprinsipper.¹¹² Tungtveiende rettssikkerhetshensyn ligger til grunn.¹¹³ Hvis man ikke hadde hatt denne rettigheten ville art. 6 vært illusorisk i

¹¹¹ Sitert etter van Dijk 2006 s. 536.

¹¹² Se *Golder v. UK 1975* avsnitt 36.

¹¹³ *Ibid.* avsnitt 34 og 35. Se også Møse 2002 s. 313.

flere situasjoner. Det ville ikke vært noe poeng i å beskytte en rettferdig rettergang hvis man ikke har mulighet til å komme til retten.

Retten til domstolsbehandling må være effektiv.¹¹⁴ Dette innebærer at det ikke alltid er nok at krav kan reises for en domstol, myndighetene må også gjøre domstolsadgangen faktisk mulig å gjennomføre. Myndighetene er forpliktet til å fjerne både rettslige og faktiske hindringer. Parten må for eksempel varsles i tide slik at han kan overholde frister for å kunne gå til domstolen. Videre er staten i visse tilfeller forpliktet til å yte rettshjelp. Effektivitetskravet innebærer også at domstolsadgangen ikke skal være indirekte. Dette følger blant annet av O. v. UK 1987 avsnitt 62 og 63.¹¹⁵ I engelsk rett kunne man gjennom å bekjempe omsorgsovertakelsen få opp samværsspørsmål. Dette var ikke tilstrekkelig.

En rett til domstolsbehandling innebærer ikke nødvendigvis en domstol i tradisjonell forstand. Også andre instanser som oppfyller EMDs vilkår kan være kvalifisert. I den engelske teksten er uttrykket ”tribunal” benyttet. Uttrykket er videre enn ”court”. Dette innebærer ikke bare de ordinære domstoler, også forvaltningsorganer kan være akseptabelt.¹¹⁶ Avgjørende er organets funksjon, oppbygning og kompetanse. Organet må være opprettet ved lov og være upartisk og uavhengig. Videre må det kunne fatte bindende avgjørelser. Stater har fått godkjent sine spesielle avgjørelsesorganer, også i barnevernsaker.¹¹⁷

Det følger allerede av Golder-saken at det kan gjøres begrensninger i retten til domstolsbehandling. Den er ikke absolutt. Myndighetene kan ha behov for å regulere domstolsadgangen. Reguleringen kan variere med tid og sted ut i fra de behov og ressurser

¹¹⁴ Fastslått i blant annet Kutić v. Kroatia 2002.

¹¹⁵ Se også Eriksson v. Sverige 1989 avsnitt 81.

¹¹⁶ Se Clayton og Tomlinson 2000 s. 655.

¹¹⁷ Se for eksempel McMichael v. UK 1995 avsnitt 80.

som samfunnet og individene har. Begrensninger er mulig så lenge ikke selve essensen av retten forsvinner.¹¹⁸

I denne sammenheng er *Ashingdane v. UK 1985* viktig. Avgjørelsen gjaldt vedtak om fortsatt opphold ved et lukket sinnssykehus og begrensninger i retten til å reise erstatningssøksmål mot personalet. EMD viser til *Golder-saken*, og uttaler at begrensninger kan gjøres hvis de begrunnes med et legitimt formål og hvis det foreligger forholdsmessighet mellom mål og middel.¹¹⁹ Staten har her en viss skjønnsmargin.¹²⁰ Dette ligner vurderingen som må foretas etter EMK art. 8 nr. 2, se ovenfor.

Hvert enkelt tilfelle må vurderes konkret. I *Golder-saken* viser domstolen til myndighetenes og kommisjonens uttalelse om tilfeller hvor begrensninger kan tenkes.¹²¹ Blant annet nevnes begrensninger i forhold til mindreårige. Hensynet til mindreårige kan tenkes å være et legitimt formål, herunder hensynet til å oppnå ro og stabilitet for barnet, slik at de ikke må delta på nok en rettssak. Andre hensyn som kan tenkes er hensynet til domstolens kapasitet og hensynet til rettssikkerhet.¹²²

Ved vurderingen av om begrensningen er proporsjonal kan den for eksempel være større ved reguleringen av aktiviteter i det offentlige rom enn ved saker om personers opptreden i egenskap av privatperson.¹²³

2.5 Barnekonvensjonen

EMK beskytter ”enhver”, også barn. Konvensjonen er imidlertid ikke tilpasset barns spesielle behov. For å kunne beskytte barn i større grad ble Barnekonvensjonen (BK) til.

¹¹⁸ Se *Golder v. UK 1975* avsnitt 38.

¹¹⁹ Se avsnitt 57.

¹²⁰ L.c.

¹²¹ Se *Golder v. UK 1975* avsnitt 39.

¹²² Se van Dijk 2006 s. 573.

¹²³ *Ibid.* s. 574.

Den inneholder særlige bestemmelser som skal ivareta barns behov, gir barnet egne rettigheter og fremhever barnet som eget rettssubjekt. Konvensjonen gir presiseringer av blant annet EMKs bestemmelser. Gjennom menneskerettsloven § 2 ble konvensjonen gjort til norsk lov i 2003, og den skal gå foran annen lov ved motstrid, jf. § 3. BK er dermed en viktig rettskilde innenfor rettsområdet barnevern.

Som tidligere nevnt er barnets beste et generelt prinsipp nedfelt i art. 3.¹²⁴ Art. 3 har betydning for tolkningen av andre bestemmelser. Etter barnevernloven skal barnets beste ha avgjørende vekt ved vurderingen av om tiltak skal iverksettes, jf. § 4-1. Det kan sies at § 4-1 innenfor sitt område samsvarer med BK art. 3. Likevel kan det tenkes tilfeller hvor BK art. 3 får selvstendig betydning som tolkningsfaktor ved avhandlingens tema, og da ved andre spørsmål enn ved realitetsbehandlingen av samvær mellom barn og foreldre.

Også BK art. 12 skal nevnes her. Den gir barn en rett til å gi uttrykk for egne synspunkter i saker som vedrører dem. Vilkåret er at de er i stand til å danne seg egne synspunkter. Bestemmelsen er generell og må alltid tas hensyn til.¹²⁵

Retten til familieliv i BK art. 9 og 16 er viktig i barnevernssaker. Artikkel 9 omhandler forholdet mellom barn og foreldre. Bare i visse tilfeller skal barn kunne skilles fra sine foreldre, jf. nr. 1. Hvis dette skjer har de rett til å opprettholde kontakten med hverandre, jf. nr. 3. Forholdet til slektninger og venner og andre personer er ikke regulert av denne bestemmelsen. Art. 16 omhandler retten til familieliv, slik også EMK art. 8 gjør. BK går antagelig ikke lenger enn EMK på dette punkt, og vil derfor ikke bli behandlet spesielt. Men det er viktig å poengtere at også BK art. 16 kan tenkes å beskytte barnets rett til samvær med andre enn foreldre.

En nærmere redegjørelse for BK blir ikke gitt.¹²⁶ Det vil bli vist til konvensjonen i avsnitt hvor den har betydning, gjennom tolkningen av de problemstillinger avhandlingen reiser.

¹²⁴ Se mer om barnets beste i pkt. 1.2.2.

¹²⁵ Også barnets rett til å bli hørt er behandlet i pkt. 1.2.2.

3 Samværsretten før lovendringen

3.1 Innledning

Andre enn foreldrene sin rett til samvær med barn under offentlig omsorg var tidligere regulert i barnevernloven § 4-19 tredje ledd. Tredje ledd lød slik frem til 1. januar 2007:

”Fylkesnemnda kan bestemme at andre enn foreldrene skal ha rett til samvær med barnet.”

I dette kapitlet søker avhandlingen å belyse gjeldende rett slik den var før lovendringen trådte i kraft. Den tidligere rettstilstand er viktig å ha klart for seg ved vurderingen av dagens rettstilstand og hva endringen har medført.

3.2 Avvisning eller partsstatus?

Slik bestemmelsen lød før lovendringen oppstilte den ingen materielle vilkår for å kreve realitetsbehandling eller å få samvær med barnet. Andre enn foreldrene kunne fremsette krav om samvær, og fylkesnemnda måtte da som utgangspunkt avgjøre om det var grunnlag for dette. Høyesterett avklarte i Rt. 2001 s. 835 hva som måtte til for å få behandlet et samværskrav.

I Rt. 2001 s. 835 var spørsmålet om besteforeldre som hadde fremsatt krav om samværsrett etter § 4-19 tredje ledd, hadde krav på partsstatus i saken for fylkesnemnda.

Kjæremålsutvalget konkluderte med at besteforeldrene hadde krav på partsstatus. For at en begjæring om samværsrett kunne avvises mente kjæremålsutvalget at tilknytningen måtte ”være så fjern at det er åpenbart at det ikke er rettslig adgang til å gi vedkommende samværsrett.” Denne formuleringen ble tolket slik at det bare helt unntaksvis var adgang til å avvise krav etter tredje ledd.¹²⁷ Fylkesnemnda hadde derfor plikt til å realitetsbehandle et omfattende antall fremsatte krav.

¹²⁶ For mer om barnekonvensjonen se for eksempel Høstmælingen m.fl. 2008.

¹²⁷ Se for eksempel Rt. 2005 s. 8 og i teorien Haugli 2003 s. 54 og Lindboe 2003 s. 124.

Avgjørelsen hadde stor prosessuell betydning. Konsekvensen av avgjørelsen var at et betydelig antall personer som krevde samvær fikk partsstatus.

Dette fikk enda større betydning gjennom kjennelsen Rt. 2004 s. 1300. Her hadde mormoren begjært rettslig overprøving etter at fylkesnemnda ikke hadde fastsatt samvær til henne. Mormorens rett til samvær hadde blitt vurdert av fylkesnemnda i forbindelse med morens og farens samværsrett. Kjæremålsutvalget kom til at både moren, faren og mormoren hadde partsstatus. Det skulle skje en ny samlet vurdering av samværet mellom barnet og moren, faren og mormor. Begrunnelsen var at barnets beste, jf. barnevernloven § 4-1, skulle vektlegges også når domstolene tok stilling til spørsmål av prosessuell karakter. Det samlede samvær hadde betydning hvor flere var samværsberettigede. Hensynet til barnets beste tilsa derfor at det skulle foretas en samlet bedømmelse av samværet for alle aktuelle samværsberettigede. Det kan spørres om dette var i strid med lovbestemt taushetsplikt. Taushetsplikten etter forvaltningsloven gjelder imidlertid ikke for parter i samme sak, jf. forvaltningsloven § 13 b nr. 1. Ved at alles samværsprosmål ble samlet i en sak unngikk man problemet med taushetsplikt.¹²⁸ Det er likevel betenkelig at det var så enkelt å utvide kretsen av de som kunne få opplysninger.

Høyesterettsavgjørelsene medførte at mange personer kunne kreve samværsrett. Saken måtte realitetsbehandles, og nemnda og retten kunne ta alles samværsrett opp til samlet vurdering. Alle berørte parter fikk da partsstatus, uten at det formelt var i strid med lovbestemt taushetsplikt. Med partsstatusen følger partsrettighetene, herunder innsynrett i sakens dokumenter, jf. forvaltningsloven § 18. Dette innebar at et betydelig antall personer hadde rett til å få innsyn i sensitive opplysninger om de andre partene. Det var dermed et viktig spørsmål om personvernet til barn og foreldre var godt nok ivaretatt.

¹²⁸ For mer om hva som kan anses som én sak og hvordan dette er løst i dag, se pkt. 6.2.

3.3 Realitetsbehandling

3.3.1 Innledning

Dersom nemnda kom til at saken ikke kunne avvises fordi tilknytningen ikke var ”så fjern at det er åpenbart at det ikke er rettslig adgang til å gi vedkommende samværsrett”, måtte saken realitetsbehandles. I det følgende vil det bli gjort rede for realitetsvurderingen av samværsspørsmålet frem til lovendringen.

Det var i teorien ingen begrensning i hvilke personer som kunne få samværsrett. Bestemmelsens ordlyd i tidligere § 4-19 tredje ledd favnet vidt, jf. ”andre”. Det var ikke oppstilt noen nærmere vilkår i loven for å få samværsrett. Forarbeidene til bestemmelsen ga også lite i forhold til tredje ledd. Det ble sagt at tredje ledd ga anledning til å gi samværsrett til slektninger og andre personer som barnet har nær tilknytning til.¹²⁹

Barnelova § 45 omhandler samværsrett for andre enn foreldrene ved samlivsbrudd og barnefordeling. Bestemmelsen avgrenser personkretsen til slektninger av den forelder som er død eller ikke har samværsrett. Sosiallovutvalget foreslo en bestemmelse som ga § 45 tilsvarende anvendelse ved spørsmål om samvær etter omsorgsovertakelse.¹³⁰

Departementet på sin side mente dette ville skape uklarhet, og derfor fikk barnevernloven § 4-19 tredje ledd sin generelle utforming.¹³¹ Selv om departementet endret bestemmelsen, ble samværsretten i praksis ofte aktuell hvis foreldrene var døde eller ble nektet samværsrett. Foreldrene ville da ikke lenger være bindeleddet til biologisk slekt.¹³²

Ved realitetsbehandlingen foretok fylkesnemnda en konkret og skjønnsmessig vurdering av om samværsrett skulle innvilges, og avgjørende var om det ville være til barnets beste, jf. barnevernloven § 4-1. Bestemmelsen nevner hensynet til ”stabil og god voksenkontakt og

¹²⁹ Se Ot.prp.nr. 44 (1991-1992) s. 113.

¹³⁰ Se NOU 1985:18 s. 348.

¹³¹ Se Ot.prp.nr. 44 (1991-1992) s. 52.

¹³² Om formålet med samværsretten, se pkt. 1.4.

kontinuitet i omsorgen” som to momenter å legge vekt på. I det følgende vil fylkesnemndas avgjørelser bli benyttet for å eksemplifisere andre typiske momenter i skjønnsutøvelsen. Redegjørelsen er ikke uttømmende.

3.3.2 Nær tilknytning – et vilkår?

Det kan spørres om det var mulig å innfortolke et vilkår om nær tilknytning mellom barnet og personen for få innvilget samværsrett, da det etter barnelova § 45 eksisterer et slikt vilkår¹³³ og EMK art. 8 har et krav om nært personlig bånd for å være beskyttet.¹³⁴ Ordlyden i tidligere § 4-19 tredje ledd og proposisjonen taler mot at dette var tilfellet. Proposisjonen viser som nevnt bare til at samvær kunne gis til personer som barnet har nær tilknytning til, det ble ikke uttalt at det var et vilkår for å få en samværsrett. I tillegg ble NOU-ens henvisning til barnelova § 45 fjernet.

Som nevnt innledningsvis foreligger ingen Høyesterettsavgjørelser om realitetsvurderingen. Derimot er det en lagmannsrettsavgjørelse, LB-2005-79220. Her ble det fattet vedtak om omsorgsovertakelse, og i denne forbindelse ble barnets halvsøster innvilget samværsrett. Dommen sier intet om ”nær tilknytning”. Det er også klart at barnet ikke var nært tilknyttet halvsøster. Barnet ble født i 2004 og saken var oppe i 2005. I løpet av denne perioden hadde barnet bare bodd i beredskapshjem og i fosterhjem. Lagmannsretten begrunnet samværsretten med at halvsøster kom til å være en positiv ressurs for barnet, på en annen måte enn foreldrene. Dette var på grunn av felles bakgrunn og etnisitet. Dermed var det til barnets beste med en samværsrett også i et tilfelle hvor barnet ikke var nært tilknyttet samværsberettigede. Det ble foretatt en konkret vurdering, og andre faktorer spilte inn. Dommen taler for at det ikke var et vilkår om nær tilknytning etter tidligere gjeldende rett.

¹³³ Se NOU 1977:35 s. 132.

¹³⁴ Se pkt. 2.3.2.

Da det så vidt meg bekjent ikke er flere dommer, må nemndspraksis undersøkes for å se hvordan bestemmelsen ble tolket. Man kan spørre om det alltid var slik at barnet hadde nær tilknytning til de som fikk samvær, slik at det i praksis var et nødvendig vilkår.

Nemnda uttalte i FNV-2003-70-HSF at det var et vilkår for å få samværsrett at barnet hadde nær tilknytning til halvbror. Vilkåret ble begrunnet med hensynet til barnets beste, jf. § 4-1. Samværsrett ble ikke innvilget. Nemnda foretok først en skjønnsmessig vurdering av om samvær var til barnets beste, deretter tok de opp vilkåret om nær tilknytning og konkluderte med at det ikke var oppfylt. Det kan diskuteres hva som var poenget med den skjønnsmessige vurdering når det avgjørende var nær tilknytning. Selv om nemnda kalte det et vilkår, er det derfor ikke sikkert at det i realiteten var ment som det.

FNV-2006-239-OSL er et eksempel på at samværsrett ble tildelt uten at det forelå nær tilknytning. Mormor ble innvilget samværsrett. Barnet var bare to år da saken ble behandlet. Barnet hadde bodd hos mormor i en helt kort periode, og det hadde vært noen få samvær i regi av barneverntjenesten. Disse faktorene sett i sammenheng gjorde det rimelig klart at barnet ikke var nært tilknyttet mormor, men barnet var heller ikke ukjent med henne. Samværsretten ble begrunnet med at mormor ville utgjøre kontakten med biologisk familie siden moren var død. Av denne grunn hadde samværsretten en egenverdi. Det var her ikke tilknytningen mellom barn og mormor som var viktig, derimot at mormor var bindeleddet til biologisk familie.

Noen fylkesnemndsavgjørelser viste at tilknytningen hadde stor betydning for om samværsrett ble innvilget. Et eksempel er FNV-2006-8-AGD. Det ble ikke eksplisitt uttalt at det forelå nær tilknytning mellom barnet og samværsberettigede, men dette var opplagt. Stefar hadde vært som en far for barnet. Dette var et sentralt moment.

I FNV-2005-67-OPP ble samværskrav fra farfar, besteforeldre og tante ikke tatt til følge. Det ser ut til at et vurderingstema var om barna hadde et særskilt behov for samvær. De uttalte videre at det ikke var etablert noen spesiell tilknytning til barna og dermed var det

ikke et slikt behov. Nemnda benytter begrepet spesiell tilknytning, men det innebærer antagelig mye av det samme som begrepet nær tilknytning. Det ser likevel ut som om nemnda ikke mente det var et vilkår, men et av flere momenter.

Nemndspraksis var ikke entydig i bruken av ”nær tilknytning”. Det er likevel klart at tilknytningen hadde mye å si for om samværsrett ble innvilget. Nær tilknytning var ikke nødvendigvis et vilkår, men i alle fall et vesentlig moment. Dette synes også mest naturlig ut i fra ordlyden i § 4-19 tredje ledd og at det skulle foretas en konkret skjønnsmessig helhetsvurdering ut i fra barnets beste. Samvær med personer som barnet ikke var nært tilknyttet, var kanskje som oftest ikke til barnets beste. Likevel kan det tenkes situasjoner hvor dette var tilfelle. Om det ikke forelå nær tilknytning, måtte andre forhold tilsi at det var til barnets beste at det ble opprettet et formalisert samvær, for eksempel at vedkommende var en ressursperson eller bindeleddet til biologisk familie. En helhetsvurdering måtte uansett foretas. Derfor er det også klart at en nær tilknytning ikke i seg selv var tilstrekkelig. Se her for eksempel FNV-2006-506-OSL hvor det hadde vært god kontakt mellom mormor og barnet gjennom hele barnets liv og også etter omsorgsovertakelsen. Dette var ikke tilstrekkelig for å innvilge samværsrett. Nemnda la stor vekt på at foreldrenes samvær var omfattende, og de måtte prioriteres.

Det må videre søkes avklart hva som lå i begrepet ”nær tilknytning”. Dette ble vurdert konkret, og forholdet mellom personen og barnet var vurderingstemaet. Vedtakstidspunktet var antagelig avgjørende for fastleggelsen av nær tilknytning. Et tenkelig eksempel vil være en tidligere omsorgsperson. Vedkommende hadde tatt ansvar for barnet, kompensert for foreldrene og på denne måten vært en viktig person i dets liv. Normalt hadde vedkommende bodd sammen med barnet og slik ivaretatt den daglige omsorg.¹³⁵ En slik omsorgsperson ville som regel være nært tilknyttet barnet. Dette ville ofte være tilfellet hvis det var nærhet i tid mellom omsorgsovertakelsen og ivaretagelsen av den daglige omsorg, og de hadde bodd sammen en stund.

¹³⁵ Mer om daglig omsorg i pkt. 1.2.4 og 5.2.2.

Barnet kan også ha vært nært tilknyttet andre personer, for eksempel de barnet hadde god kontakt med gjennom tidligere samvær, og ellers gjennom store deler av livet. Det samme gjelder andre personer som barnet var fortrolige med og valgte å betro seg til. Det er vanskelig å si noe nærmere om hva som lå i begrepet ”nær tilknytning”.

Det foreligger flere eksempler fra praksis på at omsorgspersoner ble innvilget samværsrett. I FNV-2003-6-NOR ble søster gitt samvær. Fylkesnemnda ga ingen begrunnelse, men det fremkommer indirekte av sakens bakgrunn, barneverntjenestens arbeid med saken og fylkesnemndas vurdering av omsorgsovertakelsen at søster hadde et stort ansvar for barnet. Hun hadde kompensert for foreldrene i omsorgsrollen og barnet kontaktet søsteren ved problemer. Søster hadde vært en omsorgsperson og en person hun hadde betrodd seg til, og slik sett var nok barnet nært tilknyttet henne.

FNV-2006-8-AGD er også et eksempel. Barna hadde samme mor, men forskjellig far. Faren til det yngste barnet var stefar til det eldste. Stefar ble innvilget like mye samvær som mor. Han hadde vært barnets omsorgsperson i fire år; frem til omsorgsovertakelsen hadde de bodd sammen som en familie. Han hadde vært en sentral person i barnets liv, akkurat som en far, dog med de mangler som førte til omsorgsovertakelsen.

3.3.3 Uformelt samvær

Hva som ligger i begrepet uformelt samvær er drøftet ovenfor i pkt. 1.3. Det må spørres om hvilken betydning muligheten for uformelt samvær hadde i realitetsvurderingen av om samværsrett skulle innvilges.

Lovens ordlyd sier intet om uformell samværsrett. I forarbeidene uttales det at selv om samværsrett kan gis etter § 4-19 tredje ledd, så er ikke dette i utgangspunktet til hinder for at uformell samværsrett praktiseres uten at rettsliggjort samvær fastsettes.¹³⁶ En naturlig

¹³⁶ Se Ot.prp.nr. 44 (1991-1992) s. 113.

tolkning av dette er at barneverntjenesten hadde kompetanse til å praktisere samvær mellom barnet og andre enn foreldrene ved frivillighet. Kompetansen fulgte av å ha den daglige omsorg.

Fylkesnemnda uttalte i noen avgjørelser at utgangspunktet var uformelt samvær, og at det bare unntaksvis kunne innvilges samværsrett. Standpunktet ble i visse tilfeller begrunnet med lovens oppbygning og intensjon sett i sammenheng med lovens forarbeider.¹³⁷ Med dette siktes det muligens til at foreldrene var gitt samværsrett, mens andre ikke hadde en automatisk rett.¹³⁸

I FNV-2002-186-OSL ble ikke en gutt på fire år innvilget samværsrett med sine to eldre halvsøstre. Når det gjaldt realitetsvurderingen mente nemnda det var lite å hente i forarbeidene og i praksis ut over hensynet til barnets beste. De uttalte at det gjeldende utgangspunkt var at det var til barnets beste at barneverntjenesten, med det formelle omsorgsansvar, regulerte samvær med andre enn foreldrene. Strengt krav ble lagt til grunn for å få et rettslig forankret samvær. Utgangspunktet var uformelt samvær, og særlige grunner måtte foreligge for å få fastsatt en samværsrett. Hvis det var nødvendig for å sikre samvær, typisk hvis barneverntjenesten ikke var villig til å få i stand en avtalebasert ordning, og samvær var best for barnet, skulle utgangspunktet vike.

I FNV-2003-70-HSF ble det sagt at når foreldrene hadde samværsrett, var utgangspunktet enten at samvær med resten av familie skulle skje gjennom foreldrenes samvær eller at barneverntjenesten innvilget dem et eget samvær basert på avtale (uformelt samvær). Fylkesnemnda viste til at barnevernet innvilget samvær til andre enn foreldrene etter en konkret og løpende vurdering. Halvbror hadde ikke et behov for en samværsrett da barneverntjenesten hadde akseptert at han var med på fars samvær. En nærmere begrunnelse for dette standpunkt ble ikke gitt.

¹³⁷ FNV-2002-186-OSL.

¹³⁸ Mer om de aktuelle avgjørelser nedenfor.

Krav om samvær ble ikke tatt til følge i FNV-2005-67-OPP. Fylkesnemnda begrunnet resultatet med at tredje ledd primært skulle anvendes ved uenighet mellom partene om kontakten. Det var barneverntjenesten og fosterforeldre som hadde den daglige omsorg, og det var derfor de som styrte samværet. Så lenge de med daglig omsorg ga andre personer samvær med barnet, var det ikke behov for formalisert samvær.

Dette kan gi inntrykk av at det var praksis for fylkesnemnda å tolke § 4-19 tredje ledd som en unntaksbestemmelse. I noen tilfeller tok nemnda imidlertid ikke en gang opp om barneverntjenesten ville gi uformelt samvær. I FNV-2006-8-AGD var det opplagt at stefar skulle ha samværsrett. Han hadde vært en sentral person i barnets liv - som en far. Dette viser at samværsretten måtte vurderes konkret, og dermed var det unødvendig med et utgangspunkt. EMK art. 8 kan også nevnes her. Omfattes man av familielivet er man rettslig beskyttet, dette innebærer en samværsrett uavhengig av om samvær kan utøves på uformelt grunnlag, dog med de begrensninger som følger av art. 8 nr. 2. Art. 8 taler derfor for at man tolket 3. ledd slik at det var en selvstendig bestemmelse og at uformelt samvær kun var et moment.

Samværsrett ble innvilget av nemnda også i tilfeller hvor barneverntjenesten ikke var negativ. Da ønsket imidlertid også barneverntjenesten et rettsliggjort samvær. Et eksempel er FNV-2003-209-TRL. Her var det mulighet for uformelt samvær, likevel tilsa andre forhold at formalisert samvær var til barnets beste. Betydningen av uformelt samvær var ikke like stor. Avgjørende var den nære tilknytning mellom barna og besteforeldrene, og at besteforeldrene hadde vært barnets omsorgspersoner etter morens død. Dette fremkommer likevel ikke av nemndas merknader, men av sakens bakgrunn.

Det ser ut til å ha vært en utvikling i tiden før lovendringen. Muligheten for uformelt samvær var et av flere momenter i noen avgjørelser fra 2006, uten at det ble fremhevet som et utgangspunkt slik det var i avgjørelser fra tidligere år.

I FNV-2006-506-OSL ble ikke samværskrav fra mormor tatt til følge. Nemnda tok utgangspunkt i at lovteksten ga en generell adgang til å tildele samværsrett. De la betydelig vekt på at det var størst behov for samværsrett når barnet ikke kunne ha samvær med foreldrene. Foreldrene burde prioriteres, og de hadde et omfattende samvær. Samværet kunne skje ved avtale med barneverntjenesten. Mormoren hadde ikke behov for et formelt samvær. Det ville også blitt for mye for barnet hvis mormor fikk vedtaksfestet en rett. Mormoren og barnet hadde et nært forhold da de hadde hatt god kontakt hele barnets liv. Uformelt samvær var ett moment med betydelig vekt i vurderingen av om det var til barnets beste å vedtaksfeste en samværsrett. De samme momenter gjorde seg gjeldende i FNV-2006-184-TRO.

Det er etter denne redegjørelsen klart at det uformelle samvær sto sterkt i fylkesnemndas vurdering av om samværsrett skulle innvilges. I de tilfeller fylkesnemnda kom til at uformelt samvær var mulig, ble det ofte ikke tildelt en samværsrett. Begrunnelsen var at hvis barneverntjenesten og fosterforeldrene i kraft av å ha den daglige omsorg var villige til å innvilge uformelt samvær mellom barnet og den som ønsket samvær, var det ikke så stort behov for å få samværet rettslig forankret. Fylkesnemnda ville nok bevare fleksibiliteten, i stedet for å binde samværet. Hvis det viste seg at samvær ikke var bra for barnet, kunne man bare stoppe, for så å begynne når det igjen var til barnets beste.

Jeg stiller meg kritisk til fylkesnemndas tolkning, og da spesielt i FNV-2002-186-OSL. Nemnda sa at det som et utgangspunkt ikke var til barnas beste å vedtaksfeste et samvær, men de gikk ikke inn på barnets forhold i stor grad til tross for at det skulle foretas en konkret vurdering. Det ser ut til at de innfortolket mer i lovbestemmelsen enn det var grunnlag for. Tidligere § 4-19 tredje ledd var en selvstendig bestemmelse, ikke en snever unntaksregel. Dette kan begrunnes med at samværs spørsmålet for andre enn foreldre skulle vurderes ut i fra om det var til barnets beste i den enkelte sak, jf. barnevernloven § 4-1. Fylkesnemnda kan ikke ha funnet støtte for tolkningen i forarbeidene. Som nevnt ovenfor uttalte forarbeidene at tredje ledd ikke var til hinder for å gi samvær på denne måten, det ble ikke uttalt at det var hovedregelen. Mye av poenget med bestemmelsen kunne bli borte

ved å innfortolke dette utgangspunkt. Muligheten til å oppnå en samværsrett kunne bli undergravet. Bestemmelsen var til for å gi et rettslig forankret samvær når dette var til barnets beste. En generell begrensning når loven selv ikke ga holdepunkter for det, og heller ikke forarbeidene, synes ikke korrekt. Fokuset på det konkrete barns beste kunne forsvinne noe. Det er lett å glemme det enkelte barn med en generell regel om at det som utgangspunkt vil være til barnets beste med en uformell ordning. EMK art. 8 taler også for at det uformelle samvær kun var et moment, se ovenfor. Det samme gjelder BK art. 3.

Samtidig er jeg enig i at behovet for rettsliggjort samvær var større hvis barneverntjenesten ikke ønsket å etablere en frivillig ordning. På bakgrunn av loven, forarbeidene, EMK art. 8, BK art. 3, sprikende praksis og reelle hensyn må det derfor være klart at muligheten for uformelt samvær skulle være et moment med betydelig vekt, men da som ett av flere.

3.3.4 Foreldrenes samvær og den totale samværsbelastning

Et moment som hadde betydning i praksis var om foreldrene hadde samværsrett og eventuelt omfanget av denne. Momentet må ses i sammenheng med muligheten for et uformelt samvær. Hadde foreldrene samvær, og det var mulighet for uformelt samvær for andre, så talte dette i praksis sterkt mot formalisert samvær. Da kunne foreldrene selv vurdere om andre personer skulle delta i deres eget samvær med barnet. Hvis foreldrenes samvær var omfattende, skulle dette prioriteres. Andres rett til samvær skulle ikke gå utover foreldrenes rett. Barnet har en maksimal tålegrense som ikke bør overstiges. Det var derfor naturlig å se på den totale samværsbelastning og hvor omfattende foreldrenes samvær var. Lovgiver mente det var viktigere for barnet å ha kontakt med foreldrene enn andre slektninger eller venner. Dette fremkom av at loven ga dem en automatisk rett, mens andre personer måtte tildeles en rett. Bakgrunnen for å prioritere foreldrene er det biologiske prinsipp og at foreldrene vanligvis står barnet nærmest. Lovgivers standpunkt er naturlig ut i fra samfunnets oppbygning og oppfatning. EMK beskytter også foreldre i større grad enn andre personer som har et familieliv med barnet.¹³⁹

¹³⁹ Se ovenfor i pkt. 2.3.2.

Et eksempel fra nemndspraksis hvor foreldrenes samvær var et sentralt moment er FNV-2006-184-TRO. Besteforeldrenes samværskrav ble ikke tatt til følge. Fylkesnemnda uttalte at samvær med besteforeldrene var viktigst hvor samværet mellom barna og foreldrene fungerte dårlig. Samvær med andre skulle ikke skje på bekostning av foreldrenes samvær. Videre hadde barneverntjenesten bidratt med å legge til rette for samvær med besteforeldrene med uformelt samvær. Disse momenter sett i sammenheng talte sterkt mot formalisert samvær.

Det samlede samvær var som nevnt viktig da barnet har en maksimal tålegrense. Ved uformelt samvær kunne barneverntjenesten vurdere om og eventuelt når det passet med samvær ut i fra hvor mye barna kunne tåle, det var mer fleksibelt og ville heller ikke gå ut over foreldrenes samvær. I FNV-2005-67-OPP hadde barna allerede 10 samvær i året med foreldrene. Formalisert samvær ville ha medført at den totale belastning hadde blitt for stor, og samværsrett for besteforeldrene og tanten ble derfor ikke innvilget. Nemnda la i FNV-2006-506-OSL betydelig vekt på at det var størst behov for at andre hadde samværsrett når barnet ikke kunne ha samvær med foreldrene. Foreldrene burde prioriteres, og de hadde et relativt omfattende samvær. Det var dermed fare for at en samværsrett ville overskride barnets tålegrense.

Under dette punkt er det også viktig å nevne spørsmålet om hvem som ville være bindeleddet til den biologiske familie.¹⁴⁰ Hadde foreldrene samvær med barnet, var de bindeleddet, og da var det ikke et like stort behov for barnet å ha samvær med andre slektninger. Behovet ville være størst hvor foreldrene var døde, hadde minimalt eller intet samvær eller av andre grunner ikke var bindeleddet til den biologiske slekt. Kjennskapet til den biologiske familie var viktig, og ikke alltid kunne dette oppnås gjennom foreldrene.

¹⁴⁰ Dette er fordi bindeledd til biologisk familie er en begrunnelse for samværsrett mellom barn og foreldre og mellom barn og andre slektninger, se pkt. 1.2.4 og 1.4.

Andre personer kunne da representere den biologiske familie. Som nevnt har dette en egenverdi.¹⁴¹

Det biologiske bånd var et sentralt moment i FNV-2006-239-OSL. Mormoren ble gitt begrenset samværsrett med to samvær i året på opptil to timer. Nemnda begrunnet samværsretten med at moren var død og mormor hadde fått del i foreldreansvaret. Mormor var bindeleddet til morens slekt. Fylkesnemnda viser i denne forbindelse til forarbeidene. Tredje ledd var opprinnelig knyttet opp mot barnelova § 45 som tar sikte på å sikre bedre kjennskap til familiegreinen til den forelder som er død. Se også FNV-2003-209-TRL.

Nemndas bruk av momentene om foreldrenes samvær og den totale samværsbelastning må kunne sies å være i samsvar med det som var gjeldende rett så lenge de hadde betydning for barnet.

3.3.5 Andre momenter

Plasseringens varighet

Om omsorgsovertakelsen var ment å vare lenge eller ikke, hadde i praksis betydning for om samværsrett skulle innvilges. Dette følger av hensynene bak en samværsrett. Ved langtidsplassering har barnet et større behov for å få tilhørighet og tilknytning til fosterfamilien. Samvær med andre kunne ødelegge for barnet slik at det ikke oppnådde den tilknytning og ro som var nødvendig ved langtidsplassering. Samtidig var det viktig å se dette momentet i sammenheng med andre momenter. Hvis plasseringen var ment å være langvarig kunne det være viktig at biologisk familie hadde noe samvær med barnet. Barnet kunne da opprettholde og få kunnskap om sitt biologiske opphav og livshistorie. For å gjøre omsorgsovertakelsen minst mulig dramatisk for barnet, kunne det også ellers være viktig at forhold med andre personer ble pleiet. Ved kortvarig plassering var det spesielt viktig for barnet å opprettholde relasjoner til sentrale personer i sitt liv. Dette ville gjøre en tilbakeføring til foreldrene lettere.

¹⁴¹ Se pkt. 1.4.

I FNV-2005-67-OPP var plasseringens varighet et moment i vurderingen av om barnas besteforeldre og tante skulle innvilges samværsrett. Omsorgsovertakelsen var ment å være langvarig. Det var da viktig å skape god tilknytning til barnas nye omsorgspersoner. Barna hadde også behov for en stabil omsorgsbasis. En samværsordning kunne lett skape utrygghet hos barna slik at tilknytningen til fosterfamilien kunne stå i fare.

Spesielle forhold ved det enkelte barn

Et annet moment i vurderingen som ble vektlagt i praksis var barnets behov. Dette er også naturlig siden "barnets beste" var avgjørende. I FNV-2005-67-OPP hadde barnet et spesielt behov for trygghet og stabilitet, og av denne grunn skulle det ikke forstyrres i fosterfamilien. Barnet var relasjonsskadet, noe som tilsa at det ikke var best med samvær. I FNV-2003-70-HSF hadde gutten en funksjonsforstyrrelse. Dette talte mot samværsrett. Forhold ved det enkelte barn var viktig å klarlegge når andre momenter talte for samvær.

Forhold ved personen som ønsker samvær

Hvordan personen var og om vedkommende egnet seg til å ha samvær med barnet kunne ha betydning. I FNV-2003-70-HSF talte det mot en samværsrett at halvbror ikke hadde god nok innsikt i guttens behov. Å ikke ha forståelse for forhold ved barnet tydet på at personen tenkte mer på seg selv enn på hva som ville være best for barnet.

Barnets mening

Så lenge barnet kan danne seg egne synspunkter skal barnets ønske være et moment i den skjønnsmessige vurderingen, jf. barnevernloven § 6-3 og BK art. 12, jf. barnevernloven § 4-1. Til tross for dette er det lite som tyder på at praksis benyttet barnets mening som moment i stor grad. Barnets ønske ble ikke nevnt i de fylkesnemndsavgjørelser jeg fant på Lovdata om tidligere § 4-19 tredje ledd. Dette er betenkelig når loven selv fremhever barnets mening i § 6-3 og BK art. 12. Det kan imidlertid hende at barnet hadde uttalt seg uten at det fremkom av selve vedtaket. I så fall var ikke dette en heldig løsning. Barnets mening var også tidligere viktig siden dette momentet fremhever barnet som et selvstendig

individ. På bakgrunn av de klare lovbestemmelsene må det legges til grunn at barnets mening skulle være et moment i helhetsvurderingen av om samvær skulle innvilges.

3.3.6 Samværets omfang

Kom nemnda til at samværsrett skulle innvilges, måtte omfanget fastsettes, herunder hyppighet og varighet. De momenter fylkesnemnda benyttet for å avgjøre omfanget var i hovedsak de samme som ved vurderingen av om samværsrett skulle innvilges, jf. barnevernloven § 4-1, men vekten av momentene spilte inn. En selvstendig vurdering av momentene vil derfor ikke tilføre så mye i denne sammenheng.

Tidligere ble omfanget satt til alt fra seks ganger i året med helgesamvær og en uke om sommeren¹⁴² til to ganger i året på en til to timer.¹⁴³ I de fleste tilfeller hvor foreldrene hadde samvær, ble de andre personene innvilget mindre samvær. Omfanget varierte i stor grad fra sak til sak, og en nærmere analyse krever en egen avhandling.

Da det ikke er tilsendt et tilstrekkelig antall saker som innvilger samværsrett etter dagens regler til å kunne foreta en sammenligning med tidligere rettstilstand, vil ikke dagens rettstilstand om omfanget bli behandlet senere i avhandlingen.

3.4 Oppsummering av tidligere rettstilstand

På bakgrunn av Høyesteretts tolkning av muligheten for å bli part, ble få saker avvist. Avvisning skjedde kun hvis tilknytningen var så fjern at det åpenbart ikke var rettslig adgang for kravet, jf. Rt. 2001 s. 835. Dette var i praksis nesten aldri. Fylkesnemnda realitetsbehandlet dermed mange krav.

¹⁴² Se FNV-2003-209-TRL.

¹⁴³ Se FNV-2006-239-OSL.

Fylkesnemnda vurderte om det skulle gis samværsrett etter en konkret skjønnsmessig helhetsvurdering av barnets beste, jf. barnevernloven § 4-1. Det forelå ingen vilkår utover barnets beste. Ved behandlingen av samværs sakene var et betydelig antall momenter relevante i den skjønnsmessige vurderingen. Vurderingen var kompleks og momentene måtte ses i sammenheng med hverandre, og i lys av det enkelte barns beste.

Nær tilknytning var et tungtveiende moment. Nær tilknytning forelå ofte hvis vedkommende som ønsket samvær hadde ivaretatt den daglige omsorg for barnet. Muligheten for et uformelt samvær sto også sentralt. Det kan kanskje hevdes at det uformelle samvær til tider fikk for stor plass i praksis. Videre var foreldrenes samvær, barnets totalbelastning, plasseringens varighet og forhold ved det enkelte barn vektige momenter i praksis. Barnets ønske skulle være et betydningsfullt moment, selv om det antagelig ikke ble fulgt opp i praksis.

4 Lovendringen

4.1 Innhold

Ved lov nr. 65 2006 ble barnevernlovens § 4-19 tredje ledd endret til et nytt tredje og fjerde ledd. Endringen trådte i kraft 1. januar 2007. Fra tidligere å være en materiell kompetansebestemmelse fastsetter tredje og fjerde ledd nå i tillegg prosessuelle vilkår for å kreve samvær. Rettsvirkningene av at vilkårene ikke er oppfylt, er at kravet blir avvist.¹⁴⁴ Oppfyller man vilkårene må fylkesnemnda realitetsbehandle kravet. De må da ta stilling til om samværsrett skal gis og eventuelt omfanget av dette. Bestemmelsene gir bare personer med en eller annen form for tilknytning til barnet rett til å få samværsspørsmålet realitetsbehandlet.

¹⁴⁴ Se her LB-2007-103603.

Utgangspunktet i norsk rett er som nevnt at bare foreldrene har en samværsrett med barnet etter omsorgsovertakelse.¹⁴⁵ Fylkesnemnda har likevel kompetanse til å innvilge andre enn foreldrene en samværsrett så lenge de oppfyller vilkårene i enten tredje eller fjerde ledd, og det er til barnets beste, jf. barnevernloven § 4-1.

Lovendringens betydning vil bli drøftet nedenfor i pkt. 9 ved sammenligningen av tidligere og dagens rettstilstand.

4.2 Bakgrunn for lovendringen

Barne- og familiedepartementet oppnevnte i 2004 et utvalg som skulle foreta en utredning av ”fylkesnemndenes saksbehandling og rutiner i et ressursperspektiv der samtidig hensynet til berørte parter rettssikkerhet blir ivaretatt”.¹⁴⁶ Det ble blant annet satt fokus på partsprosessen. Fylkesnemndsutvalget redegjorde for barnevernloven § 4-19 tredje ledd, men kom til at det var utenfor deres mandat å vurdere endringer i bestemmelsen.

Begrunnelsen var at dette var en materiell regel og utvalget var oppnevnt for å se på de prosessuelle regler.¹⁴⁷ Departementet, i Ot.prp.nr. 76 (2005-2006), fant på sin side at tredje ledd skulle endres. Det var enighet om at personkretsen burde innsnevres, for slik rettstilstanden hadde blitt etter Rt. 2001 s. 835 og Rt. 2004 s.1300 kunne en for vid krets av personer få partsstatus i samværsaker.¹⁴⁸ Det skulle meget til før samværskrav kunne avvises, og i tillegg skulle det skje en samlet vurdering av alle samværsberettigede.

Departementet uttalte at dagens rettstilstand var uheldig siden en ”forholdsvis vid krets av personer kan få innsyn i til dels svært sensitive opplysninger om hverandre og barnets

¹⁴⁵ Se pkt. 1.2.4.

¹⁴⁶ Se NOU 2005:9 s. 7.

¹⁴⁷ Ibid. s. 52.

¹⁴⁸ For mer om avgjørelsene se pkt. 3.2. Se Ot.prp.nr. 76 (2005-2006) s. 44.

foreldre”.¹⁴⁹ Fylkesnemndsutvalget nevnte også dette i sin redegjørelse for partsprosessen.¹⁵⁰ Det ble også rettet kritikk mot rettstilstanden i juridisk teori.¹⁵¹

Begrunnelsen for departementets uttalelse er personvern hensyn. Hensynet står sentralt i forvaltnings- og velferdsretten, og det er spesielt viktig at det blir ivaretatt på en betryggende måte. Myndighetene plikter å verne enkeltindividene mot spredning av personlige opplysninger. De involverte parters personvern anses truet når en vid krets kan få innsyn i sensitive opplysninger. Sensitive opplysninger kan lett bli spredd videre og utnyttet ved å komme i feil hender. På denne bakgrunn ble det vedtatt en lovbestemmelse, samtidig med endringen av § 4-19, om at forening av saker er lov så lenge det ikke går ut over lovbestemt taushetsplikt, jf. barnevernloven § 7-12 fjerde ledd. Det ble videre uttalt i forarbeidene at foreldrenes samvær skal behandles uavhengig av andre samværsberettigede.¹⁵² Disse to typer saker kan dermed ikke forenes. Selv om personvern hensyn kan anses ivaretatt ved denne lovendringen, mente departementet at personkretsen uansett måtte innsnevres når det gjaldt samvær for andre enn foreldre.

Departementet begrunner begrensningen i personkretsen, jf. § 4-19 tredje og fjerde ledd, med at samværsretten for andre enn foreldrene ikke skal gå utover foreldrene sitt samvær med barnet.¹⁵³ Foreldrenes samvær skal prioriteres. Barnet har ofte et større behov for samvær med sine foreldre enn andre personer. Samvær for andre enn foreldrene kan heller skje ved at foreldrene tar med seg slektninger og andre som ønsker det når samvær finner sted, eller ved at barneverntjenesten fastsetter uformelle møter. Det ser ut til at departementet mener at når en så vid krets av personer kan få samvær, kan dette gå ut over foreldrenes samværsrett hvis barnets tålegrense blir oversteget. Foreldrene risikerer da å måtte minske sitt samvær for at andre skal få sin samværsrett. Dette er ingen heldig

¹⁴⁹ L.c.

¹⁵⁰ Se NOU 2005:9 s. 52.

¹⁵¹ Se bl.a. Haugli 2003 s. 48 ff.

¹⁵² Ot.prp.nr. 76 (2005-2006) s. 46.

¹⁵³ Ibid. s. 45.

løsning. Det kan spørres om uttalelsen kan føre til at uformelt samvær får større betydning enn tidligere.

Høyesteretts tolkning av tredje ledd medførte en ressurskrevende rettstilstand. Et overordnet formål med fylkesnemndsutvalgets mandat var nettopp å finne ut om saksbehandlingen kunne endres til å bli mer kostnadsbesparende og effektivitetsfremmende.¹⁵⁴ En effekt av lovendringen er at færre saker realitetsbehandles, og dermed er den kostnadsbesparende. Selv om dette er en effekt, ble ikke hensynet til effektivitet uttrykkelig benyttet som en begrunnelse for å endre § 4-19 tredje ledd.

I forbindelse med revisjonen av saksbehandlingsreglene uttaler departementet seg generelt om barnets beste, jf. BK art. 3.¹⁵⁵ Lovgiver er forpliktet til å ta hensyn til hva som er til barnets beste ved utformingen ikke bare av de materielle regler, men også av saksbehandlingsreglene i barnevernretten. Hensynet til barnets beste skal ligge til grunn ved endringer i og utforming av alle lovbestemmelser.

I forhold til den konkrete lovbestemmelse, § 4-19 tredje ledd, ble det ikke foretatt en helhetlig vurdering av om lovendringen ville være til det beste for barnet. Det ble uttalt at det store flertall barn har behov for samvær med foreldre og behov for tilhørighet til fosterfamilie og miljøet der det bor.¹⁵⁶ Dette talte for å gjøre samværskretsen begrenset. Ordene ”Det store flertallet” viser at det kan tenkes tilfeller hvor barnet har andre behov. Av denne grunn vurderte lovgiver at barnet kan ha et større behov for formalisert samvær med andre personer når foreldrene ikke har så omfattende samvær, jf. fjerde ledd. Dermed fanges barna med slike behov opp. Det samme gjelder for de personer som barnet har bodd sammen med, jf. tredje ledd. Her begrenser lovgiver seg til de personer som har vært barnets omsorgspersoner forut for omsorgsovertakelsen. Ved å gjøre disse begrensninger

¹⁵⁴ Se NOU 2005:9 s. 7.

¹⁵⁵ Se Ot.prp.nr. 76 (2005-2006) s. 19.

¹⁵⁶ Ibid s. 45.

vil det likevel kunne tenkes tilfeller som faller utenfor bestemmelsene. Disse er ikke kommentert av lovgiver.

Ved at lovgiver har vektlagt hensynet til foreldrene, effektivitet og barn generelt kan det tenkes at personer blir utelukket også når det er til det konkrete barns beste å ha kontakt med vedkommende.

Bestemmelsens forhold til EMK er ikke vurdert i forarbeidene. EMK er bare kommentert innledningsvis i proposisjonen.¹⁵⁷ Det uttales at en lovendring skal søke å tilfredsstille menneskerettighetskonvensjonenes krav. Slik vil de menneskerettslige forpliktelser bli oppfylt effektivt, uten at motstrid blir et tema.

5 Muligheten for partsstatus

5.1 Utgangspunktene

Et mye diskutert tema innefor barnevernretten er hvem som har partsevne; hvem som kan opptre som part og gjøre partsrettigheter gjeldende. Dette er blant annet aktuelt når fylkesnemnda fatter enkeltvedtak, og ved rettslig overprøving av disse vedtak etter tvisteloven kapittel 36. Partsproblematikken er særlig aktuell ved avgjørelser om samvær for andre enn foreldrene.

Fylkesnemnda er et forvaltningsorgan som fatter enkeltvedtak.¹⁵⁸ Utgangspunktet for hvem som er part følger derfor av forvaltningsloven § 2 e). Dette gjelder da også ved fylkesnemndsbehandling av samværssaker etter barnevernloven § 4-19 tredje og fjerde ledd. Partene vil som et utgangspunkt være de en ”avgjørelse retter seg mot eller som saken ellers direkte gjelder”, jf. § 2 e). Formuleringen viser at personen må ha en viss interesse i

¹⁵⁷ Ibid s. 19.

¹⁵⁸ Se pkt. 1.2.3.

det vedtak som fattes. Vedtaket må få virkninger for vedkommende. Det er i forarbeidene til § 4-19 tredje og fjerde ledd klart gjort rede for hva formuleringen innebærer i barnevernretten. Hvem som skal gis partsstatus må vurderes konkret. Avgjørende er tilknytningen til saken, her personens tilknytning til barnet.¹⁵⁹ I tråd med alminnelig forvaltningsrett er den reelle tilknytningen avgjørende.¹⁶⁰

Ved rettslig overprøving etter tvisteloven kap. 36 er partene saksøker og saksøkt. For sivile tvister er det normalt krav om rettslig interesse for å kunne reise søksmål, jf. tvisteloven § 1-3. Hvem som kan reise søksmål ved rettslig overprøving av tvangssaker, og dermed opptre som part, er imidlertid spesielt regulert i tvisteloven § 36-3. Den ”vedtaket retter seg mot” kan reise sak. Det samme gjelder for de som etter ”særskilt lovbestemmelse er gitt adgang til å reise sak”.¹⁶¹

5.2 Den som ønsker samvær med barnet

5.2.1 Innledning

Med lovendringen ble det som nevnt oppstilt vilkår for å kunne kreve behandling av samværsspørsmålet, jf. § 4-19 tredje og fjerde ledd. Det er klart at tredje og fjerde ledd er to selvstendige bestemmelser som regulerer to forskjellige muligheter for å kreve realitetsbehandling av samværsspørsmålet.

Fylkesnemnda skal på grunn av lovendringen ikke lenger realitetsbehandle så å si alle krav om samvær som kommer inn, bare personer med en form for tilknytning til barnet har rett

¹⁵⁹ Se Ot.prp.nr. 76 (2005-2006) s. 44.

¹⁶⁰ Se Eckhoff og Smith 2003 s. 232.

¹⁶¹ Tidligere gjaldt tvistemålsloven § 476. Den som tvangsinngrepet var rettet mot kunne saksøke. Dagens bestemmelse en videreføring, jf. NOU 2001: 32 s. 1000. Utvalget fant det ikke hensiktsmessig å forsøke å avklare hvem alle disse personer kan være. De viser til at rettspraksis må løse det. Dette ble ikke kommentert og endret senere i lovgivningsprosessen.

til å få samværs spørsmålet avklart. Vurderingen av om dette er oppfylt skal skje ved en selvstendig prøvelse.

Bestemmelsene omhandler muligheten til å få kravet under behandling. I realiteten er det partsevnen som omhandles. Det kan derfor foretas en sammenligning med prosessforutsetningene i sivilprosessen, og da partsevne som prosessforutsetning.¹⁶² De som kan dokumentere at vilkårene i § 4-19 tredje eller fjerde ledd er oppfylt har partsevne, og får dermed kravet sitt behandlet, dog slik at de alminnelige regler for partsevne også skal være oppfylt.¹⁶³ Avgjørelsen av kravet retter seg i disse tilfeller mot personen, og barnet har tilstrekkelig tilknytning til han eller henne, jf. forvaltningsloven § 2 e). Oppfyller man ikke vilkårene, kan man ikke få partsstatus. Saken må da avvises.

Person som ønsker samvær vil kunne reise søksmål hvis nemnda avviser saken, hvis samvær blir nektet av fylkesnemnda eller hvis han/hun er uenig i omfanget. Det er nettopp denne person som vedtaket retter seg mot, jf. tvisteloven § 36-3 første ledd.

5.2.2 Samværskrav etter § 4-19 tredje ledd

Personer som kan kreve samvær etter tredje ledd må ha ivaretatt ”den daglige omsorgen” for barnet i forkant av omsorgsovertakelsen. Det må derfor avklares hva som ligger i begrepet ”daglig omsorg”. Det er ikke krav om slektskap, tilknytningskravet ligger nettopp i det å ha vært omsorgsperson for barnet. Daglig omsorg innebærer å gi barnet det det trenger av kjærlighet, varme, grensesetting osv. Dette kalles omsorg på det psykiske plan. Videre må personen ha tilfredsstilt de fysiske behov, slik som for eksempel mat, klær og en seng å sove i.

¹⁶² Se Hov 2007 kap. 6.

¹⁶³ Mer om partsrettigheter i Eckhoff og Smith 2003.

Hva det vil si å ha den daglige omsorg er et tema også etter barneloven. Her har begrepet hatt to betydninger.¹⁶⁴ For det første hvor barnet bor fast og for det andre å gi barnet omsorg rent kvalitativt. Å ivareta den daglige omsorg er i utgangspunktet en del av foreldreansvaret, jf. barnelova § 30. Det er denne del av foreldreansvaret personen må ha tatt del i eller overtatt.¹⁶⁵

I spesialmerknadene til tredje ledd sies det at for å ha hatt den daglige omsorg må vedkommende ha vært en omsorgsperson og i tillegg ha bodd sammen med barnet.¹⁶⁶ Dermed omfattes begge betydninger uttrykket har etter barneloven.

Det stilles videre krav om at barnet skal ha bodd sammen med personen over tid.¹⁶⁷ Det kan her spørres om hva som ligger i ”over tid”. Begrunnelsen for kravet er at barnet da normalt vil ha sterk tilknytning til vedkommende.¹⁶⁸ Kriteriet må antagelig vurderes ut i fra hvor gammelt barnet er.

Det å ha omsorgen ”daglig” innebærer ikke etter sin ordlyd personer som bare har ivaretatt omsorgen i helger, ferier og lignende. Kortvarige avlastningsopphold oppfyller derfor ikke kravet til daglig omsorg.¹⁶⁹ Dette støttes også av kravet til å ha bodd sammen over tid. Det kan imidlertid spørres om personer som har avlastet foreldrene i en lengre periode kan falle inn under bestemmelsen. Dette vil naturlig avhenge av lengden og kontinuiteten på avlastningen. Fylkesnemndsavgjørelsen i sak nr. 07/046 TRØ tar opp dette spørsmål. Mormor hadde i perioden fra 2001 til 2003 vært avlaster for moren 5 dager per måned, fra 2003 til 2004 avlastet hun 3 helger per måned. Nemnda mente dette ikke var nok til å bli karakterisert som omsorgsperson for barna. Barna var født i 2001 og i 1998. Da saken kom

¹⁶⁴ Se Ot.prp.nr. 56 (1996-1997) s. 53.

¹⁶⁵ For mer om foreldreansvaret og daglig omsorg se for eksempel Smith og Lødrup 2006.

¹⁶⁶ Ot.prp.nr. 76 (2005-2006) s. 125 og 126.

¹⁶⁷ Ibid. s. 126.

¹⁶⁸ L.c.

¹⁶⁹ L.c.

opp i 2007 var det lenge siden mormor hadde vært avlaster sett hen til barnas alder. Det kan ikke utelukkes at dette hadde betydning.

Det må være rimelig klart at vurderingen av om personen har vært omsorgsperson skal gjøres konkret. Om det har vært en omfattende avlastning, lengden av denne, hvor gammelt barnet er og når i barnets levetid avlastningen eller omsorgen skjedde kan være avgjørende momenter.

Tredje ledd stiller videre krav om at personen har ivaretatt omsorgen ”i foreldrenes sted”. Dette vil være i de tilfeller hvor foreldrene ikke har hatt den daglige omsorg, eller bare har vært i stand til å ivareta omsorgen deler av tiden. Det kan imidlertid spørres om personen må ha hatt omsorgen alene, slik at barnet og personen har bodd sammen uten foreldrene til stede.¹⁷⁰ Dette vil for eksempel være hvis barnet bor hos besteforeldrene på frivillig grunnlag forut for omsorgsovertakelsen. Ordlyden gir ikke et klart svar. I forhold til de personer som har bodd sammen med foreldrene og barnet, for eksempel søsken, steforeldre og besteforeldre, er det mye som taler for at det avgjørende er om disse personer faktisk har ivaretatt omsorgen for barnet. Omsorgen fra de andre vil ofte ha skjedd fordi foreldrene ikke har vært i stand til å ivareta den, ikke har maktet, eller for øvrig ikke har utøvd foreldreansvaret på en tilfredsstillende måte.

For denne tolkningen taler EMK art. 8, hvor det avgjørende er om det faktisk foreligger et ”familieliv”.¹⁷¹ Et viktig moment i vurderingen av om det foreligger et familieliv etter EMK er hvorvidt personene har bodd sammen. Besteforeldre og steforeldre har blitt ansett å ha et familieliv med barnet blant annet fordi de har bodd sammen med barnet, selv om foreldrene har bodd der samtidig.¹⁷²

¹⁷⁰ Se Oppedal 2007 s. 352.

¹⁷¹ Se pkt 2.3. EMK er en tolkingsfaktor med stor vekt da målet er å harmonisere EMK og barnevernloven, slik kan motstrid unngås, jf. pkt. 1.5.

¹⁷² Se for eksempel *Bronda v. Italia* 1998 og *K og T v. Finland* 2001.

Til fordel for en slik tolkning taler også tidligere fylkesnemndspraksis, som må antas fremdeles å være relevant i denne sammenheng. FNV-2003-6-NOR er et eksempel på hvem som kan regnes som en omsorgsperson. Søster ble gitt samværsrett blant annet fordi hun hadde vært en omsorgsperson for barnet. Barnet hadde ikke bodd alene med søster. Mor, far, søster og barnet hadde vært en del av samme hushold. Søster hadde imidlertid påtatt seg store deler av omsorgsansvaret for barnet i foreldrenes sted da de ikke hadde klart dette selv. Dette viser at barnet ikke nødvendigvis må ha bodd hos omsorgspersonen alene. Avgjørende må være om personen har vært til stede daglig og inntatt foreldrenes rolle.

Det oppstilles ingen krav om at søkeren må ha ivaretatt hele omsorgen. Også dette kan trekkes ut fra den nevnte fylkesnemndsavgjørelse. Noe av omsorgen må vedkommende ha ivaretatt, men for eksempel for søsken kan det hende de ikke økonomisk sett har utøvd foreldreansvaret. Selv om de ikke har handlet inn mat og klær, kan det være nok å lage mat, passe på at barnet kommer seg på skolen, vaske klær og gi barnet kjærlighet og så videre.

Det følger videre av tredje ledd at personen må ha utøvd den daglige omsorg ”forut for omsorgsovertakelsen”. Tidspunktet for å ha vært omsorgsperson har ikke betydning for om kravet kan tas til realitetsbehandling så lenge det har skjedd før omsorgsovertakelsen. Når omsorgen fant sted kan likevel tenkes å være et moment i realitetsvurderingen.

Ved at lovgiver har begrenset personkretsen til å gjelde de som utøvde daglig omsorg forut for omsorgsovertakelsen, vil de fleste fosterforeldre falle utenfor når barnet er flyttet fra dem. Dette gjelder ikke de som ivaretok omsorgen for barnet før omsorgsovertakelsen på frivillig grunnlag, og etter omsorgsovertakelsen som fosterforeldre.

5.2.3 Samværskrav etter § 4-19 fjerde ledd

Etter § 4-19 fjerde ledd er hovedvilkåret at det må være ”slektninger, eller andre som barnet har en nær tilknytning til” som ønsker samvær. I tillegg er det to alternative vilkår.

Jeg finner det mest hensiktsmessig å behandle de alternative vilkårene først da de som regel er lettest å avklare i praksis.

Enten må en eller begge av foreldrene være døde, jf. bokstav a, eller så må en eller begge av foreldrene ha svært begrenset samvær eller ikke samvær overhodet, jf. bokstav b. Hvis bare den ene av foreldrene er død, er det bare ”slektningene til den av foreldrene som er død og andre barnet er nært knyttet til gjennom den av foreldrene som er død” som har mulighet til å kreve samværsrett.¹⁷³ Det samme gjelder hvor foreldrene eller en av dem ikke er tildelt samvær eller har fått et svært begrenset samvær.¹⁷⁴

I forhold til dette må det spørres hva som gjelder for personer som ikke er slektninger, men som er nært tilknyttet barnet, og som ikke har oppnådd tilknytningen gjennom foreldrene. At en av foreldrene må være død, stå uten samvær eller ha et svært begrenset samvær synes klart ut i fra lovens vilkår. Hvem av foreldrene det er snakk om kan imidlertid ikke ha betydning i dette tilfellet. Begrunnelsen for et samvær i disse tilfeller vil da ikke være å opprettholde kunnskap om biologisk slekt slik forarbeidene legger opp til, men vil ligge nettopp i det forhold personen og barnet har. Det kan være behov for formalisert samvær fordi personen og barnet har et slikt forhold som er viktig for barnet å ivareta. Det synes ikke riktig å avskjære disse personer allerede før realitetsvurderingen. Dette støttes av tidligere fylkesnemndspraksis, og også av hensynet til barnets beste. Bakgrunnen for bestemmelsen er at foreldrenes samvær skal prioriteres. Andre personer skal ikke tildeles samvær på bekostning av foreldrene. Dette skjer mest sannsynlig ikke hvis en av foreldrene er uten samvær eller har svært begrenset samvær. Man vil av denne grunn ikke gå på tvers av lovgivers intensjon.

En problemstilling er hva som ligger ”svært begrenset” samvær. Ordlyden tilsier at samværet skal være så lite at det i praksis kan likestilles med intet samvær. Det er ikke begrenset samvær som omfattes, men ”svært” begrenset samvær. Poenget er at foreldrene

¹⁷³ Se Ot.prp.nr. 76 (2005-2006) s. 126.

¹⁷⁴ L.c. Antagelig ligger det biologiske prinsipp bak, her kunnskap om biologisk opphav.

ikke lenger kan være bindeleddet til andre personer.¹⁷⁵ Det må antas at det skal en del til før dette er tilfellet. Av forarbeidene fremgår det at samvær kun et par ganger i året vil kunne regnes som ”svært begrenset”.¹⁷⁶ Ved så lite samvær vil ikke barnet ha særlig mulighet til å bli kjent med biologisk familie. Det kan da være behov for at andre har samvær. Foreldrenes samvær vil heller ikke lenger være til hinder, jf. barnets totale samværsbelastning. Hvilken standard som skal legges til grunn ved vurderingen av om foreldrenes samvær er svært begrenset, vil naturlig være hva som er vanlig for foreldre etter barnevernloven § 4-19 annet ledd, og ikke etter barnelova. Standarden er en annen etter barnelova, her er ”vanlig samvær” etter § 43 annet ledd meget omfattende sammenlignet med hva som vanligvis blir innvilget i barnevernssaker.¹⁷⁷

Vilkåret ”svært begrenset” samvær er skjønnsmessig. Det er derfor vanskelig å komme med eksakt tall, men det er en øvre grense for hva som kan være ”svært begrenset”. I Rt. 2006 s. 1672 ble en samværsrett for foreldrene som fylkesnemnda hadde tildelt, stadfestet av Høyesterett. Omfanget ble satt til seks timer seks ganger i året. Dette ble omtalt som en relativt begrenset samværsrett. Svært begrenset samvær vil nok derfor ligge noe under seks ganger i året, men ikke nødvendigvis så lite som to ganger i året. Gjennomføringen av samvær varierer. Grensen vil nok avhenge av hvordan samværet gjennomføres, lengden og frekvensen. Foreldrene kan ha overnattingssamvær, feriesamvær, helgesamvær, eller bare et par timers samvær med barnet om gangen.

Skillet mellom langvarig og kortvarig plassering kan tenkes å få betydning i vurderingen av om det er ”svært begrenset” samvær. Det er vanlig med mindre samvær ved langsiktig plassering. Formålet er da å bevare tilknytningen og kjennskapet til biologisk familie. Ved kortvarig plassering er det vanlig med et mer omfattende samvær da meningen er en rask tilbakeføring. Dette kan vanskeliggjøres med lite samvær. Ved kortvarig plassering kan derfor samvær på 4 -6 ganger i året tenkes å falle innenfor ”svært begrenset” samvær,

¹⁷⁵ Ot.prp.nr. 76 (2005-2006) s. 45.

¹⁷⁶ L.c.

¹⁷⁷ Rt. 1996 s. 1684.

kanskje også over 6 ganger i året. Mens ved langvarig plassering vil 4 ganger i beste fall ligge på grensen.

Etter barnelova § 45 kan slektninger og andre personer som er nært tilknyttet barnet kreve at samvær blir fastsatt. Barnevernloven § 4-19 fjerde ledd har omtrent samme formulering som § 45, men i barnevernloven er ”svært begrenset” samvær likestilt med intet samvær. Denne forskjell er kommentert i forarbeidene.¹⁷⁸ Lovbestemmelsene er forskjellige fordi ved saker etter barnelova bor barnet fortsatt hos den ene av foreldrene. Barnet har da ikke det behovet for samvær som et barn under omsorgsovertakelse. For barn under omsorgsovertakelse kan biologiske foreldre ofte ha et begrenset samvær med barnet, i noen tilfeller kan derfor barnet ha større behov for samvær med andre. Både ved intet samvær og ved svært begrenset samvær vil foreldrene være ”avskåret fra å være bindeleddet mellom barnet og andre personer barnet har nær tilknytning til”.¹⁷⁹ Foreldrene kan ikke lenger hjelpe til å ivareta forholdet mellom barnet og personen. I slike tilfeller kan det være viktigere å få i stand et formalisert samvær.

At et av de to alternative vilkår er oppfylt er som nevnt ikke tiltrekkelig. Det må også være ”slektninger, eller andre som barnet har en nær tilknytning til,” som krever samværsrett. ”Nær tilknytning” er den samme formulering som ble benyttet i forarbeidene til tidligere tredje ledd om hvem som kunne kreve samvær.¹⁸⁰

Det kan spørres om slektninger automatisk omfattes av fjerde ledd, eller om det også kreves at de har nær tilknytning til barnet. Ordlyden er relativt klar. Kommaet etter slektninger taler for at det skal skilles mellom slektninger og personer med nær tilknytning, slik at det ikke kreves en egen vurdering av om slektningene har nær tilknytning. Etter ordlyden må det skilles mellom disse to persongruppene.

¹⁷⁸ Ot.prp.nr. 76 (2005-2006) s. 45

¹⁷⁹ L.c.

¹⁸⁰ Se pkt. 3.3.1 og Ot.prp.nr. 44 (1991-1992) s. 113.

FNV-2006-239-OSL fra tidligere rettstilstand kan tas til inntekt for at ”slektninger og andre med nær tilknytning” skal tolkes hver for seg, slik ordlyden tilsier. I denne saken var det ikke sikkert at nær tilknytning forelå, men mormoren og barnet var kjent med hverandre. Siden moren var død var det viktig med samvær med mormor på grunn av kjennskap til biologisk familie. Hun ville være bindeleddet til morens biologiske familie. Begrunnelsen for samvær er her den samme som begrunnelse for samvær med foreldre. Det kan sies å være et utslag av det biologiske prinsipp.

Etter EMK art. 8 er det faktiske forhold relevant, ikke bare slektskapet. Utgangspunktet er at det må foreligge et nært personlig bånd, men slektskapet er et moment i vurderingen.¹⁸¹ Dette taler for å tolke fjerde ledd som at også slektninger må ha nær tilknytning. Det er likevel ikke noe i veien for at barnevernloven går lenger i å beskytte familielivet enn EMK så lenge det er til barnets beste, jf. BK art. 3.

Som nevnt har § 4-19 fjerde ledd omtrent samme formulering som barnelova § 45. Barnevernloven bygger på denne bestemmelsen, men en forskjell er at det i § 45 ikke er et komma mellom slektninger og andre med nær tilknytning. I forarbeidene til § 45 uttales det at det er et vilkår for å få samværsrett at vedkommende er nært tilknyttet barnet, og det vises til ordlyden i bestemmelsen.¹⁸² Selv om dette er vilkår i realitetsvurderingen etter § 45, taler kommaforskjellen for at § 4-19 fjerde ledd skal tolkes slik at det i den prosessuelle vurderingen må skilles mellom de to persongrupper. Det skal også poengteres at det er forskjell på saker etter barnelova og barnevernloven.

Forarbeidene taler likevel for at det faktiske forhold mellom barnet og personen er avgjørende. Departementet uttaler i en generell formulering at bare personer som dokumenterer nær tilknytning til barnet kan kreve at fylkesnemnda tar stilling til samværsspørsmålet.¹⁸³ Det er ikke sikkert at nær tilknytning er til stede hvis det bare

¹⁸¹ Se pkt. 2.3.

¹⁸² Se NOU 1977:35 s. 132.

¹⁸³ Se Ot.prp.nr. 76 (2005-2006) s. 45.

foreligger slektskap. Det sies videre at det både for barnets slektninger og andre bør være barnets tilknytning til vedkommende som er avgjørende for å få behandlet samværskravet.¹⁸⁴ Departementet uttaler seg her om bevisbyrden, og uttalelsen vil miste deler av sin mening hvis ikke også slektninger må ha nær tilknytning.¹⁸⁵

Hensynet bak § 4-19 fjerde ledd og lovendringen taler også for at § 4-19 fjerde ledd skal tolkes slik at slektninger ikke automatisk omfattes av bestemmelsen. Det er allerede etablerte posisjoner som ønskes ivaretatt ved samvær.¹⁸⁶ Det viser hvilken persongruppe det er viktig å ha samvær med. Slektinger uten nær tilknytning bør ikke få samvær for å skape en slik tilknytning. Dette ble også vektlagt i sak nr. 08/053 TRØ.

Problemstillingen var oppe i sak nr. 07/337 OSL. Nemnda uttaler her at slektsforholdet alene ikke er tilstrekkelig for å konstatere tilknytning. Også sak nr. 07/134 TRØ taler for denne løsning. Mormors samværskrav ble avvist. Nemnda vurderte om det forelå nær tilknytning, og kom til at vilkåret ikke var oppfylt. Tidligere hadde det vært tett kontakt, men den hadde avtatt etter at barna flyttet fra stedet der mormor bodde. Ingen av barna hadde gitt uttrykk for engasjement, lyst og entusiasme for å treffe mormor. Nemnda uttalte at det burde være kontakt mellom barna og mormor, men da gjennom mors samvær, slik det var blitt praktisert. Nemnda ser etter dette ut til å tolke bestemmelsen slik at også slektinger krever nær tilknytning.

Etter en avveining av de forskjellige rettskildefaktorer taler de beste grunner for at også slektinger må ha nær tilknytning til barnet. Selv om ordlyden er relativt klar må lovgivers mening og formålet med bestemmelsen, slik det fremkommer av forarbeidene, være avgjørende.

¹⁸⁴ Ibid. s. 46.

¹⁸⁵ Bevisbyrden vil bli drøftet nærmere i punktet nedenfor.

¹⁸⁶ Se Ot.prp.nr. 76 (2005-2006) s. 45.

Vurderingstemaet etter fjerde ledd er ikke om personen er nært tilknyttet barnet, men om barnet er nært tilknyttet vedkommende person.¹⁸⁷ Man skal sikre at barnet opprettholder kontakt med personer som står det nær, ikke motsatt. Det skal foretas en konkret skjønnsmessig vurdering av om ”nær tilknytning” er oppfylt. I LB-2007-103603 var tidsaspektet, barnets alder og mengden av kontakt momenter som ble trukket frem av lagmannsretten.

Siden barnets tilknytning er avgjørende, er barnets egen oppfatning et moment med stor vekt. Et eksempel hvor dette er kommet frem er en fylkesnemndsavgjørelse, sak nr. 07/337 OSL. Samværskrav etter fjerde ledd fra to tanter ble avvist. Fylkesnemnda uttalte at barnas tilknytning til tantene var avgjørende, og barnets mening hadde betydning. Barna hadde hatt kontakt med den ene tanten langt tilbake i tid, men dette var uten relevans i dag. De husket ikke mors biologisk familie, og ønsket heller ikke kontakt. Barna var 15 og 17 år, og var da også parter i saken. Andre momenter enn de nevnte kan tenkes å være nærhet i slektskap, tidligere samvær, om de har tilbrakt mye tid sammen, eventuelt annen type kontakt og forholdet til resten av familien. Det må være noe med forholdet mellom barnet og personen som gjør at de har nær tilknytning.¹⁸⁸

Å fremheve at det er barnets tilknytning som er avgjørende er med på å understreke barnet som et eget subjekt. Lovgiver har på dette punkt tatt et barneperspektiv. Dette er en utvikling i positiv retning, og er også med på å fremheve barnets mening, jf. barnevernloven § 6-3 første ledd og BK art. 12.

Man kan spørre om det er mulig å tolke fjerde ledd relativt, slik at hvis det klart er en nær tilknytning, og denne er meget sterk, så skal det mindre til før samvær med foreldre kan sies å være svært begrenset. Ordlyden er klar. I henhold til denne er det separate vilkår, det skal ikke foretas en ”helhetsvurdering”. Barnets beste som tolkingsfaktor kan imidlertid tale for en annen løsning. Ved at vilkårene har en slik relativ sammenheng kan

¹⁸⁷ Se Ot.prp.nr. 76 (2005-2006) s. 46.

¹⁸⁸ Se også den nevnte sak nr. 07/134 TRØ.

persongruppen som kan få realitetsbehandlet kravet bli utvidet. Dette kan være i samsvar EMK art. 8 og de personer som kan anses å ha et familieliv, dermed kan motstrid unngås. EMK som tolkingsfaktor er tungtveiende, og motstrid kan tenkes unngått gjennom den tolkningen. Etter min mening må det derfor være mulig å tolke fjerde ledd relativt.

5.2.4 Dokumentasjon om nær tilknytning

I forarbeidene er det sagt uttrykkelig at den som krever at fylkesnemnda tar stilling til samværsspørsmålet etter fjerde ledd må dokumentere nær tilknytning.¹⁸⁹ Dette innebærer for det første at nemnda ikke bare skal bygge på det personen pretenderer. Det vil heller ikke være riktig å bygge på pretensjonen sett hen til formålet med bestemmelsene. Fjerde ledd ville vært illusorisk hvis det hadde vært nok å pretendere at vilkårene var oppfylt. For det andre innebærer uttalelsen at den som ønsker samvær har bevisbyrden for at barnet er nært tilknyttet han/henne.

Reglene om bevisbyrde omhandler hvem som skal godtgjøre at vilkårene i en bestemmelse er oppfylt.¹⁹⁰ Dette innebærer at det er opp til denne personen å legge frem bevis, og i tillegg har personen tvilsrisikoen. At den som hevder å ha en rett må bevise at de prosessuelle vilkår er oppfylt, følger av alminnelig sivilprosess og forvaltningsrett. Hvis det hadde vært snakk om et inngrep hadde forvaltningen hatt bevisbyrden.¹⁹¹ At vedkommende som ønsker samvær etter § 4-19 fjerde ledd har bevisbyrden for at det er nær tilknytning kan sies å være i samsvar med det nevnte. Det er etter ordlyden snakk om tildeling av en rettighet, ikke et inngrep.

¹⁸⁹ Se Ot.prp.nr. 76 (2005-2006) s. 45.

¹⁹⁰ Se Graver 2004 s. 466.

¹⁹¹ Ibid. s. 472 og 473.

5.2.5 Krav om nær tilknytning også etter tredje ledd?

Vilkåret i tredje ledd er ”daglig omsorg”. Heller ikke dette vilkår er det nok å pretendere, ellers vil formålet med tredje ledd miste sin betydning. Personen som ønsker formalisert samvær må derfor bevise at han/hun har ivaretatt den daglige omsorg.

Det kan spørres om det er et vilkår om nær tilknytning, og dermed et krav til dokumentasjon for at dette vilkåret er oppfylt, også etter tredje ledd. Lovens ordlyd taler mot denne løsning. Tredje ledd inneholder ikke eksplisitt noe vilkår om ”nær tilknytning”. Det burde stått uttrykkelig også i tredje ledd hvis det var ment å være et vilkår om nær tilknytning.

Barn har ofte god tilknytning til omsorgspersoner. Slik vil regelen sjelden komme på spissen. Det kan derfor være at departementet fant det unødvendig uttrykkelig å ha med kravet. Likevel er det betenkelig at kravet om nær tilknytning ikke har kommet eksplisitt frem i lovteksten hvis dette var ment å gjelde.

I forhold til bevisbyrden om ”nær tilknytning” er forarbeidenes uttalelse generell.¹⁹² Dette kan tale for at vilkåret gjelder begge ledd. Senere i avsnittet ser det imidlertid ut til fjerde ledd behandles, da det vises til personer som er i slekt med barnet og til andre personer som barnet er nært tilknyttet. Disse nevnte personer er nettopp de samme som kan kreve samvær etter fjerde ledd.

Spesialmerknadene til tredje ledd og fjerde ledd er imidlertid klare på dette punkt.¹⁹³ Først omtales tredje ledd, deretter fjerde ledd. Departementets uttalelse er som følger: ”Retten til å få behandlet et krav om samværsrett etter fjerde ledd (min understrekning) gjelder bare personer som kan dokumentere en nær tilknytning til barnet. Kan slik tilknytning ikke dokumenteres, kan saken avvises.” Det sies overhodet intet om tredje ledd og kravet til

¹⁹² Se Ot.prp.nr. 76 (2005-2006) s. 45.

¹⁹³ Ibid. s. 125 og 126.

dokumentasjon om nær tilknytning. Det som kunne vært et tvilsspørsmål på grunn av uttalelsene i den generelle del faller da bort. Ordlyden og spesialmerknadene i forarbeidene medfører dermed at det ikke kan innfortolkes i tredje ledd et vilkår om nær tilknytning og krav til dokumentasjon av dette.

Som tidligere nevnt er det bare personer som har bodd sammen med barnet over tid som oppfyller vilkåret om å ha ivaretatt den ”daglig omsorg”. Gjennom denne tolkningen kommer tilknytningen inn, som oftest vil det være en sterk tilknytning når de har bodd sammen over lengre tid. Tilknytningen har slik sett betydning for tolkningen av ”daglig omsorg”. Tilknytningen mellom barnet og personen kommer inn på en annen måte etter tredje ledd. Å være omsorgsperson er en måte å ha nær tilknytning på. Det er likevel ikke riktig å kalle beviset for nær tilknytning.

Problemstillingen har vært oppe i en lagmannsrettsavgjørelse. I LB-2007-103603 kom retten til at samværskravet fra tidligere fosterfar måtte avvises. Retten var usikker på om fosterfar formelt hadde krevd samvær etter både tredje og fjerde ledd. Dette hadde ingen betydning i følge lagmannsretten. Det uttales at selv om ordlyden i tredje og fjerde ledd isolert kan tilsi at det stilles ulike krav til tilknytning, så fremkommer det av den generelle uttalelse i forarbeidene at det kreves dokumentasjon om nær tilknytning etter begge ledd.¹⁹⁴ Lagmannsretten referer ikke til spesialmerknadene som stiller de generelle uttalelsene i et annet lys. Av denne grunn kan det ikke legges særlig vekt på lagmannsrettens uttalelse ved fastleggelsen av gjeldende rett.

Selv om ikke nær tilknytning er grunnlag for å reise sak etter tredje ledd, må det være klart at tilknytningen får betydning ved realitetsbehandlingen av kravet. Tilknytning mellom barnet og personen, hvor nær de står hverandre, vil være et moment i vurderingen av om samvær er til barnets beste, og ved vurderingen av omfanget av samværsretten.¹⁹⁵

¹⁹⁴ Ibid. s. 45.

¹⁹⁵ Se pkt. 8.2.

5.3 Barnet som part

5.3.1 Fylkesnemndas behandling

Siden forvaltningsloven § 2 e) er utgangspunktet for hvem som får partsstatus ved spørsmål om samvær, kan også andre enn den som krever samvær bli parter ved realitetsbehandlingen. Det er ikke tvil om at et samværsvedtak ”retter seg mot” barnet. Samvær kan ikke vedtas eller utøves uten et barn under offentlig omsorg. Samvær forutsetter at barnet er til stede. Det er også et behov for at barnet kan være part da det vil være en rettssikkerhetsgaranti for det. I § 4-19 tredje og fjerde ledd er det likevel uttrykkelig sagt at bare den annen person kan kreve samvær, barnet selv kan ikke fremsette krav om samvær og på denne måten oppnå partsstatus.¹⁹⁶ Det vil imidlertid være naturlig at barnet blir part hvis saken tas til behandling på bakgrunn av krav fra en annen person, jf. § 2 e).¹⁹⁷

Barnevernloven inneholder en spesialbestemmelse om barnets mulighet til å opptre som part. Etter § 6-3 annet ledd første punktum er utgangspunktet at kun barn som har fylt 15 år kan opptre som part eller gjøre partsrettigheter gjeldende. Bestemmelsen vil også komme til anvendelse på samværssaker.

Det gjøres to unntak fra aldersgrensen på 15 år, jf. § 6-3 annet ledd annet punktum. Ved saker om tiltak for barn med atferdsvansker skal barnet alltid regnes som part. Videre kan fylkesnemnda innvilge barn under 15 år partsrettigheter i ”særskilte tilfeller”. Etter ordlyden er det klart at det er en snever unntaksbestemmelse. Dette fremgår også av forarbeidene til bestemmelsen. Departementet fremhever at det bare unntaksvis vil være tilrådelig å gi unge barn partsrettigheter.¹⁹⁸ Det begrunnes med at ”barnets oppfatning ofte

¹⁹⁶ Det er her et spørsmål om det vil stride mot menneskerettighetene at barnet ikke har mulighet til å kreve samvær. Dette spørsmål vil bli drøftet senere.

¹⁹⁷ Dette støttes også av Haugli 2003 pkt. 7. Selv om artikkelen er skrevet ut i fra tidligere § 4-19 tredje ledd, gjør de samme hensyn seg gjeldende i dag.

¹⁹⁸ Se Ot.prp.nr. 44 (1991-1992) s. 81.

vil være preget av omgivelsenes, herunder foreldrenes og fosterforeldrenes oppfatning av saken”.¹⁹⁹ Av denne grunn var ikke departementet enig i 12 års grensen som var foreslått i høringsutkastet. I noen spesielle tilfeller kan det likevel være riktig å gi et barn mulighet til å bli part. Derfor kom stortingskomiteen med forslag om at nemnda kunne innvilge partsrettigheter for barn under 15 år i ”særskilte tilfeller”.²⁰⁰ Komiteen sier intet mer om hva som ligger i vurderingen, den må foretas helt konkret. Tenkelige momenter kan blant annet være alder, modenhet, uavhengighet og om det foreligger interessenmotsetninger med andre parter. To Høyesterettsavgjørelser som ikke innvilget partsrettigheter ved rettslig overprøving etter tidligere tvistemålslov kap. 33 for barn under 15 år er Rt. 1998 s. 1592 og Rt. 1999 s. 490. Ved rettslig overprøving av barnevernsaker etter tidligere tvistemålsloven kapittel 33 gjaldt § 6-3 annet ledd, jf. tidligere barnevernlov § 7-1 bokstav i. Avgjørelsene har derfor betydning for tolkningen av § 6-3 også i dag, og det viser en restriktiv holdning på området. Mye skal til før ”særskilte tilfeller” foreligger. Det kan derfor konkluderes med at det skal en del til før unntaket kommer til anvendelse.

5.3.2 Partsevne eller prosessuell handleevne?

En problemstilling i forbindelse med tolkningen av barnevernloven § 6-3 annet ledd er om bestemmelsen regulerer partsevnen eller den prosessuelle handleevne for barn under 15 år.²⁰¹

Partsevne vil si å ha rett til å være part ved sivile saker, herunder mulighet til å gå til sak og til stå som motpart.²⁰² Som utgangspunkt har alle fysiske personer partsevne og da også barnet, jf. tvisteloven § 2-1 a). Prosessuell handleevne er evnen til å reise sak og ta i mot

¹⁹⁹ L.c

²⁰⁰ Se Innst.O. nr. 80 (1991-1992) s. 33.

²⁰¹ Se her Oppedal 2007 s. 359.

²⁰² Begrepene partsevne og prosessuell handleevne er sentrale i sivilprosessen, men de har også betydning ved fylkesnemndsbehandling da også dette er en form for sivil sak hvor det er parter.

søksmål på egen hånd, jf. tvisteloven § 2-2 første ledd.²⁰³ Det innebærer også evnen til å foreta ulike prosesshandlinger under en løpende rettssak. En person med partsevne behøver ikke ha prosessuell handleevne. Samtidig er det ikke mulig å ha prosessuell handleevne uten å ha partsevne. Hvem som har prosessuelle handleevne ved sivile tvister er generelt regulert i tvisteloven § 2-2. Barn under 18 år er umyndige, jf. vergemålsloven § 1, og da i utgangspunktet prosessudyktige, jf. tvisteloven § 2-2 tredje ledd. Dette innebærer at barnet ikke kan opptre på egen hånd. Barnet har partsevne og kan fortsatt reise sak, men en lovlig stedfortreder gjør det på dets vegne, jf. § 2-3. Lovlig stedfortreder er vergen, som regel foreldrene, jf. vergemålsloven § 3. Etter vergemålsloven kan det også bli oppnevnt setteverge for barnet hvis foreldrene ”har en interesse som strider mot” barnets, jf. vergemålsloven § 15. Dette kan være tilfelle hvis barnet ønsker samvær med pretendenten, men foreldrene ikke ønsker det.

Ordlyden i § 6-3 annet ledd, ”et barn kan opptre som part i en sak og gjøre partsrettigheter gjeldende”, kan tale for at det er en unntaksbestemmelse om partsevne. Det kan imidlertid også tolkes som at barnet ikke kan opptre som part på egen hånd, men med en verge som stedfortreder. Tolkingresultatet har stor betydning for barnets rettsstilling.

Problemstillingen var oppe i Rt. 2000 s. 358 når det gjelder barnets partsevne ved rettslig overprøving etter tidligere tvistemålslov kap. 33. Saken gjaldt et barn under 15 år, representert ved setteverge, som ønsket rettslig overprøving av fylkesnemndas vedtak om tilbakeføring av daglig omsorg til biologiske foreldre. Kjæremålsutvalget kom til at barn under 15 år ikke hadde partsevne. De baserte sin konklusjon på ordlyden. Det ble eksplisitt uttalt at barn under 15 år ikke har partsevne i forhold til fylkesnemndas vedtak, jf. barnevernloven § 6-3 annet ledd. Dette måtte også gjelde ved rettslig overprøving, jf. tidligere barnevernlov § 7-1 bokstav i og tvistemålslov § 476. Kjæremålsutvalget uttalte videre at barnets interesser ivaretas av kommunen, som også kan begjære rettslig

²⁰³ Omtales i loven som prosessdyktighet. Begge begreper kan benyttes.

overprøving. Det kan spørres om denne tolkningen er holdbar og fortsatt vil vinne frem i dag, for mer om dette se drøftelsen nedenfor.

Konklusjonen synes klar etter Rt. 2000 s. 358. Barnevernloven § 6-3 annet ledd omhandler partsevnen. Barn under 15 år kan ikke være part ved fylkesnemndas behandling så lenge et av unntakene ikke kommer til anvendelse. Hvis imidlertid et av unntakene kommer til anvendelse, har barnet både partsevne og prosessuell handleevne.

Kjæremålsutvalgets konklusjon og begrunnelse kan kritiseres, og kanskje spesielt ved samværsaker hvor et barn under 15 år sterkt ønsker samværet med en viktig person for barnet, men verken fosterforeldre, foreldre eller kommunen ønsker det. Det er ikke sikkert kommunen taler barnets sak, i alle fall slik barnet føler det. Hvis personen selv også ønsker det, kan vedkommende reise sak. Hvis saken da kommer for fylkesnemnda eller domstolene, har barnet rett til å uttale seg etter § 6-3 første ledd og etter BK art. 12. Barnet er greit beskyttet, og det vil ikke være et så stort behov for partsevne. I tillegg har barnet mulighet for en talsperson etter reglene i barnevernloven § 7-9 ved fylkesnemndas behandling av saken. Det kan også tenkes at slike tilfeller faller inn under "særskilte tilfeller", jf. § 6-3 annet ledd. Klart er det likevel at barnet ville ha stått sterkere med partsrettigheter. Ved å innvilge barnet partsevne, vil man lettere kunne se på barnet som et eget subjekt, i stedet for et objekt som kommunen og foreldrene på hver sin side tvister om. Dette i seg selv er positivt.

5.3.3 Rettslig overprøving etter tvisteloven kapittel 36

Barnet vil som utgangspunkt også kunne være part ved rettslig overprøving. Det rettslige grunnlag i dag er tvisteloven § 36-3, ikke forvaltningsloven. Vedtaket "retter seg mot" barnet.

Om barn har mulighet til å reise sak vil etter tvistelovens alminnelige regler være et spørsmål om den prosessuelle handleevne, jf. § 2-2. Etter tredje ledd er barn under 18 år prosessudyktige. Dette gjelder ikke hvis noe annet følger av "særlig lovbestemmelse". For

rettslig overprøving av barnevernsaker er tvisteloven § 36-3 annet ledd en slik ”særlig lovbestemmelse”. Mindreårige over 15 år er prosessdyktige etter § 36-3 annet ledd så lenge de er i stand til ”å forstå hva saken gjelder”, jf. første punktum. Barn under 15 år har mulighet til å reise sak hvis det følger av ”særskilt lovbestemmelse” jf. § 36-3 annet ledd annet punktum. Det må også her spørres om annet ledd regulerer den prosessuelle handleevne eller partsevnen. Dette er et spørsmål om tidligere rettstilstand føres videre. Tidligere fulgte det av den nevnte Høyesterettsavgjørelse fra 2000 at tvistemålsloven kap. 33 regulerte partsevnen.

Ordlyden i § 36-3 annet ledd annet punktum tilsier isolert sett at den omhandler partsevnen. Barn under 15 år kan ”bare reise sak hvis det følger av særskilt lovbestemmelse”. Det sies ikke uttrykkelig at det er snakk om å reise sak på egenhånd. Innholdsmessig er ordlyden tilnærmet lik barnevernloven § 6-3 annet ledd annet punktum, som har blitt tolket slik at den omhandler partsevnen. Hvis man imidlertid ser § 36-3 annet ledd annet punktum i sammenheng med første punktum, er det nærmest å tolke annet punktum slik at også den omhandler prosessuell handleevne. Det er snakk om hvem som kan reise søksmål på ”egen hånd” i første punktum. I tillegg må § 36-3 ses i sammenheng med de alminnelige bestemmelser om barnets prosessdyktighet i tvisteloven kapittel 2. Dette taler også for at § 36-3 regulerer barnets prosessuelle handleevne.

I forarbeidene til tvisteloven § 36-3 annet ledd uttales det uttrykkelig at annet ledd gjelder prosessuell handleevne.²⁰⁴ Annet punktum regulerer når barnet kan reise sak på egne vegne. Enten må det ha fylt 15 år, eller så må særlovgivningen gi det slik kompetanse.

Noe som kan tale mot denne løsningen er uttalelsen i tvistelovens forarbeider om at kapittel 36 i hovedsak viderefører gjeldende rett.²⁰⁵ Hvis meningen var å fravike tidligere rettstilstand, jf. Rt. 2000 s. 358, burde departementet muligens ha utdypet dette noe mer, endringen vil ha stor betydning for barna. Likevel kan det ikke tillegges for stor vekt

²⁰⁴ Se spesialmerknaene i Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 500.

²⁰⁵ Ibid. s. 345.

ettersom departementet uttrykkelig sier at annet ledd omhandler den prosessuelle handleevne.

På bakgrunn av lovens ordlyd sett i sammenheng med resten av bestemmelsen og forarbeidenes uttalelse kan det konkluderes med at § 36-3 annet ledd regulerer den prosessuelle handleevne. Dette innebærer at også barn under 15 år har partsevne, men det mangler prosessuell handleevne så lenge ikke noe annet følger av ”særskilt lovbestemmelse”.

Det må spørres hvilke særskilte lovbestemmelser som finnes for at barn under 15 år kan reise sak på egen hånd. Forarbeidene til tvisteloven § 36-3 annet ledd viser til barnevernloven, og § 6-3 annet ledd, jf. § 7-24, er den relevante bestemmelse.²⁰⁶ Fylkesnemnda skal innvilge barn under 15 år partsrettigheter i saker om tiltak for barn med atferdsvansker og kan ellers gjøre det i ”særskilte tilfeller”. Dette innebærer at også retten har denne muligheten, jf. barnevernloven § 7-24. Barnet vil da ha både partsevne og prosessuell handleevne, og kan benytte seg av partsrettighetene på egen hånd. Dette vil antageligvis forekomme svært sjelden, jf. drøftelsen ovenfor.

5.3.4 Medfører tvisteloven en endring av barnevernloven § 6-3 annet ledd?

For rettslig overprøving er rettstilstanden for barnets partsevne mest sannsynlig endret. En problemstilling er om § 6-3 annet ledd og tvisteloven § 36-3 annet ledd kan regulere forskjellige forhold. Dette er et spørsmål om tvisteloven har medført en endring også av § 6-3.²⁰⁷ Tolkningen av barnevernloven § 6-3 annet ledd har verken blitt kommentert i forarbeidene til tvisteloven eller barnevernloven.²⁰⁸

²⁰⁶ Ibid. s. 500.

²⁰⁷ Bestemmelsenes ordlyd, likheter og forskjeller, er kommentert nærmere i det foregående punkt.

²⁰⁸ Henvisningen til § 6-3 annet ledd i barnevernloven § 7-24 er ikke kommentert spesielt i Ot.prp.nr. 76 (2005-2006), som for øvrig ble skrevet etter tvistelovens forarbeider.

Tre mulige løsninger kan skisseres. For det første kan Høyesteretts tolkning i Rt. 2000 s. 358 fortsatt vinne frem både for barnevernloven og for tvisteloven. Barn under 15 år har da ikke partsevne som en hovedregel, og vil heller ikke ha prosessuell handleevne. Løsningen vil bryte med departementets uttalelse når det gjelder rettslig overprøving, men det vil være likt for barnet uansett hvor i prosessen det er.

Det neste alternativ er at både tvisteloven § 36-3 annet ledd og barnevernloven § 6-3 annet ledd nå tolkes slik at de omhandler den prosessuelle handleevne. Forarbeidene til tvisteloven ønsker denne løsning i forhold til rettslig overprøving. Hensynet til sammenheng i systemet og hensynet til likhet taler for at begge bestemmelser skal tolkes slik at de regulerer barnets prosessuelle handleevne. Tolkningen bidrar til å se på barnet som et eget individ og subjekt, og barnet vil være stå sterkere ved å ha partsrettigheter.

Den siste mulighet er at § 6-3 omhandler partsevnen og tvisteloven § 36-3 den prosessuelle handleevne. Barnet vil da først ha mulighet til å bli part ved rettslig overprøving.

Det kan argumenteres for at barnet har et større behov for å være part ved rettslig overprøving enn ved fylkesnemndsbehandling da reglene om barnets talsperson i barnevernloven § 7-9 bare gjelder ved fylkesnemndsbehandling. Ved rettslig overprøving vil ikke barnet ha en egen representant til å tale sin sak. Hvis barnet imidlertid har partsevne, vil barnet kunne beskytte egne interesser gjennom stedfortrederen. Det er klart at barnet vil stå sterkere under nemndsbehandlingen som part enn ved å ha en talsperson.

Konklusjonen er usikker, men de sterkeste grunner taler etter min mening for å tolke § 6-3 annet ledd likt § 36-3 annet ledd. Hensynet til likhet, sammenheng i rettssystemet og at barnets rettsstilling styrkes taler for denne løsning. I tillegg kan kanskje lovgivers mening vise en generell tendens; barnet bør også ha prosessuelle rettigheter, og ses på som et subjekt.

Hvis barnet ikke kan oppnå partsstatus, kan det tenkes at dette er problematisk i forhold til EMK art. 6.²⁰⁹ Brudd på art. 6 forutsetter tvist om ”civil rights”, enten ved innblanding i barnets familieliv etter art. 8 eller ved at samværsretten med andre enn foreldre anses som ”civil rights”. Art. 6 verner ”enhver”, da også som utgangspunkt barn. Barnets rett til å gå til sak er imidlertid ikke avklart av EMD.²¹⁰

Begrensninger i domstolsadgangen kan likevel gjøres så lenge ikke selve essensen i rettigheten tas bort, se ovenfor. I *Golder v. UK* 1975 avsnitt 39 uttales det at begrensninger kan tenkes for blant annet barn. Begrensningene må ha vært gjort med et legitimt formål og det må foreligge proporsjonalitet. Det er, så vidt meg bekjent, ingen avgjørelser i EMD som viser hva som er akseptable begrensninger for barnets adgang til domstolene i nasjonal rett. Men siden essensen i rettigheten ikke må være truet, er det klart at barnets interesser må ivaretas på et eller annet vis.²¹¹ Barnets mening bør i alle tilfelle fremkomme.

Barnevernloven hjemler en rett til å bli hørt og en mulighet til få talsperson. Dette kan tenkes å være tilstrekkelig. Hvis det imidlertid er mulig å tolke § 6-3 annet ledd slik at den omhandler den prosessuelle handleevne, kan det argumenteres for at dette bør være tolkningsresultatet, slik vil man i alle tilfelle ivareta art. 6. Barnet har da mulighet til å bli beskyttet gjennom andre personer, for eksempel ved en stedfortreder. Barnets interesser er bedre ivaretatt, og begrensningene i retten til domstolsadgang er minimale. Det må likevel ikke legges for stor vekt på dette siden Høyesterett har uttalt at det ikke skal bygges inn sikkerhetsmarginer mot at Norge dømmes for traktatbrudd. Nasjonale regler skal ikke tolkes slik at man føler seg sikker på at de ikke kommer i strid med folkeretten.²¹² Av denne grunn vil jeg konkludere med at barns rett til partsstatus ikke nødvendigvis er beskyttet av art. 6.

²⁰⁹ Se pkt. 2.4 om tolkningen av art. 6.

²¹⁰ Se Oppedal 2007 s. 364.

²¹¹ Ibid. s. 365.

²¹² Som nevnt i pkt. 1.5.

5.4 Foreldrene som part

Det kan spørres om foreldre kan bli part ved nemndsbehandling av samværsaker mellom barnet og andre personer. Forvaltningsloven § 2 e) vil være utgangspunktet også her. Det må være klart at en avgjørelse om samvær ikke ”retter seg mot” foreldrene.

Problemstillingen er om en slik avgjørelse ”ellers direkte gjelder” foreldrene.

Det følger av forarbeidene til § 4-19 tredje og fjerde ledd at foreldre med del i foreldreansvaret som hovedregel vil ha partsstatus ved fylkesnemndsbehandling. Dette begrunnes med at barnevernssaker som regel griper inn i foreldreansvaret.²¹³ Denne uttalelsen viser for det første at det finnes unntak, foreldre vil ikke alltid bli part. For det andre begrunnes foreldrenes partsstatus med de vedtak som griper inn i foreldreansvaret. Dette tilsier at det lettere kan gjøres unntak fra foreldrenes rett til å bli part ved saker som ikke griper inn i foreldreansvaret. Av denne grunn må det spørres om samvær for andre enn foreldrene vil gripe inn i foreldreansvaret.²¹⁴

Foreldreansvaret innebærer en rett og plikt til å ivareta omsorgen for barnet og treffe avgjørelser i personlige anliggender, jf. barnelova § 30. Ved omsorgsovertakelsen går som nevnt den daglige omsorg over til barneverntjenesten og fosterhjemmet, foreldrene bevarer avgjørelsesmyndigheten. Det er imidlertid ikke all avgjørelsesmyndighet som er igjen. Hva foreldrene har myndighet til å avgjøre er noe usikkert.²¹⁵ Det må likevel være klart at foreldrene ikke lenger kan treffe avgjørelser om dagliglivet, se barnevernloven § 4-18 første ledd.²¹⁶ Noe annet ville ikke vært praktisk gjennomførbart.²¹⁷ I følge forarbeidene til barnevernloven § 4-12 er det de store spørsmål foreldrene fortsatt har myndighet til å

²¹³ Se Ot.prp.nr. 76 (2005-2006) s. 44.

²¹⁴ I Haugli 2003 pkt. 6 blir det hevdet at foreldrene har rett til å bli part etter forvaltningsloven § 2 e) i saker om samvær for andre enn foreldrene.

²¹⁵ Bendiksen 2007 kap. 6 drøfter den nærmere grensedragning.

²¹⁶ Støttes av Bendiksen 2007 s. 211 og 212.

²¹⁷ Om det er fosterforeldrene eller barneverntjenesten som har avgjørelsesmyndigheten har i denne sammenheng ingen betydning.

avgjøre.²¹⁸ I denne kategorien kan samvær med andre vanskelig komme. Samvær med andre personer kan sies å være en del av barnets dagligliv. Det er mest naturlig at fosterhjem og barnevernsinstitusjonen bestemmer dette i kraft av den daglige omsorg.

I denne sammenheng kan det trekkes paralleller til tilfeller hvor barnet bor fast hos den ene av foreldrene, men det er felles foreldreansvar, jf. barnelova § 37.²¹⁹ Den barnet bor fast hos kan ta avgjørelser om ”vesentlige sider av omsuta for barnet”. Den andre kan ikke motsette seg slike avgjørelser, og da heller ikke avgjørelser om mindre forhold. Siden barnet bor fast hos fosterfamilien taler dette for at foreldrene ikke kan motsette seg samvær mellom barnet og andre personer. Vurderingen av om andre personer skal ha samvær er derfor noe foreldrene i utgangspunkt ikke bør ha noe med. Det vil ikke gripe inn i det resterende foreldreansvar. Denne løsning støttes også av forarbeidene til barnevernloven § 4-19 tredje og fjerde ledd. Her fremheves det uformelle samvær, noe barneverntjenesten har kompetanse til å avtale.²²⁰

På denne bakgrunn må man kunne hevde at tildeling av samværsrett etter § 4-19 tredje og fjerde ledd ikke er et inngrep i foreldreansvaret. Den daglige omsorg er overtatt og dette medfører begrensninger i foreldreansvaret. Dette igjen taler for at foreldrene ikke kan bli part etter forvaltningsloven § 2 e) i samværssaker for andre enn foreldre.

Det må også kunne hevdes at det er lite naturlig at foreldrene opptrer som part i saker om samvær for andre enn foreldrene siden samværet ikke vil få noen faktisk betydning for foreldrene sitt samvær. Forarbeidene til § 4-19 tredje og fjerde ledd fremhever foreldrenes samvær, og at andres samvær ikke skal skje på foreldrenes bekostning.²²¹ Det uttales at barnets tålegrense sjelden vil bli satt på spissen. Hvis dette likevel skulle være tilfellet skal foreldrenes samvær prioriteres. I tillegg skal foreldrenes samvær behandles uavhengig av

²¹⁸ Se Ot.prp.nr. 44 (1991-1992) s. 49 og Innst.O. nr. 80 (1991-1992) s. 26.

²¹⁹ Se også Bendiksen 2007 s. 212.

²²⁰ Se Ot.prp.nr. 76 (2005-2006) s. 45.

²²¹ L.c.

eventuelle andre samværskrav.²²² Samvær for andre enn foreldrene vil derfor ikke være inngripende for foreldrene selv.

Noe som imidlertid taler for at foreldrene skal få partsstatus, er at barna, slik barnevernloven § 6-3 annet ledd tidligere har vært tolket av Høyesterett, ikke har partsevne.²²³ Partsstatus for foreldre kan være til beskyttelse for barnet, og kanskje spesielt i samværsaker etter § 4-19 tredje og fjerde ledd, da foreldre kan tale barnets sak. En sak i nemnda kan påvirke barnet, og det er viktig å beskytte barnet. Foreldrene har fortsatt foreldreansvaret og skal ivareta barnets interesser, jf. barnelova § 30. I disse tilfeller kan det aksepteres at foreldrene blir parter. Det vil imidlertid, på bakgrunn av den foregående drøftelse om barnets partsmuligheter, være mer riktig at barnet anses som part enn foreldrene. Foreldrene kan da i stedet bli barnets stedfortreder.

I de tilsendte vedtak fra fylkesnemndene har foreldrene vært parter. Dette kan tegne et bilde av praksis på området om at det er vanlig å innvilge foreldrene partsstatus.

Det kan spørres om foreldrene kan bli part ved rettslig overprøving, jf. tvisteloven § 36-3 første ledd. Når det gjelder foreldrenes mulighet til å reise søksmål kan de gjøre dette hvis vedtaket er rettet mot dem eller det følger av særskilt lovbestemmelse, jf. første ledd. Vedtak om samvær mellom barnet og andre enn foreldrene kan etter en naturlig tolkning av ordlyden vanskelig sies å rette seg mot foreldrene, se ovenfor. Tvisteloven går i følge ordlyden ikke like langt som forvaltningslovens partsbegrep. Forvaltningsloven § 2 e) sier i tillegg den ”som saken ellers direkte gjelder”. Det følger heller ikke direkte av andre lovbestemmelser at foreldrene kan bli part. Hvis foreldrene imidlertid ble parter i nemndsbehandlingen vil de stå som saksøkt hvis kommunen krever rettslig overprøving, jf. § 36-3 tredje ledd if. Søksmålet skal rettes mot alle de private parter. Dette er et annet spørsmål enn om foreldrene selv kan kreve rettslig overprøving.

²²² Ibid. s. 46.

²²³ Se pkt. 5.3.

Tolkningen av tidligere tvistemålslov § 476 har betydning i dag da tvisteloven § 36-3 samsvarer med ordlyden i § 476.²²⁴ Etter § 476 kunne den som ”tvangsvedtaket er retta mot” oppnå partsstatus. Ordlyden ble i noen tilfeller tolket utvidende av Høyesterett. I Rt. 1999 s. 173 ble det uttalt at foreldre som var fratatt foreldreansvaret likevel hadde søksmålsrett ved spørsmål om adopsjon. Dette ble begrunnet med at § 476 måtte ses i sammenheng med barnevernloven, som klart forutsatte at vedtak etter denne loven ikke bare rettet seg mot barnet, men også mot biologiske foreldre.²²⁵ Det kan imidlertid diskuteres om Høyesteretts tolkning i Rt. 1999 s. 173 skal tas bokstavelig, slik at vedtak etter barnevernloven alltid kan sies å rette seg mot foreldrene. Mest riktig synes å være at det må vurderes om det enkelte vedtak er et inngrep i foreldreansvaret, og slik sett er rettet mot biologisk foreldre. Rt. 1999 s. 173, som gjaldt vedtak om adopsjon, er betydelig mer inngripende enn tildeling av samværsrett. Her er det mer naturlig at foreldre blir gitt partsstatus.

Diskusjonen om foreldres rett til å være part ved fylkesnemndsbehandling er relevant også her. Samvær for andre enn foreldre kan vanskelig tenkes å være et inngrep i foreldreansvaret, i alle fall etter dagens regler. Det var mer naturlig at foreldre ble parter tidligere da det var adgang til å behandle samværsspørsmål samlet i en sak, jf. Rt. 2004 s. 1300. Andres samvær kunne få betydning for foreldrenes samvær. I dag er ikke dette tilfellet, samværet kan ikke gå ut over deres eget.²²⁶

Siden tvisteloven § 36-3 annet ledd mest sannsynlig skal tolkes slik at barn under 15 år har partsevne, men ikke prosessuell handleevne, vil det riktige være at foreldrene blir barnets stedfortreder i stedet for å oppnå egen partsstatus.

²²⁴ Se Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 500.

²²⁵ Oppfatningen ble fulgt opp i Rt. 1999 s. 479.

²²⁶ Se Ot.prp.nr 76 (2005-2006) s. 45 og 46.

5.5 Kommunen som part

Kommunens rettslige representant i saker for fylkesnemnda er barneverntjenesten. Dette fremkommer ikke direkte av loven, men følger av at det er barneverntjenesten som har forslagsrett for fylkesnemnda.²²⁷ Barneverntjenesten begjærer tiltak, jf. barnevernloven § 7-10. Det er derfor en forutsetning at barneverntjenesten er den offentlige part i saker ved fylkesnemnda.²²⁸

Hvis det følger av ”særskilt lovbestemmelse” kan andre enn den som vedtaket er rettet mot reise sak, jf. tvisteloven § 36-3 første ledd. Etter barnevernloven § 7-24 kan kommunen bringe nemndas vedtak inn for rettslig overprøving. Dette kan være aktuelt hvis nemnda kommer til at vedkommende person skal få en samværsrett og kommunen er uenige i dette. Den motsatte situasjonen er ikke særlig praktisk. Det er da nærmest at personen som ønsker samvær går til sak.

5.6 Særlig om saksøkte ved rettslig overprøving

Fylkesnemndas vedtak om at en person ikke får samvær med barnet, eller vedtak som avviser kravet, kan kreves rettslig overprøvd av den private part. Kommunen er i disse tilfeller rette saksøkt, jf. tvisteloven § 36-3 tredje ledd. Bestemmelsen viderefører gjeldende rett.

Det fulgte av den tidligere bestemmelse i tvistemålsloven § 476 tredje ledd at staten ved departementet skulle stå som saksøkt ved tvangssaker. Dette ble begrunnet med organet som har fattet vedtaket ikke bør stå som motpart. Organene burde vise nøytralitet da de kunne komme bort i saken siden.²²⁹ For barnevernsaker fulgte det imidlertid av særlovgivningen at kommunen skulle stå som saksøkt, jf. tidligere i sosialtjenesteloven

²²⁷ Ibid. s. 44. Ordføreren er som utgangspunkt rettslig representant på vegne av kommunen i domstolssaker, se kommuneloven § 9 og domstolloven § 191.

²²⁸ Dette ble også uttalt i NOU 2005:9 s. 50.

²²⁹ Forarbeidene til tvistemålsloven kap. 33, se Ot.prp.nr. 40 (1967-1968) s. 21.

§ 9-10a, jf. barnevernloven § 7-1 bokstav i. Forarbeidene til barnevernloven uttaler at det at fylkesnemnda er et statlig organ, ikke er til hinder for at kommunen står som saksøkt.²³⁰ Begrunnelsen for å ha kommunen som saksøkt er at ”fylkesnemnda er frittstående og dermed ikke underlagt departementets instruksjonsmyndighet. Ettersom fylkesnemndas vedtak bygger på den kommunale barneverntjenestens initiativ, saksutredning og forslag til tiltak, fastholder departementet at det er den mest hensiktsmessige ordning at kommunen er saksøkt når fylkesnemndas vedtak bringes inn for retten.”²³¹ Begrunnelsen har like stor betydning i dag.

Kommunen kan som nevnt ovenfor også reise søksmål. Den private part i vedtaket vil da være saksøkt. Dette innebærer alle som var parter i vedtaket, jf. tvisteloven § 36-3 tredje ledd if.²³²

En særlig problemstilling er hva som skjer hvis både kommunen og den private part er uenig i vedtaket fylkesnemnda fattet, og samtidig har en felles oppfatning av hvilket resultat tingretten bør komme til. Denne situasjonen kan godt tenkes ved spørsmål om samvær mellom andre enn foreldrene og barnet.

Fylkesnemnda er frittstående, og ikke bundet av kommunens forslag. De kan komme til et annet resultat enn hva de ulike parter ønsker. Kommunen er heller ikke på sin side bundet av fylkesnemnda, den står fritt til å nedlegge påstanden den mener er riktig. Det tradisjonelle i sivilprosessen er at to parter tvister og at de vil nedlegge ulik påstand. I saker med fri rådighet er retten bundet av partenes påstander, og kan ikke gå utenfor disse, se tvisteloven § 11-2 første ledd. Hvis partene er enige og har samme påstand er det da også lite å gå til retten med. I saker uten fri rådighet, har ikke påstanden slik betydning. Retten har plikt og kompetanse til å undersøke saken selv, og kan eventuelt gå utover påstand og anførsler så lenge det er innenfor kravet, se tvisteloven § 11-4 if.

²³⁰ Ot.prp.nr. 44 (1991-1992) s. 90.

²³¹ L.c.

²³² Se NOU 2001:32 s. 1000.

Rettslig overprøving etter reglene i tvisteloven kapittel 36 angår saker uten fri rådighet, se § 36-5 tredje ledd, jf. § 11-4. Hvis kommunen og den private er enige vil man få en litt spesiell konstruksjon. Det er ingen motstrid mellom partene, partene vil ikke tviste mot hverandre i samme forstand som ved andre sivile saker, og det vil ikke være noen saksøker og saksøkt i tradisjonell forstand. Dette har likevel lite å si når retten uansett skal prøve alle sider av saken, og har det overordnede ansvar. Retten skal selvstendig vurdere om vilkårene for å kreve samvær er oppfylt, og om det vil være til barnets beste at personen får samværsrett, jf. barnevernloven § 4-19 tredje og fjerde ledd, jf. § 4-1. Det er teknisk sett mulig ut i fra formuleringen av tvisteloven § 36-3 at kommunen og den private står som motparter selv med samme påstand. Deres posisjon vil bare avhenge av hvem som er først ute med å ønske samværsvedtaket overprøvd. At det vil mangle på kontradiksjon har lite å si i denne sammenheng når retten uansett har det overordnede ansvar for sakens opplysning. I denne sammenheng kan viktigheten av barnets mening påpekes.

6 Behandlingen av samværssaker

6.1 Barnevernet innleder til sak

Etter barnevernloven § 4-19 tredje og fjerde ledd har fylkesnemnda kompetanse til å avgjøre krav om samvær. Ordlyden i § 4-19 tredje og fjerde ledd tilsier at fylkesnemnda ikke har mulighet til å ta opp samværsspørsmålet på egen hånd, jf. ”kreve at fylkesnemnda tar stilling”. I tillegg fremkommer det av barnevernloven § 7-10 at fylkesnemnda ikke skal ta opp spørsmål om vedtak uten barneverntjenestens begjæring.

Dette har to konsekvenser for samværsspørsmål. Vedkommende som ønsker samvær kan ikke gå direkte til fylkesnemnda med kravet, og fylkesnemnda kan som utgangspunkt ikke ta opp spørsmålet om samværsrett på eget initiativ.

Vedkommende som ønsker en samværsrett må sende kravet til kommunen siden den begjærer tiltak, jf. § 7-10. Saksbehandlingsprosessen er bygd opp slik at alle saker skal gå gjennom kommunens barneverntjeneste. Begrunnelsen for dette er barneverntjenestens kompetanse, personal og organisasjon til å forestå saksutredning.²³³ Formålet er å få saken så godt opplyst som mulig.

Det kan spørres om hva som skjer hvis kommunen og den private part er uenige om at vedkommende skal ha samvær. Det må være slik at kommunen likevel må innlede til sak, ellers vil det være lite igjen av retten til å kreve at fylkesnemnda tar stilling til en eventuell samværsrett. Kommunen er ikke bundet av det den private part anfører. De kan nedlegge påstand, ”forslag til vedtak” etter barnevernloven § 7-11 første ledd f), om at samvær ikke skal finne sted, evt. at de prosessuelle vilkår for å kunne kreve samvær ikke er oppfylt. Tiltak er noe annet enn vedtak. Ordet ”tiltak” er naturlig å forstå som at noe skal settes i verk. Det er noe unaturlig å kalle nektelse av samvær for ”begjæring om tiltak”, jf. § 7-10. Det vil her i stedet være en begjæring om at tiltak ikke skal skje. Ordlyden passer best der kommunen ønsker tiltak, slik som ved omsorgsovertakelse og adopsjon. Dette har imidlertid intet å si, begrunnelsen for at barneverntjenesten innleder til sak er avgjørende.

Barnets oppholdskommune har ansvaret for å fremme forslag til tiltak, jf. barnevernloven § 8-4. Den kommune som har reist sak om omsorgsovertakelse er ansvarlig for ”gjennomføring, oppfølging og kontroll” av denne, jf. annet ledd. Krav om samvær vil bare være aktuelt etter en omsorgsovertakelse, og kan dermed sies å være en del av oppfølgingen etter omsorgsovertakelsen. Det vil derfor være den samme kommune som har ansvaret for å legge frem forslag om tiltak i etterkant av omsorgsovertakelsen, herunder vedtak om samvær. Det samme gjelder for eksempel forslag til vedtak om opphevelse av omsorgsovertakelsen, jf. § 4-21, og vedtak om fratakelse av foreldreansvar, jf. § 4-20.²³⁴ Dette gjelder selv om barnet er plassert i en annen kommune, jf. § 8-4 annet ledd annet punktum.

²³³ Se NOU 2005:9 s. 59.

²³⁴ Se også Lindboe 2003 s. 33.

Samværssaker etter § 4-19 tredje og fjerde ledd vil begynne med en omsorgsovertakelse. Personen som ønsker samvær vil kunne fremsette krav overfor barneverntjenesten. Barneverntjenesten forbereder saken og fremsetter forslag til tiltak overfor fylkesnemnda. Fylkesnemnda vurderer deretter om vilkårene for å kreve realitetsbehandling er oppfylt, og eventuelt om samvær skal innvilges. Nemnda kan ikke behandle kravet før det har blitt fattet vedtak om omsorgsovertakelse.

Det kan spørres om det finnes alternative måter å ta samværsspørsmålet opp til behandling på. Det er herunder et spørsmål om nemnda kan ta opp samværssaken på eget initiativ, uten at barneverntjenesten innleder til sak. Mulige unntak vil bli behandlet i det følgende.

6.2 Forening av saker

Et alternativ som kan tenkes er at fylkesnemnda på eget initiativ behandler samvær for andre enn foreldre i forbindelse med omsorgsovertakelsen. En forutsetning for at nemnda kan ta opp samværsspørsmål i denne situasjonen, er at nemnda har mulighet til å avgjøre samvær samtidig med omsorgsovertakelsen. Dette er et spørsmål om sakene kan forenes. Forening av saker innebærer at to ulike saker behandles samtidig, for den samme sammensetning i nemnda.

Forening av saker er i dag regulert i barnevernloven § 7-12 fjerde ledd. Forening kan skje så lenge det ikke bryter med lovbestemt taushetsplikt.²³⁵ Etter barnevernloven § 6-1 gjelder forvaltningsloven også for saksbehandlingen i barnevernet. Forvaltningslovens alminnelige taushetspliktregler, gjelder derfor også når fylkesnemnda skal fatte enkeltvedtak, se barnevernloven § 6-7. Etter forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 1 plikter fylkesnemnda å hindre at andre får adgang til opplysninger om noens ”personlige forhold”.

Forvaltningsloven § 13 annet ledd, hvor det er gjort unntak for mer ”kurante” opplysninger,

²³⁵ Dette er samme rettstilstand som tidligere, men tidligere fremkom ikke dette eksplisitt av en lovbestemmelse, se Ot.prp.nr. 76 (2005-2006) s. 40. Regelen ble lovfestet med virkning fra 1. januar 2008.

gjelder ikke for barnevernssaker, jf. barnevernloven § 6-7 annet ledd. Den strenge taushetsplikten vil lett bli brutt ved felles behandling av samværssaken og omsorgsovertakelsen. Det er likevel gjort unntak for lovbestemt taushetsplikt for sakens parter, jf. forvaltningsloven § 13 b nr. 1.

Bestemmelsen i § 7-12 fjerde ledd ble tatt inn i loven etter Ot.prp.nr. 76 (2005-2006). Departementets syn på spørsmålet om forening av saker kommer klart frem. Det sies at foreldrenes samvær uansett skal behandles uavhengig av eventuelle andre samværsberettigede.²³⁶ Sensitive opplysninger skal ikke tilflyte flere personer enn nødvendig, noe som vil være tilfellet hvis alle som har eller krever samværsrett kan være parter i samme samværssak. Dette er et sentralt hensyn bak lovfesting og en konsekvens av Rt. 2004 s. 1300. Samværssak for foreldrene og andre personer kan ikke ses på som en sak, slik at forvaltningsloven § 13 b nr. 1 kan komme til anvendelse. Siden samværssakene skal behandles hver for seg, er det klart at andres krav om samvær heller ikke kan behandles sammen med omsorgsovertakelsen. En annen løsning vil medføre at § 7-12 fjerde ledd mistet sin betydning. Dette følger også av at avgjørelse om samvær og avgjørelse om omsorgsovertakelse er to forskjellige enkeltvedtak som vurderes etter ulike bestemmelser i barnevernloven, og særlig av at vedtaket retter seg mot ulike personer.²³⁷ Avgjørende er partsbegrepet i forvaltningsloven § 2 e), og omsorgsovertakelsen vil ikke rette seg mot eller direkte gjelde andre personer enn barnet og foreldrene.

Fylkesnemnda kan på bakgrunn av barnevernloven § 7-12 fjerde ledd ikke ta opp samvær for andre enn foreldre ved vurderingen av omsorgsovertakelsen, og heller ikke samtidig med vurderingen av foreldrenes samvær.

Partene ved omsorgsovertakelsen og samværsspørsmålet kan samtykke til at opplysninger gjøres kjent for andre, jf. forvaltningsloven § 13 a nr. 1. I dette tilfellet kan andres samvær behandles sammen med omsorgsovertakelsen.

²³⁶ Se Ot.prp.nr. 76 (2005-2006) s. 46.

²³⁷ Se NOU 2005:9 pkt. 10.4.

Det må også være slik at § 7-12 fjerde ledd gjelder ved rettslig overprøving. Siden fylkesnemnda ikke kan forene saker, bør ikke retten kunne gjøre det heller. Retten kan bare overprøve ”nemndas vedtak”, jf. barnevernloven § 7-24, og andre krav kan ikke trekkes inn i saken, se tvisteloven § 36-1 første ledd annet punktum. Dette må medføre at forening av krav eller søksmål etter tvisteloven kapittel 15 ikke bør benyttes av domstolen. En annen løsning ville medført at ivaretagelsen av personvernet ble satt til side, som var poenget med lovfestingen av § 7-12 fjerde ledd og uttalelsen i proposisjonen. Dette ville ført til at rettsstilstanden etter Rt. 2004 s. 1300 ble opprettholdt, noe lovgiver har prøvd å unngå. Tvisteloven kapittel 36 er til for å styrke rettssikkerheten, ikke for å svekke den. En dom fra Borgarting lagmannsrett er et eksempel som viser at rettsstilstanden er endret ved rettslig overprøving.²³⁸ Det ble uttalt at § 7-12 fjerde ledd ikke hadde trådt i kraft på det tidspunkt retten behandlet kravet, og derfor gjaldt rettsstilstanden etter Rt. 2004 s. 1300.

6.3 Kan fylkesnemnda vurdere samværssaken på eget initiativ?

Samvær for andre enn foreldre kan altså ikke vurderes samtidig med omsorgsovertakelsen så lenge foreldrene ikke har samtykket, jf. barnevernloven § 7-12 fjerde ledd, jf. forvaltningsloven § 13 a nr. 1.

Et mulig alternativ kan være at nemnda på eget initiativ vurderer samværet rett i etterkant av omsorgsovertakelsen, i en egen sak. Et annet alternativ er at nemnda på eget initiativ behandler samværsspørsmålet sammen med omsorgsovertakelsen, men da uten at vedkommende innvilges partsstatus. For begge alternativer unngås problemet i forhold til forening av saker og lovbestemt taushetsplikt, men det vil bryte med utgangspunktet om at barneverntjenesten innleder til sak. Dette vil kreve sterke grunner.

Ved vurderingen av om det kan tenkes unntak fra at barnevernet innleder til sak, vil de samme hensyn gjøre seg gjeldende for de to nevnte alternativer.

²³⁸ LB-2007-103603.

Hvis det under sak om omsorgsovertakelse fremkommer at samvær er aktuelt, bør utgangspunktet for fylkesnemnda være å finne ut om vedkommende ønsker samvær, for så å anmode han om å kreve det. Slik kan barnevernet forberede saken, og hensynet til sakens opplysning vil bli ivaretatt. Bestemmelsen om at barnevernet innleder til sak vil bli overholdt. Hvis saken imidlertid allerede er godt nok opplyst, og nemnda vet at vedkommende og barnet ønsker samvær, taler dette for at nemnda kan avgjøre samvær uten at de alminnelige regler er fulgt. Selvsagt vil personen da ha mulighet til selv å kreve samvær, men det vil være mulig med en hurtigere avklaring hvis nemnda avgjør samværsspørsmålet uten å gjøre vedkommende til part eller rett i etterkant av omsorgsovertakelsen med den samme sammensetning. Barneverntjenestens forberedelse og innledning til sak vil ta lengre tid. Ved å benytte de samme personer spares tid siden de allerede har innsikt i saken, noe som er ressursbesparende. I tillegg kan det ofte være bra for barnet å få stadfestet samvær med en gang, og dermed slippe en ny runde i nemnda.

Nemnda vil således ha trådt i virksomhet pga. omsorgsovertakelsen, hvor de har alle relevante opplysninger om barnet. Hvis det viser seg for fylkesnemnda at barnet vil ha godt av samvær med vedkommende, synes det rimelig at fylkesnemnda vurderer samvær. Det viktigste er å finne ut hva som vil være til barnets beste, jf. BK art. 3.

Partsinnsynsproblematikken unngås og effektivitetshensynet i forvaltningsretten blir ivaretatt uten at det går ut over personvernet.

Vedtak om samværsrett kan ikke finne sted før en omsorgsovertakelse. Dette har barneverntjenesten har begjært tiltak om. Ved å se samværsspørsmålet som en forlengelse av omsorgsovertakelsen kan man tolke det som at fylkesnemnda ikke har trådt i virksomhet på egenhånd, selv om de har trukket inn andre personer.

Det skal likevel sies at det er vanskelig for nemnda å vite om de faktisk har alle relevante opplysninger, om saken er tilstrekkelig opplyst. Hensynet til kontradiksjon og sakens

opplysning er tungtveiende hensyn, som vanskelig kan fravikes. Disse hensyn må i den enkelte sak veies mot hensynet til barnet, herunder behovet for en rask avklaring.

Når det gjelder muligheten til å få behandlet samværsspørsmålet samtidig med omsorgsovertakelsen uten å være part, kan det spørres om det er behov for å ha partsstatus ved tildeling av en rettighet som personen ikke hadde tenkt seg. Utgangspunktet er at vedkommende skal være part. Slik kan han/hun ivareta sine interesser gjennom partsrettighetene. Et unntak fra dette vil fravike alminnelig prosess- og forvaltningsrett. Unntak kan tenkes å være mulig for eksempel for barn da foreldrene kan ivareta barnets interesser.²³⁹ Det korrekte vil likevel være at barnet oppnår partsstatus, og at foreldrene er dets stedfortreder.²⁴⁰ Da oppstår ikke problemer i forhold til innsyn i taushetsbelagte opplysninger siden foreldrene uansett er parter ved omsorgsovertakelsesspørsmålet, og det er foreldrene som kan gjøre partsrettigheter gjeldende på vegne av barnet.

Det kan etter denne drøftelse konkluderes med at utgangspunktet er klart. Barnevernet må innlede til sak, og da en egen sak i etterkant av omsorgsovertakelsen. Dette begrunnes med de klare lovreglene og hensynet til sakens opplysning. Unntak kan muligens finne sted hvis hensynene bak lovreglene likevel ivaretas, herunder personvern hensyn, hensynet til sakens opplysning og hensynet til barnet, jf. BK art. 3. Det må foretas en konkret vurdering der hensynet til kontradiksjon og sakens opplysning veies mot hensynet til at barnet skal få en rask avklaring. Man skal likevel være forsiktig med å sette prosessuelle bestemmelser til side ved så sensitive saker.

²³⁹ Dette ble gjort i FNV-2003-6-NOR før lovendringen, men da var det fortsatt mulig å behandle samværssaker samlet. Det korrekte hadde nok uansett vært å innvilge søsteren partsstatus. Hun var over 15 år.

²⁴⁰ Om barnets prosessdyktighet, se pkt. 5.3 og 5.4.

7 Domstolenes kompetanse ved rettslig overprøving

7.1 Bakgrunnen for en særlig prosessform

Fylkesnemndas vedtak kan bringes inn for tingretten til rettslig overprøving, jf. barnevernloven § 7-24. Overprøvingen skal skje etter reglene i tvisteloven kapittel 36 som gjelder saker om administrative tvangsvedtak i helse- og sosialsektoren.²⁴¹

Kapittel 36 inneholder særlige prosessregler. Kapitlet utfylles av de generelle saksbehandlingsreglene i tvisteloven. Bakgrunnen for denne prosessform er behovet for spesielle rettergangsregler på området. Tvangstiltak krever en høy grad av rettsikkerhet da slike vedtak er spesielt inngripende. Den administrative saksbehandling ivaretar rettsikkerheten på en betryggende måte. Dette er imidlertid ikke tilstrekkelig, spesielt siden skjønnsmessige vurderinger ofte ligger bak tvangsvedtak.²⁴² Det er behov for rettslig overprøving. Det er derfor viktig med en ”forsvarlig, rask og reell og tilstrekkelig inngående prøving”.²⁴³ En domstolskontroll etter den alminnelige prosessform er ikke god nok siden retten ikke vanligvis kan prøve alle sider av saken. En av særreglene som styrker rettsikkerheten til personer utsatt for tvangsvedtak er nettopp at retten skal prøve alle sider av saken, også det frie skjønn, jf. § 36-5 tredje ledd. Dette innebærer at retten ikke er bundet av partenes prosesshandlinger, jf. § 11-4, og den har plikt til å sørge for at det er tilstrekkelige bevis til å kunne ha et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag, jf. § 21-3 annet ledd. I tillegg skal hovedforhandling berammes straks, se § 36-5 første ledd, og staten skal bære sakens kostnader, se § 36-8.

²⁴¹ Tvisteloven har erstattet tvistemålsloven kap. 33 med virkning fra 1. januar 2008. Tvisteloven viderefører stort sett gjeldende rett, jf. Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 345. Kilder om tidligere kap. 33 kan derfor fortsatt ha betydning.

²⁴² Se NOU 2001:32 s. 510

²⁴³ Se Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 345.

7.2 Er tildeling av samvær et tvangsvedtak?

Rettslig overprøving etter kap. 36 gjelder ”administrative vedtak om tvang mot personer”, jf. § 36-1. Problemstillingen her er om samværsrett for andre enn foreldrene er vedtak om tvang.

Slik kapitteloverskriften og tvisteloven § 36-1 lyder gjelder den saker om administrative tvangsvedtak i helse- og sosialsektoren. En naturlig forståelse av ordlyden i barnevernloven § 4-19 tredje og fjerde ledd tilsier at det kan være tildeling av rettighet hvis vilkårene for å kreve at fylkesnemnda tar stilling til samværskravet er oppfylt. Det eksisterer ikke noen rett i utgangspunktet som det kan gjøres inngrep i. Andre enn foreldrene har ingen ubetinget rett til samvær, slik som foreldrene. Tildeling av samværsrett kan vanskelig sies å være vedtak om tvang. Ordlyden i barnevernloven § 4-19 tredje og fjerde ledd og tvisteloven § 36-1 tilsier at samværsvedtak ikke omfattes.

Etter tvisteloven § 36-1 kan søksmål ”etter særskilt lovbestemmelse” reises og behandles etter reglene i kapittel 36. For fylkesnemndsvedtak i barnevernsaker er barnevernloven § 7-24 en ”særskilt lovbestemmelse”. Bestemmelsen gjør ikke unntak for noen typer vedtak; ”nemndas vedtak kan bringes inn for tingretten etter reglene i tvisteloven kapittel 36”. Overprøving etter tvisteloven kapittel 36 vil da også gjelde avvisningsvedtak etter § 4-19 tredje og fjerde ledd og vedtak om samvær eller ikke samvær. I tillegg er § 7-24 en ”særskilt lovbestemmelse”. Etter lex specialis-prinsippet vil denne gå foran.²⁴⁴ Lex posterior-prinsippet har ingen anvendelse da § 7-24 ble vedtatt i forbindelse med Stortingets behandling av ny tvistelov.²⁴⁵

Før tvisteloven trådte i kraft var det et spørsmål om tvistemålsloven kapittel 33 kom til anvendelse på tidligere barnevernloven § 4-19 tredje ledd. Etter § 4-19 tredje ledd fattet fylkesnemnda vedtak om samvær, og etter ordlyden i tidligere barnevernloven § 7-1

²⁴⁴ Prinsippet kan eliminere motstrid, for mer om dette se Eckhoff 2001 s. 348.

²⁴⁵ Se Ot.prp.nr. 76 (2005-2006) s. 96.

bokstav i, jf. sosialtjenesteloven § 9-10, kunne fylkesdnemndsvedtak bringes inn for retten. Det var ikke gjort unntak for vedtak som ikke omhandlet tvang. Dette tilsvarer dagens regler.

Det ble avklart i rettspraksis at foreldres samværsrett kunne overprøves etter reglene i tvistemålsloven kap. 33. I Rt. 1995 s. 599 var det spørsmål om domstolenes kompetanse til å prøve fylkesnemndas vedtak om samvær for moren, jf. barnevernloven § 4-19 første ledd, etter reglene i tvistemålsloven kap. 33, jf. § 474. Kjæremålsutvalget kom til at dette var tilfelle. Lovens ordlyd, her tidligere barnevernlov § 7-1 bokstav i, jf. sosialtjenesteloven § 9-10 (i dag barnevernloven § 7-24) talte for denne løsning. I tillegg talte reelle hensyn for at samværsaker var omfattet. For det første ville en nektelse av samvær være av inngripende betydning for de berørte parter. For det andre ville det ikke vært mulig med full overprøving av samværsaker hvis avgjørelsen ikke kunne overprøves etter reglene i kap. 33. Det var heller ingen administrativ overprøvingsmulighet. Dette ville være svakt rettsikkerhetsmessig siden nektelse kan være inngripende.

Om samværsvedtak for andre enn foreldre var omfattet av tvistemålsloven kapittel 33 ble også besvart bekreftende i to Høyesterettsavgjørelser fra 1996.²⁴⁶ I disse to saker viste Høyesterett til den nevnte Rt. 1995 s. 599, og uttalte at hensynene som talte for å behandle foreldrenes samværsrett etter kapittel 33 hadde like stor betydning ved saker om samvær for andre enn foreldrene.

Som nevnt viderefører kapittel 36 i all hovedsak gjeldende rett, og da også lovens virkeområde.²⁴⁷ Dette innebærer at Høyesteretts tolkning av tvistemålsloven § 474 fortsatt har betydning. Her ble samværsaker tolket å falle innenfor lovens virkeområde. Hvis en annen løsning var ønskelig, måtte dette ha blitt uttrykkelig uttalt i forarbeidene. Tildeling av samværsrett kan som nevnt vanskelig sies å være vedtak om tvang, dette har likevel ingen betydning ut i fra de øvrige rettskilder.

²⁴⁶ Rt. 1996 s. 997 og Rt. 1996 s. 1152.

²⁴⁷ Se Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 499.

Denne løsning støttes også av andre reelle hensyn. Ved å se samværsspørsmålet i et barneperspektiv, kan det være et stort inngrep overfor barnet at det ikke får samvær med en person det er tilknyttet. EMK art. 8 taler for denne tolkningen. Omfattes vedkommende og barnet av familiebegrepet, vil det kunne være inngrep i deres familieliv at de ikke får samvær. Slik sett er det viktig rettssikkerhetsmessige hensyn som må ivaretas. Behandling etter kapittel 36 vil være egnet til å fremme slike hensyn.

Det kan konkluderes med at vedtak i samværssaker for andre enn foreldre etter barnevernloven § 4-19 tredje og fjerde ledd kan karakteriseres som vedtak om tvang, slik at tvisteloven kapittel 36 kommer til anvendelse ved rettslig overprøving.

8 Realitetsbehandling

8.1 Innledning

Hvis vilkårene i barnevernloven § 4-19 tredje og fjerde ledd er oppfylt, vil rettsvirkningen være at fylkesnemnda tar stilling til om samværsrett skal innvilges. Det må foretas en konkret skjønnsmessig helhetsvurdering hvor vurderingstemaet er om et formalisert samvær vil være til barnets beste, jf. barnevernloven § 4-1.²⁴⁸ Som tidligere vil den skjønnsmessige vurdering basere seg på typiske momenter. Denne vurdering er i utgangspunktet den samme som tidligere, og praksis fra før lovendringen kan derfor ha relevans. Hva som er barnets beste vil ikke ha forandret seg særlig, dog med den begrensning at barnets beste følger samfunnsutviklingen og lovgivers standpunkt.²⁴⁹

Om personen hadde ivaretatt den daglige omsorg, om det var nær tilknytning mellom barnet og personen og om foreldrene hadde mye samvær, var etter tidligere rettstilstand

²⁴⁸ Se også Ot.prp.nr. 76 (2005-2006) s. 46.

²⁴⁹ Se ovenfor i pkt. 1.2.2.

vektige momenter i helhetsvurderingen.²⁵⁰ Disse momentene er nå blitt en del av vilkårene for å kunne kreve realitetsbehandling, jf. § 4-19 tredje og fjerde ledd. Det er derfor klart at den prosessuelle endring får betydning også materielt, hvordan blir drøftet nedenfor.

Vilkårene for å kreve at fylkesnemnda realitetsbehandler samværsspørsmålet vil som utgangspunkt fortsatt være momenter i den skjønnsmessige vurderingen av om samvær skal innvilges. Disse momenter vil imidlertid allerede på forhånd tale for samvær siden de er fastslått i den prosessuelle vurderingen. Det kan dermed spørres om følgen av dette er at det er mindre igjen av den skjønnsmessige barnets beste-vurderingen.

Siden momentene i den skjønnsmessige vurderingen i utgangspunktet vil være de samme som tidligere, vises det til drøftelsen ovenfor, se pkt. 3.3. Jeg vil imidlertid drøfte noen forhold nærmere som antas å ha spesiell betydning på grunn av lovendringen.

8.2 Betydningen av nær tilknytning

For å kunne kreve at fylkesnemnda tar stilling til samværssaker etter fjerde ledd, må nær tilknytning dokumenteres. Tas saken opp til realitetsbehandling, er nær tilknytning dermed allerede bevist. Den nære tilknytning vil på forhånd kunne tale for samværsrett og spesielt sett i sammenheng med de resterende vilkår i fjerde ledd. Tidligere var nær tilknytning et viktig moment for å innvilge samværsrett, spesielt hvis foreldrene ikke hadde særlig med samvær.²⁵¹ Det kan derfor antas at det må foreligge tilstrekkelig tungtveiende momenter som taler i mot samværsrett for å kunne nekte samvær. Her har antagelig forhold ved det enkelte barn eller ved den som krever samvær stor betydning. Hvis barnet har spesielt behov for ro eller behov for å skape tilknytning til fosterfamilien, kan det tenkes at samvær nektes, likevel skal det nok meget til. Uansett vil graden av tilknytning være viktig i realitetsvurderingen, både for om samværsrett innvilges og for omfanget. Det kan kanskje

²⁵⁰ Se pkt. 3.3.

²⁵¹ Se pkt. 3.3 om tidligere praksis.

hevdes at det er mindre igjen av den skjønnsmessige vurdering enn tidligere, siden lovgiver allerede har foretatt en avveining.

Antagelig er det mer igjen av vurderingen ved krav fremsatt på bakgrunn av tredje ledd. Siden det kun er daglig omsorg som må dokumenteres i forkant, vil tilknytning mellom barnet og personen være et moment av stor betydning i realitetsvurderingen, slik det også var tidligere. Ved vedtak etter tredje ledd kan det ofte være en sterk tilknytning mellom barnet og personen som følge av at de har bodd sammen over tid.²⁵² Styrken av tilknytning vil likevel variere fra sak til sak, og vil ha betydning i vurderingen av om samværsrett skal innvilges og eventuelt omfanget av denne.

Et eksempel fra praksis kan illustrere hvilke momenter som kan tale mot samværsrett selv om barnet er tilknyttet besteforeldrene. I sak nr. 08/061 TRØ ble samværskravet behandlet på bakgrunn av tredje ledd, men det ble det uttalt at barnet og besteforeldrene hadde tilknytning (omtales dog ikke som ”nær”). Det var her spesielle forhold ved barnet som var begrunnelsen for å nekte samvær. Barnet hadde diagnosen ”udiskriminerende tilknytningsforstyrrelse i barndommen”. Det hadde behov for stor grad av stabilitet, ro og tid for å knytte relasjoner. Gjennom nære relasjoner kunne tilknytningsforstyrrelser repareres. I tillegg skulle barnet flytte på nytt til en annen fosterfamilie. Barnet måtte derfor ikke utsettes for uro fra annet hold. Det hadde også hatt sterke reaksjoner etter samvær med besteforeldrene. Disse faktorer til sammen talte mot samvær.

Sak nr. 07/046 TRØ er også et eksempel på at spesielle forhold ved barna og mormor ble vektlagt i realitetsvurderingen. Nemnda fant det riktig å redusere antall samvær i forhold det som var blitt praktisert. Guttenes omsorgsbehov ble vurdert da det var viktig i forhold til mormors samværesevne. Barnas sårbarhet og sykdom hadde betydning. De hadde behov for et stabilt og stort nettverk, men samtidig gledet de seg til samværene. Mormor hadde betydelig energi, men var selvsentrert og hadde vansker med å ta guttenes perspektiv. Hun

²⁵² Se Ot.prp.nr. 76 (2005-2006) s. 126.

ville likevel bringe positive opplevelser for guttene og kunne bistå med kjennskap til øvrig biologisk familie.

Spesielle forhold ved barna og den som ønsker samvær kan tenkes å få større plass i realitetsvurderingen, siden andre momenter allerede som prosessuelle vilkår taler for samvær.

8.3 Betydningen av det uformelle samvær, foreldrenes samvær og den totale samværsbelastning

Før lovendringen var muligheten for uformelt samvær et tungtveiende moment i vurderingen av om samværsrett skulle innvilges.²⁵³ I forarbeidene til de nye bestemmelsene fremheves foreldrenes samvær. Foreldrenes samvær og det uformelle samvær mellom barnet og andre personer henger nøye sammen. Det uttales at samvær for andre kan skje i forbindelse med foreldrenes samvær eller ved en frivillig avtale, uten at samværsrett er fastsatt ved vedtak eller dom.²⁵⁴

I proposisjonen benyttes foreldrenes samvær og muligheten for uformelt samvær som en begrunnelse for fjerde ledd. Hvis foreldrene er døde, ikke har samvær eller har svært begrenset samvær, kan andre personer være viktigere for barnet. Da kan det også være større behov for et formalisert samvær.²⁵⁵ Muligheten for et uformelt samvær har derfor ikke betydning i like stor grad under realitetsbehandlingen av krav på bakgrunn av fjerde ledd. Har foreldrene en del samvær vil det lettere være slik at uformelt samvær kan praktiseres, og man kan heller ikke få realitetsbehandlet samværskravet etter fjerde ledd. Dette kan innebære at man i dag i større grad enn tidligere må basere seg på uformelt samvær.

²⁵³ Se pkt. 3.3.3.

²⁵⁴ Se Ot.prp.nr. 76 (2005-2006) s. 45.

²⁵⁵ L.c.

Blir et krav først realitetsbehandlet på bakgrunn av fjerde ledd, vil ikke det uformelle samvær ha særlig betydning i helhetsvurderingen også fordi foreldrene ikke lenger har samme mulighet til å ha med seg personer på samvær. Men en frivillig avtale om samvær mellom barneverntjenesten/fosterhjemmet og vedkommende vil være mer fleksibel hvis forhold ved barnet endrer seg og barnet trenger mer ro, slik at samvær likevel ikke innvilges. Dermed kan det uformelle samvær antas å være et moment i realitetsvurderingen. Det kan imidlertid tenkes at en nær tilknytning veier opp for fleksibiliteten ved uformelt samvær.

Det uformelle samvær kan kanskje få større betydning som moment ved realitetsbehandling av samvær på bakgrunn av krav etter tredje ledd, og i størst grad hvis foreldrene har samvær og gjennom dette kan ta med seg vedkommende på sine samvær.²⁵⁶

Det samlede samvær angår forholdet til foreldrenes samvær. For det første innebærer dette at barnets tålegrense ikke skal overskrides. I denne sammenheng skal foreldrenes samvær prioriteres. Departementet har som nevnt vært klare på betydningen av foreldrenes samvær i forarbeidene. Disse uttalelser og vilkårene i fjerde ledd viser at lovgivers holdning er at foreldrene som regel er viktigere for barnet, og siden foreldrene ikke har et så omfattende samvær blir barnets tålegrense sjelden et tema ved krav på bakgrunn av fjerde ledd.²⁵⁷ Dermed vil det samlede samvær som moment i helhetsvurderingen ikke få like stor betydning som før lovendringen ved samværskrav etter fjerde ledd.

Har foreldrene et omfattende samvær og en person krever samvær med barnet på bakgrunn av tredje ledd, kan det tenkes at denne personen må vike. Dette henger også sammen med muligheten for uformelt samvær. En frivillig avtale vil være lettere å tilpasse barnets tålegrense, da denne ofte vil variere. Et annet alternativ er at foreldrene har med seg vedkommende på noen av sine samvær. Dette er derimot lite aktuelt hvis foreldrene og personen ikke har et godt forhold til hverandre. Hvis personen og barnet har nær

²⁵⁶ Tidligere praksis har her fortsatt betydning.

²⁵⁷ Se Ot.prp.nr. 76 (2005-2006) s. 45.

tilknytning og behov for hverandres selskap, må dette avveies mot barnets tålegrense og hvor mye samvær barnet skal ha med foreldrene. Det samlede samvær kan tenkes å få større plass i realitetsvurderingen ved krav på bakgrunn av tredje ledd.

I sak nr. 08/061 TRØ ble samværsspørsmålet mellom besteforeldre og to av tre barn realitetsbehandlet på bakgrunn av tredje ledd. Blant annet ble foreldrenes samvær og barnas tålegrense fremhevet i vurderingen. Det vises til lovens oppbygning. Faren til barna hadde akkurat blitt innvilget samvær fire ganger i året. Det var viktigere at samværene med faren ble gode før man forsøkte en samværsordning med besteforeldrene.

8.4 Betydningen av barnets mening

I fylkesnemndsavgjørelser funnet på Lovdata om tidligere § 4-19 tredje ledd ble ikke barnets mening nevnt, i alle fall kom ikke dets mening uttrykkelig frem i fylkesnemndas merknader. At barnets mening skulle være et moment av betydning etter tidligere rettstilstand er likevel klart.²⁵⁸

Forarbeidene til § 4-19 tredje og fjerde ledd uttaler at barnets tilknytning til personen som ønsker samvær er avgjørende for om vilkåret om nær tilknytning i fjerde ledd er oppfylt.²⁵⁹ Ved å snu tilknytningskravet på denne måten har barnets mening blitt fremhevet. Barnets mening om tilknytningen vil ofte samtidig indikere om barnet ønsker samvær eller ikke, men barnets ønske om samvær har selvstendig betydning under en eventuell realitetsbehandling. Det kan spørres om forarbeidenes fokus medfører at barnets mening skal vektlegges i større grad enn tidligere også i realitetsvurderingen.

I forhold til tredje ledd kan barnets mening kanskje vies større oppmerksomhet ved realitetsvurderingen enn etter fjerde ledd. Avgjørende for å kunne kreve at fylkesnemnda tar stilling til samværsspørsmålet er at personen dokumenterer å ha ivaretatt den daglige

²⁵⁸ Se ovenfor pkt. 3.3.5.

²⁵⁹ Se Ot.prp.nr. 76 (2005-2006) s. 46.

omsorg for barnet. Barnets tilknytning og da også barnets mening kan i stedet komme sterkt inn ved realitetsvurderingen. Det som har betydning under avvisningsspørsmålet ved krav etter fjerde ledd, vil kunne være et viktig moment ved realitetsvurderingen av samværsspørsmål etter tredje ledd. Barnets mening angående selve samværsspørsmålet vil også ha stor betydning.

Et eksempel fra praksis hvor barnets mening ble vektlagt er sak nr. 08/061 TRØ. Samvær ble vurdert på bakgrunn av tredje ledd. Barnets mening fremkom gjennom dets talsperson. Barnet, som var 8 år, hadde ikke gitt klare signaler til talspersonen om at samvær med besteforeldrene var viktig. Det ble ikke innvilget samvær. Det kan diskuteres om resultatet hadde blitt et annet hvis barnet hadde hatt et fast ønske om å se sine besteforeldre.

8.5 Oppsummering

Vilkårene for å kreve realitetsbehandling av samværskrav har i tillegg selvstendig betydning som momenter i helhetsvurderingen. Momentene taler allerede for samværsrett ved å være prosessuelle vilkår, og slik vil det være mindre igjen av helhetsvurderingen enn tidligere. For realitetsbehandling av samværskrav på bakgrunn av tredje ledd vil likevel antagelig mye av den samme vurderingen finne sted. Å ha ivaretatt den daglige omsorg vil være et moment som allerede taler for samværsrett, men også tilknytningen vil ha mye å si. De andre nevnte momenter i kapittel 3.3 vil i tillegg kunne ha betydning.

Siden mindre er igjen av den skjønsmessige helhetsvurdering, kan det hende at personer som først får samværskravet sitt realitetsbehandlet lettere innvilges samvær i dag. Personen som krever samvær er allerede bevist å være viktig for barnet. Dette vil spesielt gjelde for samværskrav behandlet på bakgrunn av fjerde ledd da de prosessuelle vilkår er strengere enn etter tredje ledd.

Det er mulig at forhold ved det enkelte barn blir fremhevet i større grad enn tidligere. Se for eksempel de nevnte sakene 07/046 TRØ og 08/061 TRØ. Dette er fordi de prosessuelle vilkår allerede taler for samværsrett, og dermed er det mindre igjen av realitetsvurderingen.

Lovgiver har på forhånd foretatt en avveining av deler av den konkrete vurdering og til en viss grad bestemt hva det skal legges vekt på. De prosessuelle vilkår får derfor betydning for hvilke momenter det legges vekt på og i hvor stor grad. Dette kan samtidig medføre at personer som tidligere fikk realitetsbehandlet kravet og kanskje også fikk innvilget samvær, nå får saken avvist. Problemstillingen vil bli behandlet nærmere i kapittel 9 hvor det foretas en sammenligning av rettstilstanden før og etter lovendringen.

9 Sammenligning av tidligere og dagens rettstilstand

9.1 Innledning

Med lovendringen er fokuset flyttet fra det materielle til det prosessuelle. Det vil derfor naturlig være en mer omfattende behandling av prosessuelle problemstillinger etter dagens rettstilstand. Vilkårene for å kreve realitetsbehandling var tidligere momenter i den skjønsmessige barnets beste-vurderingen. I pkt. 9.2 undersøkes hva virkningen av dette er.

9.2 Samværsspørsmålet - avvisning eller realitetsbehandling

Et hovedspørsmål er om lovendringen utgjør noen forskjell på hvem som får innvilget samværsrett totalt sett.

I forhold til de prosessuelle spørsmål, herunder muligheten for å få partsstatus, har rettstilstanden endret seg. Det vil være færre i dag som får realitetsbehandlet sine krav enn tidligere.²⁶⁰

Når det gjelder realitetsbehandlingen, skal barnets beste som utgangspunkt være det samme. Det ville nok ikke ha skjedd at personer som i dag får partsstatus, men ikke

²⁶⁰ Andre prosessuelle problemstillinger vil bli behandlet nedenfor.

innvilges samvær, hadde blitt innvilget samvær etter tidligere rettstilstand. Men noen tilfeller fra før lovendringen hvor samværsrett ble innvilget kan tenkes å bli avvist etter dagens regler på grunn av de prosessuelle vilkår, se nærmere nedenfor. Dermed har den materielle rettstilstanden endret seg noe.

Da de typiske momenter fortsatt har betydning i helhetsvurderingen, er tidligere praksis relevant også i dag. Muligheten for uformelt samvær skal nevnes spesielt. Tidligere ble dette momentet fremhevet i praksis og hadde betydelig vekt. I dag fremheves det uformelle samvær i forarbeidene og gjennom vilkårene i § 4-19 fjerde ledd. Hvis vilkårene i fjerde ledd ikke er oppfylt, vil et uformelt samvær ofte være løsningen. Et uformelt samvær med barnet kan dermed få enda større betydning enn tidligere.

Det kan være et behov for kjennskap til biologisk opphav også hvor det ikke foreligger nær tilknytning mellom den som ønsker samvær og barnet. Den tidligere nevnte LB-2005-79220 skal trekkes fram. Barnets halvsøster fikk tildelt samværsrett. Rettens begrunnelse var at hun ville være en positiv ressurs for barnet på grunn av deres felles bakgrunn og etnisitet. Hun ville være ressurs på en annen måte enn foreldrene. Det er viktig for et barn som skal være langvarig plassert i fosterhjem å ha kjennskap til sitt biologiske opphav.²⁶¹ Verken tredje eller fjerde ledd ville vært oppfylt hvis saken hadde blitt behandlet etter dagens regler. Halvsøster hadde ikke vært omsorgsperson, og det forelå heller ingen nær tilknytning. Dermed hadde saken blitt avvist i dag. Familiebegrepet kan strekke seg lenger i andre kulturer, og da kan samvær med resten av familien være viktig. Dagens bestemmelser tar ikke høyde for slike kulturelle forskjeller, og bestemmer i forkant til en viss grad hvilke momenter som er relevante.

I FNV-2006-239-OSL ble mormor innvilget samvær uten at det forelå nær tilknytning. Resultatet ble begrunnet med at hun ville være bindeleddet til den biologiske familie på morsiden da moren var død. I dag vil fjerde ledd være til hinder for samværsrett i slike

²⁶¹ Se pkt. 1.4 om hensyn bak samværsretten.

tilfeller. Dermed er det ingen som kan ivareta kjennskapen til biologisk slekt. Det er mulig at det biologiske prinsipp har fått mindre vekt.

I sak nr. 07/046 TRØ kom nemnda under tvil til at de skulle realitetsbehandle samværsspørsmålet, selv om vilkårene i § 4-19 antagelig ikke var oppfylt. Det var tvil om mors samvær var ”svært begrenset”. Hun hadde samvær fire ganger i året, og det var usikkert om dette var for mye. Avgjørende for nemnda var at det var ønskelig fra alle parter å realitetsbehandle kravet. Nemnda tolket dermed fjerde ledd utvidende. Saken skulle kanskje ikke vært realitetsbehandlet, likevel var det til barnets beste at mormor fikk samvær hele fire ganger i året og med overnatting for to av disse. Dette kan vise at vilkårene for å få saken behandlet er for snevre. Etter den tidligere rettsstilstand er det klart at nemnda hadde realitetsbehandlet kravet til mormor.

Hvis man skulle benytte dagens regler på tidligere fylkesnemndsavgjørelser, ville utfallet stort sett være det samme, imidlertid må en nok anta at en større andel av de som får samværskravet realitetsbehandlet får innvilget samværsrett i dag enn tidligere. Dette er en følge av at personkretsen allerede er minsket til å gjelde viktige personer for barnet. På den annen side viser det seg at enkelte saker hvor samvær ble innvilget etter tidligere rettsstilstand, men som ville blitt avvist etter dagens regler. Totalt sett vil derfor færre få samværsrett i dag enn tidligere. Lovendringen utgjør dermed en forskjell på hvem som ender opp med samværsrett.

9.3 Behandlingen av samværssaker, partsstatus og overprøving.

Når det gjelder saksbehandlingen er rettsstilstanden stort sett den samme som før lovendringen. På bakgrunn av revisjonen har lovhjemlene blitt forskjellige. Det har blitt ryddet opp noe; hvilke regler som gjelder fremgår noe klarere enn tidligere. I dag står saksbehandlingsreglene for fylkesnemnda hovedsakelig i kapittel 7 i barnevernloven.

I spørsmålet om forening av saker har rettsstilstanden forandret seg til en viss grad. Taushetspliktreglene var tidligere til hinder for forening av saker, og slik er det fortsatt.

Forskjellen er at dette i dag fremgår eksplisitt av barnevernloven § 7-12 fjerde ledd. Etter Rt. 2004 s. 1300 var det tidligere mulig å behandle foreldrenes og andres samværskrav samlet. Samværs spørsmålene ble definert som én sak. Dermed var det ikke formelt en forening av saker, og slik unngikk man taushetspliktreglene, jf. forvaltningsloven § 13 b nr. 1. Denne løsning er ikke mulig i dag etter uttalelsene i Ot.prp.nr. 76 (2005-2006) s. 46. Det sies at foreldrenes samvær skal behandles uavhengig av andre samværsberettigede. Begrunnelsen for denne endringen er personvern hensyn, og i tillegg vil barnets totalbelastning sjelden komme på spissen.²⁶² Etter dagens regler vil det ikke være mulig med samlet behandling med mindre aktuelle personer samtykker etter forvaltningsloven § 13. a nr. 1.

Når det gjelder partsproblematikken er det et spørsmål om barnevernloven § 6-3 annet ledd og tvisteloven § 36-3 annet ledd omhandler partsevnen eller den prosessuelle handleevne. Tidligere var det rimelig klart at barn under 15 år ikke hadde partsevne, jf. Rt. 2000 s. 358. Etter endringen av tvisteloven er løsningen noe usikker, imidlertid taler de beste grunner for at tidligere rettsstilstand er endret, slik at bestemmelsene i dag skal tolkes som at de omhandler barnets prosessuelle handleevne. Barnet kan være part, men representert ved en stedfortreder. Videre kan dette medføre at foreldre ikke skal kunne anses som parter i saker om samvær for andre personer. Foreldrene vil imidlertid kunne være barnets stedfortreder. Det kan hevdes at det er en utvikling i positiv retning at barnet kan anses å ha partsevne både ved fylkesnemndsbehandling og ved rettslig overprøving.

Domstolenes kompetanse til å overprøve vedtak om samvær for andre enn foreldre, likestilles med andre tvangssaker, jf. Rt. 1996 s. 997 og Rt. 1996 s. 1152. Tvisteloven kapittel 36 viderefører stort sett gjeldende rett.²⁶³ Hvis samværs saker ikke lenger skal omfattes av kapittel 36, burde dette blitt uttrykkelig påpekt.

²⁶² Se Ot.prp.nr. 76 (2005-2006) s. 46.

²⁶³ Se Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 499.

10 Forholdet mellom barnevernloven og EMK

10.1 Innledning

Selv om EMK har blitt benyttet i avhandlingens tolkning av barnevernlovens § 4-19 tredje og fjerde ledd, må det spørres om det endelige tolkningsresultat er i samsvar med EMK art. 6 og 8.

Lovgivers kompetanse til fravike eller oppheve EMK skal først nevnes.

Forrangsbestemmelsen er gitt i lovs form, se menneskerettsloven § 3. Dette innebærer at Stortinget ikke har fraskrevet sin lovgivningsmyndighet. De kan fravike eller oppheve regelen ved ny lov. EMK kan dermed måtte vike hvis lovgiver klart har ment at det skal gjøres.²⁶⁴ Dette er et utslag av lex posterior-prinsippet. Har lovgiver derimot ved en feilvurdering ment det er samsvar mellom intern rett og EMK eller lovgiver ikke har vært klar over motstriden eller ikke har tenkt på den, må intern rett vike, jf. § 3.

I forarbeidene til barnevernloven § 4-19 tredje og fjerde ledd er det innledningsvis en generell uttalelse om EMK. Ny lovgivning søkes utformet slik at den tilfredsstiller EMKs krav, statens forpliktelser vil dermed effektivt søkes oppfylt.²⁶⁵ Dette tyder på at det er ønsket å oppnå regler i samsvar med EMK, også i forhold til § 4-19 tredje og fjerde ledd. Stortinget har ikke uttalt seg nærmere om forholdet til EMK i Innst.O. nr. 2 (2006-2007). Siden meningen var å finne lovgivning i samsvar med EMK synes det som om lovgiver ikke har ansett forholdet mellom lovbestemmelsene som problematisk. Noen bevisst motstrid er det i alle fall ikke, og EMK må da gå foran barnevernloven hvis motstrid konstateres, jf. menneskerettsloven § 3.

²⁶⁴ Se NOU 1993:18 s. 167.

²⁶⁵ Se Ot.prp.nr. 76 (2005-2006) s. 19.

10.2 Motstrid med EMK art. 8?

10.2.1 Innledning

Problemstillingen her er om barnevernloven § 4-19 tredje og fjerde ledd er i samsvar med retten til respekt for familieliv etter EMK art. 8. EMD har ikke kompetanse til å avgjøre om § 4-19 tredje og fjerde ledd generelt er i strid med EMK, det vil måtte vurderes om det konkrete tilfellet er i strid med EMK art. 8.

Tre problemstillinger må i tilfelle vurderes. For det første om det foreligger et familieliv mellom barnet og den som ønsker samvær, for det andre om nektelsen av å få realitetsbehandlet samværskravet er et inngrep og for det tredje om inngrepet likevel er legitimt.

10.2.2 Familieliv

Andre personer enn foreldre kan, som nevnt i pkt. 2.3.2, tenkes å ha et familieliv med barnet, jf. Marckx-saken. Et familieliv opphører ikke ved omsorgsovertakelse.

Myndighetene er da positivt forpliktet til å ivareta familielivet ved for eksempel å tilrettelegge for samvær.

I de fleste tilfeller vil det være slik at de som har et familieliv med barnet også er personer som kan kreve at fylkesnemnda tar stilling til samværs spørsmålet etter intern rett. Dette har sammenheng med at det må eksistere et nært personlig bånd for å kunne være en del av et ”familieliv” etter EMK art. 8.

Persongruppen som kan kreve at fylkesnemnda tar stilling til samvær er likevel begrenset i større grad etter intern rett da det kreves mer enn nær tilknytning i § 4-19 fjerde ledd. Det kan dermed tenkes at personer som ikke har mulighet til å få behandlet samværskravet har et familieliv med barnet etter art. 8. Et eksempel som kan tenkes er søsken, spesielt myndige søsken og søsken i andre fosterhjem, som ikke har noe særlig med foreldrene å gjøre og heller ikke har god kontakt med dem, og hvor foreldrene har mer enn ”svært

begrenset” samvær. Hvis søsknene ikke har ivaretatt daglig omsorg, men likevel har nær tilknytning til barnet, vil de ikke ha mulighet til å kreve at fylkesnemnda tar stilling til samværs spørsmålet. Til støtte for dette synet er Olsson-saken hvor søsknene skulle blitt plassert slik at de hadde mulighet til samvær med hverandre. Det samme kan være tilfellet med for eksempel besteforeldre med et nært forhold til barnet, men som ikke har vært omsorgspersoner og hvor foreldrene har samvær. Disse personer har antagelig et familieliv i EMK art. 8 sin forstand hvis man ser hen til EMDs praksis.²⁶⁶

10.2.3 Inngrep

Når det gjelder vurderingen om det foreligger et inngrep skal det poengteres at det kreves mindre før det karakteriseres som inngrep overfor foreldre enn andre personer barnet har et familieliv med. Inngrep i retten til respekt for familielivet foreligger likevel hvis en person ikke har mulighet til å kreve realitetsbehandling av samværskravet, det vil være snakk om en fullstendig avskjæring av å få behandlet og få rettighetsfastsatt samvær. Av særlig interesse i forhold til de norske lovbestemmelser er Boyle-saken. Boyle ble nektet samvær fullstendig og hadde ikke fått delta i avgjørelsesprosessen. Da Boyle heller ikke hadde mulighet til å ta vedtaket inn for retten var ikke de prosessuelle betingelser ivaretatt, og det kunne fastslås et inngrep i familielivet. På denne bakgrunn kan det tenkes tilfeller hvor et familieliv skal respekteres etter art. 8, mens § 4-19 tredje og fjerde ledd er til hinder for respekt for familielivet.

At barneverntjenesten er villig til arrangere en frivillig ordning kan ikke være tilstrekkelig til beskytte familielivet. Samværet er usikkert, ingen rettighet foreligger og det kan trekkes tilbake uten særlig behandling. Respekt for familielivet innebærer en rett til å få anerkjent et forhold mellom familiemedlemmer juridisk sett.²⁶⁷ Dette må etter mitt syn innebære et rettighetsfastsatt samvær. Først da kan man si at familielivet er anerkjent juridisk sett.

²⁶⁶ Se pkt. 2.3.2.

²⁶⁷ Se van Dijk 2006 s. 695.

10.2.4 Inngrepshjemmelen

Selv om personer med et familieliv ikke kan få realitetsbehandlet samværskravet, kan det hende et slikt inngrep likevel er legitimt, jf. EMK art. 8 nr. 2. Barnevernloven er en lovgivning som legger opp til skjønnsmessige vurderinger da avgjørelsene baserer seg på en vurdering av barnets beste, jf. § 4-1. Den må imidlertid generelt kunne anses å fylle lovskravet i art. 8 nr. 2.²⁶⁸ Det samme gjelder nok også for § 4-19. Det er forholdsvis klart definerte vilkår. Det tvilsomme vil være om inngrepet er nødvendig i et demokratisk samfunn og om formålet for å nekte realitetsbehandling er legitimt.

Begrunnelsen for lovendringen skal først nevnes.²⁶⁹ Det fremkommer av lovforarbeidene at hensynet til personvern var en av grunnene for å minske personkretsen, men dette hensynet var mest fremtredende som begrunnelse for å hindre en samlet behandling av samværs sakene, jf. barnevernloven § 7-12 fjerde ledd. Som nevnt følger det av utredningens formål at effektivitetshensyn ligger til grunn for lovendringen. Færre saker vil bli realitetsbehandlet, noe som er kostnadsbesparende. Ivaretagelsen av foreldrenes samvær var også et hensyn bak vilkårene i tredje og fjerde ledd. Ved å minske personkretsen skal det ikke være mulig å sette foreldrenes samvær til side. Foreldrenes samvær prioriteres.

Hensynet til barnets beste, jf. BK art. 3, er generelt kommentert i forarbeidene til § 4-19.²⁷⁰ I forhold til § 4-19 tredje og fjerde ledd spesielt, er hensynet til barn søkt ivaretatt. Barns behov taler for en mer begrenset personkrets, samtidig som barn kan ha behov for formalisert samvær med andre slektninger hvis foreldrene har lite samvær. For det konkrete barn kan det likevel være ønskelig å ha samvær med andre også ellers. Dette har lovgiver neppe tenkt på ved utformingen av lovbestemmelsene. Dermed kan det i noen tilfeller være motstridende hensyn, hensynet til foreldrene, effektivitet og barn generelt på den ene side og hensynet til det konkrete barn og den som ønsker samvær på den annen side.

²⁶⁸ Se om lovskravet i pkt. 2.3.4.

²⁶⁹ Se nærmere i pkt. 4.

²⁷⁰ Se Ot.prp.nr. 76 (2005-2006) s. 19.

I art. 8 nr. 2 uttales at et inngrep kan skje ”for å beskytte andres rettigheter”. Hensynet til foreldrenes samværsrett vil derfor være et legitimt formål. Det kan også hevdes at hensynet til barns rettigheter er prøvd ivaretatt, selv om dette kan tenkes å ikke være vellykket i alle tilfeller. Effektivitetshensyn vil ikke kunne anses som et legitimt formål.

Avgjørende er om inngrepet er ”nødvendig i et demokratisk samfunn”. Norske myndigheter har ved nødvendighetsvurderingen en skjønnsmargin. For samværsaker angående andre enn foreldre har antagelig staten en videre skjønnsmargin enn ved samvær mellom barn og foreldre. Skjønnsmarginen er mindre jo mer alvorlig inngrepet er og jo viktigere interesser det er snakk om.²⁷¹ I flere EMD-avgjørelser uttales at foreldre er sterkere vernet.

Det må foreligge proporsjonalitet mellom mål og middel, mellom ivaretagelsen av foreldrenes samværsrett og barns behov generelt og det å fullstendig hindre en realitetsbehandling og dermed nekte samvær. Motstridende hensyn foreligger. Hensynet til foreldrene og hensynet til barn generelt må veies mot personens mulighet til å beskytte sin interesse og hensynet til det konkrete barn. Her skal hensynet til det konkrete barn være tungtveiende, jf. *Bronda v. Italia* 1998. Det er et spørsmål om det foreligger relevante og tilstrekkelige grunner for inngrepet. Så lenge man faller utenfor vilkårene for å kreve realitetsbehandling, er vedkommende totalt avskåret fra å få prøvd samværskravet. Dette kan tale mot at tiltaket har tilstrekkelige grunner for seg. *Boyle*-saken støtter opp under dette syn. Det kan også hevdes at det finnes andre måter å ivareta de nevnte hensyn uten at personen helt mister muligheten til å få prøvd sitt krav.

10.2.5 Oppsummering

Noen hovedpoenger som kan trekkes ut fra drøftelsen er for det første at foreldre er sterkere beskyttet enn andre familiemedlemmer. Det skal mindre skal til før det kan kalles et inngrep overfor foreldre enn overfor andre personer. Søsken kan kanskje være et unntak og

²⁷¹ Se pkt. 2.3.

vil kunne være like sterkt beskyttet som foreldre da de er en del av kjernefamilien, jf. Olsson-saken. Dette forutsetter at det kan konstateres et familieliv. Søsken var også et eksempel på personer som kan tenkes å falle utenfor persongruppen i § 4-19 tredje og fjerde ledd i visse tilfeller.

For det andre må statens skjønnsmargin poengteres. Denne kan muligens være ganske stor. Dette kan få betydning for om § 4-19 tredje og fjerde ledd er i strid med art. 8 i den konkrete sak.

For det tredje har det ingen betydning at personens mening har fremkommet hvis vedkommende ikke omfattes av persongruppen i tredje og fjerde ledd. Det vil ikke være noen mulighet til å få behandlet kravet, og heller da ingen mulighet til å beskytte sin interesse. Selv om ikke art. 8 gir automatisk rett til domstolsadgang vil ikke personen ha blitt involvert i tilstrekkelig grad til å ivareta sine interesser da vedkommende er totalt avskåret fra å kunne ivareta sine interesser.

Konklusjonen er på denne bakgrunn at det kan tenkes at et avvisningsvedtak, jf. § 4-19 tredje og fjerde ledd, kan være i strid med EMK art. 8 i konkrete enkelttilfeller.

10.2.6 Virkningen av motstrid

Ved motstrid vil EMK art. 8 gå foran, jf. menneskerettsloven § 3. Motstrid med art. 8 innebærer i denne sammenheng ikke en rett til å få innvilget samvær, men en rett til å få samværskravet behandlet. Nettopp ved en slik behandling vil personens interesser bli tilstrekkelig ivaretatt. For mer om hvordan vedkommende kan få konstatert motstrid, se nedenfor om art. 6.

Hvis domstolen konstaterer motstrid, kan det spørres om den vil realitetsbehandle samværskravet eller hjemsende vedtaket til fylkesnemnda. Ved anke over avvisningsvedtak prøver retten som utgangspunkt om avvisningen var riktig, ikke innholdet av kravet, se tvisteloven § 29-23 fjerde ledd, jf. tredje ledd. Er avvisningsvedtaket ugyldig blir det

antagelig opphevet og sendt tilbake til det organ som skal behandle saken i første instans, se § 29-24. Det kan spørres om dette også gjelder ved rettslig overprøving av nemndsvedtak etter tvisteloven kap. 36.

Domstolen skal prøve alle sider av "saken", jf. § 36-5 tredje ledd. Avgjørende er hva som anses som "saken". Som utgangspunkt vil "saken" være vurderingen av om avvisningen er ugyldig på grunn av art. 8. Men art. 8 kan innebære en samværsrett, og dermed kan det argumenteres for at samværsretten skal realitetsbehandles. Hensynet til barnet kan tale for denne løsning. For barnet sin del kan det være viktig med en rask avklaring og å slippe en ny runde. Slik kan det oppnå ro. Hensynet til kontradiksjon og sakens opplysning taler imidlertid for hjemsending til fylkesnemnda. Brudd på EMK art. 8 kan kalles en inngrepsak. Ved slike saker kan det hevdes at man skal være forsiktig med å vurdere mer enn det som er brakt inn til retten da det kan gå ut over prosessuelle prinsipper som kontradiksjon.²⁷² Man bør være forsiktig med å sette dette til side til fordel for en barnets beste-vurdering. De beste grunner taler for at samværsspørsmålet hjemsendes til fylkesnemnda ved ugyldige avvisningsvedtak.

10.3 Motstrid med EMK art. 6?

Problemstillingen er om barnevernloven § 4-19 tredje og fjerde ledd er i samsvar med retten til domstolsadgang slik den er innfortolket i EMK art. 6.

En forutsetning for at art. 6 kan komme til anvendelse er at samværsrett på bakgrunn av § 4-19 tredje og fjerde ledd er "civil rights". Dette innebærer at klageren med rimelighet kan anføre å ha en rettighet etter nasjonal rett. Etter barnevernloven kommer det uttrykkelig frem at foreldrene har en rett til samvær, jf. § 4-19 første ledd. Denne rettigheten kan karakteriseres som "civil rights" i forhold til art. 6.²⁷³ Derimot må problemstillingen diskuteres nærmere for andre enn foreldre.

²⁷² Se Lassen 2004 s. 4.

²⁷³ I Johansen v. Norge 1996 var det ikke reist tvil om samværsrett var "civil rights".

I Lawlor-saken ble ikke besteforeldrene ansett å ha rett til samvær i engelsk rett. Avgjørende synes som nevnt å være om bestemmelsen gir personen samværsrett i kraft av sin posisjon, f. eks. av å være besteforeldre, søsken osv. Bestemmelsen kan ikke være for generell. I tillegg taler det mot at det er "civil rights" hvis det ikke er en selvstendig rett, men en rett til å søke. I barnevernloven er gruppen som i det hele tatt kan kreve realitetsbehandling uensartet, jf. § 4-19 tredje og fjerde ledd. Det er heller ikke slik at de personer som fyller vilkårene har en rettighet etter barnevernloven, men de kan tildels en slik så lenge man får realitetsbehandlet kravet og fylkesnemnda kommer til at det er til barnets beste etter en skjønnsmessig vurdering. Barnevernlovens bestemmelser angår prosessuelle vilkår og en samværsrett er antageligvis for usikker til å kunne være "civil rights" i EMDs forstand. Barnevernloven § 4-19 tredje og fjerde ledd kan av denne grunn ikke i seg selv være i strid med EMK art. 6.

Samvær for andre enn foreldre kan imidlertid være en nasjonal rettighet ved at retten til familieliv i EMK art. 8 er gjort til norsk lov, jf. menneskerettsloven § 2.²⁷⁴ Art. 8 innebærer som nevnt at staten er positivt forpliktet til å respektere et familieliv i etterkant av en omsorgsovertakelse. Dette kan innebære å tilrettelegge for samvær. Bestemmelsen vil dermed kunne beskytte en samværsrett for andre enn foreldre.

Art. 6 verner om retten til domstolsadgang for "civil rights". Det er spørsmål om "access to court" er tilstrekkelig ivaretatt. Siden det er retten til respekt for familielivet i EMK art. 8 som er "civil rights", er det muligheten for domstolsadgang når det gjelder denne retten som er avgjørende, og ikke muligheten for å få samværskrav på bakgrunn av § 4-19 tredje og fjerde ledd prøvet for domstolene.

Man vil kunne anføre EMK art. 8 som hjemmel for å få realitetsbehandlet samværskravet allerede ved fylkesnemndas behandling. Det kan som nevnt tenkes at § 4-19 tredje og

²⁷⁴ Se Oppedal 2007 s. 324.

fjerde ledd er i strid med art. 8 i noen tilfeller. Fylkesnemnda har plikt til å vurdere art. 8, og gjør de ikke det kan vedkommende kreve rettslig overprøving, jf. barnevernloven § 7-24.²⁷⁵ Hvis en person på grunn av en isolert tolkning av § 4-19 tredje og fjerde ledd har fått avvist samværskravet, og avvisningen strider med EMK art. 8, kan personen gå til retten og påstå at avvisningsvedtaket er ugyldig på bakgrunn av feil lovanvendelse.

De to nevnte muligheter vil antagelig være tilstrekkelig til å ivareta kravet om ”access to court”. I tillegg til dom for ugyldighet kan det spørres om man har krav på å få fastsettelsesdom på at en bestemmelse i EMK er krenket. Dette temaet ble diskutert i forarbeidene til den nye tvisteloven.²⁷⁶ Ved tilfeller hvor det ikke finnes annet rettsmiddel til å få prøvd menneskerettsstrid enn søksmål for domstolene, er det adgang til å fremme slike krav siden EMK art. 13 stiller krav om effektivt rettsmiddel.²⁷⁷

Art. 6 krever at vedkommende skal ha tilgang til en uavhengig og upartisk domstol. Selv om EMD aldri har blitt forelagt dette spørsmål i forhold til fylkesnemnda som domstolsorgan, vil det kunne hevdes at fylkesnemnda tilfredsstiller kravene til ”domstol” i EMK art 6.²⁷⁸ Fylkesnemnda er et selvstendig forvaltningsorgan som har kompetanse til å fatte bindende avgjørelser, og de har full jurisdiksjon. Nemnda er ikke underlagt forvaltningens instruksjonsmyndighet og følger stort sett tvistelovens saksbehandlingsregler, se barnevernloven kap. 7.

Det kan konkluderes med at barnevernloven § 4-19 tredje og fjerde ledd ikke gir andre enn foreldre en samværsrett som kan kalles ”civil rights”, og bestemmelsene er da heller ikke beskyttet av EMK art. 6. EMK art. 8 kan anses som ”civil rights”, og gjennom denne kan samværsretten beskyttes av EMK art. 6 og retten til domstolsbehandling. Det foreligger

²⁷⁵ Om nektelse eller avvisning av samvær for andre enn foreldre skal likestilles med andre tvangssaker, se pkt. 7.2.

²⁷⁶ Se Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 153 ff.

²⁷⁷ Ibid s. 153 og 364.

²⁷⁸ Se Kjønstad 2002 s. 357 og Tjomsland 2003 s. 95 som viser til Ot.prp.nr. 29 (1990-1991) s. 134.

imidlertid ikke motstrid mellom intern rett og EMK art. 6 da krav etter EMK art. 8 kan bringes inn for nemnda og domstolene.

11 Samværsretten fra barnets perspektiv

Hittil har andre enn foreldrene sin rett til samvær med barnet blitt drøftet. Det kan også spørres om barnet har en rett til samvær med andre enn foreldrene.

Etter barnevernloven § 4-19 tredje og fjerde ledd er det klart at barnet ikke har mulighet til å kreve at fylkesnemnda tar stilling til samvær. Barnet har en selvstendig rett til samvær med sine foreldre etter § 4-19 første ledd. Når det gjelder andre personer enn foreldrene har ikke barnet en slik rett. Barnet kan bare oppnå samvær hvis andre personer krever det. Dette hindrer barnet i å kunne anses som et eget subjekt. Forarbeidene til tredje og fjerde ledd tar i noen sammenhenger et barneperspektiv, men har utelukket det i andre. Ved at barnets tilknytning til vedkommende person er avgjørende, vil man nærme seg en samværsrett for barnet. Barnets mening vil da være viktig.

Det samme gjør seg gjeldende for barnet som for andre personer ved vurderingen av om § 4-19 tredje og fjerde ledd er i strid med EMK art. 8. Barnet omfattes også av EMK art. 8, jf. ”enhver”. Barnet har da rett til respekt for familielivet. Dette kan innebære at myndighetene er positivt forpliktet til å tilrettelegge for at familielivet kan utvikle seg. Ved at barnet ikke har mulighet til å kreve samvær, er det totalt avskåret fra å ivareta sine interesser. Imidlertid kan andre personer selv kreve samvær, og slik vil barnet kunne beskytte sitt ønske. Barnet kan da muligens få partsstatus, jf. drøftelsen ovenfor, og det kan i alle tilfeller få ytret sin mening og kanskje ha egen talsperson. Barnets deltakelse må ses i sammenheng med hvor omfattende nektelsen er. Så lenge barnet har blitt involvert i tilstrekkelig grad til å kunne ivareta den nødvendige beskyttelse av sine interesser, kan begrensninger i familielivet godkjennes. Dette kan tale for at familielivet er tilstrekkelig beskyttet. Hvis personen derimot ikke omfattes av gruppen i tredje og fjerde ledd, kan

barnets rettighet være krenket. Det har da ingen prosessuell eller materiell rettighet som kan verne om familielivet. Vurderingen er den samme som ovenfor i pkt. 10.2.

En persongruppe skal særskilt nevnes, tidligere fosterforeldre. Kanskje er det, ut i fra barnets perspektiv, tidligere fosterforeldrene som er ”mamma og pappa”.²⁷⁹ Disse har etter barnevernloven ikke rett til å kreve samvær hvis omsorgen ble overtatt i tidlig alder, personene var fosterforeldre i en lengre periode og barnet fikk en ny fosterfamilie etter hvert, jf. vilkårene i § 4-19 tredje og fjerde ledd. Barnet kan i slike tilfeller naturlig føle at tidligere fosterforeldre er mamma og pappa, men fosterforeldrene og barnet har ingen rett til å tilbringe tid sammen. Dette vil bare kunne skje hvis den nye fosterfamilien eller barneverntjenesten er villige til å tilrettelegge for samvær.

EMK art. 8 kan tenkes å anse barnet og tidligere fosterfamilie som en familie, i alle tilfelle hvis man tar barnets ståsted ved vurderingen av om et familieliv foreligger.²⁸⁰ Det kan dermed være at de beskyttes av EMK. Disse personer er totalt avskåret fra å få behandlet samværskrav etter intern rett, og dette vil nok anses som et inngrep. Om inngrepet vil kunne legitimeres vil jeg ikke gå inn på her, jeg vil bare påpeke at dette er et tenkelig brudd på EMK art. 8.

At det har blitt viktigere å se situasjonen fra barnets perspektiv har vist seg ved blant annet en Høyesterettsavgjørelse inntatt i Rt. 2007 s. 561. Her ble biologiske foreldre fratatt foreldreansvaret og det ble gitt samtykke til adopsjon, jf. barnevernloven § 4-20. Fosterforeldrene var som ”mamma og pappa” for barnet, og retten hevdet at en adopsjon ville medføre at barnet fikk anerkjent sin rett til å være barn av de det følte var foreldre. Dette kan tyde på at Høyesterett har gått mer vekk fra det biologiske prinsipp og anerkjenner barnets følelsesmessige forhold i større grad.

²⁷⁹ Se Sandberg 2003 s. 149.

²⁸⁰ Se Tjomsland 2003 s. 78 og 104 som viser til uttalelser som trekker i denne retning i K. og T. v. Finland 2001 avsnitt 155.

12 Avslutning

Det må sies å være positivt at personkretsen i samværssaker har blitt innsnevret av personvern hensyn. Personvern er et viktig og grunnleggende hensyn i en rettsstat. I visse tilfeller kan det hende at andre hensyn må vike. I følge forarbeidene er det ikke lenger mulig å behandle foreldrenes samvær sammen med andres samvær som en sak, og forening av saker er ikke mulig så lenge taushetsplikten er til hinder, jf. barnevernloven § 7-12 fjerde ledd. Personvernet kan anses tilstrekkelig ivaretatt ved å hindre en samlet behandling av alles samværskrav. En ytterligere begrensning av personkretsen som kan kreve samvær, jf. § 4-19 tredje og fjerde ledd, er ikke nødvendig av hensyn til personvernet.

Å begrense personkretsen som får realitetsbehandlet kravet av hensyn til at barnet trenger ro er viktig. Dette hensyn er søkt ivaretatt av barnevernloven § 4-19 tredje og fjerde ledd. Slik lovbestemmelsen er i dag, må imidlertid hensynet til det enkelte barn i visse tilfeller vike på grunn av hensynet til barn generelt. Det kan av denne grunn diskuteres om dagens lovbestemmelser er heldige. Persongruppen er så snever at den kan tenkes å utelate enkelte personer som det ville vært til barnets beste å ha samvær med. Fylkesnemnda kan derfor komme til å utvide personkretsen uten å ha grunnlag for det i ordlyd eller forarbeider, se for eksempel sak nr. 07/046 TRØ hvor ”svært begrenset” ble tolket utvidende. Barnets beste vil måtte vurderes opp mot lovens ordlyd og forarbeider, og må gå foran, jf. BK art. 3.

Det er noe betenkelig at det kun er alternativene i tredje og fjerde ledd som gir mulighet til å realitetsbehandle samværskravet. Betenkelighetene styrkes av nemndas vurderinger. Se for eksempel sak nr. 08/053 TRØ som viser at det er mulig med ”rettsstridsreservasjon”²⁸¹ som åpner for at nære slektninger i spesielle tilfeller skal få behandlet samværskravet. Nemnda viser til at uttalelsen ”kan avvises” i forarbeidene og hensynet til barnets beste åpner for at man ikke i alle tilfeller skal avvise saken.²⁸² Dette kan være en akseptabel tolkning, men det viser svakhetene ved bestemmelsenes utforming.

²⁸¹ Begrepet benyttes av fylkesnemnda, men passer etter min mening dårlig på denne typen utvidende tolkning da det gir assosiasjoner til innskrenkende tolkning i strafferetten.

²⁸² Se Ot.prp.nr. 76 (2005-2006) s. 126.

På denne bakgrunn kan det spørres om det ikke ville være bedre med et lovfestet snevert unntak i visse tilfeller. Slik vil man unngå tolkninger som kan strekke seg utenfor ordlyd og forarbeider, og betenkelighetene ved å ha en så begrenset persongruppe vil forsvinne. Et mulig unntak kan for eksempel være i de tilfeller det er klart at barnet og vedkommende har en spesiell kontakt som er verdt å ivareta, eller det foreligger andre spesielle grunner som tilsier at kontakt skal finne sted.

Ressurshensyn ligger som nevnt også bak lovendringen. Dette hensynet må det være rimelig klart at ikke bør gå foran den enkelte barns beste.

Det er som nevnt bra at rettstilstanden ble endret ved at personkretsen ble innsnevret, men dagens regler burde vært vurdert nærmere. Hensynet til det konkrete barn er som nevnt ikke vurdert av lovgiver, og heller ikke forholdet til EMK. Dette er en svakhet ved lovendringen når man befinner seg på et område som kan tenkes å omfattes av menneskerettighetene. Lovgiver har plikt til å legge vekt på det konkrete barn ved utformingen av lovbestemmelser, jf. BK art. 3, og også plikt til å beskytte retten til familieliv, jf. EMK art. 8.

Det skal imidlertid poengteres at tidligere rettstilstand antagelig gikk lenger i å beskytte samværsretten enn det EMK gjør, siden personer uten nær tilknytning ble innvilget samvær.²⁸³ Dette kan ikke anses å ha vært problematisk så lenge hensynet til barnets beste ble ivaretatt, jf. BK art. 3. Men det er neppe nødvendig i forhold til EMK at så mange personer kan få realitetsbehandlet kravet og innvilget samværsrett som tidligere.

Det gjenstår å se om tankegangen i sak nr. 08/053 TRØ vil få fotfeste nok til å begrense svakhetene ved de nye bestemmelsene. Bevissthet rundt mulig motstrid med EMK art. 8 kan også bidra til tolkninger som unngår uheldige resultater. Etter min oppfatning ville det

²⁸³ Se for eksempel LB-2005-79220.

vært enklere om man vurderte å innta en unntaksbestemmelse for de relativt sjeldne tilfeller hvor slike spørsmål settes på spissen.

Litteraturliste

Bøker

Bendiksen, Lena *Fratakelse av foreldreansvar og adopsjon som barnevernstiltak: en rettsvitenskapelig analyse*. Tromsø, 2007.

Clayton, Richard og Hugh Tomlinson *The Law of Human Rights*. Volume I, Oxford, 2000.

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

Eckhoff, Torstein og Eivind Smith *Forvaltningsrett*. 7. utgave, Oslo, 2003.

Haugli, Trude *Samværsrett i barnevernsaker*. 2. utgave, Oslo, 2000.

Hov, Jo *Rettergang I Sivil- og straffeprosess*. [ny utg.] Oslo, 2007.

Høstmælingen, Njål; Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.) *Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge*. Oslo, 2008.

Kilkelly, Ursula *The Child and the European Convention on Human Rights*. Aldershot, 1999.

Kjønstad, Asbjørn (red.) *Barnevern, fylkesnemnder og rettssikkerhet*. Oslo, 2002.

Lindboe, Knut *Barnevernrett*. 4. utgave, Oslo, 2003.

Merrills, J.G og A.H. Robertson *Human Rights in Europe*. 4th ed. Manchester, 2001.

Møse, Erik *Menneskerettigheter*. Oslo, 2002.

Oppedal, Mons *Akutthjemlene i barnevernloven*. Oslo, 2007.

Sandberg, Kirsten *Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse*. Oslo, 2003.

Smith, Lucy og Peter Lødrup *Barn og foreldre*. 7. utgave, Oslo, 2006.

Tjomsland, Steinar (red.) *Barnevern og omsorgsovertakelse*. 2. utgave, Oslo, 2003.

van Dijk, Peter ... [et. al.] (red.) *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*. 4th ed. Antwerpen, 2006.

Artikler og festskrift

Graver, Hans Petter *Bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten*. I: Tidsskrift for rettsvitenskap, 2004, s. 465-498.

Haugli, Trude *Det mangfoldige barnets beste*. I: Festskrift til Peter Lødrup: Bonus Pater Familias. 2002, s. 313-326.

Haugli, Trude *Partsrettigheter i barnevernsaker når andre enn foreldrene krever samværsrett*. I: Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål. 2003, s. 48-59.

Lassen, Rikke *Barnevernretten - tilbake til start?* I: Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål. 2004, s. 3-5.

Skoghøy, Jens Edvin A. *Høyesteretts bruk av menneskerettkonvensjonene som rettskilde før og etter menneskerettsloven*. I: Festskrift til Carsten Smith: Rettsteori og rettsliv. 2002 s. 733-761.

Lov- og forarbeidsregistre mm.

Norske lover

- 1915 Lov om domstolene (domstolloven) 13. august 1915 nr. 5.
- 1915 Lov om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven) 13. august 1915 nr. 6.
- 1927 Lov om vergemål for umyndige (vergemålsloven) 22. april 1927 nr. 3.
- 1967 Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) 10. februar 1967.
- 1981 Lov om foreldre og barn (barnelova) 8. april 1981 nr. 7.
- 1986 Lov om adopsjon (adopsjonsloven) 28. februar 1986 nr. 8.
- 1991 Lov om sosiale tjenester m.v. (sosialtjenesteloven) 13. desember 1991 nr. 81.
- 1992 Lov om tvangsfullbyrdelse (tvangsfullbyrdelsesloven) 26. juni 1992 nr. 86.
- 1992 Lov om barneverntjenester (barnevernloven) 17. juli 1992 nr. 100.
- 1992 Lov om kommuner og fylkeskommuner (kommuneloven) 25. september 1992 nr. 107.
- 1999 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) 21. mai 1999 nr. 30.
- 2005 Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) 17. juni 2005 nr. 90.

Internasjonale konvensjoner

- BK FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989.
- EMK Den europeiske menneskerettighetskonvensjon. Roma, 4. november 1950.
- Wien-konvensjonen Wien-konvensjonen om traktatretten. Wien, 23. mai 1969.

Forarbeider

- NOU 1977:35 Lov om barn og foreldre
- NOU 1985:18 Lov om sosiale tjenester m.v.
- NOU 1993:18 Lovgivning om menneskerettigheter
- NOU 2001:32 Rett på sak. Lov om tvisteløsning (tvisteloven)
- NOU 2005:9 Ressursbruk og rettssikkerhet i fylkesnemndene for sosiale saker

Ot.prp.nr. 40 (1967-1968)	Om lov om endringer i tvistemålsloven m.m.
Ot.prp.nr. 29 (1990-1991)	Om lov om sosiale tjenester m.v. (sosialloven)
Ot.prp.nr. 44 (1991-1992)	Om lov om barneverntjenester (barnevernloven)
Ot.prp.nr. 56 (1996-1997)	Om lov om endringer i lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barnelova)
Ot.prp.nr. 3 (1998-1999)	Om lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)
Ot.prp.nr. 45 (2002-2003)	Om lov om endring i menneskerettsloven mv. (innarbeiding av barnekonvensjonen i norsk lov)
Ot.prp.nr. 51 (2004-2005)	Om lov om meklings og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)
Ot.prp.nr. 76 (2005-2006)	Om lov om endringer i barnevernloven og sosialtjenesteloven mv. (saksbehandlingsregler for fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker mv.)
Innst.O. nr. 80 (1991-1992)	Innstilling fra forbruker- og administrasjonskomiteen om lov om barneverntjenester (barnevernloven)
Innst.O. nr. 2 (2006-2007)	Innstilling fra familie- og kulturkomiteen om lov om endringer i barnevernloven og sosialtjenesteloven mv. (saksbehandlingsregler for fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker mv.)

Doms- og avgjørelsesregister

Høyesterettsavgjørelser

Rt. 1982 s. 764	Rt. 1996 s. 1152
Rt. 1986 s. 1189	Rt. 1996 s. 1684
Rt. 1995 s. 599	Rt. 1998 s. 787
Rt. 1996 s. 997	Rt. 1998 s. 1592

Rt. 1999 s. 173	Rt. 2002 s. 908
Rt. 1999 s. 479	Rt. 2004 s. 811
Rt. 1999 s. 490	Rt. 2004 s. 1046
Rt. 2000 s. 358	Rt. 2004 s. 1300
Rt. 2000 s. 996	Rt. 2005 s. 8
Rt. 2001 s. 14	Rt. 2005 s. 624
Rt. 2001 s. 835	Rt. 2005 s. 833
Rt. 2002 s. 557	Rt. 2006 s. 1672
Rt. 2002 s. 875	Rt. 2007 s. 561

Lagmannsrettsavgjørelser

LB-2005-79220	LB-2007-103603
---------------	----------------

Den europeiske menneskerettighetsdomstolen i Strasbourg (EMD)

Ashingdane v. UK	28. mai 1985
Bronda v. Italia	9. juni 1998
Christine Goodwin v. UK	11. juli 2002
Eriksson v. Sverige	22. juni 1989
Golder v. UK	21. februar 1975
H. v. UK	8. juli 1987
Hatton v. UK	8. juli 2003
I. og U. v. Norge	21. oktober 2004
Johansen v. Norge	7. august 1996
Johnston og andre v. Irland	18. desember 1986
K. og T. v. Finland	12. juli 2001
Keegan v. Irland	26. mai 1994
Kroon og andre v. Nederland	27. oktober 1994
Kutic v. Kroatia	1. mars 2002
König v. Tyskland	28. juni 1978
L. v. Finland	27. april 2000

Le Compte, van Leuven og de Meyere v. Belgia	23. juni 1981
Lithgow og andre v. UK	8. juli 1986
Marckx v. Belgia	13. juni 1979
McMichael v. UK	24. februar 1995
O. v. UK	8. juli 1987
Olsson v. Sverige	24. mars 1988
Olsson 2 v. Sverige	27. november 1992
Paulsen-Medalen og Svensson v. Sverige	19. februar 1998
Scozzari og Giunta v. Italia	3. juli 2000
Selmouni v. Frankrike	28. juli 1999
Sunday Times v. UK	26. april 1979
Tyrer v. UK	25. april 1978
W. v. UK	8. juli. 1987

Den europeiske menneskerettighetskommisjon (kommisjonen)

Boyle v. UK	9. februar 1993
Lawlor v. UK	14. juli 1988
Price v. UK	9. mars 1988/14. juli 1988

Fylkesnemndsavgjørelser

(Fra Lovdata)

FNV-2002-186-OSL	FNV-2006-8-AGD
FNV-2003-6-NOR	FNV-2006-184-TRO
FNV-2003-70-HSF	FNV-2006-239-OSL
FNV-2003-209-TRL	FNV-2006-506-OSL
FNV-2005-67-OPP	

(Tilsendt)

Sak nr. 07/337 OSL	Sak nr. 07/134 TRØ
Sak nr. 07/046 TRØ	Sak nr. 08/053 TRØ

Sak nr. 08/061 TRØ

Diverse

FNs barnekomité 1996

FNs barnekomité "General guidelines for periodic reports"
for 1996