

UiO : **Det juridiske fakultet**

Samværsrett for barn og foreldre etter omsorgsovertakelse.
Nærmere om nektelse av samvær av hensyn til barnets beste.

Kandidatnummer: 685

Leveringsfrist: 25.11.2012

Antall ord: 17 897



Innholdsfortegnelse

| | | |
|----------|---|----------|
| 1 | INNLEDNING | 1 |
| 1.1 | Tema og problemstilling | 1 |
| 1.2 | Rettskilder | 3 |
| 1.3 | Grunnprinsippene i bvl. | 4 |
| 1.3.1 | Det mildeste inngrepsprinsipp | 4 |
| 1.3.2 | Barnets beste prinsippet | 5 |
| 1.4 | Den videre fremstilling | 5 |
| 2 | REGLENE OM SAMVÆRSRETT ETTER OMSORGSOVERTAKELSE..... | 6 |
| 2.1 | Innledning | 6 |
| 2.2 | Bakgrunnen for vedtakelsen av bvl § 4-19 | 7 |
| 2.3 | Barnevernloven § 4-19 | 8 |
| 2.3.1 | Rett til samvær etter omsorgsovertakelse | 8 |
| 2.3.2 | Samvær etter omsorgsovertakelse kan nektes | 9 |
| 2.4 | Menneskerettighetene om samværsrett | 11 |
| 2.4.1 | Barnekonvensjonen artikkel 9 (3) | 11 |
| 2.4.2 | EMK artikkel 8 retten til respekt for familieliv | 13 |
| 2.5 | Det rettslige utgangspunkt i rettspraksis for å nekte eller innskrenke samvær | 16 |
| 2.5.1 | Innledning | 16 |
| 2.5.2 | Adele Johansen saken | 16 |
| 2.5.3 | Rt. 2002 s. 908 | 19 |
| 2.6 | Hensyn bak samværsretten | 21 |
| 2.6.1 | Gjenforeningshensynet | 21 |
| 2.6.2 | Det biologiske prinsipp | 23 |
| 2.6.3 | Hensyn til barnet | 24 |
| 2.6.4 | Hensynet til barnets foreldrene | 27 |
| 2.7 | Hensyn som taler imot samvær | 28 |

| | | |
|----------|--|-----------|
| 2.8 | Tilsyn ved samvær – et utslag av det mildeste inngrepsprinsipp | 28 |
| 3 | NÆRMERE OM BARNETS BESTE VURDERINGEN..... | 30 |
| 3.1 | Innledning..... | 30 |
| 3.1.1 | Forutsetningen for barnets beste vurderingen bvl. § 4-1 | 32 |
| 3.2 | Sentrale momenter i vurderingen av hva som barnets beste ved samvær | 35 |
| 3.2.1 | Betydningen av det biologiske prinsipp i barnets beste vurderingen | 35 |
| 3.2.2 | Hvilken betydning har plasseringen av barnet ved samvær? | 37 |
| 3.2.3 | Barnets syn på samvær | 38 |
| 3.2.4 | Barns reaksjoner på samvær | 44 |
| 4 | VURDERING AV NÅR SAMVÆR NEKTES AV HENSYN TIL BARNETS BESTE I RETTSPRAKSIS. | 47 |
| 4.1 | Innledning..... | 47 |
| 4.2 | Adele Johansen saken | 48 |
| 4.3 | Rt. 2002 s. 908 | 50 |
| 4.4 | Rt 2004 s. 1046 | 53 |
| 4.5 | Borgarting lagmannsrettsdom av 16. 01. 2007 | 56 |
| 4.6 | Oppsummering..... | 60 |
| 5 | AVSLUTTENDE VURDERING..... | 60 |
| 6 | LITTERATURLISTE | 65 |

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Tema for avhandlingen er samværsretten mellom foreldrene og barn etter omsorgsovertakelsen jf. barnevernloven¹ (heretter forkortet bvl.) § 4-19. Med samværsrett menes at foreldre og barn skal ha rett til å treffe hverandre etter at det er foretatt omsorgsovertakelse.² Samværsretten er derfor et uttrykk for det biologiske prinsipp som innebærer at barn bør helst vokse opp hos sine foreldre, ellers skal kontakten mellom barnet og foreldrene bevares.³ Samværsrett inntreffer i etterkant av omsorgsovertakelse. Omsorgsovertakelse innebærer at barnet må flyttes fra hjemmet fordi barnet ikke får den omsorgen det behøver fra foreldrene.

Samværsretten er imidlertid ikke ubetinget. Det følger av bvl. § 4-19 annet ledd at samværet kan nektes av hensyn til barnet. Det til tross for at samværsretten beskyttes av elementære hensyn. Den overordnede rettslige problemstillingen for oppgaven er nektelse av samvær av hensyn til barnets beste. Det er her hovedfokuset i oppgaven skal ligge. Det kan ikke svares på den overordnede problemstillingen uten å gå nærmere inn på hvilke regler som gjelder for samværsretten, hvordan barnets beste vurderes, og hvordan det i rettspraksis vurderes om samvær skal nektes av hensyn til barnets beste. Disse hovedproblemstillingene skal besvares i oppgaven.

Det første hovedproblemstillingen i oppgaven er hvilke regler gjelder for samværsretten. Hvor sterk er samværsretten? Hvilke hensyn begrunner samværsretten? Hvor er samværs-

¹ Lov av 17. juli 1992 nr. 100

² NOU 1985:18 s.168

³ NOU 2012:5 s. 41

retten forankret? Hvilke rettslige utgangspunkt gjelder for å nekte samvær? Disse problemstillingene skal besvares i avhandlingens punkt 2.

Den andre hovedproblemstillingen i oppgaven er hvordan barnets beste vurderes. En sentral problemstilling for oppgaven blir å avgjøre hva som skal tas i betraktning når man vurderer hva som er barnets beste ved samvær. Problemstillingen behandles i punkt 3.

Den tredje hovedproblemstillingen i avhandlingen er hvordan det i rettspraksis vurderes om samvær skal nektes av hensyn til barnets beste. I hvilke tilfeller nektes samvær av hensyn til barnets beste i praksis, og i hvilke tilfeller nektes det ikke? Jeg skal derfor gå inn på 2 dommer fra Høyesterett hvor samværet ble nektet av hensyn til barnet. Jeg vil også gå nærmere inn på et grensetilfelle fra lagmannsretten hvor man var i tvil om samværet skulle nektes. Tilslutt vil jeg også behandle Adele Johansen saken fra EMD hvor samværsnektelse ikke ble godtatt. Problemstillingen behandles i punkt 4.

Jeg valgte problemstillingen fordi jeg er svært opptatt av barnevernsretten. Barnevernsbarn er i en vanskelig situasjon og har ofte vært utsatt for omfattende omsorgssvikt. Det er generelt for mange barn som har det vondt og vanskelig. Det fremkommer gjennom undersøkelser. Det er store mørketall på området. Det er faktisk i underkant av 20 % av norske ungdommer har opplevd å bli slått med vilje i løpet av oppveksten av en voksen i familien.⁴ Ikke minst er det anslått at 200 000 barn opplever at foreldrene er så ruset at barna reagerer.⁵ Mens 15 000 barn vokser opp med foreldre med en alvorlig psykisk lidelse.⁶ Hele 1725

⁴ Mossige, S. & Stefansen, K. (2008). Vold og overgrep mot barn og unge. <http://www.reassess.no/id/15705.0>

⁵ Helse og omsorgsdepartementet.(2008). Barn som pårørende. <http://www.regjeringen.no/nb/dep/hod/tema/psykisk-helse/barn.som-parorende.html?id=506766>

⁶ Helse og omsorgsdepartementet.(2008). Barn som pårørende. <http://www.regjeringen.no/nb/dep/hod/tema/psykisk-helse/barn.som-parorende.html?id=506766>

barn var på krisesenter i løpet av 2011.⁷ Barn som opplever slikt havner ofte i offentlig omsorg. Barnets forhold til foreldrene etter at de har havnet i offentlig omsorg er et spennende område. Hvilket forhold barn og foreldre kan ha, har sammenheng med hvor mye de kan møte hverandre. Spesielt nektelse av samvær mellom barn og foreldre reiser mange problemsstillinger. I hvilke tilfeller er det riktig for barnet å ikke ha noen kontakt med foreldrene? Det er ingen fasit svar på området fordi vurderingene er så skjønnsmessige. Det er vanskelig og komplisert å treffe avgjørelsene om samvær.⁸ Avgjørelsene skal ta hensyn til mange ulike forhold.⁹ Det var derfor viktig for meg å skrive en avhandling dette.

1.2 Rettskilder

Det er et omfattende rettskildebilde på samværsrettens område. Jeg skal redegjøre for de rettskildene som vil anvendes i oppgaven for å løse den overordnede problemstillingen. På samværsrettens område er bvl., FNs konvensjon om barns rettigheter (heretter forkortet BK), Den Europeiske menneskerettighetskonvensjon (heretter forkortet EMK), forarbeider til bvl, norsk rettspraksis, rettspraksis fra Den Europeiske menneskerettsdomstol (heretter forkortet EMD), reelle hensyn og grunnprinsippene i bvl. relevante rettskilder.

Den primære rettskilden for samværsretten er bvl. § 4-19. Bestemmelsen er det sentrale rettslige grunnlag for å løse hovedproblemstillingen for avhandlingen, nektelse av samvær av hensyn til barnets beste. Bvl. § 4-1 er også en sentral rettskilde. Bestemmelsen regulerer at barnets beste skal være en retningslinje for å nekte samvær.

I forarbeidene fremkommer begrunnelsen for samværsretten og bakgrunnen for at samvær må kunne nektes.

⁷ www.norskkrisesenterforbund.no/fagstoff/fagstoff-barn-og-unge/nasjonalt-statistikk-for-krisesentertilbudene

⁸ Haugli (2010) s. 17-19

⁹ Haugli (2010) s. 17-19

EMK og BK er svært sentrale rettskilder for avhandlingen. Det er en rett til samvær i konvensjonene. EMK er særlig sentralt rettskilde for å avgjøre når samværet kan nektes av hensyn til barnet.¹⁰ Rettspraksis fra Høyesterett og EMD fastsetter krav for å nekte samvær. Rettspraksis er det primære rettsgrunnlag for å finne frem til hva som skal til for å nekte samvær av hensyn til barnet. Dommer hvor samvær nektes, eller ligger tett opp mot nektelse har høy rettskildemessig vekt for nektelsesspørsmålet.¹¹ Reelle hensyn og grunnprinsippene i bvl. barnets beste, det biologiske prinsipp og det mildeste inngreps prinsipp har stor betydning for samværsspørsmålet. De grunnleggende prinsippene i bvl. inngår i avgjørelsen om samvær skal nektes av hensyn til barnets bese.¹² Det skal derfor redegjøres for prinsippene.

1.3 Grunnprinsippene i bvl.

1.3.1 Det mildeste inngrepsprinsipp

Bvl. bygger på det mildeste inngrepsprinsipp.¹³ Det betyr at det ikke skal treffes mer inn- gripende tiltak enn det som nødvendig for å avhjelpe situasjonen.¹⁴ Prinsippet kan forstås som et forholdsmessighetsprinsipp i barnevernssaker.¹⁵ Det har derfor nær sammenheng til nødvendighetskravet i EMK artikkel 8¹⁶ (som behandles i punkt 2.4.2 og 2.5.2.). I avhand- lingens punkt 2.8 behandles tilsyn ved samvær som er et direkte utslag av det mildeste inngrepsprinsipp.¹⁷

¹⁰ jf. EMK artikkel 8 som behandles i punkt 2.4.2 og 2.5.

¹¹ Rettspraksis behandles i hovedsak i punkt 4.

¹² Disse behandles nærmere i punkt 2.6.2, 2.8, og punkt 3.

¹³ Sandberg (2003) s. 40

¹⁴ Sandberg (2003) s. 40

¹⁵ Sandberg (2003) s. 41

¹⁶ Sandberg (2003) s. 41

¹⁷ Haugli (2010) s. 142-143

1.3.2 Barnets beste prinsippet

Det går i hovedsak ut på å treffe tiltak som best tjener barnets interesser.¹⁸ Det innebærer at det er barnet som det skal tas hensyn i vurderingene.¹⁹ Barnets beste har flere rettslige funksjoner, en av funksjonene er som en retningslinje for skjønnsmessige avgjørelser.²⁰ Barnets beste er lovfestet i bvl. § 4-1. Det følger av bestemmelsen at barnets beste skal ivaretas når det treffes tiltak etter bvl. kapittel 4. Barnets beste får derfor avgjørende betydning for spørsmålet om samvær.

Det biologiske prinsipp er det siste av grunnprinsippene. Prinsippet har stor betydning i avgjørelsene om samvær og som grunnlag for samværsretten. Prinsippet behandles inngående i punkt 2.6.2 og 3.2.1.

1.4 Den videre fremstilling

I avhandlingens punkt 2 skal det redegjøres for hvordan samværsretten er regulert. Med hovedfokus på reguleringen av samværsnektelse som behandles i 2.3.2. Reelle hensyn har betydning på området og behandles i punkt 2.6. Det skal også redegjøres for de internasjonale kildene som regulerer samværsretten i punkt 2.4. Ettersom det i rettspraksis er oppstilt strenge krav for å nekte samvær skal disse kravene behandles i punkt 2.5. I punkt 3 skal det redegjøres for hva som inngår i barnets beste vurderingen ved samvær. Der skal jeg ta for meg de momentene som er mest fremtredende i spørsmål om nektelse av samvær. I avhandlingens punkt 4 skal relevant rettspraksis på området analyseres for å belyse hvor rettspraksis legger grensen for når samvær nektes av hensyn til barnets beste. I punkt 5. vil jeg komme med en avsluttende vurdering av terskelen for å nekte samvær av hensyn til barnet beste.

¹⁸ Sandberg (2003) s. 50

¹⁹ Sandberg (2003) s. 50

²⁰ Sandberg (2003) s. 50-51

2 Reglene om samværsrett etter omsorgsovertakelse

2.1 Innledning

Temaet for denne delen av oppgaven er reglene om samvær etter omsorgsovertakelse. Bakgrunnen for at det ble vedtatt en regel om samværsrett i bvl. behandles i punkt 2.2. Grunnlaget for vedtakelsen av bestemmelsen belyser hvorfor det er en regel om samværsrett i dagens bvl og hvilke formål samværsretten har. Hovedregelen om rett til samvær følger av bvl. § 4-19. Bestemmelsen gir samværsrett til foreldrene og barnet. En redegjørelsen av den rettslige hovedregelen for samværsretten gir en oversikt over hva regelen innebærer og hvor sterkt samværsretten står. Det får betydning senere i oppgaven for når det ikke skal være samvær og hovedregelen om samværsrett ikke gjelder lenger. Hovedregelen om retten til samvær behandles derfor i punkt 2.3.

Samværsretten ivaretar viktige hensyn som behandles i punkt 2.6. Etter bvl. § 4-19 annet ledd kan gjøres unntak fra hovedregelen om rett til samvær. Etter bestemmelsen gjøres det unntak fra retten til samvær av hensyn til barnet og regelen behandles nærmere i punkt 2.3. Regelen angir det rettslige utgangspunkt for når det ikke skal være samvær. En redegjørelse av regelen er nødvendig for oppgaven som skal belyse hvor terskelen for nektelse av samvær ligger. Hensyn som taler imot samværsretten belyser hvorfor samvær kan nektes og behandles derfor nærmere i punkt 2.7.

Samværsretten etter omsorgsovertakelse er en menneskerettighet for både foreldrene og barnet. BK og EMK gir samværsretten forankring som menneskerettighet og behandles i punkt 2.4. Ettersom samværsretten er en menneskerett står samværsretten sterkt og det oppstilles krav i EMK for å gjøre inngrep i samværsretten som behandles nærmere i 2.4. Det har i rettspraksis fra EMD og Høyesterett blitt oppstilt krav for å nekte eller innskrenke samvær. Det behandles i punkt. 2.5. Tilslutt skal tilsyn ved samvær behandles i punkt 2.8, for å belyse tiltak som kan settes inn ved samvær.

2.2 Bakgrunnen for vedtakelsen av bvl § 4-19

I den tidligere bvl. av 1953 fantes ikke noen regel om rett til samvær etter omsorgsovertakelse.²¹ Retten til samvær ble for første gang regulert i bvl. av 1992. Begrunnelsen for regelen om samværsrett følger av forarbeidene.²² I sosialutvalgets utredning ble det lagt ned et forslag om samværsrett i bvl.²³ Begrunnelsen for at sosialutvalget foreslo en regel om samvær var begrunnet i barnets behov for å ha samvær etter omsorgsovertakelsen.²⁴ Barnets behov for samvær var et viktig hensyn bak den nye regelen, men barnets rett til samvær ble ikke inntatt i utvalgets forslag til lovtekst. Utvalget la i stedet frem et forslag om rett til samvær for foreldrene.²⁵ Behov for samværsretten hadde også nær sammenheng med behovet for å tilrettelegge for tilbakeføring av barnet i tilfeller der omsorgsovertakelsen er midlertidig.²⁶

Det kunne imidlertid ikke oppstilles en generell bestemmelse om at det alltid skulle være samvær.²⁷ Utvalget oppstilte derfor en hovedregel om samværsrett, men det skulle det måtte kunne gjøres unntak fra samværsretten.²⁸ Departementets lovutkast baserte retten til samvær på sosialutvalgets forslag.²⁹ Departementet begrunnet også hovedregelen om samvær i barnets behov. Barnets rett til samvær måtte derfor også komme til uttrykk i lovteks-

²¹ Ot.prp.nr.44 (1991-1992) s. 51

²² jf. NOU 1985:18, Ot.prp. nr. 44 (1991-1992)

²³ NOU 1985:18 s. 168

²⁴ NOU 1985:18 s. 168

²⁵ NOU 1985:18 s. 168

²⁶ NOU 1985:18 s. 163

²⁷ NOU 1985:18 s. 162-163

²⁸ NOU 1985:18 s. 168

²⁹ Ot.prp.nr 44 (1991-1992) s. 51

ten.³⁰ Det ble derfor vedtatt en bestemmelsen om rett til samvær for foreldrene og barnet i bvl § 4-19.

2.3 Barnevernloven § 4-19

2.3.1 Rett til samvær etter omsorgsovertakelse

Bvl. § 4-19 første ledd regulerer hovedregelen om samværsretten. Bestemmelsens første ledd lyder som følger:

”Barn og foreldre har, hvis ikke annet er bestemt, rett til samvær med hverandre”.

Hovedregelen er at barn og foreldrene skal ha en rett til samvær med hverandre etter omsorgsovertakelse. Det følger av bestemmelsen at det skal være en samværsrett og det betyr at barnet og foreldrene skal få møte hverandre.³¹ Bestemmelsen angir ikke hvilket omfang samværet skal ha.³² Begrunnelsen for reglen om samvær følger av forarbeidene.³³ Sosiallovutvalget uttalte nærmere om begrunnelsen for samværsretten:

”Selv om forholdene veksler meget i praksis, er utvalget kommet til at det bør kunne oppstilles en hovedregel om rett for foreldrene til samvær med barnet. Det er alminnelig akseptert at det generelt er et gode for barnet å ha kontakt også med de biologiske foreldre, og dette bør være lovens utgangspunkt.”³⁴

³⁰ Ot.prp.nr 44 (1991-1992) s. 51

³¹ NOU 1985:18 s.168

³² NOU 2000:12 s. 155

³³ NOU 1985:18 s.168

³⁴ NOU 1985:18 s.168

Sosiallovutvalgets uttalelse betyr at det er best for barnet å fortsette kontakt med de biologiske foreldrene etter omsorgsovertakelse. Jeg tolker uttalelsen slik at barn som har bodd med de biologiske foreldrene hele livet vil oppleve det urimelig tøft å bryte kontakten med dem fordi barnet nå skal få omsorg av noen andre. Derfor er det en gode for barnet å bevare kontakten.

Departementet fulgte deretter opp sosiallovutvalgets lovforslag med et utkast til ny bestemmelse om samværsrett i ot.prp.nr. 44. Departementet begrunnet lovutkastet med:

“Nyere forskning har vist at det i mange tilfelle er svært viktig for barn i fosterhjem å opprettholde kontakt med sine biologiske foreldre, både fordi det er sterke følelsesmessige bånd mellom barna og foreldrene, og for at barnet derigjennom kan få en følelse av kontinuitet i livet sitt.”³⁵

Forarbeidene begrunner i uttalelsen samværsretten i det biologiske prinsipp. Bakgrunnen for at det ble oppstilt en samværsrett i tråd med det biologiske prinsipp var for å ivareta det sterke bånd mellom barnet og foreldrene.³⁶ Det biologiske prinsipp er et viktig hensyn bak samværsretten som behandles nærmere i punkt 2.6.2. Departementets utkast begrunnes også ut fra at samvær er til barnets beste. Barnet får ivaretar sin tilknytningen til foreldrene som barnet flyttes vekk og det gir barnet kontinuitet i livet etter plassering i fosterhjem.³⁷

2.3.2 Samvær etter omsorgsovertakelse kan nektes

Hovedregelen er at det er rett til samvær mellom de biologiske foreldre og barnet. Bvl § 4-19 annet ledd regulerer når det gjøres unntak fra retten til samvær. Bestemmelsen

³⁵ Ot.prp. nr 44 (1991-1992) s. 51

³⁶ Ot. prp.nr.44 (1991-1992) s. 51

³⁷ Ot. prp.nr.44 (1991-1992) s. 51

danner hovedgrunnlaget for når samvær skal nektes. Hovedtema for oppgaven er å finne ut når det faktisk nektes samvær av hensyn til barnet.

Bestemmelsens annet ledd lyder som følger:

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

Det følger av bestemmelsen at fylkesnemnda skal avgjøre om det skal være samvær mellom foreldrene og barnet.³⁸ Det skal også tas stilling til hvor mye samvær det skal være.³⁹ Etter bestemmelsens ordlyd kan samvær nektes dersom ”hensyn til barnet” tilsier det. Bakgrunnen for at samvær kan nektes følger av forarbeidene.⁴⁰ I sosialutvalgets forslag til regel om samværsrett ble det forutsatt at det skal være adgang til å nekte samvær ut fra hensyn til barnet.⁴¹ Utvalget fremhevet at det kan oppstå konflikter ved samvær som ikke er heldige for barnet.⁴² Det vil være negativt om barnet opplever å bli dratt fra side til side mellom fosterforeldrene og de biologiske foreldrene. Dersom foreldrene ikke aksepterer at noen andre nå har omsorgen for barnet kan de typisk begynne fremstille fosterforeldrene som mistenkelige personer og det kan skape en strid hos barnet.⁴³ Det er et eksempel på et tilfelle der samvær kan nektes av hensynet til barnet.

³⁸ NOU 2012:5 s.102

³⁹ NOU 2012:5 s.102

⁴⁰ NOU 1985:18 s. 168

⁴¹ NOU 1985:18 s. 168

⁴² NOU 1985:18 s. 168

⁴³ NOU 1985:18 s. 168

I rettspraksis er det lagt til grunn at nektelse av samvær ut fra hensyn til barnet skal bero på en skjønnsmessig helhetsvurdering.⁴⁴ Det følger av bvl. § 4-1 at den skjønnsmessige helhetsvurderingen skal bero på å finne tiltak som er til barnets beste. Barnets beste skal være avgjørende i vurderingen etter bvl. § 4-19 og behandles i punkt 3.1.1. Nektelse av samvær krever at det foreligger tungtveiende grunner.⁴⁵ Kravet til tungtveiende grunner oppstilles av EMDs praksis.⁴⁶ Det behandles nærmere i punkt. 2.5. I punkt 3.2 skal det redegjøres nærmere for hvilke momenter som skal inngå i barnets beste vurderingen. Det er i norsk rettspraksis oppstilt en nærmere terskel i tråd med EMD for når samvær kan nektes etter bvl. § 4-19 som drøftes nærmere i punkt 2.5.3. For å ytterligere belyse når det ikke skal være samvær etter bvl § 4-19 annet ledd vil jeg analysere enkelte dommer på området som sier noe om hvor grensen trekkes i praksis (i punkt 4).

2.4 Menneskerettighetene om samværsrett

2.4.1 Barnekonvensjonen artikkel 9 (3)

Samværsretten er forankret i BK som menneskerettighet. Det er BK artikkel 9 (3) som forankrer samværsretten som menneskerettighet. Bestemmelsens tredje ledd lyder som følger:

”Partene skal respektere den rett et barn som er atskilt fra en eller begge foreldrene har til å opprettholde personlig forbindelse og direkte kontakt med begge foreldrene regelmessig, med mindre dette er i strid med barnets beste”.

⁴⁴ jf. Rt 2002 s. 908 (s.912), Rt. 2004 s. 1046

⁴⁵ Lindboe (2012) s. 116

⁴⁶ Lindboe (2012) s. 116

Bestemmelsen forplikter staten til å respektere at barn som er atskilt fra foreldrene skal ha en rett til regelmessig samvær med foreldrene.⁴⁷ Det er verdt å merke seg at statens forpliktelse til å respektere barnets samværsrett vil falle bort dersom samvær ikke er det beste for barnet.⁴⁸ Det utledes av dette at samvær skal nektes dersom det ikke er barnets beste. Det kan reises spørsmål om vi alltid overholder BK og at det aldri i noe tilfelle treffes beslutninger om samvær som ikke ivaretar barnets beste.

BK er en spesiell på den måten at konvensjonen pålegger statene en plikt til å treffe de tiltak som er nødvendige for at rettigheten skal ivaretas nasjonalt.⁴⁹ Det følger av BK artikkel 4.⁵⁰ Det er en forskjell fra BK og andre konvensjoner.⁵¹ Andre konvensjoner forplikter bare staten til å overholde konvensjonen ovenfor individene. Mens her pålegges staten å passe på at alle som treffer avgjørelser om samværsrett skal ivareta at barnets rettighet.⁵² Ved endringen av menneskerettsloven⁵³ § 2 i 2003 ble FNs konvensjon om barns rettigheter inntatt i norsk rett. Barnekonvensjon har derfor siden 2003 vært gjeldende norsk lov. Etter menneskerettsloven § 3 skal BK ved motstrid med vanlig norsk lov ha forrang. Det gir BK er styrket stilling som menneskerettighetskonvensjon. Etter at BK kom inn i norsk lov vil vi oppfylle våre forpliktelser etter BK artikkel 4.⁵⁴ Det fordi alle som har med barn å gjøre vil være forpliktet etter BK som norsk lov til å overholde barnets rett til samvær.⁵⁵ Dette viser samlet sett hvor sterkt barnets rett til samvær står. Det må tas i betraktning at barnet også

⁴⁷ St.meld. nr 40 (2001-2002) pkt. 9.6

⁴⁸ St.meld. nr 40 (2001-2002) pkt. 9.6

⁴⁹ *Barnekonvensjonen barns rettigheter i Norge* (2012) s. 20

⁵⁰ *Barnekonvensjonen barns rettigheter i Norge* (2012) s. 20

⁵¹ *Barnekonvensjonen barns rettigheter i Norge* (2012) s. 19-20

⁵² *Barnekonvensjonen barns rettigheter i Norge* (2012) s. 19-20

⁵³ Menneskerettsloven av 1999 nr. 30 § 2

⁵⁴ *Barnekonvensjonen barns rettigheter i Norge* (2012) s. 20

⁵⁵ *Barnekonvensjonen barns rettigheter i Norge* (2012) s. 20

har en beskyttet rett til samvær. For å beskytte barnet er det fastsatt at retten ikke skal gjelde dersom det ikke er til barnets beste.

2.4.2 EMK artikkel 8 retten til respekt for familieliv

EMK artikkel 8 er relevant ved spørsmål om samværsretten. Bestemmelsen forankrer samværsrett som menneskerettighet. EMK er inntatt i norsk rett gjennom menneskerettsloven⁵⁶ § 2. Konvensjonen gjelder derfor som norsk lov.

EMK artikkel 8 beskytter retten til familieliv og bestemmelsens første ledd lyder som følger:

”1. Enhver har rett til respekt for sitt privatliv, og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse”.

Bestemmelsen skal gjelde for ”enhver” og konvensjonen skal derfor gjelde for alle mennesker.⁵⁷ Det følger derfor av bestemmelsen at både barn og foreldre har en rett til respekt for sitt familieliv. Bestemmelsen skal beskytte familielivet så alt som omfattes av begrepet skal være en menneskerettighet for barna og foreldrene. EMD legger til grunn at en fundamental del av familielivet er barns og foreldrenes gjensidige glede av samvær med hverandre.⁵⁸ Ettersom EMD legger til grunn at retten til samvær er en fundamental del av familielivet, vil et nasjonalt inngrep i samværsretten være et inngrep i retten til familielivet etter EMK art. 8.⁵⁹ Et inngrep i samværsretten utgjør derfor en

⁵⁶ Menneskerettsloven av 1999 nr. 30

⁵⁷ Haugli (2010) s. 28

⁵⁸ Johansen v. Norway pkt. 52

⁵⁹ Johansen v. Norway pkt. 52

krenkelse av art. 8 hvis ikke inngrepet er berettiget etter art. 8 (2).⁶⁰ Høyesterett har derfor lagt til grunn at et inngrep i foreldrenes samværsrett etter bvl. § 4-19 må være berettiget etter EMK art. 8 (2).⁶¹

EMK artikkel 8 annet ledd lyder som følger:

”Det skal ikke skje noe inngrep av offentlig myndighet i utøvelsen av denne rettigheten unntatt når dette er i samsvar med loven og er nødvendig i et demokratisk samfunn ... for å beskytte andres rettigheter og friheter.”

Det er som nevnt avgjørende for at samvær kan nektes etter bvl. § 4-19 (2) at vilkårene som følger av EMK art. 8 (2) er oppfylt. Bestemmelsens angir tre vilkår for når det er tillatt å gjøre inngrep i retten til samvær. Det første vilkåret er at et inngrep i samværsretten er ”i samsvar med loven”. Etter EMDs praksis skal vilkåret ”i samsvar med loven” forstås slik at inngrepet må ha grunnlag i landets lovgivning.⁶² Bvl. gir hjemmel for å avskjære retten til samvær i § 4-19 (2) av hensyn til barnet. Derfor oppfylder norsk rett det første vilkåret for å kunne gjøre inngrep i samværsretten.

Det neste vilkåret etter bestemmelsen er at inngrepet er nødvendig ”for å beskytte andres rettigheter eller friheter”. Dersom det skal kunne gjøres et inngrep i samværsretten må inngrepet tjene et relevant formål etter art. 8 (2).⁶³ Det foreligger flere relevante formål etter bestemmelsen, men jeg har her valgt å trekke ut det formålet som har betydning for samværsnektelse. Inngrep i samværsretten tjener et relevant formål etter artikkel 8 (2)

⁶⁰ Johansen v. Norway pkt. 52

⁶¹ Rt. 2004 s. 1046 pkt. 47

⁶² Johansen v. Norway pkt. 53

⁶³ NOU 2004:6 pkt. 4.3.5.3

dersom inngrepets formål er ”å beskytte andres rettigheter og friheter”. At samvær nektes for å beskytte barnets beste vil falle inn under dette relevante formål.

Det siste vilkåret for å gjøre inngrep i foreldrenes samværsrett er at inngrepet må være ”nødvendig i et demokratisk samfunn”. Det følger av juridisk teori at det beror på en helhetsvurdering om inngrepet er nødvendig.⁶⁴ Et sentralt poeng er at tiltaket ikke behøver å være absolutt nødvendig.⁶⁵ Imidlertid er det ikke tilstrekkelig at tiltaket er nyttig i situasjonen. Det kan antas at det kreves at det er et behov på tiltaket.⁶⁶ Nødvendighetsvilkåret krever også at inngrepet skal være forholdsmessig. Det krever at inngrepets belastning og målet med inngrepet skal være proporsjonalt.⁶⁷ En samværnektelse vil da derfor være forholdsmessig når et svært belastende inngrep for foreldrene begrunnes i et stort behov fra barnets side. Det følger av EMDs praksis at den enkelte stat skal ha en viss skjønnsmargin for når de finner det nødvendig å foreta inngrep i samværsretten etter EMK artikkel 8(2).⁶⁸ Etter EMDs praksis ligger det et krav i nødvendighetsvilkåret til statens begrunnelse for inngrepet. Det kreves at begrunnelsen er relevant og tilstrekkelig etter EMK art 8 (2).⁶⁹

I Adele Johansen saken⁷⁰ tolket EMD nødvendighetsvilkåret og la til grunn en streng terskel for oppfyllelse av vilkåret ved samværnektelse. Det får betydning for tolkningen av bvl § 4-19 (2). Dommen skal derfor behandles i punkt 2.5.2.

⁶⁴ Hedlund (2008) s. 47

⁶⁵ NOU 2004:6 pkt. 4.3.5.3.3

⁶⁶ NOU 2004:6 pkt. 4.3.5.3.3

⁶⁷ Haugli (2000) s. 265

⁶⁸ Johansen v. Norway pkt. 64

⁶⁹ Johansen v. Norway pkt. 64

⁷⁰ Johansen v. Norway

2.5 Det rettslige utgangspunkt i rettspraksis for å nekte eller innskrenke samvær

2.5.1 Innledning

Det har avgjørende betydning for å løse problemstillingen i oppgaven at det drøftes nærmere hvilket rettslig utgangspunkt som er oppstilt for å nekte samvær i rettspraksis. Den rettslige utgangspunkt for å nekte samvær angir hvilken terskel som må oppfylles i den konkrete sak for at samvær faktisk kan nektes. I punkt 4. skal det redegjøres for rettspraksis som nærmere kan belyse hvor grensen faktisk går. I dette avsnittet skal det derfor redegjøres nærmere for den rettslige terskelen som oppstilles av EMD i Adele Johansen saken⁷¹ og norsk Høyesterettspraksis. Den rettslige terskelen bidrar til å belyse hvor grensen i praksis skal gå for å nekte samvær etter bvl § 4-19 (2). Jeg skal her gå nærmere inn og foreta en vurdering av den rettslige terskelen som oppstilles for inngrep. Jeg vil i det følgende først drøfte Adele Johansen saken (i punkt 2.5.2) og deretter Rt. 2002 s. 908 (i punkt 2.5.3).

2.5.2 Adele Johansen saken

I denne gjennomgangen av saken skal det redegjøres for rettens vurdering av nødvendighetsvilkåret. Det er utfra det vilkåret EMDs terskel for å nekte samvær fremkommer. For å finne frem til det terskelen er jeg nødt til å gå dypere inn i saken. Bakgrunnen for saken var at Johansen hevdet at omsorgsovertakelsen, samværsnektelsen og at hun ble fratatt foreldreansvaret for datteren var i strid med EMK artikkel 8. Jeg vil gå nærmere inn på saken i oppgavens punkt 4.2. Der jeg vil foreta en vurdering av hvorfor samværsnektelsen ble ansett i strid med EMK artikkel 8.

Spørsmålet for EMD var om samværsnektelsen, omsorgsovertakelsen og fratakelsen av foreldreansvaret var rettmessige inngrep i Johansens rett til familieliv etter EMK art 8 (2). I

⁷¹ Johansen v. Norway

avsnitt 64 vurderes det om tiltakene var nødvendig etter EMK art 8 (2). Utgangspunktet for rettens nødvendighetsvurderingen er at tiltakene må være relevant og tilstrekkelig begrunnet. Det er derfor avgjørende om norske myndigheters begrunnelse for tiltakene var relevant og tilstrekkelig. Retten vurderer ut fra det om tiltakene ovenfor Johansen hadde god nok begrunnelse.

I avsnitt 64 går retten inn på den skjønnsmargin statene har ved nødvendigheten av tiltak. Retten gir i utgangspunkt statene skjønnsmessig myndighet til selv å vurdere når tiltak er nødvendige, men det ses også hen til hvilket tiltak det er tale om. Dreier det seg om et alvorlig tiltak som kan stå i strid med viktige interesser, får staten mindre skjønnsmyndighet. Det vurderes for å avgjøre om myndigheten har overholdt nødvendighetskravet.

I avsnitt 78 kommer EMDs rettslige terskelen til syne.

I avsnittet redegjør retten for begrunnelsen for den høye terskelen de stiller opp. Begrunnelsen for rettens høye terskel var at samværsnektelsen og at Johansen ble fratatt foreldreansvaret tok fra henne all rett til familieliv. Tiltakene var også strid med målet om å gjenforene familien. Spørsmålet for retten var om tiltakene var nødvendige ettersom de var i strid med gjenforeningsmålet og familielivet. Retten fremhever at tiltak som foretas når barnet er under midlertidig omsorg bør ha som formål å gjenforene familien. Retten krever at det skal være en rimelig balanse. Det skal være en rimelig balanse mellom foreldrenes håp om gjenforening og barnets behov for å bli i offentlig omsorg. Jeg ser her at gjenforeningskravet skal avveies ut fra det situasjonen som foreligger. I vurderingen av om familien skal gjenforenes legger retten stor vekt på barnets beste. Barnets beste kan medføre at foreldrenes interesse settes til side. Etter min vurdering er det vesentlig at EMD tar i betraktning at hensynet til barnet kan gå foran hensynet til foreldrene. Retten oppstiller også et krav til at foreldrenes samværsrett ikke bør gå så langt at det skader barnets helse og ut-

vikling. Det er et viktig hensyn retten tar i betraktning. I norsk rettspraksis har dette hensynet også fått stor betydning.⁷²

Retten resonerer seg tilslutt frem til en terskel og uttaler i den sammenheng:

*”Such measures should only be applied in exceptional circumstances and could only be justified if they were motivated by an overriding requirement pertaining to the child’s best interests”.*⁷³

Retten uttalelse tolkes slik at det kreves at samværsnektelse bare skal forekomme i ekstraordinære tilfeller. Det foreligger kun et ekstraordinært tilfelle hvis det er dominerende motivert av hensyn til barnets beste.

Etter min vurdering kan det reises spørsmål om det er hensiktsmessig at EMD setter terskelen så høyt. Det vil kreve unødige mye på barnets side for å oppfylle kravet. Jeg vurderer det slik at det kan føre til at foreldrene vil ivaretas mer enn barnet, selv om EMD legger til grunn at det skal foretas en rimelig avveining. Det kan også reises spørsmål om hva som egentlig ligger i kravet til at det skal foreligge ekstraordinære tilfeller. Dommen har vært viktig for norsk rettspraksis. I høyesterettspraksis har terskelen som EMD her oppstiller blitt tolket og klargjort. I neste avsnitt vil jeg gå nærmere inn på den tolkningen. Det må imidlertid nevnes at dette kun blir et utgangspunkt for hvor terskelen faktisk ligger i sakene hvor samvær nektes. I punkt 4.2 vil det redegjøres for EMDs avgjørelse av om samvær kunne nektes. Det for å belyse hva som skal til i praksis for å oppfylle terskelen som oppstilles.

⁷² jf. Rt. 2002 s. 908, Rt. 2004 s. 1046

⁷³ Johansen v. Norway pkt. 78

2.5.3 Rt. 2002 s. 908

Det skal her redegjøres for hvordan Høyesterett resonerer seg frem til en rettslig terskel for å nekte samvær. I punkt 4.3 vil det redegjøres for Høyesteretts løsning av samværsspørsmålet i saken.

Det rettslige spørsmålet i saken var om samvær skulle nektes.

På dommens side 912 tar Høyesterett utgangspunktet i hva EMD har lagt til grunn. EMDs terskel får høy vekt for retten.

EMDs terskel drøftes nærmere på side 913 i dommen. Det tas utgangspunkt i at EMD krever ”*ekstraordinære tilfeller*”(min uth).⁷⁴ Det ekstraordinære tilfelle må også være dominerende motivert av hensynet til barnets beste. Retten fant ikke så mye veiledning i det og måtte gå videre til andre kilder for å utdype hva som ligger i kravet.

Spørsmålet for retten var hva som skulle til for å nekte samvær. Retten måtte også legge seg på en terskel som overholdt EMDs krav fra Johansen saken. For å løse dette spørsmålet går Høyesterett nærmere inn på terskelen som var lagt til grunn i tidligere saker på s. 913. Retten resonerer seg frem til terskelen ved å se hen til praksis der det var blitt sagt noe om forståelsen av EMDs terskel. I to tidligere avsagte dommer fra Høyesterett som omhandlet adopsjonstiltak var kravene fra EMD tolket. Det bidro til holdepunkter for fastsettelse av terskelen i denne avgjørelsen. Det fantes ikke andre rettskilder som sa noe om EMDs krav.

Ingen av disse dommene var rene dommer om samværsnektelse så retten måtte resonere seg frem til hva som skal til for å nekte samvær ut fra det som var oppstilt der. På side 913 i

⁷⁴ Rt. 2002 s. 908 (s. 913)

dommen gikk retten inn på Rt. 2001 s.14 som omhandlet adopsjon. Saken behandlet også spørsmålet om svært begrenset samværsrett.

Retten går her inn i Rt. 2001 s. 14 på side. 24. I den saken hadde Høyesterett utledet at terskelen for å begrense samvær vesentlig i norsk rettspraksis krever:

”særlige grunner”(min uth.).⁷⁵

Men i den samme saken tolket retten EMDs terskel og utledet av den at samværsinnskrenkninger krevde:

”sterke grunner”(min uth.).⁷⁶

Etter min vurdering er det er imidlertid vanskelig å forstå hva som ligger i terskelen fra Rt. 2001 s. 14 særlige grunner og sterke grunner. Det eneste som kan utledes er at det skal mye til for å oppfylle terskelen. Tolkningen fikk imidlertid stor vekt i vår sak.

På side 913 kommer retten frem til den rettslige terskelen for å nekte samvær.

Høyesterett begrunnet terskelen på kravene som var oppstilt i saken fra 2001. Selv om vår sak omhandlet mindre alvorlige tiltak. At saken var mindre alvorlig talte imot terskelen Høyesterett konkluderte med. På tross av det konkluderte Høyesterett med terskelen at det må foreligge:

”spesielle og sterke grunner”(min uth.).⁷⁷

⁷⁵ Rt. 2001 s. 14 (s. 24)

⁷⁶ Rt. 2001 s. 14 (s. 24)

⁷⁷ Rt. 2002 s. 908 (s. 913)

Det er ikke enkelt å se hva som skjedde for at Høyesterett kom frem til spesielle grunner og sterke grunner. Jeg ser det slik at de to slutningene fra 2001 dommen ble harmonisert med hverandre. Høyesterett tolket særlige grunner fra 2001 saken som spesielle grunner. Det kan forstås slik at terskelen ble noe hevet fra 2001 dommen. Etter min vurdering stiller jeg meg litt spørrende til hvordan Høyesterett kom frem til en noe høyere terskel når saken var mindre alvorlig.

Kravet til spesielle og sterke grunnet som ble lagt til grunn i dommen har fått stor rettskildemessig vekt i senere avgjørelser om samvær. Det virker som Høyesterett satte ned kravet i forhold til EMDs krav om ekstraordinære tilfeller. Etter min vurdering er det imidlertid ikke så enkelt å se hva som ligger i kravet spesielle og sterke grunner. Det kan spørres om det er en hensiktsmessig terskel som det er lett å tolke. Det er et vagt uttrykk og kan lede til veldig ulike resultater. Det virker som kravet er tolket ulikt i senere praksis. Det er ikke hensiktsmessig at man ikke har en klar praksis på et så alvorlig område som samværsretten er.

2.6 Hensyn bak samværsretten

Det vil i det følgende redegjøres for hensyn som begrunner samværsretten. Hensynene som behandles er gjenforeningshensynet, det biologiske prinsipp, hensyn som spesielt ivaretar barnet og tilslutt hensynet til foreldrene. Disse hensynene skal behandles i punkt 2.6.1, 2.6.2., 2.6.3. og 2.6.4.

2.6.1 Gjenforeningshensynet

Målet om å gjenforene familien er et viktig hensyn etter EMDs praksis og i dette avsnittet vil jeg redegjøre nærmere for det. Det skal først redegjøres nærmere for hva som ligger i gjenforeningsmålet. Deretter hvilken betydning hensynet har for samværsretten.

Innholdet i gjenforeningsmålet fremkommer blant annet av Adele Johansen saken. Målet om gjenforening innebærer at barn som er under omsorgsovertakelse bør få komme tilbake til familien igjen og myndigheten skal treffe vedtak som leder til det.⁷⁸ EMD anser derfor omsorgsovertakelse i hovedsak som et midlertidig vedtak.⁷⁹ På bakgrunn av gjenforeningsmålet skal det derfor mye til før EMD anser en omsorgsovertakelse som varig.⁸⁰ Det følger av EMDs praksis at barnets beste skal ha avgjørende betydning for om det skal tas sikte på gjenforening.⁸¹ Begrunnelsen for gjenforeningsmålet er det biologiske prinsipp.⁸² Hensynet til gjenforening har så høy vekt for EMDs praksis at det oppstilles strenge krav for vedtak som ikke er forenelig med målet.⁸³ Det fremkommer av juridisk teori at EMD tar mer sikte på å samle familien igjen enn det norsk rettspraksis gjør.⁸⁴

Målet om gjenforening får stor betydning for samværsretten. Det gir samværsretten en sterkere stilling. Nektelse av samvær vil være i strid med gjenforeningsmålet.

Spørsmålet er om gjenforeningshensynet kan gå for langt i enkelte tilfeller på bekostning av barnet. Selv om barnets beste skal ha avgjørende betydning i vurderingen.

Noen ganger vil barnet føres tilbake til familien selv om det ikke er den beste løsningen for barnet.⁸⁵ Da går gjenforeningshensynet foran barnets beste.⁸⁶ Etter min mening er det lite gunstig om målet gjenforening går så langt at barnets interesser settes til side. Eller det tref-

⁷⁸ Johansen v. Norway pkt. 78

⁷⁹ Johansen v. Norway pkt. 78

⁸⁰ Sandberg (2001) s. 13

⁸¹ Johansen v. Norway pkt. 78

⁸² Sandberg (2005) s. 147

⁸³ Johansen v. Norway pkt. 78

⁸⁴ Lindboe (2012) s. 115

⁸⁵ Sandberg (2005) s. 147

⁸⁶ Sandberg (2005) s. 147

fes vedtak om samvær i tilfeller der det ikke burde være samvær. Det kan forekomme på grunn av de strenge krav for å nekte samvær som følger av gjenforeningsmålet.⁸⁷

2.6.2 Det biologiske prinsipp

Hovedbegrunnelsen for at vi har en samværsrett etter omsorgsovertakelse er det biologiske prinsipp.⁸⁸ Bakgrunnen for at prinsippet begrunner samværsretten er at prinsippet anses som grunnleggende for bvl.⁸⁹ En måte det biologiske prinsippet kommer til uttrykk på i bvl. er gjennom samværsretten.⁹⁰ Samværsretten i bvl. er en av reglene som viser at det biologiske prinsipp er et grunnprinsipp bak bvl.⁹¹ Det følger også av rettspraksis at det biologiske prinsipp begrunner samværsretten.⁹² Høyesterett har uttalt i den sammenheng:

“Det kan imidlertid være grunn til å fremheve at de strenge krav som gjelder for å kunne nekte foreldrene samvær, nettopp har sammenheng med at det normalt anses å være til barnets beste – særlig i en mer langsiktig vurdering – å ha samvær med sine biologiske foreldre også etter en omsorgsovertakelse.” (min uth.)⁹³

Høyesterett uttaler ikke klart at samværsretten er et direkte utslag av det biologiske prinsipp her. Men det kan utledes av Høyesteretts uttalelse at det er slik fordi kontakten mellom barn og foreldre er en viktig del av det biologiske prinsipp. Og det fremheves av Høyesterett at det er viktig for barnet å bevare denne kontakten. Høyesterett legger også til grunn at

⁸⁷ som ble behandlet i punkt 2.5.2

⁸⁸ Ot. prp.nr.44 (1991-1992) s. 51

⁸⁹ NOU 2012:5 s. 41

⁹⁰ NOU 2012:5 s. 41

⁹¹ NOU 2012:5 s. 41

⁹² Rt. 2004 s. 1046 pkt. 49

⁹³ Rt. 2004 s. 1046 pkt. 49

det biologiske prinsipp er bakgrunnen for at det oppstilles så høye krav for å nekte samvær. Det kan derfor utledes av Høyesteretts uttalelse at det biologiske prinsipp styrker samværsrettens grunnlag i avgjørelsen av om det skal nektes samvær av hensyn til barnets beste.

Spørsmålet er om det kan utdeles mer om innholdet i det biologiske prinsipp fra andre rettskilder.

I juridisk teori er det biologiske prinsipp nærmere utdypet. I følge Sandberg er det nærmere innhold av det biologiske prinsipp ikke helt klart.⁹⁴ Det er imidlertid slik at det er et grunnleggende syn i samfunnet at barnet skal vokse opp i den familie de er født inn i. Det på bakgrunn av at barnet er biologisk tilknyttet foreldrene og har i de fleste tilfeller en nær relasjon med foreldrene.⁹⁵ Det skal i hovedsak ikke gripes inn i det forhold.⁹⁶ Men en annen side av prinsippet er at barnets forhold til foreldrene noen ganger må ivaretas gjennom andre former for kontakt enn at barnet vokser opp i familien.⁹⁷

Det biologiske prinsipp har betydning i vurderingen av hva som er best for barnet jf. § 4-1 som behandles i punkt 3.2.1. Prinsippet får derfor også betydning i avgjørelsene det skal redegjøres for i punkt 4.2. Tilslutt som det har fremkommet her får prinsippet betydning som et hensyn bak samværsretten.

2.6.3 Hensyn til barnet

⁹⁴ Sandberg (2003) s. 67

⁹⁵ Sandberg (2003) s. 68

⁹⁶ Sandberg (2003) s. 68

⁹⁷ Sandberg (2003) s. 69

Samværsretten ivaretar flere hensyn til barnet. Det vil gå utover oppgavens rammer og behandle alle hensyn til barnet som fremkommer av rettskildene. Jeg vil derfor gå inn i de hensyn som er mest fremtredende.

Et hensyn bak samværsretten er hensynet til barnets kontinuitet i livet. Hensynet ble ansett så sentralt at det ble forankret i bvl. § 4-1 (2).⁹⁸ Det medfører at hensynet skal inngå i vurderingen av hva som er barnets beste i spørsmål om samvær. Ivaretagelsen av hensynet var en av hovedbegrunnelsene for at det ble fastsatt en samværsrett i forarbeidene.⁹⁹ Det følger av forarbeidene til bvl. at samvær gir barnet følelsen av kontinuitet i livet. Det var derfor svært viktig at barnet fikk bevare kontakten med foreldrene etter plassering i fosterhjem.¹⁰⁰

Barnet har også et behov for å se hvordan det går med foreldrene etter omsorgsovertakelsen. Samvær gir barnet mulighet til det.¹⁰¹ Barn som har måttet påta seg oppgaven som hovedomsorgsperson for familien har et større behov for det enn andre barn.¹⁰² Jeg er enig med Bergum i dette. Dersom barnet har flyttet da forsvinner den som har holdt familien sammen og tatt vare på foreldrene. Da blir det helt sentralt at barnet får følge med på hvordan foreldrene klarer seg. Men det er også viktig for barn som av andre årsaker er bekymret for foreldrene og vet at foreldrene har det vanskelig.¹⁰³ Uansett årsaken til barnets bekymring vil det oppleves positivt og gi barnet energi å se at foreldrene klarer seg godt uten dem.¹⁰⁴ Etter min vurdering av dette hensynet vil dette også bidra til at barnet kan konsentrere seg om fosterforeldrene i større grad.

⁹⁸ Innst.O.nr. 80 (1991-1992) pkt. 3.4

⁹⁹ Ot.prp.nr.44 (1991-1992) s. 51

¹⁰⁰ Ot.prp.nr.44 (1991-1992) s. 51

¹⁰¹ Haugli (2010) s. 100

¹⁰² Bergum (2004) s. 106

¹⁰³ Haugli (2010) s. 100

¹⁰⁴ Haugli(2010) s.100

Barnet føler ofte at det er vondt å bli flyttet vekk fra sine foreldre og at de må forholde seg til et helt nytt bosted.¹⁰⁵ Det vil føles mindre vondt for barnet å bo et annet sted dersom de fortsatt får møte foreldrene.¹⁰⁶ Barnet kan også reagere med protest på å bli tatt vekk fra sine foreldre når barnet ikke vil flyttes.¹⁰⁷ Men ved samvær ser barnet at det får møte foreldrene selv om de ikke lenger kan bo sammen. Det kan roe ned barnets reaksjoner på flyttingen.¹⁰⁸

Opplever barnet at samværet fungerer godt ved at foreldrene gir god omsorg under samværet vil det gi barnet trygghet på at foreldrene fortsatt er glade i dem selv om de ikke lenger bor sammen.¹⁰⁹

Et annet hensyn samvær ivaretar er hensynet til fosterbarns behov for å ha et realistisk bilde av foreldrene.¹¹⁰ Når barnet ikke lenger kan bo sammen med sine foreldre kan barnet utvikle uriktige oppfatninger av foreldrene.¹¹¹ Da blir ikke enkelt for barnet å forstå hvorfor det ikke kunne bo sammen med foreldrene mer.¹¹² Spesielt hvis barnet har oppstilt et mye bedre bilde av foreldrene enn den person de egentlig er.¹¹³ Men ved samvær kan barnet få mulighet til å danne seg et mer riktig bilde av foreldrene.¹¹⁴ Det bidrar til at barnet forstår at foreldrene har gitt den beste omsorgen de kunne ut fra sine forutsetninger.¹¹⁵

¹⁰⁵ Haugli (2010) s. 99

¹⁰⁶ Haugli (2010) s. 99

¹⁰⁷ NOU 2012:5 s. 109

¹⁰⁸ NOU 2012:5 s. 109

¹⁰⁹ NOU 2012:5 s. 109

¹¹⁰ NOU 2012:5 s. 109

¹¹¹ Haugli (2010) s. 100

¹¹² NOU 2012:5 s. 109

¹¹³ NOU 2012:5 s. 109

¹¹⁴ Haugli (2010) s. 100

Samlet sett ser man at samvær ivaretar viktige behov barn som er tatt ut av familiehjemmet har.

2.6.4 Hensynet til barnets foreldrene

Hensyn til de biologiske foreldrene kan få betydning i vurderingen om det skal være samvær mellom barnet og foreldrene.¹¹⁶ Skal hensynet til foreldrene få betydning i vurderingen av hva som er barnets beste etter bvl. § 4-1, forutsetter det at hensynet til foreldrene kan anses som en del av vurderingen.¹¹⁷ Som redegjørelsen nedenfor vil vise.

Det følger av Høyesterettspraksis at hensynet til foreldrene kan inntas i den skjønnsmessige vurderingen om det skal være samvær jf. bvl. § 4-19 (2).¹¹⁸ Høyesterett legger til grunn at barnets behov er utgangspunkt for den skjønnsmessige vurderingen. Det følger av bvl. § 4-1.¹¹⁹ Men i Rt. 2003 s. 425 måtte Høyesterett også ta hensyn til barnets mor. Det måtte tas hensyn til mor ved fastsettelsen av samværrets omfang og varighet.¹²⁰ I andre saker har forhold ved foreldrene i negativ forstand inngått i vurderingen av barnets beste og talt for at samvær skal nektes.¹²¹ Det forekom for eksempel i Rt. 2002 s. 908 hvor mor hadde utvist en meget dårlig atferd ved samværet.¹²² Det redegjøres ikke nærmere for dette her. I av-

¹¹⁵ Haugli (2010) s. 100

¹¹⁶ Haugli (2000) s. 242

¹¹⁷ Haugli (2000) s. 242

¹¹⁸ Rt. 2003 s. 425 pkt.38

¹¹⁹ Rt. 2003 s. 425 pkt.38

¹²⁰ Rt. 2003 s. 425 pkt.38

¹²¹ jf. Rt. 2002 s. 908

¹²² jf. Rt. 2002 s. 908

handlingens punkt 4 vil det redegjøres nærmere for hvilken betydning forhold ved foreldrene har i samværsspørsmålet.

2.7 Hensyn som taler imot samvær

Det foreligger hensyn som taler imot at det skal være samvær etter omsorgsovertakelse. Et sentral hensyn som blant annet følger av rettspraksis er hensynet til at barnet skal ha størst mulig ro for å tilknytte seg fosterhjemmet.¹²³ Hensynet kan medføre at det er behov for å sette det biologiske prinsipp tilside.¹²⁴ Et utfall av dette kan være at samværet reduseres, slik at barnet får best mulighet til å etablere en tilknytning til fosterhjemmet. Det til tross for at det anses som barnets beste å ha samvær med de biologiske foreldrene.¹²⁵

I rettspraksis har hensynet fått betydning og det fremkommer blant annet av LB-2006-26681. I saken fikk hensynet betydning fordi samværet hadde vært svært konfliktfylt. Samværet medførte også påkjenninger for barnet. Det kan da være et behov for å begrense samværet for å gi barnet størst mulig ro for å tilknytte seg fosterhjemmet.¹²⁶

2.8 Tilsyn ved samvær – et utslag av det mildeste inngrepsprinsipp

I dette avsnittet skal det redegjøres for når det kan settes inn tilsyn ved samvær. Dette får betydning for samværsspørsmålet og viser hvor sterkt samværsretten står.

¹²³ jf. LB-2006-26681

¹²⁴ NOU 2012:5 s. 108

¹²⁵ NOU 2012:5 s. 108

¹²⁶ LB-2006-26681

Det følger av det mildeste inngrepsprinsipp at dersom samvær skal nektes, kan det heller besluttes å sette inn tilsyn.¹²⁷ Det mildeste inngreps prinsipp innebærer at det ikke skal settes inn mer inngripende tiltak enn det som er nødvendig.¹²⁸ Det begrunner hvorfor det kan settes inn tilsyn i stedet for at samvær nektes.¹²⁹ Dette er bakgrunnen for at det følger av rettspraksis at det er adgang til å pålegge tilsyn i stedet for å nekte samværet.¹³⁰

For å sette inn tilsyn er det oppstilt høye krav fordi det er et stort inngrep i foreldrenes samværsrett.¹³¹ En forutsetning for at det kan settes inn tilsyn er at det kreves tungtveiende og konkrete grunner.¹³² Det kreves også at tilsyn må være nødvendig av hensyn til barnet og det kan ikke pålegges for sikkerhets skyld.¹³³ Det kreves i tillegg at det foreligger et behov for å ha kontroll på samværene mellom barnet og foreldrene.¹³⁴ Eksempler på situasjoner hvor det kan være nødvendig å sette inn tilsyn er ved fare for overgrep og mishandling eller fare for kidnapping.¹³⁵ Det kan reises spørsmål om tilsyn vil være tilstrekkelig for å beskytte barna i slike tilfeller eller om samværet i stedet bør nektes.

I LB-2011-181824 kom lagmannsretten frem til at det skulle settes inn tilsyn ved samvær. Bakgrunnen for saken var spørsmålet om samvær og omsorgsovertakelse av to barn på 11 og 8 år. Begrunnelsen for at det ble foretatt omsorgsovertakelse var blant annet fordi mor hadde alvorlige psykiske problemer. Da saken kom opp for retten var moren erklært frisk, men hun var imidlertid fortsatt avhengig av medisiner. Far hadde også hatt store problemer

¹²⁷ Haugli (2010) s. 142-143

¹²⁸ Haugli (2010) s. 142-143

¹²⁹ Haugli (2010) s. 142-143

¹³⁰ jf blant annet LB-2006-26681

¹³¹ Haugli (2000) s. 223

¹³² Haugli (2000) s. 223

¹³³ Haugli (2000) s. 223

¹³⁴ Haugli (2010) s. 142

¹³⁵ Haugli (2000) s. 223

i forhold til alkohol og hadde utvist særs dårlig omsorg for barna. Jeg vil her gå nærmere inn på samværsspørsmålet mellom mor og barna.

Retten på sin side begrunnet beslutningen om tilsyn med at de fant at det forelå tungtveiende grunner av hensyn til barna. Grunnen til at de fant at det forelå tungtveiende grunner var fordi barna allerede var sterkt skadet og sårbare etter å ha levd under svært dårlige omsorgsforhold. Det fikk stor betydning i den sammenheng at samværene hadde fungert dårlig. Og at barna var avvisende mot mor ved samvær. Totalt sett økte disse forholdene barnas belastningen ved samvær. Et annet avgjørende moment for at det forelå tungtveiende grunner var at barna selv ville ha tilsyn ved samvær. Det kan anses som et uttrykk for hvilken belastning samværet medførte for barna.

Det forelå også et kontrollbehov ved samværene. Det fordi det forelå usikkerhet i forhold til at far skulle kontakte barna mot deres vilje. Barna hadde gitt uttrykk for at de ikke ville se far og han bodde rett i nærheten. Far på sin side hevdet at han ikke ville kontakte barna, men det holdt ikke mål for retten. Retten fant derfor samlet sett at det forelå et behov for å beskytte barna ved samvær. Etter en konkret avveining av faktum kom retten frem til at det skulle være et begrenset samvær med tilsyn. Denne dommen gir et eksempel på når det kan settes inn tilsyn ved samværet.

3 Nærmere om barnets beste vurderingen

3.1 Innledning

Det har i avhandlingens punkt 2. blitt redegjort for det rettslige grunnlaget for samværsretten. I punkt 2 ble det også redegjort for grunnlaget for samværsnektelse. I denne delen av avhandlingen skal det redegjøres nærmere for hva som inngår i den skjønsmessige vurderingen etter bvl. § 4-19 annet ledd. Vurderingen av om samvær skal nektes etter bvl. § 4-19 (2) skal i tråd med Rt. 2002 s. 908 bero på:

“Dette skjer etter en bred skjønnsmessig vurdering, der fylkesnemnda og domstolene må ta i betraktning det generelle utgangspunktet i barnevernloven § 4-1 - at det ved avgjørelser etter lovens kapittel 4 skal legges avgjørende vekt på å finne tiltak som er til beste for barnet.”(min uth.)¹³⁶

I tråd med det Høyesterett legger til grunn skal den brede skjønnsmessige vurderingen ta utgangspunkt i bvl. § 4-1. Derfor vil hovedfokus i denne delen av oppgaven være på de momentene som skal inngå i vurderingen etter bvl. § 4-1. Det er ikke mulig å gi en fullstendig oversikt over de momentene som kan inngå i den brede skjønnsmessige vurderingen. På grunn av at nye momenter kan komme inn dersom det har betydning for å avgjøre saken. Jeg vil imidlertid i dette innledende avsnitt prøve å gi en fullstendig oversikt over de momentene som har fremkommet ved en gjennomgang av rettskildene.

Det utledes av bvl, rettspraksis, og juridisk teori at momenter som inngår i barnets beste vurderingen ved samvær er hensynet til stabil og god voksenkontakt, kontinuitet i omsorgen, barnets alder, barn som er skadet/sårbare, barns reaksjoner på samvær, forhold ved foreldrene, hvilken type plassering av barnet som er foretatt, barnets syn på samværet, det biologiske prinsipp, barnets personlige egenskaper, hensyn til fosterforeldrene, og hensynene ved samværsretten kan også komme inn i den skjønnsmessige vurderingen.¹³⁷ Jeg vil fokusere på enkelte momenter i denne avhandlingen. Det biologiske som behandles i punkt 3.2.1., hvilken type plassering av barnet som er foretatt (i punkt 3.2.2), barnets syn på samvær (i punkt 3.2.3) og barnets reaksjoner på samvær (i punkt 3.2.4). Disse momentene får ofte stor vekt ved spørsmål om å nekte samvær. Først vil det imidlertid i punkt 3.1.1 redegjøres for utgangspunktet for den skjønnsmessige vurderingen bvl. § 4-1. Det fremkommer to momenter av bvl. § 4-1 som skal vektlegges i vurderingen. Momentene som følger av

¹³⁶ Rt. 2002 s. 908 s. 912, tilsvarende Rt. 2004 s. 1046 pkt. 46

¹³⁷ jf. Rt. 2002 s. 908, Rt. 2004 s. 1046, LB-2006-26681, Haugli (2000), og Haugli (2010), bvl § 4-

bestemmelsen er ”stabil og god voksen kontakt” og ”kontinuitet i omsorgen” og disse behandles også i punkt 3.1.1.

I avhandlingens punkt 4 skal det redegjøres for rettspraksis på området. Det for å avgjøre hva som i praksis har avgjørende betydning for at samvær kan nektes av hensyn til barnets beste.

3.1.1 Forutsetningen for barnets beste vurderingen bvl. § 4-1

Bvl. § 4-1 bestemmer uttrykkelig at barnets beste skal være avgjørende når det treffes vedtak etter bvl. Bestemmelser lyder som følger:

”Ved anvendelsen av bestemmelsene i dette kapittelet skal det legges avgjørende vekt på å finne tiltak som er til det beste for barnet. Herunder skal det legges vekt på å gi barnet stabil og god voksenkontakt og kontinuitet i omsorgen”(min uth).

Som det følger av bestemmelsen skal det legges ”avgjørende vekt” på å finne tiltak som er til det beste for barnet. Det følger av forarbeidene at:

”Det er et overordnet prinsipp i barnevernloven at det skal legges avgjørende vekt på hva som er *barnets beste*. Barnets grunnleggende behov for beskyttelse og omsorg må vektlegges fremfor foreldrenes rettigheter.”¹³⁸

”Avgjørende vekt” skal derfor i tråd med forarbeidene føre til at barnets rettigheter får høyere vekt enn foreldrenes rettigheter. Det er en forutsetningen for at bvl. § 4-1 kommer til anvendelse det er at bestemmelsen som anvendes i bvl. gir rom for en skjønnsmessig vur-

¹³⁸ Ot.prp.nr. 69 (2008-2009) s. 5

dering.¹³⁹ Det følger av bvl. § 4-19 (2) at det skal foretas en skjønnsmessig vurdering derfor skal det legges avgjørende vekt på hensynet til barnet ved beslutningen om samvær.

Skal barnets beste gis avgjørende vekt foran hensyn til foreldrene er man nødt til å finne ut hva som er det beste for barnet i samværssaken. Det er ikke mulig å gi et entydig svar på hva som anses som barnets beste.¹⁴⁰ Det kan hentes generell kunnskap fra for eksempel psykologi, men det bidrar kun til en forståelse av hva som kan anses som barnets beste.¹⁴¹ For å finne frem til hva som er barnets beste i saken skal det derfor gjennomføres en konkret og individuell vurdering.¹⁴² Spørsmålet er hva som skal inngå i denne konkrete og individuelle vurderingen ved spørsmål om samvær. Momentene som skal inngå i den konkrete vurderingen av hva som er til barnets beste avhenger av barnet som er omhandlet og hvilken sak det dreier seg om.¹⁴³

Domstolene går ofte inn i erfaringskunnskap om barn for å avgjøre hva som er barnets beste.¹⁴⁴ Denne erfaringskunnskapen hentes fra andre fagområder som for eksempel psykologi.¹⁴⁵ Imidlertid kan ikke denne kunnskapen legges til grunn i avgjørelsene etter bvl.¹⁴⁶ I rettspraksis har sakkyndiges vurdering ofte stor vekt i vurderingen om samvær er til barnets beste.¹⁴⁷ Etter min vurdering virker det som sakkyndiges vurdering følges i rettspraksis dersom den støttes av andre momenter i saken.¹⁴⁸

¹³⁹ Sandberg (2003) s. 59

¹⁴⁰ Sandberg (2003) s. 64

¹⁴¹ Sandberg (2003) s. 64

¹⁴² *Barnekonvensjonen barns rettigheter i Norge* (2012) s. 65

¹⁴³ Sandberg (2003) s. 64

¹⁴⁴ Lindboe (2012) s. 46

¹⁴⁵ Lindboe (2012) s. 46

¹⁴⁶ Lindboe (2012) s. 46

¹⁴⁷ jf Rt. 2002 s. 908, Rt. 2002 s. 908, Lindboe (2012) s. 46

¹⁴⁸ jf Rt. 2002 s. 908, Rt. 2002 s. 908

Det følger av bvl. § 4-1 annet punktum at når det skal treffes tiltak i tråd med barnets beste skal det herunder legges vekt på hensynet til ”stabil og god voksenkontakt” og ”kontinuitet i omsorgen”. Momentene angir en retningslinje for hva som er til barnets beste.¹⁴⁹ Etter ordlyden ”herunder” er ikke disse momentene de eneste som skal vurderes også andre momenter skal inngå i vurderingen.¹⁵⁰ Det er også lagt til grunn i forarbeidene.¹⁵¹ Imidlertid er momentene ansett for å gi uttrykk for verdier som normalt er viktig for barn.¹⁵² Men momentene er spesielt viktig for barn i en vanskelig situasjon og skal derfor inngå i vurderingen.¹⁵³

Begrunnelsen for at momentene ble lovfestet i bvl. § 4-1 var et utslag av det biologiske prinsipp.¹⁵⁴ Det fordi momentene skulle ivareta barnets kontakt med foreldrene også etter omsorgsovertakelse.¹⁵⁵ Det kan utledes av forarbeidene at momentene tar sikte på å ivareta barnets beste. Det betyr at det i forarbeidene legges til grunn at det i utgangspunktet er barnets beste å bevare kontakten med foreldrene.¹⁵⁶ Hvilken betydning det biologiske prinsipp får i barnets beste vurdering skal behandles nærmere i punkt 3.2.1. I avhandlingens punkt 2.6.3 redegjøres det for hensynet til kontinuitet, som et hensyn bak samværsretten.

I NOU 2000:12 går komiteen nærmere inn på betydningen samvær faktisk har for barnet. Det legges i utredningen til grunn at ved beslutningen om samvær ut fra barnets beste skal

¹⁴⁹ Sandberg (2003) s. 62

¹⁵⁰ Sandberg (2003) s. 62

¹⁵¹ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 28

¹⁵² Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 28, Sandberg (2003) s. 61

¹⁵³ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 28, Sandberg (2003) s. 61

¹⁵⁴ Innst. O. nr 80 (1991-1992) s. 13

¹⁵⁵ Innst. O. nr 80 (1991-1992) s. 13

¹⁵⁶ jf. Innst. O. nr 80 (1991-1992) s. 13

de positive og negative virkninger av samvær vurderes, og ut fra det skal det avgjøres om samvær fortsatt er det beste for barnet.¹⁵⁷

Det utledes av rettspraksis at barnets beste vurderingen etter bvl. § 4-19 annet ledd må overholde våre forpliktelser etter EMK art. 8 og EMDs praksis i tilknytning til bestemmelsen.¹⁵⁸ I punkt 2.5 har betydningen av EMK for den skjønsmessige vurderingen blitt redegjort for.

3.2 Sentrale momenter i vurderingen av hva som barnets beste ved samvær

3.2.1 Betydningen av det biologiske prinsipp i barnets beste vurderingen

Det biologiske prinsipp får stor betydning i vurderingen av hva som er barnets beste når det kommer til samvær jf. blant annet Rt. 2004. s. 1046, og Rt. 2002 s. 908.

I saker om samvær skal nektes eller sterkt begrenses tas det i betraktning at det som generelt utgangspunkt er barnets beste å ha samvær.¹⁵⁹ Høyesterett anvender det som utgangspunkt for vurderingen i Rt. 2004 s. 1046. Utgangspunktet for vurderingen kan forstås som et direkte utslag av det biologiske prinsipp.¹⁶⁰ På bakgrunn av dette får det biologiske prinsipp stor betydning i avgjørelsen om det er barnets beste å ha samvær.¹⁶¹ Det kan derfor slås fast at det biologiske prinsipp er et rettslig bindende utgangspunkt som skal inngå i den skjønsmessige vurderingen etter bvl. § 4-19 (2) jf. § 4-1.¹⁶² Det har bred støtte i juridisk

¹⁵⁷ NOU 2000:12 s. 155-156

¹⁵⁸ jf. Rt. 2002 s. 908, Rt. 2004 s. 1046

¹⁵⁹ jf. Rt. 2004 s. 1046 pkt. 72

¹⁶⁰ Rt. 2004 s. 1046 pkt. 49

¹⁶¹ jf. Rt. 2004 s. 1046 pkt. 49, 72

¹⁶² jf. Rt. 2004 s. 1046

teori at det biologiske prinsipp inngår i barnets beste vurderingen.¹⁶³ I følge Sandberg anvendes det biologiske prinsipp som et argument i saken for den rettslige løsningen.¹⁶⁴

Det rettslige bindende utgangspunkt innebærer at å vokse opp med familien eller bevare kontakten med familien ivaretar barnets beste.¹⁶⁵ Det må imidlertid vurderes hva som er best for det enkelte barn ut fra hensynet til barnets beste.¹⁶⁶ Det følger av NOU 2012:5 at i avgjørelsen av samværsspørsmålet, så kan grunnprinsippene i bvl. tale for motstridende løsninger av hva som best for barnet.¹⁶⁷ Derfor må barnets beste vurderes konkret ut fra det enkelte barn situasjon.¹⁶⁸

Det kan utledes av rettspraksis at selv om det rettslige utgangspunktet i tråd med det biologiske prinsipp er at barnets beste er å bevare kontakt med familien.¹⁶⁹ Så kan hensynet til barnets beste være i strid med det rettslige utgangspunktet fordi andre momenter kan tale imot samvær.¹⁷⁰ Da kan det biologiske prinsipp settes til side av hensyn til barnet.¹⁷¹ Spørsmålet er hva som skal til for at hensynet til barnet tilsier at man må fravike det biologiske prinsipp og nekte samvær i avgjørelsene. Jeg vil prøve å finne svar på dette i avhandlingens punkt 4.

Jeg skal kort nevne betydningen av det biologiske prinsipp for foreldrene.

¹⁶³ jf. Lindboe (2012) s.48, Sandberg (2003) s. 69

¹⁶⁴ Sandberg (2003) s. 69

¹⁶⁵ Lindboe (2012) s. 46

¹⁶⁶ Lindboe (2012) s. 47

¹⁶⁷ NOU 2012:5 s. 41

¹⁶⁸ NOU 2012:5 s. 41

¹⁶⁹ Rt. 2004 s. 1046 pkt. 72

¹⁷⁰ Rt. 2004 s. 1046 pkt. 73-75

¹⁷¹ Rt. 2004 s. 1046 pkt. 73-75

I vurderingen av hva som er barnets beste skal hensynet til foreldrene som utgangspunkt ikke ha betydning.¹⁷² Det biologiske prinsipp skal inngå i barnets beste vurderingen.¹⁷³ Det biologiske prinsipp innebærer jo at kontakten mellom barnet og foreldrene skal bevares. Hensynet til foreldrene vil på den måten ivaretas i barnets beste vurderingen.¹⁷⁴ Det fordi i de fleste tilfeller vil det være i foreldrenes interesse å ha kontakt med barnet.¹⁷⁵

Jeg vil bemerke at det biologiske prinsipp kan sies å ha to hensikter. For det første er det hovedbegrunnelsen for at det ble fastsatt en samværsrett i bvl. som nevnt i punkt 2. For det andre som argument i vurderingen av hva som er barnets beste i samværsbeslutningen etter bvl. § 4-19 (2).

3.2.2 Hvilken betydning har plasseringen av barnet ved samvær?

Spørsmålet om samværsrett skal nektes etter bvl. § 4-19 har sammenheng med den plassering av barnet som er foretatt. Den type plassering av barnet som er foretatt får avgjørende betydning for omfanget av samvær.¹⁷⁶

I samsvar med dommen inntatt i Rt. 1998 s. 787 kan det med sikkerhet utledes av rettspraksis at det i hovedsak skal fastsettes et begrenset samvær ved langvarig omsorgsovertakelse. Målet for Høyesterett er at det begrensede samværet over tid skal fungere i tråd med barnets beste.¹⁷⁷ Dommen slår uttrykkelig fast at det også skal være samvær når barnet er varig plassert.¹⁷⁸

¹⁷² Lindboe (2012) s. 47

¹⁷³ Lindboe (2012) s. 48

¹⁷⁴ Lindboe (2012) s. 48

¹⁷⁵ Lindboe (2012) s. 48

¹⁷⁶ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 51

¹⁷⁷ Rt. 1998 s. 787 s. 792

¹⁷⁸ Haugli (2000) s. 277

Det kan også utledes av Rt. 1998 s. 787 at ved en midlertidig omsorgsovertakelse der tilbakeføring til foreldrene er sannsynlig skal det fastsettes ett mer omfattende samvær.¹⁷⁹ Slik at barnets kontakt med de biologiske foreldrene kan holdes ved like. Når tilbakeføring nærmer seg vil det kunne fastsettes et hyppig samvær med lengre varighet.¹⁸⁰

Dette får stor betydning for vurderingen av hva som er barnets beste når det kommer til samvær. Det er fastsatt rammer i sikker rett for at samvær kun skal ha et vist omfang ved lang plassering og mer samvær ved kortere plasseringer. Det vil danne utgangspunktet for vurderingen av samvær. Det vil i oppgavens punkt 4 redegjøres for flest tilfeller der det kun er spørsmål om begrenset samvær eller nektelse. Bakgrunnen for at det i sakene i hovedsak bare blir spørsmål om begrenset samvær eller nektelse er på grunn av at barna er langvarig plassert i fosterhjem.

3.2.3 Barnets syn på samvær

Jeg skal i dette avsnittet først se på det rettslige grunnlaget for barnets rett til å få gi uttrykk for sine synspunkter i saken og deretter redegjøre kort for hva som får betydning for vekten av barnets mening fra rettspraksis.

I den skjønnsmessige avgjørelsen av hva som er til barnets beste etter bvl. § 4-1 følger det av BK artikkel 12 og bvl. § 6-3 at barnet skal gis en rett til å bli hørt. Bestemmelsene bygger i hovedsak på de samme vilkårene. Vilråene som har samme innhold vil behandles felles. Det foreligger imidlertid enkelte ulike vilkår. Der det forekommer vil det påpekes.

BK artikkel 12 lyder som følger:

¹⁷⁹ Rt. 1998 s. 787 s. 792

¹⁸⁰ Rt. 1998 s. 787 s. 792

”1. Partene skal garantere et barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter, retten til fritt å gi uttrykk for disse synspunktene i alle forhold som vedrører barnet, og tillegge barnets synspunkter behørig vekt i samsvar med dets alder og modenhet.

2. For dette formål skal barnet særlig gis anledning til å bli hørt i enhver rettslig og administrativ saksbehandling som angår barnet, enten direkte eller gjennom en representant eller et egnet organ, på en måte som er i samsvar med saksbehandlingsreglene i nasjonal rett.”

Det må bemerkes at det også følger av BK artikkel 3 nr. 1 om barnets beste, at barnets mening skal tas i betraktning i barnets beste vurderingen.¹⁸¹ Det fremkommer av juridisk teori at barnets rett til å bli hørt har stor betydning for barnets verdighet og integritet.¹⁸² Det er derfor spesielt viktig at de får uttale seg i saker som gjelder dem.¹⁸³ En av grunnprinsippene i BK er barnets rett til å bli hørt.¹⁸⁴ Betydningen av at BK artikkel 12 er et grunnprinsipp i konvensjonen medfører at retten til å bli hørt skal være en del av alle rettighetene som følger av BK. Men samtidig er retten til å bli hørt en selvstendig rettighet etter BK.¹⁸⁵

I barnevernloven § 6-3 bestemmes det uttrykkelig at barnet har en rett til å bli hørt. Bestemmelsens første ledd lyder som følger:

”Et barn som er fylt 7 år, og yngre barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter, skal informeres og gis anledning til å uttale seg før det tas avgjørelse i sak som berører ham eller henne. Barnets mening skal tillegges vekt i samsvar med barnets alder og modenhet.”

¹⁸¹ *Barnekonvensjonen barns rettigheter i Norge* (2012) s. 93

¹⁸² *Barnekonvensjonen barns rettigheter i Norge* (2012) s. 90

¹⁸³ *Barnekonvensjonen barns rettigheter i Norge* (2012) s. 90

¹⁸⁴ *Barnekonvensjonen barns rettigheter i Norge* (2012) s. 90

¹⁸⁵ *Barnekonvensjonen barns rettigheter i Norge* (2012) s. 90

Det er et felles sentralt vilkår etter BK art 12 første ledd og bvl. § 6-3 for å bli hørt. Vilkåret er at barnet er ”i stand til å danne seg egne synspunkter”. Det følger av juridisk teori at barnet er i stand til å danne seg synspunkter avhenger av hvilken sak det er tale om.¹⁸⁶ Barnet trenger ikke mene noe om sakens utfall.¹⁸⁷ Det er tilstrekkelig at det har evne til å mene noe som har betydning i saken.¹⁸⁸ Det kan typisk forekomme at saken er vanskelig. Det vil da være tilstrekkelig at et barn for eksempel i en barnevernssak har en mening om forholdet til mor.¹⁸⁹ Etter min mening kan det føles betryggende for barnet at det da ikke trenger å si noe om hvordan saken skal ende. Det skal også tas i betraktning at et barn har også evne til å ha meninger fra det er ganske lite.¹⁹⁰ Disse forhold må tas i betraktning når man vurderer om barnet har evnen til å komme med en mening i en sak.

Etter at BK i 2003 ble inkorporert i norsk rett ble aldersgrense for å bli hørt i bvl. § 6-3 satt ned fra 12 år til 7 år.¹⁹¹ Det fremkommer av bvl. § 6-3 at også barn som er yngre enn 7 år også skal ha en rett til å uttale seg. Det forutsetter imidlertid at barnet er ”i stand til å danne seg sine egne synspunkter”. Det følger av forarbeidene at det skal vurderes konkret om et så lite barn har evnen til å uttale seg.¹⁹² Bakgrunnen for at det ikke er en nedre aldersgrense for å bli hørt i bvl. § 6-3 er en følge av at BK art. 12 som ikke oppstiller noen aldersgrense.¹⁹³

¹⁸⁶ *Barnekonvensjonen barns rettigheter i Norge* (2012) s. 99

¹⁸⁷ *Barnekonvensjonen barns rettigheter i Norge* (2012) s. 99

¹⁸⁸ *Barnekonvensjonen barns rettigheter i Norge* (2012) s. 99

¹⁸⁹ *Barnekonvensjonen barns rettigheter i Norge* (2012) s. 99

¹⁹⁰ *Barnekonvensjonen barns rettigheter i Norge* (2012) s. 99

¹⁹¹ Lindboe (2009) s. 93-94

¹⁹² Ot.prp. nr. 45 (2002-2003) s. 62

¹⁹³ *Barnekonvensjonen barns rettigheter i Norge* (2012) s. 99

Det er en forskjell fra bvl. og BK. Etter bvl. § 6-3 foreligger det en plikt til å informere barnet. Bakgrunnen for at det foreligger en plikt til å informere barnet er fordi barnet behøver informasjon for å ha et grunnlag til å uttale seg.¹⁹⁴ Det følger av juridisk teori at selv om ikke BK oppstiller noen rett til informasjon, må det innfortolkes at det foreligger en slik rett.¹⁹⁵ Informasjonen som gis til barnet skal være forståelig.¹⁹⁶

Det er et vilkår som bare framkommer etter BK artikkel 12 og ikke i bvl § 6-3. Det er vilkåret om at barnet ”fritt skal kunne gi uttrykk for sine synspunkter”. Det følger av juridisk teori at det innebærer at man ikke skal påvirke barnets mening.¹⁹⁷ Barnet skal ikke føle seg presset eller truet til å mene noe bestemt i saken.¹⁹⁸ Det er viktig at den som hører barnet prøver å finne ut om barnet har blitt utsatt for slik påvirkning.¹⁹⁹ I barnevernssaker kan det typisk forekomme at biologiske foreldre eller andre presser barnet til å mene noe spesielt.²⁰⁰ Ettersom BK gjelder som norsk lov etter menneskerettighetsloven § 2, så gjelder dette vilkåret uansett som norsk lov selv om det ikke reguleres av bvl.

Det er et felles vilkår etter BK art 12 og bvl. § 6-3 at barnets mening skal ha ”behørig vekt i samsvar med dets alder og modenhet”. Det følger av juridisk teori at barnets mening må tas i betraktning.²⁰¹ Det er ikke tilstrekkelig at vi bare hører på hva barnet har å si uten at det får betydning i saken.²⁰² Det er lagt til grunn i den generelle kommentar fra FNs Barneko-

¹⁹⁴ Ot.prp. nr. 45 (2002-2003) s. 63

¹⁹⁵ *Barnekonvensjonen barns rettigheter i Norge* (2012) s. 113 sitert etter UNICEF (2007) s. 159 med henvisning til *Manual on Human Rights Reporting* 1997 s. 426

¹⁹⁶ *Barnekonvensjonen barns rettigheter i Norge* (2012) s. 113

¹⁹⁷ *Barnekonvensjonen barns rettigheter i Norge* (2012) s. 110

¹⁹⁸ *Barnekonvensjonen barns rettigheter i Norge* (2012) s. 110

¹⁹⁹ *Barnekonvensjonen barns rettigheter i Norge* (2012) s. 110

²⁰⁰ *Barnekonvensjonen barns rettigheter i Norge* (2012) s. 110

²⁰¹ *Barnekonvensjonen barns rettigheter i Norge* (2012) s. 114

²⁰² *Barnekonvensjonen barns rettigheter i Norge* (2012) s. 114

mite at vekten av barnets mening skal bero på en vurdering av barnets modenhet. I tillegg til at barnets alder har betydning.²⁰³

Det er påpekt etter norsk forarbeider vedrørende vilkåret i bvl. § 6-3 at barnets mening ikke alltid får utslagsgivende vekt. Det fordi barnets mening kun er et moment i en helhetsvurdering som skal foretas for å finne frem til hva som er barnets beste.²⁰⁴

Det kan bidra til å klargjøre hvilken vekt barnets mening skal ha ved å gå inn i rettspraksis på området og se om det oppstilles enkelte retningslinjer der for vekten av barnets mening. Jeg går derfor inn i en dom hvor gutten ønsket samvær med mor for å se hva som der fikk betydning for vekten av guttens mening.

I Rt 2006 s. 247 var det spørsmål om omfanget av samvær mellom mor og sønn. Det hadde betydning i saken at gutten ønsket mer samvær med sin mor.²⁰⁵ Det er verdt å bemerke at gutten var 13 år og det fikk betydning for vekten av guttens mening.²⁰⁶ Det kan derfor utledes av en slutning av dommen at vekten av barnets mening har sammenheng med barnets alder i tråd med bvl. § 6-3.²⁰⁷

Det fikk også betydning for retten at samværene mellom mor og barn fungerte godt.²⁰⁸ Det ble også tatt i betraktning at gutten hadde en godt forhold til mor.²⁰⁹ Det talte på den annen side imot at guttens mening skulle ha stor vekt at han var påvirket av stor lojalitet til

²⁰³ FNs barnekomitès General Comment No. 12 avsnitt 29

²⁰⁴ Ot.prp. nr. 45 (2002-2003) s. 63

²⁰⁵ Rt. 2006 s. 247 pkt. 34

²⁰⁶ Rt. 2006 s. 247 pkt. 34

²⁰⁷ Rt. 2006 s.247 pkt. 34

²⁰⁸ Rt. 2006 s.247 pkt. 34

²⁰⁹ Rt. 2006 s.247 pkt. 34

mor.²¹⁰ Slik jeg tolker dommen var det en av hovedårsakene til at gutten ønsket mer samvær. Det kan derfor utledes den slutning av dommen at dersom barnets mening er påvirket av lojalitet får den mindre vekt.

For retten var det også et spørsmål om samværet skulle utvides til å omfatte overnattings-samvær. Det talte imot at det skulle innføres overnattings-samvær at gutten vedrørende det hadde motstridene meninger.²¹¹ Høyesterett legger imidlertid til grunn at gutten kunne tenke seg noe helgesamvær hos mor.²¹² På grunn av at guttens meninger vedrørende helgesamvær ikke hadde så stor styrke fikk guttens meninger mindre vekt i saken.²¹³ Det kan utledes av det at styrken av barnets mening var avgjørende for Høyesterett. Retten konkluderte med at det ikke skulle være helgesamvær med mor. Høyesterett fant ikke grunnlag for å utvide samværsomfanget. Det ble konkludert med å opprettholde den samværsordning som allerede forelå.

Etter min vurdering har andre momenter i saken betydning for vekten av barnets mening. Dersom barnets mening støttes opp av andre momenter vil den få større vekt. Det kan også utledes den slutning av dommen at dersom barnets mening ikke er entydig og klar får den mindre vekt. Det kan spørres om man ville opprettholdt den nåværende samværsordningen dersom samværet mellom mor og barn ikke hadde fungert så godt og samværet hadde hatt stor negativ innvirkning på gutten.

Jeg skal kort nevne Rt. 2004 s. 1046 her da det fremkom en sentralt uttalelse i forhold til vekten av barnets mening i dommen. I Rt. 2004 s. 1046 uttalte Høyesterett en retningslinje for vekten av barnets mening. Høyesterett uttalte i den sammenheng:

²¹⁰ Rt. 2006 s.247 pkt. 34

²¹¹ Rt. 2006 s.247 pkt. 35

²¹² Rt. 2006 s.247 pkt. 35

²¹³ Rt. 2006 s.247 pkt. 35-36

”Hvor stor vekt man skal legge på hennes motvilje mot samværene avhenger etter mitt syn av hvor grunnfestet motviljen er og hva som reelt er årsaken til det.”(min uth.)²¹⁴

Det utledes av dommen at vekten av barnets ønske vil avhenge av hvor sterk motviljen til samvær er og hva som er årsaken til barnets motvilje mot samvær.²¹⁵ Dette har fått stor rettskildemessig vekt i senere avgjørelser. Det skal bemerkes at i saken hadde jenta en sterkt ønske om å slippe samvær. Saken omhandlet spørsmål om nektelse av samvær. Flere forhold fikk betydning for vekten av jentas meninger i saken, men det var i hovedsak styrken og årsaken til motviljen hennes som ble avgjørende.²¹⁶ Det skal her kun nevnes kort andre forhold i tillegg til styrken og årsaken som fikk betydning. Dommen analyseres grundig i avhandlingens punkt 4.4. Det fikk også betydning for retten i tråd med bvl. § 6-3 hvilken modenhet barnet hadde og at barnet ikke var påvirket av lojalitetskonflikt.²¹⁷ I den sammenheng fikk det betydning at jenta hadde slik modenhet at hun forstod hva samvær med foreldrene innebar. Jenta visste derfor hva hun uttalte seg om.²¹⁸

I punkt 4.4 vil det redegjøres nærmere for vekten barnets motvilje fikk i den skjønsmessige vurderingen om samvær skulle nektes av hensynet til barnet.

3.2.4 Barns reaksjoner på samvær

²¹⁴ Rt. 2004 s. 1046 pkt. 60

²¹⁵ Rt. 2004 s. 1046 pkt. 60

²¹⁶ Rt. 2004 s. 1046 pkt. 73

²¹⁷ Rt. 2004 s. 1046 pkt. 60

²¹⁸ Rt. 2004 s. 1046 pkt. 60

Det følger av rettspraksis og juridisk teori at barnets reaksjoner på samværet inntas i den skjønnsmessige vurderingen om samværet skal nektes av hensyn til barnet etter bvl. § 4-19 (2). I Rt 2004 s. 1046, LB 2006-26681 og Rt. 2002 s. 908 ble barnas sterke reaksjoner inntatt i den skjønnsmessige vurderingen om samvær var det beste for barnet.

Det vil i avsnittet redegjøres for flere forhold ved barnets reaksjoner på samværet. Jeg vil i hovedsak fokusere på hvordan reaksjonene til barnet kommer til uttrykk. Årsaken til barnets reaksjoner og hvordan reaksjonene forstås. Det er forhold som får betydning for vekten av momentet i rettspraksis.²¹⁹

En reaksjon på samvær kan forekomme når som helst i forbindelse med samværet. Enten før, etter, eller mens barnet faktisk har samvær med foreldrene.²²⁰

Det fremkommer av rettspraksis i Rt. 2004 s. 1046 at det er normalt at barnet reagerer på samværet. Det trenger ikke bety at samværet skal stoppes.²²¹ Det fremkommer av sakkyn- diges uttalelser i saken at alle barn kan reagere på samvær selv om de ikke har opplevd omsorgssvikt i form av mishandling eller andre grove overgrep.²²² Begrunnelsen for at Høyesterett trolig ikke stopper samværet bare fordi barnet reagerer er fordi de legger til grunn at vil bety noe for barnet å ha samvær med foreldrene, selv om de får reaksjoner.²²³

Det som er viktig for Høyesterett som fremkommer av blant annet Rt. 2004 s. 1046 og LB-2006-26681 er hvorfor barnet reagerer på samvær og hvor store reaksjoner barnet får.²²⁴

²¹⁹ Rt. 2004 s. 1046 pkt. 60

²²⁰ Haugli (2010) s. 110

²²¹ Rt. 2004 s. 1046 pkt. 61

²²² Rt. 2004 s. 1046 pkt. 61

²²³ Rt. 2004 s. 1046 pkt. 61

²²⁴ Rt. 2004 s. 1046 pkt. 61, LB-2006-26681

Det følger av juridisk teori at bakgrunnen for barnets reaksjoner til tider vil være vanskelig å forstå.²²⁵ Dette fordi reaksjonene kan være uttrykk for at barnet har mange følelser på samme tid, eller fordi følelsene barnet har er helt i strid med hverandre. Det sistnevnte kan for eksempel forekomme dersom barnet føler redsel og glede samtidig.²²⁶ Selv om reaksjonene er vanskelige å forstå er det viktig at man faktisk setter seg inn i det og forstår hvorfor barnet reagerer på samværet. Da det gir retningslinjer for å avgjøre saken.²²⁷

Det er et problem dersom personene rundt barnet forstår barnets reaksjoner på ulike måter.²²⁸ Det kan skape problemer i avgjørelsene om samværsretten.²²⁹ For eksempel kan fosterforeldrene kan oppfatte reaksjonene til barnet som uttrykk for at barnet er svært redd for sine foreldre. Mens de biologiske foreldrene kan forstå barnets følelser som uttrykk for at barna gjerne vil se dem.²³⁰ De sakkyndige kan også forstå barnets reaksjoner som uttrykk for ulike følelser.²³¹ Dette kan medføre at det blir truffet feil avgjørelser ved at reaksjonen får altfor liten vekt.²³² Jeg er enig med Haugli og Havik i det. Dersom man ser en reaksjon som uttrykk for glede som egentlig er et uttrykk for vegring ovenfor for foreldrene, kan momentet få for liten vekt i avgjørelsen.

På grunnlag av at Høyesterett anser styrken av barnets reaksjoner som viktig for avgjørelsene, skal jeg gå nærmere inn på det. Det aksepteres som nevnt at barnet reagerer på sam-

²²⁵ Haugli (2010) s. 110

²²⁶ Haugli (2010) s. 110

²²⁷ Haugli (2010) s. 110

²²⁸ Haugli (2010) s. 110

²²⁹ Haugli (2010) s. 110

²³⁰ Haugli (2010) s. 110

²³¹ Haugli (2010) s. 110

²³² Haugli (2010) s. 110-111

været i Høyesterettspraksis.²³³ Det følger også av juridisk teori at samværet skal ikke nektes bare fordi barnet får enkelte reaksjoner ved samværet.²³⁴ Det kan typisk være at barnet blir urolig, får problemer med sengevæting, stress, eller blir ukonsentrert og lignende i en kort periode.²³⁵ Men det må imidlertid gå en grense ett sted av hensyn til barnet.²³⁶ Det har i rettspraksis blitt lagt til grunn at dersom reaksjonen er særlig alvorlig og går over lang tid vil det i praksis kunne være nødvendig å stoppe samvær eller begrense det.²³⁷

Hvor grensen i rettspraksis går for når reaksjonene blir så sterke og har så alvorlige årsaker at det taler for at samvær bør nektes av hensyn til barnets beste skal behandles nærmere i avhandlingens punkt 4.

4 Vurdering av når samvær nektes av hensyn til barnets beste i rettspraksis.

4.1 Innledning

Tidligere i oppgaven (i punkt 2.5) har det blitt redegjort nærmere for hva som er det rettslige utgangspunkt for å nekte samvær. Målet med dette avsnittet er å forsøke å finne ut hva som skal til i rettspraksis for at samvær må nektes av hensyn til barnets beste. Det er imidlertid kanskje ikke mulig å finne ut akkurat hva som skal til for at samværet nektes av hensyn til barnets beste generelt. Det på grunn av at avgjørelsen i den enkelte sak beror på en skjønnsmessig vurdering. Ingen tilfeller vil heller være helt like som sakene som skal gjennomgås nedenfor hvor samvær ble nektet. Håpet er imidlertid at det skal kunne utledes noen retningslinjer fra rettspraksis for når samvær skal nektes av hensyn til barnets beste. I avsnittet vil det derfor redegjøres nærmere for to konkrete tilfeller der Høyesterett nektet

²³³ Rt. 2004 s. 1046

²³⁴ Haugli (2000) s. 284

²³⁵ Haugli (2000) s. 284

²³⁶ Haugli (2000) s. 284

²³⁷ Rt. 2004 s. 1046, Rt. 2002 s. 908

foreldrene retten til samvær av hensynet til barnets beste. Det forekom i Rt. 2002 s. 908 som behandles i punkt 4.3 og Rt. 2004 s. 1046 som behandles i punkt 4.4. Det vil i det følgende også redegjøres for et grensetilfelle fra Borgarting lagmannsrett i 2007²³⁸ i punkt 4.5 hvor det ble vurdert om samvær skulle nektes eller begrenses vesentlig, men hvor retten kom frem til at det skulle være samvær. For å ytterligere belyse hvor terskelen for å nekte samvær ligger, vil jeg også redegjøre for hvorfor samværsnektelsen i Adele Johansen saken ikke ble godtatt av EMD i punkt 4.2. I punkt 5 vil jeg vurdere den terskelen som fremkom av i rettspraksis og de momentene som fikk avgjørende betydning for nektelse av samvær av hensyn til barnets beste.

4.2 Adele Johansen saken

Adele Johansen saken²³⁹ kan belyse hvilke forhold som ikke er tilstrekkelig for å nekte samvær. I punkt 2.5.2 har jeg redegjort for terskelen EMD legger til grunn for når det kan nektes samvær. Det vil her redegjøres for de avgjørende forhold som medførte at det ikke ble ansett nødvendig å nekte samvær.

Bakgrunn for saken var at Johansen hevdet at tiltakene som var foretatt ved omsorgsovertakelse, samværsnektelse og at hun ble fratatt foreldreansvaret ikke var lovlige inngrep etter EMK art 8 (2). Det ble foretatt en midlertidig omsorgsovertakelse av Johansens datter kort tid etter fødselen. Bakgrunnen for beslutningen var Johansens betydelige psykiske problemer. En stund før dette var det foretatt en midlertidig omsorgsovertakelse av Johansens sønn på 12 år fordi mors omsorg var en fare for guttens helse og utvikling. Det ble senere truffet varig omsorgsovertakelse av Johansens datter fordi hun hadde gitt så dårlig omsorg for sønnen. De trodde derfor at hun ikke ville klare å gi bedre omsorg til datteren. Johansen ble også nektet samvær og fratatt foreldreansvaret for datteren. Samvær ble nektet fordi datteren trengte ro i fosterhjemmet. Samvær hadde tidligere fungert uten særlige problemer.

²³⁸ LB-2006-26681

²³⁹ Johansen v. Norway

Johansen klagde på vedtaket, men vedtaket ble opprettholdt. Johansen klagde saken inn for EMD. I det følgende vil ikke rettens avgjørelse vedrørende tiltaket som fratok Johansen foreldreansvaret eller omsorgsovertakelse behandles.

Problemet i saken var om norske myndigheters begrunnelse for samværsnektelse var tilstrekkelig til at det forelå et ekstraordinært tilfelle.²⁴⁰ Tiltaket kunne bare gjennomføres dersom hensynet til barnets beste var den dominerende motivasjon for inngrepet.²⁴¹

Begrunnelsen for at det kreves så mye er fordi samværsnektelse var i strid med statens forpliktelse til å gjenforene familien og mors rett til samvær.²⁴²

Staten på sin side begrunnet samværsnektelsen i faren for at Johansen ville forstyrre jentas opphold i fosterhjemmet. Det fordi hun tidligere hadde hatt samarbeidsproblemer da sønnen var under omsorgsovertakelse.²⁴³ Det var også viktig at jenta fikk ro i fosterhjemmet for å etablere tilknytning til fosterforeldrene.²⁴⁴

EMD på sin side mente samværsnektelse ikke var nødvendig her, og begrunnet det i avsnitt 82-84. EMD la vekt på at det tidligere hadde vært hyppige samvær som hadde fungert bra. Johansen hadde også forbedret sitt liv allerede på den tiden samvær ble nektet. Forholdene staten hadde lagt til grunn var ikke tilstrekkelig for å begrunne et ekstraordinært tilfelle. Barnets beste var ikke en dominerende motivasjon bak samværsnektelsen.

²⁴⁰ Johansen v. Norway pkt. 78

²⁴¹ Johansen v. Norway pkt. 78

²⁴² Johansen v. Norway pkt. 78

²⁴³ Johansen v. Norway pkt. 80

²⁴⁴ Johansen v. Norway pkt. 80

Etter en konkret bedømmelse kom retten frem til at norske myndigheter hadde overtrådt EMK artikkel 8 ved å nekte Johansen samvær med datteren.

Det kan utledes av dommen at samværsnektelse må begrunnes i alvorlige forhold for å oppfylle terskelen etter EMK artikkel 8. Barnets behov for ro i fosterhjemmet er ikke tilstrekkelig for å nekte foreldrene samvær. En fare for samarbeidsproblemer og forstyrrelser i fosterhjemmet kan heller ikke begrunne samværsnektelse.

4.3 Rt. 2002 s. 908

En sak som kan illustrere hva som skal til for at samværet kan nektes av hensyn til barnet er Høyesteretts dom Rt. 2002 s. 908.

Saken omhandlet en jente på 6 år. Det ble truffet omsorgsovertakelse av jenta da hun var 14 måneder gammel fordi mor hadde store psykiske problemer. Jenta ble blitt utsatt for særlig alvorlig omsorgssvikt av moren. Det alvorlige omsorgssvikten jenta ble utsatt for innebar at moren hadde isolert seg med datteren, mens mor hadde hatt bisarre og paranoide forestillinger på grunn av sine psykiske problemer. Det hadde også forekommet mishandling av jenta. På bakgrunn av det var jenta sterkt skadet og sårbar. I tiden etter omsorgsovertakelsen hadde mor mye samvær. Samværet ble etter hvert mer begrenset fordi de fungerte dårlig. Jenta fikk også sterke reaksjoner av samværene. Moren hadde også opptrådt negativt under samværet. Det ble etterhvert satt inn tilsyn ved samvær. Lagmannsretten bestemte at det ikke skulle være samvær mellom mor og datter i det hele tatt. Mor anket saken til Høyesterett. Jeg har redegjort for den rettslige terskelen som kan utledes av denne dommen i punkt 2.5.3. Det skal nedenfor foretas en analyse av det materielle rettsspørsmålet i saken. Det rettslige spørsmålet i saken var om samværet skulle nektes.

På side 912-913 i dommen fremkommer rettens utgangspunkt for vurderingen om samvær kan nektes. Retten foretar en skjønsmessig vurdering i tråd med bvl. § 4-19. Barnets beste skal etter bvl. § 4-1 være avgjørende i vurderingen. Retten uttaler samværsnektelse av hensyn til barnets beste krever:

”spesielle og sterke grunner”.(min uth.)²⁴⁵

Retten tar utgangspunkt i gjeldende rett fra rettspraksis og forarbeider der det er ansett som det beste for barnet å ha samvær. Det talte for at det skulle være samvær i saken. Spørsmålet var om det forelå spesielle og sterke grunner som begrunnet at samværet skulle nektes.

På dommens side 914 begrunner retten hvorfor det i saken kun kan forekomme et begrenset samvær. Det var ikke var aktuelt for retten å tildele noe mer enn et sterkt begrenset samvær fordi saksforholdet var så alvorlig. Etter min vurdering fremkommer det allerede her at rettens var sterkt i tvil vedrørende om det i det hele tatt burde fastsettes et meget begrenset samvær.

På dommens side 914 oppstiller retten det avgjørende spørsmålet for om spesielle og sterke grunner var oppfylt i saken. Retten uttaler:

”Spørsmålet er om selv et så begrenset samvær med moren vil utsette B for en risiko for skade som ikke kan aksepteres.” (min uth.)²⁴⁶

Begrunnelsen for at det ble så avgjørende for retten var på grunn av at jenta (omtalt som B) allerede var så sårbar og skadet at hun ikke måtte utsettes for stor skaderisiko ved samvær. Etter min vurdering anvendte retten i den sammenheng EMDs praksis fra Adele Johansen

²⁴⁵ Rt. 2002 s. 908 (s. 913)

²⁴⁶ Rt. 2002 s. 908 (s. 914)

saken²⁴⁷ hvor det fremkommer at det i hovedsak ikke skal vedtas samvær som kan skade barnets helse eller utvikling. Jeg skal gå nærmere inn på hva som ble avgjørende i Høyesteretts vurderingen av skaderisikoen ved samvær.

På s. 913-915 i dommen gjennomgår retten betydningen av at jenta var sterkt skadet og sårbar. Retten la her til grunn at det var utslagsgivende for uakseptabelt stor skaderisiko at jenta var så sterkt skadet og sårbar. Det fikk betydning at mor gjennomgående hadde svært negativ atferd ved samvær som ikke var positiv for en så skadet og sårbar jente. Mor kunne reagere med sinne dersom for eksempel datteren omtalte fosterfamilien som sin egen familie. Det økte skaderisikoen siden jenta allerede var mindre robust. Retten ser dette momentet i forhold til at de sakkyndige også hevdet at det ikke var utsikt til bedring av samvær som kunne senke skaderisikoen.

På side 914-915 går retten inn på betydning av jentas sterke reaksjoner. Det ble også utslagsgivende for skaderisikoen ved videre samvær at jenta hadde så sterke reaksjoner på samværet. I den sammenheng var styrken og årsaken til jentas reaksjoner avgjørende. Styrken på reaksjonene fremkom ved at hun ble svært urolig av samvær, fikk diare med lang varighet etterfulgt av et ildrødt utslett, og hun ble usikker og redd i forbindelse med samvær. Årsaken til at hun reagerte så sterkt var at mor hadde en svært negativ avvisende og straffende opptreden ved samvær som omtalt ovenfor.

På side 915 fremkommer betydningen av de sakkyndiges vurderinger for Høyesterett. Det fikk stor vekt for retten at de sakkyndige mente det ikke burde være samvær. De sakkyndige mente morens holdninger til samværet var så bastante at det ikke var sannsynlig at hun ville bedre atferd ved samvær. Av den årsak ville ikke samværet bli bedre for datteren i fremtiden. Det talte for at det forelå en stor skaderisiko.

²⁴⁷ Johansen v. Norway

På side 915-916 fremkommer rettens endelige konklusjon og begrunnelsen for denne. Retten konkluderte med at det forelå en uforsvarlig skaderisiko for jenta som oppfylte kravet til spesielle og sterke grunner. Retten fant derfor grunnlag i den uforsvarlige skaderisikoen til å fravike mors sterke rett til samvær.

Etter min vurdering fraviker retten her utgangspunktet som er lagt til grunn i gjeldende rett at det anses som det beste for barnet å ha samvær etter omsorgsovertakelse i tråd med det biologiske prinsipp. Det kan utledes av dommen at sterk skade og sårbarhet hos barnet kombinert med en sterk reaksjon er retningslinjer for nektelse av samvær. Det er hensiktsmessig at samvær stoppes når det er så stor skaderisiko ved samvær for å ivareta barnets beste. Det fremkommer ikke av dommen hvorvidt jenta hadde et syn på saken eller om hun fikk anledning til å uttale seg. Jeg har også funnet at det kan treffes en generelle slutning fra dommen om at det skal meget til for å nekte samvær.

4.4 Rt 2004 s. 1046

Bakgrunnen for saken var spørsmålet om samvær mellom en 8 år gammel indisk jente og hennes foreldre. Da jenta var ett år ble hun brakt inn på sykehus med bruddskader og blødninger i hodet. Det fremkom at hun hadde flere beinbrudd og en alvorlig og varig hjerneskade. Foreldrene ble siktet for å ha påført jenta skadene, men saken ble senere henlagt da man ikke hadde nok bevis mot foreldrene. Det var likevel mest sannsynlig at foreldrene hadde påført henne skaden. I etterkant av jentas opphold på sykehuset ble det foretatt en omsorgsovertakelse og jenta ble plassert i fosterhjem. På grunn av hjerneskaden var jenta delvis lam i hele den venstre siden av kroppen og derfor multifunksjonshemmet. I tillegg var hun var også litt senere mentalt utviklet enn jevn gamle barn og hun hadde diagnosen ADHD. Det hadde vært betydelig samvær mellom foreldrene og datteren etter omsorgsovertakelsen. Etter hvert hadde det blitt stadig mindre samvær av hensyn til jenta. Samværene mellom foreldrene og datteren ble gjennomført med tilsyn. Samværene fungerte dårlig og jenta ønsket ikke å ha samvær med foreldrene. I lagmannsretten ble det fastsatt to samvær i året med varighet på tre timer med tilsyn. Spørsmålet for Høyesterett var om det skulle være samvær mellom foreldrene og datteren.

I dommens avsnitt 49 fremkommer utgangspunktet for rettens vurdering om samværet kunne nektes. Utgangspunktet for rettens vurdering var terskelen som oppstilles av Høyesterett i Rt. 2002 s. 908 at det kreves ”spesielle og sterke grunner”²⁴⁸.

Spørsmålet i saken var om det forelå slike sterke og spesielle grunner av hensyn til barnet.

Høyesterett tar mange momenter i betraktning, men ettersom jeg her er ute etter hvilke retningslinjer som får stor betydning ved nektelse vil jeg gå inn på de momentene som var viktigst for retten i saken. Da det kan belyse hvor mye som skal til for å nekte samvær.

I dommens avsnitt 66 fremkommer hva som ble avgjørende for å oppfylle spesielle og sterke grunner. Det sentrale spørsmålet for Høyesterett var hvor store belastninger fremtidig samvær ville innebære for jenta. Etter min vurdering fremkommer det her en viktig retningslinje for når samvær kan nektes. Retten anvender her tidligere rettspraksis fra nektelssaken fra 2002. Der skaderisiko ved fremtidig samvær var det avgjørende. Mens retten her vurderer fremtidige belastninger.

I dommens avsnitt 73 fremkommer de momentene som førte til at retten kom frem til at det forelå en høy risiko for betydelige påkjenninger. Det ble i vurderingen lagt utslagsgivende vekt på jentas sterke reaksjoner på samvær som blant annet kom til uttrykk ved sterk uro og ubehag. Reaksjonene ble tolket som at hun ikke ville møte foreldrene og ett uttrykk for motvilje mot samvær.²⁴⁹ Jeg vil bemerke at sterke reaksjoner kan anses som ett uttrykk for at man ikke vil ha samvær.

I rettens avgjørelse av om samvær innebar for stor belastning for jenta hadde det også utslagsgivende vekt at jenta ikke ønsket samvær med foreldrene. Det fremkom også i avsnitt

²⁴⁸ Rt. 2004 s. 1046 pkt. 49

²⁴⁹ Rt. 2004 s. 1046 pkt. 54

73. Jeg vil se nærmere på hvorfor reaksjonene og jentas ønske fikk så stor vekt i rettens avgjørelse. Bakgrunnen for at retten la utslagsgivende vekt på det var årsaken og styrken av ønske og reaksjonene hennes. Retten uttalte tidligere i dommen at årsaken og styrken til motviljen får avgjørende betydningen for vekten av momentet.²⁵⁰

Årsaken til motviljen var at samvær reaktiverte mishandlingen som medførte at hun havnet på sykehus med alvorlig hjerneskade. Det var derfor hun så reagerte så sterkt og så bastant gav uttrykk for sitt ønske. Disse forholdene var et uttrykk for belastningen jenta følte ved samvær. Derfor fikk momentene utslagsgivende vekt. En gjenoppleveling av et slikt forhold vil få stor vekt også i andre saker der det opptrer.

Det fikk betydning for Høyesterett (i avsnitt 74) at jenta senere ville bli klar over hvem som hadde påført henne skadene. Begrunnelsen for at det fikk så stor vekt for retten var at hennes kunnskap ville medføre sterke reaksjoner, det fordi foreldrene påførte henne en så alvorlig hodeskade. Hun er på grunn av skaden multifunksjonshemmet og derfor avhengig av spesiell oppfølging. Skaden vil derfor ha stor betydning for hele hennes liv. Det vil derfor innebære en ekstra belastning for henne å ha samvær med foreldrene.²⁵¹

Det utledes av dette at ved spørsmål om nektelse av samvær kan det legges vekt på fremtidige forhold.

Ut fra min forståelse av rettens skjønnsmessige vurdering i punkt 72-75 legger Høyesterett utslagsgivende vekt på at barnet er sterkt skadet og sårbart når de vurderer påkjenninger ved samvær. Begrunnelsen for at den sterke skaden og sårbarheten hennes vektlegges er at jenta da ikke var robust nok til å tåle påkjenninger ved samvær. Det fremkommer gjennom barnets ønske og reaksjoner at samvær medførte påkjenninger. Samlet sett tatt i betraktning at jenta ikke var så robust ble belastningene ved samvær for store.

²⁵⁰ Rt. 2004 s. 1046 pkt. 60

²⁵¹ Rt. 2004 s. 1046 pkt. 70

I punkt 72-73 tok retten i betraktning momentene som talte imot nektelse. Det biologiske prinsipp talte imot nektelse og det var også støttet av de sakkyndige at det ville bety noe for jenta å ha samvær. Det fikk imidlertid ikke høy vekt i saken og måtte vike av hensyn til barnet. Begrunnelsen for det var den høye risiko for påkjenninger som forelå.

Det er verdt å bemerke at det fremkommer av dommen hvor stor vekt det biologiske prinsipp har. Ettersom det måtte foreligge en høy risiko for betydelige påkjenninger for å sette prinsippet tilside.

I punkt 75 konkluderer retten og uttaler:

”påkjenningene for C med en fortsatt samværsordning vil måtte antas å bli så store at foreldrenes interesser må vike, og at de derfor må nektes samvær etter barnevernloven § 4-19 annet ledd første punktum.”(min uth.)²⁵²

Kravet til spesielle og sterke grunner var oppfylt på grunn av den høye risikoen for betydelige påkjenninger. Nektelse av samvær av hensyn til barnets beste krever forholdsvis mye. Det ble påpekt i saken at det kreves et særegent forhold (i avsnitt 75). Det kan utledes av dommen at der det er en høy risiko for store påkjenninger ved samvær, skal samvær nektes av hensyn til barnets beste. Dette får rettskildemessig vekt for senere avgjørelser. Etter mitt syn kan det være noe vanskelig å se hvor stor risiko for betydelige påkjenning Høyesterett krevde for at samværet måtte nektes.

4.5 Borgarting lagmannsrettsdom av 16. 01. 2007

Det vil her redegjøres for LB-2006-26681 en dom som kan belyse grensen for samværsnektelse av hensyn til barnets beste. Bakgrunnen for at jeg går inn i en dom fra lagmannsretten er at det ikke foreligger senere praksis fra Høyesterett som er så tett opp mot nektelse som

²⁵² Rt. 2004 s. 1046 pkt. 75

denne saken. Det fremkommer ikke avsnitt eller sidetall i dommen, men det som utledes i det følgende fremkommer gjennom en analyse av LB-2006-26681.

Bakgrunnen for saken var omsorgsovertakelse av en 5 år gammel gutt og samværet mellom gutten og hans foreldrene. I 2005 ble det truffet vedtak om omsorgsovertakelse på grunn av mors alvorlige psykiske problemer. Morens problemer medførte at hun ikke kunne ivareta omsorgen for sønnen. I vedtaket ble mor gitt rett til samvær med sin sønn to ganger årlig, mens faren ble gitt rett til samvær fire ganger i året. I mai 2005 ble saken brakt inn for tingretten. I tingrettens dom ble mor og far tilkjent samvær med sønnen en gang i måneden. Tingretten begrunnet samværsomfanget med at moren hadde fungert bedre det siste halvåret. Det gav håp om bedring av hennes langvarige psykiske ustabilitet. Det var derfor ikke sikkert at plasseringen av gutten ville bli langvarig og det ble besluttet jevnlig samvær. Saken ble påanket til lagmannsretten. I mars 2006 ble gutten videre utredet av psykologer og det kom frem i utredningen at gutten hadde alvorlige psykologiske symptomer. Samværet ble etter det midlertidig stoppet frem til saken var avgjort av lagmannsretten. Gjennomgående hadde gutten svært sterke reaksjoner i forbindelse med samværene. Det var to spørsmålet for retten i saken. Spørsmålet var om omsorgsovertakelsen skulle opprettholdes. Den andre spørsmålet var om samværet skulle nektes helt eller vesentlig innskrenkes. I dette avsnittet vil det imidlertid bare redegjøres nærmere for samvæerspørsmålet.

Retten anvendte gjeldende rettstilstand som var slått fast av Høyesterett at det skal være begrenset samvær dersom omsorgsovertakelsen var langvarig. Det er bakgrunnen for at det i saken kun ble et spørsmål om begrenset samvær eller nektelse.

Det er rimelig å forstå at lagmannsretten anvendte terskelen som ble brukt i Rt. 2004 s. 1046 at det krever spesielle og sterke grunner for å løse sakens rettsspørsmål. For å løse spørsmålet om samvær skulle nektes eller vesentlig begrenset tolket lagmannsretten spesielle og sterke grunner og uttalte at det skal:

”...svært mye til for å nekte foreldre samvær eller å begrense samværsretten

vesentlig".(min uth.)²⁵³

Etter min analyse finner jeg at retten for å besvare om spesielle og sterke grunner var oppfylt anvendte tidligere Høyesterettspraksis der kravet var oppfylt dersom det forelå en høy skaderisiko. Ut fra min vurdering følger lagmannsretten her en noe høy terskel.

For å avgjøre om skaderisikoen var for høy vurderte retten momentene i saken.

Guttens alvorlige reaksjoner på samvær fikk stor betydning for den skaderisiko retten fant. Begrunnelsen for at det fikk stor vekt var årsaken til reaksjonene. Årsaken til guttens reaksjoner var at samvær reaktiverte den omsorgssvikt gutten hadde vært utsatt for av mor. Også styrken av reaksjonene hadde betydning. Retten la vekt på at han reagerte særlig sterkt på samvær. Gutten skadet seg selv ved å for eksempel fremkalle brekninger, oppkast og selvpåførte fall. Ved et tilfelle var gutten nesten blitt kvalt av sitt eget oppkast. Foster-mor måtte da komme gutten til unnsetning for å redde livet hans. Reaksjonene var så sterke at de kunne være farlige.

Et annet moment som fikk stor betydning for skaderisikoen var at gutten allerede var sterkt skadet og sårbar. Etter min vurdering kan det virke som om at sterke reaksjoner hos sterkt skadede barn ofte får stor vekt i praksis. Det fremkommer også her. Samlet sett kom retten frem til at det forelå en skaderisiko. Begrunnelsen for det var at gutten var så sterkt skadet allerede, og at han reagerte så alvorlig at det samlet sett forelå en så høy skaderisiko. Skaderisikoen ble ansett tilstrekkelig for å nekte samvær i ett år. Men risikoen var ikke tilstrekkelig for at samværet kunne nektes helt.

²⁵³ LB-2006-26681

Jeg vil se nærmere på hva som begrunnet at skaderisikoen ikke var tilstrekkelig for å nekte samværet helt. Det var flere årsaker til det resultatet. Retten la her vekt på at gutten ville tåle samvær etter ett år fordi han da ville være bedre tilknyttet fosterhjemmet.

Det mildeste inngrepsprinsipp og det biologiske prinsipp ble gitt utslagsgivende vekt av retten og begrunnet hvorfor det ble fastsatt samvær.

Det talte imot total nektelse at det er barnets beste i tråd med det biologiske prinsipp å ha samvær. Det ble viktig for retten at gutten bevarte kjennskap til sine biologiske foreldre og det ble derfor konkludert med to samvær i året. Etter min vurdering kan det stilles spørsmål ved om det biologiske prinsipp og foreldrenes rett til samvær bør gå så langt at det fastsettes to samvær i året her.

Begrunnelsen for at det mildeste inngreps prinsipp førte til samvær var at retten heller satte inn tilsyn enn å nekte samvær. Det var en avgjørende begrunnelse for at retten anså at skaderisikoen ble mindre. Lagmannsretten la til grunn at tilsynet skulle være svært kvalifisert for å beskytte gutten. Etter min vurderingen må det være et minstekrav i tråd med barnets beste at det ble krevd ekstra kvalifisert tilsyn ved samvær. Det utledes her at tilsyn kan settes inn i stedet for at man nekter samvær, også i ett så alvorlig tilfelle.

Ut fra min vurdering av dommen stiller jeg meg spørrende til hvorfor retten fant det er riktig å fastsette samvær når gutten nesten omkom etter en reaksjon på samværet.

Jeg vil bemerke en spesiell ting som forekom i dommen. De sakkyndige var helt uenig om årsaken til at gutten reagerte så sterkt. Den ene av de sakkyndige fant at gutten reagerte så sterk fordi han savnet sin mor. Mens i den andre vurderingen fremkom det at årsaken var at han gjenopplevde omsorgssvikten i forbindelse med samvær. Det er ikke hensiktsmessig at det fremkommer så ulike oppfatninger i en så alvorlig sak fordi de sakkyndiges vurdering ofte får stor vekt i avgjørelsene. Det kan i verste fall medføre et ugunstig resultat for barnet.

4.6 Oppsummering

I Rt. 2002 s. 908 oppfylte det terskelen for samværsnektelse, at jenta som var så sterkt skadet og sårbar på grunn så dårlig omsorg fra sin mor at risikoen for ytterligere skade ved samvær ble ansett uforsvarlig siden samværet hadde så negativ virkning på jenta. I Rt. 2004 s. 1046 ble det ansett å oppfylle terskelen for samværsnektelse at jenta var sterkt skadet og sårbar, og hun utviste sterk motvilje mot samvær som hadde sammenheng med traumaet hun var utsatt for. Retten la derfor til grunn at videre samvær ville utsette henne for så store påkjenninger at foreldrenes interesser måtte vike. I Borgarting lagmannsretts dom av 2007 ble samværet ikke nektet, selv om retten var noe i tvil. I stedet stoppet lagmannsretten samværet for en periode på grunn av at risikoen for at gutten ville påføres enda større skader siden han allerede var sterkt skadet og sårbar og reagerte sterkt på samværet, og deretter ble det fastsatt et meget begrenset samvær som ble ansett å være til det beste for barnet. Det biologiske prinsipp fikk utslagsgivende vekt i lagmannsrettens vurdering.

5 Avsluttende vurdering

Målet med oppgaven har vært å avgjøre når samvær etter omsorgsovertakelse ikke er til barnets beste. Forutsetning i bvl. er at samvær etter omsorgsovertakelse er til barnets beste.²⁵⁴ Min gjennomgang av rettspraksis viser at domstolene følger lovens utgangspunkt. Analysen av rettspraksis viser at det skal svært mye til for å oppfylle terskel for å nekte samvær av hensyn til barnets beste. Det må foreligge spesielle og sterke grunner for å nekte foreldrene rett til samvær.²⁵⁵ På grunn av at terskelen er så høy er det sjelden at samvær nektes. Det er bakgrunnen for at det i rettspraksis er så få tilfeller hvor samvær nektes av hensyn til barnets beste.

²⁵⁴ jf. Ot.prp. nr 44, NOU 1985:18, Rt. 2004 s. 1046 pkt. 49, dette er også behandlet i punkt. 3.2.1

²⁵⁵ jf. Rt. 2002 s. 908 og Rt. 2004 s. 1046 pkt. 49

Begrunnelsen for at terskelen for å nekte samvær er så høy er at det anses som det beste for barnet å ha samvær etter omsorgsovertakelse.²⁵⁶ Tiltak etter bvl. skal også i størst mulig grad bevare den biologiske tilknytningen familien har til hverandre. Foreldrene har også en rett til samvær etter EMK artikkel 8.²⁵⁷ Gode grunner tilsier derfor en høy terskel for å nekte samvær.

Ut fra min gjennomgang av rettspraksis fra EMD har jeg funnet at det ikke er grunnlag for å nekte samvær ut fra barnets behov for å tilknytte seg fosterhjemmet. Selv om det er et viktig hensyn imot at det skal være samvær i noen tilfeller.

Spørsmålet jeg ville besvare ved analysen av rettsstilstanden er hva som skal til for at det foreligger spesielle og sterke grunner. Jeg fant ut at det ble avgjørende i rettspraksis var hvilken risiko det var for skade og påkjenninger ved videre samvær. Ettersom hver sak beror på en skjønnsmessig vurdering vil det være vanskelig å gi en generell retningslinje for når en slik risiko foreligger. Dersom omfanget av risikoen er for stor vil samvær nektes av hensyn til barnets beste. Her fremkommer kjernen for å nekte samvær. I rettspraksis fremkommer retningslinjer for når risikoen blir for stor og medfører at samvær ikke er det beste for barnet.

Høyesterett synes å mene at samvær innebærer en for stor skaderisiko og for store påkjenninger dersom barnet er sterkt skadet og sårbart, og barnet får sterke reaksjoner på samværet og/eller at barnet har et meget sterkt ønske om å ikke ha samvær. Dersom årsaken til barnets sterke reaksjon og syn på samværet er at samvær reaktiverer traumer barnet ble utsatt for eller reaktiverer grov omsorgssvikt, er det mye som tyder på at det vil bli et utslagsgivende argument.

²⁵⁶ jf. Ot.prp. nr 44, NOU 1985:18, Rt. 2004 s. 1046 pkt. 49, dette er også behandlet i punkt. 3.2.1

²⁵⁷ jf Rt.2002 s. 908, Rt. 2004 s. 1046

Det er verdt å bemerke at i de tilfellene der Høyesterett nektet samvær var barna sterkt skadet og sårbare på grunn av alvorlig omsorgssvikt. Av den årsak var barna allerede mindre robuste for skader og påkjenninger. Derfor fikk de svært negative reaksjonene utslagsgivende vekt for Høyesterett. Det gir en indikasjon på at det skal for mye til. Barn som er mindre robuste bør ikke utsettes for noen skaderisiko eller påkjenningsrisiko overhodet.

Ut fra en betraktning av rettspraksis virker det som at en lav skaderisiko/påkjenningsrisiko ved samvær godtas. Men skade-og påkjenningsrisikoen vil avhenge av hvor robust barnet er for å takle samværet. Det er imidlertid meget vanskelig å fastsette hvordan samværet vil virke på barnet på forhånd selv om barnet er mer robust.

Styrken og årsaken til barnets negative påkjenninger ved samværet får avgjørende betydning i rettspraksis. Det oppstår et problem dersom reaksjonene er svært negative, men ikke kan knyttes til en sterk sårbarhet eller skade. Ut fra rettspraksisen som er analysert vil ikke barnets reaksjoner alene begrunne en samværsnektelse. Momentet må støttes av andre forhold i saken for at det gis utslagsgivende vekt.

Det utledes av rettspraksis av påkjenningsrisikoen eller skaderisikoen vurderes ved en fremtidsrettet helhetsvurdering. En fremtidsrettet vurdering gi usikre resultater. Det er ut fra en slik vurdering ikke mulig å være sikker på at barnet ikke vil utsettes for store påkjenninger og skade ved samvær.

I NOU 2012:5 ble det påpekt at barn har blitt utsatt for omsorgssvikt og mishandling ved samvær med sine foreldre.²⁵⁸ Selv om man allerede i 2007 påla barnevernet et klarere ansvar for barna som har opplevd slikt ved samvær, er man i 2012 ikke klar over hvordan barnevernet har ordnet opp i denne type saker eller hvordan barnevernet har gått frem for å

²⁵⁸ NOU 2012:5 pkt. 8.3.2.3

unngå slikt ved samvær.²⁵⁹ At overgrep eller omsorgssvikt har forekommet ved samvær kan skyldes at man ikke har vært klar over risikoen ved samvær, eller det kan skyldes at terskelen for å nekte samvær har vært for høy. Etter min mening gir dette uansett en indikasjon på at terskelen for å nekte samvær i noen tilfeller har vært praktisert for strengt. Et minstekrav er at det må settes inn tilsyn ved risiko for nye overgrep ved samvær.

Jeg vil kort benevne LB-2006-26681. I saken krevde lagmannsretten at spesielt kvalifisert personell skulle overvåke samværet for å beskytte gutten. Dommen har blitt kritisert for at den tolket terskelen for strengt og at samvær burde vært nektet.²⁶⁰ Jeg er enig i Haugli og Haviks kritikk av dommen. På grunn av at det ikke er forståelig hvorfor lagmannsretten fant skaderisikoen for lav til å nekte samvær. Reaksjonene til barnet var meget alvorlige og lagmannsretten la til grunn at reaksjonene kunne være farlige. Saken har likhetstrekk med nektelsessaken fra Rt. 2002 s.908. Der skaderisikoen ble ansett for høy til at samvær kunne fortsette. Guttens reaksjoner i LB-2006 var mer alvorlige enn i Høyesterettssaken fra 2002. Jeg vil bemerke at i begge sakene var barna sterkt skadet og sårbare i tillegg til at de reagerte sterkt på samvær. Det kan reises spørsmål om det var tilstrekkelig for å redusere skaderisikoen i LB-2006-26681 at det ble satt inn tilsyn. Det kan spørres om saken hever terskelen for når det godtas å sette inn tilsyn i tråd med det mildeste inngreps prinsipp, i stedet for å nekte samvær. På dette punkt er saken spesiell. LB-2006-26681 viser hvor mye som egentlig skal til før samvær nektes av hensyn til barnets beste.

Rettstilstanden på området viser at samvær kan anses som det beste for barnet i tilfeller der barnet selv ikke ønsker samvær. Hvilken vekt barnets ønske skal få i vurderingen vil avhenge av styrken og årsaken til motviljen som Høyesterett har lagt til grunn.²⁶¹ Etter min mening er det viktig at barnets ønske vurderes nærmere slik Høyesterett gjør.

²⁵⁹ NOU 2012:5 pkt. 8.3.2.3

²⁶⁰ Haugli (2010) s. 31

²⁶¹ jf. Rt. 2004 s. 1046

I min redegjørelse av dommene kommer det til uttrykk at barnets syn alene ikke medfører at samvær nektes. Det må foreligge andre momenter som støtter at det ikke skal være samvær. Men det må påpekes at dersom barnets synspunkt er ganske sterkt og vedvarende og har en forståelig årsak som utledes av Høyesterettssaken i Rt. 2004 s. 1046 vil det få stor vekt. Ut fra en de lege ferenda betraktning er det viktig at barnet ikke føler seg tvungent til samvær. Det kan medføre store påkjenninger.

Etter min vurdering kan det stilles spørsmål ved om det er barnets beste som blir det helt avgjørende i spørsmål om samvær. Det skal så utrolig mye til for å nekte samvær. Faller barnets beste bort som avgjørende moment ett sted på veien, fordi de strenge kravene ivaretar foreldrene mer enn barnets beste?

Jeg stiller meg spørrende til om verdien av samvær etter omsorgsovertakelse for foreldrene og barnet er så stor at det kan forsvare en så høy terskel for å nekte samvær.

6 Litteraturliste

Lover:

- 1992 Lov om barneverntjenester (barnevernloven) av 17 juli 1992 nr. 100
1999 Lov om styrkning av menneskerettighetens stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21.mai 1999 nr. 30

Trakter:

- EMK 1999 Den Europeiske menneskerettighetskonvensjon. Roma 4. November 1950
BK 1999 FNs konvensjon om barnets rettigheter. NewYork. 20.november 1989

Høyesterettspraksis:

- Rt.2006 s. 247
Rt.2004 s.1046
Rt.2003 s. 425
Rt.2002 s. 908
Rt.2001 s. 14
Rt.1998 s. 787

Underrettspraksis:

- LB-2011-181824
LB-2006-26681

Praksis fra EMD:

Johansen v. Norway

Case of Johansen v. Norway. 1996-08-07.
No.17383/90. tilgang: www.rettsdata.no (11.09.12)

Barnekomiteens Generelle Kommentar:

FNs barnekomitè's General Comment No. 12, The right of the child to be heard tilgang: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/comments.htm> (07.11.12)

Forarbeider:

Ot. Prp. Nr. 44 (1991-1992)

Om lov om barneverntjenester (barnevernloven) Tilgang: www.lovdata.no (30.10.12)

Innst. O.nr. 80 (1991-1992)

Melding fra forbruker- og administrasjonskomiteen om lov om barneverntjenester (barnevernloven), tilgang: www.rettsdata.no (12.09.12)

St. Meld. Nr. 40 (2001-2002)

Om barne og ungdomsvernet, tilgang: www.regjeringen.no (31.10.12)

Ot. Prp. nr. 45 (2002-2003)

Om lov om endring i menneskerettsloven mv. (innarbeiding av barnekonvensjonen i norsk lov) tilgang: www.rettsdata.no (08.11.12)

- Ot. Prp. nr. 69 (2008-2009) Om lov om endringer i barnevernloven tilgang: www.rettsdata.no (20.11.12)
- NOU 1985:18 Lov om sosialetjenester mv., tilgang: www.rettsdata.no (01.11.12)
- NOU 2000:12 Barnevernet i Norge, tilgang: www.rettsdata.no (21.11.12)
- NOU 2004:6 Mellom effektivitet og personvern, tilgang: www.regjeringen.no (01.11.12)
- NOU 2012:8 Bedre beskyttelse av barns utvikling, tilgang: www.lovdata.no (29.10.12)

Litteratur:

- Haugli, Trude *Samværsrett i barnevernssaker*, 2. Utg. Oslo, 2000
- Sandberg, Kirsten *Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse*, 1. Utg. Oslo, 2003
- Barnerett i et internasjonalt perspektiv*. Redigert av Mary-Ann Hedlund. 1. Utg. Bergen, 2008.
- Lindboe, Knut *Barnevernloven*, 6. Utg. Oslo, 2009
- Haugli, Trude og Toril Havik, *Samvær i barnevernsaker psykologiske og juridiske vurderinger*, 1. Utg. Oslo, 2010
- Lindboe, Knut *Barnevernrett*, 6. Utg. Oslo, 2012
- Barnekonvensjonen barns rettigheter i Norge*. Redigert av Njål Høstmælingen... (et alt.). 2. Utg. Oslo, 2012

Tidsskrifter:

Sandberg, Kirsten *Barnevern. Akutt plassering og omsorgsovertakelse, EMK art. 8. Dom fra EMD Grand Chamber av 12. Juli 2001, Hudoc REF00002663* I: Nytt i privatretten nr. 4 2001, s. 13-14

Bergum, Anne *Samværets omfang (hvor ofte og hvor lenge) – barnevernloven § 4-19* I: Tidsskrift for Familierett, arverett og barnevernsrettslige spørsmål, Nr. 2 2004, s. 101-127

Sandberg, Kirsten *Naturens orden – til barnets beste?* I: Tidsskrift for Familierett, arverett og barnevernsrettslige spørsmål, Nr. 3 2005, s. 145-149

Undersøkelser:

Mossige, S. & Stefansen, K. (2008). Vold og overgrep mot barn og unge. tilgang: <http://www.reassess.no/id/15705.0> (23.11.12)

Helse og omsorgsdepartementet (2008). Barn som pårørende, tilgang: <http://www.regjeringen.no/nb/dep/hod/tema/psykisk-helse/barn.som-parorende.html?id=506766> (23.11.12)

Norsk krisesenterforbund (2012). Tilgang: www.norskkrisesenterforbund.no/fagstoff/fagstoff-barn-og-unge/nasjonalt-statistikk-for-krisesentertilbudene (22.11.12)

Sekundærkilde:

UNICEF (2007), *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child* (ed. by Hodgkin, Rachel and Peter Newell), 3rd edition, Geneva, UNICEF – kilde som anvendes sekundært i oppgaven. Jeg viser her til fotnote 200, på side 42