

UiO : **Det juridiske fakultet**

# Nekting av samvær etter barnevernloven

Sett i lys av rettspraksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen

Kandidatnummer: 679

Leveringsfrist: 25.04.19

Antall ord: 17 975



# Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>INNLEDNING</b> .....	<b>1</b>
1.1	Tema og aktualitet.....	1
1.2	Problemstilling.....	2
1.3	Presisering.....	2
1.4	Begrepsavklaringer.....	3
1.5	Fremstillingen videre.....	4
<b>2</b>	<b>METODE OG RETTSKILDER</b> .....	<b>4</b>
2.1	Innledning.....	4
2.2	EMDs metode og anvendelse av barnekonvensjonen.....	5
2.3	Høyesteretts metode i menneskerettighetsspørsmål.....	7
<b>3</b>	<b>MENNESKERETTIGHETER OG GRUNNLEGGENDE PRINSIPPER</b> .....	<b>9</b>
3.1	Innledning.....	9
3.2	Rett til familieliv.....	10
3.3	Barnets rett til beskyttelse.....	13
3.4	Barnets beste.....	14
3.5	Barnevernlovens grunnleggende prinsipper.....	16
3.5.1	Innledning.....	16
3.5.2	Barnets beste.....	16
3.5.3	Det biologiske prinsipp.....	16
3.5.4	Det minste inngreps prinsipp.....	17
3.5.5	Barnets rett til medvirkning.....	17
<b>4</b>	<b>SAMVÆR</b> .....	<b>18</b>
4.1	Rett til samvær.....	18
4.1.1	Innledning.....	18
4.1.2	Sentrale hensyn ved avgjørelser om samvær.....	20
4.2	Nekting av samvær.....	22
<b>5</b>	<b>”SPESIELLE OG STERKE GRUNNER”</b> .....	<b>23</b>
5.1	Innledning.....	23
5.2	EMD: ”Exceptional circumstances”.....	25
5.2.1	Når foreligger “exceptional circumstances”?.....	25
5.2.2	Kreves det “exceptional circumstances” når tilknytningen er svak?.....	29
5.3	Norsk rettspraksis: ”Spesielle og sterke grunner”.....	36

5.3.1	Innledning .....	36
5.3.2	Rt.2002 s.908 .....	37
5.3.3	Rt.2004 s.1046 .....	37
5.3.4	Rt.2012 s.1832 .....	38
5.3.5	Vurdering .....	38
<b>6</b>	<b>ER NYERE HØYESTERETTSPRAKSIS I TRÅD MED EMDS PRAKSIS OG HENSYNET TIL BARNETS BESTE? .....</b>	<b>39</b>
6.1	Jakob-saken .....	39
6.2	Høyesteretts argumentasjon og konklusjon .....	40
6.3	Vurdering .....	44
6.3.1	Betydningen av svak tilknytning .....	44
6.3.2	Hensynet til barnets beste .....	46
<b>7</b>	<b>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER .....</b>	<b>48</b>
7.1	Oppsummering og konklusjon .....	48
	<b>LITTERATURLISTE.....</b>	<b>50</b>

# 1 Innledning

## 1.1 Tema og aktualitet

Tema for oppgaven er nekting av samvær etter omsorgsovertakelse etter barnevernloven (bvl.)<sup>1</sup>, med særlig henblikk på situasjoner der det er liten eller ingen tilknytning mellom foreldre og barn. Utgangspunktet er at barn og foreldre har rett til samvær, jf. bvl. § 4-19 (1). Dette er i tråd med retten til familieliv, som blant annet er beskyttet gjennom Grunnloven (Grl.)<sup>2</sup> § 102 og Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK)<sup>3</sup> art.8.

Fylkesnemnda kan likevel fatte vedtak om at det ikke skal være samvær ”av hensyn til barnet”, jf. bvl. § 4-19 (2). Selv om nekting av samvær er et inngrep i både barnets og foreldrenes rett til familieliv, fremkommer det ikke ytterligere vilkår i lovteksten om hva som skal til for å nekte samvær. Det har imidlertid utviklet seg nærmere vilkår for vurderingen gjennom rettspraksis.

Spørsmålet om hva som skal til for å nekte samvær er aktuelt, da det så sent som i september 2018 var oppe en norsk sak om samværsnekt til behandling for Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD). Saken heter *Jansen mot Norge*, og refereres til som Jansen-saken.<sup>4</sup> Klager i saken er en norsk romkvinne som ble nektet samvær med barnet sitt etter omsorgsovertakelse, på grunn av risiko for at klagers far ville kidnappe barnebarnet. Klager fikk enstemmig medhold i at hennes rett til familieliv var krenket.

Av de fire norske barnevernssakene som er avgjort av EMD de siste årene, er Jansen-saken den første der Norge har blitt dømt. Ytterligere fem klagesaker har sluppet inn til behandling siden høsten 2015. I artikkelen ”Det norske barnevernet under lupen – del 3”, skriver Marius Emberland at det er internasjonal blest om det norske barnevernet. Det har tidligere vært avholdt demonstrasjoner i blant annet Polen. Protestene har også fått en rettslig dimensjon, ved at Slovakia og Tsjekkia har meldt tredjelandshintervensjon i klagesakene etter EMK art. 36.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Barnevernloven 1992.

<sup>2</sup> Grunnloven av 1814.

<sup>3</sup> Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen 1950.

<sup>4</sup> *Jansen mot Norge* (2018).

<sup>5</sup> Emberland (2018).

## 1.2 Problemstilling

Problemstillingen i oppgaven er hva som skal til for å nekte samvær etter omsorgsovertakelse, nærmere bestemt i tilfeller der det er ingen eller liten tilknytning mellom foreldre og barn.

Fokuset for oppgaven vil være bruken av det ulovfestede vilkåret om at det må foreligge ”spesielle og sterke grunner” for å nekte samvær. Vilkaåret er en norsk parallell til det EMD-utviklede vilkåret om at det må foreligge ”exceptional circumstances”. Det kan synes som om EMD primært vurderer vilkåret i tilfeller der det er tilknytning mellom barnet og foreldrene. Dette synes også å være tendensen i tidligere høyesterettspraksis.

Det kan imidlertid virke som om det har skjedd et skifte i norsk rettspraksis i og med den hittil siste høyesterettsdommen som gjelder samværsnekt i en barnevernssak. Dommen er inntatt i Rt.2017 s.2015, og refereres til som Jakob-saken. Barnet i saken, som er gitt det fiktive navnet Jakob, ble fratatt foreldrene ved en akutt plassering da han var syv uker gammel og plassert i et beredskapshjem. Bakgrunnen for akuttvedtaket var at det ble oppdaget at Jakob hadde 19 ribbensbrudd da han var til en rutinemessig helsekontroll. Det ble senere fattet vedtak om omsorgsovertakelse, og han flyttet til et fosterhjem. Parallelt med barnevernssaken, ble det tatt ut siktelse mot foreldrene for vold i nære relasjoner. Utover syv samvær da Jakob var plassert i beredskapshjem og ett mens han var i fosterhjem, ble foreldrene nektet samvær frem til saken kom opp for Høyesterett tre år senere. På dette tidspunktet var det ingen tilknytning mellom Jakob og foreldrene. Likevel fastsatte Høyesterett et årlig samvær på én time, av hensyn til at barnet skulle ha kjennskap til sitt biologiske opphav.

I denne oppgaven vil jeg undersøke om det har skjedd en nyutvikling i norsk rettspraksis. Videre vil jeg undersøke om den eventuelle utviklingen er i tråd med rettspraksisen fra EMD, eller om Høyesterett går lengre enn EMD i anvendelsen av vilkåret om at det må foreligge ”spesielle og sterke grunner” for å nekte samvær, også i tilfeller der det er liten eller ingen tilknytning mellom foreldre og barn. Det vil også bli foretatt en vurdering av om den eventuelle nyutviklingen er i tråd med det overordnede hensynet til barnets beste som skal være styrende i alle saker som omhandler barn.

## 1.3 Presisering

Oppgavens tema er avgrenset til spørsmålet om når det kan nektes samvær mellom barn og foreldre etter omsorgsovertakelse etter barnevernloven, jf. bvl. § 4-19 (2). Videre vil fokuset være tilfeller der det er liten eller ingen tilknytning mellom barnet og foreldrene. Problemstillinger knyttet til omfang av samvær samt samvær mellom barnet og andre enn foreldrene, vil ikke bli drøftet.

På grunn av bestemmelsen i tvisteloven av 2005 (tvl.)<sup>6</sup> § 36-10 (3) som sier at anke over tingrettens dom i saker etter barnevernloven ikke kan fremmes uten lagmannsrettens samtykke, avgjøres de fleste barnevernssaker i tingretten. Jeg fokuserer likevel på høyesterettspraksis sett i lys av praksis fra EMD. Hensikten med dette er å undersøke og diskutere hvordan Høyesterett forholder seg til EMD-praksis i et metodisk perspektiv, sett opp mot hensynet til barnets beste i saker om samværsnekt.

#### 1.4 Begrepsavklaringer

Tema for oppgaven er nekting av samvær mellom barn og foreldre. Med ”barn” menes i denne oppgaven personer under 18 år, jf. bvl. § 1-3 (1) og FNs barnekonvensjon (BK)<sup>7</sup> art.1.

Med ”foreldre” menes de som innehar foreldreansvaret for barnet. Foreldreansvaret er regulert i barneloven (bl.)<sup>8</sup> § 30, og inkluderer en omsorgsplikt, jf. (1) 1.pkt., så vel som en bestemmelsesrett og bestemmelsesplikt i personlige forhold, jf. (1) 2.pkt.. Omsorgsplikten innebærer en plikt til å oppfylle barnets behov for blant annet kjærlighet, trygghet og muligheter for lek.<sup>9</sup> Bestemmelsesretten gjelder det meste av personlige forhold, bortsett fra økonomiske spørsmål, som er regulert i vergemålsloven.<sup>10</sup> Ansvarer skal utøves utfra ”barnet sine interesser og behov”, jf. (1) 3.pkt., og er i tillegg begrenset av barnets selv- og medbestemmelsesrett, jf. bl. §§ 31-33.

Barneloven gir ingen nærmere anvisning på hvordan omsorgen for barnet skal utøves. Likevel har barnevernet hjemmel til å gripe inn når omsorgen ikke oppfyller en minstestandard, jf. bvl.kap.4. I tilfeller der det foreligger alvorlige mangler ved barnets omsorgssituasjon, kan fylkesnemnda fatte vedtak om omsorgsovertakelse, jf. bvl. § 4-12. Med ”omsorgsovertakelse” menes at store deler av foreldreansvarets innhold overtas av barneverntjenesten, og at barnet flyttes ut av hjemmet til et av plasseringsalternativene i bvl. § 4-14, eksempelvis i fosterhjem, jf. (1) a., jf. § 4-22.

Når barnet er flyttet ut av foreldrehjemmet etter en omsorgsovertakelse, har barn og foreldre i utgangspunktet rett til samvær med hverandre, jf. bvl. § 4-19 (1). Med ”samvær” menes kontakt eksempelvis i form av møter eller per telefon.

---

<sup>6</sup> Tvisteloven 2005.

<sup>7</sup> FNs barnekonvensjon 1989.

<sup>8</sup> Barneloven 1981.

<sup>9</sup> Sandberg (2018) note 70.

<sup>10</sup> Ibid. note 71.

## **1.5 Fremstillingen videre**

I den videre fremstillingen vil jeg først ta for meg de grunnleggende utgangspunktene for vurderingen av samværsnekt. Dette inkluderer en sammenligning av de metodiske utgangspunktene som benyttes av EMD og av Høyesterett i menneskerettighetsspørsmål, i tillegg til en fremstilling av de aktuelle menneskerettighetene på området så vel som de grunnleggende prinsippene som gjelder for anvendelsen av barnevernloven.

Deretter vil jeg ta for meg rettspraksis fra EMD og bruken av vilkåret om at det må foreligge ”exceptional circumstances” for å nekte samvær. Jeg vil så undersøke hvordan vilkåret som i norsk rett har blitt oversatt til ”spesielle og sterke grunner” blir anvendt, for deretter å diskutere norsk rettspraksis i lys av praksisen fra EMD og det overordnede hensynet til barnets beste. Jeg avslutter med en egen vurdering og konklusjon.

## **2 Metode og rettskilder**

### **2.1 Innledning**

Det er barnevernlovens bestemmelser som er utgangspunktet for spørsmålet om samværsnekt. Reglene må likevel ses i sammenheng med det overordnede rettslige rammeverket. Saker om samværsnekt reiser problemstillinger knyttet til hvor langt staten kan gripe inn i en families privatsfære av hensyn til barnet. I vurderingen aktualiseres flere grunnleggende menneskerettigheter, herunder retten til respekt for familieliv samt rettigheter knyttet til beskyttelse av liv, helse og utvikling. Rettighetene fremgår av Grunnloven. I tillegg er rettighetene sikret gjennom EMK og FNs barnekonvensjon, som begge er inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven av 1999 (mrl.)<sup>1</sup>, jf. mrl. § 2. I vurderingen av om det skal nektes samvær må både barnets og foreldrenes rettigheter tas i betraktning.

I denne oppgaven vil jeg analysere norsk rettspraksis knyttet til nekting av samvær i lys av EMK og barnekonvensjonen. Dette vil jeg gjøre ved å undersøke og diskutere hvordan Høyesterett forholder seg til EMDs praksis i et metodisk perspektiv. I tillegg vil jeg drøfte betydningen av hensynet til barnets beste. For å foreta denne analysen, er det relevant å se på hvilken metode EMD benytter ved tolkningen av EMK, og hvordan domstolen forholder seg til barnekonvensjonen samt hensynet til barnets beste. I dette kapitlet vil jeg derfor først beskrive hvordan EMD tolker EMK og forholder seg til barnekonvensjonen, og deretter hvordan Høyesterett tolker Grunnloven og forholder seg til EMDs praksis samt FNs Barnekomité sine uttalelser og rapporter.

## 2.2 EMDs metode og anvendelse av barnekonvensjonen

EMD er opprettet for å sikre at EMK blir etterlevd av statene som har ratifisert konvensjonen, jf. EMK art.19. Domstolens jurisdiksjon omfatter alle saker som gjelder tolkning og anvendelse av EMK med tilleggsprotokoller, jf. EMK art.32 nr.1. Saker kan bringes inn for domstolen på to måter; enten ved statsklage, jf. EMK art.33, eller ved individklage, jf. EMK art.34. Domstolens avgjørelser er bindende for medlemsstatene, jf. EMK art.46, og skal i følge forta- len sikre en enhetlig forståelse av konvensjonsrettighetene. Ettersom EMD tar stilling til kla- gesaker, er domstolens kontroll konkret, og ikke abstrakt.

Ved tolkning av EMK tar EMD utgangspunkt i prinsippene i Wienkonvensjonen om traktat- retten<sup>11</sup>, men med den reservasjonen at formålstolkning er viktigere enn etter Wienkonvensjo- nen. Dette er begrunnet i hensynet til at EMK skal gi en effektiv rettighetsbeskyttelse.<sup>12</sup> Vide- re har EMD uttalt at EMK er et ”living instrument”<sup>13</sup>, hvilket innebærer at konvensjonen tol- kes dynamisk for å harmonere med samfunnsutviklingen. EMD opptrer på denne måten ”rettsskapende”.<sup>14</sup>

Det kan spores en økende tendens i EMDs praksis til å trekke frem barnets perspektiv. Dette gjøres ved at barnekonvensjonen vektlegges som relevant tolkningsfaktor innenfor rammene av EMK i spørsmål som dreier seg om barns rettigheter.<sup>15</sup> I tillegg trekkes hensynet til barnets beste frem. Et eksempel er utlendingssaken *Jeunesse mot Nederland* fra 2014, hvor det i av- snitt 109 legges til grunn at ”Where children are involved, their best interests must be taken into account”. Som begrunnelse for at hensynet til barnets beste er relevant også ved tolkning av EMK, uttalte EMD i samme avsnitt at det foreligger ”broad consensus, including in inter- national law (...)” om at hensynet til barnets beste utgjør et prinsipp med status som interna- sjonal sedvanerett.

Når det gjelder vektingen av prinsippet om barnets beste, uttaler EMD i samme avgjørelse at ”Whilst alone they cannot be decisive, such interests certainly must be afforded significant weight”.<sup>16</sup> Det kan virke som om hensynet til barnets beste veier enda tyngre i barnevernssa-

---

<sup>11</sup> Wienkonvensjonen om traktatretten 1969.

<sup>12</sup> Goodwin mot Storbritannia (2002) avsnitt 74.

<sup>13</sup> Tyrer mot Storbritannia (1978) avsnitt 31.

<sup>14</sup> Bårdsen (2017) s.3.

<sup>15</sup> Stang og Baugerud (2018) s.57.

<sup>16</sup> Jeunesse mot Nederland (2014) avsnitt 109.



ker, ettersom EMD uttaler at barnets interesser er av ”paramount importance”.<sup>17</sup> Ved at barnekonvensjonen og hensynet til barnets beste gjennomgående vektlegges i avgjørelser som gjelder barn, har EMD bidratt til å feste oppfatningen av barnets beste som bindende rettsprinsipp.

Det er statene som er ansvarlige for oppfyllelsen av konvensjonsrettighetene og for den primære overprøvingen av om et myndighetsinngrep er rettmessig. Statene er dermed også nærmest til å forstå hva som er nødvendig i det enkelte land med hensyn til tradisjoner, generell aksept for myndighetsinngrep samt ressursituasjon. Videre er det avstand i tid og sted mellom det nasjonale myndighetsinngrepet og EMDs subsidiære overprøving. Som en følge kan det oppstå spenning mellom prinsippet om enhetlig forståelse av konvensjonen og statenes behov for å tilpasse rettighetene til nasjonal kontekst. For å imøtekomme utfordringene, har EMD pålagt seg selv en begrensning i overprøvingsretten som gjennomføres ved at statene levnes en skjønnsmargin.

Hvor stor skjønnsmargin statene innrømmes og hvilken korresponderende prøvingsintensitet domstolen anlegger, beror på det aktuelle inngrepets art og hvilke interesser som står på spill. EMDs praksis viser at spørsmål om moral i større grad overlates til den enkelte stat, i motsetning til spørsmål om beskyttelse av individets rettigheter der prøvingsintensiteten vil være høyere.<sup>18</sup> Også når det gjelder individets rettigheter vil prøvingsintensiteten avhenge av hvor inngripende det aktuelle myndighetstiltaket er. Det er først i de tilfeller der EMD vurderer at statene har beveget seg utenfor skjønnsmarginen, at det blir konkludert med konvensjonsbrudd.

Hvor stor skjønnsmargin statene innrømmes har konsekvenser for når en avgjørelse om samværsnekt er i samsvar med retten til familieliv, jf. EMK art.8. En avgjørelse om samværsnekt innebærer et ytterligere inngrep i familielivet, i tilfeller der barnet allerede er hentet ut fra foreldrehjemmet etter omsorgsovertakelse. EMD vil dermed anlegge en høyere prøvingsintensitet enn i omsorgsovertakelsessaker der det fastsettes samvær.

---

<sup>17</sup> Eks.: Jansen mot Norge (2018) avsnitt 91.

<sup>18</sup> Høstmælingen (2012) s.130.

## 2.3 Høyesteretts metode i menneskerettighetsspørsmål

Skjønnsmarginen i samværsnektaker er følgelig snever, hvilket gjør det interessant å undersøke hvilken metode Høyesterett anvender i vurderingen av de aktuelle menneskerettighetene. I norsk rett har menneskerettighetene to hjemmelsgrunnlag; både Grunnloven og menneskerettsloven.

Ved revisjonen i 2014 ble det vedtatt et nytt kapittel E om menneskerettigheter i Grunnloven. Menneskerettighetene har følgelig status som *lex superior* i norsk rett. I spørsmål om samværsnekt er to bestemmelser av særlig betydning; nemlig Grl. § 102 om retten til respekt for familielivet og Grl. § 104 om barns spesielle menneskerettighetsvern. I dommen inntatt i Rt.2015 s.93 (Maria), gjennomgår Høyesterett flere utgangspunkter for tolkningen av grunnlovsbestemmelsene sett i lys av EMK og barnekonvensjonen med tilhørende generelle kommentarer. For det første legges det i avsnitt 64 til grunn at Grl. § 104 (2) om barnets beste har sin parallell i BK art.3 nr.1, og at Barnekomitéens generelle kommentar nr.14 om barnets beste, dermed utgjør ”et naturlig utgangspunkt (...) ved tolkningen av Grunnloven § 104 annet ledd”.

Uttalelsen fra Maria-dommen modereres noe i plenumsdommen inntatt i Rt.2015 s.1388 (Internflukt)<sup>19</sup>, som gjaldt gyldigheten av Utlendingsnemndas vedtak om å henvide en afghansk familie til internflukt etter avslag på deres asylsøknader. I avsnitt 151-152 er flertallet mer forbeholdne om vekten av generelle kommentarer i tolkningen av BK art.3 nr.1. Mindretallet er mer positive i avsnitt 272. Imidlertid vises det i avsnitt 162 til at Grl. 104 ikke ble anvendt, ettersom bestemmelsen ikke hadde trådt i kraft på vedtakstidspunktet. Dette viser at Barnekomitéens generelle kommentarer på visse premisser er relevant som rettskilde ved tolkning av Grunnloven.

For det andre uttales det i avsnitt 57 i Maria-dommen at menneskerettighetskonvensjonene, som var gjeldende norsk rett før revisjonen, skal danne utgangspunktet for grunnlovstolkningen, ”men likevel slik at fremtidig praksis fra de internasjonale håndhevingsorganene ikke har samme prejudikatsvirkning”. Det er med andre ord et skille i hvilken rettskildemessig vekt EMD-praksis skal ha i grunnlovssammenheng, der praksis fra før revisjonen vil veie tyngre enn den etterfølgende.

Selv om Høyesterett uttaler at praksis fra EMD og tolkningsuttalelser fra Barnekomitéen er relevante ved tolkningen av Grunnloven, fremholdes det i avsnitt 57 at det etter vår forfatning

---

<sup>19</sup> Rt.2015 s.1388.

er Høyesterett som har ansvaret for ”å tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettsbestemmelser”. Dette innebærer at det menneskerettslige vernet som følger av Grunnloven kan komme til å utvikle seg i en annen retning enn det som fremgår av de tilsvarende konvensjonsbestemmelsene.

Utgangspunktet for Høyesteretts tolkning av EMK og barnekonvensjonen, er at disse er gitt forrang ved motstrid, jf. mrl. § 3. Dette innebærer at konvensjonene har semikonstitusjonell rang. Videre følger det av presumpsjonsprinsippet at norsk rett forutsettes å være i samsvar med menneskerettighetene, slik at det skal foretas en harmoniserende tolkning så langt det er mulig.<sup>20</sup> I tillegg til å gjelde som norsk lov, utgjør derfor menneskerettighetene en skranke og tolkningsprinsipp for anvendelse av øvrig norsk lovgivning.

De metodiske utgangspunktene for Høyesteretts tolkning av EMK, ble etablert i den enstemmige plenumsdommen inntatt i Rt.2000 s.996 (Bøhler). Det ble her lagt til grunn at ”anvendelse av EMK i norsk rett skal ta utgangspunkt i den samme metode som EMD”. Det legges med andre ord opp til at Høyesterett skal benytte EMDs metode til å foreta en selvstendig tolkning av EMK. Imidlertid tas det forbehold om at den dynamiske utviklingen av konvensjonsrettighetene primært skal utføres av EMD.

Det tas også stilling til norske domstolars bruk av skjønnsmarginen. Når det er tale om å veie ulike konvensjonsbeskyttede interesser mot hverandre, må norske domstoler med utgangspunkt i EMDs metode, også kunne bygge på ”tradisjonelle norske verdiprioriteringer”. Muligheten til å vektlegge nasjonale verdiprioriteringer, vil i følge dommen særlig gjelde dersom lovgiver har vurdert forholdet til EMK og ”lagt til grunn at det ikke foreligger motstrid”.<sup>21</sup> Selv om norske domstoler ikke skal ”gå først” i utviklingen av EMK, innebærer likevel skjønnsmarginen at det på visse premisser er anledning til å tolke EMK i overensstemmelse med norske verdier og samfunnsforhold.

Når det gjelder Høyesteretts bruk av barnekonvensjonen, må det også her foretas en selvstendig tolkning. Til forskjell fra EMK, er det ikke en egen domstol for barnekonvensjonen, men et overvåkningsorgan; nemlig FNs Barnekomité, jf. BK art.43. Ettersom Norge ikke har ratifisert den tredje tilleggsprotokollen om individklageordning, skjer overvåkingen av den norske konvensjonsetterlevelsen ved rapportering hvert femte år, jf. BK art.44. Basert på rapporten utarbeider komitéen en anbefaling som ikke er rettslig bindende.

---

<sup>20</sup> Innst.O.nr.51 (1998-9) s.6.

<sup>21</sup> Rt.2000 s.996 s.1007-8.

I tillegg utgir komitéen generelle kommentarer om tolkningen av barnekonvensjonen. Heller ikke disse er folkerettslig bindende. Høyesterett har likevel uttalt at de generelle kommentarene har relevans som tolkningsfaktor når ”uttalelsen må ses som en tolkningsuttalelse” som ”klart” gir uttrykk for komitéens forståelse, og denne i tillegg ”passer på det aktuelle faktum og rettsområde”.<sup>22</sup> Dette er fulgt opp i flere høyesterettsavgjørelser.<sup>23</sup> Vektingen av komitéens tolkningsuttalelser er mer omdiskutert. Høyesterett har likevel uttalt at komitéens generelle kommentarer har ”betydelig vekt” når uttalelsen fremstår som en ”klar konvensjonstolkning” som er ”godt forankret i konvensjonsteksten”.<sup>24</sup>

Kort oppsummert viser høyesterettspraksis at EMDs praksis og Barnekomitéens tolkningsuttalelser er relevante ved tolkning av konvensjonene som er hjemlet i menneskerettsloven, og for menneskerettighetsbestemmelsene i Grunnloven. Det er imidlertid rom for at den norske tolkning av menneskerettighetene utvikler seg i en annen retning enn EMDs praksis. For anvendelsen av EMK oppstår denne muligheten ved at statene innrømmes en skjønnsmargin og at Høyesterett har uttalt at ”tradisjonelle norske verdiprioriteringer” spiller inn ved tolkningen av EMK. Når det gjelder rettighetene i Grunnloven, oppstår muligheten ved at nyere EMD-praksis ikke vektet like tungt som praksis fra før 2014, og at Høyesterett har ansvaret for utviklingen av Grunnlovens menneskerettighetsvern.

Muligheten for at det menneskerettslige vernet utvikler seg i en annen retning, er relevant i analysen av om nyere høyesterettspraksis om samværsnekt er i samsvar med EMDs praksis og hensynet til barnets beste. I det følgende vil jeg først fremstille de materielle utgangspunktene, før jeg går over til en analyse av rettspraksis.

### **3 Menneskerettigheter og grunnleggende prinsipper**

#### **3.1 Innledning**

Adgangen til å fatte vedtak om samværsnekt er hjemlet i barnevernloven. Det fremgår av bvl. § 1-1, at formålet med barnevernloven er å sikre barns helse og utvikling, at barnet får nødvendig hjelp og omsorg, blir møtt med kjærlighet, og videre at barn får trygge oppvekstsvilkår. For å ivareta lovens formål, kan barneverntjenesten igangsette de særlige tiltakene som fremgår av bvl.kap.4. Noen av tiltakene, slik som mange av hjelpetiltakene etter bvl. § 4-4, er av frivillig karakter og innebærer at foreldrene samtykker. Andre tiltak, slik som omsorgs-

---

<sup>22</sup> Rt.2009 s.1261 avsnitt 44.

<sup>23</sup> Rt.2015 s.1388 avsnitt 152.

<sup>24</sup> HR-2018-2096-A avsnitt 14-16.

overtakelse etter bvl. § 4-12 og samværsnekt etter bvl. § 4-19 (2), er av tvungen karakter og kan iverksettes mot foreldrenes vilje. Tvangstiltakene innebærer at staten ved barneverntjenesten griper inn i familiens privatsfære.

Vurderinger av samværsnekt må ses i sammenheng med det overordnede menneskerettighetsvernet. De mest aktuelle menneskerettighetene er retten til respekt for familieliv og barnets rett til beskyttelse av sin helse og utvikling. På dette punkt skiller saker om barnevern seg fra andre saker som reiser menneskerettslige spørsmål, ved at det er to rettighetssubjekter: barnet og foreldrene.

Foreldre og barn er beskyttet av menneskerettighetene, både rettighetene i Grunnloven og de som er inkorporert gjennom menneskerettsloven. Barn er imidlertid en spesielt sårbar gruppe, ettersom barn i stor grad er avhengige av voksne og kan ha vanskelig for å hevde sin rett på egenhånd i samfunnet. Barn er derfor gitt et særskilt vern i medhold av Grunnloven § 104 og barnekonvensjonen.

Ved at både foreldrenes og barnets rettigheter skal hensynstas i saker om samværsnekt, oppstår det et spenningsforhold ettersom interessene til dels kan være motstridende. Isolert sett kan foreldrenes rett til respekt for familieliv tilsi én løsning, mens hensynet til barnets beskyttelse kan tilsi en annen. Dette kompliseres ytterligere ved at også barnet har rett familieliv med foreldrene. I en vurdering av samværsnekt må rettighetene derfor veies mot hverandre. I det følgende vil jeg først gjennomgå retten til respekt for familieliv, deretter barnets rett til beskyttelse og avslutningsvis det overordnede hensynet til barnets beste.

### **3.2 Rett til familieliv**

Retten til respekt for familieliv er hjemlet i Grunnloven, EMK og for barnets del i barnekonvensjonen. Ettersom retten til familieliv er beskyttet, er staten ved barneverntjenestens inngrep i familien i utgangspunktet ulovlig.

Retten til respekt for familielivet er inntatt i Grl. § 102. Bestemmelsen er generelt utformet, og gjelder således både for foreldre og barn. I tillegg er barnets rett til familieliv spesielt vernet gjennom Grl. § 104 (3) 2.pkt., der det fremgår at myndighetene skal tilrettelegge for at barnet skal få en tilfredsstillende oppvekst ”fortrinnsvis i egen familie”.

Barnets rett til familieliv er også vernet av barnekonvensjonen art.16 og er spesielt fremhevet i fortalen. Særlig relevant i barnevernssaker er artikkel 9. Det fremgår av art.9 nr.1 at barnet ikke skal skilles fra foreldrene, unntatt når inngrepet er hjemlet i lov og visse prosessuelle forutsetninger er oppfylt, og dette i tillegg er ”nødvendig av hensyn til barnets beste”. I tilfel-

ler der det er nødvendig å skille barn og foreldre, har barnet likevel en rett til å ”oppretholde personlig forbindelse” med foreldrene, med mindre det strider mot hensynet til barnets beste, jf. art.9 nr.3.

Grunnloven § 102 er derimot taus om når det kan gjøres inngrep i familielivet. I Maria-saken<sup>25</sup> har Høyesterett uttalt at grunnlovsvernet likevel ikke er absolutt. I avsnitt 60 legges det til grunn at bestemmelsen er oppbygget etter mønster fra blant annet EMK art.8, og at inngrep i familielivet er tillatt etter samme vilkår som i EMK art.8 nr.2. Selv om Høyesterett har et selvstendig ansvar for utviklingen av Grunnlovens menneskerettigheter, er det foreløpig lagt til grunn at Grl. § 102 og EMK art.8 har ”et sammenfallende innhold”.<sup>26</sup> I det følgende vil jeg derfor ta utgangspunkt i EMK art.8. Bestemmelsen lyder som følger:

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

*2. Det skal ikke skje inngrep av offentlig myndighet i utøvelsen av denne rettighet unntatt når dette er i samsvar med loven og er nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet, offentlige trygghet eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter.”*

Det fremgår at retten gjelder for ”enhver”. Den er med andre ord i likhet med Grl. § 102 generell, og gjelder både for foreldre og barn. Bestemmelsen verner deres ”familieliv”, det vil si barn og foreldres rett til å leve sammen som en familie. Retten til familieliv opphører imidlertid ikke selv om barn og foreldre lever atskilt, da også retten til å opprettholde personlig kontakt er beskyttet. EMD har i en rekke dommer formulert dette som at barn og foreldres ”mutual enjoyment (...) of each other’s company constitutes a fundamental element of family life”.<sup>27</sup>

Retten til ”respekt” for familielivet, innebærer en korresponderende plikt for staten. Plikten består av to elementer: For det første en positiv plikt for staten til å tilrettelegge for opprettholdelse av familieliv, og for det andre en negativ plikt til å avstå fra å gjøre inngrep. Hvor langt plikten strekker seg varierer.

---

<sup>25</sup> Rt.2015 s.93.

<sup>26</sup> HR-2016-2554-P avsnitt 81, HR-2017-2015-A avsnitt 46, Rt.2014 s.1105 avsnitt 28.

<sup>27</sup> Vojnity mot Ungarn (2013) avsnitt 28.

Det foreligger en omfangsrik EMD-praksis vedrørende retten til familieliv i barnevernssaker. I tilfeller der barnevernet har overtatt omsorgen for et barn, legger domstolen gjennomgående til grunn at omsorgsovertakelsen i utgangspunktet skal være av midlertidig karakter, og at det skal tilrettelegges for gjenforening.<sup>28</sup> Samvær skal bidra til å oppfylle gjenforeningsmålet. I tilfeller der barnet er tatt ut av familiehjemmet på grunnlag av omsorgsovertakelse, vil staten derfor i utgangspunktet være forpliktet til å tilrettelegge for kontakt gjennom samvær, tilsvarende som etter BK art.9 nr.3. Vedtak om samværsnekt er følgelig verken i samsvar med retten til respekt for familielivet eller gjenforeningsmålet.

Kriteriene for når det likevel kan gjøres inngrep i familielivet, følger av EMK art.8 nr.2. Det oppstilles to vilkår for at statens inngrep skal være rettmessig. For det første må inngrepet være i ”samsvar med loven” og for det andre må inngrepet være ”nødvendig i et demokratisk samfunn”. Jeg vil i det følgende gjennomgå vilkårene med utgangspunkt i EMDs uttalelser i dommen *Aune mot Norge* fra 2010<sup>29</sup>, som gjaldt tvangsadopsjon etter barnevernloven. Ettersom adopsjoner er permanente og derfor ikke i tråd med gjenforeningsmålet, vil tolkningen av vilkårene være tilsvarende som i saker om samværsnekt.

Vilkåret om at inngrepet må være ”i samsvar med loven”, innebærer et krav til lovhjemmel, slik det også følger av legalitetsprinsippet. Videre må loven være tilgjengelig og forutsigbar. I avsnitt 50 i *Aune*-saken uttalte EMD med hensyn til barnevernloven, at det er ”satisfied that the impugned interference had a legal basis in section 4-20 of the Child Welfare Act 1992. Moreover, the law in question was not only accessible but also sufficiently clear to be foreseeable for its users”. Barnevernlovens inngrepshjemler oppfyller dermed det første vilkåret i EMK art.8 nr.2.

Vilkåret om at inngrepet må være ”nødvendig i et demokratisk samfunn”, er todelt. Det stilles for det første krav til at formålet er legitimt, hvilket innebærer et krav om at grunnene til inngrepet er relevante. I avsnitt 53 i *Aune*-saken, uttaler EMD at ”The Court sees no reason to question that the measures pursued the legitimate aim of protecting the best interests of A”. Hensynet til å beskytte barn regnes følgelig som et legitimt formål.

Den andre delen av vilkåret er at inngrepet må være nødvendig, altså at de relevante grunnene må være tilstrekkelige. Det gis med andre ord anvisning på en proporsjonalitetsvurdering, som går ut på at formålet ikke skal kunne nås med et mindre inngripende tiltak. Det kreves

---

<sup>28</sup> Johansen mot Norge (1996) avsnitt 78.

<sup>29</sup> *Aune mot Norge* (2010).

ikke absolutt nødvendighet, men det er likevel lagt til grunn at vilkåret skal tolkes snevert ettersom begrunnelsen må være et påtrengende samfunnsbehov.

### 3.3 Barnets rett til beskyttelse

Barn er gitt en særskilt rett til beskyttelse gjennom menneskerettighetene. For det første gjennom Grunnloven § 104. Det fremgår av bestemmelsens første ledd at barn har rett til ”respekt for sitt menneskeverd”. Rettigheten utdypes i resten av bestemmelsen. Med hensyn til beskyttelse, fremgår det av tredje ledd at barn har rett til ”vern om sin personlige integritet” og ”utvikling”.

En tilsvarende rett til utvikling følger av barnekonvensjonen art.6. Det fremgår her at staten i størst mulig utstrekning skal sikre barnets ”survival and development”, jf. nr.2. Barnekomitéen har forutsatt at det skal legges en helhetlig forståelse av begrepet ”utvikling” til grunn.<sup>30</sup> I tillegg til fysisk og psykisk utvikling, skal også barnets åndelige, moralske og sosiale utvikling beskyttes. I tilfeller der barnet utsettes for fysisk eller psykisk vold og mishandling, er statene pålagt en aktiv beskyttelsesplikt, jf. BK art.19.

Retten til liv, overlevelse og utvikling er dessuten ett av barnekonvensjonens fire generelle prinsipper, sammen med retten til medvirkning, jf. BK art.12, retten til ikke-diskriminering, jf. BK art.2, og prinsippet om barnets beste, jf. BK art.3 nr.1. At det er et generelt prinsipp, innebærer at retten til utvikling i tillegg til å være en enkeltstående rettighet, gjelder på tvers av barnekonvensjonen slik at de øvrige rettighetene må tolkes i lys av bestemmelsen. Det er dessuten en innbyrdes sammenheng mellom prinsippene.

Når det gjelder EMK, er det ingen bestemmelser som gjelder særskilt for barn. Retten til beskyttelse har imidlertid en side til retten til privatliv, jf. EMK art.8 nr.1, som tolkes som et integritetsvern som omfatter barnets rett til utvikling.<sup>31</sup> I tilfeller der barnet blir utsatt for alvorlige krenkelser, vil staten dessuten være forpliktet etter EMK art.3 til å beskytte barnets helse og utvikling mot skade og skaderisiko.<sup>32</sup>

I avsnitt 79 i Aune-saken, konkluderte EMD med at tvangsadopsjon var et proporsjonalt tiltak:

---

<sup>30</sup> Generell kommentar nr.5 (2003) avsnitt 12.

<sup>31</sup> Z m.fl. mot Storbritannia (2001) avsnitt 76.

<sup>32</sup> Stang og Baugerud (2018) s.93.



”Having regard to the circumstances of the case as a whole, the Court is satisfied that the decision to deprive the applicant of parental responsibilities and to authorize the adoption was supported by relevant and sufficient reasons and, bearing in mind the national margin of appreciation, was proportionate to the legitimate aim of protecting A’s best interests.”

Som det fremgår av sitatet, anerkjennes beskyttelsen av barn som et påtrengende samfunnsbehov som kan rettferdiggjøre inngrep i familielivet. Som utgangspunkt vil barn og foreldre ha en fellesinteresse i å bevare familielivet med hverandre. Men i tilfeller der familielivet er skadelig for barnets helse og utvikling, eksempelvis på grunn av omsorgssvikt, vil barnets interesse i beskyttelse veie tyngre. Dette synliggjør en latent interessekonflikt mellom barn og foreldre.

### **3.4 Barnets beste**

I tillegg til, og som del av det legitime formålet om å beskytte barnet, må barnevernstiltaket for å oppfylle forholdsmessighetskravet være til barnets beste. Når det gjelder sammenhengen mellom retten til beskyttelse og hensynet til barnets beste, har Barnekomitéen uttalt følgende:

”States must create an environment that respects human dignity and ensures the holistic development of every child. In the assessment and determination of the child’s best interests, the state must ensure full respect for his or her inherent right to life, survival and development.”<sup>33</sup>

At det skal tas hensyn til barnets beste følger av BK art.3 nr.1. Det fremgår av bestemmelsen at hensynet til barnets beste skal være ”et grunnleggende hensyn” ved ”alle handlinger som berører barn”. Barnekomitéen har uttalt at hensynet til barnets beste som et generelt prinsipp for barnekonvensjonen, er tredelt; det gjelder som materiell rettighet, som saksbehandlingsregel og som tolkningsprinsipp.<sup>34</sup> Om selve normen har komitéen uttalt at hensynet til barnets beste ikke alltid vil være avgjørende, men at hensynet skal ha stor vekt i avveiningen mot andre interesser.<sup>35</sup>

Prinsippet om barnets beste er også hjemlet i Grl. § 104 (2). Det fremgår her at hensynet til barnets beste skal være et ”grunnleggende hensyn” i ”alle handlinger og avgjørelser som berører barn”. I følge forarbeidene til 2014-revisjonen er barns rettigheter etter Grunnloven opp-

<sup>33</sup> Generell kommentar nr.14 (2013) avsnitt 42.

<sup>34</sup> Ibid. avsnitt 6.

<sup>35</sup> Ibid. avsnitt 36-40.

bygget etter inspirasjon fra barnekonvensjonen.<sup>36</sup> I Maria-dommen<sup>37</sup> uttalte førstvoterende i avsnitt 66, at det er en nær forbindelse mellom retten til familieliv og regelen om at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn. Det legges til grunn at rettighetene er ”komplementære”, slik at barnets beste inngår som et ”tungtveiende element” i forholdsmessighetsvurderingen etter Grl. § 102.

EMK inneholder ingen bestemmelse om hensynet til barnets beste. Det følger imidlertid av EMDs praksis at hensynet er en sentral del av forholdsmessighetsvurderingen under EMK art.8 nr.2, særlig i barnevernssaker.<sup>38</sup>

Når det gjelder innholdet i hensynet til barnets beste, fastlegges dette på bakgrunn av normer utenfor lovbestemmelsen selv, slik at innholdet endres i takt med samfunnsutviklingen.<sup>39</sup> I NOU 2012:5 Bedre beskyttelse av barns utvikling, vises det til at barnets beste baseres på fire faglige prinsipper: ”tilknytnings- og relasjonskvalitet, biologiske bånd, mildeste effektive inngrep og barnets medvirkning”. Videre fremgår det at vurderingen av hva som er til barnets beste ”må basere seg på vurderinger av hva som er til det beste for det angjeldende barn ut fra den livssituasjon det befinner seg i og forskningsbasert kunnskap om hva som er best for barn generelt”.<sup>40</sup> Det skal med andre ord foretas en konkret helhetsvurdering der også generell erfaringsbasert kunnskap vil spille inn.

Kort oppsummert utgjør barnevernets tiltak i utgangspunktet et ulovlig inngrep i foreldrenes og barnets rett til respekt for familieliv, jf. Grl. §§ 102, 104 (3), EMK art.8 nr.1 og BK art.16. Inngrepet vil likevel være rettmessig dersom unntaksvilkårene i EMK art.8 nr.2 er oppfylt. I tillegg til at inngrepet må være hjemlet i lov, må det også være nødvendig ut fra et påtrengende samfunnsbehov, hvilket innebærer at tiltaket må være proporsjonalt. I forholdsmessighetsvurderingen veies foreldrenes interesser mot barnets, der barnets behov for beskyttelse vil veie tyngre enn foreldrenes interesse i å opprettholde familielivet. Barnets beste kommer inn som et overordnet hensyn og som del av forholdsmessighetsvurderingen. Hva som utgjør barnets beste beror på en konkret helhetsvurdering der også generelle erfaringer spiller inn.

Ettersom barn er en utsatt gruppe, strekker statens ansvar for overholdelsen av barns menneskerettigheter seg langt, jf. BK art.18. Statens ansvar for barn er likevel sekundært. Det er de som har foreldreansvaret etter bl. § 30, som har det primære ansvaret for barnet. Det er først i

---

<sup>36</sup> Dok.nr.16 (2011-2012) s.193.

<sup>37</sup> Rt.2015 s.93.

<sup>38</sup> Aune mot Norge (2010) avsnitt 66.

<sup>39</sup> Haugli (2016) s.52.

<sup>40</sup> NOU 2012:5 s.32.

tilfeller der foreldene ikke er i stand til å ivareta barnets omsorgsbehov, at staten har et ansvar. Statens sekundæransvar er regulert i barnevernloven.

### **3.5 Barnevernlovens grunnleggende prinsipper**

#### **3.5.1 Innledning**

I følge Raundalen-utvalget som fremla utredningen NOU 2012:5 *Bedre beskyttelse for barns utvikling*, er barnevernloven basert på flere grunnleggende prinsipper som gir uttrykk for samfunnsverdier som gjør seg spesielt gjeldende på barnevernrettens område. Med ”prinsipp” menes en norm som er grunnleggende og generell, og gjelder som retningslinje ved tolkning av loven. Hvilke prinsipper barnevernloven bygger på presenteres noe ulikt i den juridiske teorien, men det synes å være enighet om minst fire: prinsippet om barnets beste, det biologiske prinsipp, det minste inngreps prinsipp samt barnets rett til medvirkning.<sup>41</sup> Prinsippene blir utdypet i det følgende.

#### **3.5.2 Barnets beste**

For barnevernssaker følger det av bvl. § 4-1 (1) at det ved valg av tiltak etter bvl.kap.4, skal legges ”avgjørende vekt” på hensynet til barnets beste. Ved at hensynet skal tillegges ”avgjørende vekt”, går barnevernloven lengre enn barnekonvensjonen og Grunnloven, hvoretter hensynet skal være ”grunnleggende”. Dette er fordi barnets interesser står opp mot foreldrenes i barnevernssaker. Bestemmelsen innebærer at foreldrenes interesser står i annen rekke for barnets behov.

#### **3.5.3 Det biologiske prinsipp**

Det biologiske prinsipp går ut på at barn i hovedsak skal vokse opp hos foreldrene sine. I tilfeller der barn og foreldre lever atskilt, skal de i utgangspunktet ha kontakt. Prinsippet baseres på en presumpsjon om at det er til barnets beste å vokse opp i egen familie. Prinsippet har følgelig sider både til retten til respekt for familielivet og hensynet til barnets beste.

Selv om prinsippet ikke er eksplisitt nedfelt i barnevernloven, kommer det til uttrykk i lovens system. Eksempler på dette er at barnevernstiltak i utgangspunktet skal skje i foreldrehjemmet, og at det oppstilles strengere vilkår for tiltak som omsorgsovertakelse der barnet fratras foreldrene, jf. bvl. § 4-12. I tilfeller der barnet likevel flyttes ut, er utgangspunktet at barnet

---

<sup>41</sup> NOU 2012:5 s.40-41.

skal ha samvær etter bvl. § 4-19 og at det skal tilbakeføres når foreldrene er i stand til å gi forsvarlig omsorg, jf. bvl. § 4-21.

#### 3.5.4 Det minste inngreps prinsipp

I nær sammenheng med det biologiske prinsipp, står det minste inngreps prinsipp. Prinsippet går ut på at barneverntjenesten skal velge det mildeste tiltaket som er egnet til å oppnå ønsket formål. Prinsippet kommer til uttrykk flere steder i barnevernloven. Et eksempel er bvl § 4-12 (2) 2.pkt., der det fremgår at det ikke skal vedtas omsorgsovertakelse dersom det kan skapes ”tilfredsstillende forhold for barnet ved hjelpetiltak etter § 4-4 (...)”.

#### 3.5.5 Barnets rett til medvirkning

Et annet prinsipp som kommer i betraktning når barneverntjenesten skal velge tiltak, er barnets rett til medvirkning. Prinsippet kommer til uttrykk i GrL. § 104 (1) og BK art.12, og ble dessuten inntatt i bvl. § 1-6 etter 2018-revisjonen av barnevernloven. Prinsippet og regelen går ut på at barn som er ”i stand til å danne seg egne synspunkter”, har rett til å få ”tilpasset informasjon” og ”fritt gi uttrykk for sine synspunkter”. Barnet skal bli lyttet til, og synspunktene skal tillegges vekt etter barnets ”alder og modenhet”.

Ettersom barnevernlovens grunnprinsipper gir uttrykk for ulike verdier, må de i en konkret avgjørelse veies mot hverandre. Hvilken løsning som skal velges, må begrunnes i barnets beste ut fra det konkrete barnets totale livssituasjon.<sup>42</sup> I det følgende vil jeg vise hvordan de aktuelle menneskerettighetene og barnevernlovens prinsipper virker inn i vurderingen av samværsnekt.

---

<sup>42</sup> NOU 2012:5 s.41.

## 4 Samvær

### 4.1 Rett til samvær

#### 4.1.1 Innledning

Når barnevernet har overtatt omsorgen for et barn etter bvl. § 4-12, skal det tas standpunkt til spørsmålet om samvær mellom barnet og foreldrene. Dette fremgår av bvl. § 4-19 (1)(2), som lyder:

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

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.”

Hovedregelen er at det skal være samvær mellom foreldre og barn, jf. bvl. § 4-19 (1). Det fremgår av forarbeidene at regelen bygger på det biologiske prinsipp, og at ved fastsettelse av samvær ”må det i første rekke legges vekt på den verdi det kan ha for barnet at kontakten med de biologiske foreldre opprettholdes”.<sup>43</sup> Samvær er følgelig ikke tildeling av et gode, men begrensning av en rett.<sup>44</sup>

Dette er i tråd med bestemmelsen i BK art.9 nr.3, som forplikter staten til å respektere et barn som lever atskilt fra foreldrene sin rett til å opprettholde ”personlig forbindelse og direkte kontakt med begge foreldrene regelmessig”. Videre følger samværsretten av EMK art.8 om rett til respekt for familielivet, slik bestemmelsen er forstått av EMD. Dette følger av den positive plikten staten har til å tilrettelegge for opprettholdelse av familielivet i tilfeller der barnet er flyttet ut av foreldrehjemmet. Høyesterett har lagt til grunn at Grl. § 102 skal forstås på tilsvarende vis.<sup>45</sup>

Det er fylkesnemnda som har vedtakskompetanse, jf. bvl. § 4-19 (2) 1.pkt.. Saksbehandlingen følger derfor saksbehandlingsreglene i bvl.kap.7. Det stilles her en rekke rettssikkerhetsgarantier som skal sikre en korrekt prosess og forutsigbarhet for partene. Blant garantiene kan nev-

---

<sup>43</sup> Ot.prp.nr.44 (1991-1992) s.113.

<sup>44</sup> Ofstad og Skar (2015) s.182.

<sup>45</sup> HR-2017-2015-A avsnitt 46.

nes bvl. § 7-3 om hovedprinsippene for saksbehandlingen, der det blant annet fremgår at bevisførselen skal gi et ”forsvarlig avgjørelsesgrunnlag”, jf. a, og at det tilrettelegges for kontradiksjon, jf. c.

Rettsikkerhetsgarantiene gjelder for partene i saken. Partene i saken er for det første barneverntjenesten, som forutsetningsvis skal representere barnets behov. Barneverntjenesten utarbeider etter bvl. § 7-9 en begjæring om tiltak som innleder saken for fylkesnemnda. Videre er foreldrene til barnet part. Dette følger av at forvaltningsloven (fvl.)<sup>46</sup> gjelder for saksbehandlingen etter barnevernloven, jf. bvl. § 6-1 (1). I forvaltningsloven § 2 (1) e., er en ”part” definert som en ”person som en avgjørelse retter seg mot”, hvilket jo er tilfellet for foreldre i samværssaker.

Spørsmålet om barnets prosessuelle rettigheter er regulert i bvl. § 6-3. Det fremgår av bestemmelsens andre ledd at barn over 15 år som forstår hva saken gjelder, kan ”opptre som part i saken og gjøre partsrettigheter gjeldende”. Også yngre barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter, skal gis alderstilpasset informasjon og anledning til å uttale seg, jf. (1). Dette er i tråd med barnets rett til medvirkning, jf. bvl. § 1-6, samt det generelle prinsippet i barnekonvensjonen om barns rett til å bli hørt, jf. BK art.12. Barns rett å uttale seg og medvirke i egen sak, er dessuten grunnlovsfestet, jf. Grl. § 104 (1).

En annen rettsikkerhetsgaranti følger av at avgjørelsen om samvær fattes i vedtaks form. I følge bvl. § 7-19 skal vedtak fattes ”snarest mulig” etter at forhandlingsmøtet er avsluttet, jf. (1), og videre skal vedtaket begrunnes likt som dommer, jf. (3). Partene er også gitt anledning til rettslig overprøving, ved at fylkesnemndas vedtak kan bringes inn for tingretten etter reglene i tvisteloven kapittel 36, jf. bvl. § 7-24 (1).

Tvisteloven kapittel 36 gjelder administrative tvangsvedtak, og innebærer at domstolene har kompetanse til å prøve alle sidene av saken, inkludert skjønnsutøvelsen, jf. tvl. § 36-5 (3), jf. §§ 11-4, 21-3 (2). Domstolene, inkludert Høyesterett, foretar følgelig en nåtidsvurdering av forholdene i saken. Det settes likevel visse grenser for overprøvingsadgangen, ved at de private parter ikke kan kreve at fylkesnemnda tar stilling til samvær dersom saken har vært behandlet av fylkesnemnda eller domstolene ”de siste tolv månedene”, jf. bvl. § 4-19 (5). Sperrefristen er i følge forarbeidene begrunnet i hensynet til ”å sikre barnet ro, stabilitet og tilhørighet i omsorgssituasjonen”. I tilfeller der sperrefristen ikke overholdes, kan fylkesnemndslederen ”avvise saken uten begrunnelse”, jf. bvl. § 7-13.<sup>47</sup>

---

<sup>46</sup> Forvaltningsloven 1967.

<sup>47</sup> Ot.prp.nr.76 (2005-2006) s.101.

I vedtaket skal det tas stilling til samværets omfang. I rettspraksis er det lagt til grunn at samværet som fylkesnemnda fastsetter er et minimum.<sup>48</sup> Barnevernstjenesten har derfor anledning til å tillate samvær i større utstrekning. Dette er begrunnet i at fastsettingen av samvær i utgangspunktet blir ansett en begrensning i retten til familieliv. Ut fra en fra det ”mer til det mindre”-vurdering, har barnevernet derfor kompetanse til å gi mer samvær.

#### 4.1.2 Sentrale hensyn ved avgjørelser om samvær

##### 4.1.2.1 *Utgangspunkt*

Bestemmelsen om samvær er plassert i barnevernloven kap.4 som gjelder ”særlige tiltak”. Kapitlet innledes av § 4-1, som lyder som følgende:

”Ved anvendelse av bestemmelsene i dette kapitlet skal det legges avgjørende vekt på å finne tiltak som er til beste for barnet. Herunder skal det legges vekt på å gi barnet stabil og god voksenkontakt og kontinuitet i omsorgen.”

Utgangspunktet for samværsvurderingen skal med andre ord tas i hva som er til ”beste for barnet”, med særlig henblikk på at barnet skal ha kontakt og omsorg som er ”stabil”. Dette er i tråd med barnekonvensjonen art.3 nr.1 og Grunnloven § 104. Vurderingen av hva som er til barnets beste skal være konkret og helhetlig. Det avgjørende er hva som gagnar akkurat det barnet som samværsavgjørelsen gjelder. Hva som skal til for å sikre barnet en voksenkontakt og omsorg som er ”stabil og god”, vil derfor variere fra sak til sak. I noen tilfeller vil hyppig samvær med foreldrene bidra til stabilitet for barnet, mens i andre tilfeller vil et mer begrenset samvær eller nekting av samvær, sikre at barnet får god kontakt med fosterforeldrene.

Samværsvurderingen og vurderingen av barnets beste, kjennetegnes derfor av å være kompleks ved at kryssende hensyn gjør seg gjeldende i en konkret, skjønnsmessig helhetsvurdering. Det har likevel utkrySTALLISERT seg noen sentrale hensyn som er gjennomgående i rettspraksis. Hensynene gjør seg gjeldende både i vurderinger av samværets omfang og i vurderinger av samværsnekt, og vil i det følgende bli gjennomgått i korthet.

---

<sup>48</sup> Rt.2012 s.1832 avsnitt 43.

#### 4.1.2.2 *Formål og varigheten av plasseringen*

Utgangspunktet når det fattes vedtak etter bvl. § 4-12, er at omsorgsovertakelsen skal være midlertidig. Hvor langvarig plasseringen kan tenkes å bli, er av betydning for omfanget av samværsretten med foreldrene.<sup>49</sup>

Om det er snakk om en snarlig tilbakeføring, bør det tilrettelegges for at kontakten mellom foreldrene og barnet holdes best mulig vedlike. I følge forarbeidene tilsier dette hyppige samvær av lengre varighet.<sup>50</sup>

Når det er snakk om en langvarig plassering, er formålet med samværet at barnet skal ha en kjennskap til foreldrene sine som kan gi en kognitiv eller intellektuell forståelse av hvem de er. Det tas ikke sikte på å skape eller opprettholde følelsesmessige bånd.<sup>51</sup> Uttalelsene i forarbeidene er fulgt opp i høyesterettspraksis.<sup>52</sup>

Når spedbarn plasseres med tanke på oppvekst, i såkalte oppvekstplasseringer, skal barnet gis anledning til å bli kjent med sitt biologiske opphav. Betingelsen for dette er at spedbarnet får utviklet en trygg tilknytning til fosterforeldrene.<sup>53</sup>

#### 4.1.2.3 *Forhold ved barnet*

Ettersom hensynet til barnets beste skal være avgjørende i samværsaker, er forholdene ved det konkrete barnet av stor betydning. Spørsmålet er om barnet har særlige omsorgsbehov, herunder hvor sårbart eller robust barnet er, barnets behov for en forutsigbar hverdag samt barnets totale livssituasjon. Dessuten er barnets tilknytningsforhold til foreldrene og erfaringer fra tidligere samvær av betydning.<sup>54</sup>

I følge Lena Bendiksen og Trude Haugli i boken ”Sentrale emner i barneretten”, kan det spores en klar sammenheng mellom barnets ”alder og utviklingstrinn og samværets omfang” i rettspraksis. Utslaget ligger i at det gis strengere samværsrestriksjoner for yngre barn enn for eldre barn. En grunn til dette kan være at omsorgen for små barn ofte overtas i svært alvorlige

---

<sup>49</sup> Rt.2006 s.247 avsnitt 31.

<sup>50</sup> NOU 1985:18 s.162.

<sup>51</sup> NOU 1985:18 s.162.

<sup>52</sup> Rt.2012 s.1832 avsnitt 31.

<sup>53</sup> NOU 2012:5 s.112.

<sup>54</sup> Bendiksen og Haugli (2015) s.221.



tilfeller, og at disse i tillegg har vanskeligere for å beskytte seg selv og gi uttrykk for hvordan de opplever samværet.<sup>55</sup>

Også barnets egen mening er av betydning, og den skal tillegges vekt etter barnets alder og evne til å sette seg inn i hva saken gjelder, jf. bvl. §§ 1-6 og 6-3.

#### 4.1.2.4 Forhold ved foreldrene

Det fremgår av bvl. § 4-12 av omsorgen kan overtas av barnevernet når barnet utsettes for alvorlig omsorgssvikt. Forhold ved foreldrene og hvordan omsorgssvikten artet seg, er derfor også relevante momenter i spørsmålet om samvær. Her vil forhold som rusmisbruk og psykiske lidelser kunne begrunne et begrenset samvær, mens samvær i tilfeller der det er fare for mishandling eller seksuelt misbruk kun vil være aktuelt der barnet kan trygges både fysisk og psykisk.<sup>56</sup>

## 4.2 Nekting av samvær

Når det er vedtatt omsorgsovertakelse, kan det etter bvl. § 4-19 (2) 1.pkt. bestemmes at det ”av hensyn til barnet” ikke skal være samvær. Utover at hensynet til barnet skal være avgjørende, gir ordlyden i bestemmelsen ingen holdepunkter for hva som skal til for at samvær skal nektes. En gjennomgang av høyesterettspraksis som gjelder samværsnekt, viser at de sentrale hensynene som tas ved vurdering av samvær også gjør seg gjeldende i vurderingen av samværsnekt.<sup>57</sup> I dommen inntatt i Rt.2004 s.1046, uttaler Høyesterett med henvisning til sin tidligere dom inntatt i Rt.2002 s.908, at de sentrale hensynene skal inngå i ”en bred skjønnsmessig vurdering hvor det generelle utgangspunktet i barnevernloven § 4-1 – at det ved avgjørelse etter lovens kapittel 4 skal legges avgjørende vekt på å finne tiltak som er til beste for barnet – vil være av betydning (...)”.<sup>58</sup>

Barnets rett til samvær etter barnekonvensjonen er heller ikke betingelsesløs, da det stilles krav til at samværet ikke må være i strid med hva som er til barnets beste, jf. BK art.9 nr.3. Dersom det fastsettes samvær som ikke er i tråd med barnets beste, vil dette dessuten være i strid med bvl. § 4-1, Grl. § 104 og BK art.3 nr.1.

---

<sup>55</sup> Ibid. s.222.

<sup>56</sup> Bendiksen og Haugli (2015) s.222.

<sup>57</sup> HR-2017-2015-A, Rt.2014 s.976, Rt.2004 s.1046, Rt.2002 s.908.

<sup>58</sup> Rt.2004 s.1046 avsnitt 46.

Det oppstilles ingen ytterligere vilkår i lovteksten som for eksempel at det må foreligge særlige grunner. Terskelen for at samvær skal nektes må likevel anses for å være høy, i og med at samvær mellom foreldre og barn i følge det biologiske prinsipp presumeres å være til barnets beste. I tillegg til hensynene som generelt gjør seg gjeldende i vurderinger av samvær, er det derfor andre momenter som gjelder spesielt i vurderinger om nekting av samvær. I det følgende vil jeg gjennomgå de lovfestede og ulovfestede vilkårene for vurderingen av om samvær skal nektes.

## 5 "Spesielle og sterke grunner"

### 5.1 Innledning

Bestemmelsen i bvl. § 4-19 må anvendes i samsvar med EMK art.8 om retten til respekt for familieliv slik den er praktisert av EMD.<sup>59</sup> Ettersom avgjørelser om samværsnekt i utgangspunktet er et ulovlig myndighetsinngrep i familiesfæren, må unntaksvilkårene i EMK art.8 nr.2 være oppfylt for at tiltaket likevel skal være rettmessig. Det er anvendelsen av vilkåret om at samværsnekt må være "nødvendig i et demokratisk samfunn" som her kommer på spissen og som vil være fokuset for den videre fremstillingen.

EMDs vurdering av retten til familieliv i saker om samværsnekt, kommer blant annet til uttrykk i avgjørelsen *Adele Johansen mot Norge* fra 1996 (Johansen). I dommen vises det til at omsorgsovertakelser normalt skal være av midlertidig karakter og at det skal være et klart mål om gjenforening av barn og foreldre for å være i tråd med retten til familieliv.<sup>60</sup> Også i norsk rett er det klare utgangspunktet at omsorgsovertakelser er midlertidige.<sup>61</sup> Dette følger blant annet av bestemmelsen i bvl. § 4-16 siste pkt. som ble inntatt ved 2018-revisjonen av barnevernloven, der det fremgår at der "hensynet til barnet ikke taler mot det, skal barneverntjenesten legge til rette for at foreldrene kan få tilbake omsorgen for barnet, jf. § 4-21".

I barnevernssaker der omsorgen har blitt overtatt, skjer en gjenforening av foreldre og barn ved at vedtaket om omsorgsovertakelse oppheves, jf. bvl. § 4-21. Det fremgår av bestemmelsens første ledd at et vedtak om omsorgsovertakelse kan oppheves når det er "overveiende sannsynlig at foreldrene kan gi barnet forsvarlig omsorg", jf. 1.pkt.. Vedtaket skal likevel ikke oppheves dersom barnet har fått "en slik tilknytning til mennesker og miljø der det er", at det vil føre til "alvorlige problemer for barnet" dersom det blir tilbakeført, jf. 2.pkt.

---

<sup>59</sup> Rt.2002 s.908 s.913, Rt.2004 s.1046 avsnitt 46-49.

<sup>60</sup> Johansen mot Norge (1996) avsnitt 78.

<sup>61</sup> Prop.169 L (2016-2017) kapittel 17.1.

Problemet med gjenforeningsmålet oppstår i tilfeller der det nektes samvær etter omsorgsovertakelse. Ved at barn og foreldre ikke møtes vil tilknytningen dem imellom svekkes, mens tilknytningen mellom barnet og fosterhjemmet presumptivt vil styrkes. Dette kan føre til at barnet ikke blir tilbakeført selv om foreldrene kan gi ”forsvarlig omsorg”, jf. bvl. § 4-21 (1) 1.pkt.. Avgjørelser om samværsnekt er derfor i utgangspunktet i strid med det klare målet om gjenforening som EMD har oppstilt for at omsorgsovertakelser skal være i samsvar med EMK art.8.

I visse tilfeller kan likevel tiltak som strider mot gjenforeningsmålet være lovlige. I Johansen-saken uttaler EMD at det må finnes en rimelig balanse mellom barnets interesse i å forbli i fosterhjemmet og foreldrenes interesse i gjenforening. I interesseavveiningen skal det legges avgjørende vekt på hva som er til barnets beste, noe som etter omstendighetene kan innebære at foreldrenes interesser må vike. Det legges til grunn at tiltak som ikke er i tråd med gjenforeningsmålet bare bør anvendes i ”exceptional circumstances”, og kun dersom det er begrunnet i ”an overriding requirement pertaining the child’s best interests”.<sup>62</sup>

Vilkåret om at det må foreligge “exceptional circumstances” for at tiltak som ikke er i tråd med gjenforeningsmålet skal være i samsvar med EMK art.8, er i norsk rettspraksis vedrørende samværsnekt oversatt til at det må foreligge ” spesielle og sterke grunner”.<sup>63</sup> I det følgende vil jeg undersøke hva som utgjør “exceptional circumstances” i EMDs praksis, herunder om vilkåret gjelder i tilfeller der det er liten eller ingen tilknytning mellom foreldre og barn.

Deretter vil jeg undersøke hvordan det parallelle vilkåret om ”sterke og spesielle grunner” er anvendt i norsk rettspraksis. Til slutt vil jeg analysere og vurdere Jakob-saken, som er den hittil siste høyesterettsdommen om samværsnekt.<sup>64</sup> Fokuset for analysen vil være om dommen utgjør en nyutvikling i norsk rettspraksis, og om denne i tilfelle er i tråd med EMDs anvendelse av “exceptional circumstances” i tilfeller der det er liten eller ingen tilknytning mellom barn og foreldre. Jeg vil i tillegg vurdere avgjørelsen i lys av hensynet til barnets beste.

---

<sup>62</sup> Johansen mot Norge (1996) avsnitt 78.

<sup>63</sup> Rt.2004 s.1046 avsnitt 49, Rt.2012 s.976 avsnitt 36.

<sup>64</sup> HR-2017-2015-A.

## 5.2 EMD: "Exceptional circumstances"

### 5.2.1 Når foreligger "exceptional circumstances"?

En avgjørelse om nekting av samvær etter omsorgsovertakelse er et myndighetsinngrep som griper så dypt inn i retten til familieliv, at familiebåndene brytes. Dette innebærer at en avgjørelse om samværsnekt ikke er forenlig med målet om gjenforening som EMD har lagt til grunn at myndighetene skal tilrettelegge for. EMD anlegger derfor en økt prøvingsintensitet i saker om samværsnekt sammenlignet med saker om omsorgsovertakelse med samværsrett.<sup>65</sup>

Den økte prøvingsintensiteten kommer til uttrykk ved at det er oppstilt en høyere terskel for at avgjørelser om samværsnekt skal oppfylle unntaksvilkåret om å være "nødvendig i et demokratisk samfunn", jf. EMK art.8 nr.2. Terskelen for at en avgjørelse om samværsnekt skal være et forholdsmessig inngrep i retten til familieliv, er høynet ved at det stilles krav til at det må foreligge "exceptional circumstances".

I tillegg til at det må foreligge "exceptional circumstances", kreves det at avgjørelsen om samværsnekt er motivert av et dominerende hensyn til barnets beste. Vurderingstemaet som tidligere er oppstilt i Johansen-saken, er senere fulgt opp i blant annet *Dolhamre mot Sverige* fra 2010 (Dolhamre).<sup>66</sup> Vurderingen er en interesseavveining mellom barnets interesse i å forbli under barnevernets omsorg sett opp mot foreldrenes interesse i opprettholdelse av familiebåndene. I Dolhamre-saken uttaler EMD følgende om vektingen av hensynet til barnets beste i interesseavveiningen:

"In carrying out this balancing exercise, the Court will attach particular importance to the best interests of the child which, depending on their nature and seriousness, may override those of the parent (...)." <sup>67</sup>

Spørsmålet om når barnets interesse skal gå foran foreldrenes, beror med andre ord på sakens natur og alvorlighetsgrad. Imidlertid kan hensynet til barnets beste i mange tilfeller begrunne ulike løsninger. I dommen *Neulinger and Shuruk mot Sveits* fra 2010, uttaler EMD følgende om flersidigheten til hensynet til barnets beste:

"The child's interest comprises two limbs. On the one hand, it dictates that the child's ties with its family must be maintained, except in cases where the family has proved

---

<sup>65</sup> Johansen mot Norge (1996) avsnitt 64.

<sup>66</sup> Dolhamre mot Sverige (2010) avsnitt 121.

<sup>67</sup> Ibid. avsnitt 111.

particularly unfit. It follows that family ties may only be severed in very exceptional circumstances and that everything must be done to preserve the personal relations and, if and when appropriate, to ‘rebuild’ the family (...). On the other hand, it is clearly also in the child’s best interest to ensure its development in a sound environment, and a parent cannot be entitled under Article 8 to have such measures taken as would harm the child’s health and development.”<sup>68</sup>

Som det fremgår av sitatet er hensynet til barnets beste todelt i saker om samværsnekt. På den ene siden er det en presumpsjon for at det er til barnets beste å opprettholde familiebåndene, slik det også følger av det biologiske prinsipp. På den andre siden har barnet et behov for beskyttelse. Om avveiningen av disse interessene legger domstolen til grunn at hensynet til å bevare familiebåndene skal veie tyngst, med mindre foreldrene har vist seg å være ”particularly unfit”. I slike tilfeller vil det ofte foreligge ”exceptional circumstances” som tilsier at barnets beskyttelsesbehov veier tyngre enn interessen i å opprettholde familiebåndene. Begrunnelsen er at en opprettholdelse av familierelasjonen i slike tilfeller vil skade barnets helse og utvikling. I tilfeller der barnets beskyttelsesbehov nødvendiggjør at det ikke skal være samvær med foreldrene, foreligger det med andre ord en ekstraordinær omstendighet som utfra et dominerende hensyn til barnets beste rettfærdiggjør et inngripen i foreldrenes, og også barnets, rett til beskyttelse av familielivet.

Dommen *Süss mot Tyskland* fra 2005 gir et eksempel på et forhold som ble godtatt som en ”exceptional circumstance”. I dommens avsnitt 90 blir det vist til at det tolv år gamle barnet i saken, kalt F, uttrykte et bastant ønske om samværsnekt på grunn av det sterkt konfliktfylte forholdet mellom foreldrene. Den nasjonale domstolen la avgjørende vekt på uttalelser fra sakkyndig i saken om at ”enforcing such contacts would cause serious psychological harm to F.” EMD vurderte at staten handlet innenfor skjønnsmarginen da de “parted from the assumption that in principle, it was in a child’s best interest to have contacts with both parents”, etter som gjennomføring av samvær ville innebære “a great strain on their child”.<sup>69</sup> Eksempelet viser at omstendigheter som utgjør en betydelig skaderisiko for barnets psykiske helse kan rettfærdiggjøre avgjørelser om samværsnekt.

Et annet eksempel er den norske Jansen-saken som var oppe for EMD i september 2018, og som gjaldt spørsmålet om det skulle nektes samvær mellom barn og foreldre på grunn av kidnappingsfare fra barnets morfar. Da fylkesnemnda fattet vedtak om omsorgsovertakelse, ble barnet plassert på skjult adresse og det ble fastsatt samvær på én time med tilsyn fire ganger

---

<sup>68</sup> Shuruk og Neulinger mot Sveits (2010) avsnitt 136.

<sup>69</sup> Süß mot Tyskland (2005) avsnitt 90.

årlig for hver av foreldrene. Foreldrene bragte samværsvedtaket inn for rettslig overprøving, men tingretten kom isteden frem til at samvær skulle nektes på grunn av fare for at morfaren ville kidnappe barnet.<sup>70</sup>

Saken var deretter oppe til behandling i lagmannsretten to ganger og én gang for Høyesterett. I dommen inntatt i Rt.2014 s.976, la Høyesterett til grunn at en bortføring ville være ”traumatisk for barnet” ettersom det ville bli ”revet opp fra sin omsorgsbasis”, og det ikke var sannsynlig at barnet ville få ”tilfredsstillende omsorg” dersom det ble holdt skjult for myndighetene. Det ble følgelig lagt til grunn at en mulig bortføring av barnet kunne begrunne en avgjørelse om samværsnekt. Saken ble likevel hjemvist til lagmannsretten for fornyet behandling, ettersom Høyesterett vurderte at det ikke var tilstrekkelig opplyst om bortføringsfaren var ”reell og aktuell”.<sup>71</sup> Ved den fornyede behandlingen i lagmannsretten, ble det igjen konkludert med at risikoen for bortføring var reell og aktuell, og samvær ble følgelig nektet.<sup>72</sup> Dommen ble påanket, men ble ikke sluppet inn for behandling i Høyesterett.<sup>73</sup>

Det var følgelig lagmannsrettsdommen som ble klaget inn for EMD. Utgangspunktet for EMDs vurdering ble tatt i at statene har en vid skjønnsmargin i avgjørelser om omsorgsovertakelser, men at marginen er snevrere ved avgjørelser om samværsnekt. Dette ble begrunnet med at den ytterligere restriksjonen i retten til familieliv som samværsnekt innebærer, kan føre til at ”the family relations between the parents and a young child are effectively curtailed”.<sup>74</sup> Lagmannsrettens vurdering av at konsekvensene av en potensiell kidnapping ville være skadelig for barnet, ble imidlertid godtatt som å være innenfor den snevrere skjønnsmarginen som gjelder for tiltak som er i strid med gjenforeningsmålet.<sup>75</sup>

Norge ble likevel dømt for brudd på EMK art.8. Det springende punkt i domstolens begrunnelse var at lagmannsrettens vurdering av hensynet til barnets beste ikke var i tråd med EMDs praksis.<sup>76</sup> Det ble vist til at målet om gjenforening ikke var vurdert grundig nok, og videre at det ikke var tatt tilstrekkelig hensyn til langtidsvirkningene som en varig atskillelse fra moren ville få for barnet, herunder konsekvensene av at hun kunne miste kontakten med sin kulturelle identitet som norsk rom.<sup>77</sup>

---

<sup>70</sup> TOSLO-2013-31938.

<sup>71</sup> Rt.2014 s.976 avsnitt 64-66.

<sup>72</sup> LB-2014-173958.

<sup>73</sup> HR-2015-1452-U.

<sup>74</sup> Jansen mot Norge (2018) avsnitt 89-90.

<sup>75</sup> Ibid. avsnitt 98.

<sup>76</sup> Ibid. avsnitt 101.

<sup>77</sup> Ibid. avsnitt 103.

Dommen er egnet til å belyse flere aspekter ved bruken av ”exceptional circumstances” som høynet terskel ved vurderingen av om et myndighetsinngrep er ”nødvendig i et demokratisk samfunn”, jf. EMK art.8 nr.2. For det første viser dommen at statens skjønnsmargin hva gjelder hvilke forhold som kan skade barnets helse og utvikling og derfor kvalifisere som en ”exceptional circumstance”, er relativt vid. Det er derfor ikke mulig en gang for alle å fastsette hva som skal til for at samvær skal nektes, ettersom innholdet i vurderingsnormen vil endre seg, ikke bare i takt med samfunnsutviklingen på grunn av EMDs dynamiske tolkningsstil, men også variere utfra det enkelte lands tradisjoner og aksept for myndighetsinngrep i familielivet.

For det andre er dommen egnet til å synliggjøre at det er en forskjell i vektleggingen av hensynet til barnets beste i norsk rett sammenlignet med etter EMDs praksis. I norsk rett skal hensynet til barnets beste være styrende i avgjørelser som gjelder barn, jf. GrL § 104 (2), BK art.3 nr.1 og bvl. § 4-1. Dette er også fulgt opp i høyesterettspraksis, blant annet i Maria-dommen, der det uttales at ”Barnets interesser skal danne utgangspunktet, løftes spesielt frem og stå i forgrunnen”.<sup>78</sup> I Jansen-saken kan det imidlertid se ut til at retten til familieliv veies tyngre enn hensynet til barnets beste, ved at gjenforeningsmålet fremheves selv om det er klart at det er snakk om en langtidsplassering av barnet.

På dette punkt er dommen kritisert fra flere hold, blant annet av Elisabeth Gording Stang og Gunn Astrid Baugerud i OsloMet-rapporten ”Samvær etter omsorgsovertakelse”. De uttaler at ”hensynet til gjenforening nærmest overstyrer den konkrete, individuelle vurdering av hva som er barnets beste i saken”.<sup>79</sup> Også Kirsten Sandberg kritiserer EMDs vurdering av hensynet til barnets beste i artikkelen ”Ulogisk fra EMD?”, der hun uttaler at ”når domstolen holder fast ved at etter betydelig tid under omsorg kan barnets interesse i å unngå at dets faktiske familiesituasjon endres på ny, gå foran foreldrenes interesse i gjenforening (...), er det forbausende at den i en sak som denne føler behov for å fremheve gjenforeningsmålet”.<sup>80</sup>

Sett i lys av at EMD har en annen vektlegging av hensynet til barnets beste opp mot gjenforeningsmålet, er det interessant å se om dette får innvirkning på norsk rettsanvendelse, hvor det til nå er en tradisjon for å la barnets interesse i trygghet og kontinuitet i omsorgen stå i første rekke. Imidlertid har statene en skjønnsmargin, hvilket kan innebære at norske myndigheter kan videreføre praksisen. Resultatet i Jansen-saken kan likevel indikere at det stilles høyere

---

<sup>78</sup> Rt.2015 s.93 avsnitt 65.

<sup>79</sup> Stang og Baugerud (2018) s.70.

<sup>80</sup> Sandberg (2018) s.4.

krav til grundigheten i vurderingen av gjenforeningsmålet for at en avgjørelse om samværsnekt skal være i overensstemmelse med EMDs praksis.

Kort oppsummert er det vanskelig å si noe generelt om når det foreligger ”exceptional circumstances” som utfra et dominerende hensyn til barnets beste kan rettfærdiggjøre en avgjørelse om samværsnekt. Grunnen til dette er at EMDs overprøving skjer i konkrete klagesaker og er subsidiær. Det er uansett på det rene at terskelen for at samværsnekt godtas etter EMDs praksis er høy. Dette synliggjøres ved at det kun er svært alvorlige forhold der skaderisikoen forbundet med samvær er betydelig for barnet, at samværsnekt godtas som et proporsjonalt inngrep i familielivet. I det følgende vil jeg undersøke hvordan EMD forholder seg til kravet om ”exceptional circumstances” i tilfeller der det er svak eller ingen tilknytning mellom foreldre og barn.

## 5.2.2 Kreves det “exceptional circumstances” når tilknytningen er svak?

### 5.2.2.1 Innledning

I Jansen-saken<sup>81</sup> ble ikke tilknytningsforholdet mellom barnet og moren satt på spissen i EMDs vurdering av saken. Det er likevel nevnt i dommens avsnitt 103, at lagmannsretten ikke eksplisitt hadde nevnt at det hadde gått tre år siden moren og barnet sist møttes. Det fremgår av saksgangen at fylkesnemnda vurderte at plasseringen av barnet ville bli langvarig, og at det derfor ble fastsatt fire årlige samvær på én time, med det formål at barnet skulle ha kjennskap til sitt biologiske opphav og sin kulturelle bakgrunn. Utover dette beskrives ikke tilknytningsforholdet mellom barnet og moren, men det fremgår implisitt at tilknytningen ikke var helt fraværende. I avsnitt 93 siterer EMD sin tidligere avgjørelse i saken *Gnahoré mot Frankrike*, der det uttales at barnet har en interesse i at familiebandene blir ”maintained”, altså vedlikeholdt.<sup>82</sup> Det er uklart om domstolen sikter til vedlikehold av mer abstrakte, biologiske bånd, eller om det er snakk om en personlig tilknytning. Henvisningen kan likevel tyde på at det var et forhold mellom mor og barn, ettersom det er snakk om å vedlikeholde familiebandene.

Dette er i tråd med domstolens uttalelser om at ”exceptional circumstances” kreves når barnet og foreldrenes ”family ties” står i fare for å bli brutt.<sup>83</sup> Spørsmålet i det følgende er hva som ligger i ”family ties”, og videre om det samme kravet om ”exceptional circumstances” oppstilles når det ikke foreligger et personlig forhold mellom barnet og foreldrene.

---

<sup>81</sup> Jansen mot Norge (2018).

<sup>82</sup> Gnahoré mot Frankrike (2000) avsnitt 59.

<sup>83</sup> Jansen mot Norge (2018) avsnitt 93.



### 5.2.2.2 Söderbäck mot Sverige 1998

I dommen *Söderbäck mot Sverige*<sup>84</sup> motsatte en biologisk far seg at stefaren skulle adoptere, slik at han selv mistet alle juridiske bånd til barnet. I dommens avsnitt 31 til 35, diskuterer EMD adopsjonen opp mot klagers rett til familieliv med barnet etter EMK art.8. I avsnitt 31 foretar domstolen en sammenligning med Johansen-saken, og uttaler følgende om forskjellene i tilknytning:

”It does not concern the severance of links between a mother and a child taken into public care but, rather, of links between a natural father and a child who had been in care of her mother since she was born. Nor does it concern a parent who had had custody of the child or who in any other capacity had assumed the care of the child.”

Som det fremgår av sitatet, skiller Söderbäck-saken seg fra Johansen-saken ved at det ikke er en tilknytning mellom faren og barnet utover den biologiske. Faren i Söderbäck-saken hadde aldri bodd sammen med eller på annen måte hatt omsorgen for barnet, hvilket var tilfellet for moren i Johansen-saken. Domstolen uttaler seg om betydningen av den manglende tilknytningen i avsnitt 34:

“Against this background, and having regard to the assessment of the child’s best interests made by the domestic courts, as well as to the **limited relations** that the applicant had with M. during the relevant period, the Court is satisfied that the decision fell within the margin of appreciation. Given the aims sought to be achieved by allowing the adoption to go ahead, it cannot be said that the adverse effects it had on the applicant’s relations with the child were disproportionate.” (Min utheving)

Som det fremgår av sitatet tilla domstolen den begrensede tilknytningen relevans i vurderingen av om adopsjon var et proporsjonalt tiltak. Når det gjelder hvilket utslag tilknytningsgraden har for forholdsmessighetsvurderingen, ser det ut til at den innklagde staten innrømmes en videre skjønnsmargin enn det som var tilfelle i Johansen-saken der det var et personlig forhold mellom moren og barnet. På denne bakgrunn ble det i avsnitt 35 konkludert med at EMK art.8 ikke var krenket, selv om den biologiske farens familieliv med barnet opphørte i og med adopsjonsavgjørelsen.

Uttalelsene i Söderbäck-saken kan tyde på at EMD anlegger en lavere prøvingsintensitet når det er begrenset tilknytning mellom barnet og forelderen, selv om det aktuelle tiltaket ikke

---

<sup>84</sup> Söderbäck mot Sverige (1998).

samsvarer med gjenforeningsmålet. Dette kan indikere at kravet til at det må foreligge ”exceptional circumstances” modifiseres når tilknytningen er svak, ved at statene levnes en videre skjønnsmargin selv om det aktuelle tiltaket bryter familiebandene. Det er likevel verdt å merke seg at adopsjon i dette tilfellet ikke var et barneverntiltak, hvilket kan innebære at domstolens uttalelser ikke gjør seg gjeldende på samme måte i en sak om samværsnekt.

Dommen er kommentert i juridisk teori. Karl Harald Søvig tolker EMDs uttalelser dithen at ”Innfallsvinkelen kan (...) bli en annen dersom tilknytningen mellom barn og foreldre er svak”, sammenlignet med den praksis domstolen vanligvis har i vurderingen av ”Inngrep som kutter alle bånd mellom barn og foreldre (slik som adopsjon)”.<sup>85</sup> I likhet med Søvig, tolker Trine Riiber og Audgunn Syse uttalelsene i dommen slik ”at det gjelder en annen rettslig norm ved svak tilknytning”.<sup>86</sup>

### 5.2.2.3 *P., C. og S. mot Storbritannia 2002*

I dommen *P., C. og S. mot Storbritannia*<sup>87</sup>, som gjaldt omsorgsovertakelse av et nyfødt barn med etterfølgende samtykke til adopsjon, uttaler EMD i avsnitt 118 følgende med hensyn til betydningen av tilknytningsgraden mellom barnet og foreldrene:

”As regards the extreme step of severing all parental links with a child, the Court has taken the view that such measures would cut a child from its roots and could only be justified in exceptional circumstances or by the overriding requirement of the child’s best interests (see Johansen, cited above (...)). That approach, however, may not apply in all contexts depending on the **nature of the parent-child relationship** (see *Söderbäck v. Sweden* (...)), where the severance of links between child and father, who had never had care or custody of the child, was found to fall within the margin of appreciation of the courts which had made the assessment of the child’s best interests.” (Min utheving)

I sitatet refererer EMD til sin tidligere avgjørelse i *Söderbäck*-saken når det gjelder vurderingen av hvilken betydning tilknytningsgraden mellom barnet og foreldrene skal ha i forholdsmessighetsvurderingen etter EMK art.8 nr.2. Dette tyder på at uttalelsene i *Söderbäck*-saken har overføringsverdi, selv om det ikke var en barnevernssak. Som i den tidligere avgjørelsen, åpnes det for at forholdet mellom foreldrene og barnet påvirker terskelen for når tiltak som strider mot gjenforeningsmålet likevel er tillatt. Måten terskelen endres på, er at staten

---

<sup>85</sup> Søvig (2003) s.213.

<sup>86</sup> Riiber og Syse (2018) s.2.

<sup>87</sup> *P., C. og S. mot Storbritannia* (2002).

levnes en videre skjønnsmargin slik at domstolen anlegger en korresponderende lavere prøvingsintensitet. Den videre skjønnsmarginen innebærer at kravet om ”exceptional circumstances” avpasses etter tilknytningsgraden. Ettersom EMD viderefører tolkningsuttalelsene fra Söderbäck-saken, kan det tyde på at domstolen bygger en konsistent tolkningspraksis. Dette styrker antakelsen om at kravet om ”exceptional circumstances” skal anvendes på en annen måte når det ikke er et tett forhold mellom barn og foreldre.

Også denne dommen er kommentert i juridisk teori. Riiber og Syse sier at ”Der tilknytningen mellom biologiske foreldre og barn mangler eller er svak, er det ikke i samme grad familieband å bryte, slik at hensynene som begrunner samværsretten, ikke gjør seg gjeldende. Kravet om særlige og sterke grunner er derfor modifisert i EMDs praksis ved svak tilknytning (...)”<sup>88</sup>.

#### 5.2.2.4 *I. og U. mot Norge 2004*

Ut fra de ovenfor siterte dommene, later det til at EMD innrømmer statene en videre skjønnsmargin i saker der det er svak tilknytning mellom barnet og foreldrene, ettersom det i slike tilfeller ikke i samme grad foreligger familieband som brytes. Det er derfor relevant å undersøke hva domstolen legger i begrepet ”familieband”: Er det snakk om ren en biologisk tilknytning, eller en personlig tilknytning?

Domstolen kommer inn på tematikken i avvisningsavgjørelsen *I. og U. mot Norge*<sup>89</sup>, som gjaldt spørsmål om samvær mellom biologiske søsken etter tvangsadopsjon. Barnet i saken, kalt X, var langtids plassert i et fosterhjem og hadde ingen kjennskap til sin biologiske families eksistens, verken til foreldrene eller til søsknene, kalt I og U. Bakgrunnen for den manglende kjennskapen, var at foreldrene ikke hadde møtt opp til de fastsatte samværene etter at X ble fosterhjems plassert. Om betydningen av den manglende tilknytningen, uttalte domstolen følgende:

“Thereafter nothing happened in the direction of **close personal relationships** emerging between X and her biological family. The Court notes that the applicants do not dispute either the compulsory public care of X or the permanent nature of her foster home placement, the justification for which does not seem open to question. Nor did the parents exercise even the modest access that had been accorded to them; they saw her only for a few hours between late December 1997 and early May 1998. X had no recollection of these meetings. I. and U., for their part, have never met X, not having had an opportunity to do

---

<sup>88</sup> Riiber og Syse (2018) s.2.

<sup>89</sup> *I. og U. mot Norge* (2004).

so. At the time of the contested decisions, **X was unaware of the existence of her biological family.**

In these circumstances, **the Court has doubts as to the extent to which there still existed a “family life” in the sense of Article 8** between X and the biological family when it was decided to refuse the parents’ request on I. and U.’s behalf for access to X. Nevertheless, bearing in mind **I. and U.’s declared aspirations to meet their younger sister, the Court will proceed on the assumption that to a degree the impugned measures amounted to an interference with their “family life”** (see *Olsson v. Sweden* (no. 1), judgment of 24 March 1988, Series A no. 130, pp. 36-37, §§ 8, 18 and 81; and *Söderbäck v. Sweden*, judgment of 28 October 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VII, §§ 24-25) and will consider the matter under Article 8 § 2.” (Min utheving)

Det fremgår av sitatet at det ikke forelå et personlig forhold mellom barnet og foreldrene, eller barnet og søsknene. På tidspunktet for EMDs overprøving, hadde det gått flere år siden fosterhjemsplasseringen, og barnet var ikke klar over at den biologiske familien fantes. Med hensyn til disse omstendighetene, stilte domstolen seg tvilende til hvorvidt det i det hele tatt forelå et ”familieliv” som kunne være beskyttet av EMK art.8. Likevel legges det til grunn at de biologiske søsknenes ønske om samvær var vernet av bestemmelsen. Domstolen uttaler følgende om forholdsmessighetsvurderingen:

“In this regard the Court notes from the outset **the weak and tenuous nature of the family bonds** between I. and U. on the one hand, and X, on the other hand, **consisting as they did at the time of little or no more than biological ties and a desire by I. and U. to meet X.** Moreover, X’s young age at the time - she was 8 months old when the County Board first denied I. and U. access (4 May 1998) and 3 when (19 September 2000) the Appeals Selection Committee of the Supreme Court refused leave to appeal – made her **vulnerable to change.** In the view of the Court, **these considerations carry great weight** in the review of the necessity of the interference.” (Min utheving)

I vurderingen veies retten til familieliv mot barnets behov for beskyttelse på grunn av hennes sårbarhet for forandringer og særlige behov for stabilitet. Som det fremgår av sitatet, beskrives familiebandene som svake, ettersom de kun består av biologiske bånd og søsknenes ønske om samvær med barnet. Når det gjelder betydningen av den manglende personlige tilknytningen, uttaler domstolen at den må ha betydelig vekt sett i sammenheng med barnets sårbarhet. Dette kan tyde på at terskelen for å tillate tiltak som bryter familieband beror på familiebandenes kvalitet, der manglende personlig tilknytning vil senke terskelen.

### 5.2.2.5 Aune mot Norge 2010

Betydningen av personlig tilknytning i vurderingen av om et tiltak som bryter familiebandene er forholdsmessig, følges opp i Aune-saken.<sup>90</sup> På tidspunktet for EMDs avgjørelse, hadde det 12 år gamle barnet i saken vært fosterhjemsplassert praktisk talt hele livet og det hadde vært lite samvær med moren. I avsnitt 69 uttaler domstolen følgende om den personlige tilknytningen mellom moren og barnet:

”Thus the **social ties** between the applicant and A have been **very limited**. This must have **implications for the degree of protection** that ought to be afforded to her right to respect for family life under paragraph 1 of Article 8 when assessing the necessity of the interference under paragraph 2 (see *Chepelev v. Russia*, no. 58077/00, § 28, 26 July 2007; *Johansen* (dec.), cited above; and *Söderbäck v. Sweden*, 28 October 1998, § 32, *Reports of Judgments and Decisions 1998-VII*).” (Min utheving)

I likhet med avvisningsavgjørelsen *I. og U. mot Norge*, tillegges den manglende personlige tilknytningen mellom barnet og forelderen relevans i forholdsmessighetsvurderingen etter EMK art.8 nr.2. Når det gjelder vekten av det manglende personlige forholdet, legges det til grunn at det vil være av betydning for den graden av beskyttelse som følger av EMK art.8 nr.1. Dette bekrefter at manglende personlig tilknytning senker terskelen for når tiltak som bryter familiebandene er rettmessige.

### 5.2.2.6 Vurdering

Når det gjelder spørsmålet om det kreves ”exceptional circumstances” når familiebandene er svake, forstått som personlig tilknytning mellom foreldre og barn, er det i vedlegg til NOU 2016:16 Ny barnevernslov, lagt til grunn at ”det finnes situasjoner der familiebandene mellom barn og foreldre er så svake at EMD ikke krever ekstraordinære grunner for å bryte bandene ved adopsjon, samværsnekt og lignende”.<sup>91</sup> Hvis denne tolkningen legges til grunn, innebærer manglende personlig tilknytning at terskelen for om samværsnekt er et forholdsmessig inngrep i familielivet senkes, ved at statene innrømmes en videre skjønnsmargin i slike tilfeller.

En annen tolkning er at kravet om ”exceptional circumstances” gjelder, men at manglende personlig tilknytning er et moment i vurderingen av om slike omstendigheter foreligger, sammen med momenter som barnets sårbarhet for fremtidig skade. Dersom denne tolkningen

---

<sup>90</sup> Aune mot Norge (2010).

<sup>91</sup> NOU 2016:16 Ny barnevernslov, vedlegg om barnevernsretten og menneskerettighetene s.355.

legges til grunn, innebærer ikke et fravær av et personlig forhold mellom barn og foreldre at terskelen for når samværsnekt kan godtas senkes, men at vurderingen gis et annet innhold utfra sakens konkrete omstendigheter. Det at vurderingens innhold varierer etter det konkrete saksforholdet, kan ha en sammenheng med hensynet til barnets beste, som også gis et konkret innhold der blant annet barnets sårbarhet spiller inn.

En tredje tolkning er at manglende personlig tilknytning i seg selv er en ”exceptional circumstance”. Dersom man legger denne tolkningen til grunn, innebærer ikke manglende personlig tilknytning at statene får en videre skjønnsmargin og at den korresponderende terskelen for å tillate tiltak som ikke er i samsvar med gjenforeningsmålet, senkes. I så tilfelle mener man at manglende tilknytning, på linje med eksempelvis kidnappingsfare, kan skade barnets helse og utvikling i en slik grad at foreldrenes interesse i å bevare familielivet må vike. Både *I. og U. mot Norge* og *Aune mot Norge* gjaldt beskyttelsesbehovet til barn som var sårbare for forandringer og som var i behov av trygge og stabile omsorgssituasjoner. Det fremheves i dommene at samvær med foreldrene kunne gjøre barna utrygge, og dermed innebære en risiko for deres helse og utvikling. Sett i lys av barnas sårbarhet, kan det argumenteres for at manglende tilknytning i seg selv utgjorde ”exceptional circumstances” som begrunnet i et dominerende hensyn til barnas beste kunne rettferdiggjøre tiltak i strid med gjenforeningsmålet.

Hvorvidt kravet om ”exceptional circumstances” overhodet gjelder når tilknytningen mellom foreldre og barn er svak, om manglende tilknytning er et moment i vurderingen av om det foreligger ”exceptional circumstances”, eller om manglende tilknytning i seg selv er en eksepsjonell omstendighet, gis det ikke et eksplisitt svar på i de ovenfor gjengitte EMD-avgjørelsene. Mye tyder imidlertid på at kravet i det minste modifiseres, slik at statene innrømmes en videre skjønnsmargin sammenlignet med saker der det er tettere bånd mellom barn og foreldre. En mulig forklaring på dette er at avgjørelser om samværsnekt må være motivert av et dominerende hensyn til barnets beste. Hvilken løsningen som velges må følgelig avgjøres utfra en konkret vurdering, hvor barnets sårbarhet og tilknytningsforhold spiller inn.

I det følgende vil jeg undersøke hvordan Høyesterett forholder seg til EMDs praksis i saker om samværsnekt. Fokuset for analysen vil være om det parallelle norske vilkåret om at det må foreligge ”spesielle og sterke grunner” er sammenfallende med kravet om ”exceptional circumstances”, med særlig henblikk på betydningen av tilknytningsgraden mellom barnet og foreldrene.

## 5.3 Norsk rettspraksis: ”Spesielle og sterke grunner”

### 5.3.1 Innledning

Høyesterett har hittil gitt en materiell vurdering av spørsmålet om samværsnekt i fem avgjørelser.<sup>92</sup> Det har blitt konkludert med samværsnekt i to av sakene, nemlig i dommene inntatt i Rt.2002 s.908 og Rt.2004 s.1046. I begge tilfeller vurderte Høyesterett at det forelå ”spesielle og sterke grunner” som nødvendiggjorde nekting av samvær.

Vurderingstemaet ”spesielle og sterke grunner” ble etablert i dommen inntatt i Rt.2001 s.14, som gjaldt tvangsadopsjon.<sup>93</sup> På side 21 i dommen vises det til tidligere høyesterettspraksis der det ble fremholdt at det skal foretas en helhetsvurdering hvor det kreves ”sterke grunner” for at adopsjonssamtykke skal gis. Under henvisning til *Johansen mot Norge*, tilføyes det at tiltak som adopsjon bare bør tillates i ”ekstraordinære tilfeller”.<sup>94</sup> Det er følgelig med utgangspunkt i EMDs praksis at Høyesterett har lagt til grunn at det kreves ”spesielle og sterke grunner” for å nekte samvær.<sup>95</sup> I senere avgjørelser har Høyesterett uttalt at høyesterettspraksis om samværsnekt er i overensstemmelse med retten til familieliv i EMK art.8, slik bestemmelsen er anvendt i EMDs praksis.<sup>96</sup> Denne presumpsjonen tyder på at det norske vilkåret om ”spesielle og sterke grunner” skal forstås likt som EMDs vilkår om ”exceptional circumstances”.

I forarbeidene er samværsretten begrunnet i at det normalt er viktig for barn som er plassert utenfor hjemmet etter en omsorgsovertakelse ”å opprettholde kontakt med sine biologiske foreldre”. Årsaken til dette er både at ”det er sterke følelsesmessige bånd mellom barn og foreldre” og at barnet ”derigjennom kan få en følelse av kontinuitet i livet sitt”.<sup>97</sup> I det følgende vil jeg undersøke om Høyesterett anvender vilkåret om ”spesielle og sterke grunner” likt som EMD anvender vilkåret om ”exceptional circumstances” når samværsretten ikke kan begrunnes i at det er ”sterke følelsesmessige bånd” mellom barnet og foreldrene. Jeg tar utgangspunkt i dommene der Høyesterett har foretatt en materiell vurdering av samværsnektsspørsmålet, med unntak av Rt.2014 s.976 som er høyesterettsavgjørelsen i Jansen-saken<sup>98</sup> og derfor allerede er behandlet.

---

<sup>92</sup> Rt.1998 s.787, Rt.2002 s.908, Rt.2004 s.1046, Rt.2014 s.976, HR-2017-2015-A.

<sup>93</sup> Riiber (2018) fotnote nr.19.

<sup>94</sup> Rt.2001 s.14 s.22.

<sup>95</sup> Rt.2002 s.908 s.914, Rt.2004 s.1046 avsnitt 49, Rt.2014 s.976 avsnitt 35.

<sup>96</sup> Rt.2012 s.1832 avsnitt 32, HR-2017-2015-A avsnitt 46.

<sup>97</sup> Ot.prp.nr.44 (1991-1992) s.138, Rt.2014 s.976 avsnitt 35.

<sup>98</sup> Jansen mot Norge (2018).

### 5.3.2 Rt.2002 s.908

Dommen inntatt i Rt.2002 s.908, er den første der Høyesterett konkluderte med samværsnekt. Saken gjaldt samvær mellom en mor og hennes på domstidspunktet seks år gamle datter. Bakgrunnen for omsorgsovertakelsen var at datteren hadde blitt utsatt for omsorgssvikt og fysisk mishandling som følge av morens psykiske problemer. I spørsmålet om samværsnekt, konkluderte Høyesterett på side 916 med at risikoen for at samvær med moren ville skade barnet var så stor, at det forelå ”spesielle og sterke grunner” som nødvendiggjorde nekting av samvær.

Når det gjelder tilknytningen mellom moren og barnet, ble barnet plassert i fosterhjem allerede da hun var 14 måneder gammel. På side 914 i dommen, beskrives det at det ble gjennomført samvær med moren to timer to ganger i året. Selv om samværet var begrenset, forelå det med andre ord en form for tilknytningsforhold mellom moren og barnet.

### 5.3.3 Rt.2004 s.1046

Den neste saken der Høyesterett tok materielt stilling til samværsnekt, er dommen inntatt i Rt.2004 s.1046. Dette er den eneste andre dommen der det hittil har blitt konkludert med samværsnekt. I saken ble det vedtatt omsorgsovertakelse da barnet var et drøyt år gammelt. Bakgrunnen for omsorgsovertakelsen var mishandling og vold som resulterte i at barnet ble multifunksjonshemmet med behov for omfattende oppfølging.

I Høyesteretts begrunnelse for samværsnekt, ble det lagt vekt på flere forhold. I avsnitt 73 nevnes barnets særlig bastante vegring mot samvær, som de sakkyndige mente ”mest sannsynlig skyldes reaktivering av traume i forbindelse med de skader hun er påført”. I avsnitt 75 la Høyesterett til grunn at ”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 bvl. § 4-19 annet ledd første punktum”. Faren for retraumatisering sammenholdt med barnets motvilje ble ansett som tilstrekkelig for at det forelå ”spesielle og sterke grunner”.

På domstidspunktet var barnet snart åtte år gammelt. I tiden fra omsorgen ble overtatt, hadde foreldrene hatt samvær med barnet i varierende omfang: De første årene med fire timer hver tredje uke med tilsyn, og de senere årene tre timer to ganger i året med tilsyn. Også her var det med andre ord en viss tilknytning mellom barnet og foreldrene.



#### 5.3.4 Rt.2012 s.1832

Dommen inntatt i Rt.2012 s.1832 gjaldt spørsmål om nekting av samvær mellom en far og hans barn. Samvær mellom moren og barnet blir også behandlet i dommen, men blir ikke behandlet videre her. Bakgrunnen for omsorgsovertakelsen var svikt i morens omsorgsevne. I avsnitt 33-34, vises det til at fosterhjems plasseringen kom til å bli langvarig, og at samværets omfang dermed måtte fastsettes under hensyn til at barnet skulle etablere en god og trygg relasjon til fosterforeldrene. Formålet med samvær var derfor å gi barnet kjennskap til sitt biologiske opphav.

I avsnitt 44 fremgår det at samværene med faren stort sett hadde forløpt greit. Samværene var regelmessige men sjeldne, og ble de første årene gjennomført hos barnets farmor. De senere årene fant samværene sted i Oslo fengsel, ettersom faren sonet en fengselsstraff. Under henvisning til at samværene inntil videre måtte skje i fengsel, farens kriminelle aktivitet samt rusproblemene hans, konkluderte Høyesterett i avsnitt 45 med at vilkårene for å fastsette et strekt begrenset samvær var oppfylt. Vurderingen av om samvær skal begrenses i betydelig grad har likhetstrekk med vurderingen av samværsnekt. Samværet ble fastsatt til to ganger i året med to timers varighet, hvilket ble ansett som tilstrekkelig for at barnet skulle bevare kjennskapet til sin far.

Barnet var på domstidspunktet 6 år gammelt og hadde aldri bodd sammen med faren. Omsorgen for barnet ble overtatt ved tre års alder, da hun ble plassert i fosterhjem. Samværet mellom faren og barnet ble i fylkesnemndas vedtak satt til tre ganger årlig med to timers varighet. Dette tyder på at det forelå et visst tilknytningsforhold mellom faren og barnet, selv om de aldri hadde bodd sammen.

#### 5.3.5 Vurdering

Gjennomgangen over avdekker ikke holdepunkter for at Høyesterett i sin tidligere praksis anvender vilkåret om at det må foreligge ”spesielle og sterke grunner” for å nekte samvær, annerledes enn det som fremgår av EMDs praksis når det gjelder anvendelsen av vilkåret om ”exceptional circumstances”. Dette understrekes av at Høyesterett selv har uttalt at egen praksis om samværsnekt er i samsvar med EMDs praksis i tilsvarende saker.<sup>99</sup>

---

<sup>99</sup> Rt.2012 s.1832 avsnitt 32, HR-2017-2015-A avsnitt 46.

Når det gjelder spørsmålet om på hvilken måte tilknytningsgraden påvirker samværsnektvurderingen, kommer ikke dette på spissen i de ovenfor gjennomgåtte høyesterettsavgjørelsene. Grunnen til dette er at selv om omsorgen for barna i sakene ble overtatt da de var relativt små, under halvannet år gamle i sakene der det ble konkludert med samværsnekt, var det et visst tilknytningsforhold mellom barnet og foreldrene som følge av gjennomførte samvær. Det er derfor ikke mulig å utlede noe sikkert fra avgjørelsene om hvilken betydning tilknytningsgraden mellom barn og foreldre spiller i samværsnektvurderingen.

Når det gjelder Høyesteretts vurdering av hensynet til barnets beste, synliggjøres denne ved at de konkrete forholdene i saken tillegges utslagsgivende vekt. Dette samsvarer med innholdet i prinsippet om barnets beste, som går ut på at det avgjørende skal være hva som er gunstigst for akkurat det barnet som avgjørelsen gjelder. Momentene Høyesterett vurderer i denne sammenheng er bakgrunnen for at omsorgen ble overtatt, hvor langvarig plasseringen antas å bli og hvilket formål samvær derfor skal ha. I tillegg vektlegges senere utvikling, herunder hvordan gjennomførte samvær har forløpt og barnets sårbarhet generelt og i samværsituasjonen.

Spørsmålet om hvilken betydning manglende eller svak tilknytning mellom barn og foreldre har i samværsnektvurderingen, blir imidlertid tatt opp i Jakob-saken. I det følgende vil jeg diskutere Høyesteretts metode og konklusjon i dommen opp mot EMDs praksis samt det overordnede hensynet til barnets beste.

## **6 Er nyere høyesterettspraksis i tråd med EMDs praksis og hensynet til barnets beste?**

### **6.1 Jakob-saken**

Dommen inntatt i HR-2017-2015-A gjaldt spørsmålet om foreldrene skulle nektes samvær med sønnen, kalt Jakob. En enstemmig Høyesterett kom frem til at foreldrene skulle gis et felles samvær på én time i året under tilsyn.

Bakgrunnen for omsorgsovertakelsen er gjengitt i dommens avsnitt 3 til 15, hvor det fremgår at det ble oppdaget at Jakob hadde minst 19 ribbensbrudd da han var inne til en rutinemessig helsekontroll ved seks ukers alder. Jakob og moren ble umiddelbart flyttet til et barnevernsenter. Etter én uke ble foreldrene pågrepet av politiet, og Jakob ble akutt plassert i et beredskaps hjem, jf. bvl. § 4-6.

Foreldrene ble senere siktet for mulig overtredelse av straffeloven av 1902<sup>100</sup> § 219 (1) for vold i nære relasjoner, og § 242 (1), jf. (2) for å ha unnlatt å sørge for at Jakob fikk nødvendig helsehjelp. Foreldrene ble senere straffedømt i tingretten for å ha unnlatt å sørge for at Jakob fikk nødvendig helsehjelp, og faren ble i tillegg dømt for å ha påført Jakob ribbensbrudd ved å klemme rundt brystkassen hans ved minst to anledninger. Faren ble senere frifunnet for voldsutøvelsen i ankesaken, fordi det ikke kunne bevises utover enhver rimelig tvil hvem av foreldrene som hadde påført Jakob skadene.<sup>101</sup> Det forelå ikke rettskraftig avgjørelse i straffesaken da barnevernssaken kom opp for Høyesterett.

Etter at foreldrene ble pågrepet, fattet fylkesnemnda vedtak om omsorgsovertakelse og Jakob ble flyttet til et fosterhjem, jf. bvl. § 4-12. Det ble fastsatt samvær for foreldrene med én time årlig under tilsyn, jf. bvl. § 4-19. Foreldrene bragte samværsfastsettelsen inn for rettslig overprøving, men tingretten konkludert isteden med at foreldrene skulle nektes samvær.<sup>102</sup>

Foreldrene påanket tingrettsdommen. I ankeomgangen ble det fremlagt en skriftlig erklæring fra psykologspesialist om foreldrenes samværskompetanse. Lagmannsretten avsa deretter dom om å forkaste anken.<sup>103</sup> Også lagmannsrettsdommen ble påanket. I ankeomgangen ble det fremlagt en kort tilleggsuttalelse fra den samme psykologspesialisten. For øvrig sto saken i samme stilling for Høyesterett som under lagmannsrettsbehandlingen.

## **6.2 Høyesteretts argumentasjon og konklusjon**

Høyesterett begynner med å gjennomgå de faktiske utgangspunktene i dommens avsnitt 33 til 37. Det legges til grunn at tilknytningen mellom Jakob og foreldrene, utover den biologiske, er minimal. Det vises til at omsorgsovertakelsen anses som langvarig og er en oppvekstplassering, og at samværene derfor vil ha til formål å gi barnet kjennskap til sitt biologiske opphav, i motsetning til å skulle opprettholde en personlig forbindelse.

Videre vurderes de fysiske skadene Jakob ble påført og hvor sårbar han er. Her trekkes sakkyndigrapporten frem, der det fremgår at Jakob er urolig, men at dette har bedret seg vesentlig i fosterhjemmet. Høyesterett understreker at sårbarheten er et særlig forhold som det må hensyntas i samværsvurderingen. Når det gjelder selve gjennomføringen av samvær, viser Høyesterett til at samværene som fant sted mens Jakob var i beredskapshjem og observasjonssamværet som ble gjennomført etter fosterhjems plasseringen, har forløpt relativt greit.

---

<sup>100</sup> Straffeloven 1902.

<sup>101</sup> LB-2016-208208.

<sup>102</sup> TOSLO-2014-181656.

<sup>103</sup> LB-2015-77165-2.

Høyesterett går deretter over til den rettslige vurderingen, og begynner med å etablere utgangspunktene i avsnitt 44 til 50. Om forholdsmessighetsvurderingen som skal foretas ved inngrep i familielivet, viser Høyesterett i avsnitt 49 til sin tidligere uttalelse i Jansen-dommen om at det ”med utgangspunkt i EMDs avgjørelser (...) kreves spesielle og sterke grunner for å nekte samvær”. Videre legges det til grunn at EMDs vurderingsnorm om at det må foreligge ”exceptional circumstances”, ikke gir ”anvisning på noen annen norm enn den Høyesterett til nå har lagt til grunn”.<sup>104</sup>

Deretter går Høyesterett i avsnitt 57 over til å vurdere om vilkåret ”spesielle og sterke grunner” gjelder i saker med svak tilknytning. Det vises først til at det ikke foreligger noen holdpunkter i høyesterettspraksis for at anvendelsen av vilkåret avhenger av tilknytningsgraden. I avgjørelsene inntatt i Rt.2002 s.908, Rt.2004 s.1046 og Rt.2014 s.976, var barna under halvannet år ved omsorgsovertakelsen. Det kan virke som om deres unge alder tas til inntekt for at tilknytningen til foreldrene var svakere enn den ville vært om de var eldre.

Det vises så til at en langvarig plassering tilsier at det har selvstendig verdi for barnet å kjenne til de biologiske foreldrene, selv om tilknytningen på omsorgsovertakelsestidspunktet er svak. Denne vurderingen samsvarer med innholdet i det biologiske prinsipp, som presumerer at det er til barnets beste å beholde kontakten med de biologiske foreldrene sine. I avsnitt 59 slås det fast at manglende tilknytning heller vil være et moment i den konkrete samværsvurderingen.

I avsnitt 60 til 62 vurderer Høyesterett at bestemmelsene i Grl. § 102 og EMK art.8 gir støtte for at kravet om ”spesielle og sterke grunner” gjelder når tilknytningen er svak, i motsetning til det kommuneadvokaten har anført. Til støtte for sitt syn har kommuneadvokaten vist til en rekke EMD-dommer. Høyesterett imøtegår anførselen ved å vise til en gjennomgang av aktuelle EMD-avgjørelser i Jansen-dommen, der det ble konkludert med at høyesterettspraksis samsvarer med EMDs praksis. Utover dette foretas det ikke noen nærmere drøftelse, og det konkluderes med at kravet om ”spesielle og sterke grunner” gjelder uavhengig av tilknytningsgrad.

Høyesterett viser med andre ord til egen praksis både for å etablere at det er samsvar mellom det norske vilkåret om ”spesielle og sterke grunner” og EMDs vilkår om ”exceptional circumstances”, og at nevnte vilkår gjelder i tilfeller med svak tilknytning mellom barn og foreldre. Dette kan minne om sirkelargumentasjon, ved at domstolens egen praksis tillegges avgjørende vekt, uten noen egentlig drøftelse utover en henvisning til det biologiske prinsipp.

---

<sup>104</sup> Rt.2014 s.976 avsnitt 49.

Herfra går Høyesterett over til den konkrete subsumsjonen i avsnitt 63. Innledningsvis slås det fast at det på domstidspunktet ikke foreligger noe familiefellesskap, at en tilbakeføring til foreldrene er urealistisk og at samværets formål derfor vil være å gi Jakob et kjennsksforhold til foreldrene. Deretter tar Høyesterett for seg kommuneadvokatens tre anførsler: At det foreligger risiko for retraumatisering ved samvær, at Jakob gjennom samvær på et for tidlig tidspunkt kan få vite sannheten om sin forhistorie, samt risikoen for at foreldrene vil benytte samvær for å fremme et tilbakeføringskrav.

Når det gjelder risikoen for at samvær vil føre til retraumatisering, legger Høyesterett i avsnitt 68 til grunn at ”Det ikke er tvilsomt at dersom en slik reell og aktuell risiko foreligger, vil det kunne være viktig for spørsmålet om samvær”. For å fastlegge om det foreligger en reell og aktuell risiko, tar Høyesterett utgangspunkt i sakkyndigrapporten som ble utarbeidet etter observasjonssamværet. Det foretas altså en konkret vurdering av hvorvidt det foreligger en risiko.

I rapporten beskrives det at Jakob var urolig etter møtet med foreldrene, og at han våknet med panikkskrik på nattetid. Videre at Jakob var stresset i møte med fremmede, men at fosterforeldrene med økende hell klarte å roe ham ned. Utfra dette trekker Høyesterett konklusjonen at Jakob, som nå ville oppleve foreldrene som fremmede, ikke vil oppleve noen større belastning ved å møte foreldrene enn andre han ikke kjenner, og at belastningen ved samvær derfor ikke utgjør en uforholdsmessig risiko for hans helse og utvikling. Høyesterett vurderer at funnene i sakkyndigrapporten etterlater spørsmålet om hvilken fare som foreligger for retraumatisering som åpent, altså at det verken er sannsynlighetsovervekt for eller mot at Jakob vil ta skade av samvær. Utfra dette legges det til grunn at Jakobs sårbarhet ikke kan begrunne en avgjørelse om samværsnekt, men at det isteden vil være et moment i fastsettelsen av samværets omfang.

Høyesteretts vurdering av hvilken sannsynlighetsgrad som kreves for at risikoen skal kvalifisere som reell og aktuell, skiller seg fra risikovurderingen som ble foretatt i Jansen-saken. Her la Høyesterett med henvisning til forarbeidene til grunn, at det ikke kreves sannsynlighetsovervekt for at en kidnappingsfare skal anses som reell og aktuell, så lenge det foreligger konkrete forhold som underbygger frykten.<sup>105</sup> I Jakob-saken later det derimot til at det verken er sannsynlighetsovervekt for eller mot at han vil ta skade av samvær, og at så lenge spørsmålet forholder seg åpent, vil det biologiske prinsipp få gjennomslag. En årsak til at graden av sannsynlighet tillegges en annen betydning enn i Jansen-saken, kan være at Høyesterett vurde-

---

<sup>105</sup> Rt.2014 s.976 avsnitt 48, jf. Ot.prp.nr.103 (2004-2005) s.56.

rer bortføring og de medfølgende konsekvensene som alvorligere enn en skaderisiko som kun gjelder barnets psykiske helse.

Den neste anførselen som imøtegås, er at Jakob gjennom samvær vil kunne få vite sannheten om sitt første leveår før han er moden nok. Høyesterett begynner med å anerkjenne at dette er et relevant hensyn, særlig i tilfeller der foreldrene har mishandlet barnet. Likevel tillegges ikke momentet utslagsgivende vekt, ettersom det uansett er snakk om et sterkt begrenset samvær, og veiledning av foreldrene og fosterforeldrene kan sikre at Jakob får aldersadekvat informasjon.

Spørsmålet om hvilken betydning det skal ha at et barn som er utsatt for vold får kjennskap til sin egen forhistorie, ble også vurdert i dommen inntatt i Rt.2004 s.1046. I dommens avsnitt 70, gjengis de sakkyndiges vurdering av at det kan bli problematisk for barnet å bevare tilliten til fosterforeldrene om samværene fortsetter, og hun får kjennskap til at foreldrene mishandlet henne. I avsnitt 74 vurderer Høyesterett at det er tvilsomt at barnet kan gis informasjon om volden, uten at dette vil vekke reaksjoner hos henne som i sin tur vil vanskeliggjøre samvær. Omstendighetene skiller seg imidlertid fra de i Jakob-saken, ved at barnet på domstidspunktet var eldre og at hun ble påført varige fysiske skader av omfattende karakter.

Til den tredje anførselen om at foreldrene kan bruke samvær som begrunnelse for et tilbakeføringskrav, viser Høyesterett til at et slikt krav vil skape uro som vil skade Jakobs positive utvikling. Det slås imidlertid raskt fast at et slikt krav fremstår som usannsynlig, ettersom foreldrene tilsynelatende var innforstått med at det ikke ville føre frem, og at de så langt ikke har forsøkt. Anførselen avvises med andre ord etter en konkret vurdering.

Det siste punktet Høyesterett tar for seg før det konkluderes med en samværsordning, er lagmannsrettens og den sakkyndiges vektlegging av at Jakob, på grunn av manglende tilknytning, ikke selv har behov for samvær. Under henvisning til lovforarbeidene, tilbakeviser Høyesterett anførselen med at lovgiver har tatt uttrykkelig stilling til at det er gunstig å ha et kjennsksforhold til sine biologiske foreldre, også der tilknytningen er svak. Her kan det virke som om Høyesterett lar lovgivers generelle intensjon om at samvær er til barnets beste, få gjennomslag til tross for sakens konkrete omstendigheter.

## 6.3 Vurdering

### 6.3.1 Betydningen av svak tilknytning

I Jakob-dommen slår Høyesterett med henvisning til Jansen-dommen<sup>106</sup> fast at innholdet i vilkåret om ”spesielle og sterke grunner” i samværsneksaker, samsvarer med EMDs vilkår om ”exceptional circumstances”. Dette stemmer overens med min egen gjennomgang av EMD-praksis og høyesterettspraksis. Videre prøver Høyesterett hvilken betydningen svak tilknytning skal ha for samværsnektvurderingen. Det konkluderes med at tilknytningsgraden ikke påvirker hvilke kriterier som stilles, men at det vil være et relevant moment i vurderingen av samværets omfang. Det legges med andre ord til grunn at vilkåret om ”spesielle og sterke grunner” gjelder på tilsvarende vis som i saker der det er følelsesmessige bånd mellom barn og foreldre. Som begrunnelse viser Høyesterett til at det ikke er holdepunkter i egen praksis for at vurderingskriteriene påvirkes av tilknytningsgraden.

På denne måten fremstiller Høyesterett Jakob-saken som en videreføring av eksisterende tolkningspraksis, istedenfor som en prinsippavgjørelse. Avgjørelsene det vises til er Rt.2002 s.908, Rt.2004 s.1046 og Rt.2014 s.976, og det fremheves at barna i sakene var under halvannet år gamle på omsorgsovertakelsestidspunktene. Det Høyesterett unnlater å påpeke, er at i samtlige av sakene hadde det blitt gjennomført samvær før spørsmålet om samværsnekt kom opp for Høyesterett. Samværene indikerer at det på domstidspunktet forelå et visst tilknytningsforhold mellom barna og foreldrene. Dette i motsetning til Jakobs tilfelle, der det, hans unge alder tatt i betraktning, hadde gått relativt lang tid mellom sist gjennomførte samvær og høyesterettsdommen. Spørsmålet om svak tilknytning var heller ikke påberopt av partene, og det tas ikke eksplisitt stilling til betydningen av dette i de aktuelle avgjørelsene.

Slik jeg tolker foreliggende høyesterettspraksis, er Jakob-dommen den første gangen at betydningen av svak tilknytning i samværsnektvurderingen blir tatt stilling til. Det er derfor påfallende at Høyesterett viser til egen praksis som har begrenset relevans for prinsippspørsmålet i Jakob-saken, uten å foreta noen ytterligere problematisering av tilknytningsgradens betydning.

Når det gjelder Høyesteretts vurdering av EMDs praksis om betydningen av svak tilknytning, vises det også her til Høyesteretts egne avgjørelser. Under henvisning til gjennomgangen i Jansen-saken, legges det uten nærmere diskusjon til grunn at innholdet i vilkåret ”spesielle og sterke grunner” er sammenfallende med EMDs ”exceptional circumstances”, og at vilkåret

---

<sup>106</sup> Rt.2014 s.976.

etter EMDs praksis også gjelder når tilknytningen mellom barn og foreldre er svak. Tatt i betraktning at spørsmålet om tilknytning ikke problematiseres i Jansen-saken, er det interessant at Høyesterett uten nærmere undersøkelse lar vurderingene være utslagsgivende i Jakob-saken.

En gjennomgang av EMD-avgjørelser der vilkåret ”exceptional circumstances” anvendes, kan tyde på at graden av tilknytning likevel påvirker vurderingsnormen. Min egen analyse gir imidlertid ikke et entydig svar på hvordan. Et alternativ er at svak tilknytning innebærer at kravet til ”exceptional circumstances” ikke gjelder i samme grad, fordi statene innrømmes en videre skjønnsmargin slik at terskelen i forholdsmessighetsvurderingen etter EMK art.8 nr.2 senkes. Et annet alternativ er at svak tilknytning inngår som et moment i vurderingen av om det foreligger ”exceptional circumstances”, slik at forholdsmessighetsvurderingens innhold beror på sakens konkrete omstendigheter. Et tredje alternativ er at svak tilknytning i seg selv utgjør en ”exceptional circumstance”, på linje med en reell og aktuell bortføringsfare. Felles for tolkningsalternativene er at alle kan forklares med at en samværsektavgjørelse etter EMDs praksis skal være motivert av et dominerende hensyn til barnets beste. ”Barnets beste”-vurderingen er konkret, og da vil forhold som tilknytning til foreldrene sett i lys av barnets sårbarhet, være sentrale momenter.

I Høyesteretts argumentasjon i Jakob-saken, later det derimot til at sakens konkrete omstendigheter, herunder den svake tilknytningen samt Jakobs særlige sårbarhet, nedtones til fordel for den generelle presumpsjonen i det biologiske prinsipp. Under henvisning til forarbeidene til barnevernloven, legges det til grunn at en klar lovgiverintensjon begrunner den tilsynelatende avgjørende vektingen av det biologiske prinsipp. Imidlertid følger det også av forarbeidene at samvær skal bidra til å bevare de følelsesmessige båndene mellom barn og foreldre.<sup>107</sup> Det kan derfor stilles spørsmålstegn ved hvor klar lovgivers intensjon om at samvær er til barnets beste uansett tilknytningsgrad, egentlig er.

En fremheving av det biologiske prinsipp kan imidlertid godt tenkes å bli godtatt av EMD, ettersom terskelen for å tillate tiltak som strider mot gjenforeningsmålet er høy. Det vil nok derfor ikke være en utfordring med tanke på skjønnsmarginen at Høyesterett fastsetter samvær til tross for manglende tilknytning, selv om EMD har åpnet for at kravet til ”exceptional circumstances” modifiseres i slike tilfeller.

---

<sup>107</sup> Ot.prp.nr.44 (1991-1992) s.138.



Det er interessante er heller at det i følge prinsippavgjørelsen i Bøhler-saken<sup>108</sup> på visse premisser er anledning til å vektlegge tradisjonelle, norske verdiprioriteringer ved tolkningen av EMK. I norsk rettspraksis har sakens konkrete omstendigheter gjennom hensynet til barnets beste tradisjonelt blitt tillagt avgjørende vekt i barnevernssaker, slik det også følger av bvl. § 4-1. Dersom det legges til grunn at en fremheving av barns konkrete interesser fremfor foreldrenes er en norsk verdiprioritering i barnevernssaker, kan det virke som om Høyesterett staker ut en ny kurs i Jakob-avgjørelsen. På denne måten høyner Høyesterett terskelen for hva som skal til for å nekte samvær sammenlignet med egen tidligere praksis. Tatt i betraktning at Høyesteretts drøftelse av de rettslige utgangspunktene i saken ikke er så dyptgående, kan det stilles spørsmålsteget ved hvor bevisst denne kursendringen er.

Jakob-saken har vært gjenstand for diskusjon i juridisk teori. Markus Jerkø argumenterer for at EMD ikke anvender ”exceptional circumstances” som en rettslig norm, slik Høyesterett i sine siste avgjørelser beskriver vilkåret om ”spesielle og sterke grunner”, men at det heller er en avveining som skal styres av barnets interesser.<sup>109</sup> Riiber og Syses vurdering er at ”det etter EMDs praksis ikke kreves sterke grunner for å nekte samvær i slike tilfeller. Det er en svakhet ved dommen at Høyesterett ikke følger EMD på dette punktet, men uten nærmere begrunnelse anvender en strengere rettslig norm for å nekte samvær.”<sup>110</sup> Det gjennomgående i kritikken er at Høyesterett anvender en for streng vurderingsnorm, når spørsmålet om samværsnekt heller burde besvares utfra en interesseavveining hvor hensynet til barnets beste er avgjørende.

### 6.3.2 Hensynet til barnets beste

Stang og Baugerud bemerker at ”normen om sterke og spesielle grunner er utviklet gjennom praksis fra EMD, og bør anvendes i norsk rett med det for øyet at EMD verken forvalter barnekonvensjonen eller barnevernloven, men EMK, selv om hensynet til barnets beste også er blitt en viktig del av EMDs argumentasjonsgrunnlag”.<sup>111</sup> Forskjellen i vektingen av hensynet til barnets beste, synliggjøres ved at EMDs vilkår om ”exceptional circumstances” er et særuntak som kan rettferdiggjøre inngrep i familielivet som ikke samsvarer med gjenforeningsmålet. Etter norsk internrett, følger det motsetningsvis av bvl. § 4-1 at ved valg av barnevernstiltak skal legges ”avgjørende vekt” på hva som er til barnets beste.

Min analyse av tidligere høyesterettspraksis tyder på at hensynet til barnets beste var avgjørende i de to dommene der det ble konkludert med samværsnekt. Måten det kommer til syne

---

<sup>108</sup> Rt.2000 s.996.

<sup>109</sup> Jerkø (2018) s.8.

<sup>110</sup> Riiber og Syse (2018) s.1.

<sup>111</sup> Stang og Baugerud (2018) s.67.

at hensynet var utslagsgivende, er at domsresultatene begrunnes i sakenes konkrete forhold, altså hva som var den beste løsningen for akkurat de barna som avgjørelsene gjaldt. Dette ble gjort ved at Høyesterett vektla bakgrunnen for omsorgsovertakelsene, i sær arten og alvorlighetsgraden av omsorgssvikten, formålet med plasseringen samt senere utvikling, herunder hvordan gjennomførte samvær har forløpt og barnets sårbarhet.

I Jakob-dommen legger Høyesterett derimot opp til at det skal være samvær med mindre det er skadelig for barnet, istedenfor at det kun skal være samvær om dette er positivt for barnet. Dette kan minne om EMDs argumentasjonsmønster, der det legges til grunn at det skal være samvær med mindre det kan skade barnets helse og utvikling, og dette er begrunnet i et dominerende hensyn til barnets beste. I norsk rett skal imidlertid hensynet til hva som er best for barnet være avgjørende i barnevernssaker, hvilken etter en ordlydsfortolkning kan innebære at samvær må være gunstig, og ikke bare være ufarlig nok for barnets helse og utvikling. Dette kan tyde på at det har skjedd en utvikling i Høyesteretts vurdering av barnets beste i samværsneksaker, ved at terskelen er høynet sammenlignet med tidligere praksis.

Det er mulig å argumentere for at barnet har mindre interesse i å opprettholde forbindelsen til de biologiske foreldrene når tilknytningen er svak, slik som tilfellet er for Jakob. Videre følger det av sakkyndigrapporten at den alvorlige volden som han ble utsatt for har medført et særlig omsorgsbehov, herunder et behov for ro og stabilitet langt overstiger behovet til andre jevnaldrende barn.<sup>112</sup> Det er også mulig å argumentere for at Jakobs tillit til voksenverden kan svekkes når han senere får vite om mishandlingen han har vært utsatt for og det likevel har vært samvær, på tilsvarende vis som for barnet i dommen inntatt i Rt.2004 s.1046. Disse aspektene nedtones etter min mening i Høyesteretts argumentasjon, der det legges utslagsgivende vekt på lovgivers fremheving av presumpsjonen i det biologiske prinsipp.

Hva som er til barnets beste i en enkeltsak, besvares ut fra generell erfaringsbasert kunnskap, men skal også vurderes konkret utfra det aktuelle barnets livssituasjon.<sup>113</sup> En kritikk som kan reises mot Høyesteretts vurdering av hva som er til Jakobs beste, er at de generelle utgangspunktene blir styrende. Det kan spørres om ”barnets beste”-vurderingen er konkret nok, og videre om det konkrete siden av vurderingen gis tilstrekkelig vekt. Etter Grunnloven § 104 og barnekonvensjonen art.3, skal hensynet til barnets beste være ”grunnleggende”. Etter barnevernloven § 4-1, skal hensynet imidlertid være ”avgjørende”. Det er klart at hensynet til hva som er til Jakobs beste er ett av flere fundamentale hensyn i vurderingen, men det er kanskje

---

<sup>112</sup> HR-2017-2015-A avsnitt 39.

<sup>113</sup> NOU 2012:5 s.32.

mer usikkert om det er gitt avgjørende vekt, i hvert fall hva gjelder sakens konkrete omstendigheter.

Høyesteretts vekting av hensynet til barnets beste i Jakob-saken er kritisert i juridisk teori. Jerkø uttaler at Høyesterett anvender barnets beste som en rettslig standard, når det heller bør anvendes som en menneskelig standard.<sup>114</sup> Riiber og Syse stiller seg også kritiske til Høyesteretts nedtoning av sakens konkrete omstendigheter, og uttaler at de er bekymret for at barns interesser kan bli skadelidende dersom argumentasjonen i Jakob-saken gis prejudikatsvirkninger.<sup>115</sup>

## **7 Avsluttende bemerkninger**

### **7.1 Oppsummering og konklusjon**

Innledningsvis stilte jeg spørsmål ved hva som skal til for å nekte samvær i tilfeller der det er liten eller ingen tilknytning mellom barnet og foreldrene, herunder om det kreves ”spesielle og sterke grunner” under slike omstendigheter. Jeg stilte også spørsmålet om Høyesteretts avgjørelse i Jakob-saken innebærer en nyutvikling i norsk rettspraksis om samværsnekt.

Når det gjelder spørsmålet om Jakob-dommen innebærer en nyutvikling, har Høyesterett ikke tidligere tatt eksplisitt stilling til betydningen av manglende tilknytning mellom barn og foreldre i en samværsnektvurdering. Sånn sett er det ikke en nyutvikling at Høyesterett i Jakob-dommen legger til grunn at det kreves ”spesielle og sterke grunner” også i slike tilfeller.

En gjennomgang av EMDs praksis tyder derimot på at kravet til ”exceptional circumstances” påvirkes av hvorvidt det er tilknytning mellom barnet og foreldrene. Gjeldende norsk rett skiller seg derfor muligens nå fra EMDs praksis. Dette vil sannsynligvis likevel ikke være et problem dersom en tilsvarende sak som Jakob-saken kommer opp for EMD, ettersom terskelen for å gjøre inngrep i familielivet som er i strid med gjenforeningsmålet skal være høy. Det er imidlertid ikke nødvendigvis lenger riktig, slik som Høyesterett har lagt til grunn, at norsk rettspraksis er i samsvar med EMDs praksis. Om så er tilfellet, følger Høyesterett heller ikke sin egen uttalelse om at avgjørelser om samværsnekt skal være i tråd med EMK art.8, slik den er praktisert av EMD.

---

<sup>114</sup> Jerkø (2018) s.3.

<sup>115</sup> Riiber og Syse (2018) s.1.

Jakob-dommen kan likevel utgjøre en nyutvikling i norsk rettspraksis om samværsnekt, ved at hensynet til barnets beste vektet annerledes enn etter tidligere praksis. I Jakob-saken kan der virke som om den generelle presumpsjonen som ligger i det biologiske prinsipp om at samvær med foreldrene er gunstigst for barnet, trumfer hva som etter en konkret vurdering kan være til barnets beste. Det kan virke som om Høyesterett nærmer seg EMDs mer tekstnære tolkning av retten til respekt for familielivet og hvilken vekt hensynet til barnets beste skal ha i unntaksvurderingen. Det er interessant å se hvilke utslag den annerledes vektingen av hensynet til barnets beste vil få i fremtidige høyesterettsavgjørelser, og eventuelt om man på et senere tidspunkt vil se en pendeleffekt der hensynet til barnets konkrete situasjon igjen tillegges mer vekt.

## Litteraturliste

### Juridisk litteratur

- Bendiksen, L. og Haugli, T. *Sentrale emner i barneretten* (2.utgave), Oslo: Universitetsforlaget 2015.
- Bårdsen, A. *Høyesterett og dynamisk tolkning av EMK*, Ryssdal-seminaret (2017), hentet fra [www.domstol.no](http://www.domstol.no).
- Emberland, M. ”Det norske barnevernet under lupen – del 3”, *Lov og rett*, 10/2018, volum 57.
- Haugli, T. *Hensynet til barnets beste*, i Høstmælingen m.fl.(red.) *Barnekonvensjonen – Barns rettigheter i Norge* (3.utgave), Oslo: Universitetsforlaget 2016, s.51-73.
- Haugli, T. og Havik, T. *Samvær i barnevernssaker, psykologiske og juridiske vurderinger*, Oslo: Universitetsforlaget 2010.
- Høstmælingen, N. *Internasjonale menneskerettigheter*, (2.utgave), Oslo: Universitetsforlaget 2012.
- Høstmælingen, N., Saga Kjørholt, E. og Sandberg, K. *Barnekonvensjonen, barns rettigheter i Norge* (3.utgave), Oslo: Universitetsforlaget 2016.
- Jerkø, M. ”Skal ikke ”barnets beste” leses bokstavelig?”, *Lov og Rett*, nr.02 (2018), s.112-128. Henter fra [www.idunn.no](http://www.idunn.no).
- Ofstad, K. og Skar, R. ”Barnevernloven: med kommentarer”, (6.utgave), Oslo: Gyldendal juridisk 2015.
- Regjeringen *Lovutvalg nedsatt, pressemelding.* (2014), <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/Lovutvalg-nedsatt/id2342528/> (sitert 06.02.19).
- Riiber, T. ”Samvær etter barnevernloven § 4-19”, *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 02-03/2018, volum 16.

- Riiber, T. og Syse, A. ”Høyesteretts sirkelgang i Jakob (HR-2017-2015)”, *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, nr.01/2018, s.96-99. Hentet fra [www.idunn.no](http://www.idunn.no).
- Sandberg, K. ”Ulogisk fra EMD?”, *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, nr.04/2018, hentet fra [www.idunn.no](http://www.idunn.no).
- Sandberg, K. (2018) ”Kommentar til barneloven” i *Norsk lovkommentar, Gyldendal Rettsdata* (sitert 07.03.19).
- Smith, L. *FNs konvensjon om barnets rettigheter*, i Høstmælingen m.fl.(red.) *Barnekonvensjonen – Barns rettigheter i Norge* (3.utgave), Oslo: Universitetsforlaget 2016, s.17-30.
- Stang, E. ”Barns rett til familie og omsorg, særlig om barnevernet”, i *Barnekonvensjonen, barns rettigheter i Norge*, Høstmælingen m.fl. (red.) (3.utgave), Oslo: Universitetsforlaget 2016, s.164-194.
- Stang, E. og Bauge-rud, G. ”Samvær etter omsorgsovertakelse”, *OsloMet Rapport 2018 nr.10*.
- Søvig, K. ”Omsorgsovertakelse av nyfødt barn og etterfølgende samtykke til adopsjon – P., C. og S. mot Storbritannia (appl.nr. 56547/00), dom av 16. juli 2002”, *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, nr.03/2003, hentet fra [www.idunn.no](http://www.idunn.no).

## Norske rettskilder

### Lovgivning

- |      |   |
|------|---|
| 1902 | Almindelig borgerlig straffelov (straffeloven 1902)             |
| 1967 | Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) |
| 1981 | Lov om barn og foreldre (barneloven)                            |
| 1992 | Lov om barneverntjenester (barnevernloven)                      |

1999 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

2005 Lov om mekling og rettergang i sivile saker (tvisteloven)

### Forarbeider

NOU 1985:18 Lov om sosiale tjenester mv.

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

Innst.O. nr.51 (1998- Innstilling fra justiskomiteen om menneskerettsloven  
1999) s.6

Ot.prp.nr.103 (2004- Om endringer i barnelova mv.  
2005)

Ot.prp.nr.76 (2005- Om lov om endringer i barnevernloven og sosialtjenesteloven mv.  
2006)

Dok.nr.16 (2011- Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i  
2012) Grunnloven, hentet fra [www.stortinget.no](http://www.stortinget.no)

NOU 2012:5 Bedre beskyttelse av barns utvikling, ekspertutvalgets utredning om det biologiske prinsipp i barnevernet

Prop.106 L. (2012- Endringer i barnevernloven  
2013)

NOU 2016:16 Ny barnevernslov, sikring av barns rett til omsorg og beskyttelse

NOU 2016:16 ved- Sørensen, C., *Barnevern og menneskerettigheter. Utredning til Bar-*  
legg 4 *nevernlovutvalget*, 23.12.15, rev. 20.06.16

Prop.169 L (2016- Endringer i barnevernloven mv. (bedre rettssikkerhet for barn og  
2017) foreldre)

Rettspraksis (siteret fra Lovdata)

Rt.1998 s.787

Rt.2000 s.996            Böhler-dommen

Rt.2001 s.14

Rt.2002 s.908

Rt.2004 s.1046

Rt.2006 s.247

Rt.2009 s.1261

Rt.2012 s.976

Rt.2012 s.1832

Rt.2014 s.976            Jansen-dommen

Rt.2014 s.1105

Rt.2015 s.93            Maria-dommen

Rt.2015 s.1388        Internflukt-dommen

HR-2015-1452-U

HR-2016-2554-P        Holship-dommen

HR-2017-2015-A        Jakob-dommen

HR-2018-2096-A

LB-2013-158561



LB-2014-173958

LB-2015-77165

LB-2016-208208

TOSLO-2013-31938.

TOSLO-2014-181656

### **Internasjonale rettskilder**

#### Traktater

EMK	Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter, 04.11.50
BK	FNs konvensjon om barnets rettigheter (barnekonvensjonen), 02.09.90
Wienkonvensjonen	Wienkonvensjonen om traktatretten, 23.05.69

#### Generelle kommentarer

Generell kommentar nr.14	Committee on the Rights of the Children, General Comment No.14 (2013): On the right of the child to have his or her best interest taken as a primary consideration (art.3, para.1)
Generell kommentar nr.5	Committee on the Rights of the Children, General Comment No.5 (2003): General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child

## Dommer fra Den europeiske menneskerettsdomstolen

Tyrer v. The United Kingdom	Case of Tyrer v. The United Kingdom, Application no.5856/72, 25.04.78.
Söderbäck v. Sweden	Case of Söderbäck v. Sweden, Application no.24484/94, 28.10.98.
Süss v. Germany	Case of Süss v. Germany, Application no.40324/98, 10.11.05.
Johansen v. Norway	Case of Johansen v. Norway, Application no.17383/90, 07.08.96.
Gnahoré v. France	Case of Gnahoré v. France, Application no.40031/95, 19.09.00.
Z. and others v. The United Kingdom	Case of Z. and others v. The United Kingdom, Application no.29392/95, 10.05.01.
P., C. and S. v. The United Kingdom	Case of P., C. and S. v. The United Kingdom, Application no.56547/00, 16.07.02.
Goodwin v. The United Kingdom	Case of Goodwin v. The United Kingdom, Application no.28957/95, 19.11.02.
I. and U. v. Norway	Case of I. and U. v. Norway, Application no.75531/01, 21.10.04.
Shuruk and Neulinger v. Switzerland	Case of Shuruk and Neulinger v. Switzerland, Application no.41615/07, 06.07.10.
Dolhamre v. Sweden	Case of Dolhamre v. Sweden, Application no.67/04, 08.06.10.
Aune v. Norway	Case of Aune v. Norway, Application no.52502/07, 28.10.10.
Vojnity v. Hungary	Case of Vojnity v. Hungary, Application no.29617/07, 12.02.13.
Jeunesse v. The Netherlands	Case of Jeunesse v. The Netherlands, Application no.12738/10, 03.10.14.
Jansen v. Norway	Case of Jansen v. Norway, Application no.2822/16, 06.09.18.