



# NORGES HØYESTERETT

Den 6. desember 2011 avsa Høyesterett dom i

**HR-2011-02269-A, (sak nr. 2011/1556), sivil sak, anke over dom,**

Oslo kommune

(Kommuneadvokaten i Oslo  
v/advokat Irene Sogn – til prøve)

A

(advokat Øystein Storrvik)

mot

D

(advokat Gunnar K. Hagen)

## STEMMEGIVNING :

- (1) Dommer **Kallerud**: Saken gjelder om en tidligere fostermor har krav på å få fremmet sak om samværsrett for fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker. Det er også spørsmål om hvordan fylkesnemndas avvísingsvedtak skal behandles av domstolene.
- (2) Fylkesnemnda i Oslo og Akershus traff i mars 2003 midlertidig vedtak om at barneverntjenesten skulle overta omsorgen for søstrene B og C. I nemndas endelige vedtak om omsorgsovertakelse 2. desember 2003 ble det også fastsatt at barnas biologiske mor, A, skulle ha samvær med dem seks timer hver sjetten uke. Fylkesnemndas vedtak ble stadfestet av Oslo tingrett i juni 2004.
- (3) D og hennes daværende ektefelle var besøkshjem for B fra 1999. Fra omsorgsovertakelsen i 2003 var de fosterforeldre for B og C i forsterket fosterhjem. Etter at fosterforeldrene ble separert i 2008, var de enige om at B skulle bo hos fosterfar og C hos fostermor. Barneverntjenesten aksepterte ikke dette, og sa i september 2008 opp avtalen med D. Fosterfar overtok deretter fosterhjemsfunksjonen alene. Jentene bor nå hos ham og hans samboer, som er barnas nye fostermor.

- (4) Fylkesnemnda vedtok 24. juni 2008 at morens samværsrett skulle reduseres til to timer tre ganger i året. Det ble fastsatt at barneverntjenesten kan føre tilsyn under samværene. Nemnda understreket at "samværsreduksjonen ikke er begrunnet i noe egentlig ønske om å begrense kontakten mellom mor og barn" og forutsatte at "barneverntjenesten følger utviklingen nøye med tanke på at endringen er ment å være midlertidig". Det faktiske samværet har – i tråd med nemndas forutsetning – vært mer omfattende enn det minimum som ble fastsatt i vedtaket.
- (5) D hadde noe samvær med jentene i tiden etter at oppdraget som fostermor ble avsluttet i 2008 og inntil dette ble stanset av barneverntjenesten i juni 2010. Hun fremsatte da umiddelbart krav om samvær under henvisning til barnevernloven § 4-19 fjerde ledd bokstav b. Kommunen fremmet saken for fylkesnemnda med påstand om at den skulle avvises fordi den tidligere fostermoren ikke hadde partsrettigheter.
- (6) Fylkesnemnda – nemndslederen alene, jf. barnevernloven § 7-13 – avviste saken 1. november 2010. Nemnda kom til at samværsretten for moren ikke var "svært begrenset" fordi det ble praktisert hyppigere samvær enn det som var fastsatt av nemnda. Den tidligere fostermoren fikk derfor ikke partsrettigheter, jf. barnevernloven § 4-19 fjerde ledd bokstav b.
- (7) D begjærte 14. desember 2010 rettslig overprøving av fylkesnemndas avvisningsvedtak. Oslo tingrett kom til at det faktiske samværet måtte legges til grunn, og at D derfor ikke kunne gis partsrettigheter etter bestemmelsen i barnevernloven § 4-19 fjerde ledd bokstav b. Men etter rettens oppfatning måtte hun gis stilling som part i medhold av barnevernloven § 4-19 tredje ledd. Tingrettens avgjørelse ble truffet av saksforberedende dommer alene og i form av kjennelse, en behandlingsmåte partene samtykket i.
- (8) Oslo tingrett avsa 3. mars 2011 kjennelse med slik slutning:

**"D har krav på at Fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker i Oslo og Akershus tar stilling til om hun skal ha rett til samvær med barna."**

- (9) Oslo kommune anket dommen til lagmannsretten og anførte at tingretten hadde begått saksbehandlingsfeil ved at den ikke hadde behandlet saken etter reglene i kapittel 36 i tvisteloven. Retten skulle etter kommunens oppfatning vært satt med meddommere, og avgjørelsen skulle vært truffet ved dom. Kommunen gjorde også gjeldende at tingretten hadde forstått barnevernloven § 4-19 feil. Anken ble tiltrådt av barnas biologiske mor.
- (10) Lagmannsretten kom til at bestemmelsene i tvisteloven kapittel 36 om rettslig prøving av administrative tvangsvedtak ikke kom til anvendelse, og at det var riktig å treffe avgjørelsen i form av kjennelse. Etter lagmannsrettens oppfatning kunne ikke barnevernloven § 4-19 tredje ledd anvendes, men retten ga D partsstilling etter § 4-19 fjerde ledd. Det avgjørende var etter lagmannsrettens mening at det samvær fylkesnemnda hadde fastsatt for biologisk mor – to timer tre ganger i året – måtte anses som "svært begrenset".
- (11) Borgarting lagmannsretts kjennelse 28. juni 2011 har slik slutning:

**"1. Anken forkastes.**

**2. Oslo kommune betaler i sakskostnader for lagmannsretten 8000 – åttetusen – kroner til det offentlige innen to uker fra forkynnelsen av kjennelsen.”**

- (12) Oslo kommune har anket lagmannsrettens kjennelse til Høyesterett. Det anføres at det er begått saksbehandlingsfeil både i tingretten og lagmannsretten, og at lagmannsrettens lovanvendelse er feil. Barnas mor, A, har tiltrådt kommunens anke.
- (13) Kommunen har for Høyesterett presisert at det ikke gjøres gjeldende at saksbehandlingsfeilene skal føre til opphevelse av de tidligere instansers avgjørelser. Også prosessfullmektigen for A har gitt uttrykk for at det er ønskelig at Høyesterett treffer realitetsavgjørelse i saken. Som ny anførsel for Høyesterett har kommunen gjort gjeldende at fosterforeldre faller utenfor den personkrets som kan kreve samvær etter barnevernloven § 4-19 fjerde ledd, og at kravet om ”nær tilknytning” i samme bestemmelse ikke er oppfylt.
- (14) Høyesteretts ankeutvalg besluttet 12. oktober 2011 at ankesaken i sin helhet skal avgjøres av Høyesterett i avdeling.
- (15) Det er fremlagt noen nye dokumenter og erklæringer for Høyesterett. Saken står likevel i det vesentlige i samme faktiske stilling som for de tidligere instanser.
- (16) *Oslo kommune* har i det vesentlige gjort gjeldende:
- (17) Hovedregelen er at bare biologiske foreldre kan kreve samvær etter omsorgsovertakelse. Fosterforeldre utøver daglig omsorg for barn på vegne av barneverntjenesten, jf. barnevernloven § 4-18, og har intet selvstendig krav på samvær etter at deres oppdrag er avsluttet. Unntaksbestemmelsene i barnevernloven § 4-19 tredje og fjerde ledd, som i særlige tilfeller gir andre enn foreldrene rett til å kreve samvær, er gitt med tanke på personer i de biologiske foreldrenes omgangskrets. Ansatte i hjelpeapparatet og fosterforeldre faller utenfor anvendelsesområdet. Barneverntjenesten vil sørge for at det etableres samvær med tidligere fosterforeldre hvis det er til barnas beste. Det er intet behov for at barneverntjenestens vurdering av om barna skal ha samvær med tidligere fosterforeldre skal kunne prøves av fylkesnemnda og domstolene.
- (18) Den tidligere fostermoren faller utenfor tredje ledd i barnevernloven § 4-19 siden hun ikke hadde daglig omsorg for barna forut for omsorgsovertakelsen.
- (19) Tilknytningsvilkåret i bestemmelsens fjerde ledd er ikke lenger oppfylt på grunn av den tid som har gått og forholdene ellers. Barna ønsker ikke lenger kontakt, og det er kommet andre personer inn i deres liv som gjør at tilknytningen til den tidligere fostermor svekkes. Heller ikke vilkåret i fjerde ledd bokstav b er oppfylt siden barnas samvær med biologisk mor ikke er ”svært begrenset”. Det avgjørende må her være det opptrappede samværet som praktiseres i tråd med nemndas forutsetninger. Men selv om man ser på slutningen i fylkesnemndas vedtak – ”to timer tre ganger i året” – er det ikke tale om et ”svært begrenset samvær”. Etter omsorgsovertakelse er det vanlig at biologiske foreldre bare har 4–6 samvær årlig. Mot denne bakgrunn kan ikke morens samvær regnes som ”svært begrenset”. Det må også legges betydelig vekt på at det etter forarbeidene er et viktig formål med reglene å begrense prosessene knyttet til barn som foreldrene er fratatt omsorgen for.

- (20) Kommunen bestrider ikke at nemndslederen hadde adgang til å treffe avvisningsvedtaket alene. Det følger imidlertid av barnevernloven § 7–24 og er lagt til grunn i fast og langvarig praksis at rettslig overprøving av barnevernsaker skal skje etter reglene i tvisteloven kapittel 36. Det var derfor feil av tingretten å ikke sette retten med meddommere, jf. tvisteloven § 36-4. Det er bare ved skriftlig ankebehandling det kan unnlates å tilkalle meddommere, jf. tvisteloven § 36-10 fjerde ledd. Selv om verken tingretten eller lagmannsretten var riktig sammensatt, jf. tvisteloven § 29-21 annet ledd bokstav b, er det ikke ønskelig at de tidligere avgjørelser oppheves av denne grunn. Hensynet til partene, og ikke minst barna, tilsier at saken tas til realitetsbehandling i Høyesterett. Vilklårene for å unnlate opphevelse etter tvisteloven § 29-22 annet ledd, jf. § 30-3, er oppfylt.
- (21) Både tingretten og lagmannsretten avgjorde realiteten i saken, og skulle derfor etter tvisteloven § 19-1 første ledd bokstav a avsagt dom, ikke kjennelse. Dette er likevel uten betydning fordi begrensningene i prøvelsesadgangen for videre anke over kjennelser ikke kommer til anvendelse når det er valgt feil form, jf. tvisteloven § 19-1 fjerde ledd.
- (22) Oslo kommune har nedlagt slik påstand:
- ”Prinsipalt: Oslo kommune frifinnes.**
- Subsidiært: Borgarting lagmannsretts kjennelse av 28.06.2011 og Oslo tingretts kjennelse av 03.03.2011 oppheves.”**
- (23) A har sluttet seg til kommunens anførsler og har nedlagt samme påstand.
- (24) Ankemotparten – D – har i det vesentlige anført:
- (25) Lagmannsrettens resultat er korrekt.
- (26) Dersom tidligere fosterforeldre generelt skulle være avskåret fra å kunne reise sak om samværsrett, ville det innebære at det ikke er mulig å få prøvd rettslig om barnas beste tilsier slikt samvær. Barnevernmyndighetenes vurdering av et så viktig spørsmål må kunne overprøves.
- (27) Barnevernloven § 4-19 fjerde ledd bør fortolkes som en regel som ikke unødig foregriper den senere skjønsmessige realitetsavgjørelse av samværs spørsmålet. De to kumulative vilklårene i bestemmelsen for å gi fostermor partsstatus er oppfylt. Når fostermor har vært besøkshjem for det ene av barna i 2–3 år, deretter vært fostermor på heltid for begge barna i mer enn fem år og hatt samvær frem til dette ble stanset av barneverntjenesten sommeren 2010, er det klart at vilkåret om ”nær tilknytning” er oppfylt. Om barna bør ha samvær med sin tidligere fostermor er en mer sammensatt vurdering som må foretas ved den senere realitetsprøvelse av saken. Det samværet fylkesnemnda formelt har vedtatt for barnas mor – to timer tre ganger i året – er ”svært begrenset”. Faktisk samvær utover dette er avhengig av barneverntjenestens skjønn, og kan ikke tas hensyn til ved den prosessuelle vurdering.
- (28) Det er ikke gjort saksbehandlingsfeil i de tidligere instanser. Bestemmelsen i barnevernloven § 7-24 bør tolkes innskrenkende slik at avvisningsvedtak og andre rene prosessuelle avgjørelser nemndslederen treffer under saksbehandlingen ikke omfattes av reglene i kapittel 36 i tvisteloven. Disse bestemmelsene gjelder ”vedtak om tvang mot

personer” og passer dårlig ved slike avgjørelser. Det gir også liten mening at avgjørelser nemndslederen treffer alene skal måtte overprøves av domstoler satt med meddommere, hvorav den ene skal være fagkyndig. Særlig uhensiktsmessig er dette når det som i vårt tilfelle ikke er noe behov for fagkyndighet for å avgjøre det prosessuelle spørsmål.

- (29) Det er i tråd med praksis at lagmannsretten traff sin avgjørelse ved kjennelse, se blant annet Rt. 2005 side 8.
- (30) D har nedlagt slik påstand:
- ”1. Anken forkastes.
  2. Oslo kommune tilpliktes å erstatte omkostningene med saken for Høyesterett.”
- (31) *Jeg er kommet* til at anken må forkastes.
- (32) Den sentrale problemstilling i saken er om barnas tidligere fostermor har krav på at fylkesnemnda tar stilling til om hun skal ha rett til samvær. Samværsrett etter at barneverntjenesten har overtatt omsorgen, er regulert i barnevernloven § 4-19. For andre enn foreldre er det fastsatt at nemnda først må ta stilling til om kravet skal fremmes. Det er dette spørsmålet om partsstatus som foreligger til avgjørelse for Høyesterett. Om samværskravet skal føre frem, vil fylkesnemnda eventuelt måtte ta stilling til senere.
- (33) Utgangspunktet etter barnevernloven § 4-19 første ledd er at barn og foreldre har rett til samvær med hverandre. Etter omsorgsovertakelse skal fylkesnemnda fastsette omfanget av samværsretten, men kan også beslutte at det ikke skal være samvær, jf. § 4-19 annet ledd.
- (34) Frem til en lovendring i 2006 hadde fylkesnemnda etter § 4-19 tredje ledd en vilkårløs adgang til å bestemme at ”andre enn foreldrene skal ha rett til samvær med barnet”. I Rt. 2001 side 835 uttalte Høyesteretts kjæremålsutvalg om denne bestemmelsen:
- ”Når den som fremsetter krav om samværsrett etter barnevernloven § 4-19 tredje ledd, har en slik tilknytning til barnet at bestemmelsen rettslig gir adgang til å tilkjenne vedkommende samværsrett, må kravet realitetsbehandles, og ved denne behandlingen må den som har fremsatt kravet, ha rett til partsstatus. For at en begjæring om samværsrett etter barnevernloven § 4-19 tredje ledd skal kunne avvises, må tilknytningen være så fjern at det er åpenbart at det ikke er rettslig adgang til å gi vedkommende samværsrett.”**
- (35) De samme synspunkter ble lagt til grunn i Rt. 2005 side 8, som gjaldt samvær for en tidligere besøksmor.
- (36) Ved lov 1. desember 2006 nr. 65 ble § 4-19 endret slik at tredje og fjerde ledd fikk denne ordlyd:
- ”Andre som har ivaretatt den daglige omsorgen for barnet i foreldrenes sted forut for omsorgsovertakelsen, kan kreve at fylkesnemnda tar stilling til om de skal ha rett til samvær med barnet og hvilket omfang samværsretten skal ha.**
- Barnets slektninger, eller andre som barnet har en nær tilknytning til, kan kreve at fylkesnemnda tar stilling til om de skal ha rett til samvær med barnet og samværsrettens omfang når**

- a) **den ene eller begge foreldrene er døde, eller**
- b) **fylkesnemnda har bestemt at den ene eller begge foreldrene ikke skal ha rett til samvær med barnet eller at foreldrenes rett til samvær skal være svært begrenset.”**

- (37) Det fremgår av Ot.prp. nr. 76 (2005–2006) side 44 at departementet blant annet under henvisning til avgjørelsen i Rt. 2001 side 835 ønsket å innsnevre ”personkretsen i forhold til hvem som skal kunne kreve samvær, og derigjennom gis partsrettigheter”.
- (38) Jeg tar først stilling til om det er begått saksbehandlingsfeil i de tidligere instanser.
- (39) Barnevernloven § 7-24 fastsetter at fylkesnemndas ”vedtak” kan bringes inn for tingretten etter reglene i tvisteloven kapittel 36. Bestemmelsen er generell og åpner ikke for unntak ut fra vedtakets innhold, form eller om det er truffet av nemndslederen alene.
- (40) Det er lagt til grunn i rettspraksis at fylkesnemndas vedtak om samvær for andre enn foreldrene kan bringes inn for retten, jf. Rt. 1996 side 1152, også om nemnda avviser saken, se Rt. 1996 side 1597. I begge avgjørelsene ble det slått fast at reglene om overprøving av administrative tvangsvedtak i dagjeldende tvistemålslov kapittel 33 kom til anvendelse. Senere lovvedtak har ikke endret dette, se blant annet Ot.prp. nr. 76 (2005–2006) side 65 hvor det heter at fylkesnemndas avvisningsvedtak kan være gjenstand for rettslig prøving ved domstolene, uten at det sies noe om at dette ikke lenger skal skje etter kapittel 36 i tvisteloven. Avgjørelsene i Rt. 2009 side 831 og Rt. 2011 side 377 illustrerer at kapittel 36 også kommer til anvendelse i andre tilfeller enn der fylkesnemnda treffer tvangsvedtak.
- (41) Jeg viser også til Schei mfl., Kommentartutgave til tvisteloven side 1645, hvor det legges til grunn at det følger av barnevernloven § 7-24 at ”anvendelsen av kapittel 36 gjelder ved rettslig prøving av alle de aktuelle vedtak, altså også der det treffes vedtak om ikke å anvende tvang eller om opphør av tvangstiltak”.
- (42) Jeg må etter dette legge til grunn at etter loven skal rettslig overprøving av fylkesnemndas avvisning av krav om samværsrett skje etter reglene i kapittel 36 i tvisteloven. Det er ikke åpnet for å gjøre unntak fra dette ut fra hva som er mest hensiktsmessig i det enkelte tilfelle.
- (43) Når kapittel 36 i tvisteloven kommer til anvendelse, følger det av § 36-4 at tingretten skulle vært satt med to meddommere. Fordi det ble holdt muntlig forhandling i lagmannsretten, skulle meddommere vært tilkalt også der, jf. tvisteloven § 36-10 fjerde ledd.
- (44) Når domstolene etter reglene i kapittel 36 overprøver et avvisningsvedtak truffet av fylkesnemnda, er det dette vedtaket som er tvistegjenstand. Avgjørelsen må derfor treffes ved dom etter hovedregelen i tvisteloven § 19-1 første ledd bokstav a, ikke etter særregelen i annet ledd bokstav a i samme bestemmelse. Lagmannsretten kom til at det ved Høyesteretts kjæremålsutvalgs avgjørelser inntatt i Rt. 2001 side 835 og Rt. 2005 side 8 er ”dannet en særregel om bruk av kjennelse ved avgjørelsen av spørsmålet om partsrettigheter der fylkesnemnda har avvist de partene som krever samvær”. Selv om det kan være delte meninger om hva som er mest hensiktsmessig, er jeg ikke enig i at det er rettslig grunnlag for en slik særregel. Som jeg har vært inne på tidligere, var

partsstillingen det sentrale spørsmål i de to sakene. Det var ikke anført at det var begått saksbehandlingsfeil ved at avgjørelsen var truffet ved kjennelse, og dette spørsmålet er ikke berørt i avgjørelsene.

- (45) Jeg går så å over til å se på mulige konsekvenser av de saksbehandlingsfeil som er begått.
- (46) Det er klart at de tidligere instansers feilaktige bruk av kjennelse i stedet for dom ikke mot partenes ønske kan føre til opphevelse. Videre er det på det rene at selv om lagmannsretten har anvendt uriktig form, har Høyesterett i dette tilfellet samme prøvelsesadgang som ved anke over dom, jf. tvisteloven § 19-1 fjerde ledd. Begrensningene i tvisteloven § 30-6 kommer således ikke til anvendelse.
- (47) Feil sammensetning av retten er i utgangspunktet en absolutt opphevelsesgrunn, jf. tvisteloven § 29-21 annet ledd bokstav b. Partene har imidlertid presisert at de ønsker at det treffes realitetsavgjørelse, og jeg er kommet til at vilkårene for dette etter tvisteloven § 29-22 annet ledd – som gjelder tilsvarende for Høyesterett, jf. § 30-3 – er oppfylt. Realitetsspørsmålet er utførlig prosedert for Høyesterett, og jeg kan ikke se at det er hensyn som taler mot at saken prøves. Tvert om er det i alle parter, og barnas, interesse at det treffes slik avgjørelse nå.
- (48) Jeg er etter dette kommet til at de saksbehandlingsfeil som er begått ikke fører til opphevelse av de tidligere instansers avgjørelser, og at Høyesterett har tilstrekkelig grunnlag for å ta stilling til de spørsmål saken reiser.
- (49) Ved behandlingen av realitetsspørsmålet – om den tidligere fostermor har krav på partsstilling for fylkesnemnda – tar jeg utgangspunkt i at etter barnevernloven § 4-19 er det først og fremst foreldrene som har krav på samvær etter omsorgsovertakelse, jf. bestemmelsens første ledd. Videre er det klart at lovgiveren har ment å innskrenke adgangen til å kreve samvær, blant annet for å begrense prosesser som kan være uheldige for barna. Jeg viser til det jeg tidligere har gjengitt fra forarbeidene om bakgrunnen for lovendringen i 2006.
- (50) Det er etter min mening klart at barnevernloven § 4-19 *tredje ledd* ikke kan komme til anvendelse. Det følger direkte av ordlyden at bestemmelsen bare gjelder samvær for personer ”som har ivaretatt den daglige omsorgen for barnet i foreldrenes sted forut for omsorgsovertakelsen”. Dette er ikke situasjonen i vår sak.
- (51) Men fosterforeldre må etter min oppfatning kunne fremme krav om samvær etter § 4-19 *fjerde ledd*, dersom vilkårene her er oppfylt.
- (52) Det er ”barnets slektninger, eller andre som barnet har nær tilknytning til” som kan kreve samvær. Etter loven er det således *barnets* tilknytning til vedkommende som er det avgjørende. Det finnes ingen støtte i ordlyden for å holde enkelte persongrupper utenfor, hvis barnet har nær tilknytning til dem. Selv om det kan være riktig, som anført av kommunen, at lovgiveren ikke spesielt har hatt ansatte i hjelpeapparatet og fosterforeldre i tankene da bestemmelsen ble utformet, er det intet i forarbeidene som gir støtte for at slike personer er ment utelukket fra å reise krav om samvær. I Ot.prp. nr. 76 (2005–2006) uttales det således helt generelt på side 46:

**”Både for barnets slektninger og andre bør det være barnets tilknytning til vedkommende som skal være avgjørende ved vurderingen av om vedkommende skal ha rett til å få samværs spørsmålet behandlet.”**

- (53) Tilsvarende uttalelse finnes i spesialmerknadene, se proposisjonen side 126.
- (54) Etter mitt syn kan heller ikke forarbeidenes omtale av bakgrunnen for bestemmelsen føre til at den må forstås slik at visse persongrupper generelt er avskåret fra partsstatus. Regelen forklares der med at når foreldrene bare har meget begrenset samvær med barna, vil de ”være avskåret fra å være bindeleddet mellom barnet og andre personer barnet har tilknytning til”, se Ot.prp. nr. 76 (2005–2006) side 45. Denne begrunnelsen kan nok fremstå som mest treffende når det er tale om å gi samvær til foreldrenes slekt og venner, men den kan ikke være til hinder for at også tidligere fosterforeldre – som oppfyller kravene i § 4-19 fjerde ledd – kan få prøvet et krav om samværsrett. Forarbeidene kan heller ikke forstås slik at foreldrenes oppfatning her er avgjørende. Om foreldrene – slik moren her har gitt uttrykk for – mener at de tidligere fosterforeldre ikke bør gis samværsrett, er ikke avgjørende for fosterforeldrenes partsstilling, men vil kunne ha betydning for avgjørelsen av spørsmålet om samværsrett.
- (55) Spørsmålet om tidligere fosterforeldre vil kunne omfattes av § 4-19 fjerde ledd, har ikke vært behandlet av Høyesterett etter lovendringen i 2006. Jeg nevner for fullstendighetens skyld at Borgarting lagmannsrett i en kjennelse inntatt i RG 2007 side 1525 uten nærmere drøftelse la til grunn at bestemmelsen i § 4–19 fjerde ledd måtte forstås slik at også tidligere fosterforeldre omfattes. Kommunens fortolkning har heller ikke støtte i juridisk teori, hvor problemstillingen ikke kan sees å være drøftet.
- (56) Jeg kan etter dette ikke se at det er tilstrekkelig rettskildemessig grunnlag for en slik innskrenkende tolkning av bestemmelsen som kommunen for Høyesterett har tatt til orde for.
- (57) Ved den nærmere tolking av vilkårene i § 4-19 fjerde ledd legger jeg vekt på at det dreier seg om en prosessuell bestemmelse om hvem som – i tillegg til foreldrene – kan få stilling som part i en sak om samværsrett til barn som barneverntjenesten har overtatt omsorgen for. Realitetsavgjørelse skal først treffes dersom det er konstatert at vilkårene for partsstilling er oppfylt. Bestemmelsens prosessuelle karakter tilsier at den bør tolkes slik at vurderingstemaene blir enkle og objektive.
- (58) Ved fastlegging av partsstillingen er det tilknytningen på domstidspunktet som er avgjørende. Men ved denne vurderingen er det naturlig å ta utgangspunkt i de objektive momenter som belyser tilknytningen mellom barna og den tidligere fostermoren. D hadde først B i besøkshjem i flere år, deretter var hun og ektefellen fosterforeldre for begge jentene i mer enn fem år og hun hadde noe samvær frem til sommeren 2010. Etter mitt syn er dette tilstrekkelig til å fastslå at D ikke bør avvises som part fordi barna har for svak tilknytning til henne. Den mer dyptgripende vurdering av kvaliteten på tilknytningen, personlige forhold hos barna og fostermoren, den konkrete betydning av tidsforløpet og andre forhold som krever en grundigere – og kanskje sakkyndig – vurdering, må utstå til den senere realitetsvurdering.



- (59) Det er videre et vilkår etter barnevernloven § 4-19 fjerde ledd bokstav b at ”fylkesnemnda har bestemt” at foreldrene – i vår sak barnas mor – ikke skal ha rett til samvær, eller at samværet skal være ”svært begrenset”.
- (60) Etter min mening må det samvær som fremgår av slutningen i fylkesnemndas vedtak her være avgjørende. Ordlyden trekker klart i denne retning. Jeg forstår premissene i nemndas vedtak slik at barneverntjenesten oppfordres til å forsøke å øke samværet utover det minimum som er fastsatt i vedtaket, men moren kan ikke bygge noen rett på dette. Det ville også – i en prosessuell sammenheng – være lite heldig om en måtte bygge på undersøkelser av hvor omfattende det faktiske samværet har vært. Skal økt samvær for mor få konsekvenser for andres mulighet til å oppnå partsstilling, må dette formaliseres i et nytt nemndsvedtak.
- (61) Jeg er kommet til at det samværet fylkesnemnda har fastsatt i vår sak – to timer tre ganger årlig med mulighet for tilsyn – må anses som ”svært begrenset”. Dette gjelder selv om det er klart at foreldrenes samvær etter omsorgsovertakelse regelmessig er mer begrenset enn i samværssaker etter barneloven, se for eksempel Haugli og Havik, Psykologiske og juridiske vurderinger, side 133. Forarbeidene bruker ”et par ganger i året” som eksempel på samvær som er så begrenset at det bør likestilles med intet samvær, se Ot.prp. nr. 76 (2005–2006) side 45. Det som her omtales som et eksempel kan ikke forstås som angivelse av en grense. Jeg viser til Ofstad og Skar, Barnevernloven med kommentarer, 5. utgave side 178 som med utgangspunkt i den nevnte forarbeidsuttalelsen antar at ”samvær fire ganger i året, eller oftere” ikke kan anses som en svært begrenset samværsrett.
- (62) Jeg er etter dette kommet til at D i medhold av barnevernloven § 4-19 fjerde ledd har krav på at fylkesnemnda tar stilling til om hun skal ha rett til samvær med barna. Anken må derfor forkastes.
- (63) Staten bærer alle kostnadene ved saken, jf. tvisteloven § 36-8, og sakskostnader tilkjennes ikke for noen instanser.
- (64) Jeg stemmer for denne

#### D O M :

1. Anken forkastes.
  2. Sakskostnader tilkjennes ikke for noen instans.
- (65) Dommer **Noer**: Jeg mener i motsetning til førstvoterende at fosterforeldre som har hatt omsorgen for et barn etter omsorgsovertakelsen, ikke kan reise sak med krav om samvær etter barnevernloven § 4-19 tredje eller fjerde ledd. Når det gjelder de prosessuelle spørsmål som saken for øvrig reiser, slutter jeg meg til førstvoterendes syn.
- (66) Etter § 4-19 tredje ledd kan ”Andre som har ivaretatt den daglige omsorgen for barnet i foreldrenes sted” reise sak om samvær for fylkesnemnda. Fosterforeldre har ivaretatt den daglige omsorgen i foreldrenes sted, og det er også den betegnelsen som er brukt om fosterforeldrenes oppgave i § 4-18. Det ville derfor være mest naturlig å behandle

tidligere fosterforeldres krav om samvær etter tredje ledd. Men her har lovgiver satt en grense ved omsorgsovertakelsen; det er bare den som har hatt daglig omsorg for barnet ”forut for omsorgsovertakelsen” som kan kreve samvær med fosterbarnet i sak for nemnda. Jeg er derfor enig med førstvoterende i at denne bestemmelsen ikke får anvendelse.

- (67) Etter § 4-19 fjerde ledd kan ”Barnets slektninger, eller andre som barnet har en nær tilknytning til” reise sak om samvær. *Ordlyden* taler for at også tidligere fosterforeldre kan gå til sak, siden fosterforeldre selv sagt får nær tilknytning til barnet. Men når bestemmelsen leses i sammenheng med tredje ledd, er det likevel ikke klart at fosterforeldre er ment å være omfattet av bestemmelsen. Etter min mening gir derfor ikke ordlyden noe entydig svar på spørsmålet.
- (68) *Forarbeidene* viser at lovgiver ønsket å begrense kretsen av personer som kunne kreve samvær med barnet, jf. Ot.prp. nr. 76 (2005–2006) side 45. Hovedregelen er derfor at *bare biologiske foreldre* kan reise sak for fylkesnemnda om samvær etter en omsorgsovertakelse. Men lovgiver åpnet for at andre kan reise sak der den ene av foreldrene er død eller bare har et ”svært begrenset” samvær med barnet. Helt unntaksvis kan altså andre enn biologiske foreldre reise sak for nemnda med krav om samvær, for eksempel hvor biologisk forelder og barnet har samvær ”kun et par ganger i året”, jf. proposisjonen side 45.
- (69) Avgjørende for om noen har rett til å kreve samvær etter bestemmelsen, er altså omfanget av biologisk mors eller fars samvær. Dette er begrunnet med at foreldrene kan være *bindeledd* mellom barnet og slektninger og andre nærstående når de har samvær av et visst omfang, jf. proposisjonen side 45:

**”Etter en omsorgsovertakelse er det først og fremst foreldrene det er viktig at barnet har samvær med. Samvær med øvrig familie eller andre nærstående kan skje i forbindelse med foreldrenes samvær og kan også praktiseres uten at det er fastsatt en særskilt rett til samvær ved vedtak eller dom.”**

- (70) Begrunnelsen viser etter mitt syn at bestemmelsen ikke er myntet på, og heller ikke passer for, fosterforeldres rett til å kreve samvær med barnet. Det er liten grunn til at omfanget av mors eller fars samværsrett skal være avgjørende for om en tidligere fostermor eller fosterfar skal kunne kreve samvær med barnet i sak for fylkesnemnda.
- (71) Av forarbeidene går det videre fram at der hvor en av foreldrene har mer enn svært begrenset samvær med barnet, kan slektninger og nære personer på denne forelderens side ikke kreve samvær, jf. Ot.prp. nr. 76 (2005–2006) side 126:

**”Er bare en av foreldrene nektet samvær, gjelder retten til å kreve samvær bare slektningene til den som er nektet samvær og personer barnet har en etablert tilknytning til gjennom vedkommende.”**

- (72) Fosterforeldrenes forhold til barnet er ikke ”gjennom” noen av de biologiske foreldrene. Også denne uttalelsen indikerer at bestemmelsen ikke er ment å omfatte fosterforeldre.
- (73) Heller ikke juridisk teori synes å ha lagt til grunn at fosterforeldre kan reise sak om samvær etter § 4-19, selv om problemstillingen ikke er direkte omtalt, jf. Knut Lindboe, *Barnevernrett* 5. utgave side 248 og Ofstad og Skar, *Barnevernloven* 5. utgave side 305.

- (74) Fosterforeldre har den daglige omsorgen for fosterbarnet ”på vegne av barneverntjenesten”, jf. barnevernloven § 4-18 første ledd. Dette oppdraget har de bare så lenge barnevernet ikke sier opp avtalen med dem. I praksis blir fosterbarn tatt fra fosterforeldre i en rekke situasjoner. Dersom barnevernet velger å *tilbakeføre barnet* til biologiske foreldre, har fosterforeldrene uttalerett etter § 4-21, men de kan ikke reise sak om tilbakeføringen, jf. Rt. 1995 side 2000 med videre henvisninger. Ved *flytting av barnet* kan fosterforeldrene i noen tilfelle klage til fylkesnemnda etter § 4-17, jf. Ofstad og Skar side 148. Men det er ikke gitt generelle regler om at fosterforeldre kan kreve samvær med fosterbarnet i tilfelle hvor fosterforeldre og fosterbarn skilles fra hverandre. Det virker da etter mitt syn lite naturlig at fosterforeldre i den spesielle situasjonen som man står overfor her, skal gis anledning til å anlegge sak for nemnda.
- (75) Bakgrunnen for saken her er at det er skilsmisse mellom fosterforeldrene, at barna har blitt boende hos fosterfar, og at verken biologisk mor eller fosterfar ønsker at tidligere fostermor skal ha samvær. Dersom *biologisk mor* reiser sak om samvær for nemnda i et slikt tilfelle, ville fosterfar som hovedregel ikke være part i saken, jf. Rundskriv Q-1036 Saksbehandling i barneverntjenesten, Retningslinjer til lov om barneverntjenester av 17. juli 1992 nr. 100. Det heter her på side 5:
- ”Fosterforeldre er i utgangspunktet ikke å anse som parter i saker etter barnevernloven. (...)**
- Fosterforeldre vil i utgangspunktet ikke ha partsrettigheter når det gjelder samvær mellom barnet og biologiske foreldre. Samvørsordninger mellom barn og biologiske foreldre, også i fosterforeldrenes hjem, vil i de fleste tilfelle være en forutsetning for fosterhjems plasseringen. Også i disse tilfellene kan det imidlertid unntaksvis forekomme at fosterforeldrene bør anses som parter i saken etter en konkret vurdering. Dette kan f.eks. være tilfelle der det tas sikte på en samvørsordning som er særlig omfattende, og som i stor grad berører fosterfamiliens praktiske gjennomføring av dagliglivet.”**
- (76) Når fosterforeldre normalt ikke er parter i samværssaker reist av biologiske foreldre, vil det samme trolig gjelde der en tidligere fosterforelder krever samvær. Det innebærer at den ene av fosterforeldrene vil få partsstatus for nemnda, med de rettigheter til dokumentinnsyn og advokathjelp mv. som det gir, mens den andre ikke en gang vil være part i prosessen. Også dette taler etter mitt syn mot at tidligere fosterforeldre skal ha adgang til å reise sak i slike situasjoner.
- (77) Uansett hvordan man tolker § 4-19 fjerde ledd, vil hovedregelen fortsatt være at fosterforeldre ikke kan reise sak etter bestemmelsen. Å gi søksmålsadgang i saker som i vår sak, vil i praksis innebære en temmelig vilkårlig avgrensning av fosterforeldres rett til å kreve samvær i skilsmissetilfeller. I tillegg vil det kunne føre til økt uro rundt sårbare barn, som ofte allerede i utgangspunktet kan ha opplevd en rekke rettsprosesser rundt omsorgsplasseringen.
- (78) På denne bakgrunn er jeg kommet til at det ikke er grunn til å oppheve fylkesnemndas vedtak om avvisning av søksmålet, og at kommunen må frifinnes.

- (79) Dommer **Indreberg:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, dommer Kallerud.
- (80) Dommer **Falkanger:** Likeså.
- (81) Dommer **Tjomsland:** Likeså.
- (82) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Anken forkastes.
2. Sakskostnader tilkjennes ikke for noen instans.

Riktig utskrift bekrefte: