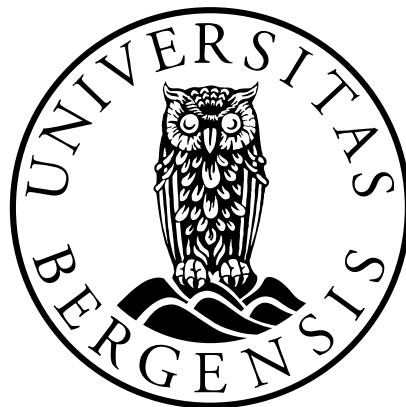


Omsorgsovertakelser etter barnevernloven, i lys av EMK-rettens prinsipp om midlertidighet

*Særlig om omsorgsovertakelser, oppheving av
vedtak om omsorgsovertakelser, fratakelse av
foreldreansvar og adopsjon.*

Kandidatnummer: 25

Antall ord: 14249



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

12.12.16

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse.....	2
1 Innledning.....	4
1.1 Tema og problemstilling.....	4
1.2 Aktualitet.....	4
1.3 Begrepsbruk.....	5
1.4 Rettskilder og juridisk metode i barnevernretten.....	5
1.5 Relevante norske bestemmelser.....	7
1.6 Internasjonal rett.....	7
1.6.1 Innledning.....	8
1.6.2 Den europeiske menneskerettskonvensjonen.....	8
1.6.3 Barnekonvensjonen.....	9
1.7 Den videre fremstilling og avgrensing.....	10
2 Barnevernrettens hovedprinsipper.....	11
2.1 Generelt.....	11
2.2 Legalitetsprinsippet.....	11
2.3 Det mildeste inngreps prinsipp.....	12
2.4 Hensynet til barnets beste.....	13
2.5 Det biologiske prinsipp.....	15
3 Innholdet i kravet om midlertidighet i EMK-retten.....	17
3.1 Innledning og utgangspunkter.....	17
3.2 Omsorgsovertakelse.....	17
3.3 Oppheving av omsorgsovertakelse.....	18
3.4 Fratakelse av foreldreansvar og adopsjon.....	19
3.5 Kan gjenforeningsmålet fravikes uten at det skjer i adopsjonsøyemed?.....	21
4 Norsk rett etter barnevernloven.....	23
4.1 Innledning.....	23
4.2 Omsorgsovertakelser etter bvl. § 4-12.....	23
4.2.1 Innledning.....	23
4.2.2 Vilkårene for omsorgsovertakelse.....	24
4.2.3 I hvilken utstrekning åpner bvl. § 4-12 for mer varige omsorgsovertakelser?.....	26
4.3 Oppheving av vedtak om omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-21.....	27
4.3.1 Innledning.....	27

4.3.2	Vilkårene for oppheving av vedtak om omsorgsovertakelse	27
4.3.3	I hvilken utstrekning åpner bvl. § 4-21 for mer varige omsorgsovertakelser?	30
4.3.4	Forslag om endret sperrefrist	31
4.4	Fratakelse av foreldreansvaret etter bvl. § 4-20	32
4.4.1	Innledning	32
4.4.2	Vilkår for ansvarsfratakelse	33
4.4.3	I hvilken utstrekning åpner bvl. § 4-20 første ledd for mer varige omsorgsovertakelser?	34
4.4.4	Forslag om å fjerne skillet mellom omsorgs- og ansvarsovertakelser	34
4.5	Adopsjon etter bvl. § 4-20	35
4.5.1	Innledning	35
4.5.2	Historisk tilbakeblikk	35
4.5.3	Vilkårene for adopsjon	36
4.5.4	I hvilken utstrekning åpner bvl. § 4-20 andre og tredje ledd for mer varige omsorgsovertakelser?	39
4.5.5	Besøkskontakt etter adopsjon og utvikling	42
5	Rettspolitisk vurdering og avsluttende bemerkninger	44
5.1	Innledning	44
5.2	Foreldre- eller barnerettigheter?	44
5.3	Oppsummering og avsluttende bemerkninger	47
	Kildeliste	48

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

I vårt samfunn er det et grunnleggende prinsipp at foreldrene selv sørger for egne barn.¹ Det er imidlertid ikke alle foreldre som kan ivareta egne barns omsorgsbehov. Barneverntjenesten har da hjemmel i barnevernloven² (bvl.) § 4-12 til å overta omsorgen for barna. Det er slått fast flere ganger fra Den europeiske menneskerettsdomstolen at slike omsorgsovertakelser skal være midlertidige.³ Det er imidlertid mange forhold som må ligge til rette for at omsorgsovertakelser skal bli midlertidige etter norsk rett, og ikke dra ut i tid. Etter at et barn først er tatt ut av hjemmet, oppstiller barnevernloven strenge vilkår for tilbakeføring av barna til de biologiske foreldrene. Dette skjer ved en oppheving av det opprinnelige omsorgsovertakelsesvedtaket etter barnevernloven bvl. § 4-21. Bedres ikke foreldrenes omsorgsevne, kan foreldrene på nærmere vilkår bli fratatt foreldreansvaret, og barnet kan tvangsadopteres, etter bvl. § 4-20.

Oppgaven skal forsøke å belyse i hvilken grad prinsippet om midlertidighet ligger til grunn ved omsorgsovertakelser etter norsk rett. Jeg skal kartlegge om enkelte bestemmelser i barnevernloven og Høyesteretts anvendelse av disse legger opp til midlertidige eller i større grad varige omsorgsovertakelser, sett i lys av våre folkerettslige forpliktelser. I den forbindelse vil det bli stilt spørsmål om hvorvidt den norske rettstilstanden ivaretar hensynet til barnets beste.

1.2 Aktualitet

Tall fra Statistisk sentralbyrå (SSB) viser at en stor andel barn og unge i Norge omfattes av barnevernstiltak hvert år. I 2005 var antallet barn i Norge med omsorgstiltak 6 002.⁴ Allerede samme år uttrykte FNs barnekomité bekymring over det høye antallet barn som var tatt ut av hjemmet, og anbefalte staten å bistå med tiltak som kunne hjelpe de biologiske foreldrene innad i familien.⁵ Tallet har imidlertid fortsatt å stige. I 2015, ti år senere, var 10 070 barn i

¹ NOU 1985:18 s. 157.

² Lov om barneverntjenester av 17. Juli 1992 nr. 100.

³ Se eksempelvis Olsson v. Sweden 24. mars 1988 og Johansen v. Norway 7. august 1996.

⁴ Se SSBs nettsider: <https://www.ssb.no/statistikkbanken/SelectVarVal/saveselections.asp>, lest 18.09.16.

⁵ Se FNs nettsider:

Norge under barnevernets omsorg. Dette var en økning med 5 % fra året før.⁶ Tallene sier kun at antallet omsorgsovertakelser er økende, og ikke noe om hvor lenge barna faktisk er under barnevernets omsorg. Statistikk på hvor langvarig en gjennomsnittlig omsorgsovertakelse er, eller hvor mange tilbakeføringer etter omsorgsovertakelser som finner sted, finnes tilsynelatende ikke.⁷

Det norske barnevernet har fått mye oppmerksomhet den siste tiden, både i inn- og utland, og en april dag i år ble det arrangert 59 demonstrasjoner mot norsk barnevern i 20 forskjellige land.⁸ Barnevernloven omfatter mange typer vedtak, som berører mange enkeltindivider. Temaet engasjerer derfor mange og vil ofte være på dagsordenen.

1.3 Begrepsbruk

Når jeg i denne oppgaven omtaler en omsorgsovertakelse som *midlertidig*, sikter jeg til tilfeller der barn er tatt ut av hjemmet som et barnevernstiltak, og barnet føres tilbake så snart de forhold som foranlediget det, opphører, slik at tiltaket strekker seg over kortest mulig tid. Det er slik jeg forstår Den Europeiske menneskerettsdomstolens bruk av begrepet, noe jeg kommer nærmere inn på i oppgavens punkt 3.

Når jeg omtaler omsorgsovertakelser som *mer varige* eller *langvarige*, omfattes de tilfeller der forholdene som foranlediget tiltaket ikke opphører, slik at en fortsatt omsorgsovertakelse er nødvendig, men også tilfeller der de nevnte forholdene opphører, men barnet av andre grunner likevel ikke blir tilbakeført til hjemmet. Videre regnes med situasjoner der forholdene endres og andre tiltak som fratakelse av foreldreansvar eller adopsjon, blir iverksatt.

1.4 Rettskilder og juridisk metode i barnevernretten

Norsk barnevernrett er en del av rettsområdet barnerett. Det er også en spesiell del av forvaltningsretten, ettersom den omhandler forholdet mellom borger og forvaltningen.

http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2f15%2fAdd.26.3&Lang=en punkt 23 og 24, s. 5, lest 18.11.16.

⁶ Se SSBs nettsider: <http://ssb.no/sosiale-forhold-og-kriminalitet/statistikker/barnevern/aar/2016-07-01#content>, lest 18.09.16.

⁷ Jeg var i kontakt med Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet 30.11.16, og de hadde ikke statistikk på dette.

⁸ <http://www.tv2.no/a/8230963/>, lest 26.11.16.

Legalitetsprinsippet, som krever lovhjemmel for inngrep, gjør seg derfor gjeldende i barnevernretten.⁹

Barnevernloven utgjør den primære rettskilden for fremstillingen, og de aktuelle bestemmelsene vil kort omtales i punkt 1.5, før de drøftes nærmere i oppgavens punkt 4. Norges internasjonale forpliktelser på området, og særlig Den europeiske menneskerettskonvensjonen, er sentrale for oppgaven. En oversikt over disse gis i oppgavens punkt 1.6, før innholdet på barnevernrettens område drøftes nærmere i punkt 3.

Forarbeidene til barnevernloven av 1992 er relevante for tolkningen av bestemmelsene, og vil bli trukket inn i betydelig grad. Også etterarbeider til loven vil trekkes frem i denne oppgaven. I tillegg er dette et rettsområde i sterk utvikling, og det er stadig forslag til lovendringer. Siste del av denne utviklingen er forslaget til helt ny barnevernlov som ble lagt frem i september 2016.¹⁰ Enkelte lovforslag vil drøftes i oppgaven.

Av rettspraksis tar oppgaven for seg noen avgjørelser fra Høyesterett. Rettsavgjørelser på barnevernets området vil ofte være konkret begrunnet, enten i de aktuelle foreldres omsorgsevne eller det enkeltes barns omsorgsbehov, og beror derfor på svært skjønsmessige vurderinger.¹¹ Det er derfor usikkert hvor stor prejudikatsverdi slike avgjørelser vil ha, sammenlignet med rettsavgjørelser på andre rettsområder. De vil imidlertid kunne bidra til forståelse av tolkning av lovtekst, og av hvilke momenter som skal vektlegges i den skjønsmessige vurderingen. Fylkesnemndspraksis, det vil si vedtak avsagt av Fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker, vil ikke bli brukt i særlig grad siden disse vedtakene har liten prejudikatsverdi. Praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen vil bli brukt for å utfylle innholdet i vilkårene i Den europeiske menneskerettskonvensjonen. Det vil bli vist til tolkningsresultater jeg har nådd etter en selvstendig gjennomgang av en rekke dommer, i tillegg til at det enkelte steder vil bli vist til andre forfatteres gjennomganger.

Det er også skrevet en god del om temaet i juridisk litteratur, både i form av lovkommentarer og oversiktlitteratur, men også fordypninger på enkelt områder i artikler og

⁹ Lena R.L. Bendiksen og Trude Haugli, *Sentrale emner i barnevernretten*, 2. utgave Oslo 2015 s. 25.

¹⁰ NOU 2016:16.

¹¹ Bendiksen og Haugli (2015) s. 33.

doktorgradsavhandlinger. Jeg vil vise til deler av denne litteraturen i oppgaven for å underbygge min analyse.

Ellers vil det vises til en rekke prinsipper på barnevernrettens området. Disse kan spille en sentral rolle ved tolkning av enkeltbestemmelser og ved konkret skjønnsutøvelse. Prinsippene vil gjennomgå særskilt i punkt 2.

Ved bruk av de ovennevnte rettskildene skal jeg i hoveddelen av oppgaven foreta en rettsdogmatisk analyse av midlertidighetsprinsippets gjennomslag i norsk rett og forholdet til i Den europeiske menneskerettskonvensjonen. Ettersom det skal fokuseres på tre sentrale bestemmelser i barnevernloven, er analysen av de enkelte bestemmelsene og vilkårene ikke svært inngående. Avslutningsvis vil det foretas en rettspolitisk vurdering av norsk barnevernlovgivning på dette området.

1.5 Relevante norske bestemmelser

Det er bvl. § 4-12 som er rettslig grunnlag for å fatte vedtak om omsorgsovertakelser etter norsk lov. Bestemmelsen lister opp en rekke alternative situasjoner som kan begrunne omsorgsovertakelser, men rettsanvenderen må hele tiden vurdere om tiltaket er ”nødvendig” i det konkrete tilfellet. Bestemmelsen fastslår ikke direkte at omsorgsovertakelser skal være midlertidige. Sett i sammenheng med bvl. § 4-21, som angir vilkårene for å oppheve et vedtak om omsorgsovertakelser, kan man på den ene siden si at lovens system fordrer midlertidighet. Samtidig er vilkårene for slik oppheving veldig strenge, noe som kan innebære at midlertidighet ikke nødvendigvis blir løsningen selv om foreldrene har gjenvunnet forsvarlig omsorgsevne. Det er særlig tilknytning til fosterhjemmet som kan sette en stopper for tilbakeføring. Til slutt oppstiller bvl. § 4-20 vilkår for å frata foreldre foreldreansvaret og for tvangsadopsjon. Vedtak om sistnevnte tiltak, som bare kan treffes dersom omsorgsovertakelse antas å være varig og adopsjon vil være til barnets beste, bryter alle rettslige bånd mellom barn og foreldre. Adopsjon er således endelig og bærer ikke noe preg av midlertidighet. Disse bestemmelsene sett i sammenheng reiser en rekke spørsmål om gjennomføringen av kravet til midlertidighet ved omsorgsovertakelser i norsk rett.

1.6 Internasjonal rett

1.6.1 Innledning

Norge har gjennom menneskerettsloven (mrl.)¹² inkorporert Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) av 4. november 1950 i norsk rett. Ved endring i menneskerettsloven i 2003¹³ ble også FNs konvensjon om barnets rettigheter (Barnekonvensjonen) av 20. november 1989 gjort til norsk rett.

Av mrl. § 3, jf. § 2 fremgår det at bestemmelsene i konvensjonene skal ha forrang dersom det oppstår motstrid med annen lovgivning. Dette innebærer at rettsanvenderen må forholde seg til både EMK og Barnekonvensjonen når han eller hun tar stilling til barnevernrettslige spørsmål.¹⁴ Med andre ord vil det som presenteres i denne oppgaven om Norges internasjonale forpliktelser om krav til midlertidighet ved omsorgsovertakelser, gjelde som norsk rett.

1.6.2 Den europeiske menneskerettskonvensjonen

EMK gjelder for *enhver*, og dermed også for barn. Det er medlemsstatene som er konvensjonsparter og har ansvaret for å sikre gjennomføringen av konvensjonsrettighetene.¹⁵ Av rettigheter som sikres gjennom konvensjonen nevnes her retten til liv, til vern mot tortur, til religions- og ytringsfrihet, til rettferdig rettergang og til respekt for privat- og familieliv. EMK får særlig stor betydning på grunn av domstolen Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD). EMD fører tilsyn med statens forpliktelser etter konvensjonen.¹⁶

For denne oppgaven vil konvensjonens artikkel 8, som oppstiller *retten til respekt for privat- og familieliv*, være mest sentral.

Ordlyden ”familieliv” forutsetter en eksisterende enhet.¹⁷ EMD har vært svært dynamiske i sin tolkning av begrepet, og legger til grunn at det favner om biologisk familie, fosterfamilie, adoptivfamilie, samboerskap, besteforeldre og mer.¹⁸ EMD har en rekke ganger slått fast at

¹² Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21. mai 1999 nr. 30.

¹³ Lov av 1. august 2003 nr. 86.

¹⁴ Bendiksen og Haugli (2015) s. 29.

¹⁵ EMK artikkel 1.

¹⁶ Bendiksen og Haugli (2015) s. 46.

¹⁷ Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 3. utgave Bergen 2011 s. 207.

¹⁸ Aall (2011) s. 207-209.

*”the mutual enjoyment by parent and child of each other’s company constitutes a fundamental element of family life”.*¹⁹

Spørsmålet videre er hva vilkåret ”rett til respekt” for familielivet innebærer. Ordlyden sikter til et vern mot inngrep fra myndighetenes side. Men myndighetene har ikke bare en plikt til å respektere konvensjonsrettighetene, de plikter også å sikre dem. EMK pålegger med andre ord ikke bare statene en negativ plikt til å ikke gripe inn i familielivet, men også en positiv plikt til å legge til rette for utøvelsen av familieliv.

Ettersom oppgaven omhandler omsorgsovertakelser fra barnevernet er den negative plikten mest relevant. Denne retten til familieliv er ikke absolutt, idet inngrep kan skje så lenge det er i samsvar med vilkårene i artikkel 8 nr. 2.²⁰

Et inngrep må være ”i samsvar med loven”, noe som innebærer at inngrepet må ha hjemmel i lov, og at inngrepets lovhjemmel må være tilgjengelig og forutsigbar.²¹ Videre må inngrepet være ”nødvendig i et demokratisk samfunn.” Dette innebærer at inngrepet for det første må ha et legitimt formål, altså være relevant, og for det andre må det være nødvendig, det vil si at de relevante grunnene må være tilstrekkelige for å begrunne det aktuelle inngrepet.²²

Når en sak bli klaget inn for EMD, gis statene en viss skjønnsmargin. Er en lov eller praksis innenfor denne skjønnsmarginen, blir det ikke konstatert konvensjonsbrudd.

1.6.3 Barnekonvensjonen

Barnekonvensjonens overvåkningsorgan, FNs barnekomité, har gitt uttrykk for at fire av konvensjonens artikler representerer generelle prinsipper som har betydning for tolkningen av de øvrige artiklene, som også skal tas i betraktning i alle saker der barns interesser blir berørt.²³ Dette er artikkel 2 om ikke-diskriminering, artikkel 3 om hensynet til barnets beste, artikkel 6 om retten til liv og utvikling og artikkel 12 om retten til å bli hørt.

Barnekonvensjonen er derfor en relevant kilde, selv om saken ikke direkte omfattes av

¹⁹ Se eksempelvis Eriksson v. Sverige 22. juni 1989, avsnitt 58 og Johansen v. Norway 7.august 1996, avsnitt 52.

²⁰ Bendiksen og Haugli (2015) s. 48.

²¹ Bendiksen og Haugli (2015) s. 48.

²² Bendiksen og Haugli (2015) s. 49.

²³ Se FNs nettsider: General Comment No. 5 (2003) “General Measure of Implementation of the Convention on the Rights of the Child”, punkt 12: <http://www.refworld.org/docid/4538834f11.html>, lest 18.11.16.

konvensjonenes artikler.²⁴ For denne oppgaven vil artikkel 3 om hensynet til barnets beste være den mest sentrale, og den vil det gås nærmere inn på i punkt 2.4. Barnekonvensjonens artikkel 9, som oppstiller en plikt for staten til å sikre at barn ikke blir skilt fra sine foreldre, samtidig som den pålegger staten en plikt til å gripe inn dersom det for eksempel på grunn av mishandling eller vanskjøtsel er til barnets beste, er også en sentral bestemmelse i barnekonvensjonen når man befinner seg på barnevernrettens område.

Barnekomiteen utarbeider rapporter til konvensjonstatene med anbefalinger som ikke er juridisk bindende, og som det ikke er knyttet sanksjoner til. I 2011 vedtok FNs generalforsamling en tredje tilleggsprotokoll til konvensjonen som opprettet en individuell klageordning for brudd på Barnekonvensjonen.²⁵ Norge har ikke ratifisert tilleggsprotokollen.²⁶

1.7 Den videre fremstilling og avgrensing

I den videre fremstillingen presenteres først barnevernrettens hovedprinsipper under punkt 2, før innholdet i kravet til midlertidighet i EMK-retten forklares nærmere i punkt 3. Deretter vil bestemmelsene i barnevernloven som regulerer vedtak om omsorgsovertakelse, oppheving av vedtak om omsorgsovertakelse, fratakelse av foreldreansvar og adopsjon presenteres i punkt 4. Jeg vil ha et særlig fokus på hvilken utstrekning bestemmelsene bidrar til at omsorgsovertakelser blir så midlertidige som mulig, eller om loven i større grad legger opp til at en omsorgsovertakelse kan forbli varig. Jeg vil underveis drøfte hvordan enkelte sider ved Høyesteretts anvendelse av bestemmelsene kan påvirke varigheten. Avslutningsvis skal jeg i punkt 5 foreta en rettspolitisk drøftelse av om norsk barnevernlovgivning slik den er utformet ivaretar hensynet til barnets beste, samt komme med noen avsluttende bemerkninger.

Oppgaven avgrenses slik at den ikke behandler frivillig plassering etter bvl. § 4-4 sjette ledd og tilbakeføring etter slik plassering. Det redegjøres heller ikke for reglene om samvær etter bvl. § 4-19, selv om disse er sentrale mens en omsorgsovertakelse pågår.

²⁴ Bendiksen og Haugli (2015) s. 41.

²⁵ Lena R.L. Bendiksen og Trude Haugli, *Sentrale emner i barnevernretten* (2014) s. 45.

²⁶ Se FNs nettsider: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-11-d&chapter=4&clang=_en, lest 26.11.16.

2 Barnevernrettens hovedprinsipper

2.1 Generelt

I det følgende presenteres de ulike prinsippene som barnevernloven hviler på. Disse prinsippene er relevante for oppgaven fordi det å tillegge ett eller flere av disse prinsippene vekt i en konkret avgjørelse vil kunne fremme midlertidighet i større og i mindre grad.

Hva er så et *prinsipp*? Begrepet kan ha flere betydninger. Det kan ofte brukes om uskrevne normer som kan være mer generelle og vagere enn vanlige rettsregler.²⁷ Til forskjell fra regler brytes ikke et prinsipp dersom det ikke får gjennomslag.²⁸

2.2 Legalitetsprinsippet

Legalitetsprinsippet innebærer at ethvert inngrep fra myndighetene i den privates liv krever hjemmel i lov. Loven danner med andre ord rammen for hva det offentlige kan foreta seg.²⁹ Barnevernet, som utøver av offentlig myndighet, må derfor til enhver tid holde seg innenfor den rammen som trekkes opp av barnevernloven og annen lovgivning på området.

Legalitetsprinsippet var i all hovedsak et ulovfestet prinsipp av Grunnlovs rang³⁰ frem til det ble kodifisert i Grunnloven § 113³¹ i forbindelse med Grunnlovsjubileet i 2014.

Barnevernloven kapittel 4 hjemler særlige tiltak som barnevernet kan sette i verk. Omsorgsovertakelse, fratakelse av foreldreansvaret og adopsjon anses som de særlige inngripende tiltakene, ettersom barna blir tatt ut av hjemmene og tilknytningen til de biologiske foreldrene svekkes. Legalitetsprinsippet som et tolkningsprinsipp innebærer i utgangspunktet at de hjemler som foreligger må tolkes med forsiktighet, og at utvidende tolkninger så langt som mulig bør unngås.³²

²⁷ Sandberg, Kristin, *Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse*, Oslo 2003, s 35.

²⁸ NOU 2012:5 s. 40.

²⁹ Bendiksen og Haugli (2015) s. 25.

³⁰ Innst. 186 S (2013-2014) s. 31-32.

³¹ Kongeriket Norges grunnlov av 17. Mai 1814 § 113.

³² Sandberg (2003) s. 37.

Legalitetsprinsippet antas imidlertid å være relativt på barnevernrettens område. Dette vil ikke være på grunn av inngrepets alvorlighetsgrad, men det motstående hensynet som ofte gjør seg gjeldende, nemlig hensynet til barnets beste. Legalitetsprinsippet kan derfor anvendes mindre strengt, det vil si at kravet til hjemmel ikke er så sterkt, nettopp fordi saken gjelder barn, som er en gruppe som har et særlig behov for beskyttelse.³³

Legalitetsprinsippet innebærer at dersom man skal kunne videreføre eller forlenge omsorgsovertakelser må dette ha grunnlag i loven, ettersom en utøver av offentlig myndighet ikke kan treffe inngripende vedtak overfor en borger uten hjemmel. Men dersom hjemlene myndighetene har til rådighet, i seg selv legger opp til varige omsorgsovertakelser, vil ikke legalitetsprinsippet kunne fungere som en skranke mot dette.

2.3 Det mildeste inngreps prinsipp

Er det grunnlag for å fatte et vedtak om tiltak, må barnevernet alltid vurdere om et mildere tiltak vil være tilstrekkelig. Det mildeste inngreps prinsipp innebærer at det aldri vil være adgang til å iverksette et mer inngripende tiltak enn nødvendig.³⁴

Prinsippet kommer gjennomgående til uttrykk i hele barnevernloven, selv om det ikke direkte er kodifisert i en bestemmelse. I bvl. § 4-12 annet ledd kommer prinsippet særlig til uttrykk, idet en omsorgsovertakelse må være ”nødvendig”.³⁵ En omsorgsovertakelse kan ikke finne sted dersom situasjonen kan avhjelpest med andre mindre inngripende tiltak, som for eksempel hjelpetiltak etter bvl. § 4-4. Prinsippet har sin parallell i EMK artikkel 8 nr. 2 ettersom inngrep må være ”necessary”. Prinsippet anses som et forholdsmessighetsprinsipp,³⁶ noe som innebærer at middelet må stå i forhold til målet.

Vurderingen av hva som er det mildeste inngrep vil variere ut ifra hvilke barnevernstiltak som tas i bruk. Når man vurderer å overta omsorgen, vil et hjelpetiltak etter bvl. § 4-4 alltid være mildere.

³³ Sandberg (2003) s. 39.

³⁴ Knut Lindboe, *Barnevernrett*, 6. utgave Oslo 2012 s. 24.

³⁵ NOU 2012:5 s. 41.

³⁶ Sandberg (2003) s. 41.

I hvilken retning trekker så det mildeste inngreps prinsipp når man vurderer tilbakeføring etter en omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-21? Tradisjonelt vil det ofte anses som ”mildere” at barnet flyttes hjem igjen, enn at det blir boende i fosterhjemmet. I denne sammenheng vil det mildeste inngreps prinsipp kunne sies å fremme kortest mulig varighet ved omsorgsovertakelser, da dette anses som ”mildest” for den aktuelle familien.

Sett fra barnets side kan imidlertid en fraflytting fra fosterhjemmet, der barnet kanskje har bodd i lang tid, innebære et stort inngrep og sånn sett ikke utgjør det ”mildeste inngrep”. Gode grunner taler å vurdere inngrepet fra barnas ståsted, og ikke foreldrenes.³⁷ I denne sammenhengen vil prinsippet kunne fremme mer langvarige omsorgsplasseringer. Prinsippet kan således trekke i begge retninger i en konkret sak.

I forslag til ny barnevernlov foreslås det å kodifisere det mildeste inngreps prinsipp i ny bvl. § 4 om krav til barnevernets virksomhet med ordlyden “barnevernets tiltak skal ikke være mer omfattende enn det som er nødvendig”. Det synes fortsatt som om inngrepet skal vurderes fra foreldrenes og ikke barnets ståsted, uten at utvalget kommenterer dette direkte. Prinsippet gjelder generelt, og endringsforslaget innebærer derfor en tydeliggjøring av gjeldende rett.³⁸

2.4 Hensynet til barnets beste

Hensynet til barnets beste er overordnet de andre prinsippene på barnevernrettens område. Prinsippet innebærer at barnevernet må foreta helhetlige og skjønnsmessige vurderinger av hva som er barnets beste i den konkrete saken. Barnets grunnleggende behov for beskyttelse og omsorg skal veie tyngre enn foreldrenes rettigheter.³⁹

Hensynet til barnets beste er det eneste prinsippet som er nedfelt i barnevernloven, i bvl. § 4-1, som en slags formålsparagraf for tiltak etter kapittel 4.⁴⁰ Av forarbeidene til loven fremgår det at prinsippet skal være en “rettesnor for vurdering av tiltak”.⁴¹ Hensynet fikk Grunnlovs

³⁷ Hele avsnittet tar utgangspunkt i Sandberg (2003) s. 48-49.

³⁸ NOU 2016:16 s. 249.

³⁹ Prop.106 L (2012-2013) s. 82.

⁴⁰ NOU 2012:5 s. 41.

⁴¹ Ot.prp.nr. 44 (1991-92) s. 28.

rang i 2014.⁴² Grunnlovens bestemmelse ligner Barnekonvensjonen artikkel 3, som slår fast at ”ved alle handlinger som berører barn (...) skal barnets beste være et grunnleggende hensyn”.

I vurderingen av hva som er til barnets beste i den konkrete sak, er det ulike momenter som spiller inn. Bvl. § 4-1 første ledd annen setning angir at det skal legges vekt på å gi barnet stabil og god voksenkontakt og kontinuitet i omsorgen. Tanken bak å ikke lovfeste ytterligere momenter må ha vært at disse kunne variere så sterkt i den enkelte sak, og at det ikke er mulig å ta det inn i lovtekstens generelle formuleringer.⁴³

Det kan bare være et spørsmål om tid før vi får endringer på dette området. I NOU 2016:16 kom utvalget med et forslag til en rekke momenter som bør inntas for å underbygge barnets beste som en såkalt *materiell vurderingsnorm*. Utvalget foreslår å fremheve momenter som barnets egen identitet, barnets og foreldrenes etniske, religiøse, kulturelle og språklige bakgrunn, barnets synspunkter, barnets behov for å bevare familiemiljø og opprettholdelse av viktige relasjoner, barnets behov for omsorg og beskyttelse, barnets sårbarhet og barnets helse, utdanning og utvikling. Forslaget til oppstilling av relevante momenter skal ikke være uttømmende.⁴⁴ Også barnets beste som krav til *beslutningsprosessen* skal styrkes, og her foreslår utvalget blant annet å lovfeste krav til hvordan vedtak etter loven begrunnes.

Av bvl. § 4-1 annet ledd fremgår det at barnet skal gis mulighet til å medvirke ved anvendelsen av bestemmelsene i kapittel 4. Det er bvl. § 6-3 som regulerer barns rettigheter under saksbehandlingen og angir de prosessuelle reglene for når barn skal bli hørt. Den materielle siden er at barnets mening skal inngå i vurderingen av barnets beste når barnet er stort nok til å bli hørt, og at det skal inngå med den vekten bvl. § 6-3 oppstiller.⁴⁵

Det vil kunne variere sterkt om hensynet til barnets beste vil trekke i retning av mer eller mindre midlertidighet i en konkret sak. Dersom barnet først er tatt ut av hjemmet kan barnets beste i visse tilfeller tilsa at barnet skal bli boende i fosterfamilien, selv om foreldrenes omsorgsevne er bedret, og sånn sett føre til mer langvarige omsorgsovertakelser. Samtidig kan det være konkrete forhold ved barnet som tilsier at det vil være til barnets beste å flytte

⁴² Kongeriket Norges grunnlov § 104.

⁴³ Sandberg (2003) s. 62.

⁴⁴ NOU 2016:16 s. 54.

⁴⁵ Sandberg (2003) s. 63.

tilbake til foreldrene. I de tilfellene vil prinsippet trekke i retning av kortest mulig varighet ved omsorgsovertakelsen. Vurderingen er svært skjønnsmessig.

2.5 Det biologiske prinsipp

Det biologiske prinsipp innebærer at det har en stor egenverdi for barn å kunne vokse opp hos sine foreldre, selv om det er visse mangler ved hjemmet.⁴⁶ Av forarbeidene fremgår det om prinsippet at ”barn skal vokse opp hos sine biologiske foreldre – også om det er tildels alvorlige mangler ved deres omsorgsevne”.⁴⁷

I NOU 2012:5 sies det at ”selv om betegnelsen det biologiske prinsipp ikke anvendes i barnevernloven, fremgår det klart at prinsippet ligger til grunn for loven”.⁴⁸ Det vises så til at inngrep fra barnevernet helst skal skje ved hjelpetiltak. Man omtaler dette som at foreldrene har det primære og barnevernet det subsidiære ansvaret for barns omsorg.

Etter en gjennomgang av prinsippet, stadfester utvalget at ettersom det skal legges avgjørende vekt på hensynet til barnets beste etter bvl. § 4-1, kan det biologiske prinsippet i seg selv ikke tillegges avgjørende vekt i barnevernets vurderinger: ”Spørsmålet og utfordringen i praksis blir å avgjøre hvilken vekt prinsippet skal tillegges i det konkrete tilfellet og når det må anses best for barnet at det biologiske prinsippet fravikes.”⁴⁹

Det biologiske prinsipp vil alltid trekke i retning av gjenforening med den biologiske familien og dermed i retning av at omsorgsovertakelser blir så midlertidige som mulig.

I forslag til ny barnevernlov foreslås det å innta i ny bvl. § 2 at ”[b]arn bør vokse opp ... helst i egen familie”.⁵⁰ Av merknadene fremgår det at ordene “helst i egen familie”, gir uttrykk for det biologiske prinsipp. Videre fremgår det imidlertid at “barns rett til å vokse opp i egen familie vil ... uttrykke et utgangspunkt for hvilken omsorgsbasis barn bør ha når det offentlige overtar ansvaret for et barn” og at dette innebærer at uttrykket “egen familie” ikke trenger å være den biologiske familien. Ordlyden er inspirert av Grunnloven § 104 tredje ledd siste

⁴⁶ Lindboe (2012) s. 23.

⁴⁷ St.meld.nr.39 (1995-1996) punkt 4.1.1, gjengitt i NOU 2012:5 s. 43.

⁴⁸ NOU 2012:5 s. 41.

⁴⁹ NOU 2012:5 s. 50.

⁵⁰ NOU 2016:16 s. 271.

setning, og er ikke ment å ha et annet innhold.⁵¹ Det er dermed usikkert om utvalget faktisk ønsker å styrke det biologiske prinsippet med dette endringsforslaget, eller om det skal innebære en videreføring av gjeldende rett.

⁵¹ NOU 2016:16 s. 247.

3 Innholdet i kravet om midlertidighet i EMK-retten

3.1 Innledning og utgangspunkter

I oppgavens punkt 1.6.2 fremgår det at retten til respekt for familieliv ikke er absolutt, og at inngrep kan gjøres på nærmere vilkår. Spørsmålet blir da hva som skal til for å iverksette barnevernstiltak som vedtak om omsorgsovertakelse, fratakelse av foreldreansvar og tvangsadopsjon. Før jeg drøfter de norske reglene, skal jeg skal drøfte vilkårene for at et tiltak skal være i overensstemmelse med EMK-retten.

Jeg tar først for meg vilkår for omsorgsovertakelse i punkt 3.2, oppheving av omsorgsovertakelse i punkt 3.3 og fratakelse av forelderansvar og adopsjon i punkt 3.4. Jeg skal vise til EMDs praksis knyttet til de ulike tiltakene. Ettersom oppgaven skal ta for seg omsorgsovertakelsers varighet, vil konkrete krav til tiltakets varighet være i fokus, samt skjerpede beviskrav og terskelvurderingene som vil kunne påvirke et tiltaks varighet. I punkt 3.5 skal jeg redegjøre mer generelt for EMDs gjenforeningsmål og muligheten for å fravike dette.

I dommen *Haase v. Germany* sies det at "the courts decisions [...] were aimed at protecting the "health or morals" and the "rights and freedoms" of the children. Accordingly they pursued legitimate aims within the meaning of paragraph 2 of Article 8".⁵² Det er klart at beskyttelse av barns helse, rettigheter og friheter er relevante grunner for å gjøre inngrep i familielivet i henhold til artikkel 8 nr. 2. Dette vil være en relevant grunn ved alle typer barnevernstiltak.

3.2 Omsorgsovertakelse

Selv om grunnene for å gjøre inngrep i familielivet er relevante, må de som nevnt også være tilstrekkelige. Hvor terskelen går for når man kan fatte et vedtak om omsorgsovertakelse, er vanskelig å lese ut av EMDs praksis. Noe av grunnen er at i mange tilfeller, som i *Haase v.*

⁵² *Haase v. Germany* 8. juli 2004, avsnitt 87.

Germany, tar ikke EMD konkret stilling til om grunnene var tilstrekkelige. I stedet vises det til graverende prosessuelle forhold, som at foreldrene hadde begrensede muligheter til å ivareta sine rettigheter under omsorgsovertakelsen, og EMD kommer til at omsorgsovertakelsen innebærer et brudd på artikkel 8 på det grunnlaget. I andre tilfeller nøyer EMD seg med å vise til statenes skjønnsmargin, uten å utdype nærmere hvor høy terskelen er. Og ofte glir vurderingen over til å se på om omsorgsovertakelsen burde vært opphevet og derfor ikke er i tråd med EMDs syn på omsorgsovertakelsers varighet. Det vises da til ”*the guiding principle whereby a care order should be regarded as a temporary measure, to be discontinued as soon as circumstances permit, and that any measures implementing temporary care should be consistent with the ultimate aim of reuniting the natural parents and the child*”.⁵³

Det er derfor vanskelig å oppsummere fra EMD-praksis hvor den skjønsmessige grensen går for når det anses nødvendig med et inngrep. Men ettersom denne oppgaven skal ta for seg omsorgsovertakelsers varighet, nøyer jeg meg med sitatet over. Omsorgsovertakelsen skal med andre ord alltid være i tråd med gjenforeningsmålet, og skal avsluttes idet forholdene som foranlediget den opphører.

3.3 Oppheving av omsorgsovertakelse

Hva skjer så når foreldrene går til sak for å få en omsorgsovertakelse avsluttet? Først må det vurderes om forholdene som foranlediget omsorgsovertakelsen, er bedret, slik at foreldrene kan gi barna tilfredsstillende omsorg. Spørsmålet som er aktuelt for denne oppgaven, er hva slags beviskrav EMD oppstiller for at dette skal anses oppfylt, ettersom et strengt beviskrav vil medføre at det skal mer til for å få omsorgsovertakelsen opphevet og dermed kunne føre til mer varige omsorgsovertakelser. I *Olsson v. Sweden* ble myndighetenes avslag på å oppheve omsorgsovertakelsen vurdert etter vilkårene i artikkel 8. EMD viste først til grunnene som var ”clearly ”relevant” to a decision to maintain a child in care”.⁵⁴ Deretter, idet det vises til noen forbedringer ved foreldrenes omsorgsevne, vurderte domstolen om de bedrede forholdene var stabile og uttalte at ”*it is justifiable not to terminate public care unless the improvement in the circumstances that occasioned it appears with reasonable certainty to be stable*”.⁵⁵ EMD

⁵³ K. and T. v. Finland 12. juli 2001, avsnitt 178. Lignende uttalelser i *Olsson v. Sweden* 24. mars 1988, avsnitt 81.

⁵⁴ *Olsson v. Sweden* 24. mars 1988, avsnitt 75.

⁵⁵ *Olsson v. Sweden* 24. mars 1988, avsnitt 76.

kom til at forholdene ikke oppfylte dette kravet til stabilitet, og at det dermed var både *relevante* og *tilstrekkelige* grunner for å opprettholde omsorgsovertakelsen.

Det er lite praksis som knytter seg direkte til tilbakeføringsspørsmålet. Dette gjør det vanskelig å si med sikkerhet hva slags beviskrav EMD legger til grunn for at foreldrene har bedret sin omsorgsevne. Jeg antar imidlertid at når det kreves “rimelig sikkerhet” (reasonable certainty) for at forbedringen i omsorgsevnen er stabil, er det tale om et noe skjerpet beviskrav, utover en alminnelig sannsynlighetsovervekt. EMD foretar imidlertid ikke den konkrete vurderingen av hva et slikt kvalifisert beviskrav i det konkrete tilfellet innebærer.

Videre kan barnets tilknytningen til fosterhjemmet begrunne myndighetenes avslag på å oppheve omsorgsvedtaket. EMD tok i en viss grad stilling til tilbakeføringsspørsmålet i *Johansen v. Norway*, og vurderte om forhold ved barnet tilsa at tilbakeføring ikke skulle skje. Det ble vist til byrettens vurderinger og det faktum at selv om klager kunne gitt barnet forsvarlig omsorg, var barnet i en utfordrende fase i oppveksten og at det var “*a real danger that the applicant would be unable to deal adequately with the child's reactions to the change of environment*”.⁵⁶ EMD mente at dette tilfredsstilte kravene etter artikkel 8. I *Rieme v. Sweden* ble det vist til at barnet “*was a very sensitive, fragile and vulnerable person*” som “*suffered from psychosomatic problems*”. En fraflytting fra fosterhjemmet “*involved a risk of aggravating her problems*”, og EMD fant at opprettholdelse av omsorgsovertakelsen ikke innebar brudd konvensjonen.⁵⁷

Ut i fra dommene ser vi at EMD vektlegger problemene en eventuell tilbakeføring kan forårsake for barnet. Videre virker det ikke som det oppstilles et skjerpet eller svekket beviskrav for at barnet får problemer på grunn av flyttingen, idet EMD ikke sier noe konkret om dette i sine avgjørelser. Det oppstilles heller ikke eksplisitt krav til problemenes styrke eller varighet. I begge tilfellene er det imidlertid snakk om spesielt sårbare barn i kritiske faser i livet, og det er derfor grunn til å tro at problemene det henvises til må være av alvorlig karakter.

3.4 Fratakelse av foreldreansvar og adopsjon

⁵⁶ *Johansen v. Norway* 7. august 1996, avsnitt 72.

⁵⁷ *Rieme v. Sweden* 22. april 1992, avsnitt 70.

Når omsorgen er fratatt foreldrene, blir spørsmålet hva som skal til for at det blir nødvendig i et demokratisk samfunn å også frata foreldrene foreldreansvaret og adoptere bort barnet mot foreldrenes vilje. I *Johansen v. Norway*, som gjaldt fratakelse av foreldreansvar i adopsjonsøyemed, fremkommer det at *”the Court considers that taking a child into care should normally be regarded as a temporary measure”*.⁵⁸ I betegnelsen ”normally be regarded as a temporary measure” ligger det at man kan fravike målet om gjenforening i noen tilfeller. EMD går så inn på hvilke vilkår som da må oppstilles. Det nevnes at tiltakene fordrer ”exceptional circumstances” og må motiveres av ”an overriding requirement pertaining the child’s best interests”. De samme vilkår gjelder ved fratakelse av foreldreansvaret og adopsjon, nettopp fordi begge tiltak er uforenelig med gjenforeningsmålet etter EMDs syn.

EMD sier ikke hva vilkåret ”exceptional circumstances” generelt skal inneholde. Ved en gjennomgang av dommene på området ser man at EMD ofte tyr til å vurdere de prosessuelle sidene av saken, og feller myndighetene på det grunnlaget.⁵⁹ Denne tendensen er også påpekt i teorien.⁶⁰ Dette fører til at EMDs praksis ikke gir særlig mye informasjon om vilkårets materielle innhold. Det som er sikkert er at vilkåret ikke omfatter alle tilfeller der barn er tatt under offentlig omsorg, men bare de særlige tilfellene. Dette synes klart ved å gjennomgå praksisen på området, ettersom EMD går inn og vurderer om vilkåret i det konkrete tilfellet er oppfylt. Videre oppsummerer juridisk teori praksis som å legge vekt på fysiske eller psykiske skader hos barnet, foreldrenes voldelige oppførsel overfor barnet, graden av kontakt og barnets reaksjon på kontakt med foreldrene, mens generelle samarbeidsproblemer og tidligere erfaringer med barnevernet tillegges mindre vekt.⁶¹

Vilkåret ”overriding requirement pertaining the child’s best interests” betyr at adopsjonen må være motivert av et dominerende hensyn til barnets beste. EMD fremhever ofte at det må være en ”fair balance” mellom barnas og foreldrenes interesser.⁶² Senere dommer kan tyde på at det er barnets interesser som skal være det sentrale, da det har blitt fremholdt at *”the child’s rights must be the paramount consideration”*⁶³ og *”the child’s interest must come before all*

⁵⁸ *Johansen v. Norway* 7. august 1996, avsnitt 78.

⁵⁹ Se eksempelvis *P., C. and S. v. The United Kingdom* 16. juli 2002, avsnitt 136 og *E.P. v. Italy* 16. november 1999, avsnitt 66-70.

⁶⁰ Lena R. L. Bendiksen, *Barn i langvarige fosterhjems plasseringer – foreldreansvar og adopsjon*, Bergen 2008 s. 155.

⁶¹ Bendiksen (2008) s. 160.

⁶² *Johansen v. Norway* 7. august 1996, avsnitt 78.

⁶³ *Yousef v. Netherlands* 5. november 2002, avsnitt 73.

other considerations”.⁶⁴ Vilkåret innebærer en terskel for å tillate fratakelse av foreldreansvar og adopsjon, idet det kreves en sikkerhet for at de fordelene tiltaket medfører, veier opp for ulempene, jf. ordlyden ”overriding”.

Både fratakelse av foreldreansvar og adopsjon kan altså benyttes som barnevernstiltak, slik at man ser bort fra målet om gjenforening. Det er imidlertid strenge vilkår til den aktuelle situasjonen for at det skal kunne skje.

3.5 Kan gjenforeningsmålet fravikes uten at det skjer i adopsjonsøyemed?

Et særlig spørsmål er om EMK-rettens gjenforeningsmål kan fravikes i tilfeller der det ikke er aktuelt med adopsjon. Alternativet er da ikke tilbakeføring, men en fortsatt fosterhjemsplassering. EMD synes å ha vært svært restriktiv med å godta en slik fravikelse av gjenforeningsmålet, og anerkjenner derfor sjelden at omsorgsovertakelser er varige. Dette kommer til syne ved at EMD viser til at midlertidighet skal være ”the guiding principle” i tilfellene der det ikke er snakk om adopsjon. Det må imidlertid nevnes at det i noen tilfeller vises til at gjenforeningsmålet må balanseres mot plikten til å ivareta hensynet til barnets beste, noe som i en viss grad anerkjenner at gjenforening ikke alltid kan skje.

I *KA. v. Finland*⁶⁵ var barna tatt ut av hjemmet på grunn av økonomiske og mentale problemer hos foreldrene, misbruk av alkohol, forsømmelse av barna og mistanke om incest. EMD viser til at muligheten for gjenforening reduseres når det ikke er tilrettelagt for kontakt under omsorgsovertakelsen. De finske myndighetene ble dømt for brudd på artikkel 8 for ikke å ha gjort nok for å muliggjøre gjenforening.⁶⁶ Til og med i saker der gjenforening synes å bli en umulighet⁶⁷, tar altså EMD utgangspunkt i at omsorgsovertakelsen skal være midlertidig.

EMD uttrykker i denne og i flere andre dommer at tiden som passerer uten tilstrekkelig kontakt mellom foreldre og barn, kan umuliggjøre gjenforening, samtidig som EMD gir klart uttrykk for sin misnøye med myndighetenes innsats for å tilrettelegge for gjenforening. Dette

⁶⁴ Gnahoré v. France 19. september 2000, avsnitt 59.

⁶⁵ KA. v. Finland 14. april 2003.

⁶⁶ Bendiksen (2008) s. 150.

⁶⁷ Bendiksen (2008) s. 149.

innebærer likevel en anerkjennelse at gjenforeningsmålet kan oppgis etterhvert som tiden går.⁶⁸

I *Johansen v. Norway* uttales det generelt at foreldre ”cannot be entitled under Article 8 of the Convention (art. 8) to have such measures taken as would harm the child's health and development”.⁶⁹ Målet om gjenforening kan derfor ses bort fra dersom det vil være til skade for barnet, også i tilfellene der adopsjon ikke er aktuelt. Det vises imidlertid til at en fravikelse av gjenforeningsmålet ikke kan slås fast på et tidlig tidspunkt, da både foreldrenes og barnets situasjon kan endres.

Oppsummert kan EMDs avgjørelser tolkes dit hen at gjenforeningsmålet kan oppgis også utenfor adopsjonstilfellene, men da etter en viss tid og som følge av at gjenforening er til skade for barnet. Det er imidlertid klart at EMD sjelden godtar fravikelse fra gjenforeningsmålet, og at det forventes en stor innsats fra medlemstatene når det gjelder å tilrettelegge for gjenforening.

⁶⁸ Bendiksen (2008) s. 151.

⁶⁹ *Johansen v. Norway* 7. august 1996, avsnitt 78.

4 Norsk rett etter barnevernloven

4.1 Innledning

I det følgende skal enkeltbestemmelser i barnevernloven og rettspraksis fra norske domstoler drøftes, med fokus på hvilken grad det legges til rette for at omsorgsovertakelser forblir midlertidige, sett i lys av den ovennevnte EMK-retten.

Jeg har valgt å fokusere på enkelte vilkår i bestemmelsene, og vedtatte lovendringer eller forslag til lovendringer som har vært på området. Spørsmålet er om disse vilkårene, endringene og endringsforslagene vil føre til en annen praktisering hva gjelder omsorgsovertakelsers varighet, enn det EMK-retten tillater. Dette gjelder særlig regler om beviskrav, prosessuelle regler og mer skjønsmessig vilkår som oppstiller terskler for å fatte vedtak. Kapittelet er derfor ikke en like fullstendig sammenligning av alle de norske materielle reglene og EMK-retten. Enkelte steder vil det også bli vist til Høyesteretts anvendelse av reglene for å redegjøre nærmere for innholdet i de aktuelle bestemmelsene.

4.2 Omsorgsovertakelser etter bvl. § 4-12

4.2.1 Innledning

Det er bvl. § 4-12 som utgjør det rettslige grunnlaget for omsorgsovertakelser av barn. Barnet som barnevernet overtar omsorgen for, blir plassert i fosterhjem eller på institusjon. Til forskjell fra de fleste andre tiltaksbestemmelsene i barnevernloven er bvl. § 4-12 utformet som en ”kan”-regel. Dette innebærer at barnevernsmyndighetene aldri har plikt til å fatte et vedtak om omsorgsovertakelser, noe som er naturlig i lys av bestemmelsens skjønsmessige vilkår.⁷⁰ Det må imidlertid nevnes at dersom barnevernet unnlater å gripe inn, kan de bli erstatningsansvarlig dersom det senere reises sak mot dem. Barnevernet kan derfor ikke velge å la være å overta omsorgen, dersom alle vilkårene er oppfylt. Man kan derfor si at vilkåret

⁷⁰ Kari Ofstad og Randi Skar, *Barnevernloven med kommentarer*, 6. utgave (Oslo 2015) s. 142.

”kan” i denne bestemmelsen innebærer at det må foretas en avsluttende og samlet vurdering av forholdene.

Bestemmelsens første ledd oppstiller fire alternative grunnlag for å overta omsorgen. I tillegg må vedtaket til enhver tid være nødvendig ut i fra den situasjonen barnet befinner seg i. Nedenfor skal disse vilkårene presenteres og drøftes i lys av prinsippet om midlertidighet. Den nevnes allerede her at det etter loven ikke kan treffes bindende vedtak om varige omsorgsovertakelser, ei heller omsorgsvedtak som er tidsbegrensede i den forstand at vedtaket etter en fastsatt tid bortfaller uten ny prøving.⁷¹

4.2.2 Vilrårene for omsorgsovertakelse

En omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-12 bokstav a, b eller c fordrer at det er mangler ved foreldrenes omsorgsevne på vurderingstidspunktet. Beviskravet for at disse alternativene er oppfylt er alminnelig sannsynlighetsovervekt.

Bokstav a

Bestemmelsen åpner for omsorgsovertakelser ”dersom det er alvorlige mangler ved den daglig omsorg som barnet får, eller alvorlige mangler i forhold til den personlige kontakt og trygghet som det trenger etter sin alder og utvikling”. Som en del av den daglige omsorgen inngår barns behov for trygge boforhold, mat, klær, oppfølging av helse og overfor instanser som barnehage og skole.⁷² Som mangler ved ”personlig kontakt og trygghet” nevner forarbeidene følelsesmessig avvisning av barnet, tvang og vold i hjemme som fører til fysisk eller psykisk utrygghet og psykiske lidelser hos foreldrene, som igjen påvirker barnet.⁷³

Bokstav b

Bestemmelsen gir grunnlag for omsorgsovertakelse ”dersom foreldre ikke sørger for at et sykt, funksjonshemmet eller spesielt hjelpetrengende barn får dekket sitt særlig behov for behandling og opplæring”. Utrykket ”funksjonshemmet” omfatter både fysiske og psykiske funksjonshemninger,⁷⁴ mens med ”spesielt hjelpetrengende” menes barn som på grunn av

⁷¹ Ofstad og Skar (2015) s. 217.

⁷² Ofstad og Skar (2015) s. 147.

⁷³ Ot.prp.nr.44 (1991-1992) s. 110.

⁷⁴ Ofstad og Skar (2015) s. 148.

påkjenninger det har vært utsatt for i familien eller miljøet, har et særlig behov for trygghet og stimulering.⁷⁵

Bokstav c

Vedtak om omsorgsovertakelse kan treffes etter denne bestemmelsen når et barn blir mishandlet eller utsatt for andre alvorlige overgrep i hjemmet. Av forarbeidene fremgår det at ”alvorlige overgrep omfatter såvel fysisk mishandling og seksuelle overgrep som psykisk sjikane, trakassering, eller vedvarende mindre overgrep”.⁷⁶

Bokstav d

Alternativet i bokstav d skiller seg fra de øvrige ved at vedtak kan fattes selv om barnets situasjon på vedtakstidspunktet vurderes som tilfredsstillende.⁷⁷ Bestemmelsen legger opp til en fremtidsvurdering av foreldrenes omsorgsevne. Det må være en risiko knyttet til alvorlig skade på barnets helse og/eller utvikling. Det fremgår av forarbeidene at bestemmelsen tar sikte på tilfeller der ”foreldrene er tilbakestående eller har alvorlige sinnslidelser”.⁷⁸ For foreldre med slike problemer er faren stor for at de ikke kan utøve tilstrekkelig omsorg for barnet, og at denne mangelen i omsorgsevnen er av varig art.

Ettersom det er tale om en fremtidig situasjon er beviskravet hevet til ”overveiende sannsynlig”, og skiller seg derfor fra beviskravet ellers i barnevernretten som er alminnelig sannsynlighetsovervekt.⁷⁹

“Nødvendig”

Bestemmelsens annet ledd oppstiller et krav om at omsorgsovertakelsen må være ”nødvendig” for at den rettmessig skal kunne foretas. Nødvendighetskriteriet fordrer en vurdering av den aktuelle situasjonen barnet befinner seg i, og om det er sannsynlig at det på ny vil oppstå situasjoner med omsorgssvikt og mishandling.⁸⁰ Sån sett innebærer vilkåret at

⁷⁵ Ot.prp.nr.44 (1991-1992) s. 110.

⁷⁶ Ot.prp.nr.44 (1991-1992) s. 43.

⁷⁷ Store deler av avsnittet basert på Ofstad og Skar (2015) s. 150.

⁷⁸ Ot.prp.nr.44 (1991-1992) s. 42.

⁷⁹ Knut Lindboe, “Om beviskravet i barnevernssaker” i *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, nr. 3 2007 s. 177-185 (s.180).

⁸⁰ Ofstad og Skar (2015) s. 152.

alle alternativene for omsorgsovertakelse i bvl. § 4-12 får et element av fremtidsvurdering ved seg.

Annet ledd krever også at mildere tiltak er vurdert før vedtak om omsorgsovertakelse treffes. Bestemmelsen gir således uttrykk for det mildeste inngreps prinsipp. Lovteksten oppstiller ikke krav om at mildere tiltak er forsøkt, da det i visse tilfeller er åpenbart at hjelpetiltak ikke vil være tilstrekkelig. At et slikt krav ikke eksisterer fremgår også av teorien.⁸¹ Videre må en omsorgsovertakelse være til barnets beste i tråd med bvl. § 4-1 og dermed gi en bedre situasjon for barnet enn om det ble boende hjemme.

4.2.3 I hvilken utstrekning åpner bvl. § 4-12 for mer varige omsorgsovertakelser?

For at det skal fattes vedtak om omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-12 bokstav a, b eller c er det som nevnt et krav at det foreligger en aktuell omsorgssvikt. Det vil da være nødvendig å ta barnet ut av hjemmet. Bli barnet tilbakeført når forholdene som førte til omsorgssvikten er tilstrekkelig bedret, vil ikke omsorgsovertakelser etter disse hjemlene bli av lenger varighet enn nødvendig. Men disse hjemlene vil, i kombinasjon med tilbakeføringshjemmelen, kunne føre til langvarige omsorgsovertakelser, dersom barnet ikke føres tilbake idet omsorgssituasjonen i hjemmet tilsier det. Tilbakeføringshjemmelen i bvl. § 4-21 skal drøftes i punkt 4.3.

For vedtak etter bvl. § 4-12 d er situasjonen annerledes. Når en omsorgsovertakelse vedtas på bakgrunn av fremtidig omsorgssvikt må det antas at forhold som omsorgssviktens inntreden og omfang ikke fremstår som like klart som ved en aktuell omsorgssvikt. Det er derfor mulig at foreldrenes omsorgsevne er tilfredsstillende utover i tid eller i større grad enn antatt på vedtakstidspunktet. Dette kan i teorien medføre en mulighet for at barn som ikke skulle blitt det, blir tatt ut av hjemmet, fordi den forventede omsorgssvikten ikke inntreffer. Mot dette kan det argumenteres med at lovens høye beviskrav fører til at få saker ender med omsorgsovertakelse med hjemmel i bvl. § 4-12 d.

⁸¹ Ofstad og Skar (2015) s. 152.

Spørsmålet er imidlertid om det i det hele tatt er grunnlag for omsorgsovertakelser på grunn av fare for fremtidig omsorgssvikt etter EMK-retten. Ingen avgjørelser med hjemmel i bvl. § 4-12 d har blitt behandlet av EMD og det er derfor vanskelig å si om EMD ville godtatt omsorgsovertakelse basert på antatt fremtidig omsorgssvikt. Åpner ikke EMK-retten for dette, vil ikke bare bestemmelsen føre til at omsorgsovertakelser kan finne sted på et tidligere tidspunkt enn EMK-retten tillater, noe som igjen fører til mer langvarighet. Bestemmelsen vil også innebære omsorgsovertakelser begrunnet i forhold som i det helt tatt ikke ville vært godkjent etter EMK. Jeg går ikke her nærmere inn på vurderingen av om EMD ville godtatt omsorgsovertakelse basert på antatt fremtidig omsorgssvikt.

4.3 Oppheving av vedtak om omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-21

4.3.1 Innledning

Bvl. § 4-21 regulerer tilbakeføring av barn til foreldre etter at barnet har vært under barnevernets omsorg. Vedtaket om omsorgsovertakelse ”skal” oppheves “når det er overveiende sannsynlig at foreldrene kan gi barnet forsvarlig omsorg”. Dette samsvarer tilsynelatende godt med EMDs praksis som går ut på at en omsorgsovertakelse er et midlertidig tiltak som skal oppheves idet omstendighetene tillater det. At barnet som utgangspunkt *skal* føres tilbake understreker at bestemmelsen bygger på det biologiske prinsipp.⁸²

4.3.2 Vilkårene for oppheving av vedtak om omsorgsovertakelse

”Forsvarlig omsorg”

Grunnvilkåret for å oppheve et vedtak om omsorgsovertakelse er at det er overveiende sannsynlig at foreldrene kan gi barnet “forsvarlig omsorg”. Man må med andre ord vurdere om situasjonen som gjorde omsorgsovertakelsen nødvendig har endret seg. Foreldrene må både kunne ivareta de ytre og fysiske rammene for en trygg omsorgssituasjon og ivareta

⁸² Bendiksen og Haugli (2015) s. 252.

barnets behov for følelsesmessig kontakt.⁸³ Av rettspraksis fremgår det at det ikke er avgjørende om fosterforeldrene kan gi barnet ”bedre” oppvekstvilkår enn de biologiske foreldrene.⁸⁴ Det må også vurderes om foreldrenes bedre livssituasjon er tilstrekkelig stabilisert. Det foretas altså en fremtidsvurdering av foreldrenes omsorgsevne, noe som kan ligne vurderingen etter bvl. § 4-12 bokstav d. I den forbindelse må det også vurderes hvorvidt mangler ved omsorgsevnen kan avhjelpes ved hjelpetiltak.⁸⁵ Så langt samsvarer innholdet i vilkåret med retningslinjene som har blitt trukket opp i praksis fra EMD, se punkt 3.3.

”Overveiende sannsynlig”

Loven oppstiller krav om at det må være ”overveiende sannsynlig” at foreldrene kan gi barnet god nok omsorg. Dette fraviker det vanlige beviskravet om sannsynlighetsovervekt som ellers er på barnevernrettens område. Beviskravet ble endret i 2009,⁸⁶ og i forarbeidene til endringsloven fremgår det at vilkåret innebærer at det kreves ”høy grad av sannsynlighet”.⁸⁷ Bakgrunnen for skjerpelsen var at barn som er under omsorg, er ekstra sårbare, og dermed har et særlig behov for stabilitet.⁸⁸ Et strengere beviskrav ville hindre en stadig mulighet for gjenopptagelse av omsorgssituasjonen, som medfører en stor belastning og usikkerhet for alle parter.⁸⁹

I vurderinger på barnevernrettens område skal man generelt trekke inn bvl. § 4-1 som pålegger en å ta hensyn til barnets beste. Hva har så bvl. § 4-1 å si for vurderingen av tilbakeføring etter bvl. § 4-21? Sistnevnte bestemmelse åpner nemlig ikke for en fri vurdering av om tilbakeføring av barnet er til barnets beste. Dette skyldes at hensynet til barnets beste er bygget inn i første ledd annen setning, i vurderingen av om tilbakeføringen forårsaker problemer for barnet. På bvl. § 4-21 sitt område har man med andre ord lovfestet hvor hensynet til barnets beste skal trekkes inn.⁹⁰ I tilfeller der vilkårene for tilbakeføring er oppfylt, innebærer dette at hensynet til barnets beste ikke skal inngå i vurderingen av første ledd første setning. Det antas at loven er bygd opp slik for at det biologiske prinsipp skal få den sterke posisjonen det har. Dette reiser imidlertid et interessant spørsmål om forholdet til

⁸³ Ofstad og Skar (2015) s. 217.

⁸⁴ Rt. 1996 s. 1684 på s. 1693.

⁸⁵ Ofstad og Skar (2015) s. 218.

⁸⁶ Lov av 19. juni 2009 nr. 45.

⁸⁷ Ot.prp.nr.69 (2008-2009) s. 83.

⁸⁸ Ot.prp.nr.69 (2008-2009) s. 25.

⁸⁹ NOU 2012:5 s. 116.

⁹⁰ Atle Odd Hovden og Else Kokkersvold, *Tiltak i barnevernet? Lovkommentar i et barnevernfaglig perspektiv*, Oslo 1998 s. 130.

Grunnloven § 104 der hensynet til barnets beste er nedfelt. En slik drøftelse ligger dessverre på siden av mitt tema og skal ikke foretas her.

Hvordan blir vurderingen dersom man kommer til at vilkårene for tilbakeføring ikke er oppfylt eller det er tvil om dette? Høyesterett valgte i dommen inntatt i Rt. 2004 s. 999 å falle tilbake på prinsippet om barnets beste etter bvl. § 4-1, noe teorien fastslår kan gjøres.⁹¹ Saken gjaldt en 12 år gammel gutt, som var plassert i fosterhjem og mor søkte om å få omsorgen tilbake. Selv om det var tvil rundt mors omsorgsevne, fikk mor tilbake omsorgen. Retten la vekt på at fosterhjemmet hadde fungert dårlig, og viste i den forbindelse til bvl. § 4-1 og at det var til barnets beste å flytte hjem.⁹² Som nevnt i punkt 2.4 vil hensynet til barnets beste kunne trekke i retning av kortest mulige og mer langvarige omsorgsovertakelser, avhengig av forholdene i den konkrete saken.

Tilknytningsvilkåret

Selv om det er overveiende sannsynlig at foreldrene kan gi barnet forsvarlig omsorg, skal ikke vedtaket oppheves dersom barnet har fått en slik tilknytning til fosterforeldrene og fosterhjemmet at det kan føre til alvorlige problemer om det blir flyttet tilbake.

Når et barn er tatt ut av hjemmet, er det naturlig at barnet knytter seg til de nye omsorgspersonene sine. Hvor fort en tilknytning oppstår, og hvor sterk en eventuell tilknytning er, vil variere fra sak til sak og er blant annet avhengig av barnets alder på tidspunktet for omsorgsovertakelsen.⁹³

Høyesterett har tolket vilkåret ”alvorlige problemer” som at det må foreligge ”reell fare for skadevirkninger av betydning på lengre sikt”.⁹⁴ Det er nok at det foreligger en risiko, jf. ordlyden ”kan føre til”. Risikoen må relatere seg til problemer av en viss styrke og varighet, mens risiko for problemer i en overgangsfase godtas.⁹⁵ For vurderingen av eventuelle skadevirkninger stilles det krav til alminnelig sannsynlighetsovervekt.⁹⁶

⁹¹ Bendiksen og Haugli (2015) s. 256.

⁹² Rt. 2004 s. 999 avsnitt 65.

⁹³ I NOU 2015:5 s. 120-121 gjennomgår utvalget hvor lang tid barn i ulike aldre bruker på å etablere slik tilknytning. For barn i spedbarnsalder vil hovedtilknytning være til fosterforeldrene etter ca. seks måneder.

⁹⁴ Rt. 2004 s. 1683, avsnitt 32.

⁹⁵ Bendiksen og Haugli (2015) s. 255.

⁹⁶ Bendiksen og Haugli (2015) s. 256.

I NOU 2016:16 blir vilkåret ”alvorlig problemer” drøftet og det nevnes at ”[d]ersom terskelen for når tilbakeføring kan nektes skulle senkes, ville dette etter utvalgets syn kunne være problematisk sett opp mot de menneskerettslige forpliktelser”.⁹⁷ Utvalget foreslår derfor en videreføring av gjeldende vilkår.

Rettsanvenderen må altså vurdere hvilken tilknytning barnet har til sine fosterforeldre og miljøet barnet er en del av, og hva et brudd med dette forholdet kan føre til. I vurderingen vil sentrale momenter være barnets alder, plasseringens varighet og omfanget av kontakt med de biologiske foreldrene.⁹⁸

4.3.3 I hvilken utstrekning åpner bvl. § 4-21 for mer varige omsorgsovertakelser?

Da man skjerpet beviskravet til ”overveiende sannsynlig” la Barne- og likestillingsdepartementet til grunn at forslaget til lovendring ikke var i strid med EMK artikkel 8 eller praksis etter konvensjonen.⁹⁹ Forslaget ble imidlertid kritisert av en del høringsinstanser. Foruten at endringen ble ansett for å ”rykke ved det biologiske prinsipp”, mente Advokatforeningen at forslaget var i strid med EMDs forståelse av Den europeiske menneskerettskonvensjonen.¹⁰⁰ Resultatet av lovendring er at det stilles mindre strenge beviskrav for å frata foreldrene omsorgen for barnet enn for å få det tilbakeført.¹⁰¹

Dersom beviskravet for å kunne tilbakeføre et barn er strengere etter norsk rett enn i EMK-retten er det klart en fare for mer varige omsorgsovertakelser i norsk rett. Som gjennomgått i punkt 3.3, kan det virke som EMK-retten også innebærer en form for kvalifisert sannsynlighetsovervekt, jf. kravet til “reasonable certainty”. Om dette kravet er like strengt som ”overveiende sannsynlig” i bvl. § 4-21, er imidlertid usikkert, og en eventuell forskjell på disse vilkårene kan medføre mer varige omsorgsovertakelser etter norsk rett enn det EMK-retten forutsetter. Det tas imidlertid forbehold om at EMD sjelden tar konkret stilling til tilbakeføringsspørsmålet og er ofte vag i sine uttalelser, eller nøyer seg med å henvise til uttalelser fra nasjonale domstoler. Man har derfor et litt spinkelt grunnlag fra EMD å konkludere på.

⁹⁷ NOU 2016:16 s. 158.

⁹⁸ Ofstad og Skar (2015) s. 220.

⁹⁹ NOU 2012:5 s. 117.

¹⁰⁰ Ot.prp.nr.69 (2008-2009) s. 23.

¹⁰¹ Ofstad og Skar (2015) s. 219.

Selv om den uttalte hovedregel fra EMD er at omsorgsovertakelser må *“be discontinued as soon as circumstances permit”*, kan noen avgjørelser som nevnt i punkt 3.3 tolkes dithen at tilbakeføring kan nektes dersom dette skaper problemer for barnet. Jeg la der til grunn at det måtte være tale om problemer av alvorlige karakter, og at det ikke eksplisitt ble oppstilt et skjerpet beviskrav. Det kan derfor virke som de norske reglene for å nekte tilbakeføring, der det kreves alminnelig sannsynlighet for at barnet får alvorlige problemer, samsvarer godt med kravene oppstilt av EMD.

4.3.4 Forslag om endret sperrefrist

Bvl. § 4-21 oppstiller en sperrefrist for både den private part og barnevernstjenesten til å kreve at fylkesnemnda skal behandle en sak om opphevelse av omsorg. Det må ha gått 12 måneder siden saken sist ble behandlet i nemnda eller i domstolene. Fylkesnemnda kan imidlertid på eget initiativ ta en sak opp til ny behandling uten hensyn til 12-månedersfristen, noe som vil være aktuelt dersom fylkesnemnda finner at det foreligger nye opplysninger i saken.¹⁰²

Dersom tilbakeføring er nektet som følge av risikoen for alvorlige problemer for barnet, kan ny behandling bare kreves etter bvl. § 4-21 annet ledd annet punktum, der det dokumenteres at det har funnet sted vesentlige endringer i barnets situasjon. Av forarbeidene fremgår det at endringer i barnets situasjon ikke bare omfatter endringer i forholdet til fosterforeldrene, men også endringer i forholdet til de biologiske foreldre.¹⁰³

I NOU 2005:9 foreslo fylkesnemndsutvalget at man skulle innføre en 24-månedersfrist fra sist nemnds- eller domstolsbehandling. Begrunnelsen var at en slik frist ville skape ”en annen tidshorisont for barnet, og øker også mulighetene for at det er en realitet når endringssak først reises”.¹⁰⁴

Dette endringsforslaget ville etter min mening klart utfordre EMK-rettens prinsipp om midlertidighet all den tid barnets og forelderens situasjon kan endre seg i løpet av sperrefristen. Vel så viktig er EMDs krav til foreldrenes rett til å bli hørt og tatt hensyn til i

¹⁰² Ofstad og Skar (2015) s. 227.

¹⁰³ Ot.prp.nr.76 (2005-2006) s. 101.

¹⁰⁴ NOU 2005:9 s. 98.

prosessen. Det antas at det er lite sannsynlig at EMD hadde godtatt at foreldrene var avskåret fra å reise sak i 24 måneder.

Barne- og likestillingsdepartementet sluttet seg ikke til denne endringen da de mente ”omsorgsovertakelser i utgangspunktet skal være midlertidige” og at ”muligheten for tilbakeføring av barnet til foreldrene [vil] minske i takt med varigheten av omsorgsovertakelsen”. Foreldrene bør derfor kunne kreve ny vurdering før det er gått for lang tid.¹⁰⁵ Barne- og likestillingsdepartementet viser en klar holdning til kravet om midlertidighet ved omsorgsovertakelser og at en eventuell lovendring ville kunne stride mot våre internasjonale forpliktelser på dette området.

Det samme forslaget ble kommentert i NOU 2016:16 der det legges til grunn at ”situasjonen kan endre seg, og at rettssikkerhetshensyn tilsier at det bør være jevnlig prøvingsmuligheter”, og ”at EMK artikkel 8 også medfører visse prosessuelle garantier”.¹⁰⁶ Utvalgets sitat underbygger at en utvidet sperrefrist kan stride mot vår forpliktelser etter EMK.

4.4 Fratakelse av foreldreansvaret etter bvl. § 4-20

4.4.1 Innledning

Bvl. § 4-20 regulerer både spørsmålet om fratakelse av foreldreansvar og adopsjon. Disse behandles ofte samlet i en konkret avgjørelse, selv om det rettslig sett er tale om to ulike spørsmål.¹⁰⁷ I NOU 2016:16 har man foreslått at de to vurderingen fordeles på ulike paragrafer.¹⁰⁸ I det følgende vil de drøftes hver for seg.

Når det treffes et vedtak om omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-12 går ansvaret for den daglige omsorgen over til barnevernet. Foreldrene sitter da igjen med et restansvar for barnet. Dette ansvaret innebærer blant annet en bestemmelsesrett ved religiøse spørsmål og ved disponering

¹⁰⁵ Ot.prp.nr.76 (2005-2006) s. 100.

¹⁰⁶ NOU 2016:16 s. 158.

¹⁰⁷ Rt. 2001 s. 14 på s. 20.

¹⁰⁸ NOU 2016:16 s. 161.

av barnets økonomiske midler.¹⁰⁹ Ved en fratakelse av foreldreansvaret mister foreldrene de beføyelser de hadde tross omsorgsovertakelsen. Foreldrene vil imidlertid fortsatt være rettslige foreldre for barnet og ansvarsfratakelsen har ingen direkte virkning på samværsretten etter bvl. § 4-19.¹¹⁰

4.4.2 Vilkår for ansvarsfratakelse

Av bvl. § 4-20 første ledd, som utgjør rettslig grunnlag for fratakelse av foreldreansvar, fremgår det at ”har fylkesnemnda vedtatt å overta omsorgen for et barn, kan fylkesnemnda også vedta at foreldreansvaret i sin helhet skal fratras foreldrene”. Det er med andre ord en forutsetning at foreldrene allerede er fratatt omsorgen etter bvl. § 4-12. Bestemmelsen oppstiller ingen ytterligere vilkår. Spørsmålet blir da hva vurderingstemaet skal være.

Vurderingen virker tilsynelatende fri og skjønnspreget. Ordlyden ”kan” innebærer at foreldreansvaret ikke alltid skal fratras selv om omsorgen er overtatt. En slik praksis ville vært i strid med forutsetningene i forarbeidene.¹¹¹ Videre er det klart at ordlyden innebærer at det åpnes opp for skjønn.

Avgjørelsen er imidlertid ikke helt fri. Bvl. § 4-1 om hensynet til barnets beste innebærer at et slikt vedtak bare kan treffes dersom dette er bedre for barnet enn om det kun treffes vedtak om omsorgsovertakelse.¹¹² Videre har Høyesterett innfortolket et krav om at ”sterke grunner” må tale for ansvarsfratakelse, ettersom det er tale om et såpass inngripende tiltak.¹¹³

I forslaget til ny barnevernlov foreslår utvalget at det inntas som vilkår at ”det foreligger særlige grunner som tilsier at fratakelse av foreldreansvaret er nødvendig for å ivareta barnets beste”.¹¹⁴ Dette er ikke ment å innebære en endring fra gjeldende rett.

På åtti- og begynnelsen av nittitallet var det en utstrakt bruk av tidlig fratakelse av foreldreansvar med tanke på en senere adopsjon. Denne praksisen skjer klart i mindre grad i dag, og de fleste dommene om tema omhandler fratakelse av foreldreansvar og spørsmål om

¹⁰⁹ Se brev fra daværende Barne- og familiedepartement med redegjørelse, <https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/kilde/bfd/prf/2005/0042/ddd/pdfv/224739-pixeditdoc5.pdf>, lest 18.11.16.

¹¹⁰ Bendiksen og Haugli (2015) s. 237.

¹¹¹ Bendiksen og Haugli (2015) s. 232 med videre henvisning til forarbeidene.

¹¹² Ofstad og Skar (2015) s. 200.

¹¹³ Bendiksen og Haugli (2015) s. 233.

¹¹⁴ NOU 2016:16 s. 161.

adopsjonssamtykke samtidig.¹¹⁵ Det foreligger ingen høyesterettsdommer etter barnevernloven av 1992 hvor ansvaret har blitt fratatt uten at det skjer i adopsjonsøyemed, selv om verken lovteksten eller forarbeidene setter begrensninger for dette. Dersom foreldreansvaret skulle vært fratatt uten at det skjer med sikte på adopsjon, kan det være fordi man frykter at foreldrene vil gripe uheldig inn i fosterhjemmet eller fordi all kontakt med foreldre er skadelig for barnet.¹¹⁶

4.4.3 I hvilken utstrekning åpner bvl. § 4-20 første ledd for mer varige omsorgsovertakelser?

Spørsmålet blir hva det har å si for midlertidigheten av en omsorgsovertakelse at foreldreansvaret fratras. I NOU 2016:16 forutsettes det at foreldre som har blitt fratatt omsorgen for barnet sitt, men som fortsatt har foreldreansvaret, er mer delaktige i barnets liv enn foreldre uten foreldreansvar.¹¹⁷ En tidlig fratakelse av ansvaret vil som regel føre til reduserte muligheter til å opprettholde kontakten med foreldre, noe som igjen vil kunne benyttes som et moment i retning av senere adopsjon.¹¹⁸

Gjennomgangen av praksis viser at EMD er særlig restriktiv med å godta bruk barnevernstiltak som fraviker gjenforeningsmålet, slik et vedtak om fratakelse av foreldreansvaret gjør, når adopsjon ikke er i bildet. Det er imidlertid mulig å treffe slike vedtak, men det skal være etter det har gått en viss tid, og det er til barnets beste. Selv som barnevernloven åpner for at det kan fattes vedtak om fratakelse av foreldreansvaret uten at det skjer med sikte på adopsjon, skjer dette sjelden i praksis. Dette kan tilsi at den norske praktiseringen av reglen er i overensstemmelse med EMD-praksisen på dette området, og at det etter norsk rett ikke blir mer langvarige omsorgsovertakelser enn det EMK-retten åpner for.

4.4.4 Forslag om å fjerne skillet mellom omsorgs- og ansvarsovertakelser

I arbeidet med barnevernloven av 1992 ble skillet mellom omsorgs- og ansvarsovertakelser foreslått fjernet av Sosiallovutvalget.¹¹⁹ En av grunnene til at forslaget ble fremmet var at det

¹¹⁵ Bendiksen (2008) s. 271.

¹¹⁶ Bendiksen og Haugli (2015) s. 236-237.

¹¹⁷ NOU 2016:16 s. 161.

¹¹⁸ Bendiksen og Haugli (2015) s. 235.

¹¹⁹ NOU 1985:18 s. 164.

var uklarheter rundt hvilke ansvarsområder som falt under restansvaret som foreldrene hadde i behold etter de var fratatt omsorgen. Forslaget innebar at enhver omsorgsovertakelse skulle medføre en ansvarsovertakelse. Storkomiteen endret på forslaget i innstillingen til ny lov, med den begrunnelse at forslaget på en unødvendig måte brøt bånd mellom barn og biologiske foreldre.¹²⁰ Fratakelse av foreldreansvaret var et mer inngripende tiltak enn en omsorgsovertakelse og dermed ikke forenelig med det mildeste inngreps prinsipp.¹²¹

Videre, som jeg skal gå inn på nedenfor, er fratakelse av foreldreansvaret et vilkår for at fylkesnemnda skal kunne samtykke til adopsjon, slik at veien fra omsorgsovertakelse til adopsjon hadde blitt kortere. Forslaget fra Sosiallovutvalget kunne derfor ført til en rettstilstand som la til rette for mer varige omsorgsovertakelser, enn den vi har i dag, nettopp fordi i dag blir ikke foreldrene nødvendigvis fratatt foreldreansvaret kun fordi omsorgen blir overført til barnevernet.

4.5 Adopsjon etter bvl. § 4-20

4.5.1 Innledning

Bvl. § 4-20 annet og tredje ledd utgjør rettslig grunnlag for tvangsadopsjon av barn, det vil si adopsjon uten foreldrenes samtykke. Adopsjon skiller seg fra de øvrige barnevernstiltakene idet adopsjon ikke er midlertidig og ikke gjenstand for senere endring.¹²² Videre innebærer en adopsjon at barnevernets involvering opphører, selv om barneverntjenesten fortsatt har et generelt ansvar for barnet i henhold til bvl. § 1-1, som for alle andre barn.¹²³

4.5.2 Historisk tilbakeblikk

Dagens rettstilstand kan belyses nærmere ved å se på utviklingen som har vært i praksis. På 1990-tallet, før *Johansen v. Norway*, var praksisen at fylkesnemnda fratok foreldreansvaret samtidig med omsorgsovertakelsen, med den begrunnelse at plasseringen skjedde med sikte på adopsjon. Det kunne likevel gå flere år før adopsjon ble gjennomført, eventuelt ble den

¹²⁰ Inst.O.nr.80 (1991-1992) punkt 2.

¹²¹ Bendiksen og Haugli (2015) s. 232.

¹²² Bendiksen og Haugli (2015) s. 239.

¹²³ Lena R. L. Bendiksen, "Adopsjon som barnevernstiltak – hva nå?" i *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernfaglige spørsmål*, nr. 3 2007, s. 211-225 (s. 211).

aldri gjennomført. Dette var klart en uheldig løsning for barnet.¹²⁴ At staten ble dømt i *Johansen v. Norway* kan tas til inntekt for at denne praksisen ikke var i overensstemmelse med EMK-retten på området. Adopsjon som barnevernstiltak ble lite benyttet i en periode etter midten av 1990-tallet og Adopsjonslovutvalget kom til at nedgangen dels var knyttet til *Johansen v. Norway*.¹²⁵

4.5.3 Vilkårene for adopsjon

Det er som nevnt over et vilkår etter bvl. § 4-20 annet ledd for at fylkesnemnda skal kunne samtykke til adopsjon, at foreldrene er fratatt foreldreansvaret. Bestemmelsens tredje ledd bokstav a til d oppstiller ytterligere vilkår for at adopsjon skal kunne benyttes som et barnevernstiltak. Bokstav d henviser til vilkårene i adopsjonsloven og angir at disse må være oppfylt. Dette vilkåret byr sjelden på problemer og vil derfor ikke drøftes nærmere.

Bokstav a

Bokstav a oppstiller som krav at “det må regnes som sannsynlig at foreldrene varig ikke vil kunne gi barnet forsvarlig omsorg”, eller at ”barnet har fått slik tilknytning til mennesker og miljø der det er, at det etter en samlet vurdering kan føre til alvorlige problemer for barnet om det blir flyttet.” Bestemmelsen oppstiller dermed to ulike alternativer som kan utgjøre grunnlaget for adopsjon, nemlig foreldrenes utilstrekkelige omsorgsevne og tilknytningen barnet har til fosterhjemmet. Vilkaene har nær sammenheng med kriteriene for oppheving av omsorgsovertakelser i bvl. § 4-21,¹²⁶ og det vises til punkt 4.3.2 for gjennomgang av vilkårenes innhold.

Den manglende omsorgsevne må være ”varig”. Verken lov eller forarbeider sier noe om hvilket tidsperspektiv som skal legges til grunn. I høyesterettspraksis er det lagt til grunn at både ”mange år frem i tiden” og ”overskuelig fremtid” oppfyller lovens krav.¹²⁷

Bestemmelsens to beviskrav, ”regnes som sannsynlig” og ”kan føre til”, innebærer begge krav om alminnelig sannsynlighetsovervekt. Oppsummert blir det sagt om bokstav a at poenget er å vurdere om det er sannsynlig at barnet skal flytte hjem til foreldrene før det blir myndig.¹²⁸

¹²⁴ NOU 2012:5 s. 131.

¹²⁵ NOU 2014:9 s. 144.

¹²⁶ Bendiksen og Haugli (2015) s. 242.

¹²⁷ Rt. 2007 s. 561, avsnitt 41 og Rt. 2001 s.14 på s. 20.

Bokstav b

Bvl. § 4-20 tredje ledd bokstav b oppstiller som vilkår at adopsjon må være til barnets beste. Prinsippet om hensynet til barnets beste er nedfelt i bvl. § 4-1 og ville derfor kommet til anvendelse uavhengig om det var inntatt i bvl. § 4-20 bokstav b. I teorien er det antatt at prinsippet er nedfelt i bestemmelsen fordi adopsjon er et svært inngripende tiltak.¹²⁹ I følge forarbeidene innebærer prinsippet i denne sammenheng at ”adopsjon må framstå som et bedre alternativ for barnet enn fortsatt fosterhjemsplassering”.¹³⁰

Spørsmålet blir hva som skal til for at en adopsjon er til barnets beste. Vurderingen skal skje konkret, og hvilke individuelle momentene som vektlegges vil variere fra sak til sak. Tilknytningen mellom barnet og biologiske foreldre, tilknytningen mellom barnet og søsken, både biologiske og i fosterhjemmet, og tilknytningen mellom barnet og fosterforeldre, vil ofte være aktuelt å trekke inn. Videre vil særlige forhold hos barnet, for eksempel at det har hatt en ustabil tilværelse de første årene, og barnets egen mening, være relevante argumenter.¹³¹

Det er tidligere også blitt lagt vekt på om det er sannsynlig at en eksisterende kontakt med biologiske foreldre vil bli opprettholdt etter en adopsjon. Etter at bvl. § 4-20 a om besøkskontakt etter adopsjon ble tilføyd i 2010¹³² er det grunn til å tro at fosterforeldres forsikringer om fremtidig kontakt vil bli et mindre relevant argument.¹³³ Jeg kommer tilbake til bvl. § 4-20 a i punkt 4.5.5.

Det er klart at det er anledning til vektlegge individuelle momenter, men spørsmålet er i hvilken grad også generelle momenter kan tillegges vekt i vurderingen. Det generelle momentet som oftest vektlegges, er at adopsjon gir økt trygghet, stabilitet og tilhørighet ettersom adopsjon fjerner tvilen rundt hvor barnet skal vokse opp, i motsetning til langvarige fosterhjemsplasseringer. Blant andre generelle momenter, har det blitt vektlagt at adopsjon vil likestille barnet med andre barn i familien.¹³⁴ Av høyesterettspraksis fremgår det at slike ”generelle erfaringer” må ”veie tungt”.¹³⁵ I NOU 2012:5 fremgår det imidlertid at generelle

¹²⁸ Bendiksen og Haugli (2015) s. 242.

¹²⁹ Ofstad og Skar (2015) s. 205.

¹³⁰ Innst.O.nr.80 (1991-1992) punkt 3.4.

¹³¹ Avsnittet tar utgangspunkt i Bendiksen og Haugli (2015) s. 244-246.

¹³² Lov av 4. juni 2010 nr. 18.

¹³³ Bendiksen og Haugli (2015) s. 245.

¹³⁴ Bendiksen og Haugli (2015) s. 243-245.

¹³⁵ Rt. 2007 s. 561, avsnitt 50.

momenter knyttet til hvilke fordeler og ulemper adopsjon medfører for barn generelt sett ”vil ha en viss betydning”.¹³⁶ Det er usikkert hvor stødige forankring Høyesteretts uttalelse om at generelle erfaringer må ”veie tungt” har i EMK-retten. Høyesterettspraksis på dette området, og den mulige konsekvensen denne har for midlertidigheten ved omsorgsovertakelser, vil drøftes i punkt 4.5.4.

Beviskravet for at adopsjon er til barnets beste er formulert som ”vil være”. Ordlyden kan trekke i retning at det kreves alminnelig sannsynlighetsovervekt. Høyesterett har imidlertid i enkelte tilfeller oppstilt det som krav at adopsjon med ”relativ stor sikkerhet”¹³⁷ må kunne sies å være det beste for barna, mens Høyesterett i andre tilfeller¹³⁸ ikke drøfter hva vilkåret ”vil være” ytterligere innebærer, noe som kan skaper usikkerhet om hva som er dagens rettstilstand.¹³⁹

Bokstav c

Bvl. § 4-20 tredje ledd bokstav c oppstiller som krav for adopsjonssamtykke, at adoptivsøkerne må ha vært fosterforeldre for barnet og ha vist seg skikket til å oppdra barnet som sitt eget.

Hva som ligger i å ”oppdra barnet som sitt eget” er ikke klart ut ifra lovteksten eller forarbeider. Vilkåret innebærer imidlertid sjelden tvil i praksis,¹⁴⁰ og det skal derfor ikke drøftes ytterligere her.

Loven angir ikke hvor lenge adoptivsøkerne skal ha vært fosterforeldre. Helt kortvarige opphold vil nok ikke innfri kravet, men det går som regel tilstrekkelig lang tid før en slik sak er klar til vurdering, til at vilkåret ikke har bydd på særlig tvil.¹⁴¹

I NOU 2012:5 foreslo utvalget at det for spedbarn fra null til 18 måneder tas stilling til adopsjon ikke senere enn ett år etter fosterhjems plassering, og at det for små barn mellom 18

¹³⁶ NOU 2012:5 s. 124.

¹³⁷ Se Rt. 1997 s. 534 og Rt. 2001 s. 14.

¹³⁸ Se Rt. 2007 s. 561, Rt. 2015 s. 110 og Rt. 2015 s. 1107 (sistnevnte henviser til tolkningen i Rt. 1997 s. 534 og Rt. 2001 s. 14, uten å kommentere vilkåret nærmere).

¹³⁹ Bendiksen og Haugli (2015) s. 246.

¹⁴⁰ Se eksempelvis Rt. 2001 s. 14 eller Rt. 2007 s. 561.

¹⁴¹ Bendiksen og Haugli (2015) s. 247.

måneder til fire år tas stilling til adopsjon senest innen to år etter fosterhjems plassering.¹⁴² Det ble også foreslått at det skulle avklares med fosterforeldrene på forhånd om de var villige til å adoptere barnet, dersom omsorgstiltak ble resultatet av saken. Disse forslagene er hittil ikke blitt fulgt opp.¹⁴³ Utvalget i NOU 2016:16 viser til forslaget uten å kommentere det nærmere, og avslutter med foreslå en videreføring av gjeldende rett.¹⁴⁴

Det er usikkert hva gjennomføringen av et slikt forslag ville ha hatt å si for midlertidighet ved omsorgsovertakelser, delvis fordi forslaget ikke er særlig utfyllende forklart av utvalget i 2012. Men ettersom det er kjent at spedbarn og små barn lett knytter seg til omsorgspersonene de har rundt seg, vil trolig mange vurderinger om samtykke til adopsjon på et tidlig tidspunkt kunne slå fast at tilknytningen mellom barnet og fosterforeldrene er så sterk at det oppfyller vilkåret i bokstav a og, i forlengelsen det, være til barnets beste å bli adoptert. Dersom spørsmålet om adopsjon ikke tas opp, kan det alltid være en mulighet for senere tilbakeføring. I dette henseende, i samsvar med oppgavens begrepsbruk redegjort for i punkt 1.3, ville en gjennomføring av forslaget kunne føre til mer langvarige plassering av barnet.

”Kan”

Dersom de øvrige vilkårene er til stede ”kan” adopsjonssamtykke gis. Ordlyden legger opp til en skjønnsutøvelse fra rettsanvenderens side, og spørsmålet blir hva som skal inngå i denne skjønnsutøvelsen. Ellers i skjønsmessige vurderinger etter barnevernloven vil man se den aktuelle bestemmelsen i lys av bvl. § 4-1 og hva som er barnets beste. Hensynet til barnets beste er imidlertid allerede et vilkår etter bvl. § 4-20 tredje ledd bokstav b. For å gi vilkåret selvstendig betydning har Høyesterett innfortolket et krav om ”sterke grunner” i ”kan”-vilkåret.¹⁴⁵ Praksis viser likevel at vurderingen av ”sterke grunner” trekkes i vurderingen av om det med tilstrekkelig sikkerhet kan sies at adopsjon er til barnets beste, etter bokstav b.¹⁴⁶ Overgangen mellom vurderingene er derfor glidende, og vilkåret kan sies å ha liten selvstendig betydning.

4.5.4 I hvilken utstrekning åpner bvl. § 4-20 andre og tredje ledd for mer varige omsorgsovertakelser?

¹⁴² NOU 2012:5 s. 133.

¹⁴³ Bendiksen og Haugli (2015) s. 247, i fotnote 537.

¹⁴⁴ NOU 2016:16 s. 161.

¹⁴⁵ Bendiksen og Haugli (2015) s. 248.

¹⁴⁶ Bendiksen og Haugli (2015) s. 249.

Innledning

Det er klart at en adgang til adopsjon vil føre til at det som en gang var en mer eller mindre midlertidig omsorgsovertakelse, blir varig. Alternativet kan allikevel være at barnet forblir fosterhjemsplassert over lenger tid, slik at det egentlig ikke medfører en forskjell hva gjelder omsorgsovertakelsens varighet. Men ettersom en adopsjon medfører at omsorgsovertakelsen mister all preg av midlertidighet, fører adopsjon til mer varige omsorgsplasseringer i denne oppgavens bruk av begrepet.

Det er imidlertid åpenbart at man må ha en bestemmelse som åpner for adopsjon i visse tilfeller. Det vil i det følgende fokuseres på enkelte eksempler fra rettspraksis og vektleggingen av ulike hensyn i EMD og Høyesterett, og ikke selve lovens adgangen til å treffe vedtak om adopsjonssamtykke. Jeg vil særlig ta for meg dommen inntatt i Rt. 2007 s. 561, som ble behandlet i EMD i *Aune v. Norway*.¹⁴⁷ Saken omhandlet en 9 år gammel gutt som hadde bodd store deler av livet i fosterhjem. Da han var fem måneder gammel ble han lagt inn på sykehuset med hjerneblødning etter han var utsatt for mishandling, og hadde siden vært under barnevernets omsorg. Høyesterett måtte ta stilling til om det var grunnlag for fratakelse av foreldreansvaret og å gi samtykke til adopsjon, og kom til at vilkårene var oppfylt. EMD kom til at Høyesteretts avgjørelse ikke innebar brudd på artikkel 8.

Ekstraordinære omstendigheter

I denne dommen omtaler Høyesterett kravet om ”exceptional circumstances”¹⁴⁸ og uttaler at det kan ”reises tvil om et slikt krav følger av EMD-praksis”. Førstvoterende fortsetter med å si at det er ”uklart hva kravet nærmere skulle innebære; langvarige fosterhjemsplasseringer vil gjerne forekomme nettopp når barnet er i en situasjon som man ellers vil betegne som ekstraordinær. Etter min mening kan det neppe utledes mer av EMDs praksis enn at adopsjon krever særlig tungtveiende grunner”.¹⁴⁹ Det vises til en sak¹⁵⁰ med et svært ulikt faktum enn saken som lå for Høyesterett. Man kan stille seg undrende til om det er grunnlag for å bortfortolke kravet oppstilt av EMD, slik Høyesterett nesten gjør.

¹⁴⁷ *Aune v. Norway* 28. oktober 2010.

¹⁴⁸ Se oppgavens punkt 3.4.

¹⁴⁹ Rt. 2007 s. 561, avsnitt 51.

¹⁵⁰ Avvisningsavgjørelsen *Johansen v. Norway* 10. oktober 2002.

I teorien har det vært tatt opp at vurderingen skal gå ut på om det er en ekstraordinær situasjon som tilsier at et barn heller skal bli adoptert enn å være fosterhjemsplassert. Det vil derfor ikke være nok å si at alle barn i langvarig fosterhjemsplassing er i en slik ekstraordinær situasjon som fordrer en adopsjon.¹⁵¹ Når langvarige fosterhjemsplassinger likestilles med slike ekstraordinære tilfeller EMD-praksis oppstiller som krav, kan det etter min mening virke usikkert om Høyesterett har en rett forståelse av EMK-retten på området.

I EMDs behandling¹⁵² av den nevnte høyesterettssaken ble det drøftet om det var tale om en ekstraordinær situasjon, noe som tilsier at EMD ikke mener at en langvarig fosterhjemsplassing automatisk oppfyller dette kravet. Å bortfortolke dette vilkåret kan medføre at norsk rett åpner for adopsjon i tilfeller der EMK-retten ikke tillater det, nettopp fordi man ikke foretar en konkret vurdering av om situasjonen er ekstraordinær.

Generelle momenter

I EMD hevdet klager at det i Høyesteretts behandling av saken i stor grad ble lagt vekt på generelle vurderinger fra sakkyndige, i stedet for å fokusere på guttens spesifikke situasjon. Studerer man dommen ser man imidlertid at Høyesterett også går inn konkrete forhold ved barnet, dog etter å ha redegjort for den generelle kunnskapen om fordelene ved adopsjon. EMD tok ikke stilling til påstanden om at generelle erfaringer må ”veie tungt”,¹⁵³ men EMDs egen behandling av saken er en konkret og spesifikk vurdering basert på hvor guttens tilknytning er, omfanget av kontakt med moren, og guttens egne ønsker, uten å vektlegge generelle erfaringssetninger.¹⁵⁴

Det generelle erfaringen som det har blitt vist til i norsk rettspraksis har fokusert på fordelene ved adopsjon sammenlignet med fosterhjemsplassing. Dette klart at en vektlegging av dette vil kunne øke andelen av argumenter som taler for adopsjon, og kan i visse tilfelle utgjøre tungen på vektskålen. Det må antas å kunne innebære en praksis som medfører større bruk av adopsjon, og da legger til rette for mer langvarige omsorgsovertakelser. En slik praksis samsvarer ikke nødvendigvis med kravene oppstilt i EMD.

¹⁵¹ Bendiksen (2007) s. 219.

¹⁵² Aune v. Norway 28. oktober 2010.

¹⁵³ Rt. 2007 s. 561, avsnitt 50.

¹⁵⁴ Aune v. Norway 28. oktober 2010, avsnitt 60-85.

Nyere utvikling - dommer fra 2015

De to siste dommene om adopsjon kom begge i 2015. I dommen inntatt i Rt. 2015 s. 110 kom Høyesterett til at adopsjonssamtykke kunne gis. Den gikk ikke like langt med å likestille enhver fosterhjems plassering med ekstraordinær situasjon som i 2007-dommen, men drøfter heller ikke vilkåret særskilt. Videre vises det til den generelle kunnskapen om fordelene ved adopsjon og at dette må veie tungt, med henvisning til dommen fra 2007, men retten går så inn på en konkret vurdering.¹⁵⁵ Høyesterett foretar således en liten vending fra 2007-dommen.

I dommen inntatt i Rt. 2015 s. 1107 kom man retten til at ”barnet ikke har mye å tape på at adopsjonsspørsmålet utsettes til barnets behov og relasjon til sin biologiske far er nærmere avklart”, og at adopsjon dermed ikke var til barnets beste. Man ser dermed klart at vurderingen skal gå ut på om det er bedre for barnet å blir adoptert enn fortsatt fosterhjems plassert, noe som ikke har kommet så tydelig frem i tidligere dommer. I dommen lar Høyesterett de konkrete forholdene veie tungt, og drøfter liten grad den generelle kunnskapen om fordelene ved adopsjon, selv om dette vises til. Dommen tar et enda lenger steg i retningen vekk fra 2007-dommen. Denne mer restriktive holdningen til å samtykke til adopsjon synes å være mer i tråd med EMDs krav til å vise tilbakeholdenhet ved fravikelse av gjenforeningsmålet.

4.5.5 Besøkskontakt etter adopsjon og utvikling

En adopsjon innebærer som nevnt at alle rettslige bånd mellom barnet og de biologiske foreldrene blir brutt, og foreldrene mister retten til samvær etter bvl. § 4-19. I dommen inntatt i Rt. 1997 s. 534 kom Høyesterett med en oppfordring til lovgiver om at det burde åpnes for en rett til samvær mellom barn og biologiske foreldre også etter adopsjon. Tanken var at fordelene ved adopsjon da ikke måtte avveies mot fordelene ved fortsatt rett til samvær med biologiske foreldre.

Bvl. § 4-20 a ble tilføyd i 2010 og åpner for at de biologiske foreldrene kan gis rett til en begrenset besøkskontakt også etter adopsjon. I NOU 2012:5 uttales det at det er ”grunn til å tro at bestemmelsen vil lede til økt bruk av adopsjon som barnevernstiltak”.¹⁵⁶ Dette ønsket var i tråd med et allerede uttalt mål fra Barne- og likestillingsdepartementet. Etter nedgangen

¹⁵⁵ Rt. 2015 s. 110, avsnitt 63-65.

¹⁵⁶ NOU 2012:5 s. 130.

som hadde vært i antall adopsjoner av fosterbarn på midten av 1990-tallet og utover, la Barne- og likestillingsdepartementet i Ot. Prp. Nr. 69 (2008-2009) til grunn at det var ”nødvendig å justere praksis i kommunene når det gjelder å fremme saker om samtykke til adopsjon av barn etter bvl. § 4-20 for fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker”.¹⁵⁷ I proposisjonen vises det til at tallene for adopsjon av fosterbarn var 23 i 2006 og 27 i 2007.¹⁵⁸ Det ble imidlertid pekt på at tallet var stigende, og at det dermed ikke var behov for endring av vilkårene for adopsjon.

I 2015 ble 54 fosterbarn adoptert¹⁵⁹, og det har dermed vært økning, slik Barne- og likestillingsdepartementet ønsket. Høyesterett legger til grunn i dommen inntatt i Rt. 2015 s. 110 at bvl. § 4-20 a ikke innebar at terskelen for adopsjon var senket. Det uttales imidlertid at “besøkskontakt vil i noen saker innebære at hensynene mot adopsjon ikke har samme tyngde”.¹⁶⁰

Det er imidlertid vanskelig å forstå hvordan terskelen for adopsjon ikke er senket dersom hensynene som taler mot adopsjon, ikke lenger har samme tyngde i møte med hensyn som taler for adopsjon. Dette særlig sett i sammenheng med Barne- og likestillingsdepartementets ønske om at bruken av adopsjon som barnevernstiltak skulle øke. I tråd med dette ønsket, og den økningen vi allerede har sett, er det grunn til å tro at lovendringen vil bidra til økt bruk av adopsjon som barneverntiltak og dermed føre til mer varighet ved omsorgsovertakelser, slik det forstås i denne oppgaven.

¹⁵⁷ Ot.prp.nr.69 (2008-2009) s. 35.

¹⁵⁸ Ot.prp.nr.69 (2008-2009) s. 28.

¹⁵⁹ Se SSBs nettsider: <https://www.ssb.no/befolkning/statistikker/adopsjon/aar/2016-06-02>, lest 20.09.16.

¹⁶⁰ Rt. 2015 s. 110, avsnitt 57.

5 Rettspolitisk vurdering og avsluttende bemerkninger

5.1 Innledning

Jeg har gjennom oppgaven drøftet i hvilken grad de norske lovbestemmelsene ivaretar EMK-rettens prinsipp om midlertidighet. Som drøftelsene mine viser, er det på enkelte områder ikke uten videre klart at norsk barnevernrett legger til rette for at omsorgsovertakelser forblir så midlertidige som mulig, i like stor grad som EMK-retten ser ut til å kreve. På andre områder viser drøftelsene mine at reglene og anvendelsen av disse relativt lik. Lovgiver har også ved flere anledninger vært våre folkerettslige forpliktelser bevisst og ikke fulgt opp forslag om lovendringer som ville kunne føre til mer langvarige omsorgsovertakelser, og derfor komme i konflikt med EMK artikkel 8.

Jeg skal i det følgende foreta en vurdering av om norske barnevernlovgivning og praktiseringen av denne, ivaretar hensynet til barnets beste.

5.2 Foreldre- eller barnrettigheter?

Som gjennomgått over er EMD svært restriktiv med å fravike gjenforeningsmålet, særlig der adopsjon ikke er aktuelt, men også der gjenforeningsmålet oppgis for å tilrettelegge for adopsjon. Og hvis det fravikes må det først skje etter det er gått lang tid, ettersom man må vurdere utviklingen både hos barnet og foreldrene. Hvor lenge skal man imidlertid ”se an” situasjonen, uten at det går på bekostning av barnets beste?

Når et barn blir tatt ut av hjemmet på grunn av omsorgssvikt, vil tiden foreldrene får til å bedre sin omsorgsevne ofte gå utover barnets behov for en endelig avgjørelse om egen omsorgssituasjon. Selv om barnet i visse tilfeller ønsker seg tilbake til sine foreldre, har de et

behov for stabilitet og avklaring for fremtiden. Det kan anses som en lite heldig løsning for barnet at spørsmålet må holdes åpent i lang tid.¹⁶¹

Og når det har gått tilstrekkelig lang tid, og avgjørelsen skal tas, hvilke hensyn bør da tillegges mest vekt? Har et barn først bodd lenge hos en fosterfamilie, vil som nevnt ofte det mildeste inngrep for barnet være å la det bli der det er.¹⁶² Hensynet til barnets beste vil da ofte trekke i samme retning.

Dette er særlig aktuelt for de minste barna.¹⁶³ Om barn i spedbarnsalderen (cirka de to første leveårene) fremgår det i NOU 2012:5 at dersom de “blir flyttet og er hos fosterforeldre i cirka seks måneder og lenger, vil barnets hovedtilknytning være til fosterforeldrene, selv om det har fast og hyppig samvær med foreldrene.” Tilbakeføring vil da representere en belastning for barnet.¹⁶⁴

Studier fra 90-tallet viser at for barn i barnevernstiltak i Norge bidrar hvert års varighet av tiltaket til at sannsynligheten for tilbakeføring reduseres.¹⁶⁵ Man kan spørre seg om når man bør begynne tilretteleggingen for et nytt og trygt oppvekstmiljø for barnet, i stedet for å tillate lang tid i en slags limbotilstand der man forsøker å oppnå tilbakeføring. Førstnevnte situasjon må antas å bidra til å ivareta barnets beste, dersom motstykket er en langvarig fosterhjems plassering preget av usikkerhet omkring omsorgssituasjonen. Forslagene som har vært opp i norsk rett, som dog ikke har fått gjennomslag, om tidsfrister for å vurdere adopsjon, er tiltak som kunne bidratt til slik tilrettelegging.

I Norge er det en uttalt målsetning at adopsjon skal benyttes oftere som barnevernstiltak. Adopsjon må sies å utgjøre det største bruddet med EMDs gjenforeningsmål, ettersom vedtaket endelig bryter alle bånd mellom barn og foreldre, og således også EMK-rettens prinsipp om midlertidighet. Det foreligger mange studier som sammenligner adoptivstatus og fosterhjemstatus og konkluderer med at barn som blir adoptert har en bedre utvikling enn barn som er varig fosterhjems plassert.¹⁶⁶ Man antar at det er fordi adoptivbarn har både juridisk og

¹⁶¹ Bendiksen (2008) s. 153.

¹⁶² Sandberg (2003) s. 428.

¹⁶³ NOU 2012:2 s. 118.

¹⁶⁴ NOU 2012:5 s. 120.

¹⁶⁵ Lars B. Kristofersen, ”Barn og unge i fosterhjem og institusjon i 1990-årene: Hvorfor avsluttes tiltakene?” i *Barn utenfor hjemmet. Flytting i barnevernets regi*, Oslo 2003, s. 222-239 (s. 231).

¹⁶⁶ NOU 2012:5 s. 129.

psykologisk absolutt tilhørighet, og ikke står i fare for å bli flyttet. De vet derfor at de er fullverdig medlem av sin familie.¹⁶⁷ Det er derfor gode argumenter som trekker i retning av at en økt bruk av adopsjon som barnevernstiltak vil være til barnets beste. Og som vist til, har vi sett en tendens til å vektlegge slike gode argumenter og generelle erfaringer i norsk rettspraksis i den konkrete vurderingen av om et barn bør forbli fosterhjemsplassert eller bli adoptert. Det er på dette området norsk rett i størst grad skiller seg fra EMK-retten når det gjelder å legge til rette for midlertidige omsorgsovertakelser, i en retning som jeg mener ivaretar hensynet til barnets beste.

Selv om vektleggingen av generelle erfaringer kan utgjøre en styrke i norsk rett, er det viktig at dette kommer i tillegg til, og ikke går på bekostning av, den individuelle vurderingen av det konkrete barnets behov. Dette vil alltid være sentralt for å ivareta hensynet til barnets beste. Og som nevnt i punkt 4.5.4 er dette tatt med i høyesterettsdommene det der er vist til.

Inntrykket er at EMK-retten har en mer foreldrefokusert tilnærming enn det norsk rett har. Dette underbygges i teorien der det har blitt skrevet at ”EMK har hatt større fokus på foreldrettigheter enn for barnerettigheter”¹⁶⁸ og at ”hensynet til biologiske foreldre synes å ha har noe større gjennomslagskraft” sammenlignet med norsk rett.¹⁶⁹ Satt på spissen vil en rettstilstand der hensynet til foreldres interesser tillegges mer vekt enn hensynet til barnet klart ikke ivareta barnets beste. Man kan imidlertid ikke gå så langt som å si at man i EMK-retten gjør dette. Jeg vil likevel driste meg til å si at hensynet til foreldrenes interesser får mer vekt i EMD enn i norske domstoler. Basert på mine drøftelser vil jeg derfor konkludere med at norsk barnevernlovgivnings løsning hva gjelder varighet ved omsorgsovertakelser, ivaretar hensynet til barnets beste.

Det kan være verdt å merke seg at EMK-retten kan synes å være i endring, i den forstand at det ser ut som den nærmer seg norsk rett. Som nevnt i punkt 3.5 har EMD beveget seg i en retning der de omtaler hensynet til barnets beste som ”the paramount consideration” og at det “must come before all other considerations”. NOU 2016:16 underbygger dette synet, der det uttales at ”EMD har lenge beveget seg i retning av å gjøre barnets beste mer og mer

¹⁶⁷ NOU 2012:5 s. 130.

¹⁶⁸ Bendiksen og Haugli (2015) s. 45.

¹⁶⁹ Mary-Ann Hedlund, ”EMK artikkel 8 og forholdet til barn – noen utvalgte temaer” i *Barnerett – i et internasjonalt perspektiv*, s. 35-71 (s. 55).

fremtredende.”¹⁷⁰ Det er derfor mulig at det som kan virke som et eventuelt gap mellom norsk rett og EMK-retten vil kunne minskes gjennom utviklingen som foregår i EMD.

5.3 Oppsummering og avsluttende bemerkninger

Den rettspolitiske vurderingen viser at de norske reglene, selv om det foreligger argumenter som taler for at de ikke alltid ivaretar EMK-rettens prinsipp om midlertidighet, legger til rette for avgjørelser som ivaretar hensynet til barnets beste.

”EMD (...) har besluttet å sette det norske barnevernet under lupen” skriver regjeringsadvokat Marius Emberland i juniutgaven i 2016 av *Lov og Rett*.¹⁷¹ Han viser til at EMD har besluttet å prøve fem saker fra Norge på barnevernsområdet. I høst ble to nye saker lagt til denne listen.¹⁷²

Når avgjørelsene kommer i sakene som nå kommuniseres mot Norge, vil man ha et enda bedre grunnlag for å kunne si mer om den norske rettstilstanden, og om dens overenstemmelse med EMK-retten. Samtidig fortsetter det nasjonale arbeidet med en ny barnevernlov. Barnevernretten er derfor i stadig utvikling og det blir derfor spennende å følge med på hvordan reglene i fremtiden vil ivareta sikkerhet og gode oppvekstvilkårene for barn.

¹⁷⁰ NOU 2016:16 s. 47.

¹⁷¹ Marius Emberland, ”Det norske barnevernet under lupen” i *Lov og Rett* nr.6 2016, s. 329-330 (s. 329)

¹⁷² <http://www.dagbladet.no/nyheter/storoffensiv-mot-norge-menneskerettsdomstolen-skal-granske-sju-norske-barnevernsaker/63609781>, lest 02.11.16.

Kildeliste

Norsk lov

Grunnloven Lov 17. mai 1814, Kongeriket Norges grunnlov (Grunnloven).

bvl. Lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester (barnevernloven).

Lov av 19. juni 2009 nr. 45 (endringslov til barnevernloven).

Lov av 4. juni 2010 nr. 18 (endringslov til adopsjonsloven og barnevernloven).

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

Lov 1. august 2003 nr. 86 om endringer i menneskerettsloven mv. (innarbeiding av barnekonvensjonen i norsk lov).

Internasjonale rettskilder

EMK Den europeiske menneskerettskonvensjon av 4. november 1950

Barnekonvensjonen FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989

Norske offentlige dokumenter

Innst.O.nr.80 (1991-1992) Innstilling fra forbruker- og administrasjonskomiteen om lov om barneverntjenester (barnevernloven)

Innst.186 S (2013-2014) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag ... om grunnlovsfesting av sivile og politiske menneskerettigheter

NOU 1985:18 Lov om sosialtjenester

NOU 2005:9 Ressursbruk og rettssikkerhet i fylkesnemndene for sosiale saker

NOU 2012:5 Bedre beskyttelse av barn

NOU 2014:9	Ny adopsjonslov
NOU 2016:16	Ny barnevernlov
Ot.prp.nr.44 (1991-1992)	Om lov om barnevernstjenester
Ot.prp.nr.76 (2005-2006)	Om lov om endringer i barnevernloven og sosialtjenesteloven
Ot.prp.nr.69 (2008-2009)	Om lov om endringer i barnevernloven

Rettspraksis

Høyesterett

Rt. 1996 s. 1684
Rt. 1997 s. 534
Rt. 2001 s. 14
Rt. 2004 s. 999
Rt. 2004 s. 1683
Rt. 2007 s. 561
Rt. 2015 s. 110
Rt. 2015 s. 1107

Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD)

Olsson v. Sweden 24. mars 1988
Eriksson v. Sweden 22. juni 1989
Rieme v. Sweden 22. april 1992
Johansen v. Norway 7. august 1996
E.P. v. Italy 16. november 1999
Gnahoré v. France 19. september 2000
K & T v. Finland 12. juli 2001
P., C. & S. v. The United Kingdom 16. juli 2002
Johansen v. Norway 10. oktober 2002 (Avvisningsavgjørelse)
Yousef v. Netherlands 5. november 2002
KA. v. Finland 14. april 2003
Haase v. Germany 8. juli 2004
Aune v. Norway 28. oktober 2010

Litteratur

Bendiksen (2007)	Bendiksen, Lena R.L, ”Adopsjon som barnevernstiltak – hva nå?” i <i>Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernfaglige spørsmål</i> , nr. 3 2007, s. 211-225.
Bendiksen (2008)	Bendiksen, Lena R. L., <i>Barn i langvarige fosterhjemsplasseringer – foreldreansvar og adopsjon</i> , (Bergen 2008).
Bendiksen og Haugli (2014)	Bendiksen, Lena R. L og Trude Haugli, <i>Sentral emner i barnetretten</i> , (Oslo 2014).

- Bendiksen og Haugli (2015) Bendiksen, Lena R. L og Trude Haugli, *Sentral emner i barneretten*, 2. utgave (Oslo 2015).
- Emberland (2016) Emberland, Marius, ”Det norske barnevernet under lupen” i *Lov og Rett* nr. 6 2016, s. 329-330.
- Hedlund (2008) Hedlund, May-Ann, ”EMK artikkel 8 og forholdet til barn – noen utvalgte temaer” i *Barnerett – i et internasjonalt perspektiv*, (Oslo 2008) s. 35-71.
- Hovden og Kokkersvold (1998) Hovden, Atle Odd og Else Kokkersvold, *Tiltak i barnevernet? Lovkommentar i et barnevernfaglig perspektiv* (Oslo 1998).
- Kristofersen (2003) Kristofersen, Lars B., ”Barn og unge i fosterhjem og institusjon i 1990-årene: Hvorfor avsluttes tiltakene?” *Barn utenfor hjemmet. Flytting i barnevernets regi* (red.: Backe-Hansen, Elisabeth) (Oslo 2003) s. 222-239.
- Lindboe (2007) Lindboe, Knut, ”Om beviskravet i barnevernssaker” i *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, nr. 3 2007 s. 177-185.
- Lindboe (2012) Lindboe, Knut, *Barnevernrett*, 6. utgave (Oslo 2012).
- Ofstad og Skar (2015) Ofstad, Kari og Randi Skar, *Barnevernloven med kommentarer*, 6. utgave (Oslo 2015).
- Sandberg (2003) Sandberg, Kristin, *Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse* (Oslo 2003).
- Aall (2011) Aall, Jørgen, *Rettstat og menneskerettigheter*, 3. utgave (Bergen 2011).

Nettsider

- Statistisk sentralbyrå sine nettsider: www.ssb.no
- FN sine nettsider: www.un.org/www.ohchr.org/www.refworld.org
- Regjeringen sine nettsider: www.regjeringen.no
- Dagbladet sine nettsider: www.db.no
- TV2 sine hjemmesider: www.tv2.no