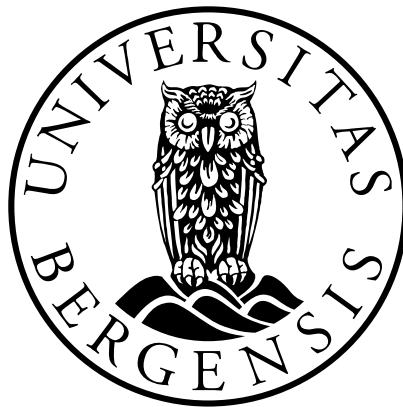


Hvordan hensynet til barnets beste får betydning ved opphevelse av omsorgsvedtak etter barnevernloven § 4-21

Kandidatnummer: 148

Antall ord: 14 771



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN
10.05.2019

Innholdsfortegnelse

1. Bakgrunn for oppgaven.....	3
1.1 Tema og problemstilling.....	3
1.2 Aktualitet.....	3
1.3 Avgrensninger.....	4
1.4 Metode og kildebruk.....	5
Del1	
2. Hensynet til barnets beste.....	7
2.1 Generelt.....	7
2.2 Forskjellen på hensyn og prinsipper i rettsanvendelsen.....	7
2.3 Hensynets forankring i nasjonal rett.....	8
2.3.1 Barnets beste i Grunnloven.....	8
2.3.2 Barnets beste i barnevernloven.....	9
2.4 Hensynets rettslige funksjoner.....	10
2.4.1 Barnets beste som hensyn bak loven.....	10
2.4.1.1 Barnets beste som hensyn på individnivå.....	10
2.4.1.2 Barnets beste som hensyn på gruppenivå.....	11
2.4.2 Barnets beste som lovbestemt vilkår.....	12
2.4.3 Barnets beste som reelt hensyn.....	12
2.4.4 Barnets beste som hensyn i skjønnsutøvelsen.....	13
2.4.4.1 Hensynets betydning i skjønnsutøvelsen.....	13
2.4.4.2 Forholdet til andre hensyn.....	14
2.4.5 Innholdet av barnets beste i barnevernloven § 4-1.....	15
2.5 Barnets beste etter EMK og FNs barnekonvensjon.....	16
2.5.1 FNs barnekonvensjon art. 3 nr. 1.....	16
2.5.2 EMK art. 8 og EMDs praksis.....	18
2.5.2.1 Nærmere om barnets beste etter EMK art. 8.....	19
3. Det biologiske prinsipp.....	21
3.1 Generelt.....	21
3.2 Den historiske utviklingen av det biologiske prinsipp.....	22
3.3 Det biologiske prinsippets betydning i skjønnsutøvelsen.....	23
4. Bvl. § 4-21 om opphevelse av omsorgsvedtak.....	24
4.1 Barnevernloven og vegen frem til opphevelse av omsorgsvedtak.....	24
4.2 Den historiske utviklingen av tilbakeføring.....	25
4.3 Vilkårene for å oppheve omsorgsvedtak i bvl. § 4-21.....	26
4.3.1 Vilkårene i bvl. § 4-21 første ledd, første punktum.....	26
4.3.2 Vilkårene i bvl. § 4-21 første ledd, andre punktum.....	28
Del2	
5. Betydningen av hensynet til barnets beste i vurderingene etter bvl. § 4-21.....	32
5.1 Overordnet.....	32
5.2 Barnets beste som en selvstendig rolle i vurderingen etter bvl. § 4-21 første ledd, første punktum.....	33

5.3 Rettspraksis.....	34
5.3.1 Usikkerhet rundt videre plassering.....	34
5.3.2 Barnets eget ønske.....	37
5.3.3 Barnets lojalitetskonflikt.....	39
6. Sluttvurdering.....	41
7. Litteraturliste.....	44

1. Bakgrunn for oppgaven

1.1 Tema og problemstilling

Temaet for denne oppgaven er hensynet til barnets beste i barnevernretten. Barnets¹ beste er et overordnet hensyn, og sentralt i alle beslutninger som gjelder barn. Hensynet innebærer at man skal velge den løsningen som best tjener barnets interesser i den aktuelle situasjonen.

Oppgavens problemstilling er «Hvordan hensynet til barnets beste får betydning ved opphevelse av omsorgsvedtak etter barnevernloven § 4-21». Ved opphevelse av omsorgsvedtak blir barnet etter en omsorgsovertakelse tilbakeført til sine biologiske foreldre. Det skal undersøkes hvilken betydning hensynet til barnets beste har ved spørsmål om slik tilbakeføring.

Oppgaven er delt i to, hvor del 1 legger grunnlaget for del 2. I del 1 vil det først redegjøres for hensynet til barnets beste. Hensynets forankring i norsk og internasjonal rett, dets rettslige funksjoner og innhold vil gjennomgås. Deretter vil det biologiske prinsipp bli presentert. Dette prinsippet er en sentral del av barnets beste, men kan også stå i motsetning til dette hensynet. Det vil bli redegjort for prinsippets rettslige forankring, funksjon og innhold. Avslutningsvis i del 1 vil bestemmelsen i lov om barneverntjenester av 17. juli 1992 nr. 100 (barnevernloven, heretter bvl.) § 4-21 om opphevelse av omsorgsvedtak bli gjennomgått. Det vil kort bli redegjort for barnevernmyndighetenes vei frem til et slikt vedtak oppheves, før de materielle vilkårene blir presentert.

I del 2 vil oppgavens problemstilling besvares. Det vil først redegjøres for hensynet til barnets bestes betydning i bvl. § 4-21 på det generelle plan. Deretter vil det tas stilling til et konkret tolkningsspørsmål knyttet til bvl. § 4-21 første ledd, første punktum, hvor det undersøkes om barnets beste får en selvstendig betydning i vurderingen av om tilbakeføring skal skje.

1.2 Aktualitet

Barneverntjenesten må i noen tilfeller overta omsorgen for et barn mot foreldrenes vilje. Dette gjelder når barnevernet oppfatter situasjonen i hjemmet som vanskelig, skadelig eller uholdbar. På barne-, ungdoms- og familiedirektoratets nettsider er det presisert at

¹ Som barn regnes personer under 18 år. Se barnevernloven § 1-3, første ledd.

barneverntjenesten i 2017 hadde omsorgen for 9379 barn i alderen 0-17 år i Norge.² Dette tilsier at vedtak om omsorgsovertakelse besluttes med jevne mellomrom, og at mange barn berøres ved at det foretas inngrep i deres familieliv.

Etter at barnet har vært under barnevernets omsorg i kortere eller lengre perioder, kan det oppstå spørsmål om vedtaket om omsorgsovertakelse skal oppheves og barnet tilbakeføres til de biologiske foreldrene. Barnet kan i slike tilfeller ha knyttet seg sterkt til sin nye fosterfamilie, og brudd med den kan oppleves dramatisk. På den andre siden er utgangspunktet i vårt samfunn at foreldre oppdrar sine egne barn. Det har stor egenverdi for barn å vokse opp hos sine biologiske foreldre, selv om det foreligger visse mangler i hjemmet. Ved spørsmål om et omsorgsvedtak skal oppheves, kan det oppstå spenninger som beskrevet. I motsetning til voksne er ikke barn fullt utviklet til å kunne ivareta sine egne interesser. Da en slik beslutning kan få betydelige konsekvenser og er viktig for barnets fremtid, er det sentralt at avgjørelsen er begrunnet ut fra hensynet til barnets beste. Barneverntjenesten fungerer som en tredjepart i dette forholdet, og skal på vegne av samfunnet ivareta barnets interesser.

1.3 Avgrensninger

Hensynet til barnets beste er særlig sentralt i barneretten og barnevernretten. Barnevernrett er en del av barneretten, men er også en del av sosialretten og spesiell forvaltningsrett. Dette fordi barnevernrett regulerer forholdet mellom det offentlige og borgerne.³ Det er hensynets betydning i barnevernretten oppgaven vil ta for seg. Hensynet til barnets beste i lov om barn og foreldre av 8. april 1981 nr. 7 (barnelova, heretter bl.) vil derfor ikke bli behandlet.

Oppgaven vil ta for seg bvl. § 4-21 første ledd, første og andre punktum. De prosessuelle reglene i bestemmelsens første ledd, tredje punktum, og andre ledd vil det ikke redegjøres nærmere for.

²Barne-, ungdoms- og familiedirektoratets nettsider, https://www.bufdir.no/Statistikk_og_analyse/Barnevern/Barn_og_unge_med_tiltak_fra_barnevernet/Barn_og_unge_plassert_utenfor_hjemmet/Omsorgsovertakelser/, av 22.03.19.

³ Sandberg, Kirsten: *Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse*, Gyldendal Akademisk, Oslo 2003, s. 25.

Det er flere prinsipper og temaer som er sentrale i barnevernretten. Dette er blant annet legalitetsprinsippet,⁴ det mildeste inngreps prinsipp⁵ og barnets rett til å bli hørt.⁶ På grunn av oppgavens omfang vil disse temaene ikke bli behandlet i det følgende. Barnets rett til å bli hørt vil likevel presenteres kort under punkt 5.3.2.

1.4 Metode og kildebruk

Ved løsning av rettsspørsmål i barnevernretten anvendes i hovedsak den alminnelige juridiske metode, som også vil benyttes i denne oppgaven. Det vil føre for langt å greie ut om den juridiske metode, men de relevante rettskildene i barnevernretten og de som vil tas i bruk i denne oppgaven vil bli presentert.

Den sentrale loven på barnevernrettens område er barnevernloven. Myndighetsutøvelse må som følge av legalitetsprinsippet ha hjemmel i lov, og lovens ordlyd har derfor stor vekt som rettskilde. Det er denne som danner utgangspunktet for lovtolkningen. De andre rettskildene kan likevel komme inn som supplement og bidrag til tolkning av lovteksten.

Rettspraksis har også betydning som rettskilde i barnevernretten. Av norsk rettspraksis er det avgjørelser fra Høyesterett som har størst rettskildemessig vekt, da Høyesterett etter Grunnloven av 17. mai 1814 (heretter GrL) § 88 dømmer i siste instans og har myndighet til å fastsette rettens innhold.⁷ Særlig gjennom høyesterettspraksis har innholdet av de ulike vilkårene i barnevernloven blitt utpenslet og klarlagt.

Det er først og fremst Fylkesnemnda som treffer avgjørelsen av om et omsorgsvedtak skal oppheves eller ikke.⁸ Avgjørelsen kan senere bringes inn for domstolene, som kan prøve alle sider ved saken.⁹ ¹⁰ I denne oppgaven er det praksis fra Høyesterett som vil benyttes. Avgjørelser fra Høyesterett som er avsagt før 1996 er avgjort etter den tidligere

⁴ Legalitetsprinsippet innebærer at inngrep i borgernes rettsfære krever hjemmel i lov. På forvaltningsrettens område er prinsippet lovfestet i GrL § 113.

⁵ Det mildeste inngreps prinsipp innebærer at myndighetene ikke kan iverksette mer inngripende tiltak enn nødvendig.

⁶ Barnets rett til medvirkning er lovfestet i bvl. § 1-6, og myndighetenes plikt til å la barnet bli hørt er lovfestet i bvl. § 6-3.

⁷ Monsen, Erik: *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk*, Cappelen Damm Akademisk, Oslo 2012, s. 38.

⁸ Barnevernloven § 4-21 og kap. 7.

⁹ Barnevernloven § 7-24.

¹⁰ Lov om mekling og rettergang i sivile tvister av 17.06.2005 nr. 90 (tvisteloven) § 36-5 tredje ledd, jf. barnevernloven § 7-24.

barnevernloven, lov om barnevern av 17. juli 1953 nr. 14. Disse avgjørelsene er likevel relevante som rettskilder i dag, da dagens barnevernlov ikke var ment til å innebære noen realitetsendring av rettstilstanden.¹¹

Lovforarbeider er også sentrale rettskilder. Dette er dokumenter som har ledet frem til lovvedtak. De inneholder forslag til lovtekst og merknader til bestemmelsene, samt uttalelser om bakgrunnen for den aktuelle lovgivningen.¹² Barnevernlovens lovforarbeider er med på å fastlegge innholdet av lovens bestemmelser, og Høyesterett henviser ofte til lovforarbeidene i barnevernssaker. I denne oppgaven vil lovforarbeidene benyttes i nokså stor grad.

På barnevernrettens område er internasjonale konvensjoner sentrale. Særlig viktig er Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen av 4. november 1950 (EMK) og FNs barnekonvensjon av 20. november 1989. Disse konvensjonene er inkorporert til norsk rett ved lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21. mai 1999 nr. 30 (menneskerettsloven, heretter mrl.) § 2.¹³ Dette betyr at konvensjonene gjelder som norsk lov. Konvensjonene skal ved motstrid gå foran en nasjonal regel, jf. mrl. § 3. Norsk rett må derfor samsvare med EMK og FNs barnekonvensjon, og konvensjonene har stor betydning for tolkningen av nasjonale regler. I barnevernretten er det særlig EMK art. 8 og FNs barnekonvensjon art. 3 som er sentrale, og oppgaven vil redegjøre nærmere for disse artiklene.

Juridisk teori er tekster i for eksempel juridiske lærebøker eller artikler hvor rettsspørsmål drøftes. En grunnleggende forutsetning for at rettsoppfatninger i juridisk teori skal anses som en legitim rettskilde, er at rettsoppfatningen bygger på en grundig argumentasjon.¹⁴

I denne oppgaven har juridisk teori blitt brukt i nokså stor grad. Den viktigste bidragsyteren til oppgaven har vært Kirsten Sandbergs doktoravhandling «*Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse*» fra 2003. Sandberg drøfter flere av de samme problemstillingene som denne oppgaven tar for seg. Doktoravhandlingen har satt rammen for denne oppgavens problemstilling og drøftelser, samtidig som jeg kommer med egne refleksjoner og bidrag til problemstillingen i oppgavens del 2.

¹¹ Ot.prp.nr. 44 (1991-1992) lov om barneverntjenester, s. 54.

¹² Monsen (2012) s. 33.

¹³ Dette er et uttrykk for dualisme, som betyr at det internasjonale rettssystemet er adskilt fra det nasjonale. En internasjonal rettskilde må derfor innlemmes i nasjonalrett for at den skal fungere som norsk lov.

¹⁴ Monsen (2012) s. 41.

Del 1

2. Hensynet til barnets beste

2.1 Generelt

Barnets beste er et overordnet hensyn i barnevernretten, og er sentralt i alle beslutninger som gjelder barn. Det innebærer at man skal velge den løsningen som best tjener barnets interesser i den aktuelle situasjonen. Hensynet får også frem at man skal ta vare på barna med tilstrekkelig omsorg, hensynsfullhet og respekt. Barn er sårbare og har særlige behov, men skal likevel møtes med det samme egenverdet som voksne. De har behov for beskyttelse, men må samtidig gis rom for personlig utvikling.

Det har lenge vært anerkjent at barnets beste skal være avgjørende i saker som omhandler barn.¹⁵ I senere tid har hensynet imidlertid blitt presisert i større grad, og lovfestet i både nasjonale og internasjonale rettskilder. Hensynet har blitt viet større oppmerksomhet, og man har sett viktigheten av at det anvendes. Både GrL § 104, FNs barnekonvensjon art. 3, bl. § 48 og bvl. § 4-1 fremhever at barnets beste er et sentralt hensyn. Også i norsk rettspraksis og rettspraksis fra den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD) legges det til grunn at hensynet til barnets beste skal være styrende i alle saker som omhandler barn.

«*Barnets beste*» er et skjønnsmessig og dynamisk begrep. Hensynet til barnets beste kan være vanskelig å praktisere, fordi det ikke finnes en entydig definisjon av hva som ligger i begrepet. Dette kan være fordi alle barn er ulike, og hva som er best for et enkelt barn må vurderes konkret. Meningsinnholdet vil variere med tiden, og ulike kulturer, fagområder og enkeltpersoner vil ha forskjellige oppfatninger om hva som er til barnets beste. At begrepet er dynamisk har derfor en positiv side, fordi det vil fange opp nye momenter og oppfatninger. I enkelte tilfeller kan det også være negativt, da tolkning av begrepet kan føre til vanskeligheter.

2.2 Forskjellen på hensyn og prinsipp i rettsanvendelsen

Ordet «prinsipp» har flere betydninger. Det siktes ofte til uskrevne normer som er mer generelle enn vanlige rettsregler. De kan både ha blitt vektlagt i lovgivningen og fungere som

¹⁵ Se for eksempel lov om barnevern (lov 17.07.1953 nr. 14) § 17, annet ledd.

retningslinjer i lovtolkningen.¹⁶ Prinsippene anses å ha en høy grad av allmennhet og godhet. Det finnes både allmenne verdiprinsipper og rettslige prinsipper, hvor de rettslige prinsippene er en del av gjeldende rett.¹⁷

Et hensyn er noe annet enn et prinsipp. Prinsippet er en norm, mens et hensyn alene ikke er det. Ved enkeltavgjørelser er det normen- prinsippet eller regelen- som avgjør om noe kan være et hensyn i vurderingen, og hvordan det skal vektlegges.¹⁸ Det er derfor ikke opp til rettsanvenderen selv å avgjøre om et hensyn skal tas med i den juridiske vurderingen. En annen forskjell er at prinsipper i utgangspunktet har allmenn rekkevidde og anses som gode, mens hensyn er en mer sammensatt kategori. Et hensyn kan for eksempel bestå i konsekvensbetraktninger. Om et hensyn innebærer godhet vil derfor variere fra person til person.¹⁹

I seg selv er «barnets beste» et hensyn, og ikke et prinsipp.²⁰ Barnets beste er sentralt i alle beslutninger som gjelder barn, og når uttrykket anvendes fremgår det ofte at hensynet skal tillegges stor eller avgjørende vekt. «Barnets beste» kan derfor anses som et prinsipp, fordi det på mange måter har en allmenn rekkevidde og en høy grad av godhet. I denne oppgaven vil «barnets beste» likevel omtales som et hensyn.

2.3 Hensynets forankring i nasjonal rett

2.3.1 Barnets beste i Grunnloven

Det fremgår av Grl. § 104, andre ledd, at «*Ved handlinger og avgjørelser som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn*». Ordlyden tilsier at barnets interesser skal løftes frem og vektlegges i alle saker som berører barn.

Hensynet ble tatt inn i Grunnloven i mai 2014, da det ble foretatt en revisjon av Grunnloven i forbindelse med dens 200-årsjubileum. Formålet var å styrke menneskerettighetenes stilling i norsk rett. Menneskerettighetsutvalget mente at en grunnlovsbestemmelse til vern av barns rettigheter ville ha en symbolsk, politisk og rettslig betydning.²¹ Den symbolske betydningen

¹⁶ Sandberg (2003) s. 35.

¹⁷ Sandberg (2003) s. 35.

¹⁸ Sandberg (2003) s. 36.

¹⁹ Sandberg (2003) s. 36.

²⁰ Sandberg (2003) s. 50.

²¹ Dok.nr.16 (2011-2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget ommenneskerettigheter i Grunnloven, s. 189, avsnitt 32.5.1.

ville først og fremst være at barn synliggjøres i Grunnloven, og at barna dermed vernes om. Den politiske betydningen ville vise seg ved at lovgiver og forvaltningen ser hen til en slik grunnlovsbestemmelse når beslutninger treffes. Videre ville den rettslige betydningen innebære at bestemmelsen fungerer som et moment ved tolkningen av annen lovgivning.²²

Da Grunnloven er den rettskilden med høyest rang i norsk rett, får reglene som fremgår av Grunnloven meget stor betydning. Grunnlovfestingens hensyn til barnets beste fører dermed til at hensynets viktighet blir mer synlig, i tillegg til at det får stor vekt i saker som omhandler barn. Det fremgår imidlertid av bestemmelsens ordlyd at barnets beste skal være et «*grunnleggende hensyn*». Dette tilsier at også andre hensyn, som ikke nødvendigvis tjener barnets interesser, kan tillegges vekt. Det fremgår av Menneskerettighetsutvalgets rapport at hvor stor vekt barnets interesser skal tillegges, vil variere etter hvor sterkt berørt barnet er, og hvor alvorlig avgjørelsen er for barnet. Dersom barnet blir mindre berørt, kan man også legge vekt på andre sentrale momenter i saken.²³ Hvordan dette stiller seg i barnevernretten vil det redegjøres for nærmere under punkt 2.4.4.2.

2.3.2 Barnets beste i barnevernloven

Barnevernloven er den sentrale loven i barnevernretten. Lovens formål er blant annet å sikre at barn som lever under skadelige forhold får hjelp til rett tid, og å sørge for at de får gode oppvekstvilkår, jf. bvl. § 1-1. Barneverntjenesten skal ivareta disse målsetningene.

Loven inneholder ulike typer regler i kapittel 1-10, hvor kapittel 4 inneholder regler om tiltak. Barnevernloven gir adgang til ulike tiltak som kan grupperes i fem trinn: hjelpetiltak i hjemmet med samtykke, hjelpetiltak i hjemmet som tvang, frivillig omsorg i fosterhjem eller institusjon, tvungen omsorg utenfor hjemmet og tvangsadopsjon.²⁴

Hensynet til barnets beste er regulert i bvl. § 4-1, som er den innledende bestemmelsen i kapitlet om tiltak. Det fremgår av bvl. § 4-1, første ledd, at «*Ved anvendelse av bestemmelsene i dette kapitlet skal det legges avgjørende vekt på å finne tiltak som er til beste for barnet. Herunder skal det legges vekt på å gi barnet stabil og god voksenkontakt og kontinuitet i omsorgen.*» Ordlyden tilsier at hensynet til barnets beste skal tas i betraktning og

²² Dok.nr.16 (2011-2012) s. 189, avsnitt 32.5.1.

²³ Dok.nr.16 (2011-2012) s. 192, avsnitt 32.5.4.

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

få betydelig vekt i alle saker som omhandler barn etter barnevernloven. Hva som nærmere ligger i bestemmelsens innhold, og hvilke rettslige funksjoner hensynet har, vil det redegjøres for nedenfor.

2.4 Hensynets rettslige funksjoner

Hensynet til barnets beste kan ha flere rettslige funksjoner. Det kan være et hensyn bak loven og et lovbestemt vilkår. Videre kan barnets beste fungere som et reelt hensyn og være et hensyn i skjønnsutøvelsen. Dette vil det redegjøres for nærmere i det følgende.

2.4.1 Barnets beste som hensyn bak loven

Barnets beste er det viktigste hensynet bak barnevernloven. De ulike bestemmelsene i barnevernloven er utformet slik at de best skal ivareta barnets interesser. Det er viktig at lovbestemmelsene utformes slik at hensynet til barnets beste på både individ- og gruppenivå ivaretas.

2.4.1.1 Barnets beste som hensyn på individnivå

På individnivå taler hensynet til barnets beste for å utforme lovbestemmelsene slik at de best ivaretar hensynet til det enkelte barnet.²⁵ Lovgiver kan gjøre dette ved å stille opp «*barnets beste*» som inngrepskriterium i loven, som gir rom for en bred vurdering av det aktuelle barnets interesser. Da alle barn er forskjellige, er det umulig å oppstille konkrete vilkår for å ivareta hensynet til hvert enkelt barn. Vilkårene må derfor være skjønnsmessige.

I bvl. § 4-1 stiller loven opp «barnets beste» som kriterium for de ulike tiltakene. Dette er imidlertid ikke det eneste kriteriet for å foreta inngrep, da barnevernloven angir mer konkrete vilkår i de ulike bestemmelsene. Hvis det eneste inngrepskriteriet hadde vært «barnets beste», ville man overlatt svært mye til barnevernmyndighetenes skjønn.²⁶ Det kan da bli spørsmål om en slik rettsanvendelse ville stride mot legalitetsprinsippet og rettssikkerhetshensyn, da lovteksten er svært åpen og beslutningen kan bli uforutsigbar.

Mindre skjønnsmessige kriterier gir bedre forutberegnelighet og mindre usikkerhet for barn og foreldre. Bvl. § 4-12 og § 4-8 om omsorgsovertakelse og bvl. § 4-21 om oppheving av

²⁵ Sandberg (2003) s. 51.

²⁶ Sandberg (2003) s. 51.

omsorgsvedtak er eksempler på bestemmelser som oppstiller mer konkrete vilkår for å iverksette tiltak. Da dette er alvorlige inngrep overfor barn og foreldre, bør vilkårene være presisert i loven, eventuelt i forskrift, så langt det lar seg gjøre.²⁷

2.4.1.2 Barnets beste som hensyn på gruppenivå

På gruppenivå gjelder hensynet til «barnets beste» for barn generelt.²⁸ Hensynet taler derfor for å utforme lovbestemmelsene slik at de best ivaretar hensynet til barn som gruppe.

Begrunnelsen for at lovgiver tar hensyn til barns interesser generelt, kan både være av hensyn til barna selv og samfunnsnyttene dette har.²⁹ At barna får forsvarlig omsorg er viktig for barna som gruppe, men også for samfunnsnyttene, da samfunnet blir spart for problemer og omkostninger ved at barn har en trygg omsorgssituasjon.

Ved at barns beste er et hensyn bak loven, er det blant annet viktig med lovbestemmelser som sikrer at barnevernet griper inn i tide.³⁰ Dette er til alle barns beste, og krever ikke en nærmere vurdering av det enkelte barns interesser, slik tilfellet er ved tvangsinngrep.

Det er også viktig at de prosessuelle reglene utformes på en måte som gjør at hensynet til barns beste kan ivaretas. Hvis de prosessuelle reglene ikke er utformet slik, vil barnets rettssikkerhet svekkes. Dette er bakgrunnen for den nye regelen i bvl. § 1-6 om barns rett til medvirkning i alle forhold som vedrører barnet etter barnevernloven. Loven har ikke hatt en slik regel om medvirkning tidligere. Denne bestemmelsen er viktig ved siden av bvl. § 6-3 om avgjørelsesorganets plikt til å la barnet få uttale seg.

At barn har ulike interesser, er ikke til hinder for at barns beste benyttes som hensyn bak loven. Hensynet til barn kan deles i ulike undergrupper, som ivaretar interessene til ulike grupper barn. Disse kan igjen ivaretas gjennom egne lovbestemmelser.³¹ Eksempler er hensynet til nyfødte barn i bvl. § 4-8 annet ledd, hensynet til barn med særlige behandlings- og opplæringsbehov i bvl. § 4-11 og § 4-12 bokstav d og hensynet til barn med atferdsvansker i bvl. § 4-24.

²⁷ Sandberg (2003) s. 51.

²⁸ Sandberg (2003) s. 52.

²⁹ Sandberg (2003) s. 53.

³⁰ Sandberg (2003) s. 52.

³¹ Sandberg (2003) s. 53.

2.4.2 Barnets beste som lovbestemt vilkår

Adopsjonsbestemmelsen i bvl. § 4-20 er den eneste bestemmelsen i barnevernloven som har «barnets beste» som lovbestemt vilkår. Grunnen til dette er trolig at adopsjon er et drastisk tiltak, og det eneste tiltaket som er irreversibelt i barnevernloven.³² At adopsjon må være til det beste for barnet, er ett av fire kumulative vilkår for adopsjon.

At «barnets beste» er et vilkår for adopsjon i bvl. § 4-20 kan synes overflødig, da bvl. § 4-1 uansett kommer til anvendelse i en avsluttende helhetsvurdering av om det er til barnets beste med adopsjon.³³ Det er likevel en forskjell mellom «barnets beste» som lovbestemt vilkår og kriterium i skjønnsutøvelsen. Når «barnets beste» settes som lovbestemt vilkår, gjelder det adopsjonstiltaket isolert sett.³⁴ Det fremgår av lovforarbeidene at adopsjonssamtøyke bare kan gis der det, etter en samlet vurdering av det enkelte barnets behov, klart vil være bedre for barnet å bli adoptert enn å vokse opp som fosterbarn.³⁵ Det må med andre ord være bedre at barnet adopteres bort enn at det ikke gjør det. Etter bvl. § 4-1 er barnets beste derimot et kriterium i helhetsvurderingen som skal foretas, hvor man også kan trekke inn andre momenter og tiltak for å vurdere hva som er til barnets beste. Barnets beste-vurderingen etter bvl. § 4-1 kan derfor anses bredere enn vurderingen etter bvl. § 4-20.

2.4.3 Barnets beste som reelt hensyn

Når barnets beste er et grunnleggende hensyn bak loven, vil det også komme inn som et reelt hensyn ved tolkning av lovbestemmelsene.³⁶

Ifølge Eckhoff er reelle hensyn en vurdering av regelens godhet. Han sikter både til om den generelle regel man kommer frem til, er innholdsmessig og retts teknisk god, og hvis det er et individuelt rettsspørsmål man skal ta standpunkt til, om løsningen er god i dette spesielle tilfellet.³⁷ Selv om en vurdering av barnets beste ofte tar sikte på et enkelt barn, må det vurderes om tolkningsresultatet vil være en god regel å anvende på andre barn i tilsvarende situasjoner, med andre ord om den er innholdsmessig og retts teknisk god. Reelle hensyn skiller seg derfor fra barnets beste som kriterium for skjønnsutøvelsen. Dette fordi man ved

³² Sandberg (2003) s. 57.

³³ Dette fordi vedtak om adopsjon er et «tiltak» i bvl § 4-1, og bvl. § 4-20 oppstiller et «kan»-skjønn.

³⁴ Sandberg (2003) s. 58.

³⁵ Ot.prp.nr. 44 (1991-1992) Lov om barneverntjenester, s. 53.

³⁶ Sandberg (2003) s. 54.

³⁷ Eckhoff, Torstein: *Rettskildelære*, 5. utgave, Universitetsforlaget, Oslo 2001, s. 371.

bruk av reelle hensyn skal vurdere tolkningsalternativene ut ifra hva som utgjør en god regel også for andre barn, mens man ved skjønnsutøvelsen kun har det enkelte barn for øyet.

Etter barnevernloven av 1953 finnes det flere saker hvor barnets beste som reelt hensyn tilsa utvidende tolkning av ordlyden, noe Høyesterett godtok.³⁸ Et eksempel er Høyesteretts dom Rt. 1992 s. 242. Saken gjaldt spørsmål om opphevelse av vedtak om omsorgsovertakelse etter barnevernloven av 1953 § 48, annet ledd. Selv om det ikke lenger var «*tilstrekkelig grunn*» til å opprettholde vedtaket, ble det opprettholdt. Høyesterett slo fast at det avgjørende var «*om en tilbakeføring vil innebære en reell fare for at barnet utsettes for skadevirkninger av betydning på lengre sikt*»³⁹, noe tilfellet var i denne saken. Høyesterett foretok en innskrenkende tolkning av ordlyden, da foreldrene ikke fikk barnet tilbake selv om lovens vilkår var oppfylt. Dette anses likevel som utvidende tolkning, da inngrepet i forhold til legalitetsprinsippet ble utvidet.⁴⁰ Avgjørelsen viser at barnets beste som reelt hensyn kan få stor betydning.

2.4.4 Barnets beste som hensyn i skjønnsutøvelsen

2.4.4.1 Hensynets betydning i skjønnsutøvelsen

Hensynet til barnets beste får også betydning i skjønnsutøvelsen. Det fremgår som nevnt av bvl. § 4-1 at «*Ved anvendelse av bestemmelsene i dette kapitlet skal det legges avgjørende vekt på å finne tiltak som er til beste for barnet. Herunder skal det legges vekt på å gi barnet stabil og god voksenkontakt og kontinuitet i omsorgen.*» Bestemmelsen fungerer som en formålsparagraf og en rettesnor når det skal iverksettes tiltak etter lovens kapittel 4. Hensynet til barnets beste skal anvendes både der det er spørsmål om å sette inn tiltak eller ikke, og i valget mellom ulike tiltak.⁴¹

Bvl. § 4-1 er ikke i seg selv tilstrekkelig for å iverksette tiltak. Det må først vurderes om grunnvilkårene for det aktuelle tiltaket er oppfylt. Er dette tilfellet, må den aktuelle tiltaksbestemmelsen også inneholde et hensiktsmessighetsskjønn for at bvl. § 4-1 skal få anvendelse. Dette fordi den etter ordlyden i bvl. § 4-1 kommer inn «*ved anvendelse*» av

³⁸ Se for eksempel Rt. 1984 s. 289 og Rt. 1987 s. 805.

³⁹ Rt. 1992 s. 242, s. 248.

⁴⁰ Sandberg (2003) s. 56.

⁴¹ Sandberg (2003) s. 59.

bestemmelsene og at det handler om å «finne tiltak».⁴² Flere av lovens tiltaksbestemmelser i kapittel 4 inneholder et slikt hensiktsmessighets skjønn ved at de angir at tiltak «kan» vedtas.⁴³ I slike tilfeller vil hensynet til barnets beste spille inn i en avsluttende helhetsvurdering, hvor spørsmålet er om det aktuelle tiltaket er til det beste for barnet.⁴⁴ Dette åpner opp for bruk av skjønn, hvor forskjellige faktorer som hensyn, prinsipper og interesser må avveies mot hverandre. Barnets beste er et hensyn i denne skjønnsmessige vurderingen, som selv kan romme ulike interesser. Ved spørsmål om å sette inn tiltak, eller i valget mellom ulike tiltak, fremgår det av forarbeidene at hensynet til barnets beste skal være en «rettesnor for vurdering av tiltak».⁴⁵

Bvl. § 4-1 slår fast at hensynet til barnets beste skal ha «avgjørende» vekt. Ordlyden fungerer dermed som en retningslinje for avveiningen.⁴⁶ Den sier noe om hvordan avveiningen skal foretas. Ordlyden åpner opp for at interesser som ikke hovedsakelig er til barnets beste kan tas med i vurderingen, men med bvl. § 4-1 som retningslinje vil slike interesser få begrenset vekt.

2.4.4.2 Forholdet til andre hensyn

Som nevnt åpner ordlyden i bvl. § 4-1 for at interesser som ikke tjener til barnets beste, kan tas med i vurderingen. Slike interesser vil likevel få begrenset vekt da barnets beste skal gis «avgjørende vekt», jf. bvl. § 4-1.

Det fremgår av lovforarbeidene at man bare skal trekke inn de momenter som er av betydning for barnet. Man skal for eksempel ikke legge vekt på hensynet til foreldrene.⁴⁷ Med dette fremheves det at det er hensynet til barnet selv som er det avgjørende ved enhver avgjørelse. Selv om hensynet til foreldre ikke skal trekkes inn, vil det likevel ivaretas i noen tilfeller. Barnevernloven bygger på det biologiske prinsipp, som innebærer at det beste for barnet i utgangspunktet er å vokse opp hos sine biologiske foreldre. Dersom det i saken er momenter som taler for at det beste for barnet er å bevare de biologiske bånd, vil foreldrenes interesser ivaretas dersom dette også er til barnets beste. Det vil redegjøres nærmere for det biologiske prinsipp i punkt 3.

⁴² Sandberg (2003) s. 59.

⁴³ Se for eksempel barnevernloven §§ 4-4, 4-12, 4-20 og 4-24.

⁴⁴ Ofstad, Kari/Skar, Randi: Barnevernloven med kommentarer, 6. utgave, Gyldendal Juridisk, Oslo 2015, s. 65-66.

⁴⁵ Ot.prp.nr. 44 (1991-1992) lov om barneverntjenester, s. 28.

⁴⁶ Sandberg (2003) s. 59.

⁴⁷ NOU 1985: 18 Lov om sosiale tjenester mv., s. 145.

Hensynet til andre barn, som for eksempel søsken, skal heller ikke tas med i vurderingen. Lovforarbeidene slår fast at det er bedre å finne en løsning til beste for barnet selv, slik at problemet stilles i forhold til hvert enkelt barn i familien.⁴⁸ Heller ikke samfunnsøkonomiske hensyn har betydning i vurderingen av barnets beste. Det skal ikke undersøkes hvilken løsning som er den mest lønnsomme.⁴⁹

2.4.5 Innholdet av barnets beste i barnevernloven § 4-1

Når det skal vurderes hva som er til beste for barnet, skal det etter bvl. § 4-1, andre punktum, legges vekt på «*stabil og god voksenkontakt og kontinuitet i omsorgen*». Sosiallovutvalget uttalte at dette bare er ett av de momenter som bør tas med i vurderingen, men at det likevel fortjente en plass i lovteksten.⁵⁰ Dette tilsier at disse momentene bør tillegges en nokså stor vekt.

Momentene «*stabilitet*» og «*kontinuitet*» er behov barn generelt har, og som ble ansett særlig viktig å fremheve.⁵¹ Ordlyden «*kontinuitet i omsorgen*» forstås som at barnet så langt som mulig skal beskyttes mot skifte av omsorgspersoner. Kontinuitet i omsorgen er viktig for at barnet skal ha en sunn utvikling. Etter hvert som barnet blir eldre går det gjennom flere mentale prosesser, og vedvarende omsorgspersoner og et støttende miljø er av stor verdi.⁵² Ved spørsmål om omsorgsovertakelse vil dette momentet derfor tale for at barnet forblir hos biologiske foreldre, mens det ved spørsmål om tilbakeføring vil tale for at barnet ikke tilbakeføres.

Ordlyden «*stabil og god voksenkontakt*» forstås som at barnet skal ha en trygg og god kontakt med omsorgspersoner som er viktige for barnet. Dette kan være både fosterforeldre og biologiske foreldre. Det fremgår av lovforarbeidene at man med lovfestingen «*understreker betydningen av kontakt med de biologiske foreldre, også når barnet er i omsorg utenfor*

⁴⁸ NOU 1985: 18 Lov om sosiale tjenester mv., s. 145.

⁴⁹ Sandberg (2003) s. 61.

⁵⁰ NOU 1985: 18 Lov om sosiale tjenester mv., s. 146.

⁵¹ Innst. O nr. 80 (1991-1992), Innstilling fra forbruker- og administrasjonskomiteen om lov om barneverntjenester (barnevernloven), s. 13.

⁵² Goldstein, Joseph mfl.: *The best interest of the child, the least detrimental alternative*, New York: The Free Press (1998) s. 19.

familien».⁵³ Dette tilsier at det sentrale er at barnet beholder sine tidligere voksenkontakter selv om det skjer endringer i omsorgssituasjonen. Lovforarbeidene understreker at hensynet til stabilitet vil ha like stor vekt ved flytting av barnet fra foreldrene, som når det gjelder tilbakeføring av barnet etter en atskillelse.⁵⁴

Momentene stabilitet og kontinuitet fungerer som retningslinjer i barnets beste-vurderingen, ved at de anses som målsetninger som skal tillegges vekt.⁵⁵ Det følger likevel av ordlyden «herunder» at andre momenter kan få betydning.

Hvilke andre momenter som kan få betydning, vil variere fra barn til barn. Det fremgår av lovforarbeidene at hjelp skal gis på grunnlag av barnets behov, og ikke ut fra dets symptomer og atferd.⁵⁶ Spørsmålet er hvilke behov barnet har på det aktuelle tidspunktet. I motsetning til voksne, endrer barn seg konstant. Deres behov for foreldrenes omsorg, stimulering, veiledning og grensesetting endres etter hvert som barnet blir eldre og mer uavhengig.⁵⁷ Barnets behov vil for eksempel stå helt sentralt i vurderingen av om barnet blir utsatt for omsorgssvikt etter bvl. § 4-12, og i vurderingen av om foreldrene kan gi «forsvarlig omsorg» etter § 4-21.

2.5 Barnets beste etter EMK og FNs barnekonvensjon

2.5.1 FNs barnekonvensjon art. 3 nr. 1

FNs barnekonvensjon er som nevnt inkorporert til norsk rett ved mrl. § 2, og gjelder som norsk lov. Ved motstrid med en nasjonal regel skal barnekonvensjonen gå foran, jf. mrl. § 3. Våre rettsregler må samsvare med barnekonvensjonen, og konvensjonen har derfor stor betydning. Hva som menes med «barnets beste» i barnekonvensjonen er sentralt for å fastlegge hensynets innhold og funksjon i norsk rett.

Barnekonvensjonen skal sikre barns rettigheter i en rekke sammenhenger, hvor hensynet til barnets beste er sentralt. Dette kommer tydelig frem i konvensjonens art. 3 nr. 1, som fastslår

⁵³ Innst. O nr. 80 (1991-1992) Innstilling fra forbruker- og administrasjonskomiteen om lov om barneverntjenester (barnevernloven), s. 13.

⁵⁴ NOU 1985: 18 Lov om sosiale tjenester mv., s. 146.

⁵⁵ Sandberg (2003) s. 62.

⁵⁶ Ot. prp. nr. 44 (1991-1992) lov om barneverntjenester, s. 28.

⁵⁷ Goldstein, Joseph mfl. (1998) s.9.

hensynet til barnets beste. Det fremgår av artikkelen at «*Ved alle handlinger som berører barn, enten de foretas av offentlige eller private velferdsorganisasjoner, domstoler, administrative myndigheter eller lovgivende organer, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.*» Hensynet til barnets beste skal altså legges til grunn i alle avgjørelser som gjelder barn.

Artikkelen nevner ikke hva som ligger i begrepets innhold. Til barnekonvensjonen er det ikke knyttet noen domstolsadgang med søksmål for private, og det foreligger derfor ingen autoritativ tolkning av begrepet. «Barnets beste» etter barnekonvensjonen må derfor tolkes dynamisk.⁵⁸ I tillegg vil synet på barn, slik det fremgår av konvensjonen som helhet, både av innledningen og de enkelte artiklene, bidra til å konkretisere innholdet av begrepet.⁵⁹ Også praksis fra de ulike landene, EMD og Barnekomiteen vil kunne bidra til tolkningen.

Barnekomiteen er overvåkningsorgan for barnekonvensjonen, og påser at land som har sluttet seg til konvensjonen etterlever den. I Barnekomiteens generelle kommentar nr. 14 fremgår det flere faktorer som er relevante i vurderingen av hva som er til barnets beste. Dette er blant annet barnets identitet, barnets mening, dets behov for beskyttelse og sikkerhet, bevaring av familiemiljøet, barnets rett til helse og utdanning og barnets sårbarhet.⁶⁰ Som det fremgår av kommentaren vil ikke alle momentene være relevante i den konkrete sak, og hvilken vekt momentene tillegges vil variere.⁶¹

Barnekomiteen beskriver også hensynet til barnets beste som tredelt. For det første er det en selvstendig rettighet for barnet at dets beste blir vurdert og vektlagt, noe som kan prøves av domstolene. For det andre er hensynet et grunnleggende tolkningsprinsipp ved alle bestemmelser som omhandler barn. Dersom den aktuelle bestemmelsen åpner for skjønn, skal det tolkningsalternativet som best tjener barnets interesser velges. For det tredje fungerer

⁵⁸ Bendiksen, Lena/Haugli, Trude: *Sentrale emner i barneretten*, 3. utgave, Universitetsforlaget, Oslo 2018, s. 44.

⁵⁹ Bendiksen og Haugli (2018), s. 44.

⁶⁰ General Comment No. 14 (2013) The right of the child to have his or her best interest taken as a primary consideration, pkt. 5.A.1.

⁶¹ General Comment No. 14 (2013) The right of the child to have his or her best interest taken as a primary consideration, pkt. 5.A.2.

hensynet som en prosedyreregulering, hvor det stilles krav til at det faktisk foretas vurderinger av hva som er til barnets beste i spørsmål som omhandler barn.⁶²

Selv om ordlyden i artikkelen ikke uttrykkelig nevner hva slags innhold begrepet «barnets beste» har, gir bestemmelsen likevel to viktige føringer.⁶³ Bestemmelsen gir for det første en anvisning på hvem sine interesser som skal vektlegges, nemlig barnets. Med dette fremheves det at det er hensynet til barnet selv som er avgjørende. For det andre gir bestemmelsen uttrykk for hvilken vekt hensynet skal tillegges. Det skal være et «*grunnleggende hensyn*», noe som tilsier at det ikke ligger på lik linje med andre hensyn.⁶⁴ Ordlyden tilsier likevel at interesser som ikke er til barnets beste kan tas med i vurderingen og vektlegges. Dette trekker i retning av at hensynet til barnets beste etter barnekonvensjonen ikke går like langt som etter bvl. § 4-1, hvor barnets beste skal være et «*avgjørende hensyn*».

2.5.2 EMK art. 8 og EMDs praksis

EMK er som nevnt inkorporert i norsk rett ved mrl. § 2, og gjelder som norsk lov. På samme måte som ved barnekonvensjonen, skal EMK gå foran en nasjonal regel ved motstrid, jf. mrl. § 3. Våre rettsregler må derfor samsvare med reglene i EMK, og konvensjonen har stor betydning for norsk rett.

Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD) er etablert i medhold av EMK art. 19, og behandler klager om brudd på EMK fra enkeltpersoner og stater. EMD har en omfattende praksis, og har i stor grad utpenslet hvordan de ulike artiklene i konvensjonen skal forstås. Avgjørelser fra EMD er derfor relevante rettskilder for å forstå innholdet og rekkevidden av hensynet til barnets beste, også i nasjonal rett.

EMK har ingen egen bestemmelse om hensynet til barnets beste. EMD har likevel, i flere avgjørelser, lagt til grunn at hensynet til barnets beste skal være styrende i alle saker som omhandler barn. En formulering fra EMD finnes i dommen *Strand Lobben and others v.*

⁶² General Comment No. 14 (2013) The right of the child to have his or her best interest taken as a primary consideration, pkt. 1.A.6.

⁶³ Bendiksen og Haugli (2018) s. 44.

⁶⁴ Bendiksen og Haugli (2018) s. 44.

Norway fra 30. november 2017, hvor det legges til grunn at «*[w]here children are involved, their best interests must be taken into account*». ⁶⁵

Hensynet til barnets beste er imidlertid ikke det eneste som får vekt ved vurderingene som omhandler barn. Ved at barnets beste ikke omtales som et «*avgjørende hensyn*» som i norsk rett, tilsier dette at andre interesser, som for eksempel foreldrenes interesser, kan vektlegges. Når det gjelder forholdet mellom foreldre og barn, har EMD hatt et stort fokus på foreldrenes rettigheter. Dette henger sammen med det biologiske prinsipp og retten til familieliv. En uttalelse fra EMD finnes i dommen Nazarenko v. Russia fra 10. juli 2015, hvor det slås fast at «*The mutual enjoyment by parent and child of each other's company constitutes a fundamental element of family life [...]*». ⁶⁶ Et inngrep i retten til familieliv må være i samsvar med EMK art. 8, som verner om denne rettigheten.

2.5.2.1 Nærmere om barnets beste etter EMK art. 8

Hensynet til barnets beste blir oftest et vurderingstema i saker om retten til respekt for familielivet. Det fremgår av EMK art. 8 nr. 1 at «*Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse*». Dette innebærer en negativ plikt for myndighetene til å avstå fra inngrep i familielivet, og en positiv plikt til å legge forholdene til rette for å ha eller bevare familielivet.

Inngrep i rettigheten kan bare skje dersom nærmere kriterier i art. 8 er oppfylt. Etter art. 8 nr. 2 kan det gjøres inngrep i denne retten dersom inngrepet for det første er «*i samsvar med loven*». Det kreves en lovhjemmel, og EMD har uttalt at denne må være tilstrekkelig klar og presis. ⁶⁷ Inngrepet må videre være «*nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til [...]*». Dette innebærer at inngrepet både må ha et legitimt formål og være nødvendig. Dette vil det nå bli redegjort nærmere for.

Når det gjelder nekting av tilbakeføring av barn, må inngrepet først og fremst følge av en tydelig lovhjemmel. På dette området er hjemmelen i norsk rett bvl. § 4-21. Videre må inngrepet ha et legitimt formål. Formålet i slike saker er ofte barnets «*helse*» og «*rettigheter og friheter*», jf. art. 8 nr. 2. Inngrepet må også være nødvendig. Denne vurderingen deles inn i to kumulative undervilkår. Det første vilkåret er at det foreligger et «*presserende*

⁶⁵ Strand Lobben and others v. Norway, saksnr. 37283/13, 30.11.2017, avsnitt 108.

⁶⁶ Nazarenko v. Russia, saksnr. 39438/13, 10.07.2015, avsnitt 60.

⁶⁷ Se for eksempel Sunday Times v. the United Kingdom, saksnr. 6538/17, 26.04.1979, avsnitt 49.

samfunnsmessig behov» for inngrepet. Det andre vilkåret er at det foreligger forholdsmessighet mellom det som ønskes oppnådd, å beskytte barnet, og inngrepets art, å nekte tilbakeføring.⁶⁸

I dommen Johansen v. Norway fra 7. august 1996 ble det ikke konstatert brudd på artikkel 8 når det gjaldt vedtak om omsorgsovertakelse av datteren og forlengelsen av denne. Klageren, Adele Johansen, ble fratatt datteren da hun ble født. Det ble truffet vedtak om omsorgsovertakelse og fratakelse av foreldreansvaret. Klagers fysiske og psykiske tilstand var dårlig, og dette ble ansett skadelig for datteren. På tidspunktet for EMDs avgjørelse bodde klager sammen med sin eldre sønn og sønnens far. Hun hadde også fått en ny datter, som hadde hatt en positiv utvikling. EMD la til grunn at forelå et klart inngrep etter art. 8. Inngrepet hadde likevel grunnlag i intern rett, og var i samsvar med lovfestede formål som datterens rett til *«helse»* og *«rettigheter og friheter»*. EMD kom også frem til at tiltaket var *«nødvendig i et demokratisk samfunn»*. Tiltaket var basert på omstendigheter som både var relevante og tilstrekkelige for å foreta inngrep. Selv om moren nå var i stand til å gi forsvarlig omsorg, skulle vedtakene opprettholdes. Datteren var tatt fra moren like etter fødselen, og på domstidspunktet hadde hun hatt lite kontakt med moren og var blitt flyttet to ganger. En tilbakeføring ville innebære særskilt fare for hennes utvikling. I dette stadiet i oppveksten var det viktig at datteren kunne leve under trygge og følelsesmessig stabile forhold, og det var fare for at klageren ikke kunne håndtere datterens reaksjoner på skifte av omgivelser.⁶⁹

Avgjørelsen viser at hensynet til barnet ble vektlagt i stor grad. Selv om moren var i stand til å yte tilstrekkelig omsorg, tilsa datterens behov at vedtakene ble opprettholdt. Morens interesser og det biologiske prinsipp kunne ikke få avgjørende vekt. Datterens sårbarhet, behov for trygge omgivelser og den svake tilknytningen til moren talte mot tilbakeføring. Vurderingen EMD gjorde, og momentene som ble trukket inn, likner mye på vurderingen etter bvl. § 4-21 første ledd, annet punktum. Dette vil det redegjøres for i del 2 av oppgaven.

Uttalelser i dommen Johansen v. Norway er også illustrerende for hvilken posisjon hensynet til barnets beste har i forhold til andre hensyn. Det fremgår av dommen, når det gjaldt spørsmålet om samværsretten og fratakelse av foreldreansvaret, at:

⁶⁸ Se for eksempel Olsson v. Sweden, saksnr. 10465/83, 24.03.1988, avsnitt 67.

⁶⁹ Johansen v. Norway, saksnr. 17383/90, 07.08.1996, avsnitt 72.

«I denne forbindelse må det finnes en rimelig balanse mellom barnets interesse i å forbli i offentlig omsorg og forelderens interesse i å bli gjenforent med barnet. Ved denne avveiningen vil Domstolen legge spesiell vekt på hva som er best for barnet, noe som, avhengig av art og alvor, kan gjøre at forelderens interesser må settes til side. Foreldereren kan, som hevdet av staten, i særdeleshet ikke være berettiget etter konvensjonens artikkel 8 til at det treffes tiltak som ville skade barnets helse og utvikling.»⁷⁰

Da barnets og foreldrenes interesser må balanseres mot hverandre, tilsier dette at hensynet til foreldrene i utgangspunktet ligger på lik linje som hensynet til barnet. Sakens art og alvor kan likevel tilsi at hensynet til barnet får større vekt, og at foreldrenes interesser må vike. I EMDs praksis omtales barnets beste som et viktig hensyn, og ikke et «avgjørende hensyn» som i norsk rett. Dette tilsier for det første at nasjonal rett er i samsvar med EMK ved at hensynet til barnets beste gis den betydning som kreves etter konvensjonen. For det andre innebærer det at hensynet til barnets beste går lenger i norsk intern rett enn i EMK. I norsk rett er barnets beste «avgjørende» i saker som omhandler barn, og i motsetning til EMK får andre hensyn, som hensynet til foreldre, ikke noen plass i vurderingen.

3. Det biologiske prinsipp

3.1 Generelt

«Det biologiske prinsipp» er et grunnleggende prinsipp i barnevernretten, og er barnevernlovens utgangspunkt. Det er også et moment som alltid inngår i vurderingen av hva som er til barnets beste. Det biologiske prinsipp uttrykker at det beste for barn generelt sett er å vokse opp hos sine biologiske foreldre, selv om det foreligger mangler i hjemmet. Lovforarbeidene presiserer at normalordningen i vårt samfunn er at foreldre selv skal oppdra og ha omsorgen for sine egne barn. Det eksisterer sterke følelsesmessige bånd mellom barn og foreldre, noe det ofte vil være stor grunn til å bevare og styrke.⁷¹

Det biologiske prinsipp anvendes både i forarbeider og rettspraksis. Selv om prinsippet ikke er uttrykkelig formulert i lovteksten, har det kommet til uttrykk i utformingen av reglene.

⁷⁰ Johansen v. Norway, avsnitt 78.

⁷¹ NOU 1985: 18 Lov om sosiale tjenester mv., s. 157.

Loven gir flere steder anvisning på at det biologiske prinsipp er utgangspunktet for tolkning og anvendelse av barnevernloven. Hvis det er nødvendig med tiltak, skal barnevernet så langt det er mulig begrense seg til tiltak i hjemmet, og flytting av barn skal være en nødløsning.⁷² Ved flytting av barn er utgangspunktet at barn fortsatt skal ha kontakt med foreldrene, der målet er tilbakeføring til familien.

Prinsippet kommer også til uttrykk i FNs barnekonvensjon. Dette gjelder særlig barnekonvensjonen artikkel 7 nr. 1 om barns rett til å kjenne sine foreldre og til å få omsorg fra dem, artikkel 9 nr. 1 som sikrer barns rett til ikke å bli adskilt fra sine foreldre og artikkel 10 om rett til familiegjenforening. Det biologiske prinsipp fremkommer også gjennom EMK art. 8 og GrL § 102 om retten til familieliv. GrL § 104, andre ledd, slår fast at myndighetene skal legge til rette for barnets utvikling, *«fortrinnsvis i egen familie»*.

3.2 Den historiske utviklingen av det biologiske prinsipp

Det biologiske prinsipp hadde en fremtredende plass i barnevernloven av 1953. Det ble lagt til grunn i lovforarbeidene at det beste for barnet i utgangspunktet var å vokse opp i et naturlig familiemiljø med egne foreldre og søsken.⁷³ Det ble videre uttalt at *«barn er likevel som oftest knyttet til heimen- far, mor og søsken- med så sterke følelsesmessige bånd, at det kan føre til alvorlige psykiske skader for barnet om disse bånd blir revet over»*.⁷⁴ Grunntanken var at man så langt det lot seg gjøre burde hindre å flytte barnet fra hjemmet.

Barnevernloven av 1992 bygger også på det biologiske prinsipp, men prinsippet har ikke en like fremtredende rolle som i loven av 1953. I lovforarbeidene til loven av 1992 legges det til grunn at:

«Det er et grunnleggende prinsipp i vårt samfunn at foreldrene selv sørger for sine barn. Selv om det påvises svikt hos foreldrene i deres forhold til barna- kanskje problemer av alvorlig karakter- er utgangspunktet derfor at problemene primært bør søkes bedret ved hjelpetiltak. Et annet utgangspunkt ville bryte radikalt med de

⁷² Lindboe (2012) s. 23.

⁷³ Barnevernkomiteens innstilling til lov om barnevern, 1951, s. 37.

⁷⁴ Barnevernkomiteens innstilling til lov om barnevern, 1951, s. 38.

rådende normer og verdisyndepunkter, og forutsette en helt annen samfunnsstruktur enn den vi har i dag.»⁷⁵

Dette tilsier at det biologiske prinsipp fortsatt er utgangspunktet, men ikke like fremtredende som det var etter den tidligere loven. Det understrekes på samme sted i lovforarbeidene at vektleggingen av det biologiske prinsipp ikke innebærer en nedprioritering av barnets interesser, noe som tilsier at hensynet til barnets beste får betydning. Etter loven av 1992 må det biologiske prinsipp derfor ses i sammenheng med hensynet til barnets beste.

3.3 Det biologiske prinsippets betydning ved skjønnsutøvelsen

Det biologiske prinsipp er som nevnt lovens utgangspunkt, noe som tilsier at det bør være et hensyn ved skjønnsutøvelsen.⁷⁶ Dersom en lovbestemmelse åpner for skjønn, blir spørsmålet hvilken vekt det biologiske prinsipp skal ha.

Da det beste for barnet i utgangspunktet er å vokse opp i egen familie, foreligger det ikke motstrid mellom hensynet til barnets beste og det biologiske prinsipp. Det er først når det beste for barnet er å lempe på de biologiske bånd motstriden oppstår.

Da hensynet til barnets beste skal være styrende i alle spørsmål om tiltak, jf. bvl. § 4-1, kan ikke det biologiske prinsipp være et selvstendig hensyn på linje med barnets beste.⁷⁷ Lovforarbeidene legger til grunn at barnets beste fortsatt skal være hovedregelen i barnevernretten, hvor det biologiske prinsipp inngår som et sentralt moment i vurderingen.⁷⁸ Det biologiske prinsipp og ivaretagelsen av de biologiske bånd kommer derfor inn gjennom barnets beste-vurderingen.⁷⁹ Vekten av det biologiske prinsipp vil derfor variere ut ifra hvordan andre omstendigheter gjør seg gjeldende. Dersom flere momenter tilsier at det er barnets beste å flytte fra foreldrene, vil ikke det biologiske prinsipp alene føre til et annet resultat. Det kan derfor legges til grunn at det biologiske prinsipp bare får betydning i de tilfellene det er til barnets beste.

Et eksempel på dette er Høyesteretts dom Rt. 1995 s. 479. Saken gjaldt spørsmål om opphevelse av vedtak om omsorgsovertakelse, noe Høyesterett besvarte benektende. Barnet

⁷⁵ NOU 1985: 18 Lov om sosiale tjenester mv., s. 157.

⁷⁶ Sandberg (2003) s. 77.

⁷⁷ Sandberg (2003) s. 77.

⁷⁸ Prop. 106 L (2012-2013) Endringer i barnevernloven, s. 82.

⁷⁹ Sandberg (2003) s. 77.

hadde vært i fosterhjem det meste av sin levetid, og hadde fått en sterk tilknytning til fosterforeldrene. Relasjonen til den biologiske moren var svak, da mor og barn ikke hadde hatt kontakt på fem år. Høyesterett la til grunn at «*det biologiske prinsipp må nedtones i tilfeller som det foreliggende, hvor barnet har fått en så sterk tilknytning til fosterforeldrene og hjemmet*».⁸⁰ Dommen viser at vekten av det biologiske prinsipp varierer med hvordan det samsvarer med barnets interesser. Det biologiske prinsipp fikk ikke vekt av betydning, da en tilbakeføring ikke var til barnets beste.

Et annet eksempel er Høyesteretts dom Rt. 2011 s. 1439. Saken gjaldt spørsmål om foreldreansvar og fast bosted for et barn etter at moren døde, da både barnets stefar og den biologiske faren gjorde krav på dette. Stefaren fikk medhold i saken, mens den biologiske faren fikk delt foreldreansvar og samværsrett. Kjernespørsmålet i saken var hvor stor vekt det biologiske prinsippet skulle ha. Høyesterett la til grunn at det biologiske prinsipp er av betydning, men at prinsippet måtte vike fordi det var andre forhold som samlet sett begrunnet at det var til barnets beste å forbli hos stefaren. Avgjørelsen viser derfor at det biologiske prinsipp ikke gis dominerende vekt sammenliknet med andre hensyn, og at det ikke gis stor vekt der det ikke er til det beste for barnet.

4. Barnevernloven § 4-21 om opphevelse av omsorgsvedtak

4.1 Barnevernloven og vegen frem til opphevelse av omsorgsvedtak

Som nevnt er barnevernlovens formål å sikre at barn som lever under skadelige forhold får hjelp til rett tid, og å sørge for at de får gode oppvekstvilkår, jf. bvl. § 1-1. Lovens kapittel 4 inneholder regler om de ulike tiltakene som skal sikre dette.

En barnevernssak starter ofte med at barnevernet mottar en bekymringsmelding, gjerne fra privatpersoner eller aktører som har fått innblikk i barnets situasjon. Barnevernet må da vurdere om meldingen skal følges opp med undersøkelser, jf. bvl. § 4-2, første ledd. Dersom barnevernet velger å foreta undersøkelser, kan det bli aktuelt med hjelpetiltak for å bidra til en positiv utvikling hos barnet og familien, jf. bvl. § 4-4.

⁸⁰ Rt. 1995 s.479, s. 485.

Dersom hjelpetiltak ikke anses tilstrekkelig, kan det bli tale om mer inngripende tiltak, som omsorgsovertakelse, jf. bvl. § 4-12. Et vedtak om omsorgsovertakelse kan bare treffes dersom vilkårene i bvl. § 4-12 er oppfylt. I bokstav a-d oppstilles det fire alternative grunnvilkår. Disse vilkårene er nødvendige, men ikke tilstrekkelige for omsorgsovertakelse. Bestemmelsens andre ledd oppstiller et krav om at omsorgsovertakelse må være «nødvendig», herunder at hjelpetiltak ikke anses tilfredsstillende. Dette kravet fungerer som en begrensning og en sikkerhetsventil. Dersom vilkårene i første og andre ledd er oppfylt, fremgår det av første ledd at omsorgsovertakelse «kan» besluttes. I dette ligger at en omsorgsovertakelse i alle tilfeller må være til barnets beste, og at det derfor må foretas en avsluttende helhetsvurdering.

Ved en omsorgsovertakelse finnes det flere plasseringsalternativer, jf. bvl. § 4-14. Plassering i fosterhjem er det vanligste.⁸¹ En omsorgsovertakelse er også midlertidig, jf. bvl. § 4-16. Barneverntjenesten skal løpende vurdere hvordan det går med barn og foreldre etter omsorgsovertakelsen, og om foreldrene er i stand til å få barnet tilbakeført. Etter en omsorgsovertakelse foreligger det tre alternativer. Vedtaket om omsorgsovertakelse kan bli opphevet og barnet tilbakeført, eller det kan opprettholdes slik at barnet forblir under barnevernets omsorg, jf. bvl. § 4-21. Det kan også bli tale om adopsjon, jf. bvl. § 4-20.

4.2 Den historiske utviklingen av tilbakeføring

Lov om forsømte barn av 6. juni 1896 nr. 1 (vergerådsloven) hadde i § 39, annet ledd, en bestemmelse om tilbakeføring av omsorgen til de biologiske foreldrene. Bestemmelsen slo fast at «*Ved et tidligere tidspunkt blir de med hensyn til ham trufne forføininger å opheve, når der ikke lenger finnes tilstrekkelig grunn for samme*». Selv om ordlyden ikke tilsa at man skulle ta hensyn til barnet, ble det i rettspraksis åpnet for å ta hensyn til problemer barnet kunne bli påført ved tilbakeføring. Et eksempel er dommen Rt. 1954 s. 989, hvor Høyesterett la til grunn at vergerådet ikke kunne være avskåret fra å ta hensyn til slike forhold.⁸²

Barnevernloven av 1953 hadde også en bestemmelse om tilbakeføring. Utgangspunktet var at omsorgsovertakelse skulle vare til barnet var fylt 21 år, jf. § 48 første ledd. Etter andre ledd kunne omsorgsovertakelsen likevel oppheves tidligere. Bestemmelsen slo fast at

⁸¹ Barne-, ungdoms- og familiedirektoratets nettsider, https://www.bufdir.no/Statistikk_og_analyse/Barnevern/Barn_og_unge_med_tiltak_fra_barnevernet/Barn_og_unge_plassert_utenfor_hjemmet/, av 06.04.19.

⁸² Rt. 1954 s. 989, s. 991 og 993.

«Nemndomsorgen skal oppheves før barnet har fylt 21 år når det ikke lenger er tilstrekkelig grunn for åtgjerdene.» At det ikke lenger var tilstrekkelig grunn for tiltakene, måtte etter en naturlig språklig forståelse bety at de forholdene som i sin tid tilsa omsorgsovertakelse ikke lenger forelå.

Spørsmålene rundt tilbakeføringens skadevirkninger for barnet var ikke drøftet i lovens forarbeider. Først på 1980-tallet tok Høyesterett opp betydningen av virkningene for barnet av å flytte tilbake til de biologiske foreldrene. Avgjørelsen som tok opp dette i stor grad, og som er viktig for forståelsen av dagens tilbakeføringsbestemmelse, er Rt. 1984 s. 289.⁸³ Omsorgen ble her opphevet. Høyesterett fremhever lovens utgangspunkt om at barn bør vokse opp hos sine biologiske foreldre. Det legges så til grunn at § 48 ikke kan forstås slik at foreldrene uten videre har krav på å få barnet tilbakeført når vilkårene for omsorgsovertakelse ikke lenger er oppfylt. Førstvoterende uttaler at *«I den foreliggende sak er spørsmålet for meg om en overflytning av gutten til morens hjem- selv ut fra min positive vurdering av forholdene der- vil innebære en reell fare for at han utsettes for skadevirkninger av betydning.»*⁸⁴

Det uttales i dommen at spørsmålet om skade må vurderes i et lengre tidsperspektiv, og skaden må være «av betydning». Dette tilsier at skader av beskjeden eller forbigående art ikke er tilstrekkelig. Videre er beviskravet satt til «reell fare», noe som forstås som at det ut fra de konkrete omstendighetene i saken må være en reell mulighet for at skaden vil inntre.

Disse vurderingskriteriene har blitt stående i senere rettspraksis, og danner utgangspunktet for dagens tilbakeføringsbestemmelse i bvl. § 4-21. Både lovforarbeidene til den nye barnevernloven av 1992 og Høyesterett har gitt uttrykk for at endringen fra den tidligere § 48 til dagens § 4-21 ikke skulle innebære noen realitetsendring av rettstilstanden.^{85 86}

4.3 Vilkårene for å oppheve omsorgsvedtak i bvl. § 4-21

4.3.1 Vilkårene i bvl. § 4-21 første ledd, første punktum

Bvl. § 4-21 første ledd, første punktum, slår fast at *«Fylkesnemnda skal oppheve et vedtak om omsorgsovertakelse når det er overveiende sannsynlig at foreldrene kan gi barnet forsvarlig*

⁸³ Sandberg (2003) s. 185.

⁸⁴ Rt. 1984. s 289, s. 298.

⁸⁵ Ot.prp.nr. 44 (1991-1992) lov om barneverntjenester, s.54.

⁸⁶ Se for eksempel Rt. 1992 s. 1303, s. 1306.

omsorg.» Ordlyden «skal» tilsier at Fylkesnemnda har en plikt til å oppheve vedtaket dersom foreldrene kan gi «forsvarlig omsorg». Bestemmelsen er et utslag av lovens utgangspunkt om at barn skal vokse opp hos sine biologiske foreldre.

Avgjørelsesorganet må ta stilling til om de omstendigheter som tilsa omsorgsovertakelse har endret seg. Det fremgår av lovforarbeidene at foreldrene må kunne «gi barnet et alminnelig godt hjem.»⁸⁷ Det må vurderes om foreldrene kan ivareta de ytre rammene for en forsvarlig omsorgssituasjon, som bolig, klær, hygiene og oppfølging av skole og fritid, samt barnets behov for følelsesmessig kontakt og trygghet.⁸⁸

Et spørsmål er om terskelen for forsvarlig omsorg er den samme ved tilbakeføring som ved omsorgsovertakelse. Lovforarbeidene nevner ikke dette, men gode grunner taler for at det ikke er tilstrekkelig for tilbakeføring at foreldrene har kommet rett over minstegrensen for forsvarlig omsorg etter bvl. § 4-12. Et hjem som nærmer seg grensen for omsorgsovertakelse kan neppe sies å være et «alminnelig godt hjem», i tillegg til at man bør sikre seg mot at omsorgsevnen på ny faller under terskelen.⁸⁹ Dette taler for at kravet til hva som utgjør forsvarlig omsorg er noe strengere etter bvl. § 4-21 enn bvl. § 4-12.

Det skal ved vurderingen av om foreldrene kan yte «forsvarlig omsorg» ikke stilles ideelle krav til hva de biologiske foreldrene kan tilby barnet, og de skal ikke sammenliknes med fosterforeldrene. Dette kommer til uttrykk i dommen Rt. 1996 s. 1684, hvor det uttales at «Det er etter barnevernloven ikke avgjørende om fosterforeldrene må anses mer skikket som omsorgspersoner enn foreldrene, eller at barnets bopel og andre oppvekstvilkår må antas å være «bedre» i fosterhjemmet».⁹⁰ De biologiske foreldrenes omsorgsevne skal med andre ord vurderes isolert.

Det må også vurderes om foreldrenes forbedrede situasjon er tilstrekkelig stabil.⁹¹ Selv om foreldrenes livssituasjon har endret seg til det bedre, kan det være risiko for tilbakefall. Lovforarbeidene nevner situasjonen til tidligere rusmisbrukere som eksempel, og det legges til grunn at slike momenter må tas med i vurderingen.⁹²

⁸⁷ NOU 1985: 18 Lov om sosiale tjenester mv., s. 171.

⁸⁸ Ofstad og Skar (2015) s. 217.

⁸⁹ Sandberg (2003) s. 194.

⁹⁰ Rt. 1996 s. 1684, s. 1693.

⁹¹ Sandberg (2003) s. 192.

⁹² NOU 1985: 18 Lov om sosiale tjenester mv., s. 170.

Ved spørsmål om tilbakeføring er det avgjørende om foreldrenes omsorgsevne er tilstrekkelig til å ivareta det aktuelle barnets omsorgsbehov.⁹³ Det fremgår av lovforarbeidene at dersom barnet har særlige omsorgsbehov eller er særlig hjelpetrengende, må det vurderes om foreldrene vil mestre en slik utfordring.⁹⁴ Dette tilsier at den omsorgsevnen som kreves varierer med det aktuelle barnets behov. Det vil derfor ikke alltid være tilstrekkelig at foreldrene har generell omsorgsevne. Det er likevel lagt til grunn i rettspraksis at foreldrenes vilje til å benytte seg av råd og veiledning fra fagfolk og samfunnets tilbud vil kunne avhjelpe slike problemer, slik at omsorgsevnen anses «forsvarlig».⁹⁵

For omsorgsovertakelse er det et vilkår at det ikke kan skapes tilfredsstillende forhold for barnet ved hjelpetiltak, jf. § 4-12 annet ledd. Et spørsmål er om mangler ved omsorgsevnen i tilknytning til bvl. § 4-21 også kan avhjelpes med hjelpetiltak, noe Høyesterett har svart bekræftende på i avgjørelsen Rt. 1996 s. 1203. Det heftet svakheter hos foreldrene som omsorgspersoner, men faren hadde likevel egenskaper som gjorde at han langt på vei kunne anses egnet som omsorgsperson for sønnen. De svakheter faren hadde som omsorgsperson, måtte etter Høyesteretts oppfatning kunne rettes opp gjennom hjelpetiltak.⁹⁶ Dette tilsier at dersom det foreligger usikkerhet rundt foreldrenes omsorgsevner, vil omsorgen likevel kunne anses forsvarlig dersom hjelpetiltak kommer inn som et supplement.

Videre må det være «overveiende sannsynlig» at foreldrene kan gi barnet forsvarlig omsorg. Beviskravet ble endret ved lov 19. juni 2009 nr. 45. Før endringen var beviskravet alminnelig sannsynlighetsovervekt. Lovforarbeidene presiserer at med «overveiende sannsynlig» menes «høy grad av sannsynlighet».⁹⁷ At det er mer sannsynlig at foreldrene vil gi forsvarlig omsorg, enn at de ikke vil kunne gi det, er derfor ikke tilstrekkelig.

4.3.2 Vilkårene i bvl. § 4-21 første ledd, andre punktum

Bvl. § 4-21 første ledd, andre punktum, slår fast at «Avgjørelsen skal likevel ikke oppheves dersom 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». Ordlyden «skal likevel ikke» tilsier at avgjørelsesorganet har en plikt til å opprettholde omsorgsvedtaket

⁹³ Sandberg (2003) s. 198.

⁹⁴ NOU 1985: 18 Lov om sosiale tjenester mv., s. 171.

⁹⁵ Se for eksempel Rt. 1994 s. 568, s. 577.

⁹⁶ Rt. 1996 s. 1203, s. 1214.

⁹⁷ Ot.prp.nr. 69 (2008-2009) om lov om endringer i barnevernloven, s. 18.

dersom tilbakeføring vil medføre «*alvorlige problemer*» for barnet. Dette er et unntak fra plikten om å oppheve vedtaket etter første punktum. At vilkårene for å nekte tilbakeføring er strenge, er et utslag av lovens biologiske utgangspunkt.

Spørsmålet om barnet vil få alvorlige problemer kan deles i to. Det første er hva som ligger i «*alvorlige problemer*». Det andre er spørsmålet om problemer av denne karakter vil oppstå for det aktuelle barnet.⁹⁸ Det vil først redegjøres for hva som ligger i «*alvorlige problemer*».

Det fremgår av ordlyden at problemene må være «*alvorlige*» for å nekte tilbakeføring. Det fremgår av lovforarbeidene at en flytting alltid kan medføre problemer for et barn, men at mindre alvorlige eller forbigående problemer ikke bør anses tilstrekkelige til å hindre tilbakeføring.⁹⁹ Mindre problemer vil ikke være tilstrekkelige selv om de er langvarige, og forbigående problemer vil ikke være tilstrekkelige selv om de er betydelige.¹⁰⁰

I rettspraksis foreligger det flere uttalelser av hva som skal til for at problemene skal anses tilstrekkelige.¹⁰¹ Uttalelsene er likevel generelle, da det ofte henvises til sakkyndige erklæringer i slike vurderinger. I saker hvor omsorgsvedtak blir opprettholdt, brukes ofte ord som «*betydelig*», «*langvarig*» og «*irreversibel*».

Et eksempel på problemer som ikke ble ansett «*alvorlige*», forelå i Høyesteretts dom Rt. 1997 s. 170. Omsorgen for en seks år gammel gutt ble tilbakeført foreldrene, etter at han hadde bodd hos fosterfamilie i fire år. Høyesteretts flertall la til grunn at gutten hadde en sorgreaksjon og problemer i en overgangsfase, men at dette ikke var alvorlige problemer av varig karakter.¹⁰² Det kan utledes fra dommen at reaksjoner som må anses normale ved flytting og brudd med tidligere omsorgspersoner, ikke anses som «*alvorlige*» problemer. Det er først når problemene blir skadelige for barnet på lang sikt de kan anses å være tilstrekkelige.

Et tilfelle hvor problemene ble ansett skadelige for barnet på lang sikt, er Høyesteretts dom Rt. 2002 s. 875. Omsorgsvedtaket ble opprettholdt. Barnet var fem år gammelt og traumatisert etter flere brudd med omsorgspersoner. Høyesterett beskrev problemene som «*en ny alvorlig*

⁹⁸ Sandberg (2003) s. 213.

⁹⁹ Ot.prp.nr. 44 (1991-1992) Lov om barneverntjenester, s. 55.

¹⁰⁰ Sandberg (2003) s. 214.

¹⁰¹ Se for eksempel Rt. 1995 s. 479, s. 485 og Rt. 1992 s. 242, s. 249.

¹⁰² Rt. 1997 s. 170, s. 177.

separasjonsreaksjon».¹⁰³ Da barnet fremdeles hadde problemer med sine tilknytningsforhold, ville en tilbakeføring innebære et nytt traumatisk brudd for barnet. Dette ble ansett å være skadelig for henne på lang sikt.

Som nevnt må det også vurderes om slike alvorlige problemer vil oppstå for det aktuelle barnet. Sentrale momenter er her barnets «*tilknytning til mennesker og miljø*», om barnet er ekstra sårbart og foreldrenes evne til å takle bruddet.¹⁰⁴

Når det gjelder tilknytning, fremgår det av bvl. § 4-21, første ledd, annet punktum, at «*tilknytning til mennesker og miljø der det er*» er et sentralt moment i vurderingen. Momentet er ikke nærmere behandlet i forarbeidene, men det finnes flere uttalelser om tilknytning i rettspraksis.¹⁰⁵

Et spørsmål som ofte oppstår, er hvor barnet har sin «primære tilknytning». De fleste barn har sin primære tilknytning til sine biologiske foreldre. Det kan likevel stille seg annerledes for barn som ble tatt under omsorg i sine første leveår, da det i denne alderen ikke tar like lang tid før det oppstår tilknytning til nye omsorgspersoner. I motsetning til voksne relaterer ikke barn seg til blodsband før senere i utviklingen. Det som er viktig for barna er de voksne som tar seg av dem i hverdagen, noe som fører til at det er omsorgspersonene barnet knytter seg til.¹⁰⁶

Et eksempel på dette er Høyesteretts dom Rt. 1986 s. 946, som endte med opprettholdelse av omsorgsvedtaket. Barnet var åtte og et halvt år gammelt og hadde bodd hos fosterforeldrene fra hun var tre måneder. Høyesterett la til grunn at fosterforeldrene var hennes «*psykologiske foreldre*»¹⁰⁷, noe som betyr at jenta psykologisk sett oppfattet dem som sine foreldre. Jenta og fosterforeldrene hadde fungert som en kjernefamilie, og jenta hadde hatt begrenset kontakt med sin mor. Risikoen ved en tilbakeføring ble ansett for stor.

Det kan utledes fra denne dommen at tilbakeflytting innebærer størst fare når barnet har sin primære tilknytning til fosterforeldrene. Dette gjelder særlig hvor barnet ble plassert i sine første leveår. Den sterke tilknytningen trenger likevel ikke bli avgjørende dersom barnet har et godt forhold til de biologiske foreldrene, for eksempel ved jevnlig samvær.

¹⁰³ Rt. 2002 s. 875, s. 884.

¹⁰⁴ Sandberg (2003) s. 213.

¹⁰⁵ Se for eksempel Rt. 1986 s. 1189, s. 1195, og Rt. 1995 s. 479, s. 485.

¹⁰⁶ Goldstein, Joseph mfl. (1996) s. 9.

¹⁰⁷ Rt. 1986 s. 946, s. 949.

Ved spørsmål om alvorlige problemer vil oppstå for det aktuelle barnet, er det som nevnt også sentralt om barnet er ekstra sårbart. Det er barnets sårbarhet for brudd med omsorgspersonene som er relevant.¹⁰⁸ Selv om alle barn vil reagere på et brudd, vil et mer sårbart barn kunne oppleve hjemflyttingen som svært dramatisk. Dette kan medføre skadevirkninger som ikke går over på kort sikt. I forbindelse med dette kan det være avgjørende om de biologiske foreldrene evner å sette seg inn i barnets situasjon og å hjelpe barnet over problemene som oppstår.¹⁰⁹

Et eksempel på dette er Høyesteretts dom Rt. 1991 s. 1090, hvor omsorgsvedtaket ble opprettholdt. Barnet var tre år på domstidspunktet, og hadde en positiv utvikling. Hun ble likevel vurdert som sårbar for brudd med sine omsorgspersoner. Dette var særlig begrunnet med hennes sårbare alder. Hun ville heller ikke forstå bakgrunnen for flyttingen, noe som ville skape utrygghet og fare for skade i hennes psykiske utvikling på lengre sikt.¹¹⁰ Høyesterett hadde betenkeligheter knyttet til morens evne til å mestre disse utfordringene barnet ville få. Usikkerheten rundt morens situasjon var større enn normalt for unge mennesker. Moren hadde blant annet et nytt barn på ett og et halvt år, hadde valgt problemfylte partnere, fikk ingen støtte fra sin familie og hun hadde heller ikke fulgt opp besøksordningen med datteren.

Dommen viser at selv om foreldrene er i stand til å yte forsvarlig omsorg, kan det oppstå alvorlige problemer for barnet hvis det er særlig sårbart, og foreldrene ikke har forutsetninger til å hjelpe barnet over problemene. I slike tilfeller vil vilkårene for tilbakeføring ikke være oppfylt.

¹⁰⁸ Sandberg (2003) s. 226.

¹⁰⁹ Sandberg (2003) s. 226.

¹¹⁰ Rt. 1991 s. 1090, s. 1094.

Del 2

5. Betydningen av hensynet til barnets beste i vurderingene etter bvl. § 4-21 første ledd

5.1 Overordnet

Det kan fremstå uklart hvilken betydning hensynet til barnets beste i bvl. § 4-1 får ved spørsmål om tilbakeføring etter bvl. § 4-21. Som nevnt i punkt 2.4.4.1 kommer hensynet inn i vurderingene hvor lovbestemmelsen inneholder et hensiktsmessighetsskjønn. Ordlyden i bvl. § 4-21 oppstiller ikke noe slikt kan-skjønn som flere av lovens øvrige bestemmelser. Fylkesnemnda har som nevnt plikt til å oppheve omsorgsvedtaket dersom vilkårene for tilbakeføring er oppfylt, og en plikt til å opprettholde dersom det motsatte er tilfellet. Ved å oppstille vilkårene «*forsvarlig omsorg*» og «*alvorlige problemer*» har lovgiver langt på vei bestemt hva som skal anses som barnets beste i tilbakeføringsspørsmålene. Det er imidlertid sikkert at bvl. § 4-1 kommer inn i en avsluttende helhetsvurdering ved opprettholdelse av omsorgsvedtaket, da opprettholdelse av vedtak anses som å «*finne tiltak*», jf. bvl. § 4-1. Når det gjelder opphevelse av omsorgsvedtak, har det derimot vært en oppfatning om at bvl. § 4-1 ikke får anvendelse. Dette fordi opphevelse ikke går under uttrykket «*finne tiltak*» i § bvl. § 4-1.¹¹¹

Barnets beste får med andre ord selvstendig betydning i en avsluttende vurdering ved opprettholdelse, men ikke ved opphevelse. Hensynet får heller ikke selvstendig betydning i vurderingen knyttet til om vilkårene i bvl. § 4-21 er oppfylt. Hensynet til barnets beste kan likevel sies å være ivaretatt i vilkårene, da tilbakeføring ikke kan skje dersom foreldrene ikke kan gi «*forsvarlig omsorg*» eller en tilbakeføring vil medføre «*alvorlige problemer*» for barnet.¹¹² Vilkaene er skjønnspregede og innebærer vurderinger av barnets interesser og behov. At hensynet til barnets beste ligger «innbakt» vilkårene, underbygges blant annet av lovforarbeidene. Det slås der fast at momentene bvl. § 4-1 oppstiller- kontinuitet i omsorgen

¹¹¹ Ofstad og Skar (2015) s. 67.

¹¹² Ofstad og Skar (2015) s. 67.

og stabil og god voksenkontakt- må inn i vurderingen av om barnet vil få «*alvorlige problemer*».¹¹³

I forlengelsen av dette stilles spørsmålet om det kan innfortolkes et hensiktsmessighetskjønn for avgjørelsesorganet i de tilfeller hvor det er usikkert om vilkåret «*forsvarlig omsorg*» er oppfylt. Om dette er tilfellet, gis det rom for at hensynet til barnets beste får en selvstendig plass i vurderingen av om tilbakeføring skal skje. Bvl. § 4-21 første ledd, første punktum, slår riktignok fast at Fylkesnemnda «*skal*» oppheve omsorgsvedtaket dersom foreldrene kan yte «*forsvarlig omsorg*». Det fremgår av lovforarbeidene at kravet til «*forsvarlig omsorg*» er et «*grunnvilkår for oppheving av vedtak*» om omsorgsovertakelse.¹¹⁴ Lovens ordlyd og lovforarbeider trekker i retning av at avgjørelsesorganet ikke har kompetanse til å oppheve vedtaket dersom vilkårene for tilbakeføring ikke er oppfylt. Den har med andre ord ikke et kan-skjønn. I så fall må bestemmelsen tolkes antitetisk.¹¹⁵ Reelle hensyn tilsier også at et omsorgsvedtak ikke kan oppheves dersom foreldrene ikke kan anses å gi barnet «*forsvarlig omsorg*», da en slik regel ikke ville vært betryggende på generelt plan.¹¹⁶ I det følgende vil det likevel argumenteres for at hensynet til barnets beste i visse tilfeller kan tilsi at det må innfortolkes et hensiktsmessighetskjønn for avgjørelsesorganet, slik at bestemmelsen ikke alltid kan tolkes antitetisk.

5.2 Barnets beste som en selvstendig rolle i vurderingen etter bvl. § 4-21 første ledd, første punktum

Selv om det er flere momenter som taler for å tolke § 4-21 første ledd, første punktum, antitetisk, vil det i det følgende argumenteres for at bestemmelsen ikke i alle tilfeller kan tolkes slik. Det som særpreger disse tilfellene er at foreldrenes omsorgsevne ligger i grenseland for det forsvarlige, men at barnets situasjon ved en vedvarende omsorgsovertakelse er usikker. I tråd med hensynet til barnets beste vil det i disse tilfellene argumenteres for at avgjørelsesorganet har et hensiktsmessighetskjønn, slik at det åpnes for en vurdering av barnets interesser. Hensynet til barnets beste vil dermed få en selvstendig plass i vurderingen etter bvl. § 4-21 første ledd, første punktum.

¹¹³ NOU 1985: 18 Lov om sosiale tjenester mv., s. 146.

¹¹⁴ Ot.prp.nr. 44 (1991-1992) Lov om barneverntjenester, s. 54.

¹¹⁵ En tolkning kalles antitetisk når man på grunnlag av tolkningsmomenter, som ordlyd, kommer til at rettsspørsmål som ikke dekkes av lovteksten, må løses annerledes enn det som fremgår av ordlyden. Man får da en motsetningsslutning.

¹¹⁶ Sandberg (2003) s. 206.

Det må likevel presiseres at tilbakeføring av barnet etter § 4-21 ikke kan skje hvis det er klart at foreldrene ikke er i stand til å yte «forsvarlig omsorg», eller hvor det er knyttet stor usikkerhet til om vilkåret er oppfylt. Hovedregelen er at det kreves «forsvarlig omsorg» for tilbakeføring, noe som tilsier at innfortolkning av et hensiktsmessighetsskjønn og en selvstendig barnets beste-vurdering bare kan finne sted i sjeldne og spesielle unntakstilfeller.

5.3 Rettspraksis

At avgjørelsesorganet i visse tilfeller har et hensiktsmessighetsskjønn ved vurderingen av bvl. § 4-21 første ledd, første punktum, slik at det åpnes opp for en barnets beste-vurdering, vil belyses av flere avgjørelser fra Høyesterett. I rettspraksis er det noen argumenter som særlig brukes for å tilbakeføre omsorgen, selv om det er usikkert om vilkåret «forsvarlig omsorg» er oppfylt. Argumentene kan deles i tre grupper; at den videre plasseringen er usikker, barnets eget ønske og barnets lojalitetskonflikt. Dette vil det redegjøres for i den nevnte rekkefølge.

5.3.1 Usikkerhet rundt videre plassering

Ved omsorgsovertakelse har barnevernmyndigheten ulike plasseringsalternativer for barnet, hvor plassering i fosterhjem som nevnt er det vanligste. Det kan hefte usikkerhet rundt slike plasseringer. Et eksempel er at fosterhjemsavtalen blir sagt opp, barneverntjenesten må finne en ny plassering, og det er usikkert hvor og når dette vil finne sted. En usikkerhet rundt videre plassering kan ikke i seg selv begrunne en større adgang til tilbakeføring, men en videre plassering kan påvirke barnets situasjon på en negativ måte. I slike tilfeller har usikkerheten rundt videre plassering blitt brukt som et argument for tilbakeføring.

Et eksempel på at usikkerhet rundt videre plassering førte til tilbakeføring er Høyesteretts dom Rt. 1995 s. 447. Et omsorgsvedtak ble opphevet for en 13 og et halvt år gammel gutt. Etter konflikt med gutten og fosterforeldrene hadde fosterforeldrene sagt opp fosterhjemsavtalen, og det var usikkert om barnevernmyndigheten ville finne et nytt fosterhjem som kunne dekke guttens behov. Selv om faren ønsket det beste for sin sønn, samt kunne gi ham et akseptabelt ytre miljø, mente flertallet at han ikke kunne gi gutten den omsorgen han burde hatt ved tilbakeføring. Dette fordi farens påvirkning kunne begrense den ønskede utviklingen for gutten. Gutten var sårbar, hadde hatt en langsom utvikling og lærevansker. Det ble lagt til grunn at omsorgsvedtaket bare burde opprettholdes dersom dette

ga gutten bedre utviklingsmuligheter, noe Høyesterett synes var vanskelig å ha en sikker mening om.¹¹⁷

Høyesterett pekte på usikkerheten ved en fortsatt fosterhjemsplassing. Gutten hadde skiftet skole flere ganger, noe som var uheldig for hans lærings- og utviklingssituasjon. Dette satt geografiske begrensninger for et nytt fosterhjem. Det var heller ikke sikkert at barnevernmyndigheten ville finne et fosterhjem som oppfylte de strenge kravene, eller at en ny fosterhjemsplassing ville bli varig. Gutten var nå i puberteten, og et nytt brudd og en ny flytting ville kunne øke utviklingsproblemene.

Noe som også talte for tilbakeføring, var at gutten hadde et nært forhold med sin far, og at gutten selv ønsket å bo hos faren. Gutten hadde et stort behov for omsorgspersoner han følte seg knyttet til, og ville ved en tilbakeføring komme til noe kjent. Høyesterett kunne ikke si med tilstrekkelig grad av sikkerhet at guttens utviklingsmuligheter ville være bedre ved en fortsatt fosterhjemsplassing enn de ville være hos faren. Omsorgsvedtaket ble derfor opphevet.

Dommen viser at tilbakeføring kan finne sted, selv om foreldrene ikke fullt ut tilfredsstillt kravet til forsvarlig omsorg. Det kan leses ut fra dommen at det ved usikkerhet rundt foreldrenes omsorgsevne, åpnes opp for en vurdering av om fortsatt omsorgsovertakelse vil være til barnets beste. Det var ikke tilfellet i denne dommen, blant annet på grunn av usikkerheten rundt videre plassering. Hensynet til barnet fikk en selvstendig plass i vurderingen av om tilbakeføring skulle skje. Selv om Høyesterett ikke kaller det for en barnets beste-vurdering, kan det legges til grunn at det er en slik vurdering som foretas. Barnets interesser, herunder stabilitet, kontinuitet og følelsesmessig tilknytning, tas i betraktning og vurderes.

Et annet eksempel på at usikkerhet rundt videre plassering førte til tilbakeføring, er Høyesteretts dom Rt. 1999 s. 1883. Omsorgsvedtaket ble opphevet for to barn på snart ti og tolv år. Det var på domstidspunktet ikke aktuelt med fosterhjemsplassing, og fortsatt omsorgsovertakelse ville innebære plassering på institusjon.

Barna hadde atferdsproblemer, og dermed særlige omsorgsbehov. Høyesterett presiserte at det på domstidspunktet ikke forelå mangler ved morens omsorgsevne som gjorde at vilkårene for

¹¹⁷ Rt 1995 s. 447, s. 451.

omsorgsovertakelse fortsatt var til stede.¹¹⁸ Dette trekker i retning av at moren var i stand til å yte «forsvarlig omsorg». Når vilkåret «forsvarlig omsorg» er oppfylt, skal omsorgsvedtaket som nevnt oppheves. I dommen ble likevel usikkerheten rundt videre plassering brukt som et argument for tilbakeføring. Dette tilsier at selv om vilkårene for omsorgsovertakelse ikke lenger var til stede, ble morens omsorgsevne ansett som i grenseland for det forsvarlige. I saken hadde barnas atferdsproblemer utviklet seg, moren hadde en yngre datter å forsørge, og det var nødvendig med hjelpetiltak. Det var derfor i realiteten en barnets beste-vurdering Høyesterett foretok for å forsvare en hjemflytting hvor omsorgsevnen ikke var optimal.

Når det gjaldt usikkerheten rundt den videre plasseringen, la Høyesterett vekt på at barna mistrivdes på barnehjemmet de var på, og at de ved opprettholdelse av vedtaket ville bli flyttet til en ny institusjon. Det forelå høy sannsynlighet for at dette ville forsterke barnas problemer. Barna hadde i tillegg en sterk tilknytning til sin mor, og ønsket å bo hos henne.

Hensynet til barna fikk en selvstendig plass i vurderingen av om tilbakeføring skulle skje. Da det var høy sannsynlighet for at en videre omsorgsovertakelse på institusjon ville få uheldige virkninger for barna, foretok Høyesterett en konkret vurdering av barnas interesser som tilsa at tilbakeføring var til deres beste.

Et tredje eksempel på at barnet ble tilbakeført på grunn av usikkerhet rundt videre plassering, er Høyesteretts dom Rt. 2004 s. 999. Barnet var 12 år og hadde siden barnehagealder hatt store atferdsproblemer. Moren hadde mottatt hjelpetiltak fra barnevernet, og hun samtykket i 2001 til at sønnen ble plassert på barnehjem og senere i fosterhjem. Etter en tid trakk hun tilbake samtykket til frivillig plassering. I 2002 fremsatte kommunen begjæring om omsorgsovertakelse, noe lagmannsretten stadfestet. Spørsmålet for Høyesterett var om gutten skulle tilbakeføres, noe Høyesterett besvarte bekræftende.

I vurderingen stod morens omsorgsevne sentralt. Hennes helsetilstand og livssituasjon hadde forbedret seg, men de sakkyndige ga uttrykk for at det knyttet seg betydelig usikkerhet til morens omsorgsevne i forhold til guttens spesielle behov. Dette sluttet Høyesterett seg til.¹¹⁹ Moren hadde personlighetstrekk som medførte at samspillet mellom henne og sønnen tidligere hadde fungert dårlig. Det forelå likevel stor fare for at situasjonen ville forverre seg dersom omsorgsvedtaket ble opprettholdt. Gutten hadde utvist sterk motstand mot videre

¹¹⁸ Rt. 1999 s.1883, s. 1890.

¹¹⁹ Rt. 2004 s.999, avsnitt 62.

omsorgsovertakelse, og var ikke fortrolig med fosterforeldrene. Han hadde også uttalt at han ville ta sitt eget liv om han ikke ble tilbakeført til moren. De sakkyndige mente at mye av guttens motvilje oppstod som en følge av påvirkning fra mor. Guttens handlinger og uttalelser måtte likevel tas på alvor. På bakgrunn av dette kunne det ikke legges til grunn at guttens utvikling med rimelig grad av sikkerhet ville bli bedre ved en fortsatt omsorgsovertakelse. Omsorgsovertakelsen representerte også en sterk stressfaktor for både moren og gutten, og ved å fjerne denne kunne man i stedet konsentrere seg fullt og helt om guttens utvikling.¹²⁰

Hensynet til barnets beste fikk også her en selvstendig plass i vurderingen av om tilbakeføring skulle skje etter bvl. § 4-21, første ledd, første punktum. Det var usikkerhet knyttet til om moren kunne yte «forsvarlig omsorg» ut ifra guttens særlige behov. Det ble åpnet opp for en vurdering av om fortsatt omsorgsovertakelse vil være til barnets beste, noe som ikke var tilfellet i denne saken. Barnets interesser fikk da en selvstendig plass i vurderingen av om tilbakeføring skulle skje.

5.3.2 Barnets eget ønske

I de nevnte dommer ble også barnas egne ønsker tillagt vekt i vurderingen av om tilbakeføring skulle finne sted.

Barnets mening er et eget tema innenfor barnevernretten, og sentralt for å sikre det overordnede hensynet til barnets beste. Barnets rett til medvirkning er lovfestet både i FNs barnekonvensjon art. 12 og GrL § 104. I barnevernloven fremgår retten til barnets medvirkning av § 1-6, som tydeliggjør at barn har en selvstendig rett til medvirkning i alle forhold som vedrører barnet etter barnevernloven.¹²¹ Videre lovfester bvl. § 6-3 avgjørelsesorganets plikt til å la barnet bli hørt i forbindelse med avgjørelser.

I den først nevnte dommen, Rt. 1995 s. 447, var gutten 13 og et halvt år og ønsket å flytte hjem til sin far. Flertallet la vekt på dette i sin vurdering. Dagjeldende § 6-3 slo fast at «*Et barn skal informeres og tas med på råd når barnets utvikling, modning og sakens art tilsier det*». Dette tilsier at barnet skal inkluderes i saken i tråd med hvilket nivå av forståelse det har og kan danne seg om situasjonen. I tillegg fremgikk det av § 6-3, andre punktum, at barn som har fylt tolv år, alltid skal få «*si sin mening før det blir truffet vedtak om plassering i*

¹²⁰ Rt. 2004 s. 999, avsnitt 64.

¹²¹ Innst. 151 L (2017-2018) Innstilling fra familie- og kulturkomiteen om Endringer i barnevernloven mv. (bedre rettsikkerhet for barn og foreldre) s. 5.

fosterhjem, institusjon eller om senere flytting». At loven oppstilte en alder på tolv år, tilsier at lovgiver mente at barn ved denne alderen var modne nok til å forstå situasjonen, og dermed gjøre seg opp en veloverveid mening. Videre fremgikk det av tredje punktum at det «skal legges vekt på hva barnet mener». Da gutten var 13 og et halvt år, tilsier dette at han hadde nådd en alder hvor han kunne forstå hva saken dreide seg om, og hadde evne til å komme med veloverveide synspunkter og meninger. I en slik alder skal barnets mening i prinsippet tillegges stor vekt.

Høyesterett la vekt på guttens mening, og uttalte «*Til fordel for en tilbakeføring til faren taler det at det utvilsomt er en nær tilknytning mellom far og sønn, og at E selv ønsker å bo hos faren.*»¹²² Det var ikke barnets mening isolert sett som førte til tilbakeføring, men barnets mening var et sentralt moment i vurderingen av hva som var til barnets beste.

I den andre dommen, Rt. 1999 s. 1883, ble det også lagt vekt på barnas egne ønsker. Barna var på domstidspunktet snart ti og tolv år. Dagjeldende § 6-3, andre punktum, slo som nevnt fast at barn som har fylt 12 år, alltid skal få «*si sin mening før det blir truffet vedtak om plassering i fosterhjem, institusjon eller om senere flytting*». Høyesterett la til grunn at selv om ingen av barna var fylt 12 år, var de så nær grensen at deres mening måtte tillegges vekt.¹²³

Heller ikke i denne dommen var det barnas mening isolert sett som førte til tilbakeføring, da det også var andre omstendigheter som fikk betydning. Barnas mening var likevel et sentralt moment i barnets-beste vurderingen, som resulterte i opphevelse av omsorgsvedtaket.

I den tredje dommen, Rt. 2004 s. 999, ble også barnets mening tillagt vekt i spørsmålet om tilbakeføring. Gutten var 12 år og hadde flere ganger uttalt at han ville tilbakeføres til moren. Etter lovendring i 2003 fremgår det av bvl. § 6-3, første ledd, at «*Et barn som er fylt syv år, og yngre barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter, skal informeres og gis anledning til å uttale seg før det tas avgjørelse i sak som berører han eller henne.*» Dette tilsier at avgjørelsesorganet har en plikt til å la barnet få uttale seg ved fylte syv år. Videre fremgår det av bestemmelsens andre punktum at «*Barnets mening skal tillegges vekt i samsvar med barnets alder og modenhet*». I spørsmålet om hvilken vekt barnets mening skal

¹²² Rt. 1995 s.447, s. 451-452.

¹²³ Rt. 1999 s.1883, s. 1891.

tillegges, må avgjørelsesorganet foreta en konkret og individuell vurdering i hvert enkelt tilfelle.¹²⁴

I dommen uttaler de sakkyndige at gutten flere ganger hadde gitt sterkt uttrykk for at han ville tilbakeføres til moren. Høyesterett presiserer at «*Til tross for svakhetene ved morens omsorgsevne er jeg derfor- særlig på bakgrunn av Bs kraftige motstand mot videre omsorgsovertakelse- kommet til at den nå bør oppheves*».¹²⁵ Gutten var 12 år, og hans mening måtte derfor tillegges stor vekt. Barnets mening var et sentralt moment i vurderingen, som resulterte i tilbakeføring.

5.3.3 Barnets lojalitetskonflikt

Også barnets lojalitetskonflikt er et argument som har blitt brukt ved spørsmålet om tilbakeføring. Det tenkes her på barnets lojalitetskonflikt mellom biologiske foreldre og fosterforeldre. Dette kan være tilfellet hvor barnet ble plassert i fosterhjem i en noe eldre alder, og dermed hadde rukket å få et nært bånd til sine biologiske foreldre. Å bli flyttet fra de biologiske foreldrene kan være sårt, og barnet vil ofte opprettholde det nære båndet med dem. Samtidig vil barnet også knytte kontakt med de nye fosterforeldrene. Resultatet kan bli at barnet ikke føler at det kan knytte seg fullstendig til noen av partene, i redsel for å såre noen eller skape problemer. Barnet vil på denne måten leve med en lojalitetskonflikt, noe som kan være skadelig og følelsesmessig vanskelig.

Et eksempel på at en lojalitetskonflikt ble brukt som et argument for tilbakeføring, er dommen Rt. 1996 s. 1203. Omsorgsvedtaket ble opphevet for en syv år gammel gutt, selv om Høyesteretts flertall mente det heftet «*ikke ubetydelige svakheter ved foreldrene som omsorgspersoner*» for gutten.¹²⁶ Det ble likevel lagt til grunn at far måtte anses godt egnet til å ha omsorg for sønnen, og førstvoterende uttalte at «*Iallfall kan jeg ikke se at den omsorg far vil gi C ikke vil være forsvarlig*».¹²⁷ Da førstvoterende ikke direkte uttalte at omsorgen måtte anses «*forsvarlig*», og lojalitetskonflikten var et sterkt moment for tilbakeføring, taler gode grunner for å tolke dette som at Høyesterett var usikker på om foreldrenes omsorgsevne var tilstrekkelig.

¹²⁴ Ot.prp.nr. 45 (2002-2003) lov om endring i menneskerettsloven mv., side 63.

¹²⁵ Rt. 2004 s. 999, avsnitt 65.

¹²⁶ Rt. 1996 s. 1203, s. 1214.

¹²⁷ Rt. 1996 s. 1203, s. 1214.

Når det gjaldt lojalitetskonflikten, uttalte de sakkyndige at gutten sannsynligvis opplevde at han ikke kunne knytte seg fullt til fosterforeldrene. Dette fordi han var redd for å såre de biologiske foreldrene, særlig far.¹²⁸ Høyesteretts flertall la til grunn at gutten levde med en lojalitetskonflikt og i det daglige måtte finne løsninger når den tilspisset seg. Det ville ikke være en god løsning å bryte kontakten med de biologiske foreldrene, og konflikten kunne vanskelig løses uten tilbakeføring. Høyesterett anså dette som et «*vesentlig moment*» for tilbakeføring.¹²⁹

På den andre siden kom Høyesteretts mindretall til at vilkåret for å oppheve omsorgsvedtaket ikke var oppfylt, da momentene som tilsa omsorgsovertakelse fortsatt var til stede. Etter mindretallets syn evnet ikke foreldrene å gi gutten «*forsvarlig omsorg*». Det ble uttalt at foreldrenes manglende samarbeid med barnevernet hadde forsterket lojalitetskonflikten for gutten, og at «*det skal mye til for å la slik opptreden fra foreldrenes side være noe vesentlig argument for en tilbakeføring. Det må i tilfelle forutsette at man finner at tilbakeføring av barnet på grunn av lojalitetskonflikten er til barnets beste, selv om vilkårene for å opprettholde vedtaket er til stede*».¹³⁰ Mindretallet la til grunn at det ikke var til barnets beste med tilbakeføring.

Dissensen kan tolkes som at flertallet mente foreldrenes omsorgsevne lå i grenseland for det forsvarlige, og at det dermed ble åpnet opp for en barnets beste-vurdering. Mindretallet på sin side mente at vilkåret «*forsvarlig omsorg*» ikke var oppfylt. Når mindretallet uttaler at tilbakeføring bare kan skje dersom en finner at dette er til barnets beste, selv om vilkårene for opprettholdelse er til stede, taler dette for at det er den avsluttende helhetsvurderingen ved opprettholdelse det siktes til. Når det er konstatert at vilkåret «*forsvarlig omsorg*» ikke er oppfylt, må lojalitetskonflikten prege barnet i stor grad for at en tilbakeføring likevel skal anses å være til barnets beste.

¹²⁸ Rt. 1996 s.1203, s. 1208.

¹²⁹ Rt. 1996 s.1203, s. 1214.

¹³⁰ Rt. 1996 s.1203, s. 1218.

6. Sluttvurdering

Hensynet til barnets beste er det overordnede hensynet i barnevernretten, og har flere rettslige funksjoner. Barnets beste spiller en avgjørende rolle i skjønnsutøvelsen, hvor bvl. § 4-1 fungerer som en retningslinje. Rettspraksis illustrerer at hensynet til barnets beste har en rettslig funksjon, da avgjørelser som ikke tjener til barnets beste settes til side. Det biologiske prinsipp, på sin side, er lovens utgangspunkt og fungerer som et grunnleggende prinsipp i barnevernretten. Barnets beste vil som oftest være å vokse opp hos sine biologiske foreldre, og i slike tilfeller foreligger det ikke motstrid mellom hensynet til barnets beste og det biologiske prinsipp. Det er først når barnets beste tilsier å bryte med de biologiske bånd motstriden oppstår. Lovforarbeidene legger til grunn at barnets beste skal være hovedregelen i barnevernretten, hvor det biologiske prinsipp er et moment i barnets beste-vurderingen.¹³¹ Det biologiske prinsipp blir derfor bare tillagt vekt i de tilfeller det er til barnets beste.

Som det fremgår av oppgavens punkt 5, får hensynet til barnets beste betydning ved opphevelse av omsorgsvedtak etter bvl. § 4-21 i flere tilfeller. Dette selv om avgjørelsesorganet etter lovens ordlyd ikke har et hensiktsmessighetsskjønn i spørsmål om tilbakeføring. Barnets beste får som nevnt selvstendig betydning i en avsluttende helhetsvurdering ved opprettholdelse, men ikke ved opphevelse. I tillegg er hensynet til barnets beste langt på vei ivaretatt i vilkårene i bvl. § 4-21. Det kan også leses ut fra rettspraksis at avgjørelsesorganet i visse tilfeller har et hensiktsmessighetsskjønn i spørsmålet om tilbakeføring. Ved usikkerhet rundt foreldrenes omsorgsevne, åpnes det opp for en vurdering av om fortsatt omsorgsovertakelse vil være til det beste for barnet. Det gis dermed rom for en selvstendig barnets beste-vurdering, hvor ulike momenter kan tilsi tilbakeføring. Dermed lempes man på noe av kravet for tilbakeføringen ved at foreldrenes omsorgsevne ikke fullt ut trenger å være «forsvarlig».

På det generelle plan kan ikke et hensiktsmessighetsskjønn med en tilhørende barnets beste-vurdering i bvl. § 4-21 sies å være en særlig god regel. Lovforarbeidene slår som nevnt fast at «forsvarlig omsorg» er et grunnvilkår for opphevelse av omsorgsvedtak,¹³² og lovgiver har ved å oppstille dette vilkåret lagt føringer for hva som må anses nødvendig for å tilbakeføre

¹³¹ Prop. 106 L (2012-2013) Endringer i barnevernloven, s. 82.

¹³² Ot. prp. nr. 44 (1991-1992) Lov om barneverntjenester, s. 54.

omsorgen. Hvis det ikke er klart at foreldrene kan gi «*forsvarlig omsorg*», vil det være usikkert om barnet kommer tilbake til et alminnelig godt hjem. Å åpne for at barnet kan tilbakeføres selv om foreldrenes omsorgsevne er usikker, vil derfor ikke være en betryggende regel prinsipielt sett.

På den andre siden er formålet med en omsorgsovertakelse at barnet skal få en bedre omsorgssituasjon hos sine nye omsorgspersoner enn det fikk hos sine biologiske foreldre. Dersom man etter en konkret vurdering kommer til at dette ikke blir tilfellet, faller mye av formålet med en omsorgsovertakelse bort. Omsorgsovertakelsens formål, hensynet til barnets beste og det biologiske prinsipp vil sammen tale for opphevelse av omsorgsvedtak i en slik situasjon. En tilbakeføring vil i slike tilfeller ha gode grunner for seg, selv om foreldrenes omsorgsevne ligger i grenseland for det forsvarlige.

For å tydeligere regulere tilfellene hvor det er usikkert om foreldrene kan gi «*forsvarlig omsorg*», men hvor barnets beste tilsier tilbakeføring, kunne man lovfestet dette i bvl. § 4-21. Dette ville fungert som en snever unntaksregel, som for eksempel slo fast at omsorgen i andre tilfeller «*kan*» tilbakeføres dersom barnets situasjon ved en fortsatt omsorgsovertakelse er høyst usikker. Ordlyden «*kan*» ville her åpnet for en barnets beste-vurdering. Dette ville beskyttet barnet mot å bli tilbakeført til foreldre som klart ikke kan yte «*forsvarlig omsorg*», da dette ikke kan anses til noen barns beste. Unntaksregelen ville derfor ikke trosset hovedregelen om «*forsvarlig omsorg*» i stor grad. Samtidig ville ordlyden fanget opp de tilfeller hvor foreldrenes omsorgsevne ligger i grenseland for det forsvarlige, men hvor det av ulike grunner anses bedre for barnet med tilbakeføring enn fortsatt omsorgsovertakelse. Da dette er sjeldne og spesielle tilfeller, ville regelen som nevnt fungert som en snever unntaksregel.

Å oppstille en slik regel kan ha gode grunner for seg, da muligheten for tilbakeføring på dette grunnlaget hadde kommet tydeligere frem, og man hadde sluppet å innfortolke hensiktsmessighetsskjønnet i bvl. § 4-21, første ledd, første punktum. Dette ville ført til større forutberegnelighet på området. På den andre siden kunne regelen ha ført til at man ikke hadde holdt seg til hovedregelen om «*forsvarlig omsorg*» på en like streng måte som tidligere, ved at man for lett hadde anvendt denne unntaksregelen dersom vilkåret «*forsvarlig omsorg*» ikke kunne anses oppfylt. Dette ville vært lite betryggende for barnet.

Konklusjonen på spørsmålet om lovfesting av en selvstendig barnets beste-vurdering blir stående åpen. Det påstås likevel at innfortolkningen av et hensiktsmessighetskjønn i bvl. § 4-21, første ledd, første punktum, slik at hensynet til barnets beste får selvstendig betydning, har gode grunner for seg. Selv om det knytter seg usikkerhet til om foreldrenes omsorgsevne er tilstrekkelig, er det flere faktorer som kan tilsi at det beste for barnet er å bli tilbakeført. En slik innfortolkning vil kunne sikre tilbakeføring i disse tilfellene.

7. Litteraturliste

Juridisk litteratur

Bendiksen, Lena/Haugli, Trude: *Sentrale emner i barneretten*, 3. utgave, Universitetsforlaget (Oslo 2018).

Eckhoff, Torstein: *Rettskildelære*, 5. utgave, Universitetsforlaget (Oslo 2001).

Goldstein, Joseph, Albert J. Solnit, Sonja Goldstein og Anna Freud: *The best interest of the child, the least detrimental alternative*, The Free Press (New York 1998).

Lindboe, Knut: *Barnevernrett*, 6. utgave, Universitetsforlaget (Oslo 2012).

Monsen, Erik: *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk*, Cappelen Damm Akademisk (Oslo 2012).

Ofstad, Kari/Skar, Randi: *Barnevernloven med kommentarer*, 6. Utgave, Gyldendal Juridisk (Oslo 2015).

Sandberg, Kirsten: *Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse*, Gyldendal Akademisk (Oslo 2003).

Lover

Grunnloven av 17. mai 1814.

Lov om forsømte barn av 06. juni 1896 nr. 1 (vergerådsloven).

Lov om barnevern av 17. juli 1953 nr. 14 (opphevet).

Lov om barn og foreldre av 08. april 1981 nr. 1 (barnelova).

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

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

Lov om mekling og rettergang i sivile tvister av 17. juni 2005 nr. 90 (tvisteloven).

Lovforarbeider

Barnevernkomiteens innstilling til lov om barnevern (1951)

NOU 1985: 18 Lov om sosiale tjenester mv.

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

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

Ot.prp.nr.45 (2002-2003) lov om endring i menneskerettsloven.

Ot.prp.nr. 69 (2008-2009) om lov om endringer i barnevernloven.

Dok.nr.16 (2011-2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven.

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

Innst. 151 L (2017-2018) Innstilling fra familie- og kulturkomiteen om Endringer i barnevernloven mv. (bedre rettssikkerhet for barn og foreldre).

Rettspraksis fra Høyesterett

Rt. 1954 s. 989.

Rt. 1978 s. 976.

Rt. 1984 s. 289.

Rt. 1986 s. 946.

Rt. 1986 s. 1189.

Rt. 1987 s. 805.

Rt. 1991 s. 1090.

Rt. 1992 s. 242.

Rt. 1992 s. 1303.

Rt. 1995 s. 447.

Rt. 1995 s. 479.

Rt. 1996 s. 1203.

Rt. 1996 s. 1684.

Rt. 1997 s. 170.

Rt. 1999 s. 1883.

Rt. 2002 s. 875.

Rt. 2004 s. 999.

Rt. 2011 s. 1439.

Internasjonale konvensjoner og kommentarer

Den europeiske menneskerettighetskonvensjon av 04. november 1950.

FNs barnekonvensjon av 20. november 1989.

General Comment No. 14 (2013) The right of the child to have his or her best interest taken as a primary consideration.

Rettspraksis fra den europeiske menneskerettighetsdomstol

Sunday Times v. the United Kingdom, saksnr. 6538/17, 26.04.1979.

Olsson v. Sweden, saksnr. 10465/83, 24.03.1988.

Johansen v. Norway, saksnr. 17383/90, 07.08.1996.

Nazarenko v. Russia, saksnr. 39438/13, 10.07.2015.

Strand Lobben and others v. Norway, saksnr. 37283/13, 30.11.2017.

Internettsider

Barne-, ungdoms- og familiedirektoratets nettsider,
https://www.bufdir.no/Statistikk_og_analyse/Barnevern/Barn_og_unge_med_tiltak_fra_barne_vernet/Barn_og_unge_plassert_utenfor_hjemmet/Omsorgsovertakelser/, av 22.03.19.

Barne-, ungdoms- og familiedirektoratets nettsider,
https://www.bufdir.no/Statistikk_og_analyse/Barnevern/Barn_og_unge_med_tiltak_fra_barne_vernet/Barn_og_unge_plassert_utenfor_hjemmet/, av 06.04.19.

