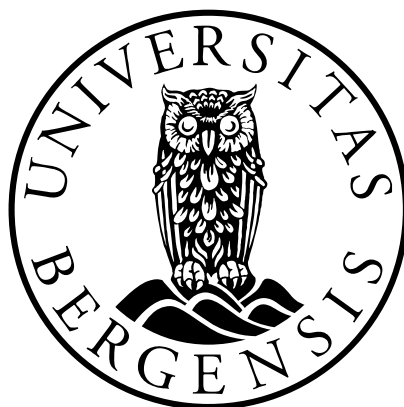


Vekting av barnets beste og det biologiske prinsipp ved tvangsadopsjon.

Kandidatnummer: 172

Antall ord: 12374



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

07.06.2021

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning	3
1.1 Tema	3
1.2 Problemstilling	4
1.3 Avgrensning av oppgaven	5
1.4 Rettskilder	5
2 Menneskerettigheters og Barnekonvensjonens posisjon i nasjonal rett	7
2.1.1 Barnekonvensjonens forhold til EMK	8
3 Prinsippavklaring	11
3.1 Legalitetsprinsippet	11
3.2 Det biologiske prinsipp	11
3.3 Minste inngreps prinsipp	13
3.4 Prinsippet om barnets beste	14
4 Vilkårene i bvl. § 4-20	17
4.1 Vilkårene	17
4.1.1 Bokstav a)	18
4.1.2 Bokstav b)	18
4.1.3 Bokstav c)	19
4.1.4 Bokstav d)	19
5 Nærmere om hva som ligger i «barnets beste»	20
5.1 Momenter i «barnets beste»	20
5.1.1 Stabilitet	20
5.1.2 Samvær med biologisk foreldre	21
5.1.3 Besøkskontakt	22
5.1.4 Trygghet	23
5.1.5 Identitet	24
5.1.6 Barnets eget ønske	25
5.2 Generelle og individuelle momenter	25
6 Vektingen av prinsippene	28
6.1 Hensynet til barnets beste i EMDs praksis	28

6.2	<i>Den konkrete avveiningen</i>	30
7	Avsluttende refleksjoner	38
	Litteraturliste	42

1 Innledning

1.1 Tema

Reglene om tvangsadopsjon i norsk rett er inntatt i lov om barneverntjenester (barnevernloven, bvl.) av 17. juli 1992 nr. 100. Et av vilkårene for tvangsadopsjon etter bvl. § 4-20 er at tvangsadopsjon vurderes å være til «barnets beste». Bestemmelsen i barnevernloven § 4-20 annet ledd må tolkes i lys av, og i samsvar med bestemmelsene i EMK artikkel 8, som verner om retten til familieliv og FNs Barnekonvensjon (heretter benevnt «Barnekonvensjonen») og konvensjonens praksis. På bakgrunn av konvensjonspraksis har Høyesterett slått fast at hensynet til barnets beste suppleres av et krav om at adopsjon krever «særlig tungtveiende grunner», jf. HR2020-661-S. Det må foreligge så tungtveiende grunner for adopsjon fremfor fortsatt fosterhjems plassering at det rettferdiggjør at familiebandene kuttes helt.

Det er et grunnleggende prinsipp i norsk rett at barn skal vokse opp med sine biologiske foreldre. Når omsorgen for et barn er overtatt av barneverntjenesten etter vedtak fra fylkesnemnda, skal barneverntjenesten legge til rette for tilbakeføring og gjenforening mellom barn og biologiske foreldre. Høyesterett har fremhevet at den overordnede målsetningen ved omsorgsovertagelse er gjenforening både etter norsk rett og etter Den europeiske menneskerettskonvensjonen (heretter benevnt «EMK»). En omsorgsovertagelse er dermed et midlertidig tiltak. I kjennelsen HR-2020-661-S uttalte Høyesterett følgende:

«Staten har en positiv plikt til å treffe tiltak slik at kontakten mellom barnet og biologisk foreldre kan opprettholdes. Adopsjon må være siste utvei.»¹

Tvangsadopsjon er et særlig inngripende tiltak. Tvangsadopsjon skiller seg fra de andre tiltakene barnevernet kan sette i verk i form av dette er et endelig tiltak².

I vurderingen av om vilkårene for tvangsadopsjon er oppfylt, er ikke barnets beste alene avgjørende. Det må foretas en bred og helhetlig vurdering, der en rekke hensyn balanseres mot hverandre. I denne oppgaven ønsker jeg å kartlegge hvordan hensynet til barnets beste og

¹ HR-2020-661-S avsnitt 34.

² Skillet mellom tvangsadopsjon som tiltak og de andre tiltakene er blant annet beskrevet i Rt. 1990 s. 1274. s. 1277.

det biologiske prinsipp vurderes opp imot hverandre, og hva som mer konkret ligger i vilkåret om at det må foreligge «særlig tungtveiende grunner».

1.2 Problemstilling

Tvangsadopsjon er et meget inngripende tiltak. Tiltaket står i direkte motstrid mot det biologiske prinsipp og myndighetenes plikt til å tilrettelegge for gjenforening av barn og biologiske foreldre etter en omsorgsovertakelse. Det biologiske prinsipp og gjenforeningsformålet kommer til uttrykk i barnekonvensjonen, blant annet i artikkel 9(1) og artikkel 16(1). Prinsippet kommer også til uttrykk i EMK artikkel 8 som verner om retten til familieliv.

Det er åpnet opp for at tvangsadopsjon likevel kan skje på visse vilkår. Det er en grunnleggende forutsetning for tvangsadopsjon at det vurderes å være til barnets beste, jf. barnevernloven § 4-20(3) b). Prinsippet om barnets beste kommer også til uttrykk i FNs konvensjon om barns rettigheter (barnekonvensjonen) av 20. november 1989 artikkel 3. Den europeiske menneskerettsdomstolens (EMD) som anvender Europarådets konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (EMK) legger også vekt på barnets interesser.

Det biologiske prinsipp og prinsippet om barnets beste vil i mange tilfeller sammenfalle. Det er i utgangspunktet til barnets beste å vokse opp hos sine biologiske foreldre. Det kan etter en samlet vurdering være til barnets beste, for eksempel i et langsiktig perspektiv, å ikke bryte alle bånd med sine biologiske foreldre gjennom en adopsjon. Selv om det ikke er realistisk med en tilbakeføring av barnet til biologiske foreldre, kan den omstendighet at barnet forblir under offentlig omsorg sikre barnet verdifull kontakt med sine foreldre gjennom samværsbestemmelsene i bvl. § 4-19(2).

Det er tilfelle hvor hensynet til barnets beste og det biologiske prinsipp spriker i hver sin retning jeg ønsker å fokusere på. Jeg vil prøve å finne ut hvordan prinsippene blir vektlagt mot hverandre i adopsjonssaker. Jeg vil søke å kartlegge terskelen for når «barnets beste» trumfer det biologiske prinsipp og gjenforeningsformålet. I hvilken grad tillegges hensynet til de biologiske foreldrene selvstendig vekt, og hvordan bidrar slike hensyn til å eventuelt heve

terskelen for når vilkårene for tvangsadopsjon anses oppfylt? Hva skjer når det ikke er til barnets beste å bo hjemme, hvor lenge skal de bo i langtidsfosterhjem før det er til barnets beste å bli adoptert? Det biologiske prinsipp tilsier at barnet blir boende i fosterhjem for å kunne bli gjenforent med sine biologiske foreldre. Barnet kan på den andre side ha behov som tilsier at det er til barnets beste å bli adoptert.

Jeg vil se på hvordan norske domstoler og EMD vurderer prinsippene opp mot hverandre, og hvor mye som må til for at vilkårene om tvangsadopsjon anses oppfylt. Jeg vil søke å kartlegge årsakene til at Norge har blitt dømt i flere adopsjonssaker i EMD, herunder om det biologiske prinsipp og hensynet til barnets beste blir vurdert annerledes, og hvorfor det eventuelt er en forskjell i vektingen av de ulike hensynene. Skyldes noen av domfellelsene at det har vært en rettsutvikling i EMD?

1.3 Avgrensning av oppgaven

Jeg kommer ikke til å redegjøre for vilkårene for omsorgsovertagelse. Adopsjon forutsetter at omsorgen for barnet er overtatt av det offentlige etter vedtak fra fylkesnemnda. Det avgrenses videre mot en utførlig redegjørelse av samtlige vilkår for adopsjon. Jeg vil kort redegjøre for vilkårene. Hovedfokuset i oppgaven vil knytte seg til vilkåret om at adopsjon må være til barnets beste og at det må foreligge særlig tungtveiende grunner for adopsjon.

1.4 Rettskilder

Grunnvilkårene for tvangsadopsjon er inntatt i barnevernloven. Dette er den tredje barnevernsloven vi har i Norge og kan ses som en videreføring av Barnevernloven av 17. juli 1953 nr. 14. Den første var «lov om behandling av forsømte børn» av 6. juni 1895, også kalt vergemålsloven. Vergemålsloven fra 1896 er den første barnevernslova også internasjonalt³.

³ Lindboe, Knut. *Barnevernrett*. 5. utg. Universitetsforlaget, Oslo, 2008 s. 37.

Lov om adopsjon, adopsjonsloven, av 16. juni 2017 nr. 48 vil også komme til anvendelse. Loven skal omfatte alle former for adopsjon. Lovens hovedformål er å sikre barn en trygg oppvekst ved å gi gode foreldre til barn som trenger det⁴.

Kongeriket Norges Grunnlov lov av 17. mai 1814 (heretter benevnt Grunnlov) vil bli anvendt. Kapittel E i loven omhandler menneskerettigheter.

Forarbeidene til barnevernloven kan belyse lovgivers intensjon og mening med bestemmelsene om adopsjon. Det vil også være aktuelt å se på forslaget til den nye barnevernsloven. Forslaget tar utgangspunkt i NOU 2016:16 Ny barnevernslov – Sikring av barnets rett til omsorg og beskyttelse. Den 09.april 2021 ble det fremmet nytt lovforslag, Prop. 133 L (202-2021) Lov om barnevern (barnevernsloven) og lov om endringer i barnevernloven. En av endringene er å lovfeste at det må foreligge «særlig tungtveiende grunner» for samtykke til adopsjon⁵.

Rettspraksis vil ha en sentral rolle i oppgaven. Prinsippet om hva som er «barnets beste» er en skjønnsmessig vurdering. Rettspraksis illustrerer hvordan prinsippet blir vektlagt. Høyesterett uttalte i RT. 1994 s. 805 på side 810 at det biologiske prinsipp ikke skal vektlegges annerledes etter 1992-loven enn ved 1953-loven. Rettspraksis fra 1953-loven kunne være relevant i dag. På den andre siden er «barnets beste» en rettslig dynamisk standard som vil utvikle seg i tråd med samfunnsforholdene, forskning og barnefaglig forståelse. Eldre rettspraksis er først og fremst aktuell for å forstå grunnleggende faktorer som er mer eller mindre konstante over tid, og for å illustrere den dynamiske utviklingen.

Av internasjonale rettskilder er det EMK artikkel 8 og barnekonvensjonen som vil ha mest betydning for denne oppgaven. Rettspraksis fra EMD vil være sentral for å forstå hvordan prinsippene vektet mot hverandre i praksis.

⁴ Prop.88 L (2016-2017) s.11.

⁵ NOU 2016:16 side 18.

2 Menneskerettigheters og Barnekonvensjonens posisjon i nasjonal rett

Barns rettigheter er ikke bare beskyttet av nasjonal lovgivning, men også internasjonale konvensjoner som Norge har ratifisert. Særlig er EMK og Barnekonvensjonen viktige konvensjoner for barns rettigheter.

Formålet med EMK er å beskytte individ mot uvilkårlige inngrep fra myndighetene. Barnekonvensjonen har til hensikt å beskytte barn, og det er den første globale konvensjonen som tar sikte på å sikre barns rettigheter.

For at konvensjonene skal være bindende i en stat må landet ratifisere den. Når den er ratifisert og den er trådt i kraft, er staten folkerettslig forpliktet til å følge konvensjonsbestemmelsen. I Norge anvender vi det dualistiske prinsipp, det vil si at nasjonal rett og folkeretten er to forskjellige rettssystemer. Presumsjonsprinsippet fører til at norsk lov skal tolkes slik at den på best mulig måte samsvarer med de forpliktelser Norge har inngått internasjonalt. I tilfeller der det er direkte motstrid mellom norsk lov og folkerettslig regel som ikke er inkorporert i norsk lov, har norsk lov ha forrang⁶.

Når det kommer til menneskerettighetene har vi gjennom lov fastsatt at myndighetene skal respektere og sikre menneskerettighetene jf. Grunnloven § 92. Dette gir menneskerettighetene en sterk stilling i Norge.

I menneskerettsloven (mrl.) av 21. mai 1999, § 2 heter det at EMK og barnekonvensjonen «gjelder som norsk lov», i tillegg til FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter.⁷ Selv om en konvensjon er inkorporert i norsk lov vil det ikke gi den automatisk forrang fremfor annen norsk lovgivning. Ved eventuell motstrid må dette vurderes etter alminnelige norske tolkningsprinsipper. Menneskerettsloven er en formell lov og kan oppheves av Stortinget, dermed har de ikke grunnlovsrang. I menneskerettsloven blir det

⁶ Ot.prp. nr.45 (2002-2003) s. 13.

⁷ Norge ratifiserte barnekonvensjonen i 1991 og den ble inkorporert i menneskerettsloven i 2003.

fastslått at den inkorporerte konvensjonen går fremfor annen lovgivning ved eventuell motstrid⁸.

I 2014 ble en del menneskeretter tatt inn i Grunnlovens kapittel E, blant de rettighetene som ble tatt inn her er § 102 respekt for familielivet og § 104 barns rett til respekt for deres menneskeverd. Med dette kan en se at begge prinsippene om biologiske prinsipp og barnets beste er representert i Grunnloven. Grunnloven er den øverste rettskilde og har forrang fremfor andre lover ved eventuell motstrid. Det er ingen tvil om at menneskerettighetene er betydelig styrket i Norge, ved å ta dem inn i Grunnloven. Dette speiler samfunnsoppfatningen om viktigheten av menneskerettighetene. Grunnloven kan ikke endres på samme vis som andre lover, dette er med på å sikre rettighetene.

Rettighetene som er inntatt i Grunnloven samsvarer mye med bestemmelsene i EMK i dens likhet i formuleringen. EMK håndheves av Den Europeiske Menneskerettighetsdomstolen (EMD). EMDs avgjørelser vil ha stor betydning for tolkningen av EMK. Når noen av disse bestemmelsene er tatt inn i Grunnloven vil EMD kunne ha innvirkning på premissene for tolkning av bestemmelsene.

Barnekonvensjonen blir overvåket av FNs komite for barns rettigheter. Det er ikke en egen domstol eller klageorgan for barnekonvensjonen. Komitéen får rapporter fra statene om hvilke tiltak som er satt inn for å gjennomføre bestemmelsene i konvensjonen. De kan komme med anbefalinger til statene, jf. barnekonvensjonen artikkel 45d). Uttalelsene kan ha innvirkning på tolkningen av grunnloven, slik som EMDs avgjørelser, fordi det kan gi et konkret utgangspunkt for løsningen av grunnlovsspørsmålene som oppstår. Barnevern, fylkesnemnd og domstoler er forpliktet til å praktisere barnevernloven i tråd med EMK, EMDs tolkning av EMK og barnekonvensjonen.

2.1.1 Barnekonvensjonens forhold til EMK

Barnekonvensjonen ble inkorporert gjennom menneskerettsloven i 2003, og i 2014 kom § 104 i Grunnloven som er gir særlig beskyttelse for barn. Grunnlovgivningen til å ta bestemmelsen inn

⁸ Ot.prp.nr.45 (2002-2003) s. 14 og mrl. § 3.

i grunnloven var at barn har et særlig behov for beskyttelse for å kunne leve frie, trygge og verdige liv. Barn er også i en avhengighetsstilling som gjør dem ekstra sårbare⁹.

EMK har EMD som håndhevingsorgan. Medlemstatene er bundet av avgjørelsene til EMD jf. artikkel 46. Barnekonvensjonen har ikke et slikt håndhevingsorganet, etter artikkel 46 i denne konvensjon kan den bare komme med synspunkter. En konsekvens av dette kan være at medlemslandene vil legge mer vekt på EMK enn Barnekonvensjonen ved vurderingen av om adopsjon skal tillates. EMK kan også være lettere å anvende da EMDs avgjørelser kan klargjøre innholdet.

Barnekonvensjonen er en global konvensjon. Det er bare USA som ikke har ratifisert konvensjonen¹⁰. EMK er en regional konvensjon. Alle medlemmene av konvensjonen må være medlemmer av Europarådet. Dette kan tilsi at barnekonvensjonen skulle ha mest betydning da denne har størst utbredelse. Barnekonvensjonen er også yngre enn EMK, det kan også tale for at barnekonvensjonen bør veie mest.

Den klare forskjellen mellom EMK og barnekonvensjonen er hvem som anerkjennes og anses som rettssubjekter etter konvensjonen. Barnekonvensjonen anser barn som egne rettssubjekter. EMK gir alle mennesker rettigheter, også barn, men har ikke noen bestemmelser for å som gir barn særlig vern, for eksempel når foreldre ikke klarer å ta vare på dem. I disse tilfellene trenger barna beskyttelse fra foreldrene, ikke fra staten.

Barnekonvensjonen er til for å utfylle menneskerettighetene.

EMD har lagt seg til en dynamisk tolkningsstil av EMK, de har selv sagt at EMK er «a living instrument»¹¹. EMD skal tolke EMK etter slik samfunnet ser ut i dag, det er i stadig endring og derfor blir EMK også tolket annerledes med tiden. EMD har uttalt at de skal tolke konvensjonen i tråd med andre relevante folkerettslige konvensjoner¹². EMD har tatt inn hensynet til «barnets beste» i saker som omhandler barn, men ofte foretar ikke EMD en egen

⁹ Bårdsen, Arnfinn *Barnekonvensjonen i Høyesteretts praksis*, s. 8.

¹⁰ Det er muligheter for å reservere seg mot deler av innholdet i barnekonvensjonen, dette gjør at mange land har ratifisert barnekonvensjonen, men med visse unntak.

¹¹ *Tyler v United Kingdom (5856/72)* avsnitt 31.

¹² For eksempel er dette uttalt i storkammerdommen *Magyar Helsinki Bizottság v. Ungarn (18030/11)* avsnitt 123–124.

vurdering av hva som er til «barnets beste», det er primært en oppgave for nasjonale myndigheter¹³.

¹³ *Neulinger and Shuruk v. Switzerland [GC] 2009 no. 41615/07*, avsnitt 138.

3 Prinsippavklaring

3.1 Legalitetsprinsippet

Legalitetsprinsippet er en grunnleggende byggestein i rettsstat. Legalitetsprinsippet innebærer at staten ikke kan gjøre inngrep i borgerens rettsstilling uten hjemmel i lov. Formålet er å beskytte individene mot vilkårlig og/eller uforholdsmessige inngrep fra statsmakten.

Legalitetsprinsippet er et overordnet prinsipp og en rettsregel av Grunnlovs rang, jf. Grunnloven § 113. Legalitetsprinsippet kommer også til uttrykk i EMDs praksis, for eksempel krever EMK art. 8 at inngrep i retten til familieliv må ha hjemmel i lov. I Strand Lobbendommen understreker EMD at inngrep i art. 8 må være «in accordance with the law» og at inngrep må være «necessary in a democratic society»¹⁴.

Legalitetsprinsippet har betydning som tolkningsprinsipp. Dette innebærer at barnevernslovens lovhjemler om inngrep må tolkes med forsiktighet. Utvidende tolkning bør en være særlig varsom med på områder med inngrepshjemler, slik som tvangsadopsjon etter bvl. § 4-20.

3.2 Det biologiske prinsipp

Det biologiske prinsipp bygger på at det har stor egenverdi for barn å vokse opp hos biologiske foreldre, selv med noen mangler i hjemmet¹⁵. Biologiske foreldre er viktige selv om de ikke er i stand til å ha omsorgen for sine egne barn. Selv om prinsippet ikke er eksplisitt uttrykt i loven kommer det klart til uttrykk i forarbeidene, rettspraksis, EMD og barnekonvensjonen.

Det biologiske prinsipp tilsier at omsorgssvikt bør forsøkes avhjelpes i hjemmet. Høyesterett gir blant annet uttrykk for det biologiske prinsipp i dom gjengitt i RT. 1991 s. 557:

«Jeg minner om at barnevernloven bygger på at det gjennomgående vil være i barnets interesse at foreldrene har omsorgen for det og videre at foreldrene, selv om

¹⁴ *Strand Lobben and others v. Norway [GC] 2019 no. 37283/13*, avsnitt 202.

¹⁵ NOU 2016:16 s.179.

omsorgen må fratas dem, i alminnelighet har kontakt med barnet og foreldreansvaret for det.»¹⁶

Når tiltak i hjemmet ikke er nok må det vurderes om omsorgsovertakelse er nødvendig. Etter bvl. § 4-12 kan fylkesnemnda vedta omsorgsovertakelse. For å kunne vedta omsorgsovertakelse må vilkårene i § 4-12(1) være oppfylt. Er vilkårene innfridd må det foretas en vurdering om omsorgsovertakelse er nødvendig, jf. nødvendighetskravet i bvl. § 4-12(2). Dersom en kan skaffe tilfredsstillende forhold for barnet med mindre inngripende tiltak er ikke vilkårene for omsorgsovertakelse oppfylt. Nødvendighetskravet er en innskrenking av vilkårene i 1. ledd, og er et utsalg av det biologiske prinsipp. Det biologiske prinsipp kan imidlertid ikke tillegges så stor vekt at det går utover barnets fysiske eller psykiske helse. De materielle vilkårene i bvl. § 4-12 må være i samsvar med kravene i EMDs praksis om «*very exceptional circumstances*», jf. HR-2020-661-S side 96. HR-2020-662-S avsnitt 56 bekrefter at de materielle vilkårene som oppstilles i bvl. § 4-12 oppfyller kravet til EMD.

En omsorgsovertakelse er ikke et absolutt brudd på forholdet mellom barnet og biologiske foreldre, men det svekker de familiemessige båndene betydelig. Omsorgsovertakelse griper inn i retten til familieliv både til barnet og til biologiske foreldre, jf. EMK art. 8. Høyesterett uttaler seg om det biologiske prinsipp i RT. 2012 s. 1832. Her uttalte Høyesterett:

«Foreldrenes rett til samvær med sine barn etter omsorgsovertakelse er et utslag av det biologiske prinsipp. Til grunn for prinsippet ligger at foreldrene har primære ansvaret for barns omsorg, mens barnevernet har det subsidiære. Begrepet biologiske prinsipp er ikke nevnt i barnevernloven, men har kommet til uttrykk i bestemmelser som beskytter tilknytningen mellom foreldre og deres barn, og som stiller opp skranker for inngripen fra barnevernets side.»¹⁷

Barnekonvensjonen artikkel 7 gir barn rett til, så langt som mulig, å kjenne sine biologiske foreldre. Sammen med barnekonvensjonens artikkel 3 om barnets beste samsvarer dette med nasjonal lovgivning. Utgangspunktet er at barn skal vokse opp hos sine biologiske foreldre. Hvis det ikke er mulig skal det tilrettelegges for gjenforening gjennom samvær og ulike foreldrerettede tiltak hvis det anses nødvendig. Samvær mellom barn og biologiske foreldre er

¹⁶ RT. 1991 s. 557 side 561–562.

¹⁷ RT. 2012 s. 1832 avsnitt 27.

viktig for å opprettholde kontakt og tilknytning. Hvor mye samvær som skal fastsettes kan ikke gis et generelt svar på. I HR-2020-662-S uttalte Høyesterett at:

«Samvær må fastsettes konkret i hver sak. Ved vurderingen skal barnets beste være det overordnede hensyn. Som utgangspunkt er det barnets beste å bo sammen med sine foreldre. Målsetningen med samværene må derfor være å tilrettelegge for gjenforening. Samværet har dessuten en egenverdi uavhengig av utsiktene til gjenforening, men det må ikke utsette barnet for urimelig belastning – «undue hardship». Bare når det foreligger spesielle og sterke grunner, kan formålet om gjenforening oppgis og samværet på det grunnlag begrenses sterkt eller falle helt bort.»¹⁸

EMD vektlegger også prinsippet om det biologiske prinsipp, EMK artikkel 8 gir familien et vern mot inngrep fra staten. Det finnes unntak fra dette, for eksempel i artikkel 8 (2) som gjør omsorgsovertakelse mulig. I HR-2020-662-s viser Høyesterett til Strand Lobben-dommen for å understreke EMDs syn på hensynet:

«I Strand Lobben-dommen avsnitt 205 understreker EMD at hensynet til familieenhet og familiegjenforening – «family unity» og «family reunification» – er innebygd i retten til familieliv etter artikkel 8. Hvis myndighetene overtar omsorgen for et barn, påligger det dem derfor en positiv plikt til å sette inn tiltak for å tilrettelegge.»¹⁹

Uttrykket kommer også frem i barnekonvensjonen. I konvensjonens artikkel 9(1) fremgår det at barn ikke skal skilles fra foreldre mot sin vilje, med mindre en atskillelse «is necessary for the best interest of the child». Det må foreligge en kvalifisert omsorgssvikt for å kunne anse omsorgsovertakelse om nødvendig etter konvensjonen. Nasjonal rett krever også at det må være «nødvendig» med omsorgsovertakelse for barnevernet skal kunne overta omsorgen for et barn, jf. Bvl. § 4-12(2).

3.3 Minste inngreps prinsipp

¹⁸ HR-2020-662-S avsnitt 137–138.

¹⁹ HR-2020-662-S avsnitt 57.

De avgjørelser som barneverntjenesten foretar har stor innvirkning på menneskene som er involvert. Prinsippet tilsier at barnevernet skal sette inn det inngrepet som tilstrekkelig for å oppnå målet, men minst mulig inngripende²⁰.

Prinsippet kommer til uttrykk flere steder i barnevernloven, blant annet i bvl. § 4-12 (2) hvor det står:

«Et vedtak etter første ledd kan bare treffes når det er nødvendig ut fra den situasjon barnet befinner seg i. Et slikt vedtak kan derfor ikke treffes dersom det kan skapes tilfredsstillende forhold for barnet ved hjelpetiltak etter § 4-4 eller ved tiltak etter § 4-10 eller § 4-11.»

Prinsippet kan ses som en del av forvaltningens forholdsmessighetsprinsipp. Tiltakene barnevernet setter i verk skal stå i forholdsmessighet med situasjonen. EMK har uttalt at inngrep fra staten må være «necessary in a democratic society» etter EMK artikkel 8²¹. Kravet har nær sammenheng med det minste inngreps prinsipp. Kravet kan oppfylles ved å velge mildere tiltak. Et mål med minste inngreps prinsipp er å prøve å hjelpe barn i hjemmet, men det er viktig å sikre at tiltakene er egnet til å avhjelpe manglene i barnets omsorgssituasjon. Prinsippet skal sikre foreldre og barn mot uforholdsmessige inngrep fra myndigheten.

3.4 Prinsippet om barnets beste

Prinsippet om barnets beste handler om å treffe vedtak som gir de beste resultatet for barnet, selv om det ikke alltid er det barnet selv ønsker²². Dette er et særlig viktig prinsipp fordi det framhever barnet som det sentrale i vurderingen. Prinsippet om barnets beste er hjemlet flere steder blant annet i bvl. § 4-1 (1) og § 4-20 (3) og barnekonvensjonen artikkel 3.

Barnets beste kan både være et reelt hensyn og en målestokk ved en skjønnsmessig vurdering. I bvl. § 4-1 (1) heter det at en i avgjørelser hvor en skal treffe tiltak som omhandler barn skal det legges «avgjørende vekt» på hva som er til barnets beste. Hensynet til barnets beste skal

²⁰ NOU 2012:5 s. 44.

²¹ *Adele Johansen v. Norway* [J] 1996 no. 17383/90, avsnitt 75.

²² Det er ikke alltid barnet selv vet hva som er til beste for dem selv, men barnet har rett til å bli hørt. Dette blir tatt opp i punkt 5.1.5.

være avgjørende ved skjønnsutøvelse, ved valg mellom flere tiltak innenfor lovens rammer eller om en skal sette inn tiltak. Barnets beste kan i seg selv ikke begrunne tiltak, dette vil stride imot legalitetsprinsippet. Det må være grunnlag for å iverksette tiltak etter barnevernsloven²³.

Barnets beste er et lovbestemt vilkår for tvangsadopsjon jf. bvl. § 4-20 (3)b). Dette er den eneste bestemmelsen hvor «barnets beste» er tatt inn i lovteksten som spesifikt inngrepsvilkår. Begrunnelsen i Proposisjonen for å ha barnets beste som særlig vilkår i § 4-20 (3)b) er at adopsjon mot foreldrenes ønske er et svært drastisk tiltak, samtidig som en blir nødt til å ta en vurdering om det er til barnets beste å bli adoptert i stedet for å forbli et fosterbarn²⁴.

Barnekonvensjonen artikkel 3 beskriver barnets beste som en «a primary consideration», blant annet ved offentlig myndighetsutøvelse. Dette er ikke en særskilt rett eller plikt, men et tolkningsprinsipp som blant annet vil gjelde i barnevernssaker. En alminnelig forståelse av artikkelen vil bety at en fortar en avveining mellom barnets interesser og andre interesser som er av betydning, disse kan vektlegges likt. I bvl. § 4-1 (1) skal det legges «avgjørende vekt på barnets beste». Dette kan tyde på at barnevernloven legger mer vekt på barnets beste enn barnekonvensjonen. Det antas likevel i barnekonvensjonsteorien at artikkelen må tolkes som om det står «the primary consideration», altså at barnets beste skal være det viktigste hensyn, dette støttes av at prinsippet er et av de grunnleggende hensynene²⁵. EMD understreker viktigheten av prinsippet i sine avgjørelser²⁶. Hensynet står altså sterkt både etter nasjonal rett og etter barnekonvensjonen.

Prinsippet om barnets beste og det biologiske prinsipp kan sammenfalle med hverandre. Det er i utgangspunktet best for barn å vokse opp hos sine biologiske foreldre. I enkelte tilfeller kan det være til barnets beste å bo sammen med foreldrene selv om det er alvorlige mangler ved barnets omsorgssituasjon i hjemmet som ikke kan avhjelpes med hjelpetiltak.

Barnevernloven har til formål å fremme interessene til barn som er i kvalifisert vanskelig omsorgssituasjon. Prinsippene må vurderes i sammenheng når en snakker om barnets

²³ *Barnevernrett* (2008) s. 46.

²⁴ Ot. Prp. Nr. 44 side 54.

²⁵ Høstmælingen, Njål, Kjørholt, Elin Saga og Sandberg, Kristen. *Barnekonvensjonen – barns rettigheter i Norge*. 2 utg. Universitetsforlaget, Oslo, 2013. s. 51.

²⁶ *Strand Lobben and others v. Norway [GC] 2019 no. 37283/13*, avsnitt 136. Her gjengir EMD at barnets beste skal være en «primary consideration» og gjengir momenter som skal tas med i vurderingen.

interesse i å vokse opp i biologisk familie. Det biologiske prinsipp er også en egen vurdering, for eksempel når en skal vurdere foreldrenes interesse i å bevare familiebåndene. Barnets beste er en vurdering av situasjonen til det konkrete barnet. Det biologiske prinsippet er mer et generelt hensyn og rettslig bindene rettsprinsipp²⁷.

I vurderingen av hva som er barnets beste står barnets mening sentralt. I barnevernloven § 6-3(1) andre setning står det:

«Barnets mening skal tillegges vekt i samsvar med barnets alder og modenhet.»

I Grunnloven § 104(1) andre setning står det:

«De har rett til å bli hørt i spørsmål som gjelder dem selv, og deres mening skal tillegges vekt i overenstemmelse med deres alder og utvikling.»

Når det kommer til adopsjon har barnets mening betydning. Etter bvl. § 4-20(2) bokstav d må vilkårene i adopsjonsloven må være oppfylt for at tvangsadopsjon skal kunne innvilges.

Bestemmelsen viser til at vilkårene i adopsjonsloven må være oppfylt. I adopsjonsloven § 9 gir barnet samme rettigheter som bvl. § 6-3. Barnet har rett på informasjon og til å få si sin mening om sin sak. Av adopsjonsloven § 9(2) fremgår følgende:

«Et barn som har fylt 12 år, kan adopteres bare hvis det samtykker til adopsjonen.»

Bestemmelsen har unntak om det er psykisk eller fysiske årsaker som gjør at barnet ikke er i stand til å forstå hva samtykke vil innebære. Ordlydene i bestemmelsene er klar på at barns mening må tas med i vurderingen. Kravet om at barn over 12 år må samtykke til adopsjon viser at deres mening og ønsker har stor innvirkning. Barns medbestemmelsesrett er viktig vurdering både i norsk rett og EMD for å komme til hva som er det beste for barnet.

²⁷ Barnevernrett. (2008) side 45.

4 Vilkårene i bvl. § 4-20

Barnevernsloven § 4-20 om fratakelse av foreldreansvar og adopsjon oppstiller en rekke vilkår. Bestemmelsen lyder slik:

«Har fylkesnemnda vedtatt å overta omsorgen for et barn, kan fylkesnemnda også vedta at foreldreansvaret i sin helhet skal fratras foreldrene. ...

Når det er fattet vedtak om fratakelse av foreldreansvar kan fylkesnemnda gi samtykke til adopsjon i foreldrenes sted.

Samtykke kan gis dersom

- a) Det må regnes som sannsynlig at foreldrene varig ikke vil kunne gi barnet forsvarlig omsorg eller barnet har fått slik tilknytning til mennesker og miljø der det er, at det etter en samlet vurdering kan føre til alvorlig problemer for barnet om det blir flyttet og*
- b) adopsjon vil være til barnets beste og*
- c) adoptivsøkerne har vært fosterforeldre for barnet og har vist seg skikket til å oppdra det som sitt eget og*
- d) vilkårene for å innvilge adopsjon etter adopsjonsloven er til stede.»*

4.1 Vilkårene

Bvl. § 4-20(3) oppstiller fire kumulative vilkår som må være oppfylt for at fylkesnemnda skal kunne gi samtykke til adopsjon i foreldrenes sted. Vilkårene er delt opp i bokstavene a) til d). Bestemmelsen er en «kan»-bestemmelse. Det innebærer at det ikke er noen automatikk i at adopsjon skal vedtas dersom vilkårene er oppfylt. Det må foretas en samlet vurdering av om tvangsadopsjon er et nødvendig og forholdsmessig inngrep som er til barnets beste. Vilkåret i bvl. § 4-20(3) bokstav b suppleres av et krav om at det må foreligge «særlig tungtveiende grunner».

4.1.1 Bokstav a)

I bokstav a) er det oppstilt to alternative vilkår. Det første alternativet er at det «*må regnes som sannsynlig at foreldrene varig ikke vil kunne gi barnet forsvarlig omsorg*». Det må vurderes hvorvidt det vil være en vedvarende situasjon. I proposisjonen er det nevnt eksempler hvor foreldrene er sinnslidende, sterkt belastet med rusbruk, kriminalitet eller tilbakestående²⁸. Det andre alternativet i bokstav a) er at barnet «*har fått slik tilknytning til mennesker og miljø der det er, at det etter en samlet vurdering kan føre til alvorlige problemer for barnet om det blir flyttet*», vurderingen går her på barnets behov for å kunne bli i fosterhjemmet.

4.1.2 Bokstav b)

Vilkåret i bokstav b) er at «*adopsjon må være til barnet beste*». Dette henstiller til en konkret skjønnsmessig vurdering som må tas til hvert enkelt barn. Det er ikke sikkert at det som er best for et barn, er det beste for et annet barn. Det ligger ikke noen føringer for vurderingen i vilkåret, men noen holdepunkter for vurderingen har kommet til uttrykk i praksis fra Høyesterett. Jeg vil vise til disse momentene nedenfor når jeg ser hvordan hensynet blir vurdert.

Høyesterett har slått fast at vilkåret om adopsjon er til barnets beste suppleres med et krav om at det foreligger «*særlig tungtveiende grunner*»²⁹. Kravet er tatt inn i flere Høyesterettsavgjørelser, også i kjennelsen Hr-2020-661-S. I avgjørelsen viser Høyesterett til at kravet er tatt inn for å tilpasse vurderingen etter konvensjonspraksis³⁰. Høyesterett oppsummerer den overordnede vurderings normen ved adopsjon i HR-2020-661-S:

«Det må foreligge så tungtveiende grunner for adopsjon fremfor fortsatt fosterhjemsplassing at de rettferdiggjør at familiebandene kattes helt.»³¹

²⁸ Ot.prp.nr. 44 (1991-1992) s. 53.

²⁹ Rt.2007 s.561 avsnitt 56.

³⁰ HR-2020-661-S avsnitt 89.

³¹ iHR-2020-661-S avsnitt 110.

4.1.3 Bokstav c)

I bokstav c) er det et krav om at «adoptivsøkerne har vært fosterforeldre for barnet og har vist seg skikket til å oppdra det som sitt eget». Det er ikke sagt noe om hvor lenge de må ha vært barnets fosterforeldre før adopsjon kan gjennomføres. Vilkåret gjør at det ikke er mulig å gi adopsjonssamtykke samtidig som det vedtas omsorgsovertagelse av barnet.

4.1.4 Bokstav d)

Etter bokstav d) kan samtykke gis når «vilkårene for å innvilge adopsjon etter adopsjonsloven er tilstede». Adopsjonsloven har flere regler som skal sikre barn og foreldres rettssikkerhet, rettigheter som vetorett, uttalerett og at adopsjon må være til «gagn for barnet». Etter en alminnelig forståelse er det ikke en forskjell på «barnets beste» og «til gagn for barnet».

5 Nærmere om hva som ligger i «barnets beste».

5.1 Momenter i “barnets beste”

Det er flere momenter som inngår i vurderingen av hva som er til barnets beste. I vurderingen inngår både generelle elementer som gjør seg gjeldende for svært mange barn i samme situasjon og spesielle hensyn som gjør seg gjeldene for det konkrete barnet saken gjelder. Jeg vil i det følgende søke å belyse de ulike elementene som inngår i vurderingen, uten at det kan anses som en uttømmende liste over relevante elementer. Mange av hensynene vil delvis overlappe hverandre, men jeg vil prøve å skille dem. Høyesterett skiller ikke mellom vurderingen av «barnets beste» som vilkår i bvl. § 4-20(3)b) og det generelle skjønnsmessige helhetsvurderingen som bvl. § 4-1 legger opp til. Det kommer heller ikke jeg til å gjøre. Momentene i vurderingen er utviklet i et samspill mellom praksis fra Høyesterett og EMD³².

5.1.1 Stabilitet

Stabilitet er viktig for barn for å kunne fungere i hverdagen. De trenger å vite at de har gode voksnkontakter rundt seg som er der til enhver tid. Noen barn har vært utsatt for hendelser som gjør at stabilitet er ekstra viktig. Dette momentet er tatt inn i bvl. § 4-1(1) andre setning «det skal legges vekt på å gi barnet stabil og god voksenkontakt og kontinuitet i omsorgen». I forarbeidene er det fremhevet at om biologiske foreldre ikke har ressurser til å skape forutsigbarhet og stabilitet vil adopsjon være til barnets beste³³.

Utrykket «kontinuitet» kommer til uttrykk noen plasser i Høyesteretts praksis. Høyesterett understreke at det er viktig med kontinuitet for å kunne opprettholde forhold med biologiske foreldre. Det er vist til at det er viktig å ha en kontinuitet på samvær med biologiske foreldre³⁴. Dette støttes også i forarbeidene hvor det er uttrykt at forskning viser at det i

³² HR-2020-661-S avsnitt 43.

³³ Ot.prp.nr.69 (2008-2009) s. 6.

³⁴ Se blant annet Rt. 2001 s. 14 på side 17 hvor Høyesterett mener mer samvær vil gi bedre kontinuitet i forholdet mellom biologisk forelder og to barn.

mange tilfeller er svært viktig for barn i fosterhjem å opprettholde kontakt med sine biologiske foreldre grunnet sterke følelsesmessige bånd mellom dem, og derigjennom kunne gi barna «følelse av kontinuitet i livet sitt»³⁵.

Hensynet til kontinuitet kan, slik jeg ser det, både tale for adopsjon og mot adopsjon. Det er nok særlig hensynet til «stabilitet» som i mange tilfeller taler for adopsjon. «Stabilitet» sikter til at barnet har en god omsorgssituasjon, uavhengig om det er hos fosterforeldre eller biologiske foreldre. Hvis barneverntjenesten har overtatt omsorgen for et barn, har barnet vært utsatt for alvorlig omsorgssvikt (eller stått i fare for det jf. bvl § 4-12(2) bokstav d og bvl. § 4-8(2)). Har ikke situasjonen bedret seg hos biologiske foreldre, vil stabilitet kunne argumentere for at det beste for barnet er å få bli adoptert.

5.1.2 Samvær med biologisk foreldre

Samvær med biologiske foreldre er et viktig moment i vurderingen av barnets beste. Momentet er også viktig med tanke på det biologiske prinsipp³⁶. Det er ikke grunnlag for å fastsette en norm om hvor mange samvær som er nødvendig. Dette er en vurdering som skal tas for hvert enkelt barn ut fra barnets beste³⁷. Resultatet av adopsjon er i de fleste tilfeller avskjæring av kontakt mellom barn og biologisk foreldre. Derfor har samværs muligheten en betydning i vurderingen av barnets beste. Kvaliteten på samværene er en faktor som må tas med i vurderingen. Det må vurderes om det er grunnlag for realisere et positivt utbytte av samværene. I tilfeller hvor det har vært lite eller ingen kontakt mellom biologiske foreldre og barn, vil muligheten for samvær veie mindre³⁸. Det er viktig å merke seg at lite eller dårlig kontakt mellom biologiske foreldre og barnet, ikke kan brukes som et argument mot adopsjon dersom den manglede kontakten skyldes at det med urett er utmålt for lite samvær. I HR-2020-661-S viser Høyesterett til flere EMD avgjørelser som trekker frem denne problemstillingen. I avgjørelsen uttales følgende:

³⁵ Ot.prp.nr.44 (1991-1992) s. 51.

³⁶ Se oppgavens kapittel 3.2 for avklaring av prinsippet.

³⁷ HR-2020-661-S avsnitt 125.

³⁸ HR-2018-1720-A avsnitt 62, videre viser dommen til Rt. 2007 s.561 avsnitt 50 hvor det påpekes at i noen situasjoner er det ikke etablert tilknytning med biologisk forelder og i disse sakene kan adopsjon være det beste.

«Når myndighetene ikke har truffet tilstrekkelige tiltak med sikte på å oppnå gjenforening, kan de ikke begrunne et adopsjonsvedtak med manglende familieband mellom familiemedlemmene.»³⁹

5.1.3 Besøkskontakt

Et annet aktuelt moment i vurderingen er om det åpnes for besøkskontakt mellom barn og biologiske foreldre etter adopsjon. Når fylkesnemnda treffer vedtak om adopsjon skal de *«samtidig vurdere om det skal være besøkskontakt mellom barnet og dets biologiske foreldre etter at adopsjon er gjennomført»*, jf. bvl. § 4-20 a. Fylkesnemnda fastsetter kun besøkskontakt dersom de fremtidige adoptivforeldrene samtykker til det. Ifølge forarbeidene er formålet med bestemmelsen:

«... å sikre barnet en stabil og forutsigbar oppvekstsituasjon hos adoptivforeldrene og samtidig sikre barnet en viss kontakt med sitt opphav, når dette er til barnets beste. Barnet kan ha kontakt i trygg forvisning om at det skal bli hvor det er, og adoptivforeldrene behøver heller ikke føle at kontakten utfordrer deres posisjon. Biologiske foreldre vil få en viss kunnskap om barnets utvikling under oppveksten, og vite at det har det godt. En slik kontakt etter adopsjon vil gi barnet de fordeler en adopsjon innebærer, med full juridisk og sosial integrasjon, uten at barnet helt må miste kontakten med sine biologiske foreldre, eller vente til myndighetsalder før kontakt eventuelt kan gjenopptas.»⁴⁰

I vurderingen av hvor stor vekt det skal tillegges at det åpnes for besøkskontakt etter at barnet er adoptert må det tas i betraktning at besøkskontakt ikke kan gjennomføres med tvang. Besøkskontakt er en mulighet for barnet å ha kjennskap til sin biologiske familie. Om en kommer frem til at det er avgjørende å opprettholde tradisjonelt samvær mellom barn og biologisk foreldre, er ikke vilkårene for adopsjon oppfylt. Besøkskontakt gir i noen tilfeller argumentene mot adopsjon mindre tyngde. Dette kommer til uttrykk iblant annet Aunedommen:

³⁹ HR-2020-661-S avsnitt 136.

⁴⁰ Prop. 7 L (2009-2010) s. 26.

«Against this background, it appears that the disputed measures do not in fact prevent the applicant from continuing to have a personal relationship with A and did not result in 'cutting him from his roots' with respect to contact with his biological mother.»⁴¹

5.1.4 Trygghet

Trygghet er det viktigste argumentet for adopsjon. I noen tilfeller kan en sikre barn trygghet og forutsigbarhet ved å bli adoptert. I forarbeidene er det understreket at det er viktig for barn å vokse opp under forhold som er minst mulig preget av usikkerhet⁴². Forarbeidene trekker frem at der det er motstrid mellom barns behov for trygghet og omsorg mot foreldrenes behov og ønsker skal en prioritere barnets behov⁴³.

Det å være i en fosterfamilie er ikke en varig trygg situasjon. Etter bvl. § 4-21 kan biologiske foreldre reise sak for å få tilbake omsorgen. Dette kan skape et usikkerhetsmoment for barna og fosterforeldrene. Det kan være vanskelig å knytte seg til et barn når en ikke har vissheten om hvor lenge barnet skal være der. Fosterforeldre er ansatt på kontrakt og den kan sies opp både av barnevernet og av fosterforeldrene. Dette skaper en utrygghet hos barn, uavhengig om det skjer ofte eller sjeldent. Det at det er en mulighet for fosterfamilien å «si opp» barnet er ikke trygghetsskapende. Ved adopsjon er det ikke mulighet til å endre på avgjørelsen.

Trygghet går igjen i alle avgjørelsene til Høyesterett, det er et moment som skal ha stor betydning. Hvor barnet føler seg trygg eller hva som gir barnet den tryggheten den trenger for å kunne utvikle seg⁴⁴ skal vektlegges. Et fosterhjemforhold opphører når barnet er 18 år, jf. bvl. § 1-3(1). Dette kan føre til at barnet får vansker med å være trygg i fare for hva som skjer når barnet blir myndig.

På den andre siden vet en ikke alltid hva som kan skje i en fosterfamilie. Når avtalen blir inngått er familien gjennomgått og godkjent. Selv om alt ser bra ut har en ikke en garanti for at de ikke kan skje ting som tilsier at fosterfamilien ikke er et egnet sted for barnet. Dette kan tale mot adopsjon, fordi det vil være vanskeligere å flytte barnet når det er adoptert enn ved

⁴¹ *Aune v. Norway [J] 2010 no. 52502/07*, avsnitt 78.

⁴² Ot.prp.nr. 44 (1991-1992) s.53.

⁴³ Ot.prp.nr.69 (2008-2009) s. 6.

⁴⁴ Rt. 2015 s. 110 avsnitt 60, barnet trygge base er fosterfamilien. Rt. 2015 s. 1107 avsnitt 47, barnet vil få den tryggheten den trenger for å kunne utvikle seg ved en adopsjon.

fosterhjemsplassering som kan sies opp. Problemet blir drøftet i blant annet Rt. 1987 s.52, men Høyesterett mener at hensynet må veies opp mot den situasjonen barnet har for trygg og fullgod omsorgssituasjon i den situasjonen barnet befinner seg i og hva som er overveiende sannsynlig. Jeg er enig med Høyesterett, en kan ikke sikre seg mot alle scenario. Måtte en det ville ikke adopsjon være mulig i noen tilfeller.

5.1.5 Identitet

Det skal tas hensyn til barnets identitet. Dette kommer til blant annet til uttrykk i FNs barnekonvensjons artikkel 7(1). Artikkelen gir barn rett til kjennskap om sine biologiske foreldre. Adopsjonsloven § 39 gir barn som er fylt 18 år, rett til å få opplysninger fra adopsjonsmyndighetene hvem som er deres opprinnelige forelder.

Identitet kan også være et moment for adopsjon, for at et barn skal kunne få identitetsfølelse i fosterfamilien. I Rt. 2015 s. 110 valgte fosterbarnet selv å bruke fosterfamiliens etternavn når han presenterte seg, noe som viste at barnet identifiserer seg som en del av familien.

En annen del av identitet er knyttet til barnets kulturelle bakgrunn. Denne skal ivaretas. Barnekonvensjonen legger føringer i artikkel 20(3) andre setning om hvilke vurderinger som skal tas for å finne riktig løsning for barnet. Det skal etter artikkelen tas hensyn til barnets «etniske, religiøse, kulturelle og språklige bakgrunn». I barnevernloven er dette momentet tatt inn i § 4-15 under valg av plasseringssted. Plasseringen kommer før en adopsjon, men kulturell bakgrunn kan likevel komme inn i vurderingen av hva som er til «barnets beste»⁴⁵.

Identitet kan tale for og imot adopsjon. Identitetshensyn gir rett til å vite hvor en kommer fra, men også en rett til å finne ut hvem barnet selv ønsker å identifisere seg som. Det bør så langt det er mulig prøve å finne fosterhjem som passer med barnets kultur.

⁴⁵ Dette var et av vurderingsmomentene i *Abdi Ibrahim v. Norway [J] 2019, no. 15379/16*. i EMD. Fylkesnemnda hadde vektlagt barnets særlige behov for stabilt miljø var viktigere enn å ta særlig hensyn til kulturell bakgrunn. Norge ble dømt for mangelfull beslutningsprosess og brud på EMK art. 8.

5.1.6 Barnets eget ønske

Hva barnet selv ønsker skal være med i vurderingen av hva som er barnets beste⁴⁶. Bvl. § 6-3 (1) gir barn «som er fylt 7 år, og yngre barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter, skal informeres og gis anledning til å uttale seg før det tas avgjørelse i sak som berører ham eller henne». Denne bestemmelsen harmonerer med bestemmelsen i barnekonvensjonens artikkel 12(1) som understreker at barn skal bli hørt i alle saker som berører dem. I adopsjonsloven § 9(2) er det fast slått at barn som er fylt 12 år ikke kan bli adoptert mot sin egen vilje.

I barnekonvensjonen er det ikke satt en alder for når meningen deres skal ha noe å si, det står i artikkel 12 at en skal «tillegge barnets synspunkter behørig vekt», etter bvl. § 6-3(1) andre setning heter det at «barnets mening skal tillegges vekt». Etter en alminnelig forståelse av ordlyden kan det forstås som at barnets stemme har mer å si etter barnekonvensjonen, enn i norsk rett.

I norsk rett er også barns rett til å bli hørt tatt inn i Grunnloven, Grl. § 104 stadfester at barn har «rett til å bli hørt i spørsmål som gjelder dem selv, og deres mening skal tillegges vekt» med hensyn til barnets alder og utvikling. Det at det er blitt tatt inn i Grunnloven styrker barns stemme i den nasjonale lovgivningen.

Det er helt klart at barnets mening skal få en betydning for saken. Barnet er hovedpersonen i sakene. Barna er de som lever livet som blir diskutert i sakene nasjonalt og i EMD. For å kunne treffe en avgjørelse som skal være til barnets beste er det helt avgjørende å høre deres perspektiv på saken. På den andre siden er det ikke sikkert at barnets mening er det som er til barnets egent beste. Barnets mening må vurderes opp mot de andre vurderingsmomentene.

5.2 Generelle og individuelle momenter

I rettspraksis skilles det mellom generelle momenter som taler for adopsjon for barn som er i samme situasjon, og spesielle og individuelle hensyn som er forankret i det konkrete barnet i den aktuelle situasjonen. Hva som inngår som generelle momenter og hvor stor vekt de skal

⁴⁶ HR-2020-1929-A avsnitt 80.

tillegges i den samlede vurderingen er tatt opp i flere Høyesterett dommer. I HR-2020-1929-A uttalte Høyesterett følgende:

*«Høyesterett har i ei rekkje saker har uttalt at forsknings- og erfaringsbasert oppfatning av kva som gjennomgåande er best for barn, må ha betydeleg vekt, men at det må gjerast ei konkret og individuell vurdering i kvar eikskild sak».*⁴⁷

Vurderingen må foretas for hvert enkelt barn, men noen av momentene kan være bygd på generell erfaring. Et eksempel på et generelt moment er at de fleste adopterte barn klarer seg bedre enn fosterhjemsbarn⁴⁸. Hvor mye de generelle erfaringene vil virke inn på avgjørelsen vil variere. I Rt. 2001 s.14 uttalte Høyesterett følgende:

*«Som utgangspunkt kan generelle antakelser – basert på sammenlignede undersøkelser av hvordan det er gått med fosterbarn som er adoptert i forhold til barn som ikke er det, eller som er tilbakeført til sine biologiske foreldre – ikke uten videre være avgjørende i et konkret tilfelle. I varierende grad vil slike generelle betraktninger måtte suppleres med spesifikke og individuelle forhold.»*⁴⁹

I Rt. 2007 s.561 avsnitt 50 uttalte Høyesterett:

*«Den sakkyndige i vår sak har uttrykt som en generell erfaring at fosterhjemsforhold ikke er å foretrekke når det gjelder langvarig plassering av barn som er kommet til fosterhjemmet før de har etablert tilknytning til noen biologisk forelder; her er adopsjon det beste for barnets utvikling. Etter min mening må en slik generell, men nyansert, erfaring veie tungt. Men uansett må også individuelle momenter – som kan veie mot eller for adopsjon – vurderes opp mot de generelle erfaringene.»*⁵⁰

I RT. 2015 s.110 avsnitt 61 viser Høyesterett til RT. 2007 s.561 for å argumentere for hvilken vekt tilknytningen til forsterfamilien skal få i vurderingen av om adopsjon er til det beste for barnet.

De generelle momentene har utviklet seg fra å være et bakteppe for hva en burde ha med i vurderingen, til å bli et tungtveiende argument. I HR-2020-661-S blir dette igjen vurdert.

⁴⁷ HR-2020-1929-A avsnitt 81.

⁴⁸ HR-2019-1272-A.

⁴⁹ Rt. 2001 s.14 s. 23.

⁵⁰ Rt. 2007 s.561 avsnitt 50.

Høyesterett trekker frem at adopsjon som alternativ til fosterhjem, ifølge forskning generelt kan bidra til en bedre utvikling hos barn. Høyesterett understreker at dette kan være fakta for enkelte barn, men det må foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle. Rettsstatus er i dag at en kan legge en viss tyngde på generelle momenter, men det må alltid vurderes opp mot den konkrete saken, og det konkrete barnet og dens behov.

6 Vektingen av prinsippene

6.1 Hensynet til barnets beste i EMDs praksis

EMK innehar ikke en egen bestemmelse om barnets beste. Det fremgår heller ikke direkte av ordlyden i EMK artikkel 8 at hensynet til barnets beste skal vektlegges, eller hvordan det skal vektlegges. Utgangspunktet er at EMD ikke foretar en selvstendig vurdering av hva som er barnets beste, det er først og fremst en oppgave for nasjonale myndigheter⁵¹.

I Strand Lobben-dommen uttalte EMD seg om avveiningen mellom hensynet til barnets beste og biologiske foreldres rett til familieliv. I Strand Lobben utalte EMD seg den generelle avveiningen:

«206. In instances where the respective interests of a child and those of the parents come into conflict, Article 8 requires that the domestic authorities should strike a fair balance between those interests and that, in the balancing process, particular importance should be attached to the best interests of the child which, depending on their nature and seriousness, may override those of the parents ...

207. Generally, the best interests of the child dictate, on the one hand, that the child's ties with its family must be maintained, except in cases where the family has proved particularly unfit, since severing those ties means cutting a child off from its roots. It follows that family ties may only be severed in very exceptional circumstances and that everything must be done to preserve personal relations and, if and when appropriate, to 'rebuild' the family...»⁵²

Her vektla EMD at det i utgangspunktet er i barnets interesse å vokse opp i sin biologiske familie, med mindre foreldrene er «*particularly unfit*». EMD trakk frem at brudd på familiene bare kan skje i «*very exceptional circumstances*», helt unntaksvis. Dette er i samsvar med norsk praksis hvor en først forsøker med hjelpetiltak i hjemmet før en går videre til mer inngripende tiltak⁵³.

⁵¹ Tidligere vist i kapittel 2.1.1.

⁵² *Strand Lobben and others v. Norway [GC] 2019 no. 37283/13* avsnitt 206–207.

⁵³ Tidligere gjennomgang av minste inngreps prinsipp i kapittel 3.3.

Videre i Strand Lobben-dommen uttalte EMD:

«On the other hand, it is clearly also in the child's interest to ensure its development in a sound environment and a parent cannot be entitled under Article 8 to have such measures taken as would harm the child's health and development...»⁵⁴

Her legger EMD frem den andre siden. EMD fremhever at det generelt er i barns interesse å sikre dem et sunt miljø. Foreldrene skal ikke kunne kreve at det blir satt inn tiltak som er til skade for barnets «*health and development*». Ut over disse to hovedelementene, kan det utledes fra EMDs praksis at det er en konkret vurdering av hvert enkelt tilfelle for å vurdere hva som er til barnets beste⁵⁵.

Av avsnitt 206 i Strand Lobben-dommen fremgår det at det må foretas en «*fair balance*» av hensynene som taler for barnets beste. Prinsippet om en rimelig balanse er også lagt til grunn i tidligere EMD avgjørelser⁵⁶. EMD har uttalt at barnets beste skal veie tungt, og at det kan veie tyngre enn hensynet til foreldrene under enkelte omstendigheter⁵⁷. Et sentralt poeng er å foreta en grundig avveining mellom barnets og biologiske foreldres interesser. I Strand Lobben-dommen var dette et av de forhold EMD bemerket som mangelfull. I avgjørelsen uttalte EMD følgende:

«The Court is fully conscious of the primordial interest of the child in the decision-making process. However, the process leading to the withdrawal of parental responsibilities and consent to adoption shows that the domestic authorities did not attempt to perform a genuine balancing exercise between the interests of the child and his biological family (see paragraphs 207 and 208 above), but focused on the child's interests instead of trying to combine both sets of interests, and moreover did not seriously contemplate any possibility of the child's reunification with his biological family.»⁵⁸

⁵⁴ *Strand Lobben and others v. Norway [GC] 2019 no. 37283/13* avsnitt 207.

⁵⁵ Norges intuisjon for menneskerettigheter, «Hvorfor dømmes Norge i EMD?», publisert 21. desember 2020 s. 29.

⁵⁶ HR-2020-661-S

⁵⁷ *Strand Lobben and others v. Norway [GC] 2019 no. 37283/13* avsnitt 206.

⁵⁸ *Strand Lobben and others v. Norway [GC] 2019 no. 37283/13* avsnitt 220.

EMDs praksis viser at hensynet til barnets beste i stor grad er inspirert av FNs barnekonvensjon. Flere av momentene de benytter er de samme momentene som barnekomitéen har utformet. Utgangspunktet er at EMD ikke går inn og overprøver materielt norske myndigheters vurderinger av hva som er barnets beste⁵⁹. Skjønnsmarginen til norske myndigheter blir imidlertid mindre desto mer inngripende tiltakene er. Dette kommer til uttrykk i rettspraksis, i HR-2020-661-S uttalte Høyesterett:

«Jeg tilføyer at ved fratakelse av foreldreansvar og adopsjon har statene en snevrere skjønnsmargin enn ved omsorgsovertakelse, det vil si at EMD vil utøve «[a] stricter scrutiny», jf. blant annet Strand Lobben-dommen avsnitt 211.»⁶⁰

6.2 Den konkrete avveiningen

I det følgende vil jeg se nærmere på et utvalg av saker fra EMD. Jeg vil kartlegge hvordan EMD har vektet prinsippene mot hverandre, og hvor inngående de har overprøvd den skjønsmessige vurderingen. Er det slik at EMD bare vurderer det prosessuelle? Har det vært en utvikling i praksisen? Jeg vil se på hva de faktisk overprøver i sakene.

Dommen om Adele Johansen⁶¹ fra 1996 har hatt stor betydning for utviklingen og forståelsen av barnets beste. Johansen og hennes nyfødte datter ble skilt kun seks dager etter fødsel. Mor søkte etter hvert samværsrett, men jentas fosterforeldre ønsket adopsjon og fikk medhold. EMD vurderte saken annerledes og mente det forelå brudd på EMK artikkel 8. I saken oppstilte EMD et krav om at adopsjon bare kan skje i «exceptional circumstances»⁶², sammen med kravet om at det må foreligge «særlig tungtveiende grunner». Kravet om «særlig tungtveiende grunner» er brukt av EMD både pre og post Johansen-dommen. Spørsmålet er om de legger til et ekstra vilkår ved at de krever at omstendighetene tilsier «ekstraordinære tilfeller». Dommen går ikke videre inn på hva som ligger i kravet «ekstraordinært tilfelle». Den situasjonen barn befinner seg i når de er plassert i langvarige fosterhjems plasseringer er

⁵⁹ «Hvorfor dømmes Norge i EMD?» s. 32.

⁶⁰ HR-2020-661-S avsnitt 100.

⁶¹ *Johansen v. Norway [J] 1996 no. 17383/90.*

⁶² *Johansen v. Norway [J] 1996 no. 17383/90) avsnitt 78.*

en ekstraordinær situasjon. Det er ikke normalen eller det man forsøker først. I Rt. 2007 s.561 blir nettopp dette poengtert. Høyesterett bemerket:

«Jeg ser det i alle fall som uklart hva kravet nærmere skulle innebære; langvarige fosterhjems plasseringer vil gjerne forekomme nettopp når barnet er i en slik situasjon som man ellers vil betegne som ekstraordinær. Etter min mening kan det neppe utledes mer av EMDs praksis enn at adopsjon krever særlig tungtveiende grunner.»⁶³

EMD selv gikk bort fra vurderingen om «ekstraordinære tilfeller» da de ikke oppstilte kravet i avvisningssaken fra 2002⁶⁴. Det vi står igjen med er at det må foreligge «særlige tungtveiende grunner» for at adopsjon skal kunne gjennomføres.

I Johansen-dommen fra 1996 var det selve fratakelsen av foreldreansvaret og besøksrett domstolen mente var brudd på artikkel 8 i EMK. EMD mente norske myndigheter hadde overskredet sin «*margin of appreciation*»⁶⁵. EMD gikk inn og begrenser norske myndigheters skjønnsmargin. De fraviker utgangspunktet om at de ikke skal gå inn i den skjønnsmessige vurderingen. Det er vist til ovenfor at skjønnsmarginen blir mindre jo mer inngripende tiltaket er. Her er det svært inngripende tiltak og dermed vil skjønnsmarginen lettere bli overskredet. EMD foretok en vurdering på av at barnet ikke mister kontakt med fosterfamilie selv om adopsjon ikke kunne gjennomføres. EMD vurderte forhold hos den biologiske mor og peker på at den på avgjørelsestidspunktet hadde bedret seg. EMD mente at norske myndigheter hadde lagt for mye vekt på biologisk mor sitt forhold til hennes andre barn. Her foretok EMD en skjønnsmessig vurdering. De vurderte hensynene annerledes enn norske myndigheter. EMD fremhevet at opphør av besøksrett og fratakelse av foreldreansvar ikke var tilstrekkelig rettferdiggjort. Dette kan være en annen måte å formulere at det ikke var «særlig tungtveiende grunner» som talte for adopsjon. Selv om norske myndigheter kom frem til at det var grunner for adopsjon, ble ikke disse oppfattet som dekkende av kravet om «særlig tungtveiende grunner».

Johansen-dommen hadde stor betydning for det norske barnevernet. Dommen illustrere EMDs vurdering av betydningen av eksisterende relasjon mellom barn og foreldre, og hvor viktig EMD mener at denne er for barnet.

⁶³ RT. 2007 s.561 avsnitt 51.

⁶⁴ *Johansen v Norway [A] 2002 no. 12750/02.*

⁶⁵ *Johansen v. Norway [J] 1996 no. 17383/90,*) avsnitt 84.

En annen sentral avgjørelse fra EMD er Strand Lobben-dommen.⁶⁶ I Strand Lobben-dommen⁶⁶ fra 2019 var det spørsmål om barnets og biologisk mors rett til familieliv etter EMK artikkel 8 var krenket. Saken omhandler en mor som oppsøkte hjelp hos myndighetene, hun ble plassert på et senter for barn og foreldre. Sentret var bekymret for omsorgsevnen. Da mor etter tre uker ikke lenger ønsket veiledning ble barnet akutt plassert utenfor hjemmet i medhold av bvl. § 4-6(2). Akuttvedtaket ble fulgt opp med begjæring om omsorgsovertakelse som ble tatt til følge. Året etter fremmet mor krav om tilbakeføring av barnet, subsidiært ønsket hun mer samvær. Barneverntjenesten framsatte krav om fratakelse av foreldreansvaret og adopsjon. Subsidiært ba barneverntjenesten om at mor skulle nektes samvær. Fylkesnemnda tok barneverntjenestens begjæring til følge. Det ble fattet vedtak om fratakelse av foreldreansvar og adopsjon. Mor brakte fylkesnemndas vedtak inn til tingretten for rettslig prøving. Tingretten stadfestet fylkesnemndas vedtak. Mor anket tingrettens dom til lagmannsretten, men anken førte ikke frem. Anke til Høyesterett ble nektet fremmet.

I første behandling hos EMD i 2017 kom de frem til, under dissens 4-3, at det ikke forelå krenkelse av artikkel 8. Saken ble så bragt inn for EMDs storkammer i 2018. Det ble konkludert med at norske myndigheter hadde brutt mor og barns rett til familieliv, dissens 13-4. Flertallet hadde ulike begrunnelser.

EMD vurderte først hvilke vedtak som kunne tas i betraktning. EMD kom frem til at de ikke hadde kompetansen til å behandle klagepunktene som gjaldt spørsmål knyttet til lagmannsrettens avgjørelse. EMD fremhevet likevel at ved vurderingen av spørsmål knytt til fratakelse av foreldreansvar og samtykke til adopsjon måtte sakskomplekset ses i sammenheng.

Syv av dommerne mente det var svakheter i beslutningsprosessen i forbindelse med adopsjonsvedtaket. Seks av dommerne anla en bredere og mer materiell vurdering av hele barnevernssaken helt fra omsorgsovertakelsen. Mindretallet på fire dommere mente at det ikke var en krenkelse av artikkel 8. Igjen var det i den prosessuelle delen EMD oppgav at de var uenig med norske myndigheter.

⁶⁶ *Strand Lobben and others v. Norway [GC] 2019 no. 37283/13.*

I Strand Lobben gjentar EMD at det for å kunne frata foreldreansvar må foreligge «*exceptional circumstances*» og legger til at det må være «*an overriding requirement*» av hensynet til barnets beste⁶⁷. Det blir heller ikke i denne saken uttrykt ytterligere hva som ligger i kravet «*exceptional*». I HR-2020-661-S presiser Høyesterett vurderingsnormen ved adopsjon. Høyesterett utalte:

«Det må foreligge så tungtveiende grunner for adopsjon fremfor fortsatt fosterhjems plassering at de rettferdiggjør at familiebandene kuttes helt.»⁶⁸

Igjen velger Høyesterett å benytte «*særlig tungtveiende grunner*». Dette kan være fordi EMD ikke utdyper hva som ligger i «*exceptional*». Høyesterett har en etablert praksis som de velger å beholde. Når EMD i tillegg velger å benytte «*very exceptional*»⁶⁹ når de skal si noe om terskelen for omsorgsovertakelse virker dette noe upresist. Adopsjon er mer inngripende enn omsorgsovertakelse, men her lå EMD til «*very*» i vurderingsnormen av et mindre inngripende tiltak. Dette kan gi noe uenighet om terskelen for omsorgsovertakelse skulle ses som hevet. I HR-2020-1788-A konkluderer Høyesterett med:

«dagens terskel for omsorgsovertakelse kan videreføres.»⁷⁰

At EMD varierer i sin språkbruk mener jeg er uheldig, det kan skape mer misforståelse. Høyesterett unngår å bruke «eksepsjonelle grunner», men holder fast på den praksis de har, det må for adopsjon foreligge «*særlig tungtveiende grunner*».

Storkammeret bemerket at hensynet til barnets beste skal ha en grunnleggende plass i vurderinger som gjelder barn. Problemet i Strand Lobben var at det var lagt for mye vekt på hensynet til barnet, dermed var det ikke foretatt en «*fair balance*». Norske myndighetene hadde latt barnets beste få mer vekt enn hensynet til biologiske foreldre. Myndighetene vurderte ikke utsiktene til gjenforening på et senere tidspunkt. Tingretten hadde heller ikke tatt med i vurderingen at mors omsorgssituasjon hadde endret seg. Hun hadde giftet seg og hadde fått et barn til som hun hadde omsorgen for. Tingretten selv argumenterte med at barnet var særlig sårbart. Dette bemerket EMD, men påpeker at det skulle vært en utdypning av hva som gjør barnet særlig sårbart. Hvorfor var barnet fortsatt i en særlig sårbar posisjon selv om

⁶⁷ *Strand Lobben and others v. Norway [GC] 2019 no. 37283/13*, avsnitt 19.

⁶⁸ HR-2020-661-S avsnitt 110.

⁶⁹ *Strand Lobben and others v. Norway [GC] 2019 no. 37283/13*, avsnitt 207.

⁷⁰ HR-2020-1788-A avsnitt 63.

han hadde bodd i fosterhjem siden han var tre uker gammel? Det var behov for en bedre kartlegging av barnets sårbarhet, særlig grunnet sakens alvor.

Storkammeret bemerket seg så at det var svært begrenset kontakt mellom biologisk mor og barnet. Fylkesnemnda og lagmannsretten hadde basert seg på at plasseringen i fosterhjem ville bli langvarig. Samværet var fastsatt ut i fra det formål at barnet skulle ha kjennskap til sine røtter, ikke for gjenforening. Norske myndigheter prøvde heller ikke å legge til rette samværene for å skape bedre kontakt mellom biologisk mor og barn. Det var heller ikke utarbeidet nye rapporter eller oppnevnt nye sakkyndige for å vurdere morens situasjon når adopsjonsspørsmålet ble vurdert.

EMD holder fast ved og fremhevet at omsorgsovertakelse skal være midlertidig. Dette gjenspeiles i deres argumentasjon. Gjenforeningsformålet har vært presisert flere ganger i EMDs praksis, det skal være det overordnende formålet når omsorgsovertakelse har skjedd. I Strand Lobben-dommen var det dette brukt som argument for samværene. Selv om det ikke er sannsynlig at gjenforening kan skje eller at det vil ligge langt frem i tid, burde samværene være satt med den intensjonen å gjenforene barn og biologiske foreldre. EMD har sagt at gjenforeningsformålet kan fravikes i helt spesielle tilfeller. Dette har også Høyesterett tatt til følge blant annet i Rt. 2014 s. 976 hvor de viser til Adele Johansen-dommen fra 1996.

Høyesterett uttalte:

«I avsnitt 47 i sistnevnte dom pekes det på at EMD i Adele Johansen-dommen fra 1996 [EMD-1990-17383] uttalte at det ved avgjørelser i barnevernssaker ikke skal treffes tiltak som vil skade barnets helse og utvikling. Men tiltak som ikke er i samsvar med et mål om gjenforening mellom foreldre og barn, noe som vil gjelde ved nektelse av samvær, bør bare anvendes i «ekstraordinære tilfeller» og bare «hvis de er motivert av et dominerende hensyn til barnets beste». Med utgangspunkt i EMDs avgjørelser har Høyesterett lagt til grunn at det kreves spesielle og sterke grunner for å nekte samvær.»⁷¹

Dette viser at skulle de i Strand Lobben ha fraveket formålet om gjenforening må det ligge «ekstraordinære tilfeller» og det måtte være grunnet i et «dominerende hensynet til barnets beste». Når de her fraviker det uten noen dypere utredning gir det ikke en rettferdig balanse

⁷¹ Rt. 2014 s. 976 avsnitt 36.

mellom hensynet til det biologiske prinsipp og barnets beste. Videre viste Høyesterett at samvær ble satt for at barnet kunne ha kjennskap til sine røtter. Samvær har en egenverdi også tilfeller der gjenforeningsformålet er forlatt⁷². Hadde de i Strand Lobben argumentert med at gjenforeningsformålet var fraveket, for så å begrunne samvær med å holde kontakt med røttene sine ville det vært mer i tråd med hva EMD ønsker. Det ville kanskje gitt samme utfall i antall samvær, men med bedre støtte i vurderingen.

Saken har ikke oppdaterte sakkyndigrapporter. To psykologer, som tidligere hadde utarbeidet sakkyndigrapporter, var ført som vitne ved adopsjonssaken. For å sikre en så godt opplyst sak som overhodet mulig burde det tas nye vurderinger. Dette for å bedre kunne bedømme mors omsorgsevne på det tidspunktet adopsjonsspørsmålet fremkom. EMD fremhevet at nasjonale domstoler har et ansvar for å sørge for oppdatert materiale.

I vurderingen av hva som er til barnets beste kan et argumentasjonsmoment være at barn er ekstra sårbart og for eksempel har større behov for stabilitet. I Aune-dommen fra 2010⁷³, ble det ikke konstatert brudd på EMK artikkel 8 (dissens 4-3). Aune-dommen går igjennom hva som gjør barnet sårbart, hva som utløser sårbarheten, og hvordan adopsjon kunne gi barnet stabilitet og trygghet. Aune-dommen går mye tydeligere igjennom barnets sårbarhet enn norske myndigheter hadde gjort i Strand Lobben. Aune-dommen gir et klart bilde på hvor sentralt vurderingstema om barnets sårbarhet er. Strand Lobben mangler dette, det kan virke noe tilfeldig bruk av karakteristikken sårbar. Selv om barnet kanskje var særlig sårbar ville en grundigere gjennomgang betydd at en fikk en mer balansert vurdering av barnets beste opp mot det biologiske prinsipp.

En siste sak jeg vil se nærmere på er Pedersen og andre fra 2020⁷⁴ (fra nå benevnt Pedersen-dommen). Saken omhandler et foreldrepår som hadde psykiske utfordringer. Paret klarte ikke å gi barnet den omsorgen som det behøvde. Mor og barn fikk etter noen måneder et opphold på senter for barn og foreldre, som et tiltak for mulig tilbakeføring. Barnet fikk en negativ utvikling og mor hadde mangler i sin omsorgsevne. Barnet ble plassert i fosterhjem. Samvær ble satt til to ganger i året à to timer. Grunnen for fastsettingen av samvær var at plasseringen ville være langvarig og at barnet reagerte negativt på samvær.

⁷² HR-2020-662-S avsnitt 135.

⁷³ *Aune v. Norway [J] 2010 no. 52502/07.*

⁷⁴ *Pedersen and others v. Norway [J] 2020 no. 39710/15.*

Noen år senere begjærte foreldrene tilbakeføring av barnet. Barnevernet begjærte at de skulle fratas foreldreansvaret og at det skulle gis samtykke til åpen adopsjon. Fylkesnemnda og tingretten tok barneverntjenestens begjæring til følge. Lagmannsretten opphevet tingrettens dom, men opprettholdt omsorgsovertakelsen. Saken kom inn for Høyesterett, de opprettholdt tingrettens avgjørelse. Høyesterett baserte sin avgjørelse på at barnet hadde fått sterke bånd til sine fosterforeldre, å flytte barnet kunne være skadelig. Det var liten tilknytning til biologiske foreldre. Fosterforeldrene hadde samtykket til åpen adopsjon, slik at besøkskontakt mellom barnet og biologiske foreldre ville være mulig og kunne gi barnet kjennskap til sin etniske bakgrunn. Barnet var særlig sårbart og hadde behov for trygghet, stabilitet og forutsigbarhet.

EMD mente Høyesterett sin begrunnelse bygget på relevante momenter i henhold med EMDs praksis. I avgjørelsen blir det fremhevet at det ikke alltid kan legges avgjørende vekt på at foreldrene har gjenvunnet omsorgsevnen. Barnet hadde her fått et familieliv sammen med sine fosterforeldre. EMD minnet om at de forsøker å avstå veiingen av hva som er til barnets beste i spørsmål om langvarig fosterhjem eller adopsjon.

EMD mente de ikke kunne vurdere saken bare utfra Høyesterettsavgjørelsen, saken måtte avgjøres som et hele. EMD bemerket at det blir gitt lite samvær fra starten av, så lite samvær at det virker som om de har gitt opp gjenforeningsmålsettingen. Saken ble ganske låst når det strenge samværsregime ble innført. Det er sannsynlig at barnet ville knytte seg mer til fosterforeldrene og at biologiske foreldre blir fremmed for barnet, dette vil vanskeliggjøre en fremtidig tilbakeføring. Det ville være vanskelig å bedømme biologiske foreldres omsorgsevne med så lite samvær. Når adopsjonsspørsmålet kom var omsorgsevnen til biologiske foreldrene bedret seg. Foreldrene krevde ikke tilbakeføring, Høyesterett kunne besluttet å fortsatt ha barnet i fosterhjem. Da ville gjenforening fremdeles være en mulighet i fremtiden. EMD mente at besøkskontakten som her var bestemt vil kunne virke inn på adopsjonsspørsmålet, men i denne saken ville ikke dette være tilstrekkelig for å følge barnets utvikling og skape en meningsfull relasjon. EMD mente norske myndigheter hadde lagt for lite vekt på at omsorgsovertakelser skal være midlertidige, og at de hadde forsømt sin positive plikt til å vedta tiltak som kan gi gjenforening mellom barn og biologiske foreldre.

Igjen blir det kritisert at norske myndigheter ikke tar nok hensyn til gjenforeningsformålet. Norske myndigheter kan fravike gjenforeningsformålet, men det må grunngis. Problemet var at de ikke eksplisitt uttalte seg om det. Det ble helt fra starten av satt svært lite samvær, med grunngivning om langtidsplassering og at barnet reagerte negativt. EMD har gjentatt i flere

avgjørelser at samvær ikke kan settes slik at barnet blir utsatt for «*undue hardship*». EMD mente at norske myndigheter hadde låst saken ved å gi så lite samvær som de her hadde gjort. Her kan en spørre seg om EMD vektet gjenforeningsformålet tyngre enn norske myndigheter. Grunnen til lite samvær var blant annet at barnet hadde negative reaksjoner etter samvær, dette vil si at mer samvær kan utsette barnet for «*undue hardship*».

EMD påpekte at lite samvær kan være grunnen til manglede kontakt mellom barn og biologiske foreldre. Barnet ville knytte seg mer til fosterforeldre enn biologiske foreldre. Når et barn blir plassert i fosterhjem, særlig så ungt som her, vil barnet uansett lettere få tilknytning til fosterforeldre. Det er her barnet har hverdagen sin, om barnet skulle få like god kontakt med biologiske foreldre ville det krevd svært mye samvær. Det virker som om EMD prøver å skylde manglede kontakt mellom barn og biologiske foreldre på norske myndigheter. Det er redegjort for at om det er myndighetenes skyld i manglede kontakt, så skal ikke dette være et avgjørende moment i vektingen for eller mot adopsjon.

7 Avsluttende refleksjoner

Helt avslutningsvis vil jeg komme med noen refleksjoner om hvordan jeg mener EMDs praksis påvirker terskelen for adopsjon.

I sakene jeg har gjennomgått mener EMD at norske myndigheter ikke legger nok vekt på gjenforeningsformålet. Norske myndigheter gir ikke det biologiske prinsipp den vekten det burde ha. Jeg tenker at dette ikke nødvendigvis er tilfelle. Gjenforeningsformålet er helt sentralt i det norske barnevernet. Det har vært et grunnprinsipp som alltid ligger i bunn. Dette støttes også i storkammer kjennelsen HR-2020-661-S, Høyesterett uttalte:

*«I norske avgjørelser ligger hensynet til familiebånd en del ganger mer som en underforstått og delvis ikke uttalt forutsetning, mens hensynet til barnets beste trer tydeligst frem, selv om Høyesterett i sine avgjørelser som nevnt har understreket betydningen av de familiemessige bånd».*⁷⁵

Selv om det kan virke som om EMD krever mer for å fravike prinsippet om gjenforening med hensyn til det biologiske prinsipp enn norske myndigheter tror jeg ikke det er tilfelle. Kritikken fra EMD kunne vært unngått ved å eksplisitt vurdere prinsippet i hvert enkelt tilfelle. Det kreves at beslutningstaker på en grundig måte viser hvorfor beslutningstaker i det konkrete tilfellet mener at det er grunnlag for å fravike gjenforeningsformålet til barnets beste. Beslutningstaker må synliggjøre bredden i vurderingen på en grundigere måte.

Dernest kan en stille seg spørsmål om det om det alltid må tas hensyn til gjenforeningsformålet. Kan det ikke tenkes at noen situasjoner er så alvorlig at det på et forholdsvis tidlig tidspunkt er grunnlag for å konkludere med at gjenforening aldri vil være aktuelt? EMD er tydelig på at omsorgsovertakelse skal i utgangspunktet være midlertidig. Det er kun i «eksepsjonelle» tilfeller at dette kan fravikes. Problemstillingen blir tatt opp i en artikkel fra Juridika⁷⁶, her reflekter Søvig og Tjelmeland litt rundt Strand Lobben-dommen. De tar opp spørsmålet om gjenforeningsformålet er absolutt, her står det:

«EMD fastholder i dommen sitt prinsipielle utgangspunkt om at omsorgsovertakelse skal være et midlertidig tiltak. Dette var ventet gitt at denne tilnærmingen er solid forankret i

⁷⁵ HR-2020-661-S avsnitt 85.

⁷⁶ Karl Harald Søvig og Marit Ellingsen Tjelmeland, [«Strand Lobben mot Norge – noen refleksjoner»](#), *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål* 2019/4, [Juridika](#) (kopiert 04. juni 2021).

EMDs egen praksis. Vi mener likevel at det er grunn til å diskutere om dette utgangspunktet er absolutt. Enkelte foreldre vil ha begått så grove overgrep at en tilbakeføring i overskuelig tid er uaktuelt. Dernest har barn behov for stabilitet. Barna vi her snakker om, vil ha vært utsatt for omsorgssvikt, og å ha tilbakeføring som siktemål straks barna har flyttet i fosterhjem, kan gi utrygge oppvekstvilkår.»⁷⁷

Jeg er enig i at det burde kunne gjøres unntak fra utgangspunktet. I noen tilfeller vil det være så tydelig at tilbakeføring aldri vil kunne gjennomføres uten å utsette barnet for skade. På den andre siden er det viktig at det ikke blir en standardisering ved når det er behov for langtidsplassering. Ved å gjennomgå gjenforeningsprinsippet kan en sikre at ikke noe blir oversett i en rettsprosess. Samtidig kunne det å fravike prinsippet på et tidligere stadige være til barnets beste. Barn som lever i fosterhjem kan komme i en lojalitetskonflikt, gjenforeningsformålet fører med seg tiltak som gjør at barn ikke vet hvem de skal ha som trygghetspersoner. Barn som er utsatt for omsorgssvikt har særlig behov for ro og stabilitet for å kunne skape tilknytning til fosterfamilien. Jeg tror absolutt at det kan ligge en diskusjon her, men jeg tror det blir vanskelig å endre uten å trosse EMDs praksis.

Jeg ønsker også å bemerke at EMD aldri møter barna. Stort sett kjenner EMD bare saken gjennom dokumenter. Hadde barnet fått en uavhengig representant i domstolen ville kanskje vektingen mellom prinsippene kommet tydeligere frem. Det strider mot det internasjonale prinsippet om at barn skal bli hørt i alle saker som gjeler dem selv når de ikke får en egen representant⁷⁸. EMK gjeler for alle mennesker, også barn. Jeg mener at barn som er gjort til klagepart burde få en mer synlig stilling i EMDs avgjørelser. Jeg tror dette ville gitt barn en mer tydelig stilling i EMD enn de har i dag.

Et annet moment som er verdt å merke seg er at det går lang tid før EMD kommer inn i saken. Da kan situasjonen være en helt annen enn den var når norske myndigheter behandlet saken. EMD har ikke samme mulighet som norske myndigheter til å innhente sakkyndige uttalelser eller andre undersøkelser. I de sakene jeg har sett på har EMD belaget seg på begrunnelser som er gitt i norske domstolen, og det er disse begrunnelsene som blir vurdert som mangelfulle. Spørsmålet er om EMD faktisk godtar begrunnelsene om de hadde vært mer utfyllende enn de var. Professor Søvig har i «*Kommentar til høstens barnevernssaker mot*

⁷⁷ Karl Harald Søvig og Marit Ellingsen Tjelmeland, «[Strand Lobben mot Norge – noen refleksjoner](#)», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål* 2019/4, [Juridika](#), side 7.

⁷⁸ «Hvorfor dømmes Norge i EMD?» s. 61.

Norge»⁷⁹, oppgitt at han selv at han ikke tror at mer utførlige begrunnelser vil overbevise EMD om at tiltakene myndighetene har foretatt er forholdsmessig. Jeg er enig at jeg ikke tror det vil ha innvirkning på hvordan EMD vekter prinsippene, men med en bedre begrunnelse ville en kanskje fått frem eventuelle forskjellige forståelser enda tydeligere. Hadde begrunnelsene vært bedre begrunnet måtte EMD sagt mer om hvorfor de mener norske myndigheter ikke foretar en balansert nok avveining. Utdype hvorfor det ikke er nok med norske myndigheters begrunnelser, til å fravike det biologiske prinsipp.

Søvig uttaler videre at han føler at barna har havnet i bakgrunnen. Barnets beste kommer ikke like tydelig frem i EMDs praksis. Jeg syns også EMD har et veldig fokus på de biologiske foreldrene og kommer med flere argumenter for hvorfor deres rett til familieliv er krenket, men foretar ikke alltid selv en rettfærdig avveining opp mot hva som er til det beste for barnet. EMD er mer opptatt av å forsikre seg om at gjenforeningsformålet er opprettholdt. Selv når de i Strand Lobben trekker frem at barnet hadde negative reaksjoner etter samvær mener de at det er for lite samvær. EMD ønsker at samvær skal beskytte, styrke og utvikle familiebåndene. I sin artikkel peker Søvig på at det å styrke og utvikle familiebånd med samvær vil være vanskelig selv med mye samvær⁸⁰. Dette var jeg innpå i siste avsnitt i kapittel 6.1. Jeg tror at samvær kan beskytte familiebånd, opprettholde det man har. Det å utvikle og styrke et trygt forhold krever mye kontakt over lenger tid og trygghet for å kunne oppnå.

Jeg mener at det forholdet barna får i fosterfamilien også må få en tydelig rolle i vurderingen. Barnas trygge base har gjerne vært nettopp hos fosterfamilien, kanskje i flere år. I bvl. § 4-21 er det fastslått at tilbakeføring ikke kan skje om barnet har fått en slik tilknytning til det miljøet det er i at det kan skade barnet. Jeg syns det er et sentralt vurderingstema som kan gi tyngde til argumentasjonen for adopsjon. EMD peker flere ganger på den manglede kontakten mellom barn og biologiske foreldre, hvor de trekker frem at norske myndigheter ikke har gjort nok for å sikre tilknytning. Det er lite vekt på hvilken tilknytning barnet har til fosterfamilien.

I starten av oppgaven var jeg innpå at vi i Norge har et verdisyn på barn som gjør dem til egne rettssubjekt. Den nye barnevernsloven som kommer har som mål å sette barns behov i

⁷⁹ Karl Harald Søvig, «Kommentar til høstens barnevernssaker mot Norge», *Innsikt*, publisert 09.01.2020. Juridika, <https://juridika.no/innsikt/kommentar-til-høstens-barnevernssaker-mot-norge> (lest 04.juni 2021).

⁸⁰ Søvig, «Kommentar til høstens barnevernssaker mot Norge».

sentrum⁸¹, dette styrker det synet vi har på barn som egne rettssubjekt. Hva som er til barnets beste er et dynamisk tolkningsmoment. Det har endret seg mye de siste årene og vil endre seg igjen i fremtiden. Om vi tolker hva som er barnets beste likt i hele verden er ikke sannsynlig. Slik jeg ser det må det mye til for å få adopsjon godkjent i EMD. De verdsetter det biologiske prinsipp svært høyt. Selv om de skal vekte barnets beste på en rettferdig måte syns ikke jeg at dette kommer til uttrykk i deres avgjørelser. Jeg tror det blir særlig viktig med god argumentasjon for alle avgjørelser, at norske myndigheter i enda større grad enn tidlige må vise veiingen og forklare sin tankegang gjennom hele prosessen. På denne måten vil eventuelle avgjørelser fra EMD få et grundigere utgangspunkt og kanskje kan vi få enda mer forståelse for vektingen fra EMD.

⁸¹ Regjeringen, «Styrker rettssikkerheten til barn og foreldre», publisert 09. april 2021. <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/ny-barnevernslov/id2843407/>.

Litteraturliste

Lovregister

Grunnloven av 17. mai 1814 (Grunnloven)

Lov om behandling av forsømte børn av 6. juni 1895 (vergemålsloven) (opphevet)

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

Lov om barneverntjenester av 17. juli 1992 nr. 100 (Barnevernloven, bvl.)

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

Lov om adopsjon av 16. juni 2017 nr. 48 (adopsjonsloven)

Konvensjoner

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) vedtatt 4. november 1950.

FNs konvensjon om barnets rettigheter (barnekonvensjonen) vedtatt 20. november 1989

Høyesterettsavgjørelser

Rt. 1987 s. 52

Rt. 1990 s. 1274

Rt. 1991 s. 557

Rt. 2001 s. 14

Rt. 2007 s. 561

Rt. 2014 s. 976

Rt. 2015 s. 110

Rt. 2015 s. 1107

HR-2018-1720-A

HR-2019-1272-A

HR-2020-661-S

HR-2020-662-S

HR-2020-1929-A

HR-2021-475-A

Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD)

Johansen v. Norway [J] ECHR:1996:0807JUD001738390

Johansen v. Norway [A] ECHR:2002:1010DEC001275002

Neulinger and Shuruk v. Switzerland [GC] ECHR:2009:0108JUD004161507

Aune v. Norway [J] ECHR:2010:1028JUD005250207

Strand Lobben and others v. Norway [GC] ECHR:2019:0910JUD003728313

Abdi Ibrahim v. Norway [J], ECHR:2019:1217JUD001537916

Pedersen and others v. Norway [J] ECHR:2020:0310JUD003971015

Forarbeider og etterarbeider

(oppført etter utgivelsesdato)

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

Om lov om barneverntjenester

Ot. Prp. Nr. 45 (2002-2003)	Om lov om endring i menneskerettsloven mv. (innarbeiding av barnekonvensjonen i norsk lov)
Ot.prp.nr.69 (2008-2009)	Om lov om endring i barnevernloven
Prop. 7 L (2009-2010)	Endring i adopsjonsloven og barnevernloven
Prop.88 L (2016-2017)	Endringer i barnevernloven (barnevernsreformen)
NOU: 2012:5	Bedre beskyttelse av barns utvikling
NOU: 2016:16	Ny barnevernslov

Bøker

Lindboe, Knut. *Barnevernrett*. 5. utg. Universitetsforlaget, Oslo, 2008.

Høstmælingen, Njål, Kjørholt, Elin Saga og Sandberg, Kristen. *Barnekonvensjonen – barns rettigheter i Norge*. 2 utg. Universitetsforlaget, Oslo, 2013.

Artikler og andre kilder

Bårdsen, Arnfinn, *Barnekonvensjonen i Høyesteretts praksis*, 1. november 2016, Barnerettsdagen JUS, Oslo (lest 10. mars 2021). DOI:

<https://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/artikler-og-foredrag/barnerettsdagen-2016.pdf>

Norges intuisjon for menneskerettigheter, «Hvorfor dømmes Norge i EMD?», publisert 21. desember 2020. DOI: <https://www.nhri.no/wp-content/uploads/2020/12/Rapport-hvorfor-dommes-norge-i-emd-web.pdf>

Regjeringen, «Styrker rettssikkerheten til barn og foreldre», publisert 09. april 2021. DOI: <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/ny-barnevernslov/id2843407/>

Karl Harald Søvig, «Kommentar til høstens barnevernssaker mot Norge», *Innsikt*, publisert 09.01.2020. *Juridika*, DOI: <https://juridika.no/innsikt/kommentar-til-høstens-barnevernssaker-mot-norge> (lest 04.juni 2021)

Karl Harald Søvig og Marit Ellingsen Tjelmeland, «[Strand Lobben mot Norge – noen refleksjoner](#)», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål* 2019/4, *Juridika* (kopierte 04. juni 2021)