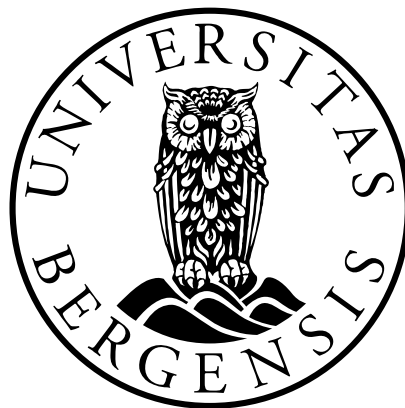


Barnets beste ved avgjørelser om omsorgsovertakelse etter barnevernloven

Kandidatnummer: 192

Antall ord: 14058



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

01.06.2016

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	3
1. Bakgrunn for oppgaven	4
1.1 Oppgavens tema og aktualitet	4
1.2 Problemstilling	4
1.3 Avgrensninger	5
1.4 Metode og kildebruk	5
1.5 Videre fremstilling	7
2. Grunnleggende hensyn og prinsipper i barnevernretten	8
2.1 Generelt	8
2.2 Lovens formål og legalitetsprinsippet	8
2.3 Det mildeste inngreps prinsipp	9
2.4 Det biologiske prinsipp	9
2.5 Barnets medvirkning	10
3. Barnets beste	12
3.1 Generelt	12
3.2 Grunnloven	13
3.3 FNs Barnekonvensjon	14
3.4 Den europeiske menneskerettskonvensjon	16
3.5 Barnevernloven	17
3.6 Sammenfatning	18
4. Omsorgsovertakelse etter barnevernloven § 4-12 og hensynet til barnets beste..	19
4.1 Generelt om omsorgsovertakelse	19
4.2 Rettsanvendelsen ved omsorgsovertakelse- innledning	20
4.3 Vilkårene for omsorgsovertakelse etter barnevernloven § 4-12 første ledd ...	21
4.4 Tilleggskravene for omsorgsovertakelse etter barnevernloven § 4-12 andre ledd	24
4.5 Hensynet til barnets beste ved omsorgsovertakelse	25
4.6 Har den nye Grunnloven § 104 reell betydning for vurderingen av barnets beste ved omsorgsovertakelse?	26
4.7 Konsekvensene av en omsorgsovertakelse	29
5. Sluttvurderinger	32
6. Kilder	33
6.1 Lover og internasjonale konvensjoner	33
6.2 Forarbeider og andre offentlige dokumenter	34
6.3 Rettspraksis	35
6.4 Litteraturliste	36

1. BAKGRUNN FOR OPPGAVEN

1.1 Oppgavens tema og aktualitet

Følgende fremstilling omhandler sentrale spørsmål innen norsk barnevernrett. Oppgaven fokuserer særlig på hensynet til barnets beste ved omsorgsovertakelse etter barnevernloven.¹

Barnevernrett er et viktig rettsområde med fokus på beskyttelse av en av de mest sårbare og forsvarsløse gruppene i samfunnet, nemlig barna. Barnevernssaker får ofte stor oppmerksomhet i media. Det er et tema som engasjerer, og i noen tilfeller provoserer. Særlig saker om omsorgsovertakelse skaper reaksjoner både i faglige kretser og i den offentlige debatt. Noe av grunnen til dette kan være at tiltak om omsorgsovertakelse rokker ved den grunnleggende ideen i det norske samfunnet om at foreldre har ansvaret for sine barn, og at barn skal vokse opp hos sine biologiske foreldre. Som oppgaven vil vise bygger også barnevernloven på denne grunntanken. Oppgaven vil belyse hvilke situasjoner som kan nødvendiggjøre tiltak om omsorgsovertakelse, og hvilke rettslige vilkår som må være oppfylt før et slikt tiltak kan iverksettes.

Ettersom det er de folkevalgte politikernes ansvar at de lovreguleringer og systemer som gjelder på barnevernrettens område er egnet til tilstrekkelig beskyttelse av barn, er barnevernrett også et politisk aktuelt tema.

Temaet er rettslig aktuelt fordi barnevernrett er et dynamisk rettsområde som er i stadig utvikling. Lovbestemmelser endres, og nye kommer til i takt med utviklingen i samfunnet generelt.² Barnevernloven har derfor blitt endret flere ganger. Hensynet til barnets beste er tilsvarende et dynamisk hensyn som har fått stadig økende betydning innen barnevernretten de siste årene. De generelle samfunnsmessige oppfatningene om hva som er best for barnet endres i takt med at samfunnet endres, og den rettslige betydningen av hensynet må derfor også være i konstant utvikling. Eksempelvis vil det økende antall familier med en annen kulturbakgrunn og andre oppdragelsesformer enn den norske, være en type samfunnsutvikling som det må tas hensyn til når innholdet i prinsippet om barnets beste skal tolkes og tilpasses dagens samfunn. Oppgaven vil søke å utdype nærmere hvilken konkret betydning hensynet har i dagens rettssystem. Viktigheten av hensynet til barnets beste har i nyere tid blitt ytterligere presisert i form av nye rettighetsbestemmelser i Grunnloven.³ Oppgaven vil forsøke å kartlegge hvilken betydning de nye grunnlovsbestemmelsene har for vurderingen av barnets beste i praksis, og særlig i saker om omsorgsovertakelse.

1.2 Problemstilling

Oppgavens tittel er ”Barnets beste ved avgjørelser om omsorgsovertakelse etter barnevernloven”.

Oppgaven søker å klarlegge hva som ligger i prinsippet om barnets beste etter dagens rettstilstand, og hvilken rolle prinsippet spiller ved konkrete vurderinger innen barnevernretten, med særlig fokus på avgjørelser om omsorgsovertakelse. Herunder drøftes

¹ Lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester (heretter barnevernloven eller bvl.).

² Lena R. L. Bendiksen og Trude Haugli, *Sentrale emner i barnevernretten*, 2. utgave, Oslo 2015 s. 34.

³ Kongeriket Norges Grunnlov 17. mai 1814 (heretter Grunnloven eller Grl.).

det hvilken betydning lovgiver har søkt å tillegge prinsippet om barnets beste ved den nye grunnlovsbestemmelsen § 104 av 2014, og hvorvidt dette medfører noen reell endring av vurderingene som foretas i praksis.⁴ I den forbindelse vises det til eksempler fra rettspraksis for illustrasjon.

Dette er spørsmål som skal forsøkes besvart i følgende masteroppgave.

1.3 Avgrensninger

Oppgaven avgrenses mot omsorgsovertakelse som følger av spesialregler i barnevernloven fordi barnets beste- vurderingen i disse tilfellene omfatter andre særlige momenter enn den ordinære vurderingen som følger av §§ 4-12 jf. 4-1.

Konkret avgrenses det mot midlertidige vedtak om omsorgsovertakelse i akutsituasjoner etter barnevernloven § 4-6, midlertidig plassering av barnet utenfor hjemmet med samtykke etter § 4-4, omsorgsovertakelse når barnet allerede bor utenfor hjemmet etter § 4-8 annet og tredje ledd og plassering av barn med alvorlige atferdsvansker etter § 4-24.

Saker som gjelder enslige mindreårige asylsøkere reguleres i barnevernloven kapittel 5 A. Barne-, ungdoms- og familieetaten har etter § 5 A-1 tredje ledd ansvaret for de som er under 15 år når asylsøknad fremmes. Utlendingsdirektoratet har ansvaret for de over 15 år. Selv om myndighetene er ansvarlige for omsorgen til disse barna er det ikke snakk om omsorgsovertakelse på samme måte som oppgavens tittel sikter til fordi disse barna har søkt asyl i Norge alene, uten foreldre eller andre omsorgspersoner til stede. Oppgaven avgrenses derfor også mot saker som faller inn under barnevernloven kapittel 5 A.

1.4 Metode og kildebruk

Oppgavens tema hører inn under barnevernretten, hvor barnevernloven er det sentrale rettsgrunnlag og utgangspunkt. Grunnloven er imidlertid den rettskilden med høyest rang i det norske rettssystemet, og står derfor i en særskilt posisjon i enhver rettslig vurdering.⁵ Det har kommet flere nyere grunnlovsbestemmelser med betydning for den barnerettslige vurderingen av barnets beste ved omsorgsovertakelse.⁶ Av særlig interesse for oppgavens tema er den nye Grunnloven § 104 som gir hensynet til barnets beste grunnlovs rang. Ved anvendelsen av nasjonal lovgivning benyttes tradisjonell norsk rettskildelære.

Også internasjonale regler kommer til anvendelse i avhandlingen, ettersom Norge er folkerettslig forpliktet til å følge flere internasjonale konvensjoner med betydning på barnevernrettens område. Gjennom menneskerettsloven er flere internasjonale konvensjoner inkorporert i norsk rett, og gjelder som norsk lov.⁷ Oppgaven vil vise hvordan de internasjonale reglene Norge har forpliktet seg til å følge i flere tilfeller bidrar til avklaring av norsk rett. Det er fastslått i menneskerettsloven § 3 at ved motstrid med annen lovgivning skal

⁴ Grunnlovsvedtak 13. mai 2014.

⁵ Lex superior- prinsippet er sikker rett, og innebærer at konstitusjonen (Grunnloven) ved motstrid går foran annen nasjonal lovgivning.

⁶ Se Grunnlovsvedtak 13. mai 2014 og Dokument 16 (2011-2012) Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettighetene i Grunnloven, avgitt 19. desember 2011.

⁷ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetens stilling i norsk rett (menneskerettsloven) § 2.

konvensjonsbestemmelsene gå foran. Den nye grunnlovsbestemmelsen i § 92 presiserer også at norske myndigheter er forpliktet til å ”respektere og sikre menneskerettighetene” slik de fremgår av Grunnloven, og av de traktater om menneskerettigheter som Norge er bundet av. Blant de internasjonale reglene Norge er bundet av, er det særlig barnekonvensjonen⁸ og Den europeiske menneskerettskonvensjonen⁹ som er sentrale for oppgavens tema.

Høyesterett dømmer i siste instans i det norske rettssystemet, jf. Grunnloven § 88. For å avklare hva som er gjeldende rett er det derfor sentralt hva Høyesterett har vektlagt og kommet frem til i andre saker på området.¹⁰ Generelt kommer få saker om omsorgsovertakelse opp for Høyesterett, og praksis derfra er derfor begrenset. Høyesterett avsier ca. én dom i året om foreldreansvar, samvær eller fast bosted, og enda færre dommer i saker etter barnevernloven.¹¹ Med så begrenset praksis kan det stilles spørsmålsteget ved hvilken betydning høyesterettspraksis har på barnevernrettens område.

Barnevernretten er et rettsområde med metodemessig særpreg.¹² Det er et sterkt skjønnspreget rettsområde, noe som til dels kan begrunne det lave antall avgjørelser for Høyesterett. Hver sak må vurderes konkret ettersom hvert barn er unikt, og det samme er barnets omsorgssituasjon. Avgjørelsene blir fattet på bakgrunn av hva som er det beste for det konkrete barnet i den konkrete situasjonen barnet befinner seg i. Den rettspraksis som foreligger gir derfor ofte begrenset overføringsmateriale, og har begrenset prejudikatsverdi for fremtidige saker. Generelle uttalelser i Høyesteretts avgjørelser kan likevel bidra til økt forståelse for innholdet i lovens vilkår, vektning av momenter og tilsvarende også i senere saker på barnevernrettens område. Oppgaven tar derfor for seg noe rettspraksis fra Høyesterett hvor det fremgår slike generelle uttalelser om tolkning og anvendelse av relevante lovbestemmelser på området.

Ved tvisteloven av 2005 ble det innført en silingsordning i § 36-10 tredje ledd som gir begrenset ankeadgang fra tingretten til lagmannsretten i barnevernssaker.¹³ Formålet bak bestemmelsen var å raskt skape ro rundt barn i saker hvor en betryggende behandling av saken allerede er foretatt i fylkesnemnda og tingretten.¹⁴ For at en anke skal godkjennes oppstiller bestemmelsen flere krav i tredje ledd bokstav a-d. Ved saker om omsorgsovertakelse er de aktuelle kravene i hovedsak at anken gjelder spørsmål som har betydning utover den aktuelle saken, at det har fremkommet nye opplysninger eller at det er vesentlige svakheter ved tingrettens behandling av saken. Lagmannsretten skal foreta en samlet skjønsmessig vurdering av grunnlaget for anken, og har etter bestemmelsen anledning til å nekte anke fremmet selv når vilkårene i bokstav a-d ikke er oppfylt.¹⁵

Tvisteloven § 30-4 viser til et lignende system for anker fra lagmannsretten til Høyesterett. Ettersom kun et begrenset antall saker slipper gjennom ved anke fra tingretten til lagmannsretten, er en naturlig følge av dette at enda færre slipper gjennom til Høyesterett. Kritikere av silingsordningen har på sin side hevdet at rettssikkerheten på barnevernrettens

⁸ FNs konvensjon om barnets rettigheter 20. november 1989 (heretter barnekonvensjonen eller BK).

⁹ Europarådets konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter 4. november 1950 (heretter Den europeiske menneskerettskonvensjon eller EMK).

¹⁰ Avgjørelser fra Høyesterett blir publisert i Norsk Retstidende, og forkortes til Rt.

¹¹ Bendiksen og Haugli (2015) s. 34.

¹² Bendiksen og Haugli (2015) s. 28 og 33.

¹³ Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).

¹⁴ Innst. O. nr. 110 (2004-2005)/Ot.prp. nr. 51 (2004-2005), Innstilling til Odelstinget fra justiskomiteen om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).

¹⁵ Se eksempelvis Rt. 2008 s.106 avsnitt 19 og Rt. 2009 s. 222 avsnitt 19.

område både rent faktisk, og slik borgerne generelt oppfatter den, ville blitt styrket ved å øke antall saker som slipper gjennom nåløyet for en grundig gjennomgang hos Norges øverste domstol. Silingsordningen stanser imidlertid bare de sakene som allerede har fått en betryggende behandling i lavere instanser, den sperrer ikke for at viktige rettsspørsmål med betydning for andre saker blir behandlet av Høyesterett. Formålet med ordningen synes å være i barnets interesser ved at det blir ro rundt barnet raskest mulig. I tillegg er ordningen både kostnadsbesparende for samfunnet, og effektiviserende. Ordningen synes med det å ha gode grunner for seg, og det kan derfor vanskelig konkluderes med at silingsordningen svekker rettssikkerheten på barnevernrettens område i noen grad.

Selv om det foreligger få avgjørelser for Høyesterett på barnevernrettens område, vil oppgaven ta for seg noe rettspraksis hvor Høyesterett kommer med generelle uttalelser som i stor grad er relevante også i andre saker enn den foreliggende.

De mest sentrale kildene som skal benyttes i denne oppgaven er med dette barnevernloven og Grunnloven med forarbeider, barnekonvensjonen, Den europeiske menneskerettskonvensjonen, rettspraksis fra Høyesterett og Den europeiske menneskerettsdomstol¹⁶, uttalelser fra Barnekomiteen¹⁷ og juridisk litteratur.

1.5 Videre fremstilling

I kapittel 2 redegjøres det for hovedtrekkene i noen av de grunnleggende hensyn og prinsipper som gjør seg gjeldende på barnevernrettens område. Flere av disse har hatt betydning ved utformingen av barnevernloven, og er sentrale ved vurderingen av barnets beste.

Kapittel 3 og 4 utgjør oppgavens hoveddel. I kapittel 3 søkes det klarlagt hva som ligger i prinsippet om barnets beste, og hvordan prinsippet er rettslig forankret. Dette gjøres ved en gjennomgang av de relevante rettskildene på området. Kapittel 4 går i dybden på begrepet omsorgsovertakelse. Her drøftes det nærmere hvordan hensynet til barnets beste spiller inn ved konkrete vurderinger av om vilkårene for å iverksette tiltak om omsorgsovertakelse er oppfylt. Drøftelsen tar utgangspunkt i de relevante rettskilder på området, og det benyttes relevant rettspraksis som illustrasjon.

Avslutningsvis i kapittel 5 sammenfattes oppgaven, og det konkluderes på spørsmålet om hvilken rolle hensynet til barnets beste spiller ved avgjørelser om omsorgsovertakelse etter barnevernloven.

¹⁶ Den europeiske menneskerettsdomstolen (heretter EMD) behandler saker om mulige konvensjonsbrudd av Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK).

¹⁷ FNs komité for barnets rettigheter (Barnekomiteen) er barnekonvensjonens overvåkningsorgan.

2. GRUNNLEGGENDE HENSYN OG PRINSIPPER I BARNEVERNRETEN

2.1 Generelt

Det sentrale rettsgrunnlag og utgangspunkt på barnevernrettens område er barnevernloven. Barnevernloven gjelder som hovedregel barn under 18 år, jf. § 1-3. Bestemmelsens andre ledd utvider dette utgangspunktet noe ved å tilføye at med samtykke fra barnet kan tiltak som er iverksatt før fylte 18 år videreføres eller erstattes av andre tiltak frem til fylte 23 år. Videre viser barnevernloven § 1-2 at loven som utgangspunkt omfatter alle barn som oppholder seg i riket. Særlige regler gjelder blant annet for barn med alvorlige atferdsproblemer og enslige mindreårige asylsøkere.¹⁸

I følgende fremstilling skal det undersøkes nærmere hva som ligger i prinsippet om barnets beste, hvor dette forankres, hvilken rolle det spiller i norsk barnevernrett og hvordan prinsippet konkret spiller inn ved avgjørelser om omsorgsovertakelse. Barnevernloven bygger imidlertid på flere grunnleggende prinsipper og hensyn, som på direkte og indirekte vis får betydning ved barnets beste- vurderingen. Nedenfor skal derfor hovedtrekkene til de mest sentrale av disse prinsippene og hensynene gjennomgås, før prinsippet om barnets beste drøftes nærmere i punkt 3.

2.2 Lovens formål og legalitetsprinsippet

Det fremgår av barnevernlovens innledende bestemmelse § 1-1 at lovens formål er ”å sikre at barn og unge som lever under forhold som kan skade deres helse og utvikling, får nødvendig hjelp og omsorg til rett tid”, samt ”å bidra til at barn og unge får trygge oppvekstvilkår”. Barneverntjenesten er ansvarlig for å oppfylle disse formålene.¹⁹

I 2013 ble det tilføyd en ny bestemmelse i barnevernloven § 1-4 hvor det oppstilles et forsvarlighetskrav for tjenester og tiltak barnevernet yter.²⁰ Det lovfestede forsvarlighetskravet regnes som en rettslig standard, hvor innholdet i kravet utvikles i takt med hva som til enhver tid regnes som god praksis på området. Lovfestingen bidrar til økt informasjon både for norske borgere generelt, og for ansatte i barnevernet. Den gir i tillegg tilsynsmyndighetene større mulighet for kontroll av barnevernets tjenester.²¹

Når barnevernet iverksetter tiltak representerer dette samtidig en offentlig inngripen i familielivet. Ved offentlig inngripen overfor borgerne krever det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet lovhjemmel for inngrepet. I 2014 ble det tidligere ulovfestede prinsippet lovfestet i Grunnloven § 113. Den nye Grunnloven § 113 fastslår at ”Myndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov”. Også i EMK artikkel 8 nr. 2 fremheves det at inngrep i retten til familieliv må være ”in accordance with the law”. Retten til respekt for privatlivet og familielivet er ytterligere beskyttet gjennom Grunnloven § 102 og EMK art. 8. EMK art. 8 nr. 2 oppstiller krav om at inngrep, i tillegg til å være lovhjemlet, må ha legitime

¹⁸ Bvl. § 4-24 tredje ledd og bvl. § 5 A-1 tredje ledd.

¹⁹ Se bvl. kap. 2 og 3.

²⁰ Lov 21. juni 2013 nr. 63, Lov om endringer i barnevernloven. I kraft fra 1. juni 2014.

²¹ Prop. 106 L (2012-2013) Endringer i barnevernloven, Tilråding fra Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet, avsnitt 17.2.1.

og tilstrekkelige grunner, inngrepet må være nødvendig og det må være forholdsmessighet mellom mål og middel.²²

2.3 Det mildeste inngreps prinsipp

At det etter EMK art. 8 nr. 2 og Grunnloven § 102 skal være forholdsmessighet mellom tiltaket som iverksettes og formålet tiltaket søker å oppnå henger sammen med et annet grunnleggende prinsipp som gjør seg gjeldende i barnevernretten, det mildeste inngreps prinsipp. Grunntanken prinsippet representerer ligger allerede i navnet; ved inngrep fra barnevernet hos familier med behov for hjelp skal det mildeste, minst inngripende og samtidig mest hensiktsmessige tiltak for barnet forsøkes først. Hensikten med dette er å beskytte barn og deres familier mot mer inngripende tiltak enn det som er nødvendig ut fra situasjonen.²³ Med andre ord må tiltaket som iverksettes være forholdsmessig i forhold til formålet med tiltaket. Dette innebærer at så langt situasjonen tilsier at det er mest hensiktsmessig for barnet, må ulike hjelpetiltak vurderes og forsøkes før mer inngripende tiltak som omsorgsovertakelse blir aktuelle. Det innebærer også at frivillige tiltak med foreldrenes samtykke bør prøves fremfor tvangstiltak.

Den mest eksplisitte formuleringen av prinsippet i barnevernloven finner man i § 4-12 andre ledd.²⁴ Her fremgår det at omsorgsovertakelse bare kan iverksettes hvor dette er ”nødvendig ut fra den situasjon barnet befinner seg i”. Videre presiseres det at omsorgsovertakelse ikke vil være nødvendig i tilfeller hvor mindre inngripende tiltak som hjelpetiltak etter § 4-4 eller tiltak etter §§ 4-10 og 4-11 kan være tilstrekkelige. Prinsippet nevnes flere steder i lovens forarbeider, og fremheves som et av flere faglige prinsipper som inngår i enhver vurdering av barnets beste.²⁵ I tillegg kommer prinsippet til uttrykk gjennom lovens system, eksempelvis ved forholdet mellom type tiltak og vilkårene som må være oppfylt for at tiltaket skal kunne iverksettes. Loven stiller her strengere vilkår desto mer inngripende tiltak det er snakk om.

2.4 Det biologiske prinsipp

Den norske samfunnsmodellen bygger på en grunntanke om at foreldrene er ansvarlige for barna sine, og at det har egenverdi for barn å vokse opp hos sine foreldre. Dersom dette ikke er mulig skal barna ha mest mulig kontakt med sine foreldre. Den samme grunntanken kommer også til syne i flere av barnekonvensjonens bestemmelser,²⁶ og utgjør en viktig del av fundamentet den norske barnevernloven bygger på. I barnekonvensjonen kommer prinsippet blant annet til uttrykk i artikkel 7 nr. 1 om barns rett til omsorg fra sine foreldre så langt det er mulig, artikkel 9 nr. 1 om barns rett til ikke å skilles fra sine foreldre uten at det er nødvendig av hensyn til barnets beste og gjennom artikkel 10 som legger til rette for gjenforening eller kontakt mellom barn og foreldre som befinner seg i ulike land.

Selv om prinsippet som utgangspunkt omtaler det biologiske forhold mellom barn og foreldre, er det i dagens samfunn på det rene at det er det rettslige forholdet mellom barn og foreldre

²² Bendiksen og Haugli (2015) s. 163.

²³ Prop. 106 L (2012-2013), avsnitt 11.2.

²⁴ Bendiksen og Haugli (2015) s. 205.

²⁵ Prop. 106 L (2012-2013), avsnitt 11.2 2.

²⁶ Se eksempelvis BK art. 9 og 10.

prinsippet beskytter slik at også ikke-biologiske forhold mellom barn og foreldre kan omfattes.²⁷

Spørsmålet om hva som ligger i det biologiske prinsipp, og hvor tungt det skal veie ved vurderinger av barnets beste er omstridt. Det har vært hevdet at det legges for stor vekt på prinsippet i praksis slik at terskelen for omsorgsovertakelse blir satt høyere enn lovens ordlyd og forarbeider tilsier. Disse spørsmålene ble tatt opp i utredningen *Bedre beskyttelse av barns utvikling*.²⁸ I proposisjonen som fulgte i etterkant av utredningen konkluderte Regjeringen med at barnets beste fortsatt skal være det overordnede prinsippet i barnevernretten, og at biologiske bånd skal være et moment i helhetsvurderingen av hva som er til barnets beste.²⁹ Utgangspunktet om at det biologiske prinsipp ikke skal være et selvstendig hensyn, men bare får betydning i den utstrekning det er til barnets beste er også fremhevet i juridisk teori.³⁰

2.5 Barnets medvirkning

Historisk sett har de tre tidligere nevnte prinsippene barnets beste, det biologiske prinsipp og det mildeste inngreps prinsipp dannet utgangspunktet for barnevernets arbeid. Som punkt 2.4 viste skal barnets beste fungere som det overordnede prinsipp. Helt avgjørende for å sikre barnets beste er barnets medvirkning.³¹

Barnets rett til medvirkning står i dag sentralt i barnevernloven. Etter en lovendring i 2013 fremgår barnets rett til medvirkning uttrykkelig av bestemmelsen om barnets beste i § 4-1 andre ledd.³² I forarbeidene fremheves bestemmelsen som særdeles viktig. Den tydeliggjør at barnets rett til medvirkning gjelder i alle forhold som berører barnet, i alle ledd i prosessen. Det presiseres at det i retten til medvirkning ikke ligger noen plikt for barnet til å uttale seg, men en rett til å bli hørt i trygge omgivelser, motta nødvendig informasjon på en alderstilpasset måte, samt at barnet føler seg respektert og tatt på alvor i alle ledd av saken.³³

Barnets rett til medvirkning under saksbehandlingen var lovfestet i barnevernloven også før lovendringen i 2013. Fremdeles gjeldende § 6-3 gir alle barn som har fylt 7 år, og yngre som er i stand til å danne seg egne synspunkter, rett til informasjon og til å uttale seg før en avgjørelse som berører barnet fattes. Bestemmelsen bygger på barnekonvensjonens artikkel 12. Artikkel 12 gir alle barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter rett til å uttale seg i alle forhold som berører barnet, og fastslår videre at barnets synspunkter skal vektlegges i forhold til alder og modenhet hos barnet.

Barnekomiteen har i sine uttalelser presisert at det ikke er tilstrekkelig å lytte til barnet, barnets synspunkter må tas på alvor.³⁴ Ved at barnets synspunkter skal vektlegges ut fra alder og modenhet, åpnes det for at også små barns synspunkter kan være av betydning. Komiteen fraråder også partene til konvensjonen fra å sette aldersgrense på når barnets medvirkning

²⁷ Bendiksen og Haugli (2015) s. 163- 164.

²⁸ NOU 2012:5 *Bedre beskyttelse av barns utvikling*, Ekspertutvalgets utredning om det biologiske prinsipp i barnevernet.

²⁹ Prop. 106 L (2012- 2013), avsnitt 11.2.

³⁰ Kirsten Sandberg, *Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse*, 1. utgave, Oslo 2003 s. 77.

³¹ Prop. 106 L (2012-2013), avsnitt 11.2 2.

³² Lovendring 21. juni 2013 nr. 63.

³³ Prop. 106 L (2012-2013) avsnitt 18.2.

³⁴ General Comment No. 12 (2009) *The right of the child to be heard*, s. 11.

skal være av betydning, fordi det ville kunne begrense barnets rett til å bli hørt.³⁵ Komiteen viser til forskning om at selv små barn uten evne til å uttrykke seg verbalt kan være i stand til å danne seg egne synspunkter, og andre uttrykksmåter som lek, kroppsspråk og tegning anerkjennes derfor av komiteen.³⁶ Dette er fulgt opp i den nye barnevernloven § 4-1 andre ledd som i likhet med barnekonvensjonen artikkel 12 heller ikke har noen satt aldersgrense for når barnets rett til medvirkning er gjeldende.

Den nye barnevernloven § 4-1 andre ledd av 2013 bidrar til å styrke og synliggjøre barnets rett til medvirkning på alle stadier i saken i tråd med barnekonvensjonens bestemmelser, samtidig som den tydeliggjør at retten til medvirkning også gjelder utover de tilfeller ordlyden i bvl. § 6-3 eksplisitt nevner. Den nye Grunnloven § 104 første ledd av 2014 understreker ytterligere viktigheten av at barnet blir hørt, og at barnets mening blir vektlagt i spørsmål som gjelder dem selv. Som et prinsipp av grunnlovs rang er det tydeliggjort at barnets medvirkning er helt sentralt i vurderinger av hva som er til barnets beste.

Barnekomiteen har uttalt at barnets rett til å bli hørt i artikkel 12 er en av de grunnleggende verdiene i barnekonvensjonen, og at det derfor må tas hensyn til denne rettigheten ved tolkning og gjennomføring av de andre rettighetene som følger av konvensjonen.³⁷ Barnets rett til å bli hørt henger dermed tett sammen med hensynet til barnets beste, som er beskyttet i artikkel 3 i konvensjonen. Ifølge komiteen henger faktisk rettighetene så tett sammen at de må ansees for å være i et gjensidig avhengighetsforhold til hverandre, noe som medfører at artikkel 3 om barnets beste ikke kan gjennomføres fullstendig uten at artikkel 12 om barnets rett til medvirkning samtidig blir respektert.³⁸ Det er med det klart at barns synspunkter kan gi relevante perspektiver og erfaring som gjør at det i samråd med barnet kan treffes beslutninger som er til barnets beste. På den måten får barn innflytelse over sitt eget liv, noe som i de fleste tilfeller må regnes for å være i barnets interesse. I neste punkt behandles hensynet til barnets beste nærmere.

³⁵ General Comment No. 12 (2009) s. 9.

³⁶ General Comment No.12 (2009) s. 9.

³⁷ General Comment No. 12 (2009) s. 5 pkt. 2.

³⁸ General Comment No. 12 (2009) s. 17-18.

3. BARNETS BESTE

3.1 Generelt

Spørsmålet i det følgende er hva som ligger i prinsippet om barnets beste, hvordan prinsippet er forankret rettslig og hvilken rolle det spiller i norsk barnevernrett.

Som vist bygger barnevernloven på flere grunnleggende prinsipper og hensyn, som legalitetsprinsippet, det mildeste inngreps prinsipp, det biologiske prinsipp og hensynet til barnets medvirkning med flere. Prinsippet om barnets beste skiller seg ut fra de tidligere omtalte prinsippene og hensynene ved at det i både lovgivning, forarbeider og rettspraksis fremheves som det mest grunnleggende barnerettslige prinsippet, jf. blant annet Grunnloven § 104, barnekonvensjonen artikkel 3, barneloven § 48, barnevernloven § 4-1 og adopsjonsloven § 2.

Det finnes ingen felles og klar definisjon av begrepet barnets beste. Noe av begrunnelsen for det kan være at siden ingen barn er like, må hva som er best for hvert barn vurderes konkret. Hvilke momenter som er relevante i vurderingen av barnets beste vil variere i ulike situasjoner. Hvilken betydning av begrepet som legges til grunn vil kunne endres over tid, samt variere i ulike fagmiljøer, kulturer, samfunnssituasjoner og ut fra sammenhengen det brukes i.³⁹ Spørsmålet om hva som rettslig sett ligger i prinsippet om barnets beste kan forenklet forklares som at fokus for alle avgjørelser som berører barn skal være det konkrete barnets interesser og behov.⁴⁰ En naturlig forlengelse av dette er at en avgjørelse alltid må ha som formål å forbedre barnets situasjon i forhold til situasjonen forut for avgjørelsen. For å utdype dette ytterligere skal de relevante rettskilder vedrørende barnets beste gjennomgås i det følgende.

Begrepets vide ordlyd åpner i stor grad for konkret skjønnsutøvelse og fleksibilitet, noe som er nødvendig for å kunne ta tilstrekkelig hensyn til alle sider ved den enkelte sak. Samtidig er forutsigbarhet en viktig verdi som bidrar til rettssikkerhet i det norske rettssystemet. Forutsigbarhet sikres, og utrygghet og vilkårlighet unngås, ved å fastsette klare og utvetydige lovbestemmelser. Innen barneretten og barnevernretten utfordres rettssikkerheten ved at avgjørelsene ofte er underlagt stor grad av skjønn, og derfor ikke er like forutsigbare som avgjørelser innen andre rettsområder hvor lovens ordlyd er snevrere.⁴¹

Et annet element av rettssikkerhetskravet er imidlertid kravet om å foreta en rettsriktig avgjørelse.⁴² I barnevernretten må i tillegg hensynet til å oppnå et godt og rimelig resultat for det aktuelle barnet vektlegges.⁴³ For å oppnå en riktigst mulig avgjørelse, som samtidig gir et godt og rimelig resultat for barnet, er det avgjørende med vid ordlyd i lovbestemmelsene og stor grad av skjønn. Dette for at det skal kunne treffes avgjørelser som er til det konkrete barnets beste i alle tenkelige situasjoner. Det vil innen barneretten og barnevernretten være både upraktisk og risikabelt å fastsette uttømmende lovbestemmelser ettersom de ikke ville være egnet til å utvikles i takt med det innholdet samfunn, tid og kultur ilegger hensynet til barnets beste.

³⁹ Bendiksen og Haugli (2015) s. 22.

⁴⁰ Bendiksen og Haugli (2015) s. 23.

⁴¹ Bendiksen og Haugli (2015) s. 26.

⁴² Bendiksen og Haugli (2015) s. 25.

⁴³ Bendiksen og Haugli (2015) s. 35.

Som den rettskilden med høyest rang i Norge behandles de relevante bestemmelser i Grunnloven først. Deretter følger hovedtrekkene i barnekonvensjonen. Barnekonvensjonen regnes som den mest grunnleggende internasjonale konvensjonen for barns rettigheter, og grunnlovsbestemmelsene bygger i stor grad på denne. Videre gjennomgås sentrale rettigheter for barn i Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK), og til sist nasjonal lovgivning i barnevernloven.

3.2 Grunnloven

Barnets beste regnes i dag som det grunnleggende vurderingstemaet i barneretten og barnevernretten. Dette ble i 2014 grunnlovsfestet i Grunnloven § 104 andre ledd, som tydelig slår fast at:

”Ved handlinger og avgjørelser som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.”

I forbindelse med Grunnlovens 200-årsjubileum i 2014 ble det foretatt en revisjon av Grunnloven med formål om å styrke menneskerettighetenes stilling i norsk rett.⁴⁴ Til tross for at menneskerettighetene allerede var inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven og annen lovgivning var det ønskelig med grunnlovsfesting for å tydeliggjøre fundamentale kjerneverdier i samfunnet, og for å verne disse mot midlertidige og skiftende politiske oppfatninger.⁴⁵ Grunnloven er den rettskilden i norsk rett med høyest rang, og dermed størst vekt. Å samle de viktigste menneskerettighetene i samme kapittel i Grunnloven har derfor både en praktisk og en symbolsk verdi. Det ble besluttet at flere menneskerettsbestemmelser skulle inntas i Grunnloven, og i følge forarbeidene var det nødvendig med en egen bestemmelse som regulerte barns rettigheter. Selv om barn i hovedsak har de samme sentrale menneskerettighetene som voksne, var det ønskelig med en egen rettighetsbestemmelse for å poengtere at barn er spesielt sårbare og har særskilte behov.⁴⁶

At barnets beste etter Grunnloven § 104 regnes som ”et grunnleggende hensyn” understreker viktigheten av hensynet, men viser samtidig at det ikke nødvendigvis blir avgjørende i samtlige saker. Det kan tenkes situasjoner hvor lovens vilkår er oppfylt, men hvor andre hensyn står sterkere enn barnets beste, og blir utslagsgivende for avgjørelsen. Dette vil fremdeles være i tråd med Grunnloven så lenge det tydelig fremgår at barnets beste har vært forsvarlig vurdert. Forarbeidene til Grunnloven § 104 støtter denne ordlydstolkningen, og viser til at meningen bak formuleringen var nettopp å få frem at hensynet til barnet skal spille inn i saker som berører barnet, men at barnets interesser ikke alltid blir avgjørende for beslutningen.⁴⁷ Videre viser forarbeidene at hvor stor vekt som skal legges på hensynet til barnets beste i den konkrete sak avhenger av hvor sterkt berørt barnet er, og hvor alvorlig avgjørelsen er for barnet.⁴⁸ I tillegg vil vekten kunne variere ut fra hvor klart det er hva som

⁴⁴ Dok. nr. 16 (2011-2012).

⁴⁵ Dok. nr. 16 (2011-2012), se særlig pkt. 10.2.

⁴⁶ Innst. 169 S (2012- 2013) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om menneskerettigheter i Grunnloven, pkt. 1.8.14.

⁴⁷ Dok. nr. 16 (2011-2012) pkt. 32.5.4.

⁴⁸ Dok. nr. 16 (2011-2012) punkt 32.5.4 og Innst. 186 S (2013- 2014) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag om grunnlovsfesting av sivile og politiske menneskerettigheter.

vil være til barnets beste i saken, og hvor sikker den som fatter avgjørelsen er på nettopp dette.

Etter mønster fra Den europeiske menneskerettskonvensjonen artikkel 8, ble også retten til respekt for familielivet grunnlovfestet ved revisjonen av Grunnloven i 2014. Den nye grunnlovsbestemmelsen følger av § 102. Likhetstrekkene mellom de to bestemmelsene er store. I motsetning til EMK artikkel 8 inneholder ikke grunnlovsbestemmelsene noen egen hjemmel som tillater inngrep i rettighetene bestemmelsene oppstiller. Høyesterett har likevel valgt å tolke grunnlovsbestemmelsene etter mønster fra EMK, slik at inngrep er tillatt dersom det aktuelle inngrepet har ”tilstrekkelig hjemmel, forfølger et legitimt formål og er forholdsmessig”.⁴⁹ Se nærmere om rekkevidden av beskyttelsen bestemmelsene gir i punkt 3.4 om EMK.

Høyesterett legger til grunn at de nye grunnlovsbestemmelsene må tolkes i tråd med folkeretten, men at utviklingen av bestemmelsene i norsk rett kan vise seg å bli ulik utviklingen etter internasjonal rett. Dette begrunnes med at det er Høyesterett selv som har ansvaret for å tolke og utvikle grunnlovsbestemmelsene, og ikke de internasjonale rådgivnings- og håndhevingsorganene.⁵⁰ I punkt 4.6 gjøres det nærmere rede for de metodiske utfordringene som kan oppstå når de nye grunnlovsbestemmelsene om barns rettigheter skal anvendes side om side med internasjonale konvensjoner.

3.3 FNs Barnekonvensjon

Grunnloven § 104 er tydelig inspirert av barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 som har svært lik ordlyd:

”In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration.”

Barnekonvensjonen supplerer Grunnloven, og anvendes side om side med denne. Ved motstrid med annen nasjonal lovgivning skal barnekonvensjonen gå foran, jf. menneskerettsloven § 2. FNs komité for barnets rettigheter (Barnekomiteen) er barnekonvensjonens overvåkningsorgan, og har fremhevet artikkel 3 om hensynet til barnets beste som et av fire generelle prinsipper i konvensjonen. De andre tre er henholdsvis artikkel 2 om ikke-diskriminering, artikkel 6 om retten til liv og artikkel 12 om retten til å bli hørt.⁵¹ Disse prinsippene har betydning for tolkningen av alle konvensjonens bestemmelser, og kommer til anvendelse i alle saker som berører barn.

På samme måte som Grunnloven § 104 fremhever barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 at det ikke er valgfritt å legge vekt på barnets beste ved handlinger som berører barn ved å presisere at barnets beste ”shall be a primary consideration”. Dette medfører en sterk juridisk forpliktelse for statene. Selv om ordlyden er like generell som i grunnlovsbestemmelsen, sier den likevel noe om hvilken vekt hensynet til barnets beste skal ha i avgjørelser som berører barn. Det skal være ”a primary consideration”, et grunnleggende hensyn i vurderingen, og

⁴⁹ Rt. 2014 s. 1105 avsnitt 28 og Rt. 2015 s. 93 avsnitt 60 og 63.

⁵⁰ Rt. 2015 s.93 avsnitt 57.

⁵¹ General Comment No. 5 (2003) *General Measures of Implementation of the Convention on the Rights of the Child*, pkt. 12.

ikke bare et vanlig hensyn eller moment blant mange. Ordlyden viser også klart at det er barnets interesser som skal stå i fokus, og ikke foreldrenes eller andres interesser.⁵²

Innholdet i prinsippet om barnets beste utdypes nærmere i Barnekomiteens generelle kommentar nr. 14. Her fremheves en rekke momenter som særlig relevante i en barnets beste-vurdering; barnets synspunkter og dets identitet, bevaring av familiemiljøet, opprettholdelse av familiens samhold og relasjoner, omsorg, beskyttelse og sikkerhet for barnet, det konkrete barnets sårbarhetssituasjon og barnets rett til helse og utdanning. Ikke alle disse momentene vil være like relevante eller veie like tungt i alle saker. Også momenter som ikke er nevnt her kan gjøre seg gjeldende i en konkret helhetsvurdering.⁵³ Det bemerkes at Norge er forpliktet til å respektere og sikre samtlige rettigheter som fremgår av konvensjonen overfor alle barn innenfor landets jurisdiksjon.⁵⁴ Utgangspunktet må derfor være at det er til barnets beste at ikke bare barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1, men også de øvrige rettighetene i konvensjonen, overholdes.

Videre beskriver komiteen prinsippet om barnets beste som tredelt. For det første regnes det som en selvstendig rettighet for barnet til å få sitt beste vurdert og tatt hensyn til. Dette er en rettighet som kan påberopes for domstolene. For det andre fungerer prinsippet som et grunnleggende, juridisk tolkningsprinsipp ved alle bestemmelser som berører barn. Hvor en juridisk bestemmelse åpner for ulike tolkningsalternativer, skal det alternativet som mest effektivt sikrer barnets beste velges. For det tredje er prinsippet en prosedyreregulering som stiller krav til at enhver beslutningsprosess som berører barn inneholder en vurdering av barnets beste. Begrunnelsen for avgjørelsen skal eksplisitt vise hvordan barnets beste har blitt vurdert, og veid opp mot andre hensyn.⁵⁵

Alle stater som er parter i barnekonvensjonen plikter etter artikkel 4 å iverksette lovgivningsmessige, administrative og andre tiltak som er nødvendige for å gjennomføre konvensjonens rettigheter. Det er imidlertid ikke knyttet sanksjoner til brudd på barnekonvensjonen internasjonalt, noe som gjør at det kan spørres hvor langt partene vil strekke seg for å etterleve kravene konvensjonen oppstiller. Barnekomiteen mottar jevnlig rapporter fra medlemsstatene, gjennomgår disse og sender tilbake sine rapporter med anbefalinger. Anbefalingene er ikke juridisk bindende for statene, og det strides i teorien om hvilken rettskildemessig vekt disse kan tillegges.⁵⁶ I rapporten *20 år med merknader fra FNs barnekomité- Hva har skjedd?* av 2014 foretar Kirsten Kolstad Kvalø fra Redd Barna en kartlegging av norske myndigheters oppfølging av anbefalingene fra FNs Barnekomité i tidsrommet 1994- 2014. Rapporten viser en positiv utvikling, men også at det gjenstår utfordringer før særlig de mest utsatte gruppene av barn får alle sine rettigheter oppfylt etter norsk rett.⁵⁷

I punkt 4.6 vil forholdet mellom den nye Grunnloven § 104 og barnekonvensjonen artikkel 3 behandles nærmere.

⁵² Bendiksen og Haugli (2015) s. 42.

⁵³ 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.

⁵⁴ BK art. 2 nr. 1.

⁵⁵ General Comment No. 14 (2013), pkt. 1.A.6.

⁵⁶ Bendiksen og Haugli (2015) s. 45.

⁵⁷ Se www.reddbarna.no, Barns rettigheter, Barnekonvensjonen.

3.4 Den europeiske menneskerettskonvensjon

I Europa regnes Den europeiske menneskerettskonvensjonen som en regional oppfølging av FNs verdenserklæring om menneskerettighetene fra 1948. EMK ble vedtatt i 1950, ratifisert av Norge i 1952 og inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven i 1999.⁵⁸

Rettighetene som følger av EMK gjelder alle mennesker, også barn. Spesielt viktig er EMK på grunn av den omfattende praksisen som etter hvert foreligger hos Den europeiske menneskerettsdomstol, hvor både enkeltindivider og stater har klagerett. EMDs praksis er en viktig bidragsyter for gjennomslagskraften til FNs barnekonvensjon ved at domstolen stadig oftere trekker barnekonvensjonen inn i sine avgjørelser vedrørende barn.

EMK har ingen selvstendig bestemmelse om hensynet til barnets beste, men EMD har gjennom sin praksis gjentatte ganger lagt til grunn at det skal legges stor vekt på hensynet i alle saker som berører barn. I dommen *Jeunesse mot Nederland* av 2014 uttales det at "Where children are involved, their best interests must be taken into account", og at selv om hensynet til barnets beste ikke alltid vil bli avgjørende, må det tillegges "significant weight".⁵⁹

Selv om EMK ikke har en egen bestemmelse om barnets beste, sikres retten til respekt for familielivet gjennom artikkel 8. Denne retten innebærer både beskyttelse mot inngrep i det eksisterende familielivet, og en plikt for statene til å tilrettelegge for utøvelse og opprettholdelse av dette. Statene har med andre ord en positiv plikt til å tilrettelegge, og en negativ plikt til å avstå fra inngrep med mindre kriteriene for inngrep som følger av artikkel 8 nr. 2 er oppfylt.⁶⁰

Kravene for inngrep i retten til familieliv etter artikkel 8 nr. 2 er for det første at inngrepet må være "in accordance with the law". EMD har tilføyd at lovhjemmelen må være "accessible" og "sufficiently clear". Inngrepet må altså ha en tilgjengelig, klar og forutsigbar lovhjemmel.⁶¹ Videre må inngrepet være "necessary in a democratic society in the interests of...". Med dette menes at inngrepet må ha et legitimt formål med relevante grunner for seg, og inngrepet må være nødvendig. Formål om å beskytte barns rettigheter regnes etter EMDs praksis som legitimt.⁶² Det fremgår i tillegg av EMDs praksis at terskelen for å tillate inngripen i rettighetene som følger av konvensjonen er høy, og det må være forholdsmessighet mellom formålet med inngrepet og middelet som benyttes for å oppnå dette formålet.⁶³

EMD har i flere dommer slått fast at et fundamentalt element i retten til familieliv, er "The mutual enjoyment by parent and child of each other's company".⁶⁴ I forhold til omsorgsovertakelse har EMD uttalt at det skal være "a temporary measure to be discontinued as soon as circumstances permit", og at "the ultimate aim" er å gjenforene "the natural parent and child".⁶⁵ EMD legger med andre ord stor vekt på opprettholdelsen av relasjonen mellom barn og foreldre, og understreker at i tilfeller hvor omsorgsovertakelse er nødvendig må det

⁵⁸ Bendiksen og Haugli (2015) s. 45.

⁵⁹ *Jeunesse v. The Netherlands*, 3. oktober 2014, avsnitt 109.

⁶⁰ Se eksempelvis *Hokkanen v. Finland*, 23. september 1994, *Nunez v. Norway*, 28. juni 2011, avsnitt 68-70, *Butt v. Norway*, 4. desember 2012, avsnitt 78 og *Jeunesse v. The Netherlands*, 3. oktober 2014, avsnitt 106. I litteraturen se Bendiksen og Haugli (2015) s. 48.

⁶¹ *Aune v. Norway*, 28. oktober 2010, avsnitt 50.

⁶² *Aune v. Norway*, 28. oktober 2010, avsnitt 53.

⁶³ *Aune v. Norway*, 28. oktober 2010, avsnitt 79 og Bendiksen og Haugli (2015) s. 49.

⁶⁴ Se eksempelvis *Vojnity v. Hungary*, 12 februar 2013, avsnitt 28.

⁶⁵ *Johansen v. Norway*, 7. august 1996, avsnitt 78.

som utgangspunkt være en midlertidig løsning hvor gjenforening er målet. Hvor gjenforening ikke regnes som det beste for barnet, er det opprettholdelse av relasjonen mellom foreldre og barn ved samvær eller annen kontakt som er beskyttet ved retten til familieliv i artikkel 8.

Dersom EMD kommer til at staten har gått utenfor EMK og den skjønnsmarginen statene er tildelt, konstaterer domstolen konvensjonsbrudd. Det er verdt å merke seg at Europarådet, den mellomstatlige organisasjonen som er opphavet til EMK, ved flere anledninger har kritisert Norge på barnevernrettens område. Særlig gjelder kritikken norske myndigheters behandling av norskfødte barn av romfolk og asylsøkerbarn.⁶⁶

3.5 Barnevernloven

Lenge før grunnlovfesting av prinsippet om barnets beste i 2014 kom det til uttrykk i flere norske lover som menneskerettsloven ved inkorporasjonen av barnekonvensjonen, barneloven, utlendingsloven, adopsjonsloven med flere.⁶⁷ Den mest sentrale loven for oppgavens tema er barnevernloven. Ettersom det primære ansvaret for barn i Norge ligger hos foreldrene, er staten ilagt et subsidiært ansvar som trer i kraft hvor foreldrene ikke makter å ivareta barnas rettigheter på en tilstrekkelig måte. Statens subsidiære ansvar for å sikre barns grunnleggende rettigheter er hjemlet i barnevernloven.

Barnevernloven kapittel 4 inneholder bestemmelser om ulike typer tiltak, vilkårene for å iverksette disse og retningslinjer for hvordan tiltakene skal gjennomføres. Hensynet til barnets beste fremgår eksplisitt av barnevernloven § 4-1 første ledd. Bestemmelsen fungerer som en formålsparagraf for iverksettelse av tiltak etter barnevernloven. I bestemmelsen heter det at:

”Ved anvendelse av bestemmelsene i dette kapitlet skal det legges avgjørende vekt på å finne tiltak som er til beste for barnet.”

Av ordlyden kan det utledes at det heller ikke etter denne bestemmelsen er valgfritt om det skal legges vekt på hensynet til barnets beste, det ”skal” gjøres. Det er ved valg av tiltak, ved vurderingen av om vilkårene for det konkrete tiltaket er oppfylt og ved beslutningen om hvorvidt tiltaket skal iverksettes at hensynet til barnets beste spiller en avgjørende rolle. Høyesterett har uttalt at prinsippet også må kunne tillegges vekt som tolkningsmoment ved prosessuelle spørsmål.⁶⁸ Ordlyden sier videre noe om vekten av hensynet ved at det ikke bare skal være et ”grunnleggende hensyn” slik de generelle bestemmelsene i Grunnloven § 104 og barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 krever, men at det skal legges ”avgjørende vekt” på barnets beste i saker etter barnevernloven. Prinsippet tillegges med det større vekt ved beslutninger på barnevernfeltet enn det Grunnloven og barnekonvensjonen tillegger det på generelt grunnlag ved avgjørelser som berører barn.

⁶⁶ Se blant annet *Report by Niels Muiznieks, Commissioner of Human Rights of the Council of Europe following his visit to Norway 19 to 23 January 2015*, Strasbourg 18. mai 2015.

http://www.advokatsylte.no/filemanager/download_file/file/785165.pdf/rapport.pdf

⁶⁷ Lov av 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (heretter barneloven eller bl.), lov av 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) og lov av 28. februar 1986 nr. 8 om adopsjon (adopsjonsloven).

⁶⁸ Rt. 2004 s. 1300, avsnitt 4

At et tiltak ansees som det beste for barnet er imidlertid ikke tilstrekkelig for å iverksette tiltaket. Lovens øvrige vilkår må også være oppfylt, og tiltaket må være egnet til å bedre situasjonen til barnet.⁶⁹

Videre krever barnevernloven § 4-1 første ledd at det legges vekt på å gi barnet stabil og god voksenkontakt og stabilitet i omsorgen. Av bestemmelsens annet ledd følger barnets rett til medvirkning i prosessen.

3.6 Sammenfatning

Som vist ovenfor er barnets beste et grunnleggende og obligatorisk hensyn som må tas i betraktning ved alle handlinger som berører barn. En særlig sterk rolle spiller hensynet på barnevernrettens område, hvor det skal være det avgjørende hensynet. Barnets beste står sentralt i både nasjonal lovgivning, internasjonal lovgivning og i rettspraksis, er gjeldende i alle barnerettslige spørsmål, og er både mangfoldig og sammensatt. Prinsippet slik det kommer til uttrykk i lovgivningen har en ordlyd som åpner for stor grad av skjønn, noe som er både nødvendig for å muliggjøre en individuell vurdering av hver enkelt sak, og utfordrende i forhold til forutsigbarhet ved avgjørelser. I punkt 4 behandles nærmere hvordan hensynet til barnets beste spiller inn i praksis ved avgjørelser om omsorgsovertakelse etter barnevernloven.

⁶⁹ Bendiksen og Haugli (2015) s. 164 og Julia Köhler-Olsen, Norsk Lovkommentar på www.rettsdata.no, barnevernloven, note 75, sist endret 5. oktober 2015.

4. OMSORGSOVERTAKELSE ETTER BARNEVERNLOVEN § 4-12 OG HENSYNET TIL BARNETS BESTE

4.1 Generelt om omsorgsovertakelse

I det følgende skal det gjøres rede for hva omsorgsovertakelse innebærer, hvilke rettslige vilkår som må være oppfylt før omsorgsovertakelse kan iverksettes, og hvordan hensynet til barnets beste spiller inn ved en slik avgjørelse.

Som nevnt følger det både av samfunnsordningen i Norge og av det biologiske prinsipp at barn skal vokse opp hos sine foreldre så vidt det er mulig. I noen situasjoner er det likevel helt nødvendig med omsorgsovertakelse for å beskytte barnet mot en utilstrekkelig, eller potensielt skadelig, omsorgssituasjon. Vilråene for å treffe vedtak om omsorgsovertakelse følger av barnevernloven § 4-12. Vedtak kan bare treffes hvor vilråene i § 4-12 er oppfylt, og det i tillegg regnes som den beste løsningen for barnet, jf. barnevernloven § 4-1, Grunnloven § 104 og barnekonvensjonen artikkel 3 nr.1. Fylkesnemnda er den kompetente myndighet til å fatte vedtak om omsorgsovertakelse, jf. barnevernloven § 4-12 tredje ledd.

Omsorgsovertakelse regnes som et av de mest inngripende tiltakene barnevernet har myndighet til å iverksette, utenom fratakelse av foreldreansvar og tvangsadopsjon etter barnevernloven § 4-20. Omsorgsovertakelse utgjør også et inngrep i retten til respekt for familielivet som er beskyttet gjennom Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8, og i barnets rett til ikke å skilles fra sine foreldre etter barnekonvensjonen artikkel 9 nr. 1. Barn har i tillegg rett til beskyttelse mot alle former for fysisk eller psykisk vold, skade, misbruk, vanskjøtsel, mishandling, utnyttning og seksuelt misbruk etter barnekonvensjonen artikkel 19. Både fysisk og psykisk bruk av vold mot barn er forbudt etter barneloven § 30 tredje ledd, og straffbart etter norsk straffelovgivning. Barnets rett til beskyttelse fra alle former for vold vil i noen tilfeller nødvendiggjøre og begrunne en omsorgsovertakelse. I slike tilfeller vil det oppstå et spenningsforhold mellom barnets rett til familieliv og opprettholdelse av kontakt med foreldrene, og retten til beskyttelse mot alle typer vold. Dette er vanskelige avveininger, hvor den beste løsningen for barnet må vinne frem.

Barns rettigheter og særlige beskyttelsesbehov er med andre ord omfattende regulert både nasjonalt og internasjonalt. Sammenholdt med den inngripende karakteren vedtak om omsorgsovertakelse har, medfører dette at vilråene for at det offentlige skal kunne overta omsorgen for et barn er strenge.

I praksis innebærer et vedtak om omsorgsovertakelse at barnets omsorgssituasjon vurderes slik at det beste for barnet er at barnevernet overtar den daglige omsorgen. Barnet blir fysisk flyttet bort fra den ene eller begge foreldrene der det bor fast, og den daglige omsorgen for barnet blir ivaretatt i fosterhjem eller institusjoner på vegne av barnevernet, jf. barnevernloven §§ 4-14 og 4-18. Etter barnevernloven § 4-12 er ikke foreldrenes samtykke påkrevd for at vedtak om omsorgsovertakelse skal kunne treffes. Slike vedtak regnes derfor som tvangsvedtak. Barnevernloven har ingen hjemmel for frivillig omsorgsovertakelse, men barnevernet kan etter barnevernloven § 4-4 fjerde ledd yte hjelpetiltak med foreldrenes samtykke i form av å ”formidle plass i fosterhjem, institusjon eller omsorgssenter for mindreårige”. Ved en slik frivillig plassering skjer det ingen egentlig omsorgsovertakelse siden foreldrene beholder den rettslige bestemmelsesretten over barnet, og når som helst kan flytte barnet hjem igjen.

Årsakene til at det fattes vedtak om omsorgsovertakelse kan være mange, og komplekse. Under vurderingen av om et vedtak skal fattes, er det viktig å huske på at flytting av barnet i seg selv kan utgjøre en risiko. Selv om situasjonen tilsier at det er det beste for barnet, kan det oppleves svært vanskelig for barnet å flyttes bort fra foreldrene. I noen situasjoner innebærer omsorgsovertakelse at barnet flyttes flere ganger mellom ulike plasseringssteder.⁷⁰ Når relasjoner brytes og nye skal etableres, kan det skape usikkerhet, forvirring, sorg og utrygghet hos barnet. Samtidig kan det være både nødvendig og rettmessig for å hjelpe barnet i en uholdbar situasjon. Det må derfor foretas en avveining av om barnet rent faktisk vil få det bedre borte fra foreldrene, eller om omsorgsovertakelsen vil oppleves som så vanskelig at barnevernet heller bør prøve å avhjelpe situasjonen i hjemmet der barnet bor.⁷¹

Av systemet i barnevernloven kan det utledes at omsorgsovertakelse i utgangspunktet skal være en midlertidig løsning hvor målet er å forbedre omsorgssituasjonen til barnet, og å sørge for stabile oppvekstvilkår. At en omsorgsovertakelse i utgangspunktet skal være midlertidig er også et gjennomgående synspunkt i flere av EMDs avgjørelser på området.⁷² Varigheten av omsorgsovertakelsen beror på hvor lenge den regnes som nødvendig, noe som igjen avhenger blant annet av utviklingen hos både barnet og foreldrene, hvordan plasseringen fungerer og barnets tilknytning til mennesker og miljøet rundt plasseringsstedet.⁷³

Dersom det regnes som hensiktsmessig for barnet, skal det etter barnevernloven § 4-19 første ledd sørges for samvær mellom barn og foreldre, i noen tilfeller også mellom barn og andre omsorgspersoner eller slektninger. Hvis det etter hvert sannsynliggjøres at foreldrene kan yte god omsorg for barnet, kan spørsmål om tilbakeføring til foreldrene etter barnevernloven § 4-21 bli aktuelt.

I tilfeller hvor fylkesnemndas vedtak om omsorgsovertakelse blir påklagd, vil det i praksis ofte gå noe tid fra iverksettelsen av vedtaket til domstolsprøvingen. Det medfører at det ofte blir en glidende overgang mellom overprøving av selve vedtaket om omsorgsovertakelse, og en vurdering av hvorvidt vilkårene for tilbakeføring til foreldrene er til stede.⁷⁴ I Rt. 2006 s. 1672 fastslo Høyesterett at overprøvingen må skje ut fra barnevernloven § 4-12 om omsorgsovertakelse, og ikke etter reglene om tilbakeføring av omsorg i § 4-21. Siden det er forholdene på domstidspunktet som må legges til grunn må vurderingen suppleres med de endringer og utvikling som eventuelt har skjedd siden det tidspunktet vedtaket ble iverksatt.⁷⁵

4.2 Rettsanvendelsen ved omsorgsovertakelse- innledning

Fordi omsorgsovertakelse er et tvangsinngrep, og et inngrep i retten til respekt for familielivet, kreves det hjemmel i lov, jf. legalitetsprinsippet i Grl. § 113, Grl. § 102 og EMK artikkel 8 nr. 2. Det følger av EMDs praksis at lovhjemmelen må være tilgjengelig, klar og forutsigbar.⁷⁶ Barnevernloven § 4-12 er den relevante lovhjemmel for omsorgsovertakelse etter norsk lov. I punkt 4.3 og 4.4 skal de konkrete vilkårene i bestemmelsen gjennomgås.

⁷⁰ Bendiksen og Haugli (2015) s. 198.

⁷¹ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) om lov om barneverntjenester (barnevernloven), se særlig Del 1, pkt. 3 og Del 2, kap. 4, pkt. 4.15.

⁷² Se eksempelvis Johansen v. Norway, 7. august 1996 avsnitt 78 og Ageyevy v. Russia, 17. april 2013 avsnitt 143.

⁷³ Bendiksen og Haugli (2015) s. 212.

⁷⁴ Se eksempelvis Rt. 2004 s. 1683 og Rt. 2006 s. 1672.

⁷⁵ Rt. 2006 s. 1672, avsnitt 40.

⁷⁶ Se pkt. 3.4.

Videre må inngrepet ha et legitimt formål, jf. Grl. § 102 og EMK artikkel 8 nr. 2. Å beskytte barns rettigheter kvalifiserer som et legitimt formål ifølge EMDs praksis, og omsorgsovertakelse med dette som formål oppfyller således kravet.⁷⁷

Fordi omsorgsovertakelse regnes som et sterkt inngripende tiltak, oppstiller loven strenge vilkår som må være oppfylt for at omsorgen til et barn skal kunne overtas av barnevernet. I barnevernloven § 4-12 første ledd bokstav a-d er det opplistet fire alternative situasjoner som kan kvalifisere til et vedtak om omsorgsovertakelse dersom vilkårene er oppfylt. I bestemmelsens andre ledd fremgår et tilleggskrav om at omsorgsovertakelsen må være nødvendig, og at andre mindre inngripende tiltak må ha vært prøvd eller vurdert før omsorgsovertakelse iverksettes. I det følgende gjennomgås de konkrete vilkårene barnevernloven oppstiller.

4.3 Vilkårene for omsorgsovertakelse etter barnevernloven § 4-12 første ledd

De tre første alternative situasjonene som følger av § 4-12 første ledd vurderes basert på den nåværende situasjonen til barnet, mens det fjerde alternativet innebærer en vurdering av hvordan situasjonen til barnet vil bli fremover. De fire alternativene er delvis overlappende, og i praksis vurderes de ofte i sammenheng slik at det både foretas en nåtidsvurdering og en fremtidsvurdering.⁷⁸

Spørsmålet etter bestemmelsens første alternativ i bokstav a, er om omsorgen kan overtas fordi det foreligger ”alvorlige mangler ved den daglige omsorg som barnet får, eller alvorlige mangler i forhold til den personlige kontakt og trygghet som det trenger etter sin alder og utvikling”. Dette alternativet omhandler omsorgssvikt, herunder alvorlige mangler i forhold til barnets fysiske og psykiske behov. Ordlyden ”alvorlige mangler” setter terskelen høyt for at vilkåret skal være oppfylt. Dette stemmer godt med at omsorgsovertakelse er et sterkt inngrep i grunnleggende rettigheter som bare bør forekomme når det er uunngåelig for å hjelpe barnet. I forarbeidene er det uttalt at:

”Det er forutsatt at situasjonen må være forholdsvis klart uholdbar- ikke ethvert avvik fra det man kan kalle vanlige normer eller situasjoner skal gjøre det berettiget å treffe vedtak om ansvarsovertakelse.”⁷⁹

Forarbeidene presiserer videre at tilfeller hvor vold eller tvang i hjemmet forårsaker fysisk eller psykisk utrygghet for barnet, er omfattet av bestemmelsen. Det samme gjelder tilfeller hvor barnet ikke mottar omsorg overhodet.

Etter § 4-12 første ledd bokstav b er spørsmålet om omsorgen kan overtas fordi ”foreldrene ikke sørger for at et sykt, funksjonshemmet eller spesielt hjelpetrengende barn får dekket sitt særlige behov for behandling og opplæring”. Det følger av forarbeidene at bestemmelsen må sees i sammenheng med §§ 4-10 og 4-11. Disse bestemmelsene hjemler undersøkelse, behandling og opplæring av spesielt hjelpetrengende, syke eller funksjonshemmede barn uten foreldrenes samtykke. Omsorgsovertakelse av et barn som tilhører denne gruppen forutsetter at tiltak etter §§ 4-10 og 4-11 ansees som utilstrekkelige.⁸⁰ Dersom tiltak etter §§ 4-10 eller

⁷⁷ Se pkt. 3.4.

⁷⁸ Bendiksen og Haugli (2015) s. 199 og eksempelvis Rt. 2005 s. 624.

⁷⁹ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s.110.

⁸⁰ Ot.prp. nr.44 (1991-1992) s. 111.

4-11 kan hjelpe barnet tilstrekkelig, vil heller ikke nødvendighetskravet for omsorgsovertakelse i § 4-12 andre ledd være oppfylt, og vilkårene for omsorgsovertakelse vil ikke være innfridd.

I tilfeller hvor ”barnet blir mishandlet eller utsatt for andre alvorlige overgrep i hjemmet” følger hjemmelen for omsorgsovertakelse av bestemmelsens bokstav c. Ordlyden viser at ikke enhver tvang eller maktutøvelse omfattes, det må være snakk om kvalifiserte tilfeller. Som eksempler på hendelser som faller utenfor ordlyden nevner forarbeidene holding, og andre lette beskyttende eller avvergende tiltak.⁸¹ Ifølge forarbeidene omfattes ulike typer fysisk mishandling, seksuelle overgrep, psykisk sjikane, trakassering og gjentatte mindre overgrep av bestemmelsen. Bokstav c kommer ikke til anvendelse der det har forekommet et enkelt overgrep dersom barnevernet vurderer omsorgssituasjonen som generelt tilfredsstillende for barnet.⁸²

Som nevnt er alle typer vold mot barn forbudt etter barneloven § 30 tredje ledd og barnekonvensjonen artikkel 19, og er straffbare etter straffelovgivningen. De senere år har det også blitt satt stadig mer fokus på psykisk mishandling, og de følgene det kan ha for et barn å vokse opp i et hjem hvor dette forekommer. Dette gjelder enten barnet selv blir utsatt for det, eller er vitne til det. Slike hendelser regnes som alvorlig omsorgssvikt, og omfattes av § 4-12 første ledd bokstav c.⁸³ Psykisk vold er straffbart etter straffeloven § 219.⁸⁴ Høyesterett har i flere saker fastslått at barn som er vitner til vold eller mishandling i nære relasjoner også må regnes som voldsutsatt.⁸⁵

Etter § 4-12 første ledd bokstav d kan omsorgen overtas basert på fare for fremtidig omsorgssvikt fordi foreldrene mangler personlige forutsetninger for å ha ansvaret for barnet. Spørsmålet etter bestemmelsen er hvorvidt det er ”overveiende sannsynlig at barnets helse eller utvikling kan bli alvorlig skadd fordi foreldrene er ute av stand til å ta tilstrekkelig ansvar for barnet”. I motsetning til alternativ a-c, er det her snakk om å overta omsorgen for et barn fordi det fryktes at barnet i fremtiden kan bli utsatt for omsorgssvikt. Dette til tross for at det ikke nødvendigvis er mangler ved omsorgen barnet mottar på det nåværende tidspunkt. I slike tilfeller må det foretas en etisk utfordrende avveining av om det er best for barnet at barnevernet overtar omsorgen for det nå, selv om det for øyeblikket har det bra, eller om man bør avvente å gripe inn til omsorgssvikt faktisk inntreffer.

Vilkårene etter bestemmelsen er strenge. Beviskravet om at en fremtidig omsorgssvikt må være ”overveiende sannsynlig” viser at det kreves sterkere grad av sannsynlighet for at vilkårene skal være oppfylt etter denne bestemmelsen enn etter alternativ a-c, som krever alminnelig sannsynlighetsovervekt. Forarbeidene støtter dette ved å presisere at det må være tale om ”høy grad av sannsynlighet”.⁸⁶ Samtidig viser forarbeidene at det er tilstrekkelig å påvise at det foreligger en skaderisiko på sikt for å iverksette tiltak om omsorgsovertakelse, det er ikke nødvendig å dokumentere at de forholdene som skaper en slik risiko allerede eksisterer.⁸⁷

⁸¹ Ot.prp. nr.44 (1991-1992) s. 111.

⁸² Ot.prp. nr.44 (1991-1992) s. 43 og s.111.

⁸³ NOU 2003: 31 Retten til et liv uten vold- Menns vold mot kvinner i nære relasjoner, kap. 5.2, se særlig pkt. 5.2.8.

⁸⁴ Se eksempelvis Rt. 2013 s. 879, særlig avsnitt 23-31.

⁸⁵ Se eksempelvis Rt. 2010 s. 949 og Rt. 2011 s. 34.

⁸⁶ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 39.

⁸⁷ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 111.

Ordlyden i bestemmelsen tilsier at det ikke er tilstrekkelig at omsorgen fremover vil bli mangelfull, det må være fare for at barnets helse eller utvikling blir ”alvorlig skadd”. Dette understreker den høye terskelen for inngrep etter bestemmelsen. Risikoen for alvorlige skader hos barnet må i tillegg være direkte knyttet til at foreldrene er ute av stand til å ta ”tilstrekkelig ansvar for barnet”. Til dette påpeker forarbeidene at det er foreldrenes evne til å gi omsorg som skal vurderes, og ikke deres tilstand eller personlighetstrekk i seg selv.⁸⁸

I forarbeidene er det nevnt flere typiske situasjoner som kan kvalifisere til omsorgsovertakelse etter bokstav d, blant annet nevnes tilfeller hvor foreldrene er tilbakestående eller har alvorlige sinnslidelser.⁸⁹ Rettspraksis viser at fremtidsvurderingen blant annet har blitt benyttet i tilfeller hvor foreldrene er psykisk utviklingshemmet eller har psykiske vanskeligheter som påvirker evnen til å ta seg av barn fremover i tid, hvor foreldrene har alvorlige rusproblemer og muligheten for rehabilitering antas å være liten, og hvor barnet har funksjonshemninger som vil kreve mer hjelp enn det regnes som sannsynlig at barnet vil få der det bor.⁹⁰

Rettspraksis synes ikke å kreve noen klar diagnose hos foreldrene for at vilkårene i § 4-12 bokstav d skal være oppfylt. I Rt. 1991 s. 624 var det spørsmål om opprettholdelse av et vedtak om omsorgsovertakelse av to barn, eller eventuelt tilbakeføring til mor. Moren hadde eneomsorgen for barna før omsorgsovertakelsen. Saken ble vurdert etter den gamle barnevernloven av 1953, men fremtidsvurderingen som ble foretatt er likevel relevant. Førstvoterende konkluderte med at omsorgsovertakelsen skulle opprettholdes fordi det ble antatt at ”de mer fundamentale og varige personlighetstrekk hos X [moren] som er bakgrunnen for omsorgsovertakelsen, tilsier at vedtaket opprettholdes for begge barna”. Først og fremst var det snakk om morens sosiale væremåte og kommunikasjonsform. Hun var særdeles lite samarbeidsvillig i forhold til å motta hjelp, hadde lite selvinnsikt rundt egen oppførsel og maktet ikke å se at hennes oppførsel påvirket barna negativt. Det ble lagt vekt på flere sakkyndiges bemerkninger, og det ble antatt at om barna ble tilbakeført til mor, ville det etter kort tid på nytt oppstå spørsmål om omsorgsovertakelse. Omsorgsovertakelsen ble opprettholdt. I Rt. 2005 s. 624 var det spørsmål om omsorgsovertakelse av en fysisk funksjonshemmet jente på 13 år. Høyesterett vurderte her § 4-12 første ledd bokstav a og d i sammenheng. Det ble lagt vekt på jentas særlige omsorgsbehov som også ville gjøre seg gjeldende fremover i tid. Selv om det ikke forelå noen klar diagnose av moren, ble det lagt vekt på de sakkyndiges syn på hennes manglende samarbeidsvilje i forhold til hjelpeapparatet, og hennes paranoide holdning, som i tiden fremover ville være til hinder for jentas beste. Omsorgsovertakelsen ble også her opprettholdt.

At vilkårene for omsorgsovertakelse i § 4-12 første ledd er oppfylt, er ikke alene tilstrekkelig for å fatte vedtak om omsorgsovertakelse. Tilleggsvilkårene i bestemmelsens andre ledd må også være innfridd. Disse behandles i neste punkt.

⁸⁸ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 43.

⁸⁹ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 43.

⁹⁰ Se eksempelvis Rt. 1982 s. 764, Rt. 1986 s. 1189 og Rt. 2005 s. 624.

4.4 Tilleggskravene for omsorgsovertakelse etter barnevernloven § 4-12 andre ledd

Det følger av § 4-12 andre ledd at omsorgsovertakelse må være ”nødvendig ut fra den situasjon barnet befinner seg i”, og at vedtak ikke kan fattes dersom det ”kan skapes tilfredsstillende forhold for barnet ved hjelpetiltak etter § 4-4 eller ved tiltak etter § 4-10 eller § 4-11”.

Bestemmelsen er et klart uttrykk for det mildeste inngreps prinsipp, og sier eksplisitt at mindre inngripende tiltak må vurderes før omsorgsovertakelse kan regnes som nødvendig. Forarbeidene til barnevernloven presiserer at det avgjørende vurderingstemaet er hvorvidt omsorgsovertakelse regnes som nødvendig ut fra barnets aktuelle situasjon, det vil si den situasjon barnet faktisk befinner seg i på tidspunktet for avgjørelsen.⁹¹

Regelen som følger av § 4-12 andre ledd kan sees i sammenheng med EMK artikkel 8 nr. 2, som med ordlyden ”necessary in a democratic society” viser til en proporsjonalitetsvurdering ved spørsmål om inngrep i retten til familieliv. Et tilsvarende krav om forholdsmessighet følger av Grunnloven § 102.

Den menneskerettslige og grunnlovsmessige proporsjonalitetsvurderingen kan deles inn i tre vurderingstemaer. Inngrepet må være egnet til å bedre barnets omsorgssituasjon, det konkrete inngrepet må være nødvendig, og det må være forholdsmessighet mellom formålet med inngrepet og inngrepets styrke.⁹² Ved vurderingen av inngrepets styrke kan momenter som omsorgsovertakelsens lengde, og graden av samvær være relevante. Departementet vurderte å ta med egnethetskravet i § 4-12 andre ledd, men kom til at det var en unødvendig presisering. Det ble imidlertid presisert at omsorgsovertakelse ikke kunne regnes som nødvendig med mindre barnevernet hadde et egnet plasseringssted for barnet.⁹³ For å konstatere at inngrepet er proporsjonalt med formålet, må det være klart at det ikke finnes mindre inngripende tiltak som er egnet til å oppfylle målet.⁹⁴ Først da regnes inngrepet som nødvendig. Hvorvidt mindre inngripende tiltak er aktuelle, avhenger ofte av foreldrenes samarbeidsvilje overfor hjelpeapparatet, deres evne til å ta i mot hjelpetiltak og hvilken nytte barna vil kunne få av disse tiltakene.⁹⁵ Det bemerkes at Norge i flere saker har blitt dømt for brudd på EMK artikkel 8 nr. 2 fordi inngrepet ikke ble ansett som proporsjonalt med formålet.⁹⁶

Selv om vilkårene i § 4-12 første ledd er oppfylt, regnes ikke omsorgsovertakelse alltid som nødvendig etter andre ledd. Et eksempel på dette er tilfeller hvor situasjonen har forbedret seg betraktelig fra det tidspunktet barnevernet reiste sak om omsorgsovertakelse, til saken kom opp for vurdering. Det kan eksempelvis skyldes at den som utsatte barnet for seksuelt misbruk eller andre typer omsorgssvikt har flyttet ut av huset eller er død, eller at mindre inngripende tiltak viser seg å kunne være bedre for barnet.

Det er heller ikke nødvendigvis slik at omsorgsovertakelse er det beste for barnet selv om vilkårene i § 4-12 første og andre ledd er oppfylt. Dersom vilkårene i § 4-12 er oppfylt, blir

⁹¹ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 111.

⁹² Merete Havre, Norsk Lovkommentar på www.rechtsdata.no, barnevernloven, note 163 og 173, sist hovedrevidert 26. september 2015.

⁹³ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 44.

⁹⁴ Se pkt. 3.4.

⁹⁵ Rt. 1994 s. 568, se s. 574 og 577.

⁹⁶ Se eksempelvis Johansen v. Norway, 7. august 1996.

neste skritt å vurdere om omsorgsovertakelse er i tråd med hensynet til barnets beste. Dette behandles i neste punkt.

4.5 Hensynet til barnets beste ved omsorgsovertakelse

I tilfeller hvor vilkårene i barnevernloven § 4-12 er oppfylt, fastslår andre ledd i bestemmelsen at vedtak om omsorgsovertakelse ”kan” fattes. En slik formulering viser at det ikke er obligatorisk å iverksette tiltak selv om vilkårene er oppfylt. Tiltak blir heller ikke automatisk iverksatt selv om bestemmelsens krav er innfridd. Ordlyden åpner for en konkret, og skjønnsmessig vurdering av hvorvidt det beste for barnet er at vedtak om omsorgsovertakelse fattes.

Staten har etter Grunnloven § 92 plikt til å respektere og sikre barns menneskerettigheter. Det innebærer at dersom det foreligger risiko for krenkelse av noen av disse rettighetene vil det være et tungtveiende moment i den skjønnsmessige vurderingen som tilsier at det bør fattes vedtak om omsorgsovertakelse. I den skjønnsmessige vurderingen spiller også barnevernloven § 4-1 om hensynet til barnets beste en viktig rolle. Selv om vilkårene i barnevernloven § 4-12 er oppfylt og omsorgsovertakelse blir ansett som nødvendig, kan det hende at et slikt tiltak ikke regnes som det beste for barnet samlet sett. Vilkårene for å anvende tiltaket vil da ikke være oppfylt.

Spørsmålet etter barnevernloven § 4-12 andre ledd jf. § 4-1 første ledd blir om omsorgsovertakelse er til barnets beste. Som vist i punkt 3 om barnets beste, står hensynet sentralt i både nasjonal og internasjonal lovgivning. Hensynet til barnets beste er direkte hjemlet i Grunnloven § 104 og i barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1, samt gjennom retten til respekt for familieliv i Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8. Disse bestemmelsene får betydning i vurderingen. Som vist tidligere, gjør hensynet til barnets beste seg gjeldende i alle saker som gjelder barn, men får aller størst betydning i barnevernssaker. I barnevernssaker krever barnevernloven § 4-1 at det legges ”avgjørende vekt på å finne tiltak som er til [det] beste for barnet”. En slik ordlyd innebærer at hvor foreldre og barn har motstridende interesser i saken, skal det legges avgjørende vekt på hensynet til barnet. Det er presisert i § 4-1 første ledd at det ved vurderingen av hva som er til barnets beste, skal legges vekt på å gi barnet stabil og god voksenkontakt samt kontinuitet i omsorgen.

Bestemmelsen fikk et nytt andre ledd ved lov av 21. juni 2013 nr. 63. Her fremgår det at barnets egen mening skal komme frem, og at det må tilrettelegges for dette. Bestemmelsen forplikter alle instanser til å formidle informasjon om saken til barnet, og til å legge til rette for at barnet selv får medvirke under hele saken. Forarbeidene fremhever viktigheten av bestemmelsen, og uttaler at det har vesentlig betydning at barnets perspektiv og meninger inkluderes i vurderingen av hva som er til barnets beste.⁹⁷ Barnets rett til å bli hørt er ett sentralt prinsipp også etter barnekonvensjonen artikkel 12⁹⁸, og er etter revisjonen av Grunnloven grunnlovfestet i Grunnloven § 104 første ledd. Grunnlovfesting av prinsippet om barnets medvirkning understreker viktigheten av at barnets synspunkter blir tatt på alvor i en vurdering av om omsorgsovertakelse er den beste løsningen for barnet.

Flere andre momenter kan også gjøre seg gjeldende i den skjønnsmessige vurderingen. Etersom hver sak må vurderes konkret kan de relevante momentene variere noe. Av punkt

⁹⁷ Prop. 106 L (2012-2013).

⁹⁸ Se pkt. 2.5.

3.3 om FNs barnekonvensjon fulgte det at barnekomiteen fremhever en rekke momenter som spesielt relevante ved vurderingen av hva som er til barnets beste. Det nevnes blant annet barnets synspunkter, bevaring av familiemiljøet og de relasjonene barnet har til familien, omsorg, beskyttelse av barnet, barnets sårbarhet og barnets rett til helse og utdanning.⁹⁹

Også andre momenter som hvorvidt det finnes et egnet fosterhjem eller institusjon i nærområdet slik at kontakt lettere kan opprettholdes med familien, alvorligheten av omsorgssvikten som har forekommet og mulige konsekvenser av en eventuell omsorgsovertakelse kan være relevante i vurderingen. I Rt. 2004 s. 999 var det spørsmål om overprøving av et vedtak om omsorgsovertakelse for en tolv år gammel gutt med betydelige atferdsproblemer. Selv om Høyesterett ga uttrykk for at de var svært usikre på morens omsorgsevne, konkluderte de med at det ikke ville være det beste for gutten å opprettholde omsorgsovertakelsen. Gutten ønsket selv å bo med moren, og truet med å skade seg selv om han ikke fikk lov til det. Både gutten og moren hadde vist sterk motvilje mot vedtaket. Høyesterett uttaler i dommen at vedtak om omsorgsovertakelse bare kan opprettholdes dersom ”man med en rimelig grad av sikkerhet kan anta at Bs utvikling på lengre sikt blir best med fortsatt omsorgsovertakelse”. I denne saken fryktet man at situasjonen ville forverre seg om omsorgsovertakelsen ble opprettholdt. Videre uttaler førstvoterende 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”.

Dommen er et eksempel på at de mulige negative konsekvensene av en omsorgsovertakelse kan være så alvorlige at det ikke kan regnes som den beste løsningen for barnet, selv om situasjonen til barnet heller ikke er tilfredsstillende der det bor. Hvor både barn og foreldre er så sterkt motvillige til omsorgsovertakelsen at det er fare for alvorlige hendelser eller alvorlig skade dersom den gjennomføres, må det altså revurderes hvorvidt det finnes andre mindre inngripende tiltak som barnevernet kan avhjelpe situasjonen med, og som de involverte er villige til å samarbeide med hjelpeapparatet om.

Som vist ovenfor er hensynet til barnets beste særlig tungt hjemlet i barnevernloven § 4-1 første ledd. Det er på det rene at selv om vernet den nye Grunnloven § 104 andre ledd gir er av mer generell karakter, må denne som grunnlovsbestemmelse også ha betydning ved en vurdering av barnets beste. I det følgende vil oppgaven komme nærmere inn på hvorvidt grunnlovsbestemmelsen får reell betydning ved en konkret vurdering av barnets beste ved omsorgsovertakelse.

4.6. Har den nye Grunnloven § 104 reell betydning for vurderingen av barnets beste ved omsorgsovertakelse?

Ved grunnlovsreformen i 2014 ble hensynet til barnets beste grunnlovfestet i § 104 andre ledd, og fremhevet som ”et grunnleggende hensyn” ved alle handlinger og avgjørelser som berører barn. Som vist tidligere i oppgaven var hensynet regulert også før grunnlovsreformen, både gjennom nasjonal lovgivning i barnevernloven § 4-1, og gjennom internasjonale konvensjoner. Av internasjonale konvensjoner er særlig barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 sentral. Om formålet bak grunnlovfestingens vises det til punkt 3.2. Med allerede omfattende regulering av hensynet til barnets beste kan det spørres hvilken reell betydning grunnlovfestingens i § 104 andre ledd har ved en konkret vurdering av hva som er det beste for

⁹⁹ Se pkt. 3.3.

barnet, og hvorvidt bestemmelsen vil kunne føre til en mer omfattende overprøving av barnets beste i norske domstoler fremover.

En vurdering av hvorvidt omsorgsovertakelse er det beste for barnet i en konkret situasjon er, som oppgaven tidligere har vist, en sammensatt vurdering hvor ulike hensyn og momenter må avveies for å komme frem til den beste løsningen for barnet. Selve prosessen oppleves ofte som en stor belastning for de involverte barn og foreldre, og det er derfor viktig at vurderingene og avgjørelsene foretas på en rettslig forsvarlig måte. Norske rettsanvendere er forpliktet til å anvende både de nye menneskerettslige bestemmelsene i Grunnloven, de tilsvarende bestemmelsene i internasjonale konvensjoner og annen nasjonal lovgivning i sammenheng ved konkrete vurderinger av hva som er til barnets beste. Dette kan fremstå som metodisk utfordrende.

I 2014 fikk Grunnloven også en ny § 92, som gir noe veiledning når de nevnte rettskildene skal anvendes i sammenheng. Etter § 92 må både rettighetsbestemmelsene i Grunnloven og i de internasjonale konvensjoner om menneskerettigheter som Norge er bundet av respekteres og sikres. Den naturlige forståelsen av ordlyden i bestemmelsen er at rettighetsbestemmelsene i Grunnloven og i de internasjonale konvensjoner som Norge er bundet av, skal respekteres og sikres på lik linje. En forståelse av ordlyden som sidestiller plikten til å respektere og sikre rettighetene er naturlig også fordi den er forenlig med formålet bak grunnlovreformen om å styrke menneskerettighetenes stilling i norsk rett.¹⁰⁰

Høyesterett har i flere saker tolket den nye Grunnloven § 92 dithen at de norske rettighetsbestemmelsene må tolkes i lys av de internasjonale.¹⁰¹ Det innebærer at i tillegg til de internasjonale bestemmelsene, vil også den tolkning av de internasjonale bestemmelsene som forekommer i internasjonal domspraksis være veiledende ved tolkningen av innholdet i de norske bestemmelsene. Forarbeidene til Grunnloven bekrefter denne forståelsen av sammenhengen mellom de norske rettighetsbestemmelsene og de internasjonale ved å uttale at Grunnloven § 104 andre ledd om hensynet til barnets beste ble utformet svært likt barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 for at det skulle være mulig å anvende internasjonal tolkningspraksis ved tolkningen av den norske grunnlovsbestemmelsen.¹⁰²

I Rt. 2015 s. 93 kommer Høyesterett nærmere innpå dette tolkningsspørsmålet. Saken gjaldt utvisning av en kenyansk kvinne som hadde oppholdt seg ulovlig i Norge etter avslag på asylsøknad, og som også hadde fått avslag på søknad om oppholdstillatelse for familiegjenforening med sin datter på fem år. Spørsmålet var hvorvidt de to vedtakene var ugyldige, og om vedtakene var i strid med EMK. Selv om saken gjaldt utlendingsrett, vil de generelle uttalelsene fra Høyesterett om betydningen av den nye Grunnloven § 104 og barnets beste ha overføringsverdi også til andre saker hvor barnets beste er et vurderingstema. Dommen får derfor betydning for vurderingen og vektleggingen av barnets beste ved tolkningen av Grunnloven § 104 og barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 i saker om omsorgsovertakelse etter barnevernloven.

Grunnloven § 104 skal ifølge Høyesterett ”tolkes i lys av de folkerettslige forbildene, men likevel slik at fremtidig praksis fra de internasjonale håndhevingsorganene ikke har samme prejudikatsvirkning ved grunnlovstolkningen som ved tolkningen av de parallelle

¹⁰⁰ Arnfinn Bårdsen, *De nordiske høyesterettene som konstitusjonsdomstoler: Noen nyere utviklingslinjer i Norges Høyesterett*, Nordisk høyesterettsdommerseminar Stockholm, 23. og 24. mars 2015, pkt. 13.

¹⁰¹ Se eksempelvis Rt. 2015 s. 93 og Rt. 2014 s. 1292.

¹⁰² Dok. 16 (2011-2012) s. 192.

konvensjonsbestemmelsene: Det er etter vår forfatning Høyesterett- ikke de internasjonale håndhevsorganene- som har ansvaret for å tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettsbestemmelser”.¹⁰³ Høyesterett presiserer med dette at domstolen har et selvstendig ansvar for tolking, avklaring og utvikling av norsk rett. Selv om internasjonal rettspraksis vil stå sentralt i prosessen, særlig inntil det forekommer mer norsk rettspraksis som omhandler Grunnloven § 104, blir den ikke nødvendigvis avgjørende. Tvert i mot antyder Høyesterett at innholdet og betydningen av Grunnloven § 104 med tiden vil kunne utvikles i ulik retning fra eksempelvis parallellbestemmelsen i barnekonvensjonen artikkel 3 nr.1. Det vil igjen kunne medføre at betydningen og vekten av hensynet til barnets beste i Grunnloven § 104 med tiden blir en annen enn det som følger av konvensjonsteksten. Siden norsk lov regnes for å være i samsvar med de internasjonale konvensjoner Norge har sluttet seg til, betyr det at beskyttelsen av barnets beste ikke kan svekkes i forhold til rettstilstanden per i dag, men den kan derimot styrkes dersom Høyesterett finner at Grunnloven § 104 andre ledd må tolkes dithen. Dersom bestemmelsen medfører at hensynet til barnets beste nyter økt beskyttelse sammenlignet med tidligere, vil det være i tråd med ønsket om å styrke menneskerettighetenes stilling i norsk rett, som igjen var en del av formålet bak grunnlovsreformen.

I forhold til den konkrete vurderingen av barnets beste etter Grunnloven § 104 andre ledd, støtter Høyesterett seg til Barnekomiteens uttalelser om at hensynet til barnet ikke er det eneste, og ikke alltid det avgjørende hensynet for sakens utfall.¹⁰⁴ Ved avveiningen mot andre interesser ”skal hensynet til barnets beste ha *stor vekt*- det er ikke bare ett av flere momenter i en helhetsvurdering: Barnets interesser skal danne utgangspunktet, løftes spesielt frem og stå i forgrunnen”.¹⁰⁵ Høyesterett følger deretter opp med en selvstendig vurdering av hva som best ivaretar barnets interesser i den konkrete saken.¹⁰⁶ Avslutningsvis i denne vurderingen undersøkes det om det foreligger ”svært gode og tungtveiende grunner” for å fravike den løsningen som best ivaretar barnets interesser. I dommen kommer Høyesterett til at behovet for en effektiv og rettferdig utlendingsforvaltning i denne konkrete saken ikke var tilstrekkelig til å forsvare en løsning som strider mot den beskyttelse Grunnloven § 104 og barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 gir hensynet til barnets beste.¹⁰⁷

Med dette viser Høyesterett tydelig at terskelen for å fravike den løsning som til enhver tid er best for barnet, er høy. I saken var selv ikke lovstridig atferd i form av å oppgi uriktige identitetsopplysninger til utlendingsmyndighetene, og å oppholde seg ulovlig i landet, tilstrekkelig til å fravike den beste løsningen for barnet. Til tross for nevnte lovbrudd konstaterte Høyesterett at den beste løsningen for barnet måtte være å bli værende i landet sammen med sin mor. Det bemerkes i dommens avsnitt 80 at det i denne saken utelukkende var snakk om brudd på bestemmelser i utlendingsloven med forholdsvis milde rettsfølger, og ikke alvorlig kriminalitet fra morens side. Med andre ord synes dommen å åpne for at ved alvorligere kriminelle handlinger enn de som har forekommet i denne konkrete saken, kan det være adgang til utvisning, selv om det ikke regnes som den beste løsningen for det berørte barnet. I den samlede vurderingen vektla Høyesterett særlig at barnet hadde norsk statsborgerskap, at moren var HIV-positiv og at barnets fremtidige omsorgssituasjon ville være svært usikker og risikofylt dersom barnet måtte returnere til Kenya med moren.¹⁰⁸

¹⁰³ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 64 jf. avsnitt 57.

¹⁰⁴ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 65 jf. General Comment No. 14 avsnitt 36-40 og Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 134-136.

¹⁰⁵ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 65.

¹⁰⁶ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 72-78.

¹⁰⁷ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 81.

¹⁰⁸ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 78.

Høyesterett har senere fulgt opp denne tolkningen av Grunnloven § 104, og fulgt samme vurderingsmønster av hensynet til barnets beste.¹⁰⁹ Et eksempel på dette er Rt. 2015 s. 155 hvor Høyesterett etter en selvstendig vurdering kom til motsatt resultat av det som ble resultatet i dommen over, nemlig at det i denne saken forelå tilstrekkelig tungtveiende grunner for å fravike den løsningen som syntes å være best for barnet. Det var her snakk om forbrytelser av betraktelig høyere alvorlighetsgrad, noe som måtte føre til at hensynet til barnets beste ikke fikk absolutt prioritet.

Høyesteretts tolkning av den nye Grunnloven § 104 andre ledd i dommene som er nevnt ovenfor danner mønsteret for senere rettsanvendelse, både for forvaltning og domstoler. Uttalelsene er veiledende for fremgangsmåten også i saker om omsorgsovertakelse etter barnevernloven. Avveiningen av de ulike interesser som gjør seg gjeldende i saken bør på samme måte som i Rt. 2015 s. 93 starte med en særskilt vurdering av hvilken løsning som best ivaretar barnets interesser, og det skal mye til for å fravike denne løsningen. Dersom man eksempelvis kommer til at det beste for barnet i en konkret sak er at barnevernet overtar omsorgen på bakgrunn av at barnet er utsatt for alvorlig omsorgssvikt i hjemmet, skal det ”svært gode og tungtveiende grunner” til for at vedtak om omsorgsovertakelse ikke fattes, jf. Rt. 2015 s. 93.

Selv om grunnlovfesting av hensynet til barnets beste ikke egentlig representerer en endring av norsk rett siden hensynet var regulert fra før, er det grunn til å tro at grunnlovfesting vil medføre at hensynet tillegges mer vekt og i enda større grad settes i forgrunnen ved vurderinger som berører barns interesser. En slik endring skjer nok ikke over natten, men med tiden vil den kunne bli merkbar dersom Grunnloven § 104 andre ledd og formålet bak den blir tatt på alvor ved avgjørelser i forvaltning og domstoler. Grunnlovfesting av hensynet til barnets beste har i tillegg både symbolsk og politisk betydning ettersom den demonstrerer og anerkjenner barns rolle i samfunnet. Den medfører også at den lovgivende og utøvende makt må ta hensyn til barns interesser ved utformingen av fremtidige lover, og ved politiske beslutninger.¹¹⁰ En slik økt synliggjøring av hensynet til barnets beste er en positiv rettsutvikling som forhåpentligvis vil sette spor både i politiske og rettslige avgjørelser fremover samt bidra til Norges utvikling som et foregangsland for barns rettigheter.

I punkt 4.7 vil oppgaven avslutningsvis belyse konsekvensene av omsorgsovertakelse når det gjelder ansvarsfordeling mellom foreldre og barnevern, samt adgangen til tilbakeføring av barnet til foreldrene.

4.7 Konsekvensene av en omsorgsovertakelse

Når det gjelder konsekvensene av en omsorgsovertakelse, er det klart at barneverntjenestens ansvar for barnet ikke avvikles ved at omsorgsovertakelse blir vedtatt og gjennomført. Etter at valg av plasseringssted for barnet er foretatt etter barnevernloven § 4-14, er barneverntjenesten lovpålagt å sørge for tett oppfølging av barnet og dets foreldre etter § 4-16. Oppfølgingen skal sikre at formålet med omsorgsovertakelsen blir overholdt, og at barnet får den omsorg og behandling som vedtaket tilsier at det trenger.¹¹¹ Det skal

¹⁰⁹ Rt. 2015 s. 155.

¹¹⁰ Kirsten Sandberg, *Grunnlovfesting av barns rettigheter*, Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål, 2012-1, Gyldendal rettsdata.

¹¹¹ Se Prop. 106 L (2012-2013) s. 175 med videre henvisning.

kontinuerlig vurderes om vilkårene for fortsatt omsorgsovertakelse er oppfylt, hvordan barnets og foreldrenes utvikling er og om det er behov for flytting av barnet.¹¹² Veiledning av foreldrene skal forekomme dersom de ønsker dette, og det må vurderes om det er behov for samarbeid med andre offentlige organer.¹¹³

Etter § 4-15 tredje ledd er barnevernet forpliktet til å utarbeide en konkret plan for barnets omsorgssituasjon allerede ved omsorgsovertakelsen. Senest to år etter vedtak om omsorgsovertakelse skal det vedtas en plan for den fremtidige omsorgssituasjonen. Ifølge forarbeidene skal omsorgsplanene fungere som viktige hjelpeverktøy i barneverntjenestens oppfølging av det enkelte barn, blant annet for å sikre at oppfølgingsarbeidet skjer på en systematisk og forutsigbar måte.¹¹⁴ Fylkesnemnda har etter §§ 4-16 og 4-19 oppfølgingsansvaret med å ta stilling til spørsmål om samværsrett.

Etter omsorgsovertakelsen har foreldrene til barnet fremdeles foreldreansvaret, men siden barnet ikke lenger bor med dem oppstår spørsmålet om hva det innebærer i forhold til den daglige omsorgsplikten og bestemmelsesretten og –plikten de har ovenfor barnet.¹¹⁵

Bestemmelsesretten fordeles slik at de daglige avgjørelser foretas av fosterforeldrene eller institusjonen, mer omfattende avgjørelser tas av barneverntjenesten og vesentlige avgjørelser faller på foreldrene.¹¹⁶ Forarbeidene nevner spørsmål om midlertidig bosted hos andre enn fosterforeldrene og besøk av lengre varighet som eksempler på avgjørelser som faller på barneverntjenesten.¹¹⁷ Ulike spesiallover viser også at bestemmelsesretten for en rekke avgjørelser som eksempelvis større medisinske inngrep og samtykke til utstedelse av pass, tilfaller barneverntjenesten.¹¹⁸ Foreldrene har fremdeles bestemmelsesrett overfor barnet ved mer omfattende og endelige avgjørelser som spørsmål om samtykke til adopsjon og større religiøse spørsmål, i tillegg til spørsmål om barnets skolegang.¹¹⁹

Hvor utviklingen hos foreldrene er positiv, og forholdet til barnet er bra, vil spørsmål om tilbakeføring til foreldrene etter barnevernloven § 4-21 kunne oppstå. Av bestemmelsens første ledd andre punktum følger en regel som kan forhindre tilbakeføring selv om vilkårene for omsorgsovertakelse etter § 4-12 ikke lenger er til stede. Dette kan forekomme i tilfeller hvor 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”, jf. § 4-12 første ledd andre punktum. Regelen understreker at det sentrale spørsmålet i forhold til barnets omsorgssituasjon gjennomgående er hva som er i samsvar med barnets interesser samlet sett.

Det har vært diskutert i teorien hvorvidt loven burde åpne for å kunne vedta varig omsorgsovertakelse frem til barnets myndighetsalder ettersom det i praksis ofte blir tale om langvarige omsorgsovertakelser.¹²⁰ Dette ville imidlertid kunne komme i konflikt med den grunnleggende retten til familieliv som barnet og foreldrene har, og det ville forhindre at barn

¹¹² Bvl. § 4-16 og Prop. 106 L (2012-2013) s. 177, pkt. 24.4.

¹¹³ Bvl. § 4-16 og Prop. 106 L (2012-2013) s. 177, pkt. 24.4.

¹¹⁴ Prop. 106 L (2012-2013) pkt. 24.4.

¹¹⁵ Se bvl. § 4-18 første ledd og bl. § 30.

¹¹⁶ Se bvl. § 4-18 og Innst. O. nr. 80 (1991-1992), Melding fra forbruker- og administrasjonskomiteen om lov om barneverntjenester (barnevernloven) s. 26.

¹¹⁷ Innst. O. nr. 80 (1991-1992) s. 26.

¹¹⁸ Lov 2. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter § 4-4 fjerde ledd, forskrift 29. august 2012 nr. 843 om pasient- og brukerrettigheter i fastlegeordningen § 5 og lov 19. juni 1997 nr. 82 om pass § 4.

¹¹⁹ Adopsjonsloven § 7 og Bendiksen og Haugli (2015) s. 214.

¹²⁰ Se eksempelvis Bendiksen og Haugli (2015) s. 212.

og foreldre kan bli gjenforent i tilfeller hvor omsorgssituasjonen forbedrer seg tilstrekkelig, noe som igjen ville være i strid med hensynet til barnets beste. En løpende evaluering av hvorvidt vilkårene for omsorgsovertakelse fremdeles er innfridd samt tett oppfølging av barn og foreldres utvikling under omsorgsovertakelsen, slik loven i dag krever, sikrer antagelig barnets grunnleggende rettigheter på en grundigere måte. Samtidig gir dagens ordning rom for endringer i barnets omsorgssituasjon hvor dette ansees som hensiktsmessig, og til det beste for barnet.

5. SLUTTVURDERINGER

Hensynet til barnets beste er som oppgaven viser et sammensatt og dynamisk begrep. Hva som regnes for å være det beste for barnet endres i takt med samfunnsutviklingen, og det samme gjelder utviklingen av barnets beste som rettslig begrep. Oppgaven viser at hensynet til barnets beste er omfattende regulert, både i nasjonal og internasjonal lovgivning. Særlig sterkt står hensynet på barnevernrettens område hvor barnevernloven § 4-1 krever at det legges avgjørende vekt på hva som er til barnets beste ved enhver avgjørelse.

Grunnlovfestingen av barnets beste i Grunnloven § 104 andre ledd bidro til å tydeliggjøre viktigheten av at barnets interesser skal være et grunnleggende hensyn ved alle avgjørelser som berører barnet. At hensynet nå har grunnlovs rang, gir det større gjennomslagskraft og tyngde enn det hadde før. Når rettskildene på området sees i sammenheng fremstår det som at den rettslige utviklingen av barnets beste-begrepet også medfører en endring i praksis. Høyesteretts uttalelser taler for at rettsanvendere både i barneverntjenesten, fylkesnemnd og domstoler ikke bare må klargjøre hva som ligger i begrepet barnets beste, men i større grad enn før må foreta en selvstendig vurdering hvor det synliggjøres hva som er til barnets beste i den konkrete sak. Høyesterett har satt terskelen høyt for å fravike den løsning som er i samsvar med barnets interesser. Nøyaktig hvor høy terskelen for unntak fra barnets beste skal være vil utvikles og avklares nærmere etter hvert som det foreligger mer rettspraksis rundt den nye Grunnloven § 104.

Ved vedtak av så inngripende karakter som omsorgsovertakelse er det viktig at saksbehandlingen er underlagt strenge krav, og at avgjørelsene som fattes er etterprøvbare. Som oppgaven har vist er ikke omsorgsovertakelse nødvendigvis det beste for barnet selv om de rettslige vilkårene for tiltaket er oppfylt. Derfor er det viktig med en grundig og selvstendig vurdering av om et vedtak om omsorgsovertakelse er den beste løsningen for barnet. Dersom grunnlovfestingen av hensynet til barnets beste medfører at hensynet blir gitt den økte oppmerksomheten og tyngden det var tiltenkt fra de folkevalgtes politikernes side, vil det kunne få betydning ved konkrete avgjørelser fremover. Forhåpentligvis vil det bidra til styrket rettssikkerhet for barn gjennom systematiske og grundige vurderinger av hvorvidt omsorgsovertakelse er den beste løsningen for det konkrete barnet i den konkrete situasjonen det befinner seg i.

I november 2014 ble det nedsatt et lovutvalg ledet av professor Trude Haugli, med mandat til å gjennomgå barnevernlovens bestemmelser og systematikk.¹²¹ Utvalget skal komme med et forslag til ny barnevernlov i august 2016. Behovet for en ny og mer helhetlig barnevernlov begrunnes blant annet i barnevernlovens alder, at det har vært foretatt mange endringer opp gjennom årene og at det norske samfunnet har utviklet seg mye siden den gjeldende barnevernloven ble vedtatt. For å styrke rettssikkerheten for barn er det derfor behov for å oppdatere regelverket slik at det stemmer overens med samfunnet slik det er i dag.

I tillegg til grunnlovfestingen av hensynet til barnets beste i 2014, er en ny barnevernlov definitivt et skritt i riktig retning mot økt rettssikkerhet for barn i Norge.

¹²¹ Se Bendiksen og Haugli (2015) s. 162 og mer om utvalget på <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/Lovutvalg-nedsatt/id2342528/>.

6. KILDER

6.1 Lover, internasjonale konvensjoner og forskrifter

Norske lover

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov

Lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barneloven)

Lov 28. februar 1986 nr. 8 om adopsjon (adopsjonsloven)

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

Lov 19. juni 1997 nr. 82 om pass (passloven)

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

Lov 2. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven)

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

Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)

Lov 21. juni 2013 nr. 63, Lov om endringer i barnevernloven

Internasjonale konvensjoner

FNs konvensjon om barnets rettigheter, barnekonvensjonen, 20. november 1989

Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter, Den europeiske menneskerettskonvensjonen, 4. november 1950

Forskrifter

Forskrift 29. august 2012 nr. 843 om pasient- og brukerrettigheter i fastlegeordningen

6.2 Forarbeider og andre offentlige dokumenter

NOU 2003: 31 Retten til et liv uten vold- Menns vold mot kvinner i nære relasjoner

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

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

Prop. 106 L (2012-2013) Endringer i barnevernloven, Tilråding fra Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet

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

Innst. O. nr. 110 (2004-2005)/Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) Innstilling til Odelstinget fra justiskomiteen om lov om meklings- og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

Innst. 169 S (2012- 2013) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om menneskerettigheter i Grunnloven

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

Dokument 16 (2011-2012) Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettighetene i Grunnloven

Stortingets vedtak 13. mai 2014 om endringer i Grunnloven (menneskerettigheter)

General Comment No. 5 (2003) *General Measures of Implementation of the Convention on the Rights of the Child*

General Comment No. 12 (2009) *The right of the child to be heard*

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

6.3 Rettspraksis

Norsk rettspraksis

Rt. 1982 s. 764
Rt. 1986 s. 1189
Rt. 1994 s. 568
Rt. 2004 s. 1300
Rt. 2004 s. 1683
Rt. 2005 s. 624
Rt. 2006 s. 1672
Rt. 2008 s.106
Rt. 2009 s. 222
Rt. 2010 s. 949
Rt. 2011 s. 34
Rt. 2012 s. 1985
Rt. 2013 s. 879
Rt. 2014 s. 1105
Rt. 2014 s. 1292
Rt. 2015 s. 93

Internasjonal rettspraksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD)

Hokkanen v. Finland 23. september 1994
Johansen v. Norway 7. august 1996
Aune v. Norway 28. oktober 2010
Nunez v. Norway 28. juni 2011
Butt v. Norway 4. desember 2012
Vojnity v. Hungary 12 februar 2013
Ageyevy v. Russia 17. april 2013
Jeunesse v. The Netherlands 3. oktober 2014

6.4 Litteraturliste

Norske bøker

Bendiksen og Haugli (2015)

Bendiksen, Lena Renate L. og Trude Haugli, *Sentrale emner i barneretten*, 2. utgave, Oslo 2015

Sandberg (2003)

Sandberg, Kirsten, *Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse*, 1. utgave, Oslo 2003

Lindboe (2012)

Lindboe, Knut, *Barnevernrett*, 6. utgave, Oslo 2012

Artikler og annet

Kolstad Kvalø, Kirsten, ”20 år med merknader fra FNs barnekomité- Hva har skjedd?”, <https://www.reddbarna.no>, Barns rettigheter, Barnekonvensjonen, 2014

Bårdsen, Arnfinn, ”De nordiske høyesterettene som konstitusjonsdomstoler: Noen nyere utviklingslinjer i Norges Høyesterett”, Stockholm 2015

Sandberg, Kirsten, ”Grunnlovfesting av barns rettigheter” i *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, Gyldendal rettsdata, 2012-1

Muiznieks, Niels, ”Report by Niels Muiznieks, Commissioner of Human Rights of the Council of Europe following his visit to Norway 19 to 23 January 2015”, Strasbourg 2015
http://www.advokatsylte.no/filemanager/download_file/file/785165.pdf/rapport.pdf

Köhler-Olsen, Julia: *Barneloven, Norsk Lovkommentar*, Gyldendal rettsdata, sist revidert 2015

Havre, Merete, *Barnevernloven, Norsk Lovkommentar*, Gyldendal rettsdata, sist hovedrevidert 2015

Regjeringens hjemmeside: <https://www.regjeringen.no>

Barne-, ungdoms- og familiedirektoratets hjemmeside: <https://www.bufdir.no/barnevern/>