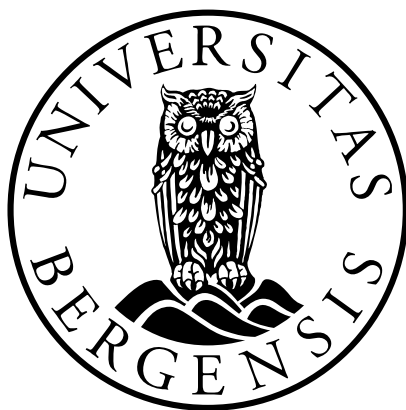


Om omsorgsovertakelse og tilbakeføring i barnevernet – betydningen av det biologiske prinsipp

Kandidatnummer: 174402

Veileder: Arne Dag Hestnes

Antall ord: 13 148



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

Leveringsfrist: 3/6 - 2013

INNHOLDSFORTEGNELSE

1. INNLEDNING

1.1. Bakgrunnen for valg at tema	4
1.2. Tema og problemstilling	5
1.3. Rettskilder og metode	6
1.4. Rettslig plassering – det juridiske rammeverket	6
1.4.1. Gjeldende rett	8

2. PRINSIPPER I BARNEVERNRETEN

2.1. Nærmere om prinsipper	10
2.2. Legalitetsprinsippet	11
2.3. Det mildeste inngreps prinsipp	12
2.4. Prinsippet om barnets beste	13
2.4.1 Nærmere om innholdet i prinsippet om barnets beste	14
2.4. Det biologiske prinsipp	16

3. OMSORGSOVERTAKELSE

3.1. Innledning	19
3.2. Barnevernloven § 4-12	19
3.2.1. Vilkår for omsorgsovertakelse	20
3.2.1.1. Alvorlige mangler ved den daglige omsorgen eller personlig kontakt	20
3.2.1.2. Syke, funksjonshemmede eller spesielt hjelpetrengende barn	22
3.2.1.3. Mishandling eller seksuelle overgrep	22
3.2.1.4. Skade på barnets helse eller utvikling	23
3.2.1.5. Nødvendighetskravet	23
3.2.1.6. Barnets beste vurderingen	24
3.2.1.7. Det biologiske prinsipp ved vedtak om omsorgsovertakelse	25

4. OPPHEVING AV VEDTAK OM OMSORGSOVERTAKELSE

4.1. Innledning	26
4.2. Oppheving av vedtak om omsorgsovertakelse dersom foreldrene kan gi ”forsvarlig omsorg”	27
4.2.2 Beviskravet	30
4.2.3 Nekting av tilbakeføring av hensyn til barnet og dets tilknytning	31
4.2.4. Det biologiske prinsippet og vektlegging i forhold til spørsmål om tilbakeføring	34

5. BEDRE BESKYTTELSE AV BARNES UTVIKLING – NOU 2012:5

5.1. Innledning	35
5.2. Utvalgets vurdering av det biologiske prinsipp	36
5.3. Innføring av et nytt prinsipp i barnevernet – ”prinsippet om utviklingsfremmende tilknytning”	37
5.3.1. Betydningen av et fjerde prinsipp	37
5.4. Avsluttende kommentarer	38

<u>6. LITTERATURLISTE</u>	40
----------------------------------	----

1. Bakgrunnen for valg av tema

I følge tall fra Statistisk sentralbyrå så var 52 100 barn og unge under tiltak fra barnevernstjenesten i 2011¹. Av disse var 7 720 barn og unge i barnevernstjenestens omsorg ved utgangen av samme år. Utgangspunktet i norsk barnvernrett er at barn skal vokse opp sammen med sine biologiske foreldre fordi det anses for å være til det beste for barnet². Dette er et grunnleggende prinsipp i norsk barnevernrett og et kulturelt grunnsyn i Norge. Dette grunnsynet blir ofte omtalt som det biologiske prinsipp. Det er dessverre ikke alle foreldre som gir barnet sitt den grunnleggende omsorgen og oppfølging som barnet trenger. Barnevernet har dermed blitt gitt hjemmel til å gripe inn med tiltak i barnevernloven. Barnevernets hovedmandat er å sørge for at barn og unge som lever under oppvekstvilkår som kan skade deres helse og utvikling får den nødvendige hjelp og omsorg som de trenger til rett tid. Lov om barnevernstjenester av 17 juli 1992 nr 100 (heretter bvl.) gir det offentlige, herunder barnevernet, adgang til å iverksette inngripende tiltak, men loven setter også strenge vilkår som må være oppfylt.

Barnevernet kan i situasjoner hvor barnet har behov for det sørge for å sette i verk hjelpetiltak for barnet og familien. Hovedregelen er at hjelpetiltak skal være frivillige og det kreves samtykke fra de biologiske foreldrene jf.bvl § 4-4. Eksempel på slik tiltak er barnehageplass, støttekontakt, avlastning eller økonomisk støtte. Dersom hjelpetiltak ikke bedrer barnets situasjon åpner barnevernloven for at barnevernet kan overta omsorgen for barnet. At barnevernet overtar omsorgen for et barn er ansett som et av de mest inngripende tiltakene som det offentlige kan iverksette overfor borgerne.

¹ <http://ssb.no/sosiale-forhold-og-kriminalitet/statistikker/barneverng>

² Etter barnelova § 30 har barn ”krav på omsut og omtanke” fra de som har foreldreansvaret.

1.2. Tema

I denne oppgaven vil jeg se nærmere på det rettslige grunnlaget for at omsorgen for et barn overtas av barnevernstjenesten samt hva som skal til for at omsorgen skal tilbakeføres til barnets biologiske foreldre. Det som jeg kommer til å se nærmere på er hvordan det biologiske prinsippet vektlegges i vurderingen av omsorgsovertakelse og ved spørsmål om oppheving av vedtak om omsorgsovertakelse. Dette vil jeg gjøre ved å gå gjennom grunnleggende prinsipper som barnevernretten bygger på, en presentasjon av bestemmelsene som hjemler omsorgsovertakelse og tilbakeføring. For å få en bedre forståelse for hvordan de aktuelle lovhjemlene skal forstås og hvordan de anvendes i praksis kommer jeg til å trekke inn rettspraksis hvor dette er aktuelt.

Barnevernet har som nevnt ovenfor blitt utsatt for mye kritikk angående at det biologiske prinsippet tillegges for mye vekt i barnevernet. Det er foreslått en innføring av et nytt prinsipp i barnevernet i NOU 2012:5. Dette prinsippet går ut på at man skal se på hvilken tilknytning som er utviklingsfremmende for barnet når man skal vurdere om omsorgen for et barn skal tilbakeføres til de biologiske foreldrene. Formålet med innføring av et slikt prinsipp er at hensynet til barnet og hva som er best for barnet skal styrkes i barnevernet.

I dag er rettstilstanden slik at omsorgsovertakelse er et midlertidig vedtak. Dette bugner ut av at det biologiske prinsipp har en sentral rolle i den norske barnevernsretten. Jeg har valgt å se på om en forandring i vektleggingen av hensyn, fra at det er til det beste for barnet å vokse opp hos sine biologiske foreldre til at man også burde se på utviklingsfremmende tilknytning for barnet vil ha å si for tilbakeføring av omsorgen. Vil det medføre en endring i rettstilstanden eller er barnets tilknytning til andre omsorgspersoner enn de biologiske foreldrene tilstrekkelig ivaretatt med dagens regler?

Jeg har valgt å begynne oppgaven med en generell del hvor jeg hvor jeg kort presenterer barnevernets historie i Norge og gir en innføring i barnevernloven og prinsipper som ligger i grunn for den loven vi har i dag med dagens bestemmelser. Videre i oppgaven vil jeg redegjøre for innholdet i bestemmelsene om omsorgsovertakelse og tilbakeføring. Avslutningsvis vil jeg presentere NOU 2012:5 og det fjerde prinsippet som er foreslått.

1.3. Rettskilder og metode

I denne oppgaven har jeg benyttet meg av gjeldende lov, forarbeider, rettspraksis og juridisk litteratur. Det er ikke bare rettspraksis etter dagens barnevernlov som er relevant. Jeg har også benyttet meg av rettspraksis som er avsagt etter barnevernloven av 1953.

I avsnittet om barnevernets historie så har jeg kort sett på eldre lovgivning. Jeg har valgt å ha med et avsnitt om barnevernets historie og utviklingen av vernet om barns rettigheter for å skape en ramme for oppgaven og for å bedre vise at fokuset på barns rettigheter og oppvekstsituasjon har økt. Et rettshistorisk blikk over utviklingen av barnevernet i Norge er også med på å skape et overblikk over de barnevernrettslige prinsippene og bakgrunnen for dem. Jeg har benyttet meg av vanlig juridisk metode i denne avhandlingen. Det vil si at jeg tar utgangspunkt i lovens ordlyd, men jeg har i stor grad benyttet meg av forarbeider, rettspraksis og juridisk teori da det i bestemmelsen om tilbakeføring av omsorg er skjønnsmessig.

1.4. Rettslig plassering - det juridiske rammeverket

Barnevern rett er en del av den spesielle forvaltningsretten. Utviklingen og fokuset på barn og deres rettigheter har fått et stadig større fokus de siste årene.

Det offentlige barnevernet ble først grunnlagt i Norge 6. juni 1896 da ”*Lov om Behandling av vanvyrkede og forsømte Børn*” eller Vergerådsloven som den ble kalt, ble vedtatt. Norge ble dermed ett av de første landene i verden som fikk et formelt barnevern.³ For Vergerådsloven ble vedtatt ble barnevern regulert i flere ulike lover, blant annet i kriminal, straff og skole lovgivningen. I kjølvannet av Vergerådsloven ble det opprettet egne kommunale vergeråd som hadde som oppgave å føre tilsyn med barns oppvekstsituasjon. Vergerådet bestod av syv medlemmer, hvor kommunens sorenskriver og presten var faste medlemmer. De andre medlemmene i vergerådet ble oppnevnt av kommunestyret. Kravet var at det skulle være en lege og helst en eller to kvinner blant medlemmene i vergerådet. En av vergerådets oppgaver var å ta seg av barn under 16 år som hadde begått straffbare handlinger⁴. Dersom det kommunale vergerådet fant mangler med foreldrenes måte å oppdra barnet på, så kunne

³ NOU 2009:08

⁴ NOU 2012:5 punkt 3.1.3: Vergerådet hadde også kompetanse til å plassere barn utenfor hjemmet hos en ”paalidelig og hæderlig familie”, skolehjem eller tvangsskole

vergerådet komme med formaninger til foreldrene om hva som på den tiden ble ansett for å være en akseptabel måte å oppdra barn på. Dersom vergerådet så at formaningene ikke ble etterfulgt så kunne vergerådet plassere barn i fosterhjem, på barnehjem, på skolehjem eller på tvangsskole. Det ble imidlertid avdekket flere alvorlige mangler ved de ulike hjemmene som barn ble plassert i og utviklingen av barns oppvekstsituasjon gikk ikke slik om forventet. Det ble avdekket at forholdene, særlig i skolehjemmene, bar mer preg av å være en straff for de barna som ble plassert der, istedenfor å sørge for at barna fikk bedre oppvekstmuligheter enn de hadde hatt hos sine biologiske foreldre. Intensjonen med å plassere barn utenfor hjemme var for å bedre omsorgssituasjonen for barn, enten de var utsatt for omsorgssvikt i hjemmet eller hadde atferdsproblemer. Når undersøkelser viste at barna ikke fikk en bedret omsorgssituasjon, måtte noe gjøres.

Vergerådsloven var gjeldende i mer enn 50 år og først i 1953 kom en ny barnevernlov, lov om barnevern av 17. Juli 1953. Utgangspunktet i den nye loven var at det var foreldrene som hadde ansvaret for barna sine og gi dem den omsorgen som var nødvendig. Det fremgår av forarbeidene til 1953 loven at det beste for barn er å vokse opp i et *”naturlig familiemiljø sammen med sine egne foreldre og søsken”*. Videre så uttalte barnevernkomiteen i sin innstilling at *”selv om det er visse mangler ved heimen, både når det gjelder økonomien og forholdene ellers”* så skulle det prinsipielle utgangspunktet være at barn burde vokse opp sammen med sine biologiske foreldre. Synet på omsorgsovertakelse var at man skulle være forsiktig med å plassere barn utenfor hjemmet og at omsorgsovertakelse først var aktuelt hvor det forelå *”en virkelig fare for barnets helse eller utvikling”*.⁵

Dette er en markant endring fra rettstilstanden under Vergerådsloven hvor det offentlige overtok omsorgen for mange barn. Loven av 1953 la betraktelig større vekt på at man skulle forsøke å forebygge problemer og heller iverksette hjelpetiltak, fremfor å plassere et barn i fosterhjem eller på skolehjem. I 1953 loven så var det ikke lenger formaninger fra et vergeråd som ble ansett for å være det beste for å sikre barn en trygg oppvekst. Fokuset var nå på forebyggende tiltak, råd og veiledning. Særlig forebygging var en ny innfallsvinkel sammenlignet med den eldre Vergerådsloven. Dette skyldes blant annet den stadig større anerkjennelsen som barnepsykologi fikk, samtidig som kunnskapsnivået om barn og hvordan barns oppvekstsvilkår påvirket dem.

⁵ Innstilling fra barnevernkomiteen til lov om barnevern 1952 s. 38

Barnevernloven av 1953 innførte også den viktige ”grunntanken” om at i vurderingen av hvilke tiltak som skulle gjennomføres så måtte man handle utfra hva som var det beste for barnet. Dette presiseres i lov om barnevern § 17 (2).

Imidlertid så var den en del svakheter ved barnevernloven av 1953. Loven satte barnevernstjenesten i en vanskelig posisjon da barnevernstjenesten fikk en ”dobbelrolle” i den forstand at barnevernstjenesten skulle fungere som et hjelpeorgan for familier som trengte det. På samme tid så skulle barnevernstjenesten forberede og avgjøre saker som kom inn for barnevernstjenesten. Men i saker som gjaldt tvangsvedtak som omsorgsovertakelse og om omsorgsvedtak skulle opphøre så måtte det være en dommer tilstede.⁶ Kritikere av barnevernloven av 1953 mente at dette medførte fare for at barnevernstjenesten allerede hadde bestemt seg for et resultat under forberedelsen av saken og at det var en fare for at dette påvirket resultatet. Kritikerne pekte da særlig på at dommeren ikke hadde like inngående kunnskap om den aktuelle saken på forhånd som andre medlemmer av helse – og sosialstyret, slik at barnevernets mening ble tillagt for avgjørende vekt med den konsekvens at rettssikkerheten til de biologiske foreldrene ikke ble tilstrekkelig ivaretatt.⁷ Også lovbestemmelsene som hjemlet inngrep fra barnevernet ble kritisert for å være for lite presist formulert. Noe som kritikerne mente medførte at barnevernstjenesten i altfor stor grad kunne utvise skjønn i avgjørelsen av om (tvangs) tiltak skulle iverksettes eller ikke.⁸

1.4.1. Gjeldende rett

I 1992 fikk vi lov om barnevernstjenester (forkortet til bvl). Det hadde lenge vært behov for en ny barnevernlov da loven fra 1953 ikke lengre var like godt tilpasset de problemstillingene som kom opp for barnevernet.⁹ Antall saker som kom inn for barnevernet hadde økt betraktelig samt at saksforholdet var mer innfløkt enn da 1953 – loven ble vedtatt. Det var dermed et behov for en ny barnevernlov som ivaretok barnas rettssikkerhet på en bedre måte samt en forenkling av regelverket. Lov om barneverntjenester (bvl) viderefører og styrker en del av bestemmelsene fra lov om barnevern fra 1953. For eksempel så videreføres fokuset på

⁶ Lov om barnevern av 17 juli 1953 § 5

⁷ Jan Fougner: ”Omsorgsovertakelse etter barnevernloven” (1989) s. 117. (JV – 1989-113).

⁸ Kilde: NOU 2000:12 s. 28

⁹ Ot.prp.nr 44 (1991 – 1992) s. 11.

barns behov og rettigheter, samt viktigheten av forebyggende tiltak og at det i utgangspunktet er det beste for barn å vokse opp hos sin biologiske familie.

Barnevernloven medførte en viktig omorganisering ved at barnevernet ikke lenger skulle være med å avgjøre om tvangsvedtak skulle iverksettes. Denne myndigheten ble nå lagt til offentlige fylkesnemnder. Dette medførte at barnevernet ble fritatt fra den dobbeltrollen som det tidligere hadde hatt.

Formålet med gjeldende lov er å sikre at barn og unge som lever under forhold som kan skade deres *”helse og utvikling”* får den nødvendige hjelpen og omsorgen de trenger til rett tid. Videre så er formålet med loven å sikre at barn og unge får *”trygge oppvekstvilkår”* jf. bvl § 1-1. For å sikre at barn og unge som vokser opp i et miljø som kan skade deres helse og utvikling så er barnevernet pålagt å foreta nødvendig undersøkelser og gjennomføre ulike tiltak dersom situasjonen krever det jf. bvl § 4-3. Bakgrunnen for formålsbestemmelsen og ileggelsen av en undersøkelses – og tiltakspålegg for barnevernet var at barnevernet ble utsatt for mye kritikk for at det var for *”lite aggressivt”* og tiltaksløst.

2. Prinsipper i barnevernretten

2.1. Nærmere om prinsipper

Prinsipper er tanker om hvilke normer og regler som bør være styrende i samfunnet. Det som kjennetegner prinsipper er at de anses som allmenne og gode normer. Begrepet rettsprinsipp har ingen klar definisjon. Nygaard argumenterer for at når man taler om prinsipper så er det snakk om ”hovudretningslinjer” eller ”ei hovudrettesnor”¹⁰. Graver betegner ”rettsprinsipp som normer med høy grad av generalitet”¹¹.

Man kan således si at rettsprinsipper er normer som er så grunnleggende at de ikke forandrer seg selv om samfunnet og retten gjør det. Normer som er av grunnleggende og overordnet karakter at rettsanvenderen må ta hensyn til dem ved skjønnsutøvelse. At noe blir karakterisert som et prinsipp medfører ikke automatisk at man må legge vekt på det ellers så brytes prinsippet. Som jeg vil komme tilbake til i avsnittene under så kan prinsippet om barnets beste og det biologiske prinsipp i noen tilfeller tale for to ulike løsninger. Dersom prinsippet om hensynet til barnets beste blir avgjørende så vil man ikke si at det representerer et brudd på det biologiske prinsipp.

I tillegg til legalitetsprinsippet er det tre andre prinsipper som er relevante og som barnevernloven bygger på¹². Disse prinsippene er det biologiske prinsipp, prinsippet om barnets beste og det mildeste inngreps prinsipp. Felles for alle tre prinsippene er at de gir uttrykk for grunnleggende verdier i det norske samfunnet. Det biologiske prinsipp omhandler at barn skal vokse opp hos sine biologiske foreldre. Dette er en grunnleggende tanke samfunnet at foreldre og barn hører sammen og at det er de biologiske foreldrene som har ansvaret for å ta omsorg for barnet og dets oppvekst. Det mildeste inngreps prinsipp innebærer at det ikke skal iverksettes mer inngripende tiltak fra offentlige myndighetene enn det som trengs for å oppnå målet. Dette er et prinsipp som går igjen i barnevernloven og kommer til uttrykk i flere av bestemmelsene i loven. Jeg går nærmere inn på dette i punkt 2.5. Prinsippet om hensynet til barnets beste er det eneste av de tre prinsippene som eksplisitt

¹⁰ Nils Nygaard: ”Rettsgrunnlag og standpunkt” (2003) s. 261.

¹¹ Hans Petter Graver: ”I prinsippet prinsippet prinsipiell – om rettsprinsipper” (TFR – 2006 s. 189) s. 193.

¹² NOU 2012:5 s. 40.

fremgår av barnevernloven i bvl. § 4-1¹³. Hva som ligger i prinsippet om hensynet til barnets beste kommer jeg nærmere inn på under.

Alle de tre nevnte prinsippene over gir uttrykk for ulike verdier som skal tillegges vekt i anvendelse av barnevernloven og prinsippene kan i noen tilfeller tale for ulike løsninger. For eksempel så taler hensynet til det biologiske prinsipp for at et barn skal vokse opp hos sine biologiske foreldre, men dette er ikke nødvendigvis til det beste for barnet. Jeg kommer videre til å behandle prinsippene under hver for seg og gå nærmere inn på hva som ligger i hvert enkelt prinsipp samt trekke inn eksempler fra rettspraksis for å bedre illustrere hvordan prinsippene anvendes i barnevernssaker i saker som gjelder omsorgsovertakelse og tilbakeføring.

2.2. Legalitetsprinsippet

Legalitetsprinsippet innebærer at inngrep fra myndighetene krever hjemmel i lov. Dette prinsippet setter således setter skranke for inngripende myndighetsutøving. Prinsippet er ikke nedfelt i Grunnloven, men anses for å være konstitusjonell sedvanerett av grunnlovs rang.¹⁴ Offentlig myndighetsutøvelse som griper inn i forholdet mellom foreldre og barn krever dermed hjemmel i lov. Barnevernloven gir barneverntjenesten det nødvendige hjemmelsgrunnlaget til å iverksette tiltak dersom barnet ikke får den nødvendige omsorgen som barnet trenger, selv om utgangspunktet er at det først skal iverksettes tiltak i hjemmet slik at barnet kan bli værende hos sine biologiske foreldre. Dess større inngrep i foreldrenes og barnets hverdag, dess høyere krav stilles det til at det må foreligge en klar lovhjemmel for tiltaket.

I barnevernsretten har legalitetsprinsippet to roller; det setter en skranke for forvaltningens myndighetsutøvelse da det ikke kan treffes vedtak uten at det foreligger hjemmel i lov. Og som tolkningsprinsipp. Barnevernloven inneholder flere bestemmelser som oppstiller vilkår som må være oppfylt før barneverntjenesten kan iverksette inngripende tiltak. Dette er med på å skape forutberegnelighet både for barn og foreldre og fungerer som en garanti mot vilkårlige inngrep det offentlige. Legalitetsprinsippet som tolkningsprinsipp innebærer at den

¹³ Prinsippet følger også av barnekonvensjonen artikkel 3.

¹⁴ Jan Fridthjof Bernt, Synne Sæther Mæle: "Rett, samfunn og demokrati" (2007) s. 149.

lovhjemmelen for inngrep som foreligger, må tolkes med forsiktighet.¹⁵ Prinsippet setter skranker for rettsanvendelsen i den forstand at man må være forsiktig med å tolke lovteksten innskrenkende eller utvidende.

2.3. Mildeste inngreps prinsipp

Dette prinsippet innebærer at det ikke skal benyttes strengere tiltak hvis man kan benytte et mildere tiltak for å oppnå det samme målet. Dette prinsippet går igjen i hele barnevernlovens bestemmelser om hjemler tiltak fra barneverntjenesten.

Det er først når foreldrene ikke klarer å ta omsorg for barnet at barnevernstjenesten kan gripe inn, i første omgang ved å forsøke frivillige hjelpetiltak. I praksis innebærer det mildeste inngreps prinsipp at barnevernstjenesten ikke kan overta omsorgen for barnet før hjelpetiltak i hjemmet er forsøkt jf. bvl. § 4-12 (2). Bestemmelsen slår fast at vedtak om omsorgsovertakelse bare kan treffes dersom det ikke *”kan skapes tilfredsstillende forhold for barnet ved hjelpetiltak etter § 4-4 eller ved tiltak etter § 4-10 eller § 4-11”*.

Barnevernstjenesten må dermed alltid vurdere om et mildere tiltak kan bedre barnets omsorgssituasjon hos de biologiske foreldrene det reises sak om omsorgsovertakelse for fylkesnemnda. I Innst.O nr. 80 (1991 – 92) fremgår det at *”hjelpetiltak alltid skal vurderes før mer omfattende tiltak igangsettes”* og videre at *”hjelp ”primært gis i hjemmet og plassering skal være siste alternativ”*. Videre blir det presiseres det i forarbeidene at *”tvang bare kan være aktuelt dersom hjelpetiltakene ikke fører frem, eller det må anses som nytteløst å forsøke med slike tiltak”*. Man ser således at også det mildeste inngreps prinsipp verner om nytten barnet har av å vokse opp sammen med sine biologiske foreldre på samme måte som det biologiske prinsipp gjør. Det er heller ikke ansett for å være til barnets beste å iverksette inngripende tiltak dersom det ikke er nødvendig ut fra en vurdering av barnets beste.

Når det skal tas stilling til om omsorgsretten skal tilbakeføres til barnets biologiske foreldre, er ikke vurderingstemaet om man først skal sette i gang mindre inngripende tiltak. Spørsmålet som fylkesnemnda tar stilling til i slike situasjoner er om barnet skal bli boende i fosterhjem eller på institusjon eller om barnet skal flytte tilbake til sine biologiske foreldre. Således er ikke det det mildeste inngreps prinsipp like relevant i saker om tilbakeføring av omsorg.

¹⁵ Kirsten Sandberg: ”Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse” s. 37.

Dersom fylkesnemnda finner at det er ”overveidende sannsynlig” at foreldrene kan gi barnet ”forsvarlig omsorg” skal omsorgen tilbakeføres jf. bvl. § 4-21 (1), første setning. En tilbakeføring vil således være mindre inngripende for foreldrene enn en opprettholdelse av vedtaket om omsorgsovertakelse. Dermed kan man si at det mildeste inngreps prinsipp gjør seg gjeldene også i tilbakeføringssaker. Hvorledes tilbakeføring er et mildere inngrep overfor barnet er et annet spørsmål som jeg vil komme tilbake til senere i oppgaven.¹⁶

2.4. Prinsippet om barnets beste

Barnets beste er ikke noe nytt prinsipp. Det fremgår av den norske oversettelsen av FNs barnekonvensjon (av 20 november 1989) artikkel 3 (1) at ”*ved alle handlinger som berører barn*” så skal ”*barnets beste være et grunnleggende hensyn*”. Prinsippet om barnets beste er også det eneste av de tre prinsippene som barnevernloven bygger på som eksplisitt fremgår av barnevernloven i bvl. § 4-1.

Bvl. § 4-1 slår fast at det skal legges ”*avgjørende vekt på å finne tiltak som er til beste for barnet*”. Barnets beste er et hensyn det skal legges vekt på når det må tas stilling til skjønsmessige vurderinger om omsorgsovertakelse og tilbakeføring.

Hva som menes med ”*barnets beste*” bestemmelsen ingenting om. Det fremgår av forarbeidene at bestemmelsen skal være en ”*rettesnor i vurderingen av tiltak*”¹⁷ som barnevernstjenesten kan iverksette. Ordlyden i barnekonvensjonen artikkel 3 og i bvl. § 4-1 gir et tydelig signal om at det kun er hensynet til barnet som skal vektlegges. Det er imidlertid ikke så enkelt som at man kun må vurdere hva som er barnets beste i en sak. Også andre hensyn må trekkes frem slik at man sikrer at alle sider ved saken blir opplyst og kommer frem til en løsning som samlet er den beste for barnet¹⁸.

Begrepet ”barnets beste” fungerer både som et tolkningsprinsipp innenfor barnevernet, en avveiningsnorm og som et lovbestemt vilkår. Prinsippet i seg selv gir ikke grunnlag for barnevernstjenesten å iverksette tiltak. Er vilkårene for inngrep etter kapittel 4 i

¹⁶ Kirsten Sandberg: ”Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse” **SIDETALL**

¹⁷ Ot.prp.nr 44 (1991 – 1992) s. 26

¹⁸ Elisabeth Gording Stang: ”Det er barnets sak” (2007) s. 226

barnevernloven oppfylt, kommer hensynet til barnets beste inn i vurderingen av hvilke tiltak som skal iverksettes.

2.4.1. Innholdet i prinsippet om barnets beste

Hva som vil være til barnets beste vil variere fra barn til barn da ingen individer vil være i samme situasjon og det vil være snakk om ulike oppvekst – og omsorgsforhold. Den offentlige myndighetens oppgave blir dermed å finne frem til den løsningen som passer best for barnet og ivaretar barnets interessert i størst mulig grad.¹⁹ Det fremgår av barnevernloven § 4-1, andre punktum at i vurderingen av hva som er barnets beste ”skal [det] legges vekt på å gi barnet stabil og god voksenkontakt og kontinuitet i omsorgen”. Forarbeidene presiserer at dersom det er motstrid mellom barnets og foreldrenes interesser er det bare ”de momenter som har betydning for barnet som skal trekkes inn i vurderingen”²⁰. Ut fra ordlyden i bvl. § 4-1 og forarbeidene så er det kun barnets interesser og ikke foreldrenes interesser, som skal tillegges vekt i vurderingen av hvilke tiltak som skal iverksettes.

I Rt. 1995 s. 447 som gjaldt opphør av vedtak om omsorgsovertakelse uttalte førstvoterende i vurderingen av om omsorgen for barnet skulle tilbakeføres til faren at ”det avgjørende er hva som er best for E i den situasjon som er oppstått”. Saken gjaldt en gutt på 13 ½ år som lenge hadde bodd i fosterhjem. Som følge av en konflikt med fosterfamilien, var gutten midlertidig plassert utenfor fosterhjemmet. Høyesterett var i tvil om farens omsorgsevne var tilstrekkelig god.

Førstvoterende presiserer at ”barnevernsloven bygger på en forutsetning om at det normalt vil være det beste for et barn å vokse opp hos sine biologiske foreldre” i sin vurdering. Det var i denne saken usikkert om en fortsatt omsorgsovertakelse ville gi gutten ”bedre utviklingsmuligheter” og i mangel på bedre alternativ sett i sammenheng med at gutten selv hadde ytret et ønske om å bo hos sin far i et miljø som han var kjent med samt at gutten hadde flyttet mye tidligere, ble resultatet at vedtaket om omsorgsovertakelse ble opphevet. I denne saken ser man at førstvoterende tar utgangspunkt i det biologiske prinsippet i vurderingen, men at det klart legges vekt at gutten skal få en stabil omsorgssituasjon. Førstvoterende

¹⁹ Sandberg 2003.

²⁰ Ot.prp.nr 44 (1991 – 1992) s. 228.

trekker særlig frem at det er usikkert hvilken omsorgssituasjon som barnevernet kan tilby og at denne usikkerheten medfører fare for flere flyttinger for gutten. Fokuset i disse vurderingene ligger hele tiden i hva som er til det beste for barnet.

Prinsippet om barnets beste kan på mange måter medføre at hensyn kolliderer med hverandre – i den forstand at på den ene siden så er det for barnets beste at barnevernstjenesten griper inn dersom klare tegn tyder på at barnet ikke får den omsorgen og nødvendig oppfølging. På den andre siden så er det samtidig også i barnets interesser å ha en stabil oppvekst uten innblanding fra det offentlige.

Det er dermed ikke mulig å stille opp nøyaktige kriterier for hva som skal vektlegges i vurderingen av hva som er barnets beste fordi barn er forskjellige og kunnskapen om barn og barns oppvekstsvilkår er under stadig endring. Å lovfeste hva som ligger i prinsippet er dermed til dels en umulig oppgave fordi oppfatningen om hva som vil være til det beste for barnet forandrer og utvikler seg konstant og vil variere fra barn til barn.

Det fremgår av bvl. § 6- 3 at barn har rett til å bli hørt. Det er viktig å gi barnet mulighet til å uttrykke sin mening og sine behov når man skal bestemme hvilke tiltak som er til barnets beste. I saker som gjelder vedtak om omsorgsovertakelse er barnet det gjelder ofte veldig ungt. Dette vanskeliggjør saken da det vil råde stor usikkerhet rundt hvor mye barnet faktisk har forstått av situasjonen det er i. Et barn som er under 2 år kjenner ikke til en annen omsorgssituasjon enn den som det har fått hos sine biologiske foreldre. Videre så vil det råde usikkerhet rundt hvorvidt man har forstått barnet riktig. I juridisk teori er det diskutert om ikke foreldrenes interesse må tas med i vurderingen dersom man ikke kommer til en klar konklusjon av hva som er barnets beste med å bare vektlegge barnets interesser²¹. Selv om foreldrenes interesser blir hørt så er kjernen i vurderingen å finne en løsning som først og fremst verner om og fremmer barnets beste.

²¹ Knut Lindboe: ”Barnevernrett” (2012) s. 47.

2.4 Det biologiske prinsipp

Kjernen i det biologiske prinsipp er at barnet skal vokse opp hos sine biologiske foreldre og at det biologiske bånd mellom foreldre og barn er verdifullt og skal så langt det er mulig ivaretas. Det biologiske prinsipp er ikke uttrykkelig formulert i barnevernloven, men anses allikevel som et prinsipp som er grunnleggende for barnverntjenestens arbeid og som barnevernloven bygger på. I barnevernloven av 1953 ble det biologiske prinsipp tillagt mye vekt. Barnevernkomiteen uttalte at et barn et tilknyttet sin biologiske familie *”med så sterke følelsesmessige bånd, at det kan føre til alvorlige psykiske skader for barnet om disse bånd blir revet over”*.²²

Dette utgangspunktet er videreført i dagens barnevernlov. I NOU 1985: 12 s. 157 i utredningen om omsorgsovertakelse ble det uttalt følgende: *”Det er et grunnleggende prinsipp i vårt samfunn at foreldrene selv sørger for sine barn”*. Videre så uttalte sosiallovutvalget at selv om det ble påvist svikt i foreldrenes omsorg overfor barnet så burde problemene *”søkes bedret ved hjelpetiltak”* da *”det er sterke følelsesmessige bånd mellom foreldre og barn og disse bånd er det grunn til å bevare og styrke”*.

I forhold til spørsmål om tilbakeføring så uttalte sosiallovutvalget at *”det ligger i vår samfunnsordning at foreldre oppdrar sine egne barn. Tilknytningen til de biologiske foreldrene er i seg selv en ressurs for barnet”*.^{23,24} Så selv om det biologiske prinsippet ikke eksplisitt kommer til uttrykk i barnevernloven, så har allikevel prinsippet hatt betydning for utformingen av bestemmelsene dagens barnevernlov. Dette ser man blant annet i barnevernlovens bestemmelser. Det biologiske prinsipp kommer blant annet indirekte til uttrykk gjennom bvl. § 4-4 som slår fast at inngrep fra barnevernstjenesten i utgangspunktet skal skje i hjemmet i form av hjelpetiltak slik at man unngår unødig adskillelse mellom barn og foreldre. Videre så trekker ordlyden i bvl. § 4-1 om at det skal legges vekt på *”kontinuitet i omsorgen”* i retning av at man skal forsøke å langt som mulig å unngå å bryte barnet opp med den omsorgssituasjonen som det er kjent med – nemlig samvær med de biologiske foreldrene.

²² Barnvernkomiteens innstilling 1951 s. 37 (Innst.O!!)

²³ NOU 1985- 18 s. 171

²⁴ Vekten til det biologiske prinsipp at også blitt presisert i senere utredninger om barnevernet. St.mld 39 (1995-1996) ble det uttalt at det biologiske prinsipp er et styrende prinsipp ved tolking av barnevernlovens inngrepskriterier og at *”prinsippet innebærer at barn skal vokse opp hos sine biologiske foreldre”*.

Dersom situasjonen ikke kan avhjelpes med hjelpetiltak og barnevernet overtar omsorgen, har barn og foreldre rett til samvær. Omsorgen for barnet skal tilbakeføres til de biologiske foreldrene når de kan gi *”forsvarlig omsorg”* jf. bvl § 4-21. Man ser dermed at det biologiske prinsippet ligger i grunn for bestemmelsene i barnevernloven.

Ut fra barnevernlovens bestemmelser ser man at det er barnets foreldre som har det primære ansvaret for barnets oppvekst, mens barnevernstjenesten har et subsidiært ansvar. Barnevernet kan bare overta omsorgen dersom de biologiske foreldrene ikke klarer å gi god nok omsorg.

Det biologiske prinsipp kan dermed sees som et prinsipp som ivaretar barnets og foreldrenes felles interesse å leve sammen. Men prinsippet kan i noen tilfeller ivareta foreldrenes interesse mer enn barnets. Dersom barnevernstjenesten står overfor en sak hvor barn og foreldre ikke har den samme interessen i å opprettholde et tett biologisk bånd og ha kontakt mens barnet for eksempel er i fosterhjem, kan det biologiske prinsippet sees som et prinsipp som er med på å verne foreldrenes ”rett” til å være foreldre og ha kontakt med barnet. Og prinsippet verner dermed foreldrenes interesse på bekostning av barnets interesser da foreldrene har rett til samvær mens barnet er i fosterhjem.²⁵

Imidlertid fremgår det av Ot.prp. nr. 69 (2008 – 2009) presiseres det at i tilfeller hvor det er *”motsetninger mellom barnets behov for trygghet og omsorg, og foreldres behov og ønsker, må barnets behov settes foran foreldrene”*. Denne uttalelsen tyder på en endring i vektleggingen av det biologiske prinsipp i barnevernets arbeid og at prinsippet om hensynet til barnets beste alltid vil komme foran det biologiske prinsipp.

I Rt. 1991 s. 668 (dissens 4-1) ble det biologiske prinsipp før første gang omtalt. Saken gjaldt tilbakeføring av omsorgen for en syv år gammel gutt. Gutten hadde vært i fosterhjem siden han var åtte måneder gammel. Etter at førstvoterende (flertallet) har vurdert den biologiske morens omsorgsevne går førstvoterende inn og vurderer hvilke rettsprinsipper som skal tillegges vekt i vurderingen av om gutten skal tilbakeføres. I forhold til det biologiske prinsipp henviser førstvoterende til Rt. 1984 s. 289 hvor Høyesterett uttalte at etter gjeldende

²⁵ Forarbeidene til § 4-19 trekker frem forskning som viser at det er viktig for fosterbarn å opprettholde kontakten med biologiske foreldre fordi det ofte er sterke følelsesmessige bånd mellom dem og for at barnet skal få følelse av kontinuitet i livet sitt.

lov ”må den anes som en egenverdi at barnet kan vende tilbake til foreldrene”.²⁶. Om dommen fra 1984 sier førstvoterende at ”den rettsoppfatning som er kommet til uttrykk, er senere fulgt opp av Høyesterett i en rekke dommer hvor tilbakeføring er blitt nektet, og jeg legger den også til grunn for mitt standpunkt i denne saken”.

I 1991 dommen talte varigheten av fosterhjemsoffholdet, tilknytningen som gutten hadde fått til fosterforeldrene samt at fosterforeldrene var innstilt på å ha gutten som fosterbarn årene fremover for at tilbakeføring skulle nektes. De sakkyndige var av samme oppfatning da de mente at det var minst risiko forbundet med å la gutten bli værende i fosterhjemmet.

Det som talte for en tilbakeføring var lovens hovedregel om at omsorgen skal tilbakeføres når foreldrene kan gi forsvarlig omsorg. Retten anså det som at moren hadde god omsorgsevne etter ”vanlige mål”²⁷. Videre så hadde gutten hatt et omfattende samvær med mor og stefar. Omfanget av samværet var mer enn det som var vanlig ved fosterhjems plassering. Det siste hensynet som talte for tilbakeføring var det biologiske prinsipp. Førstvoterende påpeker at saken var et vanskelig grensetilfelle, men han konkluderer likevel med at det biologiske prinsipp er lovens grunnsyn og at barn skal tilbakeføres med mindre det foreligger ”tungtveiende hensyn” mot. Denne dommen er etter min mening et godt eksempel på hvilken vekt det biologiske prinsipp har blitt tillagt i barnevernet.

I Rt. 1995 s. 479 ble vedtak om omsorgsovertakelse opprettholdt. Saken gjaldt omsorgen for en gutt på 8 år som hadde vært i fosterhjem i nærmere seks år. Den biologiske moren var rehabilitert narkoman. Høyesterett fant at moren var sikket til å kunne gi gutten forsvarlig omsorg da hun hadde vist positive fremskritt. Det som retten la stor vekt på var at gutten og moren ikke hadde hatt samvær på flere år og at guttens primære tilknytning var nå til fosterforeldrene. Førstvoterende fant dermed at det biologiske prinsipp måtte ”nedtones”.

Man ser dermed at det biologiske spørsmålet blir vurdert og i noen tilfeller tillagt vekt dersom det er andre hensyn som taler for tilbakeføring. Men som jeg kommer nærmere innpå i punkt 4 så må det biologiske prinsippet ofte vike for andre hensyn som barnets tilknytning og hensynet til barnets beste.

²⁶ Rt. 1989 s. 289 på side 298.

²⁷ Førstvoterende la vekt på de sakkyndiges og fosterforeldrenes uttalelser om morens omsorgsevne (s. 671).

3. Omsorgsovertakelse

3.1 Innledning

For at bvl. § 4-21 om vedtak om opphevelse av omsorgsovertakelse kommer til anvendelse så må det først ha bli fattet vedtak om omsorgsovertakelse etter bvl. §4-12. Jeg vil under kort gå gjennom bvl. § 4-12 for å få en bredere om tilbakeføring av omsorg. Dersom ett av vilkårene for omsorgsovertakelse foreligger når det blir reist sak om tilbakeføring, er en tilbakeføring av omsorgen utelukket.

Når det fattes vedtak om omsorgsovertakelse innebærer det at foreldrene blir fratatt den fysiske omsorgen for barnet. Barnet blir plassert i en fosterhjem eller på en barnevernsinstitusjon som utøver den daglige omsorgen for barnet på barnevernstjenestens vegne jf. bvl. § 4 – 18. Det er vanskelig å tenke seg et mer alvorlig inngrep fra det offentlige enn det omsorgsovertakelse innebærer.²⁸ Det er dermed viktig at man har en klar lovhjemmel som regulerer omsorgsovertakelse²⁹. Barnevernsloven inneholder to bestemmelser som gir hjemmel for omsorgsovertakelse; bvl. § 4-8 og bvl. § 4-12. Bvl. § 4-8 gjelder situasjoner hvor barnet er flyttet fra hjemmet enten av foreldrene selv eller med foreldrenes samtykke. Jeg kommer i den videre fremstillingen kun presentere bvl. § 4-12. Et vedtak om omsorgsovertakelse etter bvl. § 4 -12 (1) treffes av fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker jf. bvl. § 4-12 (3).

3.2. Bvl. § 4-12

Barnevernsloven oppstiller fire alternative vilkår for at barnevernstjenesten kan overta omsorgen for et barn. Bvl § 4-12 skiller mellom situasjoner hvor barnet allerede lever under skadelige forhold (bokstav a – c) og situasjoner hvor barnet foreløpig har en tilfredsstillende omsorgssituasjon, men som på sikt kan endre seg slik at barnet kan bli skadelidende (bokstav d)^{30 31}. Etter bvl § 4-12 (1) bokstav a – c må det påvises aktuell omsorgssvikt ut fra en nåtidsvurdering, mens etter bvl § 4-12 (1) bokstav d må det foretas en fremtidsvurdering hvor det må påvises at barnet vil ta skade på sikt.

²⁸ Ot.prp.nr 44 (1991-1992) s. 49.

²⁹ Jf. Legalitetsprinsippet.

³⁰ Ot.prp.nr 44 (1991-1992) s. 111

³¹ Kari Ofstad og Randi Skar: Barnevernsloven med kommentarer (2009) s. 115

Det er viktig å merke seg at bestemmelsen er en ”kan” regel. Dersom fylkesnemnda finner at et av de alternative vilkårene er oppfylt, har ikke nemnda en plikt til å treffe vedtak om omsorgsovertakelse.

Fylkesnemnda må foreta en skjønnsmessig vurdering av situasjonen hvor barnets beste er et sentralt og viktig vurderingstema.³² Fylkesnemnda må dermed vurdere konsekvensen av å flytte barnet fra de biologiske foreldrene opp mot konsekvensene det vil ha for barnet dersom barnet blir værende hos sine biologiske foreldrene.

3.2.1. Vilkår

I de følgende punktene kommer jeg til å gi en kort redegjørelse for vilkårene for omsorgsovertakelse i bvl § 4-12. Det er først og fremst vilkåret i bvl § 4-12 (1) bokstav a om omsorgssvikt som jeg kommer til å gå inn på. Dette er fordi det etter bvl § 4-21 er et vilkår at de biologiske foreldrene kan yte ”forsvarlig omsorg” for at en tilbakeføring av omsorgen skal være aktuell.

3.2.1.1. Alvorlige mangler ved daglig omsorg eller personlig kontakt

Bvl. § 4-12 (1) bokstav a gir hjemmel for omsorgsovertakelse ”dersom det er 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”. Bvl. § 4-12 (1) bokstav a omhandler både fysisk og psykisk omsorgssvikt³³. Svikt i den fysiske omsorgen kan være at barnet ikke får det daglige stell som det trenger. Det kan for eksempel være manglende ivaretagelse av hygiene, mangel på klær og mat. Den psykiske omsorgen omhandler at barnet ikke får den stimulans, oppdragelse og oppfølging som er naturlig for at barnet skal kunne utvikle seg.³⁴

Det er ikke ethvert avvik fra det som man anser som en ”normal” omsorgssituasjon som gir grunnlag om omsorgsovertakelse. Det fremgår av forarbeidene³⁵ at barnets situasjon må være forholdsvis ”klart uholdbar”.

³² Jf. Bvl. § 4-1.

³³ Knut Lindboe: ”Barnevernloven” (kommentarer)2011 s. 55.

³⁴ NOU 2000:12 s. 33

³⁵ Ot.prp.nr 44 (1991 – 1992) s. 111.

Kravet som fremgår av forarbeidene henspeiles i bestemmelsen som presiserer at det må foreligge ”*alvorlige mangler*” ved den daglige omsorgen. Det er barnets situasjon i nåtid som er utgangspunkt for vurderingen. Videre så må vurderingen gjøres ut fra barnets alder og utvikling. Et nyfødt barn har for eksempel andre fysiske omsorgsbehov enn en tenåring, som for eksempel vil ha behov for oppfølging i forhold til skolegang, hvordan man skal forholde seg til alkohol, at man ikke skal få befatning med kriminelle osv.

Årsaken til at barnet blir utsatt for omsorgssvikt kan være at barnets biologiske foreldre sliter med psykiske problemer, at de er umodne og således ikke evner til å ta seg av et barn eller at barnets biologiske foreldre er døde³⁶.

Dersom de biologiske foreldre er umodne så legges det i mange saker vekt om å foreldrenes umodenhet og manglende omsorgsevne kan avhjelpest ved hjelpetiltak.

I Rt.1996 s. 1203 var spørsmålet om omsorgen for en gutt på fem og et halv år skulle tilbakeføres til de biologiske foreldrene. De sakkyndige i saken mente at den biologiske farens tette bånd med sønnen gjorde at det var vanskelig for han å sette tydelige grenser for sønnen samt at det ble påpekt at de biologiske foreldrene i flere situasjoner ”*abdiserer fra foreldrerollen*”. Dette var imidlertid mangler som Høyesterett konkluderte med at kunne avhjelpest med hjelpetiltak, råd og veiledning. Konklusjonen var at vedtaket om omsorgsovertakelse ble opphevet.

I Rt. 2006 s. 1672 gjaldt saken prøving av vedtak om omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-12 (1) bokstav a. Det hadde over lang tid vært konflikter mellom de biologiske foreldrene som gutten ikke hadde blitt skjermet for. Dette hadde medført at gutten hadde blitt understimulert og trengte mer oppfølging enn andre barn på hans alder. Det var den biologiske faren som hadde omsorgsretten for gutten da saken ble reist. De sakkyndige konkluderte med at gutten fremsto som normalt utviklet, men at han viste klare tegn på omsorgssvikt og understimulering. Etter at gutten hadde komst i fosterhjem hadde han vist positiv fremgang. En fremgang som de sakkyndige mente kom til å fortsette dersom han ble i fosterhjemmet. Den biologiske farens omsorgsevne ble ikke funnet tilfredsstillende og Høyesterett konkluderte med at den manglende omsorgsevnen ”*ikke kan kompenseres ved hjelpetiltak*”. Resultatet ble at omsorgsvedtaket ikke ble opphevet.

³⁶ Foreldreløse barn som har noen som kan gi dem tilfredsstillende omsorg (besteforeldre, tanter, naboer osv) omfattes ikke av bestemmelsen jf. Ot.prp.nr.44 (1991 – 1992) s. 43.

Man ser dermed at dersom mangler ved de biologiske foreldrenes omsorgsevne kan bedres ved hjelpetiltak, så taler dette mot fortsatt omsorgsovertakelse.

3.2.1.2. Syke, funksjonshemmede eller spesielt hjelpetrengende barn

Bestemmelsen i bvl. § 4-12, bokstav b gjelder for barn som har spesielle hjelpebehov. Dersom foreldrene ikke sørger for at det hjelpetrengende barnet får nødvendig behandling og oppfølging, vil det være grunnlag for omsorgsovertakelse. Bestemmelsen gjelder for barn med fysiske og psykiske sykdommer. Det kan være at barnet lider av sykdom eller funksjonshemming. Men også i tilfeller hvor barnet har problem med rusmidler eller har utført kriminelle handlinger som de biologiske foreldrene ikke tar tak i, kan det være grunnlag for omsorgsovertakelse etter dette vilkåret.^{37 38}

3.2.1.3. Mishandling eller seksuelle overgrep

Etter bvl. § 4-12 bokstav c kan barnevernstjenesten overta omsorgen for et barn *”dersom barnet blir mishandlet eller utsatt for andre alvorlige overgrep i hjemmet”*.

Denne bestemmelsen gjelder både for fysisk og psykisk mishandling. Bestemmelsen kommer til anvendelse dersom barnet blir utsatt for fysisk mishandling, trakassering eller seksuelle overgrep.³⁹ Som følge av at det er snakk om alvorlige forhold som vil ha stor betydning for barnet har lovgiver valgt å ha en egen bestemmelse om dette, selv om mishandling og seksuelle overgrep også kan avgjøres etter bvl § 4-12 (1) bokstav a og b.

³⁷ Knut Lindboe: ”Barnevernloven” 2011 s. 56.

³⁸ Innst.O.nr 80 (1991 – 1992) s. 22.

³⁹ Ot.prp.nr. 44 (1991-1992) s. 111.

3.2.1.4. Skade på barnets helse eller utvikling

Alternativet i bokstav d) åpner for omsorgsovertakelser ”dersom 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”.

Ut fra ordlyden i alternativ d jf. ”kan”, så må ikke omsorgssvikt ha inntruffet for at barnevernet kan overta omsorgen, men det må være ”overveiende sannsynlig” for at barnets helse og utvikling kan bli skadet.⁴⁰ Bestemmelsen skiller fra alternativ a-c fordi den åpner opp for at det kan foretas en fremtidsvurdering. Denne bestemmelsen retter seg mot saker hvor barnet har foreldre med psykisk utviklingshemming eller som lider av alvorlige psykiske lidelser. Foreldrene har kanskje evne til å ta seg av barnet de første årene, men etter hvert som barnet blir eldre og får andre omsorgsbehov vil ikke de biologiske foreldrene kunne gi barnet tilstrekkelig god omsorg.⁴¹

3.2.1.5 Nødvendighetskravet

Bvl. § 4-12 (2) oppstiller et tilleggsvilkår for at vedtak om omsorgsovertakelse kan treffes bare når det er ”nødvendig ut fra den situasjon barnet befinner seg i”. Videre så kan ikke vedtak om omsorgsovertakelse treffes dersom det kan skapes ”tilfredsstillende forhold” for barnet ved bruk av hjelpetiltak etter bvl. § 4-4 eller tiltak etter bvl. §§ 4-10 og 4-11. Dette er et uttrykk for mildeste inngreps prinsipp; dersom mindre inngripende tiltak av bedre barnets situasjon, så skal det først forsøkes.

I forhold til barnevernets plikt til å vurdere hjelpetiltak fremgår det av forarbeidene at ”hjelpetiltak alltid skal vurderes før mer omfattende tiltak igangsettes”⁴². Videre så fremgår det av forarbeidene at ”hjelp primært skal gis i hjemmet og plassering skal være siste alternativ”.

Bestemmelsen legger opp til at vurderingen skal ta utgangspunkt i ”barnets aktuelle situasjon”⁴³. Ordlyden avgrenser mot at det kan foretas en vurdering tilbake i tid. En

⁴⁰ Ot.prp.nr 44 (1991 – 1992) s. 112.

⁴¹ Knut Linboe: ”Barnevernloven” 2011 s. 56.

⁴² Innst.O.nr. 80 (1991 – 1992) s. 15

konsekvens av dette er at det skal sees bort fra hendelser som har skjedd tidligere som man ikke kan regne med vil gjenta seg⁴⁴. Det er ikke et krav etter ordlyden i bvl. § 4-12 (2) at hjelpetiltak må være forsøkt. Kravet er at muligheten og verdien av eventuelle hjelpetiltak faktisk er vurdert av barnevernet.

3.2.1.6. Barnets beste vurderingen

Dersom vilkårene i bvl § 4-12 (1) og (2) er oppfylt så følger det av bvl. § 4-1 at i ”ved anvendelse av bestemmelsene i dette kapitlet skal det legges avgjørende vekt på å finne tiltak som er til beste for barnet”. Man må altså foreta en samlet vurdering hvor man vurderer de negative konsekvensene av omsorgsovertakelse vil si for barnet og dets utvikling mot eventuelle positive konsekvenser en bedret omsorgssituasjon vil si for barnet⁴⁵.

Vilkårene for omsorgsovertakelse er skjønnsmessig utformet. Omsorgsovertakelse representerer et alvorlig inngrep i familien, noe som stiller større krav til at det må foreligge klar lovhjemmel⁴⁶. Det er imidlertid vanskelig å utforme en tilstrekkelig klar lovhjemmel og anvendelse av skjønn er ikke mulig å unngå i saker som gjelder omsorgsovertakelse. Dette er fordi hver sak skiller seg fra andre saker og det er snakk om individuelle skjebner. Dermed er det nødvendig (og viktig) at man har bestemmelser som åpner for at det kan foretas en skjønnsmessig vurdering slik at avgjørelsen i hver enkelt sak blir best mulig for barnet saken gjelder⁴⁷ for skjønn slik at avgjørelsen i hver enkelt sak blir best mulig for barnet saken gjelder.

I vurderingen av om omsorgen skal overtas av barnevernstjenesten må det først konstateres at barnet har blitt utsatt for omsorgssvikt. Videre så må det vurderes om omsorgssituasjonen for barnet kan bli bedret dersom det iverksettes hjelpetiltak. Tilslutt så må man foreta en helhetsvurdering hvor det må vurderes om det å plassere barnet utenfor hjemmet er til barnets beste eller ikke. Forarbeidene presiserer at det må legges vekt på barnets egen mening i vurderingen av hvilket tiltak som skal iverksettes^{48 49}

⁴³ Ot.prp.nr 44 (1991-1992) s. 111.

⁴⁴ Knut Linboe: ”Barnevernloven” 2011 s. 56.

⁴⁵ Innst.O nr. 80 (1991 – 1992) s. 5

⁴⁶ Jf. legalitetsprinsippet

⁴⁷ Ot.prp.nr 44 (1991 – 1992) s. 41

⁴⁸ Ot.prp.nr. 44 (1991-1992) s. 28

Det følger av bvl. § 6-3 (1) at barn som er fylt 7 år eller ”*ynge barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter*” skal gis anledning til å uttale seg om saken før en avgjørelse tas som berører barnet. Videre følger det av bestemmelsen av ”*barnets mening skal tillegges vekt i samsvar med barnets alder og modenhet*”. Bestemmelsen ble endret i 2003 etter at FNs barnekonvensjon ble inkorporert i norsk rett. Tidligere var det barn som var over 12 år som hadde rett til å uttalte seg. Formålet med bestemmelsen er å sørge for at saken blir så godt opplyst som mulig før det blir fattet et vedtak⁵⁰.

3.2.1.7. Det biologiske prinsipp ved vedtak om omsorgsovertakelse

Ved de strenge vilkårene som bvl § 4-12 oppstiller så skal det mye til før barnevernet overtar omsorgen for et barn. Det stilles krav om at hjelpetiltak må være vurdert før omsorgen kan overtas av barnevernet. Dette er et indirekte utslag av det biologiske prinsippet og at det anses for å være til det beste for barnet at det vokser opp sammen med sin biologiske familie samt at det skal legges vekt på å gi barnet ”*kontinuitet*” i hverdagen etter bvl. § 4-1. Selv om det ikke er et krav om at hjelpetiltak faktisk må være forsøkt, så går kritikken mot barnevernet ofte ut på at det forgjeves forsøkes med hjelpetiltak for å bedre omsorgssituasjonen uten at dette faktisk hjelper barnet. Dette medfører at barnet blir unødvendig skadelidende. I en rapport fra Riksrevisjonen i 2012⁵¹ ble det rettet kritikk mot barnevernet om at hjelpetiltak kan pågå i lang tid uten at det blir foretatt en evaluering av om hjelpetiltaket faktisk fungerer. Dette tyder på at det i noen saker går for lang tid fra barnevernet iverksetter hjelpetiltak som skal bedre barnets omsorgssituasjon til barnet får den nødvendige omsorgen som det trenger.

⁴⁹ Innst.O.nr 80 (1991-1992) s. 13.

⁵⁰ Ot.prp.nr. 45 (2002-2003) s. 65.

⁵¹ Riksrevisjonens undersøkelse om det kommunale barnevernet og bruken av statlige virkemidler. Dokument 3:15 (2011-2012) s. 52

4. Oppheving av vedtak om omsorgsovertakelse – bvl. § 4-21.

4.1. Innledning.

Som nevnt tidligere i oppgaven vil jeg til slutt se på hvilken konsekvens innføringen av et nytt prinsipp vil medføre for det biologiske prinsippet. Det er dermed nødvendig med en gjennomgang av bvl. § 4-21 for oppgaven sin helhet.

Når vedtak om omsorgsovertakelse er fattet og barnet er flyttet til et fosterhjem eller institusjon blir det neste spørsmålet når og eventuelt om omsorgen kan gis tilbake til de biologiske foreldrene.

I forarbeidene til barnevernloven av 1992 presiseres det at rettstilstanden i forhold til den gamle barnevernlovens bestemmelse om opphør av vedtak om omsorgsovertakelse (§ 48) ikke endres ved innføring av bvl. § 4-21⁵². Rettspraksis etter barnevernloven av 1953 er dermed relevant i forståelse av vilkårene for opphevelse av vedtak om omsorgsovertakelse. Dette er også lagt til grunn av Høyesterett i Rt. 1996 s. 1203 hvor førstvoterende uttalte *”rettstilstanden vedrørende omsorgsovertakelse og om opphevelse av omsorgsovertakelse ble ikke endret i realiteten da barnevernloven 1992 erstattet barnevernloven 1953”*.⁵³

Barnevernloven bygger på det utgangspunkt at omsorgsovertakelse skal være midlertidig.⁵⁴ Bvl. § 4-16 pålegger barnevernstjenesten en plikt til å følge med på utviklingen til barnet og foreldrene etter vedtak om omsorgsovertakelse er truffet. Barnevernet må hele tiden vurdere om stedet hvor barnet er plassert er tilfredsstillende og eventuelt sørge for at ekstra tiltak iverksettes dersom man ser at barnet har større behov for oppfølging enn man i utgangspunktet trodde. Formålet med å pålegge barnevernet en oppfølgingsplikt er at man få informasjon om omsorgsovertakelsen fungerer etter formålet; nemlig å bedre barnets omsorgssituasjon. Dersom barnevernet finner at vilkårene for omsorgsovertakelse ikke lenger er tilstede skal det fremmes forslag om at vedtaket om omsorgsovertakelse skal oppheves. Barnevernstjenesten skal også tilby foreldrene råd og veiledning slik at de har mulighet til å

⁵² Ot.prp.nr.45 (1991 – 1992) s. 54.

⁵³ Rt. 1996 s. 1203 på side 1207.

⁵⁴ Steinar Tjomsland: ”Omsorgsovertakelse – hovedprinsipper og synspunkter” 2003 s. 15.

forbedre omsorgsevnen sin. Det overordnede målet er jo at barnet en dag skal tilbakeføres til sine biologiske foreldre.

Omsorgsovertakelse opphører automatisk når barnet fyller 18 år jf. bvl § 1-4. For barn under 18 år må tilbakeføring vurderes etter bvl. § 4-21. Det er fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker som i første omgang skal vurdere om vilkårene for omsorgsovertakelse fortsatt er tilstede eller om barnet skal tilbakeføres til foreldrene. Vedtak om omsorgsovertakelse skal oppheves dersom foreldrene er i stand til å gi barnet ”forsvarlig omsorg” jf. bvl § 4-21, første punktum. Imidlertid inneholder bvl. § 4-21 annet punktum et unntak dersom barnet har fått slik ”*tilknytning til mennesker og miljø*” at en flytting ”*kan medføre alvorlige problemer for barnet*”. Dette kommer jeg nærmere tilbake til under punkt 4.2.3.

Man kan si at det biologiske prinsipp kommer indirekte til uttrykk i bvl § 4-21 (1), første punktum ved at omsorgen skal tilbakeføres når de biologiske foreldrene kan gi forsvarlig omsorg. På den andre siden så ivaretas hensynet til barnets beste og mildeste inngreps prinsipp i bvl. § 4-21 (1), annet punktum med presiseringen at tilbakeføring ikke kan gjennomføres dersom det medfører ”*alvorlige problemer*” for barnet. I forhold til hensynet til barnets beste så fremgår det av bvl § 4-1 at i vurderingen så skal det legges vekt på å gi barnet ”*kontinuitet*” i den omsorgen det mottar. Dette trekker jo i retning av at omsorgen ikke skal tilbakeføres dersom barnet har vært i fosterhjem over lengre tid.

4.2 Oppheving av vedtak om omsorgsovertakelse dersom foreldrene kan gi ”forsvarlig omsorg”.

Grunnvilkåret for at de biologiske foreldrene skal kunne få tilbake omsorgen for barnet sitt er at de kan gi barnet ”*forsvarlig omsorg*” jf. bvl § 4-21 (1) første punktum. Ordlyden i bestemmelsen tilsier at foreldrene må kunne gi barnet en trygg og forsvarlig oppvekst. I følge forarbeidene må foreldrene kunne gi barnet ”*et alminnelig og stabilt hjem*”⁵⁵.

Omsorgssituasjonen for barnet hos de biologiske foreldrene må være endret fra det tidspunktet da det ble vedtatt at omsorgen skulle overtas av barnevernstjenesten.

⁵⁵ NOU 1985:18 s. 171.

Barnevernstjenesten har anledning til å følge med på om og eventuelt hvordan foreldrene prøver å forandre seg i tiden etter vedtak om omsorgsovertakelse ble tatt. Som nevnt fremgår det av bvl. § 4 – 16 at barneverntjenesten har en plikt til å gi oppfølging og til å tilby råd og veiledning. Dette gjør det mulig for barneverntjenesten å følge med på om omsorgssituasjonen hos barnets foreldre endrer seg samtidig som barneverntjenesten kan komme med å råd og veiledning slik at omsorgssituasjonen kan bedres. For at et vedtak om omsorgsovertakelse skal oppheves av fylkesnemnda, må nemnda finne at barnets tidligere omsorgssituasjon i hjemmet er forandret og at foreldrenes omsorgsevne er forbedret. Denne endringen må være varig⁵⁶. Ifølge rettspraksis skal spørsmålet om fylkesnemndas vedtak skal opprettholdes vurderes etter bvl § 4-12 samtidig som det må tas hensyn ”til de relasjoner som i mellomtiden må være etablert”⁵⁷. Dersom vilkårene for omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-12 fortsatt er til stede, kan ikke barnet tilbakeføres til sine biologiske foreldre da de ikke kan gi barnet ”forsvarlig omsorg”.

I vurderingen av om foreldrene kan gi barnet ”forsvarlig omsorg” skal det blant annet vurderes til om de grunnleggende behovene til barnet ivaretas. Dette er behov som er grunnleggende for alle barn og unge. For eksempel så er det relevant om foreldrene har en bolig, kan gi barnet klær, ivareta barnets hygiene og gi nødvendig oppfølging i forhold til skole og fritid. Videre så må det også vurderes om foreldrene er i stand til å ivareta barnets følelsesmessige behov⁵⁸. Disse vurderingene skal foretas i en nåtids – og en fremtidsvurdering og må vurderes konkret ut hva hver enkelt sak og barnets individuelle behov.⁵⁹

Foreldrenes omsorgsevne må vurderes konkret i forhold til barnet saken gjelder. Noen barn trenger mer oppfølging enn andre. Barn som lider av kroniske sykdommer eller psykisk utviklingshemming krever mer oppfølging og stimulans fra foreldrene enn barn som ikke har en sykdom. Også i saker hvor barnet tidligere har vært utsatt for omsorgssvikt stilles det høye krav til foreldrenes evne til å gi ”forsvarlig omsorg”. I slike tilfeller er det ikke nok at foreldrene har alminnelig god omsorgsevne. Foreldrenes omsorgsevne må dermed vurderes ut

⁵⁶ Kari Ofstad og Randi Skar (2003): Kommentar til Barnevernsloven s. 201

⁵⁷ Rt. 2006 s. 1672 (avsnitt 40), Rt. 1999 s. 1883, Rt. 2002 – 327.

⁵⁸ Barneloven (bl.) § 30 gir veiledning for hvordan vilkåret ”forsvarlig omsorg” skal forstås. Av bl. § 30 fremgår det av barn har krav på ”omsut” og ”omtanke”. Bestemmelsen regulerer både fysisk omsorg og psykisk omsorg og stemmer overens med hva som ligger i ”forsvarlig omsorg” i bvl § 4-21.

⁵⁹ FNV-2012-87-OSL

fra hva de kan tilby opp mot hva barnet trenger. I Rt. 1997 s. 170 uttalte førstvoterende at *”lovens uttrykk ”forsvarlig omsorg” må relateres til de utfordringer omsorgen i det konkrete tilfellet reiser – hvor omsorgskrevende barnet er”*. Det er dermed ikke mulig å oppstille en generell standard for hva som regnes for å være *”forsvarlig omsorg”* fordi barns behov er så individuelle og behovet varierer fra barn til barn. Noen barn er mer robuste enn andre og vil gjerne takle en tilbakeføring greit, mens andre kan være mer usikre og vil trenge mer oppfølging som igjen vil kreve mer av de biologiske foreldrene og stille høyere krav til deres omsorgsevne.

I vurderingen av om foreldrene kan gi *”forsvarlig omsorg”* skal ta også tas stilling til om eventuelle problemer som kan oppstås ved tilbakeføring eller mangler ved foreldrenes omsorgsevne kan bedres ved hjelpetiltak⁶⁰. Dersom hjelpetiltak som for eksempel støttekontakt, veiledning eller avlastningstiltak kan bidra til å bedre foreldrenes omsorgsevne skal dette tilbys.⁶¹

Det skal ikke foretas en sammenligning mellom den omsorgen som fosterforeldrene har gitt og omsorgen som de biologiske foreldrene kan gi. I Rt. 1996 s. 1203 uttalte førstvoterende at *”det er ikke avgjørende om fosterforeldrene må anses bedre skikket som omsorgspersoner enn foreldrene. Barnevernloven bygger på en forutsetning om at det normalt vil være til barnets beste å vokse opp hos foreldrene”*. Dette innebærer at i noen tilfeller hvor vedtak om omsorgsovertakelse blir opphevet så kan barnet få *”dårligere”* omsorg enn det barnet har fått mens det var i fosterhjem. Dette er imidlertid i tråd med det biologiske prinsipp om at barn har best av å vokse opp hos sine biologiske foreldre.

Dersom den nåværende omsorgsevnen til de biologiske foreldrene kan bedres ved hjelp av hjelpetiltak, skal omsorgen som regel tilbakeføres. Dette slo Høyesterett fast i Rt. 1996 s. 1203 hvor førstvoterende uttalte følgende om den biologiske farens omsorgsevne; *”det hefter ikke ubetydelige svakheter ved foreldrene som omsorgspersoner for C, både når de sees hver for seg og når de sees samlet. Men far har egenskaper som gjør at han langt på vei må kunne anses godt egnet til å ha omsorgen for sønnen og til å fylle dennes behov for kontakt og trygghet. Iallfall kan jeg ikke se at den omsorg far vil gi C ikke vil være forsvarlig. De*

⁶⁰ Kirsten Sandberg: *”Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse”* 2003 s.204.

⁶¹ Jf. Rt. 1991 s. 1883.

svakheter far har som omsorgsperson, må etter min oppfatning kunne rettes opp ved hjelpetiltak etter barnevernloven § 4-4”.

I vurderingen av om de biologiske foreldrene kan gi forsvarlig omsorg er det relevant om det foreligger en risiko for at omsorgssituasjonen ”forverrer” seg slik at omsorgen igjen må overtas av barnevernet og barnet må på nytt flytte. Dette vil være et aktuelt vurderingstema i saker hvor de biologiske foreldrene tidligere har slitt med rusproblemer. Forarbeidene slår klart fast at ”flytting av barn for å støtte opp under rehabilitering” vil være sette foreldrenes interesse foran barnets og klart i strid med hensynet til barnets beste⁶². Tilbakeføring av omsorgen er dermed ikke aktuelt dersom det sannsynlig at de biologiske foreldrene ikke vil kunne gi barnet den omsorgen det trenger.

4.2.2 Beviskravet

Beviskravet for at et vedtak om omsorgsovertakelse skal oppheves er at det er ”overveiende sannsynlig” at foreldrene kan gi barnet forsvarlig omsorg jf. bvl. § 4-21 (1), første punktum. Kravet om at det må være ”overveiende sannsynlig” at foreldrene kan gi forsvarlig omsorg kom til ved en lovendring i 2009. Før lovendringen var kravet at det at foreldrene kunne gi forsvarlig omsorg. Bakgrunnen for lovendringen var at det ble uttrykt tvil vedrørende om det var for mye usikkerhet i vurderingen av de biologiske foreldrenes omsorgsevne og at dette medførte en fare for at barn ble tilbakeført til hjemmet hvor omsorgssituasjonen ikke var forsvarlig⁶³. For å unngå at barn ble tilbakeført til en mindre stabil og god omsorgssituasjon ble det innført et strengere og mer presist kriterium enn tidligere.

Ordlyden tilsier at det skal mer enn alminnelig sannsynlighetsovervekt for at foreldrene kan gi barnet forsvarlig omsorg for at omsorgen skal tilbakeføres til de biologiske foreldrene. Dette fremgår av forarbeidene til endringsbestemmelsen.⁶⁴

⁶² NOU 1985:18 s. 170.

⁶³ Ot.prp.nr.69 (2008 – 2009) s. 20.

⁶⁴ Ot.prp.nr.69 (2008-2009) s. : Det presiserer at det kreves ”høy grad av sannsynlighet” for at foreldrene kan gi barnet forsvarlig omsorg.

4.2.3. Nekting av tilbakeføring av hensyn til barnet og dets tilknytning.

Bvl. § 4-21 (1) er en ”skal” regel. Vedtak om omsorgsovertakelse ”skal” oppheves når foreldrene kan gi ”forsvarlig omsorg”. Dersom fylkesnemnda legger til grunn av de biologiske foreldrene kan yte forsvarlig omsorg, enten på egen hånd eller ved hjelp av hjelpetiltak, må nemnda vurdere hva en tilbakeføring av omsorgen vil si for barnet jf. bvl. § 4-21 (1) andre punktum. Vedtak om omsorgsovertakelse skal ikke oppheves ”dersom barnet har fått slik tilknytning til mennesker og miljø der det er, at det etter en samlet vurdering kan føre til alvorlige problemer for barnet om det blir flyttet”. Dette innebærer at man må flytte fokus fra foreldrene som man må foreta etter bvl § 4-21 (1) første punktum over til barnet og se på hva en flytting vil innebære for barnet. Dersom en tilbakeføring av omsorgen vil medføre at barnet får betydelige problemer over lengre tid, selv om de biologiske foreldrene anses for å ha god omsorgsevne, så skal ikke tilbakeføringen gjennomføres.

Vurderingen av hvilke problemer en tilbakeføring vil ha for barnet må foretas på kort og lang sikt⁶⁵. Avgjørende i vurderingen etter bvl. § 4-21 (1) andre punktum er i følge rettspraksis at ”det må imidlertid tas hensyn til at lovens utgangspunkt er at barn bør vokse opp hos sine biologiske foreldre. Men tilbakeføring av omsorgen må nektes dersom den vil medføre reell fare for skadevirkninger av betydning, sett på lengre sikt.”⁶⁶ I juridisk teori er det hevdet at man må foreta en vurdering av den etablerte tilknytningen som barnet har fått med fosterhjemmet mot virkningene av en tilbakeflytting til de biologiske foreldrene⁶⁷. Man må dermed se hen til hvilken tilknytning barnet har fått til fosterforeldrene. Har barnet vært i fosterhjem over lengre tid, er det rimelig å legge til grunn at barnets primære tilknytning vil være til fosterforeldrene og deres hjem. En flytting tilbake til de biologiske foreldrene vil da kunne medføre negative konsekvenser for barnet. Et moment i vurderingen er barnets alder på tidspunktet da omsorgen ble overtatt av barnevernet. I saker hvor barnet ble plassert i fosterhjem før barnet var fylt 3 år er hovedtendensen av tilbakeføring nektes. Dette er fordi det er i disse årene at barn ”etablerer sin hovedtilknytning” til omsorgspersoner⁶⁸. Barn som blir plassert i fosterhjem når de er eldre har som regel sin hovedtilknytning til de biologiske

⁶⁵ Ot.prp.nr 44 (1991 – 1992) s. 55

⁶⁶ Jf. Rt. 1987 s. 805 på side 811.

⁶⁷ Thomas Jarning: ”Om når fosterbarn skal tilbakeflyttes til foreldrehjemmet”, Jussens venner 1991 s. 124.

⁶⁸ Kirsten Sandberg: ”Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse” s. 217

foreldrene og det vil ta lengre tid før dette forandrer seg. At det vil kunne oppstå problemer i en overgangsperiode er å forvente og er ikke et tilstrekkelig grunnlag for å nekte tilbakeføring.⁶⁹

I Rt. 1992 s. 242 (dissens 3-2) var spørsmålet om en 3 år gammel gutt skulle tilbakeføres til sin biologiske mor. Barnevernet hadde overtatt omsorgen for gutten da han var 3 måneder og han hadde vært i det samme fosterhjemmet i nærmere 3 år. Gutten ble altså flyttet før han hadde fått noen tilknytning til sin biologiske mor. Høyesterett bemerker at når barnet har knyttet seg til de ”*psykologiske foreldrene*” i et fosterhjem vil en tilbakeføring alltid være problematisk (s. 249). En tilbakeføring hvor det er tale om å ”retablere” et forhold mellom barn og biologiske foreldre som har tidligere eksistert vil være mindre problematisk. Siden det ikke var tale om å retablere et forhold i denne saken så ville en tilbakeføring stille større krav til den biologiske morens omsorgsevne. Flertallet la vekt på de sakkyndiges uttalelser om morens omsorgsevne og konkluderte med at det hersket for stor usikkerhet om virkningen av tilbakeføring som medførte ”å utsette gutten for en risiko utover det jeg anser forsvarlig”.

Et annet relevant moment som må vurderes er om barnet har hatt noen form for samvær med de biologiske foreldrene etter at omsorgen ble overtatt av barnevernet. Det følger av bvl. § 4-19 (1) at barn og foreldre har rett til samvær. Men samvær kan nektes dersom fylkesnemnda finner at samvær ikke skal finne sted av hensyn til barnet jf. bvl § 4 – 19 (2). Dersom det har vært stabil kontakt mellom barn og foreldre etter omsorgsovertakelsen kan det trekke i retning av at faren for skader ved tilbakeføring ikke er så stor. Men selv om det har vært regelmessig kontakt mellom barn og foreldre i tiden etter omsorgsovertakelsen, tilsier ikke det at resultatet nødvendigvis blir tilbakeføring.

I Rt. 1997 s. 170⁷⁰ var spørsmålet om en gutt på 6 år skulle tilbakeføres til sin biologiske familie. Guttens biologiske foreldre var av pakistansk opprinnelse, men gutten hadde vært i fosterhjem hos en norsk familie siden han var 2 år gammel. Siden omsorgsovertakelsen hadde omsorgsevnen til de biologisk foreldrene bedret seg og retten konkluderte med at de hadde ”*alminnelig god omsorgsevne*”. Selv om det var muligheter for at gutten kunne være et

⁶⁹ Jf. Rt. 1997 s. 170 på side 175.

⁷⁰ Dissens 3 – 1.

”sårbart barn” ut i fra det han hadde opplevd i ung alder så mente Høyesterett at dette ikke var noe som de biologiske foreldrene ikke kunne takle.

Førstvoterende går deretter over til bvl. § 4-21 (1) annet punktum og uttaler at *”at det i en overgangsperiode kan oppstå problemer er ikke avgjørende”* og *”at det har en egenverdi at et barn får vokse opp hos sine biologiske foreldre”*.

Førstvoterende la stor vekt på verdien barn har av å vokse opp sammen med sine biologiske foreldre. Denne saken skiller seg noe da foreldrene var av pakistansk opprinnelse og hadde *”en annen etnisk og kulturell opprinnelse enn fosterforeldrene”*. Selv om gutten hadde vært i samme fosterhjem i flere år og oppdratt med norske tradisjoner og at dette kunne medføre at problemer ved tilbakeføring til et nytt og ukjent miljø, så la førstvoterende (flertallet) avgjørende vekt på at det ville være *”positivt for [guttens] identitetsfølelse og selvbylde”* at han fikk vokse opp hos sin biologiske familie og *”vokse seg inn i deres livsform, kultur og religion”* og at dette burde tillegges atskillig vekt når man skulle vurdere hvilken løsning som ville være til guttens beste etter bvl. § 4-1.

Mindretallet kom til en annen konklusjon enn flertallet. Mindretallet er enig med flertallet om at det at gutten har en annen etnisk bakgrunn enn fosterforeldrene må tillegges vekt, men at gutten hadde en såpass sterk tilknytning til fosterhjemmet at tilbakeføring vil medføre store problemer for gutten. Eventuelle problemer som gutten ville få som følge av at han hadde en annen etnisk bakgrunn enn fosterfamilien mente mindretallet kunne avhjelpest ved hjelp av samvær med de biologiske foreldrene.

Man kan kanskje si at flertallet i denne dommen legger avgjørende vekt på det biologiske prinsippet fordi det er tale om etniske forskjeller og at en tilbakeføring av den grunn ville være det beste for barnet.

I Rt. 2002 s. 875 konkluderte Høyesterett med at vedtak om omsorgsovertakelse skulle bli stående selv om barn og biologisk mor hadde hatt jevnlig kontakt. Barnet var en fem år gammel jente som først hadde vært i beredskapshjem før hun ble flyttet til et fosterhjem. Den biologiske moren hadde hele tiden hatt problemer med å samarbeide med barnevernstjenesten samtidig som forholdet mellom biologisk mor og far var anstrengt. Noe som barnet hadde lidd under. Høyesterett vurderte konsekvensene av at barnet nok en gang måtte flytte på seg og om

morens omsorgsevne kunne sier å ha bedret seg. Høyesterett uttalte barnet allerede bar preg av å ha problemer med tilknytning til omsorgspersoner. Disse problemene kunne ikke den biologiske moren avhjelpe selv om det ble satt inn hjelpetiltak fra barnevernstjenesten.⁷¹

I Rt. 2004 s. 999 kom Høyesterett til at omsorgen skulle tilbakeføres til den biologiske moren. Saken gjaldt en gutt på 12 år som hadde vært i fosterhjem i vel 1 år og som barnevernet hadde hatt omsorg for i 2 år. Det var påvist at gutten hadde hatt atferdsproblemer siden han var i barnehagealder og den biologiske moren hadde tidligere samtykket til plassering utenfor hjemmet. Høyesterett påpekte at det var usikkert hvorvidt den biologiske moren hadde tilstrekkelig omsorgsevne sett i forhold til guttens spesielle behov⁷². Til tross for dette så fant Høyesterett at omsorgen skulle tilbakeføres. Dette skyldtes at gutten selv hadde et sterkt ønske om å flytte tilbake til moren samt oppholdet i fosterhjemmet fungerte dårlig.

4.2.4. Det biologiske prinsippet og vektlegging i forhold til spørsmål om tilbakeføring

I Rt. 1997 s. 170 la flertallet avgjørende vekt på at biologiske prinsippet og konkluderte med at tilbakeføring av det beste for barnet. Felles for dommene som er nevnt over at det har vært kontakt mellom barn og de biologiske foreldrene etter at vedtak om omsorgsovertakelse ble fattet. Men man ser at selv om det har vært samvær, så er det ikke gitt at omsorgen tilbakeføres. Selv om utgangspunktet i vurderingen om omsorgen skal tilbakeføres er at det er til barnets beste at det vokser opp hos sin biologiske foreldre så er det mange andre hensyn som gjør seg gjeldene og som man må avveie opp mot det biologiske prinsippet. Dette gjør at det biologiske prinsippet i en del tilfeller må vike av hensynet til barnets beste.

Når spørsmål om tilbakeføring av omsorgen skal tas stilling til så fremstår rettsstillingen i dag som at det biologiske prinsippet er en selvsagt del av vurderingsgrunnlaget. Det fremstår nærmest som at det biologiske prinsippet er et utgangspunkt for vurderingen. Det biologiske prinsipp har vært fremhevet i forarbeider og rettspraksis så å ta utgangspunkt i det fremstår som riktig. Utfordringen til rettsanvenderen ligger i å finne en løsning som er til det beste for barnet uten å legge alt for stor vekt på det biologiske prinsippet.

⁷¹ Rt. 2002 s. 875 s. 885.

⁷² Rt. 2004 s. 999 avsnitt 62.

5. Bedre beskyttelse av barns utvikling – NOU 2012:5.

5.1. Innledning

I februar 2012 ble NOU 2012:5 overlevert daværende statsråd Audun Lysbakken.

Utredningen som ble ledet av Magne Raundalen (derav navnet Raundalen utvalget) hadde fått som mandat å utrede vanskelige problemstillinger som oppstår i forbindelse med barnevernets arbeid. Utvalget ble blant annet bedt om å ha et særlig fokus på anvendelsen av det biologiske prinsipp og hvordan prinsippet anvendes i barnevernets arbeid.⁷³ I sitt arbeid har utvalget lagt til grunn at det biologiske prinsipp er et av flere grunnleggende prinsipper som er godt forankret i barnevernstjenestens arbeid og støtter seg til den rådende oppfatningen om at barn *”generelt sett, har best av å vokse opp i sin familie ”*⁷⁴.

Utvalget presiserer at det er hensynet til barnets beste som er og skal være det overordnede prinsippet i barnevernet og at hensynet til barnets beste i noen saker legemliggjør at man fraviker det biologiske prinsippet.

Et av Raundalen utvalgets oppgaver var å gjennomgå terskelen for omsorgsovertakelse og se om terskelen i dag er for høy og om det er på grunn av at barnevernet tillegger det biologiske prinsipp for mye vekt⁷⁵.

5.2. Raundalen utvalget om det biologiske prinsipp

I utredningen gjennomgås det biologiske prinsipp nøye med gjennomgang av forarbeider, rettspraksis og juridisk teori. Utvalget bemerker at begrepet det biologiske prinsipp gir liten veiledning *”men ordlyden indikerer klart at det dreier seg om biologi og om noe prinsipielt”*. Da det er lite veiledning om hvordan begrepet skal forstås, argumenterer utvalget for at dette åpner opp for misforståelser og ulik praksis i barnevernet⁷⁶. Utvalget mener at det biologiske prinsipp i barnevernet ikke er å forstå som en *”konkret regel som enten må legges til grunn*

⁷³ NOU 2012:5 s. 11.

⁷⁴ NOU 2012:5 s. 15.

⁷⁵ NOU 2012:5 s. 74

⁷⁶ NOU 2012: 5 s. 49

eller brytes”⁷⁷, men at prinsippet mer er å forstå som ”en generell norm” som må avveies mot andre barnevernrettslige prinsipper og må vurderes konkret i forhold til hvert enkelt barn. Uansett så er det hensynet til barnets beste etter bvl § 4-1 som skal tillegges avgjørende vekt, slik at det biologiske prinsipp ikke kan være avgjørende i vurdering av hvilke tiltak som skal iverksettes. Utvalget foretok undersøkelser for å finne ut hvilken betydning det biologiske bånd har å si for et barns utvikling. Resultatet av utvalgets undersøkelser var at det ikke er bevist i biologisk forskning at det er av avgjørende betydning for barns utvikling at barnet vokser opp hos sine biologiske foreldre⁷⁸. Utvalget fant dermed at det er nødvendig med en nedtoning av det biologiske prinsipp.

5.3. Nærmere om utviklingsfremmende tilknytning.

Raundalen utvalget legger til grunn for forslaget om et nytt prinsipp at det er funnet bevist i den forskningen de har anvendt at ”*samsillet mellom barn og omsorgspersoner*” er så avgjørende for barnets utvikling at det må tillegges ”*avgjørende vekt*” i avgjørelser om tilbakeføring⁷⁹. Det er på bakgrunn av dette at prinsippet om utviklingsfremmende tilknytning foreslås. Utvalget foreslår at det nye prinsippet skal gis forrang foran det biologiske prinsippet. I tilknytning til forslaget om et nytt prinsipp så foreslår utvalget at terskelen for omsorgsovertakelse i fremtiden skal vurderes ut fra tre forhold⁸⁰.

1. *om tilknytnings – og relasjonskvaliteten mellom omsorgspersonene og barnet er utviklingsstøttende eller ikke*
2. *alvorlighetsgraden og stabilitet av omsorgssvikt (forsømmelser, manglende behandling eller opplæring, mishandling eller overgrep*
3. *om omsorgspersonenes egenskaper (psykisks utviklingshemming, psykisk sykdom, rus) er av varig eller forbigående karakter).*

⁷⁷ NOU 2012:5 s. 50

⁷⁸ Det må bemerkes at den forskningen som utvalget har anvendt har fått kritikk for at den ikke gir et korrekt bilde: <http://www.dagensmedisin.no/debatt/omsorgsovertakelse-barns-psykiske-helse-i-faresonen/>

⁷⁹ NOU 2012:5 s. 86

⁸⁰ NOU 2012:5 s. 16.

5.3.1. Betydningen av et fjerde prinsipp i barnevernet

Det biologiske prinsippet er som nevnt et utgangspunkt for dagens barnevernlov. Og prinsippet ligger til grunn for mange av bestemmelsene i dagens barnevernlov. Det som er en svakhet ved prinsippet er at det ikke klart fremgår hvilken vekt det skal tillegges eller hvordan det skal anvendes når det tas beslutninger om omsorgsovertakelse og tilbakeføring.

Tilbakeføring av omsorg til de biologiske foreldrene er i tråd med det biologiske prinsippet og ønsket om å verne familien. Men en tilbakeføring bryter med at barnet skal ha kontinuitet i omsorgen etter bvl. § 4-1. Rollen som den biologiske familie skal spille blir stadig fremhevet og det er gitt at barn har best av å vokse opp sammen med sin biologiske familie uten at det knyttes opp til konkret forskning. I NOU 2005:9 fremheves det at biologiske bånd har betydning fordi *"vårt samfunn tillegger dem en slik betydning"*⁸¹.

I tråd med at man får mer forskning omkring konsekvenser av omsorgssvikt og omsorgsovertakelse virker det som det er en holdningsendring på gang. Erfaringer fra barn som har vært utsatt for omsorgssvikt fra sine biologiske foreldre er at det blir iverksatt hjelpetiltak uten at situasjonen bedres slik at barnet blir unødvendig skadelidende. Innføringen av et nytt prinsipp vil nok ikke medføre at det blir fattet flere vedtak om omsorgsovertakelser. Vilkårene for at barnevernet kan overta omsorgen er i dag strenge. Selv om Raundalen utvalget har foreslått at barnevernet skal gis myndighet til å iverksette tiltak uten de biologiske foreldrenes samtykke, så må fortsatt et vedtak om omsorgsovertakelse fattes av fylkesnemnda. Så verdien av det biologiske prinsipp blir fortsatt vektlagt.

I forhold til tilbakeføring så medførte lovendringen i 2009 at man må foreta en strengere vurdering av om de biologiske foreldrene kan yte *"forsvarlig omsorg"*. Og i dag så følger det av bvl § 4-21 at omsorgen ikke kan tilbakeføres til de biologiske foreldrene dersom tilbakeføringen medfører alvorlige problem for barnet. Innføringen av et nytt prinsipp er positivt i den forstand at man forsikrer seg at alle sider ved barnets behov blir tilstrekkelig vurdert og ivaretatt. Men på den andre siden så har vi i dag en bestemmelse i bvl. § 4-1 som klart og tydelig slår fast at hensynet til barnets beste skal vektlegges samtidig som man skal vurdere barnets tilknytning etter bvl § 4-21. I dette mener jeg at også barnets behov for tilknytning til omsorgspersoner som er positivt for barnet utvikling blir ivaretatt.

⁸¹ NOU 2005:9 s. 34

5.4. Avsluttende kommentarer

Det er bra at man får en redegjørelse for hvordan det biologiske prinsippet vektlegges i barnevernet i dag. At det er verdifullt for et barn å vokse opp sammen med sine biologiske foreldre har lenge fremgått av forarbeider, blitt fremhevet i praksis og i juridisk teori. Men det biologiske prinsippet er ikke er prinsipp som eksplisitt fremgår av barnevernloven og det er vanskelig å finne føringer for hvilken vekt prinsippet skal tillegges. Senest i 2002 kom det en Stortingsmelding hvor det ble påpekt at *”de biologiske foreldre er i seg sjøl ein ressurs for barnet”*⁸². I meldingen fremheves det at identitetsfølelse er grunnleggende for barn og at det er vanskelig å erstatte den biologiske tilknytningen. I teorien har det blitt fremhevet interessante poeng. Kirsten Sandberg påpeker et interessant spørsmål ved at hun sier at selv om noe er ment eller trodd å være naturens orden, så behøver ikke det å være i orden⁸³. Man skal ikke undervurdere betydningen av å vokse opp sammen med sin biologiske familie, men hva om tanken om selve *betydningen* av det biologiske bånd først og fremst er skapt av voksne. Biologi er ikke like viktig for et barn. For barna er det først og fremst viktig at de har voksne mennesker i livet sitt som kan gi omsorg, skape et trygt hjem og ta vare på dem. I NOU 2005:9 påpekes det at biologiske bånd har betydning fordi samfunnet vårt tillegger det slik betydning. Det peker på forskning som viser at biologiske bånd *”verken er en nødvendig eller tilstrekkelig betingelse for barns utvikling”*⁸⁴. Etter hvert som man har fått mer forskning på området så har utgangspunktet endret seg radikalt de siste 20 årene. Fra et utgangspunkt hvor det ble ansett som en del av vår samfunnsordning at foreldre oppdrar sine barn og at dette er å anse som en ressurs i seg selv i NOU 1985:18, til en mer moderat tilnærming til betydningen av biologiske bånd og dets betydning.

Ut fra mitt arbeid med denne oppgaven og det jeg har lest om det biologiske prinsipp i forarbeider, rettspraksis og juridisk teori så er det ingen tvil om at prinsippet ligger i grunnen for mange avgjørelser om omsorgsovertakelse og tilbakeføring. Men etter hvert som samfunnet endrer seg, så endres også oppfatningen om hva som er en del av *”vår samfunnsordning”*. Tidligere så bestod familien av mor, far og barn. I dag er det imidlertid stadig flere familier som har en helt annen sammensetning. For eksempel så bor barn sammen med kun den ene av foreldrene sine og gjerne da kanskje sammen med stefar og halvsøsken.

⁸² St.mld nr. 40 (2001 – 2002) punkt 2.3

⁸³ http://www.idunn.no/ts/tnb/2013/01/det_biologiske_prinsipp_-_paa_vei_ut_av_barnevernet
Kirsten Sandberg:

⁸⁴ NOU 2005:9 kapittel 7.

Det tradisjonelle familiemønsteret er i ferd med å brytes opp. Å ha kjennskap til hvor man kommer fra og om opphavet sitt er en viktig verdi, men for et barn, å kunne slå seg til ro og slå røtter med voksne mennesker som gir barnet den omsorgen og den nødvendige oppfølgingen som man trenger når man er barn og ungdom er vel så viktig. At man får en diskusjon om den biologiske relasjonens betydning for barns utvikling er viktig da dette bidrar til at man en bredere forståelse for hva som menes med det biologiske prinsippet. Hvordan fremtiden blir, gjenstår ennå og se.

6. Litteraturliste

Lover og internasjonale konvensjoner

Lov om barneverntjenester (barnelova) – lov av 17. juli 1992 nr. 100

Lov om styrking av menneskerettighetene i norsk rett (menneskerettsloven) – lov av 1. august 2003

Konvensjon av 4. November 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (EMK)

FNs konvensjon om barns rettigheter av 20. November 1989 (Barnekonvensjonen)

Forarbeider

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

Ot.prp.nr.69 (2008 – 2009) Om endringer i barnevernloven

NOU 1985:18 Lov om sosiale tjenester m.v.

NOU 2000:12 Barnevernet i Norge

Tilstandsvurderinger, nye perspektiver og forslag til reformer

NOU 2009:08 Kompetanseutvikling i barnevernet

NOU 2012:5 Bedre beskyttelse av barns utvikling

Juridisk litteratur

Bernt, Jan Fridtjof og Synne Sæther Mæle: *”Rett, samfunn og demokrati”* 2007

Fougner, Jan: *”Omsorgsovertakelse etter barnevernloven”* – *Jussens venner* 1989

Graver, Hans Petter: *”I prinsippet prinsipiell – om rettsprinsipper”* – TFR 2006

Jarning, Thomas: *”Om når forsterbarn skal tilbakeflyttes til foreldrehjemmet”* – *Jussens venner* 1991

Kjønstad, Asbjørn og Aslak Syse: *Velferdsrett I* (2008)

Linboe, Knut: *”Barnevernrett”* (2012)

Lindboe, Knut: *”Barnevernloven”* – kommentarutgave (2011)

Nygaard, Nils: *”Rettsgrunnlag og standpunkt”* (2003)

Sandberg, Kirsten: *”Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse”*

Skar, Randi og Kari Ofstad: *Kommentar til barnevernloven* (2003)

Stang, Elisabeth Gording: "*Det er barnets sak*" (2007)

Tjomsland, Steinar: "*Omsorgsovertakelse – hovedprinsipper og synspunkter*"