

Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse

Når barnet har fått en sterk tilknytning til fosterforeldrene, med hovedfokus på hvilke utfordringer tilknytningsalternativet medfører i praksis

Kandidatnummer: 103

Antall ord: 14 994



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

08. juni 2020

*«Uansett hvilken løsning som velges,
vil det være fare for feilvurderinger
med uheldige konsekvenser.*

Men det må treffes et valg»

Rt. 1984 s. 289 på s. 298

INNHALDSFORTEGNELSE

| | | |
|----------|--|-----------|
| 1 | INNLEDNING | 3 |
| 1.1 | TEMA OG PROBLEMSTILLING | 3 |
| 1.2 | BAKGRUNN FOR VALG AV TEMA..... | 6 |
| 1.3 | FREMSTILLINGEN VIDERE..... | 7 |
| 2 | GRUNNLEGGENDE PRINSIPPER I BARNEVERNRETEN OG DERES BETYDNING I AVGJØRELSER OM TILBAKEFØRING | 8 |
| 2.1 | GRUNNLEGGENDE PRINSIPPER I BARNEVERNRETEN GENERELT | 8 |
| 2.2 | DET MILDESTE INNGREPS PRINSIPP | 8 |
| 2.2.1 | <i>Prinsippets betydning for avgjørelser om tilbakeføring</i> | 9 |
| 2.3 | HENSYNET TIL BARNETS BESTE | 10 |
| 2.3.1 | <i>Barnets beste som en materiell vurderingsnorm</i> | 10 |
| 2.3.2 | <i>Barnets beste som en saksbehandlingsregel – en prosessuell garanti</i> | 12 |
| 2.4 | DET BIOLOGISKE PRINSIPP | 12 |
| 2.4.1 | <i>Prinsippets funksjoner i barnevernretten</i> | 13 |
| 2.5 | ER HENSYNET TIL BARNETS BESTE OG DET BIOLOGISKE PRINSIPP MOTSETNINGER I TILBAKEFØRINGSSAKER?..... | 14 |
| 2.5.1 | <i>Den Europeiske Menneskerettsdomstolens vektlegging av prinsippene</i> | 15 |
| 3 | TILBAKEFØRING AV BARN ETTER OMSORGSOVERTAKELSE | 16 |
| 3.1 | INNLEDNING – UTGANGSPUNKTET OM MIDLERTIDIGHET | 16 |
| 3.2 | VILKÅR FOR TILBAKEFØRING ETTER BARNEVERNLOVEN § 4-21 FØRSTE LEDD | 16 |
| 3.2.1 | <i>Innledning</i> | 16 |
| 3.2.2 | <i>Grunnvilkåret om forsvarlig omsorg</i> | 17 |
| 3.2.3 | <i>Tilknytningsalternativet og vilkåret om «alvorlige problemer»</i> | 18 |
| 4 | TILKNYTNINGSALTERNATIVET – UTFORDRINGER MED DAGENS PRAKSIS | 22 |
| 4.1 | INNLEDNING | 22 |
| 4.2 | ER NORGE FOR RASKE TIL Å FATTE VEDTAK OM LANGVARIGE PLASSERINGER? | 22 |
| 4.3 | SAMVÆRSPROBLEMATIKKEN | 24 |
| 4.3.1 | <i>Innledning</i> | 24 |
| 4.3.2 | <i>Foreldre og barns rett til samvær med hverandre</i> | 24 |
| 4.3.3 | <i>Samvær ved omsorgsovertakelse – dagens praksis i Norge</i> | 25 |
| 4.3.4 | <i>Saker fra EMD om fastsettelse av samvær</i> | 25 |
| 4.3.5 | <i>Storkammeravgjørelsene i Høyesterett om samvær og gjenforening</i> | 27 |
| 4.3.6 | <i>Forslag om å flytte kompetansen til å fastsette samvær</i> | 28 |
| 4.4 | DEN RETTSLIGE BEHANDLINGEN AV BARNEVERNSAKER..... | 29 |
| 4.4.1 | <i>Innledning – dagens system</i> | 29 |
| 4.4.2 | <i>EMD’s kritikk av den rettslige behandlingen av barnevernsaker i Norge</i> | 29 |
| 4.4.3 | <i>Den norske debatten</i> | 33 |
| 4.4.4 | <i>Tilbakeføringssaker i norske domstoler</i> | 35 |
| 4.5 | SAKSBEHANDLINGSTIDENS BETYDNING FOR TILBAKEFØRING..... | 41 |
| 5 | AVSLUTTENDE BEMERKNINGER | 45 |
| 5.1 | BEDRE VERN AV BARN OG FORELDRES RETT TIL FAMILIELIV?..... | 45 |
| 6 | KILDE- OG LITTERATURLISTE | 46 |

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Temaet for masteroppgaven er oppheving av omsorgsovertakelse når barnet har fått en sterk tilknytning til fosterforeldrene etter barnevernloven (bvl.) § 4-21 første ledd, andre punktum.

En omsorgsovertakelse innebærer at barneverntjenesten overtar den daglige omsorgen for barnet jf. bvl. §§ 4-12 og 4-18. Hovedregelen i norsk rett er at vedtak om omsorgsovertakelse skal være et midlertidig tiltak. Utgangspunktet er at vedtaket skal oppheves og at barnet tilbakeføres, forutsatt at foreldrene igjen har forsvarlig omsorgsevne etter bvl. § 4-21 første ledd. Dersom det har gått lang tid siden omsorgsovertakelsen, og barnet har fått en sterk tilknytning til fosterforeldrene, vil det i noen tilfeller være til barnets beste å forbli i fosterhjemmet. I slike tilfeller medfører tilknytningsalternativet i bvl. § 4-21 første ledd, andre punktum at barnet ikke tilbakeføres.

Alle barn har en grunnleggende rett til omsorg, og en rett til voksne som tar vare på dem og holder dem trygge. Omsorgsretten er først og fremst forankret i barnekonvensjonen (BK) artikkel 3 nr. 2, hvor myndighetene forplikter seg til å «[...] ensure the child such protection and care as is necessary for his or her well-being [...]»¹. Dersom foreldrene ikke evner å gi barnet tilstrekkelig omsorg, har statene en plikt til å gripe inn og overta omsorgen.

Barn har imidlertid også en selvstendig rett på familieliv. Etter BK artikkel 7 har barn rett til å kjenne sine foreldre, og få omsorg fra dem så langt det er mulig. Det følger av BK artikkel 9 at barn som hovedregel ikke skal atskilles fra sine foreldre. Atskillelse kan bare skje dersom det er til barnets beste. Dersom foreldrene ikke kan gi barnet tilstrekkelig omsorg og trygghet, vil barnets rett til omsorg gå foran barnets rett til familieliv. Omsorgsretten er absolutt, mens retten til familieliv kan fravikes eller begrenses ved behov. Det må derfor skje en begrensning i familielivet dersom barnets rett til omsorg og barnets rett til familieliv ikke kan oppfylles fullt ut². Det kan i slike tilfeller treffes vedtak om omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-12.

¹ Barns rett til omsorg følger også av BK artikkel 6 som pålegger statene å beskytte barns rett til liv og utvikling jf. EMK artikkel 2. Barn er også spesielt vernet mot vold, seksuelle overgrep og omsorgssvikt i BK artikkel 19.

² Bendiksen og Haugli (2018) s. 46

Oppgaven er skrevet under visse forutsetninger. Det forutsettes at det har blitt fattet vedtak om omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-12, og at barnet har blitt plassert i fosterhjem. Når vilkårene for omsorgsovertakelsen ikke lenger foreligger, blir spørsmålet om barnet skal tilbakeføres til de biologiske foreldrene etter bvl. § 4-21 første ledd.

Det er to vilkår som må være oppfylt for at et barn skal kunne tilbakeføres. Det må først og fremst være overveiende sannsynlig at de biologiske foreldrene kan gi barnet forsvarlig omsorg jf. § 4-21 første ledd, første punktum. Dersom dette vilkåret er oppfylt, er utgangspunktet at barnet tilbakeføres, med mindre barnet har fått en slik tilknytning til mennesker og miljø der det er, at det kan føre til alvorlige problemer for barnet om det blir flyttet jf. § 4-21 første ledd, andre punktum. Det er dette tilknytningsalternativet som er hovedtema for oppgaven. Det første vilkåret om forsvarlig omsorg forutsettes derfor å være oppfylt. For helhetens skyld vil jeg likevel i korte trekk gjøre rede for innholdet i vilkåret i kapittel 3, da foreldrenes omsorgsevne også er relevant for vurderingen av tilknytningsalternativet.

Oppgavens problemstillinger tar først og fremst utgangspunkt i de tilfellene hvor det har foreligget emosjonell omsorgssvikt³. Emosjonell omsorgssvikt er tilfeller hvor foreldrene befinner seg i en livssituasjon hvor de ikke evner å gi barnet tilstrekkelig omsorg og trygghet, men hvor situasjonen nødvendigvis ikke behøver å være varig. Det kan være problemer med rusavhengighet eller psykiske utfordringer, foreldrene er eksempelvis unge og mangler modenhet, eller det kan være andre forhold som medfører omsorgssvikt. En analyse av høyesterettsavgjørelser i tilknytning til § 4-21 første ledd viser at omsorgsovertakelsene som oftest er begrunnet med emosjonell omsorgssvikt⁴. I slike tilfeller kan det være nødvendig å ta barnet ut av hjemmet for å sørge for at barnet får den nødvendige omsorg. Situasjonen til foreldrene vil imidlertid kunne endre seg over tid, som aktualiserer vurderingen av tilbakeføring.

³ Oppgaven avgrenses mot å behandle spørsmålet om tilbakeføring i tilfeller hvor en omsorgsovertakelse er vedtatt på bakgrunn av mishandling og seksuelle overgrep etter bvl. § 4-12 første ledd bokstav c. I slike tilfeller vil ikke tilbakeføring være aktuelt.

⁴ Jf. blant annet Rt. 1984 s. 289, Rt. 1986 s. 946, Rt. 1986 s. 1189, Rt. 1987 s. 805, Rt. 1991 s. 1090 og Rt. 1991 s. 668

Rettskilder og metode

Oppgaven tar utgangspunkt i barnevernloven av 1992 som erstatter den tidligere loven fra 1953. Den nye loven av 1992 innebærer ingen realitetsendringer i relasjon til § 4-21. Loven har ikke endret rettstilstanden vedrørende opphevelse av omsorgsovertakelse⁵, bortsett fra at beviskravet for at foreldrene har gjenvunnet forsvarlig omsorgsevne ble skjerpet i 2009⁶. Tidligere rettspraksis og uttalelser i forarbeider i tilknytning til loven av 1953 er derfor fortsatt av betydning for vurderingen i § 4-21. Til orientering henvises det til bestemmelser i barnevernloven om ikke annet fremkommer av teksten.

Barnevernretten er et rettsområde som berører de internasjonale menneskerettighetene i stor grad, og internasjonale kilder er derfor en stor del av rettskildematerialet i oppgaven. Dette gjelder først og fremst Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK), FNs barnekonvensjon (BK) og FNs barnekomité sine generelle kommentarer. I denne sammenheng er det først og fremst kommentar no. 14 om barnets beste som er av interesse. Konvensjonene er inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven (mrl.) § 2, og bestemmelsene i konvensjonene skal ved motstrid gå foran norsk lovgivning jf. § 3.

Norske domstoler og forvaltningsorganer, herunder barneverntjenesten og fylkesnemndene, er bundet av de ovennevnte konvensjonene. Menneskerettighetene setter således rammer for myndighetsutøvelsen. Uttalelser og avgjørelser fra Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) har i denne sammenheng fått en økende betydning for norske myndigheter. Høsten 2019 og våren 2020 behandlet EMD flere norske barnevernsaker som er relevant for vurderingen av tilbakeføring etter norsk rett, og avgjørelsene er følgelig viet stor oppmerksomhet i denne oppgaven.

⁵ Jf. Rt. 1992 s. 1303 på s. 1306 jf. Ot.prp.nr. 44 (1991-1992) s. 54-55

⁶ Jf. Lov 19. juni 2009 nr. 45

1.2 Bakgrunn for valg av tema

Barnevernets manglende inngripen i familieforhold har ved flere anledninger dominert medieoppslagene de siste 20-30 årene. To saker som har fått stor oppmerksomhet er saken om Christoffer og Alvdal-saken. Christoffer mistet livet forårsaket av en voldelig stefar, og ble drept 02.02.2005 etter flere år med fysisk og psykisk vold⁷. Han ble bare åtte år gammel. Saken medførte store reaksjoner rundt om i landet. I Alvdal-saken, som er en av Norgeshistoriens største og verste overgrepssaker, ble fem personer dømt for seksuelle overgrep mot flere barn⁸. Felles for begge disse sakene var at bekymringsmeldingene som barnevernet mottok ikke ble tatt på alvor, og barneverntjenesten sammen med en rekke andre hjelpetjenester ble i ettertid sterkt kritisert for ikke å ha grepet inn.

I nyere tid, og særlig de siste årene, har det blitt viet større oppmerksomhet i mediene om at barnevernet har grepet inn for mye i familieforhold. Høsten 2019 og våren 2020 ble Norge felt i EMD for krenkelse av EMK artikkel 8 i seks barnevernsaker, hvorav én av dem ble behandlet i storkammer. De nye domfellelsene fra EMD er av stor relevans for tilbakeføringsspørsmålet etter bvl. § 4-21 første ledd, andre punktum. EMD's vurderinger av fastsettelsen av samvær viser særlig at norsk praksis på dette området strider mot konvensjonen. Problemstillingen er således høyst aktuell.

Som en reaksjon på domfellelsene i EMD, besluttet Høyesterett å behandle tre barnevernsaker i storkammer våren 2020. Hvilken betydning de nye dommene fra EMD og Høyesterett bør få i relasjon til tilknytningsalternativet drøftes nærmere i punkt 4.

En undersøkelse av barnevernets bruk av omsorgstiltak gjennom årene viser at antall omsorgsovertakelser øker, og tallene viser at det har vært en betydelig økning i perioden 2005-2018⁹. Ved utgangen av 2019, var det 14 694 barn og unge mellom 0-22 år som var plassert utenfor hjemmet av barneverntjenesten, og 73% av disse var plassert i fosterhjem¹⁰. Når barn er blitt plassert utenfor hjemmet, oppstår ofte spørsmålet om hvorvidt barnet skal tilbakeføres til foreldrene. Statistikken viser at dette angår mange barn og unge i Norge i dag, som aktualiserer problemstillingen om tilbakeføring.

⁷ Jf. Tønsberg tingretts dom i TTONS-2008-83302

⁸ Jf. Nord-Østerdal tingretts dom i TNOST-2010-153052-2

⁹ Tabell 04443: Barn med tiltak per 31.12., etter region, omsorgs-/hjelpetiltak, statistikkvariabel og år

¹⁰ https://bufdir.no/Statistikk_og_analyse/Barnevern/Oppsummert_status_i_tall_for_barnevernet/ 08.06.20

Avgjørelser om hvorvidt et barn skal tilbakeføres beror på vanskelige avveininger og vurderinger, som gjerne er fremtidsrettet. Slik førstvoterende uttaler det i Rt. 1984 s. 289; «Uansett hvilken løsning som velges, vil det være fare for feilvurderinger med uheldige konsekvenser. Men det må treffes et valg» (s. 298). Det er derfor ekstra viktig at disse avgjørelsene er velbegrunnet og fattet av kompetente personer. De omtalte dommene fra EMD viser imidlertid at det er mangler både ved saksbehandlingen og den rettslige behandlingen av disse sakene.

I lys av det ovennevnte er det grunn til å undersøke om barnevernet er for raske til å innføre omsorgstiltak, og hvorvidt utgangspunktet om midlertidighet og tilbakeføring følges opp tilstrekkelig i praksis. At barneverntjenesten har grepet inn for sent var lenge et hovedtema, men på bakgrunn av de nye dommene fra EMD er det behov for å endre fokus.

1.3 Fremstillingen videre

Før jeg går inn på oppgavens hovedtema i kapittel 4, presenteres grunnleggende prinsipper i barnevernretten og deres betydning for saker om tilbakeføring i kapittel 2. Det gjøres rede for vilkårene for tilbakeføring i kapittel 3, med hovedfokus på tilknytningsalternativet. Det er viet størst plass til utfordringer ved tilknytningsalternativet, som presenteres og drøftes i kapittel 4. I dette kapittelet tas det utgangspunkt i de siste dommene fra EMD, og den norske debatten vedrørende den rettslige behandlingen av barnevernsaker.

I kapittel 4 punkt 4.2 drøftes det hvorvidt Norge er for raske til å vedta langvarige omsorgsovertakelser, og hvilke utfordringer dette får for tilbakeføring. Videre drøftes samværproblematikken i punkt 4.3, hvor hovedfokus er hvordan lite samvær kan forhindre tilbakeføring. Deretter ser jeg på den rettslige behandlingen av barnevernsaker i punkt 4.4, med særlig fokus på utfordringer ved dagens system. Punkt 4.5 omhandler hvilken betydning saksbehandlingstiden har i relasjon til tilknytningsalternativet, med hovedfokus på tilfeller hvor det er mistanke om straffbart forhold. I kapittel 5 vil jeg komme med avsluttende bemerkninger, og kapittel 6 inneholder kilde- og litteraturliste.

2 Grunnleggende prinsipper i barnevernretten og deres betydning i avgjørelser om tilbakeføring

2.1 Grunnleggende prinsipper i barnevernretten generelt

I Prop. 106 L (2012-2013)¹¹ fastslås at norsk barnevern har arbeidet med utgangspunkt i tre grunnleggende prinsipper; hensynet til barnets beste, det biologiske prinsipp og det mildeste inngreps prinsipp. Praksis i tilknytning til § 4-21 viser at det først og fremst er vurderingen av barnets beste og det biologiske prinsipp som har størst betydning ved spørsmål om tilbakeføring, og som reiser de vanskeligste vurderingene og avveiningene.

I tillegg er legalitetsprinsippet i Grunnloven § 113 et sentralt prinsipp i barnevernretten. Prinsippet innebærer at alle inngrep myndighetene gjør overfor borgerne, krever en klar hjemmel i lov. Regelen var lenge konstitusjonell sedvane, og ble inntatt i Grunnloven ved reformen i 2014. Ved spørsmål om tilbakeføring, innebærer prinsippet at barnet skal tilbakeføres etter § 4-21 første ledd dersom vilkårene for å opprettholde en omsorgsovertakelse ikke lenger er til stede. Legalitetsprinsippet får også betydning for fylkesnemndenes og domstolenes tolkning og anvendelse av § 4-21, og barnevernloven setter således en ytre ramme for avgjørelsene som fattes¹².

De grunnleggende prinsippene har også forankring internasjonalt. EMK artikkel 8 beskytter retten til familieliv, og BK artikkel 3 nr. 1 fastslår at hensynet til barnets beste skal være et grunnleggende hensyn ved alle avgjørelser som omhandler barn.

2.2 Det mildeste inngreps prinsipp

Det mildeste inngreps prinsipp har først og fremst betydning når barnevernet skal vurdere hvilke tiltak som skal iverksettes i hvert enkelt tilfelle. Kjernen i prinsippet er at barneverntjenesten ikke skal iverksette mer inngripende tiltak enn det som er nødvendig. Mildere tiltak skal forsøkes, eller i minste fall være vurdert før mer inngripende tiltak besluttet¹³. Et slikt utgangspunkt følger også av EMK artikkel 8 nr. 2, hvor det kreves at alle

¹¹ Endringer i Barnevernloven s. 81

¹² Sandberg (2003) s. 37

¹³ NOU 2016:16 s. 65

inngrep må være «nødvendig». Det må altså foretas en forholdsmessighetsvurdering, hvor tiltaket ikke må gå lenger enn det som er nødvendig for å oppnå det fastsatte formål.

Et uttrykk for det mildeste inngreps prinsipp i barnevernretten følger av § 4-12 annet ledd. Det skal kun fattes vedtak om omsorgsovertakelse «når det er nødvendig», og ingen av hjelpetiltakene i § 4-4, § 4-10 eller § 4-11 er tilfredsstillende. Omsorgsovertakelse skal i lys av dette være siste utvei. Oppgaven forutsetter som nevnt at det allerede foreligger en omsorgsovertakelse, og prinsippets betydning i relasjon til § 4-12 vil derfor ikke behandles nærmere.

2.2.1 Prinsippets betydning for avgjørelser om tilbakeføring

Det mildeste inngreps prinsipp har også vist seg å være aktuell etter at det har blitt fattet en omsorgsovertakelse, og er av relevans også ved avgjørelser om tilbakeføring etter § 4-21.

Ved tilbakeføringssaker medfører prinsippet at en omsorgsovertakelse skal oppheves etter § 4-21 dersom aktuelle hjelpetiltak vil være tilstrekkelig. Dommen inntatt i Rt. 1996 s. 1203 er et eksempel på dette, og illustrerer hvilken betydning prinsippet har for vilkåret om «forsvarlig omsorg» etter § 4-21 første ledd, første punktum. Ved vurderingen av foreldrenes omsorgsevne, og særlig farens evne til å imøtekomme sønnens omsorgsbehov, uttaler Høyesterett at; «de svakheter far har som omsorgsperson, må etter min oppfatning kunne rettes opp ved hjelpetiltak etter barnevernloven § 4-4» (s. 1214).

Det mildeste inngreps prinsipp har også betydning for tilknytningsalternativet etter § 4-21 første ledd, andre punktum. I slike tilfeller er vilkåret om forsvarlig omsorg oppfylt, men barnet har fått en sterk tilknytning til fosterforeldrene. Sandberg (2003) har tidligere behandlet tilbakeføringsspørsmålet i relasjon til det mildeste inngreps prinsipp.

Sandberg skriver at i tilfeller hvor et barn har blitt flyttet fra de biologiske foreldrene og bodd i et fosterhjem over lengre tid, kan det hende at det mildeste inngrepet sett med barnets øyne, vil være å fortsette å bo i fosterhjemmet. Sandberg sier videre at «den vanlige

forvaltningsrettslige tenkningen ser inngrep fra det offentlige først og fremst med foreldrenes øyne»¹⁴. Hun mener det kanskje kan være nødvendig å tenke annerledes ut fra barnets ståsted.

2.3 Hensynet til barnets beste

Det følger av bvl. § 4-1 at det skal legges avgjørende vekt på hensynet til barnets beste ved anvendelse av bestemmelsene i lovens kapittel 4, herunder ved avgjørelser om tilbakeføring etter § 4-21 første ledd. Prinsippet innebærer at alle vedtak og avgjørelser som berører barn, skal bestemmes ut fra hva som vil være best for barnet. Hensynet til barnets beste er også fremhevet internasjonalt, først og fremst i BK artikkel 3 nr. 1. Bestemmelsen sier at barnets beste skal være «a primary consideration», altså et grunnleggende hensyn. Prinsippet følger også av Grunnloven § 104 andre ledd og barneloven § 48. Barnets beste omtales også som et prinsipp¹⁵, og har både materiell og prosessuell betydning i barnevernsaker.

I mai 2013 kom FNs barnekomité med en generell kommentar til barnekonvensjonen artikkel 3¹⁶. Kommentaren avklarer det nærmere innholdet i prinsippet, og hvilke funksjoner prinsippet har i praksis. Høyesterett har anerkjent kommentaren som rettskilde, jf. Rt. 2015 s. 93 (avsnitt 64-65), og det ble uttalt i HR-2020-661-S at det i høyesterettspraksis har blitt lagt «stor vekt» på kommentarene (avsnitt 80). Barnekomiteens kommentarer er derfor en sentral kilde for hvordan hensynet til barnets beste skal anvendes i norsk rett. Barnevernslovutvalget har fulgt opp komiteens kommentar, og deler begrepet om barnets beste inn i en materiell vurderingsform og som et krav til beslutningsprosessen¹⁷.

2.3.1 Barnets beste som en materiell vurderingsnorm

Barnets beste som en materiell vurderingsnorm innebærer to elementer; For det første er det er en optimaliseringsnorm hvor det skal foretas en konkret vurdering av mulige konsekvenser for barnet, både positive og negative. For det andre er det en avveiningsnorm, som sier noe om hvordan hensynet til barnets beste skal avveies mot andre hensyn som gjør seg gjeldende¹⁸.

¹⁴ Sandberg (2003) s. 428

¹⁵ Se barnevernslovutvalgets beskrivelse av barnets beste i NOU 2016:16 s. 53 flg.

¹⁶ GC-2013-14-CRC

¹⁷ NOU 2016:16 s. 54 flg.

¹⁸ Ibid s. 54 flg.

Optimaliseringsnorm

Ved saker om tilbakeføring etter § 4-21 er det de positive og negative konsekvenser ved en eventuell flytting tilbake til de biologiske foreldrene som skal vurderes, og konsekvensene av at barnet forblir i fosterhjemmet. Denne vurderingen kommer til uttrykk i § 4-21 første ledd, andre punktum, hvor det skal vurderes om en flytting vil føre til «alvorlige problemer» for barnet. Paragraf 4-21 har således en «egen» formulering av hensynet til barnets beste som materiell vurderingsnorm i tilbakeføringssaker.

Hva som vil være til barnets beste i hver enkelt sak, må alltid vurderes konkret. Ved vurderingen av barnets beste i tilbakeføringssaker må det skje en forening av psykososial kunnskap og juridiske vurderinger¹⁹ og barnets beste må vurderes i et fremtidsperspektiv, basert på fortid og nåtid.

Det er flere momenter som gir føringer for vurderingen. Det følger av forarbeidene²⁰ at det blant annet må ses hen til ny forskning, systematisert erfaringskunnskap og kulturelle normer. Videre er det barnets behov som skal være utgangspunktet, og ikke barnets symptomer eller atferd²¹. Et moment som er særlig viktig å ta hensyn til i saker om tilbakeføring er barnets behov for stabil og god voksenkontakt²². Andre momenter i vurderingen av barnets beste gjøres rede for av FNs barnekomité i kommentar 14 til artikkel 3 nr. 1. Der fremheves blant annet barnets egen mening, barnets identitet, barnets religiøse og kulturelle tilknytning, behovet for omsorg og beskyttelse, barnets sårbarhet og barnets øvrige helse og utvikling²³.

Etter barnekomiteens kommentar no. 14, innebærer prinsippets materielle side også at det skal fungere som en garanti om at hensynet til barnets beste er overordnet i alle avgjørelser som omhandler barn (punkt A nr. 6 a). Artikkel 3 nr. 1 pålegger statene å sørge for at denne rettigheten blir etterlevet, og rettigheten er direkte anvendelig, som innebærer at barn kan påberope seg rettigheten overfor en domstol. Dette ble fulgt opp i Norge i 2018 ved at barnevernloven ble gjort til en rettighetslov jf. bvl. § 1-5²⁴.

¹⁹ Sandberg (2003) s. 143–147

²⁰ Prop. 106 L (2012-2013) s. 82

²¹ Jf. Ot.prp.nr.44 (1991-1992) s. 28

²² Ibid s. 28

²³ Barnevernlovutvalget foreslår i NOU 2016:16 på s. 54 å lovfeste momentene i barnevernloven

²⁴ Bestemmelsen ble tilføyd ved lov 20. april 2018 nr. 5 basert på forslag i NOU 2016:16 kap. 6

Avveiningsnorm

Som nevnt ovenfor under punkt 2.1 er det flere prinsipper som gjør seg gjeldende i saker om tilbakeføring. Etter ordlyden i § 4-1 skal det imidlertid legges «avgjørende» vekt på barnets beste. Dette innebærer at hensynet må veies opp mot andre hensyn som gjør seg gjeldende, og dersom det er motstrid, vil barnets beste gå foran.²⁵

2.3.2 Barnets beste som en saksbehandlingsregel – en prosessuell garanti

Barnekomiteen påpeker at artikkel 3 nr. 1 innebærer en plikt om at det skal fremgå av alle rettslige og administrative avgjørelser som omhandler barn, at barnets beste har vært en «primary consideration» (punkt III, 14 b). Etter en lovendring i 2018²⁶ ble det tatt inn i bvl. § 7-19 tredje ledd at det skal fremgå av fylkesnemndas vedtak hva som er barnets synspunkt, og hvilken vekt barnets mening er tillagt. Det skal også fremgå hvordan barnets beste har blitt vurdert.

2.4 Det biologiske prinsipp

Det biologiske prinsipp er i motsetning til hensynet til barnets beste ikke uttalt i samme grad i lovgivningen, men er først og fremst fremhevet i forarbeidene og i rettspraksis. Prinsippet innebærer i korte trekk at det i de aller fleste tilfeller anses å være til barnets beste å vokse opp med sine biologiske foreldre, eller i det minste ha et forhold til dem. Det er sterke bånd mellom barn og foreldre, og det er kun i helt spesielle tilfeller at dette båndet kan og skal brytes.

Det følger av Rt. 1982 s. 764 at «det rettslige utgangspunktet for loven om barnevern av 17. juli 1953 er at barn skal vokse opp hos sine biologiske foreldre» (s. 770). Det biologiske prinsipp ble imidlertid ikke omtalt før i Rt. 1991 s. 668, hvor prinsippet ble omtalt for første gang i Høyesterett²⁷. Førstvoterende sier her at det biologiske prinsipp er et grunnsyn i barnevernloven, og at barnet i utgangspunktet skal tilbakeføres dersom de forhold som

²⁵ Etter barnekomiteens kommentar no. 14 innebærer ordlyden i «shall be a primary consideration» at barnets beste ikke skal vurderes på samme nivå som andre hensyn som gjør seg gjeldende, og skal, ved motstrid, gis høyest prioritet (punkt 4)

²⁶ Lov 20. april 2018 nr. 5

²⁷ Lindboe (2012) s. 23

begrunnet omsorgsovertakelsen ikke lenger er til stede. Det er kun «tungtveiende hensyn» som kan begrunne et unntak fra dette utgangspunktet (s. 675).

Det biologiske prinsipp har bred forankring internasjonalt, både i EMK artikkel 8, BK artikkel 7, 8, 9 og 16, samt i EMD sin praksis. Senest i *Strand Lobben med flere mot Norge*²⁸, uttaler domstolen at EMK artikkel 8 innebærer en rett til familieliv og samvær for både barnet og foreldrene (avsnitt 202). Videre sier domstolen at i tilfeller hvor et barn er blitt flyttet fra sine biologiske foreldre, har statene en positiv plikt til å arbeide for en gjenforening (avsnitt 205).

2.4.1 Prinsippets funksjoner i barnevernretten

På lik linje med hensynet til barnets beste, har også det biologiske prinsipp rettslige funksjoner. Prinsippet får betydning som en begrunnelse for reglene i barnevernloven, ved tolkningen og ved skjønnsutøvelsen²⁹. I praksis er det særlig prinsippets betydning før og etter det fattes vedtak om omsorgsovertakelse som er relevant.

Prinsippets betydning før det treffes omsorgsovertakelse gjør seg gjeldende ved at det skal forsøkes tiltak i hjemmet før det fattes vedtak om omsorgsovertakelse. Det er foreldrene som har det primære omsorgsansvaret, og dersom det foreligger svikt ved omsorgsevnen, skal det forsøkes å holde familien samlet ved å innføre hjelpetiltak³⁰.

Prinsippets betydning etter at det er fattet vedtak om omsorgsovertakelse følger først og fremst av reglene om fastsettelse av samvær etter § 4-19. I forarbeidene til barnevernloven³¹ legges det til grunn at det som et utgangspunkt skal være samvær mellom barn og foreldre etter at et barn er flyttet ut av hjemmet. Dette begrunnes med at nyere forskning viser at det er svært viktig for barn i fosterhjem å opprettholde kontakten med sine biologiske foreldre. Dette fordi det både er sterke følelsesmessige bånd mellom barn og foreldre, men det begrunnes også med at dette vil gi barnet en større følelse av kontinuitet i livet sitt. Kontinuerlige samvær mellom barn og foreldre er en sentral forutsetning for tilbakeføring etter § 4-21. Det

²⁸ *Strand Lobben med flere mot Norge* [GC] no. 37283/13

²⁹ Sandberg (2003) s. 69

³⁰ NOU 1985:18 Lov om sosiale tjenester mv. s. 157

³¹ Ot.prp.nr. 44 (1991-1992) Om lov om barneverntjenesten s. 51

er en egenverdi at barn får vokse opp hos sine foreldre³², og prinsippet er av stor betydning ved avgjørelser om tilbakeføring.

Ved omsorgsovertakelse av barn fra etniske minoriteter, stiller det biologiske prinsipp seg i en særstilling. I slike tilfeller skal det spesielt tas hensyn til barnets religion og kultur. Sosiallovutvalget drøfter prinsippets særlige viktighet for innvandrerbarn i NOU 1985:18. Utgangspunktet er at det skal forsøkes å plassere innvandrerbarn i fosterfamilier fra samme minoritetsgruppe (s.163). Det følger av forskrift om fosterhjem § 4 første ledd at barneverntjenesten ved valg av fosterhjem, skal ta «tilbørlig hensyn til barnets etniske, religiøse, kulturelle og språklige bakgrunn».

2.5 Er hensynet til barnets beste og det biologiske prinsipp motsetninger i tilbakeføringssaker?

Hensynet til barnets beste og det biologiske prinsipp kommer ofte på spissen i tilbakeføringssaker. Foreldrene har på den ene siden et tydelig ønske om å få omsorgen for barnet tilbakeført, mens det ofte kan være usikkert om tilbakeføring er til barnets beste. Det blir imidlertid ikke riktig å se prinsippene som motsetninger. Barnets og foreldrenes interesser er i de fleste tilfeller sammenfallende, og vurderingen av hva som vil være til barnets beste må ta utgangspunkt i at det vil være best for barnet å bo med sine foreldre³³.

Ofstad og Skar (2015) skriver at det i en barnevernssak ofte vil være motstrid mellom barnets og foreldrenes behov³⁴. Dette begrunnes med at barnet kan ha behov for nye omsorgspersoner, mens det på foreldrenes side er svært belastende om barnet flyttes fra hjemmet. Paragraf 4-1 innebærer da at foreldrenes behov vil være underordnet hensynet til barnet, fordi det skal legges «avgjørende» vekt på barnets beste. Det er nok slik at dette stemmer i mange tilfeller. Barnet kan ha et ønske om å bo hos sine biologiske foreldre, men det er ikke sikkert at dette er til det beste for barnets helse og utvikling. Det må imidlertid understrekes at barnets beste også i mange tilfeller vil være å bo eller ha kontakt med sin familie. Det biologiske prinsipp gjelder også for barnet, og er ikke bare en rettighet for foreldrene. Barn har som nevnt også en grunnleggende rett på familieliv.

³² Jf. Rt. 1997 s. 170 på s. 175

³³ Jf. HR-2020-662-S avsnitt 111

³⁴ Ofstad og Skar (2015) s. 66

I konkrete saker, kan det være slik at det beste for barnet ikke er å bo og vokse opp sammen med sine foreldre. I slike tilfeller vil hensynet til barnets beste og det biologiske prinsipp være to motstridende hensyn som må avveies mot hverandre. I saker om vold og seksuelle overgrep vil det være helt klart at hensynet til barnets beste vil være avgjørende, og det biologiske prinsipp vil ikke få noen betydning. I saker om emosjonell omsorgssvikt, som er bakgrunnen for svært mange omsorgsovertakelser i Norge³⁵, vil det imidlertid ofte oppstå krevende avveininger når det gjelder en eventuell tilbakeføring. I slike saker er det ikke alltid helt klart hva som vil være til barnets beste.

2.5.1 Den Europeiske Menneskerettsdomstolens vektlegging av prinsippene

Hensynet til barnets beste følger ikke direkte av EMK, men EMD har i flere avgjørelser vektlagt hensynet til barnets beste i forholdsmessighetsvurderingen i EMK artikkel 8 (2)³⁶. Hvordan prinsippene skal vektlegges følger imidlertid av EMD sin praksis. I *Strand Lobben med flere mot Norge* gikk domstolen særlig inn på vektleggingen av hensynet til barnets beste og de biologiske foreldrenes interesser. Avsnitt 206 i dommen er av særlig interesse:

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

Hensynet til barnets beste og foreldrenes interesser er i utgangspunktet ikke motsetninger, og det skal, som uthevet her, foretas en rimelig balansering av interessene. Det vil være en krenkelse av konvensjonen i for stor grad å ensidig rette fokuset på hensynet til barnets beste, og la foreldrenes interesser komme i bakgrunnen. Den viktigste slutningen fra dommen er at det skal foretas en rimelig avveining mellom hensynene, og det er kun i de tilfellene det ikke er mulig å forene interessene, at hensynet til barnets beste skal gå foran som et overordnet hensyn.

³⁵ Jf. note 4

³⁶ Dette ble blant annet gjort i *Strand Lobben med flere mot Norge*

3 Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse

3.1 Innledning – utgangspunktet om midlertidighet

Hovedregelen i norsk rett er at omsorgsovertakelser etter § 4-12 er midlertidige tiltak, og barneverntjenesten har en plikt til å aktivt arbeide for tilbakeføring etter § 4-21 der det er mulig, og der det vil være til barnets beste³⁷.

Dette utgangspunktet har også blitt fremhevet gjentatte ganger i EMDs praksis, og prinsippet om midlertidighet ble formulert slik i *Strand Lobben med flere mot Norge*; «*Another guiding principle is that a care order should be regarded as a **temporary measure**, to be discontinued as soon as circumstances permit, and that any measures implementing care should be consistent with **the ultimate aim of reuniting the natural parents and the child** [...]*» (avsnitt 208, uthevet her). Det rettslige utgangspunktet er altså at omsorgsovertakelser er midlertidige tiltak med et overordnet mål om gjenforening.

Barneverntjenestens plikt til å arbeide for tilbakeføring er også lovfestet i bvl. § 4-16. Det følger av § 4-16 at barneverntjenesten har en plikt til å følge opp både barnet og foreldrene etter en omsorgsovertakelse. Plikten gjør seg særlig gjeldende i forhold til tilbakeføring, da barneverntjenesten plikter å «legge til rette for at foreldrene kan få tilbake omsorgen for barnet jf. § 4-21», dersom ikke hensynet til barnet taler mot dette jf. bestemmelsens fjerde punktum. Etter lovens forarbeider³⁸ er det barneverntjenestens ansvar å kontinuerlig vurdere hva som er nødvendig og forsvarlig oppfølging av det enkelte barn. Det må foretas løpende vurderinger av om vilkårene for omsorgsovertakelse etter § 4-12 fortsatt er til stede. Er de ikke det, skal barnet som hovedregel tilbakeføres etter § 4-21.

3.2 Vilkår for tilbakeføring etter barnevernloven § 4-21 første ledd

3.2.1 Innledning

Når det reises sak om opphevelse av omsorgsovertakelse, er det rettslige utgangspunktet at vurderingen først må skje etter § 4-12. Tilbakeføring etter § 4-21 kan bare vurderes dersom

³⁷ Prop.169 L (2016-2017) s. 144

³⁸ Prop.106 L (2012-2013) s. 177

vilkårene for omsorgsovertakelsen etter § 4-12 ikke lenger er oppfylt, eller dette anses som tvilsomt³⁹.

Paragraf 4-21 oppstiller to vilkår for tilbakeføring. For det første skal fylkesnemnda oppheve en omsorgsovertakelse etter § 4-21 første ledd, første punktum dersom det er overveiende sannsynlig at foreldrene kan gi barnet forsvarlig omsorg. Dette gjelder imidlertid ikke dersom barnet har fått en slik tilknytning til fosterfamilien at det vil kunne føre til «alvorlige problemer» for barnet om det blir flyttet jf. andre punktum. Det første vilkåret knytter seg kun til foreldrene og deres omsorgsevne. Det andre vilkåret omhandler i hovedsak hensynet til barnets beste, hvor foreldrenes evne til å møte barnets behov er relevant.

3.2.2 Grunnvilkåret om forsvarlig omsorg

En klar forutsetning for at tilbakeføring skal være aktuelt etter § 4-21 er at det er overveiende sannsynlig at foreldrene evner å gi barnet forsvarlig omsorg. Dette innebærer at foreldrene evner å gi barnet tilstrekkelig trygget og omsorg, og sørge for at barnet får en god utvikling. Beviskravet ble skjerpet ved lov 19. juni 2009 nr. 45 til «overveiende sannsynlig», og endringen medfører at det kreves en høy grad av sannsynlighet⁴⁰. Det vil i denne sammenheng kun gjøres rede for innholdet i vilkåret i den grad det er av betydning for tilknytningsalternativet, da dette er oppgavens hovedtema.

Det ligger i kravet til «forsvarlig omsorg» at foreldrene må være egnet til å imøtese de behovene barnet måtte ha som en konsekvens av tilbakeføringen. Det må i vurderingen legges vekt på de tilbakeføringsproblemer som kan oppstå for barnet⁴¹. Når det skal vurderes hvorvidt foreldrene har tilstrekkelig omsorgsevne, er det derfor nødvendig å vurdere hvilke problemer en tilbakeføring kan medføre for barnet. Det er først da man kan vurdere om foreldrene har de rette forutsetningene for å møte disse. Hva som vil være “forsvarlig omsorg” vil derfor variere, og barnets behov må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle.

³⁹ Jf. HR-2020-662-S avsnitt 44

⁴⁰ Jf. Ot.prp.nr.69 (2008-2009) kap. 3 s. 25–26

⁴¹ Jf. Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) på s. 113

Høyesterettspraksis viser at foreldrenes personlige egenskaper og forutsetninger må måles opp mot barnets konkrete behov⁴². Dersom barnet er sårbart, eller har andre særlige behov, stilles det større krav til foreldrenes omsorgsevne. I HR-2020-662-S vurderer Høyesterett foreldrenes omsorgsevne sett opp imot barnets sårbarhet, og konkluderer med at foreldrene ikke i tilstrekkelig grad kunne imøtekomme barnets behov (avsnitt 109). Dersom mangler ved foreldrenes omsorgsevne kan avhjelpes ved hjelpetiltak, vil vilkåret om forsvarlig omsorg være oppfylt. Det avgjørende er, slik annenvoterende uttaler det i Rt. 1996 s. 1203, den omsorgssituasjonen foreldrene kan skape i fellesskap, eventuelt med bistand fra hjelpeapparatet (s. 1217).

Ved spørsmål om tilbakeføring i tilfeller hvor barnet har vært i en fosterfamilie over lengre tid, vil kravet om forsvarlig omsorg være et nødvendig, men ikke tilstrekkelig vilkår. I slike tilfeller må det i tillegg, etter en samlet vurdering, kunne bevises at en tilbakeføring ikke vil kunne medføre alvorlige problemer for barnet.

3.2.3 Tilknytningsalternativet og vilkåret om «alvorlige problemer»

Etter bvl. § 4-21 første ledd, andre punktum, skal en avgjørelse om omsorgsovertakelse ikke oppheves dersom barnet har fått slik tilknytning til mennesker og miljø der det er, at det etter en samlet vurdering kan føre til alvorlige problemer for barnet om det blir flyttet. Ordlyden i «avgjørelsen skal likevel ikke oppheves», innebærer en plikt for organet til å opprettholde vedtaket om omsorgsovertakelse dersom tilbakeføring kan medføre alvorlige problemer for barnet⁴³.

Det følger av forarbeidene⁴⁴ at utgangspunktet for vurderingen er hensynet til barnets beste, og at det må vurderes «hvilken virkning en tilbakeflytting vil kunne få for barnet». Det må altså foretas to vurderinger ved spørsmål om tilbakeføring: en vurdering av konsekvensene av at barnet blir hos sin fosterfamilie, og hvilke konsekvenser som vil oppstå i forbindelse med at barnet flytter. Her får barnets beste som optimaliseringsnorm særlig betydning.

⁴² I Rt. 1987 s. 805 vurderer Høyesterett at moren ikke evnet å møte barnets omsorgsbehov grunnet forhold ved henne som person (s. 813)

⁴³ Sandberg (2003) s. 211 jf. Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 55

⁴⁴ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 54

Den tidligere barnevernloven av 1953 inneholdt ikke et slikt unntak, men tilknytningsalternativet var innfortolket i rettspraksis. Førstvoterendes uttalelser i Rt. 1986 s. 1189 illustrerer forankringen av tilknytningsalternativet i norsk rett før det ble lovfestet:

«[...] Det må kunne tas hensyn til omstendigheter som melder seg etter at flyttingen av barnet har funnet sted, blant annet hvilken virkning det vil ha for barnet om det blir flyttet tilbake til foreldrene» (s. 1193).

Høyesterett har i tilknytning til loven av 1953 utviklet momenter som er sentrale for vurderingen, og som har dannet utgangspunktet for innholdet i § 4-21 første ledd, andre punktum⁴⁵. Sandberg (2003) deler opp vilkåret i to, og behandler kravet til «alvorlig» og hva som ligger i begrepet «problemer» hver for seg⁴⁶. Jeg velger å følge samme fremgangsmåte da oppdelingen bidrar til en mer oversiktlig fremstilling.

Hva ligger i begrepet «alvorlig»?

At problemene må være «alvorlige», tilsier at det er en høy terskel for å opprettholde en omsorgsovertakelse når grunnvilkåret om forsvarlig omsorg er oppfylt. Det er kun i særlige tilfeller at barnet ikke skal tilbakeføres. Lovens utgangspunkt er som nevnt at barn skal vokse opp hos sine biologiske foreldre, og omsorgsovertakelser skal, i størst mulig grad, være midlertidige tiltak.

Praksis fra Høyesterett underbygger en tolkning om at terskelen er høy. Etter Rt. 1984 s. 289 skal barnet tilbakeføres med mindre det foreligger tungtveiende hensyn som taler for å fravike lovens utgangspunkt (s. 298). Videre følger det av Rt. 1987 s. 805 at «tilbakeføring av omsorgen må nektes dersom den vil medføre reell fare for skadevirkninger av betydning, sett på lengre sikt» (s. 811). Det må altså være en sterk sannsynlighet for at barnet vil kunne ta skade av en eventuell flytting, og sett hen til ordlyden i annet punktum, må de potensielle skadene være av et visst omfang eller alvorlighetsgrad.

I Rt. 1997 s. 170 uttales det at problemer barnet måtte få i en overgangsperiode ikke er avgjørende, og vurderingen må skje ut fra barnets forventede utvikling i et lengre

⁴⁵ Sandberg (2003) s. 210

⁴⁶ Ibid s. 213–217

tidsperspektiv (s. 175). Det er også fremhevet i proposisjonen⁴⁷ at det i uttrykket «alvorlige problemer», ligger en garanti for at det foretas både en kortsiktig og langsiktig vurdering av skadevirkningene som kan oppstå. Videre fremheves det i dommen at det også må tas stilling til hvilke skadevirkninger barnet vil få av å ikke bo hos sin biologiske familie (s. 175).

Hva ligger i begrepet «problemer»?

Problemer barn kan få ved en tilbakeføring vil først og fremst knytte seg til hvordan en flytting vil påvirke barnets psykiske helse og utvikling. Det avgjørende er hvilke skadevirkninger en tilbakeføring kan medføre, og hvorvidt disse vil være betydelige.

Det kan ikke oppstilles en fullstendig liste over problemer barn kan få ved en tilbakeføring, men det må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle. Eksempler på problemer barn kan få ved en flytting er å finne i de ulike sakkyndige erklæringene brukt i rettspraksis⁴⁸.

Gjennomgående ser de sakkyndige på hvordan en flytting vil påvirke barnets personlighet, psykiske helse og videre utvikling. I Rt. 1992 s. 242 ble ikke barnet tilbakeført, og de sakkyndige sier blant annet at barnet vil bli påført en «[...] følelsesmessig utrygghet som kan påvirke hans personlighetsmessige utvikling grunnleggende» (s. 250). Et annet eksempel er å finne i Rt. 1997 s. 170 hvor det ble lagt til grunn at gutten ville få en sorgreaksjon ved en tilbakeføring, men at det ikke ville oppstå alvorlige problemer av varig karakter, (s. 177).

Det er et eget spørsmål om det er sannsynlighet for at det konkrete barnet vil få de ovennevnte problemene⁴⁹. I denne sammenheng ser Høyesterett gjerne på tre forhold; barnets tilknytningsforhold til både fosterforeldre og biologiske foreldre, hvor sårbart barnet er, hvorvidt barnet vil tåle en flytting og om de biologiske foreldrene evner å imøtekomme barnets behov⁵⁰.

Dersom barnet har en sterk tilknytning til de biologiske foreldrene, vil dette tale for at barnet vil takle en flytting. I Rt. 1997 s. 170 ble en seks år gammel gutt tilbakeført til tross for at hun hadde vært i fosterhjem de siste fire årene. Kontinuerlige samvær etter omsorgsovertakelsen vil gjøre en senere tilbakeføring mindre skadelig for barnet. Det kan i denne sammenheng også vises til saken i Rt. 1984 s. 289. Her ble omsorgen overtatt da gutten var rundt ett år, og

⁴⁷ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 55

⁴⁸ Sandberg (2003) 214–216

⁴⁹ Ibid s. 213

⁵⁰ Ibid s. 213

ble tilbakeført da han var åtte år. Gutten hadde gjennom flere år med samværsordning utviklet en tilknytning til moren og stefaren, og en tilbakeføring var derfor aktuelt selv om gutten ville ha noen problemer i en overgangsperiode.

Barn som er sårbare har gjerne særlig omsorgsbehov, og vil kunne takle en flytting dårligere sammenlignet med andre barn. Men hva innebærer det at et barn er sårbart? I HR-2020-662-S uttaler blant annet den sakkyndige at barnet i denne saken har «[...] en særlig sårbarhet som jevnlig kommer til uttrykk gjennom lav stresstoleranse og perioder av kortere og lengre varighet med betydelige reguleringsvansker [...]» (avsnitt 83). Høyesterett konkluderer så med at barnet er å anse som sårbart (avsnitt 85). Hvorvidt et barn er sårbart må bero på nærmere sakkyndige vurderinger, hvor barnets evne til å takle ulike situasjoner står sentralt.

4 Tilknytningsalternativet – utfordringer med dagens praksis

4.1 Innledning

I de nyeste dommene fra EMD høsten 2019 og våren 2020 ble Norge dømt for brudd på EMK artikkel 8. Dommene viser at det er flere utfordringer både ved norsk barnevernpraksis og den rettslige behandlingen av barnevernsaker i fylkesnemndene og domstolene. For det første blir Norge kritisert for i en for tidlig fase av saken å vurdere at en omsorgsovertakelse og plassering i fosterhjem skal være langvarig. Et resultat av langvarige plasseringer er at det fastsettes svært lite samvær. Tilknytningen mellom barnet og fosterforeldrene vil da stadig bli sterkere, samtidig som tilknytningen barnet har med sine biologiske foreldre blir svakere. En slik praksis gjør at en tilbakeføring i flere tilfeller ikke er realistisk, og tilknytningsalternativet vil ofte sperre for tilbakeføring.

EMD kritiserer også saksbehandlingen i flere av sakene, både forut for og under domstolsbehandlingen. Kritikken retter seg særlig mot svakheter ved beslutningsprosessen, og at opplysningen av saken ikke har vært tilstrekkelig. Det er også en norsk debatt om den rettslige behandlingen av barnevernssaker. Debatten handler blant annet om bruken av fylkesnemnder, og manglende kompetanse i domstolene ved behandlingen av barnevernsaker. Det er også slik at silingsadgangen i lagmannsretten medfører at mange norske barnevernssaker i praksis får tingretten som siste instans. Lang saksbehandlingstid er også en relevant utfordring for tilknytningsalternativet.

4.2 Er Norge for raske til å fatte vedtak om langvarige plasseringer?

De siste dommene fra EMD viser at selve vedtakene om omsorgsovertakelse i mange tilfeller er rettmessig, og at det ikke er omsorgsvedtakene i seg selv om utgjør brudd på EMK artikkel 8. Det er imidlertid en gjenganger at EMD mener at norske myndigheter er for raske til å fastslå at en plassering skal være langvarig. Statene har en plikt til å ha gjenforening som et overordnet mål, og fastsettelse av langvarige plasseringer bidrar ikke til å oppnå dette målet. Å fastslå at en plassering skal være langvarig på et tidlig stadium i saken kan derfor være konvensjonsstridig, med mindre det er åpenbart at en gjenforening ikke er aktuelt. En av sakene hvor Norge blir kritisert for dette er *A.S mot Norge*.

Saken om *A.S mot Norge*⁵¹ handlet om en polsk statsborger som fødte en gutt i 2009. I tiden etter fødselen mottok barnevernet flere bekymringsmeldinger både fra helsevesen og familie, som rettet seg mot morens manglende omsorgsevne. Barnevernet satte deretter i gang ulike hjelpetiltak, men besluttet etterhvert et akuttvedtak om å plassere barnet i beredskapshjem. I september 2012, da barnet var rundt tre år gammelt, fattet fylkesnemnda vedtak om omsorgsovertakelse og fastsatte samvær til to ganger i året av to timers varighet. Barnet ble plassert i fosterhjem med sikte på langvarig plassering, og målet med samværene var dermed kun å gi barnet kjennskap til sin biologiske mor.

Å vurdere at en plassering skal være langvarig, kan bare skje «*after a careful consideration and also taking into account of the authorities' positive duty to take measures to facilitate family reunification*» (avsnitt 62). EMD er særlig opptatt av at barneverntjenesten besluttet at plasseringen skulle være langvarig allerede da saken om omsorgsovertakelsen var til behandling i fylkesnemnda for første gang i 2012, og senere for tingretten i 2013 (avsnitt 63). Dette fikk stor betydning i ettertid da det ble fastsatt svært lite samvær, og beslutningen la ikke til rette for gjenforening.

I saken om *K.O og V.M mot Norge*⁵² går EMD også særlig inn på spørsmålet om langvarig plassering. Domstolen innleder med å kritisere norske myndigheter for å legge til grunn at det er en langvarig plassering på et for tidlig stadium i saken. Dette er en krenkelse av konvensjonen fordi målet med samværene da ikke var å gjenforene familien (avsnitt 68). EMD sier at myndighetene ga opp mulighetene for gjenforening for tidlig, uten å begrunne eller sannsynliggjøre hvorfor en eventuell tilbakeføring ikke ville være til barnets beste.

Norge blir også kritisert for på et for tidlig stadium i saken å beslutte at plasseringen skal være langvarig i de nye dommene fra våren 2020. Dette gjelder både *Hernehult mot Norge*⁵³ og *Pedersen med flere mot Norge*⁵⁴. Tilbakeføring etter omsorgsovertakelse skal, der det er mulig, være hovedregelen i norsk rett. Det legges imidlertid ofte ikke til rette for tilbakeføring slik praksisen er i dag⁵⁵.

⁵¹ *A.S mot Norge* [J] no. 60371/15

⁵² *K.O og V.M mot Norge* [J] no. 64808/16 avsnitt 68

⁵³ *Hernehult mot Norge* [J] no. 14652/16 avsnitt 74

⁵⁴ *Pedersen med flere mot Norge* [J] no. 39710/15 avsnitt 67–68

⁵⁵ Norge har også blitt kritisert for dette tidligere, blant annet i saken om *Adele Johansen mot Norge* [J] no. 17383/90 fra 1996. Denne saken er et eksempel på at norske myndigheter var for raske til å frata moren både omsorgen og foreldreansvaret, og andre tiltak skulle vært forsøkt (avsnitt 83–84)

Det at EMD kritiserer Norge gjentatte ganger på dette punkt, bør medføre en endring i norsk barnevernpraksis som er bedre egnet til å sikre tilbakeføring. Høyesterett sier nå i HR-2020-661-S at barneverntjenesten tidlig i prosessen kan ta utgangspunkt i at en plassering skal være langvarig ved valg av plasseringssted, men omfanget av samvær må vurderes ut fra at barn og foreldre skal gjenforenes (avsnitt 145).

4.3 Samværsproblematikken

4.3.1 Innledning

Som nevnt under punkt 4.2, er fastsettelse av lite samvær en konsekvens av langvarige plasseringer. Praksis fra EMD viser at Norge gjentatte ganger har krenket retten til familieliv etter EMK artikkel 8 grunnet for lite samvær mellom barn og foreldre.

4.3.2 Foreldre og barns rett til samvær med hverandre

Foreldre og barn har en gjensidig rett til samvær med hverandre etter bvl. § 4-19. Det ble uttalt i Rt. 2012 s. 1832 at foreldrenes rett til samvær med sine barn ved omsorgsovertakelse er et utslag av det biologiske prinsipp, og er begrunnet i at foreldrene har det primære ansvaret for barns omsorg (avsnitt 27). Det er fylkesnemnda som skal ta stilling til omfanget av samværet, og det skal vurderes etter hva som er til det beste for barnet jf. § 4-1. Det kan også bestemmes at det av hensyn til barnet ikke skal være noe samvær jf. § 4-19 annet ledd. Det er imidlertid en svært høy terskel for å nekte samvær, og det må etter høyesterettspraksis foreligge «spesielle og sterke grunner»⁵⁶.

Rett til samvær og kontakt mellom barn og foreldre følger også klart av EMK art. 8 som bestemmer at enhver har rett til respekt for sitt «familieliv». Det ble blant annet uttalt i *Strand Lobben med flere mot Norge* at samvær mellom barn og foreldre «constitutes a fundamental element of family life» i EMK artikkel 8, og at enhver hindring av dette representerer et inngrep i denne retten (avsnitt 202). Domstolen oppstiller strenge vilkår for å kunne nekte samvær, og dette kan bare gjøres ut fra hensynet til barnets beste. Samvær kan nektes dersom foreldrene viser seg å være «particularly unfit» til å ta vare på barnet, og det må foreligge «very exceptional circumstances» for å kunne begrunne samværsnekt og brudd på

⁵⁶ Rt. 2002 s. 908 s. 913

familiebåndene (avsnitt 207). Samvær kan nektes unntaksvis dersom samværene kan skade barnets helse eller utvikling.

Barn har i tillegg til EMK artikkel 8 en selvstendig rett til familieliv og samvær med sine foreldre etter barnekonvensjonen (BK) artikkel 9. Staten har en positiv plikt etter BK artikkel 9 nr. 3 til å sikre kontakt mellom barnet og foreldrene, så lenge dette er til barnets beste.

4.3.3 Samvær ved omsorgsovertakelse – dagens praksis i Norge

Det følger av Rt. 2012 s. 1832 at det ved fastsettelse av samvær, må ses hen til plasseringens varighet; hvorvidt den skal være kortvarig eller langvarig (avsnitt 31). Høyesterett viser til rettstilstanden slik den er oppsummert i forarbeidene, som sier at det ved midlertidige plasseringer skal være hyppige samvær for å gjøre en tilbakeføring lettere. Ved langtidsplasseringer skal samværene være sjeldnere, og barnet skal kun ha et kjennsksforhold til de biologiske foreldrene⁵⁷.

Høyesterett oppsummerer her hva som har vært praksis ved langvarige fosterhjems plasseringer, og det har i de fleste saker variert mellom tre og seks samvær per år (avsnitt 37). Det følger av OsloMet Rapport 2018 nr. 10 at det var vanlig å ha hyppigere samvær ved omsorgsovertakelse for 20-25 år siden, men at det har skjedd en gradvis reduksjon i antall årlige samvær i løpet av denne perioden (s. 120). Det kan undres hvordan tilbakeføring kan være en realistisk mulighet med en konsekvent praksis om fastsettelse av så lite samvær.

4.3.4 Saker fra EMD om fastsettelse av samvær

Det er to av de nye sakene fra EMD som er spesielt interessante når det gjelder fastsettelse av samvær ved omsorgsovertakelse. For det første gjelder dette *Strand Lobben med flere mot Norge*. Saken var den første av de fire barnevernssakene EMD behandlet i fjor høst.

Domstolen gir her flere generelle uttalelser som er relevant i tilknytning til fastsettelse av samvær, og gir også uttalelser vedrørende gjennomføringen av samværene. Videre er saken om *K.O og V.M mot Norge* særlig interessant når det gjelder samværets omfang.

⁵⁷ Jf. Rt. 2012 s. 1832 avsnitt 31 som viser til NOU 2000:12 s. 211

Saken om *Strand Lobben med flere mot Norge* omhandlet en mor som ble fratatt omsorgen for sønnen sin. Hun henvendte seg til hjelpeapparatet da hun var gravid, og det oppstod stor bekymring for hennes omsorgsevne. Hun var på daværende tidspunkt uten fast bolig og i en ellers vanskelig livssituasjon. Etter fødselen fikk moren hjelp på et mødre hjem, men da hun ønsket å reise derfra ble det fattet midlertidig vedtak om plassering av gutten i beredskapshjem. En stund senere ble det fattet vedtak om omsorgsovertakelse og plassering i fosterhjem. Samværet ble satt til to timer, seks ganger i året med tilsyn.

Retten bemerker innledningsvis at myndighetene ved en omsorgsovertakelse, har en positiv plikt etter EMK artikkel 8 til å gjennomføre tiltak som tilrettelegger for gjenforening så raskt dette lar seg gjøre (avsnitt 205)⁵⁸. Videre kritiserer domstolen selve gjennomføringen av samværene (avsnitt 221). Møtene mellom mor og sønn hadde ikke fungert optimalt, og barneverntjenesten skulle da ha arbeidet for å finne alternative løsninger til gjennomføringen av samværene. Det skulle ha blitt gjort mer for å opprette et bånd mellom mor og sønn.

Saken i *K.O og V.M mot Norge* er kanskje av størst interesse når det gjelder omfanget av samvær. I denne saken ble Norge frikjent for omsorgsovertakelsen, men fastsettelsen av samvær utgjorde en krenkelse av EMK artikkel 8. Det ble først fattet et hastevedtak om plassering av barnet kort tid etter fødselen. Bakgrunnen for dette var en rekke bekymringsmeldinger, foreldrene hadde slitt med rusavhengighet, faren var voldelig og led av sinneproblemer, og forholdet mellom mor og far var ellers konfliktfyllt. Det ble senere fattet vedtak om omsorgsovertakelse. Det ble fastsatt samvær på to timer, seks ganger i året. Foreldrene anket saken inn for EMD i 2016, men fikk imidlertid tilbakeført omsorgen for sønnen i 2018.

EMD understreker i denne dommen at gjenforening av barn med de biologiske foreldrene vanligvis ikke vil kunne være mulig dersom det går flere uker, eller slik som i dette tilfellet, flere måneder mellom hvert samvær (avsnitt 69). Gjenforening vil i slike tilfeller ikke være realistisk. Fastsettelse av lite samvær vil umuliggjøre det som i utgangspunktet skal være det overordnede målet – å gjenforene familien. EMD utfordrer her den norske praksisen om fastsettelse av samvær, som vanligvis har vært på tre til seks ganger i året.

⁵⁸ Plikten følger også av bvl. § 4-16 siste punktum, som ble tatt inn i loven i 2018 jf. Lov 20. april 2018 nr. 5

4.3.5 Storkammeravgjørelsene i Høyesterett om samvær og gjenforening

I HR-2020-661-S gjengir Høyesterett en høringsuttalelse fra Barne- og likestillingsdepartementet om ny barnevernslov, hvor departementet viser til at det har utviklet seg en uheldig praksis når det gjelder fastsettelse av samvær (avsnitt 125). Ved langtidsplasseringer av barn under skolealder har praksis vært å anbefale samvær fire til seks ganger i året, uten at dette har grunnlag i forskning. Departementet ønsker å gå bort fra bruken av ensartede og generelle vurderingsnormer ved fastsettelse av samvær, og at det heller foretas en konkret vurdering ut fra barnets beste. Dette er Høyesterett enig i (avsnitt 125). Samværenes hyppighet kan ikke avgjøres ut fra en standardisert vurdering. Det må tas i betraktning at svært få samvær kan gjøre gjenforening vanskeligere (avsnitt 145). Det er positivt at Høyesterett nå ser denne problematikken.

I HR-2020-662-S sier Høyesterett at dommen i Rt. 2012 s. 1832 har blitt oppfattet som en «standardnormering», og understreker at den ikke kan forstås slik (avsnitt 124). Det presiseres at hvor omfattende samværet skal være, må fastsettes konkret ut fra omstendighetene i den enkelte sak. Man kan undre seg hvorfor ikke Høyesterett har tatt stilling til dette tidligere. Dette er svært uheldig da praksisen har medført store konsekvenser for tilbakeføringssaker de siste årene. Til tross for Høyesteretts uttalelser er det neppe tvilsomt at Rt. 2012 s. 1832 om samværsomfang har blitt oppfattet som nærmest en fasit på området. Dette viser også uttalelsene fra departementet som nevnt ovenfor, at det har utviklet seg en «uheldig praksis» når det gjelder fastsettelse av samvær.

I denne saken fastsatte Høyesterett et samvær på to timer, åtte ganger i året. Dette er mer enn hva som vanligvis har blitt fastsatt, og det ser ut til at Høyesterett her gir et signal om å gå bort fra den standardiserte ordningen om samvær på tre til seks ganger i året. Samværet skal settes slik at båndene mellom foreldre og barn kan styrkes og utvikles i saker hvor gjenforeningsformålet ligger fast (avsnitt 128). Sandberg mener at dette innebærer en sterk omlegging av norske myndighets holdning til fastsettelse av samvær⁵⁹.

Basert på EMD sine uttalelser i *K.O og V.M mot Norge*, kan det imidlertid spørres om samvær åtte ganger årlig er i overensstemmelse med målet om gjenforening. EMD sier som nevnt

⁵⁹ Sandberg (2020) s. 156

ovenfor at dersom det er uker, eller til og med måneder mellom hvert samvær, vil ikke målet om gjenforening være tilstrekkelig ivaretatt.

Basert på øvrig praksis fra EMD tolker imidlertid ikke Høyesterett utsagnene i *K.O og V.M mot Norge* som et minstenivå for samvær i HR-2020-662-S (avsnitt 131-134). Dette fordi samværets omfang må vurderes konkret for hvert enkelt barn, og i saken fra EMD var ikke hyppige samvær skadelig for barnet. Dersom samværsomfanget kan medføre «undue hardship», altså en urimelig belastning for barnet⁶⁰, vil det ikke være i overensstemmelse med hensynet til barnets beste å fastsette et minstenivå for samvær i alle saker. Målsettingen om gjenforening forutsetter, etter Høyesteretts syn, at det blir gitt så mye samvær som det er mulig uten at hensynet til barnets beste tilsidesettes (avsnitt 134).

Slik jeg forstår avgjørelsene, må det forsøkes å finne en balanse mellom et samværsomfang som legger til rette for gjenforening, samtidig som at barnets behov og interesser blir tilstrekkelig ivaretatt. Sandberg (2020) kommenterer i denne sammenheng at terskelen for hva som vil være «urimelig» belastning ikke må settes for høyt, og at det må tas tilstrekkelig hensyn til barnet. Samværets omfang må fastsettes ut fra en helhetlig vurdering basert på et faglig grunnlag⁶¹.

4.3.6 Forslag om å flytte kompetansen til å fastsette samvær

Det har blitt foreslått å legge kompetansen til å fatte vedtak om samvær til barneverntjenesten⁶². Da kan omfanget av samvær reguleres og justeres etter barnets behov, og det vil lette fylkesnemndene for oppgaver. Etter svensk rett må samværsrestriksjoner revurderes hver tredje måned, og det følger av dansk rett at samværsbegrensninger som innebærer samvær sjeldnere enn en gang i måneden, må avgjøres av Børne- og ungeutvalget⁶³. Bakgrunnen for dette er at samvær sjeldnere enn én gang i måneden likestilles med avskjæring av samvær. Til sammenligning vil fastsettelse av samvær på mindre enn to eller færre ganger i året være å anse som avskjæring av samvær etter norsk rett, og det er først

⁶⁰ Sandberg (2020) s. 156

⁶¹ Ibid s. 157

⁶² OsloMet Rapport 2018 nr. 10 s. 172–173

⁶³ Ibid s. 144

da det må foreligge sterke og spesielle grunner⁶⁴. Det er tankevekkende at forskjellen er så vesentlig.

4.4 Den rettslige behandlingen av barnevernsaker

4.4.1 Innledning – dagens system

Vedtak etter barnevernloven behandles først i fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker⁶⁵, som er domstolslignende forvaltningsorganer og uavhengige beslutningsorganer. Avgjørelser fra fylkesnemnda kan overprøves av tingretten. Tingrettens dommer kan igjen ankes til lagmannsretten.

Silingsadgangen i lagmannsretten medfører imidlertid at mange barnevernsaker stopper i tingretten⁶⁶, og blir ikke behandlet eller kontrollert av en høyere norsk domstol. Det følger av tvisteloven § 36-10 tredje ledd at anke over tingrettens dom i sak om fylkesnemndas vedtak etter barnevernloven ikke kan fremmes uten lagmannsrettens samtykke. Det er oppstilt fire alternative vilkår i bokstavene a-d, og lagmannsretten kan bare gi samtykke til ankebehandling dersom minst ett av vilkårene er oppfylt.

4.4.2 EMD's kritikk av den rettslige behandlingen av barnevernsaker i Norge

Den nyeste praksisen fra EMD på barnevernområdet viser at domstolen gjentatte ganger kritiserer norske domstolars rettslige behandling av barnevernsaker. Noe av kritikken retter seg også mot saksbehandlingen i barnevernet forut for behandlingen i fylkesnemndene og domstolene. Dette har i flere av sakene medført krenkelser av retten til familieliv etter EMK artikkel 8.

Bakgrunnen for kritikken er gjerne domstolenes manglende opplysning av saken og at domstolene bør kreve mer av barneverntjenestens og fylkesnemndenes begrunnelse for det vedtaket som har blitt fattet. EMD har i flere saker funnet at domstolenes stadfestelser av

⁶⁴ Ibid s. 144

⁶⁵ Jf. barnevernloven kap. 7

⁶⁶ Hverken lagmannsretten eller Høyesterett behandlet sakene om *Strand Lobben mot Norge* eller *K.O og V.M mot Norge*. *Pedersen med flere mot Norge* var også den eneste av barnevernsakene Høyesterett behandlet før saken gikk til EMD

fylkesnemndenes vedtak ikke er godt nok begrunnet sett hen til vedtakets inngripende karakter.

A.S mot Norge

I saken *A.S mot Norge* ble det fattet vedtak om omsorgsovertakelse og begrenset samvær i fylkesnemnda. Vedtaket ble opprettholdt både i tingretten og i lagmannsretten. EMD går nøye gjennom den rettslige behandlingen av saken i alle instansene, og kommer frem til at behandlingen var mangelfull. Retten sier at i saker som er av en så inngripende karakter som denne, må domstolene foreta en «stricter scrutiny», altså en strengere kontroll, av beslutningsprosessen (avsnitt 62). EMD sier at domstolene må kontrollere hvorvidt myndighetene har vist at omstendighetene i saken var så eksepsjonelle at de begrunnet de aktuelle tiltakene.

Retten viser blant annet til at lagmannsretten burde ha foretatt en nærmere vurdering av begrunnelsen for at både fylkesnemnda og tingretten la til grunn at plasseringen skulle være langvarig (avsnitt 63). Langvarige plasseringer fører som nevnt til svært begrenset samvær, og EMD mener at med de konsekvenser dette medfører, bør domstolen føre en strengere kontroll av slike beslutninger.

EMD kritiserer også bevisene som ble lagt til grunn for opprettholdelse av omsorgsvedtaket (avsnitt 67–68). EMD stiller seg spørrende til at klagerens bevis for at hun hadde bedret omsorgsevnen sin ble avfeid som irrelevant for vurderingen. Det faktum at hun hadde tatt flere kurs og begynt å jobbe i barnehage, ble avfeid, og EMD utviser bekymring over at oppdaterte opplysninger ikke ble innhentet av domstolen. Erklæringen om morens omsorgsevne var fra 2012, og lagmannsretten behandlet saken i 2015. Lagmannsretten avviste morens ønske om å få utnevnt en ny sakkyndig som kunne utrede hennes omsorgsevne. Retten avviste også morens ønske om å la en psykolog observere henne og barnet under et samvær. EMD kritiserer lagmannsretten for å legge fosterforeldrenes beskrivelser til grunn for perioden 2013-2015, fremfor å innhente selvstendige, uavhengige og oppdaterte opplysninger.

EMD kritiserer også lagmannsretten for at det ble lagt for stor og avgjørende vekt på fosterforeldrenes skildringer av guttens oppførsel etter samvær med moren (avsnitt 69). Fosterforeldrene mente at gutten reagerte negativt etter samværene. To psykologer som moren innhentet i forbindelse med behandlingen av saken i tingretten, mente imidlertid at dette

kunne være et utslag av savn han følte overfor moren. Lagmannsretten mente på sin side at reaksjonene var komplekse og mest sannsynlig skyldtes guttens usikre relasjon til moren, og at samværene vekket traumene hans på nytt. EMD kritiserer retten for ikke å ha begrunnet dette nærmere, og det ble ikke lagt til grunn noen ekspertuttalelse som kunne underbygge rettens tolkning av guttens reaksjoner. EMD mener det er bemerkelsesverdig at lagmannsretten ikke tillot moren å la en ekspert observere under et samvær med sønnen.

Domstolen konkluderer med at den rettslige behandlingen av saken ikke var tilfredsstillende sett hen til sakens alvorlighetsgrad og de interessene som stod på spill (avsnitt 70).

Beslutningsprosessen sikret ikke at morens synspunkter og interesser ble tatt til betraktning, og retten konkluderte følgelig med at det forelå en krenkelse av EMK artikkel 8.

Strand Lobben med flere mot Norge

I likhet med ovennevnte dom, kritiserer EMD også Drammen tingrett i *Strand Lobben med flere mot Norge* for mangelfull begrunnelse og rettslig behandling av saken. Det var også et for snevert bevisgrunnlag i saken. Kritikken retter seg først og fremst mot at tingretten gjentatte ganger uttaler at moren ikke er i stand til å møte de spesielle omsorgsbehovene gutten har fordi han er særlig sårbar, uten å begrunne dette nærmere (avsnitt 224). Gutten hadde bodd i fosterhjem siden han var tre uker gammel, og EMD stiller seg spørrende til på hvilke måter gutten da fortsatt er å anse som sårbar. Sett hen til sakens alvorlighetsgrad savner EMD en nærmere analyse av guttens sårbarhet.

Det skulle også i denne saken ha vært innhentet nyere og oppdaterte sakkyndige erklæringer vedrørende morens omsorgsevne. EMD kritiserer tingretten for å legge til grunn morens tidligere manglende omsorgsevne som ble lagt til grunn ved omsorgsovertakelsen (avsnitt 220). I tillegg ble ikke morens egen sakkyndiges uttalelser vektlagt, og det ble heller ikke særlig vektlagt det faktum at hun var i en ny livssituasjon, hun var gift og hadde omsorgen for et nytt barn. Dette burde, etter rettens syn, tingretten lagt mer vekt på i sin vurdering.

EMD kritiserer også beslutningsprosessen i sin helhet; norske myndigheter balanserte ikke interessene til barnet og moren godt nok, og det ble i for stor grad ensidig ble lagt vekt på hensynet til barnets beste. Myndighetene oppfylte derfor ikke sin plikt etter EMK artikkel 8 om å forsøke å gjenforene mor og barn.

Høyesterett tok stilling til forholdet mellom barnets beste og det biologiske prinsipp i HR-2020-661-S. I dommen fastslås det at hensynet til familiebandene ofte er en underforstått og delvis ikke uttalt forutsetning i norske avgjørelser, og at det er hensynet til barnets beste som trer tydeligst frem. Det må nå, etter uttalelsene i Strand Lobben-dommen, komme tydelig frem av avgjørelsene at hensynet til familiebandene er vurdert, og at det har blitt foretatt en rimelig avveining (avsnitt 86). Til tross for at Høyesterett ikke mener det er behov for noen lovendring, mener Sandberg at ordlyden i bvl. § 4-1 om at hensynet til barnets beste skal være «avgjørende», burde endres til «overordnet betydning»⁶⁷. Dette for å sikre at andre hensyn ikke blir utelukket i vurderingen.

Abdi Ibrahim mot Norge

EMD mener at lagmannsrettens begrunnelser også led av svakheter i *Abdi Ibrahim mot Norge*⁶⁸. Saken handlet om en somalisk statsborger som ankom Norge i 2010 da hun var 16 år gammel. I desember 2010 fattet fylkesnemnda vedtak om omsorgsovertakelse og plassering i fosterhjem hos en kristen familie. Vedtaket ble opprettholdt av tingretten i 2011, men samværet ble utvidet fra fire til seks samvær per år. Mars 2014 ble det fattet vedtak om fratakelse av foreldreansvar og samtykke til adopsjon. Tingretten opprettholdt fylkesnemndas vedtak til tross for at ny sakkyndig psykolog frarådet dette. Det samme gjorde lagmannsretten, og Høyesterett forkastet senere morens anke i HR-2015-1929-U.

Her kritiseres også rettens vurdering av bevisene i saken. Det ble lagt avgjørende vekt på fosterforeldrenes beskrivelser av gutten etter samværene, fremfor direkte observasjoner (avsnitt 62). Det var uenighet blant de sakkyndige hvorfor negative reaksjoner oppstod hos gutten etter samværene, og retten avfeide det faktum at reaksjonene kunne stamme fra at han ble separert fra moren. Lagmannsretten mente at de negative reaksjonene stammet fra tiden da gutten var under morens omsorg.

EMD mener imidlertid at lagmannsretten ikke hadde noe grunnlag for å motsi den sakkyndige vurderingen, spesielt da retten heller ikke gir noen utførlig begrunnelse for sitt standpunkt (avsnitt 63). EMD kritiserer at lite ble gjort frem mot adopsjonsavgjørelsen for å få klarhet i bakgrunnen for guttens reaksjoner. Dette skulle blitt utredet nærmere, spesielt da dette var av avgjørende betydning for at lagmannsretten opprettholdt vedtaket om tvangsadopsjon.

⁶⁷ Sandberg (2020) s. 149–150

⁶⁸ *Abdi Ibrahim mot Norge* [J] no. 15379/16

Begrunnelsen var derfor mangelfull, og det forelå en krenkelse av EMK artikkel 8. Retten bemerker også avslutningsvis at det skulle blitt lagt mer vekt på morens interesser i et fortsatt familieliv med sønnen (avsnitt 63). Det ble, etter rettens syn, først og fremst fokusert på effektene av at gutten ble tatt ut av fosterfamilien. Det ble ikke i tilstrekkelig grad tatt hensyn til effektene av at all kontakt og bånd mellom mor og sønn ble permanent brutt ved en tvangsadopsjon. Dette spesielt når gutten mistet sin tilhørighet både når det gjaldt religion og kultur.

Kritikken fra EMD retter seg generelt mot utilstrekkelig opplysning av saken, mangelfullt beslutningsgrunnlag, og mangelfulle begrunnelser. Vedtak etter barnevernloven er svært inngripende både for foreldre og barn, og det er oppsiktsvekkende at det er slike mangler ved den rettslige behandlingen av disse sakene. Det ble nylig uttalt i HR-2020-661-S at uansett om det er skjedd feil ved behandlingen av saken, må Høyesterett velge den løsningen som antas å være til barnets beste på domstidspunktet (avsnitt 115). Tidligere feil ved den rettslige behandlingen er uvesentlig for tilbakeføringsspørsmålet. Det er derfor spesielt viktig at disse sakene behandles grundig i fylkesnemndene og domstolene.

Det har de siste årene også vært en debatt i Norge rundt den rettslige behandlingen av barnevernsaker. Det har imidlertid ikke skjedd noen endringer ved dagens system. På bakgrunn av de nye dommene fra EMD, er det flere holdepunkter for at det nå bør rettes et nytt lys mot denne debatten.

4.4.3 Den norske debatten

Det har i flere år blitt foreslått endringer ved den rettslige behandlingen av barnevernsaker i Norge. Et av de nyligste var i NOU 2012:5, hvor det ble foreslått å vurdere hvorvidt det bør opprettes en egen familiedomstol som en erstatning til dagens fylkesnemndsordning⁶⁹. Bakgrunnen for forslaget var at det synes hensiktsmessig å samle barne-ungdoms- og familierelaterte saker til én domstol for å få kortere saksbehandlingstid, og mer spesialisert

⁶⁹ NOU 2012:5 punkt 2.2.6.2 s. 17

kompetanse. Et særdomstolsutvalg oppnevnt ved kongelig resolusjon 7. mai 2015 har i ettertid utredet dette nærmere. Utvalget har foreslått nedleggelse av fylkesnemndene, og at utvalgte tingretter heller bør behandle alle barnesaker.

Forslag om endringer fra særdomstolsutvalget

Særdomstolsutvalget avga sin utredning i NOU 2017:8 *Særdomstoler på nye områder? – Vurdering av nye domstolsordninger for foreldretvister, barnevernsaker og utlendingssaker*, til justis- og beredskapsdepartementet og barne- og likestillingsdepartementet 09. mars 2017. Utvalgets konklusjon på barnevernrettens område var kort oppsummert at fylkesnemndene bør nedlegges, og at det skal opprettes egne faggrupper i utvalgte tingretter til å behandle både saker etter barneloven og barnevernloven. Det foreslås at faggruppene skal ha dommere med særlig kompetanse om barnerett, men også kunnskap innenfor barnefaglige emner. En slik ordning vil også løse de problemer som kan oppstå ved dagens såkalte tosporede system, hvor saker etter barnevernloven løses i fylkesnemndene, og saker etter barneloven behandles i tingretten.

Utvalgets forslag kan begrunnes i tre forhold; for det første mener utvalget at avgjørelser etter barnevernloven bør behandles i en domstol, og ikke i en fylkesnemnd som er del av forvaltningen. Av hensyn til tillitten i befolkningen bør derfor slike saker behandles i en uavhengig domstol. For det andre vil endringen medføre at dommerne vil få en økt kompetanse til å behandle barnevernsaker både på det juridiske, psykologiske og barnefaglige plan. Dette vil gjøre at dommerne kan stille seg mer kritiske til det barnevernet fremlegger, og gi dem nødvendig kunnskap til å stille de sakkyndige de riktige spørsmål.

Utvalget mener at barnesaker stiller seg i en særstilling i forhold til andre saker, og det kreves at dommere evner å foreta vanskelige vurderinger og avveininger også utenom de rent juridiske spørsmålene. Barnesaker er spesielt utfordrende, og sett hen til at avgjørelsene får stor betydning for de berørte barna, bør systemet sikre at de dommerne som behandler disse sakene, har tilstrekkelig kompetanse⁷⁰.

Dersom utvalgte tingretter behandler alle beslutninger i barnesaker, vil endringen for det tredje medføre at skillet mellom saker etter barnevernloven og barneloven fjernes. Utvalget

⁷⁰ Andersland (2017) s. 176

ønsker at samme rettslige beslutningsorgan skal fatte avgjørelser i alle barnesaker, og at man går vekk fra det tosporede system slik det er i dag.

Dommerforeningen stilte seg imidlertid negativ til utvalgets forslag i sin høringsuttalelse datert 10.11.2017. Bakgrunnen for dette var blant annet at dommerforeningen er skeptisk til spesialisering av dommere, og ønsker å beholde domstolstrukturen slik den er i dag, med dommere som er generalister. Foreningen mener dette bidrar til faglig kvalitet og bredt erfaringsgrunnlag. Dommerforeningen mener det ikke er riktig at noen sakstyper skal være mer spesielle enn andre, og at domstolene allerede har saker som etter loven må prioriteres.

Sandberg (2003) har sett på hvordan domstolene bruker sakkyndigerklæringer i enkelte saker om tilbakeføring⁷¹. Undersøkelsen viste at dommerne i noen tilfeller tar selvstendig stilling til rapportene, men at dette ikke alltid er tilfellet. I enkelte saker legger dommerne rapporten til grunn uten videre, eller fraviker den uten nærmere begrunnelse. I enkelte tilfeller siterer også retten tilfeldige avsnitt fra rapportene, og utelukker viktige deler. Sandberg oppfatter at dommerne i noen tilfeller opptrer ureflektert i forhold til de sakkyndige⁷². Dette kan være en indikasjon på at det er behov for større kompetanse blant dommere som behandler barnevernsaker, og at en viss form for spesialisering er nødvendig.

4.4.4 Tilbakeføringssaker i norske domstoler

Høyesterettsavgjørelser om tilbakeføring viser at det ofte ikke er lett for dommerne å ta en avgjørelse, og at det ofte er tvilsomt hvilken løsning som bør velges. Dette taler for at det kan være behov for endringer ved den rettslige behandlingen av barnevernsaker som kan gi dommerne bedre forutsetninger til å avgjøre slike saker.

Høyesterett finner avgjørelsene vanskelige

Utvalgte høyesterettsavgjørelser som omhandler spørsmål om tilbakeføring viser at Høyesterett gjentatte ganger finner avgjørelsene vanskelige, og flere saker omtales som et grensetilfelle. Dette kan være et signal om at det er behov for økt kompetanse i domstolene slik særdomstolsutvalget foreslår. I Rt. 1984 s. 298 innleder førstvoterende med at «jeg har

⁷¹ Sandberg (2003) s. 388–403

⁷² Sandberg (2003) s. 396

funnet avgjørelsen vanskelig» (s. 292), og det samme gjør førstvoterende i Rt. 1987 s. 805. I Rt. 1991 s. 668 sier førstvoterende følgende; «Jeg er – riktignok under tvil – kommet til samme resultat som byretten» (s. 671) og «jeg er kommet til at det i dette tilfellet er grunnlag for å oppheve omsorgen, men jeg understreker at jeg betrakter saken som et vanskelig grensetilfelle» (s. 675–676).

Høyesterettsdommer Steinar Tjomsland har tidligere beskrevet hvorfor barnevernsaker er så vanskelig for domstolene å vurdere, og skriver følgende; «*barnevernsakene kan være blant de vanskeligste sakene som domstolene behandler. Særlig vanskelig er ofte de konkrete avveingene og prognosene om utviklingen i fremtiden. Den tvilen og det dilemmaet som en dommer da vil kunne stå overfor, er illustrerende beskrevet av førstvoterende – dommer Gunnar Aasland – i den kjente dommen i Rt. 1984 s. 289 [...]»⁷³.*

Etter min oppfatning taler dette for at barnevernsakene bør behandles grundigere på et tidligere stadium, før en sak eventuelt ankes inn for Høyesterett. Det at høyesterettsdommerne finner avgjørelsene vanskelige, kan være begrunnet i at beslutningsgrunnlaget i sakene er mangelfulle. Mye av kritikken fra de siste sakene fra EMD gjelder nettopp mangelfulle begrunnelser, og at sakene ikke er godt nok opplyst. Dette kan muligens begrunnes i at dommerne som har behandlet saken tidligere ikke har hatt tilstrekkelig kompetanse til å avgjøre saken. Kombinasjonen av tilfældighetsprinsippet og generalistrollen dommere har i domstolen i dag er egnet til å skape store muligheter for systemsvikt⁷⁴. Dette kan føre til at det er mindre kompetente dommere som fatter avgjørelser i barnevernsaker, og det er da en risiko for at barnets beste ikke blir tilstrekkelig ivaretatt⁷⁵.

Dersom tingrettene blir førsteinstans også for saker etter barnevernloven, vil lagmannsrettene måtte behandle langt flere av disse sakene⁷⁶. Det vil da være mulighet for umiddelbar bevisførsel, som vil styrke dommernes beslutningsgrunnlag og dermed også rettssikkerheten til de involverte parter. Førstvoterende i Rt. 1987 s. 805 bemerker at det er vanskelig å fatte en avgjørelse i Høyesterett blant annet fordi umiddelbar bevisførsel ikke er mulig, og sier følgende; «*det sier seg selv at det byr på problemer å gjøre seg opp en mening om så*

⁷³ Tjomsland (2003) s. 19

⁷⁴ Andersland (2017) s. 171

⁷⁵ Ibid s. 171

⁷⁶ Tingrettens avgjørelser kan ankes inn for lagmannsretten etter tvisteloven kap. 29

kompliserte og skjønnspregede spørsmål som morens omsorgsegenskaper og hjemmemiljø på grunnlag av det skriftlige materiale som foreligger for Høyesterett [...] (side 810). Dette taler for at lagmannsretten bør behandle flere av disse sakene, og at det bør være en garanti for å kunne anke barnevernsaker til en domstol hvor umiddelbar bevisførsel er mulig. Dette vil bidra til bedre opplysning av sakene.

Tilbakeføring ved tvilstilfeller

Høyesterettspraksis i tilknytning til § 4-21 første ledd viser at tvil om hvorvidt vilkårene for tilbakeføring er oppfylt, vil kunne medføre ulikt resultat, avhengig av hvilket av vilkårene som medfører usikkerhet. Dersom det er tvilsomt hvorvidt foreldrene oppfyller kravet til forsvarlig omsorg, vil foreldrene likevel kunne få tilbakeført omsorgen for barnet. Dersom det imidlertid er tvil om hvorvidt en tilbakeføring vil medføre skadevirkninger av betydning for barnet, viser praksis at det i slike tilfeller ikke bør skje en tilbakeføring.

Tilbakeføring når det er tvil om foreldrene kan gi barnet «forsvarlig omsorg»

Det foreligger, så vidt jeg er kjent med, to høyesterettsavgjørelser som besluttet tilbakeføring til tross for at vilkåret om «forsvarlig omsorg» i § 4-21 første ledd, første punktum ikke var oppfylt. Sakene det gjelder er Rt. 1995 s. 447 og Rt. 2004 s. 999. I begge sakene hadde opphold i fosterhjem fungert dårlig, og begge barna ønsket å flytte tilbake til foreldrene sine. Det er også av betydning at begge barna var tenåringer. Det er likevel, etter min oppfatning, grunn til å sette spørsmålstegn ved Høyesteretts argumentasjon for opphevelsen av omsorgsovertakelsene.

Saken i Rt. 1995 s. 447 omhandlet tilbakeføring av en 13 ½ år gammel gutt tilbake til sin biologiske far. Da saken var til behandling i Høyesterett var gutten plassert i barneverninstitusjon fordi det hadde oppstått en konflikt mellom gutten og fosterforeldrene. Gutten hadde ulike problemer og utfordringer, og hadde blant annet manglende læreevne og vanskeligheter med nye situasjoner. Han hadde de siste årene byttet skole og omsorgspersoner 4-5 ganger, og var en sårbar gutt. De sakkyndige var enige om at faren ikke hadde de nødvendige forutsetninger for å imøtekomme guttens. Førstvoterende er enig i vurderingene, og uttaler at det er «[...] vanskelig å ha noen sikker mening om hvilket alternativ som vil være det beste» (s. 451).

Det som talte for en tilbakeføring i denne saken, var guttens egen mening og at det var en nær tilknytning mellom far og sønn. Det legges også vekt på at gutten har flyttet flere ganger, og at det var positivt at faren var åpen for hjelpetiltak.. Det var også av betydning at barneverntjenesten ikke enda hadde funnet et passende fosterhjem til gutten. Da det er usikkert om gutten vil få det best i fosterhjem eller hos sin far, velger Høyesterett å oppheve omsorgsovertakelsen.

Mindretallet mente imidlertid at omsorgen ikke burde tilbakeføres til faren. Etter mindretallets syn kan det ikke legges så stor vekt på guttens eget ønske når vilkårene etter § 4-12 er oppfylt, og det var grunn til å frykte at opphevelse av omsorgsovertakelsen ville kunne få alvorlige følger for gutten. Gutten hadde meget store omsorgsbehov, som faren ikke hadde forutsetninger for å møte. Videre ble gutten flyttet ut av fosterhjemmet rett før saken var til behandling i Høyesterett, og det var derfor ikke avklart hvilke tiltak barneverntjenesten ville sette i verk dersom omsorgsovertakelsen ikke ble opphevet. Mindretallet mener at den usikkerhet som forelå i saken, ikke kunne tilsi at omsorgsvedtaket burde oppheves.

Et lignende tilfelle fant sted i Rt. 2004 s. 999. Her ble en 12 år gammel gutt tilbakeført selv om det var betydelig usikkerhet om morens omsorgsevne. Momenter for tilbakeføring var at gutten flere ganger motsatte seg fosterhjems plasseringen, og ønsket å flytte hjem. Men i motsatt retning så forsto han ikke at det var mangler ved morens omsorgsevne, og gutten var også sterkt påvirket av morens holdninger. De sakkyndige anbefalte en opphevelse av omsorgsvedtaket, men fant ikke dette alternativet godt nok heller, og omtalte dette som det alternativet som var «minst ille». På den ene siden ville en opprettholdelse av omsorgsovertakelsen medføre «stor fare for både ukontrollerbare drastiske handlinger og økt personlighetsskade hos B» (avsnitt 63). På den annen side knyttet det seg stor usikkerhet også til å oppheve omsorgsovertakelsen (avsnitt 66). Tvilen medførte opphevelse av omsorgsovertakelsen.

Bakgrunnen for at jeg mener det er grunn til å sette spørsmålstegn ved disse vurderingene, er at jeg mener at avgjørelsene ikke i tilstrekkelig grad ivaretar hensynet til barnets beste, og kan representere brudd på barns grunnleggende rett til omsorg. Det ser ut til at omsorgsovertakelsene ble opphevet fordi det ikke fantes et «bedre» alternativ. Barna ble plassert tilbake i hjem hvor de mest sannsynlig ikke ville få den omsorgen de hadde behov

for. Dette er svært uheldig, men på den annen side må det spørres hva man ellers skulle ha gjort? Dommene illustrerer hvor utfordrende saker om tilbakeføring kan være⁷⁷.

Tilbakeføring når det er tvil om det kan medføre «alvorlige problemer» for barnet

I Rt. 1984 s. 289 sier førstvoterende at dersom det er tvil om det er reell fare for at barnet utsettes for skadevirkninger av betydning ved en tilbakeføring, kan dette trekke i retning av at barnet ikke tilbakeføres (s. 298). Bakgrunnen for dette er at vurderingen i stor grad må bygge på antagelser, og at det da bør utvises forsiktighet. Men, det å ikke tilbakeføre omsorgen til foreldrene er etter førstvoterendes syn heller ikke et resultat uten farer og betenkeligheter. I denne saken ble imidlertid omsorgen for gutten tilbakeført til mor og stefar, men det bør likevel rettes oppmerksomhet mot Høyesteretts generelle bemerkning om hvordan vilkåret om «alvorlige problemer» skal løses ved tvilstilfeller.

Det er klart at hensynet til barnets beste går foran det biologiske prinsipp ved motstrid, men kan det også trumfe legalitetsprinsippet? Det kan stilles spørsmål ved om Høyesteretts uttalelser i denne dommen strider mot Grunnloven § 113, som krever en klar hjemmel ved inngrep. I dette tilfellet vil inngrepet være å potensielt opprettholde en omsorgsovertakelse fordi det foreligger tvil om mulige konsekvenser av en tilbakeføring. Spørsmålet er om Høyesteretts argumentasjon her er «holdbar», sett hen til legalitetsprinsippets styrke ved tvangsvedtak etter barnevernloven. Utvidende tolkning av inngrepshjemler skal så langt det er mulig unngås⁷⁸.

I en sak hvor det er tvil om barnet vil få skadevirkninger av betydning ved en flytting, vil man stå overfor to alternativer; det ene alternativet er å opprettholde omsorgsovertakelsen fordi det foreligger en risiko for at en flytting vil kunne medføre alvorlige problemer for barnet. Det andre alternativet er å oppheve omsorgsovertakelsen, og tilbakeføre barnet til tross for at det foreligger en risiko for at barnet vil få skadevirkninger av betydning. Uansett hvilken løsning som velges, vil det innebære et inngrep som krever klar hjemmel i lov.

⁷⁷ Beviskravet ble som nevnt under punkt 3.2.2 skjerpet ved lov 19. juni 2009 nr. 45. Bakgrunnen for endringen var blant annet at barn ble tilbakeført til foreldre som ikke evnet å gi barna forsvarlig omsorg jf. Ot.prp.nr.69 (2008-2009) kap. 3 på s. 22. Hvorvidt utfallet hadde blitt det samme i dag er usikkert.

⁷⁸ Sandberg (2003) s. 37

Spørsmålet er hvem som skal bære risikoen. Det overordnede hensynet vil alltid være barnets beste. Det må imidlertid understrekes at en opprettholdelse av en omsorgsovertakelse også er et inngrep overfor barnet. Vedtaket innebærer at barnet blir atskilt fra sine biologiske foreldre begrunnet i risikobetraktninger. Da vilkåret for å opprettholde en omsorgsovertakelse etter § 4-21 første ledd, annet punktum er at det foreligger en reell fare for skadevirkninger av betydning, kan det stilles spørsmål ved om denne faren er å anse som «reell» når det foreligger tvil.

Annenvoterende i Rt. 1992 s. 242, dommer Stuevold Lassen, gir noen interessante bemerkninger vedrørende vurderingen av tilknytningsalternativet i relasjon til legalitetsprinsippet. Han mener at tvil om hvorvidt barnet vil få skadevirkninger av betydning, bør føre til en opphevelse av omsorgsvedtaket sett hen til vedtakets inngripende karakter (s. 252-253).

I denne saken mente imidlertid de sakkyndige at barnet ville få skadevirkninger av betydning, men erklæringene var for generelle etter annenvoterendes syn. Han mente at de ikke var tilstrekkelig begrunnet i den konkrete saken til å kunne medføre at omsorgsovertakelsen skulle opprettholdes. Som annenvoterende sier, er omsorgsovertakelse etter barnevernloven «[...] et av de alvorligste tvangsinngrep mennesker i vårt land kan utsettes for[...]» (s. 252-253). Det bør da foreligge klare holdepunkter for at opprettholdelse av omsorgsovertakelsen er nødvendig.

FNs barnekomité sin kommentar til BK artikkel 3 taler for at Stuevold Lassen har rett i sine bemerkninger i Rt. 1992 s. 242. Komiteen fastslår at; «[...] *For individual decisions, the child's best interests must be assessed and determined in light of the specific circumstances of the particular child [...]*» (avsnitt 32). Dersom en omsorgsovertakelse opprettholdes på bakgrunn av sakkyndige erklæringer som bærer preg av å være generelle slik som i denne saken, vil ikke dette være i overensstemmelse med hvordan hensynet til barnets beste skal vurderes. Det kan også da vanskelig sies at det foreligger en reell fare for skadevirkninger av betydning, hvis ikke vurderingen er direkte knyttet opp mot barnet det gjelder.

Dette kan trekke i retning av at barnet bør tilbakeføres i tvilstilfeller. Det må imidlertid foretas en konkret vurdering, hvor hensynet til barnets beste alltid vil være avgjørende.

Legalitetsprinsippets tyngde svekkes når hensynet til barnet trekker i motsatt retning⁷⁹. Er det imidlertid tvil om hva som vil være til barnets beste, tilsier legalitetsprinsippet etter min mening at omsorgsovertakelsen i slike tilfeller bør oppheves.

4.5 Saksbehandlingstidens betydning for tilbakeføring

Tilbakeføring vil som nevnt ikke være aktuelt dersom barnet har fått en så sterk tilknytning til fosterforeldrene at det vil kunne være skadelig for barnet dersom det blir flyttet. Lang saksbehandlingstid er en av faktorene som kan medføre at en slik tilknytning oppstår. Slik EMD uttaler det i *Strand Lobben med flere mot Norge*, vil hensynet til barnets beste kunne gå foran foreldrenes interesser når det har gått lang tid siden omsorgsovertakelsen;

«However, when a considerable period of time has passed since the child was originally taken into public care, the interest of a child not to have his or her de facto family situation changed again may override the interests of the parents to have their family reunited [...]»

(avsnitt 208).

Det følger av Rt. 1991 s. 668 at lang saksbehandlingstid er uten betydning for vurderingen av tilbakeføring, og at dette ikke kan vektlegges i favør av en tilbakeføring (s. 673). Det kan høres urimelig ut at lang saksbehandlingstid eller feil i forvaltningens saksbehandling ikke får betydning for tilbakeføringsspørsmålet. Høyesterettsdommer Steinar Tjomsland har tidligere argumentert for hvorfor det bør være slik. Domstolene skal vurdere hvilken løsning som vil være til barnets beste på domstidspunktet. Domstolene kan ikke treffe en gitt avgjørelse som rammer barnet, som en sanksjon på feil ved saksbehandlingen⁸⁰.

Det er klart at lang saksbehandlingstid ikke kan vektlegges på bekostning av hensynet til barnets beste. Det er nettopp derfor det bør stilles strengere krav til saksbehandlingstidens lengde.

EMD har flere ganger påpekt viktigheten av hurtig saksbehandling i denne type saker. Det kan for eksempel vises til plenumsdommen *H mot Storbritannia*⁸¹. Saken gjaldt nektelse av samvær og adopsjon, og klageren (mor) mente at rettergangen, herunder lang

⁷⁹ Sandberg (2003) s. 38

⁸⁰ Tjomsland (2003) s. 19–20

⁸¹ *H mot Storbritannia* [P] no. 9580/81

saksbehandlingstid, medførte en krenkelse av hennes rett til familieliv etter EMK artikkel 8. Retten fant at den lange saksbehandlingstiden innebar en krenkelse av både artikkel 6 (1) og 8. Retten poengterer at lang saksbehandlingstid i slike saker kan medføre en reell avgjørelse i saken før den kommer til domstolen, og at lang saksbehandlingstid kan medføre irreversible konsekvenser (avsnitt 85 og 90). Dette er av særlig betydning for tilknytningsalternativet – jo lenger tid som går, jo sterkere tilknytning vil barnet få til sine fosterforeldre, og jo vanskeligere blir en tilbakeføring.

Saksbehandlingstiden er også av betydning for tilbakeføring når foreldre blir mistenkt for vold eller seksuelle overgrep, men som resulterer i frikjennelse. Lang saksbehandlingstid vil i slike tilfeller kunne medføre at barnet ikke kan tilbakeføres fordi det har gått for lang tid mellom omsorgsovertakelsen og frikjennelsen.

For å belyse denne problematikken kan det vises til to eksempler fra norsk rettspraksis. Saken fra Borgarting lagmannsrett i LB-2018-151798 fra juli 2019 illustrerer flere utfordringer ved dagens system.

Saken omhandlet et foreldrepar som tok med sitt nyfødte barn til legevakten, hvor det ble oppdaget at barnet hadde flere brudd i kroppen. Foreldrene ble straks siktet, og ble tiltalt for grov barnemishandling etter straffeloven av 1902 § 219 annet ledd (nå § 283 grov mishandling i nære relasjoner i straffeloven av 2005). Paret ble dømt til fengsel i tingretten under dissens, men frikjent i lagmannsretten, også under dissens. Barnet var født med en hjertefeil som kunne medføre benskjørhet, og det kunne derfor ikke bevises utover enhver rimelig tvil at foreldrene hadde påført barnet de aktuelle skadene. Den totale saksbehandlingstiden fra foreldrene ble siktet og frikjent i lagmannsretten var fem år, og fikk i denne perioden kun se sønnen ved noen få anledninger. Når barn blir tatt ut av hjemmet i løpet av det første leveåret som i dette tilfellet, viser praksis fra Høyesterett at tilbakeføring flere år senere som oftest ikke vil være til barnets beste. Tilknytningsalternativet vil i slike tilfeller ofte sperre for tilbakeføring⁸².

En annen sak som belyser problemet med lang saksbehandlingstid er en sak fra 2011 hvor en far ble siktet av politiet for grov mishandling av sin fire måneder gamle sønn. Tre år senere

⁸² Jf. blant annet Rt. 1986 s. 946, Rt. 1986 s. 1189, Rt. 1991 s. 1090 og Rt. 2002 s. 875

ble han renavasket av politiet, og saken ble henlagt som intet straffbart forhold. Da etterforskningen var avsluttet, var gutten nærmere fire år, og faren fikk tilbake foreldreansvaret. Han valgte imidlertid å gi fra seg omsorgen fordi guttens tilknytning til fosterforeldrene hadde blitt for sterk, og mente derfor at det var vil sønnens beste å forbli i fosterhjemmet. Politiet brukte tre år på å etterforske saken, og riksadvokaten har kritisert politiet for dette i ettertid⁸³.

De ovennevnte sakene viser hvordan lang saksbehandlingstid kan være problematisk i relasjon til tilknytningsalternativet etter bvl. § 4-21 første ledd, andre punktum. I dag har hverken politiet eller domstolene noen tidsfrist på saksbehandlingstiden for saker som gjelder vold og overgrep mot barn. I saker om voldtekt har politiet en tidsfrist på 130 dager fra anmeldelse til påtalevedtak i politiet, og i saker om grov vold etter strl. §§ 272-274 har politiet en tidsfrist på 90 dager⁸⁴. Fristen gjelder imidlertid ikke for saker hvor den fornærmede er et barn.

Hvorfor det ikke foreligger tilsvarende tidsfrister i saker om vold mot barn er betenkelig. Mishandling i nære relasjoner, herunder vold mot barn, er å anse som et betydelig samfunns- og folkehelseproblem⁸⁵, og etterforskning av saker som omhandler vold mot barn skal særlig prioriteres i 2020⁸⁶. Basert på statistikk fra Rettsmedisin i Oslo for perioden 2000-2015, dør det trolig seks til syv barn hvert år i Norge som følge av grov omsorgssvikt, mishandling og drap⁸⁷. NRK har gransket over hundre grove barnevoldssaker de siste seks årene, og undersøkelsen viser at flere barnevoldssaker blir liggende urørt i månedsvis⁸⁸.

En arbeidsgruppe som ble oppnevnt av justis- og beredskapsdepartementet 26. juli 2018, foreslår i sin rapport at det bør innføres en tidsfrist for politiet og domstolene i saker som omhandler vold og overgrep mot barn⁸⁹. Arbeidsgruppen mener for det første at saksbehandlingsfristen på 130 dager for voldtektssaker også bør gjelde for voldtekt av barn

⁸³ Saken er hentet fra NRK: <https://www.nrk.no/nar-foreldre-skader-barn/politiet-far-kraftig-kritikk-for-a-ha-brukt-unodvendig-lang-tid-i-barnevoldssak-1.14308353> 08.06.20

⁸⁴ Rundskriv 1/2020 s. 6

⁸⁵ Ibid s. 10

⁸⁶ Ibid s. 9

⁸⁷ NOU 2017:12 Svikt og svik, Del 2, kapittel 4, punkt 4.2.1, andre avsnitt

⁸⁸ <https://www.nrk.no/trondelag/barn-ma-vente-i-manedsvis-pa-svar--men-riksadvokaten-vil-ikke-ha-tidsfrister-i-barnevoldssaker-1.14892366> 08.06.20

⁸⁹ Rapport fra arbeidsgruppe som har sett på saksflyt i saker som gjelder overgrep mot barn (oppnevnt av Justis- og beredskapsdepartementet 26. juli 2018)

under 14 år. I tillegg foreslås det at saksbehandlingsfristen for voldssaker på 90 dager erstattes med en saksbehandlingsfrist i saker hvor barn utsettes for vold etter straffeloven §§ 272-274 og §§ 282-283 (side 87-88).

Til tross for at 7/10 statsadvokatembeter støtter en ny tidsfrist i etterforskninger som omhandler barnevold, har Riksadvokaten stilt seg negativ til en slik frist⁹⁰. Begrunnelsen er at tidsfrister kan gå utover kvaliteten på etterforskningen, og at frister kan medføre at saker går foran andre saker som ikke nødvendigvis er mindre alvorlige. Det kan da spørres hva som er begrunnelsen for at vi har en generell tidsfrist for voldssaker for vold mellom voksne, men som ikke gjelder for barn. Fristen i de øvrige sakene medfører at saker om barnevold blir nedprioritert. For å sikre at ikke flere foreldre mister omsorgen for barna sine grunnet lang saksbehandlingstid, bør det i relasjon til tilknytningsalternativet innføres en tidsfrist også i barnevoldssaker.

En forutsetning for kortere saksbehandlingstid er en økning av ressurser både i politiet og domstolene. I februar 2019 utviste flere etterforskningsledere sin frustrasjon over at flere barnevoldssaker ikke blir fulgt opp godt nok grunnet for lite bemanning⁹¹. Flere saker blir liggende i månedsvis uten oppfølging. Systemet svikter de mest sårbare i samfunnet vårt, og det er på tide at det innføres en frist også i saker om barnevold.

⁹⁰ <https://www.nrk.no/trondelag/barn-ma-vente-i-manedsvis-pa-svar--men-riksadvokaten-vil-ikke-ha-tidsfrister-i-barnevoldsaker-1.14892366> 08.06.20

⁹¹ <https://www.nrk.no/nar-foreldre-skader-barn/etterforskningsledere-slar-alarm--ikke-nok-politifolk-til-a-etterforske-barnevold-1.14384293> 08.06.20

5 Avsluttende bemerkninger

5.1 Bedre vern av barn og foreldres rett til familieliv?

Det har vist seg at tilknytningsalternativet medfører flere utfordringer i praksis. Mitt synspunkt er, slik praksisen er i dag, at utgangspunktet om midlertidighet og tilbakeføring ikke ivaretas i tilstrekkelig grad. Utfordringene ved dagens system medfører at tilbakeføring ofte blir «illusorisk», og tilknytningsalternativet gjør at gjenforening ofte ikke er mulig.

På bakgrunn av dommene fra EMD, må norske myndigheter verne om og beskytte retten til familieliv i større grad. Det stilles krav til at norske myndigheter aktivt må jobbe for tilbakeføring. Men hva må gjøres i denne sammenheng?

For det første bør det utvises mer tilbakeholdenhet med å fastslå at plasseringer skal være langvarig. For det andre må samværspraksisen endres, og det må tas avstand fra den standardiserte ordningen. Dommene fra EMD må imidlertid ikke føre til at det fastsettes for mye samvær som kan være skadelig for barnet. Det konkrete barnets beste må hele tiden være avgjørende.

For det tredje krever barnevernsaker sin kompleksitet at de behandles grundigere i rettssystemet, og av dommere som har faglig tyngde og spesiell kompetanse. Praksis viser at saker om tilbakeføring ofte er vanskelige, og at det ofte oppstår tvil om hva som vil være den beste løsningen. Dette tilsier at det er behov for større kompetanse i domstolene, og at det er behov for en endring ved den rettslige behandlingen av barnevernsaker.

For det fjerde bør saksbehandlingstidens lengde undersøkes nærmere i relasjon til tilknytningsalternativet, særlig når det gjelder etterforskning av barnevold i politiet. Raskere etterforskning og avklaring av saker kan føre til at færre familieband brytes grunnet feilaktige antagelser, og vil i tillegg i større grad bidra til å beskytte barn mot vold.

Det er klart at det er behov for bedre vern av barn og foreldres rett til familieliv i norsk rett. Hvordan endringene bør gjennomføres i praksis er imidlertid opp til andre å bestemme. Det kan se ut til at Høyesterett nå endrer praksis for fastsettelse av samvær. Vi venter også på ny barnevernslov som for tiden er på høring, og kommer til behandling våren 2021. Det blir spennende å se om de siste dommene fra EMD medfører endringer i den nye loven.

6 Kilde- og litteraturliste

Norske lover

Kongeriket Norges Grunnlov 17. Mai 1814 (Grunnloven)

Lov 22. mai 1902 nr. 10 Almindelig borgerlig Straffelov

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

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

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

Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (Straffeloven)

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

Lov 19. juni 2009 nr. 45 om endringer i barnevernloven

Lov 20. april 2018 nr. 5 om endringer i barnevernloven mv. (bedre rettssikkerhet for barn og foreldre)

Norske forskrifter

Forskrift 18. desember 2003 nr. 1659 om fosterhjem

Internasjonale konvensjoner

Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter, Roma 4. november 1950 (Den europeiske menneskerettskonvensjon)

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

Internasjonale kommentarer

General Comment no. 14 (2013): The right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1) (FNs barnekomité sin generelle kommentar no. 14)

Norske lovforarbeider

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

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

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

Prop. 169 L (2016-2017) Endringer i barnevernloven mv. (bedre rettssikkerhet for barn og foreldre)

Offentlige utredninger

NOU 1985:18 Lov om sosiale tjenester mv.

NOU 2000:12 Barnevernet i Norge – tilstandsvurderinger, nye perspektiver og forslag til reformer

NOU 2012:5 Bedre beskyttelse av barns utvikling

NOU 2016:16 Ny barnevernslov – sikring av barnets rett til omsorg og beskyttelse

NOU 2017:8 Særdomstoler på nye områder? Vurdering av nye domstolsordninger for foreldretvister, barnevernsaker og utlendingssaker

NOU 2017:12 Svikt og svik – gjennomgang av saker hvor barn har vært utsatt for vold, seksuelle overgrep og omsorgssvikt

Høringsuttalelser

Særdomsstolsutvalgets utredning – Høringssvar fra Den norske dommerforening 10.11.2017

Norsk rettspraksis

Rt. 1982 s. 764

Rt. 1984 s. 289

Rt. 1986 s. 1189

Rt. 1986 s. 946

Rt. 1987 s. 805

Rt. 1991 s. 1090

Rt. 1991 s. 668

Rt. 1992 s. 1303

Rt. 1992 s. 242

Rt. 1995 s. 447

Rt. 1996 s. 1203

Rt. 1997 s. 170

Rt. 2002 s. 875

Rt. 2002 s. 908

Rt. 2004 s. 999

Rt. 2012 s. 1832

Rt. 2015 s. 93

HR-2015-1929-U

HR-2020-661-S

HR-2020-662-S

LB-2018-151798 (Borgarting lagmannsrett)

TTONS-2008-83302 (Nord-Østerdal tingrett)

TNOST-2010-153-052-2 (Tønsberg tingrett)

Praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD)

Pedersen med flere mot Norge [J] no. 39710/15, ECHR 2020 (second section)

Hernehult mot Norge [J] no. 14652/16, ECHR 2020 (second section)

Strand Lobben med flere mot Norge [GC] no. 37283/13, ECHR 2019

K.O og V.M mot Norge [J] no. 64808/16, ECHR 2019 (second section)

A.S mot Norge [J] no. 60371/15, ECHR 2019 (second section)

Abdi Ibrahim mot Norge [J] no. 15379/16, ECHR 2019 (second section)

Adele Johansen mot Norge [J] no. 17383/90 ECHR 1996-III

H mot Storbritannia [P] no. 9580/81 ECHR 1987

Juridisk litteratur

Bøker

Bendiksen, Lena R.L og Trude Haugli, “*Sentrale emner i barneretten*”, 3. utg., Universitetsforlaget 2018

Lindboe, Knut, “*Barnevernrett*” 6. Utg., Universitetsforlaget 2012

Ofstad, Kari og Randi Skar, «*barnevernloven med kommentarer*», 6. utg., Gyldendal Akademisk 2015

Sandberg, Kirsten, “*Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse*”, Gyldendal Akademisk. Oslo 2003

Tjomsland, Steinar, «*Barnevern og omsorgsovertakelse*» 2. utg., Kommuneforlaget 2003.

Juridiske artikler

Andersland, Geir Kjell, «*Bedre rettslig behandling av barnesaker?*», Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål 2017 s. 169–183.

Sandberg, Kirsten, «*Storkammeravgjørelsene om barnevern*», Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål 2020 s. 148–159

Tabeller og rapporter

Statistisk sentralbyrå (hentet fra ssb.no):

Tabell 04443: Barn med tiltak per 31.12., etter region, omsorgs-/hjelpetiltak, statistikkvariabel og år

Elisabeth Gording Stang og Gunn-Astrid Baugerud, «samvær etter omsorgsovertakelse- en barnefaglig og juridisk utredning», OsloMet Rapport 2018 nr. 10, OsloMet – Storbyuniversitetet 2018

Rapport fra arbeidsgruppe som har sett på saksflyt i saker som gjelder overgrep mot barn (oppnevnt av Justis- og beredskapsdepartementet 26. juli 2018)

Rundskriv

Rundskriv nr. 1/2020 fra Riksadvokaten – Mål og prioriteringer for straffesaksbehandlingen i 2020, Oslo, 15. februar 2020

Kilder hentet fra Internett

Barne-, ungdoms-, og familiedirektoratet (bufdir.no) “Oppsummert status i tall for barnevernet”, 26. februar 2015 (sist oppdatert 31. Mars 2020)

https://bufdir.no/Statistikk_og_analyse/Barnevern/Oppsummert_status_i_tall_for_barnevernet/ (lest 08.06.20)

Rita Kleven, Nareas Sae-Khow og Kjartan Trana, «Riksadvokaten reagerer på politisommel i barnevoldssak: - Skal ikke skje», NRK, 9. februar 2019

<https://www.nrk.no/nar-foreldre-skader-barn/politiet-far-kraftig-kritikk-for-a-ha-brukt-unodvendig-lang-tid-i-barnevoldssak-1.14308353> (lest 08.06.20)

Rita Kleven, «Riksadvokaten vil ikke innføre tidsfrister i barnevoldssaker», NRK, 29. mars 2020

<https://www.nrk.no/trondelag/barn-ma-vente-i-manedsvis-pa-svar--men-riksadvokaten-vil-ikke-ha-tidsfrister-i-barnevoldsaker-1.14892366> (lest 08.06.20)

Rita Kleven og Nareas Sae-Khow, “Etterforskningsledere slår alarm – ikke nok politifolk til å etterforske barnevold», NRK, 21. februar 2019.

<https://www.nrk.no/nar-foreldre-skader-barn/etterforskningsledere-slar-alarm--ikke-nok-politifolk-til-a-etterforske-barnevold-1.14384293> (lest 08.06.20)