

179227

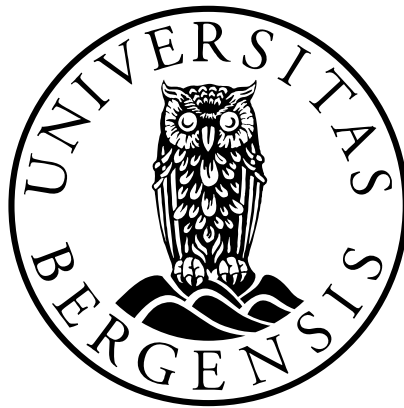
Hensynet til barnets beste ved tiltak etter barnevernloven

Hjelpetiltak, omsorgsovertakelse og tilbakeføring

Ord: 12 593

Studentnummer: 179227

Veileder: Gudrun Holgersen



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

Bergen, 09.12.12

INNHOLDSFORTEGNELSE

INNHOLDSFORTEGNELSE.....	2
1. HJELPETILTAK, OMSORGSOVERTAKELSE OG TILBAKEFØRING.....	3
1.1. INNLEDNING.....	3
1.2. OPPGAVEN VIDERE.....	4
1.3. METODE.....	4
2. DE ULIKE TILTAKSGRUPPER	5
2.1. TVANGSTILTAK GENERELT.....	5
2.2. OMSORGSOVERTAKELSE.....	5
2.3. OPPHEVELSE AV OMSORGSOVERTAKELSE (TILBAKEFØRING).....	6
2.4. HJELPETILTAK.....	7
2.5. PÅLAGTE HJELPETILTAK.....	8
3. DE GRUNNLEGGENDE HENSYN BAK BARNEVERNLOVEN.....	8
3.1. BARNETS BESTE.....	8
3.1.1. GENERELLE UTGANGSPUNKTER.....	8
3.1.2. NÆRMERE OM VURDERINGEN.....	9
3.2. BARNETS BESTE OG FORHOLDET TIL ANDRE HENSYN OG PRINSIPPER.....	10
3.2.1. DET BIOLOGISKE PRINSIPP.....	10
3.2.2. DET MINSTE INNGREPS PRINSIPP.....	11
3.2.3. BARNETS RETT TIL Å BLI HØRT.....	12
4. PROBLEMSTILLINGER I FORHOLD TIL BARNETS BESTE ILLUSTRERT VED HØYESTERETTSPRAKSIS.....	14
4.1. NÆRMERE OM PROBLEMSTILLINGENE.....	14
4.2. HJELPETILTAK.....	14
4.2.1. HENSYNET TIL BARNETS BESTE OG FORELDRENE SAMTYKKE VED HJELPETILTAK.....	14
4.2.2. HJELPETILTAK KREVER FORELDRENE SAMTYKKE, BÅDE FØR OG ETTER OMSORGSOVERTAKELSE.....	15
<i>Rt. 1996 s. 203</i>	16
<i>Rt. 2005 s.624</i>	16
4.3. HENSYNET TIL BARNETS BESTE OG DET BIOLOGISKE PRINSIPP VED TVANGSTILTAK.....	17
<i>Rt. 1997 s. 170</i>	17
<i>Rt. 2002 s. 875</i>	18
<i>Rt. 2004 s. 1683</i>	19
<i>Rt. 2006 s. 1308</i>	19
TIDLIGERE BEHANDLET RETTSPRAKSIS.....	20
4.4. OPPSUMMERING.....	20
5. NOU 2012:5.....	21
5.1. GENERELT OM UTREDNINGEN.....	21
5.2. UTVALGET OM OMSORGSOVERTAKELSE.....	22
5.3. UTVALGET OM PÅLAGTE HJELPETILTAK.....	23
5.4. AVSLUTTENDE EGNE REFLEKSJONER RUNDT NOU 2012:5.....	24
5.4.1. DET FJERDE PRINSIPPET, TILKNYTNINGSPRINSIPPET.....	24
5.4.2. SENKING AV TERSKEL FOR TILSYN OG UTVIDELSE AV PÅLAGTE HJELPETILTAK, JF. BVL. § 4-4, 4. LEDD.....	24
LITTERATURLISTE M.M.....	26

Hensynet til barnets beste ved tiltak etter barnevernloven

1. Hjelpetiltak, omsorgsovertakelse og tilbakeføring

1.1 Innledning

Temaet for denne oppgaven er hvordan hensynet til barnets beste blir ivaretatt gjennom tiltak som gjennomføres av barnevernet med hjemmel i barnevernloven. Hovedfokuset kommer til å være på hensynet til barnets beste. Jeg kommer samtidig til å vurdere hvordan det biologiske prinsipp, det minste inngreps prinsipp og barnets rett til å bli hørt blir vektlagt ved vurderingen av hensynet til barnets beste. Av de ulike tiltak barnevernet gjennomfører har jeg valgt å legge hovedvekt på vedtak om omsorgsovertakelse, opphør av vedtak om omsorgsovertakelse i tillegg til frivillige hjelpetiltak og påleggelse av hjelpetiltak.

I utgangspunktet er det foreldrene som har ansvaret for barnets omsorg. Offentlige myndigheter, herunder barnevernet, kan kun unntaksvis gripe inn med tvang hvis loven gir hjemmel for det. Denne nødvendigheten for lovhjemmel ved inngrep kalles for legalitetsprinsippet og er et viktig og anerkjent prinsipp i norsk rett. Barnevernloven gir barnevernet adgang til å gripe inn i barnets omsorgssituasjon når det ikke får tilstrekkelig omsorg fra foreldrene.¹ Rene hjelpetiltak krever imidlertid samtykke fra foreldrene og er ikke å anse som et inngrep. Barnevernet kan sies å fungere som en del av et kontrollsystem der loven regulerer forholdet mellom det offentlige og familien.²

Barnevernloven av 1992 nr 100 (heretter bvl.) har som formål å “sikre at barn og unge som lever under forhold som kan skade deres helse og utvikling, får nødvendig hjelp og omsorg til rett tid”, samt at “barn og unge får trygge oppvekstvilkår”, jf. bvl. § 1-1. Tiltak etter barnevernloven kan i utgangspunktet «treffes overfor barn under 18 år», jf. bvl. § 1-3. Barnevernloven av 1992, avløste den eldre barnevernlov av 17. juli 1953 nr. 14. Den nye loven av 1992, endret ikke barnevernets inngrepsadgang i forhold til den gamle loven. Dette er også bekreftet i rettspraksis, se blant annet Rt. 1996 s. 1203 på side 1207. Det vil si at rettspraksis etter 1953- loven også vil være aktuell ved anvendelse av 1992-loven.

For at lovens formål skal kunne oppnås i størst mulig grad, åpner lovens kapittel 4 for at barneverntjenesten kan igangsette forskjellige tiltak av ulik inngripende karakter overfor barnet. Disse tiltakene vil involvere barnets foreldre eller omsorgspersoner i forskjellig grad og kan deles inn i to grupper: hjelpetiltak og tvangstiltak. Slike tiltak kan kun igangsettes etter at vilkårene i den aktuelle bestemmelse er oppfylt. Det er i tillegg avgjørende at det valgte tiltak er «til beste for barnet», jf. bvl. § 4-1. Det er også viktig at barnet blir informert og hørt under hele prosessen. Bvl. § 6-3 åpner for at barn fra fylte 7 år og yngre barn «som er i stand til å danne seg egne synspunkter, skal informeres og gis anledning til å uttale seg før det tas avgjørelse i sak som berører ham eller henne. Barnets mening skal tillegges vekt i samsvar med barnets alder og modenhet». Hva som ligger nærmere i disse bestemmelsene skal jeg komme tilbake til.

Barns rettigheter er styrket gjennom FNs Barnekonvensjon som er inkorporert i norsk lov gjennom lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven). Etter konvensjonens artikkel 3, ”skal barnets beste være et *grunnleggende hensyn*”... ”[v]ed alle handlinger som berører barn, enten de foretas av offentlige eller private velferdsorganisasjoner, domstoler, administrative myndigheter eller lovgivende organer” (min

¹ NOU 2012:5, *Bedre beskyttelse av barns utvikling*, side 36

² Lindboe, Knut, *Barnevernrett*, 6. utg. 2012, Oslo, side 23

kursivering). Partene i en barnevernsak skal videre: «garantere et barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter, retten til fritt å gi uttrykk for disse synspunkter i alle forhold som vedrører barnet, og tillegge barnets synspunkter behørig vekt i samsvar med dets alder og modenhet», jf Barnekonvensjonen art 12.

1.2 Oppgaven videre

Oppgaven videre vil ta for seg hvordan hensynet til barnets beste blir vektlagt i vurderingen av de forskjellige tiltaksgruppene og hvordan andre hensyn også blir brukt underveis i prosessen.

Jeg har i denne oppgaven under punkt 4, behandlet seks høyesterettsdommer fra perioden 1996 til 2006 for å kunne studere hvordan retten har tatt hensyn til barnets beste når de vurderer vilkårene for vedtak om omsorgsovertakelse, opprettholdelse av vedtak om omsorgsovertakelse (tilbakeføring) og igangsettelse av hjelpetiltak. Dommene er av eldre dato fordi det ikke finnes yngre høyesterettspraksis som er relevant for oppgaven. I tillegg har jeg behandlet to høyesterettsdommer fra 1998 og 2004 under emnet "Barnets rett til å bli hørt under punkt" 3.2.3

Barnevernssaker som kommer så langt som til Høyesterett, dreier seg stort sett om overprøving av vedtak om omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-12, eller oppheving av vedtak om omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-21. Saker som omhandler hjelpetiltak etter bvl. § 4-4, 2. ledd, går ikke så langt som til rettsapparatet fordi de er frivillige og krever foreldrenes samtykke. Barnevernet kan derfor ikke ta i bruk noen tvangsmidler overfor foreldrene. Saker som omhandler pålagte hjelpetiltak vil heller ikke gå så langt som til Høyesterett eller de andre underrettene, da det ikke er et apparat bak som kan håndheve pålegget hvis foreldrene skulle motsette seg det. Skulle en slik situasjon oppstå at foreldrene motsetter seg tiltakene, vil trolig saken bli ført for retten av det offentlige på annet grunnlag, for eksempel på bakgrunn av at vilkårene i bvl. § 4-12 er oppfylt.

I oppgavens punkt 3 kommer jeg til å forklare på generell basis hva som karakteriserer de forskjellige gruppene med tiltak. Videre vil hensynet til barnets beste bli forklart på et generelt grunnlag. De andre hensynene kommer til å bli forklart kort og vurdert opp mot hensynet til barnets beste. I punkt 4 vil jeg illustrere, gjennom rettspraksis, hvordan hensynet til barnets beste er blitt brukt i rettens vurdering. I punkt 5 kommer jeg til å gå gjennom utredningen fra lovutvalget i NOU 2012:5 generelt, deretter vil jeg gå gjennom de tema som er aktuelt for denne oppgaven: om omsorgsovertakelse og pålagte hjelpetiltak. Til sist vil jeg avslutte med en selvstendig vurdering av utvalgets utredning innenfor de nevnte temaer.

1.3 Metode

Rettskildene jeg har brukt i denne oppgaven er barnevernloven, barneloven, barnekonvensjonen og forarbeidene til barnevernloven. Jeg har i min oppgave benyttet meg av åtte høyesterettsdommer fra perioden 1996-2006. Disse er: Rt. 1996 s.1203, Rt. 1997 s. 170, 1998 s. 1702, Rt. 2002 s. 875, Rt.2004 s.999, Rt. 2004 s. 1683, Rt. 2005 s. 624 og Rt. 2006 s. 1308. Bakgrunnen for at jeg har valgt å benytte meg av nettopp disse er at de inneholder vurderinger av barnets beste, vurderinger av det biologiske prinsipp, det minste inngreps prinsipp og barnets rett til å bli hørt. Grunnlaget for sakene har vært omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-12 eller opphør om vedtak om omsorgsovertakelse (tilbakeføring) etter bvl. § 4-21.

Av juridisk teori har jeg benyttet meg av litteratur som behandler emnet barnevernrett. Se litteraturliste på side 26 for en fullstendig oversikt. Jeg har gått gjennom NOU 2012:5 «Bedre beskyttelse av barns utvikling» for å studere hva utvalget mener om hensynet til barnets beste og hvordan de andre hensynene, slik som det biologiske prinsipp, burde vektlegges.

Siktemålet med oppgaven har vært å kartlegge hva som er gjeldende rett i barnevernretten i forhold til bruken av hensynet til barnets beste ved de forskjellige tiltak. Dette skal gjøres gjennom en analyse av relevant rettspraksis. Med gjeldende rett menes den rettstilstand som ut fra dagens rettskildebilde er oppfattet som den riktige regel. Behandling av barnevernsaker i rettsapparatet forekommer med jevne mellomrom, og dagens rettstilstand er i stor grad klarlagt av praksis fra Høyesterett ettersom høyesterettsdommer kan sies å gi uttrykk for det som er gjeldende rett.

Likevel kan det resultat Høyesterett kommer frem til oppfattes som feil da det avviker fra det som tilsynelatende er gjeldende rett. Høyesteretts synspunkt skal likevel legges til grunn med mindre det foreligger tungtveiende rettskildemessige argumenter som taler i mot.³

2. De ulike tiltaksgrupper

2.1 Tvangstiltak - generelt

Et tvangstiltak er en form for inngrep som barnevernet kan foreta overfor foreldrene uten at de kan motsette seg dette. Når vilkårene for et tvangstiltak er oppfylt, er omsorgssituasjonen hos barnet så alvorlig at barnevernet kan gripe inn selv om det måtte være mot foreldrenes vilje. Skulle foreldrene nekte gjennomføring av tiltaket, har barnevernet myndighet til å sette makt bak vedtaket, jf. bvl. § 6-8. Den mest inngripende formen for tvangstiltak er fratakelse av foreldreansvar ved adopsjon, jf. bvl. § 4-20. For at adopsjon skal kunne gjennomføres, må særlige hensyn gjøre seg gjeldende. Av hensyn til oppgavens gitte rammer, vil jeg avgrense mot dette temaet og adopsjon vil ikke bli behandlet videre.

2.2 Omsorgsovertakelse

Den vanligste formen for tvangstiltak er omsorgsovertakelse som har hjemmel i bvl. § 4-12. Hvis et vedtak om omsorgsovertakelse blir truffet, vil barnets foreldre bli fratatt sin omsorg for barnet som da blir flyttet til en institusjon eller et fosterhjem. For at denne bestemmelsen skal kunne anvendes, må det enten foreligge «alvorlige mangler» ved barnets daglige omsorg eller «i forhold til den personlige kontakt og trygghet» barnet trenger i sin alder og utvikling. Omsorgsovertakelse kan også finne sted hvis barnet er funksjonshemmet eller på en annen måte hjelpetrengende og foreldrene ikke dekker «barnets særlige behov for behandling og opplæring». Vilkårene for omsorgsovertakelse kan også være oppfylt hvis barnet er blitt mishandlet eller utsatt for alvorlige overgrep av foreldrene eller i hjemmet, eller «det er overveiende sannsynlig at barnets helse eller utvikling kan bli alvorlig skadd» fordi foreldrene ikke er i stand til å ta ansvar for barnet, jf. bvl. § 4-12, 1. ledd, bokstav a, b, c og d.

Selv om vilkårene i bvl. § 4-12, 1. ledd, bokstav a-d er oppfylt, kan et vedtak om omsorgsovertakelse bare treffes dersom «det er nødvendig ut fra den situasjon barnet befinner seg i», noe som fastslår at en omsorgsovertakelse skal være til barnets beste.⁴ Det er viktig å presisere at hensynet til barnets beste som er stadfestet i bvl. § 4-1, skal vurderes kontinuerlig

³ Sandberg, Kirsten, *Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse*, Oslo, 2003, side 27

⁴ Gyldendal Rettsdata Lovkommentar til barnevernloven av 1992 nr 100 note 163 ved Harald Hove til § 4-12, 2. ledd.

gjennom hele prosessen fra barnevernet kommer i kontakt med barnet, underveis når tiltak blir igangsatt og i ettertid ved å følge opp barnet.

Videre kan det ikke treffes vedtak om omsorgsovertakelse dersom barnets situasjon kan avhjelpest med hjelpetiltak etter bvl. § 4-4 eller tiltak etter §§ 4-10 og 4-11, jf. bvl. § 4-12, 2. ledd. Bestemmelsen viser at man skal vurdere kontinuerlig hva som er til det beste for barnet da man ikke skal igangsette en omsorgsovertakelse hvis barnet kan hjelpes ved et mindre inngripende tiltak etter bvl. § 4-4.

2.3 Opphevelse av omsorgsovertakelse (tilbakeføring)

Barnevernloven gir ikke bare myndighet til å treffe vedtak om tiltak. Den gir også myndighet til å oppheve de vedtak som er gitt. Baktanken ved vedtak om omsorgsovertakelse er som oftest at barnet på et senere tidspunkt skal tilbakeføres til sine biologiske foreldre. Det følger av bvl. § 4-21, 1. ledd 1. punktum at der fylkesnemnda finner det ”overveiende sannsynlig at foreldrene kan gi barnet forsvarlig omsorg”, kan vedtaket oppheves. Dette kan imidlertid ikke gjøres i de tilfeller der barnet har fått en slik ”tilknytning til mennesker og miljø der det er, at det etter en samlet vurdering kan føre til alvorlige problemer for barnet om det blir flyttet”, jf. bvl. § 4-21, 1. ledd 2. punktum.

Bestemmelsens ordlyd gir uttrykk for to vurderingstemaer. For det første må man vurdere barnets tilknytning til fosterhjemmet og om en flytting vil føre til langvarige alvorlige problemer for barnet. For det andre må man vurdere omsorgsevnen til personene som kommer til å være rundt barnet ved en tilbakeføring. En flytting vil kunne være en anstrengelse for barnet. Hvis de biologiske foreldrene er forberedt, og har evne til å hjelpe barnet gjennom den påkjenningen det vil være å flytte, skal dette telle positivt. At barnet i en mindre periode vil føle seg deprimert, må sies å være naturlig og skal ikke nødvendigvis være avgjørende.

I følge forarbeidene skal man ved en tilbakeføring, vurdere om ”... tilknytningen til biologiske foreldre i seg selv kan være en ressurs for barnet. Problemer av mindre alvorlig, eller forbigående karakter, bør derfor ikke være utslagsgivende dersom foreldrene ellers kan gi barnet en varig forsvarlig omsorgssituasjon”.⁵

I utgangspunktet regulerer bvl. §§ 4-12 og 4-21 to forskjellige situasjoner. Førstnevnte bestemmelse regulerer situasjonen når omsorgen for barnet for første gang blir tatt fra foreldrene. Sistnevnte regulerer den situasjon at omsorgen for barnet har vært fratatt foreldrene en periode og de ønsker å prøve og få vedtaket om omsorgsovertakelse opphevet (tilbakeføring). Likheten ved begge situasjonene er at barnet ofte har vært borte fra foreldrene en periode, uansett om det er første gang omsorgen blir vurdert eller om det er en tilbakeføring som vurderes. Det tar tid før saker om omsorgsovertakelse kommer opp til behandling, og i mellomtiden er barnet gjerne plassert i akutthjem eller ved en institusjon.

I realiteten vil retten derfor behandle vilkårene i bvl. § 4-12 først, uavhengig av om det er vedtak om omsorgsovertakelse eller om det er en sak om overprøving av vedtak om omsorgsovertakelse. Dette er også bekreftet av Høyesterett. I dom inntatt i Rt. 2004 s. 1683, dreiet det seg om overprøving av vedtak om omsorgsovertakelse for en jente på 7,5 år, som hadde bodd tre år i fosterhjem. Retten uttalte at: «...[s]elv om C har vært under barneverntjenestens omsorg siden 2001, skal saken fortsatt prinsipielt sett vurderes etter § 4-12, ikke som en tilbakeførings sak etter § 4-21, jf. dommene i Rt-2002-327 og Rt-2002-875.

⁵Ot.prp. nr 44 (1991-1992) side 55

I den førstnevnte saken ble det vist til dommen i Rt-1996-1203 (på side 1207) med videre henvisninger til Rt-1991-1355 og i Rt-1993-671. Det fremgår av disse avgjørelsene at betydningen av denne forskjellen er av mer *teoretisk enn praktisk karakter*» (punkt 30, min kursivering).

Situasjonen i dag er imidlertid noe annerledes da vilkåret i bvl. § 4-21, 1. ledd 1. punktum ble skjerpet ved en lovendring i 2009, fra “forsvarlig omsorg”, til “overveiende sannsynlig at foreldrene kan gi barnet forsvarlig omsorg”. Det vil si det ikke er nok med vanlig sannsynlighetsovervekt på 51 %.

Bakgrunnen for skjerpingen av beviskravet er at et barn som allerede er under barnevernets omsorg, trolig har et stort behov for en trygg og stabil omsorgssituasjon. Barnet har antagelig negative erfaringer med de biologiske foreldrene. Selv om forholdene ved de biologiske foreldrene har endret seg, vil disse negative erfaringene kunne skape utrygghet for barnet og redsel for at lignende erfaringer skal skje igjen.⁶

Skjerpingen av vilkåret vil kunne få betydning for domstolenes prøving av vedtak etter bvl. § 4-12 og vil kunne skille seg fra andre vurderinger i lignende saker.⁷ Hvor stor betydning endringen vil få i praksis er noe usikkert. I forarbeidene til lovendringen fremhever Departementet at Dommerforeningen har uttalt at “den anser det sannsynlig at de fleste dommere i praksis allerede i dag krever mer enn sannsynlighetsovervekt for at omsorgen vil være forsvarlig ved spørsmål om tilbakeføring”.⁸

2.4 Hjelpetiltak

Den andre tiltaksgruppen, hjelpetiltak, har hjemmel i bvl. § 4-4 og er i motsetning til tvangstiltak av frivillig karakter. Det følger av § 4-4, 2. ledd at «[b]arneverntjenesten skal, når barnet på grunn av forholdene i hjemmet eller av andre grunner har særlig behov for det, sørge for å sette i verk hjelpetiltak for barnet og familien».

Det er foreldrene som må samtykke til hjelpetiltaket og barnet selv hvis det er over 15 år, jf. bvl. § 6-3, 2. ledd. At foreldrene må samtykke før barnevernet kan igangsette tiltaket overfor barnet, kan ikke leses direkte ut av loven. Ser man bestemmelsen i sammenheng med bvl. § 4-4, 4. ledd og fylkesnemndas myndighet til å pålegge hjelpetiltak, fremgår det likevel indirekte at hjelpetiltak etter § 4-4, 2. ledd er frivillig. Det fremgår også av regjeringens retningslinjer q-0982, retningslinjer om hjelpetiltak at «[h]jelpetiltak etter § 4-4 er frivillig, med unntak av tiltak etter § 4-4 fjerde ledd. Det er derfor opp til foreldrene om de vil ta imot tilbudet om hjelpetiltak eller ikke».⁹

Hjelpetiltak kan igangsettes i hjemmet overfor barnet isolert eller i familien som helhet. Eksempler på hjelpetiltak kan som det fremgår av bestemmelsen være støttekontakt, økonomisk støtte, avlastningstiltak for familien, igangsettelse av en fritidsaktivitet for barnet eller rådgivning. Lovens ordlyd er ikke uttømmende og det utvikles nye hjelpetiltak i takt med tiden.

⁶ Ot. Prp nr 69 (2008-2009) side 25

⁷ NOU 2012:5 s. 70 via Ot.prp. nr. 69 (2008-2009), side 25

⁸ Ot. Prp nr 69 (2008-2009) side 25

⁹ <http://www.regjeringen.no/nb/dep/bld/dok/rundskriv/2000/retningslinjer-om-hjelpetiltak-jf-barnev/4.html?id=279011>

Som nevnt over i punkt 2.2, skal barneverntjenesten som hovedregel vurdere igangsettelse av hjelpetiltak før et eventuelt tvangstiltak vurderes, jf. bvl. § 4-12 2. ledd. Tvangstiltak vil kun unntaksvis gjennomføres fordi det er av en slik inngripende karakter. Offentlige myndigheter vil derfor først og fremst prøve å avhjelpe en families situasjon med hjelpetiltak, før de går så langt som for eksempel å kreve omsorgen for barnet overdratt til andre.

2.5 Pålagte hjelpetiltak

En annen variant av tiltak som kan sies å være en blanding av hjelpetiltak og tvangstiltak, er de tiltak som fremgår av bvl. § 4-4, 4. ledd; pålagte hjelpetiltak. Disse kan gjennomføres selv om foreldrene motsetter seg det og kan sies å være et unntak fra frivillighetskriteriet som bvl. § 4-4, 2. ledd bygger på.¹⁰ Det er strengere vilkår for pålagte tiltak enn igangsettelse av andre hjelpetiltak etter § 4-4, 2. ledd, fordi dette er tiltak som ikke tar hensyn til om foreldrene samtykker eller ikke.

Bestemmelsen gir fylkesnemnda hjemmel til å pålegge to typer hjelpetiltak. Det første er opphold i barnehage eller andre dagtilbud. Tiltaket er avgrenset til at barnet er borte fra foreldrene på dagtid.¹¹ Dette tiltaket kan pålegges når fylkesnemnden finner det ”nødvendig”, jf. bvl. § 4-4, 4. ledd, 1. punktum. Nødvendighetskravet går først og fremst på barnets situasjon. Hvis man kan sikre barnet en tilfredsstillende omsorgssituasjon gjennom et pålagt tiltak, er det å anse som nødvendig.¹² Det andre tiltaket som kan bli pålagt er tilsyn. Dette forutsetter at vilkårene for omsorgsovertakelse i § 4-12 oppfylt.¹³

Bakgrunnen for de strenge vilkårene her er at tilsyn innebærer at en person i barnevernets tjeneste kommer inn i familiens hjem for å observere. Dette kan sies å være inngripende for de fleste familier og adgangen til å foreta dette er derfor begrenset. Tilsyn vil også kunne stride mot foreldrenes rett til å ivareta sitt privatliv etter EMK artikkel 8,¹⁴ noe som også taler for at terskelen for å pålegge tilsyn er høy.

3. De grunnleggende hensyn bak barnevernloven

3.1 Barnets beste

3.1.1 Generelle utgangspunkter

Hensynet til barnets beste fremgår som nevnt over i punkt 1.1, av bvl. § 4-1. Den sentrale plasseringen i begynnelsen av kapittelet om særlige tiltak, tyder på at den skal anvendes som en formålsparagraf. Det var også dette Stortingskomiteen understreket og sluttet seg til i sin innstilling ved utformingen av barnevernloven.¹⁵ Barneverntjenesten kan ikke foreta tiltak med mindre det vil være til barnets beste. Det er imidlertid viktig å presisere at en ikke kan iverksette tiltak kun hvis det er til barnets beste. Vilårene for det aktuelle tiltak må også være oppfylt før man i det hele tatt kan vurdere om tiltaket er til barnets beste.

¹⁰NOU 2012:5, *Bedre beskyttelse av barns utvikling*, side 53

¹¹Gyldendal Rettsdata Lovkommentar til barnevernloven av 1992 nr 100 note 94

¹²Stang, Elisabeth Gording, *Det er barnets sak*, Oslo, 2012 side 226

¹³Se punkt 2.1 side 3

¹⁴Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 8 «Right to respect for private and family life», inkorporert i norsk lov gjennom lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21. mai 1999 nr 30 (menneskerettsloven).

¹⁵Lindboe, Knut, *Barnevernrett*, side 24, 6. utg. 2012, Oslo om Innst. O. Nr 80 (1991-1992) Innst. O. nr. 80 (1991-1992) Melding fra forbruker- og administrasjonskomiteen om lov om barneverntjenester (barnevernloven), Side 13

Ifølge ordlyden i bvl. § 4-1, skal man finne det tiltak «som er til beste for barnet». En naturlig forståelse av ordlyden av hva som er det beste for barnet gir liten veiledning annet enn at vilkåret synes å favne vidt.

Samtidig kan man si at barnets beste er et følelsesmessig begrep. Et tiltak som blir gjort med tanke på barnets beste kan utløse sterke følelser for både foreldre og den nærmeste familie. Et vedtak om omsorgsovertakelse fattet av barnevernet og som etter deres vurdering er til barnets beste, er ikke nødvendigvis det foreldrene selv mener er til barnets beste. Det må kunne påstås at de fleste vil mene de handler til beste for barnet. Barn er de svake i samfunnet som alle skal beskytte, men å finne ut hvilken måte som er til det beste kan i noen tilfeller være utfordrende.¹⁶ Å formulere mer konkrete vilkår om hva som er til det beste for barnet, vil derfor være vanskelig.

Bestemmelsens andre punktum gir noe mer veiledning for å tolke hva som ligger i barnets beste, da det «[h]erunder skal legges vekt på å gi barnet stabil og god voksenkontakt og kontinuitet i omsorgen». «Herunder» viser at ordlyden ikke er uttømmende.

I følge lovens forarbeider er det «[b]are de momenter som har betydning for barnet [som] skal trekkes inn ved vurderingen, og det skal ikke legges vekt på hensynet til foreldrene i de tilfelle hvor foreldrenes og barnets interesser er motstridende».¹⁷ Forarbeidsuttalelsen bekrefter at det er barnet og kun barnets interesse i seg selv som skal vurderes. Hva som ligger i foreldrenes interesse skal i utgangspunktet ikke tillegges vekt, da dette kan gå på tvers av hva som er barnets beste. Foreldre har dermed ikke noen vernet egeninteresse i denne vurderingen. Teori har imidlertid gitt uttrykk for at i de tilfeller man er i tvil, og hvor man videre har veid hensyn frem og tilbake uten å komme til et klart resultat om hva som er til barnets beste, skal andre hensyn kunne vektlegges slik som hensynet til foreldrene.¹⁸ Det klare utgangspunkt er uansett at man ikke skal fokusere på annet enn hva som er til det beste for barnet.

Det resultat barneverntjenesten kommer frem til i sine avgjørelser, som skal være til det beste for barnet, er av juridisk teori omtalt som det minste av to onder.¹⁹ Dette har sin bakgrunn i at barn som får hjelp av barnevernet, allerede er i en vanskelig situasjon hjemme. I kartleggingen av hva som er til det beste for barnet, er det da klart at ingen av de alternative tiltakene vil være optimale, da det beste ville vært at barnevernet ikke trengte å gripe inn i barnets omsorgssituasjon. Det viktige i barnets beste vurderingen blir da at man må gjøre det beste ut av den situasjonen barnet er i, og understreke at ”det er barnets interesser som skal være avgjørende”.²⁰ Barnet er uansett i en vanskelig situasjon, og tanken er at tiltaket skal være det beste for barnet ut i fra den situasjonen det er i.

3.1.2 Nærmere om vurderingen

I følge Haugli og Havik kan man i vurderingen av barnets beste først spørre hva som generelt er ansett som det beste for barnet.²¹ Denne generelle vurderingen må foretas ut fra det rettskildematerialet som til enhver tid foreligger, herunder lovforarbeider, rettspraksis og eldre teori. Det er likevel klart at verdisyn og holdninger vil endre seg over tid, slik at det som ble

¹⁶Stang, Elisabeth Gording, *Det er barnets sak*, Oslo, 2012 side 32

¹⁷Ot.prp nr 44 (1991-1992) side 28

¹⁸Lindboe, Knut, *Barnevernrett*, 6. utg. 2012, Oslo, side 47

¹⁹Goldstein, Freud og Solnit via Smith, Lucy, *Foreldremyndighet og barnerett*, Oslo 1980, side 110

²⁰Smith, Lucy, *Foreldremyndighet og barnerett*, Oslo 1980, side 111

²¹Haugli, Trude og Havik, Toril, *Samvær i barnevernsaker*, Tromsø 2010 side 82 og 83

ansett å være til barnets beste for 40 år siden, ikke er det samme i dag. Hensynet til barnets beste kan derfor ikke tolkes statisk, men må kontinuerlig veies opp mot dagens verdier og kunnskap.²² Faktorer nevnt i juridisk teori er situasjonens faktum, mulige konsekvenser av alternativene, barnets alder og modenhet, formålet med tiltaket, individuelle forhold eller behov ved barnet, forhold ved foreldrene, tilknytningsforhold og miljøet rundt, utdanningsmuligheter, økonomi, utvikling og fremtidsutsikter.²³ og ²⁴ Disse momentene vil være med på å danne grunnlaget for en skjønsmessig vurdering.

Samlet sett kan man si at selve vilkåret barnets beste er en avveiningsnorm som legger opp til en konkret vurdering av de forskjellige faktorer i hvert enkelt tilfelle. Jeg slutter meg blant annet til de momentene fra teori som er nevnt i punktet over. Et barns situasjon og behov er så forskjellig at det som er til det beste for et barn i en sak, ikke nødvendigvis er det beste for et annet barn i en annen sak. Derfor må hva som er til det beste for hvert enkelt barn vurderes konkret i hver sak.

3.2 Barnets beste og forholdet til andre hensyn og prinsipper

Det eksisterer en juridisk generell enighet om at barnevernloven i utgangspunktet bygger på tre prinsipper: barnets beste, det biologiske prinsipp og det minste inngreps prinsipp. Disse kan sies å ligge i bunn av barnevernloven og utgjør grunnleggende samfunnsverdier.²⁵ Det er likevel hensynet til barnets beste som anses å være det overordnede prinsipp. Dette bekreftes ytterligere av bvl. § 4-1 og er nedfelt direkte i FNs Barnekonvensjon artikkel 3. Andre hensyn, slik som barnets rett til å bli hørt, kan også sies å være et viktig hensyn innad i barnevernretten og vil inngå i en barnets beste vurdering.

I de neste punktene vil jeg foreta en kort gjennomgang av det biologiske prinsipp, det minste inngreps prinsipp, barnets rett til å bli hørt og deres forhold til det overordnede prinsipp; barnets beste.

3.2.1 Det biologiske prinsipp

Kort forklart går det biologiske prinsipp ut på at det er en egenverdi for barnet at det får vokse opp hos sine biologiske foreldre. En slik egenverdi er ansett å være til barnets beste på lang sikt, til tross for at det kan foreligge mangler ved omsorgen.²⁶

Det vil si at med mindre situasjonen er av en slik prekær karakter at det kun vil være tvangstiltak som vil ha en effekt, vil barnevernet ved mangler ved omsorgssituasjonen som oftest prøve ut hjelpetiltak etter bvl. § 4-4 først slik at barnet fortsatt kan bo i sitt biologiske hjem. Dette fremgår også av bvl. § 4-12 2. ledd.

Prinsippet kan ikke leses direkte ut av lovens ordlyd, men bvl. § 4-1, 2. punktum og verdien «kontinuitet i omsorgen» kan blant annet sies å gi uttrykk for prinsippet. Lovens forarbeider gir også uttrykk for et slikt prinsipp: «Det ligger i vår samfunnsordning at foreldrene oppdrar sine egne barn. Tilknytning til de biologiske foreldre er i seg selv en ressurs for barnet».²⁷

²² Haugli, Trude og Havik, Toril, *op.cit.* side 82 og 83

²³ Haugli, Trude og Havik, Toril, *op.cit.* 82 og 83

²⁴ Smith, Lucy, *Foreldremyndighet og barnevern, Oslo 1980, side 112 og 113*

²⁵ Stang, Elisabeth Gording, *Det er barnets sak, Oslo, 2012 side 30*

²⁶ Stang, Elisabeth Gording, *op.cit.* side 34

²⁷ NOU 1985:18 s. 171

Ifølge juridisk teori er det biologiske prinsipp en rettslig bindende norm for hva som anses å være til barnets beste.²⁸ Bakgrunnen for prinsippet kan forklares i at verdien av å holde familien samlet er et urprinsipp som går langt tilbake i tid og kan sies å utgjøre en del av samfunnets grunnverdier.

I den senere tid har lovgiver, rettsapparatet og barnevernet blitt kritisert for å tillegge det biologiske prinsipp for stor vekt.²⁹ og ³⁰ Kritikken har i stor grad sammenheng med de tilfeller der det blir igangsatt hjelpetiltak som har liten eller ingen effekt på barnets omsorgssituasjon. Barnet blir da den skadelidende part så lenge hjelpetiltakene er mangelfulle og frem til en eventuell omsorgsovertakelse blir igangsatt.

En annen type tilfeller som har vært gjenstand for kritikk er der barnet blir tilbakeført etter å ha bodd hos fosterforeldre i lange perioder. Etersom loven bygger på prinsippet om at det er en egenverdi for barnet at det vokser opp hos sine biologiske foreldre der det er mulighet for det, vil barnet etter en periode kunne tilbakeføres hvis vilkårene i bvl. § 4-21, 1. ledd er oppfylt. Dette til tross for at barnet har bodd hos fosterforeldre store deler av livet. Man kan spørre seg hvor stor egenverdi det vil være for barnet i de tilfeller der det blir tilbakeført til en familie som det kanskje ikke har bodd hos siden det var liten. Barnet må i verste fall forlate den trygghet og etablerte miljø som det hadde i fosterhjemmet, for så å starte på nytt hos de biologiske foreldrene.

I skrivende stund er Barnedepartementet i gang med behandling av NOU 2012:5 ”Bedre beskyttelse av barns utvikling”. Utvalget har i utredningen belyst de vanskelige problemstillingene som oppstår i barnevernet når det biologiske prinsipp kommer til anvendelse. Jeg vil komme tilbake til NOU 2012:5 i punkt 5.

3.2.2. Det minste inngreps prinsipp

Hjelpetiltak etter bvl. § 4-4, skal som nevnt over i punkt 2.1, i utgangspunktet prøves ut før man igangsetter eventuelle tvangstiltak. Dette er ikke bare en følge av det biologiske prinsipp, at barnet i utgangspunktet bør vokse opp hos sine biologiske foreldre. I samme retning trekker også det minste inngreps prinsipp. Man skal ikke utøve tvang og utsette barnet for inngripende tiltak, med mindre det er nødvendig og til barnets beste.

I Stang er dette prinsipp formulert som at: “[d]e vedtak som fattes, skal stå i rimelig forhold til de mål som kan oppnås og man skal derfor velge det minst inngripende tiltaket dersom det vil være tilstrekkelig for å gi barnet en tilfredsstillende omsorgssituasjon”.³¹ Det vil si at det tiltak man velger å igangsette overfor barnet skal være så lite inngripende som mulig, men at det samtidig skal være nok til at man oppnår målet med tiltaket.

Dette prinsippet kommer klart til uttrykk i loven, for eksempel i bvl. § 4-12, 2. ledd, 2. punktum. Bestemmelsen sier at et vedtak om omsorgsovertakelse ikke kan treffes dersom det kan igangsettes tiltak etter bvl. §§ 4-4, 4-10 eller 4-11 som kan skape tilfredsstillende forhold for barnet.

²⁸ Lindboe, Knut, *Barnevernrett*, 6. utg. 2012, Oslo, side 48

²⁹ Sandberg, Kirsten, *Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse*, Oslo, 2003, side 206

³⁰ Se blant annet <http://www.dagbladet.no/2010/11/16/kultur/debatt/debattinnlegg/14303667/>, http://multimedia.api.no/www.frifagbevegelse.no/archive/01232/Fontene_nr_6_2007_1232277a.pdf, <http://www.bt.no/nyheter/innenriks/Barnevernsbarn-star-fire-maneder-i-ko-for-hjelp-2732697.html>

³¹ Stang, Elisabeth Gording, *Det er barnets sak*, Oslo, 2012 side 37

Et tiltak igangsatt overfor et barn kan være krenkende nok i seg selv for barnet. Derfor inngår det minste inngreps prinsipp i barnets beste- vurderingen. Hvis man kan velge mellom tiltak A og B der A er minst inngripende overfor barnet og samtidig er tilstrekkelig med på å hjelpe barnets omsorgssituasjon, velger man tiltak A, fordi det vil være til barnets beste. På den annen side kan man si at hvis tiltak A, selv om det er minst inngripende, ikke kommer til å hjelpe barnets situasjon, må man igangsette det mer inngripende tiltak B, ettersom dette da vil være til barnets beste.

3.2.3. Barnets rett til å bli hørt

Hensynet til barnets rett til å bli hørt, er hjemlet i bvl. § 6-3, 1. ledd, 1. setning. Ifølge bestemmelsen skal «barn som er fylt 7 år, og yngre barn som er i stand til å danne egne synspunkter (...) informeres og gis anledning til å uttale seg før det tas avgjørelse i sak som berører ham eller henne». Det vil si at barn som er fylt 7 år skal uansett bli informert, mens for yngre barn under 7 år, beror det på en konkret vurdering i hvert tilfelle om barnet er i stand til å danne seg egne synspunkter rundt saken om det bør informeres og gis anledning til å uttale seg i saken.

I forbindelse med inkorporeringen av menneskerettsloven i 2003, ble aldersgrensen i bvl. § 6-3, senket fra 12 år til 7 år for å harmonere bedre med Barnekonvensjonen artikkel 12 og for å styrke barns rettigheter. Ordlyden i Barnekonvensjonen artikkel 12 setter ingen aldersgrense da det skal gjøres en konkret vurdering av hvert enkelt barn om det er i stand til å danne seg egne synspunkter og meninger i saken. Barnevernloven § 6-3, 1. ledd, 1. punktum utgjør dermed en særregel for norsk lov som sier at barn som er fylt 7 år «skal ha en ubetinget rett til informasjon og til å uttale seg før det tas avgjørelse i sak som berører barnet».³²

Videre fremgår det av bestemmelsens 1. ledd, 2. setning at [b]arnets mening skal tillegges vekt i samsvar med barnets alder og modenhet». Hvor stor vekt barnets mening skal tillegges i en sak beror på en konkret, individuell vurdering i hvert tilfelle.³³

Formålet med bvl. § 6-3 er at barnet skal ha en mulighet til å uttale seg og ytre sin mening før en avgjørelse i saken er tatt. På denne måten bidrar loven til at saken blir opplyst fra alle sider, ikke bare fra foreldres og det offentliges side. I tillegg respekterer man den som faktisk er hovedpersonen i saken og som avgjørelsen dreier seg om.

For at barnet skal ha mulighet til å få uttale seg, forutsetter dette at barnet på forhånd er blitt informert om saken av barnevernet. Det er videre ikke nødvendig at barnet skal ha en spesiell mening om selve utfallet i saken, men det skal gis anledning til å uttale seg om det som det selv synes måtte være av betydning.³⁴

Barnets rett til å bli hørt vil vektlegges ulikt og beror på en konkret individuell vurdering i hver sak. Det er likevel en naturlig konsekvens å tillegge barnets mening vekt jo eldre det er, ettersom det da trolig har større evne til å reflektere rundt saken.³⁵ Vektlegging av barnets mening vil inngå som en del av helhetsvurderingen av hva som er til barnets beste. Problemstillinger i den forbindelse oppstår der barnets mening går på tvers av det barnevernet mener er til det beste for barnet.

³² Ot.prp nr 45 (2002-2003) side 62

³³ Ot.prp.nr.45 (2002-2003) side 63

³⁴ Ot.prp. nr 45 (2002-2003) side 63

³⁵ Ot.prp. nr 45 (2002-2003) side 63

Et eksempel på en slik meningskollisjon, kan være et tenkt tilfelle der et barn blir flyttet fra hjemmet ved omsorgsovertakelse. Et eldre barn vil kunne ha en sterk tilknytning til sine biologiske foreldre ettersom de har bodd lenge sammen og vil kunne ha problemer med å knytte seg til nye personer. Et yngre barn vil også kunne ha en slik sterk tilknytning fordi de biologiske foreldrene er de eneste det vet om. En slik sterk tilknytning kan ofte sees på som et lojalitetsbånd til foreldrene, der barnet ikke klarer å skille mellom hva som er best for en selv og hva som er best for foreldrene.

I noen tilfeller kan barnet også være redd for å uttrykke sin mening, av frykt for å gjøre noe som kan skade tilknytningen det har til sine foreldre. Båndet mellom foreldre og barn skal ikke undervurderes og vil i mange tilfeller være så sterkt at barnet ikke vil ønske seg bort fra foreldrene, til tross for at alle andre forhold taler for det motsatte og omsorgssituasjonen er mangelfull. Dette er noe som må tas med i vurderingen av hvor stor vekt man skal tillegge barnets mening i vurderingen av hva som er til barnets beste. Det er imidlertid bekreftet i rettspraksis at der barnets mening går på tvers av det som er til barnets beste, vil dets mening som oftest ikke bli tillagt stor vekt.

Et eksempel på dette kan nevnes dom inntatt i Rt. 1998 s. 1702 som gjaldt omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-12. Fem søsken i alderen 4 til 14 år ble her flyttet til fosterforeldre, da de biologiske foreldrene ikke lenger var omsorgsdyktige. De to eldste barna ville bo hos foreldrene. I spørsmålet om dette skal tillegges vekt, uttaler Høyesterett:

“Jeg peker først på at lovens regel om at det skal legges vekt på hva barnet mener, ikke innebærer at barnets mening uten videre skal følges, jf uttalelser om dette i Rt-1987-289 på side 301” (min kursivering). Dommen som Høyesterett henviser til, peker på at barn ikke alltid ser konsekvensene av det ønsket de har og at det ikke ville vært til barnets beste om de selv skulle få valgt dette alternativet.

I Rt. 1998 s. 1702, var de biologiske foreldrene vurdert til å ha mangelfull omsorgsevne. Guttene hadde en positiv utvikling hos fosterforeldrene, og hvis de skulle ha flyttet tilbake ville utviklingen trolig stoppet eller gått tilbake. Barnas ønsker sett i sammenheng med forholdene rundt dem og deres tidligere refleksjoner om hvordan situasjonen kunne løses, viste at de ikke var klar over hvilke konsekvenser en tilbakeføring til foreldrene ville få. Omsorgsovertakelsen ble derfor ikke opphevet.

En dom med motsatt resultat er Rt. 2004 s. 999, som gjaldt oppheving av vedtak om omsorgsovertakelse. Vurderingen ble gjort etter bvl. § 4-12, selv om det i realiteten var tale om tilbakeføring etter bvl. § 4-21. Gutten var 12 år, hadde atferdsvansker i fosterhjemmet, og hadde ved flere anledninger utført kriminelle handlinger. Gutten ønsket seg hjem til moren som i stor grad hadde alliert seg med sønnen i sin kamp mot barnevernet. Høyesterett kom under tvil frem til at gutten kunne flytte hjem igjen til moren.

Avgjørelsen kan begrunnes i at guttens holdning og mangelfulle utvikling, gjorde at det ikke lenger var forsvarlig å opprettholde vedtaket om omsorgsovertakelsen. Dommen er et eksempel på at barnets mening i stor grad ble tillagt vekt, fordi andre forhold tilsa det samme; Det beste for gutten var at han flyttet hjem igjen, ettersom det ikke eksisterte noe bedre alternativ.

Barnets egen mening vil, og skal, tillegges vekt etter bvl. § 6-3. Praksis viser imidlertid at barnets eget synspunkt ikke vil være avgjørende i vurderingen om hva som vil være til barnets

beste. Det er trolig større mulighet for at barnets mening blir vektlagt hvis andre forhold i saken taler for den samme løsningen.

4 Problemstillinger i forhold til barnets beste illustrert ved høyesterettspraksis

4.1 Nærmere om problemstillingene

Hensynet som ligger bak de forskjellige tiltak, uavhengig av om de er tvangspreget eller av frivillig karakter, er at det skal tas sikte på å finne frem til hva som er til barnets beste. Hensynet er som nevnt over i punkt 3.1, stadfestet i bvl. § 4-1. I enkelte tilfeller kan man likevel stille seg kritisk til om en rettsavgjørelse har ivaretatt hensynet til barnets beste. Dette skal illustreres nærmere i punktene under.

I de neste punktene kommer to problemstillinger til å bli presentert. De går noe over i hverandre, og har til felles at de representerer situasjoner der barnets beste etter min mening ikke alltid blir godt nok ivaretatt. Hver enkelt problemstilling kommer først til å bli presentert på et generelt grunnlag. Deretter kommer problemstillingene til å bli illustrert gjennom høyesterettspraksis for å vise hvordan hensynet til barnets beste er blitt veid opp mot andre hensyn: det biologiske prinsipp og det minste inngreps prinsipp.

4.2 Hjelpetiltak

4.2.1 Hensynet til barnets beste og foreldrenes samtykke ved hjelpetiltak

For at et hjelpetiltak skal igangsettes, krever bvl. § 4-4, 2. ledd at barnet «på grunn av forholdene i hjemmet eller av andre grunner har særlig behov for det». Tiltaket blir igangsatt eller forespurt igangsatt på bakgrunn av at barneverntjenesten mener barnet trenger det. Et annet vilkår knyttet til de frivillige hjelpetiltakene, som nevnt i punkt 2.2, er at gjennomføring krever foreldrenes samtykke før det kan igangsettes. Selv om barnet har et «særlig behov» for hjelpetiltaket, kreves det likevel at foreldrene samtykker.

En utfordring vil da være hvordan man skal ivareta barnets beste i situasjoner der et hjelpetiltak vil avhjelpe barnets situasjon, men foreldrene motsetter seg gjennomføring. Bakgrunnen for at foreldre velger å motsette seg hjelpetiltak kan være at det føles som et belastende tiltak mot en familie, selv om de i utgangspunktet er ment til å hjelpe. Foreldre vil kunne føle seg angrepet av det offentlige og ta det ille opp at barnevernet blander seg inn i familiens privatliv. Å få til et samarbeid mellom barnevernet og familiene kan derfor i noen saker være vanskelig. I slike situasjoner ser man da at det kan foreligge en risiko for at barnets beste ikke blir tilstrekkelig ivaretatt. Skulle foreldrene nekte igangsettelse av hjelpetiltak foreligger det ikke tvangsmidler som kan håndheve dette.³⁶

Samtidig har foreldre en generell plikt etter barneloven § 31 til å «høyre kva barnet har å seie før dei tek avgjerd om personlege tilhøve for barnet». Bestemmelsen gir uttrykk for at foreldrene på forhånd skal ha hørt barnets mening om tiltaket. Det er viktig å presisere at hensynene bak barneloven og barnevernloven er forskjellige da førstnevnte regulerer tilfeller på privatrettslig område (mellom foreldrene) og sistnevnte er offentligrettslig (mellom foreldrene og det offentlige). Foreldrenes plikt til å ivareta barnets interesser vil likevel gjelde selv om saken er på et offentligrettslig område. En slik plikt kan imidlertid ikke håndheves rent rettslig. Det vil bli opp til foreldrene selv å vurdere hva som er i barnets interesse.

I praksis er det likevel slik at hvis foreldrene takker nei til igangsettelse av et hjelpetiltak og vilkårene for omsorgsovertakelse ikke er oppfylt, anbefaler staten at det kommunale

³⁶ Se barnevernloven § 6-8 som uttømmende regulerer tiltak som kan håndheves av politiet

barnevern skal prøve igjen etter seks måneder. Hvis foreldrene fremdeles ikke ønsker hjelpetiltak, skal vilkårene for omsorgsovertakelse vurderes på nytt. Er ikke vilkårene for omsorgsovertakelse oppfylt ved andre vurdering, skal man gjenta prosessen etter nye seks måneder.³⁷ På denne måten opprettholder man presset overfor foreldrene til å forbedre situasjonen til fordel for barnets interesse, og man viser at man ikke har «glemt» barnets situasjon.

På den annen side kan det stilles spørsmål til hvorvidt hensynet til barnets beste vil være ivaretatt i perioden fra barnevernet tar kontakt med familien til et tiltak faktisk blir gjennomført. Konsekvensen av at det går lang tid før barnevernet kan gripe inn, er at situasjonen forverrer seg og vilkårene for omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-12, eller påleggelse av hjelpetiltak etter bvl. § 4-4, 4. ledd på et tidspunkt blir oppfylt.

I slike situasjoner spiller det mildeste inngreps prinsipp en rolle, ved at man skal velge det minst inngripende tiltaket overfor barnet hvis det kan tilfredsstille dets omsorgssituasjon. Det mildeste inngreps prinsipp trekker i samme retning som det biologiske prinsipp i situasjoner der barnevernet står mellom igangsettelse av hjelpetiltak i hjemmet eller foreta en omsorgsovertakelse.

I følge lovens forarbeider som nevnt under punkt 3.1.1, er det barnets interesser som skal vurderes alene, ikke foreldrenes.³⁸ I de tilfeller der foreldre nekter hjelpetiltak, vil ikke barnets interesser bli prioritert og hensynet til barnets beste vil i stor grad ikke bli ivaretatt.

Barnevernloven er i utgangspunktet laget for å beskytte barnets interesser. Likevel åpner loven for at foreldrene kan nekte igangsettelse av hjelpetiltak, selv om det eksisterer forhold i hjemmet som gir barnet et særlig behov for hjelp. I verste fall vil nekting av hjelpetiltak resultere i at barnet blir flyttet fra foreldrene. Etter min mening vil ikke dette kunne sies å være verken til barnets beste eller følge det mildeste inngreps prinsipp da det i realiteten vil si at barnevernet må vente til situasjonen har forverret seg før de kan gripe inn overfor barnet.

4.2.2 Hjelpetiltak krever foreldrenes frivillighet, både før og etter omsorgsovertakelse

En tilbakeføring etter en omsorgsovertakelse, vil si at barnet blir flyttet tilbake til foreldrene. I en situasjon der barnet skal tilbakeføres, er ofte familien tjent med å få hjelpetiltak, for eksempel i form av rådgivning, støttekontakt og lignende i en overgangsperiode, slik at både barn og foreldre kan tilpasse seg den nye situasjonen. Barnet har gjerne vært borte fra foreldrene i en lang periode og det kan føles som å flytte til fremmede, i hvert fall hvis barnet ble flyttet bort i ung alder. Hjelpetiltak kan da være med på å få til en god overgang der både barn og foreldre føler de får den hjelpen de trenger til å tilpasse seg den nye situasjonen.

Utgangspunktet er her at også i slike situasjoner som tilbakeføring etter bvl. § 4-21, forutsetter hjelpetiltak foreldrenes samtykke. Problemet oppstår i de tilfeller der en tilbakeføring skal skje, hjelpetiltak blir tilbudt for å supplere foreldrenes omsorgssituasjon, men foreldrene vil ikke samtykke til tiltakene.

I en slik situasjon, vil nok de fleste foreldre samtykke til hjelpetiltak. De har trolig innsett at de trenger hjelp fra barnevernet for å kunne opprettholde forsvarlig omsorg for barnet og

³⁷<http://www.regjeringen.no/upload/BLD/Prinsipputtalelser%20og%20fortolkninger/200803182.pdf>

³⁸Ot.prp nr 44 (1991-1992) side 28

konsekvensen vil være at det opprettes en ny sak om omsorgsovertakelse. I noen tilfeller eksisterer det likevel en usikkerhet rundt foreldres samarbeidsvilje med barnevernet etter en tilbakeføring. I de neste avsnittene skal jeg belyse gjennom høyesterettspraksis hvordan retten har lagt vekt på hensynet til barnets beste, i vurderingen av om barnet skal tilbakeføres når det eksisterer en risiko for at foreldrene ikke vil samtykke til hjelpetiltak ved tilbakeføring.

Rt. 1996 s. 1203

Dom inntatt i Rt. 1996 s. 1203 (dissens), kan være et eksempel på usikkerhet ved tilbakeføring som nevnt i punkt 4.2.2 over. En gutt som hadde vært i fosterhjem siden han var 5,5 år, ble tilbakeført til foreldrene på grunnlag av bvl. § 4-21, da han var 8 år.

Bakgrunnen for opphevelsen av omsorgsvedtaket var at foreldrene ble ansett å ha forsvarlig omsorgsevne for gutten, så lenge hjelpetiltak slik som støttekontakt ble igangsatt. Dette standpunktet ble begrunnet i det biologiske prinsipp og førstvoterende uttaler:

«... Barnevernloven bygger på en forutsetning om at det normalt vil være til barnets beste å vokse opp hos foreldrene. Dette fremgår blant annet av de strenge vilkår for omsorgsovertakelse i barnevernloven § 4-12 og også av det som sies i forarbeidene til § 4-21, Ot.prp.nr.44 (1991-92) side 54 - "utgangspunktet er at barn skal vokse opp hos sine foreldre». (side 1215)

Gutten var kommet i et lojalitetsdilemma mellom de biologiske foreldrene og fosterforeldrene. Dette virket som en belastning på ham. Flertallet mente at konflikten vanskelig kunne løses med mindre han ble tilbakeført.

Mindretallet var uenig i tilbakeføring og begrunnet det i at vilkårene for omsorgsovertakelse fremdeles var til stede etter bvl. § 4-12. Farens tidligere uvilje mot å samarbeide med barnevernet var bakgrunnen for lojalitetskonflikten gutten følte. Det eksisterte en usikkerhet om hvorvidt faren kom til å ta i mot hjelpetiltakene etter en tilbakeføring.

Flertallet i denne dommen har blitt kritisert av teori³⁹ for å legge en for avgjørende vekt på at barnet er i en lojalitetskonflikt skapt av foreldrene. At dette skal gå i foreldrenes favør i vurderingen av om de er skikket til å ha forsvarlig omsorg for barnet, kan tyde på at retten har lagt for mye vekt på momenter som trekker i foreldrenes interesse i stedet for hensynet til hva som er barnets beste, jf. bvl. § 4-1.⁴⁰

Rt. 2005 s. 624

I dom inntatt i Rt. 2005 s. 624, var det et spørsmål om omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-12. Retten kom frem til at vilkårene i § 4-12, 1. ledd bokstav a, og trolig d, var oppfylt på grunnlag av usikkerheten knyttet til mor og hennes holdning til barnevernet og støtteapparatet rundt.

Datteren på 13,5 år var sterkt utviklingshemmet og hadde derfor et stort behov for spesialtiltak. Moren viste stor motvilje til samarbeid både overfor barnevernet, skolen og hjelpeapparatet rundt datteren, noe som skapte en usikkerhet rundt hvordan barnet ville få det hvis mor fikk omsorgen for datteren tilbake.

³⁹Sandberg, Kirsten, *Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse*, Oslo, 2003, side 209

⁴⁰Sandberg, Kirsten, *op.cit.* side 209 og 210

Retten kom frem til at vilkårene for omsorgsovertakelse var oppfylt, jf. bvl. § 4-12, 1. ledd bokstav a og d. Begrunnelsen var ikke at moren generelt manglet omsorgsevne, men hennes negative innstilling til hjelpeapparatet som datteren trengte.

Denne saken er i en særstilling fordi jenten hadde et stort behov for hjelp og tilrettelegging. Mor var på generelt grunnlag antatt å ha omsorgsevne, men fordi hun ikke tidligere hadde villet samarbeide med barnevernet, fikk hun ikke beholde omsorgen. Hun kunne i utgangspunktet blitt avhjulpet med hjelpetiltak, men retten så det som sannsynlig at hun ikke kom til å ta i mot denne hjelpen.

Forskjellen mellom denne dommen og dommen fra 1996 som er nevnt over, er etter min mening at retten i den eldste dommen har latt tvilen komme foreldrene til gode og gitt dem en sjanse med hjelpetiltak først, selv om det eksisterte en usikkerhet for at foreldrene faktisk ville ta imot hjelpen. I saken fra 2005 kan det virke som om retten er blitt mer bevisst på at man ikke skal utsette barnet for en eventuell ytterligere omsorgssvikt. Ettersom dette er kun to dommer med ni års mellomrom, kan det ikke trekkes for mye rettslig ut av dommene med tanke på rettens utvikling i forhold til vektleggingen av hensynet til barnets beste der det eksisterer en risiko rundt foreldrenes samtykke ved hjelpetiltak etter tilbakeføring. Det kan likevel se ut som om retten har fått et økt fokus på hva som er til det beste for barnet uten å utsette det for ekstra risiko. På den annen side er det for usikkert med grunnlag i kun to dommer til at man kan foreta en konklusjon.

4.3 Hensynet til barnets beste og det biologiske prinsipp ved tvangstiltak

Det biologiske prinsipp, går som nevnt i 3.2.1, ut på at barn i utgangspunktet er best tjent med å vokse opp hos sine biologiske foreldre. Grunntanken bak omsorgsovertakelse er at barnet en gang, hvis det lar seg gjøre, skal tilbakeføres til sine biologiske foreldre.

Å vurdere om man skal i gangsette et vedtak om omsorgsovertakelse eller om man skal sette i gang hjelpetiltak er en vanskelig vurdering. Man bør for eksempel ikke gripe inn for tidlig hvis situasjonen kan løses mens barnet bor i hjemmet. Dette samsvarer med det minste inngreps prinsipp om at man ikke skal igangsette større tiltak overfor barnet enn det som er nødvendig. Som nevnt over i punkt 3.2.2, samsvarer dette med det biologiske prinsipp slik at der det er mulig, skal barnet bo med sine biologiske foreldre. En sterk vektlegging av det biologiske prinsipp, innebærer dermed også at man vektlegger det minste inngreps prinsipp. Samtidig skal man prøve å utsette barnet for minst mulig skade i omsorgssituasjonen. Dette vil være vanskelig å vurdere ettersom hver sak er unik og man vet ikke hvordan hvert enkelt barn vil reagere på de forskjellige tiltak.

Rt. 1997 s. 170

Dom inntatt i Rt. 1997 s. 170 (dissens) kan være et eksempel på at retten har lagt sterk vekt på det biologiske prinsipp i sin vurdering. Saken gjaldt overprøving av vedtak om omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-21. Flertallet opphevet vedtaket om omsorgsovertakelse og gutten på 6,5 år ble tilbakeført til sine biologiske foreldre som var av pakistansk opprinnelse. Moren ble fratatt omsorgen da gutten var 9 måneder. Da han var 2 år ble han flyttet til en etnisk norsk fosterfamilie og bodde i samme fosterhjem til omsorgen ble tilbakeført.

I denne dommen var ikke problemstillingen om foreldrene var skikket til å ha forsvarlig omsorg for barnet, både flertallet og mindretallet var enige i dette. Etter omsorgsovertakelsen hadde foreldrene funnet sammen igjen, fått to nye barn og levde som en pakistansk, muslimsk familie. Gutten hadde etter hvert derfor jevnlig hatt samvær med hele sin biologiske familie,

noe som ikke var det fosterfamilien opprinnelig hadde blitt forespeilet. Det problematiske var om guttens tilknytning til fosterhjemmet var så sterk at en tilbakeføring ville gitt ham alvorlige problemer, jf. bvl. § 4-21, 1. ledd 2. punktum.

Flertallet ga uttrykk for at det biologiske prinsipp ble avgjørende for hva som var til barnets beste og at dette ble forsterket ved at gutten var av pakistansk opprinnelse og var vokst opp i et hjem med norske tradisjoner. Førstvoterende uttalte: *«[d]et har en egenverdi at et barn får vokse opp hos sine biologiske foreldre. Når barnet vokser opp i en familie der det vet at det opprinnelig ikke hører hjemme, vil det kunne oppstå problemer eller konflikter av en annen karakter enn ellers når barnet begynner å søke etter sin identitet. Slike problemer vil trolig forsterkes når barnet har en annen etnisk og kulturell opprinnelse enn fosterforeldrene..»(side 176)*

Flertallet mente at kulturforskjellen mellom fosterhjemmet og det biologiske hjemmet, skapte en lojalitetskonflikt for ham, som de igjen vektla i vurderingen av barnets beste etter bvl. § 4-1. Mindretallet mente på den annen side at selv om det biologiske prinsipp stod sterkt, var guttens tilknytning til fosterfamilien og miljøet rundt ham enda sterkere, noe som talte i mot tilbakeføring. En tilbakeføring ville også, ifølge mindretallet, satt guttens utvikling i fare, på kort og lang sikt.

I denne saken har flertallet etter min mening lagt for bokstavelig vekt på det biologiske prinsipp i forhold til hva som tilsynelatende var det beste for barnet. En tilbakeføring innebar i realiteten at han ble flyttet fra trygge og kjente omgivelser som hadde vært rundt ham i nærmere to tredjedeler av hans liv, til et nytt hjem, en ny familie, ny religion, nye tradisjoner, nytt miljø og så videre. Det er ikke vanskelig å tenke seg til at gutten vil kunne få problemer ved å knytte seg til sin biologiske familie på nytt. Det er klart at det biologiske prinsipp skal brukes som et utgangspunkt i saker om omsorgsovertakelse og tilbakeføring. Men det er viktig at man også vurderer andre hensyn i saken som gjør seg gjeldende. For eksempel hvordan dette vil oppleves for barnet.

Rt. 2002 s. 875

I dom inntatt i Rt. 2002 s. 875 (dissens, men ikke i resultatet), kom Høyesterett frem til motsatt resultat enn i dommen over fra 1997. Et vedtak om omsorgsovertakelse ble opprettholdt for en snart 5 år gammel jente som hadde bodd hos fosterforeldre i tre år. Jenten hadde en sterk tilknytning til familien, men hadde beholdt tilknytningen til sin egen biologiske mor. Mor hadde fra starten av vært lite samarbeidsvillig med barnevernet og hadde i tillegg et meget anstrengt forhold til barnefaren som hun lot gå utover jenten.

Retten konkluderte med at jenten oppfylte tilknytningsvilkåret i bvl. § 4-21, 1. ledd, 2. punktum. Hun ville fått alvorlige problemer ved en flytting. Hun hadde ved den opprinnelige atskillelsen fra moren opplevd et alvorlig separasjonsbrudd og ville ved en ny flytting få en ytterligere separasjonsreaksjon som ville ført til alvorlige problemer for henne. De sakkyndige i saken uttalte at *«...[e]n atskillelse fra fosterforeldrene ved tilbakeføring til mor vil gi henne et nytt sår i sinnet, og det stilles store krav til den omsorgspersonen som skal lede henne gjennom de vanskelighetene hun vil stå overfor».* (side 885)

Mors omsorgsevne etter § 4-12 var tvilsom, men retten foretok aldri en konklusjon etter bvl § 4-21, 1. ledd, 1. punktum om hun hadde forsvarlig omsorgsevne for barnet. Dette vil trolig

være fordi bestemmelsens andre vilkår i forhold til jentens tilknytning, så tydelig var oppfylt at man ikke trengte å slå fast at moren i tillegg ikke hadde omsorgsevne.

En forskjell fra denne dommen og dommen fra 1997 over, er at der var det uomtvistet at foreldrene hadde omsorgsevne. I denne dommen blir ikke morens omsorgsevne konkludert med, men det fremgår av dommen at det hadde blitt konkludert med manglende omsorgsevne hvis jentens tilknytning til fosterforeldrene ikke var sterk nok til å oppfylle vilkåret i bvl. § 4-21, 1. ledd, 2. punktum.

Rt. 2004 s. 1683

I dom inntatt i Rt. 2004 s. 1683, ble vedtak om omsorgsovertakelse opprettholdt etter bvl. § 4-21, 1. ledd, 2. punktum for en 7,5 år gammel jente som hadde bodd 3 år i fosterhjem. Foreldrene hadde ytterligere tre barn som de var fratatt omsorgen for.

I likhet med saken over fra 2002, konkluderer aldri retten om hvorvidt foreldrene har forsvarlig omsorgsevne for barnet etter bvl. § 4-21, 1. ledd, 1. punktum, trolig fordi tilknytningsvilkåret i bestemmelsens 2. punktum så klart er oppfylt. Om tilknytningsvilkåret i bvl. § 4-21, 1. ledd, 2. punktum, uttaler retten at «... foreldrenes evne til å håndtere barnets reaksjoner [vil] kunne få stor betydning. Evnen på dette punkt vil ha sammenheng med foreldrenes omsorgsevne generelt, men tilstrekkelig omsorgsevne i alminnelighet innebærer ikke nødvendigvis at foreldrene vil klare den spesielt krevende oppgave som vil foreligge når det er tale om å bryte en nær tilknytning for barnet, jf. Kirsten Sandberg: *Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse. Oslo 2003 side 211*» (punkt 50).

Jenten hadde en god utvikling på skolen og blant mennesker rundt seg, og hadde funnet sin plass i fosterfamilien. Kontakten med de biologiske foreldrene var minimal og jenten hadde knyttet sterke bånd til fosterfamilien. Retten mente en tilbakeføring ville vært en tapsopplevelse for henne. Det forelå en reell risiko for at hun ville utviklet en langvarig depresjon. Foreldrene var ikke ansett som kompetente til å takle dette, selv med hjelpetiltak. Retten kom derfor frem til at det beste for barnet var at vedtaket om omsorgsovertakelse ble opprettholdt.

I denne dommen ser man den samme vektlegging av hensyn som i 2002-dommen over. Det biologiske prinsipp nevnes ikke og man fokuserer på situasjonen sett fra barnets vinkel. Retten kom frem til at tilknytningsvilkåret i bvl. § 4-21, 1. ledd, 2. punktum var oppfylt, og tilbakeføring ble da nektet. Hvis barnet hadde blitt tilbakeført, ville det eksistert en usikkerhet om foreldrene hadde klart å takle den reaksjon barnet trolig ville fått ved en tilbakeføring. Retten anså det som tvilsomt at hjelpetiltak ville vært tilstrekkelig til å avhjelpe tilbakeføringssituasjonen. Det beste for barnet ville da være at vedtaket om omsorgsovertakelsen ble opprettholdt.

Rt. 2006 s. 1308

En videre utvikling av synet på det biologiske prinsipp, ser man også i dom inntatt i Rt. 2006 s. 1308. Et vedtak om omsorgsovertakelse av en 14 år gammel jente ble opprettholdt. Moren var voldelig og hadde vært negativt innstilt til samarbeid med skole og barnevern. Jenten hadde vist store atferdsproblemer på skolen med dominerende og aggressiv atferd overfor de andre elevene. Moren oppfylte vilkårene for omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-12, 1. ledd, bokstav a og d.

Jenten hadde gjort fremskritt i sin utvikling side hun flyttet fra moren. Retten nevnte ikke direkte tilknytningsvilkåret i bvl. § 4-21, 1. ledd, 2. punktum som oppfylt, men det er klart at en tilbakeføring til mor ville satt jentens utvikling tilbake. Retten vurderte hjelpetiltak, men antok det som trolig at moren ikke ville samarbeide med barnevernet hvis hun fikk tilbake omsorgen.

Jentens ønske var å flytte tilbake til moren, men dette ble ikke tillagt avgjørende vekt på grunn av risikoen hennes utvikling hadde ved at den ble overlatt til moren. Moren utgjorde en for høy risiko for at jentens positive utvikling kom til å stagnere.

I denne dommen tar Høyesterett etter min mening barnets side. Der det er tvil om foreldrenes omsorgsevne, lar ikke retten tvilen komme dem til gode, og løsningen således bli avlastning med hjelpetiltak i stedet som de eldre dommer har gitt uttrykk for (1996 og 1997). Det kan virke som om retten er blitt mer restriktiv i å tillegge det biologiske prinsipp avgjørende vekt i de tilfeller der det er tvil om barnet vil få den støtten det trenger fra de biologiske foreldrene ved en tilbakeføring.

Tidligere behandlet rettspraksis

I dom inntatt i Rt. 1996 s. 1203 og som er nevnt over i punkt 4.2, kom retten frem til at gutten skulle bli tilbakeført til foreldrene, selv om det eksisterte en usikkerhet om han kom til å samarbeide med barnevernet etter endt tilbakeføring. Som nevnt tidligere har flertallet i dommen blitt kritisert for å legge vekt på hensyn som går i foreldrenes interesse på bekostning av barnets. At det er blitt lagt avgjørende vekt på foreldrenes hensyn, er noe som kan tale for at det biologiske prinsipp i denne saken er blitt tatt bokstavelig til følge og at retten har gitt det biologiske prinsipp en for dominerende rolle i forhold til om resultatet var til barnets beste.

Motsetningsvis, i dom inntatt i Rt. 2005 s. 624 som også er nevnt over i punkt 4.2, kom retten frem til at jenten ikke ble tilbakeført på bakgrunn av at det eksisterte usikkerhet rundt morens samarbeidsvilje med det hjelpeapparat som jenten trengte. Risikoen for at jenten ikke ville fått den hjelpen hun trengte, var stor, selv om mor ble ansett å ha generell omsorgsevne. Mors manglende samarbeidsvilje ble avgjørende og jenten ble derfor ikke tilbakeført. I denne dommen virker det etter min mening som om retten er på vei bort fra en avgjørende vektlegging av det biologiske prinsipp, da retten er mer fokusert på situasjonen fra barnets vinkel og hva som ville skje hvis hun fikk bo hos mor.

4.4 Oppsummering

Det presiseres at denne gjennomgang av rettspraksis er gjort på bakgrunn av et begrenset utvalg Høyesterettsdommer over en kort tidsperiode. Synspunkter rundt dommene er mine egne, men de kan imidlertid til en viss grad støttes av juridisk teori som også har vært kritiske til resultatet i noen av dommene.⁴¹

Sammenligner man dommene fra 1996, 1997, 2002, 2004, 2005 og 2006, ser man at Høyesterett kan ha gjennomgått en utvikling i forhold til vektlegging av hensyn. Tidligere dommer fra rundt 90-tallet, har tilsynelatende et ensidig perspektiv på saken. Det kan virke som om retten i disse dommene ikke tar like stort hensyn til å se saken fra barnets side. Man fokuserer i stor grad på foreldrene, og hvordan de på domstidspunktet er skikket til å ta seg av

⁴¹Se Sandberg side 235 og 236 om Rt. 1997 s. 170 og side 204 og 205 om Rt. 1996 s. 1203. Se også Gording Stang side 172 om Rt. 1996 s. 1203

barnet. Det er forøvrig riktig at det er foreldrenes omsorgsevne som må vurderes. På den annen side; at en person har omsorgsevne sier lite om hvordan den vil være med på å hjelpe barnet med å tilpasse seg den nye situasjonen og faktisk hjelpe barnet med å bli tilbakeført i sitt biologiske hjem.

Å bli tilbakeført til foreldre som ikke vet hvordan de skal hjelpe barnet med å tilpasse seg, kan være til skade for barnet med tanke på den psykiske påkjenningen det har hatt ved å være borte fra foreldrene. Barnet har knyttet seg til nye omsorgspersoner og skal så flyttes tilbake til der problemene startet. Tidligere rettspraksis har hatt lite fokus på å se situasjonen fra barnets vinkel og drøfte hvordan barnet selv vil takle å bli ført tilbake til hjemmet det en gang ble flyttet fra.

Et minimumsvilkår for tilbakeføring burde etter min mening vært at omsorgspersonen(e) ikke bare har generell omsorgsevne, men konkret omsorgsevne for det barnet som kommer tilbake. Det innebærer at foreldre må være motivert for å hjelpe barnet tilbake igjen, både mentalt og tilknytningsmessig. Et slikt utgangspunkt i vurderingen av tilbakeføringen, er noe som Høyesterett etter min mening har vist positive tendenser til i den senere rettspraksis.⁴² Barnet er hovedpersonen i saken, samtidig som det ikke klarer å beskytte seg selv og sine rettigheter. Dette innebærer at hver enkelt sak må i størst grad sees fra barnets side ettersom barnet selv ikke kan representere seg selv.

5 NOU 2012:5

5.1 Generelt om utredningen

Et ekspertutvalg (heretter Utvalget) utnevnt av regjeringen, skulle i NOU 2012:5- *Bedre beskyttelse av barns utvikling* "belyse de vanskelige problemstillingene som oppstår i barnevernets arbeid når det biologiske prinsipp kommer til anvendelse".⁴³

I utredningen ble Utvalget blant annet bedt om å vurdere om terskelen for omsorgsovertakelse er for høy, underforstått at barnevernet legger større vekt på det biologiske prinsipp enn det som har vært lovgivers intensjon.⁴⁴ De ble også bedt om å vurdere vilkårene for påleggelse av hjelpetiltak og om ulike typer hjelpetiltak burde utvides. Utredningen er i skrivende stund fremdeles under behandling. Det kan likevel være av interesse å se hva utvalget sier om anvendelsen av det biologiske prinsipp i forhold til hensynet til barnets beste, da man kan få en pekepinn på hvordan hensynet burde praktiseres.

I forbindelse med utformingen av barnevernloven uttalte Sosiallovutvalget i 1985 «at det eksisterer et generelt interessefellesskap mellom foreldre og barn». Et slikt utgangspunkt om et biologisk interessefellesskap, ble videreført til det som i dag er den gjeldende barnevernlov.⁴⁵ At det også kunne eksistere tilfeller med interessekonflikter mellom foreldre og barn, ble ikke nevnt eller drøftet.

Videre er det et problem at prinsippet ikke fremgår av lovteksten og at det heller ikke er fastsatt nærmere retningslinjer i forarbeidene for hvordan prinsippet skal vektlegges i vurderingen av hva som er til barnets beste. Dette kan i verste fall føre til at det biologiske prinsipp blir vektlagt ulikt i praksis ved de forskjellige barneverntjenester. Utvalget mener at det biologiske prinsipp kun skal være et moment; en generell norm i vurderingen av hva som

⁴²Sandberg, Kirsten, *Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse*, Oslo, 2003, side 230

⁴³NOU 2012:5, side 5

⁴⁴NOU 2012:5, side 74

⁴⁵NOU 2012:5, side 44

er til det beste for barnet. Utvalget mener uttalelsen presiserer at det biologiske prinsipp aldri var ment som en absolutt regel for barnevernet.⁴⁶ De stiller seg kritisk til at prinsippet tidligere er blitt tillagt avgjørende vekt i vurderingen av hva som er til det beste for barnet.⁴⁷ De presiserer videre at det biologiske prinsipp er et viktig hensyn og at man i utgangspunktet skal søke å gjenforene eller opprettholde kontakt mellom barnet og de biologiske foreldrene, men i de tilfeller dette ikke lar seg gjøre eller ikke er forenlig, skal hensynet til barnets beste alltid gå foran.⁴⁸

En stor vektlegging av det biologiske prinsipp, kan synes å samsvare med de nevnte dommene over i punkt 4.2.2 og 4.3.1.⁴⁹ Der har retten etter min mening anvendt det biologiske prinsipp som et avgjørende moment i vurderingen. I tilfeller som dette, er rettens bruk av det biologiske prinsipp kritikkverdigg, nettopp fordi det undergraver hensynet til barnets beste og i stedet går i retning av foreldrenes interesser. Etter min mening, kan det imidlertid virke som om dette er noe retten er på vei bort fra og at hensynet til barnets beste blir bedre ivaretatt i dag enn for 15 år siden, se punkt 4.4 over.

5.2 Utvalget om omsorgsovertakelse

Barnevernet har blitt kritisert for at det går for lang tid før omsorgsovertakelse igangsettes. Grunnen kan være at det prøves ut hjelpetiltak som ikke fungerer i det hele tatt eller bare delvis. Dette er imidlertid påstander som Utvalget har vanskelig for å bevise eller motbevise, fordi det ikke foreligger statistikk fra barnevernet over hvor lang tid hjelpetiltak prøves ut frem til det eventuelt må igangsettes en omsorgsovertakelse. Det er også vanskelig for Utvalget å gi et svar på hvor lenge hjelpetiltak prøves ut av gangen. Dette varierer fra sak til sak og vil være vanskelig å gi et generelt svar på.⁵⁰

Utvalget kan kun vise til statistikk som viser at barnevernet har stor medholdsprosent i saker om omsorgsovertakelse som har vært oppe i både fylkesnemnd og andre domstoler. Dette mener Utvalget kan forklares med at barnevernet har en høy terskel for å fremme saker om omsorgsoverdragelse, slik at det kun er de "riktige" sakene som blir fremmet, det vil si de som klart vil føre til omsorgsovertakelse. De andre sakene som under tvil ikke ville ført frem, blir i stedet avhjulpet med hjelpetiltak i første omgang. På den måten blir familien bevart, man slipper prosessøkonomiske utgifter, å utsette barnet for en eventuell retts sak og beholder lettere det eventuelle samarbeidet med familien. På den annen side sier dette lite om de tilfeller der omsorgsovertakelse burde vært vurdert på et tidligere tidspunkt. Retten kan i en dom gjerne uttale seg om riktigheten av et vedtak om omsorgsovertakelse, men ikke på hvilket tidspunkt det burde blitt vurdert og i hvor stor grad tidspunktet for den enkelte vurdering om omsorgsovertakelse er blitt påvirket av det biologiske prinsipp.⁵¹

Utvalget anbefaler derfor at det blir utarbeidet nye retningslinjer for vanskelige saker der man er i tvil om omsorgsovertakelse skal igangsettes eller ikke.

Disse retningslinjene skal i større grad enn tidligere ta "utgangspunkt i barnets behov for utviklingsstøttende tilknytning, i kombinasjon med vurderinger av omsorgssviktens type og alvorlighetsgrad og omsorgspersonenes egenskaper".⁵² På denne bakgrunn har Utvalget

⁴⁶NOU 2012:5, side 44

⁴⁷NOU 2012:5, side 50

⁴⁸Ot. Prp nr 69 (2008-2009) side 6, via NOU 2012:5, *Bedre beskyttelse av barns utvikling*, side 44

⁴⁹Rt. 1996 s. 1203 og Rt. 1997 s. 170

⁵⁰NOU 2012:5, side 79

⁵¹NOU 2012:5, side 79

⁵²NOU 2012:5, side 80

utviklet et nytt fjerde prinsipp som skal være førende i vanskelige barnevernssaker, et såkalt prinsipp for utviklingsfremmende tilknytning.⁵³ Det vil si at i de omsorgsforhold hvor barnet har en positiv utvikling, skal denne tilknytningen beskyttes, uavhengig av om det er med de biologiske foreldrene eller andre omsorgspersoner slik som fosterforeldre. En slik tilknytning må i stor grad være med i vurderingen for omsorgsovertakelse. Prinsippet begrunnes med at ”en for stor vektning av egenverdien av det biologiske prinsipp kan føre til at barnet vokser opp under ugunstige omsorgsbetingelser dersom tilknytningen og relasjonsutviklingen mellom barnet og omsorgspersonene er svak”.⁵⁴ Det utviklingsfremmende tilknytningsprinsippet skal gå foran det biologiske prinsipp i vanskelige saker.

5.3 Utvalget om pålagte hjelpetiltak

Fylkesnemnden kan som nevnt i punkt 2.5, pålegge tilsyn i de tilfeller der vilkårene for omsorgsovertakelse er oppfylt og pålegge opphold i barnehage og lignende der det er nødvendig.

I NOU 2012:5, gir Utvalget uttrykk for at de ønsker å senke kravet for pålegg om tilsyn til at det bare skal være “nødvendig”, slik at man kan gripe inn i omsorgssituasjoner før vilkårene for omsorgsovertakelse er oppfylt. Det vil si at barneverntjenesten lettere skal kunne pålegge tilsyn i familier der man har mistanke om omsorgssvikt før vilkårene bvl. § 4-12 er oppfylt.⁵⁵ På den måten kan barnets situasjon og forhold i hjemmet forbedres på et tidligere tidspunkt. Utvalget ønsker også å utvide typer hjelpetiltak som kan pålegges, herunder opphold i besøkshjem, avlastningstiltak, fritidsaktiviteter eller bruk av støttekontakt. Endringene begrunnes i at det er et behov for rask saksavvikling i slike situasjoner i tillegg til at det vil begrense barnevernets ressursbruk.

I Gording Stang kritiseres tilsyn som et pålagt hjelpetiltak fordi det i realiteten ikke nødvendigvis fører noe godt med seg. For det første, når et vedtak om tilsyn kan pålegges vil vilkårene for bvl. § 4-12 være oppfylt. I noen tilfeller kan derfor det bedre alternativet for barnet være at det flyttes ut av hjemmet i stedet for at barnevernet sender en medarbeider inn i hjemmet. For det andre kan det ikke settes makt bak pålegget. Bvl. § 6-8 regulerer de vedtak etter barnevernloven som kan gjennomføres med hjelp av politiet. Bestemmelsen er uttømmende og bvl. § 4-4 er ikke nevnt. Motsetter en familie seg tilsyn, er det da i realiteten lite som kan gjøres der og da, annet enn eventuelt fremme sak om omsorgsovertakelse.⁵⁶

En senking av terskelen for vilkåret til “nødvendig”, vil muligens kunne hjelpe barnevernet å nå ut til familiene før situasjonen er så ille at vilkårene for omsorgsovertakelse er oppfylt. Dette kan da ha vært med på å forebygge situasjonen slik at omsorgsovertakelse blir unngått. På den annen side er det fremdeles lite barnevernet kan foreta seg skulle foreldrene nekte tilsyn. Skal et slikt pålegg ha en effekt må det settes makt bak.⁵⁷

⁵³Hensynet til barnets beste, hensynet til det biologiske prinsipp og hensynet til det minste inngreps prinsipp

⁵⁴NOU 2012:5, side 86

⁵⁵NOU 2012:5, side 65

⁵⁶Stang, Elisabeth Gording, *Det er barnets sak*, Oslo, 2012 side 237 og 242

⁵⁷Elisabeth Gording Stang stiller seg også positiv til senking av vilkåret for tilsyn etter bvl. § 4-4 4. ledd, se “Det er barnets sak” på side 242

5.4 Avsluttende egne refleksjoner rundt NOU 2012:5

5.4.1 Det fjerde prinsippet, tilknytningsprinsippet

Etter min mening er Utvalget inne på rett spor når det gjelder en nyansering og en presisering av det biologiske prinsipp. At det tidligere kun har blitt definert som et grunnprinsipp som ligger bak barnevernloven, har gjort at det eksisterer en usikkerhet om hvor stor vekt det skal tillegges i seg selv ved vurderingen av hva som er til barnets beste. Det biologiske prinsipp tillegges stor vekt fordi det å la barnet bli boende sammen med de biologiske foreldrene er det som er ansett å være til barnets beste på lang sikt, til tross for at det kan foreligge betydelige mangler ved omsorgen.

Jeg er usikker om hvorvidt jeg stiller meg bak Utvalgets forslag om å opprette et fjerde tilknytningsprinsipp. På den ene siden er jeg enig i at man bør foreta en selvstendig vurdering av barnets behov i hver sak. Hvis man har et prinsipp, som går i motsatt retning av det biologiske prinsipp, vil vurderingen kunne bli litt mer sammensatt og bred. På den annen side mener jeg at barnets behov for utvikling allerede omfattes av hensynet til barnets beste. I vurderingen som barnevernet skal foreta, blir barnets sak belyst fra forskjellige sider. Både forholdet til familien og eventuelt nye omsorgspersoner. En fastsetting av et nytt prinsipp vil innebære at det biologiske prinsipp blir dempet, da man har to prinsipp som trekker sterkt i samme retning og det biologiske prinsipp og det minste inngreps prinsipp som trekker i motsatt retning. Etter min mening er vurderingen av hensynet til barnets beste allerede i dag en vekting av det biologiske prinsipp, mot barnets tilknytning til personene rundt seg opp mot det tiltak som er mest effektivt og minst inngripende overfor barnet.

At det blir fastsatt konkrete retningslinjer for bruken av hensynene slik Utvalget foreslår, kan være positivt i forhold til at man da kan stadfeste det biologiske prinsipp i større grad, samtidig som man har som mål å fatte en beslutning til barnets beste. Å fastsette et helt nytt prinsipp fremstår muligens som litt unødvendig og kanskje også forvirrende for barneverntjenesten som skal anvende dette.

5.4.2 Senking av terskelen for tilsyn og utvidelse av pålagte hjelpetiltak, jf. bvl.§4-4, 4. ledd

Gjennomføring av tilsyn vil i utgangspunktet være vanskelig, uansett hvordan terskelen er fastsatt. Det vil ikke nødvendigvis bli bedre hvis terskelen for å pålegge tilsyn blir senket. Et poeng med senking av terskelen av pålagt tilsyn, er likevel at barnevernet kan få en anledning til å observere familien på et tidligere stadium, når situasjonen gjerne er mindre anspent. Dette vil kunne føre til at man unngår at situasjonen utvikler seg til at vilkårene for omsorgsovertakelse blir oppfylt.

En utvidelse av tiltak som kan pålegges etter bvl. § 4-4, 4. ledd, vil begrense § 4-4, 2. ledds betydning og vil kunne gi uttrykk for at det offentlige griper inn med makt i familien i større grad enn den burde.

Hjelpetiltak blir i utgangspunktet gjennomført via samtykke. En utvidelse av de ulike typer pålagte hjelpetiltak vil innebære at foreldrene som ikke samtykker til hjelpetiltak, risikere å få de pålagt i stedet. En utvidelse av pålagte tiltak, vil kunne være positivt, med tanke på at barnet kan få hjelp i sin situasjon, men samtidig negativt for familiens autonomi og foreldrenes rett som foreldre til å treffe en beslutning overfor barnet som blir krenket. Foreldre som ikke vil samarbeide med frivillige tiltak, vil trolig ikke samarbeide ved et pålagt tiltak.

I det store og det hele er hjelpetiltak frivillig fordi situasjonen ikke nødvendigvis er så alvorlig at man trenger å igangsette større tiltak. Det kan gjerne være et signal til familien om at noe må gjøres. En ytterligere negativ konsekvens ved en slik utvidelse, vil være at pålagte hjelpetiltak i det hele tatt vil bli vanskelig å få gjennomført. En støttekontakt som familien ikke vil ha, kan ikke tvinge seg på familien fordi tiltaket er blitt pålagt.

Jeg er enig med Utvalget at grensen for pålagt tilsyn burde senkes, og at pålagte tiltak burde utvides, da jeg mener det i det store og det hele vil kunne forebygge og unngå at situasjoner utvikler seg til omsorgsovertakelsessaker. Derimot er jeg usikker på hvorvidt dette kan gjennomføres på en forsvarlig måte som respekterer foreldrene og hjelper barnet på en god måte. En løsning hadde vært å la § 4-4, 4. ledd omfattes av ordlyden i bvl. § 6-8 slik at barnevernet hadde hatt mulighet til å få politiassistanse ved gjennomføringen av pålagte tiltak. Samtidig ville det ført til unaturlige og vanskelige situasjoner for både barnevern og foreldre.

Samlet sett er man nødt til å foreta et valg om man velger å vektlegge maktbruk for å ha tilsyn med barnet i hjemmet, hjelpe barnet på et tidligere tidspunkt, eller vektlegge foreldrenes samtykkerett for å respektere foreldrenes. Begge løsninger vil ha både positive og negative sider.

Litteraturliste

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

Sandberg, Kirsten(2003), Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse, 1. utgave, Oslo: Gyldendal Akademisk

Smith, Lucy (1980), Foreldremyndighet og barnerett, Oslo: Universitetsforlaget

Stang, Elisabeth Gording (2007), Det er barnets sak - barnets rettsstilling i sak om hjelpetiltak etter barnevernloven § 4-4, Oslo: Universitetsforlaget

Haugli, Trude og Havik, Toril (2010), Samvær i barnevernsaker- psykologiske og juridiske vurderinger, Tromsø: Universitetsforlaget

Lovforarbeider

Ot.prp. nr 44 (1991-1992)

Ot.prp. nr 45 (2002-2003)

Ot. Prp nr 69 (2008–2009)

NOU 1985:18

NOU 2012:5

Rundskriv

Regjeringens retningslinjer Q-0982 “Retningslinjer om hjelpetiltak”

Lovregister

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

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

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

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

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

Forkortelser

Bvl – Lov om barneverntjenester 17. juli 1992 nr 100

Bl- Lov om barn og foreldre 8. april 1981 nr 7

EMK – Den europeiske menneskerettskonvensjon

Øvrige forkortelser

Ot.prp. - Odelstingsproposisjon

NOU - Norges Offentlige Utredninger

Rt. - Norsk Rettstidende

Op.cit. - Opus citatum (lat.), “det anførte verk”

Sosiallovutvalget – Utvalget i NOU 1985:18 «Lov om sosiale tjenester m.v» (sosialtjenesteloven). Foreslo ny barnevernlov.