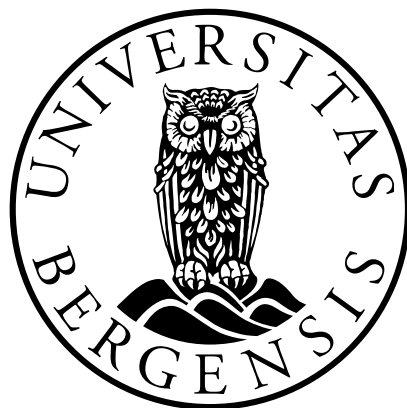


Vilkår for tilbakeføring etter
omsorgsovertaking etter
barnevernlova § 4-21, med særleg fokus
på omsynet til «barnets beste».

Kandidatnummer: 199921

Ord:14 995



JUS399 Masteroppgåve
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

[09.12.14]

Innhold

Innhold	1
1 Innleiing.....	3
1.1 Presentasjon og bakgrunn for val av tema	3
1.2 Samanheng i lovverket og bakgrunn for tilbakeføring etter omsorgsovertaking	4
1.3 Framgangsmåte.....	5
2 Historikk.....	6
2.1 Opptapping av det barnerettslege vernet	6
2.2 Eit stort steg i rett retning	6
3 Barnerettslege prinsipp.....	8
3.1 Introduksjon	8
3.2 Det biologiske prinsipp.....	9
3.3 Det barnerettslege prinsippet «barnets beste»	10
3.3.1 Barnevernlova sitt omsyn.....	10
3.3.2 Bruk av prinsippet.....	11
3.3.3 Nærmare om ordlyden i bvl. § 4-1 første ledd.....	12
3.3.4 Medverknadsrett.....	13
3.3.5 Grunnlovfesting av prinsippet «barnets beste»	14
3.4 Vilkåret «barnets beste» sett opp mot internasjonale plikter.....	15
3.4.1 Internasjonal lovgiving.....	15
3.4.2 Barnekonvensjonen (BK) art. 3.....	16
3.4.3 Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK).....	17
4 Omsorgsovertaking.....	20
5 Vilkår for tilbakeføring.....	22
5.1 Innleiing.....	22
5.2 Når er det «overveiende sannsynlig» at foreldra kan gi barnet «forsvarlig omsorg»?	22
5.3 Tilknytingsbrot som kan føre til alvorlege problem for barnet	24
5.4 Utvikling i rettspraksis knytt til tilbakeføring etter omsorgsovertaking.....	26
5.4.1 Introduksjon	26
5.4.2 Kva vurdering skal ein eigentleg ta?.....	27
5.5 Ulike moment i vurderinga av om barnet skal tilbakeførast.....	28
5.5.1 Foreldra si omsorgsevne	28
5.5.2 Kan hjelpetiltak bøte på foreldra si manglande omsorgsevne?.....	29

5.5.3	Kor stor betydning har det at barnet har vore plassert hjå fosterforeldra over lengre tid?	30
5.5.4	Sårbare barn	31
5.5.5	Må langvarig tilknytning til fosterfamilien vike for det biologiske prinsipp dersom barnet er robust?	32
5.5.6	Etnisitet – eit tungtvegande moment.....	34
5.6	Korleis skal ein etter det ovannemnte kome fram til kva som er til det beste for barnet?.....	36
6	Avsluttande kommentar.....	39
	Litteraturliste.....	41

1 Innleiing

1.1 Presentasjon og bakgrunn for val av tema

Barn utgjer ei svak gruppe i samfunnet når det gjeld å ivareta eigen rettstryggleik. Dei har svært avgrensa moglegheiter til å vite kva som er urett, og å gjere uretten kjend for andre.

Nokre gonger vil familiesituasjonen til barnet vere så alvorleg at omsorgsovertaking er til det beste for barnet. Statistisk sentralbyrå viser at i overkant av 53 000 barn i løpet av 2012 var under barnevernstiltak. Av desse barna er rundt 9 000 under omsorgstiltak.¹ Håpet, og eit av siktemåla med omsorgsovertakinga, er at barnet skal tilbakeførast til foreldra. Det føreligg per i dag ingen allmenn tilgjengeleg statistikk på kor mange barn som blir tilbakeført til dei biologiske foreldra.

Denne masteravhandlinga skal ta føre seg Barnevernlova² (bvl.) sine vilkår for tilbakeføring etter omsorgsovertaking. Oppgåva skal utgreie momenta som gjer seg gjeldande i ovannemnde vurdering.

Eitt overordna moment er omsynet til «barnets beste» som er lovfesta i bvl. § 4-1. Føresegna bestemmer at det skal leggjast *avgjerande* vekt på å finne tiltak som er til det beste for barnet. Omsynet er eit grunnleggjande prinsipp i barnevernsretten, og skal dermed vere rettleiande for rettsbrukaren. Avhandlinga vil difor ha eit særleg fokus på dette omsynet.

Vidare skal oppgåva prøve å statuere legitime moment rettsbrukaren kan nytte for å klarleggje kva som er til «barnets beste» ved tilbakeføring etter omsorgsovertaking. Rettspraksis kan illustrere korleis rettsbrukaren skal klarleggje dette. Sjølv om barnevernlova av 1953³ § 48 vart erstatta av barnevernlova av 1992 § 4-21, skal rettstilstanden i realiteten vere den same ved spørsmål om tilbakeføring etter omsorgsovertaking.⁴

Ein viktig forskjell i den gamle og den nye barnevernlova, er fokuset på omsynet «barnets beste». Omsynet vart først generelt lovfesta i 1992-lova. Tidlegare var omsynet berre lovfesta ved omsorgsovertaking etter barnevernlova § 17, andre ledd.

Som følge av ei lovendring i 2009, vart beviskravet for tilbakeføring skjerpa. Etter gjeldande lov skal det vere *overvegande* sannsynleg at foreldra kan gi barnet forsvarleg omsorg før tilbakeføring kan finne stad. Høgsterettsdommane som er avsagt før sistnemnte lovendring, vil difor ikkje vera retningsgivande med tanke på terskelen for tilbakeføring. Dei vil likevel gi rettleiing med tanke på korleis vilkåra for tilbakeføring elles skal forståast.⁵

¹ <http://www.ssb.no/sosiale-forhold-og-kriminalitet/statistikker/barneverng/aar/2013-06-26#content>

² Lov om barneverntjenester av 17. juli 1992 nr. 100, (bvl.) § 4-21.

³ Lov om barnevern av 17. juli 1953, nr. 14.

⁴ Sandberg (2003), s. 177.

⁵ NOU 2012: 5, punkt 9.2.4.

Eg har på dette grunnlag valt å konsentrere meg særleg om høgsterettsdommar avsagt etter at 1992-lova tredde i kraft. Men som oppgåva vil vise, føreligg det ingen klar tendens i rettspraksis angående kva moment som skal vege tyngst i vurderinga om kva som er til «barnets beste» ved spørsmål om tilbakeføring. Momenta som kan tillegast vekt vert gjort greie for i punkt 5.5.

1.2 Samanheng i lovverket og bakgrunn for tilbakeføring etter omsorgsovertaking

I det norske samfunnet har foreldra ansvar for omsorga for barna sine.⁶ Barnevernlova gjeld for barn under 18 år.⁷ Formålet med lova er å sikre at barn og unge som lever under forhold som kan skade deira helse og utvikling, får nødvendig hjelp og omsorg til rett tid, samt trygge oppvekstvilkår.⁸

Det føreligg ei rekkje tiltak etter barnevernlova kapittel fire som kan iverksetjast for å ivareta formålet med lova. I utgangspunktet må foreldra samtykkje til hjelpetiltaka.⁹ Fylkesnemnda kan, om nødvendig, pålegge foreldra å ta imot ulike hjelpetiltak.¹⁰

Dersom det viser seg at hjelpetiltaka ikkje er tilstrekkeleg med tanke på barnet si helse og utvikling, kan det bli nødvendig med omsorgsovertaking. Omsorgsovertaking kan skje med eller utan samtykkje frå foreldra.¹¹ Oppgåva avgrensar mot frivillig ordningar og hjelpetiltak i heimen.

Omsorgsovertaking representerer eit alvorleg inngrep i familielivet. Store delar av foreldreansvaret går over til barnevernstenesta når omsorgsovertaking vert iverksett. Vidare vert barnet fysisk teken ifrå foreldra og plassert i ein fosterheim eller på ein institusjon.

Det er fylkesnemnda som fattar vedtak om omsorgsovertaking.¹² Vedtaket vert fatta på bakgrunn av vilkåra i bvl. § 4-12. Føresegna skisserar fire ulike situasjonar der omsorgsovertaking kan vere nødvendig.

Første alternativ viser til situasjonar der det føreligg alvorlege manglar med tanke på den daglege omsorga barnet får, eller med tanke på den personlege kontakt og tryggleik barnet treng. Neste alternativ skisserer situasjonar der foreldra ikkje syt føre at eit hjelpetregane barn får dekkja sine særlege behov for handsaming og opplæring. Tredje alternativ er dersom barnet blir mishandla eller utsett for andre alvorlege overgrep i heimen. Siste alternativ er

⁶ Lindboe (2008), s. 19.

⁷ Barnevernlova § 1-3.

⁸ Barnevernlova § 1-1.

⁹ Sjå føresetnadsvis barnevernlova § 4-4, andre ledd.

¹⁰ Barnevernlova § 4-4, tredje ledd.

¹¹ Barnevernlova §§ 4-7 og 4-12, andre ledd.

¹² Barnevernlova § 4-12, tredje ledd.

dersom barnet si helse eller utvikling kan bli alvorlig skada fordi foreldra er ute av stand til å ta tilstrekkeleg ansvar for barnet.¹³

Barnevernlova § 4-12, andre ledd, viser at omsorgsovertaking ikkje skal finne stad med mindre dette er *nødvendig* ut frå situasjonen barnet er i. Dette tilseier at omsorgsovertaking ikkje skal iverksetjast dersom ein kan gjere situasjonen for barnet tilfredsstillande ved bruk av mindre inngripande hjelpetiltak.

Barnevernstenesta pliktar å følge med på utviklinga til barnet og barnet sine foreldre under omsorgsovertakingsperioden.¹⁴ Eitt av siktemålet med omsorgsovertakinga er at barnet etterkvart skal sameinast med foreldra, og at ansvar for barnet skal tilbakeførast til foreldra.¹⁵ Tilbakeføring føreset ei positiv endring av situasjonen som førelåg på tidspunktet før omsorgsovertakinga.¹⁶ Barnevernstenesta pliktar å reise sak om tilbakeføring dersom vilkåra for å oppretthalde omsorgsovertakinga ikkje lenger er til stades.¹⁷

Omsorgsovertaking siktar altså ikkje å vere ei permanent ordning. Fylkesnemnda skal etter bvl. § 4-21 oppheve vedtaket om omsorgsovertaking når det er «overveiende sannsynlig» at foreldra kan gi barnet «forsvarlig omsorg».¹⁸ Eit viktig unntak føreligg etter bvl. § 4-21, første ledd, andre punktum. Vedtaket skal likevel ikkje opphevast dersom barnet har fått ei slik tilknytning til menneske og miljø der det er, at det etter ei samla vurdering kan føre til «alvorlige problemer» for barnet om det vert flytta.¹⁹ Vilkåra vil bli utgreitt utføleg i punkt 5.

1.3 Framgangsmåte

Innleiingsvis ser eg det hensiktsmessig å skildre rettshistorikken til barnevernsretten. Oppgåva vil deretter ta føre seg barnevernlova sine vilkåra for tilbakeføring. Desse vilkåra blir så vurdert opp mot terskelen vilkåra for omsorgsovertaking statuerar. Vidare vil dei grunnleggjande prinsippa «barnets beste» og det biologiske prinsipp bli djuptgåande skildra.

Rettspraksis vil deretter bli gjennomgått for å illustrere korleis vilkåra og prinsippa blir brukt. I denne samanheng må ein også sjå tilbakeføringa opp mot dei internasjonale pliktene Noreg har, då særleg opp mot Barnekonvensjonen (BK) og Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK). Til slutt kjem nokre avsluttande merknader.

Eg nyttar vanleg juridisk metode i denne avhandlinga. Gjeldande lover, forarbeid, rettspraksis og juridisk litteratur er undersøkt og blir gjennomgått i framstillinga.

¹³ Vilkåra i barnevernlova § 4-12 vert nærmare omhandla i kapittel 4.

¹⁴ Barnevernlova § 4-16.

¹⁵ Bendiksen og Haugli (2014), s. 283.

¹⁶ Sjå ordlyd og dei andre vilkåra i barnevernlova § 4-21.

¹⁷ Bendiksen og Haugli (2014), s. 289.

¹⁸ Barnevernlova § 4-21, første ledd, første punktum.

¹⁹ Barnevernlova § 4-21, første ledd, andre punktum.

2 Historikk

2.1 Opptrapping av det barnerettslege vernet

Vanskelege oppvekstvilkår, vanskelegstilte barn, og foreldre som av ulike grunnar ikkje burde ha omsorg for barn, har eksistert i alle år. For å forstå lovgivinga per dags dato, kan det vere hensiktsmessig å ta eit tilbakeblikk på tidlegare lover.

I år 1900 fekk det moderne barnevernet gjennombrøt ved ikraftsetjing av Lov om behandling af forsømte børn av 1896.²⁰ Internasjonalt sett var Noreg eit av dei første landa til å vedta ei lov som tok sikte på å ivareta barn sine behov i vanskelege familiesituasjonar.

I dei første tiåra av 1900-talet voks slagordet «Barna er Norges fremtid» fram. Slagordet vart forsterka i etterkrigstida då folk forstod at barn var ein essensiell faktor ved oppbygging av landet etter krigen. Ethiske og sosiale tankar om å verne dei svakaste rådde i samfunnet.²¹ Barn vart dermed gradvis verdsett og respektert i større grad enn tidlegare.

Ved kongeleg resolusjon 7. november 1947 vart Barnevernskomiteen oppretta. Den hadde til oppgåve å skrive ei innstilling til Lov om barnevern, som tredde i kraft 1953. Under dei generelle merknadane til 1953-lova, gjorde Barnevernskomiteen det klart at slagordet «Barna er Norges fremtid» berre er den halve sanninga. Barn er ikkje berre investeringsobjekt, dei er også Noregs *notid*.²² Den nye lova skulle grunngjevast ut frå omsynet til barnet, ikkje primært etter samfunnsøkonomiske motiv.

Til trass for eit stort fokus på barnet, er interessene deira ikkje særleg sterkt fremja i 1953-lova. Det er mellom anna ikkje innført ei generelle føresegn om å ta omsyn til «barnets beste». Barnevernskomiteen sine uttalingar viser at dei ikkje ser på barna som rettssubjekt med egne rettar.²³ Dei gjorde vidare gjeldande at det mest påtrengande behovet for ny lov, var å få skape ein større einskap i lovgivinga og administrasjonen.²⁴ Det vert dermed vanskeleg å påstå at barn var tilstrekkeleg verna etter 1953-lova.

2.2 Eit stort steg i rett retning

Over lengre tid har det vore reist kritikk om at 1953-lova vernar foreldre i sterkare grad enn barnet. Ei velkjend oppfatning blant folk var at det førelåg eit foreldreværn i staden for eit barnevern. Tidlegare var det offentlege truleg meir restriktive til å gå inn i heimane til andre,

²⁰ NOU 2004: 23, punkt 3.1.

²¹ Innstilling 1951: 40, s. 10.

²² L.c.

²³ Sandberg (2003), s. 54.

²⁴ Innstilling 1951: 40, s. 15.

då dette vart sett på som krenking av den personlege integriteten. Det vart difor vanskeleg å finne fram til dei utsette barna, og såleis vanskelegare å iverksetje hjelpetiltak.

I større grad enn tidlegare, retta samfunnet i byrjinga av 80-talet fokuset mot *barnet*. Forarbeida til Barnevernlova av 1992 viser at samfunnsutviklinga hadde ført til at dei sosiale problema, som ofte ligg bak omsorgssvikt og åtferdsproblem hjå barn, hadde endra karakter sidan 50-tallet.²⁵ Vidare hadde kunnskapen om og haldingar til sosialpolitiske mogelegheiter, fagpersonell og nye metodar i arbeidet medført at føresetnadane for å løyse barnevernsrettslege problem var blitt betre.²⁶

Det er likevel først i dei siste tiåra rettsstillinga til barn verkeleg har festa seg i lovgivinga. Den nye barnevernlova av 1992 var den første nasjonale lova som legaliserte «barnets beste» som eit generelt omsyn. Rettsstillinga til barnet fekk såleis ein sterkare posisjon i lovverket. Tanken var at barn skal verdsetjast for det dei er, og at samfunnet difor må syte for gode oppvekstvilkår. Lova var eit stort steg i retning av å anerkjenne barn som eigne rettssubjekt.

Andre døme på lovgiving som gir barn sterkare posisjon, er inkorporering av Barnekonvensjonen²⁷ (BK) i 2003 og grunnlovfesting av vilkåret «barnets beste» 9. mai 2014²⁸.

Som grunnlovsendinga stadfestar, er rettsstillinga til barn fortsatt under frammarsj. I større grad enn tidlegare er det no snakk om eit *barnevern*, ikkje eit foreldrevern. Rettspraksis tyder likevel på at det er usikkert kva moment ein skal tillegge størst vekt i vurderinga av kva som er «barnets beste» i tilbakeføringssaker. Dette vert nærare utgreidd i punkt 5.

I det vidare vil det bli gjort greie for barnerettslege prinsipp som gjer seg gjeldande i vurderinga om tilbakeføring skal finne stad.

²⁵ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992), s. 10.

²⁶ L.c.

²⁷ FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989.

²⁸ Kongeriket Norges Grunnlov av 17. mai 1814.

3 Barnerettslege prinsipp

3.1 Introduksjon

Fire grunnleggjande prinsipp ligg bak barnevernlova.²⁹ Desse fire er omsynet til «barnets beste», det biologiske prinsipp, prinsippet om rett hjelp til rett tid og det mildaste inngreps prinsipp. Uavhengig om prinsippa er lovfesta eller ei, vil prinsippa gjere seg gjeldande i vurderingane som vert tekne etter barnevernlova.

Prinsippa har vakse fram gjennom det tradisjonelle synet på korleis familielivet bør vere, haldingar i samfunnet og politiske meiningar. Eit anna prinsipp som også gjer seg gjeldande, er legalitetsprinsippet.³⁰

Legalitetsprinsippet følgjer av konstitusjonell sedvanerett. Dette er ein overordna rettsregelen som seier at offentlege inngrep krev heimel i lov.³¹ Dette medfører bl.a. at barnevernstenesta berre kan iverksetje tiltak i familien dersom det føreligg lovføresegner om dette.³² Vidare tilseier prinsippet at dei heimlane som føreligg, må tolkast med varsemd.³³ Dette betyr at dess meir vidtgåande inngrepet er, dess klarare lovheimel treng ein.³⁴ Barnevernlova kapittel fire legaliserer ulike inngrep, bl.a. omsorgsovertaking. Då det føreligg heimel i lov for tilhøve oppgåva omhandlar, vil legalitetsprinsippet sjeldan kome på spissen i desse sakene.

Det mildaste inngreps prinsipp betyr at ein alltid skal søkje å nytte det mildaste inngrepet for å oppnå formålet.³⁵ Prinsippet kjem til uttrykk i mellom anna bvl. § 4-12, andre ledd, der inngrepet må vera *nødvendig* for å kunne bli iverksett. Vurderinga etter andre ledd utgjer eit «bærende hovedprinsipp om alltid å velge det mildeste inngrep som er tilstrekkelig».³⁶

Prinsippet talar tradisjonelt sett for at barnet skal tilbakeførast til foreldra. Grunnlaget er at ein i minst mogleg grad skal gjere inngrep i familielivet.³⁷ Dersom ein ser prinsippet frå barnet si side, kan prinsippet også tale i retning av at det minst inngripande vil vere å bli verande i fosterheimen.³⁸ Prinsippet må difor sjåast opp mot kva som er «barnets beste» og det biologiske prinsipp.

Prinsippet om rett hjelp til rett tid er lovesta i bvl. § 1-1, og kan vere avgjerande for barnet si utvikling.³⁹ Barnevernstenesta si oppgåve er å kartleggje situasjonen, definere barnet sine behov, samt gjennomføre tiltak når dei oppdagar at eit barn lever under forhold som kan

²⁹ NOU 2009: 08, punkt 4.2.5.

³⁰ Bendiksen og Haugli (2014), s. 37.

³¹ Bendiksen og Haugli (2014), s. 177.

³² Lindboe (2008), s. 19.

³³ Sandberg (2003), s. 37.

³⁴ Bernt (1983), s. 128.

³⁵ Sandberg (2003), s. 40.

³⁶ Lindboe (2008), s. 90.

³⁷ Sandberg (2003), s. 48.

³⁸ Bendiksen og Haugli (2014), s. 284.

³⁹ Prop. 106 L (2012-2013), punkt 8.1.1.

skade deira helse og utvikling. Prinsippet legg eit visst press på barnevernstenesta til å handle raskt.

To prinsipp som særleg gjer seg gjeldande ved vurdering av tilbakeføring etter omsorgsovertaking er det biologiske prinsipp og omsynet til «barnets beste». Desse prinsippa blir difor utdjupa meir utførleg nedanfor.

3.2 Det biologiske prinsipp

Det er eit grunnleggjande utgangspunkt i det norske samfunnet at barn veks opp i den familien dei er født inn i.⁴⁰ Det biologiske prinsipp er likevel noko meir enn ovannemnte. Det har blitt teke til orde for at prinsippet har to sider. Den eine sida er individet sin kunnskap om kven som er dei biologiske foreldra. Den andre sida er betydninga av det biologiske forholdet for omsorg og andre former for familieliv.⁴¹ Den sistnemnte sida har særleg relevans i høve til tilbakeføringssaker.

Eit ekspertutval uttalar at det biologiske prinsipp er eit av dei grunnleggjande prinsippa for barnevernstenesta sitt arbeid.⁴² Prinsippet vert nytta i mange ulike samanhengar, og det er difor vanskeleg å vite korleis prinsippet skal tolkast. Barnevernlova nemner ikkje det biologiske prinsippet eksplisitt. Dermed oppstår det problem for rettsbrukaren med tanke på kva vekt og funksjon prinsippet skal tillegkast.

Prinsippet er likevel ein grunnpilar i lova. Lova uttrykkjer dette ved at inngrep frå barnevernet si side, først og fremst skal skje ved hjelpetiltak i heimen utan å skilje barnet frå foreldra. Prinsippet kjem også til syne ved at det blir stilt svært strenge vilkår for å skilje barnet frå foreldra.⁴³

Samstundes *skal* tilbakeføring skje når foreldra kan gi forsvarleg omsorg, og tilbakeføringa ikkje medfører alvorlige problem for barnet med tanke på tilknytninga barnet har fått til personane og miljøet der det er plassert.⁴⁴ Prinsippet talar alltid for at det er til barnet sitt beste å bli verande hjå foreldra, eller at det beste for barnet vil vere å tilbakeførast til foreldra.

Prinsippet vil vidare tale for at foreldra skal ha samvær med barna under omsorgsovertakinga. Grunnlaget er at omsorgsovertaking siktar å vere ei midlertidig løysing. Kontakt mellom foreldre og barn bør difor oppretthaldast for at tilbakeføringa skal skje mest mogeleg smertefritt. I slike situasjonar talar prinsippet for at foreldra skal ha så mykje samvær med barnet som situasjonen tillèt.

⁴⁰ Sandberg (2003), s. 68.

⁴¹ Op.cit. s. 67-68.

⁴² NOU 2012: 5, s. 41.

⁴³ Barnevernlova § 4-12.

⁴⁴ Sjå drøfting av vilkåra for tilbakeføring etter barnevernlova § 4-21 i punkt 5.

Tvangsadopsjon er det strengaste inngrepet etter barnevernlova.⁴⁵ Når fylkesnemnda fattar vedtak om tvangsadopsjon, vil foreldra aldri få tilbake omsorga for barnet. Det biologiske prinsippet står likevel så sterkt at det også i desse tilfella er mogeleg med kontakt mellom foreldra og barnet. Barnevernlova § 4-20a viser at det er mogeleg å opprette besøkskontakt mellom foreldre og barn sjølv om tvangsadopsjon er iverksett. Det biologiske prinsippet kjem såleis til syne i desse tilfella også.⁴⁶

I dei tilfella foreldre ikkje har ressursar til å skape stabilitet for barnet, må det biologiske prinsippet vike for andre moment som veg tyngre i «barnets beste»-vurderinga.⁴⁷ Dette betyr at barnet sitt behov for tryggleik og omsorg, ved motstrid går framfor foreldra sine behov og ønskjer.⁴⁸ Dette tydeleggjer at det biologiske prinsippet aldri var meint å skulle utgjere ein absolutt regel i barnevernstenesta sitt arbeid.⁴⁹ Dette verkar å ha gode grunnar føre seg. Det er tross alt tale om eit *barnevern*, ikkje eit vern eller ein rett for foreldra til å ha barna hjå seg.

Likevel kan tilknytninga til dei biologiske foreldra i seg sjølv vere ein ressurs for barnet.⁵⁰ Prinsippet er berre direkte referert til i to høgsterettsdommar⁵¹, men blir ofte indirekte referert til når Høgsterett klarlegg gjeldande rett.

To døme på dette er då Høgsterett uttalte at «det har en egenverdi at et barn får vokse opp hos sine biologiske foreldre»⁵², og at «hensynet til båndene mellom barnet og dets biologiske foreldre må klarligvis tillegges stor vekt».⁵³

Følgjeleg må ein konstatere at prinsippet dannar grunnmuren i barnevernlova og skal tilleggast betydeleg vekt. Dette trass i at det ikkje føreligg ei lovfesting av prinsippet. Kor stor vekt det skal ha, beror på ei skjønsmessig vurdering i det konkrete tilfellet.

3.3 Det barnerettslege prinsippet «barnets beste»

3.3.1 Barnevernlova sitt omsyn

Omsynet til «barnets beste» er lovfesta i barnevernlova § 4-1. Ved bruk av føresegnene i barnevernlova kapittel fire, skal det leggast *avgjerande* vekt på å finne tiltak som er til det beste for barnet. Det skal blant anna leggast vekt på å gi barnet stabil og god vaksenkontakt

⁴⁵ Barnevernlova § 4-20.

⁴⁶ NOU 2012: 5, s. 42.

⁴⁷ Ot.prp. nr. 69 (2008-2009), s. 6.

⁴⁸ Ot.prp. nr. 69 (2008-2009), s. 6.

⁴⁹ NOU 2012: 5, s. 44.

⁵⁰ NOU 1985: 18, s. 171.

⁵¹ Rt. 1991 s. 668 og Rt. 1995 s. 479.

⁵² Rt. 1997 s. 170, s. 175.

⁵³ Rt. 1982 s. 1687, s. 1693

og kontinuitet i omsorga. Føresegna blir omtala som omsynet til «barnets beste», og er eit barnerettsleg prinsipp i norsk rett.

Føresetnaden for at § 4-1 kjem til bruk, er at «tiltaksbestemmelsene gir rom for et hensiktsmessighetsskjønn».⁵⁴ Det kan med rette seiast at det føreligg eit slikt rom når ein vurderer om tilbakeføring etter omsorgsovertaking skal finne stad.

Som det går fram av føresegna, gjeld ho berre ved avgjerder som vert tekne i medhald av barnevernlova kapittel fire. Vilåret «barnets beste» statuerer såleis ikkje eit overordna prinsipp i barneretten etter denne føresegna. Føresegna skal i barnevernlova sitt augemed nyttast heilt konkret i barnevernssakene.

3.3.2 Bruk av prinsippet

Etter bvl. § 4-1 skal ein finne tiltak som er til det beste for barnet. Som sagt må ein prøve å tilrettelegge for stabil og god vaksenkontakt. På kva måte skal ein nytte prinsippet for å oppnå dette?

Ein kan nytte prinsippet som eit tolkingsargument i dei tilfella lova gir eit klart resultat etter at ein har tolka den. Døme på dette er bvl. § 4-2, som viser at barnevernstenesta pliktar å følge opp den innkomne bekymringsmeldinga, dersom dette er til det beste for barnet. Ein talar om ei «dersom – så» - vurdering. Dette er ein av dei vanlegaste måtane å nytte prinsippet på.

Prinsippet kan vidare nyttast som eit tolkingsprinsipp for å gjere ei utvidande, innskrenkande eller presiserande tolking av føresegna. Lucy Smith meiner at vilåret som tolkingsprinsipp for barnevernlova skal ligge til grunn for det alternativet som ivaretek barnet sine interesser i størst mogeleg grad.⁵⁵ Det tyder dermed på at «barnets beste» som eit tolkingsprinsipp skal og bør legitimere det tolkingsalternativet som i størst mogeleg grad ivaretek «barnets beste».

Det er vanleg å nytte omsynet på eit individuelt nivå. Til illustrasjon kan dom frå Høgsterett nyttast.⁵⁶ I avsnitt 35 skriv førstvoterande «[n]år jeg skal ta stilling til om vilkårene for å opprettholde omsorgsvedtaket er til stede i dag, ser jeg først på hvordan [barnet] har utviklet seg, og på om hun i dag har spesielle omsorgsbehov». Det er heilt klart at dommaren tek utgangspunkt i det aktuelle barnet, og såleis indirekte nyttar vilåret «barnets beste» på individualnivå.

Vilåret kan også nyttast som eit reelt omsyn. Til forskjell frå «barnets beste» som tolkingsprinsipp, vil «barnets beste» som eit reelt omsyn ta høgde for at tolkinga skal ha gyldigheit utover den konkrete saka.⁵⁷ Det er usikkert kva vekt ein kan tillegge vilåret «barnets beste» som eit reelt omsyn.

⁵⁴ Sandberg (2003), s. 59

⁵⁵ Smith (1980), s. 292.

⁵⁶ Rt. 2004 s. 1683.

⁵⁷ Sandberg (2003), s. 54.

Uansett korleis ein brukar prinsippet, må det gjennomførast ei heilskapleg vurdering ut frå rettskjeldene som gjer seg gjeldande. Vurderinga skal vere skjønnsmessig, og må halde seg innanfor dei skrankane rettskjeldene set.

3.3.3 Nærmare om ordlyden i bvl. § 4-1 første ledd.

Vilkåret «barnets beste» er eit diffust omgrep. Bokstavleg talt refererer ordlyden til det som er det optimale for barnet. I det følgjande vil ein sjå at dette ikkje har vore lovgivar si mening.

Barnevernlova § 4-1 avgrensar omsynet til å gjelde ved val av tiltak. Som ei rettesnor treng barn stabil og god vaksenkontakt, i tillegg til kontinuitet i omsorga.⁵⁸

Ordlyden kan trekke i retning av at ein må søkje å finne den livssituasjonen der barnet får størst utbytte ut frå sine føresetnader. Det er likevel klart at ein må sjå ordlyden i samsvar med det som er mogeleg å oppnå, både med tanke på det økonomiske aspektet og ressursane i samfunnet.

Forarbeida viser at «barnets beste» skal vera ei rettesnor for vurdering av ulike tiltak.⁵⁹ Ein skal vektlegge dei momenta som er av betydning for *barnet*.⁶⁰ Føresetnaden er dermed at det føreligg eit val mellom ulike tiltak, eller om det skal iverksetjast eit tiltak eller ei.⁶¹

Kva som er til det beste for barnet, vil dermed avhenge av kva alternativ barnet har i den aktuelle situasjonen. Vilkåret vil på denne måten bli ei avvegingsnorm ut i frå alternativa. Ein må difor sjå på dei ulike interessene til barnet, og vege desse opp mot kvarandre.

Spørsmålet i tilbakeføringssaker er om barnet skal fortsette å bu hjå fosterforeldra, eller om barnet skal tilbakeførast til foreldra. Ei av vurderingane som må takast, er om barnet får alvorlege problem dersom det vert tilbakeført.⁶²

Kva som er til det beste for barnet, vil variere og avhenge av verdisynet, og dei politiske og faglege synspunkt ein til ei kvar tid har i samfunnet.⁶³ Den viktigaste variabelen er likevel den konkrete situasjonen til det aktuelle barnet. Til forskjell frå det biologiske prinsipp, vil vilkåret aldri trekke i ei bestemt retning.

Det må difor gjerast ei konkret vurdering der omsynet til kva som er til «barnets beste» skal ha avgjerande betydning.⁶⁴ Dersom barnet oppnår stabil og god vaksenkontakt i fosterfamilien, slik at det blir kontinuitet i omsorga, så talar dette klart retning av at «barnets beste» er å bli verande der.

⁵⁸ Jf. barnevernlova § 4-1, første ledd, andre punktum, samt andre ledd.

⁵⁹ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992), s. 28.

⁶⁰ NOU 1985: 18 s. 145, jf. barnevernlova § 4-21, første ledd, første punktum.

⁶¹ Ofstad og Skar (1999), s. 108.

⁶² Jf. barnevernlova § 4-21, første ledd, andre punktum.

⁶³ Sandberg (2003), s. 53.

⁶⁴ Jf. barnevernlova § 4-1.

Som ein ser, vil «barnets beste»-vurderinga ha stor betydning i vurderinga om tilbakeføringa vil medføre alvorlege problem for barnet.

Dei andre vurderingane etter bvl. § 4-21, første ledd, omhandlar foreldra sin kompetanse. I desse vurderingane vil ikkje omsynet til «barnets beste» gjere seg gjeldande. Grunnlaget er at vurderingane omhandlar foreldra, og ikkje sjølve barnet.⁶⁵

Det krev omfattande undersøkingar og vurderingar til for å kunne konkludere med kva som er «barnets beste». Slutningane om kva som er til det beste for barnet, vil i hovudsak byggje på erfaring. Slik erfaring blir tilført fylkesnemnda eller retten frå andre fag enn det juridiske, som psykologi og psykiatri.⁶⁶

Dei sakkyndige sine vurderingar blir vanlegvis tillagt stor eller avgjerande vekt i barnevernssaker. Dette vert utdjupa i punkt 5.6.2. Grunnlaget er at retten som regel verken har tid eller kunnskap til å gjennomføre undersøkingar for å finne ut kva som er til det beste for barnet.

3.3.4 Medverknadsrett

Barnevernlova § 4-1, andre ledd, tredje i kraft i 1. juni 2014. Føresegna stadfestar at barnet skal få moglegheit til å medverke i saka. Medverkinga vert dermed eit ledd i kartlegginga av kva som er «barnets beste».

Barnet har frå tidlegare av ein generell uttalerett etter bvl. § 6-3, og etter BK art. 12 skal barnet sine synspunkt tilleggast «behørig vekt i samsvar med dets alder og modenhet». Barnelova § 31 presiserer i utgangspunktet det same som BK art. 12, men utvidar retten ved at meiningar til barn over 12 år skal tilleggast *stor* vekt. Regelen er meint å sikre at større barn sine meiningar skal få tilstrekkeleg vekt ved vurderinga av personlege forhold for barnet.⁶⁷

Innføringa av medverkingsdelen i bvl. § 4-1, andre ledd, medfører at barnet sin medverkingsrett har ein sterkare posisjon i lovverket. Føresegna viser, på ein tydelegare måte enn tidlegare, at barnet er eit eige rettssubjekt som skal få medverke i saker som omhandlar dei sjølve.

Eit døme på dette er ankeutvalet i Høgsterett si slutning.⁶⁸ Der det blei uttalt at ein ikkje kan avgjere spørsmål om barnet har oppnådd slik tilknytning at det vil medføre alvorlege problem å tilbakeføre barnet, utan å la barnet få høve til å bli høyrte i saka. Barnet skal få høve til å uttale seg direkte eller gjennom ein talsperson.

Når ein ser føresegnene og praksis i samanheng, tilseier dette at barn som er plassert i fosterheim skal få moglegheit til å uttale seg om kor dei vil bu i framtida. Her må ein likevel

⁶⁵ Saml. NOU 2012: 5, punkt 9.2.2, s. 115.

⁶⁶ Lindboe (2008), s. 44.

⁶⁷ Sandberg (2012), s. 115.

⁶⁸ Rt. 2012 s. 900.

vere varsam med å tillegge barnet sine meiningar stor vekt, dersom det er tydeleg at deira meining strid mot det som objektivt sett framstår som «barnets beste».

Til illustrasjon kan ein høgsterettsdom frå 2004 nyttast.⁶⁹ Barnet var sterkt påverka av mora sine haldningar til barnevernet. Barnet innsåg ikkje mora sine svakheiter som omsorgsperson. Dermed måtte det setjast spørsmålsteikn ved grunnlaget for barnet sitt standpunkt om å ville tilbakeførast til mora.⁷⁰

I ein anna høgsterettsdom hadde barnet gitt uttrykk for at det ville bli verande hjå fosterforeldra.⁷¹ Barnet var åtte år gamal, og grunn gav standpunkt sitt med at han fekk god oppfølging frå fosterforeldra.⁷² Den reflekterte ytringa fekk dermed betyding i saka.

Både situasjonen til barnet og konteksten meininga blir ytra i, kan få betyding for svaret barnet gir. Rettsbrukaren må sjå meininga til barnet opp mot andre moment i vurderinga, og deretter vurdere kor stor vekt meininga skal få.

3.3.5 Grunnlovsfesting av prinsippet «barnets beste»

Grunnlova § 104 tredje i kraft 9. mai 2014. Føresegna omhandlar barn sine rettar. Dei har krav på respekt for sitt menneskeverd, deira meining skal høyrast og vektleggast, og «barnets beste» skal vera eit grunnleggjande omsyn ved handlingar og avgjerder som omhandlar dei.

Spørsmålet er om denne grunnlovsfestinga av prinsipp og vilkår, som allereie er lovfesta, vil medføre noko endring i dagens rettstilstand.

Grunnlova er *lex superior*, og går ved konflikt framfor anna lovgiving. Dette betyr at prinsipp og vilkår som følgjer av Grunnlova, vil ha større vekt enn andre lover og i mange situasjonar vil den få avgjerande betyding.

I forkant av grunnlovsfestinga, vart det hevda at det vil ha stor betyding dersom ei slik føresegn blir vedteken. Dette fordi barn sine rettar aldri før har oppnådd ei slik form for anerkjening. Grunnlovsfestinga er dermed enda eitt skritt i retning av å akseptere barn som sjølvstendige og likeverdige rettssubjekt og samfunnsborgarar.⁷³

Formålet med grunnlovsfestinga er å statuere eit vern som vil ha ei sterk politisk og symbolsk betyding.⁷⁴ I tillegg vil grunnlovsfestinga ha ei rettsleg betyding både ved bruk av føresegner, samt å vere ein skranke for lovgivar med tanke på utforming av lover.⁷⁵

Per i dag har føresegna berre blitt nytta som eit supplement i argumentasjonen. Ei høgsterettskjenning frå 2014 illustrerer dette.⁷⁶ Spørsmålet var om eit barn på 15 år, som var

⁶⁹ Rt. 2004 s. 999.

⁷⁰ Op.cit., avsnitt 54.

⁷¹ Rt. 2006 s. 1672.

⁷² Op.cit., avsnitt 47.

⁷³ Stand (2013), s. 158.

⁷⁴ Dokument 16 (2011-2012), s. 189.

⁷⁵ L.c.

gitt egne partsrettar i ein barnevernssak, hadde rett til å velje prosessfullmektig. Høgsterett uttalar at mindreårige ikkje kan vere prosessfullmektig i saker for retten. Dette gjeld då også ved val av prosessfullmektig, sjølv om barnet sitt syn skal tillegkast vekt i samsvar med alderen og modenheiten til barnet, jf. GrL. § 104.

Det avgjerande i saka vart likevel at barnet hadde partsrettar etter barnevernlova § 6-3, og var dermed prosessdyktig etter tvl. § 2-2, tredje ledd, første punktum. Det var barnevernlova saman med tvistelova som utgjorde rettsgrunnlaget i saka. Grunnlova, som pålegg lovgivar å ta høgde for barnet sitt syn, hadde ikkje avgjerande betydning i saka. Føresegna vart berre nytta som eit supplement til vurderinga for å stadfeste kor viktig barn sine rettार er.

Ein kan difor stille spørsmål om grunnlovsfestinga er overflødig. Ein dom frå lagmannsretten kan illustrere rettsbrukaren sitt forhold til grunnlovsfestinga.⁷⁷ Saka gjaldt spørsmålet om ei seks år gamal jente skulle flyttast frå mor til far. Lagmannsretten statuerte at hovudregelen og utgangspunktet i slike saker er at ein skal velje det som er til «barnets beste» etter barnevernlova § 4-1. Som eit supplement tilførte lagmannsretten at dette også følgjer av BK art. 3 og GrL. § 104.⁷⁸ Føresegnene kan på denne bakgrunn framstå som overflødige.

Grunnlovsfesting av barnerechtslege prinsipp er likevel ei viktig anerkjenning av barn sine rettार. Prinsippa blir i større grad synleggjort, og ein kan på ingen måte «vri seg unna» prinsippa når dei er grunnlovsfesta. Difor er grunnlovsfestinga både viktig og nødvendig.

3.4 Vilkåret «barnets beste» sett opp mot internasjonale plikter.

3.4.1 Internasjonal lovgiving

Omsynet til «barnets beste» er nedfelt i Barnekonvensjonen (BK) som Noreg ratifiserte 8. januar 1991 og inkorporerte gjennom Menneskerettslova i 2003. Det mest nyskapande med barnekonvensjonen var at barn sine sivile og politiske rettार vart lovfesta.⁷⁹

Sjølv om prinsippet var kjent i det norske rettssystemet i lang tid før ratifiseringa av BK, eksisterte omsynet ikkje som ein «allmenn lovregel med virkning for alle rettsområder» før inkorporeringa i 2003.⁸⁰ Inkorporeringa lovfesta at «barnets beste skal være et sentralt hensyn ved alle avgjørelser som gjelder barn».⁸¹

⁷⁶ Rt. 2014 s. 530.

⁷⁷ LB. 2014. 25083.

⁷⁸ Op.cit., under dei rettslege utgangspunkt.

⁷⁹ Smith (2011), s. 18.

⁸⁰ Søvig (2009), s. 24.

⁸¹ Ot.prp.nr.45 (2002-2003), s.25.

Det føreligg ulike tersklar avhengig av om ein nyttar barnelova, barnevernlova, menneskerettslova eller grunnlova. Barnevernlova bestemmer at omsynet skal tilleggast *avgjerande* vekt. Dei andre lovene viser at «barnets beste» skal vere eit grunnleggjande omsyn⁸² eller at avgjerdene først og fremst skal rette seg etter det som er best for barnet⁸³.

På bakgrunn av det ovannemnte, verkar det som om barnet si rettsstilling er betre verna i barnevernlova enn etter andre lover. Ein må dermed klarlegge kva betydning dei internasjonale lovene har i barnevernssaker. Det er difor hensiktsmessig å ta eit djupare dykk i dei internasjonale lovene Noreg har bunde seg til.

3.4.2 Barnekonvensjonen (BK) art. 3

Etter BK art. 3 skal «barnets beste» vere eit grunnleggjande omsyn. Dette gjeld ved alle handlingar som gjeld barn, enten dei vert føretekte av offentlege eller private velferdsorganisasjonar, domstolar, administrative myndigheiter eller lovgivande organ.

«Barnets beste» er det mest sentrale omgrepet i barnekonvensjonen. Det er ingen andre internasjonale dokument som inneheld ein artikkel med ein slik breidde som vert uttrykt i BK art. 3, nr.1.⁸⁴

På same måte som bvl. § 4-1, viser BK art. 3 *ikkje* til ein konkret definert rett. Omgrepet er heller ikkje utgreidd meir under arbeidet med å utforme konvensjonen. Sidan BK er ratifisert av 193 land⁸⁵, vil innhaldet i prinsippet «barnets beste» variere ut frå kva land ein er i, kva kontekst og kva som er normalt innanfor landegrensene, samt tid og kultur.

Det føreligg likevel ein grunnpilar som er felles for alle landa. Ein skal respektere barn sitt menneskeverd og integritet. Konvensjonen understrekar at tolkinga av «barnets beste» må stemme overeins med konvensjonen som heilheit.⁸⁶ Ved bruk av prinsippet skal ein ta utgangspunkt i det enkelte barnet sine behov og føresetnader.⁸⁷ Prinsippet vert dermed relativt.

Barn har eit grunnleggjande behov for omsorg og beskyttelse, eit stabilt og varig forhold til familien, samt innflytelse og moglegheit til å påverke situasjonen deira.⁸⁸ Som ein ser, skal prinsippet verne om dei same verdiane som barnevernlova § 4-1 skal. Spørsmålet vert dermed kva betydning BK har i norsk rett.

Barnekonvensjonen art. 3 er ei generell føresegn. Ein av forskjellane mellom BK og barnevernlova, er at prinsippet «barnets beste» skal vere eit *grunnleggjande* omsyn etter BK,

⁸² Jf. Grunnlova § 104, andre ledd og BK art. 3, nr.1.

⁸³ Jf. barnelova § 48, første ledd.

⁸⁴ Haugli (2012), s. 51.

⁸⁵ <http://www.fn.no/Bibliotek/Avtaler/Menneskerettigheter/FNs-konvensjon-om-barnets-rettigheter-Barnekonvensjonen>.

⁸⁶ Haugli (2012), s. 52.

⁸⁷ Barneombudsmannen (2001) s. 64.

⁸⁸ Haugli (2012), s. 53.

medan barnevernlova bestemmer at ein skal legge *avgjerande* vekt på «barnets beste». Vekting av prinsippet er såleis forskjellig ved bruk av nasjonal og internasjonal lovgiving.

Etter nærare vurdering, vil dette framstå som ei naturleg løysing. Barnevernslova gjeld berre i barnevernssaker, og er såleis eit lex specialis-prinsipp. Barnekonvensjonen skal gjere seg gjeldande i alle spørsmål som angår barn, og skal passe inn i alle situasjonar, i alle dei 193 landa som har ratifisert konvensjonen. Det må føreligge ein viss fleksibilitet då bruksområdet til BK er så vidt.⁸⁹

Ein annan sentral forskjell mellom føresegnene er kven føresegnene er retta mot. Barnevernslova rettar seg hovudsakleg mot den aktuelle familien og det aktuelle barnet sin situasjon. Ved utarbeiding av BK, var det semje om å ikkje trekke inn private avgjerder i familien på eit slikt overordna nivå som BK statuerar.⁹⁰ Konvensjonen kan dermed ikkje nyttast i dei materielle spørsmåla. Det føreligg dermed eit prinsipp på to ulike nivå og med ulike adressatar.

Barnekonvensjonen kan derimot påropast ved prosessuelle rettsavgjerder. Dette gjeld dei fleste rettsområde der rettsstillinga til barn vert omhandla, som t.d. straffereaksjonar og fridomsrøving. Til illustrasjon kan ein nytte BK art. 9. Artikkelen bestemmer at staten skal sikre at barn ikkje blir skilt frå foreldra sine, med mindre kompetente myndigheiter bestemmer at åtskiljing er til det beste for barnet.⁹¹ BK kan såleis påropast dersom barnet vert fråteken foreldra utan at det føreligg eit vedtak om dette som er fatta av fylkesnemnda.

Sidan BK har generell verknad i saker som omhandlar barn, vil den ha innverknad på lovgivinga i Noreg. Eit døme på dette er opplæringslova⁹² § 2-1. Føresegna viser at alle barn har rett til grunnskuleopplæring, også dei som ikkje har lovleg opphald. Lovheimelen vart tilført lova etter kritikk frå Barnekomiteen.⁹³

Som ein ser ovanfor, er BK av ein meir overordna karakter. Den skal skissere rammeverket ved lovgivinga, og den kan påropast ved prosessuelle ukklarheiter. Sidan Noreg har ei utfyllande barnevernlov, samt eit velfungerande rettssystem, kan det takast til orde for at BK vert overflødig i norske barnevernssaker.

3.4.3 Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK)

Den europeiske menneskerettskonvensjonen art. 8 viser at einkvar har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv. Føresegna talar om einkvar, som i realiteten betyr alle. Den gjer seg dermed gjeldande i like stor grad overfor barn som for vaksne. Dersom offentleg myndigheit

⁸⁹ Haugli (2012), s. 55.

⁹⁰ Haugli (2012), s. 54.

⁹¹ Barnekonvensjonen art. 9.

⁹² Lov om grunnskolen og den vidaregåande opplæringa av 17. juli 1998, nr. 61.

⁹³ Sjø Søvig (2009), s. 22, NOU 1995: 18 s. 343 og Ot.prp.46 (1997-1998) s. 26.

skal gjere inngrep i privatlivet eller familielivet, må inngrepet nødvendiggjerast for å beskytte helse eller moral, eller andre sine rettar.⁹⁴

EMK art. 8 er i hovudsak generell, og beskyttar overordna rettar. Familieliv føreligg mellom foreldre og barn som er født i eller utanfor ekteskap, og staten si lovgiving må kunne garantere retten til eit normalt familieliv for barn født utanfor ekteskap.⁹⁵ Vidare har Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) vist at familieliv omfattar forhold mellom nære slektningar som besteforeldre og barnebarn, og at respekt for familielivet medfører at staten pliktar å la slike band utvikle seg på normal måte.⁹⁶

Denne artikkelen kan gjere seg gjeldande i saker om omsorgsovertaking og tilbakeføring etter omsorgsovertaking.

EMD har avsagt ei knippe dommar som gjeld omsorgsovertaking. Eit døme er då EMD godtok den svenske stat si avgjerda om å overta og behalde omsorga for barnet, men meinte at gjennomføringa av vedtaket ikkje i tilstrekkeleg grad tok omsyn til det endelege målet om at foreldre og barn skal sameinast til slutt.⁹⁷ Grunnlaget var at barna var plassert langt frå foreldra og kvarandre, og argumentasjonen rundt framgangsmåten var i strid med kva som kunne sjåast på som nødvendig i eit demokratisk samfunn.⁹⁸

EMK statuerar overordna, grunnleggjande prinsipp som dannar rammene for avgjerder etter barnevernlova. EMK art. 8 beskyttar både barn og foreldre, og kan gjerast gjeldande av begge partar. Artikkelen vernar difor utelukkande ikkje den situasjonen som er til det beste for barnet. Dette til forskjell frå barnevernlova som bestemmer at barnevernstenesta, fylkesnemnda og domstolane som skal leggje avgjerande vekt på det som er til «barnets beste».

Med tanke på barnekonvensjonen art. 3 og barnevernlova § 4-1, kan EMK art. 8 teoretisk sett hamne i konflikt med prinsippet om at «barnets beste» skal tilleggast *grunnleggjande* eller *avgjerande* vekt. EMK art. 8 er svært romsleg utforma. Dette medfører at mange avgjerder kan falle inn under føresegna utan at det nødvendigvis er i strid med føresegna.

Som eit praktisk døme på kollisjonstilfelle kan dom frå EMD nyttast.⁹⁹ Dommen gjaldt vedtaket om å ta ifrå foreldra omsorg for barnet, med sikte på adopsjon, like etter fødselen fordi faren var alkoholikar og mora var svært ung.

EMD uttalte at det måtte takast ei vurdering der ein måtte gjennomføre ei avveging av interessene til barnet, versus foreldra sine interesser om å sameinast på nytt med barnet. Dette sjølv om foreldra sine interesser i utgangspunktet måtte setjast til side til fordel for prinsippet om «barnets beste».

⁹⁴ Jf. EMK art. 8, andre ledd.

⁹⁵ Dom frå EMD, Marckx v. Belgia, A 31 (1979).

⁹⁶ L.c.

⁹⁷ Dom frå EMD, Olsson v Sverige, A 130 (1988).

⁹⁸ Op.cit., punkt 78-83.

⁹⁹ Dom frå EMD, Johansen v. Noreg, 1990, nr. 17383.

I prinsippet kunne dette ha medført ein kollisjon mellom omsynet til «barnets beste» og retten til familieliv. EMD gjorde det likevel heilt klart at EMK art. 8 ikkje på nokon måte kunne forståast slik at foreldra var rettkomne til å utføre handlingar som vil skade barnet si helse og utvikling.¹⁰⁰

Ut frå desse utsegnene er det klart at prinsippet «barnets beste» går framfor foreldra sine rettar etter EMK art. 8 når det omhandlar situasjonar som vil skade barnet si helse og utvikling. Kva som vert utfallet ved situasjonar som ikkje skadar barnet si helse og utvikling i like stor grad, er vanskeleg å seie.

Det heilskaplege inntrykket er likevel at konvensjonsorgana er varsame med å overprøve nasjonale myndigheiter sine avgjerder om omsorgsovertaking.¹⁰¹ Dette fordi avgjerder innanfor barnevernsretten er av konkret og skjønsmessig karakter. Statane skal dermed få spelerom til å ta dei avgjerdene som er mest hensiktsmessige ut frå situasjonen.¹⁰²

¹⁰⁰ L.c.

¹⁰¹ Nordeide (2010), note 70.

¹⁰² Nordeide (2010), note 70.

4 Omsorgsovertaking

Tilbakeføringssituasjonen som oppgåva tek føre seg, føreset at omsorgsovertaking etter barnevernlova § 4-12 har funne stad. Oppgåva avgrensar mot ei djuptgåande utgreiing av denne føresegna. Den korte utgreiinga er til for å forklare omsorgsovertakingssituasjonen fordi den kan få konkret betydning for tilbakeføringssituasjonen.

Omsorgsovertaking grip inn i familielivet og rokkar ved det biologiske prinsippet. Føresegna er uttømmande, og såleis skal omsorgsovertaking berre føretakast når vilkåra etter lova er oppfylte. Elles kjem ein i konflikt med legalitetsprinsippet.

Forarbeida til lova seier at ein skal vektlegge førebyggjande tiltak med sikte på å rette på dei uheldige forholda som føreligg, slik at ein kan unngå at barnet må takast bort frå foreldra.¹⁰³

Etter første ledd, bokstav a) må det føreligge «alvorlige mangler» ved den daglege omsorga barnet får, eller «alvorlige mangler» i høve til den personlege kontakt og trygghet som barnet treng ut frå sin alder og utvikling.

Ordlyden «alvorlige mangler» statuerer ein høg terskel. Det er ikkje tilstrekkeleg at det føreligg manglar; manglane må vere av ein slik art at dei kan karakteriserast som grove.

Alternativ b) viser til situasjonen der foreldra ikkje syt føre at sjuke, funksjonshemma eller særleg hjelpetrengande barn får dekka deira «særlige behov» for behandling og opplæring.

Dette alternativet gjeld barn som er i ein særstilling på grunn av sin situasjon. Dei har eit særskilt behov for støttande føresette som gir dei den behandlinga og opplæringa dei treng for å kunne fungere tilnærma normalt i samfunnet. Føresegna føreset at barnet har ein kronisk sjukdom, og at hjelpetiltak etter §§ 4-10 og 4-11 er prøvd utan tilfredsstillande utfall. Alternativt kan føresegna nyttast ved akutt sjukdom dersom foreldra allereie på førehand har gjort det klart at dei ikkje vil bøye seg for vedtak etter § 4-10.¹⁰⁴

Bokstav c) er alternativet der barnet blir «mishandlet» eller utsett for andre «alvorlige overgrep». Ordlyden «mishandlet» viser til fysisk eller psykisk skade, samt omsorgssvikt av ein anna art enn alternativ a) statuerer. Seksuell mishandling er eit døme på mishandling etter lova.

Ordlyden «alvorlige overgrep» viser til situasjonar som er mindre alvorlig enn mishandling. Det er tale om overgrep som er av ein graverande art. Føresegna er uttømmande, og ordlyden tilseier dermed at mindre overgrep ikkje medfører omsorgsovertaking. Ein må i slike tilfelle fatte vedtak om omsorgsovertaking etter eitt av dei andre alternativa, som t.d. bokstav a).

Det siste alternativet, bokstav d), er dersom det er «overveiende sannsynlig» at barnet si helse eller utvikling «kan bli alvorlig skadd» fordi foreldra er ute av stand til å ta «tilstrekkelig

¹⁰³ Ot.prp. nr. 56 (1952-1953), s. 12.

¹⁰⁴ Hove (2011), note 160.

ansvar» for barnet. Også her er det tale om ein høg terskel for at omsorgsovertaking kan iverksetjast.

Ordlyden «kan» viser til ein situasjon som enno ikkje har oppstått. Det blir dermed tale om ei vurdering framover i tid, fordi ein enno ikkje kan påvise at barnet si helse og utvikling har blitt alvorleg skadd. Når det er tale om vurderingar framover i tid, vil terskelen for omsorgsovertaking vere enno høgare enn etter dei andre alternativa. Ordlyden «overveiende sannsynlig», «alvorlig skadd» og «tilstrekkelig ansvar» statuerer den høge terskelen.

Barnevernlova § 4-12, andre ledd bestemmer at omsorgsovertaking må vera *nødvendig* ut frå omsynet til «barnets beste». Dette medfører ei forholds- og formålmessigheitsvurdering. Dersom eit mindre inngripande vedtak kan forbetre situasjonen, og på den måten avhjelpe problemet, så skal ein velje dette framfor å iverksetje omsorgsovertaking. Dette er under den føresetnaden at hjelpetiltaket verkar positivt med tanke på barnet sin situasjon.

Vedtaket om omsorgsovertaking beror på ei skjønsmessig vurdering. Krav til omsorgsovertaking er særdeles strenge.¹⁰⁵ Ein må gjere ei heilskapleg vurdering ut frå situasjonen til det aktuelle barnet. Forarbeida viser at det ikkje er tale om eitkvart avvik frå det ein kan kalle vanlege normer eller situasjonar som gjer det legitimt å treffe vedtak om ansvarsovertaking.¹⁰⁶ Som det ovannemnte skildrar, må situasjonen til barnet vere graverande før fylkesnemnda fattar vedtak om omsorgsoverføring.

¹⁰⁵ LB.2012.114727.

¹⁰⁶ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 110.

5 Vilkår for tilbakeføring

5.1 Innleiing

Det er ein føresetnad for oppgåva at omsorgsovertakinga er basert på eit vedtak frå fylkesnemnda. Tilbakeføring etter omsorgsovertaking skal dermed skje dersom vilkåra etter barnevernslova § 4-21 er oppfylte. Barnevernstenesta har ikkje myndigheit til å gjennomføre ei tilbakeføring utan at det føreligg eit vedtak om tilbakeføring frå fylkesnemnda.¹⁰⁷

For å klarlegge dei rettslege kriterier for tilbakeføring, vil kvart vilkår bli gjennomgått grundig i det følgjande. Vilkåra skal vidare sjåast opp mot dei barnerettslege prinsippa som er utgreia i punkt 3. Deretter følger ein kort presentasjon av utviklinga i rettspraksis. Til slutt vert det ein gjennomgang av ulike moment rettspraksis nyttar i vurderinga om kva som er til «barnets beste» ved spørsmål om tilbakeføring etter omsorgsovertaking.

5.2 Når er det «overveiende sannsynlig» at foreldra kan gi barnet «forsvarlig omsorg»?

Etter bvl. § 4-21, første ledd, første punktum, går det fram at fylkesnemnda «skal» oppheve vedtaket om omsorgsovertaking når det er «overveiende sannsynlig» at foreldra kan gi barnet «forsvarlig omsorg».

Ordlyden «skal» viser at fylkesnemnda pliktar å oppheve vedtaket dersom dei andre vilkåra er oppfylte. Ei omsorgsovertaking er i utgangspunktet midlertidig, og siktar ikkje å etablere ei permanent løysing.¹⁰⁸ Tilbakeføring skal iverksetjast så snart forholda ligg til rette for det. Dette har samanheng med at det «ligger i vår samfunnsordning at foreldrene oppdrar sine egne barn»¹⁰⁹.

I realiteten byggjer ordlyden på det biologiske prinsippet. Formuleringa er utvilsamt lovgivar sin måte å leggje ei føring for at det biologiske prinsipp skal gjerast sterkt gjeldande i saker om tilbakeføring. Utgangspunktet til lovgivar verkar difor å vere at «barnets beste» er å bli tilbakeført til foreldra.

Sjølv om det føreligg ein skal-regel, så er den ikkje fri for modifikasjonar. For at barnet skal tilbakeførast til dei biologiske foreldra, må det vera «overveiende sannsynlig» at foreldra kan gi barnet «forsvarlig omsorg». Spørsmålet er dermed kva som skal til for at desse vilkåra vert oppfylte.

¹⁰⁷ Rt. 2012 s. 967.

¹⁰⁸ NOU 2012: 5, s. 114.

¹⁰⁹ NOU 1985: 18, s. 171.

Førstnemnte vilkår vart tilført ved lovendring i 2009. Kravet før 2009 var at fylkesnemnda skulle oppheve vedtaket dersom foreldra kunne gi barnet forsvarleg omsorg. No føreligg det eit krav om at det må vere «overveiende sannsynlig» at foreldra kan gi barnet forsvarleg omsorg. Beviskravet er dermed skjerpa. Dette inneber at det vert krevd meir enn «alminnelig sannsynlighetsovervekt» for at foreldra kan gi forsvarleg omsorg.¹¹⁰

«Forsvarlig omsorg» statuerer eit minimumskrav for at foreldra skal få tilbake omsorga for barnet. Kva som er «forsvarlig» vil endre seg i takt med tid og samfunnsoppfatningar, fordi omgrepet er dynamisk. Men korleis kan ein fastsetje kva som er «forsvarlig»?

Vilkåret inviterer til ei objektiv vurdering av foreldra sine omsorgsevne. Barnet står ikkje i fokus i denne vurderinga, og såleis vil ikkje omsynet til «barnets beste» gjere seg gjeldande.

Ordlyden i seg sjølv gir ingen klare føringar for kva som er «forsvarlig omsorg». Ein må difor søkje støtte ved å sjå på samanhengen i lovverket. Barnevernslova § 4-12 er uttømmende og viser til situasjonar som medfører at barna vert ført bort frå foreldra. Lova skildrar såleis situasjonar som kan illustrere uforsvarleg omsorg. Dersom ein tolkar lova antitetisk, vil forholda som ikkje fell inn under føresegna, vere å rekne som forsvarleg omsorg.

Eit anna argument for at ordlyden «forsvarlig omsorg» kan haldast opp mot bvl. § 4-12, er at «forsvarlig omsorg» føreset at det har skjedd ei positiv endring i dei forholda som i si tid nødvendiggjorde omsorgsovertakinga.¹¹¹ Dersom situasjonen i heimen har endra og stabilisert seg, slik at vilkåra for omsorgsovertaking ikkje lenger er tilstade, så talar dette i retning av at vilkåret «forsvarlig omsorg» er oppfylt.

Rettspraksis tyder på at barn ofte blir tilbakeført når situasjonen i den biologiske heimen er betra og vilkåra for omsorgsovertaking etter barnevernlova ikkje lenger er oppfylt.¹¹² Ein lagmannsrettsdom frå 2001 illustrerer at vedtak om omsorgsovertaking på grunn av langvarig rusproblem, vart oppretthalde fordi forholda i heimen ikkje i særleg grad hadde endra karakter.¹¹³

Høgsterettspraksis viser at «forsvarlig omsorg» må relaterast til dei utfordringar omsorga i det konkrete tilfellet reiser, og kor omsorgskrevjande barnet er.¹¹⁴ Det må difor alltid takast ei konkret vurdering ut frå den aktuelle situasjonen.

Spørsmålet som då gjer seg gjeldande, er om «forsvarlig omsorg» tilseier at det er tilstrekkeleg at ein berre så vidt går klar for § 4-12. Eller stiller bvl. § 4-21 ein høgare terskel?

Det finns ikkje klare føringar i rettspraksis for kor god og stabil situasjonen hjå dei biologiske foreldra må vere for at «forsvarlig omsorg» føreligg etter § 4-21. Sidan vurderinga er skjønsmessig og samansett, er det vanskeleg å illustrere grensegangen.

¹¹⁰ NOU 2012: 5, s. 114.

¹¹¹ Lindboe (2008), s. 125.

¹¹² NOU 1982: 26, s. 151, jf. Rt. 1984 s. 289, s. 297.

¹¹³ LH.2001.359, s. 4.

¹¹⁴ Rt. 1997 s. 170, s. 175.

Forarbeida viser at grunnvilkåret er at foreldra må vera i stand til å «gi barnet et alminnelig godt hjem».¹¹⁵ Situasjonen i heimen må såleis ha endra seg og halde seg nokolunde stabil. Det må dermed takast ei totalvurdering av situasjonen slik den har vore, slik den er, og korleis framtidsutsiktene ser ut. Ved vurdering av foreldra sin omsorgskompetanse, skal ein sjå på dei ytre rammene for ein forsvarleg omsorgssituasjon som bustad, klede, hygiene og nødvendig oppfølging med tanke på barnehage, skule og fritid, i tillegg foreldra sine evne til å ivareta barnet sitt behov for kjenslemessig kontakt og trygghet.¹¹⁶

Vilkåra for omsorgsovertaking er strenge, jf. punkt 4. Forholda innad i familien skal altså vere forholdsvis ille før ein kan tvangsføre barn bort frå foreldra. I dei tilfella omsorgsovertaking er iverksett, vil det reelle spørsmålet vere om omsorga skal tilbakeførast, fordi overprøvinga av fylkesnemnda sitt vedtak skal gjerast ut frå forholda på domstidspunktet.¹¹⁷

I praksis nyttar ein altså vurderinga etter bvl. § 4-21, sjølv om ein i realiteten skal overprøve fylkesnemnda sitt vedtak om omsorgsovertaking etter § 4-12.¹¹⁸ Prinsipielt sett er det tale om to ulike vurderingar, men betydinga er av meir teoretisk enn praktisk karakter.¹¹⁹ Då praksis ikkje skil mellom vurderingane, talar dette klart for at terskelen er den same.

Som nemnt ovanfor, vil den uttømmende ordlyden i bvl. § 4-12 og den manglande defineringa av «forsvarlig omsorg», tale for å sjå vilkåra for tilbakeføring i samanheng med vilkåra for omsorgsovertaking.

Dette medfører at det er tilstrekkeleg at ein berre så vidt går klar for § 4-12. Så lenge situasjonen i heimen er under denne terskelen, så kan barnet tilbakeførast til foreldra. Dette tilseier at tilbakeføring kan iverksetjast sjølv om situasjonen i heimen langt i frå er optimal.

Poenget er at forholda som medførte omsorgsovertakinga må ha endra seg i positiv retning, slik at ein ikkje lenger oppfyller vilkåra for omsorgsovertaking etter bvl. § 4-12. Vidare må det føreligge tilstrekkelege bevis for at forholda har endra seg. Terskelen som rettsbrukaren held seg til, er dermed same terskel som følgjer av bvl. § 4-12.

5.3 Tilknytingsbrot som kan føre til alvorlege problem for barnet

I mange situasjonar vil det likevel ikkje vere til «barnets beste» å bli tilbakeført til foreldra. Det kan tenkjast at barnet og fosterforeldra har opparbeidd god tilknytning, samt at det sosiale og skule/barnehage fungerer betre etter at rutinane i fosterheimen har byrja å setje sine spor.

¹¹⁵ NOU 1985: 18, s. 171.

¹¹⁶ Ofstad og Skar (2010), s. 201.

¹¹⁷ Rt. 2006 s. 1672, avsnitt 40.

¹¹⁸ Sjå mellom anna Rt. 2002 s. 327 og Rt. 2002 s. 875.

¹¹⁹ Jf. Rt. 2004 s. 1683, avsnitt 30, jf. Bendiksen og Haugli (2014), s. 289.

I bvl. § 4-21, første ledd, andre punktum føreligg det eit viktig unntak frå utgangspunktet om at barnet skal tilbakeførast. Vedtaket om omsorgsovertaking skal ikkje opphevast dersom barnet har fått ei slik tilknytning til menneske og miljø der det er, at det etter ei samla vurdering kan føre til «alvorlige problemer» for barnet om det vert flytta.

Føresegna var meint som ei lovfesting av det vurderingstemaet som vart utvikla gjennom rettspraksis på 80-talet.¹²⁰ Spørsmålet som vart oppstilt var om ei tilbakeføring medførte ein reell fare for skadeverknader av betydning på lengre sikt.

Høgsterettspraksis viser at vurderingstemaet etter 1992-lova startar med ei vurdering av om vilkåra for omsorgsovertaking fortsatt føreligg.¹²¹ Dersom rettsbrukaren konkluderer med at det føreligg «forsvarlig omsorg», må han vurdere om unntaket i andre punktum gjer seg gjeldande. Spørsmålet vert då om barnet har fått ei slik tilknytning til menneske og miljø der det er, at det etter ei samla vurdering kan føre til alvorlege problem for barnet om det blir flytta.

Vurderingstemaet vert dermed flytta bort frå foreldra og deira omsorgsevne, til ei vurdering av kva verknaden tilbakeføringa har for *barnet*. Omsynet til «barnets beste» skal dermed få avgjerande betydning i vurderinga.¹²²

Utgangspunktet er at barnet skal tilbakeførast dersom bvl. § 4-21 er oppfylt. Ordlyden «alvorlige problemer» statuerer ein forholdsvis høg terskel for at barna likevel ikkje skal tilbakeførast til foreldra.

Einkvar situasjon der barn må bryte tilknytingsforhold og skifte bustad vil medføre problem. Men det kan også medføre problem å bli verande hjå fosterforeldra med tanke på den biologiske tilknytninga barnet har til foreldra. Ein må dermed sjå på dei ulike alternativa barnet har, og vurdere ut frå desse alternativa kva som vil vere til «barnets beste».

Det er likevel berre dei problema som er av ein slik art og omfang at dei kan karakteriserast som «alvorlige» som vil få betydning i denne vurderinga. Visse problem må ein altså godta.¹²³

Kor store og langvarige problem og skadeverknader ei tilbakeføring vil få, er avhengig av fleire og samansette forhold.¹²⁴ Offentleg utgreiing viser at det blant anna vil ha betydning kor lenge barnet har vore plassert utanfor heimen, kor hyppig kontakt det har vore med familien og i kva grad barnet har spesielle behov som gjer det særleg sårbart for miljøforandringar.¹²⁵

Som det går fram av skildringa ovanfor, må det gjerast ei konkret, heilskapleg vurdering ut frå den aktuelle situasjonen. Teoretikarar har teke til orde for at moment i den heilskaplege vurderinga bør vere kor gamalt barnet var då det vart teke under barnevernet si omsorg, kor skada barnet i utgangspunktet var, korleis barnet har utvikla seg i omsorgsperioden, kor lenge

¹²⁰ Rt. 2004 s. 1683, avsnitt 32.

¹²¹ Rt. 2002 s. 875, s. 878-879.

¹²² Jf. barnevernlova § 4-1.

¹²³ Sandberg (2003), s. 190.

¹²⁴ Ofstad og Skar (2010), s. 203.

¹²⁵ NOU 2012: 5, s. 117.

barnet har vore plassert i fosterheimen, korleis tilknytninga til fosterheimen og miljøet rundt er, samt kor nært forhold barnet har til dei biologiske foreldra.¹²⁶

Rettspraksis kan gi ein viss peikepinn på korleis ein skal vurdere «alvorlige problem[er]». I punkt 5.5 vil oppgåva ta føre seg ulike høgsterettsdommar som statuerar forskjellige moment som er viktig i vurderinga om kva som vil vere til «barnets beste» i spørsmål om barnet skal tilbakeførast eller ei. Først blir det gjort greie for utviklinga i rettspraksis.

5.4 Utvikling i rettspraksis knytt til tilbakeføring etter omsorgsovertaking

5.4.1 Introduksjon

Tidvis avseier Høgsterett dommar med prejudikats verknad. Dommen har då betydning utover den konkrete saka. Generelt sett er det enten momenta eller konklusjonen som medfører at dommen får betydning utover den konkrete saka. I barnevernssaker beror sakene på ei konkret, skjønsmessig vurdering. Difor vil konklusjonar i andre saker sjeldan spele inn i vurderinga. I motsetning til dette, vil *momenta* Høgsterett nyttar kunne få betydning utover den konkrete saka.

I det følgjande vil oppgåva ta føre seg ei analytisk framstilling av Høgsterettspraksis som omhandlar spørsmål om tilbakeføring etter omsorgsovertaking. Framstillinga er hensiktsmessig for å illustrere korleis domstolen meiner ein skal tolke bvl. § 4-21, saman med dei barnerettslege prinsippa og internasjonale reglar Noreg er forplikta til.

Sidan den nye barnevernlova av 1992 tredde i kraft, har det blitt avsagt 11 høgsterettsdommar som omhandlar materielle spørsmål om tilbakeføring etter omsorgsovertaking.¹²⁷ Det er avsagt tilsvarende 22 dommar etter den gamle lova. Dommane varierer svært mykje med tanke på situasjonane, utdjuping av saksforholdet og kva moment som vert vektlagt.

Samanlikna med underrettspraksis, har praksis frå Høgsterett størst rettskjeldemessig vekt. Eg har difor i hovudsak valt å konsentrere meg om høgsterettsdommar som er avsagt etter den nye barnevernlova. Vidare har eg analysert dei dommane som framstår som viktige med tanke på oppgåva mi. Det må difor takast atterhald om at det kan bli utelatt moment som er omhandla i andre dommar, men som eg ikkje vurderer som like viktige.

¹²⁶ Bendiksen og Haugli (2014), s. 286.

¹²⁷ Rt. 2006 s. 1672, Rt. 2006 s. 1308, Rt. 2004 s. 1683, Rt. 2004 s. 999, Rt. 2002 s. 875, Rt. 1997 s.170, Rt. 1996 s. 1684, Rt. 1996 s. 1203, Rt. 1995 s. 497, Rt. 1994 s. 1398 og Rt. 1992 s. 1303.

5.4.2 Kva vurdering skal ein eigentleg ta?

Ordlyden i den nye barnevernlova § 4-21 er annleis utforma enn ordlyden i den gamle barnevernlova § 48. Den sistnemnte føresegna bestemte at vedtaket om omsorgsovertaking skulle opphevast når det ikkje lenger var «tilstrekkelig grunn for åtgjerdene». Som ein vil sjå nedanfor, vart det i forkant av 1984 nytta forskjellige vurderingsmoment ved spørsmål om tilbakeføring etter omsorgsovertaking.

I 1982 vart den første «reine» barnevernsrettssaka avsagt etter 1953-lova.¹²⁸ Høgsterett la til grunn at det måtte takast ei heilskapleg vurdering av om det ville vere «rimelig og hensiktsmessig» at dei biologiske foreldra fortsatt skulle vere fråteken omsorga for barnet.¹²⁹

Vurderinga som vart gjort, hadde ikkje legitimitet etter ordlyden i barnevernlova § 48. Ordlyden tilseier ei vurdering av om vilkåra for omsorgsovertaking fortsatt føreligg eller ei. Truleg vart det på bakgrunn av dette, nytta ei anna vurdering i ein høgsterettsdom frå 1984. Spørsmålet var om tilbakeføringa kunne skje utan langsiktige skadeverknader for barnet.¹³⁰

Ein ser at det gradvis skjedde ei endring av vurderingstemaet. I høgsterettsdom, Rt. 1984 s. 289, uttalte Høgsterett for første gong vurderingstemaet som hovudsakleg vart nytta fram til lovendinga i 1992. Spørsmålet var om tilbakeføringa ville «innebære en reell fare for at [barnet] utsettes for skadevirkninger av betydning».¹³¹

Høgsterett har dermed utvikla og tillagt vurderinga eit nytt element. Den sistnemnte dommen dannar difor eit prejudikat der ein i tillegg til å vurdere om vilkåra for omsorgsovertaking føreligg, også skal vurdere kva verknader tilbakeføringa vil ha for barnet.

Den nye barnevernlova av 1992 stadfester prejudikatsvurderinga Høgsterett føretok i 1984. Høgsterett uttalar i dom frå 1995 at det er tilsikta ei lovfesting av dei materielle vilkåra for oppheving av omsorgsvedtak, slik dei er utvikla i praksis etter barnevernlova.¹³² Retten må etter dette ta standpunkt til foreldra si omsorgsevne, og om tilbakeføringa kan føre til alvorlege problem for barnet.

¹²⁸ Rt. 1982 s. 764.

¹²⁹ Op.cit., s. 771.

¹³⁰ Rt. 1984 s. 77, s. 80.

¹³¹ Rt. 1984 s. 289, s. 298.

¹³² Rt. 1995 s. 479, s. 485.

5.5 Ulike moment i vurderinga av om barnet skal tilbakeførast

5.5.1 Foreldra si omsorgsevne

Etter bvl. § 4-21, første ledd, skal oppheving av omsorgsovertaking skje når det er «overveiende sannsynlig» at foreldra kan gi barnet «forsvarlig omsorg». Dette er som nemnt to av dei første vilkåra for at omsorga skal tilbakeførast til foreldra. Desse vilkåra blir ofte sett opp mot bvl. § 4-12, første ledd, bokstav a. Denne føresegna seier at vedtaket om omsorgsovertaking kan skje dersom det føreligg «alvorlige mangler» ved den daglege omsorga barnet får, eller «alvorlige mangler» i forhold til den personlege kontakt og tryggleik som barnet treng med tanke på barnet sin alder og utvikling.

Høgsterettsdom frå 2006 kan illustrere eit grovt tilfelle for kva som er «alvorlige mangler».¹³³ Mora hadde omsorg for døtrene fordi foreldra var skilte. Grunnlaget for omsorgsovertakinga var fysisk straff frå mor, med lugging, slag ved bruk av gjenstandar og spark mot kropp. Barna fortalte også om psykisk mishandling, ved truande oppførsel frå mor. Mora vart i 2005 dømt for brot på strl. § 228, første ledd, på grunnlag av slag og spark mot den eine dottera.

Det førelåg utan tvil «alvorlige mangler» ved omsorgsevna til mora på omsorgsovertakingstidspunktet. Spørsmålet var om det på domstidspunktet førelåg «alvorlige mangler».

Dei sakkyndige konkluderte med at dei fleste som tyr til vald, nyttar det som kommunikasjon. Sjølv etter langvarig terapi ser ein at det er vanskeleg å endre dette mønsteret. Høgsterett uttalte deretter at dei var samde med dei sakkyndige som meinte at mor ikkje hadde forståing for at hennar oppførsel overfor barna hadde skapt alvorlege problem for barna. Ut frå mora sin synsvinkel, hadde ho dermed ikkje fått noko oppfordring til å endre seg. Høgsterett la difor til grunn at vedtaket om omsorgsovertaking måtte bli ståande.

Nokre gonger er det tvilsamt om det fortsatt føreligg ”alvorlige mangler”. I ein høgsterettsdom frå 1995, mista mor omsorga for barnet sitt fordi ho var stoffmisbrukar og budde i ein nedrivingsgard under forhold som viste omsorgssvikt.¹³⁴ Mora gjennomgjekk ei rehabilitering i 1990 og har ein solid plattform. Dei sakkyndige for Høgsterett har gitt uttrykk for at mora under normale omstende vil kunne gi eit barn tilstrekkeleg stimulering og oppfølging.

Dei stilte seg likevel spørjande til om mora ville takle det aktuelle barnet sine problem ved ei tilbakeføring. Høgsterett konkluderte ikkje på spørsmålet om det førelåg ”alvorlige mangler”, fordi dei meinte at tilknytingsforholdet barnet hadde til fosterforeldra i seg sjølv var avgjerande for at tilbakeføring ikkje kunne finne stad.

¹³³ Rt. 2006 s. 1308.

¹³⁴ Rt. 1995 s. 479, s. 780.

Som ein ser, vil det ikkje alltid vere nødvendig å konkludere om foreldra har tilstrekkeleg omsorgsevne. Dette er i dei situasjonane det ikkje vil vere aktuelt å tilbakeføre barnet på grunn av tilknytingsforholdet det har til fosterfamilien.

I dei sakene der tilknytingsforholdet ikkje kjem på spissen, vil foreldra sine omsorgsevne alltid måtte klarleggast. Dette beror på ei konkret vurdering av situasjonen som føreligg.

5.5.2 Kan hjelpetiltak bøte på foreldra si manglande omsorgsevne?

Når domstolen vurderer tilbakeføring, vil eit av vurderingsmomenta vere om foreldra si omsorgsevne er tilstrekkeleg. Dersom dei andre vilkåra etter § 4-21 er oppfylt, kan då hjelpetiltak bøte på foreldra si omsorgsevne slik at tilbakeføring kan finne stad?

Høgsterettsdom, Rt. 1996 s. 1203, viser eit tilfelle der svakheiter ved omsorgspersonen kan rettast opp ved hjelpetiltak frå barnevernstenesta. Barnevernstenesta overtok omsorga for det fem år gamle barnet etter at praktiske og økonomiske hjelpetiltak for familien ikkje førte til betring i omsorgssituasjonen. Særleg mor si manglande evne til å vise empati og hennar bisarre åtferd i offentlege samanhengar, samt faren si manglande evne til å ta imot hjelp og samarbeide, var truleg det avgjerande i vedtaket om omsorgsovertaking.

Høgsterett uttalte at føresetnaden for at omsorgsvedtaket kan opphevast, er at vilkåra for omsorgsovertakinga ikkje er til stades på domstidspunktet, og at avgrensingane etter bvl. § 4-21 ikkje er til hinder for at omsorga vert ført tilbake til foreldra.¹³⁵

Det avgjerande spørsmålet vart dermed om foreldra sine omsorgsevner var tilstrekkeleg, vurdert opp mot sonen sine behov. Høgsterett vurderer far sine omsorgsressursar som tilstrekkelege på domstidspunktet, under føresetnad at han er villig til å ta imot hjelpetiltak. Hjelpetiltak kunne i dette tilfelle bøte på foreldra si manglande omsorgsevne.

Eit anna døme er ein høgsterettsdom frå 2004.¹³⁶ Saka gjaldt eit 12 år gammal barn, som på grunn av sine åtferdsvanskar vart plassert i fosterheim. Det førelåg betydeleg usikkerheit rundt mora si omsorgsevne, men både mor og barn ønska at tilbakeføring av omsorga skulle finne stad. Dei gav sterk motstand til omsorgsovertakinga, og fosterfamilien fungerte dårleg. Høgsterett var usikre på mora si omsorgsevne, og uttalte at det vil vere nødvendig med omfattande hjelpetiltak dersom ei tilbakeføring skulle iverksetjast.¹³⁷

Det vert altså lagt til grunn at tilbakeføring skal finne stad i dei tilfella der omsorgsressursen til foreldra kan avhjelpast med hjelpetiltak. Dette er i tråd med det mildaste inngreps prinsipp, som tilseier at omsorgsovertaking ikkje skal finne stad dersom andre mindre inngripande vedtak kan iverksetjast.¹³⁸ Vurderinga blir dermed den same som ein ville ha teke ved spørsmål om omsorga for barnet skulle overførast til barnevernstenesta, jf. bvl § 4-12.

¹³⁵ Rt. 1996 s. 1203, s. 1208.

¹³⁶ Rt. 2004 s. 999.

¹³⁷ Op.cit., avsnitt 67.

¹³⁸ Sjå punkt 3.1.

5.5.3 Kor stor betydning har det at barnet har vore plassert hjå fosterforeldra over lengre tid?

Høgsterettsdommen, Rt. 2002 s. 875, er eit døme på ein sak der Høgsterett ikkje opphevar omsorgsovertakingsvedtaket, mykje på bakgrunn av at barnet har vore langvarig plassert hjå fosterforeldra.

Denne saka gjaldt eit to år gamalt barn som etter eit akuttvedtak vart flytta frå foreldra då mora trua med å drepe både seg sjølv og barnet dersom den biologiske faren skulle få samværsrett til barnet.

Høgsterett droppar vurderinga om foreldra har tilstrekkeleg omsorgsevne, og seier at det avgjerande uansett vil vere om det vil medføre alvorlege problem for barnet å bli tilbakeført til mor, jf. bvl. § 4-21, første ledd, andre punktum.

Det vert uttrykt i dommen at det isolert sett er skadeleg å bryte den tilknytninga barnet har fått til fosterforeldra. I motsett retning talar det faktum at barnet i denne situasjonen har oppretthalde tilknytninga til sine biologiske foreldre. Tilbakeføringa vil då vere mindre traumatisk for barnet.

Dei sakkyndige vurdererte likevel situasjonen dit hen at det beste for barnet var å unngå ein ny alvorleg separasjonsreaksjon. Det sårbare barnet ville då mest truleg oppleve nye vanskar som hadde stilt store krav til den omsorgspersonen som skulle leie ho gjennom den tøffe tida.

Tilknytninga til fosterforeldra var etter Høgsterett si vurdering så sterk at barnet ville få alvorlege problem ved tilbakeføringa. Mora hadde etter Høgsterett si meining ikkje evne til å avhjelpe problema ved tilbakeføringa, og hjelpetiltak frå barnevernstenesta ville ikkje ha endra situasjonen. Omsorgsovertakingsvedtaket vart dermed oppretthalde.

Dommen viser ganske klart at tilknytninga barnet får, særleg i ung alder, må tillegast særleg vekt. Ein må ha i tankane at barn som blir plassert bort frå foreldra har hatt ei svært tøff tid før omsorgsovertakinga fann stad. Det er dermed svært viktig at barnet får stabilitet rundt tilknytninga dei opprettar til fosterforeldra. Barn har behov for trygghet for å kunne utvikle seg i takt med alderen. Dette er eit vesentleg moment i klarlegginga av kva som er til «barnets beste», der det er lovfesta at ein skal legge vekt på stabil og god vaksenkontakt og kontinuitet i omsorga.

Ein anna høgsterettsdom, Rt. 1994 s. 1398, viser at barnet aldri hadde kjent foreldra sine fordi barnet var plassert i beredsakspæheim då det var to dagar gamalt. To månader seinare vart det plassert i fosterheim. På domstidspunktet hadde barnet budd der i fire år. Høgsterett la til grunn at det «ikke [kunne] anses tvilsomt at det vil kunne medføre alvorlige problemer for [barnet] å måtte flytte fra fosterhjemmet».¹³⁹ Dommen er kortfatta, men er tydeleg på at langvarig plassering i fosterheim er eit tungtvegande argument for at det er til «barnets beste» å bli verande hjå fosterforeldra.

¹³⁹ Rt. 1994 s. 1398, s. 1403.

Langvarig tilknytning til fosterforeldre, og problema tilknytingsbrotet med desse kan medføre, bør difor tilleggast stor vekt i spørsmålet om tilbakeføring skal finne stad. Dette er også i tråd med ordlyden i lova og høgsterettspraksis.

5.5.4 Sårbare barn

Høgsterett nemner tidvis at dei aktuelle barna er sårbare og at dei såleis har spesielle omsorgsbehov. Barn som opplever omsorgssvikt, vil naturlegvis vere meir sårbare enn barn som har vokse opp i familiar utan problem av den art omsorgssvikt representerer. Likevel er det svært forskjellig korleis barn responderer på omsorgssvikta. Nokre barn taklar problema betre enn andre barn. Truleg har dette samanheng med personlegdomen til barnet.

I vurderinga om kva som vil vere til «barnets beste», vil eit moment vere kor sårbart barnet er, og om det har spesielle behov. Ein høgsterettsdom frå 2004 kan illustrere dette.¹⁴⁰

I den aktuelle saka overtok barnevernstenesta omsorga for barnet etter bvl. § 4-12, bokstav d). Barnet hadde på domstidspunktet vore i beredskapsheim i fem månader, og i fosterheim i to år og åtte månader. Dei sakkyndige uttalte at barnet var ei ”robust jente med gode medfødte ressurser”.¹⁴¹ Vidare uttalte dei at jenta ikkje har ”særskilte psykologiske behov, men at hun kan være mer sårbar dersom nye og gjentatte dramatiske hendelser oppstår i hennes liv”.¹⁴²

Høgsterett utalte deretter at sjølv om barnet var robust, så kunne det ”likevel ikke være tvilsomt at en tilbakeføring vil medføre problemer for henne”.¹⁴³ Det er både ein styrke og ein svakheit at barnet har ekstra god tilpassingsevne. Svakheita består i dårlegare kontakt med eigne kjensler, og såleis ei fare for at ho kjem inn i ein ”patologisk tapsprosess” ved ei tilbakeføring.¹⁴⁴

I vurderinga om vilkåra for tilbakeføring er oppfylte, må rettsbrukaren vurdere foreldra sine evne til å handtere barnet sine reaksjonar.¹⁴⁵ Reaksjonane til barnet vil vere forskjellige ut frå kor sårbart barnet er. Ein må difor vurdere kvar situasjon konkret med tanke på korleis barnet vil takle problema ved tilbakeføring.

I den aktuelle saka nekta Høgsterett tilbakeføring av barnet. Dette fordi det var svakheit og usikkerheit rundt omsorgssituasjonen for barnet ved ei tilbakeføring. I tillegg var det tvilsamt om det var mogeleg å setje inn tilstrekkelege hjelpetiltak for å avhjelpe foreldra si omsorgsevne sett opp mot barnet sitt omsorgsbehov.

I ein anna høgsterettsdom frå 2002 vart det lagt avgjerande vekt på at barnet var betydeleg traumatisert, og at ein ny alvorleg separasjonsreaksjon hjå barnet mest truleg ville inntreffe

¹⁴⁰ Rt. 2004 s. 1683.

¹⁴¹ Op.cit., avsnitt 35.

¹⁴² Op.cit., avsnitt 36.

¹⁴³ Op.cit., avsnitt 53.

¹⁴⁴ L.c.

¹⁴⁵ Op.cit., avsnitt 50.

dersom det vart tilbakeført til dei biologiske foreldra.¹⁴⁶ Sjølv om barnet på tidspunktet for vurderinga fungerte godt, vart ho karakterisert som eit sårbart barn som fortsatt hadde problem med tilknytingsforhold.

Problemet var utvikla fordi ho hadde gjennomgått tilknytingsbrot med mor og seinare med beredskapsheimen, og fordi det var generelle problem med samvær knytt til konfliktsituasjonen mellom foreldra. Sidan ho hadde fått så sterk tilknytning til fosterfamilien, vurderte domstolen situasjonen slik at barnet ville få «alvorlige problemer» dersom det hadde blitt tilbakeført til mora.

Det er opplagt at eit sårbart barn står i større fare for å få «alvorlige problem» enn eit robust barn. Barn som er sårbare bør i større grad enn andre vernast mot fleire tilknytingsbrot. Dette tilseier at dersom fosterfamilien fungerer godt, slik at barnet oppnår stabil og god vaksenkontakt, så talar det i retning av at «barnets beste» vil vere å bli verande hjå fosterfamilien.

Kor robust eit barn er, vil etter det ovannemnte verke sterkt inn på vurderinga om det vil få alvorleg problem ved tilbakeføringa. Dette er eit legitimt moment då avgjerda beror på ei konkret og skjønsmessig vurdering.

5.5.5 Må langvarig tilknytning til fosterfamilien vike for det biologiske prinsipp dersom barnet er robust?

Trass langvarig tilknytning til personar og miljø der barnet er plassert etter omsorgsovertakinga, blir ikkje tilknytninga alltid tillagt like stor vekt. Som ein har sett ovanfor, må rettsbrukaren vurdere barnet sin robustheit opp mot situasjonen som føreligg.

Spørsmålet vert dermed om den langvarige tilknytninga barnet har hatt med fosterfamilien, må vike for det biologiske prinsipp dersom barnet er robust.

Ei sak der tilknytninga mellom barnet og fosterforeldra må bøye seg for det biologiske prinsipp er Høgsterettsdommen, Rt. 1984 s. 289. Spørsmålet i saka var om ei mor skulle få tilbakeført omsorga for sonen. På grunn av ektemannen sine alvorlege rusproblem, overtok barnevernsmyndighetene barnet då det var eitt halvt år gammalt. Etter at mora klarte å bryte ut av ekteskapet, søkte ho om tilbakeføring av omsorga for sonen.

Då saka var oppe for Høgsterett, var sonen åtte år gamal, og hadde vore i fosterheimen i sju år. Det førelåg ingen tvil om at mora var skikka som omsorgsperson. Saman med hannar nye ektefelle og deira son, karakteriserte Høgsterett deira familiesituasjon som «meget tilfredsstillende».¹⁴⁷

I den aktuelle saka såg Høgsterett at guten hadde fått ei særleg sterk tilknytning til fosterforeldra. Spørsmålet for Høgsterett var om tilbakeføring av omsorga ville innebere ein

¹⁴⁶ Rt. 2002 s. 875, s. 884.

¹⁴⁷ Rt. 1984 s. 289, s. 294.

reell fare for at sonen vart utsett for skadeverknader av betydning. Dei vurderer i realiteten kor sårbart barnet er.

Det biologiske prinsipp viser at det er ein eigenverdi i seg sjølv å vende tilbake til dei biologiske foreldra. Høgsterett erkjenner likevel at ei kvar tilbakeføring, og særleg etter så lang tid som sju år, vil medføre problem. Problema vert likevel uttalt å vere overgangspromblem, fordi barnet var så robust at problema ikkje kunne karakteriserast som langvarige problem.

I saker som denne er det vanskeleg å kome til eit klart svar på kva som vil vere til det beste for barnet. Barnet har det utvilsamt bra hjå fosterforeldra, og alt er lagt til rette for at han også skal ha det bra hjå den biologiske mora og hennar nye familie.

Barnet sjølv uttalte at det ønska å vere hjå fosterforeldra. Høgsterett la til grunn at ein ikkje kunne forvente noko anna svar ut frå situasjonen, og dei kunne dermed ikkje legge avgjerande vekt på hans meining.

I tillegg til at barnet var robust, verkar det som om prosessøkonomiske argument har vore eit tungtvegande argument i denne saka. Høgsterett la til grunn at barnet ville vere i ein permanent konfliktsituasjon mellom to heimar, dersom det ikkje vart tilbakeført til den biologiske mora. Vilråra for adopsjon var ikkje til stades, og mora ville dermed i praksis ha partsrettar til å reise sak kvar 12. månad for å få tilbakeført barnet.

Fosterforeldra har ikkje like rettार som dei biologiske foreldra. Dei har ikkje moglegheita til å søkje å få tilbakeført barnet frå dei biologiske foreldra. Dersom barnet blir tilbakeført til foreldra, så må vilråra for omsorgsovertaking etter bvl. § 4-12 vere oppfylt for at barnet på nytt skal flyttast ut av heimen. Vidare er det ikkje sikkert at barnet då blir plassert i same fosterheim som tidlegare.

Høgsterett meinte at det ikkje var grunn til å tru at barnet ville få langvarige problem på grunn av tilbakeføringa. Det blei også vist til at det skal tungtvegande grunnar til for å nekte tilbakeføring då loven sitt utgangspunkt er at barn har best av å vekse opp hjå sine foreldre.¹⁴⁸

I denne saka stod Høgsterett ovanfor to gode familiealternativ, som begge etter Høgsterett si meining ville vere bra for barnet. I mangel på andre moment, verkar det som om Høgsterett la vekt på det alternativet som var best prosessøkonomisk sett. Barnet vart tilbakeført til dei biologiske foreldra.

Det er usikkert om resultatet ville ha blitt det same i dag. Dess lengre eit barn er plassert hjå ein og same fosterheim, dess lettare vil barnet få slik tilknytning til menneske at det vil skape alvorlege problem dersom det vert tilbakeført.

Langvarig plassering i fosterheim medfører som regel god og stabil vaksenkontakt, samt kontinuitet i omsorga som er i samsvar med omsynet til «barnets beste» etter bvl. § 4-1. Dommen er avsagt etter barnevernlova av 1953, som ikkje legaliserte «barnets beste» ved

¹⁴⁸ NOU 2012: 5, side 116, jf. Rt. 1984 s. 289, s. 298.

spørsmål om tilbakeføring. Difor kan det takast til ordet for at saka ville fått eit anna resultat etter dagens lovgiving.

I den ovannemnte saka vart barnet karakterisert som robust. Det er tydeleg at Høgsterett la stor vekt på at robuste barn vil tole eit tilknytingsbrot med fosterfamilien betre enn eit sårbart barn. Dette er eit moment som også har hatt stor betydning i andre saker. Eit døme er Høgsterettsdom frå 2006.¹⁴⁹

I den aktuelle saka hadde barnet på sju år vore plassert i fosterheim i nærare to år. Høgsterett uttalte at barnet var ein ”relasjonsskadet gutt” som er ”preget av de problemer som utvikles hos barn som har levd med inadekvat behovsdekning”.¹⁵⁰ Den sakkyndige for lagmannsretten konkluderte med at barnet ikkje ville tole sjølv mindre endringar i sin omsorgsbasis utan at han ville ta skade av det.¹⁵¹ Dette fordi barnet var sårbart, og fordi det fortsatt var tidleg i prosessen med å tilvenne seg fosterfamilien.

Barnet hadde gitt uttrykk ovanfor den sakkyndige at det ønska å bu vidare i fosterheimen fordi han fekk god oppfølging frå fosterforeldra. Høgsterett la dermed til grunn at barnet var så sårbart at det ikkje ville takle eit nytt tilknytingsbrot, og dermed kunne det ikkje tilbakeførast til dei biologiske foreldra.

Det er naturleg å tenkje at dess yngre barnet er når det blir plassert i fosterheimen, dess lettare vil det oppnå tilknytning til fosterheimen. Vidare talar i utgangspunktet langvarig plassering i fosterheim for at barnet ikkje skal tilbakeførast til den biologiske familien. Dommane som er nemnt ovanfor, viser at desse utgangspunkta vert tillagt vekt ut frå kor robust barnet er.

Den første dommen tilbakeførte barnet som hadde vore i fosterheimen frå det var eitt år til det var åtte år. Den sistnemnte dommen bestemte at barnet skulle bli verande i fosterheimen, trass i at det hadde budd i fosterheimen i underkant av to år. Grunnlaget i begge domane var barna sin robustheit. Det første barnet var svært robust, og ville tole problema ein tilbakeføringssituasjon ville medføre. Det siste barnet var så sårbart at berre mindre endringar i sin omsorgsbasis ville mest truleg medføre skade.

Dommane illustrerer at avgjerda beror på ei konkret skjønsmessig vurdering, der robustheita til barnet spelar inn på vurderinga om det biologiske prinsipp verkar å vere til «barnets beste», eller om barnet er så sårbart at problema tilbakeføringssituasjonen vil medføre er så alvorlige at det vil vere til «barnets beste» å bli verande hjå fosterforeldra.

5.5.6 Etnisitet – eit tungtvegande moment

Som ein har sett ovanfor, vil robustheita til barnet vege tungt i vurderinga om det skal tilbakeførast til dei biologiske foreldra eller ei. Eit anna moment som skal vege tungt, er barnet sin etnisitet.

¹⁴⁹ Rt. 2006 s. 1672.

¹⁵⁰ Op.cit., avsnitt 44.

¹⁵¹ Op.cit., avsnitt 42.

Ein høgsterettsdom frå 1997 gjaldt tilbakeføring av eit sju år gammalt barn, som hadde budd i fosterheim i over fire år.¹⁵² Foreldra til barnet var palestinske innvandrarakar. Grunnlaget for fosterheimsplassering var at mora, som hadde omsorga for barnet, levde under svært vanskelege kår. Barnets ernæringsssituasjon var alvorleg då hans vekttauke stagnerte. Barnet vart plassert i beredskapsheim i 1991 og i fosterheim i 1992.

I 1992 flytta foreldra saman att og fekk såleis betre økonomi. Heilt frå dette tidspunktet prøvde foreldra å få tilbake omsorga for barnet.

Høgsterett uttalte at spørsmålet i saka var om barnet hadde fått ei slik tilknytning til menneske og miljø der det var plassert, at det etter ei samla vurdering kunne føre til alvorlege problem for barnet om det vart flytta.¹⁵³ Vidare går det fram at vurderinga skulle skje ut frå forventa utvikling i eit lengre tidsperspektiv, og at det ikkje kunne vera avgjerande at det i ein overgangsperiode kunne oppstå problem.¹⁵⁴

Det første Høgsterett la eksplisitt vekt på, var at det har ein eigenverdi at eit barn får vekse opp hjå sine biologiske foreldre. Det vart stadfesta at foreldra hadde den nødvendige omsorgsevna.

Barnet var ni månader gammalt då det vart teken ifrå mora, og mora hadde sidan den gang hatt samværsrett med barnet ein gong i månaden. Sett opp mot samværsmengda i tilsvarande saker, er dette relativt hyppig kontakt. Høgsterett uttalte at barnet hadde ei slik kjenslemessig tilknytning til foreldra at det ville ta imot foreldra sin omsorg.

Eit contra-argument var at barnet hadde budd hjå fosterforeldra i nærare fem år, og at det hadde «meget sterk tilknytning der».¹⁵⁵ Barnet vaks opp i ein familie med norske tradisjonar, og har såleis blitt oppdradd som ein etnisk norsk gut. Dersom barnet skulle tilbakeførast, ville det ha blitt plassert i ein muslimsk familie med andre kulturelle normer. Å bytte kultur for eit sju år gammalt barn, kan vere svært forvirrande og medføre problem av ulike artar. Det er naturleg at desse problema skulle blitt tillagt betydeleg vekt i vurderinga.

Høgsterett fokuserte likevel på samværet foreldra hadde med barnet, og dei presiserte at sorgprosessen ikkje ville medføre alvorlige problem av varig karakter for barnet. Det verkar dermed som om Høgsterett meiner at dette barnet er så pass robust at det vil takle problema som vil kome ved tilbakeføringa. Høgsterett meiner vidare at det vil vere positivt for barnet sin identitetsfølelse og sjølvbilde at han får vekse opp med sine biologiske foreldre, deira livsform, kultur og religion. Tilbakeføringa vart dermed ein realitet.

Det er tydeleg at Høgsterett fokuserer sterkt på det biologiske prinsipp i denne saka. Realiteten er at eit palestinskfødt barn, som har budd hjå norske fosterforeldre i over fem år, blir tilbakeført til sin biologiske, muslimske familie som barnet har hatt kontakt med ein gong

¹⁵² Rt. 1997 s. 170.

¹⁵³ Vilkår etter barnevernlova § 4-21, første ledd, andre punktum.

¹⁵⁴ Rt. 1997 s. 170, s. 175.

¹⁵⁵ Op.cit., s. 177.

i månaden. Det kan takast til ordet for at dette er ei drastisk endring som kan medføre alvorlege problem for barnet.

Den ovannemnte dom er likevel gjeldande rett med tanke på vurderingsmomenta Høgsterett nyttar. Dette vert også presisert i ei utgreiing om det biologiske prinsipp i barnevernet.¹⁵⁶ Ekspertutvalet skriv at dersom barnet har eit anna etnisk og kulturelt opphav enn fosterforeldra, så vil dette ha særleg betyding i spørsmål om oppheving av omsorgsvedtaket. Det er dermed tydeleg at dette momentet skal tilleggst stor vekt i vurderinga om kva som framstår som «barnets beste».

5.6 Korleis skal ein etter det ovannemnte kome fram til kva som er til det beste for barnet?

For å kunne legge til grunn kva som er det beste for barnet, må personar som til ein viss grad kjenner barna og situasjonen, men som også evnar å sjå saka objektivt, uttale seg om kva som vil vere det beste for barnet.

Foreldra og barnevernet vil vere partar i saka, og spesielt foreldra kan ha vanskar med å sjå saka objektivt. Domstolen har som regel ikkje tilstrekkeleg med ressursar til å lære seg barna å kjenne på ein tilfredsstillande måte. Det er dermed nødvendig med sakkyndige, som blir engasjert for å vurdere situasjonen, barnet og foreldra objektivt sett.

Dei sakkyndige er hovudsakleg psykologar. I tillegg har dei som regel liknande arbeidsoppgåver som gjer det mogeleg å uttale seg om kva som faktisk er ein akseptabel omsorgssituasjon, og kva som vil vere til barnet sitt beste. Domstolen er likevel ikkje bunden av vurderingane til dei sakkyndige. Men det er klart at å lytte til ekspertar sine råd både er hensiktsmessig og fornuftig.

Vurdering av psyken og det psykososiale miljøet kan føre til ulike konklusjonar. Det er ikkje sjeldan at dei sakkyndige i barnevernssaker kjem fram til ulike konklusjonar. Grunnlaget kan vere at dei sakkyndige har ulike tankesett og arbeidsmetodar. Dei kan også ha ulike tersklar for kva som er som rett og normalt. Tidlegare arbeidsplassar og politiske haldningar kan styre psykologane i bestemte retningar. Det er dermed heilt avgjerande at rettsbrukaren tek ei sjølvstendig vurdering ut frå dei bevisa som føreligg i saka. Ein kan ikkje stole blindt på dei sakkyndige sine rapportar.

Til illustrasjon kan høgsterettsdom frå 1996¹⁵⁷ nemnast. I saka var det oppnemnt to sakkyndige, ein for lagmannsretten og ein for Høgsterett. Saka omhandla spørsmål om tilbakeføring av tre barn. Barna vart etter eit hastevedtak i 1991 plassert i eit støttesenter og seinare i ulike fosterheimar. Grunnlaget var informasjon om at far slo barna, og at seksuelle

¹⁵⁶ NOU 2012: 5, s. 116.

¹⁵⁷ Rt. 1996 s. 1684.

overgrep skulle ha funne stad. Saka vart meldt til politiet i januar 1992, men vart henlagt på grunn av bevisets stilling i februar 1993.

Spørsmålet for Høgsterett var om foreldra kunne gi barna forsvarleg omsorg, jf. bvl. § 4-21, første ledd, første punktum. Dei to sakkyndige var ikkje samde om vilkåra for tilbakeføring var oppfylt eller ei. Den sakkyndige som var oppnemnt for lagmannsretten uttalte at:

«Så langt jeg har kunnet se er det ingenting ved foreldrenes nåværende egentrivsel og fungering som tilsier at foreldrene vil utsette barna for alvorlige mangler ved den daglige omsorgen, mishandling eller alvorlige overgrep, eller at de vil skade barnas videre utvikling og helse alvorlig. Jeg vurderer det heller ikke sannsynlig at foreldrene i framtiden vil fungere slik i forhold til barna. [...] Den oppfølging de får av sine foreldre vil imidlertid være innenfor det forsvarlige.»

Den sakkyndige for lagmannsretten er såleis av den oppfatning at foreldra vil kunne gi barna den forsvarlege omsorga som lova føreset at dei skal. Vurderingane og konklusjonen som vart gjort for lagmannsretten vart oppretthalden av den sakkyndige i bevisopptak for Høgsterett.

Den sakkyndige som vart oppnemnt for Høgsterett, hadde ei anna tilnærming til saka. Han uttalte at:

«Ved en tilbakeføring av omsorgen til foreldrene vil barna ikke gis den omsorgen de er i behov av for fortsatt god sosial- og skolemessig tilpasning. De vil heller ikke gis nødvendig veiledning og hjelp til sosial orientering. [...] Uten den særskilte hjelp og støtte de gis i fosterhjemmene, men som de ikke vil kunne få i foreldrehjemmet, vil deres muligheter for en fortsatt positiv utvikling og god sosial tilpasning i de viktige ungdomsårene som ligger foran dem, med stor sannsynlighet bli betydelig redusert med varige skadevirkninger som følge.»

Som ein ser, hadde dei sakkyndige svært avvikande oppfatningar av situasjonen. Domstolen fekk dermed servert to ulike vurderingar av saka. Til trass for avvikande oppfatningar, var vurderingane utfyllande og forklarande. Domstolen måtte dermed sjå på dei ulike vurderingane og ta stilling til kva som er tilstrekkeleg bevist.

I den aktuelle dommen, seier Høgsterett at den sakkyndige for lagmannsretten har undervurdert dei problema barna hadde ved omsorgsovertakinga, og at Høgsterett dermed ikkje kan slutte seg til hennar tilråding.¹⁵⁸ Høgsterett sitt fleirtal sluttar seg til den sakkyndige som vart oppnemnt for Høgsterett. Dei sakkyndige sine vurderingar utgjer som regel eit tungtvegande argument i saka. I denne saka vart barna dermed ikkje tilbakeført til foreldra.

Eit døme på ei sak der Høgsterett har gått imot dei sakkyndige sine vurderingar er den lite utdjupande dommen, Rt. 1992 s. 1303. Barnet på tre år vart plassert i ein fosterheim i 1990. I forkant av omsorgsovertakinga braut mora psykisk saman etter å ha misbrukt roande medikament. Faren hadde misbrukt alkohol i mange år.

Både sakkyndig for byretten og Høgsterett råda Høgsterett *ifrå* å godkjenne tilbakeføringa. Etter dei sakkyndige sine vurderingar, burde Høgsterett gå inn for langvarig plassering i

¹⁵⁸ Rt. 1996 s. 1684, s. 1693.

fosterheimen. Høgsterett uttalar vidare at «anbefalinger fra rettsoppnevnte sakkyndige i saker som dette [har] betydelig vekt».¹⁵⁹

Høgsterett vurderte likevel bevismaterialet på ein annan måte enn dei sakkyndige. Dei meinte at to år utan rus, som vart stadfesta av bl.a. lege og psykolog, tyda på at misbruket var eit tilbakelagt stadium. Vidare meinte Høgsterett i motsetning til dei sakkyndige at det førelåg ei nær kjenslemessig tilknytning mellom barnet og foreldra. Foreldra fekk dermed medhald i krav om tilbakeføring av omsorga for barnet.

Som nemnt overfor i punkt 1.1, er eit av siktemåla med omsorgsovertaking at foreldra skal få tilbake omsorga for barnet. Omsorgsovertaking er meint å vere ei midlertidig løysing, fram til dei aktuelle forholda som medførte grunnlaget for omsorgsovertaking har betra seg.

Det er truleg dette Høgsterett har hatt for augo i den ovannemnte dommen. Det verkar som om Høgsterett, i større grad enn dei sakkyndige, la vekt på formålet bak omsorgsovertaking. Høgsterett var av den oppfatning at tilbakeføringssituasjonen ikkje ville medføre alvorlege problem for barnet, og fall difor tilbake på utgangspunktet om at tilbakeføring til foreldra *skal* finne stad.¹⁶⁰

Det er vanskeleg å seie om avgjerda også er i tråd med omsynet til «barnets beste». Det føreligg inga eksplisitt vurdering av vilkåret. Det einaste Høgsterett nemner, er at det ikkje er sannsynleg at tilbakeføring av barnet vil skape varige problem for barnet. Det saka illustrerer godt, er at Høgsterett må taka ei sjølvstendig vurdering av bevismateriale som føreligg i saka.

Dei sakkyndige utfører ei viktig oppgåve for domstolen. Dei sakkyndige er den objektive parten, som skal utforme ein rapport som skal tene som bevis i saka. Utan rapportane frå dei sakkyndige, ville rettsbrukaren hatt relativt liten kunnskap om barnet og korleis foreldra fungerer i kvardagen.

Likevel må rettsbrukaren bruke rapportane med varsamheit. Det føreligg ein risiko for at rapportane vert førande for saka. I mange tilfelle skjer dette fordi rettsbrukaren etter ei konkret vurdering seier seg samd i rapporten. I andre tilfelle kan rapportane vera fargelagde av den sakkyndige sine haldningar til tilbakeføring etter omsorgsovertaking. Det herjar ein debatt på dette punktet, men oppgåva avgrensar mot denne.

Poenget er at rettsbrukaren sjølv må vurdere rapportane dei sakkyndige legg fram, og ut frå bevisa danne seg eit bilete av kva som vil vere det beste for det aktuelle barnet. Det er ikkje tilstrekkeleg å leggje dei sakkyndige sine konklusjonar til grunn, utan å vurdere situasjonen sjølv. Det er rettsbrukaren si oppgåve å skape rettslikskap og føreseielegleik.

¹⁵⁹ Rt. 1992 s. 1303, s. 1307.

¹⁶⁰ Sjøå barnevernlova § 4-21, første ledd, første punktum.

6 Avsluttande kommentar

Det er krevjande å vurdere kva som er til «barnets beste» ved spørsmål om tilbakeføring etter omsorgsovertaking. Situasjonane domstolen står ovanfor er samansette og svært forskjellige. I tillegg er omgrepet «barnets beste» dynamisk. Haldningane i samfunnet vil til ei kvar tid påverke kva som framstår som det beste for barnet.

Dei barna barnevernlova siktar å ivareta, lever i ein situasjon som ikkje er tilfredsstillande etter lova. Barnevernstenesta skal avhjelpe situasjonen, slik at den vert tilfredsstillande etter norsk og internasjonal lovgiving. Dei må då halde seg innanfor lovverket, ordlyden og andre prinsipp som gjer seg gjeldande.

Som oppgåva har vist, spelar mange faktorar inn i sakene. Rettsbrukaren er pålagt å leggje avgjerande vekt på å finne tiltak som er til «barnets beste».¹⁶¹ Viktige prinsipp, som t.d. det biologiske prinsipp, kan tale i motsett retning av kva som framstår som det mildaste inngrepet for barnet. Dette kan skape situasjonar der rettsbrukaren må prioritere mellom viktige moment.

Hovudfokuset til domstolen er å klarleggje kva som er til det beste for barnet. Som ein har sett i oppgåva, vurderar domstolen sjeldan omsynet eksplisitt. Men det er all grunn til å tru at rettsbrukarane har vurderingsmomentet i tankane gjennom heile prosessen. Resultat som ikkje er til «barnets beste» kan trass alt medføre svært alvorlige, og langvarige konsekvensar for barnet. Omsynet burde difor eksplisitt nemnast og vurderast, slik at lesaren kan vere sikker på at rettsbrukaren faktisk har tillagt omsynet avgjerande vekt.

Vurderingane om tilbakeføring etter omsorgsovertaking er svært konkret. Ein må ta høgde for kva som har skjedd tidlegare, korleis forholda er no, og kva som har skjedd medan barnet har vore plassert i fosterheimen. Det vanskelegaste ein må ta stilling til, er kva som kjem til å skje i framtida. Kva er det beste for barnet med tanke på framtida?

Sakkyndige blir som nemnt i punkt 5.6.2 engasjert for å legge fram ein rapport i saka. Det problematiske ved bruk av sakkyndige er at det som regel føreligg ulike meiningar om kva som er til det aktuelle barnet sitt beste. Trass i ulike konklusjonar, vil rapportane vere utfyllande, grunngivande og forklarande. Domstolen må ta stilling til om dei er samde med ein av dei sakkyndige, og vurdere kva konklusjon det føreligg bevis for i saka.

Rettspraksis viser per i dag ingen klar tendens kva gjeld moment som skal tilleggst avgjerande vekt i vurderinga om kva som er «barnets beste» i tilbakeførings saker. Dette medfører fare for at ein ikkje klarar å skape rettslikskap. Det blir dermed vanskeleg for partane i saka å føresjå si rettsstilling, som igjen kan medføre at fleire saker må takast til retten for å få ei avklaring. Dermed står ein i fare for at saka vert prosessdrivande, som i aller

¹⁶¹ Barnevernlova § 4-1, første ledd.

høgste grad vil gå utover barnet som må leve med ei usikker framtid. Dette er ein konsekvens av at dei reint individuelle forholda i sakene aldri vil vere heilt like.

Med tanke på framtida, bør domstolen prøve å statuere vurderingstemaet i saker om tilbakeføring etter omsorgsovertaking på ein enda tydlegare måte. «Barnets beste» skal vere det avgjerande momentet, og dette bør kome eksplisitt fram i saka. På denne måten kan lesaren enkelt sjå om, kvifor og korleis nettopp den aktuelle konklusjonen vil vere til «barnets beste». Barn er trass alt rettssubjekta barnevernlova siktar å ivareta. Difor må det vere tydeleg at avgjerdene er i tråd med lova.

Litteraturliste

Lover og internasjonale konvensjoner

- Grunnlova – Kongeriket Norges Grunnlov – lov av 17. mai 1814 – GrL.
- Barnevernlov – Lov om barneverntjenester – lov av 17. juli 1992 nr. 100 – bvl.
- Barnevernlov – Lov om barnevern – lov av 17. juli 1953 nr. 14. Oppheva.
- Barnelova – Lov om barn og foreldre – lov av 8. april 1981 nr. 7 – bl.
- Opplæringslov – Lov om grunnskolen og den vidaregåande opplæringa av 17. juli 1998, nr. 61 – oppll.
- Vergerådslov – Lov om behandling af forsømte børn av 1896. Oppheva.
- Menneskerettslov – Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett – Lov av 21. mai 1999 nr. 30 – mnskrl.
- Barnekonvensjonen – FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989 – BK.
- EMK – Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter av 4. november 1950 – Den europeiske menneskerettskonvensjon – EMK.

Forarbeid

- Prop. 106 L (2012-2013) – Proposisjon til Stortinget (forslag til lovvedtak) – Endringer i barnevernloven
- Ot.prp.nr.69 (2008-2009) – Om lov om endringer i barnevernloven
- Ot.prp.nr.45 (2002-2003) – Om lov om endring i menneskerettsloven mv.
- Ot.prp.nr.46 (1997-1998) – Om lov om grunnskolen og den vidaregåande opplæringa

- Ot.prp.nr.44 (1991-1992) – Om lov om barneverntjenester (barnevernloven)
- Ot.prp.nr.56 (1952-1953) – Lov om barnevern 1953
- NOU 2012: 5 – Bedre beskyttelse av barns utvikling – Ekspertutvalgets utredning om det biologiske prinsipp i barnevernet.
- NOU 2009: 08 – Kompetanseutvikling i barnevernet – Kvalifisering til arbeid i barnevernet gjennom praksisnær og forskningsbasert utdanning.
- NOU 2004: 23 – Barnehjem og spesialskoler under lupen – Nasjonal kartlegging av omsorgssvikt og overgrep i barnevernsinstitusjoner 1945-1980.
- NOU 1995: 18 – Ny lovgiving om opplæring – «... og for øvrig kan man gjøre som man vil»
- NOU 1985: 18 – Lov om sosiale tjenester mv. – Sosialdepartementet.
- NOU 1982: 26 – Barnemidhandling og omsorgssvikt.
- Innstilling 1951: 40 – Barnevernkomiteen I av 1947 – Lov om barnevern av 1953
- Dokument 16 – Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven (2011-2012)

Juridisk litteratur

Bendiksen og Haugli (2014)

Bendiksen, Lena Renate L. og Trude Haugli, *Sentrale emner i barnevernsretten*, Tromsø 2014

Bernt (1983)

Bernt, Jan Frithjof, *Legalitetsprinsippet og andre hjemmelsspørsmål i den offentlige rett*, Jussens venner 1983 s. 119.

Haugli (2012)

Haugli, Trude, «Hensynet til barnets beste» i *Barnekonvensjonen – barns rettigheter i Norge*, 2. utgave, Oslo 2012.

Hove (2011)

Hove, Harald, *Gyldendals lovkommentar til barnevernlova § 4-12 på nett*, note 160.

Lindboe (2008)

Lindboe, Knut, *Barnevernsrett*, 5. utgave, Oslo 2008.

Nordeide (2010)

Nordeide, Ragnar, Erik Møse og Jørgen Aall, *Gyldendals lovkommentar til EMK art. 8 på nett*, note 70.

Ofstad og Skar (1999)

Ofstad, Kari og Randi Skar, *Barnevernloven med kommentarer*, 3. utgave, Oslo 1999.

Ofstad og Skar (2010)

Ofstad, Kari og Randi Skar, *Barnevernloven med kommentarer*, 5. utgave, Oslo 2010.

Sandberg (2003)

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

Sandberg (2012)

Sandberg, Kristen, «Barns rett til å bli hørt» i *Barnekonvensjonen – barns rettigheter i Norge*, 2. utgave, Oslo 2012.

Smith (1980)

Smith, Lucy, *Foreldremyndighet og barnerett*, Oslo 1980.

Smith (2011)

Smith, Lucy, «FNs konvensjon om barnets rettigheter» i *Barnekonvensjonen – Barns rettigheter i Norge*, 2. utgave, Oslo 2012.

Stand (2013)

Stand, Elisabeth Gording, «Om barn og grunnverdier» i *Velferd og Rettferd* 2013.

Søvig (2009)

Søvig, Karl Harald, *Barnets rettigheter på barnets premisser*, Bergen 2009.

Rettspraksis

Høgsterettspraksis

Rt. 2014 s. 530	Rt. 1996 s. 1203
Rt. 2012 s. 967	Rt. 1995 s. 479
Rt. 2012 s. 900	Rt. 1995 s. 350
Rt. 2006 s. 1672	Rt. 1994 s. 1398
Rt. 2006 s. 1308	Rt. 1992 s. 1303
Rt. 2004 s. 1683	Rt. 1991 s. 668
Rt. 2004 s. 999	Rt. 1984 s. 289
Rt. 2002 s. 875	Rt. 1984 s. 77
Rt. 2002 s. 327	Rt. 1982 s. 1687
Rt. 1997 s. 170	Rt. 1982 s. 764
Rt. 1996 s. 1684	

Lagmannsrettspraksis

LB.2014.25083

LB.2012.114727

LH.2001.359

Praksis frå Den europeiske menneskerettsdomstol

Johansen v. Noreg, nr. 17383/90 (1996)

Marckx v Belgia, nr. 6833/74 (1979), A 31

Olsson v Sverige, nr. 10465/83 (1988), A 130

Anna

Rapport frå Barneombodsmannen 2001.

<http://www.ssb.no/sosiale-forhold-og-kriminalitet/statistikker/barneverng/aar/2013-06-26#content>

<http://www.fn.no/Bibliotek/Avtaler/Menneskerettigheter/FNs-konvensjon-om-barnets-rettigheter-Barnekonvensjonen>