

Barns rett til omsorg
Omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-12

Kandidatnummer: 517

Veileder: Ane Stavrum

Leveringsfrist: 25. 04. 2008

Til sammen 17823 ord

Innholdsfortegnelse

1. INNLEDNING	s. 3
1.1 Introduksjon	s. 3
1.2 Problemstillinger	s. 3
1.3 Avgrensninger	s. 4
1.4 Rettslig plassering	s. 4
1.5 Rettskilder	s. 5
1.6 Plan for fremstillingen	s. 7
2. ULIKE PRINSIPPER SOM IVARETAR BARNES RETTSSIKKERHET	s. 8
2.1 Legalitetsprinsippet	s. 8
2.2 Det mildeste inngreps prinsipp	s. 8
2.3 Barnets beste prinsipp	s. 9
2.4 Det biologiske prinsipp	s. 10
2.5 Brukermedvirkning	s. 10
3. BARNES RETT TIL OMSORG	s. 12
3.1 Menneskerettskonvensjonen	s. 12
3.2 Barnekonvensjonen	s. 12
3.3 Barneloven	s. 14
3.3.1 Historikk	s. 14
3.3.2 Lovens målsetning	s. 15
3.3.3 Foreldreansvaret etter bvl. § 30	s. 16
4. OMSORGSOVERTAKELSE	s. 18
4.1 Menneskerettskonvensjonen	s. 18
4.2 Barnekonvensjonen	s. 19
4.3 Barnevernloven	s. 20
4.3.1 Historikk	s. 20

4.3.2 Lovens anvendelsesområde	s. 21
4.3.3 Statistikk	s. 22
4.3.4 Vilkårene etter bvl. § 4-12	s. 22
4.3.4.1 Alvorlig omsorgssvikt, 1. ledd bokstav a	s. 23
4.3.4.2 Mangelfull oppfølging av barn med et særskilt behov, 1. ledd bokstav b	s. 29
4.3.4.3 Barnemishandling, 1.ledd bokstav c	s. 31
4.3.4.4 Foreldre uten omsorgsevne, 1. ledd bokstav d	s. 35
4.3.5 Skjønnsmessige vurderinger etter bvl. § 4-12, 2 ledd.	s. 37
4.3.6 Begrepet omsorgsovertakelse	s. 42
4.3.7 Tolking	s. 43
4.3.8 Nåtids og fremtidsvurdering	s. 45
4.3.9 Beviskrav	s. 45
4.3.10 Saksbehandling	s. 46
4.3.11 Partsforhold	s. 47
5. BARNEVERNENSLOVENS FORHOLD TIL OMSORGSOVERTAKELSE ETTER MENNESKERETTSSKONVENSJONEN OG BARNEKONVENSJONEN	s. 48
5.1 Menneskerettighetskonvensjonen	s. 48
5.2 Barnekonvensjonen	s. 50
6. PRINSIPPENES RETTSLIGE BETYDNING ETTER BVL. § 4-12	s. 52
6.1 Det mildeste inngreps prinsipp	s. 52
6.2 Barnets beste prinsipp	s. 54
6.3 Det biologiske prinsipp	s. 57
6.4 Brukermedvirkning	s. 60
7. AVSLUTNING	s. 63
8. LITTERATURLISTE	s. 66

1 INNLEDNING

1.1 Introduksjon

I vårt samfunn har de aller fleste barn det godt, og mottar god omsorg fra foreldre og omgivelsene forøvrig. Utgangspunktet er at det er barnets biologiske foreldre som skal sørge for at egne barn blir tatt vare på og få gode oppvekstvilkår, jf. lov om barn og foreldre av 8. april 1981 nr. 7, bl., § 30 om foreldreansvaret.

Dessverre er det slik at enkelte barn ikke nyter godt av tilfredsstillende omsorg fra foreldrehjemmet. Barnevernet søker å beskytte disse barna og gi dem et bedre liv ved hjelp av ulike tiltak. Et av disse tiltakene er omsorgsovertakelse etter lov om barneverntjenester av 17. juli 1992 nr. 100, bvl., § 4-12. Bestemmelsen hjemler at barnevernet kan gripe inn i familielivet og ta barnet ut av foreldrehjemmet fordi barnet ikke får en minstestandard av omsorg.

Tiltaket kan oppleves dramatisk både for barn og foreldre, fordi det er så inngripende og kan få så store konsekvenser dersom det viser seg at tiltaket er feil. Det er hensynet til barnets behov for omsorg og ønske om at barn skal vokse opp i gode og trygge omgivelser som er barnevernlovens formål, jf. bvl. § 1-1.

1.2 Problemstillinger

Temaet for oppgaven er hvilken juridisk rett barn har til omsorg, og med hovedvekt på hvor grensene går for når barn som lever med alvorlig omsorgssvikt kan tas fra biologiske foreldre og plasseres i barnevernsinstitusjon eller fosterhjem.

I oppgaven tar jeg for meg barns rett til omsorg slik det er definert etter bl. § 30, og fokuserer på hva som kan skje dersom barnet ikke får et minimum av omsorg etter bvl. § 4-12.

Den europeiske menneskerettskonvensjonen av 4. november 1950, EMK, og FNs konvensjon om barns rettigheter av 20. november 1989, BK, nevnes kort. EMK og BK behandles først i og med at disse har høyere rang enn bl. og bvl.

1.3 Avgrensninger

I oppgaven legges det hovedsakelig vekt på forhold rundt barnet, men der hvor det er naturlig nevnes også foreldrenes rettsforhold. Bakgrunnen er at forhold som dreier seg om barnets situasjon også får konsekvenser for foreldrene og vice versa. Oppgaven gjelder hovedsaklig de materielle sidene ved barns rett til omsorg og vilkårene for omsorgsovertakelse, ikke de prosessuelle. Når det er sagt, vil det likevel redegjøres kort for saksbehandling hvor dette synes naturlig.

Oppgaven avgrenses til å gjelde foreldre som har foreldreansvaret og at barnet bor hjemme. Det avgrenses videre mot omsorgsovertakelse av nyfødte, jf. bvl. § 4-8 2. ledd, omsorgsovertakelse av barn som bor utenfor hjemmet, jf. bvl. § 4-8 3. ledd, mot frivillig omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-4 5. ledd og mot plassering av barn med atferdsvansker etter bvl. § 4-25. Videre avgrenses det mot frivillig og tvungen adopsjon, hastevedtak, barnets medbestemmelsesrett, samværsretten og tilbakeføring.

I oppgaven tar jeg for meg praksis fra Høyesterett. Det avgrenses mot å gjøre rede for fylkesnemndas vedtak i barnevernsaker.

1.4 Rettslig plassering

Oppgaven handler om barnerett som er en del av den private retten.

Dessuten dreier den seg om barnevernrett. Barnevernretten er en del av den offentlige retten, og i tillegg er den å regne som en del av spesiell forvaltningsrett og sosialrett.

Lovens utgangspunkt er at barn skal vokse opp og fostres av sine biologiske foreldre.¹

Etter EMK art. 8 nr. 1 gis barn og foreldre rett til familieliv, og art. 3 nr. 2 og 7 nr. 1 i BK hjemler barnets rett til omsorg. Hovedhjemmelen for barnets rett til omsorg i bl. er § 30 om foreldreansvaret. Bestemmelsen gir barnet rett til å motta omsorg av sine foreldre, og pålegger foreldrene plikt til å gi omsorg. Dersom barnet ikke får et minimum av omsorg åpner EMK art. 8 nr. 2, BK art. 9 nr. 1 og bvl. § 4-12 for at myndighetene kan gripe inn i familielivet med tiltak. EMK og BK er bindende for norske myndigheter og ved motstrid med norsk rett går disse foran.

¹ Ot. prp. nr. 44 (1991-92) s. 41

Bvl. hjemler ulike tiltak av frivillig og tvangsmessig karakter. Et av disse tvangstiltakene er omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-12, og kan tas i bruk når forebyggende tiltak etter § 4-4 og behandling og opplæring etter §§ 4-10 og 4-11 ikke fører frem eller er nytteløse.

Det strengeste tiltaket etter bvl. er tvungen adopsjon, jf. bvl. § 4-20.

Vilkårene for omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-12 er strenge og gir rettslig grunnlag for å kunne flytte barnet fra foreldrehjemmet dersom barnet ikke får en minstestandard av omsorg.

Det er fylkesnemnda som treffer vedtak om omsorgsovertakelse, jf. bvl. § 4-12 siste ledd. Vedtaket kan prøves for domstolene med hjemmel i tvml. § 482. Domstolen kan prøve alle sider av saken. Etter at saken har gått gjennom vanlig saksgang for domstolene i nasjonalt rettssystem kan saken på visse vilkår klages inn for EMD. Det redegjøres ikke nærmere for disse vilkårene i denne oppgaven.

1.5 Rettskilder

Rettskildene for denne oppgaven er konvensjoner, praksis fra EMD, lover, forarbeider, etterarbeider, høyesterettspraksis og juridisk teori.

En sentral konvensjon som ligger til grunn for dette arbeidet er Den Europeiske Menneskerettskonvensjonen av 4. november 1950, EMK. Den gjelder vernet av sentrale rettigheter som vern av liv, vern av personlig integritet og vern av den enkeltes private frihet. Vernet er grunnlovfestet i Grl. § 110 c.

En annen rettskilde er FNs konvensjon om barns rettigheter av 20. november 1989, BK. Konvensjonen er en internasjonal avtale som gir alle barn et særlig menneskerettsvern ved at den skal fremme barns sosiale, sivile og kulturelle rettigheter. Den fikk status som norsk lov i 2003, men den ble ratifisert allerede i 1991 og ble fra da av presumert å stemme overens med norsk lovgivning.

Videre er menneskerettsloven av 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett, mnskr1, en viktig kilde. Lovens § 2 forplikter Norge til å etterleve EMK og BK, og ved motstrid mellom konvensjonene og norsk rett går konvensjonene foran, jf. mnskr1. § 3. I EMK § 1 heter det at lovens formål er å ”styrke menneskerettighetenes stilling i norsk rett”.

Sentrale lover anvendt i denne oppgaven er Lov om barn og foreldre av 8. april 1981 nr.7, bl., og Lov om barneverntjenesten av 17. juli 1992 nr. 100, bvl.

Bl. regulerer forholdet mellom barn og foreldre og særlig barnets rettigheter i forhold til foreldrene. Bvl. regulerer forholdet mellom barn, foreldre og barnevernet når barnet lever i en mulig omsorgssviktsituasjon.

Dessuten nevnes Almindelig borgerlig Straffelov av 21. mai nr.10 1902, strl., Lov om rettergangsmåter for tvistemål av 13. august 1915 nr. 6, tvml., Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker av 10. februar 1967, fvl., Lov om adopsjon av 28. februar 1986 nr. 8, adopsjl., Lov om sosiale tjenester m.v. av 13. desember 1991 nr. 81, sotjl.

Dernest anvendes bl.s forarbeider NOU 1977:35 Lov om barn og foreldre, Ot. prp. nr. 62 (1979-80) Om lov om barn og foreldre (barneloven), Inst. O. nr. 30 (1980-81) Om lov om barn og foreldre (barnelova), Ot. prp. nr. 8 (1986-87) Om endring i barneloven § 30 (vold og annen mishandling av barn).

En annen kilde er forarbeidene til bvl., jf. NOU 1985: 18 Lov om sosiale tjenester m.v., hvor regjeringen Nordli opprettet Sosiallovutvalget som fikk i oppdrag å utarbeide et forslag til ny og samlet sosialtjenestelov. Forslaget ble senere trukket tilbake av regjeringen Syse. Ot. prp. nr. 44 (1991-92) Om lov om barneverntjenester (barnevernloven), senere kalt proposisjonen, gjaldt forslag til ny barnevernslov fra regjeringen Brundtland. Arbeidet resulterte i dagens barnevernslov. Videre utarbeidet forbruker og administrasjonskomiteen i Inst. O. nr. 80 (1991-92) Om lov om barneverntjenester et forslag til ny barnevernlov. I oppgaven blir arbeidet referert til som Stortingskomiteen. Av andre kilder nevnes etterarbeidet i NOU 2000:12 Barnevernet i Norge (Befring- utvalget).

Når det gjelder rettspraksis anvendes dommer fra Den europeiske menneskerettsdomstol, heretter EMD, praksis fra Høyesterett og en dom fra lavere rettsinstans.

I oppgaven henvises det ved direkte avskrift til fotnote, ellers vises det til bakgrunnsmateriale i litteraturlisten.

1.6 Plan for fremstillingen

I denne oppgaven gis først en kort utgreiing om ulike begreper som skal ivareta barns og foreldrenes rettssikkerhet. Prinsippene som nevnes er legalitetsprinsippet, det mildeste inngreps prinsipp, prinsippet om barnets beste, det biologiske prinsipp og brukermedvirkning. De to første prinsippene er sentrale i generell gjeldende rett, de to neste er særskilte barnrettslige prinsipper og det siste er et samfunnsvitenskaplig prinsipp sett i juridisk perspektiv.

Videre greies ut om barns rett til omsorg i henholdsvis EMK art. 8 nr. 1 om retten til familieliv, BK art 3 nr. 2 og art. 7 nr. 1 om barnets rett til omsorg og bl. § 30 om foreldreansvaret.

Deretter gjøres det rede for begrepet omsorgsovertakelse etter EMK art. 8 nr. 2, BK art. 9 og bvl. § 4-12. Hovedvekten for fremstillingen legges som nevnt tidligere på sistnevnte bestemmelse.

Derneft behandles bvl.s forhold til omsorgsovertakelse etter EMK og BK, og så drøftes den rettslige betydning av det mildeste inngreps prinsipp, barnets beste prinsipp og det biologiske prinsipp opp mot omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-12. Så stilles det spørsmålstejn ved om brukermedvirkning er reelt etter bvl. § 4-12.

Til slutt trekkes linjene for barns rett til omsorg og grensene for når vedtak om omsorgsovertakelse kan treffes.

2 ULIKE PRINSIPPER SOM IVARETAR BARNES RETTSSIKKERHET

2.1 Legalitetsprinsippet

Ifølge den tradisjonelle lære innebærer legalitetsprinsippet at inngrep fra myndighetene i borgernes rettssfære krever hjemmel i lov. Litt forenklet kan legalitetsprinsippet sies å bestå i at det stilles visse krav til at stat eller kommune må ha et rettslig grunnlag for å kunne gripe inn i private forhold.

Nyere lære tar utgangspunkt i at alle bindende beslutninger forvaltningen treffer trenger en eller annen form for kompetanse.² Det avgrenses til den tradisjonelle formulering av legalitetsprinsippet i denne oppgaven.

Legalitetsprinsippets rettslige grunnlag er konstitusjonell sedvanerett. Prinsippet har blitt befestet gjennom fast og langvarig praksis og bekreftet i dommer fra Høyesterett. Det har trinnhøyde av Grl.s rang, og kan ikke beskjæres uten Grl.s form. Dette som en følge av lex-superior prinsippet som går ut på at regel av høyere rang går foran regel av lavere rang ved motstrid.

Hovedbegrunnelsen for legalitetsprinsippet er å hindre maktmisbruk fra myndighetenes side ved å ivareta borgerens rettssikkerhet og hindre overgrep.

2.2 Det mildeste inngreps prinsipp

Med det mildeste inngreps prinsipp menes at barnevernet ikke skal sette i verk strengere tiltak enn nødvendig for å oppnå formålet med inngrepet.³ Tiltakene graderes i fem trinn etter alvorlighetsgrad og inngrepets karakter. Det mildeste inngrepet er hjelpetiltak i hjemmet med samtykke, så hjelpetiltak i hjemmet ved tvang, deretter frivillig eller tvungen omsorg i fosterhjem eller institusjon og til slutt tvangsadopsjon. Dersom barnevernet kan trygge barnets omsorgssituasjon ved et mildere tiltak har det ikke hjemmel til å treffe et strengere tiltak.

Prinsippet kommer til uttrykk gjennom nødvendighetskriteriet i EMK artikkel 8 nr. 2, og bvl. § 4-12 2. ledd 1. pkt.

² Torstein Eckhoff innførte begrepet.

³ Lindeboe (2003) s. 22

Hovedbegrunnelsen er hensynet til barn/foreldre og for å unngå vilkårlig og unødvendig inngripen i familielivet.

2.3 Barnets beste prinsipp

Prinsippet om barnets beste går ut på at det er barnets interesser som skal settes i sentrum ved en vurdering av hvilke tiltak som skal treffes i den aktuelle omsorgssituasjon.

Rettslig grunnlag er BK art. 3 og faneparagrafen i bvl. § 4-1.

Etter BK art. 3 skal hensynet til barnets beste være et grunnleggende hensyn i alle vedtak som direkte berører barn. Hensikten med å inkorporere BK i norsk rett ved menneskerettighetene var å synliggjøre og styrke barns rettigheter. Prinsippet ble tatt inn i bvl. av 1953 § 17, og ble et kriterium når barnevernsnemnda skulle velge mellom ulike tiltak. Bvl. § 4-1 er i samsvar med tidligere bvl. § 17.

Også i forarbeidene til bvl. av 1992 sies det at barnets beste prinsipp skal være

”en rettesnor for vurdering av tiltak.”⁴

Det er ved valg om tiltak skal iverksettes og eventuelt hvilke tiltak som skal iverksettes at det skal legges vekt på hva som er til barnets beste. Poenget er at det ikke skal iverksettes tiltak etter bvl. § 4-1 dersom dette ikke er til barnets beste.

Begrunnelsen for prinsippet er hensynet til barnet og dets interesser og ønsket om å sikre barnet en stabil og god oppvekst. Prinsippet går som en rød tråd gjennom bvl., og er nært knyttet opp mot lovens formål.

Prinsippet kan anvendes som et hensyn eller mer generelt som et prinsipp. Det er først og fremst barnets beste som prinsipp som vil bli drøftet i denne oppgaven.

⁴ Ot. prp. nr. 44 (1991-92) s. 28

2.4 Det biologiske prinsipp

I norsk rett er utgangspunktet at barn vokser opp i den familie de er født inn i. Det biologiske prinsipp forstås gjerne nettopp som at barn bør bo og vokse opp hos sine biologiske foreldre.

Kilden for det biologiske prinsipp er lovforarbeider.⁵ I forarbeidene nevnes ikke det biologiske prinsipp direkte ved navns nevning, men det understrekes både i lovforarbeidene til barnevernsloven av 1953 og 1992 ved viktigheten av at barn vokser opp hos sine biologiske foreldre. Også i EMK og BK understrekes viktigheten av det biologiske prinsipp i henholdsvis EMK art. 8 nr. 1 og i BK art. 9 nr. 1.

Hovedbegrunnelsen bak det biologiske prinsipp er barnets rett til omsorg og samkvem med sine biologiske foreldre. Bakgrunnen er de sterke følelsesmessige båndene mellom barn og foreldre.

2.5 Brukermedvirkning

Jeg velger å ta brukermedvirkning med i denne oppgaven fordi prinsippet er aktuelt. Med brukermedvirkning forstår jeg her at brukeren, det vil si barn og foreldre, av barnevernets tjenester skal være aktivt deltakende, ikke passive tilskuere, og ha innflytelse i hele avgjørelsesprosessen ved et eventuelt vedtak om omsorgsovertakelse. Det presiseres at brukeren ikke har beslutnings myndighet.

Det skilles mellom individuell og kollektiv brukermedvirkning. Individuell brukermedvirkning betyr at brukeren gis muligheten til å påvirke egen sak, mens med kollektiv brukermedvirkning menes at brukeren skal kunne påvirke utformingen av barnevernets tjenester generelt.⁶

Barn og foreldres medvirkning er hjemlet i ulike lovbestemmelser. Prinsippet om foreldrenes rett til medvirkning har ikke en egen klar hjemmel i bvl., men kommer til uttrykk gjennom forvaltningens veilednings- og informasjonsplikt ovenfor brukeren etter bvl. §§ 4-1 og 6-4 og kravet om kontradiksjon etter fvl. §§ 16 og 17.

⁵ NOU 1985:18 s. 157, Ot. prp. nr. 44 (1991-92) s. 41

⁶ Seim, Slettebø (2007) s. 35-36

Videre kommer det til syne i EMK art. 8 nr. 2 ved vilkåret om at tiltak må være ”nødvendig i et demokratisk samfunn”, og gjennom EMD sin praksis. Listen er ikke uttømmende. Prinsippet om barns krav på brukermedvirkning er klart hjemlet i BK art. 12 og bvl. § 6-3. Barnevernet plikter å legge forholdene til rette for foreldrenes og barnets rett til brukermedvirkning etter bvl. § 4-16.

Poenget med brukermedvirkning er blant annet å se saken fra et brukerståsted.

Begrunnelsen for barns brukermedvirkning har blant annet vokst frem som et resultat av at synet på barn og barns rettigheter har endret seg. Dessuten ser man behovet for at foreldrene skal ha innflytelse i saksbehandlingsprosessen.

3 BARNES RETT TIL OMSORG

Hovedregelen går ut på at både foreldre og barn har rett til at familielivet blir vernet om, foreldrene har en plikt til å gi barnet sitt omsorg og at barnet har en rett til å få omsorg. Barnets/foreldrenes rettigheter og plikter har ulike rettslige grunnlag.

Retten til familieliv hjemles i EMK art. 8 nr. 1, barnets rett til omsorg og beskyttelse hjemles i BK art. 7 nr. 1 og art. 3 nr. 2, og foreldreansvaret hjemles i bl. § 30.

3.1 Menneskerettskonvensjonen

EMK hjemler ikke en uttrykkelig rett for barnet til omsorg, men derimot hjemler den i EMK art. 8 nr. 1 hovedregelen om retten til familieliv.

I bestemmelsen fremgår det at

”Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse.”

Utgangspunktet er at alle har rett til familieliv uten innblanding fra andre. Begrepet familieliv omfatter, foruten forholdet mellom ektefeller, forholdet mellom foreldre og barn. Tanken bak bestemmelsen er nettopp å beskytte forholdet mellom barn og foreldre, og derigjennom verne familien mot vilkårlig inngrep fra barnevernets side. Bestemmelsen beskytter til en viss grad familien som enhet og deres selvbestemmelsesrett, og gir derigjennom uttrykk for det biologiske prinsipp.

3.2 Barnekonvensjonen

Barnekonvensjonen hjemler en mer uttrykkelig rett for barnet til omsorg og beskyttelse.

I BK art. 7 nr. 1 gis barnet blant annet rett til omsorg fra sine foreldre.

I bestemmelsen heter det at

”Barnet skal registreres umiddelbart etter fødselen og skal fra fødselen ha rett til et navn, rett til å erverve et statsborgerskap, og så langt det er mulig, rett til å kjenne sine foreldre og få omsorg fra dem.”

Hovedregelen er at barnet har rett til omsorg. Utgangspunktet er at det er foreldrene som skal gi denne omsorgen. Imidlertid begrenses retten til omsorg av at omsorgen skal gis så langt det lar seg gjøre.

I BK art. 3 nr. 2 forplikter partene seg til å sikre alle barn rett til beskyttelse og omsorg slik at barnet trives.

Bestemmelsen angir at

”Partene påtar seg å sikre barnet den beskyttelse og omsorg som er nødvendig for barnets trivsel, idet det tas hensyn til rettighetene og forpliktelsene til barnets foreldre, verger eller andre enkeltpersoner som har det juridiske ansvaret for ham eller henne, og skal treffe alle egnede, lovgivningsmessige og administrative tiltak for dette formål.”

Partene påtar seg en omsorgsplikt for barnet og er derved ansvarlig for at barnet får god nok omsorg. Artikkelen er mer generell i sin form ved anvendelse av begrepet ”partene.”

Bestemmelsen begrenser barnets rett etter art. 3 nr. 1. I BK art. 3 nr. 1 at fremgår det at hensynet til barnets beste er det overordnede prinsipp i EMK.

Det heter at

”1. Ved alle handlinger som berører barn, enten de foretas av offentlige eller private velferdsorganisasjoner, domstoler, administrative myndigheter eller lovgivende organer, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.”

Bestemmelsen slår fast at hva som er barnets beste skal ligge til grunn for alle avgjørelser som gjelder barnet. Konvensjonen uttaler seg ikke om hva som ligger i begrepet barnets beste. Lovanvender må foreta en skjønnsmessig vurdering av hva som er til barnets beste.

I boken Article 3 The Best Interests Of the Child av Michael Freeman, definerer John Eekelaar barnets beste som

“Basic interests, for example to physical, emotional and intellectual care developmental interests, to enter adulthood as far as possible without disadvantage; autonomy interests, especially the freedom to choose a lifestyle of their own.”

Videre uttaler han at

“It would be logically possible to have framed the Convention on the rights of the child as a list of duties owed by adults to the children. But that would have revealed a negative, suspicious, view of human nature; it would have seen people as servile, responding best to restraint and control.”⁷

3.3 Barneloven

3.3.1 Historikk

Reglene om forholdet mellom barn og foreldre var tidligere spredt i ulike lover; barneloven av 1956 jf. lov av 21. desember 1956 om born i ekteskap (nr. 9) og om born utanom ekteskap (nr. 10), og noen mindre lover jf. lov av 19. juni 1931 nr. 3 om inndrivning av underholdningsbidrag fastsatt i fremmed stat, lov av 21. desember 1956 om gransking av arvemerke til bruk i barnefarsak og lov av 20. desember 1974 nr. 66 om indeksregulering av underholdsbidrag.

Lovene ble avløst av Lov av 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre. Innholdet i foreldreansvaret kom lite frem i barnelovene før 1981.

⁷ Freeman (2007) s. 27, jf. The Importance of Thinking That Children Have Rights (1992) 6 International Journal of Law and the Family s. 230-231.

Etter eldre rett var foreldrenes rettigheter ovenfor barnet omfattende, og barnet ble sett på som foreldrenes eiendom, uten selvstendige rettigheter. Det ble fokusert på foreldremyndighet, foreldrenes rett til å bestemme over barna, og ikke deres ansvar som foreldre. Foreldrene hadde også en mild straffefri legemlig refselsesrett ovenfor barnet. Legemlig avstraffelse ble først forbudt i 1987.⁸

Hovedmålsetning bak barnelovene av 1915, 1956 og 1981 var å jevne ut ulikhetene mellom barn født i og utenfor ekteskap, men etter hvert ble også barnets rettigheter som selvstendig individ styrket.

3.3.2 Lovens målsetning

Loven regulerer de interne familierettslige forhold mellom barn og foreldre.

I forarbeidene til bl. av 1981 ønsket lovgiver å styrke barnets rettsstilling som selvstendige individer ovenfor foreldrene, og å understreke foreldrenes ansvar som omsorgspersoner.⁹

Bl. av 1981 fokuserer i større grad på barnets rettigheter i forhold til foreldrene, mens de gamle lovene bar preg av å sette fokus på foreldrenes rettigheter som foreldre ovenfor barnet. Ved den nye bl. ønsket lovgiver å endre på dette ved å sette fokus på foreldrenes plikter ovenfor barnet, og komme bort fra ordet foreldremyndighet.

Loggiver ønsket ikke å

”bidra til å bevare visse verdiforestillinger som hører fortiden til.”¹⁰

Den nye loven erkjenner barnet som rettssubjekter. Videre søker den å oppnå likestilling og jevnbyrdighet mellom foreldrene ovenfor barnet. Dessuten skulle loven være enkel og lett forståelig for folk flest, og den skulle ha en oppklarende funksjon i forhold til hva som er gjeldene rett.¹¹ Et annet av målene med bl. er å sørge for at barn født utenfor ekteskap er likestilt med barn født i ekteskap. Det avgrenses mot å gå inn på dette her.

⁸ Smith, Lødrup (2006) s. 97

⁹ Ot. prp. nr. 62 (1979/80) s. 5, Innst. O. nr. 30 (1980/81) s. 4

¹⁰ NOU 1977:35 s. 46

¹¹ Backer, Lorange Inge (1982) s. 4-6.

3.3.3 Foreldreansvaret etter bvl. § 30

Hovedbestemmelsen som hjemler barns rett til omsorg er bl. § 30 om foreldreansvaret.

Lovens ordlyd er at

”Barnet har krav på omsut og omtanke frå dei som har foreldreansvaret. Dei har rett og plikt til å ta avgjerder for barnet i personlige tilhøve innanfor dei grensene som §§ 31 til 33 set. Foreldreansvaret skal utøvast ut frå barnet sine interesser og behov. Dei som har foreldreansvaret er skyldige til å gje barnet forsvarleg oppseding og forsyting. Dei skal syte for at barnet får utdanning etter evne og givnad. Om retten til å ta avgjerd for barnet i økonomiske tilhøve gjeld reglane i verjemålsloven 22. april 1927 nr. 3.”

Bestemmelsen sier noe om hvordan omsorgen ideelt skal være.

Foreldreansvaret innebærer blant annet at foreldrene har plikt til å gi barnet sitt omsorg og barnet har rett til å få omsorg fra sitt opphav. De er barnas primære omsorgskilde. Foreldrene har dessuten rett til å bestemme over barnet i personlige forhold med mer, med unntak av områder hvor barnet har bestemmelsesrett.

Innholdet i foreldreansvaret er todelt, bestående av en omsorgsplikt og en forsørgelsesplikt. Omsorgsplikten består i at foreldrene har plikt til å dekke barnets fysiske og psykologiske behov, jf. bl. § 30 1.ledd, det vil si barnets ikke-økonomiske behov.

Den fysiske siden består blant annet i at foreldrene plikter å skaffe barnet tak over hodet. Foreldrene er ansvarlig for å gi barnet stell. Det kan være i form av å handle inn mat, lage mat og om nødvendig gi barnet mat. Foreldrene skal videre sørge for at barnet har klær, og også rene klær. Dessuten er det foreldrenes oppgave å sørge for at barnet har tilgang til helsetilbud og muligheten til å gå på skole.

Den psykologiske siden består i å gi barnet kjærlighet i form av å bry seg om, vise varme, omtanke og se og høre barnet. Den innebærer også at foreldrene skal skape gode og trygge omgivelser for barnet, og gi barnet rom for lek.

Omsorgen skal gis i tråd med barnets interesser og behov, og det betyr at omsorgen derigjennom kan variere fra et barn til et annet og i ulike faser i oppveksten.

Jo yngre barnet er desto mer omsorg trenger det. Etter hvert som barnet vokser til overtar andre personer og institusjoner, som for eksempel øvrig familie, barnehage, skole, og skolefritidsordning, noe av foreldrenes omsorgsrolle.

Foreldrene har også forsørgelsesplikt ovenfor barnet. Forsørgelsesplikten betyr at foreldrene er forpliktet til å dekke barnets økonomiske behov, jf. bl. § 30 2. ledd. Det avgrenses mot forsørgelsesplikten i denne oppgaven.

Når der gjelder hvem som har foreldreansvaret er hovedregelen er at ansvaret er felles dersom foreldrene er gift eller har vært gift, jf. bl. § 34 1. ledd. Etter 1.1.06 fikk også samboende automatisk felles foreldreansvar, jf. bl. § 34 2. ledd jf. § 39.

Mor har foreldreansvaret alene dersom hun ikke har vært gift eller samboende med barnets far, jf. bl. § 35. Men foreldrene kan avtale seg i mellom at de skal ha foreldreansvaret i fellesskap eller at far skal ha foreldreansvaret alene, jf. bl. § 64.

Foreldre som ønsker å gjøre avtale om foreldreansvaret sender melding til folkeregisteret for at avtalen skal være gyldig. Dersom den ene parten dør og foreldrene hadde foreldreansvaret sammen overtar gjenlevende foreldreansvaret og har det alene. I særlige tilfelle må retten fastsette hvem som skal ha foreldreansvaret, jf. bl. § 38. Det legges særlig vekt på hva som er det beste for barnet, jf. bl. § 48.

Barneverntjenesten overtar ansvaret for barn dersom begge foreldrene dør og ingen andre, som for eksempel familie, ikke reiser sak og gjør krav på omsorgen for barnet, jf. bl. § 63. Adoptivforeldre overtar foreldreansvaret ved adopsjon, jf. adopsjl. § 13 1. ledd.

Dersom barnet ikke gis en minstestandard av omsorg fra foreldrene kan barnevernet gripe inn. Fosterforeldre eller barnevernsinstitusjon overtar ikke automatisk foreldreansvaret ved en eventuell omsorgsovertakelse, men som jeg kommer tilbake til senere griper omsorgsovertakelsen sterkt inn i foreldreansvaret.

Foreldreansvaret opphører ved at barnet fyller 18 år.¹²

¹² Ot. prp. nr. 62 (1979-80) s. 5

4 OMSORGSOVERTAKELSE

Dersom foreldrene ikke ivaretar foreldreansvaret og barnet ikke får god nok omsorg åpner EMK art. 8 nr. 2, BK art. 9 nr. 1 og bvl. § 4-12 for at det kan gjøres inngripen i hjemmet. Barnevernet kan gripe inn med ulike tiltak i eller utenfor hjemmet for å sikre at barnets omsorgssituasjon blir tilfredsstillende og god nok. I denne oppgaven fokuseres det som sagt på vedtak om omsorgsovertakelse etter § 4-12.

Foreldrene kan også bli gjort strafferettslig ansvarlig dersom omsorgsplikten forsømmes, jf. strl. §§ 218 og 219. Videre kan foreldrene bli gjort strafferettslig ansvarlig på grunn av vold mot barna. Eksempler på dette kan være legemsfornærmelse og legemsbeskadigelse, jf. strl. §§ 228 og 229, eller ved seksuelt misbruk av barnet, jf. strl. §§ 195 og 197. Det presiseres at listen ikke er uttømmende.

4.1 Menneskerettskonvensjonen

Det fremgår av EMK art. 8 nr. 2 at

”Det skal ikke skje noe inngrep av offentlig myndighet i utøvelsen av denne rettighet unntatt når dette er i samsvar med loven og er nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet, offentlig trygghet eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter eller friheter.”

EMK art. 8 nr. 2 hjemler en unntaksregel fra nr. 1, og gir barnevernet en mulighet til å kunne gripe inn i retten til familieliv på visse vilkår. Kravet er at vilkårene i 2. ledd må være oppfylt. Tiltaket må ha hjemmel i lov, oppfylle visse legitime formål og være nødvendig etter bvl.

Det første vilkåret krever at inngrepet må ha hjemmel i lov, og på den måten henviser ordlyden direkte til legalitetsprinsippet.

I oppgaven er det på det rene at hensynet til legalitetsprinsippet er ivaretatt ved at barnevernet ved fylkesnemnda har hjemmel til å fatte vedtak om omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-12. På dette området i barnevernsretten er legalitetsprinsippet sentralt.

Det andre vilkåret henviser til å beskytte helse/moral og/eller rettigheter/friheter. Beskyttelse av barnets interesser faller inn under dette vilkåret.

Det siste vilkåret dreier seg om at tiltaket må være ”nødvendig i et demokratisk samfunn”. Det innebærer at det må gjøres en nødvendighetsvurdering. Inngripen i familielivet kan være nødvendig av hensyn til det enkelte familiemedlems rettigheter. Et eksempel kan være at barnets rett til omsorg veier tyngre enn retten til familieliv. Hvis barnet ikke får god nok omsorg i hjemmet, så kan offentlige myndigheter gjøre inngripen i familielivet. Dette siste punktet er ofte avgjørende ved omsorgsovertakelse.

EMK art. 8 nr. 2 begrenser barnevernets bruk av inngrep ovenfor borgeren.

4.2 Barnekonvensjonen

BK art. 9 nr. 1 hjemler en tilsvarende bestemmelse som EMK art. 8 nr. 2.

I bestemmelsens heter det at

”1. Partene skal sikre at barnet ikke blir skilt fra sine foreldre mot deres vilje, unntatt når kompetente myndigheter, som er underlagt rettslig prøving, i samsvar med gjeldende lover og saksbehandlingsregler, beslutter at slik atskillelse er nødvendig av hensyn til barnets beste. Slike beslutninger kan være nødvendig i særlige tilfeller som for eksempel ved foreldrenes mishandling eller vanskjøtsel av barnet, eller dersom foreldrene lever atskilt og det må treffes en avgjørelse hvor barnet skal bo.”

Det er et vilkår at kompetente myndigheter er beslutningsorgan. Med kompetente myndigheter menes for Norges del fylkesnemndene eller domstolene. Dessuten setter bestemmelsen visse krav til rettsanvendelsen og saksbehandlingsprosessen. Videre gir bestemmelsen uttrykk for det biologiske prinsipp ved at den angir at barnet bare unntaksvis og på visse vilkår kan tas fra foreldrene.

Vilkåret er at det må være til barnets beste, jf. BK art. 3. Hvis borttaking av barnet fra foreldrene kan begrunnes i at det er til barnets beste, så kan bestemmelsen gi hjemmel for omsorgsovertakelse. Hensynet til barnets beste veier tyngre enn hensynet til at barn og foreldre ikke skal skilles.

BK art.19 nr. 2 sier at

”1. Partene skal treffe alle egnede lovgivningsmessige, administrative, sosiale og opplæringsmessige tiltak for å beskytte barnet mot alle former for fysisk eller psykisk vold, skade, vanskjøtsel eller forsømmelig behandling, mishandling eller utnyttning, herunder seksuelt misbruk, mens en eller begge foreldre, verge(r) eller eventuell annen person har omsorgen for barnet.”

Artikkelen omfatter ulike former for omsorgsviktsituasjoner, fra foreldre eller andre, barnet skal vernes mot. Eksempler på slike omsorgsviktsituasjoner er fysisk eller psykisk mishandling og seksuelle overgrep. Det er barnevernet som er gitt et særlig ansvar for å innfri denne omsorgsplikten med hjemmel i bvl.

4.3 Barnevernloven

4.3.1 Historikk

I vikingtiden, og delvis i tidlig middelalder, var det alminnelig å fostre opp andres barn. Bortsettingen av barnet var ofte politisk motivert for å holde seg inne med en politisk venn eller fiende og sjelden til barnets beste.

Ved vedtakelsen av lov av 6. juni 1896 om Behandling af forsømte Børn ble Norge et foregangsland når det gjaldt å lovregulere barns rettigheter, og det første landet som hjemlet omsorgsovertakelse. Etter loven var bortsetting av barn et vanlig tiltak. Loven ble senere kalt vergerådssloven, og ble i 1953 erstattet av barnevernsloven. Bvl. skilte seg blant annet fra den gamle loven ved at bortsetting av barn ble en nødutvei. Lovens §§ 16 og 19 gjaldt omsorgsovertakelse, og bestemmelsenes innhold ble prinsipielt det samme i ny barnevernslov av 1992.

Dette bekreftes i Rt. 1996/1203 hvor Høyesterett uttaler at

”Rettstilstanden vedrørende omsorgsovertakelse og opphevelse av omsorg ble ikke endret i realiteten da barnevernloven av 1992 erstattet barnevernloven av 1953.”

Det betyr at tidligere rettspraksis etter 1953-loven er relevant. Både i lovforarbeider og høyesterettspraksis understrekes det at omsorgsovertakelse bør være siste utvei.

Stortingskomitéen uttaler at

”Hjelp skal primært gis i hjemmet, og plassering skal være siste alternativ.”¹³

Høyesterett gir sin tilslutning til forarbeidene i Rt. 1982/764 (s.770) ved at det gis uttrykk for

”at en bare i nødsfall bør skille barn fra foreldrehjemmet.”

Dette innebærer at hvis omsorgssituasjonen i hjemmet er mangelfull, så skal mangelen søkes utbedret ved tiltak i hjemmet.

4.3.2 Lovens anvendelsesområde

Barnevernloven omfatter alle som rent geografisk oppholder seg i riket, jf. bvl. § 1-2. Med ”oppholder seg i riket” har lovgiver i utgangspunktet ment alle som har fast bostedsadresse i Norge. Men også andre individer kan omfattes av ordlyden. Det blir for omfattende å gå nærmere inn på dette her.

Aldersmessig gjelder den alle barn som ikke har fylt 18 år, jf. bvl. § 1-3 1. ledd. Barn er altså en fellesbetegnelse på alle personer mellom 0 og 18 år. Den gjelder ikke for ufødte barn.¹⁴

¹³ Innst. O. nr. 80 (1991-92) s. 15

¹⁴ Lindeboe (2003) s. 38

I forarbeidene heter det at

”Departementet mener imidlertid at en sak vanskelig kan defineres som en barnevernssak med de tvangsbeføyelser dette gir mulighet til for et barn som ikke er født.”¹⁵

Unntaket er ved samtykke fra mor, jf. Sosialtjl. § 6-2 a. Formålet er å beskytte det ufødte liv, når mor for eksempel er gravid og rusmisbruker.

4.3.3 Statistikk

I følge tall fra Statistisk Sentralbyrå øker antall saker for barnevernet. I 2006 startet barnevernet 23 500 undersøkelser på bakgrunn av bekymringsmeldinger. Hele 19 % av meldingene kommer fra barnets foreldre. Derest stod politi, barneverntjeneste og skole for 11 % av meldingene hver seg. Barnevernsvakt, helsestasjon, lege m.fl. meldte i litt mindre grad fra om bekymring for barnet. Barnet selv meldte kun i 2 % av tilfellene fra til barnevernet.

På landsbasis var i alt 39 200 barn på tiltak fra barnevernet i 2005. Antallet barn på tiltak økte med ca. 1600 fra 2004, det vil si en økning på rundt 4,2 %.¹⁶

4.3.4 Vilkårene etter bvl. § 4-12

Bvl. § 4-12 1.ledd hjemler fire kumulative grunnvilkår, som alle handler om ulike former for omsorgssvikt fra foreldrenes side, som hver for seg kan være grunnlag for omsorgsovertakelse.

Fellestrekket ved vilkårene er at foreldrene ikke har oppfylt foreldreansvaret på en tilfredsstillende måte, men det at ett av disse fire skjønnspregede grunnvilkårene er oppfylt er i seg selv ikke nok for å hjemle omsorgsovertakelse. Forarbeidene understreker at vilkårene er ment å være skjønnsmessige.¹⁷

¹⁵ NOU 1985:18 s.160, Ot. prp. nr. 44 (1991-92) s. 30

¹⁶ www.ssb.no

¹⁷ Ot. prp. nr. 44 (1991-92) s. 41

Bestemmelsens 2. ledd hjemler tilleggsvilkår om at vedtak om omsorgsovertakelse må være nødvendig og til barnets beste. Dette vilkåret er også skjønnspreget og har en korrigerende funksjon i forhold til 1. ledd.

4.3.4.1 Alvorlig omsorgssvikt, 1. ledd bokstav a:

Lovens ordlyd er som følger

”Vedtak om å overta omsorgen for et barn kan treffes

a) dersom det er alvorlige mangler ved den daglige omsorg som barnet får, eller alvorlige mangler i forhold til den personlige kontakt og trygghet som den trenger etter sin alder og utvikling, ... ”

Omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-12 1. ledd bokstav a kjennetegnes av at det foreligger en generell og alvorlig omsorgssvikt fra foreldrenes side ovenfor barnet. Omsorgssvikten kan fremkomme ved at foreldrene ikke gir eller gir barnet en mangelfull omsorg i dagliglivet og/eller at barnet mangler personlig kontakt eller trygghet i forholdet med foreldrene. Vilkaåret må sees i sammenheng med barnets alder og utvikling, og det betyr at barnets behov for omsorg, kontakt og trygghet kan variere med hensyn til hvor gammelt og modent barnet er. Det er ikke nok at det foreligger en omsorgssvikt, det må noe mer til, den mangelfulle omsorgen, kontakten og tryggheten må i tillegg være alvorlig. Alvorlige mangler sier noe om den svikt i omsorgen det må være snakk om.

Med alvorlige mangler fremholder forarbeidene at

”Det er forutsatt at situasjonen må være forholdsvis klart uholdbar - ikke ethvert avvik fra det man kan kalle vanlige normer eller situasjoner skal gjøre det berettiget å treffe vedtak om ansvarsovertakelse.”¹⁸

¹⁸ Ot. prp. nr. 44 (1991-92) s. 110.

Kriteriet om alvorlige mangler viser at det skal mye til for at fylkesnemnda treffer vedtak om omsorgsovertakelse. Ved vurderingen av om barnevernet kan overta omsorgen for barnet er det en nåtidsvurdering av barnets aktuelle omsorgssituasjon som skal legges til grunn. Med aktuell omsorgssituasjon menes at det ikke må ha fremkommet skader hos barnet ennå, men det er nok at barnevernet ser/observerer at barnet ikke får god nok omsorg fra foreldrene.

Alvorlige mangler ved den daglige omsorgen

Med alvorlige mangler ved den daglige omsorgen menes det at den omsorgen barnet får til vanlig hverken fysisk/materielt er god nok. Forarbeidene utdyper ikke nærmere hva som ligger i mangler ved den daglige omsorgen, men det kan vel antas at barnelovens omhandling av begrepet må kunne benyttes. Eksempler på alvorlige mangler ved den daglige omsorgen etter bl. kan være at barnet ikke får mat, mangler klær og/eller rene klær, at barnets personlige hygiene ikke blir ivaretatt, foreldrene sørger ikke for at barnet har et sted å bo, at barnets helse eller skole situasjon ikke blir godt ivaretatt.¹⁹

Alvorlige mangler i den personlige kontakt/trygghet

Ved alvorlige mangler i den personlige kontakt eller trygghet tenker en på at barnet ikke får den psykiske/følelsesmessige omsorg som det har behov for. Bestemmelsen gjelder det følelsesmessige forholdet mellom barn og foreldre, og et krav til stabilitet.

Forarbeidene utdyper nærmere hva som ligger i ”personlig kontakt eller trygghet”.

Det kan være at barnet ikke blir sett eller hørt, blir følelsesmessig avvist og mangler stimuli fra foreldrene, kjenner på utrygg familiesituasjon på grunn av at foreldrene er psykisk syke eller utøver fysisk vold i hjemmet.²⁰ Bestemmelsen er ikke ment å skulle dekke fysisk vold som direkte er rettet mot barnet. Denne type vold hjemles i bokstav c.

¹⁹ Ofstad, Skar (2004) s. 112

²⁰ Ot. prp. nr. 44 (1991-92) s. 110, Innst. O. nr. 80 (1991-92) s. 21

Begrepene personlig kontakt og trygghet betegner ofte det samme forhold, og det kan være vanskelig å si eksakt når det ene begynner og det andre slutter. Forarbeidene fremholder at en ikke skal legge for stor vekt på å skille mellom begrepene.²¹

Omsorgssvikt på dette området kjennetegnes ved at den er av ikke økonomisk karakter. Beviskravet er strengt ved at det må være klart sannsynlig at det foreligger en alvorlig omsorgssvikt fra foreldrenes side enten i forhold til den daglige omsorgen eller når det gjelder foreldrenes personlige kontakt eller trygghet i forhold til barnet.

Årsakene til omsorgssvikt

Årsakene til at barnevernet gjør inngripen i familien på grunn av mangelfull omsorg, trygghet og kontakt kan være at barnet har blitt foreldreløst, at foreldrene er umodne eller at foreldrene sliter med store personlige problemer av ulik art. Fattigdom gir ikke hjemmel for omsorgsovertakelse.

Foreldreløse barn

Bestemmelsen er ment å dekke det tilfellet at barnet ikke har noen til å ta omsorg for seg, for eksempel dersom foreldrene dør. Også i forarbeidene understrekes det at bestemmelsen kan gjelde foreldreløse barn. Den omfatter ikke barn som har noen, for eksempel slektninger eller naboer, som gir dem tilfredsstillende omsorg etter foreldrenes død.²²

Hvis barnet derimot ikke har noen til å ta omsorg for seg, for eksempel fordi barnet er flyktning eller asylsøker, kan det treffes midlertidige tiltak etter bvl. § 4-6.

Umodne foreldre

Bestemmelsen er også ment å dekke det forhold at foreldrene er umodne eller tilbakestående²³ og ikke evner å møte barnets behov for omsorg, kontakt og trygghet.

En rekke dommer fra Høyesterett omhandler vedtak om omsorgsovertakelse på grunn av umodenhet hos foreldrene.

²¹ Ot. prp. nr. 44 (1991-92) s. 110

²² Ot. prp. nr. 44(1991-92) s. 43

²³ NOU 1985:18 s.158

Høyesterett legger særlig vekt på om den manglende omsorgen kan avhjelpest ved hjelpetiltak. Dersom omsorgssituasjonen ikke kan avhjelpest ved hjelpetiltak taler dette for omsorgsovertakelse.

I Rt. 2006/953 gjaldt saken prøving av vedtak om omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-12 bokstav a. Høyesterett finner at far ikke har de forutsetninger som trengs for å kunne gi sønnen den omsorg som er nødvendig, ei heller at fars manglende omsorgsevne kan avhjelpest ved hjelpetiltak. Høyesterett konkluderer etter dette med at vedtak om omsorgsvedtakelse ikke oppheves.

Rt. 1996/1203 gjelder vedtak om omsorgsovertakelse og spørsmål om tilbakeføring av en gutt som på vedtakstidspunktet var fem og et halvt år. De sakkyndige beskriver et hjem med manglende grensesetting, foreldre som fratrer foreldrerollen og overlater ansvar som normalt sett faller på foreldrene til barna. Høyesterett fant at situasjonen i familien, spesielt i forhold til far, kunne avhjelpest ved hjelpetiltak. Vedtak om omsorgsovertakelse ble opphevet med dissens (3-2).

Dommene viser at retten vektlegger om foreldrenes umodenhet kan avhjelpest ved hjelpetiltak. Dersom omsorgssituasjonen kan bli tilfredsstillende ved hjelpetiltak taler dette mot omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-12.

Foreldre med store problemer

Bestemmelsen kan også gjelde barn som har foreldre som har så store problemer at det medfører at barnet ikke får sine primære behov dekket.

Foreldrenes problemer kan være av personlig, psykisk eller rusrelaterte art. Felles for disse er at foreldrenes problemer overskygger barnets behov for omsorg, kontakt og trygghet.

Foreldre med personlige problemer

I Rt. 2002/875 prøves vedtak om omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-12 1. ledd bokstav a. I saken beskrives et forhold hvor mor og far er skilt og har store samarbeidsproblemer, og særlig mor har vanskeligheter med å forholde seg til fars samværsrett.

Mor truer med å ta livet både av seg selv og barnet dersom faren skal ha samvær med datteren. Dette har hun fortalt både til sin eksmann og til barnevernet.

I dommen uttalte Høyesterett at

”Barneverntjenesten ser alvorlighetsgraden i mors trusler om å drepe seg selv og barnet som så realistiske at vi ikke kan ta sjansen på å la barnet bo hjemme. Mor retter truslene mot far, men har ingen betenkeligheter med å fortelle barneverntjenesten at truslene er sanne og at hun mener hvert ord hun sier. Med en slik holdning til motgang kan dette lett overføres til motgang på andre områder.”

Retten la vekt på at foreldrenes problemer seg i mellom ville være en psykisk belastning for barnet. Høyesterett konkluderte etter dette med at vedtak om omsorgsovertakelse ble stående.

Foreldre med psykiske problemer

For det andre omfatter det foreldre med psykiske problemer²⁴ som ikke evner å ta vare på barna på en tilfredstillende måte.

I en dom, Rt. 1999/1883, finner ikke Høyesterett at vilkårene for å si at mor har mangelfull omsorgsevne etter bvl. § 4-12 bokstav a eller d er oppfylt. I sin avgjørelse har Høyesterett lagt vekt på at mor har gitt god nok omsorg til et yngre barn, at guttene ønsker å flytte hjem og at plassering i institusjon virker å være en dårlig løsning. Høyesterett vektlegger ikke at barnevernet har slitt med å samarbeide med mor. Høyesterett konkluderer med at vedtaket om å overta omsorgen for guttene må oppheves.

I en annen dom, Rt. 2002/327, finner Høyesterett at vedtak om omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-12 bokstav a opprettholdes. Saken gjaldt ei 3 og et halvt år gammel jente. Barnevernet mente at mor hadde manglende evne til å se barnets behov og sette egne behov tilside.

²⁴ Ot. prp. nr. 44 (1991-92) s.110

Høyesterett legger avgjørende vekt på at hensynet til barnet taler for at hun blir boende i fosterhjem, og begrunner dette blant annet med mors evnemessige og personlige problemer som gjør at hun ikke er i stand til å gi barnet den omsorg, kontakt og trygghet som er nødvendig på grunn av omsorgssvikt i hjemmet tidligere. Det legges ikke avgjørende vekt på at mor, sammen med barnets far, klarer å gi god nok omsorg til et yngre barn.

Foreldre med rusproblemer

Bestemmelsen gjelder også det forhold at foreldrene misbruker rusmidler eller lever sammen med en som gjør det.

Rt.1986/1189 er et eksempel på dette og dreier seg om prøving av vedtak om omsorgsovertakelse etter gammel bvl. av 1953 § 16. Saken gjaldt et barn som like etter fødselen ble tatt fra foreldrene. Begrunnelsen på vedtakstidspunktet var både fars og mors ustabilitet, rusmisbruk og kriminelle historie. Høyesterett la ikke avgjørende vekt på at foreldrene hadde klart å skape et mer stabilt forhold, men vektla hensynet til barnets behov for trygghet og omsorg. Vedtak om omsorgsovertakelse ble opprettholdt.

Fattige foreldre

Bestemmelsen er ikke ment å være et grunnlag for å fjerne et barn fra foreldrehjemmet fordi foreldrene er fattige. I slike tilfelle skal foreldrene gis økonomisk støtte. Sosiallovutvalget gir uttrykk for at det er urimelig å fjerne et barn på grunn av dårlig økonomi.²⁵

Det kan stilles spørsmål ved om det kan tenkes at barn likevel indirekte blir tatt fra foreldrehjemmet på grunn av foreldrenes dårlige økonomi. Er for eksempel trygdeytelsene godt nok tilrettelagt for unge, uskolerte og førstegangsfødende foreldre eller blir de å regne som fattige fordi de velger å føde barnet og muligens ser seg tvunget til gi fra seg barnet?

Fattigdom kan være kimen til en negativ spiral som påvirker både barnets og foreldrenes livssituasjon. Dårlig økonomi fører til fattigdom, som igjen kan gi ulike sosiale problemer og så videre.

²⁵ Ot. prp. nr. 44 (1991-92) s. 42, NOU 1985:18 s. 156

En aleneforsørgende mor eller far mottar overgangsstønad, dobbel barnetrygd, småbarnstillegg og eventuelt barnebidrag. Undersøkelser viser at ordningen kan oppfordre spesielt unge, uskolerte og førstegangsfødende foreldre til å bo hver for seg, eller ikke opplyse om at de bor sammen. De må ofte ty til sosialkontoret, og blir pr. definisjon å regne som fattige. Det kan vel stilles spørsmålsteget ved om disse familiene faktisk får den hjelpen de trenger for å skape et godt oppvekstmiljø for barna.

4.3.4.2: Mangelfull oppfølging av barn med et særlig behov, 1.ledd bokstav b.

Lovens ordlyd er at

”Vedtak om å overta omsorgen for et barn kan treffes

b) dersom foreldrene ikke sørger for at et sykt, funksjonshemmet eller spesielt hjelpetrengende barn får dekket sitt særlige behov for behandling og opplæring...”

Vilkåret for omsorgsovertakelse etter denne bestemmelsen er at barn med et særlig behov ikke blir fulgt opp på en tilfredsstillende måte av foreldrene.

Også her er det en nåtidsvurdering av om foreldrene rent faktisk følger opp barnets særlige behov for oppfølging som skal legges til grunn. Det at barnet har et særlig behov for omsorg på grunn av sykdom eller funksjonshemming er ikke i seg selv nok til å kunne overta omsorgen for et barn, men barnevernet ved fylkesnemnda kan treffe vedtak om omsorgsovertakelse dersom barnet ikke får den behandling eller opplæring som barnet trenger.

Typisk kommer bestemmelsen til anvendelse dersom foreldrene motsetter seg at barnet får nødvendig behandling eller opplæring. Barnevernet vil først søke å oppnå tilfredsstillende omsorg for barnet ved hjelpetiltak. Behandling kan gis med hjemmel i bvl. § 4-10, og opplæring etter bvl. § 4-11(2). Tiltakene er ikke så inngripende som omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-12.

Barnets særskilte behov for omsorg kan være forårsaket av sykdom, funksjonshemming eller det at barnet er spesielt hjelpetrengende. Når det gjelder sykdom så kan den i henhold til forarbeidene være av fysisk eller psykisk art.

Når det gjelder barn som er spesielt hjelpetrengende kan de skilles i to grupper. Den ene gruppen omfatter barn med særlig behov for trygghet og stimulering. Årsaken kan være familie eller miljømessige sår eller skader.

Det bekreftes i forarbeidene at bestemmelsen gjelder

*”barn som på grunn av påkjenninger de har vært utsatt for i familien eller miljøet, har et særlig behov for trygghet og stimulering.”*²⁶

Den andre gruppen gjelder barn med alvorlige atferdsvansker som rusmisbruk eller kriminalitet. Slike atferdsfremmende tiltak er hjemlet i bvl. §§ 4-24 og 4-26. Tiltaket rettes mot barnet og målet er å hjelpe barnet til å mestre sine atferdsproblemer.

Dersom foreldrene ikke følger opp barnets behov for behandling eller opplæring kan barnevernet overta omsorgen for barnet. Dette presiseres i Stortingskomiteens uttalelse hvor det heter at bestemmelsen dekker også det forhold at dersom foreldrene ikke sørger for behandling for barn med vedvarende rusmisbruk eller gjentatt kriminalitet kan det gi grunnlag for omsorgsovertakelse.

Komiteén uttrykker at

*”dersom foreldrene til barn med slike atferdsvansker, f. eks. alvorlig eller gjentatt kriminalitet og vedvarende misbruk av rusmidler, ikke sørger for at barn får nødvendig behandling og opplæring, må dette betegnes som omsorgssvikt, og barnevernet kan gripe inn, jf. § 4-12 punkt b.”*²⁷

Beviskravet for at barnevernet kan treffe vedtak om omsorgsovertakelse må være at det er klart sannsynlig at foreldrene ikke har fulgt opp barnets særlige behov.

Rt. 1995/447 gjaldt vedtak om omsorgsovertakelse av 13 ½ år gammel gutt etter bvl. av 1953 § 18. Gutten hadde evnemessige problemer, og hadde således et særlig behov for omsorg. Det ble sådd tvil om hvorvidt far kan gi sønnen den omsorg han trenger.

²⁶ Ot. prp. nr. 44 (1991-92) s. 110

²⁷ Innst. O. nr. 80 (1991-92) s. 22

Høyesterett la avgjørende vekt på at plassering i nytt fosterhjem representerte en så stor usikkerhet at vedtak om omsorgsovertakelse ble opphevet.

4.3.4.3: Barnemishandling, 1.ledd bokstav c.

Lovens ordlyd

”Vedtak om å overta omsorgen for et barn kan treffes

b) dersom barnet blir mishandlet eller utsatt for andre alvorlige overgrep i hjemmet.”

Bestemmelsen gjelder tilfeller der barnet mishandles, enten fysisk eller psykisk, av foreldrene.²⁸

Det legges en nåtidsvurdering av den aktuelle omsorgssituasjonen til grunn ved vurderingen av om vedtak om omsorgsovertakelse skal finne sted.

Det kan være vanskelig å skille eksakt mellom ulike former for mishandling, fordi grensene mellom den fysiske og psykiske mishandlingen ofte er flytende og går over i hverandre.

I juridisk teori brukes begrepene fysisk- og psykisk mishandling og overgrep om hverandre. Det sentrale er hvorvidt barnet utsettes for mishandling, ikke hvilken kategori mishandling tilfellet gjelder. Når dette er sagt velger jeg likevel å si litt om inndelingen av mishandlingsbegrepet.

Forarbeidene benytter begrepet overgrep som en fellesbetegnelse på fysisk og psykisk mishandling, ved å si

*”at alvorlige overgrep omfatter så vel fysisk mishandling og seksuelle overgrep som psykisk sjikane, trakassering eller vedvarende mindre overgrep.”*²⁹

Den gir med dette uttrykk for at bestemmelsen er ment å skulle dekke både fysisk og psykisk mishandling, og at seksuelle overgrep innlemmes i begrepet fysisk mishandling.

²⁸ Ot. prp. nr. 44 (1991-92) s.110

²⁹ Ot. prp. nr. 44 (1991-92) s. 43

Eksempel på fysisk mishandling er slag, spark og som nevnt seksuelt misbruk. Forarbeidene skiller mellom mishandling og mildere former for bruk av makt fra foreldrenes side. En type mild form for bruk av makt kan være å holde barnet bestemt tilbake eller å gi barnet et lettere klaps.

I proposisjonen fremholdes det at

*”Ikke all bruk av makt kan kalles mishandling – for eksempel er det ikke naturlig å bruke ordet når det gjelder holding og andre lett beskyttende eller avvergende tiltak.”*³⁰

Formålet med at foreldrene bruker mild form for makt kan være for å beskytte barnet fra å skade seg selv eller andre.

Denne typen bruk av makt er i utgangspunktet ikke mishandling og er heller ikke straffbart, men grensen til straffbar vold kan være vanskelig å trekke.

Et aktuelt tema i tiden har vært om foreldrene kan bruke makt ovenfor barnet, som for eksempel å slå, i oppdragelsesøyemed.

I tidligere tider hadde foreldrene en klar rett til å gi barna sine fysiske refs og avstraffelse, men i 1987 endret dette seg ved et tillegg i bl. § 30 3. ledd hvor det het at

”Barnet må ikke bli utsatt for vald eller på anna vis bli handsama slik at den fysiske eller psykiske helsa blir utsett for skade eller fare.”

Det har imidlertid vært noe uklart hva som ligger i dette. I følge forarbeidene er bestemmelsen ment å dekke

”bruk av ris og andre former for markert avstraffelse.”

³⁰ Ot. prp. nr. 44 (1991-92) s. 111

Den er ikke ment å skulle omfatte lette klaps over hånden eller mot buksebaken som en spontan reaksjon.³¹ I forarbeidene til bl. § 30 3. ledd gir sakkyndige uttrykk for at vold i oppdragelsesøyemed er forkastlig.

Sakkyndige uttaler at

”Risikoen for psykisk skade som følge av en slik voldsbruk er større enn utsiktene til positive virkninger av slike oppdragelsesmetoder. Det er også en nær sammenheng mellom fysisk avstraffing av barn og barnemishandling, og det er påvist klar risiko for at barn som er blitt slått, selv blir voldelige. Et viktig moment er videre at barn i utgangspunktet bør ha samme rett som voksne til å beskyttelse av sin fysiske integritet. Det reageres kraftig overfor vold mellom voksne. Samfunnet fordømmer i økende grad den voldsbruk som finner sted, og ønsker generelt å ta opp kampen mot voldstendenser. I dette bildet er det på sin plass med en presisering av at også barn har rett til en personlig integritet som voksne ser som selyfølgelig for sin egen del.”³²

Foreldrene kan, i tillegg til å bli fratatt omsorgen for barnet, blant annet gjøres strafferettslig ansvarlig dersom de utsetter barnet sitt for legemsfornærmelse eller legemsbeskadigelse etter strl. §§ 228 og 229. Førstnevnte bestemmelse omhandler mildere form for vold enn sistnevnte som dekker grovere volds tilfelle.

I rettspraksis har Høyesterett tradisjonelt definert vold som kraftanstrengelse stor nok til å kunne betegne den som vold. Strl. § 228 dekker ikke enhver kraftanstrengelse, det må noe til. Videre gjelder den fysisk, og ikke psykisk krenkelse. Fysisk krenkelse går ut på at den må ha hatt et fysisk utslag som for eksempel blått øye, kutt, brudd m.m. Psykisk krenkelse som trusler, sjikane og injurier rammes ikke av bestemmelsen. Jo grovere volden er desto mer sannsynlig er det at handlingen kan dekkes av straffebudet i § 229. Rettssituasjonen var etter dette noe uavklart.

³¹ Ot. prp. nr. 8 (1986-87) s. 6

³² Ot. prp. nr. 8 (1986-87) s. 6.

Rt. 2005/1567 gjaldt en stefar som beviselig hadde slått stebarna sine på baken med flat hånd opptil flere ganger. Barna hadde buksene på, og slagene ga ingen synlige merker.

Høyesterett måtte ta stilling til om handlingene var rettsstridig, eller om handlingene var rettmessig fordi de ble gjennomført i oppdragelsesøyemed. Faren ble dømt med hjemmel i strl. § 228, jf. bl. § 30 og BK art. 19.

Fysisk mishandling er som nevnt også ment å skulle dekke seksuelle overgrep mot barn, da kan foreldrene gjøres strafferettslig ansvarlig etter strl. §§ 195 og 197 som gjelder utuktig omgang med barn.

I Barnemishandlingsutvalget sies det at

*”Seksuelle overgrep er i helseetaten definert som utnyttelse av mindreårige i seksuelle aktiviteter. Dette er aktiviteter de ikke selv forstår fullt ut og som de derfor ikke kan samtykke til. Dessuten forutsettes det at disse handlinger strider mot samfunnets aksepterte normer.”*³³

Foreldrene kan også straffes etter strl. § 207 dersom de har seksuell omgang med sine barn, det vil si incest.

I Straffelovkommisjonen foreslås det at §§ 195 og 197 ikke skal videreføres i ny straffelov fordi forholdet dekkes av andre straffebud.

Alvorlig overgrep kan være fysisk mishandling eller seksuelt overgrep som for eksempel psykisk sjikane eller trakassering.³⁴

I barnemishandlingsutvalget blir psykisk mishandling som

*”at barnet utsettes for trusler eller andre traumatiske opplevelser. Innelåsing i mørke rom eller trusler om isolasjon er vanlige former for psykisk mishandling. En annen form er latterliggjøring eller krenkende behandling hvor en systematisk fornekte barnets menneskeverd og barnets gode sider.”*³⁵

³³ NOU 1982:26 s. 34

³⁴ Ot. prp.nr. 44 (1991-92) s. 43

³⁵ NOU 1982:26 s. 34

Videre skiller forarbeidene mellom engangstilfeller og gjentatte overgrep fra foreldrene. Forarbeidene gir uttrykk for at

*”bestemmelsen vil ikke kunne brukes bare på grunn av et enkelt overgrep dersom barneverntjenesten likevel vurderer hjemmesituasjonen som tilfredsstillende for barnet.”*³⁶

Her henvises det også til tilleggsvilkåret i 2. ledd om at omsorgsovertakelse må være nødvendig ut fra den situasjon barnet befinner seg i. For eksempel er det ikke grunnlag for omsorgsovertakelse dersom far har mishandlet barnet sitt mens han bodde hjemme, men senere har flyttet ut. Her vil ikke lenger omsorgsovertakelse ansees å være nødvendig fordi far ikke lenger bor hjemme og utgjør en trussel for barnet.³⁷ Det er ikke bare her det må tas hensyn til nødvendighetskriteriet i 2. ledd, men det må gjøres gjennomgående både ved vurderingen av om barnet utsettes for fysisk eller psykisk mishandling.

Beviskravet er at det må være klart sannsynlig at mishandling eller seksuelt overgrep har funnet sted.

4.3.4.4 Foreldre uten omsorgsevne, 1. ledd bokstav d.

Lovens ordlyd er at

*”Vedtak om å overta omsorgen for et barn kan treffes
d) dersom det er overveiende sannsynlig at barnets helse eller utvikling kan bli alvorlig skadd fordi foreldrene er ute av stand til å ta tilstrekkelig ansvar for barnet.”*

Her må det tas utgangspunkt i foreldrenes evne til omsorg på sikt. Forarbeidene presiserer at det ikke må kunne bevises omsorgssvikt i dag.

³⁶ Ot. prp. nr. 44 (1991-92) s. 111

³⁷ Ofstad/ Skar (1999) s. 114

Omsorgssituasjonen i hjemmet kan være tilfredsstillende i dag, men det må vurderes hvorvidt forholdene i hjemmet og foreldrenes mangler med hensyn til omsorg kan representere en fare for barnets helse eller utvikling i fremtiden. Sentralt spørsmål må være om foreldrene har personlige forutsetninger for å ta ansvar for barnet. Bestemmelsen skiller seg fra bokstavalternativene a til c ved at det er en fremtidsvurdering som skal legges til grunn og ikke en nåtidsvurdering. Videre er det et vilkår at risikoen for skade må være alvorlig. Temaet for vurdering er nettopp foreldrenes evne til omsorg og om denne er tilstrekkelig god nok, slik at barnet ikke blir skadet på sikt. Vurderingstema er ikke foreldrenes personlighetstrekk eller deres tilstand for øvrig.³⁸

Det fremgår av forarbeidene at bestemmelsen typisk er ment å skulle gjelde for barn med foreldre som er tilbakestående eller alvorlig sinnslidende.³⁹

Også rusmisbrukere kan tenkes å omfattes av bestemmelsen, og da særlig misbrukere med dårlig prognose for rehabilitering.⁴⁰ Denne gruppen kan eventuelt tenkes å falle inn under bokstavalternativ a som gjelder generell omsorgssvikt og det er dagens omsorgssituasjon vurderes.

En rekke dommer fremholder at dersom vilkåret om at foreldrenes omsorg ikke er god nok etter bokstav d er det å foretrekke at bokstav a gir grunnlag for å treffe vedtak om omsorgsovertakelse.

I Rt. 2002/327 (s.330) heter det at

”... mens det går frem av fylkesnemndas begrunnelse at nemnda bygde sitt vedtak på bokstav d i § 4-12 første ledd, la herredsretten til grunn at vilkårene for omsorgsovertakelse etter bokstav a og bokstav d var oppfylt. Lagmannsrettens flertall bygde sin avgjørelse på bokstav a, og fant det ikke nødvendig å ta stilling til om også vilkårene etter andre av bestemmelsene var oppfylt. Også rettens mindretall mente at en omsorgsovertakelse måtte forankres i bokstav a, men kom til at vilkårene der ikke var oppfylt.”

³⁸ Ot. prp. nr. 44 (1991-92) s. 43

³⁹ Ot. prp. nr. 44 (1991-92) s. 42

⁴⁰ Ofstad/Skar s.116

Beviskravet i alternativ d er strengere, og strengere enn ved bokstavalternativ a til c, ved at det må foreligge overveiende sannsynlighet for at foreldrenes manglende omsorgsevne vil medføre omsorgssvikt på et senere tidspunkt og at barnet ved dette kan bli alvorlig helsemessig skadet.

4.3.5 Skjønnsmessige vurderinger i 2. ledd

Det er ikke nok at et eller flere av vilkårene i 1. ledd er oppfylt i tillegg må vedtak om omsorgsovertakelse være nødvendig etter 2. ledd 1. pkt. Dessuten må hjelpetiltak etter §§ 4-4, 4-10 og 4-11 være vurdert og omsorgsovertakelsen må være til barnets beste etter 2. ledd 2. pkt. I 2. ledd understrekes betydningen av at det primært er foreldrene som skal ha omsorgen for sine barn, og at omsorgsovertakelse er en subsidiær løsning.

Inngrepskriterium etter 1. pkt: Tiltaket må være nødvendig.

Ordlyden i 1. pkt er at

”Et vedtak etter første ledd kan bare treffes når det er nødvendig ut fra den situasjon barnet befinner seg i.”

I vurderingen om et vedtak er nødvendig tas det utgangspunkt i ”den situasjon barnet befinner seg i”, det vil si dagens omsorgssituasjon.

Det er en nåtidsvurdering som legges til grunn. Beviskravet er at det må være klart sannsynlig at omsorgsovertakelse anses å være nødvendig. Kravet til bevis kan variere avhengig av risikoen ved å vente med å treffe vedtak.

I Rt. 2002/327 (s.334) uttaler Høyesterett seg om nødvendigheten av et tiltak ved uttalelsen

”Jeg ser videre omsorgsovertakelse som et nødvendig tiltak, jf. bvl. 4-12 2. ledd.”

Også i Rt. 2004/1683 nevnes nødvendighetskriteriet kort.

Inngrepskriterium etter 2.pkt: Tiltaket må være til barnets beste.

Ordlyden i 2. pkt. er at

”Et slikt vedtak kan ikke treffes dersom det kan skapes tilfredsstillende forhold for barnet ved hjelpetiltak etter § 4-4 eller ved tiltak etter § 4-10 eller § 4-11.”

Med vilkåret ”skapes tilfredsstillende forhold for barnet” menes at vedtak om omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-12 må være til barnets beste. Hjemmelen for barnets best vurdering er bvl. § 4-1. Det er en fremtidsvurdering som legges til grunn.

Beviskravet er at det må være sannsynlig at det ikke kan skapes tilfredsstillende forhold for barnet ved tiltak etter bvl. §§ 4-4, 4-10 eller 4-11. Bestemmelsen tas i bruk når forebyggende eller hjelpetiltak etter § 4-4 eller §§ 4-10 og 4-11 ikke fører frem eller er nytteløse.

Utgangspunktet er at hjelp skal gis i hjemmet,⁴¹ men det er en grense for den hjelp som kan tilby.

I Rt.1982/764 gjaldt saken omsorgsovertakelse med spørsmål om tilbakeføring av en psykisk utviklingshemmet gutt på 6 år. Guttens foreldre var også psykisk utviklingshemmede og hadde i tillegg noe psykiske problemer. I dommen ble det reist spørsmål om omsorgssituasjonen kunne avhjelpes ved hjelpetiltak. Ulike hjelpetiltak ble utprøvd uten ønsket resultat. Foreldrene ønsket ikke tiltak, og de var lite samarbeidsvillige. Høyesterett kom til (s.770) at det er

”grenser for hvor meget hjelp en familie makter å motta og hjelpeapparatet greier å yte, dels har jeg ingen tro på at ytre hjelpetiltak vil kunne rette opp i det grunnleggende problem som er mors umodenhet, hennes skiftende væremåte og manglende evne til å slippe barna.”

Vedtak om omsorgsovertakelse ble opprettholdt.

⁴¹ Innst. O. nr. 80 (1991-92) s. 15

Rt. 1995/350 gjaldt en sak om omsorgsovertakelse av en gutt rett etter fødsel. Foreldrene slet med evne- og personlighetsmessige forhold. Mor var psykisk utviklingshemmet, og far hadde psykiske problemer. Også i denne dommen ble det reist spørsmål ved om situasjonen kunne avhjelpes ved hjelpetiltak.

Høyesterett uttalte (s.354) at

”... skulle tiltak kunne ha noen effekt, synes det i alle fall klart at de måtte være meget omfattende, og det er vanskelig å tenke seg at omsorgssituasjonen for et barn kan bli tilfredsstillende om den må baseres på mer eller mindre permanent tilstedeværelse av utenforstående.”

I Rt.1999/1883 var mor avhengig av en rekke hjelpetiltak for at tilbakeføring skulle være mulig. Mor hadde tidligere vært lite samarbeidsvillig. Høyesterett sier at det er barnevernet som må ta den utfordringen dette eventuelt representerer. Samarbeid er nødvendig for at mor skal få den hjelpen hun trenger.

Felles problemstillinger i disse dommene er spørsmålet om foreldrene rent faktisk har tilstrekkelig omsorgsevne, om eventuelle hjelpetiltak kan bøte på foreldrenes manglende omsorgsevne eller om omsorgsovertakelse er til barnets beste.

Utgangspunktet er som nevnt at barnevernet må vurdere, og i praksis prøve ut, mindre inngripende tiltak som forebyggende tiltak og hjelpetiltak etter § 4-4, før mer inngripende og sterke tvangstiltak etter §§ 4-10 til 4-12.

Stortingskomitéen sier at de

*”mener det er viktig å understreke at hjelpetiltak i hjemmet alltid skal vurderes, før mer omfattende tiltak igangsettes. Manglende ressurstilgang på tiltakssiden må ikke få som konsekvens at barn flyttes ut av hjemmet. Hjelp skal primært gis i hjemmet, og plassering skal være siste alternativ. Komiteen slutter seg derfor til departementets presisering av at bruk av tvang bare skal være aktuelt dersom hjelpetiltakene ikke fører fram, eller det må anses som nytteløst å forsøke med slike tiltak.”*⁴²

Men lovens bestemmelser setter likevel ikke som absolutt vilkår at mildere tiltak må være utprøvd før strengere tvangstiltak kan treffes. I denne oppgaven fokuseres det på omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-12. Det avgrenses mot videre behandling av tiltak etter bvl. §§ 4-4, 4-10 og 4-11.

Det er en helhetsvurdering av hele den aktuelle omsorgssituasjonen som skal legges til grunn før det eventuelt treffes vedtak om omsorgsovertakelse. Forutsetningsvis må barnet få bedre omsorgssituasjon etter omsorgsovertakelsen.

Stortingskomitéen gir uttrykk for at

*”Overtakelse av omsorgen må skje ut i fra en samlet vurdering av hva som er til barnets beste, inklusive å vurdere de negative konsekvenser en flytting i seg selv vil representere for barnets utvikling, og på en slik måte at barnet får en bedre omsorgssituasjon enn det forlot.”*⁴³

Det er en forutsetning at plassering i institusjon eller fosterhjem er et bedre alternativ for barnet enn å forbli i hjemmet.

⁴² Innst. O. nr. 80 (1991-92) s. 15

⁴³ Innst. O. nr. 80 (1991-92) s. 5

I rettspraksis legges det blant annet vekt på om det er sannsynlig at hjelpetiltakene har en positiv effekt på barnet, om tiltakene er tilstrekkelig for å gi barnet god nok omsorgssituasjon og om foreldrene evner å motta hjelp.

Når det gjelder om foreldrene evner å motta hjelp siktes det særlig til foreldre med for eksempel store psykologiske eller rusrelaterte problemer. Det skal ikke legges vekt på at barnevernet har samarbeidsproblemer med foreldrene. Dessuten er det grenser hvor mye hjelp en familie kan motta.

I Rt. 1995/447 ble det lagt vekt på at far

”synes å være åpen for og ønsker tiltak som kan støtte ham dersom han får omsorgen tilbake.”

Fars samarbeidsvilje ble tillagt vekt, og vedtak om omsorgsovertakelse ble endret.

I Rt.1995/447 valgte Høyesterett å oppheve vedtak om omsorgsovertakelse på grunn av stor grad av usikkerhet omkring en 13 år gammel gutts videre plassering i fosterhjem. Høyesterett la i sin vurdering vekt på at gutten hadde flyttet mange ganger, usikkerhetsmomenter omkring videre plassering i fosterhjem og at gutten ville få det bedre av å flytte hjem til faren enn i nytt fosterhjem. Høyesterett la mindre vekt på at vedtak om omsorgsovertakelse i sin tid ble fattet med grunnlag i foreldrenes manglende omsorgsevne. Motsatt i Rt. 2005/624 la retten vekt på mors manglende samarbeidsvilje. Vedtak om omsorgsovertakelse ble opprettholdt.

I Rt. 1999/1883 valgte Høyesterett å oppheve fylkesnemndas vedtak om omsorgsovertakelse med den begrunnelse at hjelpetiltak ville være tilstrekkelig.

Når det gjelder omsorgssvikt er det en del omsorgssviktsituasjoner som går igjen i rettspraksis etter bvl. § 4-12. For det første gjelder det kombinasjonen av barn med fysiske /psykiske problemer som krever særlig omsorg, og foreldre som er umodne eller tilbakestående og ikke evner å møte barnets særlige behov.

For det andre omfatter det foreldre med psykiske problemer som ikke evner å ta vare på barna på en tilfredsstillende måte.

For det tredje gjelder det forhold at foreldrene misbruker rusmidler eller lever sammen med en som gjør det.

Det siste forhold som gjerne går igjen er at foreldrene har mangelfulle personlige forutsetninger for å kunne gi barnet tilstrekkelig omsorg.

4.3.6 Begrepet omsorgsovertakelse

Hovedregelen er som nevnt tidligere at det er foreldrene som har omsorgen for sine barn, jf. foreldreansvaret bl. § 30. Noen barn opplever å ikke motta god nok omsorg fra foreldrene. Bvl. formål er som nevnt å sikre at barn ikke utsettes for omsorgssvikt eller lever under skadelige oppvekstvilkår. Formålet er hjemlet i bvl. 1-1, og skal legges til grunn ved tolking av bvl.s bestemmelser.

Hvis et barn ikke opplever å få en minstestandard av omsorg i hjemmet kan barnevernet, som nevnt tidligere, ved fylkesnemnda treffe vedtak om å overta omsorgen med hjemmel hovedbestemmelsen for omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-12. Bestemmelsen er en unntaksbestemmelse, og regulerer under hvilke omstendigheter barnevernet kan gripe inn og overta omsorgen for et barn.

Med omsorgsovertakelse menes at den daglige omsorgen for barnet tas fra foreldrene og overtas av barnevernet med hjemmel i bvl. § 4-12.⁴⁴ For foreldrene innebærer omsorgsovertakelse at de ikke lenger er barnets primærkilde for omsorg i det daglige, og at foreldreansvaret på denne måten begrenses ved at de blir sittende igjen med et restansvar for barnet. Innholdet i foreldrenes restansvar avgrenses til å gjelde de elementer i det samlede foreldreansvaret som ikke er daglig omsorg.

Utgangspunktet er at de får samværsrett etter bvl. § 4-19, at de samtykker ved en eventuell frivillig adopsjon etter bvl. § 4-20, og at det kan tas hensyn til barnets etnisitet i forbindelse med religiøs tro og oppdragelse etter bvl. § 4-15 1.ledd.

⁴⁴ Lindeboe (2003) s. 84

Hverken bvl.s bestemmelser eller forarbeidene gir klart uttrykk for hva foreldrenes restansvar består i, men Stortingskomitéen bekrefter sistnevnte ved uttalelsen om at

”Vesentlige spørsmål som valg av skole, utdanning og religiøse spørsmål er en del av foreldreansvaret, hvis foreldrene ønsker å ha innflytelse i disse spørsmål.”⁴⁵

Når det gjelder barnets oppdragelse på generell basis faller ansvaret på den som har den daglige omsorgen, jf. bvl. § 4-18.

Ved omsorgsovertakelse kommer barnevernet inn som en sekundær omsorgskilde fordi foreldrenes omsorg ikke strekker til. Formelt innebærer det at barnevernet overtar hovedomsorgen for barnet, rent praktisk er det fosterforeldre eller barnevernsinstitusjon som tar seg av den daglige omsorgen på vegne av barnevernet. For barnet betyr omsorgsovertakelse, foruten det følelsesmessige aspektet, at barnet rent fysisk flyttes fra foreldrehjemmet og at det får nye omsorgspersoner å forholde seg til.

4.3.7 Tolking

Utgangspunktet er at ordlyden i bvl. § 4-12 må fortolkes for å svare på hva den gir hjemmel til og hvor langt denne rekker. Ved tolking av ordlyden tas det utgangspunkt i den alminnelige språklige forståelsen. Lovteksten etter naturlig språklig forståelse er normalt avgjørende for regelforståelsen, og det skal mye til for å tolke på tvers av ordlyden. Denne måten å tolke på kalles gjerne presiserende tolking, og betyr å tolke loven på ordet.

Hensynet til legalitetsprinsippet gjør at en skal være svært forsiktig med å tolke bvl. § 4-12 utvidende, det vil si å gi bestemmelsen et videre virkeområde enn naturlig språkbruk tilsier.

Jo mer tyngende et inngrep er, desto klarere må hjemmelen være.

Men også andre momenter må tas med i vurderingen.

⁴⁵ Innst. O. nr. 80 (1991-92) s. 26

I Rt. 1995 /530 (s.537) presiserer Høyesterett at

”kravet til lovhjemmel må nyanseres ut fra blant annet ut fra hvilket område en befinner seg på, arten av inngrepet, hvordan det rammer og hvor tyngende det er ovenfor den som rammes. Også andre rettskildefaktorer enn loven selv må etter omstendighetene trekkes inn.”

Dessuten må barnevernet ved fylkesnemnda ta hensyn til menneskerettighetene og barnekonvensjonen og avgjørelser fra EMD ved tolking. For å få en bedre forståelse av hjemmelen og tolkingen av denne kan vi tenke oss at hjemmelen har tre ledd, en vilkårside, et midtledd og en følgeside. Vilkårsiden sier noe om hvilke materielle vilkår som må være oppfylt for at bvl. § 4-12 skal komme til anvendelse. Vilkårene er utpreget skjønnsmessige. Tanken med ny barnevernlov var at ordlyden skulle være mer presis enn tidligere bvl. av 1958.

Sosialutvalget uttalte at

”Bestemmelsene i barnevernslovens § 16, jf. § 19 er ofte kritisert fordi utformingen krever anvendelse av skjønn (..) Etter vår mening er det altså ikke mulig å eliminere skjønnselementet fra slike avgjørelser. Oppgaven må heller være å finne klareste mulige problemstillinger, som dessuten gir veiledning om momenter som skal ha vekt ved utøvelsen av skjønnen.”⁴⁶

Utvalget sier videre at ved skjønnsutøvelsen

”...skal vilkårene for omsorgsovertakelse gjøres stramme, slik at det fremgår at tiltaket bare skal brukes i alvorlige situasjoner.”⁴⁷

⁴⁶ Ot. prp. nr. 44 (1991-92) s. 41

⁴⁷ Ot. prp. nr. 44 (1991-92) s. 41

Midtleddet gir et signal om hvilken type kompetanse barnevernet ved fylkesnemnda har blitt gitt og der igjennom om de har plikt(skall) eller frihet(kan) i forhold til utøvelsen av kompetansen. Det skilles mellom lovbunden og diskresjonær kompetanse. Ved lovbunden kompetanse har barnevernet en plikt til at innholdet i vedtaket får en bestemt form, en såkalt skal-regel. De aller fleste tiltaksbestemmelsene i bvl er utformet som skal- regler.

Ved omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-12 er det den diskresjonære kompetansen som kommer til anvendelse, i og med at bestemmelsen er utformet som en kan-regel.

Diskresjonær kompetanse betyr at barnevernet ved fylkesnemnda har blitt gitt en frihet i forhold til det om vedtak omsorgsovertakelse skal treffes eller ikke, og derigjennom en mer individuell og skjønnsmessig behandling i hvert enkelt tilfelle.

Dette stemmer overens med utgangspunktet om at hjelpetiltak bør være utprøvd før et eventuelt vedtak om omsorgsovertakelse etter bvl. 4-12.

Følgesiden viser grensene for hva inngrepet kan gå ut på. I vår sak betyr dette at dersom de materielle vilkårene i bvl, § 4-12 er oppfylt så kan barnevernet ved fylkesnemnda fatte vedtak om omsorgsovertakelse.

4.3.8 Nåtids og fremtidsvurdering

Bvl. § 4-12 skiller mellom en nåtidsvurdering og en fremtidsvurdering av barnets omsorgssituasjon. I bokstavene a-c vurderes nåtid, mens i bokstav d vurderes fremtid. Med nåtidsvurdering menes at barnevernet gjør en vurdering av barnets omsorgssituasjon pr. dags dato. Ved en fremtidsvurdering bygger en på en vurdering av omsorgssituasjonen fremover i tid, og det foretas en analyse på om den bærer med seg potensiell skaderisiko for barnet på sikt.

4.3.9 Beviskrav

Med beviskrav menes hvor stor grad av sannsynlighet som kreves for at et forhold skal være å anse som bevist. Barnevernet er forpliktet til å bevise de faktiske forholdene de legger til grunn for sin avgjørelse. Ordet beviskrav signaliserer at det ikke gjelder et felles beviskrav i relasjon til alle spørsmål som kan oppstå.

Kravene til bevis varierer med hvor en er i lovbestemmelsen. Det er antydning i teorien at kravene til bevis er strengere i alvorlige saker enn i bagatellsaker.

I utgangspunktet er beviskravet for å treffe vedtak om omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-12 alminnelig sannsynlighetsovervekt. Med alminnelig sannsynlighetsovervekt menes at det må være mer enn 50 % sikkert at vilkårene i bestemmelsen er oppfylt.

4.3.10 Saksbehandling

Det er barnevernet ved fylkesnemnda som treffer vedtak om at tvangstiltak skal settes ut i livet. Barnevernet ved fylkesnemnda kan ikke fatte vedtak om omsorgsovertakelse uten at minst ett av de materielle vilkårene i 1. ledd er oppfylt og den finner at vedtaket er nødvendig og til barnets beste. En eventuell omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-12 beror på en helhetsvurdering av barnets samlede omsorgssituasjon.

I 2. ledd siste punktum heter det at

”Et vedtak etter første ledd skal treffes av fylkesnemnda etter reglene i kapittel 7.”

I første instans er det barnevernet som forbereder/utreder en sak om omsorgsovertakelse. I sitt saksfremlegg for fylkesnemnda argumenterer barnevernet for ett eller flere av vilkårene etter bvl. § 4-12 om omsorgsovertakelse. Barnevernet har selv ikke kompetanse til å fatte vedtak om tvangstiltak, men sender saksfremlegget til fylkesnemnda. Det er fylkesnemnda som formelt fatter vedtak om omsorgsovertakelse, jf. bvl. § 4-12 3. ledd og § 7-1. Fylkesnemnda, som er en domstolsliknende instans, er en rettssikkerhetsgarantist ved at de skal sikre rettsriktige avgjørelser. Fylkesnemnda består som hovedregel av en jurist, en sakkyndig medlem og et lagt medlem, jf. stjl. § 9-6.

Saksbehandlingen i fylkesnemnda ligner domstolens prosessform ved at den er muntlig, ved at det foretas vitneavhør og partene holder sluttprosedyre. Saken avgjøres på eget, lukket møte i fylkesnemnda.

Etter vedtak er fattet kan bruker klage på et vedtak etter fvl. § 34 2. ledd, få prøvd saken for domstolen etter tvml. § 482 eller klage vedtaket inn for EMD.

4.3.11 Partsforhold

Fylkesnemnda er et uavhengig domstolsliknende forvaltningsorgan. Det betyr at ved spørsmål om hvem som er privat part(er) i en sak om omsorgsovertakelse må forvaltningens partsbegrep legges til grunn. Privat part i saken er den eller de vedtaket er rettet mot eller gjelder, jf. fvl. § 2. Offentlig part i saken er barneverntjenesten. Barn kan også være part i saken på visse vilkår jf. bvl. § 6-2(2).

Et tiltak om omsorgsovertakelse rettes mot den eller de av foreldrene som har barnet boende hos seg. Dersom mor har barnet boende hos seg og far har samværsrett rettes tiltaket mot mor. Her henvises det forøvrig til det som tidligere er skrevet om foreldreansvaret under barns rett til omsorg.

Dersom fylkesnemnda treffer vedtak om omsorgsovertakelse ovenfor et barn som bor sammen med den ene av foreldrene, har ikke den andre rett til å bringe saken inn for retten.

Dette gjelder også om fylkesnemnda har besluttet ikke å treffe vedtak om omsorgsovertakelse.

5 BARNEVERNLOVENS FORHOLD TIL OMSORGSOVERTAKELSE ETTER MENNESKERETTSKONVENSJONEN OG BARNEKONVENSJONEN

Menneskerettighetene setter grenser for Norges maktutøvelse. BK og EMK har som nevnt tidligere samme trinnhøyde etter menneskerettsloven.

EMK håndheves av menneskerettsdomstolen, EMD, og ved motstrid med norsk rett må norsk rett vike. EMD er et overvåkingsorgan som skal forvalte felleseuropeiske, overnasjonale verdier og se til at landene overholder sine forpliktelser i følge konvensjonen.

For barnekonvensjonen finnes det ikke en slik overnasjonal domstol som håndhever konvensjonen. BKs overvåkingsorgan er FNs barnekomité. Den kommer med anbefalinger. Disse er ikke rettslig bindende, men det er tradisjon for at de følges opp av partene. Dette medfører at en ikke på samme måte som ved EMK kan oppnå rettsavklaringer, som ved eventuell motstrid kan gi grunnlag for umiddelbar tilsidesettelse av norsk rett. For BK vil nok en eventuell motstrid med norsk rett bero på en konkret tolking.

Når det gjelder bvl. håndheves denne i siste instans i det nasjonale rettsapparat i Høyesterett og internasjonalt kan saken bli prøvd for EMD. Høyesteretts oppgave er å forholde seg til den rett som skapes i Strasbourg.

EMK og BK har forrang fremfor nasjonal rett. I Rt. 2002/875 presiseres at vilkårene for omsorgsovertakelse i norsk rett må samsvare med EMK.

5.1 Menneskerettighetskonvensjonen

Problemstillingen er hvor EMD sine grenser går for omsorgsovertakelse etter EMK art. 8 nr. 2?

I følge lovens ordlyd må som nevnt tidligere tiltaket være i samsvar med loven, oppfylle et legitimt formål som helse, moral eller andre rettigheter og være nødvendig i et demokratisk samfunn.

Utgangspunktet for EMD sin prøvelse er at det foreligger et vedtak om omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-12 i norsk lovgivning eller tilsvarende bestemmelser i andre lands nasjonale lovgivning, og at dette vedtaket har blitt klaget inn for EMD.

En sak, *Johansen v. Norge* (1996)⁴⁸, gjaldt en mor som umiddelbart etter å ha født et barn ble fratatt omsorgen for barnet. Moren fikk ha noe samvær med barnet, men etter kort tid ble hun fratatt samværsretten. Videre ble det truffet vedtak om at barnet skulle plasseres i fosterhjem på sperret adresse uten samvær med biologisk mor og at mor skulle fratras foreldreansvaret med sikte på adopsjon. Begrunnelsen i vedtakene var at mor ikke var i stand til å gi barnet god nok omsorg i hjemmet. Det ble heller ikke ansett som sannsynlig at mor med hjelpetiltak var i stand til å gi barnet den omsorg barnet kom til å trenge fordi hun hadde store og alvorlige psykiske problemer som svekket hennes evne til å være en god mor. I tillegg hadde barnevernet negativ erfaring med at hjelpetiltak ikke hadde gitt ønsket resultat ovenfor mors eldste barn.

EMD prøvde omsorgsovertakelsen, spørsmålene om tilbakeføring etter omsorgsovertakelse, nektelse av samværsrett og fratakelse av foreldreansvaret.

Retten fant det sannsynlig at morens mangelfulle omsorgsevne ville skade barnet på sikt, og godtok omsorgsovertakelsen etter gammel bvl. og selve avgjørelsesprosessen. EMD ga den gang uttrykk for etter gammel bvl. at det finnes situasjoner hvor det kan være nødvendig å bryte kontakten mellom foreldre og barn, også på et tidlig tidspunkt i barnets liv. I dette konkrete tilfelle mente EMD at det ikke var tilstrekkelig grunnlag for et så inngripende tiltak, og norske myndigheter ble dømt for brudd på EMK art. 8.

EMD kom til at konvensjonsbruddet lå i at moren ble nektet samvær med barnet og fratatt foreldreansvaret med sikte på adopsjon.

En annen sak, *Olson v. Sverige* (1988)⁴⁹, gjaldt et vedtak om omsorgsovertakelse og spørsmål om tilbakeføring av to gutter og ei jente på henholdsvis 9, 2 og 4 år. Den eldste gutten var psykisk utviklingshemmet og hadde særskilte behov. Foreldrene hadde en tid bodd på hjem for psykisk utviklingshemmede som barn. Deres intelligens ble ansett for å være normal.

⁴⁸ Case of *Johansen v. Norway* 1996-08-07 Lovdata / Emdn

⁴⁹ *Olsson v. Sverige* 1988-03-24 Lovdata / Emdn

Begrunnelsen for vedtaket var foreldrenes manglende omsorg, tilsyn og stimuli av barna. Ulike hjelpetiltak ble prøvd ut uten ønsket resultat. Foreldrene var i mot at eldste gutten skulle plasseres på hjem, og de ville heller ikke samarbeide om nye tiltak.

EMD prøvde selve vedtaket om omsorgsovertakelse og vedtaket om å nekte tilbakeføring etter omsorgsovertakelse. Domstolen godtok vedtak om omsorgsovertakelse, men den mente at det endelige målet om å gjenforene barn og foreldre ikke ble ivaretatt. Barna ble plassert for langt fra foreldrene og hverandre. Vilåret om at tiltaket må være nødvendig i et demokratisk samfunn var ikke oppfylt. Konklusjonen var at den delen av tiltaket var konvensjonsstridig.

En tredje sak, *Kutzner v. Tyskland* (2002)⁵⁰, omhandlet omsorgsovertakelse på grunn av foreldrenes mangelfulle omsorgsevne. Domstolen kom til at vedtaket om omsorgsovertakelse var uforholdsmessig fordi omsorgssituasjonen kunne ha blitt gjort tilfredsstillende ved hjelpetiltak, som for eksempel spesialundervisning. Konklusjonen var at vedtaket om omsorgsovertakelse var konvensjonsstridig.

EMD praksis viser at domstolen er forsiktig med å overprøve nasjonale myndigheters avgjørelser om omsorgsovertakelse, og at art. 8 gir materiell beskyttelse ved omsorgsovertakelse og til en viss grad prosessuell beskyttelse. Det har blitt slått fast i en rekke EMD avgjørelser at statene har en viss handlefrihet, men borgerens behov for forutberegnlighet er en meget sentral rettssikkerhetsgaranti på grunn av sakenes vidtgående konsekvenser.

Ved saksbehandlingen må det tas hensyn til foreldrenes synspunkter og interesser. Foreldrene kan også benytte seg av retten til å kunne prøve vedtaket om omsorgsovertakelse for domstolene etter tvml. § 482.

5.2 Barnekonvensjonen

I BK art. 9 nr. 1 er utgangspunktet at barn og foreldre ikke skal skilles fra hverandre. FNs komité for barns rettigheter har kritisert Norge for antallet omsorgsovertakelser.

⁵⁰ *Kutzner v. Tyskland* 2002-02-26 Lovdata /Emdn

Komitéen uttaler at den

*”er betenkt over antallet som er fjernet fra familien og bor i fosterhjem eller andre institusjoner. Komitéen merker seg i denne forbindelse at parten er villig til å vurdere rutinene i forhold til fjerning av barn fra familiemiljøet. Komitéen anbefaler at parten treffer tiltak for å bekjempe årsakene til at stadig flere barn fjernes fra familien, blant annet ved å gi tilstrekkelig støtte til de biologiske foreldrene. Komitéen oppmuntrer parten til å prioritere vern av det naturlige familiemiljøet og å sikre at fjerning fra familien og plassering i fosterhjem eller institusjoner brukes bare som en siste utvei når det er til barnets beste.”*⁵¹

Komitéen ønsker å redusere antallet omsorgsovertakelser ved å forebygge omsorgssviktsituasjoner ved hjelp av hjelpetiltak. Dette kan være vanskelig på grunn av landenes ulike kulturelle og religiøse bakgrunn.

Imidlertid åpner BK for at det offentlige kan gjøre inngripen i familien og skille barn og foreldre dersom barnet lever i en omsorgsvikt situasjon med for eksempel barnemishandling. I BK art. 19 nr. 1 heter det blant annet at statene har plikt til å beskytte barnet mot all form for fysisk, psykisk og seksuell utnyttelse eller mishandling. FNs komité for barns rettigheter har presisert at konvensjonen ikke tillater noen form for vold mot barn, og at all form for fysisk avstraffelse er konvensjonsstridig.⁵²

Dette viser at barnets rett til omsorg etter BK art. 7 og hva som er til barnets beste etter art. 3 veier tyngre enn hensynet til å beskytte forholdet mellom barn og foreldre etter art. 9.

I BK art. 3 nr. 2 understrekes det at det skal legges avgjørende vekt på barnets beste vurderinger. Norge har også blitt kritisert av FNs barnekomité nettopp for mangelfulle barnets beste vurderinger.

Fra norsk side skal det nå settes i gang et arbeid for å se til at norsk lov er i overensstemmelse med BK. Det gjøres ikke rede for dette arbeidet i denne oppgaven.

⁵¹ Merknader til FNs komité for barns rettigheter (2005) avsnitt 23 og 24.

⁵² Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child s. 265.

6 PRINSIPPENES RETTSLIGE BETYDNING ETTER BVL. § 4-12

I denne delen av oppgaven drøftes hvilken rettslig betydning det mildeste inngreps prinsipp, barnets beste prinsipp og det biologiske prinsipp har ved sak om omsorgsovertakelse etter § 4-12. Deretter drøftes spørsmålet om hvor reelt det er med brukermedvirkning ved omsorgsovertakelse etter § 4-12.

6.1 Det mildeste inngreps prinsipp

Problemstillingen er hvilken rettslig betydning det mildeste inngreps prinsipp har etter bvl. § 4-12?

For det første har det mildeste inngreps prinsipp betydning ved at ligger til grunn for og kommer til anvendelse ved visse tiltak etter bvl., herunder ved tvangstiltak etter § 4-12.

I forarbeidene til bvl. av 1953 uttaler lovgiver seg spesifikt om omsorgsovertakelse og sier at i

*”motsetning til det syn som ligger til grunn for verjerådsloven, bør en etter komitéens mening i det lengste ved åtgjerder som står til rådighet søke å hindre at barnet blir skilt fra heimen.”*⁵³

I vergerådsloven var borttaking av barn fra hjemmet et vanlig tiltak. Lovgiver har ved overnevnte uttalelse ønsket å bryte med tidligere praksis.

Forarbeidene til bvl. av 1992 kommer ikke med en tilsvarende klar uttalelse ved omsorgsovertakelse.

Generelt uttaler lovgiver at

*”bruk av tvang skal som i dag bare være aktuelt dersom hjelpetiltakene ikke fører fram, eller det må anses nytteløst å forsøke med slike tiltak.”*⁵⁴

⁵³Innstilling barnevernkomitéen (1951) s. 38

⁵⁴Ot. prp. nr. 44 (1991-92) s. 7

Begrunnelsen er hensynet til at barn og foreldre ikke skal utsettes for et så strengt tiltak som omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-12 hvis tiltaket ikke er nødvendig. For barnevernet innebærer prinsippet at de må vise forsiktighet med hensyn til å treffe vedtak etter § 4-12. Hverken i forarbeidene til gammel eller ny bvl. nevnes prinsippet ved navns nevning, men det fremgår av teksten. Både lovforarbeider og høyesterettspraksis understreker som nevnt tidligere betydningen av at omsorgsovertakelse bør være siste utvei og hjelp skal gis i hjemmet. Hvis omsorgssituasjonen i hjemmet er mangelfull, så skal mangelen søkes utbedret ved tiltak i hjemmet.

For det andre har prinsippet betydning ved tolkingen av bvl. § 4-12. Ved tolkingen av bvl. § 4-12 innebærer det mildeste inngreps prinsipp at vilkåret om nødvendighet må tolkes strengt, og derigjennom begrenser prinsippet barnevernets adgang til å treffe vedtak om omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-12. Ved spørsmål om omsorgsovertakelse etter bvl.

§ 4-12 taler det mildeste inngreps prinsipp for at barnet blir boende hos foreldrene. Sett med foreldrenes øyne er nok det mildeste inngrep at barnet blir boende hjemme. Men det kan tenkes at også fra barnets ståsted så kan det å bli boende hjemme være det mildeste inngrep. Det kan være tilfelle dersom barnet ikke ønsker å flytte. Det kan være mange grunner til det, for eksempel kan barnet ha et ønske om å bo sammen med foreldrene, ikke skilles fra venner og nærmiljø, skole etc.

For det tredje kan det mildeste inngreps prinsipp ha betydning ved den skjønnsmessige vurderingen av om tiltak er nødvendig etter bvl. § 4-12 2. ledd 2. pkt. Hensynet til det mildeste inngreps prinsipp taler mot omsorgsovertakelse dersom barnet kan gis tilfredsstillende omsorg i hjemmet ved hjelp av hjelpetiltak.

På den annen side taler det for omsorgsovertakelse dersom en rekke tiltak er utprøvd uten ønsket resultat. Utgangspunktet er at hvis mildere inngrep er forsøkt, så har barnevernet hjemmel til inngripen.

Ved vedtak om omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-12 må det tas hensyn til at vedtaket må være ”nødvendig i et demokratisk samfunn” etter EMK art. 8 nr. 2. Nødvendighetskriteriet i de respektive bestemmelser samsvarer med hverandre. EMK legger stor vekt på det mildeste inngreps prinsipp.

6.2 Barnets beste prinsipp

Problemstillingen er hvilken rettslig betydning barnets beste prinsipp kan ha ved en sak om omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-12?

Prinsippet har betydning ved at det ligger til grunn for barnevernslovens bestemmelser, inkludert § 4-12. Ved barnets beste vurdering etter bvl. § 4-12 er det hensynet til barnets interesser som legges til grunn for vurderingen. Det er ikke nok at det beste for barnet er omsorgsovertakelse. Barnets beste er ett av flere vilkår må være oppfylt for at fylkesnemnda kan treffe vedtak om omsorgsovertakelse.

Lovens formål støtter opp under å sikre barnets interesser ved at bvl. skal bidra til å gi barnet en trygg oppvekst, jf. bvl. § 1-1.

Prinsippet om barnets beste kan også ha betydning ved tolkingen av vilkårene i bvl. § 4-12. Utgangspunktet er at vedtak om tvangstiltak etter § 4-12 stiller strenge krav til hjemmel og tolking av vilkår. Dette med begrunnelse i legalitetsprinsippet. Imidlertid viser rettspraksis at en hjemmel kan tolkes utvidende av hensyn til barnet. Etter bvl. av 1953 § 16 a var vilkåret for omsorgsovertakelse at barnet levde under omstendigheter som satt barnets helse og/eller utvikling i fare. Bestemmelsen ble tolket utvidende og ga hjemmel for å ta nyfødte fra mødrene på sykehuset ved mistanke om at barnet kom til å oppleve omsorgssvikt når det kom hjem, ofte på grunn av rusproblematikk hos mor. Høyesterett godtok at lovens ordlyd ble tolket utvidende på bekostning av mors interesser, og det ble etablert fast praksis på området. Rt. 1986/1189 (s.1192) er et eksempel på at loven ble tolket utvidende til fordel for barnets interesser.

Videre har prinsippet om barnets beste særlig betydning ved den skjønnsmessige vurderingen av barnets beste etter bvl. § 4-12 2. ledd 2. pkt. Ved barnets beste vurdering etter § 4-12 er det barnets interesser som er hovedfokus for skjønnen. Bvl. § 4-1 angir hva lovgiver har lagt vekt på ved barnets beste vurdering. Det legges vekt på at barnet skal få en best mulig ”stabil og god voksenkontakt og kontinuitet i omsorgen”, jf bvl. § 4-1. I bestemmelsen legges det avgjørende vekt på barnets behov for omsorg. Omsorgsbehovet er av ulik karakter og varierer fra et barn til et annet. Eksempler på barns omsorgsbehov kan være behovet for generell omsorg, trygghet, fred, stabilitet og forutsigbarhet Dette samsvarer med barnets rett til omsorg fra foreldrene med hjemmel i bl. § 30.

I Rt.1994/1105 (s.1114) gir også Høyesterett uttrykk for at det er barnets beste som skal legges til grunn for vurderingen om det skal treffes vedtak om omsorgsovertakelse.

Høyesterett uttaler at

”Vurderingstemaet er altså om det er grunn til å frykte at Cs omsorgssituasjon hos moren i dag er slik at hennes fysiske eller psykiske helse eller utvikling er utsatt for skade eller alvorlig fare. Blir svaret på dette spørsmålet ja, oppstår spørsmålet om en tvangsmessig endring av omsorgssituasjonen vil kunne volde barnet en like stor eller endog større skade, slik at omsorgsovertakelsen ut fra hensynet til barnet beste likevel ikke bør opprettholdes...”

Det må stilles spørsmål om hvilken effekt omsorgssituasjonen har på barnets fysiske og psykiske helse. Samtidig må det stilles spørsmål om hvilken belastning en omsorgsovertakelse representerer for barnet. Dersom det å flytte fra foreldrene er mer uheldig for barnet enn å bli boende taler dette mot en omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-12, selv om barnet ikke får god nok omsorg hjemme.

Videre har prinsippet om barnets beste betydning ved den ved den skjønnsmessige vurdering etter § 4-12. Utgangspunktet ved barnets beste vurdering er at det er barnets behov som er i sentrum for den skjønnsmessige vurderingen, ikke foreldrenes interesser og ønsker, jf. bvl. § 4-1.

Dette stemmer også overens med at Sosiallovutvalget i sin innstilling gir uttrykk for at

”man skal bare trekke inn momenter som er av betydning for barnet, og ikke legge vekt for eksempel på hensynet til foreldrene.”⁵⁵

I Rt. 1982/764 gjaldt omsorgsovertakelse i en familie hvor barnet og foreldrene var psykisk utviklingshemmede, og i tillegg slet mor med følelsesmessige problemer som ikke kunne antas å ha sammenheng med utviklingshemningen.

⁵⁵ NOU 1985:18 s. 45

Advokaten la i sin prosedyre vekt på at også psykisk utviklingshemmede har rett til familieliv med egne barn som alle andre. Argumentene førte ikke frem. Høyesterett la avgjørende vekt på hva som var til barnets beste, og at det nettopp var beskyttelsen av barnets interesser som tillegges størst vekt og ikke hensynet til foreldrene. Omsorgsovertakelsen ble opprettholdt.

I Rt. 1984/77 (s.81) understrekes det at foreldrene ikke har en vernet egeninteresse på bekostning av barnets interesser.

Imidlertid kan man i tvilstilfelle trekke inn hensynet til foreldrenes interesser og andre hensyn ved barnets beste vurdering etter § 4-12. Dette kan vel også leses ut av komitéarbeidet forut for BK ved valget av ordene "a primary consideration" i stedet for bestemt form "the primary consideration".⁵⁶ Adgangen til å legge vekt på andre hensyn enn barnets interesser ved skjønnsutøvelsen fastslås også gjennom rettspraksis. Uansett må foreldrenes interesser tillegges mindre vekt enn barnets interesser ved den skjønsmessige vurderingen i bvl. § 4-12.

Norge har blitt kritisert av FNs barnekomité for mangelfulle barnets beste vurderinger.

Lucy Smith uttrykker bekymring for at foreldrenes rettigheter igjen skyves foran hensynet til barnets beste, jf. artikkelen "Barnets beste- eller foreldrenes?".⁵⁷ Smith henviser til Høyesterettsdom av 20. desember 1990. I dommen, som gjaldt en adopsjonssak, ble vedtak om fratakelse av foreldreansvar opphevet.

Dommen er av interesse fordi Høyesterett uttaler seg prinsipielt om barnets beste ved å uttale at "Det er ikke nok at det etter en interesseavveining fremstår som den beste løsning for barnet". Det må ifølge Høyesterett noe mer til, en kvalifisert sannsynlighetsovervekt for at adopsjon er det beste for barnet. Riktig nok handler dommen om tvangstiltaket adopsjon, men den reiser et sentralt spørsmål som også kan ha relevans og overføringsverdi ved et tvangstiltak om omsorgsovertakelse etter § 4-12.

⁵⁶ Komitéarbeidet forut for BK

⁵⁷ Lov og rett (1991) Smith s. 193

Hvor mye må til for at omsorgsovertakelse ansees å være den beste løsningen for barnet? Etter dette tenker jeg at dersom vilkårene er oppfylt etter barnets beste vurdering og for øvrig etter bvl. § 4-12 1. og 2. ledd så er barnet i en meget alvorlig omsorgssviktsituasjon, og at det er avgjørende for barnets nåværende situasjon og fremtid at noe skjer raskt i forhold til barnets situasjon. Barnets beste vurdering dreier seg nettopp om barnet faktisk får den omsorg det har krav på, og hvis så ikke er tilfelle og vilkårene i bestemmelsen er oppfylt så er omsorgsovertakelse etter § 4-12 et alternativ. Overnevnte understreker betydningen av at barnets interesser er det mest avgjørende og tungtveiende argument ved barnets beste vurdering, og viktigheten av at det gjennomføres og tas på alvor i praksis. For øvrig ivaretas barnets beste av BK art. 3 nr. 2. Det må ved anvendelse av barnets beste prinsipp ved omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-12 tas hensyn til BK art. 3 nr. 2.

6.3 Det biologiske prinsipp

Problemstillingen er hvilken rettslig betydning kan det biologiske prinsipp ha i barnevernssaker om omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-12?

For det første har det biologiske prinsipp betydning i barnevernssaker som begrunnelse for bvl. § 4-12.

I lovforarbeidene til bvl. av 1953 heter det at

”et barn er likevel som oftest knyttet til heimen – far, mor, og søsken – med så sterke følelsesmessige bånd, at det kan føre til alvorlige psykologiske skader for barnet om disse bånd blir revet over.”

Lovgiver bruker sterke ord for å understreke betydningen av at barn vokser opp i den familie de er født inn i, og at bort taging av barnet fra hjemmet kan være direkte skadelig. Begrunnelsen lå i hensynet til barnet. Dette i kontrast med den tidligere vergerådsloven hvor borttaging av barn var vanlig.

I forarbeidene til bvl. av 1992 gis det uttrykk for at

”det er et grunnleggende prinsipp i vårt samfunn at foreldrene selv sørger for sine barn. Selv om det påvises svikt hos foreldrene i deres forhold til barna – kanskje problemer av alvorlig karakter – er utgangspunktet derfor at problemene primært bør søkes bedret ved hjelpetiltak. Et annet utgangspunkt ville bryte radikalt med de normer og verdisynspunkter, og forutsette en helt annen samfunnsstruktur enn det vi har i dag. Dette betyr ikke i seg selv en nedprioritering av barnets interesser. Det er sterke følelsesmessige bånd mellom foreldre og barn og disse er det grunn til å bevare og styrke.”⁵⁸

Prinsippets betydning understrekes ved at en enstemmig Stortingskomité uttaler at

”det er viktig at de tiltak som barnevernet må igangsette for barnets del, ikke utformes på en måte som unødvendig bryter bånd mellom barn og biologiske foreldre.”⁵⁹

Ny bvl. modererer betydningen av det biologiske prinsipp noe ved at det åpnes for sekundære løsninger som hjelpetiltak, men også her understrekes betydningen av at barnet bør bo og vokse opp hos sine biologiske foreldre. Begrunnelsen ligger i hensynet til både barn og foreldre. Dette innebærer at prinsippet fremdeles skal tillegges stor vekt ved et eventuelt vedtak om omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-12.

For det andre har det betydning ved tolkingen av bvl. § 4-12. I Rt. 1982/764 (s.770) la Høyesterett til grunn at hensynet til det biologiske prinsipp medfører at de materielle vilkårene ved inngrep må tolkes strengt. I samme dom ble for første gang gitt klart uttrykk for det biologiske prinsippets betydning som utgangspunkt for bvl. ved uttalelsen ”barn skal vokse opp hos sine biologiske foreldre”.

⁵⁸ NOU 1985:18 s.157, Ot. prp. nr. 44 (1991-92) s.41

⁵⁹ Innst. O. nr. 80 (1991-92) s. 6

Høyesterett legger videre til grunn at det skal mye til for å fjerne barna fra hjemmet etter bvl. § 4-12. Nyere rettspraksis støtter opp under dette.

For det tredje har det betydning ved skjønnsutøvelsen, og da særlig ved vurderingen av hva som er barnets beste i bvl. § 4-12 2. ledd. Bestemmelsen sier ikke noe konkret om det biologiske prinsippets betydning ved skjønnsutøvelsen, men prinsippet er innfortolket i barnets beste vurdering i 2. ledd 2. pkt. I loven understrekes det at ved vurderingen av om et tiltak er til barnets beste skal det legges vekt på barnets behov for å vokse opp i omgivelser med ”stabil og god voksenkontakt”, jf. bvl. § 4-1 2. pkt. I lovens ordlyd står det ikke noe om at voksenkontakten må være med foreldrene, men i forarbeidene til bvl. fremheves ”betydningen av kontakt med de biologiske foreldre”.⁶⁰

Dessuten understrekes barnets behov for ”kontinuitet i omsorgen”. Ved en sak om omsorgsovertakelse etter § 4-12 trekkes hensynet til barnets behov for kontinuitet i omsorgen i retning av at det ikke blir truffet vedtak om omsorgsovertakelse dersom barnet bor hjemme. På den annen side taler hensynet til barnets behov for omsorg til fordel for omsorgsovertakelse dersom barnet ikke får god nok omsorg hjemme.

Det kan være en reell fare ved å legge for stor vekt på det biologiske prinsipp at barn som lever med alvorlig omsorgssvikt blir boende for lenge i foreldre hjemmet før det tas ut.

Bakgrunnen er at det biologiske prinsipp ikke bare støtter opp under barnets interesser, men det fremmer også foreldrenes. Av denne grunn kan ikke prinsippet automatisk gis stor vekt. Det må gjøres en konkret vurdering i det enkelte tilfelle av om det biologiske prinsipp støtter opp under hva som er det beste for barnet. Dette innebærer at prinsippet ikke kan være et like tungtveiende argument for alle barn i alle saker, men at den betydning prinsippet får varierer fra sak til sak.

For barnevernets del innebærer det biologiske prinsipp at barnevernet må utøve forsiktighet med hensyn til å treffe vedtak om omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-12.

For øvrig må fylkesnemnda ta hensyn til at det biologiske prinsipp ivaretas av EMK art. 8 nr. 1 om retten til familieliv når den skal treffe vedtak om omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-12.

⁶⁰ Innst. O. nr. 80 (1991-92) s. 13

Etter min mening er det etter dette på det rene at det kan være en reell fare for at barn blir boende hjemme for lenge med begrunnelse i det biologiske prinsipp og til tross for at omsorgen ikke er god nok. I hvilken grad en skal vektlegge det biologiske prinsipp mener jeg etter dette bør avhenge av om det er i barnets interesse at det biologiske bånd skal beskyttes, og ikke i foreldrenes. Dessuten må det foretas en konkret vurdering av det enkelte barns omsorgssituasjon. Dersom det viser seg at barnet ikke får god nok omsorg, bør hensynet til barnets rett til tilfredsstillende omsorg gå foran det biologiske prinsipp. Jo mer mangelfull barnets omsorgssituasjon er, desto mindre vekt bør det legges vekt på det biologiske prinsipp.

6.4 Brukermedvirkning

Et spørsmål som kan stilles er hvor reelt det er med brukermedvirkning ved omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-12? Jeg velger å drøfte spørsmålet opp mot alvorlig omsorgssvikt etter 1. ledd alternativ a.

Foreldreløse barn

Dersom barnet er foreldreløst er spørsmålet om brukermedvirkning fra foreldrenes side uaktuelt i og med at foreldrene ikke lever. Det kan være aktuelt med brukermedvirkning dersom andre har overtatt omsorgen for barnet. Det avgrenses mot å gå nærmere inn på dette her, i og med at oppgaven primært er ment å dekke forholdet mellom barn og biologiske foreldre.

Umodne foreldre/ Foreldre med store personlige problemer

Når det gjelder barn med såkalt umodne foreldre, som for eksempel er tilbakestående, eller foreldre med store personlige problemer, som for eksempel av fysisk, psykisk eller rusrelatert karakter, vil et sentralt spørsmål være om det er praktisk mulig å få til brukermedvirkning.

De aller fleste har nok et behov for å bli hørt, men forhold hos bruker som manglende personlige, helsemessige ressurser, sykdom eller rus kan være et hinder for brukerens deltakende og aktive medvirkning. Andre brukere ønsker muligens ikke å medvirke.

Det kan være at foreldrene er i en situasjon hvor omsorgen skal fratras dem, og de ikke er enig i omsorgsovertakelsen. Det er gjerne mer sannsynlig at bruker ikke føler at vedkommende har hatt en reell innflytelse på saken ved et tvangstiltak etter bvl. § 4-12 enn ved et frivillig tiltak.

Fattige foreldre

I forarbeidene understreker lovgiver at tiltak som omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-12 ikke er ment å skulle ramme foreldre som sliter med å gi barnet god nok omsorg på grunn av fattigdom. Disse foreldrene skal tilbys økonomisk hjelp. Dette understøttes av rettspraksis. Det er her muligens brukermedvirkning kan fungere som et verktøy til å komme i dialog med foreldrene for å finne ut om barnets manglende omsorg skyldes dårlig økonomi.

En tanke kan være at prinsippet om brukermedvirkning muligens kan innfortolkes i nødvendighetskriteriet i bvl. § 4-12 2. ledd ved tolkingen av det mildeste inngreps prinsipp. Når det gjelder det mildeste inngreps prinsipp kan prinsippet om brukermedvirkning være en nøkkel for å unngå at barnevernet iverksetter strengere tiltak enn nødvendig. For at det mildest inngreps prinsipp skal kunne anvendes på en formålstjenlig måte er det en forutsetning at partene, foreldre og barn- i brukermedvirkningsperspektiv kalt brukere, kommer i dialog. Dersom partene ikke kommuniserer, så er det ingen brukermedvirkning og uten dialog vil det kunne være vanskelig om enn ikke umulig å bestemme hvorvidt mindre inngripende løsninger enn omsorgsovertakelse etter § 4-12 er en mulighet, og gjennom det ivaretas heller ikke barnets rett til omsorg på en god nok måte.

Også ved barnets beste vurdering kan prinsippet om brukermedvirkning ha en funksjon ved at barn og foreldre får en reel mulighet til å fremme sine ønsker og behov.

Med hjemmel i barnekonvensjonen gis barn en rekke rettigheter blant annet retten til omsorg, respekt, innflytelse, det å ha egne meninger med mer. Vi ser at barnet gis rett til innflytelse både på individuelt og kollektivt nivå.

Ved å fremme viktigheten av at barnevernet er i dialog med brukeren og at brukeren involveres er et steg på veien mot reel brukermedvirkning i hele saksbehandlingsprosessen ved vedtak om omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-12.

Dessuten kan brukeren komme bedre ut av et § 4-12 tiltak dersom de har fått en følelse av å delta aktivt i prosessen, ikke bare være passive tilskuere. For at brukeren skal kunne delta i prosessen på en tilfredsstillende måte er det viktig å skape en så god ramme som mulig rundt en særlig sensitiv situasjon.

Barnevernet har stor makt. Konsekvensen kan være at foreldre og barn blir redd for å vekke misnøye hos den som behandler saken, vegrer seg for å være åpne, og at det hindrer en god dialog og løsninger til beste for barnet.

Poenget med brukermedvirkning er nettopp at barn og foreldre blir sett, hørt og tatt på alvor i de ulike faser av saken etter § 4-12.

7 AVSLUTNING

Både BK art. 7 nr.1, art. 3 og bl. § 30 hjemler barnets uttrykkelige rett til omsorg. EMK hjemler ikke en tilsvarende klar rett til omsorg for barnet, men en mer generell rett til familieliv i EMK art. 8 nr. 1. Før vedtakelsen av FNs barnekonvensjon var barnet beskyttet av menneskerettighetene og annen nasjonal lovgivning. Men EMK dekket ikke barnets særskilte behov fullt ut. Vedtakelsen av barnekonvensjonen var et viktig ledd i å styrke barnets rettigheter, og norske domstoler ble forpliktet til å etterleve BKs artikler på lik linje med EMK sine bestemmelser.

I forarbeidene presiseres det at ikke nødvendigvis er motstrid mellom BK art. 3 og EMK selv om BK legger mer åpenlyst vekt på barnets beste.⁶¹ Det kan vel stilles spørsmålstegn ved hvorfor barnets rettigheter ikke på en klarere måte er definert etter EMK og derved ivaretas etter EMD sin praksis. På den annen side er det tradisjon for at landene etterlever anbefalingene fra FNs barnekomité.

Det kan være vanskelig å trekke generelle slutninger med hensyn til grensene for omsorgsovertakelse etter § 4-12, da lovgiver har utformet omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-12 som en kan-regel, gitt fylkesnemnda diskresjonær kompetanse og på den måte har bestemmelsen fått en skjønnsmessig karakter.

Når det gjelder 1. ledd er det alternativ a som er mest anvendt i praksis. Etter Høyesterettspraksis viser det forhold at foreldrene misbruker rusmidler, tidligere har misbrukt rusmidler eller lever sammen med en som gjør at det ikke skal mye til før foreldrene blir fratatt barnet.

Når foreldrene har mangelfulle personlige forutsetninger for å kunne gi barnet tilstrekkelig omsorg, for eksempel at de er lettere tilbakestående, kan det virke som om barnevernet strekker seg langt med hensyn til å iverksette hjelpetiltak.

Dette gjelder også ovenfor foreldre som har barn med fysiske /psykiske problemer som krever særlig omsorg etter alternativ b.

⁶¹ NOU 2000:12 s. 289 avsnitt 18.3

Imidlertid setter Høyesterett en grense for omfanget av hjelpetiltak en familie kan motta. Dersom omfanget av hjelpetiltak overskrider en normal familiesituasjon taler det for omsorgsovertakelse.

Når det gjelder barnemishandling etter alternativ c så finnes det lite rettspraksis å vise til. Dette kan skyldes at mørketallene er høye, fordi det skjer i det skjulte og kan være vanskelig å oppdage. Dessuten kan det være at barnemishandling fanges opp av andre lovbestemmelser. Når det gjelder alternativ d dekkes omsorgssvikten som oftest av alternativ a.

I utgangspunktet stemmer bvl. § 4-12 overens med EMK art. 8. I Rt. 2002/875 (s.879) uttaler Høyesterett at

”Jeg kan ikke se at de rettigheter som følger av EMK art. 8 går lenger eller er andre enn det som følger av de strenge vilkår for omsorgsovertakelse etter bvl.”

Imidlertid er det visse ulikheter. Bvl. og BK har hovedfokus på barnet og barnets interesser. Det er i alle fall ment å skulle være slik. EMK ivaretar både barnets og foreldrenes interesser.

Ved nødvendighetsvurderingen virker det som om EMK i større grad enn nasjonal rett tar hensyn til det mildeste inngreps prinsipp.

Prinsippene om det mildeste inngrep, det biologiske og barnets beste tillegges stor vekt både ved tolkingen og skjønnsutøvelsen ved spørsmål om det skal treffes vedtak om omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-12. Men en konkret skjønnsmessig vurdering særlig av det mildeste inngreps prinsipp og det biologiske prinsipp mangler ofte i praksis, mens barnets beste vurdering fremkommer hyppigere.

Når det gjelder hjelpetiltak viser rettspraksis at dersom foreldrene har samarbeidsvilje og evne taler dette mot omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-12.

Det at omsorgsovertakelse oppleves ofte både dramatisk og traumatisk av både foreldre og barn viser vel at det er et behov for et bedre samarbeid mellom bruker og barnevernet. Brukermedvirkning kan være et godt hjelpemiddel for gjennomføre dette.

Rettstilstanden for omsorgsovertakelse er godt avklart, på grunn av antallet saker som har vært oppe for Høyesterett. Dessuten klarlegges rettstilstanden ytterligere ved domsavsigelser fra EMD.

Faktum er at EMD har opplevd et stadig økende antall klagesaker. Årsakene er flere, men har nok sammenheng med den økte oppmerksomheten omkring menneskerettigheter i media og blant folk flest og ikke nødvendigvis at det begås flere overgrep enn før.

Litteraturliste

Backer, Inge Lorange (1982), Barneloven kommentarutgave, Oslo: Universitetsforlaget.

Boe, Erik (1993), Innføring i juss bind 2, Oslo: Tano.

Eckhoff, Torstein (2001), Rettskildelære, 5. utg. ved Jan E. Helgesen, Oslo: Universitetsforlaget.

Eckhoff, Torstein og Eivind Smith (2006), Forvaltningsrett, 8.utg., Oslo: Universitetsforlaget.

Freeman, Michael (2007) Article 3. The Best Interests of the child. A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the child, Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers.

Holgersen, Gudrun og Marianne Tellefsen (2003), Barnet og loven, lovtekster og kommentarer for deg som arbeider med barn, Oslo: Kommuneforlaget AS.

Holmstedt, Marie-Louise (2005), Barnevern 2005-2007, Oslo.

Lindeboe, Knut (2006), Barnevernloven, 5.utg., Oslo: Gyldendal Norske Forlag.

Lindeboe, Knut (2003), Barnevernrett, 4. utg., Oslo: Universitetsforlaget.

Redd Barna (1993), Barnekonvensjonen, Rettigheter for barn i Norge, Oslo: Tano.

Møse, Erik (2002), Menneskerettigheter, Oslo: Cappelens Akademiske Forlag.

Ofstad, Kari og Randi Skar (2004), Barnevernloven med kommentarer, 4.utg., Oslo: Gyldendal Norske Forlag.

Sandberg, Kirsten (2003), Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse, 1.utg., Oslo: Gyldendal Norske Forlag.

Seim, Sissel og Tor Slettebø (red.)(2007), Brukermedvirkning i barnevernet, Oslo: Universitetsforlaget.

Slettan , Svein og Torill Marie Øie (1997), Forbrytelse og straff, Oslo: Tano.

Smith, Lucy og Peter Lødrup (2006), Barn og Foreldre, 7. utg., Oslo: Gyldendal Norske Forlag AS.

Tjomsland, Reidar (red) (2003), Barnevern og omsorgsovertakelse, 2. utg., Oslo: Kommuneforlaget.

Forarbeider

Innstilling for Barnevernkomiteen. 1. Lov om barnevern av 17. juli 1953 nr. 14. Komiteen oppnevnt ved kongelig resolusjon 7. november 1947 (Levert 1951).

NOU 1977: 35 Lov om barn og foreldre.

Ot. prp. nr. 62 (1979-80) Om lov om barn og foreldre.

Innst. O. nr. 30 (19980-81) Om lov om barn og foreldre.

NOU 1982: 26 Barnemishandling og omsorgssvikt.

NOU 1985:18 Lov om sosiale tjenester.

Ot. prp. nr. 8 (1986-87) Om endring av barneloven § 30.

Ot. prp.nr. 44 (1991-92) Om lov om barneverntjenester.

Innst. O. nr. 80 (1991-92) Om lov om barneverntjenester.

Etterarbeider

NOU 2000: 12 Barnevernet i Norge (Befringutvalget)

Høyesterettspraksis

Rt. 1982/764

Rt. 1982/770

Rt. 1984/77

Rt. 1986/1189

Rt. 1994/568

Rt. 1994/1105

Rt. 1995/350

Rt. 1995/447

Rt. 1995/530

Rt. 1996/1203

Rt. 1999/1883

Rt. 2002/327

Rt. 2002/875

Rt. 2004/1683

Rt. 2005/1567

Rt. 2006/953

Praksis fra EMD

Olsson v. Sverige (1988)

Johansen v. Norway (1996)

Kutzner v. Tyskland (2002)

Tidsskrifter

Lov og rett (1991) Smith, Lucy: Barnets beste eller foreldrenes? s. 193

Offentlige dokumenter

Avsluttende merknader fra FNs komite for barns rettigheter 2005

Dokument i FN- CRC/15 Add. 262 (Regjeringen.no)

Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child (2002)

Committee on the Rights of the Child, Thirty-seventh session, Pre-sessional Working Group 7-11 June 2004.

Andre kilder

<http://www.lovdatab.no/avg/emdn/>

www.ssb.no