

Prinsippet om barnets beste
- særlig om prinsippets betydning for forståelsen av
barnevernloven § 4-21 om opphevelse av omsorgsvedtak



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 574

Leveringsfrist: 25.11.2009

(* regelverk for masteroppgave på:

<http://www.jus.uio.no/studier/regelverk/master/eksamensforskrift/kap6.html>)

Til sammen 15062 ord

23.11.2009

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Oppgavens tema og tolkingsspørsmål	1
1.2	Avgrensninger	3
1.3	Opplegget videre	3
<u>2</u>	<u>RETTSKILDER</u>	<u>4</u>
2.1	Grunnlov og formell lov	4
2.2	Forarbeider	4
2.3	Rettspraksis	5
2.4	Fylkesnemndpraksis	6
2.5	Internasjonale menneskerettighetskonvensjoner	6
2.6	Juridisk teori	7
<u>DEL 1</u>		<u>8</u>
<u>3</u>	<u>GENERELT OM PRINSIPPER</u>	<u>8</u>
3.1	Andre sentrale prinsipper i barnevernsretten	8
3.1.1	Legalitetsprinsippet	9
3.1.2	Det mildeste inngreps prinsipp	10
3.1.3	Det biologiske prinsipp	11
<u>4</u>	<u>PRINSIPPET OM BARNETS BESTE</u>	<u>12</u>

4.1	Innledning	12
4.2	Forskjellige måter å forstå prinsippet om barnets beste på	13
4.2.1	Som en biologisk presumsjon	13
4.2.2	Som et stabilitetshensyn	16
4.2.3	Som en prioritering av barnets interesser	19
4.3	Prinsippets rettslige funksjoner	20
4.3.1	Hensyn bak loven	20
4.3.2	Reelt hensyn og tolkningsprinsipp	22
4.3.3	Hensyn ved skjønnsutøvelse	24
4.3.4	Lovbestemt vilkår	25
4.4	Barnets beste i Barnekonvensjonen og EMK	26
4.4.1	Barnekonvensjonen artikkel 3	26
4.4.2	EMK artikkel 8 og EMDs praksis	28
4.5	Barns uttalelserett	31
DEL 2		33
5	<u>VEDTAK OM OPPHEVELSE AV OMSORGSVEDTAK</u>	33
5.1	Generelt om barnevernloven	33
5.1.1	Barnevernlovens systematikk	33
5.1.2	Den historiske bakgrunnen for barnevernloven § 4-21	34
5.2	Materielle vilkår for opphevelse av omsorgsvedtak	36
5.2.1	Omsorgsovertakelse	36
5.2.2	Paragraf 4-21 første ledd	37
6	<u>"BARNETS BESTE" I § 4-21 FØRSTE LEDD FØRSTE PUNKTUM</u>	42
6.1	Innledning og presentasjon av tolkningsspørsmålet	42
6.2	Rettspraksis	43
6.2.1	Innledning	43

6.2.2	Usikker fosterhjemsplassing	44
6.2.3	Lojalitetskonflikt	48
6.2.4	Barnets egen mening	50
6.3	Konklusjon	50
<u>7</u>	<u>AVSLUTNING</u>	<u>52</u>
7.1	Oppsummering	52
7.2	Egne betraktninger rundt prinsippet om barnets beste	53
<u>8</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>54</u>

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema og tolkingsspørsmål

Hovedtema for denne oppgaven er prinsippet om barnets beste. Prinsippet om barnets beste er det mest sentrale prinsippet i barnevernsretten. I sin kjerne innebærer prinsippet at man skal legge avgjørende vekt på å finne frem til det alternativet som på best mulig måte fremmer barnets interesse i det enkelte tilfellet. Prinsippet danner både bakgrunnen og utgangspunktet for barnevernloven¹ og er eksplisitt nedfelt i lovens § 4-1. Prinsippet om barnets beste har dermed stor betydning for hvordan de ulike bestemmelsene i barnevernloven forstås og anvendes.

Opgaven er todelt. Første del av oppgaven er en nærmere redegjørelse av prinsippet om barnets beste i et barnevernrettslig perspektiv. En del av redegjørelsen vil fokusere på det innholdsmessige i prinsippet om barnets beste og hvordan dette kan forstås på tre forskjellige måter;

- (1) som en biologisk presumsjon,
- (2) som et stabilitetshensyn og
- (3) som en prioriteringsstandard av barnets interesser.

Disse tre måtene å forstå prinsippet på kommer i ulik grad til uttrykk i barnevernloven og sier dermed noe om hva prinsippet om barnets beste innebærer etter gjeldende rett.

Jeg vil også se på de forskjellige rettslige funksjoner prinsippet kan ha. Prinsippet om barnets beste er for det første et grunnleggende hensyn bak barnevernloven og det kommer av den grunn inn som et reelt hensyn eller tolkningsprinsipp ved lovtolkning av

¹ Lov om barnevernstjenester (barnevernloven, bvL.) av 17. juli 1992 nr. 100

bestemmelsene i loven. Videre fremgår det av bvl. § 4-1 at barnets beste er et sentralt hensyn ved skjønnsmessige vurderinger i barnevernssaker. Barnets beste er også et lovfestet vilkår for tvangsadopsjon etter bvl. § 4-20.

Også Barnekonvensjonen² artikkel 3 og EMD³s praksis etter EMK⁴ artikkel 8 viser at barnets beste skal tillegges stor vekt. Blant annet følger det av Barnekonvensjonen artikkel 12 at barn har rett til å uttale seg. Det samme følger av barneloven § 31⁵ og barnevernloven § 6-3. Barns uttalellesrett er et viktig moment i barnets beste-vurderingen. Det vil i oppgaven bli redegjort for hvordan prinsippet om barnets beste kommer til uttrykk i Barnekonvensjonen og EMDs praksis, samt barns uttalellesrett.

I forbindelse med oppgavens del 1 vil jeg for sammenhengens skyld kort behandle de andre sentrale prinsippene i barnevernsretten; legalitetsprinsippet, det mildeste inngreps prinsipp og det biologiske prinsipp.

Første del av oppgaven danner grunnlaget for oppgavens del 2. Del 2 av oppgaven er en drøftelse av hvilken betydning prinsippet om barnets beste har for forståelsen av bvl. § 4-21 om opphevelse av omsorgsvedtak. Nærmere bestemt vil jeg se på et konkret tolkningsspørsmål relatert til § 4-21 første ledd første punktum.

En forutsetning for at det kan reises sak etter § 4-21 er at det foreligger et opprinnelig omsorgsvedtak. Paragraf 4-12 gir hjemmel til å fatte vedtak om omsorgsovertakelse for barn som utsettes for alvorlig omsorgssvikt, omsorgsovertakelsen må i tillegg være til barnets beste. Omsorgsovertakelse er i utgangspunktet ment som et midlertidig tiltak og vilkår for opphevelse av tiltaket reguleres som nevnt av § 4-21. Det følger av hovedregelen i § 4-21 første ledd første punktum at;

² FNs barnekonvensjon om barnets rettigheter (Barnekonvensjonen)

³ Den Europeiske Menneskerettsdomstol (EMD)

⁴ Den Europeiske Menneskerettskonvensjon (EMK)

⁵ Lov om barn og foreldre (barneloven, bl.) av 8. april 1981 nr. 7

”Fylkesnemnda skal oppheve et vedtak om omsorgsovertakelse når det er overveiende sannsynlig at foreldrene kan gi barnet forsvarlig omsorg.”

Etter ordlyden innebærer bestemmelsen en plikt til å oppheve omsorgsovertakelse når vilkåret i første punktum er oppfylt. En antitetisk tolkning skulle tilsi at hvis foreldrene ikke kan gi barnet forsvarlig omsorg – så skal tilbakeføring ikke skje. Mitt tolkningsspørsmål er om prinsippet om barnets beste sammen med andre rettskilder kan tilsi at en slik forståelse av ordlyden ikke fullt ut kan legges til grunn.

1.2 Avgrensninger

Prinsippet om barnets beste har rettslig betydning både i barneretten og barnevernsretten. Barnevernsretten er en del av barneretten, men er samtidig også spesiell forvaltningsrett. I denne oppgaven har jeg valgt et barnevernrettslig utgangspunkt for oppgaven. Prinsippets betydning i barneretten ellers vil derfor ikke bli behandlet.

Jeg har valgt en analytisk tilnærming til prinsippet om barnets beste. På grunn av oppgavens omfang har jeg fokusert på å redegjøre for prinsippet om barnets beste i seg selv, mens forholdet til andre sentrale prinsipper i barnevernsretten vil ikke bli behandlet i større grad. For å gi mer dybde til oppgaven har jeg valgt å se nærmere på en konkret bestemmelse – barnevernloven § 4-21. Det er imidlertid bare § 4-21 første ledd første punktum⁶ som vil være gjenstand for drøftelsen. Unntaksregelen i første ledd annet punktum og de prosessuelle bestemmelsene i annet ledd vil ikke bli behandlet.

1.3 Opplegget videre

Redegjørelsen av prinsippet om barnets beste vil bli foretatt i del 1, punkt 4. Før jeg redegjør for prinsippet om barnets beste vil jeg begynne med å si noe generelt om prinsipper og gi en kort introduksjon av andre sentrale prinsipper i barnevernsretten i punkt

⁶ Sannsynlighetskravet i første punktum vil ikke bli behandlet.

3. I forhold til drøftelsen i del 2 er det nødvendig å gi en kort innføring i de materielle vilkårene i tilbakeføringsbestemmelsen i § 4-21. Dette vil bli gjort i punkt 5. Drøftelsen av hvilken betydning prinsippet om barnets beste har for forståelsen av barnevernloven § 4-21 vil bli foretatt under punkt 6. Men aller først vil jeg i punkt 2 si noe om de ulike rettskilder som er relevante for oppgavens problemstillinger.

2 Rettskilder

2.1 Grunnlov og formell lov

Det følger av legalitetsprinsippet, som springer ut av Grunnlovens⁷ § 96 og konstitusjonell sedvanerett at tvangsinngrep i borgernes private rettssfære krever lovhjemmel. Lovteksten har særlig stor vekt som rettskilde ved tolkning av slike bestemmelser som denne oppgaven omhandler - der det offentlige er gitt kompetanse til inngrep i foreldrenes og barns grunnleggende rettigheter.

Det er først og fremst barnevernloven som er relevant for oppgavens tema, men også barneloven og menneskerettsloven⁸ vil bli nevnt.

2.2 Forarbeider

Lovforarbeider er noe upresist sagt; dokumenter utarbeidet i forbindelse med forberedelse og vedtakelse av lover. I forarbeidene er det som oftest redegjørelser for lovens bakgrunn og formålet med de enkelte bestemmelsene. Forarbeidene har også tolkningsveiledninger for hvordan lovteksten skal forstås. Som rettskilde har forarbeidene normalt stor vekt. Vekten av uttalelser i forarbeidene vil imidlertid variere med hvem som har gitt uttalelsen, hvor gjennomtenkte de fremstår og i hvor stor grad hensynene kommer til syne⁹.

⁷ Kongeriget Norges Grundlov (Grunnloven) av 17. mai 1814

⁸ Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr. 30

⁹ Eckhoff (2000) s. 65-76, Boe (1996) s. 233-237.

I barnevernlovens forarbeider¹⁰ er hensynene bak de ulike inngrepshjemplene viet stor plass og det er i de spesielle merknadene gitt retningslinjer for lovtolkningen og skjønnsutøvelsen. Det er således grunn til å tillegge forarbeidene vekt ved tolkningen av lovens bestemmelser.

2.3 Rettspraksis

Hvilken vekt rettspraksis har i den rettslige vurdering som skal foretas vil blant annet avhenge av hvilken instans det er som har avsagt dommen. Generelt kan det sies at dommer fra Høyesterett har størst rettskildemessig vekt¹¹. Innenfor barnevernsområdet er det imidlertid relativt få saker som ender i Høyesterett. Det er likevel ikke riktig å si det slik at Høyesteretts praksis på barnevernsrettens område ikke har hatt innflytelse på hvordan barnevernloven skal forstås. Høyesterett var i stor grad vært med på å fastlegge innholdet i tilbakeføringsbestemmelsen i § 48 i den gamle barnevernloven¹² ved å tolke bestemmelsen mindre strengt enn hva lovens ordlyd skulle tilsi. Høyesterettspraksis om § 48 dannet bakgrunnen for utformingen av tilbakeføringsbestemmelse i § 4-21 i 1992-loven.

Høyesterettsdommer før 1996 er avgjort etter den gamle barnevernloven, men dommene er fremdeles relevante som rettskilde for någjeldende barnevernlov. Det følger av uttalelser både i forarbeidene og rettspraksis at rettstilstanden vedrørende tilbakeføring ikke ble endret i realiteten ved den nye loven¹³.

Jeg vil hovedsaklig benytte meg av rettspraksis fra Høyesterett og jeg vil ikke gjøre noe skille mellom rettspraksis fra 1953-loven og 1992-loven.

¹⁰ Forarbeidene til barnevernloven er: NOU 1985:18, Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) og Innst.O nr. 80 (1991-1992)

¹¹ Eckhoff (2000) s. 159-164.

¹² Lov om barnevern 17. juli 1953 nr. 14 (opphevet)

¹³ Se Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 54-55 og Rt.1996 s. 1207

2.4 Fylkesnemndpraksis

Bvl. kapittel 7 gir Fylkesnemnda for sosiale saker kompetanse til å treffe vedtak etter § 4-21 om omsorgen skal oppheves eller opprettholdes. Fylkesnemnda er et forvaltningsorgan og rettskildemessige er vekten for forvaltningspraksis mindre enn for vanlig rettspraksis. Det at fylkesnemnda er et domstolslignende organ kan tale for at det får større vekt enn det som er normalt for forvaltningspraksis. Fylkesnemndas avgjørelser er bygd opp etter samme mønster som en dom og ledes av en med dommerkompetanse, og de gjøres nå tilgjengelig hos Lovdata i anonymisert form¹⁴.

Generelt er det likevel slik at fylkesnemndpraksis ikke anses for å være en særlig tungtveiende rettskilde. På denne bakgrunn og fordi det finnes et tilfredsstillende utvalg av rettspraksis fra Høyesterett i tilknytning til § 4-21, har jeg valgt å ikke benytte meg av fylkesnemndpraksis i oppgaven. Jeg har likevel valgt å knytte noen kommentarer til fylkesnemndpraksisen, idet Fylkesnemndene er det organ som treffer flest avgjørelser etter tilbakeføringsbestemmelsen i § 4-21. I 2007 avgjorde fylkesnemndene i landet totalt 158 saker etter § 4-21¹⁵.

2.5 Internasjonale menneskerettighetskonvensjoner

De internasjonale menneskerettighetskonvensjonene får betydning for norsk rett på to måter. For det første fordi internasjonal rett anses som en relevant rettskildefaktor. For det andre så er flere av menneskerettskonvensjonene ved inkorporasjon gjort til norsk lov med forrang for formell norsk lov. Menneskerettsloven § 2 inkorporerer EMK, ØSK¹⁶, SP¹⁷ og BK i norsk rett.

¹⁴ Etter ønske fra Barne- og familiedepartementet legges fylkesnemndavgjørelser i anonymisert form ut på Lovdata. Det er et tilfeldig utvalg som legges ut. I hovedsak er det ca. hvert fjerde vedtak som blir lagt ut i tillegg til spesielt viktige saker eller saker som har fått mye mediaomtale. Det er nemndene selv som bestemmer hvilke saker de vil legge ut. I dag ligger det ute et utvalg på 634 vedtak fra tidsperioden 2002-2009.

¹⁵ Totalt innmeldte saker var 190, hvorav 32 saker ble trukket tilbake. Heggelund (2009).

¹⁶ FN's konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK)

¹⁷ FN's konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP)

Barnekonvensjonen har i artikkel 3 nr. 1 en egen bestemmelse om barnets beste og denne vil være av betydning når man skal fastlegge det nærmere innhold i prinsippet om barnets beste. EMK har ikke en egen bestemmelse om barnets beste men det følger av EMDs praksis etter konvensjonen, særlig artikkel 8, at hensynet til barnets beste skal tillegges vekt i barnevernssaker.

2.6 Juridisk teori

Juridisk teori gir anvisning på hva som antas å være gjeldende rett og betraktninger rundt hva som bør være gjeldende rett. Juridisk teori bidrar således med ulike tolkningsalternativer og kritisk refleksjon som kan danne grunnlag for rettsutvikling på de forskjellige rettsområder. I forhold til andre rettskilder som lovt tekst, forarbeider og rettspraksis er oppfatningen at juridisk teori er en mindre viktig rettskilde enn de øvrige. Torstein Eckhoff anfører at til tross for dette så har juridisk teori stor faktisk innflytelse i rettslivet¹⁸. Konkret vil vekten av den juridisk teori variere med hvor god argumentasjonen antas å være, hvor godt underbygd den er og hvorvidt den har festnet seg i juridiske kretser.

I denne oppgaven har juridisk teori vært et viktig utgangspunkt for oppgavens problemstilling. I hovedsak er det Kirsten Sandbergs doktoravhandling *”Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse”* som har gitt rammeverket for min drøftelse, samtidig som det har gitt inspirasjon til egne refleksjoner rundt tolkningsspørsmålet jeg drøfter i oppgavens del 2.

¹⁸ Eckhoff (2000) s. 270

DEL 1

3 Generelt om prinsipper

Med prinsipper siktes det ofte til uskrevne normer som er mer generelle og vagere enn rettsregler. Prinsipper omhandler gjerne grunnleggende verdier som plasseres i en normativ sammenheng. Et hovedtrekk ved alle prinsipper er at de gjelder allment og anses som et gode.

Prinsipper kan danne bakgrunnen for ulike rettsregler og de kan tjene som retningslinjer ved lovtolkning og skjønnsutøvelse av rettsreglene. Noen prinsipper kan også selv ha virkning som rettsregler, for eksempel ulovfestede forvaltningsrettslige prinsipper om krav til skjønnsutøvelsen¹⁹.

Det at noe anses som et rettslig prinsipp medfører normalt at rettsanvenderen vil ha en plikt til å legge vekt på det ved avgjørelser av rettsspørsmål på prinsippets område. Ofte vil dette innebære en kompetansebegrensning.

Det finnes også mer allmenne prinsipper som sier noe om hvilke verdier som anses som viktige. Dette blir mer å betrakte som verdiprinsipper enn rettsprinsipper. De trekkes inn i gjeldende rett som reelle hensyn, men de blir ikke av den grunn rettslige prinsipper. Det er mer riktig å betrakte de som en målestokk for bestemmelsers og avgjørelsers godhet²⁰.

3.1 Andre sentrale prinsipper i barnevernsretten

Prinsippet om barnets beste er ikke det eneste prinsippet som er sentralt i barnevernsretten. Det er hovedsaklig fire prinsipper som fremheves som sentrale i barnevernsretten:

¹⁹ Sandberg (2003) s. 35-36.

²⁰ Ibid.

- (1) prinsippet om barnets beste,
- (2) legalitetsprinsippet,
- (3) det mildeste inngreps prinsipp og
- (4) det biologiske prinsipp.

Legalitetsprinsippet, det mildeste inngreps prinsipp og det biologiske prinsipp, er alle viktige prinsipper i barnevernsretten som prinsippet om barnets beste må vurderes opp mot.

Legalitetsprinsippet og mildeste inngreps prinsipp er generelle forvaltningsrettslige prinsipper som verner borgerne mot statlige inngrep. Det biologiske prinsipp og prinsippet om barnets beste er ansett for å være mer rene barnerettslige prinsipper. Begge prinsipper gir uttrykk for verdier som har betydning utenfor rettssystemet, samtidig som de også blir tillagt rettslig betydning innenfor barnevernsretten²¹.

3.1.1 Legalitetsprinsippet

Den tradisjonelle formulering av legalitetsprinsippet er at inngrep i borgernes rettssfære krever lovhjemmel. Det følger av dette at legalitetsprinsippet for det første tjener som en skranke mot uhjemlede avgjørelser og for det andre har det betydning som tolkningsprinsipp når lover skal tolkes²².

Legalitetsprinsippet er en viktig rettssikkerhetsgaranti både for foreldrene og barnet. For det første gir det en garanti mot vilkårlige og uriktige vedtak. For det andre gir det en mulighet for å forutberegne sin rettsstilling og ut i fra dette kunne ha muligheten til å ivareta sine interesser på en forsvarlig måte. Videre gir det adgang til overordnet instans eller domstol for å overprøve vedtakets gyldighet²³.

²¹ Sandberg (2003) s. 35-36.

²² Boe (1996) s. 165.

²³ Gording Stang (1995) s. 17.

Jo mer inngripende et vedtak er, jo klarere lovhjemmel kreves det. Dette er særlig aktuelt i barnevernsretten der det fattes en rekke tvangsinngrep. Legalitetsprinsippets sentrale rolle på barnevernsrettens område kan se ut til å stenge for at man tolker de ulike tvangshjemlene utvidende. Legalitetsprinsippet er imidlertid ikke det eneste retningsgivende prinsippet i barnevernsretten og det må veies mot de øvrige prinsippene.

3.1.2 Det mildeste inngreps prinsipp

Det mildeste inngreps prinsipp går ut at man skal velge det minst inngripende tiltaket og tiltaket skal ikke vare lenger enn nødvendig²⁴.

Uttrykket *”det mildeste inngreps prinsipp”* nevnes ikke uttrykkelig i barnevernlovens forarbeider, men det fremgår at prinsippet skal legges til grunn i visse sammenhenger. I Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) uttales det:

”(b)ruk av tvang skal som i dag bare være aktuelt dersom hjelpetiltakene ikke fører fram, eller det må anses nytteløst å forsøke med slike tiltak”.

Bvl. § 4-12 annet ledd annet punktum viser at det gjelder et mildeste inngreps prinsipp. Vedtak om omsorgsovertakelse kan ikke treffes dersom det kan skapes tilfredsstillende forhold for barnet ved hjelpetiltak etter § 4-4 eller tiltak etter §§ 4-10, 4-11.

Det mildeste inngreps prinsipp har en nær sammenheng med nødvendighetskravet i EMK artikkel 8 nr. 2 som sier at et offentlig inngrep i familielivet må være *”nødvendig i et demokratisk samfunn”* for å kunne godtas.

²⁴ Det mildeste inngreps prinsipp omtales også som et proporsjonalitetsprinsipp eller forholdsmessighetsprinsipp. Sandberg hevder at man kan betrakte det mildeste inngreps prinsipp som et forholdsmessighetsprinsipp tilpasset barnevernssaker. Sandberg (2003) s. 40 følgende.

3.1.3 Det biologiske prinsipp

Kort sagt går det biologiske prinsipp ut på at de biologiske relasjoner som eksisterer mellom barn og foreldre er verdifulle og skal ivaretas. I barnevernsloven kommer dette til uttrykk i lovens trinnbygde systematikk. Barn i vanskelige omsorgssituasjoner skal først og fremst hjelpes med hjelpetiltak i hjemmet. Omsorgsovertakelse krever alvorlig omsorgssvikt. Når barnet er tatt under omsorg er det en målsetting om at barnet kan tilbakeføres til foreldrene igjen så snart det er grunnlag for det.

Det biologiske prinsipp ble gitt en klar prioritering i bvl. av 1953. Prinsippets forankring ble begrunnet i hensynet til barnets beste. Barnevernkomiteen uttalte følgende²⁵;

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

Forarbeidene til barnevernloven av 1992 viser at det biologiske prinsipp fremdeles danner utgangspunktet for loven, men ikke like fremtredende som i 1953-loven.

Sosiallovutvalget²⁶ til loven av 1992 uttalte;

”Det er et grunnleggende prinsipp i vårt samfunn at foreldrene selv sørger for sine barn. Selv om det kan 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 rådende normer og verdisynspunkter, og forutsette en helt annen samfunnsstruktur enn den 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 bånd er det grunn til å bevare og styrke.”

²⁵ Barnevernkomiteens innstilling 1951 s. 37

²⁶ NOU 1985:18

Forarbeidene fremhever det biologiske utgangspunkt om at barn vokser opp hos sine foreldre, som et grunnleggende prinsipp i vårt samfunn – det biologiske prinsipp. Det biologiske prinsipp danner utgangspunktet for myndighetene og rettens regulering av familieforhold. Barnevernet skal i første omgang forsøke å hjelpe barn mens de bor hjemme. Men det understrekes at dette ikke vil være en nedprioritering av barnet, men at det tvert i mot vil være i barnets interesse å ivareta de biologiske bånd det har til sine foreldre. Dette viser at det biologiske prinsippets stilling i barnevernloven av 1992 ikke er enerådende, men at det ses i forhold til prinsippet om barnets beste.

4 Prinsippet om barnets beste

4.1 Innledning

Innenfor barnevernsretten støter man ofte på begrepet ”*barnets beste*”. Barnets beste er i seg selv bare et hensyn, men det er det mest sentrale hensynet i barnevernsretten og det kommer eksplisitt til uttrykk i bvl. § 4-1. Det følger av § 4-1 at hensynet til barnets beste skal tillegges stor eller avgjørende vekt ved avgjørelser etter barnevernloven. Det er trolig derfor det omtales som et prinsipp – prinsippet om barnets beste²⁷. Prinsippet om barnets beste er altså en rettslig norm som skal legges til grunn i alle barnevernssaker.

Det er vanskelig å gi en konkret definisjon av prinsippet om barnets beste, men i kjernen av prinsippet ligger et grunnsyn om at det er barnet som er den sentrale personen og at man skal velge det alternativ som på best mulig måte ivaretar barnets interesser og behov i den aktuelle sammenhengen. Utover dette grunnsynet inneholder prinsippet om barnets beste flere aspekter som alle ivaretar hensynet til barnets beste, men som kan være innbyrdes motstridende. Det er mulig å se det slik at prinsippet om barnets beste kan forstås på forskjellig vis alt etter hvilket aspekt man tillegger størst vekt. Dette vil bli nærmere

²⁷ I juridisk teori omtales barnets beste både som hensyn og prinsipp uten at det fremgår om det tillegges noe forskjell på begrepene. Begrepsbruken er noe inkonsekvent. Jeg kommer til å benytte begge begreper men uten at jeg tillegger de forskjellig mening.

redegjort for i punkt 4.2. I tillegg til at prinsippet har et sammensatt innhold, har det også flere mulige rettslige funksjoner. Prinsippets rettslige funksjoner vil bli omtalt i punkt 4.3.

Det er ikke bare barnevernloven som viser at det gjelder et prinsipp om barnets beste i barnevernssaker. EMDs praksis etter EMK og Barnekonvensjonen legger også til grunn at det gjelder et prinsipp om barnets beste, dette vil bli redegjort for i punkt 4.4.

Det følger av prinsippet om barnets beste at man skal ta hensyn til barnets egen mening ved vurderingen av hva som vil være det beste alternativet for barnet. Barns rett til å uttale seg og å bli hørt behandles nærmere i punkt 4.5.

4.2 Forskjellige måter å forstå prinsippet om barnets beste på

Prinsippet om barnets beste kan sies å bestå av tre ulike aspekter; biologi, stabilitet og barnets interesser. Disse tre aspektene utgjør alle viktige momenter når man skal finne frem til hva som er til barnets beste. Aspektene vektlegges ulikt i forhold til hverandre alt etter hvilken forståelse av prinsippet om barnets beste man legger til grunn.

4.2.1 Som en biologisk presumsjon

Forarbeidene til barnevernloven fremhever det biologiske utgangspunkt om at barn vokser opp hos sine biologiske foreldre som en viktig del av lovens normative verdigrunnlag. Man anser de biologiske relasjonene barnet har til sine foreldre for å være en ressurs i seg selv. På bakgrunn av dette er lovens utgangspunkt at det er best for barn å vokse opp hos sine biologiske foreldre, selv om omsorgen har visse mangler. Dette omtales også som det biologiske prinsipp.

Innenfor juridisk teori kan det noen ganger være litt uklart om det henvises til det biologiske prinsipp i seg selv eller som en del av prinsippet om barnets beste. Jeg vil her fokusere på det biologiske prinsipp som en del av prinsippet om barnets beste. Barnets beste forstått som biologisk presumsjon bygger på en sterk vektlegging av de biologiske

relasjoner mellom barn og foreldre og det er antatt at det er best for barnet om det får vokse opp hos sine biologiske foreldre.

Prinsippet om barnets beste forstått som en biologisk presumsjon kommer til uttrykk i to grader; en sterk og en svak. Den sterke formen for biologisk presumsjon bygger på et grunnsyn om at naturens orden og utgangspunkt, er det beste for barnet. En rendyrking av et slikt grunnsyn ville innebære at barnevernets rolle ble begrenset til kun å hjelpe og støtte foreldrene med å ivareta barnets interesser. Dette ville imidlertid gi barnets selvstendige interesser et svært dårlig vern. Det ville bare gi rom for å ivareta barnets interesser i den grad de var sammenfallende med foreldrenes interesser.

Den svake formen av barnets beste som biologisk presumsjon vektlegger biologiske relasjoner som betydningsfulle, men tar høyde for at dette ikke er det eneste elementet som inngår i en barnets beste vurdering. Det åpnes for at det også kan tas hensyn til barnets selvstendige interesser, selv når disse går på tvers av hensynet til de biologiske relasjoner. Dette gir større rom for at barnevernet kan ivareta barnets interesser, hvis nødvendig også utenfor hjemmet. Barnevernloven må hovedsakelig sies å være basert på en svak form for biologisk presumsjon.

Den biologiske presumsjon er særlig antatt å komme til uttrykk i § 4-1. I § 4-1 står det å lese at:

”Ved anvendelse av bestemmelsene i dette kapitlet skal det legges avgjørende vekt på å finne tiltak som er til beste for barnet. Herunder skal det legges avgjørende vekt på å gi barnet stabil og god voksenkontakt og kontinuitet i omsorgen.”

I forbindelse med lovarbeidet til barnevernloven ble det drøftet hvilke momenter som burde vurderes når man skal finne frem til hva som er til barnets beste. Det ble fremhevet av Stortingskomiteen at barnets forhold til de biologiske foreldrene ville være et av de mest sentrale momenter når man skulle finne frem til hva som var barnets beste.

Stortingskomiteen sluttet seg til Regjeringens punkt om at momentet ”*stabil og god voksenkontakt*” (dvs. stabilitetshensynet) ble tatt med, og presisert i tillegg at:

*”Komiteen forstår med dette at man understreker betydningen av kontakt med de biologiske foreldre, også når barnet er i omsorg utenfor familien.”*²⁸

Stortingskomiteen la altså til grunn den forståelse at ”*stabil og god voksenkontakt*” er direkte knyttet til de biologiske foreldrene.

Det ble videre uttalt at man ved barnets beste-vurderingen i § 4-1 måtte vurdere de negative konsekvenser en eventuell flytting i seg selv ville medføre for barnet. Uttalelsen kan forstås dit hen at man anser flytting i seg selv som negativt for barnet, uavhengig av om det er fra de biologiske foreldrene eller fosterforeldrene. Det var imidlertid bare flytting fra de biologiske foreldrene komiteen siktet til, det følger av den etterfølgende uttalelsen hvor det ble uttalt at:

*”... intensjonen i barnevernloven er at hjelp primært skal gis i hjemmet, og at flytting skal være det alternativ man vurderer når hjelpetiltak ikke er tilstrekkelig.”*²⁹

Ut i fra uttalelsene i forarbeidene kan det se ut til at § 4-1 i stor grad er basert på barnets beste forstått som en biologisk presumsjon. Idet § 4-1 skal anvendes ved alle skjønsmessige vurderinger i bestemmelsene i kapittel 4 vil det si at den biologiske presumsjon står sterkt i barnevernloven.

Den biologiske presumsjon viser seg også i andre enkeltbestemmelser, for eksempel i hovedreglene for hjelpetiltak (§ 4-4), omsorgsovertakelse (§ 4-12) og tilbakeføring (§ 4-21). Barnevernet skal primært forsøke å hjelpe barn mens de bor hjemme hos sine biologiske foreldre ved hjelpetiltak etter § 4-4. Bare hvis hjelpetiltakene ikke fører frem

²⁸ Innst.O nr. 80 (1991-1992) s. 13.

²⁹ Innst.O nr. 80 (1991-1992) s. 13.

eller at det må antas som håpløst å sette inn hjelpetiltak, kan det fattes vedtak om omsorgsovertakelse etter § 4-12. Hvis det fattes vedtak om omsorgsovertakelse så er dette et midlertidig vedtak og det er en målsetting at barnet skal kunne tilbakeføres til sine foreldre når de igjen kan yte forsvarlig omsorg, jfr. § 4-21 første ledd.

4.2.2 Som et stabilitetshensyn

Barnets beste forstått som et stabilitetshensyn bygger på et grunnsyn om at det er verdifullt for barn å ha stabile og gode voksenrelasjoner og kontinuitet i omsorgen.

Stabilitetshensynet kommer til uttrykk i to varianter. En variant støtter opp om barnets beste forstått som biologisk presumsjon. Stabilitet forstås som det at barnet får fortsette å bo hos foreldrene. Den andre varianten ser stabilitet som noe løsrevet fra biologiske relasjoner. Stabilitet blir en egenverdi i seg selv som utgjør en viktig bestanddel i et barns oppvekst. Hvis man legger sistnevnte forståelse til grunn vil det gi større handlingsrom for barnevernet til å ivareta barnets interesser. Det sentrale etter en slik forståelse vil være å finne frem til det alternativ som gir barnet mest stabilitet, uavhengig av om det kommer fra de biologiske foreldrene eller fosterforeldre.

Det fremgår eksplisitt av ordlyden i bvl. § 4-1 at stabilitet og kontinuitet er viktige elementer i et barns oppvekst. Det er noe divergens i juridisk teori om hvordan uttrykkene ”*stabil og god voksenkontakt*” og ”*kontinuitet i omsorgen*” skal forstås. De ulike forståelsene av begrepene relaterer seg hovedsakelig til om man betrakter stabilitet som knyttet til de biologiske foreldrene eller ikke.

Forarbeidene legger som nevnt til grunn den forståelse, at stabilitet og kontinuitet er referer til betydningen av at barnets biologiske relasjoner til foreldrene opprettholdes, også etter at barnet er tatt under omsorg. Ofstad (2008) fremhever i tråd med forarbeidene, at momentene om stabilitet og kontinuitet innebærer at det skal legges vekt på å opprettholde

kontakten mellom barnet og de biologiske foreldrene når barnet er tatt under omsorg av barnevernet³⁰.

Å opprettholde kontakten mellom barnet og foreldrene etter omsorgsovertakelse har flere funksjoner. For det første er det viktig for å lette tilbakeføringsprosessen når foreldrene igjen kan yte forsvarlig omsorg. Det har sammenheng med at alle omsorgsovertakelser i utgangspunktet er midlertidige og at de skal oppheves så snart det er grunnlag for det. For det andre anses det for å være av betydning for barnet at har et forhold til sine biologiske foreldre.

Et for sterkt fokus på at kontakt mellom barn og foreldre skal opprettholdes kan imidlertid virke forstyrrende på barnet. Det vil særlig være tilfellet der kontakten mellom barn og foreldre gjør barnet urolig. Det kan for eksempel være at barnet opplever en lojalitetskonflikt til foreldrene som forsterkes ved samvær. Dette kan igjen påvirke hvordan barnet slår seg til ro i fosterfamilien. I noen tilfeller vil det være bedre for barnet om det er minimal kontakt med de biologiske foreldrene i en periode. På den annen side er det en balansegang i forhold til det å opprettholde et visst kontaktnivå med tanke på en fremtidig tilbakeføring.

Havik (2003) legger til grunn en alternativ forståelse av uttrykkene om stabilitet og kontinuitet. Stabilitet sikter til det at barnet har en god omsorgssituasjon, uavhengig om det er hos de biologiske foreldrene eller hos fosterforeldrene. *"kontinuitet i omsorgen"* sikter til noe som er vedvarende over lengre tid. Havik skriver i den forbindelse at;

"Kontinuitet i relasjoner som er utviklingsfremmende er til gagn for barnet, mens kontinuitet i relasjoner som er utviklingshemmende er til skade."

Uttalelsen gir uttrykk for at det å opprettholde kontakt mellom barnet og foreldrene ikke nødvendigvis alltid vil være til barnets beste hvis kontakten virker hemmende på barnet.

³⁰ Ofstad (2008) s. 61.

Det må således være en viss kvalitet på kontakten mellom barn og foreldre for at kontinuitet skal være bra for barnet.

Stabilitetshensynet slik det kommer til uttrykk i bestemmelsene om plassering ved omsorgsovertakelse i §§ 4-15 og 4-17 kan se ut til å bygge på en slik forståelse. Når det gjelder plassering av barnet ved omsorgsovertakelse følger det av § 4-15 at:

”...stedet for plassering velges ut fra hensynet til barnets egenart og behov for omsorg og opplæring i et stabilt miljø. Det skal også tas tilbørlig hensyn til at det er ønskelig med kontinuitet i barnets oppdragelse...”

Paragraf 4-17 regulerer situasjonen når barnet flyttes fra et fosterhjem til et annet eller fra en institusjon til en annen, eventuelt til et fosterhjem³¹. Av § 4-17 følger det at barnet bare kan flyttes:

”...dersom endrede forhold gjør det nødvendig, eller dersom det må anses til beste for barnet.”

Ordlyden i disse to bestemmelsene gir uttrykk for at stabilitet er en egenverdi i seg selv. Det er altså ikke bare en variant av stabilitetshensynet som kommer til uttrykk i de ulike bestemmelsene i barnevernloven. Både §§ 4-15 og 4-17 vektlegger stabilitet som en egenverdi i seg selv. Det følger av § 4-15 at ved valg av plasseringssted bør man ha i tankene at senere flytting i størst mulig grad skal unngås. Også ved § 4-17 er det et hovedhensyn at flytting i størst mulig grad skal unngås. Disse bestemmelsene regulerer imidlertid ikke hvorvidt det skal fattes tiltak eller ikke, men hvordan et tiltak som er fattet nærmere skal utøves.

³¹ Bestemmelsen regulerer ikke flytting tilbake til foreldrene ved opphør av omsorg eller når fosterforeldrene sier opp fosterhjemsavtalen. Lindboe (2009) s. 57-59.

På bakgrunn av barnevernlovens forarbeider og juridisk teori ser det ut til stabilitet først og fremst den mening at barnet opprettholder kontakten med de biologiske foreldrene når det er plassert utenfor hjemmet.

4.2.3 Som en prioritering av barnets interesser

Prinsippet om barnets beste kan også forstås som en prioritering og vektlegging av barnets interesser. Dette er en mer åpen og nøytral forståelse av barnets beste, hvor lovgiver ikke legger sterke føringer på hva som skal være barnets beste. Barnets beste blir da ikke knyttet direkte til det biologiske prinsipp.

Bvl. § 4-1 åpner til en viss grad for en slik forståelse av barnets beste. Bestemmelsen slår fast at det skal *”legges avgjørende vekt på å finne tiltak som er til beste for barnet”*. Dette kan tolkes dit hen at det er barnets interesser som er det sentrale, og at disse skal være utslagsgivende.

Lovgiver har imidlertid valgt å gi en viss føring på hva som anses for å være barnets beste i annet punktum. Det følger som nevnt av § 4-1 annet punktum at det skal legges vekt på momentene *”stabil og god voksenkontakt”* og *”kontinuitet i omsorgen”*. Departementet mente at dette var momenter av særlig betydning som fortjente plass i lovteksten. På den måten kobles barnets interesser i første punktum til stabilitetshensynet i annet punktum. Tatt i betraktning at stabilitetshensynet anses for å støtte opp om barnets beste som biologisk presumsjon, etterlater det mindre rom for barnets beste som åpen og nøytral prioriteringsstandard.

Gjennomgangen viser at de tre forskjellige måtene å forstå barnets beste på, er knyttet til hverandre. De representerer forskjellige aspekter ved prinsippet om barnets beste og samtlige av aspektene kommer til uttrykk i barnevernloven, men i noe ulik grad. Den biologiske presumsjon er det aspektet som ser ut til å stå sterkest i loven. Barnets beste som prioritering av barnets interesser kommer ikke like tydelig til uttrykk. Dette har nok en

sammenheng med at stabilitetshensynet i stor grad støtter opp om barnets beste forstått som en biologiske presumsjon³².

4.3 Prinsippet rettslige funksjoner

Prinsippet om barnets beste har ikke bare et sammensatt meningsinnhold bestående av flere aspekter, det har også ulike rettslige funksjoner. Begrepet "*barnets beste*" brukes i mange forskjellige sammenhenger men det fremgår ikke alltid helt klart hvilken funksjon det er tiltenkt. Hensikten med dette punktet er å utdype de ulike funksjonene som prinsippet om barnets beste har i barnevernsretten.

En rettsfunksjon barnets beste kan ha er å være et hensyn bak loven. Videre kan det være et tolkningsprinsipp eller i alle fall et reelt hensyn ved lovtolkning. Det kan også være et vilkår for å kunne sette i verk et tiltak etter loven. I en skjønnsmessig vurdering kan barnets beste tjene som retningslinje eller avveiningsnorm.

4.3.1 Hensyn bak loven

Prinsippet om barnets beste er det viktigste hensynet bak barnevernloven. Som hensyn bak loven taler prinsippet for at lovbestemmelsene utformes på en slik måte at hensynet til barn blir ivaretatt både for det enkelte barn og for barn generelt.

a) Det enkelte barn

For å kunne ivareta hensynet til det enkelte barn i lovbestemmelsene må man ta i betraktning at det som er best for ett barn ikke nødvendigvis er det for et annet barn. Barn er forskjellige og de befinner seg i ulike omsorgssituasjoner og deres behov vil variere deretter. Det er dermed helt umulig å oppstille helt konkrete vilkår for å kunne ivareta hensynet til det enkelte barn. Vilkårene eller kriteriene som oppstilles vil av den grunn måtte være skjønnspregget i større eller mindre grad.

³² Punkt 4.2 bygger på Skivenes (2003).

En mulig måte å utforme lovbestemmelsene på er å angi "*barnets beste*" som kriterium for et tiltak. I bvl. § 4-1 har man angitt "*barnets beste*" som et kriterium for alle tiltak i kapittel 4. Hvis dette var det eneste vilkåret som ble stilt for de ulike barnevernstiltakene ville det overlate svært mye til barnevernmyndighetenes skjønn. Det ville stride mot legalitetsprinsippet å ha et så uspesifisert vilkår som "*barnets beste*" som vilkår for tvangsinngrep. Avgjørelsene ville kunne bli svært tilfeldige og uforutsigbare, dette ville ikke bare være uheldig ut i fra rettssikkerhetshensyn, men også ut i fra prinsippet om barnets beste.

Lovgiver har derfor valgt å utforme tiltaksbestemmelsene i barnevernloven med mindre vage kriterier enn "*barnets beste*". For eksempel oppstilles det i § 4-12 første ledd bokstav a som et vilkår for omsorgsovertakelse at det er "*alvorlige mangler ved den daglige omsorg som barnet får*". Først etter at man har slått fast at vilkårene for omsorgsovertakelse er oppfylt skal man foreta en vurdering av om kriteriet "*barnets beste*" i § 4-1 er oppfylt.

Tilbakeføringsbestemmelsen i § 4-21 viser også at lovgiver har vært forsiktig med å gi barnevernsmyndighetene for stort skjønn. Det ble i forarbeidene uttalt at hensynet til barnet danner det alminnelige utgangspunktet for vurderinger i tilbakeføringssakene. Det ble likevel ikke foreslått en åpen vurdering basert på kriteriet "*barnets beste*" når man skal ta stilling til om barnet skal tilbakeføres eller ikke. Lovgiver valgte i stedet å stille et vilkår om at flyttingen må medføre "*alvorlige problemer*" for barnet for at tilbakeføring skal kunne nektes.

Ved å oppstille mer konkrete vilkår for de ulike tiltakene sikrer man seg mot å gi barnevernsmyndighetene for stor skjønnsadgang, samtidig som hensynet til det enkelte barn blir ivaretatt ved at det i tillegg skal foretas en avsluttende skjønnsmessig vurdering etter § 4-1.

b) Barn generelt

Prinsippet om barnets beste kan også anvendes med tanke på barn generelt uten at man har et bestemt barn i tankene. I stedet for barnets beste tenker man på hva som er best for barn generelt. Når barns interesser er et hensyn bak loven vil det for eksempel være viktig at lovbestemmelsene utformes på en måte som sikrer at barnevernet griper inn i tide, at barn får muligheten til å bli hørt osv. For barn generelt er det altså viktig at det utformes lovbestemmelser som ivaretar barns rettsikkerhet. I den forbindelse vil det være sentralt hvordan de prosessuelle bestemmelsene utformes. Barns rett til å uttale seg og å bli hørt er for eksempel viktig når man skal fastlegge hva som er til barnets beste. I § 6-3 er barn gitt rett til å uttale seg og det følger av bestemmelsens første ledd annet punktum at barnets mening skal tillegges vekt³³.

4.3.2 Reelt hensyn og tolkningsprinsipp

I og med at prinsippet om barnets beste er et sentralt hensyn bak loven vil det også komme inn som reelt hensyn ved tolkningen av de enkelte lovbestemmelser. Eckhoff betrakter reelle hensyn som vurderinger av resultatets godhet. Han uttaler følgende:

*”Med ”resultatets godhet” sikter jeg dels til om den generelle regel man kommer fram til, er innholdsmessig og retts teknisk god, og dels – hvis det er et individuelt rettsspørsmål man skal ta standpunkt til – om løsningen er god i dette spesielle tilfellet.”*³⁴

Man må altså ved lovtolkningen ta i betraktning at selv om tolkningen skjer med sikte på et enkelt barn, så må tolkningsresultatet også kunne gi en god regel for andre barn i lignende situasjoner. Rettskildemessig kan dette også betegnes som reelle hensyn i form av konsekvensbetraktninger.

³³ Barns uttalelsesrett omtales nærmere i punkt 4.5.

³⁴ Eckhoff (2000) s. 371.

Vekten av hensynet om barnets beste vil avhenge av andre reelle hensyn og det øvrige rettskildemessige bildet.

Høyesteretts praksis etter den gamle barnevernloven viser et par eksempler hvor utvidende tolkning på bakgrunn av prinsippet om barnets beste ble godtatt. Ett av eksemplene hvor barneverns- og rettspraksis satte seg utover ordlyden var i forbindelse med tilbakeføringsbestemmelsen i § 48. Lovens ordlyd sa klart at når grunnen for åtgjerdene ikke lenger var til stede – det vil si når foreldrene igjen kunne gi forsvarlig omsorg – så skulle barnet tilbakeføres. Å praktisere en slik tilbakeføringsregel uten unntak ville imidlertid kunne få uheldige følger for barnet der det har knyttet seg veldig sterkt til fosterforeldrene. Høyesterett innfortolket dermed et forbehold i tilbakeføringsbestemmelsen som gikk ut på at barnet likevel ikke skulle tilbakeføres dersom det medførte ”en reell fare for skadevirkninger av betydning, sett på lengre sikt”³⁵.

Her ble lovens klare ordlyd tolket slik at den innskrenket foreldrenes rett til tilbakeføring og dermed utvidet inngrepet. Tolkningen gikk på tvers av hva hensynet til foreldrenes interesser og legalitetsprinsippet skulle tilsi men var i tråd med prinsippet om barnets beste.

Mindre vidtgående enn utvidende tolkning er at man velger tolkningsalternativ ut i fra prinsippet om barnets beste i de tilfellene hvor det er behov for en presiserende tolkning. Lucy Smith³⁶ hevder at barnets beste gjelder som tolkningsprinsipp for barnevernloven og ved tvil skal man velge det tolkningsalternativ som best ivaretar barnets interesser. Rettskildemessig er dette et vektprinsipp, idet barnets beste alltid vil være et relevant tolkningsmoment for barnevernloven.

³⁵ Rt.1987 s. 805.

³⁶ Lucy Smith (1980) s. 292.

4.3.3 Hensyn ved skjønnsutøvelse

Prinsippet om barnets beste utøver også funksjon som hensyn ved skjønnsmessige vurderinger. Barnevernloven kapittel 4 hjemler en rekke forskjellige barnevernstiltak hvor det beror på en skjønnsmessig vurdering om tiltak skal settes inn eller ikke. Paragraf 4-1 står først i kapittel 4 og fungerer som er en slags formålsbestemmelse for alle barnevernstiltakene i kapitlet. Det fremgår uttrykkelig av § 4-1 at det gjelder et prinsipp om barnets beste og at man skal legge dette til grunn ved anvendelsen av bestemmelsene i kapittel 4. Dette gjelder både ved valg mellom ulike tiltak og ved vurderingen av om tiltak overhodet skal settes inn.

Paragraf 4-1 alene gir ikke hjemmel til å fatte vedtak om tiltak. Forutsetningen for at § 4-1 kommer til anvendelse er at bestemmelsene gir rom for et hensiktsmessighetsskjønn. Det følger av lovens ordlyd som sier at § 4-1 kommer inn ved ”anvendelsen av” bestemmelsene og at det dreier seg om å ”finne tiltak”. Forarbeidene gir uttrykk for at prinsippet om barnets beste skal være en ”rettesnor for vurdering av tiltak”³⁷. I dette ligger at det dreier seg om en situasjon der man må velge mellom flere ulike typer tiltak. Der løsningen følger av loven når den er ferdig tolket vil barnets beste bare være et argument ved tolkningen.

De bestemmelsene i kapittel 4 som inneholder et ”kan-skjønn”, åpner for at det skal foretas en skjønnsmessig vurdering hvor avgjørelsen kommer til å bero på forskjellige faktorer (hensyn, argumenter, interesser etc.), i motsetning til at løsningen følger av bestemte vilkår. Paragraf 4-1 blir en retningslinje ved denne avveiningen. En retningslinje tjener til konkretisering av avveiningsnormen ved at den sier noe om hvordan avveiningen kan eller skal foretas. Barnets beste som retningslinje legger opp til en bred vurdering hvor man tar i betraktning alle hensyn som ivaretar barnets ulike interesser.

³⁷ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 28.

Paragraf 4-1 sier ikke at alle andre hensyn enn de som ivaretar hensynet til barnet er irrelevante, men det vil i praksis være det som blir realiteten når det heter at hensynet til barnets beste skal være ”avgjørende”. Når det gjelder forholdet mellom hensynet til barnets beste og andre hensyn uttaler Sosiallovutvalget følgende:

*”Man skal bare trekke inn de momenter som er av betydning for barnet, og ikke legge vekt f.eks. på hensynet til foreldrene”.*³⁸

Selv om hensynet til barnets beste tilsier at det skal være barnets og ikke foreldrenes interesser som teller, er det ikke dermed sagt at foreldrenes interesser blir helt tilsidesatt. I barnets beste slik det kommer til uttrykk i barnevernloven er det som nevnt en sterk presumsjon om at det er til barnets beste å ivareta de biologiske relasjonene mellom barn og foreldre. På den måten vil hensynet til foreldrenes interesser ivaretas til en viss grad, men bare så lenge de er sammenfallende med barnets interesser.

4.3.4 Lovbestemt vilkår

”*Barnets beste*” kan også være et uttrykkelig vilkår i loven. Paragraf 4-20 tredje ledd bokstav b setter ”*barnets beste*” som ett av tre vilkår for adopsjonssamtykke. Samtykke til adopsjon kan gis dersom ”*adopsjon vil være til barnets beste.*”

Det oppstilles i tillegg tre andre kumulative vilkår. Det innebærer at alle vilkår som oppstilles i § 4-20 tredje ledd bokstav a til d må være oppfylte for at samtykke til adopsjon kan gis. Strengt tatt er det kanskje overflødig å ta med som vilkår at adopsjonen må være til barnets beste, det vil uansett følge av § 4-1 at man er påbudt å foreta en slik vurdering. Det fremgår av proposisjonen at begrunnelsen for å ta med et vilkår om barnets beste er at fremheve dette hensynet som særlig viktig³⁹.

³⁸ NOU 1985:18 s. 145. Uttalelsen er avgitt i tilknytning til barnets beste bestemmelsen i § 17 i den gamle barnevernloven, men det blir tatt utgangspunkt i at det samme vil gjelde for § 4-1 i den nye loven.

³⁹ Lindboe (2009) s. 62-65.

Adopsjonsbestemmelsen er den eneste av barnevernlovens tiltak som har barnets beste som uttrykkelig vilkår. Dette er nok fordi adopsjon er det mest inngripende tiltak i barnevernloven og det eneste tiltak som ikke er reversibelt. Det er i tillegg vanskelig å utforme konkrete vilkår for når det skal være adgang til adopsjon. Det viktigste ved å innta barnets beste i selve bestemmelsen er nok at det gir hensynet til barnets beste en mer fremtredende plass i vurderingen.

Det er likevel en forskjell mellom barnets beste som vilkår i § 4-20 og som kriterium i 4-1. Når barnets beste er et vilkår i bestemmelsen, gjelder det bare dette tiltaket isolert sett. Det vil si at det må være bedre for barnet at det adopteres enn at det ikke blir det. Mens i § 4-1 hvor barnets beste er et kriterium for helhetsvurderingen man skal foreta, skal man se adopsjonsalternativet opp mot andre tiltak og velge det tiltak som best fremmer barnets interesser.

4.4 Barnets beste i Barnekonvensjonen og EMK

4.4.1 Barnekonvensjonen artikkel 3

Formålet med Barnekonvensjonen er å gi barn et spesielt vern og særskilt omsorg, samt å presisere at de grunnleggende menneskerettigheter også gjelder for barn. Dette kommer tydelig til uttrykk i artikkel 3. Artikkel 3 nr. 1 er en prinsipperklæring om at barnets beste skal være det grunnleggende hensyn ved alle handlinger som berører barn men det foreligger ingen generell definisjon av begrepet om barnets beste i konvensjonen.

Siden Barnekonvensjonen ikke er knyttet opp mot en internasjonal domstol slik EMK er, foreligger det ikke en autorativ og dynamisk tolkning av konvensjonen på samme måte som det gjør for EMK i EMDs praksis. En dynamisk tolkning av Barnekonvensjonen er nødvendig for at konvensjonens bestemmelser skal kunne følge samfunnsutviklingen. Som følge av manglende veiledende praksis fra en domstol må en dynamisk tolkning og

utvikling av konvensjonen følge av blant annet ordlyden, de ulike landenes praksis og Barnekomiteens praksis⁴⁰.

Barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 lyder:

”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”.

Når det sies at barnets beste skal være *”et grunnleggende hensyn”* er det et uttrykk for at dette hensynet skal tillegges større vekt enn andre relevante hensyn. Formuleringen om at barnets beste skal være *”et grunnleggende hensyn”* og ikke *”det grunnleggende hensyn”* viser imidlertid at det er tatt høyde for at det kan oppstå situasjoner hvor andre rettslige interesser har like stor eller større vekt enn barnets interesser⁴¹.

Prinsippet om barnets beste skal legges til grunn ved tolkninger og anvendelse av Barnekonvensjonens bestemmelser og i alle andre tilfeller hvor barns interesser blir berørt. Det følger av Barnekonvensjonens formål, er det særlig i de situasjoner hvor barnet er i en særlig sårbar eller utsatt stilling at artikkel 3 gjør seg sterkt gjeldende. Dette omfatter ikke bare barnevernssaker, men også samværssaker og asylsøknader.

Barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 2 lyder:

”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.”

⁴⁰ Høstmølingen (2008) s. 23.

⁴¹ Høstmølingen (2009).

Det følger av ordlyden i artikkel 3 nr. 2 at det også skal tas hensyn til barnets foreldre og deres rettigheter. Det fremgår ikke klart av teksten hvorvidt dette gjelder foreldrenes rettigheter i den grad de bygger opp om vernet av barnets rettigheter eller om det også gjelder foreldrenes rettigheter der de kommer i konflikt med barnets behov. Ut fra formålet med Barnekonvensjonen kan det neppe være meningen at barnets rettigheter bare er vernet i den grad det er mulig innenfor rammene av foreldrenes rettigheter. Barnet er det sentrale rettighetssubjektet i hele Barnekonvensjonen⁴².

Det heter at ”*det tas hensyn til*” foreldrenes rettigheter, det sier imidlertid bare at hensynet til foreldrene må tas i betraktning, det sier ikke at foreldrenes rettigheter skal gå foran barnets rettigheter.

4.4.2 EMK artikkel 8 og EMDs praksis

EMK har ingen egen bestemmelse om barnets beste slik Barnekonvensjonen har. EMD har imidlertid uttalt at det er i samfunnets interesse å ha et samstemt system for familieretten, og at barnets beste her skal være en førsteprioritet⁴³. I Adele Johansen-saken⁴⁴ uttaler domstolen at;

”[a] consideration of what is in the best interest of the child is in any event of crucial importance”.

Dette viser at EMD tillegger prinsippet om barnets beste atskillig vekt.

Det kommer også tydelig til uttrykk i EMDs praksis rundt tilbakeføringssaker at det gjelder et prinsipp om barnets beste. Tilbakeføringssakene klages ofte inn på bakgrunn av at nektelsen av tilbakeføring anses som et brudd på EMK artikkel 8. EMK artikkel 8 gir både barn og foreldre en rett til respekt for sitt familieliv. Hvis staten skal gjøre inngrep i denne

⁴² Sandberg (2003) s. 170-171.

⁴³ Van Bueren (2008) s. 30-31.

⁴⁴ Johansen v Norway.

rettigheten må det være ”nødvendig i et demokratisk samfunn” og for å verne om et legitimt formål. Nektelse av tilbakeføring vil således ikke innebære et brudd på artikkel 8 så lenge nektelsen er ”nødvendig i et demokratisk samfunn”.

Det må også være forholdsmessighet mellom inngrepet (nektelse av tilbakeføring) og formålet (å verne barnet mot alvorlige problemer). Det er i stor grad overlatt til statene selv å bestemme hvordan grensene trekkes opp i forhold til dette. EMDs praksis rundt barnevernssaker viser at det godtas ganske generelle bestemmelser som overlater mye til barnevernmyndighetenes skjønn.

I Olsson-dom (I)⁴⁵ fant EMD at de oppgitte grunnene for nektelsen av tilbakeføring var relevante men at man måtte vurdere nærmere hvorvidt de var tilstrekkelige. De oppgitte grunner for nektelsen var at gutten utviste negativ atferd etter besøk hos foreldrene, foreldrene hadde samarbeidsproblemer med både fosterforeldrene og barnevernet samt foreldrenes fortsatt manglende innsikt og evne til å gi gutten tilfredsstillende omsorg og utdanning. Tilbakeføring ble antatt å innebære en stor risiko for guttens helse og utvikling. EMD kom til at det var berettiget å ikke tilbakeføre omsorgen når bedringen i omsorgssituasjonen ikke med rimelig sikkerhet fremsto som stabil og kommenterte i forbindelse med det sistnevnte argumentet at:

”...it would clearly be contrary to the interest of the child concerned to be restored to his parents, only to be taken into care again shortly afterwards.”

Dommen viser at selv om det forekommer en bedring i foreldrenes situasjon kan omsorgsvedtaket opprettholdes når det ikke er rimelig sikkert at endringen er stabil. Barnet skal slippe å flytte tilbake for så å bli tatt under omsorg igjen kort tid etterpå. Av hensyn til barnet må det altså stilles visse krav til stabiliteten av foreldrenes omsorgsevne.

⁴⁵ Olsson (I) v Sweden.

I Adele Johansen-saken ble det ikke konstatert brudd på EMK artikkel 8. Jenta hadde vært under omsorg siden like etter fødselen, hun hadde hatt liten kontakt med moren og var allerede blitt flyttet to ganger. Hun var nå midt i en fase hvor det var svært viktig at hun opplevde trygge og følelsesmessige stabile forhold. Det ble antatt at moren ikke var i stand til å takle de problemer jenta ville oppleve i forbindelse med en flytting på en tilfredsstillende måte. På bakgrunn av dette ble jenta ikke tilbakeført til moren. EMD fant disse grunnene både relevante og tilstrekkelige. Både omsorgsovertakelsen i seg selv og nektelsen av tilbakeføring var følgelig nødvendig og ikke et brudd på EMK artikkel 8.

Adele Johansen saken og andre EMD dommer (Rieme-saken og Bronda mot Italia⁴⁶) viser at domstolen godtar en nektelse av tilbakeføring på grunnlag av at barnet ikke vil tåle en flytting. Selv om det ikke sies uttrykkelig er det hensynet til barnets beste som ligger bak en slik tankegang.

Etter EMD praksis er det klare utgangspunkt at omsorgsovertakelse er midlertidig og barnet skal tilbakeføres så snart omstendighetene tillater det. Gjenforening mellom barn og foreldre skal være det endelige mål ved alle omsorgsovertakelser og det bør settes i verk samværestiltak i samsvar med dette. Det ble i Adele Johansen-saken i forbindelse med fratakelse av foreldreansvaret og samværsrett uttalt at:

”I denne forbindelse må det finnes en rimelig balanse mellom barnets interesse i å bli i offentlig omsorg og foreldrenes interesse i å bli gjenforent med barnet... Ved denne avveiningen vil Domstolen legge spesiell vekt på hva som er best for barnet, noe som avhengig av art og alvor, kan gjøre at foreldrens interesser må settes til side. Foreldren kan, som hevdet av staten, i særdeleshet ikke være berettiget etter konvensjonens artikkel 8 til at det treffes tiltak som ville skade barnets helse og utvikling.”

Det følger av EMDs uttalelse at domstolen vil legge spesiell vekt på hva som er best for barnet, og at dette kan føre til at foreldrenes interesser må vike. Men det sies også at

⁴⁶ Rieme v Sverige, Bronda v Italy.

vurderingen avhenger ”art og alvor” noe som gir en indikasjon om at det ikke er hvilken som helst interesse fra barnets side som kan være utslagsgivende i forhold til foreldrenes interesser. Det er i alle fall helt klart at foreldrene ikke kan kreve noe som kan skade barnets helse og utvikling.

4.5 Barns uttalellesrett

Barns uttalellesrett er en viktig del av prinsippet om barnets beste og er lovfestet i bvl. § 6-3, bl. § 31 og følger av Barnekonvensjonen artikkel 12.

Det fremgår av bvl. § 6-3 at dersom et barn er fylt 7 år skal det automatisk få rett til å uttale seg før det blir truffet en avgjørelse i barnevernssaken det er involvert i. Yngre barn skal også få muligheten til å uttale seg hvis det er så modne at de har forutsetninger for å ”danne seg egne synspunkter”, jfr. bvl. § 6-3 første ledd første punktum. Det er viktig å merke seg at barnets rett til å uttale seg inkluderer også retten til å la være å uttale seg. Det vil i noen tilfeller kunne oppleves som svært vanskelig for barnet å ta stilling til hvorvidt det skal tilbakeføres eller ikke

Etter hvert som barnet blir eldre tillegges barnets mening større vekt når det vurderes hvilket alternativ som er best for barnet, jfr. bvl. § 6-3 første ledd annet punktum⁴⁷.

I bl. § 31 annet ledd første punktum sies det at det skal legges stor vekt på hva barnet mener når det er fylt tolv år. Barnevernloven har ikke en lignende bestemmelse. Ulikheten i formuleringen kan skyldes at de to lovene har ulikt formål. Formålet med barnevernloven er å hindre at barnet utsettes for skadelig omsorgssituasjon, det følger av bvl. § 1-1. Noen ganger tilsier hensynet til barnets beste at barnets mening ikke tillegges avgjørende vekt i vurderingen.

⁴⁷ Lindboe (2009) s. 93-94.

Høyesteretts praksis viser at det ikke uten videre kan legges avgjørende vekt på hva barnet mener, det må også undersøkes hvorvidt tilbakeføring faktisk er til barnets beste. I Rt. 2006 s. 1308 valgte Høyesterett å ikke legge avgjørende vekt på jentas egne ønsker. Jenta ønsket å flytte tilbake til moren, men førstvoterende uttalte at jentas ønske måtte vurderes opp mot den risiko det ville medføre for jenta om hun ble tilbakeført til moren.

Det kan også forekomme at barnet på bakgrunn av sin lojalitet og tilknytning uttaler at det ønsker å bli tilbakeført til foreldrene, selv om dette vil innebære at det utsettes for omsorgssvikt. I Rt.1998 s. 1702 ble omsorgsvedtak for fem brødre opprettholdt.

Høyesterett anså det ikke som utslagsgivende at to av brødrene hadde uttalt at de ønsket å flytte hjem til foreldrene. I den forbindelse uttalte Høyesterett følgende;

”I vår sak mener jeg videre at det er grunnlag for atskillig tvil om i hvilken grad C og Ds utsagn er et uttrykk for entydig mening hos dem. Den lojalitet som barn vanligvis føler overfor sine foreldre, kan generelt skape tvil i omsorgssaker. I vår sak har moren i spesielt stor grad trukket barna inn i sin konflikt med barnevernet. Flere vitneforklaringer gir inntrykk av motstridende følelser hos guttene, og av at deres svar også kan være motivert av tanken på morens reaksjon.”

og videre at:

”Min oppfatning er at C og Ds utsagn om at de ønsker å bo hos foreldrene, ikke kan få noen avgjørende vekt.”

Barnekonvensjonen artikkel 12 fastsetter en generell forpliktelse for statene til å involvere barnet i de beslutningsprosesser som angår barnet selv. Det er en todelt forpliktelse. Barnet skal ikke bare gis mulighet til å uttrykke sitt syn og mening men barnets mening skal også tillegges vekt i samsvar med dets alder og modenhet. Staten har et ansvar for å sikre at barns uttalelsesrett gjelder på alle samfunnsområder og at den ikke blir en symbolsk rettighet, men at den reelt sett gjør at barn blir tatt på alvor i de saker som angår dem.

I forbindelse med at BK ble inkorporert ved menneskerettsloven § 2 ble det foretatt tilpasninger i barnevernloven og barneloven. Blant annet ble aldersgrensen senket fra 12 til 7 år i bvl. § 6-3, tilsvarende i barneloven § 31. Bakgrunnen for denne endringen var at man ønsket å synliggjøre bestemmelsen og å sikre respekten for barns synspunkter⁴⁸.

Sandberg hevder at man kan tolke bvl. § 6-3 i tråd med bl. § 31. Av bl. § 31 fremgår det at barnets egen mening skal tillegges stor vekt. Barnets mening skal ikke bare bli hørt, den skal også tas i betraktning.

DEL 2

5 Vedtak om opphevelse av omsorgsvedtak

5.1 Generelt om barnevernloven

5.1.1 Barnevernlovens systematikk

Barnevernloven inneholder en rekke regler av nokså ulik karakter. Loven gir for det første regler om administrative forhold og ansvarsforhold mellom offentlige organer. Videre gir loven også materielle regler for ulike hjelpe- og inngrepsvedtak, i den forbindelse gis det også regler for hvem som har kompetanse til å treffe de ulike vedtakene⁴⁹.

⁴⁸ Lindboe (2009) s. 93-94.

⁴⁹ Harald Hove (2009).

Bvl. kapittel 4 gir barnevernet kompetanse til å fatte ulike tiltak, herunder også tvangstiltak. Paragraf 4-1 slår fast at hensynet til barnets beste skal være sentralt i alle tiltak som fattes etter kapittel 4.

Barnevernloven bygger på en systematikk med trinnbygde tiltak. Loven forutsetter at man ikke kan anvende de mer inngripende tiltak før mindre inngripende tiltak har vært prøvd. Dette kalles ofte for det mildeste inngreps prinsipp⁵⁰. Når det er behov for det skal barnevernet sette inn hjelpetiltak, jfr. § 4-4. De fleste hjelpetiltakene krever foreldrenes samtykke, men kan også pålegges jfr. § 4-4 tredje ledd.

Hvis hjelpetiltak viser seg utilstrekkelig og barnet utsettes for alvorlig omsorgssvikt, kan barnevernet fatte vedtak om omsorgsovertakelse hvis vilkårene i § 4-12⁵¹ er oppfylt. Det følger av § 4-16 at vedtaket er midlertidig. I § 4-16 pålegges barnevernet en fortløpende plikt til å følge med på hvordan det går med barn og foreldre etter at det er truffet vedtak om omsorgsovertakelse. Selv om omsorgsovertakelsen i utgangspunktet skjedde med foreldrenes samtykke, har ikke foreldrene rett til å få omsorgen opphevet når de ønsker det. Paragraf § 4-21 regulerer vilkårene for når vedtaket kan oppheves. For et barn under barnevernets omsorg vil det etter en tid i fosterhjem være tre alternativ⁵². For det første kan omsorgen oppheves og barnet tilbakeføres. For det andre kan omsorgen opprettholdes og barnet forblir i fosterhjemmet. For det tredje kan det for barn som har vært lenge under omsorg, være aktuelt med adopsjon etter § 4-20.

5.1.2 Den historiske bakgrunnen for barnevernloven § 4-21

Norge var det første land i verden med en lov om et rent statlig barnevern for de forsømte barn (vergerådsloven)⁵³. Vergerådsloven er av mer historisk interesse og er ikke sentral for

⁵⁰ Omtalt i punkt 3.3.2.

⁵¹ Se punkt 5.2.1.

⁵² Gording Stang (1995) s. 31.

⁵³ Bakgrunnen for vergerådsloven var en stadig økende ungdomskriminalitet. Forebyggende tiltak i form av oppdragende arbeid skulle spare samfunnet for potensielle lovbrøyttere.

min drøftelse. Praksis etter barnevernloven 1953 anses som tidligere nevnt fremdeles som relevant for barnevernloven 1992.

Før någjeldende barnevernloven gjaldt barnevernloven av 1953. Forarbeidene til barnevernloven 1953 slo fast at hensynet til barnets beste skulle være det overordnede hensyn ved skjønnsmessige vurderinger. Samtidig fikk også det biologiske prinsipp en sentral forankring ved at loven forutsatte at barnevernsproblemer primært skulle søkes løst ved hjelpetiltak i hjemmet.

Oppheving av omsorgsvedtak ble i barnevernloven 1953 regulert i § 48, som sa at omsorgsovertakelse skulle oppheves ”når det ikke lenger er tilstrekkelig grunn for åtgjerdene”. Ordlyden kunne tyde på at det var tilstrekkelig for opphevelse at foreldrenes situasjon hadde endret seg slik at omsorgsovertakelse ikke lenger var aktuelt. Utover det at omsorgen skulle oppheves når det var ”ubetenkelig”, sa ikke forarbeidene noe mer om tilbakeføringsproblematikken. Tilbakeføring fra private hjem ble imidlertid drøftet i forarbeidene. Det ble uttalt at flytting hjem til foreldrene kunne nektes, men det var et vilkår at flyttingen manglet rimelig grunn og at det ville være til skade for barnet. Videre kunne flyttingen bare nektes for en viss tid. Det ble likevel ikke foreslått noen hjemmel som ga adgang til å nekte tilbakeføring av barn⁵⁴. Sandberg hevder at dette kan ses som et uttrykk for at foreldrenes interesser ble antatt å være mer beskyttelsesverdig enn barnets⁵⁵.

I Rt.1978 s. 976 (dissens 3-2) ble prinsippene for tilbakeføring indirekte tatt opp. Det er særlig mindretallets votum som er interessant i denne sammenhengen. Saken gjaldt egentlig spørsmål om foreldremyndighet. Barna bodde i fosterhjem og det var antatt at begge foreldre var uskikket til å dra omsorg for barna. Flertallet ga faren foreldremyndigheten. Det ble antatt at faren ville bruke sin foreldremyndighet til å la barna bli boende i fosterhjemmet.

⁵⁴ Sandberg (2003) s. 180-186.

⁵⁵ At dette ikke ble tatt opp i forbindelse med § 48 kan være fordi det ble ansett som en selvfølgelighet at foreldrenes interesser sto enda sterkere i en slik sammenheng.

Mindretallet betraktet saken annerledes, de presiserte at en tilbakeføring til moren vil forutsette opphevelse av omsorgen etter § 48. I den forbindelse uttalte mindretallet;

”Barnevernsnemnda må antas å ha lovlig adgang til å opprettholde omsorgen for et barn selv om de forhold som lå til grunn for anbringelse, har endret seg senere. Nemnda må kunne ta hensyn også til omstendigheter som melder seg etter at flyttingen fra foreldrehjemmet har funnet sted, blant annet hvilken virkning det vil ha for barnet om det blir flyttet tilbake til foreldrene...”

Etter dommen i Rt. 1978 s. 976 ble det avsagt en rekke dommer i barnevernssaker og i noen av disse sakene var hovedspørsmålet om barnet skulle tilbakeføres til de biologiske foreldrene til tross for de skadevirkningene det ville medføre for barnet⁵⁶. Praksis i disse sakene dannet utgangspunktet for den tilbakeføringsbestemmelse vi fikk i 1992-loven. Ordlyden i § 4-21 første ledd var ny i forhold til barnevernloven 1953, men det er på det rene at den viderefører gjeldende rett etter gammel lov. Annet punktum uttrykker nå eksplisitt at det gjelder et unntak for de tilfeller der det vil medføre alvorlige problemer for barnet om det tilbakeføres.

5.2 Materielle vilkår for opphevelse av omsorgsvedtak

5.2.1 Omsorgsovertakelse

En forutsetning for at bvl. § 4-21 kommer til anvendelse er at det er fattet vedtak om omsorgsovertakelse etter § 4-12. I § 4-12 første ledd bokstav a til d oppstilles fire alternative grunnvilkår for omsorgsovertakelse. Disse vilkårene er nødvendige, men ikke i seg selv tilstrekkelig for omsorgsovertakelse. Annet ledd oppstiller et vesentlig tilleggsvilkår om at omsorgsovertakelsen må være ”nødvendig”. Videre er § 4-12 en ”kan-

⁵⁶ Se for eksempel Rt.1984 s. 77, Rt.1954 s. 989, Rt.1978 s. 976.

regel” og etter at det er fastslått at lovens øvrige vilkår er oppfylt, må det foretas en avsluttende vurdering av om dette vil være til barnets beste jfr. § 4-1⁵⁷.

5.2.2 Paragraf 4-21 første ledd

Hovedregelen om tilbakeføring av omsorgen fremgår av første ledd første punktum som bestemmer at

”Fylkesnemnda skal oppheve vedtak om omsorgsovertakelse når det er overveiende sannsynlig at foreldrene kan gi barnet forsvarlig omsorg.”

En slik ubetinget opphevelsesplikt opphevelsesplikt når omsorgen i hjemmet kan sies å være forsvarlig, vil ikke alltid være til beste for barnet. Derfor er det gjort unntak i annet punktum for tilfellene der

”barnet har fått slik tilknytning til mennesker og miljø der det er, at det etter en samlet vurdering kan føre til alvorlige problemer for barnet om det blir flyttet.”.

5.2.2.1 Hovedregelen i første punktum

Grunnvilkåret for at et barn under omsorg kan tilbakeføres er at foreldrene kan gi barnet forsvarlig omsorg, jfr. § 4-21 første ledd første punktum. Den omsorgssituasjonen som nødvendiggjorde omsorgsovertakelse etter § 4-12 må ha endret seg.

Både i §§ 4-21 og 4-12 ligger det et krav om forsvarlig omsorg. Det har innenfor juridisk teori blitt hevdet at kravet om forsvarlig omsorg ligger noe høyere ved tilbakeføring etter § 4-21 første ledd enn det gjør for omsorgsovertakelse etter § 4-12. Ordlyden i bestemmelsene gir ikke noen veiledning om hvor grensen for forsvarlig omsorg går. Man kan likevel tenke seg at et hjem hvor omsorgen ligger rett under grensen for det forsvarlige

⁵⁷ Lindboe (2009) s.52-54.

jfr. § 4-12, neppe kan sies å være et godt hjem. Dette gjør seg gjeldende med ekstra tyngde for et barn som skal tilbakeføres. Barnet har allerede vært utsatt for flere flyttinger og vil være sårbart av den grunn. I tillegg kommer barnet ofte fra et fosterhjem hvor det har fått en god omsorgssituasjon. Å flytte barnet tilbake til en omsorgssituasjon som ligger like over det forsvarlig jfr. § 4-12 og som fort kan gi grunnlag for en ny omsorgsovertakelse, ville være uforsvarlig for barnet⁵⁸. Dette taler for at grensen for forsvarlig omsorg ligger noe høyere i § 4-21 enn i § 4-12. Prinsippet om barnets beste støtter også en slik forståelse.

En naturlig språklig forståelse av *”forsvarlig omsorg”* tilsier at det stilles visse krav til de ytre rammer for omsorgen, så som bolig, klær, hygiene osv. Videre må omsorgen ivareta barnets behov for følelsesmessig kontakt og trygghet på et visst nivå. Bl. § 30 sier noe om hva foreldreansvaret innebærer og kan gi en viss veiledning ved tolkningen av *”forsvarlig omsorg”*. Etter bl. § 30 har barnet krav på *”omsut og omtanke frå dei som har foreldreansvaret”*. Med *”omsut”* siktes det til fysisk omsorg og *”omtanke”* henviser til psykisk omsorg og støtte. Dette stemmer godt med den språklige forståelsen av *”forsvarlig omsorg”*⁵⁹.

Forarbeidene til barnevernloven påpeker i forbindelse med vilkåret om *”forsvarlig omsorg”* at det ikke kreves ideelle forhold og videre at

*”ikke ethvert avvik fra det man kan kalle vanlige normer eller situasjoner skal gjøre det berettiget å treffe vedtak om ansvarsovertakelse”*⁶⁰

Den omsorgen som de biologiske foreldrene gir skal ikke sammenlignes med omsorgen fra fosterhjemmet. Det skal ikke lede til en strengere vurdering for foreldrenes omsorg at miljøet i tilknytning til fosterhjemmet er rikere⁶¹.

⁵⁸ Sandberg (2003) s. 194-195.

⁵⁹ Sandberg (2009).

⁶⁰ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 110 jfr. Innst.O nr. 80 (1991-1992) s. 21

⁶¹ Se Rt.1996 s. 1203, Rt.1986 s. 1189, Rt.1996 s. 1684

Foreldrenes omsorgsevne skal ikke vurderes etter en felles standard for forsvarlig omsorg, men i forhold til det konkrete barnets behov. I denne sammenheng vil det være av betydning hvilke spesielle omsorgsbehov det konkrete barn har og hvilken evne foreldrene har til å møte disse spesielle omsorgsbehovene. Her ligger det en forbindelse mellom den vurdering som foretas etter første ledd første punktum, og vurderingen etter annet punktum.

Det er ikke forventet at foreldrene skal kunne takle alt selv. Tvert i mot vil det ofte være en forutsetning at foreldrene innhenter hjelp utenfra⁶². Det vil være et moment av betydning hvorvidt foreldrene evner å se at det er behov for slike hjelpetiltak og hvor samarbeidsvillig de er i forhold til å motta hjelpetiltak fra barnevernet⁶³. Til tross for at hjelpetiltak kan avhjelpe en del, så kan det ikke settes inn ubegrenset med hjelpetiltak slik at familien får preg av å være en institusjon. Visse behov må kunne oppfylles gjennom den daglige kontakten mellom foreldrene og barnet uten hjelpetiltak utenfra.

I vurderingen av hvorvidt omsorgen er forsvarlig eller ikke, må det foretas en vurdering av risikoen for tilbakefall. Dette er kanskje særlig aktuelt for foreldre som sliter med rusproblemer. Det vil ikke være forsvarlig å tilbakeføre et barn hvis barnet gjentatte ganger må tas under omsorg fordi foreldrene ”sprekker”. Forarbeidene er klar på at barn ikke skal tilbakeføres for å støtte opp om foreldrenes rehabilitering⁶⁴. Rettspraksis viser at i en slik risikovurdering ses det hen til hvor lenge den nye situasjonen har vedvart, tidligere historikk, har det skjedd vesentlige endringer som eks. fast jobb, fast bolig, brudd fra destruktive forhold osv. Etter en lovendring er nå et krav om at det må være ”overveiende sannsynlig” at omsorgen er forsvarlig⁶⁵.

⁶² Se Rt.1994 s. 568.

⁶³ Se Rt.1998 s. 1702, Rt.1996 s. 1203, Rt.1999 s. 1883 og Rt. 1995 s. 350.

⁶⁴ NOU 1985:18 s. 170.

⁶⁵ Ot.prp. nr. 69 (2008-2009) og Innst.O nr. 121 (2008-2009).

5.2.2.2 Unntaket i annet punktum

Selv om grunnvilkåret om forsvarlig omsorg er oppfylt, skal ikke omsorgen oppheves automatisk. Det må etter første ledd annet punktum vurderes hvilken virkning en eventuell tilbakeføring vil ha for barnet.

Begrunnelsen for at det stilles visse krav til karakteren av de problemer et barn må oppleve i forbindelse med en tilbakeføring, er i følge forarbeidene at det generelt anses ønskelig at barn kan flytte tilbake til sine biologiske foreldre også etter at de har vært plassert utenfor hjemmet en tid⁶⁶.

Spørsmålet om barnet vil få alvorlige problemer kan deles i to. Det er for det første et spørsmål hva som ligger i ”problemer” og hvor alvorlige de må være for å hindre tilbakeføring. Det andre spørsmålet relaterer seg til hvorvidt problemer av denne karakter vil oppstå for barnet. Sistnevnte er et spørsmål om sannsynlighetsvurdering og beviskrav, dette vil ikke bli behandlet.

Uttalelser i forarbeidene viser at også argumenter for tilbakeføring skal tas med i vurderingen etter annet punktum. På den måten blir formuleringen ”*alvorlige problemer*” nærmest et navn på resultatet av den helhetsvurdering som skal foretas⁶⁷. Hvis konklusjonen etter den samlede vurdering er alvorlige problemer, vil det følgelig ikke være til barnets beste at det tilbakeføres⁶⁸.

Forarbeidene anser det som gitt at enhver flytting kan medføre problemer for et barn, men ikke alle problemer skal være tilstrekkelig til å hindre tilbakeføring. Problemer av mindre alvorlig eller forbigående karakter bør ikke være utslagsgivende for om tilbakeføring skal skje eller ikke. Ut av dette kan man utlede krav så vel til problemenes art og varighet. Det

⁶⁶ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 55.

⁶⁷ Sandberg (2003) s. 212.

⁶⁸ I og med at vilkåret om ”*alvorlige problemer*” innebærer en strengere vurdering enn den åpne barnets beste vurdering i § 4-1, vil det uansett være klart at det er til barnets beste å nekte tilbakeføring når vilkåret etter annet punktum er oppfylt.

følger av dette at mindre problemer ikke vil være tilstrekkelig selv om de er langvarige. På den annen side vil akutte problemer som kan oppstå i forbindelse med flyttingen ikke være tilstrekkelig selv om de er betydelige, så lenge det må antas at problemene vil gå over innen rimelig tid⁶⁹.

Andre forhold som ofte vektlegges i vurderingen av ”*alvorlige problemer*” er hvorvidt barnet anses for å være sårbart eller robust. Det er ikke snakk om enten eller, men om forskjellige grader av sårbarhet/robusthet. Noen barn vil være bedre rustet til å takle en tilbakeføring med de overgangsproblemer det vil medføre⁷⁰.

Et annet viktig moment i vurderingen av ”*alvorlige problemer*” er hvorvidt foreldrene evner å sette seg inn i barnets problemer ved tilbakeføringen. I Rt.1992 s. 581 ble det lagt vekt på at moren ikke ville klare å sette de nødvendige grenser som gutten trengte. Det var klart at gutten hadde behov for svært omfattende og konsekvent oppfølging og grensesetting. En tilbakeføring og skifte til et miljø uten dette ville innebære en betydelig risiko for at guttens latente egenskaper til destruktiv atferd ville gi seg utslag i negativ aktivitet. Det ville kunne bli vanskelig å rette opp igjen denne atferden. Høyesterett vurderte tilbakeføringsspørsmålet i et lengre tidsperspektiv og fant at dette ville kunne gi betydelige skadevirkninger for gutten.

⁶⁹ I dommen i Rt.1992 s. 1303 understreket Høyesterett, i strid med de sakkyndiges vurdering, at det ikke var sannsynlig at en tilbakeføring ville skape varige problemer. Omsorgen ble opphevet og gutten tilbakeført.

⁷⁰ Se Rt. 1989 s. 520.

6 "Barnets beste" i § 4-21 første ledd første punktum⁷¹

6.1 Innledning og presentasjon av tolkningsspørsmålet

Bvl. § 4-21 første ledd første punktum angir hovedregelen for opphevelse av omsorgsvedtak. Når foreldrene kan gi barnet forsvarlig omsorg, "skal" omsorgsvedtaket oppheves såfremt unntaksbestemmelsen i annet punktum ikke kommer til anvendelse⁷². Lovens ordlyd er klar; kan foreldrene gi barnet forsvarlig omsorg, er det en plikt til å tilbakeføre omsorgen for barnet til foreldrene. Med dette har lovgiver tatt et valg for hva som skal anses for å være barnets beste når situasjonen er den at foreldrene igjen kan gi barnet forsvarlig omsorg. Barnets beste kommer da til uttrykk som en biologisk presumsjon.

En antitetisk tolkning av ordlyden tilsier at omsorgen ikke kan tilbakeføres dersom foreldrene ikke kan gi forsvarlig omsorg. Dette har også støtte i forarbeidene, der det slås fast at det er et

*"...grunnvilkår for oppheving av vedtak om ansvarsovertakelse at foreldrene kan gi barnet forsvarlig omsorg og at det må kunne antas at dette er en situasjon som vil være varig."*⁷³

Også reelle hensyn støtter opp under denne lovforståelsen, ettersom det normalt ikke vil være til barnets beste med tilbakeføring i de tilfellene hvor foreldrene ikke er i stand til å gi forsvarlig omsorg.

På bakgrunn av rettspraksis, juridisk teori og prinsippet om barnets beste vil jeg likevel argumentere for at det i visse situasjoner, kan tenkes at tilbakeføring er tillatt på tross av at vilkåret i første punktum ikke er oppfylt, dvs. at loven ikke fullt ut kan tolkes antitetisk. Dette synspunktet krever flere presiseringer.

⁷¹ Drøftelsen i punkt 6.0 er basert på Sandberg (2003) s. 206 følgende.

⁷² I den videre drøftelsen i punkt 6.2 forutsettes det at unntaket i annet punktum ikke er aktuelt.

⁷³ NOU 1985:18 s. 170, Ot. prp. nr. 44 (1991-1992) s. 54-55.

For det første må det presiseres at det aldri vil være til barnets beste at omsorgen oppheves i de tilfellene hvor foreldrenes omsorgsevne er klart uforsvarlig eller høyst usikker. Situasjonene jeg har for øyet er de der foreldrenes omsorgsevne ligger i grenseland, like under grensen for hva som anses som forsvarlig.

Videre er det viktig å huske på at tolkningen skjer på bakgrunn av prinsippet om barnets beste, ikke på tross av det. Det er nettopp hensynet til barnet som kan tilsi at man ikke skal tolke loven fullt ut antitetisk.

Hvis man kommer til at § 4-21 første ledd første punktum tillater tilbakeføring til tross for at vilkåret om forsvarlig omsorg ikke er oppfylt, åpner dette ikke for tilbakeføring som ikke er til barnets beste. Det åpner bare for at avgjørelsesorganet får en valgfrihet til å kunne vurdere hva som totalt sett utgjør det beste alternativet for barnet med tanke på de konkrete omstendigheter i den aktuelle saken. Ved en slik skjønnsmessig vurdering vil § 4-1 komme inn som retningslinje og avveiningsnorm.

6.2 Rettspraksis

6.2.1 Innledning

Tolkningsspørsmålet er ikke uttrykkelig tatt opp i rettspraksis. En gjennomgang av rettspraksis viser imidlertid flere saker hvor det fattes vedtak om tilbakeføring på tross av at det fremgår av domspremissene at det er knyttet noe tvil til hvorvidt foreldrenes omsorgsevne oppfyller lovens vilkår eller ikke. Det ser ut til at Høyesterett legger vekt på visse argumenter i de sakene hvor omsorgen tilbakeføres til tross for at omsorgsevnen sannsynligvis ligger noe under grensen for det vilkåret om forsvarlig omsorg stiller. Et argument som går igjen er at den videre fosterhjems plasseringen er usikker. Et annet argument er at barnet selv har et sterkt ønske om å komme hjem. Det siste argumentet relaterer seg til den situasjonen at barnet befinner seg i en lojalitetskonflikt.

6.2.2 Usikker fosterhjemsplassing

Det er ikke uvanlig for et barn under barnevernets omsorg å måtte skifte fosterhjem flere ganger i løpet av omsorgsovertakelsen. Det er forskjellig fra barn til barn hvordan situasjonen under barnevernets omsorg forløper seg. Det vil også variere ut i fra det enkelte barns personlighet, forhistorie og forhenværende omsorgssituasjon. Det vil alltid være knyttet noe usikkerhet til fosterhjemsplassing, både til de som er tenkt å være kortvarige og langvarige. Det kan oppstå konflikter mellom fosterhjemmet og barnet som medfører at fosterhjemskontrakten blir sagt opp. Andre forhold på fosterforeldrenes side kan også medføre at fosterhjemskontrakten ikke blir fornyet eller at den blir sagt opp.

En generell usikkerhet knyttet til fremtidig fosterhjemsplassing kan ikke i seg selv begrunne en utvidet adgang til tilbakeføring når vilkåret om forsvarlig omsorg ikke er oppfylt. Det stiller seg annerledes for de tilfeller hvor den generelle usikkerheten gir seg utslag i konkrete forhold. Hvis det er på det rene at den fremtidige fosterhjemsplassing for barnet er usikker, kan det i seg selv innebære en stor belastning for barnet. Det vil også være en belastning for barnet om det må flyttes mange ganger fordi det viser seg vanskelig å finne et passende fosterhjem. Dette kan være tilfellet for barn som har spesielle problemer og vansker med å falle til ro i fosterhjem. I noen tilfeller vil det i påvente av et passende fosterhjem være aktuelt med plassering i en barnevernsinstitusjon. For noen barn vil dette være et lite heldig alternativ.

I tilfeller som nevnt ovenfor kan det være aktuelt å reise spørsmålet om hvorvidt en tilbakeføring vil være et bedre alternativ for barnet enn at omsorgen opprettholdes, til tross for at det er usikkert om foreldrenes omsorgsevne oppfyller vilkåret om forsvarlig omsorg. Det ligger et stabilitetshensyn bak en slik tankegang.

Stabilitet, er på samme måte som forsvarlig omsorg, en forutsetning for at et barn skal ha en god omsorgssituasjon. Det følger også uttrykkelig av lovteksten i § 4-1 at stabilitet og kontinuitet er viktige momenter i et barns oppvekst. Det er mulig å argumentere for at det i noen tilfeller vil være viktigere for barnet med stabilitet enn fullt ut forsvarlig omsorg. Det

forutsetter likevel at omsorgen ikke ligger langt under grensen for det forsvarlige, og at også andre forhold peker i den retning at et slikt alternativ vil være det beste for barnet.

I Rt.1995 s. 447 (dissens 3-2) ble omsorgen opphevet for en 13 ½ år gammel gutt. De sakkyndige vurderte gutten for å ha evnesvakhet og læreproblemer i tillegg til en rekke andre problemer. Flertallet var enig med de sakkyndige i at farens omsorg neppe kunne sies å være den omsorg som gutten burde ha, ideelt sett.

Hvis man anser forsvarlig omsorg som et grunnvilkår for opphevelse av omsorgsvedtak, skulle flertallet nøydt seg med å konkludere at tilbakeføring ikke kan skje når vilkåret om forsvarlig omsorg ikke er oppfylt. Førstvoterende uttaler i den forbindelse:

”Jeg er enig med de sakkyndige i at faren neppe vil kunne gi E den omsorg han ideelt sett bør ha. Hvis det kan bygges på at en fortsatt omsorgsovertakelse vil gi E bedre utviklingsmuligheter, bør vedtaket om omsorgsovertakelse bli stående. I den situasjon som er oppstått, er det imidlertid vanskelig å ha noen sikker mening om hvilket alternativ som vil være det beste.”

Flertallet foretok i stedet en helhetlig og konkret vurdering av situasjonen, hvor både alternativet om tilbakeføring og fortsatt omsorgsovertakelse ble vurdert. Jeg mener det er holdepunkter for å se det slik at flertallet i realiteten foretok en barnets beste vurdering etter § 4-1. Det ble lagt vekt på å finne frem til det alternativ som samlet sett ville gi gutten de beste utviklingsmuligheter.

Muligheten for fortsatt omsorgsovertakelse ble holdt åpen, og det avgjørende ville være hva som ga gutten best utviklingsmuligheter. I den forbindelse ble det særlig lagt vekt på at videre omsorgssituasjon var usikker. Fosterhjemmet hadde sagt opp fosterhjemsavtalen på grunn av konflikter mellom fosterforeldrene og gutten. På bakgrunn av guttens problemer og forhistorie ble det antatt at det ville måtte stilles svært strenge krav til et eventuelt fosterhjem, og at plasseringsalternativene av den grunn fremsto som usikre. Det ble også

lagt vekt på at gutten nå var på vei inn i puberteten og at en ny fosterhjems plassering ikke kunne antas å bli varig, og dette kunne skape betydelige vanskeligheter.

Når det gjelder tilbakeføring til faren ble det lagt vekt på den tilknytning som var mellom faren og gutten. Det ble også vist til at gutten hadde vært gjennom mange skifter i omsorgspersoner, men at han ved en tilbakeføring nå ville komme tilbake til noe kjent. Flertallet konkluderte ut i fra dette at det ville være bedre for gutten om han ble tilbakeført til faren enn at omsorgsvedtaket ble opprettholdt.

Mindretallet la på sin side vekt på at faren ikke kunne gi gutten forsvarlig omsorg og at en tilbakeføring ville medføre alvorlige konsekvenser for guttens utvikling. De mente i motsetning til flertallet at det ville være gode muligheter for å finne et nytt fosterhjem.

Mindretallet kom til at farens omsorg ikke oppfylte vilkåret og uttalte i den forbindelse:

”Jeg legger stor vekt på de synspunkter de sakkyndige har gitt uttrykk for, og jeg finner at de skadelige virkninger det her er tale om, medfører at det er rettslig grunnlag for å opprettholde omsorgsvedtaket.”

I og med at mindretallet konkluderte med at farens omsorg ikke var forsvarlig, kunne mindretallet kort og godt fastslått at omsorgsvedtaket av den grunn måtte opprettholdes. Mindretallet bega seg likevel ut på en diskusjon av mulighetene for videre fosterhjems plassering noe som viser at også de foretok en barnets beste vurdering slik flertallet gjorde. Det som skiller flertallet og mindretallet er uenighet med hensyn til mulighetene for å finne et godt fosterhjem til gutten.

I Rt.1999 s. 1883 ble omsorgen for to jenter tilbakeført til moren. Det ble tillagt vekt at

”barna ikke har funnet seg til rette på XX barnehjem og ønsker å komme hjem til sin mor”.

I motsetning til Rt.1995 s. 447 hvor flertallet kom til at farens omsorg ikke oppfylte vilkåret, kom Høyesterett her til at vilkåret om forsvarlig omsorg var oppfylt. Jeg mener likevel at det på bakgrunn av domspremissene er holdepunkter for å si at Høyesterett betraktet morens omsorgsevne som usikker, eller i alle fall i grenseland. Men at en eventuell usikkerhet ble oppveid av at tilbakeføring fremsto som et bedre alternativ for jentene enn fortsatt omsorgsovertakelse.

Selve drøftelsen av morens omsorgsevne er forholdsvis kort. De sakkyndige var uenige om hvorvidt morens omsorgsevne kunne karakteriseres som forsvarlig eller ikke. Høyesterett uttalte at de mangler som opprinnelig begrunnet omsorgsvedtaket ikke lenger forelå. Det ble lagt vekt på at det ikke forelå opplysninger om at moren ikke evnet å ta seg av det ene barnet hun hadde beholdt omsorgen for. Videre antok Høyesterett at ved hjelp av hjelpetiltak ville moren kunne ta seg av de tre barna på en forsvarlig måte.

Det fremgår imidlertid av dommen at barna hadde adferdsproblemer og dermed krevde grundig oppfølging og omsorg. Barnas problemer ble ansett for å være mer alvorlige nå enn før plassering. Det ville altså stille store krav til moren som omsorgsperson. Det å ha omsorgen for tre barn, derunder to med atferdsproblemer, er noe ganske annet enn å ha omsorgen for ett barn. Disse omstendighetene gjør det sannsynlig å anta at morens omsorgsevne trolig lå i grenseland for å kunne kalles forsvarlig.

Høyesterett uttaler rett etter vurderingen av morens omsorgsevne at:

”For det andre har jeg lagt vekt på at barna ikke har funnet seg til rette på XX barnehjem og ønsker å komme hjem til sin mor.”

Når Høyesterett har konkludert med at morens omsorgsevne er forsvarlig, kunne de nøyde seg med å slå fast at tilbakeføring kan skje. Ved å henwise til at det videre plasseringsalternativet var en dårlig løsning og at barna selv ønsket å flytte hjem foretok Høyesterett i realiteten en skjønnsmessig barnets beste vurdering. Høyesterett betraktet det

som et bedre alternativ for barna at de ble tilbakeført til moren enn at de ble værende på barnehjem. Det var på det rene at fortsatt omsorgsovertakelse ville innebære institusjonsplassering og Høyesterett anså det som en uheldig løsning.

6.2.3 Lojalitetskonflikt

Barn som var gamle nok til å utvikle en følelsesmessig tilknytning til sine foreldre før omsorgsovertakelsen kan ofte oppleve en lojalitetskonflikt i forhold til foreldrene. På den ene siden føler barnet dårlig samvittighet overfor foreldrene, samtidig som det også utvikler gode følelser til fosterforeldrene og slår seg til ro i fosterhjemmet. Slike lojalitetskonflikter forsterkes ofte ytterligere ved bidrag fra foreldrene eller fosterforeldrene.

Når Høyesterett legger vekt på lojalitetskonflikter ved vurderingen av hva som er best for barnet, viser det at de vurderer barnets selvstendige interesser. Lojalitetskonflikten er en realitet som barnet må leve med og som ofte innebærer en stor belastning. For å finne frem til hva som er til barnets beste må man også vurdere hva som vil bidra til å minske eller fjerne den lojalitetskonflikten som barnet opplever.

I Rt.1996 s. 1203 (dissens 3-2) ble omsorgen for en åtte år gammel gutt tilbakeført. Flertallet betraktet den lojalitetskonflikten gutten befant seg i som et vesentlig moment for tilbakeføring, til tross for at det heftet betydelige svakheter ved faren som omsorgsperson. Det ble av flertallet uttalt at:

”Den nåværende situasjon med omsorgsovertakelse har skapt en lojalitetskonflikt for C. Konflikten lever han med og må finne løsninger på når den spisser seg til i det daglige. De sakkyndige finner det klart at det ikke vil være noen god løsning å bryte forbindelsen mellom C og foreldrene. Dette er jeg enig i. At konflikten vanskelig kan løses på noen annen måte enn ved at gutten tilbakeføres til foreldrene, ser jeg som et vesentlig moment.”

Uttalelsen viser at flertallet ikke anså tilbakeføring som eneste mulighet for å håndtere lojalitetskonflikten på. Flertallet henviste også til de sakkyndiges vurderinger som sa at det

å bryte kontakten mellom gutten og foreldrene ikke vil være en god løsning. Dette kan tolkes dit hen, at det i andre saker kan være aktuelt å løse lojalitetskonflikter ved å bryte kontakten mellom barnet og foreldrene fremfor å beslutte tilbakeføring. En lojalitetskonflikt i seg selv gir således ikke automatisk grunnlag for å tilbakeføre når vilkåret i første punktum ikke er oppfylt. Men det kan være at den eneste måten å løse en lojalitetskonflikt på er tilbakeføring, og at det i så fall vil være best for barnet om omsorgen oppheves.

Mindretallet på sin side la vekt på at det var farens manglende samarbeid med barnevernet og fosterhjemmet som hadde forsterket lojalitetskonflikten. Det fremgikk av de sakkyndiges forklaringer at gutten hadde et svært nært forhold til sin far, og at gutten var særlig redd for å skuffe han. I den forbindelse uttalte mindretallet at det skulle mye til for å la en slik opptreden fra farens side være et vesentlig moment for tilbakeføring og videre at;

”[d]et må i tilfelle forutsette at man finner at tilbakeføring av barnet på grunn av lojalitetskonflikten er til barnets beste, selv om vilkårene for å opprettholde vedtaket er til stede...”

Uttalelsene viser at også mindretallet holdt muligheten åpen for at tilbakeføring kunne skje på tross av at vilkåret om forsvarlig omsorg ikke var oppfylt, men bare så lenge det var ansett for å være til barnets beste.

Som mindretallet påpeker bør det ikke være et argument til fordel for foreldrenes omsorgsevne at barnet er i en lojalitetskonflikt, særlig ikke der foreldrene selv har vært med på å skape eller forsterke denne konflikten. Tvert i mot bør det anses som et motargument i forhold til foreldrenes omsorgsevne at de forsterker barnets lojalitetskonflikt ved å sette egne interesser fremfor barnets behov. Den eneste måten et lojalitetsargument kan tale for tilbakeføring på, er hvis en helhetlig barnets beste vurdering tilsier at det vil være best for barnet om det tilbakeføres.

6.2.4 Barnets egen mening

Barnets egen mening er det tredje argumentet som blir brukt i de sakene hvor det blir besluttet tilbakeføring på tross av at det fremstår som noe usikkert hvorvidt vilkåret om forsvarlig omsorg er oppfylt.

Både i Rt. 1995 s. 447 og Rt.1999 s. 1883 ble det lagt vekt på barnas egne ønsker. I dommen fra 1995 var gutten 13 ½ år og han hadde uttalt at han ønsket å flytte hjem til faren sin. Guttens mening ble tatt med i flertallets vurdering. Selv om flertallet ikke sier noe uttrykkelig om guttens alder kan det tenkes at de tilla guttens mening relativt stor vekt på grunn av hans alder. En gutt på 13 ½ år antas normalt å være moden nok til å kunne gi et oppriktig uttrykk for sine ønsker, noe som tilsier at hans mening skal tillegges vekt, jfr. bvl. § 6-3.

I dommen fra 1999 ble det uttrykkelig vist til § 6-3 første ledd om at barn skal ha anledning til å uttale seg i egen sak og dets mening skal tillegges vekt. Jentene i dommen hadde uttrykt et ønske om å få flytte hjem. Høyesterett uttalte at jentene var så nær tolvårs grensen at det måtte legges vekt på hva de mente⁷⁴.

Ved å tillegge barnets mening vekt i avgjørelsen viser Høyesterett at de foretar en helhetlig barnets beste vurdering.

6.3 Konklusjon

Denne gjennomgangen av rettspraksis viser at det blir for stivbeint å lese bestemmelsen i § 4-21 første ledd første punktum fullt ut antitetisk. I så fall skulle ikke domstolene ha adgang til å beslutte tilbakeføring slik de gjorde i for eksempel Rt.1995 s. 447.

Bestemmelsen i § 4-21 første ledd første punktum kan følgelig ikke tolkes fullt ut antitetisk. Det inntreffer altså ikke en ubetinget plikt til å la være å tilbakeføre barnet hvis

⁷⁴ Ved inkorporeringen av Barnekonvensjonen ble aldersgrensen i bvl. § 6-3 satt ned fra 12 til 7 år i samsvar med BK artikkel 12.

vilkåret om forsvarlig omsorg ikke er oppfylt. Prinsippet om barnets beste og rettspraksis tilsier at det oppstår en valgfrihet og at avgjørelsesorganet dermed har adgang til å foreta en vurdering av hva som i den konkrete situasjon totalt sett best ivaretar hensynet til barnets interesser.

Det må understrekes at det ikke er barnevernlovens systematikk at det skal foretas slike finvurderinger for hvert enkelt tilfelle av tilbakeføringssaker. Den klare hovedregelen er at det ikke vil være til barnets beste at barnet tilbakeføres når omsorgen ikke anses som fullt ut forsvarlig og at hvis vilkåret i første punktum ikke er oppfylt så bør omsorgsovertakelsen ikke oppheves. Det følger både av forarbeidene og reelle hensyn. Hvis omsorgen skal oppheves til tross for at vilkåret om forsvarlig omsorg ikke er oppfylt, må det være fordi bestemte forhold gjør seg gjeldende og at disse forholdene tilsier at en tilbakeføring likevel vil være til det beste for barnet.

Det må være helt klart at en tilbakeføring til en omsorg som ikke oppfyller vilkåret om forsvarlig omsorg, ikke kan begrunnes ut i fra effektivitets- eller ressursynspunkter. At barnevernet har begrensede ressurser kan ikke danne begrunnelsen for å tilbakeføre et barn til et hjem hvor det ikke vil få forsvarlig omsorg. En ganske annen ting er at de faktiske forhold i saken er slik at det ikke finnes gode fosterhjemsalternativer for barnet, og at det av den grunn anses for å være bedre for barnet å tilbakeføres. Jeg påpeker at det først og fremst er i situasjoner hvor argumenter som nevnt ovenfor gjør seg sterkt gjeldende at det vil kunne være snakk om å fravike den klare hovedregelen i § 4-21 første ledd første punktum.

Avslutningsvis må det understrekes at når vilkåret om forsvarlig omsorg ikke er oppfylt, vil man trolig oftere komme til at det ikke vil være til barnets beste at omsorgen oppheves. Det er bare i unntakstilfeller at det vil være til barnets beste å oppheve omsorgen. Når jeg likevel har valgt å drøfte dette tolkningsspørsmålet så er det på bakgrunn av at det i alle barnevernssaker gjelder et prinsipp om barnets beste, også der hvor ordlyden er klar.

7 Avslutning

7.1 Oppsummering

I denne oppgavens del 1 har jeg redegjort for prinsippet om barnets beste. En analytisk tilnærming til prinsippet viser at barnets beste i stor grad er knyttet til en biologisk presumsjon. De biologiske relasjoner mellom barnet og foreldrene svært stor betydning ved vurderingen av hva som best ivaretar barnets interesser. En slik forståelse stemmer godt overens med den EMD legger til grunn i sin praksis og det som følger av Barnekonvensjonens bestemmelser. Det kan likevel se ut til at EMD har en noe mer restriktiv holdning til hvordan man vektlegger hensynet til barnets interesser i forhold til foreldrenes interesser.

Jeg har videre gjort rede for prinsippets rettslige funksjoner. Prinsippet om barnets beste omtales kanskje oftest i forbindelse med bvl. § 4-1 som retningslinje og avveiningsnorm ved skjønnsmessige vurderinger. Men barnets beste som reelt hensyn ved tolkning av barnevernlovens bestemmelser er imidlertid en minst like viktig rettslig funksjon ved prinsippet.

I del 2 drøfter jeg hvilken betydning prinsippet om barnets beste som reelt hensyn har ved lovtolkning av barnevernloven. Jeg har sett på et spesifikt tolkningsspørsmål i forbindelse med ordlyden i bvl. § 4-21 første ledd første punktum. Etter ordlyden er det et grunnvilkår for tilbakeføring at foreldrene kan gi barnet forsvarlig omsorg. Tolkingsspørsmålet var om ordlyden må tolkes fullt ut antitetisk slik at når vilkåret om "*forsvarlig omsorg*" ikke er oppfylt, så foreligger det en plikt for avgjørelsesorganet til ikke å oppheve omsorgsvedtaket.

Jeg har, på bakgrunn av prinsippet om barnets beste og rettspraksis, kommet til at ordlyden ikke kan tolkes fullt ut antitetisk i alle tilfeller. I visse tilfeller hvor spesielle momenter gjør seg sterkt gjeldende tilsier hensynet til barnet at man vurderer tilbakeføringsspørsmålet ut i fra en helhetlig barnets beste vurdering selv om vilkåret om forsvarlig omsorg ikke er oppfylt.

7.2 Egne betraktninger rundt prinsippet om barnets beste

I Prop. 7 L (2009-2010) er det lagt frem forslag om såkalt åpen adopsjon. Åpen adopsjon innebærer at det åpnes for kontakt mellom barn og biologiske foreldre eller barn og biologisk slekt etter adopsjon. Formålet med åpen adopsjon er å kunne ivareta barnets interesse i å opprettholde sine biologiske relasjoner til foreldrene, men også barnets behov for stabilitet, sikkerhet og varighet i omsorgssituasjonen. Lovforslag om åpen adopsjon i Prop. 7 L (2009-2010) kom i forbindelse med Ot.prp. nr. 69 (2008-2009) som med forslag om endringer i bvl. § 4-20 går inn for økt bruk av adopsjon som barnevernstiltak.

Det har lenge i flere ulike fagmiljø vært bekymringer knyttet til at adopsjon benyttes for lite som barnevernstiltak. Det stilles strenge vilkår til adopsjon og det skal svært mye til før det anses som best for barnet at det adopteres. Bakgrunnen for dette er ofte at man ikke ønsker å kutte over de biologiske bånd mellom barnet og foreldrene. De strenge vilkårene for adopsjon kan imidlertid gå på bekostning av barnet ved at det hele tiden må leve med en usikkerhet med henhold til hvor det skal bo.

Ved å åpne for økt adopsjon gir lovgiver signaler om at barnets behov for stabilitet og sikkerhet i omsorgssituasjonen i større grad skal prioriteres. I den forbindelse blir stabilitet en egenverdi og ikke noe som nødvendigvis må komme fra de biologiske foreldrene. Dette gir signaler om at lovgiver i større grad ønsker å vektlegge barnets selvstendige interesser. Lovforslaget om åpen adopsjon forsterker disse signalene. Lovgiver tillegger fremdeles betydningen av de biologiske relasjoner stor vekt, men viser samtidig at det ikke bare finnes en måte å ivareta de på.

Tradisjonelt sett har det å ivareta de biologiske relasjonene i stor grad vært knyttet til at barnet må vokse opp hos sine biologiske foreldre. Hvis man legger til grunn at det finnes flere måter å opprettholde barnets forhold til sine biologiske foreldre på vil det gi større rom for å ivareta alle aspektene i prinsippet om barnets beste. Det vil kunne gi større

samordning mellom de ulike aspektene i prinsippet om barnets beste. Den potensielle motstriden dem i mellom vil også bli mindre.

Den seneste lovendringen i bvl. § 4-21 første ledd første punktum⁷⁵ støtter opp om en utvikling hvor barnets interesser vektlegges i større grad. Tidligere var det ikke knyttet et beviskrav til vilkåret om ”forsvarlig omsorg” i første ledd første punktum. Sandberg hevdet at beviskravet i tilbakeføringssaker i alle fall ikke er mindre enn alminnelig sannsynlighetsovervekt⁷⁶. Etter lovendringen er det nå et krav om at det må være ”overveiende sannsynlig” at foreldrene oppfyller vilkåret, det er altså mer en alminnelig sannsynlighetsovervekt. Å stille strengere beviskrav til vilkåret om ”forsvarlig omsorg” gir større sikkerhet for at barnet ikke må tas under omsorg igjen, noe som innebærer mer stabilitet for barnet. Dette gir uttrykk for at stabilitetshensynet tillegges større vekt ved vurderingen av hva som er til barnets beste.

I tråd med lovendringen i § 4-21 første ledd første punktum og det siste lovendringsforslaget bør det følges opp med forslag til endringer også i andre bestemmelser i barnevernloven, slik at loven i større grad ivaretar alle aspekter ved hensynet til barnets beste.

8 Litteraturliste

Lover

Lov om barnevernstjenester (barnevernloven) av 17.07.1992 nr. 100

Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21.05.1999 nr. 30.

Lov om barn og foreldre (barneloven) av 08.04.1981 nr. 7

Lov om barnevern (barnevernloven) av 17.07.1953 nr. 14 (opphevet)

⁷⁵ Se Ot.prp. nr. 69 (2008-2009) og Innst.O 121 (2008-2009).

⁷⁶ Sandberg (2003) s. 254.

Kongeriget Norges Grundlov (grunnloven) av 17.05.1814

Konvensjoner

FNs Barnekonvensjon (Barnekonvensjonen) av 20. november 1989

Europarådets konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (Den Europeiske Menneskerettskonvensjon) av 4. november 1950

Forarbeider

Prop. 7 L (2009-2010) Endringer i adopsjonsloven og -barnevernloven

Innst.O nr. 121 (2008-2009) Innstilling fra familie- og kulturkomiteen om lov om endringer i barnevernloven

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

Innst.O nr. 80 (1991-1992) Melding fra forbruker- og administrasjonskomiteen om lov om barnevernstjenester (barnevernloven)

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

NOU 1985:18 Lov om sosiale tjenester

Innst. Fra Barnevernkomiteen, 1951

Bøker

Lindboe, Knut. *Barnevernloven*. Oslo, 2009.

Høstmælingen, Njål, Saga Kjørholt, Elin og Sandberg, Kirsten, *Barnekonvensjonen – Barns rettigheter i Norge*, 1. utgave. Oslo, 2008.

Ofstad, Kari og Skar, Randi. *Barnevernloven med kommentarer*. Oslo, 2008.

Van Bueren, Geraldine, *Child Rights in Europe*, 1. utgave. (2008)

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

Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 5. utgave ved Jan E. Helgesen. Oslo, 2000.

Boe, Erik. *Innføring i juss. Juridisk tenkning og rettskildelære*. Oslo, 1996.

Gording Stang, Elisabeth. *Barns rett til foreldre. Tvangsadopsjon av fosterbarn etter barnevernloven*. Oslo, 1995.

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

Artikler

Havik, Torill. *Barnets beste – har vi noen holdepunkter? En sammenfatning*. Norges Barnevern, nr. 4 – 2003.

Skivenes, Marit. *Biologi og barnets beste i barneverntjenesteloven*. Norges Barnevern nr. 4 -2003.

Dommer

Rt.2006 s. 1308

Rt. 1999 s. 1883

Rt. 1998 s. 1702

Rt. 1996 s. 1684

Rt. 1996 s. 1203

Rt. 1995 s. 447

Rt. 1995 s. 350

Rt. 1994 s. 568

Rt. 1992 s. 1303

Rt. 1989 s. 520

Rt. 1987 s. 805

Rt. 1986 s. 1189

Rt. 1984 s. 77

Rt. 1982 s. 581

Rt. 1978 s. 976

Rt. 1954 s. 989

EMD-dommer

Johansen v Norway, The European Court of Human Rights, Strasbourg, 07.08.1996.

Bronda v Italy, The European Court of Human Rights, Strasbourg, 06.09.1998

Rieme v Sweden, The European Court of Human Rights, Strasbourg, 04.22.1992

Olsson (I) v Sweden, The European Court of Human Rights, Strasbourg, 03.24.1988

Nettdokument

Hove, Harald. *Kommentarer til barnevernloven*. I: Norsk lovkommentar, nettversjon (Gyldendal Rettsdata). [Sisert 27. november 2009]

Høstmælingen, Njål, Willes F. Petter. *Kommentarer til Barnekonvensjonen*. I: Norsk lovkommentar, nettversjon (Gyldendal Rettsdata). [Sisert 27. november 2009]

Sandberg, Kirsten. *Kommentarer til barneloven*. I: Norsk lovkommentar, nettversjon (Gyldendal Rettsdata). [Sisert 27. november 2009]

Annet

Heggelund, Hilde. Regionsleder i Fylkesnemnda for sosiale saker, Oslo og Akershus. E-post. 18. november 2009.

