



Det juridiske fakultet

Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse

Om nyere praksis fra EMD og Høyesterett har hatt betydning for tolkningen av vilkårene i bvl. § 4-21.

Øyvind Dypvik - Liten masteroppgave i rettsvitenskap. JUR-3902. Mai 2021

Innhold

1	Innledning	3
1.1	Tema og aktualitet.....	3
1.2	Fremstillingen videre.....	4
2	Sentrale prinsipper og hensyn og i barnevernretten.....	6
2.1	Innledning.....	6
2.2	Legalitetsprinsippet	7
2.3	Det mildeste inngreps prinsipp.....	7
2.4	Hensynet til Barnets beste	9
2.5	Biologiske prinsipper	10
2.6	Utviklingsfremmende tilknytningsprinsipp.....	11
3	Oppheving av vedtak om omsorgsovertakelse.....	13
3.1	Innledning.....	13
3.2	Omsorgsovertakelse og samvær.....	14
3.2.1	Omsorgsovertakelse	14
3.2.2	Samværsrett.....	15
3.3	Vilkårene for tilbakeføring.....	16
3.3.1	Grunnvilkåret om forsvarlig omsorg.....	16
3.3.2	Nærmere om beviskravet overveiende sannsynlig.....	17
3.3.3	Forholdet mellom omsorgskravet i bvl. § 4-12 og § 4-21 første ledd første punktum.....	18
3.4	Tilknytningsunntaket i bvl. § 4-21 første ledd annet punktum	20
3.4.1	Innledning.....	20
3.4.2	Forholdet mellom § 4-21 første ledd første punktum og første ledd annet punktum.....	21
3.4.3	«Alvorlige problemer»	21
3.4.4	Tilknytning	23
3.4.5	Barnets primære tilknytning.....	24

3.5	Retten til familieliv.....	25
3.5.1	Vilkårene	25
3.5.2	Familiemessig bånd.....	26
3.5.3	Tilknytning til fosterfamilien	28
4	Tilbakeføring etter dagens barnevernspraksis.....	29
4.1	Innledning.....	29
4.2	EMD om den rettslige behandlingen av barnevernssaker i Norge.....	29
4.2.1	Strand lobben med flere mot Norge	29
4.2.2	A.S mot Norge.....	30
4.2.3	Abdi Ibrahim mot Norge	32
4.3	EMD om gjenforeningsmålet i barnevernssaker	32
4.3.1	Innledning.....	32
4.3.2	Bruk av langvarige plasseringer	33
4.3.3	Fastsetting av samvær	34
4.4	Nærmere vurdering av tilbakeføring etter dagens barnevernspraksis	36
4.4.1	Innledning.....	36
4.4.2	Observasjon av barn og foreldre under samvær.....	38
4.4.3	Bruk av sakkyndiger for å innhente opplysninger om barn og foreldre.....	40
4.4.4	Skjerpet krav til begrunnelse når gjenforeningsmålet er oppgitt	41
4.4.5	Barnets sårbarhet som grunnlag for å opprettholde omsorgsovertakelsen.....	42
4.4.6	Avveining mellom hovedhensynene i barnevernssaker	44
5	Avsluttende bemerkninger	46
6	Kilde- og litteraturliste.....	47

1 Innledning

1.1 Tema og aktualitet

Temaet for denne oppgaven er oppheving av vedtak om omsorgsovertakelse etter Lov om barneverntjenester av 17. juli 1992 nr. 100 (heretter bvl.) § 4-21, også kalt tilbakeføring.

Alle barn har en grunnleggende rett til omsorg. I dette ligger det en plikt hos myndighetene til å sikre at barnet får en slik omsorg og beskyttelse som er nødvendig for barnets trivsel. Dette følger direkte av FNs barnekonvensjon (heretter BK.) art. 3 nr. 2, som også sier at hovedansvaret for omsorgen ligger hos barnets foreldre. Dersom foreldrenes omsorgsevne ikke tilfredsstillende barnets behov, er myndighetene pliktig til å sette inn de tiltak som skal til for å sikre at barnet får den nødvendige omsorgen. Dersom det ikke kan skapes et tilfredsstillende hjem for barnet gjennom hjelpetiltak, vil det bli fattet et vedtak om omsorgsovertakelse og barnet blir plassert i fosterhjem eller i barnevernsinstitusjon. I utgangspunktet er en omsorgsovertakelse midlertidig og barnet skal tilbakeføres til sine biologiske foreldre, straks foreldrene er i stand til å yte forsvarlig omsorg for barnet. Dette gjelder så lenge at barnet ikke har fått en slik tilknytning til sin fosterfamilie, eller andre i sitt miljø, at det det kan føre til alvorlige problemer for barnet å oppheve vedtaket. I de tilfellene vil barnet bli boende hos fosterfamilien.

I 1996 fikk Norge dom mot seg i den mye omtalte «Adele saken» som gjaldt adopsjon etter bvl. § 4-20, hvor den Europeiske Menneskerettighetsdomstol (heretter EMD.) konstaterte at inngrepet innebar en krenkelse av Europeiske Menneskerettighetskonvensjon (heretter EMK.) art. 8.¹ Dommen var starten på et paradigmeskifte for norsk barnevernsrett, hvor det i kjølvannet av saken oppsto en lang debatt blant folket, om forholdet mellom norsk barnevernspraksis og Norges menneskerettslige forpliktelser. Temaet har blitt tatt opp på nytt i de siste årene, da Norge ble dømt for flere brudd på retten til familieliv etter EMK art. 8, i tiden mellom 2018 og 2020. EMD har blant annet påpekt at norske myndigheter er alt for tidlig med å oppgi gjenforeningsmålet, uten tilstrekkelig grunnlag for sin beslutning, og at hensynet til familiebandene ikke blir tilstrekkelig vurdert.

¹ Adele Johansen mot Norge

Formålet med oppgaven er å se om nyere praksis fra EMD og Høyesterett har medført endringer ved tolkning av vilkårene om tilbakeføring etter bvl. § 4-21. Med nyere praksis menes det hovedsakelig avgjørelser fra tiden mellom 2018 og 2020. Det skal sees nærmere på behandlingsprosessen av myndighetene i saker som gjelder omsorgsovertakelse og tilbakeføring, hvordan rettspraksis tolker vilkårene for tilbakeføring, og hvordan de vektlegger relevante hensyn og prinsipper.

1.2 Fremstillingen videre

Barnevernloven er bygget på flere sentrale prinsipper og hensyn i barnevernretten, som er utviklet gjennom både rettspraksis, og gjennom lovgivningen. Disse virker inn på den rettslige behandlingen av barnevernssaker når man tolker og anvender lovens bestemmelser, og spiller i tillegg en viktig rolle i den avsluttende avveiningen. I oppgavens kapittel 2 vil jeg redegjøre for de hensynene og prinsippene som er mest sentrale for spørsmålet om tilbakeføring, litt om forholdet mellom dem og hvordan de virker inn på den rettslige vurderingen etter dagens praksis.

Den rettslige behandlingen av tilbakeføring vil berøre flere relevante rettskilder. Oppgaven tar utgangspunkt i barnevernloven av 1992, med fokus på reglene om omsorgsovertakelse, samvær og tilbakeføring.² Reglene vil bli gjort rede for i oppgavens kapittel 3, hvor jeg vil gå i dybden på vilkårene for tilbakeføring og hvordan reglene praktiseres av fylkesnemnda, domstolene og barnevernstjenesten.

I spørsmålet om tilbakeføring vil Norges menneskerettslige forpliktelser være av særlig betydning. En omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-12 innebærer et ufrivillig inngrep i barnets og foreldrenes gjensidige rett til familieliv. Denne retten er beskyttet gjennom Kongeriket Norges Grunnloven av 17. mai 1814 (heretter GrL.) § 102 og EMK. art. 8. I oppgavens kapittel 3 vil jeg gjøre rede for retten til familieliv, og forholdet mellom de menneskerettslige forpliktelsene i spørsmål om tilbakeføring.

Oppgavens kapittel 4 vil inneholde en gjennomgang av kritikken fra EMD i noen av de mest sentrale dommene fra 2018-2020. Her vil det bli sett nærmere på hvordan EMD vurderer den

² Lov 17. juli 1992 om barnevern (barnevernloven)

rettslige behandlingen av barnevernssaker i Norge, både saksbehandlingen i barnevernstjenesten og domstolene. Videre vil det gjennomføres en nærmere vurdering av tilbakeføring etter dagens rettspraksis. Dette gjøres ved å se på Høyesteretts vurderinger av EMD's kritikk, og hvordan det påvirker den rettslige behandlingen. Det vil også sees nærmere på hva som skal til for at norsk barnevernspraksis skal være i samsvar med EMK.

2 Sentrale prinsipper og hensyn og i barnevernretten

2.1 Innledning

Barnevernretten baserer seg på ulike prinsipper og hensyn, som gir uttrykk for de grunnleggende verdiene i barnevernretten. Prinsipper er uskrevne normer som virker inn på tolkningen av bestemmelsene i barnevernloven. I tillegg vil lovgivningen på barnevernrettens område i stor grad bygge på disse prinsippene. Det må imidlertid skilles mellom begrepet prinsipp og hensyn. Et hensyn vil ikke alene utgjøre en norm. Ved enkeltavgjørelser er det prinsippet som bestemmer om noe kan eller skal være et hensyn i vurderingen, og hvilken vekt det skal ha.³

Barnevernretten berører flere ulike prinsipper og hensyn som er av betydning gjennom behandlingen av barnevernssaker. Sandberg deler disse opp i to deler. Den første kategorien er prinsipper til vern mot inngrep, herunder legalitetsprinsippet og mildeste inngreps prinsipp. De omhandler borgernes vern mot det offentlige, som skal sørge for at inngrep ikke skal skje før det er nødvendig. Den andre er de barnevernrettslige prinsipper som barnets beste, det biologiske prinsipp og barnets rett til omsorg. Disse uttrykker verdisyn som skal vektlegges i enhver avgjørelse som berører barnet.

Den første kategorien skal verne befolkningen mot urimelig inngrep fra det offentlige, og samtidig sikre at myndighetenes beslutninger er i samsvar med Norges menneskerettslige forpliktelser. Enhver beslutning som innebærer bruk av tvang, er på legalitetsprinsippets område, og vil derfor være sentral når myndighetene skal treffe en beslutning som innebærer et ufrivillig tiltak etter bvl. Kapittel 4. Når det gjelder spørsmål om tilbakeføring har Høyesterett lagt til grunn at hensynet til at barn som utgangspunkt skal vokse opp hos sine biologiske foreldre og minste inngreps prinsipp, står sentralt i vurderingen. I tillegg vil det overordnede hensyn være hensynet til barnets beste.⁴ I den videre fremstillingen vil det først bli redegjort for de prinsippene som omhandler vern mot inngrep, og deretter de barnevernsrettslige prinsippene.

³ Sandberg (2003) s. 36

⁴ HR-2020-1788-A avsnitt 74

2.2 Legalitetsprinsippet

Den mest brukte formuleringen av legalitetsprinsippet er at inngrep fra myndighetene i borgernes rettssfære krever hjemmel i lov. Dette innebærer at det må foreligge en klar regel for at det offentlige skal kunne innskrenke borgernes rettigheter. Det strafferettslige legalitetsprinsipp er hjemlet i Grl. § 96, som innebærer at «ingen kan dømmes uten etter lov, eller straffes uten etter dom». Det offentligrettslige legalitetsprinsippet er hjemlet i Grl. § 113, og innebærer at «myndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov».

Prinsippet følger også av EMK art. 8 nr. 2 som går ut på at det offentlige ikke skal gripe inn i familielivet, «unntatt når dette er i samsvar med loven». Bestemmelser i EMK anvendes som norsk lov med forrang over annen Norsk lovgivning, jf. Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21. mai 1999 nr. 30 (heretter mrl.) § 3 jf. § 2

I barnevernsretten anvendes det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet, ettersom at myndighetene må ha hjemmel for å fatte et vedtak om omsorgsovertakelse. Kompetansen til å fatte et slikt vedtak ligger hos fylkesnemnda, men partene kan bringe vedtaket inn for domstolene for overprøving. Partene i barnevernssaker består av foreldrene på den ene siden,⁵ og barnevernstjenesten på den andre. Er barnet fylt 15 år og forstår hva saken gjelder, kan det opptre som part i saken, jf. bvl. § 6-3 annet ledd.

Legalitetsprinsippet fungerer også som tolkningsprinsipp, som innebærer at de hjemler som foreligger må tolkes med forsiktighet.⁶ Når det er fattet et vedtak om omsorgsovertakelse foreligger det et inngrep hele den tiden omsorgen ligger hos det offentlige, og myndighetene har løpende plikt til å sørge for å undersøke om vilkårene for overtakelsen foreligger. Et slikt vedtak er svært inngripende og tyngende for familien, og vilkårene må av den grunn tolkes strengt.

2.3 Det mildeste inngreps prinsipp

Barnevernloven bygger på det grunnleggende prinsippet om mildeste inngrep, som går ut på at myndighetene ikke skal iverksette et strengere tiltak enn nødvendig for å oppnå et bestemt

⁵ Følger av partsbegrepet i Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker av 10. februar 1967, § 2 bokstav e)

⁶ Sandberg (2003) s. 37

formål. Mange av tiltakene i barnevernloven innebærer bruk av tvang, og medfører ofte store realitetsendringer i familien og det enkelte menneskets liv. Mildeste inngreps prinsipp bidrar til å sikre at barnevernstjenesten foretar en grundig vurdering før det iverksettes tiltak, og potensielt utøves tvang ovenfor den enkelte familien. Det kan illustreres som en trinnmodell, hvor man først forsøker de mildeste formene for tiltak, herunder samtaler med familien og frivillige hjelpetiltak. Dersom de mildeste tiltakene ikke fungerer, eller det legges til grunn at strengere tiltak er nødvendig, kan myndighetene iverksette mer inngripende tiltak, som lovpålagte hjelpetiltak og omsorgsovertakelse.

Prinsippet har ingen forankring i loven, men flere av bestemmelsene i barnevernloven er direkte utslag av prinsippet. Det fremgår blant annet av bvl. § 4-12 annet ledd at en omsorgsovertakelse kan kun foretas dersom det er «nødvendig ut fra den situasjonen barnet befinner seg i». I dette ligger det en plikt hos myndighetene å forsøke andre tiltak som kan skape et tilfredsstillende forhold for barnet, jf. bvl. § 4-4. Når det gjelder spørsmål om tilbakeføring taler mildeste inngreps prinsipp for at barnet i utgangspunktet bør flyttes hjem til familien, dersom foreldrene er i stand til å yte forsvarlig omsorg.⁷ Situasjonen stiller seg imidlertid litt annerledes dersom barnet har fått en slik tilknytning til fosterfamilien at en tilbakeføring kan føre til alvorlige problemer for barnet. Her vil mildeste inngreps prinsipp måtte vike for hensynet til barnets beste. På en side kan det være at et brudd med fosterfamilien kan virke mer inngripende for barnet. Ofte vil barnet ikke ha den riktige oppfatningen om hvem som er biologiske foreldre, slik at det er mindre inngripende å bli værende hos fosterfamilien. Samtidig må prinsippet sees i lys av omsorgsovertakelsen, slik at et avslag om tilbakeføring innebærer en fortsettelse av et inngrep. Dette har sammenheng med at en omsorgsovertakelse er et midlertidig tiltak, og gjenforening er det overordnede målet.⁸

Det kan trekkes noen paralleller mellom mildeste inngreps prinsipp og nødvendighetskravet i EMK art. 8 nr. 2. Nødvendighetskravet innebærer ikke en «enten-eller» vurdering med hensyn til å gripe inn.⁹ Kriteriet kan være oppfylt dersom et mildere tiltak blir forsøkt eller

⁷ Sandberg (2003) s. 42

⁸ HR-2020-662-S avsnitt 57

⁹ Sandberg (2003) s. 46

vurdert. Et strengere form for inngrep vil ikke være «nødvendig» dersom formålet kan oppnås ved bruk av et mildere inngrep.

2.4 Hensynet til Barnets beste

Barnets beste er det overordnede hensyn i barnevernretten, og vil få avgjørende betydning i enhver barnevernsrelaterte spørsmål. Begrepet fremhever at barnet er den viktigste personen i ethvert spørsmål som angår det. Det er i seg selv bare et hensyn og ikke et prinsipp, men når det anvendes i barnevernssaker fremgår det ofte at barnets beste skal tillegges stor eller avgjørende vekt. Da kan det omtales som «barnets beste-prinsippet».¹⁰ Ved avgjørelser om omsorgsovertakelse, samværsrett og tilbakeføring, skal målet alltid være å komme fram til den beste løsningen for barnet, jf. bvl. § 4-1. Hva som er den beste løsningen er imidlertid ikke alltid like klart, og myndighetene må foreta en bred skjønnsmessig vurdering av den enkelte sak. I tilbakeføringssaker vil barnets beste-vurderingen knytte seg til det aktuelle barnets omsorgsbehov, og om flyttingen kan føre til alvorlige problemer på grunn av barnets tilknytning til mennesker og miljø der det er. Dette kommer jeg tilbake til i oppgavens kapittel 3.

Hensynet til barnets beste har flere mulige rettslige funksjoner. Sandberg har redegjort for de ulike funksjonene som er særlig relevant for spørsmålet om tilbakeføring. For det første skal barnets beste være et hensyn bak loven. Det innebærer at lovgiver må utforme bestemmelsene og vilkårene for en rettsvirkning slik at den best mulig ivaretar barnets interesser ved anvendelse. I barnevernloven har lovgiver fremhevet barnets interesser i lovens formålsbestemmelse, jf. § 1-2. Bestemmelsen viser til at lovens kriterium for anvendelse er at barnets interesser blir ivaretatt.

For det andre vil hensynet få betydning i skjønnsutøvelsen. Det følger av bvl. § 4-1 at det ved anvendelse av reglene i bvl. kapittel 4, skal legges avgjørende vekt på å finne tiltak som er til barnets beste. Ordlyden tilsier at bestemmelsen får betydning «ved anvendelse» av reglene som handler om å «finne tiltak».¹¹ Mange av tiltaksbestemmelsene gir rom for et slikt hensiktsmessighetskjønn, ved at de angir at et vedtak om tiltak «kan» treffes dersom

¹⁰ Sandberg (2003) s. 50

¹¹ Sandberg (2003) s. 59

grunnvilkårene er oppfylt.¹² Dette åpner for et spillerom for skjønn, slik at avgjørelsen kan komme til å bero på en avveining mellom relevante hensyn og prinsipper, med barnets beste som det viktigste hensyn. Et eksempel er dommen Rt. 2004 s. 999, hvor Høyesterett var i sterk tvil om morens omsorgsevne, grunnet morens mentale helse og barnets omfattende omsorgsbehov. Etter en sammenlagt vurdering kom Høyesterett frem til at det beste for barnet var tilbakeføring til mor, ettersom barnet var svært knyttet til sin mor og ga uttrykk for å ha det best når han var sammen med moren.

Barnets beste kan også være et reelt hensyn ved tolkning av de enkelte reglene i barnevernloven. Det innebærer at rettsanvenderen foretar egne vurderinger om regelens godhet, og om tolkningsresultatet er rimelig, formålstjenlig og rettferdig. Ikke bare for det enkelte tilfellet, men også for andre barn som befinner i tilsvarende situasjoner. Ifølge Eckhoffs rettskildelære vurderer man om den generelle regelen er en retsteknisk god regel, også for andre lignende tilfeller. Vekten av hensynet vil variere på bakgrunn av sakens alvorlighetsgrad og hvor mye som står på spill for barnet.

2.5 Biologiske prinsipper

I dagens samfunn er det en allmenn oppfatning om at barn skal vokse opp sammen med sine biologiske foreldre. I barnevernretten kaller man dette for «det biologiske prinsipp», som bygger på den presumsjon om at barnet i utgangspunktet har det i best sammen med sin biologiske familie. Barnevernloven bygger på dette prinsippet, som også utgjør en stor del av vurderingen om barnets beste etter bvl. § 4-1.¹³ Dette gjør seg særlig relevant i spørsmål om omsorgsovertakelse og tilbakeføring, hvor det biologiske prinsipp skal tillegges stor vekt. Myndighetene plikter å jobbe for å finne løsninger som fører til at barnet kan vokse opp med sine foreldre. Dersom dette ikke er mulig og barnet plasseres i fosterhjem, skal kontakten mellom foreldre og barn opprettholdes.¹⁴

Prinsippet er kommet til uttrykk i flere skrevne lover. I Barnevernloven fremgår det av § 4-4 at barnevernstjenesten skal hjelpe til med å bedre forholdene i familien gjennom råd,

¹² F.eks bvl. §§ 4-4, 4-12 og 4-20

¹³ NOU 2016:16 s. 47

¹⁴ NOU 2012:5 s. 15

veiledning og hjelpetiltak. Bestemmelsen har som formål å bidra til positive endringer i hjemmet, og sikre barnet gode levekår sammen med sin familie. I spørsmål om tilbakeføring skal det legges vekt på det kan skapes et tilfredsstillende hjem for barnet gjennom hjelpetiltak. Prinsippet kommer også til uttrykk i BK. Art. 9, som er del av Norges internasjonale forpliktelser og gjelder som norsk lov med forrang over annen lovgivning, jf. mrl. § 3 jf. § 2. BK. Art. 9 innebærer at myndighetene skal sikre at barnet ikke blir fraskilt fra sine foreldre, med mindre det er nødvendig av hensyn til barnets beste.

I tidligere rettspraksis har prinsippet ofte blitt påberopt av foreldrene, men er sjeldnere omtalt og brukt eksplisitt av domstolene. Dette har vært gjenstand for kritikk fra EMD, som vektlegger prinsippet i større grad enn norsk rettspraksis. I storkammeravgjørelsen Strand-Lobben mot Norge har EMD lagt til grunn at barnet i utgangspunktet har det best hos sine foreldre, og at kontakt med sin biologiske familie har en egenverdi for barnet. Dersom det fattes vedtak om omsorgsovertakelse, må myndighetene gjøre alt de kan («*everything must be done*») for å bevare den personlige kontakten mellom barn og foreldre.¹⁵ Dette innebærer for det første å fastsette et samvær som bidrar til å styrke forholdet mellom barn og foreldre, i den utstrekning det er til barnets beste jf. bvl. § 4-19 jf. § 4-1. For det andre må barnevernstjenesten følge opp foreldrene ved å hjelpe dem med å bli skikket som omsorgspersoner, og jobbe for en tilbakeføring av barnet, jf. bvl. §4-16.

2.6 Utviklingsfremmende tilknytningsprinsipp

I 2012 ble det foreslått av Raundalen-utvalget å innføre et nytt fjerde prinsipp i barnevernretten, omtalt som det «utviklingsfremmende tilknytningsprinsipp».¹⁶ Selv om det per i dag ikke er å anse som et selvstendig prinsipp, har det i tiden etter utvalgets forslag fått en del oppmerksomhet i barnevernretten. Prinsippet innebærer at man ser om tilknytning- og relasjonskvaliteten mellom barnet og omsorgspersonene er støttende til barnets utvikling. Forslaget bygger i stor grad på nyere forskning i utviklingspsykologien, som viser at den tidlige relasjonsbyggingen er helt grunnleggende for barnets utvikling.¹⁷ Utvalget peker på at dersom barnets biologiske tilknytning blir vektlagt i for stor grad ved spørsmål om

¹⁵ Strand Lobben med flere mot Norge avsnitt 207

¹⁶ NOU 2012:5 s. 21

¹⁷ NOU 2016:16 s. 49

tilbakeføring, kan det føre til at barnet vokser opp under dårlige omsorgsbetingelser.¹⁸ Det ble foreslått at prinsippet skulle gis forrang over det biologiske prinsipp, slik at det blir lagt mer vekt på den psykologiske tilknytningen mellom barnet og omsorgspersonene. I saker om tilbakeføring vil dette innebære en strengere praktisering av tilknytningsunntaket i bvl. § 4-21 første ledd annet punktum.

Forslaget ble møtt med delvis gode og dårlige tilbakemeldinger etter høringsrunden. De fleste høringsinstanser mente at utvalget hadde foretatt et grundig og solid arbeid, og at utredningen var et viktig bidrag til utviklingen av barnevernet.¹⁹ Samtidig var flere høringsinstanser også kritiske til å innføre et slikt prinsipp. Forskergruppa for barnevern ved Det juridiske fakultetet i Tromsø, pekte blant annet på at en innføring av prinsippet vil kunne føre til at den skjønsmessige vurderingen i spørsmål om tilbakeføring og samvær, blir for snever. Ved å gi prinsippet forrang over det biologiske prinsipp, vil forslaget rukke med en rekke andre verdier og hensyn som barnevernretten bygger på, herunder målet om gjenforening og presumsjonen om at barnet har det best sammen med sin biologiske familie. Vurderingen av barnets beste beror på en konkret vurdering, hvor flere momenter må veies mot hverandre.

Tilknytningskvaliteten inngår allerede som en viktig del av barnets beste-vurderingen ved spørsmål om tilbakeføring, og er tatt inn som en lovbestemt unntaksregel i barnevernloven. Innføring av et slikt prinsipp kan fort gjøre det til en «konkurrans» mellom fosterhjemmet og biologiske familie, om hvem som kan gi best positiv utviklingsstøtte. Dette vil være i konflikt med dagens regel om tilbakeføring, om at omsorgen hos biologiske foreldre skal være god nok.²⁰

Ifølge departementet vil det ikke være riktig å innføre forslaget som et eget prinsipp i barnevernloven.²¹ Det fremgår at barnevernets arbeid i stor grad skal bygge på retten til familieliv og barnets rett til omsorg og beskyttelse, og tilknytningskvaliteten skal inngå som en del av denne vurderingen.

¹⁸ NOU 2012:5 s. 86

¹⁹ NOU 2016:16 s. 49

²⁰ Se oppgavens pkt. 3.3.1

²¹ Prop 133 L (2020-2021)

3 Oppheving av vedtak om omsorgsovertakelse

3.1 Innledning

Det klare utgangspunkt er at barn bør vokse opp sammen med sin biologiske familie, og en beslutning om omsorgsovertakelse skal være siste utvei for å sikre barnets omsorgsbehov. Tiltaket varer så lenge vilkårene for overtakelsen foreligger. Hovedregelen er at vedtaket skal være midlertidig, hvor det fremtidige målet er at barnet skal gjenforenes med sin biologiske familie.²² I dette ligger det en plikt hos staten til å jobbe for en tilbakeføring av barnet så tidlig som det lar seg gjøre.²³

FNs barnekomité har kritisert Norge for å ha et for høyt antall omsorgsovertakelser, og mangelfull oppfølging av familien etter omsorgsovertakelse.²⁴ Ifølge statistisk sentralbyrå (SSB) hadde barnevernstjenesten per 2019 omsorgsansvaret for totalt 9771 barn, som er en nedgang på 265 barn fra 2018.²⁵ Tallet representerer antall barn som har blitt plassert på bakgrunn av fylkesnemndas vedtak om omsorgsovertakelse etter § 4-12, og av dem var 993 vedtak fra samme året.²⁶ Hvor mange barn som tilbakeføres til sine foreldre føres det ingen statistikk på, men ideelt sett skal det være sammenfallende med antall omsorgsovertakelser. Ifølge tallene fra SSB fra 2019 ble 42 adopsjonsvedtak fattet etter bvl. § 4-20, og 807 unge ble tatt ut av barnevernets omsorg fordi de fylte 18 år. På bakgrunn av tallene kan vi anslå at om lag 400 barn ble tilbakeført i 2019.

Før jeg går inn på vilkårene for tilbakeføring, vil jeg gi en kort oversikt over reglene for å fatte vedtak om omsorgsovertakelse, og retten til samvær

²² Strand Lobben and others v Norway, avsnitt 205

²³ HR-2020-662-S avsnitt 57

²⁴ Consideration of reports submitted by states parties under article 44 of the convention, concluding observations: Norway, CRC/C/15/Ass.262 (2005) avsnitt 23 og 24

²⁵ https://bufdir.no/Statistikk_og_analyse/Barnevern/barn_med_tvangsvedtak/omsorgsovertagelser/

²⁶ https://www.bufdir.no/Statistikk_og_analyse/Barnevern/Oppsummert_status_i_tall_for_barnevernet/

3.2 Omsorgsovertakelse og samvær

3.2.1 Omsorgsovertakelse

Omsorgsovertakelse innebærer at foreldrenes omsorg over barnet overføres til det offentlige ved barneverntjenesten, hvor barnet deretter blir plassert enten i fosterfamilie eller i barnevernsinstitusjon. Årsaken for en slik beslutning er at det foreligger vesentlige mangler ved foreldrenes omsorgsevne, slik at barnevernstjenesten tar over ansvaret for at barnet mottar den nødvendige omsorgen.

Hjemmelen for omsorgsovertakelse er bvl. § 4-12. Bestemmelsens første ledd oppstiller fire alternative vilkår, som beskriver ulike situasjoner som kan lede til en omsorgsovertakelse:

- a) *dersom det er alvorlige mangler ved den daglige omsorg som barnet får, eller alvorlige mangler i forhold til den personlige kontakt og trygghet som det trenger etter sin alder og utvikling*
- b) *dersom foreldrene ikke sørger for at et sykt, funksjonshemmet eller spesielt hjelpetrengende barn får dekket sitt særlige behov for behandling og opplæring*
- c) *dersom barnet blir mishandlet eller utsatt for andre alvorlige overgrep i hjemmet, elle*
- d) *dersom det er overveiende sannsynlig at barnets helse eller utvikling kan bli alvorlig skadd fordi foreldrene er ute av stand til å ta tilstrekkelig ansvar for barnet*

I tillegg er det et krav om at en omsorgsovertakelse må være «*nødvendig ut fra den situasjon barnet befinner seg i*», jf. § 4-12 annet ledd. Dette innebærer at det offentlige plikter å forsøke andre tiltak for å hjelpe foreldrene å skape et tilfredsstillende forhold for barnet, dersom det er sannsynlig at tiltakene vil føre til forbedring, jf. bvl. § 4-4. Regelen er et direkte utslag av mildeste inngreps prinsipp som også kommer til uttrykk BK. art. 9 nr. 1, der det heter at staten skal sikre at barn ikke mot sin vilje blir skilt fra sine biologiske foreldre, med unntak av når «*such separation is necessary for the best interest of the child*». Avgjørelsen vil bero på en konkret vurdering av det enkelte barnets behov, og om behovet på en tilfredsstillende måte kan dekkes av barnets biologiske foreldre. Dersom det ikke er mulig og det ikke er til barnets beste å bo hos sine foreldre, vil det bli fattet vedtak om omsorgsovertakelse.

Som nevnt tidligere er utgangspunktet for overtakelsen at barnet skal gjenforenes med sin biologiske familie når vilkårene ikke lenger er til stede. Reglene i § 4-12 vil dermed være sammenfallende med reglene om tilbakeføring. Dette kommer jeg tilbake til i pkt. 3.3.3

3.2.2 Samværsrett

Etter det er fattet et vedtak om omsorgsovertakelse, er hovedregelen at det skal fastsettes samvær mellom barn og foreldre. Samvær innebærer at barn og foreldre får tilbringe tid sammen, tilrettelagt etter de forhold som er mest hensiktsmessig for den enkelte situasjon. Det ligger i minste inngreps prinsipp at samvær skal foreligge i den tid det offentlige har omsorgen for barnet. Formålet med samvær er at det skal bidra til å ivareta og styrke bånd mellom barn og foreldre når de ikke lenger bor sammen. En viktig del av samværsretten er å jobbe for målet om gjenforening av barn og foreldre.

Retten til samvær følger direkte av bvl. § 4-19 første ledd, hvor det heter at barn og foreldre har rett til samvær, dersom ikke annet er bestemt. Denne rettigheten bygger på det biologiske prinsipp og på en presumsjon om at samvær i utgangspunktet er bra for barnet, og til barnets beste.²⁷ Gjennom BK. art. 9 nr. 3, har barn som er atskilt fra en eller begge foreldre, rett til å «*oppretholde personlig forbindelse og direkte kontakt med begge foreldrene regelmessig*». I tillegg vil vern av retten til personlig kontakt mellom foreldre og barn, omfattes av retten til familieliv etter EMK art. 8. og Grl. § 102.

Så langt det er mulig, har myndighetene en plikt til å sørge for at samværene har god kvalitet.²⁸ Det er dermed ikke tilstrekkelig at samværet begrenses til å kun sikre barnet kjennskap til sitt biologiske opphav. Samværene skal være tilrettelagt på en slik måte at det er mulig utvikle relasjonen og styrke bånd mellom barn og foreldre, så lenge gjenforening er målet. I de tilfellene der det er liten sannsynlighet for at tilbakeføring vil skje, vil samværsretten likevel ha en egenverdi for både barn og foreldre.²⁹ Omfanget av samværet fastsettes etter forholdene i den konkrete sak, hvor man vurderer og avveier de sentrale hensyn og prinsipper. Dette kommer jeg tilbake til i pkt. 4.3.3

I dag er det blitt fast praksis på å fastsette et minimumssamvær som setter en nedre grense for omfanget av samvær.³⁰ Dette er nå foreslått lovfestet i høringsnotatet til ny barnevernlov, med

²⁷ Bendiksen og Haugli, s. 266

²⁸ HR-2020-661-S avsnitt 143

²⁹ Bendiksen og Haugli, s 267

³⁰ HR-2020-662-S avsnitt 117, HR-2020-663-S, avsnitt 135.

formuleringen «skal fylkesnemnda fastsette et minimumssamvær», i forslaget til § 7-2.³¹ Det innebærer at barneverntjenesten ikke kan sette ytterligere begrensninger i samværet enn det som er fastsatt. Dette krever ny behandling av fylkesnemnda. Barneverntjenesten har derimot kompetansen til å utvide omfanget av samværet, dersom det etter nyere vurderinger fremtres som det beste for barnet.

3.3 Vilkårene for tilbakeføring

3.3.1 Grunnvilkåret om forsvarlig omsorg

Grunnvilkåret for å oppheve en omsorgsovertakelse er at foreldrene kan gi barnet forsvarlig omsorg, jf. bvl. § 4-21 første ledd. Hva som ligger i kravet, lar seg ikke beskrive fullt ut på generelt grunnlag. Man må vurdere om foreldrenes omsorgsevne er god nok til å dekke barnets omsorgsbehov i den konkrete sak. Det innebærer at kravet kan være forskjellig fra sak til sak. Forarbeidene beskriver grunnvilkåret slik at foreldrene må være i stand til å skape et alminnelig godt hjem for barnet.³² Det er ikke et krav om at foreldrene må kunne gi barnet bedre omsorg enn hos fosterforeldrene. Sandberg påpeker at det i utgangspunktet er nok at foreldrene ligger over minstekravet, og at man skal vurdere deres omsorgsevne isolert, og ikke sammenlignes med fosterforeldrenes omsorgsevne.³³

Ifølge forarbeidene og rettspraksis skal det ved drøftelsen av grunnvilkåret «forsvarlig omsorg» foretas en samlet vurdering av foreldrenes evne til å ivareta grunnleggende materielle behov og emosjonell kompetanse.³⁴ Når man vurderer foreldrenes omsorgsevne må det foretas en nåtids- og en fremtidsvurdering, hvor det avgjørende er om foreldrene klarer å yte forsvarlig omsorg til barnet på sikt.³⁵ Man vurderer om foreldrene hver for seg eller i fellesskap kan tilfredsstillende barnets omsorgsbehov.³⁶ For eksempel, hvis mor alene ikke har tilstrekkelig omsorgsevne, må det vurderes om far alene har omsorgsevne, eller kan kompensere for mors manglende omsorgsevne. Ved vurderingen av om omsorgssituasjonen i

³¹ Bendiksen og Haugli (2020), s. 271

³² Ot.prp.nr.69 s. 19

³³ Sanberg (2003) s. 196, Rt. 1996 s. 1684 s. 1693

³⁴ HR-2020-1788-A avsnitt 40

³⁵ Ot.prp.nr.69 (2008-2009) s. 19

³⁶ Rt. 1996 s. 1203 s. 1217

hjemmet er god nok, skal det også sees hen til om eventuelle mangler i foreldrenes omsorgsevne kan avhjelpes ved bruk av hjelpetiltak etter bvl. § 4-4.³⁷

Foreldrenes omsorgsevne må deretter vurderes opp mot det enkelte barnets behov. Kravet knytter seg til barnets alminnelige og eventuelle særskilte omsorgsbehov, som ikke knytter seg til selve tilbakeføringen. Barnets alminnelige behov består for det første av grunnleggende materielle behov og oppfølging, som f.eks. klær, bolig, mat og nødvendig oppfølging til skole og fritid. For det andre må foreldrene være i stand til å håndtere barnets følelsesmessige behov, og gi dem en følelse av trygghet. Dersom det enkelte barnet har et behov som krever ekstra oppmerksomhet og oppfølging, vil det gå inn under barnets særskilte behov. Barn som er under offentlig omsorg, har ofte opplevd omsorgssvikt av sine foreldre og kanskje vært gjennom flere flyttinger til institusjoner og fosterfamilier. Slike erfaringer kan bidra til at barnet er ekstra sårbart og har et særskilt omsorgsbehov. Dette behovet varierer fra barn til barn, og man må vurdere det enkelte barnets behov. Problemer som kan oppstå for barnet ved en mulig tilbakeføring, skal imidlertid vurderes etter første ledd, annet punktum.³⁸

3.3.2 Nærmere om beviskravet overveiende sannsynlig

For å oppheve et vedtak om omsorgsovertakelse, er det et vilkår om at det må være «overveiende sannsynlig» at foreldrene kan gi barnet forsvarlig omsorg, jf. bvl. § 4-21. Det innebærer at det må mer til enn alminnelig sannsynlighetsovervekt for at kriteriet er oppfylt.

Ordlyden ble innført av departementet under endring av ny barnevernlov. Det ble først foreslått å endre regelen til at en omsorgsovertakelse ikke skal oppheves dersom det foreligger «reell tvil» om omsorgen vil være forsvarlig. Under høringsrunden ble det poengtert at en slik ordlyd var for upresis,³⁹ og kan føre til stor grad av tolkningstvil ved anvendelse.⁴⁰ Etter høringsrunden sluttet departementet seg til begrepet «overveiende sannsynlig». Dette ble valgt på bakgrunn av uttalelser fra Norsk Psykologforening, om at barn som blir vurdert tilbakeført ofte har erfart omsorgssvikt i lang tid før omsorgsovertakelsen, og

³⁷ Bendiksen og Haugli (2020) s. 319 og Smith, Lødrup, Sandberg (2020) s. 216

³⁸ HR-2020-1788-A avsnitt 54

³⁹ Ot.prp.nr.69 (2008-2009) s. 23

⁴⁰ Ot.prp.nr.69 (2008-2009) s. 25

en stadig mulighet for gjenopptakelse av omsorgssituasjonen vil medføre en stor belastning og usikkerhet:

«Det er også viktig å understreke at selv om forholdene hos biologiske foreldre har endret seg, kan barna ha svært negative erfaringer med de biologiske foreldrene som omsorgspersoner. En tilbakeføring kan føre til frykt, utrygghet og redsel for at situasjoner lignende det de har opplevd før skal skje igjen. Det bør foreligge svært gode argumenter for at avgjørelsen som blir tatt om omsorgsovertakelse skal endres, og tilbakeføring gjennomføres»⁴¹

Forslaget møtte imidlertid motstand under høringsrunden, hvor blant annet Advokatforeningen uttalte at et skjerpet beviskrav vil føre til strengere vilkår for tilbakeføring, noe som er i uoverensstemmelse med det biologiske prinsipp og EMK. Høyesterett har i dommen HR-2020-1788-A på side 49 lagt til grunn at beviskravet sikrer barn kontinuitet i omsorgen, noe som er et sentralt moment i vurderingen av barnets beste. Videre uttaler de at beviskravet *«innebærer at hensynet til stabilitet og ro for barn løftes frem, uten at det rører ved gjenforeningsmålsetningen, det biologiske prinsipp eller minste inngreps prinsipp»*. Formålet er ikke å begrense adgangen for tilbakeføring, men heller å skape trygghet for barnet, noe Høyesterett anser å være i tråd med EMD praksis. I mange tilfeller vil barn som har vært gjennom en omsorgsovertakelse være ekstra sårbare og har et større behov for ro og stabilitet.

3.3.3 Forholdet mellom omsorgskravet i bvl. § 4-12 og § 4-21 første ledd første punktum

En omdiskutert problemstilling er hvordan man drøfter omsorgskravet når en sak om tilbakeføring behandles. Dersom vilkårene ikke lenger er til stede, er utgangspunktet at barnet skal tilbakeføres til sine biologiske foreldre. I dag er det sikker rett at domstolene må vurdere om vilkårene i § 4-12 fortsatt er oppfylt når ny sak blir reist.⁴² I rettspraksis er det lagt til grunn at vurderingen av om omsorgsovertakelsen skal opprettholdes eller barnet skal

⁴¹ Ot.prp.nr.69 (2009-2009) s. 25

⁴² HR-2020-662-A avsnitt 44, HR-2016-2262-A avsnitt 53

tilbakeføres, er sammenfallende.⁴³ Avgjørelsen må være basert på et oppdatert beslutningsgrunnlag og skal skje ut fra de faktiske forhold når saken tas opp til doms.⁴⁴ Departementet understreker viktigheten med at det ved behandlingen av den enkelte sak innhentes opplysninger om alle relevante faktiske forhold og sørges for at de blir grundig vurdert.⁴⁵

I noen tilfeller kan barnets fortid med familien også være av betydning for vurderingen av foreldrenes fremtidige omsorgsevne. I dommen inntatt i Rt. 1996 s. 1684 ble foreldrene nektet tilbakeføring av to barn som hadde vært under offentlig omsorg i fire år. En av de oppnevnte sakkyndige uttalte at foreldrenes omsorgsevne var tydelig forbedret, men at det knyttet stor usikkerhet til om foreldrene var i stand til å ivareta barnas særskilte omsorgsbehov. Barna hadde blitt utsatt for en klar omsorgssvikt av foreldrene, blant annet hendelser med fysisk avstraffelse og seksuelle overgrep. Selv om det ble lagt til grunn som lite sannsynlig at slike eventuelle overgrep ville gjenta seg ved en tilbakeføring, var det av betydning for avgjørelsen at det hadde skjedd tidligere. Høyesterett påpekte at foreldrene ikke uten videre hadde krav på tilbakeføring av omsorgen når vilkårene etter § 4-12 ikke lenger er til stede, men at det samtidig skal «tungtveiende grunner» til å nekte foreldrene tilbakeføring i et slikt tilfelle.⁴⁶ Sandberg mener i lys av dommen at kravet til omsorgsevnen er noe strengere etter § 4-21 enn etter § 4-12:

«Til tross for uttrykket «tungtveiende grunner» er det ut fra sammenhengen temmelig klart at det er spørsmålet om forsvarlig omsorg som behandles. Hva grunnene kan tenkes å være, kommer ikke Høyesterett inn på. Men i flertallets konkrete vurdering av saken fremheves det at selv om foreldrenes omsorgsevne er bedret, «knytter det seg en så stor usikkerhet til en tilbakeføring at omsorgsovertakelsen ikke bør oppheves». Disse to sitatene i sammenheng trekker i retning av at kravene til omsorgsevnen er strengere ved en tilbakeføring enn etter § 4-12.»⁴⁷

Videre påpeker hun at flere reelle hensyn taler for en slik forståelse av kravet. Herunder at det må sikres at omsorgsevnen til foreldrene ikke faller under terskelen igjen, slik at barnet

⁴³ HR-2020-2081-A avsnitt 38, jf. Rt. 1996 s. 1203 s. 1207 og Rt. 2004 s. 1683 avsnitt 30

⁴⁴ HR-2020-662-s avsnitt 42, jf. HR-2016-2262-A avsnitt 53

⁴⁵ Ot.prp.nr.69 s. 25

⁴⁶ Rt. 1996 s. 1684 s. 1689

⁴⁷ Sandberg (2003) s. 194

risikerer ny omplassering. Et annet hensyn er at de fleste barn som har vært under offentlig omsorg, har blitt utsatt for store påkjenninger knyttet til omsorgssvikt fra foreldrene, og plassering i fosterhjem og institusjoner. De bør dermed ikke på nytt utsettes for omsorg som ligger ned mot grensen til forsvarlig omsorg. Det vil inngå som et moment i vurderingen av barnets særskilte omsorgsbehov når man drøfter betydningen av barnets sårbarhet.

3.4 Tilknytningsunntaket i bvl. § 4-21 første ledd annet punktum

3.4.1 Innledning

Dersom grunnvilkåret om forsvarlig omsorg er oppfylt, må det vurderes hvordan en eventuell tilbakeføring vil påvirke barnet, og om foreldrene er i stand til å håndtere de problemer som kan oppstå som følger av det.⁴⁸ Man omtaler dette ofte for «tilknytningsunntaket» i barnevernretten. Vilkåret er nedfelt i bvl. § 4-21 første ledd annet punktum, hvor det heter at en tilbakeføring ikke skal skje dersom barnet har fått slik «tilknytning» til mennesker og miljø, at det etter en samlet vurdering kan føre til «alvorlige problemer» for barnet om det blir flyttet. I mange tilfeller har det tatt lang tid fra barnet ble plassert i fosterhjem eller institusjon, til at saken er oppe til ny behandling. På den tiden har barnet hatt nye omsorgspersoner å forholde seg til, og knyttet et personlig forhold til dem. Å bryte båndet mellom barn og omsorgspersoner vil, i varierende grad, være en belastning for barnet. Men en god tilknytning med fosterforeldrene er ikke alene et hinder for tilbakeføring. En omsorgsovertakelse er ment til å være et midlertidig tiltak, og gjenforeningsmålsetningen står sentralt. Derfor er det kun når en flytting kan føre til alvorlige problemer for barnet at en omsorgsovertakelse ikke kan oppheves. Avgjørelsen må bero på en samlet og balansert vurdering, hvor barnets beste er det overordnede hensyn.⁴⁹

⁴⁸ HR-2020-1788-A avsnitt 90

⁴⁹ Strand Lobben and others v Norway, avsnitt 204

3.4.2 Forholdet mellom § 4-21 første ledd første punktum og første ledd annet punktum

Ettersom tilknytningskriteriet har en egen plass i bestemmelsen, er det etter første ledd annet punktum man tar stilling til alle eventuelle problemer som er knyttet til selve tilbakeføringen. Slik bestemmelsen er bygd opp, er det naturlig at slike eventuelle problemer vurderes særskilt etter annet punktum. Sandberg mener at noe annet ville vært selvmotsigende og gi en rotete drøftelse dersom tilbakeføringsproblemer først tas i betraktning etter første ledd første punktum, for deretter å bli vurdert etter annet punktum.⁵⁰ Høyesterett har sluttet seg til en slik anvendelse av bestemmelsen.⁵¹

Etter den tidligere bestemmelsen § 48 i barnevernloven av 1953 skilte man ikke på å drøfte problemer som er knyttet til selve tilbakeføringen, som i dag gjøres etter § 4-21 første ledd annet punktum. De eventuelle problemer som kunne oppstå for barn ved en tilbakeføring inngikk som et moment i vurderingen av foreldrenes omsorgsevne, etter den tidligere bestemmelsen. Forarbeidene til barnevernloven av 1992 understreker at det må legges vekt på de tilbakeføringsproblemer som kan oppstå, herunder barnets nye voksentilknytning.⁵²

3.4.3 «Alvorlige problemer»

Vilkåret i § 4-21 første ledd annet punktum er at en tilbakeføring ikke kan skje dersom det kan føre til alvorlige problemer for barnet. Bestemmelsen benytter ordet «alvorlig», noe som tilsier at terskelen for å nekte tilbakeføring er høy. Dette er i samsvar med lovens utgangspunkt om midlertidighet og det biologiske prinsipp. Samtidig er det ikke et strengt sannsynlighetskrav, da det er tilstrekkelig at det foreligger en viss risiko for at slike skadevirkninger kan skje, jf. ordlyden «kan føre til».⁵³ Høyesterett har slått fast at vilkåret skal forstås slik at «*det avgjørende er om barnet ved en tilbakeføring utsettes for 'reell fare for skadevirkninger av betydning på lengre sikt*».⁵⁴ I mange tilfeller vil det kunne oppstå visse problemer eller utfordringer for barn i en overgangsperiode. Problemer som er av mindre

⁵⁰ Sandberg (2003) s. 210

⁵¹ HR-2020-1788-A avsnitt 53 og Rt. 2004 s. 1683 avsnitt 50

⁵² Ot.prp.nr.44 (1991-1992) s. 113

⁵³ Bendiksen og Haugli (2020) s. 320

⁵⁴ HR-2020-662-S, Hr-2020-1788-A avsnitt 58, Rt. 2004 s- 1683 avsnitt 32, og Rt. 1987 s. 805

alvorlig eller forbigående karakter, vil ikke være avgjørende.⁵⁵ Dette kan begrunnes i hensynet om at barn bør vokse opp hos sine biologiske foreldre, dersom foreldrenes omsorgsevne er god nok, og at overganger i seg selv vil kunne by på utfordringer, selv om overgangen utgjør en endring til det bedre på sikt. Derfor er det riktig å stille visse krav til karakteren av de problemer som kan oppstå ved en tilbakeføring,⁵⁶ og at risikoen må gjelde for problemer av en viss styrke og varighet.

Det vil først og fremst knytte seg til barnets psykiske helse og utvikling. Dersom barnet er ekstra sårbart for relasjonsbrudd, vil det være større sjanse for at en tilbakeføring kan føre til at barnet tar skade av å bryte relasjonen med sine fosterforeldre. Dette må imidlertid vurderes konkret, hvor man se på en rekke forhold i det konkrete tilfellet. Heriblant barnets personlighet, barnets reaksjoner til samværene og barnets sårbarhet.

En viktig del av vurderingen er foreldrenes evne og vilje til å håndtere de problemer som kan oppstå knyttet til selve tilbakeføringen, og til å samarbeide med fosterfamilien og barnevernstjenesten. Det innebærer for det første at foreldrene må håndtere barnets reaksjoner ved en tilbakeføring. Dette kan ofte forekomme hos barn som har vært igjennom flere omplasseringer, og er dermed ekstra sårbare for relasjonsbrudd. Et eksempel er avgjørelsen i dommen HR-2020-1788-A, hvor foreldrene i utgangspunktet oppfylte kravet til forsvarlig omsorg etter vilkåret bvl. § 4-21 første ledd første punktum. I saken var barnet spesielt sårbar for relasjonsbrudd, slik at det var avgjørende om foreldrene hadde evne og vilje til å samarbeide med fosterfamilien og barnevernet ved en eventuell tilbakeføring. På bakgrunn av sakens beviser var det klart at foreldrene ikke oppfylte dette kravet. Høyesterett la til grunn at foreldrene ikke visste noe forståelse for barnets sårbarhet og at de ikke var i stand til å håndtere barnets reaksjon ved en tilbakeføring. Dersom foreldrene ikke er i stand til å håndtere slike problemer, må retten vurdere om det kan avhjelpes gjennom hjelpetiltak. Det fordrer imidlertid at foreldrene må være samarbeidsvillig med fosterfamilien og barnevernstjenesten, og være mottakelig for hjelp. I samme dommen ble dette vurdert, hvor Høyesterett kom frem til at dette ikke var mulig på grunn av et svært høyt konfliktnivå mellom foreldrene, og barnevernstjenesten og fosterfamilien.

⁵⁵ Rt. 1997 s. 170 s. 175

⁵⁶ Ot.prp.nr.44 (1991-1992) s. 55

3.4.4 Tilknytning

I bestemmelsen vil spørsmålet om «alvorlige problemer» ha direkte sammenheng med vurderingen om barnets «tilknytning til mennesker og miljø der det er». Barn som har gjennomgått et skifte av omsorgspersoner vil ofte være mer sårbare enn andre barn, slik at et ytterligere skifte kan føre til langsiktige problemer for barnet. Vilkåret om tilknytning er ment å skal gi et ekstra vern til de barna som har et slikt særskilt behov, hvor et brudd med sin omsorgsbasis og miljø vil kunne føre til alvorlige problemer for barnet. Det vil som oftest være fosterfamilien, og gjerne fosterforeldrene som man vurderer barnets tilknytning til.⁵⁷ Også hensynet til barnets tilknytning til biologiske foreldre vil få betydning for vurderingen.⁵⁸

En av de viktigste behovene i de første leveårene for et barn, er at det opplever bli ivaretatt av nære omsorgspersoner. Dette er en stor del av fundamentet for det man kaller for tilknytning. Her ser man på hva som er de emosjonelle og sosiale behovene for barnet, og om foreldrene utfyller disse. Norsk psykologforening har delt opp barnets grunnleggende behov for tilknytning i to deler;

- «Barnets avhengighet og behovet for beskyttelse og omsorg»
- «Barnets selvstendighet og behovet for å utforske og mestre verden».⁵⁹

Gjennom barnets første leveår vil deres sfære hovedsakelig kun bestå av livet i hjemmet, sammen med sine foreldre. Alt utenfor dette er fremmed, og barnet vil trenge å utforske dette. Fra ung alder vil barn være nysgjerrig på nye ting, og etter hvert som barnet utforsker og oppdager nye ting, vil barnets sfære bli utvidet. Dette gjør at barnet tar til seg ny kunnskap og utvikler nye ferdigheter.

Barn har også et behov for å føle seg trygg og beskyttet av sine omsorgspersoner. Denne tilknytningsbiten henger sammen med, og er avgjørende for at barnet skal utvikle seg gjennom utforskning. Barnepsykologien bruker en modell for å beskrive denne sammenhengen, kalt for «trygghetssirkelen». Det innebærer for det første at foreldrene

⁵⁷ HR-2020-1788-A avsnitt 56

⁵⁸ Sandberg (2003) s. 213

⁵⁹ Brandtzæg, Torsteinson, Øiestad «Hva er tilknytning?» (2015)

fungerer som en trygg base for barnet når det skal ut å utforske, og for det andre er foreldrene en trygg havn for barnet når det vender tilbake. På den måten vil foreldrene ha en viktig rolle gjennom begge delene av modellen. Tryggheten kommer av vissheten på at foreldrene er der når barnet trenger det. Utforskning og læring vil være vanskelig for barnet dersom det ikke får en følelse av å være beskyttet. Foreldrenes rolle er da å sørge for at barnet føler seg trygt og beskyttet, gjennom å vise godhet, å støtte, trøste, organisere følelsene for barnet og være sammen med det.

3.4.5 Barnets primære tilknytning

Når man behandler spørsmålet om tilbakeføring, må det foretas en bred og grundig vurdering for å avgjøre om tilknytningen kan være til hinder for det. Barnets relasjoner vil være en viktig del av vurderingen. Dette omfatter både relasjonen barnet har til sine biologiske foreldre og til sine fosterforeldre. I mange saker snakker man om hvor barnet har sin primære tilknytning, eller som ofte omtales som barnets psykologiske foreldre. Det innebærer at man ser hvor barnet har sin følelsesmessige forankring og hvem barnet oppfatter som sine foreldre. For barn flest vil den primære tilknytningen ligge hos sine biologiske foreldre, også for barn som er under offentlig omsorg og bor i fosterhjem. Men i mange tilfeller vil dette oppstå hos fosterforeldrene, særlig i ung alder og ved langvarige plasseringer i fosterhjem.

I de fleste saker hvor man vurderer barnets tilknytning etter annet punktum, var barnet under tre år når det ble plassert i fosterhjem. Dette kan begrunnes med at fra barnet er nyfødt til det er to-tre år, etablerer det sin hovedtilknytning til fosterfamilien i løpet av seks måneders tid.⁶⁰ Dersom barnet har sin primære tilknytning til fosterforeldrene, vil det i utgangspunktet tale for at barnet skal fortsette å bo der. Etersom minstetiden er 12 måneder fra når det fattes vedtak til at man kan reise sak om tilbakeføring, vil det være stor sannsynlighet for at barnet har fått en slik tilknytning til fosterfamilien når saken skal behandles. Resultatet av dette er at barn som plasseres i fosterhjem når det er under tre år, vil sjeldnere bli tilbakeført, med mindre barnet har et godt forhold til sine biologiske foreldre.⁶¹ Ifølge EMD praksis må myndighetene vurdere sannsynligheten for at barnet vil miste sin tilknytning med familien, når en omsorgsovertakelse besluttes. Dersom gjenforening fortsatt er målet, må det

⁶⁰ Sandberg (2003) s. 217

⁶¹ Sandberg (2003) s. 220

tilrettelegges for at barnet kan opprettholde tilknytningen med foreldrene, slik at en fremtidig tilbakeføring ikke vil føre til alvorlige problemer for barnet. Hvis ikke vil konsekvensen være at barn under tre med all sannsynlighet ikke bli tilbakeført til sine biologiske foreldre

3.5 Retten til familieliv

3.5.1 Vilkårene

I mange av tilbakeføringssakene som behandles, vurderer man om inngrepet ble gjort i samsvar med retten til familieliv. Selv om det ikke innebærer et absolutt brudd mellom foreldre og barn, vil myndighetenes beslutning om å overta omsorgen for barnet medføre en betydelig svekkelse av familiemessige bånd, og vil derfor gripe inn i både barnets og foreldrenes gjensidige rett til familieliv.⁶² Det foreligger ikke et brudd på retten til familieliv dersom det kan rettferdiggjøres at inngrepet var nødvendig. Dette må vurderes ut ifra hver enkelt sak, hvor en rekke hensyn må balanseres mot hverandre, og barnets beste er av overordnet betydning.

Retten til familieliv er forankret i flere skrevne lover. Den mest anvendte bestemmelsen er EMK art. 8 og er gjort til en del av norsk lov med forrang over annen lovgivning gjennom mrl. § 3 jf. § 2. Det følger av art. 8 nr. 1 at «*alle har rett til respekt for sitt familieliv*», og videre i nr. 2 heter det at det «*ikke skal skje noen inngrep av offentlig myndighet i utøvelse av denne rettighet*», med unntak av når det er «*nødvendig*» av hensyn til barnets helse og utvikling. Bestemmelsen omfatter både en negativ forpliktelse hos myndighetene til å ikke gripe inn i familielivet, og en positiv forpliktelse til å sikre familielivet.⁶³ Praktisk talt vil en omsorgsovertakelse og en nektelse om tilbakeføring innebære et brudd på både den positive og negative forpliktelsen etter EMK art. 8. I begge tilfellene er det forholdsmessighetskravet som vil være det sentrale kriterium for å rettferdiggjøre inngrepet, hvor det må foretas en rimelig avveining mellom de ulike interessene. EMD har i dommen Y mot Slovenia formulert vurderingstemaet slik:

⁶² HR-2020-662-S avsnitt 48 og HR-2020-661 avsnitt 71

⁶³ NOU 2016:16 s. 334

«The boundaries between the State's positive and negative obligations under the Article 8 does not lend itself to precise definition; the applicable principles are, nonetheless, similar. In both contexts regard must be had to the fair balance which has to be struck between the relevant competing interests»⁶⁴

I avveiningen skal barnets beste interesser fremtre som det grunnleggende hensyn («*primary consideration*»)⁶⁵ Ved motstrid må foreldrenes interesser vike for barnets interesser.

Retten til familieliv er også nedfelt i Grunnloven § 102. Bestemmelsen ble tatt inn som en del av Grunnlovsrevisjonen i 2014. Stortinget besluttet 2009 at det skulle oppnevnes et utvalg som fikk i oppgave å utrede et forslag til en begrenset revidering av Grunnloven, med hensikt om å styrke Norges menneskerettslige forpliktelser. Forslaget førte til at flere av de internasjonale menneskerettighetsbestemmelsene ble tatt inn i et eget kapittel i Grunnloven. Til forskjell fra EMK er grunnlovsbestemmelsen vedtatt gjennom Stortinget, og innehar en høyere rang innen Norsk rettspraksis. Anvendelse av art. 8 skjer på bakgrunn av bestemmelsens inkorporering gjennom menneskerettighetsloven og må ved motstrid vike for Grunnlovens regler. Høyesterett har lagt til grunn at Grl. § 102 skal tolkes i lys av EMK, men at fremtidig praksis fra EMD ikke har samme prejudikatsvirkning ved grunnlovstolkningen som ved tolkningen av de parallelle konvensjonsbestemmelsene.⁶⁶ Høyesterett har hovedansvaret for å tolke, utvikle og avklare Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser. I denne oppgaven vil det imidlertid rettes fokus på EMK art. 8, ettersom det hovedsakelig anvendes av EMD.

3.5.2 Familiemessig bånd

«Familiemessige bånd» eller «familiebånd» («*family ties*») er et begrep som ofte nevnes i EMD- og Høyesterettsavgjørelser innen barnevern. Begrepet stammer direkte fra retten til familieliv, og det er en underliggende forutsetning at det foreligger et familiemessig bånd å beskytte for å oppnå vern etter EMK. Art. 8.⁶⁷ I rettspraksis blir familiemessige bånd ofte

⁶⁴ Y mot Slovenia avsnitt 102

⁶⁵ General Comment no. 14 (2013) s. 18

⁶⁶ Rt. 2015 s. 93

⁶⁷ Strand Lobben mot Norge avsnitt 126

anvendt som et vektig argument mot at barnet skal separeres fra sine foreldre, særlig i saker hvor overtakelsen regnes med å bli langvarig eller permanent.

Familiemessige bånd har ingen klar rettslig definisjon. En naturlig språklig forståelse av uttrykket tilsier at det er snakk om når tilknytningen og relasjonen mellom barnet og foreldrene er av en slik art at det utgjør et familielignende forhold. Begrepet har en sammenheng med det biologiske prinsipp, da det som oftest fremtrer i sammenheng med barnets relasjon med sin biologiske familie. EMD har gitt uttrykk for at biologisk tilknytning har en stor egenverdi og må gis et ekstra vern, sammenlignet med andre former for relasjoner. Likevel har EMD ikke reservert seg mot at det utelukkende gjelder et bånd mellom barn og foreldre, da det har blitt lagt til grunn at det kan foreligge et familieband mellom barnet og andre personer i barnets liv.⁶⁸ I tilfeller hvor barnets biologiske foreldre er fraværende, har familiemessige bånd vist seg å eksistere mellom barnet og dets besteforeldre eller onkler og tanter.⁶⁹ Et forhold mellom barnet og besteforeldrene vil likevel ikke være helt sammenlignbar med et forhold mellom barn og foreldre. EMD legger stor vekt på den biologiske tilknytningen mellom barn og foreldre, i spørsmål om det foreligger et familiemessig bånd. Andre forhold kan dermed ikke sies å være like beskyttet under EMK art. 8.⁷⁰

Høyesterett benytter begrepet familiemessige bånd synonymt med det biologiske prinsipp.⁷¹ I flere av sakene som er ført for EMD er det anført at norsk rettspraksis og barnevernstjenesten legger for liten vekt på de familiemessige bånd ved beslutninger som innebærer en separasjon mellom barn og foreldre. I norsk rettspraksis ligger hensynet til familieband en del ganger mer som en underforstått, og delvis uuttalt forutsetning, mens hensynet til barnets beste trer tydeligst frem.⁷² EMD fremhever at det må komme tydeligere frem i norske avgjørelser at de familiemessige bånd er vurdert og at det er foretatt en reell avveining mellom hensynene. Dette vil jeg komme tilbake til i pkt. 4.4.4

⁶⁸ Strand Lobben mot Norge avsnitt 200

⁶⁹ I. mot Finland avsnitt 113, og Butt mot Norge avsnitt 73

⁷⁰ Kruškić mot Kroatia avsnitt 110

⁷¹ HR-2020-661-S avsnitt 82

⁷² HR-2020-661-S avsnitt 113

3.5.3 Tilknytning til fosterfamilien

I enkelte tilfeller hvor barnet har bodd i fosterhjem over lengre tid, kan barnet ha fått en slik tilknytning til fosterfamilien at retten til familieliv vil verne den relasjonen. Dette var tilfellet i storkammeravgjørelsen fra EMD av 24. januar 2017 Paradiso og Campanelli mot Italia, hvor domstolen la til grunn at det ikke forelå et familieliv å verne mellom klagerne og barnet, men istedenfor hos fosterfamilien. Dommen påpeker at kvaliteten av og relasjonen og tilknytningen mellom barn og fosterfamilie kan i enkelte tilfeller lede til at fosterfamilien oppnår vern etter EMK art. 8. I dommen Kopf og Liberda mot Østeriket fikk en fosterfamilie medhold i sin påstand om brudd på retten til familieliv etter art. 8. Barnet, som var to år da det ble plassert i fosterhjem, hadde bodd hos familien i nesten fire år før det ble tilbakeført til Mor. Fosterfamilien ble nektet samvær med barnet av hensyn til at barnet skulle få bedre tilknytning til Mor, og at forholdet mellom Mor og fosterfamilie var anstrengt. EMD kom fram til at de tidligere rettsinstanser ikke hadde foretatt en tilstrekkelig balansert avveining mellom de motstridende interessene mellom barn, mor og fosterfamilie. Avgjørelsene understreker det faktum at det er barnets perspektiv som skal stå i fokus for vurderingen av tilknytningen.

4 Tilbakeføring etter dagens barnevernspraksis

4.1 Innledning

Som nevnt oppgavens innledning har Norge i de siste årene blitt dømt for å ha krenket retten til familieliv etter EMK art. 8, i en rekke avgjørelser avsagt av EMD. Dommene belyser flere problemer ved norsk barnevernspraksis. Det rettes kritikk mot saksbehandlingen i barnevernstjenesten, og den rettslige behandlingen i fylkesnemnda og domstolene. Kritikken retter seg for det første mot mangelfull opplysning av saken, og at beslutningene ofte er basert på et utdatert beslutningsgrunnlag. I tillegg pekes det på at domstolene ikke foretar en tilstrekkelig bred avveining mellom sakens ulike interesser og hensyn, og at flere av beslutningene mangler begrunnelse. Dette gjelder særlig når det kommer til tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse, ettersom svakheter med saksbehandlingen i de tidligere ledd ofte fører til svekkelse eller brudd på de familiemessige bånd.

Det blir også rettet kritikk mot en manglende overholdelse av gjenforeningsmålet, ved bruk av langvarige plasseringer, begrenset samvær, og manglende oppfølging av barn og foreldre etter at det fattes vedtak om omsorgsovertakelse. I saker hvor barnets kontakt med biologiske foreldre begrenses over tid, vil tilknytningen svekkes og barnet vil miste interessen om en gjenforening.

4.2 EMD om den rettslige behandlingen av barnevernssaker i Norge.

4.2.1 Strand lobben med flere mot Norge

En av de mest omtalte dommene fra EMD er Strand Lobben med flere mot Norge som ble avgjort i storkammer. Spørsmålet i saken var om omsorgsovertakelsen, fratakelse av foreldreansvaret og tvangsadopsjon innebar et brudd på moren og barnets rett til familieliv etter EMK art. 8. Dommen tar opp flere prinsipielle temaer som går på norske barnevern- og domstolsmyndigheters praksis og anvendelse av regelverket. Herunder har EMD kritisert fylkesnemnda og tingrettens rettslige behandling av saken.

Tingretten kritiseres for å basere mors omsorgsevne på et svakt bevisgrunnlag. Vurderingen av mors omsorgsevne var basert på observasjon av samværene mellom mor og barnet, som for øvrig var lagt opp til to timer fire ganger i året, og ble gjort under tilsyn av

barnevernstjenesten og fosterforeldre. Tingretten hadde ikke lagt vekt på at morens bo- og samlivssituasjon var en annen enn ved første behandling i fylkesnemnda, og at hun hadde giftet seg og født et til barn som hun hadde omsorgen for. I tillegg ble det ikke lagt vekt på en sakkyndiguttalelse innhentet av moren, vedrørende hennes omsorgsevne. EMD påpekte at tingrettens vurdering av mors omsorgsevne ikke var basert på oppdaterte opplysninger, og at de ikke foretok en tilstrekkelig bred avveining av bevisene som forelå, men isteden la avgjørende vekt på fosterfamiliens evaluering av samværene.

Tingretten ble også kritisert for at de ikke foretok en grundigere utredning av barnets særlige omsorgsbehov. Barnet ble beskrevet som å være spesielt sårbart, og det ble vurdert slik at moren ikke var i stand til å håndtere de utfordringene som var knyttet til barnets sårbarhet. EMD stilte seg spørrende til tingrettens beskrivelse av barnet, ettersom den var basert på et snevert og utdatert bevisgrunnlag. Det ble heller ikke forklart nærmere hvordan barnet kunne være så sårbart til tross for å ha vært under offentlig omsorg siden det var 3 uker gammelt.⁷³ På bakgrunn av sakens alvorlighetsgrad og de interessene som sto på spill, måtte det stilles strengere krav til en detaljert sårbarhetsanalyse.

På bakgrunn av manglende bevis for mors omsorgsevne og barnets særlige omsorgsbehov, ble Norge dømt for brudd på moren og barnets rett til familieliv etter EMK art. 8

4.2.2 A.S mot Norge

Saken gjaldt tilbakeføring av et barn etter omsorgsovertakelse. Klageren i saken var moren, som hadde født sønnen etter en kunstig befruktning ved en klinikk i utlandet. I 2012 fattet fylkesnemnda et vedtak om omsorgsovertakelse med begrenset samvær, etter at barneverntjenesten mottok flere bekymringsmeldinger fra helsestasjonen og mors familie. Mor reiste et krav om tilbakeføring ett år etter omsorgsovertakelsen, med henvisning til at hennes omsorgsevne hadde bedret seg. Kravet ble avslått på grunn av barnets nære tilknytning til fosterfamilien. I tillegg ble samværet fjernet, og mor ble nektet rett til å vite hvor barnet befant seg. EMD påpekte flere kritikkverdige aspekter ved den rettslige behandlingen av saken.

⁷³ Strand Lobben med flere mot Norge avsnitt 224

For det første ble det rettet kritikk mot rettens vurdering av bevisene som ble fremlagt angående mors omsorgsevne. I tiden etter tingrettens beslutning om å frata omsorgen, hadde mor deltatt på foreldrekurs, barnehageassistentkurs og jobbet i barnehage i seks måneder for å bli bedre skikket som forelder. EMD finner det slående (*«it is striking»*) at tingretten avfeier alle bevisene som var til mors favør, uten nærmere begrunnelse.⁷⁴ Herunder morens ønske om få oppnevnt uavhengig sakkyndig til å utrede hennes omsorgsevne, til tross for at siste utredning av mor var to og et halvt år gammelt. Vurderingen om grunnvilkåret «forsvarlig omsorg» etter bvl. § 4-21 er oppfylt, innebærer en nå og fremtidsvurdering av foreldrenes omsorgsevne. Det kreves da at retten baserer sin beslutning på oppdatert informasjon om foreldrene, som foreligger på det tidspunktet saken er oppe til behandling.

For det andre ble tingretten kritisert for å legge stor vekt på fosterforeldrenes evaluering av barnets samvær med moren. Det kom frem at barnet hadde hatt negative reaksjoner til samværet med sin mor, heriblant fått store humørsvingninger, endret atferd, og hatt et større behov for å være sammen med fostermor. To psykologer som moren hadde innhentet i forkant av tingrettens behandling av saken, uttalte at denne reaksjonen kunne skyldes barnets savn ovenfor moren. Denne påstanden ble imidlertid avfeid av tingretten uten nærmere begrunnelse. Morens forslag om å oppnevne en uavhengig sakkyndig til å vurdere samværet mellom moren og barnet, ble også avvist av retten. Tingretten la til grunn at guttens reaksjoner skyldtes hans usikkerhet ovenfor moren, og at samværene bidro til å vekke traumer (*«reawaken his trauma»*).⁷⁵ EMD reagerer på tingrettens manglende begrunnelse for å avvise bevisene fremlagt av moren. Moren hadde få muligheter til å fremlegge nye avgjørende bevis i saken, ettersom hennes forslag om å oppnevne en sakkyndig til å foreta en evaluering av omsorgsevnen, og observering av samvær, ble avvist av retten. Til tross for motstridende interesser i saken, var tingrettens tolkning av guttens reaksjoner kun bygget på fosterforeldrenes evaluering av barnet, og ikke basert på noen sakkyndigvurderinger.

På bakgrunn av sakens alvorlighetsgrad og de interessene som sto på spill, konkluderte domstolen med at den rettslige behandlingen ikke var i samsvar med de menneskerettslige forpliktelsene. EMD la til grunn at morens synspunkter og interesser ikke ble ivaretatt på en

⁷⁴ A.S. mot Norge avsnitt 67

⁷⁵ A.S. mot Norge avsnitt 69

tilfredsstillende måte, og konkluderte følgelig med at det forelå en krenkelse av retten til familieliv.

4.2.3 Abdi Ibrahim mot Norge

Saken gjaldt om en avgjørelse om fratakelse av foreldreansvar, og adopsjon av barn innebar en krenkelse av retten til familieliv etter EMK art. 8. Moren i saken var en somalisk asylsøker som kom til Norge i 2010 da hun var seksten år, sammen med sin sønn født i 2009. Samme år fattet fylkesnemnda vedtak om omsorgsovertakelse og barnet ble plassert i fosterfamilie. Moren gikk til søksmål for å få vedtaket opphevet, men vedtaket ble opprettholdt av tingretten. I mars 2014 fattet fylkesnemnda vedtak om fratakelse av foreldreansvaret og at barnet skal adopteres av fosterfamilien. Morens anke over avgjørelsen ble ikke tatt til følge i tingretten, lagmannsretten eller Høyesterett

EMD kritiserte lagmannsretten for å legge avgjørende vekt på fosterforeldrenes beskrivelser av barnets reaksjoner av samværene, til tross for at en oppnevnt sakkyndig mente noe annet.⁷⁶ Fosterfamilien uttalte at barnet hadde reagert negativt i etterkant av samværene med moren, og at det skyldtes traumer fra tiden før omsorgsovertakelsen. Moren og tingrettens oppnevnte sakkyndig uttalte at barnets utagering og gråting kunne være en reaksjon på separeringen fra mor. Denne påstanden ble imidlertid avvist av lagmannsretten uten en nærmere begrunnelse. Lagmannsretten ble kritisert for å tillegge avgjørende vekt på uklare tolkninger av guttens reaksjoner, og EMD uttalte at det burde blitt undersøkt nærmere.

På grunn av lagmannsrettens manglende begrunnelse for sin beslutning, konkluderte EMD med at det forelå en krenkelse av retten til familieliv.

4.3 EMD om gjenforeningsmålet i barnevernssaker

4.3.1 Innledning

Som nevnt tidligere er en beslutning om omsorgsovertakelse ment som et midlertidig tiltak, og myndighetene plikter å jobbe for at barnet skal gjenforenes med sine biologiske foreldre.

⁷⁶ Abdi Ibrahim mot Norge avsnitt 62

Målet om gjenforening skal være et klart utgangspunkt i myndighetenes adgang til å fatte vedtak om omsorgsovertakelse. Dersom gjenforeningsmålet er oppgitt, forutsetter det at det foreligger «spesielle og sterke grunner».⁷⁷

En viktig forutsetning for å oppnå gjenforeningsmålet er at barneverntjenesten følger opp barnet og foreldrene i tiden etter omsorgsovertakelsen. Det fremgår av bvl. § 4-16 at barnevernstjenesten har et løpende helhetlig ansvar for å følge utviklingen til barnet og foreldrene, og tilby dem veiledning og oppfølging. Dette innebærer at foreldrene får hjelp til å forbedre sin omsorgsevne slik at de kan bli i stand til å gi barnet forsvarlig omsorg. Barnevernstjenesten har også en selvstendig plikt til å fremme forslag til fylkesnemnda om å oppheve et vedtak om omsorgsovertakelse, dersom de mener vilkårene ikke lenger er til stede.⁷⁸

4.3.2 Bruk av langvarige plasseringer

Fra det fattes vedtak om omsorgsovertakelse vil sannsynligheten for å nå målet om gjenforening bli gradvis redusert med tiden. Barnet vil danne seg en relasjon med fosterfamilien, som ofte fører til at det vil i økende grad være i barnets interesse å bli værende i sin nye familie, fremfor å bli tilbakeført. I et slikt tilfelle må foreldrenes interesse om å få barnet tilbakeført, vike av hensynet til barnets beste interesse. I avgjørelsen K. og T. mot Finland har EMD i avsnitt 155 beskrevet tidsdilemma ved tilbakeføringsspørsmålet:

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

EMD har kritisert Norge for å tidlig legge til grunn at en plassering kommer til å bli langvarig. I mange tilfeller er selve vedtaket om omsorgsovertakelse rettmessig, og utgjør alene ikke et brudd på retten til familielivet.⁷⁹ En langvarig plassering vil derimot rokke med gjenforeningsmålet, og kan medføre et konvensjonsbrudd dersom inngrepet ikke er tilstrekkelig begrunnet. Det er en underforstått oppfatning av EMD at en beslutning om

⁷⁷ HR-2020-662-S

⁷⁸ Ot.prp.nr.64 (2004-2005) s. 27

⁷⁹ K.O og V.M mot Norge

langvarig plassering praktisk sett innebærer at myndighetene har oppgitt gjenforeningsmålet. En slik beslutning krever derfor at det foretas en omfattende vurdering, hvor myndighetenes plikt til å jobbe for en gjenforening tas i betraktning. Dette har sammenheng med mildeste inngreps prinsipp og nødvendighetskravet i EMK art. 8 nr. 2, som sier at et tvangsvedtak ikke skal opprettholdes lenger enn det behovet tilsier.

I avgjørelsen Pedersen og andre mot Norge har EMD kritisert bruken av langvarige plasseringer ved omsorgsovertakelse i norsk barnevernspraksis. Saken gjaldt spørsmål om adopsjon og samvær for et barn som hadde bodd hos fosterfamilien siden det var ett år gammelt. Bakgrunnen for plasseringen var at foreldrene led av psykisk sykdom, i tillegg til at det ofte oppsto konflikt mellom far og mor. Da det ble fattet vedtaket om omsorgsovertakelse, ble samvær fastsatt til to timer to ganger i året, og det ble lagt til grunn at plasseringen ville bli langvarig. Høyesterett la vekt på at adopsjon bør benyttes i større grad ved langvarige fosterhjems plasseringer, og at dette var i samsvar med lovgivers vilje. EMD på sin side mente at myndighetene hadde forsømt sin plikt til å ivareta gjenforeningsmålet. Det var ikke bestridt at omsorgsovertakelsen var rettmessig, og at foreldrenes interesser måtte vike dersom barnet hadde fått en slik tilknytning til fosterfamilien, at en tilbakeføring kunne føre til alvorlige problemer for barnet. Imidlertid understreker EMD at en langvarig plassering innebærer i praksis at gjenforeningsmålet oppgis, og at en slik konklusjon «*should only have been drawn after careful consideration and also taking account of the authorities' positive duty to take measures to facilitate family reunion*». ⁸⁰

4.3.3 Fastsetting av samvær

Gjenforeningsmålet vil i stor grad påvirkes av samvær mellom barnet og foreldrene. Ved fastsettelse av samvær, skal hovedformålet være å ivareta og bygge relasjonen til familien. Samværet kan imidlertid begrenses dersom det foreligger «sterke og spesielle grunner» for det. ⁸¹ En ofte brukt begrunnelse er at barnet har et spesielt behov for ro og stabilitet etter en plassering, slik at det kan innrette seg den nye familien og danne seg en relasjon med fosterforeldrene. Imidlertid skal det ikke fastsettes en strengere samvær enn nødvendig for å

⁸⁰ Pedersen og andre mot Norge avsnitt 68

⁸¹ Rt. 2002 s. 908 s. 913

ivareta hensynet til barnets beste. Dette følger av minste inngreps prinsipp og det biologiske prinsipp.

Det har i lang tid vært vanlig praksis å fastsette et lavere antall samvær i de tilfellene hvor omsorgsovertakelsen anses å bli langvarig. Høyesterett har i dommen Rt. 2012 s. 1832 uttalt at det ikke kan trekkes opp noen klare grenser for hvor mye samvær barn bør ha med sine foreldre, men at antall samvær ved langvarige fosterhjems plasseringer har variert mellom tre og seks ganger i året.⁸² Praksisen stammer fra en tidligere oppfatning om at sjeldnere samvær ved langtids plasseringer er til barnets beste, og at formålet med samværene er at barnet skal ha kjennskap til sitt biologiske opphav.⁸³ Et av argumentene for dette er at barnet skal få mulighet til å bygge en trygg og god relasjon til fosterforeldrene, og at samværene ikke må være til hinder for dette.⁸⁴ Denne praksisen har imidlertid vært gjenstand for kritikk av EMD, som på sin side mener at det rokker med gjenforeningsmålet.

I saken Pedersen og andre mot Norge la EMD til grunn at den strenge samværsordningen var den direkte årsaken til at barnets bånd til sine biologiske foreldre var brutt. Ved å sette et så begrenset samvær var det nærmest uunngåelig at barnet ville få en primær tilknytning til fosterfamilien, og at de biologiske foreldrene ville bli fremmed for barnet.⁸⁵ EMD konkluderte med at myndighetene var å bebreide for at dette hadde skjedd:

“However, in this case the decision to impose a very strict visiting regime cemented the situation at the very outset, making it highly probably that the child would become attached to the foster parents and alienated from the natural parents, thus precluding any realistic possibility of eventual reunification.”

EMD uttalte at norske myndigheter ikke kan basere sitt grunnlag for adopsjon på at familiebandene var brutt, når myndighetene selv er ansvarlige for at det har skjedd. Det ble lagt vekt på norske myndigheter ikke hadde forsøkt å jobbe mot en gjenforening, til tross for at foreldrenes ikke lenger manglet omsorgsevne. Samværene som var satt hadde kun som formål at barnets skulle kjenne til sine røtter og etniske kultur. Retten la til grunn at det

⁸² Rt. 2012 s. 1832 avsnitt 37

⁸³ Rt. 1998 s. 787 s. 792

⁸⁴ Rt. 2012 s. 1832 avsnitt 34

⁸⁵ Pedersen og andre mot Norge avsnitt 68

begrensede samværet som var satt umulig kunne føre til at barnet utviklet et betydningsfullt forhold med foreldrene.

Saken A.S mot Norge gjaldt et lignende tilfelle, hvor fylkesnemnda besluttet at plasseringen kom til å bli langvarig under fylkesnemndas behandling i 2012. Samtidig ble det satt et svært begrenset samvær, kun med et formål om at barnet skulle ha kjennskap til sitt opphav, ikke for å beholde tilknytningen til moren.⁸⁶ Dette resulterte i at barnet etter kort tid mistet sin tilknytningen med moren, og ikke lenger hadde interesse i å bli tilbakeført. Tingretten fikk kritikk for å oppgi gjenforeningsmålet på et så tidlig stadium uten nærmere begrunnelse. Det samme ble lagt til grunn i EMD's avgjørelse K.O og V.M mot Norge⁸⁷ og Hernehult mot Norge.⁸⁸

4.4 Nærmere vurdering av tilbakeføring etter dagens barnevernspraksis

4.4.1 Innledning

I lys av dommene fra EMD, avsa Høyesterett i mars 2020 tre avgjørelser i storkammer, som tar for seg forholdet mellom norsk barnevernspraksis og EMK. Art. 8. I avgjørelsene har Høyesterett kommet med føringer om hvordan norsk rettspraksis og barnevernsmyndigheter skal forholde seg til domstolpraksis fra EMD. Herunder hvordan retten til familieliv skal ivaretas gjennom praktiseringen av tiltak etter barnevernloven kapittel 4.

Det vises blant annet til «nødvendighetsvurderingen» til EMD etter art. 8 nr. 2, tar sikte på å se om inngrepet var velgrunnet i lys av saken som sin helhet («*in the light of the whole case*»), ikke bare den avsluttende nasjonale behandlingen.⁸⁹ Barnevernssaker medfører ofte lang behandlingstid og spørsmål om tilbakeføring vil i stor grad påvirkes av hendelsesforløpet i saken, særlig med tanke på barnets tilknytning til biologiske foreldre og fosterfamilien. Eventuelle feil fra et tidlig stadium i saksbehandlingen kan forplante seg videre og få betydning for situasjonen senere. Den tidlige behandlingen av barnevernssaker må derfor i større grad ta høyde for fremtidige utfall når det settes inn tiltak.

⁸⁶ A.S mot Norge avsnitt 8

⁸⁷ K.O mot Norge avsnitt 68

⁸⁸ Hernehult mot Norge avsnitt 74

⁸⁹ HR-2020-661-S avsnitt 152

I dommen HR-2020-1788-A ble det foretatt en særskilt vurdering av forholdet til Norges internasjonale forpliktelser i tilbakeføringsaker. Høyesterett har fastslått at prinsippene som trekkes fram i storkammeravgjørelsene⁹⁰ også kommer til anvendelse ved spørsmål om tilbakeføring.⁹¹ Det ble lagt til grunn at de materielle og prosessuelle prinsippene i norsk barnevern er i samsvar med EMD praksis, men at det er behov for justeringer i norsk barnevernspraksis for at det skal være i samsvar med EMK. Dette gjelder særlig viktigheten av å følge prinsippene om myndighetenes plikt til å arbeide for gjenforening.⁹²

Gjennomgangen oppsummeres i dommens avsnitt 74:

«Ved behandlingen av spørsmål om tilbakeføring må drøftelsen baseres på et tilstrekkelig og oppdatert beslutningsgrunnlag, en balansert og tilstrekkelig bred avveining og ha en tilfredsstillende begrunnelse, jf. HR-2020-661-S avsnitt 171.»⁹³

Før jeg går nærmere inn på den konkrete vurderingen, vil jeg først gjøre rede for hva ligger i kravet om et oppdatert beslutningsgrunnlag og en tilfredsstillende begrunnelse.

Oppdatert beslutningsgrunnlag

Kravet om et oppdatert beslutningsgrunnlag følger blant annet av bvl. § 7-3 annet ledd bokstav a), jf. første ledd, som går ut på at fylkesnemnda skal sørge for at bevisførselen gir et forsvarlig faktisk avgjørelsesgrunnlag. Samme krav gjelder også for domstolene, som ifølge tvl. § 21-3 har en plikt til å sørge for at bevisføringen gir et forsvarlig faktisk avgjørelsesgrunnlag, i saker hvor offentlige hensyn medfører begrensninger i partenes rådighet, jf. tvl. § 11-4. Kravet skal blant annet sikre at domstolene legger til grunn de faktiske forholdene hva angår foreldrenes omsorgsevne og barnets omsorgsbehov.

Domstolene og fylkesnemnda plikter å sørge for at saken belyses av kilder som er relevant og troverdig. Dersom retten forsømmer sin plikt, kan inngrepet innebære en krenkelse av retten til familieliv etter EMK art. 8.⁹⁴

Tilfredsstillende begrunnelse

⁹⁰ HR-2020-661-S, HR-2020-662-S og HR-2020-663-S

⁹¹ HR-2020-1788-A jf. HR-2020-916-U avsnitt 17 og HR-2020-964-U avsnitt 20.

⁹² HR-2020-661-S avsnitt 171

⁹³ Følger også av HR-2020-661-S avsnitt 171 og HR-2020-662-S avsnitt 58

⁹⁴ HR-2020-1012-U, HR-2020-964-U og HR-2020-1962-U

Kravet om en tilfredsstillende begrunnelse er en annen viktig rettssikkerhetsgaranti for partene i en barnevernssak. I kjølvannet av de seneste avgjørelsene fra EMD, har kravet fått et særlig fokus i norsk Høyesterettspraksis, som har kommet med videre føringer for hva som skal til for at begrunnelsen er i samsvar med EMK. De krav konvensjonspraksis stiller til begrunnelsen gjelder også i saker om tilbakeføring.⁹⁵ Kravet følger blant annet av tvl. § 19-6, hvor det fremgår av femte ledd at retten skal gjøre rede for den bevisvurdering og rettsanvendelse avgjørelsen bygger på.⁹⁶ Dette omfatter både avgjørelser som treffes av fylkesnemnda og domstolene. Hvor utførlig en begrunnelse trenger å være vil avhenge av hva som reelt sett blir avgjort. I barnevernssaker vil spørsmålet om en begrunnelse er god nok, i særlig grad gjelde for avgjørelser som griper inn i retten til familielivet. Konvensjonspraksis viser at EMD generelt stiller visse krav til begrunnelsen i slike avgjørelser, hvor alle tungtveiende momenter må være trukket frem og begrunnet.⁹⁷

4.4.2 Observasjon av barn og foreldre under samvær

I tilbakeføringssaker er det ofte vanskelig for foreldre å bevise at deres omsorgsevne er forbedret, ettersom barnet er ikke lenger under foreldrenes omsorg. En metode som ofte benyttes er å observere foreldrenes samspill med barnet under samværstimene. Denne metoden har imidlertid vært gjenstand for kritikk av EMD, ettersom det ofte fastsettes et svært begrenset samvær, med tilsyn av barnevernstjenesten og med fosterforeldrene til stede. Dette gjør det vanskeligere for familien å ha et avslappet og naturlig møte med hverandre, som bidrar å bygge et sterkere forhold. I stedet blir foreldrene satt på prøve av barnevernstjenesten, som observerer barnet og foreldrenes atferd under samværet, og fører dette som bevis når saken er oppe til behandling. Høyesterett viser til at norsk rettspraksis bør utvise forsiktighet med å trekke konklusjoner om foreldrenes omsorgsevne og samværskompetanse, basert på observasjoner fra samværene.⁹⁸ Dette var tilfelle i Strand Lobben saken, hvor samværene var svært begrenset og ellers ikke gjennomført på en god måte.

Barnevernstjenesten bør jobbe for å tilrettelegge samværene slik at foreldrene gis muligheten til å bygge en relasjon med barnet under naturlige omstendigheter, uten at de skal føle at de

⁹⁵ HR-2020-1932-U avsnitt 23, jf. HR-2020-1788-A avsnitt 60

⁹⁶ HR-2020-661-S avsnitt 163

⁹⁷ HR-2020-663-S avsnitt 67, jf. Strand Lobben med flere mot Norge avsnitt 224

⁹⁸ HR-2020-661-A avsnitt 155

må prestere for å øke sjansen for tilbakeføring. Den begrensede tiden barnet har med foreldrene bør kvalitetssikres av barnevernstjenesten og fosterforeldrene, i den grad det er forsvarlig for barnets helse og utvikling. Dersom det er behov for å vurdere foreldrenes omsorgsevne under samvær, bør dette gjøres av sakkyndige med barnefaglig kompetanse.

EMD har kritisert norske myndigheter for å legge avgjørende vekt på barnets reaksjoner under samvær med foreldrene. Når samværstimene er svært begrenset, er det ikke uvanlig at det vil vekke reaksjoner fra både foreldrene og barnet når de møtes, slik tilfellet var i dommen A.S mot Norge og Abdi Ibrahim mot Norge.⁹⁹ Hva som konkret er årsaken for reaksjonene, er ikke alltid like klart, og det kan være vanskelig å trekke noen klare konklusjoner basert på observasjoner. Fylkesnemnda bør vise forsiktighet med å legge avgjørende vekt på barnets reaksjoner under samværene, uten at dette er undersøkt nærmere. Er barnet ungt og ikke i stand til å uttrykke seg, vil man ikke med sikkerhet kunne si noe om hva som er utløsende for reaksjonen. Det er heller ikke alltid klart om reaksjonene er av forbigående karakter, eller om det vil kunne bli et problem på sikt. Og hvorvidt et eventuelt problem kan håndteres gjennom en form for behandling.

Høyesterett har vist til at myndighetene bør etter omstendighetene være forsiktige med å bygge på opplysningene kun fra fosterforeldrene, ettersom det ofte er motstridende interesser mellom foreldrene og fosterforeldrene.¹⁰⁰ Tatt i betraktning interessene som står på spill i barnevernssaker, er det viktig at myndighetene foretar grundige undersøkelser, og baserer sine beslutninger på faktiske forhold, og ikke antagelser med usikre årsakssammenhenger. Dersom en beslutning tas på bakgrunn av barnets reaksjoner, bør årsaksforholdet til barnets reaksjoner være utfyllende undersøkt av en sakkyndig. Utredningene bør skje over flere økter for å få et riktig bilde av familieforholdet. Samværene bør i tillegg tilrettelegges slik at barnet og foreldrene får muligheten til å foreta seg vanlige familieaktiviteter, for å skape et realistisk bilde av dynamikken mellom barnet og foreldrene.

⁹⁹ Abdi Ibrahim mot Norge avsnitt 63 og A.S mot Norge avsnitt 69

¹⁰⁰ HR-2020-661-S avsnitt 157, jf. A.S mot Norge avsnitt 69

4.4.3 Bruk av sakkyndiger for å innhente opplysninger om barn og foreldre

En sakkyndigutredning er en av de mer pålitelige metodene for å belyse saken. I foranledningen av en rettslig behandling, kan retten oppnevne en sakkyndig til å utrede foreldrene og barnet, og komme med faglige innspill. Det gjelder særlig psykologiske og sosiale forhold som saken reiser, som for eksempel foreldrenes omsorgsevne og barnets særlige omsorgsbehov. Det gjennomføres av en uavhengig part, som oftest psykologer eller psykologspesialister innen barnevern. Under forberedelsen av en sak om omsorgsovertakelse, engasjeres det ofte en sakkyndig til å utrede familien, og som kan komme med uttalelser når saken er oppe til behandling i fylkesnemnda og domstolene. Dersom det engasjeres av barnevernstjenesten, skal den sakkyndiges rapport legges til grunn for et vedtak, etter at den har blitt vurdert av Barnesakkyndig kommisjon, jf. bvl. § 4-3 fjerde ledd. Nemndleder kan også beslutte å oppnevne en sakkyndig til å utrede saken før behandling i fylkesnemnda, dersom det er behov for det, jf. bvl. § 7-2 bokstav b. Den gir dommerne og partene et oppdatert faglig perspektiv, som bidrar til at saken blir bedre opplyst. En utredning av barnet skal gi retten en barnefaglig vurdering om det konkrete barnets særlige omsorgsbehov. I tillegg vil en utredning av foreldrene bidra til å vurdere om de er i stand til å yte «forsvarlig omsorg» til barnet på kort og lang sikt.

EMD har uttalt at det må legges til grunn riktig informasjon vedrørende foreldrenes omsorgsevne, og at det i større grad bør oppnevnes sakkyndige i saker hvor det foreligger tvil om dette.¹⁰¹ Dette beror på en konkret vurdering hvor det avgjørende er om saken kan avgjøres på et forsvarlig grunnlag uten slik oppnevning.¹⁰² Det skal blant annet legges vekt på om det tidligere er innhentet sakkyndig erklæring, hvor lang tid det gått fra siste utredning, og om det er skjedd endringer i foreldrenes livssituasjon og omsorgsevne.¹⁰³ Retten er med andre ord ikke pliktig til å oppnevne en sakkyndig i tilbakeføringssaker, dersom det ikke er nødvendig. I HR-2020-661-S ble det lagt vekt på at den siste sakkyndigerklæringen før tingrettens dom var under ett år gammel. I tillegg ble saken belyst av 15 vitner, som blant annet besto av personer i tilknytning til morens nettverk, barnevernstjenesten,

¹⁰¹ A.S mot Norge avsnitt 69 og Strand Lobben med flere mot Norge avsnitt 222

¹⁰² HR-2020-661 avsnitt 99

¹⁰³ HR-2020-661 avsnitt 99, jf. Strand Lobben med flere mot Norge avsnitt 213 og 220-223.

beredskapshjemmet, helsestasjon og politi. Høyesterett kom til at saken var tilstrekkelig opplyst og at tingrettens beslutning om å ikke oppnevne sakkyndig var rettmessig.¹⁰⁴

I tiden etter storkammerdommene, har det vært et økende antall avgjørelser hvor retten tar stilling til om en nektelse av tilbakeføring var basert på et oppdatert beslutningsgrunnlag. I HR-2020-919-U hadde Høyesterett opphevet lagmannsrettens beslutning om å nekte samtykke til anke over en tilbakeføringssak. Tingretten hadde basert sin vurdering av fars omsorgsevne på en fem år gammel sakkyndigutredning. Tingretten hadde ikke tatt stilling til fars anførsel om at han hadde iverksatt tiltak for å forbedre sin omsorgsevne, og avviste samtidig hans ønske om å engasjere en sakkyndig til å vurdere hans omsorgsevne.

I HR-2020-1962-U ble mors ønske om å oppnevne sakkyndig avslått av tingretten, på bakgrunn av at vilkårene for tilknytningsunntaket i bvl. § 4-21 første ledd annet punktum, uansett var oppfylt. Dette var alene ikke en god nok begrunnelse for å ikke oppnevne sakkyndig. Når man vurderer foreldrenes omsorgsevne ved en tilbakeføring, skal det også omfatte foreldrenes evne til å håndtere barnets mulige reaksjoner som følge av et brudd med fosterfamilien.¹⁰⁵ Høyesteretts ankeutvalg kom dermed frem til at tingrettens beslutning ikke var basert på et tilstrekkelig oppdatert beslutningsgrunnlag.

4.4.4 Skjerpet krav til begrunnelse når gjenforeningsmålet er oppgitt

Kravet om en tilfredsstillende begrunnelse skjerpes dersom myndighetene har gitt opp målet om gjenforening i en konkret sak. EMD-praksis har vist til at en slik konklusjon krever at det foretas en grundig overveielse, hvor myndighetene må ta i betraktning sin positive plikt til å ivareta gjenforeningsmålet.¹⁰⁶ Det må fremgå uttrykkelig av begrunnelsen hvorfor gjenforening av familien ikke er aktuelt, og hva myndighetene har gjort for å muliggjøre tilbakeføring.¹⁰⁷ I saken HR-2020-1932-U hadde Høyesteretts ankeutvalg vurdert hvorvidt tingrettens begrunnelse for å opprettholde et vedtak om omsorgsovertakelse, var i samsvar med EMK art. 8. Ankeutvalget kom frem til at tingretten hadde forsømt sin plikt, hvor det ble

¹⁰⁴ HR-2020-661 avsnitt 181

¹⁰⁵ HR-2020-1788-A avsnitt 54

¹⁰⁶ AS mot Norge avsnitt 62, Strand Lobben med flere mot Norge avsnitt 68

¹⁰⁷ HR-2020-661-S avsnitt 166, jf. A.S mot Norge avsnitt 67 og Abdi Ibrahim med flere mot Norge avsnitt 61

lagt avgjørende vekt på at hverken gjenforeningsmålet eller de familiemessige bånd mellom mor og barn ble uttrykkelig nevnt i begrunnelsen. Dette var også tilfelle i HR-2020-1789-A, hvor Høyesterett la til grunn at tingretten hadde foretatt en grundig drøftelse av foreldrenes omsorgsevne etter bvl. § 4-21. Derimot ble det grunnleggende utgangspunktene om at en omsorgsovertakelse er midlertidig, at målet er gjenforening, og betydningen av de familiemessige bånd, ikke nevnt i begrunnelsen.

Kravet om tilfredsstillende begrunnelse gjelder også for tilfeller hvor myndighetene i realiteten har gitt opp gjenforeningsmålet ved å fastsette et svært begrenset samvær, eller fra et tidlig tidspunkt slår fast at overtakelsen anses for å komme til å bli langvarig. Som nevnt i pkt. 3.3.3 vil barn som plasseres i fosterhjem i en ung alder, ha lettere for å knytte sin primære relasjon til fosterfamilien i løpet av kort tid. For at gjenforeningsmålet skal oppnås i slike tilfeller, er det avgjørende at myndighetene tilrettelegger samvær i den grad at barnet kan opprettholde og bygge en nær relasjon til sine biologiske foreldre. Dersom det ikke gjøres kan det resultere i at tilknytningsunntaket i bvl. § 4-21 første ledd annet punktum hindrer gjenforening, til tross for at foreldrene på et senere tidspunkt er i stand til å yte «forsvarlig omsorg». Myndighetenes må ta i høyde for de mulige utfallene som kan oppstå ved langvarige plasseringer og begrenset samvær. Det må vurderes i hvilken grad plasseringen vil hindre målet om gjenforening, og redegjøres for det i begrunnelsen.

4.4.5 Barnets sårbarhet som grunnlag for å opprettholde omsorgsovertakelsen

Retten må ha en tilfredsstillende begrunnelse for barnets sårbarhet, for de tilfellene det blir lagt til grunn at det er til barnets beste å forbli hos fosterfamilien. EMD har i Strand Lobben-dommen, Abdi Ibrahim-dommen og A.S-dommen kritisert norske myndigheter for å legge til grunn en utilfredsstillende begrunnelse for barnets sårbarhet. Retten viser til at det må stilles visse krav til utredningen av barnet, dersom myndighetene finner at barnets sårbarhet skal være til hinder for gjenforening.¹⁰⁸ I storkammerdommen HR-2020-661-S har Høyesterett i lys av de overnevnte avgjørelsene, redegjort for hva konvensjonspraksis tyder på at begrunnelsen bør inneholde:

¹⁰⁸ Strand Lobben med flere mot Norge avsnitt 224, Abdi Ibrahim med flere mot Norge avsnitt 62, A.S mot Norge avsnitt 69

«en konkret beskrivelse, med henvisning til faktiske forhold, av årsaken til sårbarheten, hva den består i, om den kan avhjelpes ved hjelpetiltak, og dens betydning for barnets omsorgssituasjon.»¹⁰⁹

Beskrivelsen bør være utredet av sakkyndige med barnefaglig kompetanse, som ikke har en interesse i saken. Om retten kommer til at barnet er sårbart, må dette vurderes opp mot foreldrenes omsorgsevne, og hvordan barnet reagerer når det er sammen med foreldrene. Det omfatter blant annet en redegjørelse av hvordan barnet vil bli påvirket dersom foreldrene overtar omsorgen, tatt i betraktning at foreldrene vil motta hjelpetiltak dersom det er behov for det. Myndighetene må vurdere hvorvidt barnet på sikt vil kunne ta skade av en tilbakeføring, eller om det hovedsakelig er snakk om overgangsproblemer.

I avgjørelsen HR-2021-474-A ble det lagt til grunn at barnet var sårbart, men at samværene likevel burde utvides fra tre til seks ganger i året med to timers varighet hver gang. I avsnitt 66-81 redegjorde Høyesterett for den konkrete vurderingen barnets sårbarhet. Beskrivelsen av jenta ble utredet på bakgrunn av flere psykologutredninger i tidsperioden 2016 til 2020, hvor hensynet til familiebandene og barnets helse og utvikling var grundig avveid og nyansert. Sakkyndigutredningen fra 2020 inneholdt vurderinger av foreldrenes samspill med barnet gjennom flere samværstimer, i tillegg til barnets fysiske og psykiske reaksjoner etter samværene. Det ble vist til at jentas reaksjoner i etterkant av samværene, var medvirkende til at jenta hadde et særskilt behov for ro, stabilitet og forutsigbarhet. I tillegg ble det forsøkt med omfattende veiledning av foreldrene, for å lære dem å håndtere barnets særskilte behov. Høyesterett la imidlertid vekt på at det hadde skjedd en positiv utvikling de siste samværene, som hadde blitt gradvis bedre med årene. Barnet ga uttrykk for å se fram til samværene, og mor hadde i større grad enn tidligere rettet seg etter veiledning som var gitt av barnevernet.¹¹⁰ Dommen er et godt eksempel på at forholdene i barnevernssaker kan endre seg, og at oppdaterte sakkyndigutredninger utgjør en viktig del av beslutningsgrunnlaget og begrunnelsen for en avgjørelse. Retten hadde oppdaterte og faglige opplysninger om foreldrene og barnets sårbarhet, som bidro til den konkrete vurderingen av samværets omfang.

¹⁰⁹ HR-2020-661-S avsnitt 169

¹¹⁰ HR-2021-474-A avsnitt 85

4.4.6 Avveining mellom hovedhensynene i barnevernssaker

I mange av barnevernssakene som omhandler tilbakeføring, blir det lagt avgjørende vekt på barnets beste som begrunnelse for at et vedtak bør opprettholdes. Som nevnt i pkt. 2.4 vil hensynet til barnets beste være av overordnet betydning, og skal tillegges særlig vekt ved avgjørelser om tilbakeføring. Begrepet `barnets beste` er alene ikke nok til å danne et selvstendig grunnlag for en beslutning. I barnevernspraksis brukes begrepet så ofte at det kan oppfattes som innholdsløst.¹¹¹ For at barnets beste skal tjenes som avveiningsnorm, må det foretas en konkret vurdering av innholdet i det enkelte barnets beste interesser. Samtidig skal myndighetene sikre at det er foretatt en balansert avveining mellom andre hensyn i en avgjørelse. Dette gjelder for det første en avveining mellom de ulike hensyn som inngår i barnets beste-vurderingen i det konkrete tilfellet, og for det andre gjelder det avveining mellom barnets og foreldrenes interesser i saken.

De generelle kommentarer fra FNs barnekomité no. 14 inneholder føringer for hvordan man vurderer barnets beste interesser «*best interests of the child*», jf. BK. Art. 3 nr. 1. Vurderingen av barnets beste interesser er en spesiell vurdering av flere relevante elementer, hvor de ulike elementene vil avhenge av hverandre, og variere fra barn til barn og fra sak til sak.¹¹²

Eksempler på slike interesser kan være barnets alder og modenhet, barnets tilknytning til mennesker, barnets mening og barnets sårbarhet. Interessene er ofte motstridende og kan komme i konflikt med hverandre ved vurderingen i en konkret sak. Myndighetene må dermed foreta en avveining mellom de ulike interessene for å komme fram til den beste mulige løsningen for barnet.

EMD har i flere avgjørelser angitt de generelle prinsippene for avveiningen som skal foretas mellom barnets og foreldrenes interesser.¹¹³ Høyesterett har lagt til grunn at prinsippene kommer til anvendelse i saker som gjelder omsorgsovertakelse og tilbakeføring. Det skal foretas en balansert avveining mellom barnets og foreldrenes interesser («*fair balance*»), men at hensynet til barnets beste er av overordnet betydning («*paramount importance*»). På avsnitt 207 i Strand Lobben-dommen har EMD redegjort for hovedelementene som inngår i den konkrete avveiningen. På en side er det i barnets beste interesse at de familiemessige båndene bør opprettholdes, og at et brudd kan kun skje helt unntaksvis («*in very exceptional*

¹¹¹ Sandberg (2003) s. 50

¹¹² General Comment no. 14 (2013) s. 17

¹¹³ HR-2020-661 S avsnitt 94 og 95, jf. Strand Lobben med flere mot Norge avsnitt 206

circumstances»), når foreldrene er særlig uegnet som omsorgspersoner («*particularly unfit*»). EMD legger til grunn at utgangspunktet er at barnet har det best sammen med sine biologiske foreldre, og at det er i barnets interesse å bli tilbakeført så snart foreldrene er i stand til å yte forsvarlig omsorg. En opprettholdelse av et vedtak om omsorgsovertakelse, på grunnlag av de materielle vilkårene i bvl. § 4-12, må være i samsvar med kravet om «*very exceptional circumstances*».¹¹⁴ På en annen side kan ikke foreldrene kreve tiltak som vil være til skade for barnets helse og utvikling («*harm the child's health and development*»). Dette må tillegges stor vekt i barnets beste-vurderingen, og foreldrenes interesser må i et slikt tilfelle vike.

I den enkelte sak må det komme tydelig frem at de familiemessige bånd er vurdert, og hvilken vekt det blir tillagt.¹¹⁵ Hensynet til de familiemessige bånd for både barnet og foreldrene må være synlig i begrunnelsen fra barnevernet, fylkesnemnda og domstolene.¹¹⁶ Legges det til grunn at det er til barnets beste at omsorgsovertakelsen opprettholdes, må retten ha tatt i betraktning hvilken konsekvens det vil ha for familiebandene at barnet ikke blir tilbakeført. Hvor mye vekt som skal tillegges, vil avhenge av hvor inngripende avgjørelsen er, og hvor stor sjansen er for at barnets helse og utvikling settes i fare. Når en plassering anses for å bli langvarig og samværene begrenses, stilles det strengere krav til begrunnelse, hvor hensynet til familiemessige bånd må tillegges betydelig vekt.¹¹⁷

¹¹⁴ HR-2020-661-S avsnitt 96

¹¹⁵ HR-2020-994-U avsnitt 22, jf. HR-2020-661-S avsnitt 86

¹¹⁶ HR-2020-1932-U

¹¹⁷ Jansen mot Norge avsnitt 104

5 Avsluttende bemerkninger

Nyere rettspraksis har i stor grad hatt betydning for hvordan norske domstoler vurderer spørsmålet om tilbakeføring i barnevernssaker. Høyesterett har lagt til grunn at det er behov for å endre hvordan myndighetene jobber for familiegjenforening i saker hvor omsorgen er overtatt av det offentlige. Etter dagens system blir tilbakeføring ofte hindret av at barnet mister sin tilknytning til biologiske foreldre, på grunn av manglende oppfølging av myndighetene.

Mitt synspunkt er at dagens barnevernspraksis ikke i tilstrekkelig grad ivaretar gjenforeningsmålet, eller utgangspunktet om at en omsorgsovertakelse er midlertidig. I tillegg foreligger det svakheter ved den rettslige behandlingen av barnevernssaker i fylkesnemnda og domstolene. I lys av avgjørelsene fra EMD, må norsk barnevernspraksis i større grad verne barnets og foreldrenes gjensidige rett til familieliv. Spørsmålet er hva som skal til?

Fylkesnemnda må være mer tilbakeholden med å tidlig fastsette at en omsorgsplassering kommer til å bli langvarig. Langvarige plasseringer setter som oftest sperre for gjenforeningsmålet, og det skal mye til for at barnet blir tilbakeført i fremtiden. Det er ikke alltid klart at foreldrene kommer til å mangle omsorgsevne i lang tid fremover. Etter mitt syn bør dette vurderes fortløpende, og foreldrene skal hele tiden gis muligheten til vise at omsorgsevnen er forbedret. Det bør i større grad tilrettelegges for veiledning av foreldrene slik at de kan bli bedre skikket som omsorgspersoner.

I tillegg bør den standardiserte samværsordningen endres med at det fastsettes et høyere antall samværstimer, og samværene bør tilrettelegges bedre, slik at barnet og foreldrene får muligheten til å bygge et nært forhold med hverandre. Antallet må likevel ikke overstige det som etter en konkret vurdering anses som best for barnet.

Det må også stilles strengere krav til grundighet ved den rettslige behandlingen av barnevernssaker. Det foreligger ofte tvil om forholdene rundt barnevernssaker, når det gjelder foreldrene, barnet og forholdene ellers. Fylkesnemnda og domstolene bør i større grad engasjere sakkyndige til å foreta utredninger på barn og foreldre for å opplyse saken. Det bør også stilles strengere krav til begrunnelsen for å nekte tilbakeføring, og andre inngripende beslutninger. I tillegg må det foretas grundigere vurderinger av barnets beste interesser, og balanserte avveininger mot andre interesser og hensyn i saken.

6 Kilde- og litteraturliste

Lover og konvensjoner

1814	17. mai	Kongeriket Norges Grunnlov (Grl.)
1953	17. juli	Lov om barnevern (opphevet)
1967	10. februar	Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)
1981	8. april	Lov om barn og foreldre (barnelova)
1992	17. juli	Lov om barnevernstjenester (barnevernloven)
1999	21. mai	Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettighetsloven)
2005	17. juni	Lov om mekling og rettergang i sivile saker (tvisteloven)

Offentlige dokumenter

Ot.prp.nr. 44 (1991-1992)	Om lov om barneverntjenester
Ot.prp.nr. 64 (2004-2005)	Om lov om endringer i sosialtjenesteloven
Ot.prp.nr. 69 (2008-2009)	Om lov om endringer i barnevernloven
NOU 2012:5	Bedre beskyttelse av barns utvikling
NOU 2016:16	Sikring av barnets rett til omsorg og beskyttelse
Prop.133 L (2020-2021)	Ny barnevernslov og endringer i barnevernloven

Rettspraksis

Norsk rettspraksis

Rt. 1987 s. 805

Rt. 1996 s. 1203

Rt. 1996 s. 1684

Rt. 1997 s. 170

Rt. 1998 s. 787

Rt. 2002 s. 908

Rt. 2004 s. 999

Rt. 2004 s. 1683

Rt. 2012 s. 1832

HR-2021-474-A

HR-2020-661-S

HR-2020-662-S

HR-2020-663-S

HR-2020-916-U

HR-2020-919-U

HR-2020-964-U

HR-2020-994-U

HR-2020-1012-U

HR-2020-1788-A

HR-2020-1789-A

HR-2020-1932-U

HR-2020-1962-U

HR-2020-2081-A

HR-2016-2262-A

EMD

1996	7. August	Adele Johansen mot Norge	Application no: 17383/90
2001	12. Juli	K. og T. mot Finland	Application no: 25702/94
2008	17. Juli	I. mot Finland	Application no: 20511/03
2012	4. Mars	Butt mot Norge	Application no: 47017/09
2012	17. April	Kopf og Liberda mot Australia	Application no: 1598/06
2014	25. November	Kruškić med flere mot Kroatia	Application no: 10140/13
2015	28. Mai	Y mot Slovenia	Application no: 41107/10
2017	24. Januar	Paradiso og Campanelli mot Italia	Application no: 25358/12
2019	10. September	Strand Lobben med flere mot Norge	Application no: 37283/13
2019	19. November	K.O og V.M mot Norge	Application no: 64808/16
2019	17. Desember	A.S mot Norge	Application no: 60371/15
2019	17. Desember	Abdi Ibrahim med flere mot Norge	Application no: 15379/16
2020	10. Mars	Pedersen med flere mot Norge	Application no: 39710/15
2020	10. Mars	Hernehult mot Norge	Application no: 14652/16

Internasjonale kilder

General Comment no. 14 (29. Mai 2013), CRC/C/GC/14: on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration

Litteratur

Sandberg, Kirsten, «*Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse*» (2003)

Bendiksen, Lena R.L og Haugli, Trude «*Sentrale emner i barneretten*», 4. utgave. Universitetsforlaget (2020)

Høstmælingen, Njål, og Saga Kjørholt og Sandberg, Kirsten «*Barnekonvensjonen; barns rettigheter i Norge*», 4. utgave. Universitetsforlaget (2020)

Brandtzæg, Ida og Torsteinson, Stig og Øiestad, Guro «*Se barnet innenfra*» Kommuneforlaget (2013)

Rapporter:

Consideration of reports submitted by states parties under article 44 of the convention, concluding observations: Norway, CRC/C/15/Ass.262 (2005)

Nettsider

https://www.bufdir.no/Barnevern/Om_barnevernet/Sakkyndige_i_barnevernet/

<https://www.fosterhjemsforening.no/wp-content/uploads/2020/08/Samv%C3%A6rsguiden.pdf>

https://www.bufdir.no/Barnevern/reform/de_konkrete_endringene/kommunene_far_et_okt_finansieringsansvar_for_barnevernstiltak/

<https://www.aftenposten.no/norge/i/xR6egX/rundt-50-barn-i-aaret-adopteres-av-fosterforeldre-det-er-altfor-faa-if>

<https://www.hvl.no/aktuelt/hvorfor-er-adopsjon-sa-lite-brukt-i-norge/>

https://bufdir.no/Statistikk_og_analyse/Barnevern/barn_med_tvangsvedtak/omsorgsovertager-ser/

https://www.bufdir.no/Statistikk_og_analyse/Barnevern/Oppsummert_status_i_tall_for_barnevernet/

<https://www.psykologforeningen.no/foreningen/aktuelt/aktuelt/hva-er-tilknytning>

