



UiT

NORGES
ARKTISKE
UNIVERSITET

Det juridiske fakultet

Omsorgsovertakelse av et nyfødt barn

Maria Thørnquist Liljedal

Liten masteroppgave i rettsvitenskap høst 2015



Innholdsfortegnelse

1 Innledning.....	4
1.1 Introduksjon til temaet.....	4
1.2 Metode og kilder.....	5
1.3 Historikk.....	7
1.4 Den videre fremstillingen	9
2 Hensyn og verdier	10
2.1 Innledning	10
2.2 Barnets rett til omsorg	10
2.3 Barnets rett til familieliv.....	13
2.4 Det biologiske prinsipp	14
2.5 Legalitetsprinsippet	16
2.6 Mildeste inngreps prinsipp.....	18
2.7 Hensynet til barnets beste	20
2.8 Hensynene og verdiene sett i sammenheng	22
3 Rettslig grunnlag for et foreløpig vedtak – en fremstilling av rettsregelens innhold ...	24
3.1 innledning	24
3.2 Sakens gang – de personelle og prosessuelle kompetansereglene.....	24
3.3 Presentasjon av de enkelte reglene.....	27
3.4 Hvordan kriteriene kommer til uttrykk i praksis	30
4 De materielle inngrepsvilkårene	33
4.1 innledning	33
4.2 «Nyfødt» - kriteriets innhold og rekkevidde	33
4.3 «Flyttet hjem til foreldrene» - kriteriets innhold og rekkevidde.....	35
4.4 Risikovurderingen	37
4.4.1 Innledning om risiko.....	37
4.4.2 vesentlig skadelidende som overordnet vurdering.....	37
4.4.3 overveiende sannsynlig.....	39
4.4.4 Forhold ved foreldrene som kan utgjøre en situasjon eller risiko for barnet..	41
4.4.5 Situasjon eller risiko som medfører at barnet blir alvorlig skadd	45
4.4.6 Situasjon eller risiko som medfører alvorlige mangler.....	47
4.6 Tilleggskriteriene i bvl. § 4-12 andre ledd.....	49
4.6.1 Innledning.....	49
4.6.2 Vedtaket må være nødvendig, og andre tiltak må være vurdert utilstrekkelig	50
4.6.4 Hensynet til barnets beste som siste vurdering.....	51

4.7 Innholdet i det konkrete vurderingen.....	52
5 Avsluttende bemerkninger	54
6 Kilder	55

1 Innledning

1.1 Introduksjon til temaet

Temaet for oppgaven er foreløpig vedtak om omsorgsovertakelse av et nyfødt barn. Primærbestemmelsen fremgår av lov av 17. juli 1992 nr. 100 om barnevernstjenesten (bvl.) § 4-9 jf. § 4-8.

Bvl. § 4-9 omhandler foreløpig vedtak etter § 4-8. I sistnevnte bestemmelse er det et kriterium at barnet er «nyfødt» og enda ikke har «flyttet til foreldrene».

Det følger videre av bvl. § 4-9 at barnevernadministrasjonens leder kan fatte foreløpig vedtak om å overta omsorgen for et nyfødt barn «*dersom de interessene bestemmelsen skal ivareta kan bli vesentlig skadelidende om vedtaket ikke treffes og gjennomføres straks*».

Bvl. § 4-8 annet ledd henviser til vilkårene som fremgår av bvl. § 4-12. Disse vil derfor være relevant for vurderingen av om barnevernadministrasjonens leder kan fatte foreløpig vedtak om omsorgsovertakelse av det nyfødte barnet.

Et foreløpig vedtak om omsorgsovertakelse av et nyfødt barn må derfor harmonere med de vilkår som fremgår av bvl. § 4-9 jf. §4-8 annet ledd jf. § 4-12. Et foreløpig vedtak om omsorgsovertakelse av et nyfødt barn er slik sett et tvangsvedtak som bygger på en sammensatt akuthjemmel.¹

Oppgaven vil hovedsakelig bygge på en fremstilling og vurdering av innholdet i de materielle reglene. De prosessuelle og personelle reglene vil kort gjennomgås for å gi en forståelse av bestemmelsenes kompleksitet og materielle innhold. Fremstillingen vil også gå nærmere inn på de relevante barnevernrettslige hensyn og verdier, som vil være av relevans.

¹ Mons Oppedal, *Akuthjemlene i barnevernloven*, 1. utgave (2008), s. 25

1.2 Metode og kilder

Barnevernlovens bestemmelser om foreløpig vedtak om omsorgsovertakelse av et nyfødt barn er utgangspunktet for diskusjonene. Jeg vil ta utgangspunkt i anerkjente rettskilder, slik disse er beskrevet i Eckhoffs rettskildelære.² Siktemålet med oppgaven er å gi en fremstilling av gjeldende rett basert på rettsdogmatisk metode, der jeg anvender det foranliggende rettskildematerialet.

Fremstillingen vil bygge på tradisjonell systematikk, ved at det skilles mellom de materielle og prosessuelle sidene ved de enkelte bestemmelsene. Den materielle vurderingen vil bygge på vilkår og rettsfølgen. Den prosessuelle og personelle delen av bestemmelsene vil ta utgangspunkt i hvem som har kompetanse til å fatte et slikt vedtak og hvordan dette i det praktiske følges opp.

Jeg vil videre i fremstillingen omtale et foreløpig vedtak om omsorgsovertakelse av et nyfødt barn som foreløpig vedtak. Dette er metodisk mer hensiktsmessig.

Barnevernlovens regler må følgelig sees i sammenheng med annen nasjonal og internasjonal lovgivning for å gi en balansert framstilling av barns rett til omsorg.

Lovens forarbeider er etter ordlyden den viktigste rettskilden. Bestemmelsenes materielle innhold er ikke endret, men de prosessuelle reglene om godkjenning av akuttvedtak er flyttet.³ Det opprinnelige forarbeidet vil derfor være av relevans.

Etterarbeid vil i seg selv ha begrenset vekt som rettskilde, men vil i det enkelte tilfelle klargjøre rettstilstanden der lovgiver ikke har fått gjort dette gjennom forarbeidene. Disse vil derfor bli benyttet for å belyse innholdet i regelen, der forarbeidene ikke gir god nok veiledning.

Høyesterettspraksis har også stor betydning for forståelsen av gjeldende rett. Det finnes derimot ingen dommer fra Høyesterett der temaet er direkte behandlet. Høyesterett har

² Torstein Eckhoff og Jan E. Helgersen, *rettskildelære*, 5. utgave (2001) s. 23

³ Ot.prp.nr.76 (2005-2006) *Om lov om endringer i barnevernloven og sosialtjenesteloven mv. (saksbehandlingsregler for fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker mv.)*, s. 125

imidlertid et fåtall dommer som indirekte kan gi veiledning om hvordan de ulike kriteriene skal forstås. Underliggende domstoler må som en følge av dette være bundet av høyesterettsprejudikatet om innholdet i de aktuelle bestemmelsene.

Det må videre påpekes at saker om omsorgsovertakelse som behandles av høyesterett, reelt sett er saker om tilbakeføring. Dette kommer av at barnet ved behandling i høyesterett allerede er plassert utenfor hjemmet. Saker fra lagmannsretten og tingretten vil som en følge av dette, også i liten grad bygge på de reelle forutsetningene som forelå da det vedtaket ble fattet.

Fylkesnemndas vedtak vil på den andre side stå nært i tid med det opprinnelige vedtaket fattet av barnevernadministrasjonens leder. Dette må også sies å gjelde eventuelle klagesaker fra foreldrene. Videre vil enhver sak som omhandler foreløpig vedtak behandles av fylkesnemnda, og vil derfor gi det beste grunnlaget for hvordan de materielle vilkårene skal vurderes. Disse vedtakene har ikke stor vekt som rettskilde, men vil i den videre fremstillingen bli benyttet for å eksemplifisere eventuelle relevante poeng. Alle avgjørelser fra fylkesnemnda blir derimot ikke publisert på lovdata, noe som medfører at utvalget ikke er representativt.

Ved tolkning av den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK)⁴ vil avgjørelser fra menneskerettighetsdomstolen (EMD) være av særlig betydning, disse vil også belyse hvordan den enkelte bestemmelsen skal forstås i norsk rett. For vurderingen av barnekonvensjonens innhold vil særlig generell kommentar nr. 14 være relevant.⁵

Reelle hensyn er videre viktige vurderingsmomenter på barnevernrettens område. Disse vil i det vesentlige avgjøre om resultatet er rimelig, rettferdig og formålstjenlig. Dette vil ofte medføre en vurdering opp mot lovens formål og en vekting av de grunnleggende barnevernrettslige prinsippene.⁶

⁴ Rt. 2000 996 (s. 1007)

⁵ Generell kommentar nr. 14 (2013) om barnets rett til at hans eller hennes beste skal være et grunnleggende hensyn (art. 3, para. 1)

⁶ Lena R. L. Bendiksen og Trude Haugli. *Sentrale emner i BARNERETTEN*, 1. utgave (2014) s. 37

Barnevernlovens formål vil derfor være relevant for hvor langt den enkelte lovbestemmelse rekker. Etter bvl. § 1-1 er formålet med loven «å sikre at barn og unge som lever under forhold som kan skade deres helse og utvikling, får nødvendig hjelp og omsorg til rett tid». Videre fremgår det av andre strekpunkt at loven skal «bidra til at barn og unge får trygge oppvekstvilkår».

De barnevernsrettslige prinsippene vil også være av betydning for fremstillingen. Dette er hensyn og verdier som har en særlig sterk posisjon. Disse vil gjøre seg gjeldende i alle tilfeller der de er relevant, og vil medvirke til hvordan den enkelte bestemmelse skal praktiseres.⁷ Disse vil også gi retningslinjer for hvordan skjønnsutøvelsen skal gjennomføres.

Forsvarlighetskravet som følger av bvl. § 1-4 vil også være relevant for vurderingen. Prop.106 L presiserer at «Kravet om forsvarlighet er en rettslig standard».⁸ Med dette menes det at bestemmelsen har en norm som endrer innholdet i loven over tid. Normen vil til enhver tid være i tråd med forsvarlig barnevernsfaglig praksis ut fra samfunnsutvikling.

Juridisk teori vil også i den enkelte vurderingen gi gode argumenter og resonnement fra eksperter på fagområdet. Det er derimot omdiskutert hvilken vekt litteratur har som selvstendig rettskilde. De siste tiårene har det vært skrevet mer om barnevernsrettslige temaer. Med dette har fagområdet utviklet seg og har fått en større rettslig tyngde.⁹

1.3 Historikk

I lov av 17. juli 1953 nr. 14 om barnevern (barnevernlov av 1953) var det ikke noen uttrykkelig hjemmel for å fatte et foreløpig vedtak om omsorgsovertakelse av et nyfødt barn allerede på fødestuen.

Det var derimot alminnelig akseptert at omsorgen kunne overtas for et nyfødt barn, og vedtakene ble hjemlet i daværende barnevernlov av 1953 § 19 jf. § 16. Det var også en

⁷ Lena R. L. Bendiksen og Trude Haugli. *Sentrale emner i BARNERETTEN*, 1. utgave (2014) s. 37

⁸ Prop.106 L (2012-2013) *Endringer i barnevernloven*, side 207

⁹ Lena R. L. Bendiksen og Trude Haugli. *Sentrale emner i BARNERETTEN*, 1. utgave (2014) s. 36

akutthjemmel i barnevernloven av 1953 § 11, men som ikke ble benyttet allerede på sykehuset.

I NOU 1985:18 ble det for første gang anerkjent at omsorgsovertakelse av et nyfødt barn kunne finne sted. Sosialutvalget uttalte at «*Praksis har imidlertid akseptert at omsorgen overtas for et spebarn mens det ennå er på fødselsklinikken, for å hindre at det blir bragt hjem til skadelig forhold.*»¹⁰

Det ble også gitt forslag til hvordan den nye bestemmelsen skulle lyde. Sosialloven § 6-12 skulle si at «*Dersom det foreligger slik overveiende sannsynlighet, kan vedtak om ansvarsovertakelse også treffes før et nyfødt barn er flyttet til foreldrene.*».¹¹ Dette lovforslaget ble ikke en realitet som en følge av regjeringsskiftet, men det viser at behovet for en slik hjemmel forelå allerede da.

Denne tolkningsretningen ble stadfestet av Høyesterett i Rt 1986 side 1189.¹²

Høyesterett uttalte at «*Etter de nevnte bestemmelser kan barnevernsnemnda overta omsorgen for et barn når det «blir slik behandlet eller lever under slike forhold at dets helse (fysisk-psykisk) eller utvikling utsettes for skade eller alvorlig fare». I dette tilfelle ble barnet tatt fra moren mens de begge befant seg på sykehuset. Det er etter fast praksis¹³ på det rene at bestemmelsen også kan brukes til å overta omsorgen for et nyfødt barn på grunnlag av en prognose om hvordan barnet vil få det om det blir værende hos foreldrene.*»

Formålet med den nye loven var å forbedre rettsikkerheten, slik at vedtakene lettere kunne forenes med legalitetsprinsippet. Det var særdeles viktig, og et av hovedargumentene for at den nye bestemmelse kom i stand. Lovgiver så også behovet for en akutthjemmel, slik at et risikoutsatt nyfødte barn kunne sikres. Forarbeidene til nåværende barnevernlov fremholdte som en følge av dette at det også måtte finnes en

¹⁰ NOU 1985:18 *Lov om sosiale tjenester mv.* s. 160

¹¹ NOU 1985:18, s. 372

¹² Rt. 1986 1189 (s. 1193)

¹³ Skrivefeil, Lovdata.

hjemmel til å fatte et foreløpig vedtak om omsorgsovertakelse av et nyfødt barn.¹⁴ Dette var det også enighet om på stortinget da loven ble behandlet.¹⁵

Da foreløpig vedtak og vedtak om omsorgsovertakelse ble hjemlet i ny lov, ble legalitetsproblemene løst og rettsikkerhetene til partene ble styrket. Hjemmelen medførte også at barnevernet og fylkesnemnda kunne føre en ytterligere betryggende behandling av den enkelte sak.

1.4 Den videre fremstillingen

I kapittel 2 vil jeg gjøre rede for de relevante hensynene og verdiene som gjør seg gjeldende på barnevernsrettens område, og hvilken sammenheng disse har. I kapittel 3 vil jeg gjennomgå det rettslige grunnlaget for et foreløpig vedtak, og hva dette innebærer for den videre fremstillingen. Dette vil bestå i en fremstilling av de materielle, prosessuelle og personelle reglene.

I kapittel 4 vil jeg se på de materielle inngrepsvilkårene, og hva som ligger i disse vurderingene. Helt til slutt i kapittel 4 vil jeg også gå gjennom de vurderingen som må gjennomføres før et vedtak fattes. I kapittel 5 vil jeg kort gi noen avsluttende bemerkninger om den akutte hjemmelen.

¹⁴ Ot.prp.nr.44 (1991-1992) *Om lov om barneverntjenester (barnevernloven)*, s. 41 -43

¹⁵ NOU 2000:12 *Barnevernet i Norge— Tilstandsvurderinger, nye perspektiver og forslag til reformer* – kapittel 4 flg.

2 Hensyn og verdier

2.1 Innledning

Hensyn og verdier har en sentral betydning i barnevernretten. I denne formuleringen ligger også prinsipper, som er hensyn som har en særlig sterk posisjon som følge av at de er rettslig bindende og må vurderes der prinsippet er relevant.¹⁶

Det følger av Prop. 106 L at det er tre relevante prinsipper som er viktig på barnerettens område.¹⁷ Dette vil være barnets beste, det biologiske prinsipp og det mildeste inngreps prinsipp. Videre fremgå det av «sentrale emner i barneretten» at legalitetsprinsippet særlig vil være av betydning på barnevernrettens område.¹⁸

I tilknytning til disse hensynene vil det være naturlig å gi en innledende fremstilling av barnets rett til omsorg og familieliv.

2.2 Barnets rett til omsorg

Det følger av Haugli og Bendiksen at barnets rett til omsorg er en forutsetning for barnets rett til liv. Uten omsorg vil ikke barnet være i stand til å leve, og det er en forutsetning for barnets integritet og verdighet.¹⁹

Av nasjonale rettskilder følger barnets rett til omsorg av lov av 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (bl.) § 30. Barnekonvensjonen har ingen uttrykkelig hjemmel om retten til omsorg, men denne retten fremgår av flere forskjellige bestemmelser. Mest fremtredende er barnekonvensjonen art 7 nr. 1 og artikkel 3 nr. 2. Hva som ligger i retten til omsorg er det imidlertid flere bestemmelser som konkretiserer.²⁰ At barnet har rett til omsorg følger også av barnekonvensjonens fortale.

I nasjonal lovgivning er barnets rett til omsorg særlig fremtredende i bl. § 30, og nært knyttet opp mot foreldreansvaret. Det fremgår av bestemmelsen at:

¹⁶ Lena R. L. Bendiksen og Trude Haugli. *Sentrale emner i BARNERETTEN*, 1. utgave (2014) s. 37

¹⁷ Prop.106 L (2012-2013) s. 81

¹⁸ Lena R. L. Bendiksen og Trude Haugli. *Sentrale emner i BARNERETTEN*, 1. utgave (2014) s. 37

¹⁹ Lena R. L. Bendiksen og Trude Haugli. *Sentrale emner i BARNERETTEN*, 1. utgave (2014) s. 43

²⁰ Blant annet BK artikkel 14 nr. 2, 18 nr. 1, 19, 24, 26 og 27

«Barnet har krav på omsut og omtanke frå dei som har foreldreansvaret... Dei som har foreldreansvaret er skyldige til å gje barnet forsvarleg oppseding og forsyting...»

Det er primært foreldrene som skal gi omsorgen. Retten til omsorg omfatter tilfredsstillelse av barnets behov for kjærlighet, trygghet, oppmerksomhet, stell, pleie, tilsyn, stimulering med mer.²¹ I dette ligger det at de som har ansvaret for barnet må dekke barnet psykiske og fysiske behov.

Den fysiske delen vil for et nyfødt barn bero på om omsorgspersonen er stabil i sin ytelse av den fysiske omsorgen. Dette innebærer at barnet må få mat når det er sultent, bleiene må byttes, barnet må bades når det er behov for det og klærne må være tilstrekkelige for den situasjonen barnet befinner seg i.

Den psykiske delen vil bestå i å gi barnet kjærlighet. Dette kan skje gjennom at foreldrene bryr seg om barnet, viser omtanke og at de er oppmerksomme på barnets behov for å bli sett og hørt. Dette innebærer også at foreldrene må gi barnet trygge omgivelser, slik at det kan utvikle seg.

Et nyfødt barn vil ha behov for kontinuerlig omsorg og oppmerksomhet. Noen nyfødte barn vil ha behov for ytterligere omsorg, og den omsorgen barnet får må derfor knytte seg opp mot deres individuelle behov.

Barnets krav på omsorg må sies å være absolutt. Ved å benytte «krav på omsut» i bestemmelsen, åpnes det for at barnevernet kan gripe inn der foreldrene ikke har forutsetninger til å gi barnet tilstrekkelig omsorg.

Videre følger det av barnekonvensjonen artikkel 7 nr. 1 at:

«The child...shall have....as far as possible, the right to know and be cared for by his or her parents».

²¹ Lena R. L. Bendiksen og Trude Haugli. *Sentrale emner i BARNERETTEN*, 1. utgave (2014) s. 78

Også her er barnets rett til omsorg presisert som noe som primært skal komme fra foreldrene. Ved å her benytte ordlyden «*as far as possible*», har også denne artikkelen som utgangspunkt at der foreldrene ikke kan gi tilstrekkelig omsorg for å dekke barnets behov, må barnevernsmyndighetene gripe inn. Barnets rett til beskyttelse og omsorg går foran foreldrenes rett til å gi omsorgen.

I de tilfeller der foreldrene ikke kan gi omsorg må barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 2 anses som et relevant vurderingsmoment. Det fremgår av artikkelen at:

"States Parties undertake to ensure the child such protection and care as is necessary for his or her well-being (...)"

Det fremgår ingen rett til omsorg etter denne bestemmelsen, men det må ut fra barnekonvensjonens intensjoner og bestemmelsens plassering medføre at staten er forpliktet til å gi omsorg der foreldrene ikke er i stand til det.²²

Praksis fra EMD peker også på at det foreligger en plikt til å yte omsorg fra statens side. Det ble i avgjørelsen *Z m.fl. mot Storbritannia* tilkjent erstatning etter EMK art 41 for brudd på EMK art 3²³.

I denne saken var forholdene i hjemmet av en så graverende karakter at det ble ansett som et brudd på EMK. Myndighetene hadde unnlatt å sette i stand tilstrekkelige tiltak for barna, på tross av at de hadde fått henvendelser fra flere hold vedrørende forholdene barna levde under. Myndighetene brøt dermed med sine forpliktelser etter EMK ved å ikke beskytte barna i tilstrekkelig grad.²⁴

Om *Z m.fl. mot Storbritannia* holdes opp mot bestemmelsen i bvl. §§ 4-9 jf. 4-8 vil det i svært få tilfeller være så alvorlige forhold barnet kan komme i at det også blir en vurdering etter EMK art. 3. Samtidig medfører dommen at det kan anses som klart at staten i graverende tilfeller faktisk må gripe inn der situasjonen er akutt.

²² Kirsten Sandberg. *Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse*, 1. utgave (2003) s.96.

²³ Art 3 «Ingen må bli utsatt for tortur eller for umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff.»

²⁴ *Case of Z. and others v. The United Kingdom*, judgment, 10. May 2001 (application no. 29392/95)

Barnets rett til omsorg kan derfor sies å være en rett som ikke kan avkortes. Der foreldrene ikke kan gi tilstrekkelig omsorg, må barnevernet i ethvert tilfelle gripe inn etter reglene i bvl. kapittel 4.

2.3 Barnets rett til familieliv

Barnet og foreldrenes rett til familieliv er beskyttet gjennom EMK artikkel 8 nr. 1 og Kongeriket Norges Grunnlov av 17. mai 1814 (Grl.) § 102.

Det fremgår av EMK artikkel 8. nr. 1 at:

« Everyone has the right to respect for his private and family life...»

Videre fremgår det av Grl. § 102 at:

«Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv...»

Bestemmelsene er slik sett likelydende. I Rt 2015 s. 93 presiserer høyesterett imidlertid at tolkningen av Grl. § 102 må samsvare med tidligere praksis fra EMD:

«...men likevel slik at fremtidig praksis fra de internasjonale håndhevingsorganene ikke har samme prejudikatsvirkning ved grunnlovstolkningen...Det er...ikke de internasjonale håndhevingsorganene - som har ansvaret for å tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettsbestemmelser.»²⁵

Dette medfører at innholdet i Grl. § 102 første setning har prinsipielt det samme innhold som EMK artikkel 8 nr. 1 på nåværende tidspunkt.

Retten til familieliv må videre sies å blant annet omfatte forholdet mellom foreldre og barn, og bygger på beskyttelsen av familieenheten mot inngrep fra blant annet barnevernet. Bestemmelsene beskytter familien som enhet, og gir dermed uttrykk for det biologiske prinsipp som jeg kommer tilbake til i punkt 2.4.

Barnets rett til familieliv har også et selvstendig grunnlag i barnekonvensjonen artikkel 16 nr. 1 hvor det står at:

²⁵ Rt. 2015 s. 93 (avsnitt 57)

*«No child shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his or her privacy»
og «family».*

Barnekonvensjonen beskytter her barnet mot vilkårlig og ulovlig innblanding i sitt privatliv og familieliv. Retten til familieliv kan derfor ikke sies å være absolutt. Som en følge av ordlyden, må det være klart at det kan gjøres inngrep i barnets familieliv der dette har hjemmel i lov, og er til barnets beste.

Retten til familieliv vil derfor komme til korte i de tilfeller der barnets rett til omsorg ikke er oppfylt.

2.4 Det biologiske prinsipp

Et særlig sentralt prinsipp i barnevernretten er det biologiske prinsipp. Det kommer ikke direkte til uttrykk gjennom lovteksten i barnevernloven, men gjennom lovarbeidet, lovens system og praksis fra Høyesterett.²⁶ I Prop. 106 L uttaler departementet at *«Det biologiske prinsipp uttrykker at barn generelt sett har best av å vokse opp i sin familie»*.²⁷

Prinsippet bygger på to ting. For det første at barnet bør bo hos sine foreldre, og for det andre at barnet skal ha kontakt med foreldrene hvis de ikke bor hjemme. Ved et foreløpig vedtak vil det være en vurdering av det førstnevnte. Disse forutsetningene vil normalt være i både foreldrenes og barnets interesser. Det biologiske prinsipp kan slik sett si å samsvare med hensynet til barnets beste. Det er først når det blir snakk om et foreløpig vedtak at disse interessene kan dra i forskjellige retninger.

Det biologiske prinsipp kommer også direkte til uttrykk i barnekonvensjonen artikkel 9 nr. 1 som sier at:

«A child shall not be separated from his or her parents against their will, except when competent authorities subject to judicial review determine, in accordance with applicable law and procedures, that such separation is necessary for the best interests of the child.»

²⁶ Rt. 1991 s. 668 (s. 673-674)

²⁷ Prop.106 L (2012-13) s. 82

I dette ligger det at barnet normalt vil ha det best ved å vokse opp hos sine foreldre. Unntaket som kommer av annet punktum medfører at et foreløpig vedtak kan fattes, hvis det er hjemmel for det.

Prinsippet kommer også indirekte til uttrykk gjennom loven. I de tilfeller der det skal fattes et foreløpig vedtak, stiller loven strenge vilkår for at et slik vedtak kan fattes. Dette følger blant annet av bvl. § 4-9 ved at barnet må kunne bli «vesentlig skadelidende» hvis vedtaket ikke treffes og gjennomføres straks». Dette i seg selv setter terskelen for et slikt inngrep høyt. Sees dette i sammenheng med de øvrige inngrepskriteriene, er det klart at det biologiske prinsippet står sterkt.

Det biologiske prinsipp kommer også til uttrykk gjennom forarbeidene til barnevernlovene og forskjellige etterarbeid til loven.

Allerede i forarbeidene til barnevernloven av 1953 ble det uttalt at *«det beste for barnet i alminnelighet er å vokse opp i et naturlig familiemiljø sammen med sine egne foreldre og søsken»*.²⁸ Dette var også utgangspunktet for Høyesterett allerede før ny lov kom.²⁹

I forarbeidene til nåværende barnevernlov ble det videre uttalt at *«hjelp primært skal gis i hjemmet, og plassering skal være siste alternativ»*.³⁰ Komiteen uttalte også at *«Det er viktig at de tiltak barnevernet må igangsette for barnets del, ikke utformes på en måte som unødvendig bryter bånd mellom barn og biologiske foreldre»*.³¹

Det biologiske prinsipp gjelder ikke uavkortet. Barnevernsretten bygger på at det biologiske prinsipp må stå i annen rekke i de tilfeller der hensynet til barnets omsorgssituasjon tilsier det.

²⁸ Ot.Prp. Nr.56 (1952) *Lov om barnevern*, s. 12 (3. forebyggende åtgjerder)

²⁹ Rt. 1982 s. 764 (s. 770)

³⁰ Innst.O.nr.80 (1991-1992). *Innstilling fra forbruker- og administrasjonskomiteen om lov om barneverntjenester (barnevernloven)*, s. 15

³¹ Innst.O.nr.80 (1991-1992) s. 6

I Ot.prp. nr. 69³² sier departementet at «Når foreldre ikke innehar ressurser til å skape forutsigbarhet og stabilitet for barnet må det biologiske prinsipp vike for barnets beste. Der det er motsetninger mellom barnets behov for trygghet og omsorg, og foreldres behov og ønsker, må barnets behov settes foran foreldrenes.» Denne uttalelsen henvises også til i NOU 2012:5 av Raundalen-utvalget.³³

Det biologiske prinsipp står derfor sterkt i norsk rett. Dette hindrer imidlertid ikke at prinsippet må vike i de tilfeller der barnets omsorgssituasjon ikke er tilfredsstillende eller der hensynet til barnets beste tilsier foreløpig vedtak.

2.5 Legalitetsprinsippet

Legalitetsprinsippet innebærer videre at et inngrep i borgernes rettssfære krever hjemmel i lov. Legalitetsprinsippet fremgår av GrL § 113 som sier at:

«Myndighetenes inngrep ovenfor den enkelte borger må ha grunnlag i lov».

Hjemmelskravet følger også av EMK artikkel 8 nr. 2 og barnekonvensjonen artikkel 9 nr. 1.

Legalitetsprinsippet kan derimot sies å være relativt i norsk rett, ved at dets styrke vil fremtre på forskjellige måter alt etter som hvilket rettsområde vi befinner oss innenfor. I barnevernretten, og da særlig ved inngrep etter barnevernloven kapittel 4, vil legalitetsprinsippet stå sterkt. Dette kommer av at et foreløpig vedtak er særdeles inngripende, og særlig tyngende ovenfor foreldrene.³⁴ Legalitetsprinsippet vil dermed sette skranker for barnevernets inngrep ovenfor foreldrene. Dette innebærer at den instansen som behandler vedtaket må holde seg innenfor de rammene som bvl. § 4-9 jf. § 4-8 oppstiller. Dette omfatter både de materielle, personelle og prosessuelle reglene som fremgår av bestemmelsene.

³² Ot.prp.nr. 69 (2008-2009) - Om lov om endringer i barnevernloven, s. 6

³³ NOU 2012:5 Bedre beskyttelse av barns utvikling - Ekspertutvalgets utredning om det biologiske prinsipp i barnevernet, s.69

³⁴ Rt. 1995 s. 350 (s. 353)

Legalitetsprinsippet rekkevidde har blitt diskutert i rettspraksis, og det er særlig en dom fra Høyesterett der vurderingen av prinsippet ble ansett forskjellig.

I Rt 1992 s. 242³⁵ hadde flertallet og mindretallet ulike syn på hvor langt legalitetsprinsippet strekker seg. Tvisten omhandlet hvorvidt en mor skulle få tilbake omsorgen for barnet sitt, og ble behandlet etter barnevernloven av 1953. Etter bvl. 1953 § 48 annet ledd skulle omsorgsovertakelsene oppheves «*når det ikke lenger er tilstrekkelig grunn for åtgjerdene*».

Mindretallet Bugge og Stuevold Lassen, mente bestemmelsen ikke åpnet for generelle vurdering av om de psykiske skadene barnet ville bli påført ved å flyttes fra fosterforeldrene, i seg selv skulle begrunne at omsorgsovertakelsen ble opprettholdt. De var særlig skeptisk til at tilknytningen til fosterforeldrene skulle være avgjørende.

Flertallet, representert av tredjevoterende, delte ikke synet på at en nektelse av tilbakeføring, leste inn et innhold i loven som ikke hadde tilstrekkelig dekning i lovens ordlyd og forarbeider. Det ble uttalt at:

"Hensynet til barnet er et helt dominerende hensyn i lovgivningen om barns forhold, og er bakgrunnen for at Høyesterett i flere dommer har lagt til grunn at tilbakeføring ikke skal skje dersom dette utsetter barnet for alvorlige skadevirkninger, sett i et lengre tidsperspektiv."

Barnets beste ser ut til å spille en sentral rolle som faktor ved vurderingen av hvor langt legalitetsprinsippet kan strekke seg. Dette vil riktignok gå på bekostning av foreldrene, men det vil være i tråd med prinsippet om at beskyttelse av barnet står sterkere enn foreldres rett til å være omsorgspersoner.

Dette betyr ikke at legalitetsprinsippet må vike for barnets beste, barnets beste vil bare være en faktor som kan gi ordlyden et bredere innhold, innenfor de rammene som

³⁵ Rt. 1992 s. 242 (s. 248-253), Dissens 3-2

lovgiver har oppstilt. I slike tilfeller vil legalitetsprinsippet fungere som en skranke mot utvidende eller analogisk tolkning av den aktuelle hjemmelen.³⁶

Samtidig har barnevernet en vid skjønnsmargin for hva som omfattes av bestemmelsene i barnevernloven. I Adele Johansen-saken ble det uttalt av EMD at:

«The finding of fact being primarily a matter for the national authorities, the Court will not substitute its views for theirs as to the relative weight to be given to the expert evidence adduced by each party It considers that in taking the above care measures the national authorities acted within the margin of appreciation afforded to them in such matters. Accordingly, these measures did not constitute a violation of Article 8 (art. 8).»³⁷

Selv om bestemmelsen i bvl. § 4-9 jf. §4-8 jf. § 4-12 er skjønnsmessig utformet vil det dermed ikke være i strid med legalitetsprinsippet hvis barnevernadministrasjonens leder vektlegger enkelte bevis I saken høyere enn andre. Barnevernet har en skjønnsmessig margin som må vurderes innenfor de rammene bestemmelsene oppstiller. Legalitetsprinsippet slik det fremstår i EMK artikkel 8, vil heller ikke strekke seg lengre enn det som følger av de strenge vilkår for omsorgsovertakelse etter barnevernloven.³⁸

Legalitetsprinsippet må derfor antas å være ivaretatt i de tilfeller der vedtaket følger av bestemmelsen. Legalitetsprinsippet vil i slike tilfeller begrense den skjønnsmessige vurderingen, slik at handlingsrommet til den som fatter vedtaket innskrenkes til hva som kan hjemles i lov.

2.6 Mildeste inngreps prinsipp

Det mildeste inngreps prinsipp er et sentralt prinsipp i barnevernretten. Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet la vekt på at «*barnevernet ikke skal sette inn mer inngripende tiltak enn det som er nødvendig i familier som trenger bistand. Samtidig*

³⁶ Torstein Eckhoff og Jan E. Helgesen, *rettskildelære*, 5. utgave (2001) s. 127

³⁷ *Case of Johansen v. Norway*, judgment, of 7. August 1996 (application. 17383/90) (avsnitt 73, siste setning)

³⁸ Rt. 2002 s. 875 (s. 879)

må barnevernet mene at tiltaket er effektivt og slik gi den hjelpen barnet har behov for.»³⁹

Dette innebærer at prinsippet inneholder en vurdering av inngrepets nødvendighet, forholdsmessighet og effektivitet.

Inngrepets effektivitet kan kort forklares med at der et mindre inngripende tiltak ikke er formålstjenlig, er det ikke nødvendig å prøve ut disse tiltakene. Hovedregelen er derimot at mindre inngripende tiltak skal vurderes, og det er først hvis disse ikke er tilstrekkelig at foreløpig vedtak kan vurderes.⁴⁰ Høyesterett har uttalt om dette at:

«... skulle tiltak kunne ha noen effekt, synes det i alle fall klart at de måtte være meget omfattende, og det er vanskelig å tenke seg at omsorgssituasjonen for et barn kan bli tilfredsstillende om den må baseres på mer eller mindre permanent tilstedeværelse av utenforstående.»⁴¹

Dersom det viser seg at barnet kan få en trygg omsorgssituasjon ved et mildere tiltak, har ikke barnevernet hjemmel til å treffe et mer inngripende tiltak. Dette gir anvisning til vurderingen av vedtakets forholdsmessighet. Der et for inngripende tiltak blir benyttet for å nå formålet, vil det ikke være i samsvar med prinsippet og den aktuelle bestemmelsen.

Prinsippets krav til nødvendighet kommer delvis til uttrykk gjennom nødvendighetskriteriet i EMK artikkel 8 og Bvl. § 4-12 annet ledd første punktum. Kravet til inngrepets nødvendighet kan kort forklares med at barnevernet må anse inngrepet som formålstjenlig og til barnets beste for at situasjonene barnet befinner seg i skal være tilfredsstillende. Dette innebærer også at barnevernet fortløpende må vurdere om vedtaket skal opprettholdes etter at det er fattet, eller om mindre inngripende tiltak kan være adekvat.

Dette medfører at det i den konkrete sak må foretas en vurdering av om tiltaket som tenkes vedtatt er forholdsmessig eller om alternative tiltak kan ha den ønskede effekten. Vedtaket må også anses å være nødvendig for å innfri barnets behov for omsorg.

³⁹ Prop 106 L (2012-2013) pkt. 11.2.1

⁴⁰ Ot.prp.nr.44 (1991-1992) s. 14

⁴¹ Rt. 1995 350 (s. 354)

2.7 Hensynet til barnets beste

Barnets beste er en overordnet grunnverdi innenfor barneretten.⁴² Hensynet til barnets beste fremgår av Grl. § 104, barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 og bvl. § 4-1.

Dette er også grunnlovsfestet i grl. § 104 hvor det står at:

«ved handlinger som berører barnet, skal barnets beste skal være et grunnleggende hensyn».

Det følger av barnekonvensjonen at:

«In all actions concerning the child...the best interest of the child shall be a primary consideration».

Barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 og Gr. § 104 er generelle bestemmelser som gjelder alle handlinger som berører barnet. Det skal dermed etter ordlyden ikke mye til før det skal tas hensyn til barnets beste. Disse bestemmelsene skal favne vidt, og dekker dermed alle tilfeller der et barn er involvert.

Kontroll- og konstitusjonskomiteen mente at beslutninger som angår barn skal ta hensyn til barnets beste, og strekker seg utover foreldreansvaret, bosted og samvær. Vekten barnets beste skal gis, må sees ut fra hvor sterkt berørt barnet er og hvor alvorlig beslutningen er for barnet.⁴³

Denne uttalelsen medfører at Grl. § 104 første ledd og Barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 prinsipielt har det samme innholdet. Som en konsekvens av bestemmelsenes plassering er det også naturlig at de går kortere i å vektlegge hensynet til barnets beste, da disse vil gjøre seg gjeldende i alle situasjoner som involverer barn.

⁴² NOU 2000:12 s. 71

⁴³ Innst.186 S (2013-2014) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen s. 30

Videre fremgår det av generell kommentar nr. 14 at barnets beste fremgår på tre individuelle måter.⁴⁴ For det første er det en selvstendig rettighet ved at barnet har rett til å få sitt beste vurdert. Videre er det et juridisk tolkningsprinsipp, i de tilfeller det bestemmelsen åpner for mer enn en tolkning. For det tredje er det en prosedyreregulering. Dette medfører at når en beslutning som vil virke inn på et bestemt barn i saker om foreløpig vedtak, må beslutningsprosessen inkludere en vurdering av de positive og negative konsekvensene for barnet det gjelder. Dette medfører at det hensynet til barnets beste må vurderes i ethvert ledd i vedtaket.

Hensynet til barnets beste fremgår også direkte av bvl. § 4-1, som sier at:

«det skal legges avgjørende vekt på å finne tiltak som er til det beste for barnet».

Plasseringen av barnets beste fremhever prinsippet betydning, og kommer følgelig til anvendelse ved et foreløpig vedtak. Ordlyden går også lengre enn barnekonvensjonen ved at det skal legges «avgjørende vekt» på barnets beste.

Ved utarbeidelsen av barnevernloven av 1992 var det ikke et spørsmål om prinsippet skulle videreføres, men heller et spørsmål om hvordan prinsippet kunne styrkes som en følge av tilslutningen til barnekonvensjonen.⁴⁵

Ifølge § 4-1 første ledd er det til barnets beste om barn får «stabil og god voksenkontakt og kontinuitet i omsorgen». Det avgjørende vil i den enkelte sak være barnets behov for omsorg og foreldrenes evne til å gi denne omsorgen. Ved omsorgsovertakelse av et nyfødt barn vil det dermed være en vurdering av om den psykiske eller fysiske helsen hos barnet vil stå i fare hvis barnet flytter hjem til foreldrene som en følge av forhold ved foreldrene.

Hensynet vil for det første fungere som en fortløpende vurdering av barnets beste under saksbehandlingen. Videre vil hensynet i en avsluttende helhetsvurdering være en avveining og optimaliseringsnorm, der de ulike hensynene veies mot hverandre.

⁴⁴ Generell kommentar nr. 14 (2013), til art. 3, para. 1, s. 4

⁴⁵ Randi Sigurdsen, *Tvangsplassering av barn med utfordrende adferd*, 1. utgave (2015), s.381

Vurderingen vi derfor som et utgangspunkt bygge på at barnets behov skal stå i sentrum ved at «*man skal bare trekke inn momenter som er av betydning for barnet, og ikke legge vekt for eksempel på hensynet til foreldrene*». ⁴⁶ Hensynet medfører dermed at der «*barnets behov for omsorg og beskyttelse i praksis ikke er forenlig med foreldrenes interesser, der må barnets interesser og behov gå foran*». ⁴⁷

Det finnes ikke noe norm som kan følges i denne vurderingen, ved at hvert barn og hver familie er unik. Hensynet vil også endre seg over tid, noe som medfører at hensynet ikke kan klart defineres. I utredningen er det også gitt uttrykk for at når foreldrene ikke innehar ressurser til å skape forutsigbarhet og stabilitet for barnet må det biologiske prinsipp vike for barnets beste. ⁴⁸

Det er ikke nok at det er til barnets beste at det foreløpige vedtaket fattes, de øvrige kriteriene må også være oppfylt. Barnets beste er slik sett en av mange vurderinger som må gjennomføres. Et viktig element ved barnets beste er at lovens formål, slik det fremgår av bvl. § 1-1 blir oppfylt som en følge av det foreløpige vedtaket. Barnets beste vil på bakgrunn av dette være det viktigste og mest tungtveiende argumentet i vurderingen.

2.8 Hensynene og verdiene sett i sammenheng

De forskjellige prinsippene vil i den enkelte sak være medvirkende for om det foreløpige vedtaket fattes, der barnets rett til omsorg vil stå sentralt.

Barnets rett til familieliv er derimot ikke absolutt, og er tett bundet opp til det biologiske prinsipp. Dette medfører at i de tilfeller der barnets rett til omsorg ikke kan tilfredsstilles innad i familien, må retten til familieliv vike. I dette ligger det en forståelse av at barnets rett til omsorg ikke kan fravikes. Barnets rett til familieliv kommer da i andre rekke i akuttsituasjonen.

⁴⁶ NOU 1985:18 s. 45

⁴⁷ NOU 2000:12 s. 71

⁴⁸ NOU 2000:12 s. 71

Barnets rett til omsorg er videre tett bundet opp mot hensynet til barnets beste. Dette betyr at i de tilfeller der det biologiske prinsipp og retten til familieliv ikke kan harmonere med den omsorgen barnet har behov for, vil det heller ikke være til det beste for barnet å bli med foreldrene hjem fra sykehuset.

Det kan derfor sies at det biologiske prinsipp som grunnstein i barnevernretten, heller ikke gjelder absolutt. Barnevernloven er etter formålet bygd opp på å sikre at barn og ungdom vokser opp under gode og trygge forhold. Der foreldrene ikke kan gi dette til det nyfødte barnet, kan et foreløpig vedtak vurderes.

Det biologiske prinsipp støtter seg derimot på det mildeste inngreps prinsipp, ved at det før et foreløpig vedtak blir fattet må være vurdert om andre mildere inngrep er fordelaktig. Legalitetsprinsippet vil også sette grenser for hvor inngripende et vedtak kan være, ved at det setter grenser for hjemmelen og den skjønnsmessige vurderingen.

Barnets beste vil derfor være et overordnet hensyn, der de øvrige prinsippene og verdiene kan virke inn på det endelige utfallet. Samlet sett vil derfor hensynet til barnets beste være medvirkende til å avgjøre hva som ligger i det konkrete barnets rett til omsorg. I denne vurderingen må det følgelig gjennomføres en vekting av alle de relevante hensynene og verdiene.

3 Rettslig grunnlag for et foreløpig vedtak – en fremstilling av rettsregelens innhold

3.1 innledning

Kriteriene som må være innfridd før et foreløpig vedtak kan fattes er i stor grad fragmenterte. Dette medfører at det innledningsvis er nødvendig å gi en framstilling av de aktuelle bestemmelsen slik at den overordnede sammenhengen kommer frem. Det foreløpige vedtaket kommer også bevismessig i en særstilling, ved at foreldrene enda ikke har utøvd omsorg for barnet. Vedtaket vil derfor bero på en prognosevurdering av foreldrenes omsorgsevner. Videre vil et foreløpig vedtak som oftest behandles og treffes over en kort tidsperiode, dette vil igjen ha innvirkning på hvilke krav som kan stilles til vurderingene.

3.2 Sakens gang – de personelle og prosessuelle kompetansereglene

Den personelle kompetansen avgjør hvem som kan fatte vedtaket. Det fremgår av bvl. § 4-9 at et foreløpig vedtak kan fattes av barnevernadministrasjonens leder. Det foreløpige vedtaket innebærer tvangsbruk ovenfor foreldrene, og er slik sett et unntak fra barnevernlovens hovedregel om at slike vedtak skal fattes av fylkesnemnda.⁴⁹

Bakgrunnen for dette er at situasjonene for et nyfødt barn kan være prekær, noe som medfører at det av hensyn til barnet ikke er tid til å forberede en sak og legge den frem for fylkesnemnda. Det vil si at barnevernloven legger en begrenset vedtakskompetanse til barnevernadministrasjonens leder i slike tilfeller.

I saker som kan medføre foreløpig vedtak vil ofte vedtaket bygge på tidligere kunnskap om foreldrene, bekymringsmeldinger før fødsel eller bekymringsmeldinger i forbindelse med oppholdet på fødeavdelingen.

Der barnevernet mener de har tilstrekkelig grunnlag til å fatte et vedtak om omsorgsovertakelse etter reglene i bvl. § 4-8 vil det bli gjort direkte etter fødsel. Har barnevernet derimot ikke tilstrekkelig sikker informasjon om de omliggende

⁴⁹ Retningslinjer om midlertidige og foreløpige vedtak i akutsituasjoner Q-0973 (2000), pkt. 2.3

forholdene, vil ofte hensynet til barnet tilsi at det fattes et foreløpig vedtak frem til disse er nærmere avklart. Forutsetningen er at det kan sannsynliggjøres at barnet blir «vesentlig skadelidende».

Foreløpig vedtak vil ofte bygge på bekymringsmeldinger fra helsepersonell som har bistått mor under graviditeten eller helsepersonell ved institusjonen der fødselen finner sted. Helsepersonell har etter lov av 2. juni 1999 nr. 64 om helsepersonell (hpl.) § 33 en særlig plikt i sitt arbeid på å være «*oppmerksom på forhold som kan føre til tiltak fra barnevernstjenestens side...når det er grunn til å tro at...det foreligger....alvorlig omsorgssvikt jf. Lov om barnevernstjenester...§ 4-12.*».

Bestemmelsen vil også komme til anvendelse ovenfor foreløpig vedtak, da det er knyttet opp mot vurderingen i bvl. § 4-12.

I hpl. § 33 fjerde ledd er det presisert at «*helseinstitusjonen skal utpeke en person som skal ha ansvaret for utlevering av slike opplysninger*». I dette ligger det at en bekymringsmelding fra helseinstitusjonene vil bygge på en gjennomtenkt vurdering av foreldrenes omsorgsevne som bygger på en god faglig kunnskap og vid erfaring fra området. En bekymringsmelding vil derfor ikke bli sendt med mindre det er noe som er klart utenfor det som anses normalt.

Dette vil igjen utløse barnevernets undersøkelsesplikt etter bvl. § 4-3 ved at det er «*rimelig grunn til anta at det foreligger forhold som kan gi grunnlag for vedtak*». I utgangspunktet gjelder de samme saksbehandlingsreglene for foreløpige vedtak som for andre vedtak barnevernstjenesten treffer. Dette innebærer at utredningsplikten som følger av bvl. § 4-3 også må gjelde ved foreløpige vedtak.⁵⁰ Undersøkelsene er derimot ikke begrenset til å gjelde fra fødsel, disse kan starte allerede når barnevernet får kunnskap om at vedkommende som er gravid ikke har tilstrekkelig omsorgsevne.

Loven stiller et krav om at det må foretas nødvendige undersøkelser. Ved en vurdering av hva som er tilstrekkelig for å innfri kravet til nødvendig undersøkelser er det to

⁵⁰ Ot.prp.nr.44 (1991-1992), s. 28

interesser som vil stå mot hverandre. Hensynet til privatlivets fred og behovet for å bringe klarhet i forholdet av hensyn til barnet. Det er her viktig å hindre at hensynet til privatlivets fred ikke går på bekostning av barnet, ved at det ikke får den hjelp det har behov for. Etter bestemmelsen må det derfor foreligge rimelig grunn for anta at det kan være behov for tvangstiltak.⁵¹

Undersøkelsesplikten vil dermed begrense seg til å gjøre rede for om de opplysningene som er blitt gitt sannsynliggjør at barnet kan bli kan havne i en situasjon som medfører at barnevernet må foreta seg noe umiddelbart. Samtidig er EMD kritisk til at et akuttvedtak skal kreve for lite kunnskap om situasjonen og de forhold som ligger til grunn for den.⁵² Dette vil derfor bero på en avveining av skadepotensialet og hvilke konkrete opplysninger som foreligger på vedtakstidspunktet.

Barnevernet må dermed ta en risikoavveining av den skaderisikoen foreldrene utgjør ved å la barnet bli med dem hjem fram til andre alternative tiltak kan fattes og undersøkes. Der risikoen ikke kan avhjelpes, må det bli en vurdering av om et foreløpig vedtak kan fattes.

Når vedtaket fattes skal dette skje etter at barnet er født og før det forlater fødeinstitusjonen. Vedtaket skal etter bvl. § 7-22 umiddelbart oversendes fylkesnemndas leder for foreløpig godkjenning, snarest og om mulig innen 48 timer etter at fylkesnemnda har mottatt saken.

Dersom fylkesnemndas leder ikke godkjenner vedtaket, faller det bort og barnet må tilbakeføres til foreldrene.

Blir vedtaket godkjent, og barnevernstjenesten mener at det foreløpige vedtaket må følges opp med et vedtak om omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-8, må barnevernstjenesten sende et forslag om dette til fylkesnemnda innen seks uker fra vedtakstidspunktet etter reglene i bvl. § 4-9 tredje ledd.

⁵¹ Ot.prp.nr.44 (1991-1992) s. 107

⁵² *Case of K. and T v. Finland*, judgment, 12. July 2001 (Application no. 25702/94), *Case of P., C. and S v. The United Kingdom*, judgment, 16. July 2002 (Application no. 56547/00) og *Case of Haase v. Germany*, judgment, 8. April 2004 (Application no. 11057/02)

En tredje mulighet er at det foreløpige vedtaket er godkjent, men der barnevernet ikke ser noe behov for at videre tiltak ovenfor barnet. I slike tilfeller faller vedtaket bort ved utløpet av seks-ukersfristen eller når barnevernet ikke lengre ser behov for vedtaket.

Ved et foreløpig vedtak kan partene også påklage vedtaket. Klagesaken skal forberedes av barnevernstjenesten. Dersom barnevernstjeneste ikke finner en grunn til å omgjøre vedtaket sitt, skal klagen og dokumentene i saken oversendes fylkesnemnda. I en klagesak gjelder de samme saksbehandlingsreglene som ved en vanlig sak som behandles av fylkesnemnda.

Som en følge av de strenge vilkårene, og de kontrolltiltak som er omkring foreløpig vedtak må det poengteres at vedtaket ikke er like inngripende som et vedtak som alene bygger på bvl. § 4-8 jf. § 4-12. Vedtaket er midlertidig og det angir en tidsfrist for barnevernet til å foreta seg noe. Det kan også sies at bvl. § 4-9 stiller et lavere krav til undersøkelse, da det er den informasjonen som er tilgjengelig på vedtakstidspunktet som begrunner at barnet kan bli vesentlig skadelidende.

Alt i alt ivaretar saksbehandlingsreglene som loven oppstiller partenes rettsikkerhet og gir slik sett en betryggende prosess. Som jeg kommer tilbake til under er dette særlig viktig, fordi de materielle inngrepskriteriene er meget skjønnsmessige.

3.3 Presentasjon av de enkelte reglene

Et foreløpig vedtak kan bare treffes i de tilfeller der situasjonen er akutt. Dette medfører at situasjonen for barnet dermed må være prekær.

Primærhjemmelen for å fatte foreløpig vedtak er bvl. § 4-9.

«Foreløpig vedtak etter § 4-8 første og annet ledd annet punktum kan treffes....dersom de interesser bestemmelsen skal ivareta, kan bli vesentlig skadelidende om vedtaket ikke treffes og gjennomføres straks.»

Ved en vurdering av om et foreløpig vedtak skal fattes vil det derfor være nødvendig å vurdere hva som må til for at barnet skal bli «vesentlig skadelidende». Men dette betyr ikke at enhver skade som kan påføres barnet vil resultere i et foreløpig vedtak. Skadepotensialet må være «vesentlig».

Den aktuelle interessen bestemmelsen skal ivareta er barnets beste. Kjernen i vurderingen må derfor bli om inngrepet er nødvendig for å forhindre at det nyfødte barnet blir vesentlig skadelidende på kort sikt.⁵³

Videre følger det direkte av bvl. § 4-9 at det foreløpige vedtaket bygger på de kriteriene som fremgår av bvl. § 4-8 annet ledd. Som sier at:

«Dersom det er overveiende sannsynlig at flytting vil føre til en situasjon eller risiko for barnet som nevnt i § 4-12 første ledd...kan det treffes vedtak om omsorgsovertakelse...før et nyfødt barn er flyttet til foreldrene. 4-12 annet og tredje ledd gjelder tilsvarende».

Bestemmelsen oppstiller fire kriterier. Det må for det første være overveiende sannsynlig at barnet kan havne i en situasjon som nevnt i bvl. § 4-12 første ledd. Flyttingen må videre medføre at en slik «situasjon eller risiko» åpenbarer seg, som en følge av forhold i hjemmet eller forhold ved foreldrene selv.⁵⁴ Barnet må også være «nyfødt» og kan enda ikke ha «flyttet til foreldrene».

Som en følge av at bvl. § 4-8 henviser til bvl. § 4-12 første ledd må «situasjonen eller risikoen» vurderes ut fra de kriteriene som oppstilles der. Bestemmelsen oppstiller fire alternative vilkår, men det vil bare være litra a og litra d som vil være relevant ved et foreløpig vedtak.⁵⁵

Dette kommer av at det bare er litra a og d som omhandler forhold i hjemmet og forhold ved foreldrene som grunnlag for omsorgsovertakelsen. De øvrige vilkårene definerer tilfeller der foreldrene ikke innfrir barnets spesielle behov og tilfeller der barnet er

⁵³ Andenæs mfl., *Sosialrett*, 6. utgave (2003), s. 314 pkt. 7.3

⁵⁴ <http://abo.rettsdata.no/browse.aspx?bid=autoComp&sDest=gL19920717z2D100z2EzA74z2D9#gL19920717z2D100z2EzA74z2D8> note 143 (10.09.2015, sjekket 12.12.15)

⁵⁵ Kari Ofstad og Randi Skar, *Barnevernloven med kommentarer*, 5 utgave (2009) s. 102

utsatt for mishandling eller alvorlige overgrep. Dette er situasjoner som ved et foreløpig vedtak ikke kan inntreffe i den begrensede perioden vedtaket normalt gjelder.

Vurderingen vil derfor bli om en «situasjon eller risiko» som nevnt i litra a eller d, kan inntre med bakgrunn i den tilgjengelige informasjonen på vedtakspunktet.

Det følger av bvl. § 4-12 første ledd litra d at et foreløpig vedtak kan treffes:

«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».

Denne bestemmelsen oppstiller tre vilkår som vil være relevant for vurderingen. For det første må det også her være overveiende sannsynlig at slike forhold kan inntreffe hvis barnet blir med foreldrene hjem. «Alvorlig skadd» henviser til en høy skaderisiko. Videre vil vurderingen bygge på om barnet kan bli «alvorlig skadd» som en følge av at «foreldrene er ute av stand til å ta tilstrekkelig ansvar for barnet». Etter ordlyden må skaden som kan inntreffe hos barnet være «fordi» foreldrene er ute av stand til å ta tilstrekkelig omsorg for det. Det må med andre ord foreligge en årsakssammenheng mellom den prognostiserte skaderisikoen og foreldrenes manglende omsorgsevne.

Videre fremgår det av bvl. § 4-12 første ledd litra a at foreløpig vedtak kan treffes:

«dersom det er alvorlige mangler ved den daglige omsorgen som barnet får, eller alvorlige mangler i forhold til den personlige kontakt og trygghet som det trenger etter sin alder og utvikling».

Dette medfører at det må kunne oppstå «alvorlige mangler» ved de psykiske og fysiske behovene et nyfødt barn har. «Alvorlige mangler» henviser her til mangler av særlig kritisk art for et nyfødt barn. Bestemmelsen benytter «eller», noe som medfører at kriteriene er alternative. Denne vurderingen vil konkret gå ut på å vurdere om forhold ved foreldrene kan medføre at barnet ikke får disse behovene dekket.

Det fremgår videre av bvl. § 4-12 annet ledd at:

«Et vedtak etter første ledd kan bare treffes når det er nødvendig ut fra den situasjon barnet befinner seg i. Et slikt vedtak kan derfor ikke treffes dersom det kan skapes tilfredsstillende forhold for barnet ved hjelpetiltak etter § 4-4...»

Dette angir den avsluttende vurderingen som må gjennomføres. Det blir en vurdering av om vedtaket er nødvendig og hjelpetiltak er utilstrekkelig, og om vedtaket som helhet er til barnets beste.

De kriteriene som oppstilles, må følgelig sees i sammenheng med de personelle og prosessuelle reglene over.

3.4 Hvordan kriteriene kommer til uttrykk i praksis

Som en følge av den kronglete oppbyggingen av den akutte hjemmelen kan det virke som bestemmelsene er blitt tolket forskjellig. Dette synes å være avhengig av hvor i Norge du befinner deg og hvilken instans som behandler saken. Det vil derfor være naturlig å se på hvordan bestemmelsene er tolket i praksis, med utgangspunkt i hva som er tilgjengelig på lovdata.

Den klare forutsetningen er at lovgivers vilje skal følges, i samsvar med ordlyden og de relevante forarbeidene. Dette samsvarer med presentasjonen av regelen over i punkt 3.3. Vektingen av de forskjellige avgjørelsene må derfor bygge på rettskildene slik disse er fremstilt i Eckhoffs rettskildelære.

Det må for øvrig bemerkes at tolkingen av tilleggskriteriene i bvl. § 4-12 annet ledd er lik, og vil derfor ikke sees nærmere på.

I FNV 2012 369 OPP ble et foreløpig vedtak tolket til å dreide seg om de tilfeller der det var overveiende sannsynlig at barnet ville komme i en situasjon eller risiko som beskrevet i bvl. § 4-12 ved å skrives ut fra sykehuset og flytte hjem til foreldrene. Dersom barnets interesser ville bli vesentlig skadelidende ved at vedtaket ikke ble truffet og gjennomført straks, kunne barnevernadministrasjonens leder uten samtykke

fra foreldrene umiddelbart treffe et midlertidig vedtak om å plassere barnet utenfor hjemmet.⁵⁶

I FNV 2012 15 OSL ble det foreløpig vedtak tolket til å dreie seg om de tilfeller der barnet var nyfødt og enda ikke hadde flyttet hjem til foreldrene sine. Vilkåret for å treffe et slikt vedtak var at det var overveiende sannsynlig at flyttingen hjem til foreldrene ville føre til at barnet ble utsatt for alvorlig omsorgssvikt etter bvl § 4-12. De sa videre at det var barnevernadministrasjonens leder som kunne fatte et foreløpig vedtak dersom de interessene bestemmelse skulle ivareta ble vesentlig skadelidende om vedtaket ikke treffes og gjennomføres straks.⁵⁷

I LE 2013 134266 ble et foreløpig vedtak tolket dithen at det dreide seg om et akuttvedtak som etter bvl. § 4-8 annet ledd forutsatte at det var overveiende sannsynlig at barnet ellers kom i en situasjon med alvorlige mangler som i bvl. § 4-12.⁵⁸

I FNV 2014 391 AGD ble det derimot tolket som at bvl. § 4-9 jf. § 4-8 annet ledd jf. 4-12 om midlertidig omsorgsovertakelse av et nyfødt barn, var å regne som en ren akutthjemmel på lik linje med bestemmelsen i § 4-6 annet ledd. Vedtaket ville slik sett være et foreløpig beskyttelsestiltak. Det ble her lagt til grunn at når et barn levde i risiko for å påføres alvorlig skade fra sine foreldre, hadde barnevernstjenesten en plikt til å beskytte barnet. Dette fulgte av menneskerettighetsloven § 2 jf. EMK artikkel 3 og Barnekonvensjonen artikkel 19 at barnet hadde krav på beskyttelse fra det offentlige i alvorlige risikosituasjoner. Grunnvilkåret måtte være at barnet sto i fare for å kunne bli vesentlig skadelidende, dette måtte omfatte enhver skadefølge som truet barnets hele og utvikling. Risikoen måtte ha sammenheng med foreldrene. Bestemmelsen i § 4-9 jf. § 4-8 inneholdt et skjerpet beviskrav med hensyn til om de påberopte faremomentene var tilstede.⁵⁹

⁵⁶ FNV 2012 369 OPP (fylkesnemnda skal bemerke), parafrase

⁵⁷ FNV 2012 15 OSL (fylkesnemndas merknader), parafrase

⁵⁸ LE 2013 134266 (lagmannsrettens syn på saken) dissens 4-1, parafrase

⁵⁹ FNV 2014 391 AGD (fylkesnemndas vurdering), parafrase

Det klare utgangspunktet er ordlyden i bestemmelsen, og hvordan disse var tenkt fra lovgivers side. Essensen i hvordan bestemmelsen er tolket i FNV 2012 369 OPP og FNV 2012 15 OSL må sies å være i samsvar med disse overordnede vurderingene.

Lagmannsrettdommens tolkning, vil være av høyere vekt som rettskilde. Denne dommen sier bare kort at et foreløpig vedtak må bygge på de forutsetninger som ligger til grunn for vurderingen i bvl. § 4-8 jf. § 4-12. Denne dommen vil derimot gi lite veiledning om hvordan bestemmelsen er forstått i sammenheng med det foreløpige vedtaket som ble fattet av barnevernadministrasjonens leder. Slik sett må det anføres at dommen ikke kan tillegges noe nevneverdig vekt ved en vurdering av ordlyden i bestemmelsene.

FNV 2014 391 AGD kan derimot gi noen interessante momenter for hvordan bestemmelsen skal tolkes. Bestemmelsene slik de er tolket i dette vedtaket er i stor grad løsrevet fra ordlyden, og kan tenkes vanskelig forent med legalitetsprinsippet. Dette vedtaket viker i stor grad fra de øvrige, men det kan være av interesse å se på hvordan bestemmelsen er forstått.

Slik vedtaket fremstår virker det som om tolkingen i stor grad bygger på argumentasjon fra Mons Oppedals doktoravhandling.⁶⁰ Selv om denne doktoravhandlingen bygger på solid juridisk kunnskap, er det snodig at fylkesnemnda her løsriver seg noe fra ordlyden. Ingen av de øvrige fylkesnemndene har gjort dette, noe som tyder på at dette ikke er representativt for gjeldende rett som helhet. Vedtaket kan heller ikke sies å ha noe særlig vekt som rettskilde ved lovtolking, som en følge av at vedtaket enda ikke er rettskraftig avgjort.

Reelle hensyn, deriblant hensynet til forutberegnelighet og likebehandling, tilsier også at bestemmelsene må forstås i lys av lovgivers vilje, og ikke isolert praktisering og juridisk litteratur. Rettsregelen må derfor sies å ligge tett opp mot ordlyden i bestemmelsene, med de skjønsmessige endringene som har fulgt rettsutviklingen.

⁶⁰ Mons Oppedal, *Akutthjemlene i barnevernloven*, 1. utgave (2008) kapittel 6.

4 De materielle inngrepsvilkårene

4.1 innledning

En vurdering av vedtakene og dommen medfører følgende sammenfatting og forståelse av rettsregelen:

«Et foreløpig vedtak kan fattes før et «nyfødt» barn er «flyttet til foreldrene» når det kan bli «vesentlig skadelidende» fordi det er «overveiende sannsynlig» at forhold ved foreldrene utgjør en «situasjon eller risiko» som kan føre til «alvorlig skade» eller «alvorlig mangler» hos barnet, hvis vedtaket ikke «treffes og gjennomføres straks». Vedtaket må være nødvendig, hjelpetiltak må være utilstrekkelig og det må være til barnets beste».

Den videre fremstillingen vil derfor ta utgangspunkt i denne forståelsen, og vil i det vesentlige bygge på denne systematikken. Fremstillingen vil også bygge på en vurdering av barnets første levemåneder, som en konsekvens av det akutte ved vedtaket.

4.2 «Nyfødt» - kriteriets innhold og rekkevidde

En forutsetning for at barnevernadministrasjonens leder kan fatte et foreløpig vedtak er at barnet er «nyfødt» på vedtakstidspunktet. En naturlig språklig forståelse av ordlyden tilsier at barnet er «nyfødt» i to til tre dager etter fødselen. Dette samsvarer også med forarbeidene, som presiserer at bestemmelsen er ment å regulere situasjoner der omsorgen overtas allerede de første dagene etter fødsel og før barnet har forlatt sykehuset.⁶¹

Ved en slik forståelse av bestemmelsens ordlyd vil det oppstå store variasjoner ved vurderingen av om barn er nyfødt i den konkrete situasjonen. Dette kommer av at et vanlig barselsopphold vil variere ved det enkelte sykehus eller fødestue. Oppholdet på sykehuset vil også variere ut fra om mor er førstegangsfødende, eller om hun har født barn tidligere.

⁶¹ Ot.prp.nr.44 s. 109

I en vurdering av hvor langt kriteriet «nyfødt» favner, vil det være naturlig å se på saker fra fylkesnemndene der avgjørelsen fra barnevernadministrasjonens leder enten er blitt godkjent eller der foreldrene har sendt inn klage. I de tilfeller der saken er påklaget ytterligere, vil også avgjørelser fra tingretten og lagmannsretten være av relevans for vurderingen.

Vedtak fra fylkesnemnda har oppgitt at et barn er å regne som «nyfødt» i de tilfeller der barnet er alt fra fire til fjorten dager gammelt.⁶² Tingretten har på den andre side lagt til grunn at et barn som er sju dager gammelt må omfattes av bestemmelsen.⁶³ Lagmannsretten har videre sagt at et barn som befinner seg på barselavdelingen eller i tilknytning til den, er nyfødt når det er fjorten dager gammelt.⁶⁴

Dette medfører at begrepet kan sies å strekke lengre enn bare de første dagene etter fødselen, noe som gir bestemmelsen en videre ordlyd en det som av lovgiver først var påtenkt.

Dette er derimot bare helt spesielle typetilfeller. Et foreløpig vedtak vil som oftest falle inn under den påtenkte rekkevidden av nyfødt, ved at vedtaket som oftest fattes i innen noen dager etter fødsel. Det synes derimot alminnelig akseptert at ordlyden strekker seg lengre i de tilfeller der hensynet til barnet tilsier at dette skal gjøres.

Videre vil det også være spesialtilfeller som medfører at ordlyden må strekke seg lengre. Det kan her nevnes at et nyfødt barn kan bli født med fysiske svakheter som en følge av medfødte defekter eller som en følge av mors rusmisbruk under svangerskapet. Et barn kan også være født prematur, og av den grunn kreve ekstra oppfølging fra sykehuset.

Reelle hensyn vil i slike tilfeller, av hensyn til barnet, la begrepet «nyfødt» strekke lengre enn i de tilfeller der barnet er helt friskt. Der omsorgsbehovet ikke blir klarlagt før noen dager etter fødsel, kan foreldrenes omsorgsevne komme til korte som en følge av det. I slike tilfeller må det være helt klart at «nyfødt» også må dekke disse tilfellene.

⁶² FNV 2012 106 TEL (s. 1-2), FNV 2013 326 ROG (s. 1-2)

⁶³ Tgjøv 2013 55141 (s. 1-2)

⁶⁴ LB 2005 79220 (s. 1-2)

Dette medfører at rekkevidden av «nyfødt» vil være en konkret vurdering i det enkelte tilfellet. At barnet er «nyfødt» kan derfor sies å strekke seg til maksimalt to uker etter at det er født. I denne vurderingen må det også antas at barnevernet rundt dette tidsrommet har nok informasjon om foreldrene og deres omsorgsevne til å begjære et vedtak om omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-12. Dersom barnevernet ikke har nok informasjon, eller tiden ikke strekker til, må de vente til barnet er kommet hjem for å fatte et midlertidig vedtak etter bvl. § 4-6.

Rimelighetshensyn taler derfor for at «nyfødt» ved et foreløpig vedtak ikke strekker seg lengre enn nødvendig. Barnet vil i alle tilfeller bli ivaretatt gjennom de øvrige bestemmelsene i barnevernloven.

4.3 «Flyttet hjem til foreldrene» - kriteriets innhold og rekkevidde

En forutsetning for at barnevernadministrasjonens leder kan fatte er foreløpig vedtak er at barnet ikke er «flyttet til foreldrene» på vedtakstidspunktet. En naturlig språklig forståelse av ordlyden tilsier at et barn er å regne som flyttet når det har forlatt sykehuset.

Sosialutvalget og departementet fremholdt at bvl. § 4-8 annet ledd annet punktum, tar utgangspunkt i «et spesialtilfelle hvor et nyfødt barn befinner seg på fødeavdelingen».⁶⁵

Oppedal sier i forbindelse med dette at bestemmelsen tar utgangspunkt i den vanlige fødesituasjonen i Norge ved at mor før fødselen blir lagt inn på sykehuset, føder barnet, for deretter å ha et opphold på barselavdelingen før de drar hjem.⁶⁶

Dette medfører at vedtaket må fattes i det tidsrommet det nyfødte barnet befinner seg på fødeavdelingen eller i tilknytning til den. Forarbeidene sier derimot ikke noe om barnet også må være født der, bare at barnet på vedtakstidspunktet må være på fødeavdelingen.

⁶⁵ Ot.prp.nr.44 (1991-1992) s. 39

⁶⁶ Mons Oppedal, *Akutthjemlene i barnevernloven*, 1 utgave (2008), s.288

I praksis synes det som tilstrekkelig at barnet er innom en fødeavdelingen for tilsyn og annen oppfølging etter fødselen. Bestemmelsen vil også favne rundt de tilfeller der barnet er født hjemme eller i ambulanse på tur til sykehuset.⁶⁷ Dette må også gjelde de tilfeller der barnet ikke er født på en fødeavdeling, men en annen helseinstitusjon som er særlig tilrettelagt for å ta imot barn.⁶⁸

Bestemmelsen vil i tillegg omfatte de tilfeller der foreldrene prøver å unndra seg barnevernet ved å stikke av, men der foreldrene og barnet senere er funnet og brakt direkte til sykehuset for undersøkelser og oppfølging.⁶⁹

Barnet må med andre ord være født eller oppholde seg på en institusjon på vedtakstidspunktet, som er særlig tilrettelagt for fødsler. Dette er det klare utgangspunktet.

Tilfeller som faller klart utenfor bestemmelsen blir forskjellige typer hjemmefødsler. I slike tilfeller vil mor føde hjemme, og barnet vil derfor allerede fra fødsel være «flyttet til foreldrene» hvis foreldrene ikke ønsker å oppsøke et sykehus i forbindelse med fødselen.

Dette vil også være tilfelle der graviditeten holdes skjult for barnevernet, og fødselen skjer uten at barnevernet er informert. Foreldrene vil i slike tilfeller ikke oppsøke sykehuset, i frykt for barnevernet. Slike tilfeller vil det bare være et fåtall av, og barnevernet kan når det bli oppdaget fatte et midlertidig vedtak etter bvl. § 4-6 hvis det skulle være behov for det.

Barnet vil videre være «flyttet til foreldrene» i de tilfeller der en eller begge foreldrene oppholder seg på et spedbarnsenter etter at oppholdet på sykehuset er over. Her vil barnet være flyttet hjem til et midlertidig bosted som foreldrene oppholder seg på.⁷⁰

⁶⁷ FNV 2012 15 OSL (s. 1-2), FNV 2004 69 MRO (s.1-2) og FNV 2012 71 OSL (s. 1-2)

⁶⁸ Mons Oppedal, *Akutthjemlene i barnevernloven*, 1 utgave (2008), s.288

⁶⁹ FNV 2005 52 ROG (s. 3)

⁷⁰ FNV 2009 497 OSL (s. 1)

Det klare utgangspunktet vil derfor være at et foreløpig vedtak kan fattes hvis barnet er født, eller er innom en fødeavdeling eller institusjon på vedtakstidspunktet. I det øyeblikk barnet forlater sykehuset er barnet flyttet. Haster det derimot med å sikre barnet mot vesentlig skade, må det fattes et vedtak etter bvl. § 4-6 når barnet er kommet hjem.

4.4 Risikovurderingen

4.4.1 Innledning om risiko

Risikovurderingen som ligger til grunn for et foreløpig vedtak vil for det første gjennomføres over en kortere tidsperiode enn andre vedtak. Vedtaket vil som en konsekvens bygge på at den tilgjengelige informasjonen i tilstrekkelig grad sannsynliggjør at barnet kan bli vesentlig skadelidende ved å bli med foreldrene hjem. Informasjonen i seg selv må også være tilstrekkelig.

Vurdering vil som en følge av dette være skjerpet. Dette innebærer at den overordnede vurderingen må være om barnet kan bli vesentlig skadelidende ved å bli med foreldrene hjem fra sykehuset fordi de utgjør en kvalifisert skaderisiko. Det avgjørende vil være hvilken risiko foreldrene utgjør for barnet, med bakgrunn i de vurderingene som følger av bvl. § 4-8 jf. § 4-12.

4.4.2 vesentlig skadelidende som overordnet vurdering

Et foreløpig vedtak kan bare fattes i de tilfeller der barnet kan bli «vesentlig skadelidende» ved å bli med foreldrene hjem. Dette er det innledende vurderingstema.

Forarbeidene gir sparsommelig med opplysninger om hva som konkret ligger i begrepet. Sees begrepet derimot opp mot de øvrige bestemmelsene i barnevernloven, kan det tenkes at enhver skadefølge som i særlig grad truer barnets helse og utvikling på kort sikt kan medføre at et foreløpig vedtak fattes.⁷¹

Den konkrete vurderingen av om barnet kan bli «vesentlig skadelidende» vil derfor knytte seg opp mot skader som kan oppstå som en følge av de individuelle

⁷¹ Mons Oppedal, *Akutthjemlene i barnevernsloven*, 1. utgave (2008), s. 135

forutsetningene ved barnet, sett opp mot foreldrenes forutsetninger til å gi tilstrekkelig omsorg.

Dette vil omfatte skader som kan oppstå i den begrensede perioden vedtaket kan opprettholdes eller skader som kan oppstå som en senvirkning av omsorgen foreldrene er i stand til å gi i denne perioden.

Skadefølgen som kan oppstå må knytte seg til det psykiske eller fysiske ved barnet. I de tilfeller der et barns omsorgsbehov kan anses som normalt, vil vurderingen av foreldrenes skadepotensiale avgjøres ut fra denne forutsetningen. Foreldrene må her kunne innfri en skiftende minstestandard som følger samfunnsutviklingen, for tilstrekkelig omsorg for at barnevernet ikke skal kunne fatte et foreløpig vedtak.

I de tilfeller der et barn er født med skader som allerede kan påvises før fødsel, eller i forbindelse med den, må det som utgangspunktet mindre til. Dette vil bero på en skjønnsmessig vurdering av om dette barnet kan bli «vesentlig skadelidende» som en konsekvens av det allerede har en svakhet som krever høyere omsorgsevne.

Skaden kan blant annet komme som en følge av at mor under graviditeten har inntatt rusmidler eller medikamenter, som i en graviditet kan medføre fosterskader. Rusmisbruk før fødselen kan i det enkelte tilfellet også medføre at barnet får et økt omsorgsbehov fordi det har abstinenssymptomene.⁷² Det kan også være medfødte feil eller syndromer, som ikke har sammenheng med mors ivaretagelse av barnet i magen.

Det enkelte barnets omsorgsbehov vil ofte bli klargjort på sykehuset rett etter fødsel eller etter nyfødt-screeningen. Barnevernet kan da vurdere om barnets omsorgsbehov er økt som en følge av skade eller sykdom. På bakgrunn av dette kan det dermed avgjøres om skaderisikoen foreldrene utgjør må sies å være akseptabel eller ikke. Ved en prognostisering av hva barnets omsorgsbehov kan være, må barnevernet avgjøre om omsorgsevnen hos foreldrene i dette konkrete tilfellet er tilstrekkelig. I de tilfeller der

⁷² LH 2002 515 (s. 12), dissens 6-1

den tilgjengelige informasjonen ikke tilsier at foreldrene vil klare omsorgsoppgaven i den begrensede perioden, kan det vurderes om et foreløpig vedtak er en fullgod løsning.

Forhold ved barnet vil derfor være avgjørende for hvor langt vurderingen av «vesentlig skadelidende» skal gjelde. Der barnet har forutsetninger som øker skadepotensialet, vil «vesentlig skadelidende» ha en lavere terskel enn i de tilfeller der samme barn er friskt.

Vesentlig skadelidende må derfor sies å være forskjellig i den individuelle vurdering, men oppstiller fortsatt en terskel for hvor høy skaderisikoen kan være. Mildeste inngreps prinsipp og det biologiske prinsipp vil derfor være fremtredende i dette kriteriet.

Dette må også sies å være sammenfallende med de kriteriene som fremgår av bvl. § 4-8, ved at det også der blir det blir en skjønnsmessig vurdering med høy terskel for inngrep. Ved at skadepotensialet her må være høyt, vil kriteriene som følger av bvl. § 4-8 jf. § 4-12 opptre som vurderingsmoment for barnets skadepotensiale.

4.4.3 overveiende sannsynlig

Beviskravet i seg selv angir hvor stor grad av sikkerhet eller sannsynlighet rundt de faktiske forholdene som er nødvendig for å fatte vedtak om.⁷³

Det følger direkte av Bvl. § 4-8 annet ledd annet punktum at det må være «overveiende sannsynlig» at flytting hjem til foreldrene «vil føre til en situasjon eller risiko for barnet som i § 4-12 første ledd». En naturlig språklig forståelse tilsier at ikke alminnelig sannsynlighetsovervekt er tilstrekkelig, det kreves noe mer. Av forarbeidene presiseres det at overveiende sannsynlig innebærer at det «kreves en høy grad av sannsynlighet».⁷⁴

Det må kunne fastslås at kravet til «overveiende sannsynlig» også må gjelde i de tilfeller der det fattes et foreløpig vedtak. Men bare opp mot de vurderingen som gjør seg gjeldende ved inngrepskriteriene i bvl. § 4-8 jf. § 4-12. Dette medfører dermed at det

⁷³ Knut Lindboe, *Barnevernrett*, 6. utgave (2012) s.52

⁷⁴ Ot.prp.nr.44 (1991-1992) s. 39, med henvisning til sosialutvalget i NOU 1985:18 s. 159

ikke må foreligge overveiende sannsynlighet for at «de interesser bestemmelsen skal ivareta, kan bli vesentlig skadelidende».

Beviskravet til de øvrige inngrepsvilkårene må derfor sies å reflektere styrken i inngrepet som er rettet mot foreldrene. Ved at det stilles et krav til «overveiende sannsynlig» for de inngrepskriteriene som må vurderes, blir det mildeste inngreps prinsipp og retten til familieliv fremtredende.

Et foreløpig vedtak skal i prinsippet være et kortvarig vedtak. Samtidig skal den vurderingen som ligger til grunn for vedtaket fattes over en meget kort tidsperiode. Vurderingen av hva som vil være overveiende sannsynlig kan i disse tilfeller bygge på begrenset informasjonen som foreligger før vedtaket blir fattet.

Det må på bakgrunn av dette være overveiende sannsynlig at vedtaket vil medføre at vurderingskriteriene slik de fremgår av bvl. § 4-8 jf. 4-12 ikke blir innfridd. Det vil derimot være problematisk å kreve for mye av den konkrete vurderingen. I de saker der det foreligger en situasjon eller risiko som kan utgjøre en alvorlig skade eller en alvorlig mangel, må det være tilstrekkelig at det ut fra den foranliggende informasjonen kan inntreffe med overveiende sannsynlighet.

Her vil barnets rett til omsorg skinne gjennom, og medfører dermed at barnet må beskyttes fra foreldrene i en kortere periode til vedtak etter bvl. § 4-8 annet ledd kan bringes opp for fylkesnemnda eller ny informasjon kommer frem. Hvor mye som må til for at det skal foreligge med overveiende sannsynlighet vil derfor variere fra situasjon til situasjon.

Bvl. § 4-12 oppstiller også et krav om «overveiende sannsynlig» for at barnet skal bli «alvorlig skadd». Dette må følgelig foreligge, men det betyr ikke at kravet til «overveiende sannsynlig» dobles som en føle av beviskravet er nevnt på to individuelle plasser.

Det avgjørende vil derfor være om forholdene ved foreldrene utgjør denne risikoen med overveiende sannsynlighet, slik at vedtaket kan tenkes fattet.

4.4.4 Forhold ved foreldrene som kan utgjøre en situasjon eller risiko for barnet

I den konkrete vurderingen må det tas stilling til om det er forhold ved foreldrene som kan redusere deres omsorgsevne, slik at de utgjør en kvalifisert skaderisiko for barnet. Det må særlig tas hensyn til om disse forholdene medføre at barnet står i fare for å bli «alvorlig skadd» eller leve med «alvorlige mangler» i det daglige.

Deres egenskaper som omsorgspersoner avhenger ikke bare av deres problem, men vil være en vurdering av i hvilken grad deres problem vil ha innvirkning på deres evne til å dra omsorgen for et barn. Disse vil i enkelte tilfeller være sammenfallende, men en sykdom i seg selv er ikke grunn til å frata noen omsorgen for sitt barn.⁷⁵ Det kan også være tilfeller der den ene forelderens mangler kan avhjelpest av den andre. I slike tilfeller skal den andre forelder være en særdeles habil omsorgsperson, før det i det hele tatt blir aktuelt.

I NOU 2012 ble det opp mot bvl. § 4-12 første ledd litra d, vektlagt at bestemmelsen særlig ville omfatte foreldre med utviklingshemninger, alvorlig personlighetsforstyrrelse, alvorlige psykiske lidelser og alvorlige rusproblemer med dårlige prognoser for positive endringer.⁷⁶ Disse typetilfellene som eksemplifiserer forhold ved foreldrene vil også gjøre seg gjeldene i vurderingen rundt bvl. § 4-12 første ledd litra a.

Vurderingen vil særlig bygge på om forholdene slik de fremtrer hos foreldrene kan medføre at barnet ikke får dekt sine primærbehov. Fellesnevneren vil være at foreldrene kan la sine problemer komme i veien for barnets behov for omsorg.⁷⁷ Det vil derfor være en konkret vurdering av om foreldrenes omsorgsevne er svekket i tilstrekkelig grad.

For det første kan en psykisk lidelse eller begrensning være medvirkende til at foreldrenes omsorgsevne er svekket eller fraværende.

⁷⁵ Ot.prp.nr.44 (1991-1992) s. 110

⁷⁶ NOU 2012:5 s. 85

⁷⁷ NOU 2012:5 s. 85

Bestemmelsen er blant annet ment å favne rundt de forhold der foreldrene er umodne, og ikke evner å innfri de behov barnet har for omsorg.⁷⁸ Umodenheten karakteriseres ofte som at foreldrene oppfører seg som barn eller tenåringer. De kan ofte mangle impuls kontroll og evne til å se konsekvensen av sine handlinger. Umodne foreldre kan også være selvsentrerte og mangler den grunnleggende forståelsen av at barnet må settes først. I de tilfeller der foreldrene kan reflektere over sine omsorgsevner og har et realistisk bilde av hva som kreves, vil terskelen for et foreløpig vedtak være høyere.⁷⁹

I denne vurdering må det særlig drøftes om umodenheten kan avhjelpes på kort sikt ved å sette inn hjelpetiltak. Dette vil være relevant der foreldrene har lite eller ingen erfaring med nyfødte barn, og kanskje i den enkelte situasjon kan ha behov for rettleiding eller andre passende tiltak.⁸⁰

Kognitive begrensninger har på den andre side lenge vært anerkjent som et forhold som kan gi utslag i manglende omsorgsevne. Foreldrene vil ofte ha problemer med å se et nyfødt barns tilknytningsadferd og de øvrige signalene barnet gir, og vil derfor ikke være i stand til å dekke de grunnleggende behovene for kontakt og trygghet som barnet har. Psykisk utviklingshemmede kan også mangle evnen til å sikre barnet tilstrekkelig, slik gjennomsnittsforelderen ville gjort.⁸¹ Vurderingen vil ofte bero på hvor mye bistand den enkelte forelder trenger i det daglige. Omsorgsevnen må derfor bygge på en konkret vurdering opp mot det.⁸²

I Svanhild-saken, der omsorgsovertakelsen ble opprettholdt ovenfor to små barn, var vurderingen særdeles sammensatt.⁸³ De sakkyndige i saken la hovedsakelig vekt på to trekk ved mor som kunne påvirke hennes omsorgsevne.

⁷⁸ NOU 1985:18 s.158

⁷⁹ NOU 1985: 18 – vedlegg 1, Kari Killèn Heap, Notat vedrørende barn i alvorlig fare på grunn av omsorgssvikt av, side 397.

⁸⁰ Rt 1996 1203 (s. 1216), dissens 3-2

⁸¹ NOU 2012:5 s. 86 og FNV 2012 666 OSL (om psykisk utviklingshemmedes omsorgsevner)

⁸² NOU 2012:5 s. 85

⁸³ LH 2003 310 (s. 5) (anke nektet fremmet HR 2004 166 U)

Mor hadde for det første kort oppmerksomhetsspennvidde og var i stor utstrekning offer for sine egne assosiasjoner. Hun sto selv i sentrum, og lot ikke barna være de sentrale personene ved samhandlinger. For det andre fant de sakkyndige at mor også hadde kognitive problemer som kom til uttrykk på tre individuelle måter. Dette var for det første hennes manglende evne til å ta til seg informasjon, for så å korrigere adferden eller forandre synet på ting. Videre kom de kognitive problemene til uttrykk gjennom hennes valg av partner og hennes manglende evne til å se konsekvensen av dette. Hun manglet også evnen til å ha struktur.⁸⁴

Som en følge av blant annet Svanhild-saken vil en vurdering av foreldrenes kognitive begrensninger være kompleks og vanskelig. Dette medfører at det må særlig varsomhet til ved vurderingen i slike tilfeller.

Videre kan en alvorlige personlighetsforstyrrelse føre til et foreløpig vedtak. Forstyrrelsene betegnes som en tilstand der negative personlighetstrekk kan få alvorlige og uheldige konsekvenser for deres evne til å fungere som foreldre.⁸⁵ Personlighetsforstyrrelse er ikke en sykdom etter den vanlige definisjonen, det finnes forskjellige grader som igjen vil ha innvirkning på foreldrenes funksjonsnivå. Der det må antas å ha innvirkning på omsorgsevnen, må det bli en vurdering av om dette kan avhjelpes på kort sikt, uten at barnet opplever omsorgssvikt.

Alvorlige psykiske lidelser kan videre medføre en vurdering av om omsorgen foreldrene kan gi er god nok. Dette vil bli en konkret vurdering av om skaderisikoen overstiger vanlig risiko ved at enkelte sinnslidelser kan få ekstreme utslag som følge av fysiske påkjenninger. En graviditet og fødsel er i aller høyeste grad en stor fysisk påkjenning.

En alvorlig psykisk lidelse kan blant annet omfatte schizofreni, som i ekstraordinære tilfeller kan gi alvorlige mangler ved foreldrenes omsorgsevner. Et slikt ekstremtilfelle ble behandlet i lagmannsretten, der en mor hadde skåret over strupen på det første barnet, for deretter å skjære hodet av det med en brødkniv. Omsorgen for barn nummer

⁸⁴ LH 2003 310 (s. 5) (anke nektet fremmet HR 2004 166 U)

⁸⁵ https://helsedirektoratet.no/Documents/Medisinske%20koder%20og%20kodeverk/ICD-10/Komplettt-BI%C3%A5-bok_230905.pdf s. 122 F60 (10.11.15, sjekket 12.12.15)

to ble overtatt umiddelbart etter fødsel. Sykdomsbildet ble her avgjørende for mors manglende omsorgsevne.⁸⁶ I de tilfeller der det foreligger en alvorlig og risikofylt diagnose, vil det dermed være en vurdering av om barnet skal utsettes for den risikoen dette innebærer.

En funksjonshemning eller en funksjonsskade hos foreldrene kan medvirke til at omsorgsevnen hos foreldrene reduseres. Det blir i forarbeidene til sosialloven anført at en funksjonshemming alene ikke fører til at foreldrene har en manglende evne til å ta tilstrekkelig ansvar for barnet når det er født.⁸⁷ De fleste med en fysisk funksjonshemming vil kunne avhjelpe eventuelle mangler med hjelpeutstyr og hjelpetiltak. I de tilfeller der det ikke er mulig, må det vurderes om den fysiske funksjonshemmingen er så omfattende at foreldrene ikke makter å ivareta barnet.

Videre kan foreldre som bruker eller misbruker rusmidler i det konkrete tilfellet ha en redusert omsorgsevne som en følge av det. I de tilfeller der det kan påvises rusmisbruk hos mor eller far, vil det være en vurdering av hvordan misbruket påvirker deres omsorgsevne. Disse vurderingene vil variere fra tilfelle til tilfelle.

Foreldre med rusproblemer kan være fungerende i det daglige liv. På motsatt side av skalaen finnes foreldre som lar sine rusproblemer føre til en forsømmelse av omsorgsplikten. Disse foreldrene kan også mangle evnen til å se de mulige konsekvensene rusmisbruket har for dem selv og barnet.⁸⁸ Barnevernet må derfor vurdere i hvilket omfang rusmisbruket foreligger, og hvordan dette vil virke inn på deres evne til å gi et nyfødt barn den omsorgen det trenger.

Mindre grader av misbruk av medikamenter og alkohol har derimot blitt akseptert.⁸⁹ Her ble vedtaket om omsorgsovertakelse rett etter fødsel opphevet fordi mors alkohol- og medikamentbruk ble vurdert til å være under kontroll. Medikamentbruket lå innenfor en såkalt terapeutisk ramme.

⁸⁶ LG 2003 s. 5414 (s. 6) (anke nektet fremmet HR 2004 00745 U)

⁸⁷ Ot.prp.nr.60 (1988-1989) *Om lov om sosiale tjenester m.v. (sosialloven)*, s. 104.

⁸⁸ NOU 2012:5 s. 87

⁸⁹ RG 1997 s. 1550 (s. 6), Dissens 6-1

Det avgjørende for vurderingen vil være om det er forhold ved foreldrene som kan avhjelpest på kort sikt eller ikke. Det medfører en vurdering av om deres omsorgsevner er så redusert at det vanskelig kan gjøres noe for å avhjelpe dem i den begrensede perioden. Dette vil igjen bero på en konkret vurdering av forholdets alvorlighetsgrad, og hvordan dette påvirker deres omsorgsevne ovenfor det konkrete barnet og dets forutsetninger.⁹⁰

4.4.5 Situasjon eller risiko som medfører at barnet blir alvorlig skadd

Bvl. § 4-9 første ledd jf. 4-8 annet ledd jf. 4-12 første ledd litra d angir skadefølgen som kan oppstå hos barnet. Det vil her være en vurdering av om forhold ved foreldrene kan medføre at «barnets helse og utvikling kan bli alvorlig skadd».

Ordlyden i litra d omfatter både fysisk og psykisk skade. Ordlyden «alvorlig skadd» medfører at det må være en prognostisert skadefølge av betydelig omfang. Sees dette i sammenheng med hva som kan avhjelpest med hjelpetiltak, er det helt klart at terskelen er særdeles høy. Forarbeidet sier derimot ikke noe konkret om dette.

«Alvorlig skadd» kan dermed sies å være en kvalitativ vanskelig målbar størrelse, der forskjellige faktorer vil virke inn. Det blir blant annet et spørsmål om hvor stort avviket må være, hva som ligger innenfor en normal påregnelig variasjonsbredde i norske familier, og hva som utover dette kan tilsi at skaden blir alvorlig. I denne vurderingen vil det også være en vektning av hvilke momenter som kan føre til omsorgssvikt og hvilke momenter som kan komme av andre årsaker.⁹¹ Dette vil igjen bygge på grunnmaterialet og tidsaspektet i den enkelte sak. Vurderingen vil være konkret og skjønnsmessig, og variasjonen i den enkelte familie vil være stor.

Den alvorlige skaden som oppstår kan ikke ha opphav i barnet egen helse, det må være noe utover barnets individuelle forutsetninger som tilsier at den alvorlige skaden kan inntre. Dette medfører at det i den enkelte situasjon må være slik at barnets tilstand kan bli forverret ved å bli med foreldrene hjem fra sykehuset.

⁹⁰ NOU 2012: 5 s. 87

⁹¹ Rt. 1994 s. 1105 (s. 1118), dissens 3-2

Risikoen må ha sammenheng med foreldrenes handlinger. Dette kan skje på to måter. For det første gjennom at foreldrene holder seg passive ved ikke å se barnet og dets behov, for på den måten å ikke innfri omsorgsbehovet. Det kan også skje gjennom at de aktivt lar være å skjerme barnet mot potensielle farer, eller selv utgjør et risikoelement. Foreldrene manglende omsorgsevner kan også fremtre som en kombinasjon av disse.⁹²

Vurderingen vil i det alminnelige bygge på om den prognostiserte skaderisikoen kan inntreffe, slik ordlyden legger opp til. Det er derfor ikke nødvendig å definitivt si at den alvorlige skaden kommer til å inntreffe. Slik bestemmelsen er oppbygd er den beregnet på å hindre mulige alvorlige skader. Vurderingen av om det kan inntreffe en alvorlig skade vil derfor bero på om den tilgjengelige informasjonen tilsier at det kan være tilfelle. Lovgiver har lagt opp til at denne kan-vurderingen vil inntreffe med overveiende sannsynlighet.

I den konkrete situasjonen vil vedtaket som oftest bygge på erfaringsbasert kunnskap om hvilke forhold ved foreldrene som kan medføre at barnet blir alvorlig skadd ved å bli med foreldrene hjem. Erfaringene vil typisk bygge på kunnskap om tidlige lignende saker, mangeårig ansettelse i barnevernet eller forhold ved de konkrete foreldrene som tidligere har gitt utslag hos andre barn.⁹³ Kunnskapen vil også basere seg på informasjon forut for og i forbindelse med fødselen.

Et spedbarn er videre lite robust, og det er derfor særlig mottakelig for skader. Vurderingen vil derfor bero på om det konkrete barnet kan tåle å bli utsatt for foreldrene i en begrenset periode. I de tilfeller der foreldrenes forutsetninger ikke sammenfaller med barnets omsorgsbehov, må det vurderes hvor alvorlig skaden kan bli. Viser det seg at foreldrene har et stort skadepotensiale, må det også antas at barnet kan få en alvorlig skade som en konsekvens av dette.

I vurderingen av hva som kan medføre en alvorlig skade, må det vurderes hvordan skaden kan oppstå på det konkrete barnet. Det finnes dermed ikke noe allmenngyldig terskel for hva som medfører en alvorlig skade, dette vil i ethvert tilfelle bero på en

⁹² Mons Oppedal, *Akutthjemlene i barnevernloven* 1. utgave, (2008) s. 291

⁹³ FNV 2011 143 TEL (s. 10)

skjønnsmessig vurdering sett opp mot foreldrenes forutsetninger. Barnets rett til omsorg vil derfor være avgjørende.

4.4.6 Situasjon eller risiko som medfører alvorlige mangler

Bvl. § 4-9 første ledd jf. 4-8 annet ledd jf. 4-12 første ledd litra a angir risikovurderingen for om det kan være «alvorlige mangler ved den daglige omsorgen som barnet får, eller alvorlige mangler når det gjelder den personlige kontakt og trygghet som det trenger etter sin alder og utvikling».

Ved å se på forarbeidene til bvl. § 4-12 må det opp mot et foreløpig vedtak kunne oppstå en situasjon som er klart uholdbar. Dette medfører imidlertid ikke at alle avvik fra vanlige normer og situasjoner vil medføre et foreløpig vedtak.⁹⁴ Ved benyttelsen av «alvorlig mangler» har lovgiver også understreket at det er mye som må til.

LA 2001 s. 2018 forklarer sammenhengen mellom de vurderinger som reises i bvl. § 4-8 og § 4-12. Det blir uttalt i dommen at:

«Lest isolert forutsetter bestemmelsen at det foreligger aktuell omsorgssvikt. Den suppleres imidlertid av § 4-8 annet ledd, som blant annet hjemler omsorgsovertakelse for et nyfødt barn på fødeklubben «dersom det er overveiende sannsynlig at flyttingen vil føre til en situasjon eller risiko for barnet som nevnt i § 4-12 første ledd». Bestemmelsen hjemler omsorgsovertakelse også i et tilfelle hvor det er grunn til å frykte omsorgssvikt som nevnt i § 4-12 første ledd a)»⁹⁵

Ses dommen i sammenheng med et foreløpig vedtak, vil vurderingen være om barnet kan havne under slike forhold som bestemmelsen oppstiller, som en følge av forhold ved sine foreldre. En naturlig forståelse av alvorlige mangler ved den daglige omsorgen tilsier derfor at det her i den begrensede perioden kan foreligge en alvorlig og generell omsorgssvikt fra foreldrene. Forarbeidene utdyper at den daglige omsorgen barnet kan få verken blir materielt eller fysisk god nok.⁹⁶

⁹⁴ Innst. O. nr.80 (1991-1992) s. 21, jf. Ot. prp. nr.44 (1991-1992) s. 110

⁹⁵ Rg 2002 1487 (s.5)

⁹⁶ Innst.O. nr.80 (1991-1992) s. 21, jf. Ot.prp. nr.44 (1991-1992) s. 110

NOU 2012:5 gir retningslinjer for hva som kan ligge i denne vurderingen. Her vil særlig tre forhold ved den daglige omsorgen som barnet kan få fra sine foreldre være av relevanse for fremstillingen.⁹⁷

Ved mangelfull sikring vil barnet for det første kunne utsettes for fysisk fare der barnet bor, eller ved at foreldrene tar det med til et sted som innebærer en betydelig skaderisiko. Mangelfullt tilsyn vil videre omfatte de tilfeller barnet kan tenkes forlatt uten tilsyn, eller der tilsynet er kvalitativt dårlig. Den fysiske omsorgssvikten kan for det tredje gå ut på at barnet ikke vil få tilstrekkelig med mat, hensiktsmessig påkledning eller at barnets øvrige fysiske behov ikke blir ivaretatt.⁹⁸ Disse tilfellen omfatter det hverdagslige gjøremål fra foreldrenes side, og ved mangel i disse vil det være særlig vanskelig å ivareta et nyfødt barn.

Bvl. § 4-12 litra a hjemler videre at et foreløpig vedtak kan fattes i de tilfeller der det kan oppstå alvorlige mangler ved den personlige kontakten og tryggheten barnet har behov for. Dette vil omfatte både den psykiske og følelsesmessige omsorgen som barnet trenger. Dette vil være særlig viktig for et nyfødt barn, ved at det i de første levemånedene prøver å søke kontakt med omverdenene gjennom blikk og lyder. Følgende av mangler i dette kan ha mye å si for barnets trygghet og generelle psykiske utvikling.⁹⁹ Dette vil igjen påvirke det følelsesmessige forholdet mellom foreldrene og deres barn.

Forarbeidene presiserer at «alvorlige mangler» vedrørende den personlig kontakt og trygghet vil omfatte de tilfeller der det det kan anses (overveiende) sannsynlig at det kommer til å foreligge en følelsesmessig avvisning av barnet eller en situasjon der foreldrene faktisk ikke er i stand til å dekke barnets kontaktbehov.¹⁰⁰ Det kan også vurderes om barnets kontaktsøkende mot foreldrene gjennom lyder og bevegelse, ikke

⁹⁷ NOU 2012:5 s. 82 (sitat fra Øyvind Kvello, Barn i risiko)

⁹⁸ NOU 2012:5 s. 82 (sitat fra Øyvind Kvello, Barn i risiko)

⁹⁹ NOU 2012: 5 VEDLEGG 1., Hanne Cecilie Braarud, *Oppdatert kunnskap om tidlig utvikling med tanke på kompenserende tiltak, inkludert å hente barnet*, s. 177

¹⁰⁰ Ot.prp nr. 44 (1991-92) s. 110 jf. Innst.O.nr. 80 (1991-92) s. 21

vil gi en respons fra foreldrene eller en involvering fra dem. Foreldrene kan i tillegg til dette opptre psykisk fjern eller lite tilgjengelig for barnet.¹⁰¹

Hva som ligger i begrepene personlig kontakt og trygghet vil ofte være sammenfallende, og det kan derfor være vanskelig å si hvor det ene begrepet slutter og det andre begynner. Forarbeidene legger til grunn at det ikke skal legges for stor vekt på å skille dem.¹⁰²

Ved et foreløpig vedtak vil det derfor være avgjørende om en slik risiko for alvorlig mangel kan sannsynliggjøres. I de tilfeller der foreldrenes omsorgsevner i større grad er avklart allerede før fødselen, vil det ikke være store vanskeligheter å vurdere om det kan prognostiseres en slik risiko. I de tilfeller der avgjørelsen beror på observasjoner på barselavdelingen vil situasjonen være noe vanskeligere. Her må barnevernet stole på vurderingen gjort av fødeavdelingen som grunnlag for vedtaket, i en kombinasjon med eventuelle andre observasjoner av foreldrene.

Dette medfører at det i den konkrete situasjon må gjøres en vurdering av om det er forhold ved foreldrene, som nevnt over i pkt. 4.4.4, som kan medføre at deres generelle omsorgsevner er begrenset. I dette vil det blant annet ligge en vurdering av om deres evner kan strekke til på kort sikt, slik at et foreløpig vedtak ikke er nødvendig for å sikre beskyttelse av barnet.

4.6 Tilleggskriteriene i bvl. § 4-12 andre ledd

4.6.1 Innledning

Bvl. § 4-12 annet ledd vil i prinsippet fungere som en supplerende vurdering for om det foreløpige vedtaket skal fattes, ved at forholdene ved foreldrene og forholdene ved barnet blir ytterligere prøvd. Denne vurderingen vil ofte gjennomføres fortløpende i avveielser, men vil også fungere som en helhetlig avsluttende vurdering.

¹⁰¹ NOU 2012:5 s. 82 (sitert fra Øyvind Kvello, Barn i risiko)

¹⁰² Ot. prp. nr. 44 (1991-92) s. 110

Vurderingen vil for det første bero på om det foreløpige vedtaket er nødvendig. Dette medfører en vurdering av om hjelpetiltak etter bvl. § 4-4 er tilstrekkelig for å sikre omsorgssituasjonen for barnet. Vedtaket må også være til barnets beste.

4.6.2 Vedtaket må være nødvendig, og andre tiltak må være vurdert utilstrekkelig

Det fremgår av bvl. § 4-12 annet ledd første punktum at «*Et vedtak etter første ledd kan bare treffes når det er nødvendig ut fra den situasjon barnet befinner seg i. Et slikt vedtak kan derfor ikke treffes dersom det kan skapes tilfredsstillende forhold for barnet ved hjelpetiltak etter § 4-4...»*».

Vurderingen av om vedtaket er nødvendig vil i stor grad bero på om hjelpetiltak er vurdert, og bygger derfor på mildeste inngreps prinsipp. Hovedregelen er at hjelpetiltak alltid skal vurderes, før mer inngripende vedtak iverksettes. Hjelp skal primært gis i hjemmet, og plassering skal således være siste alternativ. I de tilfeller der hjelpetiltak er klart nytelsesløs, er det derimot ikke hensiktsmessig eller nødvendig å prøve mildere tiltak.¹⁰³ Loven stiller dermed ikke noe absolutt krav til at andre tiltak må være utprøvd.

I vurderingen av hjelpetiltakene vil det blant annet legges vekt om de vil ha en positiv effekt på barnet, om tiltaket er tilstrekkelig for å gi barnet god nok omsorg og om foreldrene har vilje og evne til å motta hjelp.

Hjelpetiltakene som fremgår av bvl. § 4-4 hjemler både frivillige og tvungne hjelpetiltak. I de tilfeller der foreldrene ikke ønsker å samarbeide eller der de er ute av stand til det, vil det ikke være nødvendig å vurdere de frivillige hjelpetiltakene.

I de tilfeller der det må igangsettes tiltak som må besluttes av fylkesnemnda, må det ut fra det akutte i situasjonen medføre at et foreløpig vedtak er nødvendig som en konsekvens av saksbehandlingstiden.

Videre vil det i et tilfeller der det er helt klart at hjelpetiltak ikke kan avhjelpe situasjonen, være nødvendig med foreløpig vedtak. Videre vil eventuelle uklarheter

¹⁰³ Innst. O. nr. 80 (1991–92) s. 15

rundt de faktiske forholdene komme frem ved en slik vurdering, ved at barnevernadministrasjonens leder må vurdere om det faktisk er andre tiltak som kan sies å være tilstrekkelige.

Vurderingen av hjelpetiltak vil derfor bero på en vurdering av risikoen for at barnet blir vesentlig skadelidende opp mot foreldrenes evne til å nyttiggjøre seg hjelpevedtakene. Vurderingen vil bygge på den tilgjengelige informasjonen, slik at et foreløpig vedtak må anses nødvendig ut fra den.

4.6.4 Hensynet til barnets beste som siste vurdering

Barnevernadministrasjonens leder må som en avsluttende vurdering ta stilling til om det er til barnets beste om det foreløpige vedtaket fattes, selv om de øvrige kriteriene er innfridd.

Bvl. § 4-1 første ledd angir hva lovgiver har lagt vekt på i en vurdering av hva som er til barnets. Det følger av bestemmelsen at et barnet skal ha «stabil og god voksenkontakt og kontinuitet i omsorgen». Bvl. § 4-1 går lengre enn barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 2. Det må derfor antas at barnets beste etter konvensjonen i denne konteksten er ivaretatt hvis vurderingen bygger på de kriterier som følger av bvl. § 4-1.

Prinsippet kommer til uttrykk gjennom bvl. § 4-12 ved at den vurderingen må ta utgangspunkt i barnets behov og momenter av betydning for barnet, ikke foreldrenes interesser og ønsker.¹⁰⁴ Barnet må derfor stå i sentrum for vurderingen, slik at barnets rett til omsorg blir ivaretatt.

Bestemmelsen legger avgjørende vekt på at barnet har behov for omsorg. Omsorgsbehovet vil være forskjellig hos det individuelle barnet, men det vil bero på en vurdering av om barnets fysiske og psykiske behov vil bli ivaretatt i vesentlig større grad ved et foreløpig vedtak.

¹⁰⁴ NOU 1985:18 s. 45

I de tilfeller der de øvrige kriteriene foreligger for omsorgsovertakelse, vil det i de fleste tilfeller være til det beste for barnet at det fattes et foreløpig vedtak. Den konkrete vurderingen vil bero på om omsorgen for barnet bare kan bli vesentlig bedre, mot de negative effektene det har å skille et barn fra sine foreldre i en kortere periode. Dette blir dermed en avveining mellom hensynet til barnets beste og det biologiske prinsipp, der barnets beste vil vinne fram der det er motstrid mellom interessene.

4.7 Innholdet i det konkrete vurderingen

Vurderingen vil i den konkrete situasjonen være særdeles kompleks, fordi vedtaket bygger på mange forskjellige kriterier, og avgjøres fattes vanligvis over en kortere tidsperiode. Dette medfører at det i vurderingen er særdeles mange momenter som må balanseres og vurderes på en og samme tid. Samtidig må det i ethvert ledd tas hensyn til de barnevernrettslige hensynene og verdiene. Dette vanskeliggjør vurderingen ytterligere.

Barnevernadministrasjonens leder må for det første avgjøre om barnet faller inn under inngrepskriteriene slik de fremgår av bvl. § 4-8 annet ledd annet punktum. I de situasjoner dette ikke er tilfellet, kan ikke det foreløpig vedtaket fattes.

Videre må barnevernadministrasjonens leder ta stilling til om det nyfødte barnet kan bli vesentlig skadelidende ved å bli med foreldrene hjem. Denne vurderingen vil bero på om det er forhold ved barnet som tilsier at det er særlig sårbart og mottakelig for skade. Det må også vurderes hvilket omsorgsbehov barnet har som en følge av det.

For det tredje må vurderingen bygge på om det er forhold ved foreldrene som medfører en risiko for skader eller mangler som er overveiende sannsynlig ovenfor det konkrete barnet. Dette betyr at barnevernadministrasjonens leder i det enkelte tilfelle må gjennomføre en konkret vurdering av om foreldrene kan gi tilstrekkelig omsorg. Her vil skader, diagnoser og andre forhold ved dem være avgjørende.

Barnevernadministrasjonens leder må også ta hensyn til de vurderinger foreldrene har av egen sykdomsdiagnose og omsorgsbegrensninger, og det adferdsmønsteret de utviser på vedtakstidspunktet.

Det må videre foreligge en årsakssammenheng mellom den sviktende omsorgsevnen og prognosen for skaderisikoen. Dette medfører at i de situasjoner der foreldrenes omsorgsevne ikke er en markant del av skadeprognosen, så kan det heller ikke skje en overtakelse av omsorgen for det nyfødte barnet.

Vurderingen vil derfor bero på en vekting av den tilgjengelige informasjonen som foreligger om foreldrene og den informasjonen som foreligger om barnet.

Når dette er gjort må det vurderes om forholdet mellom foreldrenes omsorgsevne og barnets omsorgsbehov med overveiende sannsynlighet kan utgjøre en «alvorlig mangel» eller «alvorlig skade» hos barnet på kort sikt. Det må også vurderes hva denne mangelen og denne skaden kan gå ut på i det konkrete tilfellet. Blir dette besvart benektende, kan ikke barnevernadministrasjonens leder fatte et foreløpig vedtak. Blir dette besvart bekreftende må ytterligere vurderinger til.

Barnevernadministrasjonens leder må i slike tilfelle vurdere om vedtaket er nødvendig, og om hjelpetiltak kan avhjelpe situasjonen på kort sikt. I de tilfeller der det foreløpige vedtaket ikke kan anses nødvendig eller der situasjonen kan avhjelpes med hjelpetiltak, kan ikke vedtaket fattes. Er det foreløpige vedtaket derimot å anse som nødvendig, og hjelpetiltak er utilstrekkelig, må barnevernet vurdere om vedtaket i sin helhet er til barnets beste.

Er det ikke til barnets beste, kan vedtaket ikke fattes. Er det derimot konkludert med at vedtaket er til barnets beste, kan vedtaket fattes. Barnevernets beskyttelsesplikt vil hær gripe inn, slik at vedtaket skal fattes. Barnevernet kan ikke velge å se bort fra at alle kriteriene er innfridd ved å vektlegge for eksempel det biologiske prinsipp. Barnets beste vil i ethvert henseende vinne frem.

Som en følge av dette har fremstillingen klarlagt, i den grad det er mulig, innholdet i den konkrete vurderingen som må gjennomføres. Hjemmelen må sies å være klar fra lovgivers side, men vil i stor grad bero på skjønn.

5 Avsluttende bemerkninger

Selv om barnevernloven nå i langt større grad ivaretar barnet og foreldrenes rettsikkerhet en tidligere lov gjorde, vil jeg bemerke at akutthjemmelen slik den fremstår gjennom reglene i bvl. § 4-9 jf. § 4-8 annet ledd jf. § 4-12 ikke kan sies å være hensiktsmessig plassert eller utformet i den utstrekning kriteriene kommer til anvendelse.

Hjemmelen for foreløpig vedtak har for det første mer til felles med hjemmelen for midlertidig vedtak i bvl. § 4-6 annet ledd, enn det øvrige innholdet i bestemmelsene som må prøves. Både de prosessuelle og de personelle reglene er like ved et vedtak etter bvl. § 4-9 og § 4-6 annet ledd. Begge er også ment som akutte vedtak, som skal være kortvarig.

Videre er det i dag et lite skille i praksis av hvor langt kriteriene strekker seg og hvilke kriterier som vurderes. Dette kan komme av den geografiske spredningen av fylkesnemndene. En fylkesnemnd er heller ikke bundet av en annens tolkning, og det ser ut til at det over de siste tjue årene har utviklet seg lokal praksis på hvordan inngrepskriteriene skal forstås. Dette må fra et rettsikkerhetsperspektiv anses svært uheldig, og det kan dermed vurderes om kriteriene slik de fremstår er hensiktsmessig konstruert. Ved at ordlyden tolkes noe forskjellig får kriterienes konturer utflytende grenser.

Samtidig må det tas høyde for at utviklingen som har kommet i fylkesnemndene er en konsekvens av menneskerettighetsloven. Den endrede tolkingen kan derfor være begrunnet med det.

Jeg mener på bakgrunn av dette at det kan være hensiktsmessig at det ved neste lovrevisjon sees nærmere på kriteriene for et foreløpig vedtak og hvor denne regelen best kan passe inn i det systemet lovgiver har lagt opp til. Ved å gjøre det vil barnevernet og de øvrige instansene ha bedre forutsetninger til å tolke inngrepskriteriene likt, slik at det kan unngås at de opprettes lokale varianter av forståelsen av kriteriene. Dette vil igjen fremme forutberegnelighet og likebehandling.

6 Kilder

6.1 Litteratur

- Sigurdson, Randi, *Tvangsplassering av barn med utfordrende adferd*, 1. utgave, Bergen (2015)
- Bendiksen, Lena R. L og Haugli, Trude, *Sentrale emner i BARNERETTEN*, 1. utgave, Oslo (2014)
- Ofstad, Kari og Skar, Randi, *Barnevernloven med kommentarer*, 5. utgave, Oslo (2009)
- Knut Lindbo, *Barnevernrett*, 5. utgave, Oslo (2008)
- Oppedal, Mons, *Akutthjemlene i barnevernloven*, 1. utgave, Oslo (2008)
- Sandberg, Kirsten, *Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse*, 1. utgave, Oslo (2003)
- Andenæs, Kristian mfl., *Sosialrett*, 6. utgave, Oslo (2003)
- Eckhoff, Torstein og Helgersen, Jan E., *Rettskildelære*, 5. utgave, Oslo (2001)

6.2 Forarbeid

- Ot. Prp. Nr. 56 (1952)* Lov om barnevern
- NOU 1985:18* Lov om sosiale tjenester mv.
- Ot.prp.nr.60 (1988-1989)* Om lov om sosiale tjenester m.v. (sosialloven)
- Innst.O.nr.80 (1991-1992)*. Innstilling fra forbruker- og administrasjonskomiteen om lov om barneverntjenester (barnevernloven)
- Ot.prp.nr.44 (1991-1992)* Om lov om barneverntjenester (barnevernloven)
- Innst.186 S (2013-2014)* Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen

6.3 Etterarbeid

- Prop.106 L (2012-2013)* Endringer i barnevernloven
- NOU 2012:5* Bedre beskyttelse av barns utvikling - Ekspertutvalgets utredning om det
- Ot.prp.nr. 69 (2008-2009)* - Om lov om endringer i barnevernloven
- Ot.prp.nr.76 (2005-2006)* Om lov om endringer i barnevernloven og sosialtjenesteloven mv. (saksbehandlingsregler for fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker mv.)
- Ot.prp.nr.64 (2004-2005)* Om lov om endringer i lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester og lov 13. desember 1991 nr. 81 om sosiale tjenester (sosialtjenesteloven) m.v.
- NOU 2000: 12* Barnevernet i Norge— Tilstandsvurderinger, nye perspektiver og forslag til reformer

6.4 Dommer fra den Europeiske menneskerettighetsdomstolen

- Case of Johansen v. Norway, judgment*, of 7. August 1996 (application. 17383/90)
- Case of Z. and others v. The United Kingdom*, judgment, 10. May 2001 (application no. 29392/95)
- Case of K. and T v. Finland, judgment*, 12. July 2001 (Application no. 25702/94)
- Case of P., C. and S v. The United Kingdom*, judgment, 16. July 2002 (Application no. 56547/00)
- Case of Haase v. Germany, judgment*, 8. April 2004 (Application no. 11057/02)

6.5 Praksis fra Høyesterett

Rt. 2015 s. 93
Rt. 2002 s. 875
Rt. 2000 s. 996
Rt. 1996 s. 1203
Rt. 1995 s. 350
Rt. 1994 s. 1105
Rt. 1992 s. 242
Rt. 1991 s. 668
Rt. 1886 s. 1189
Rt. 1982 s. 764

6.6 Rettens gang

Rg. 2002 s. 1487
Rg. 1997 s. 1550

6.7 Praksis fra lagmannsretten

LE 2013 s. 134266
LB 2005 s. 79220
LH 2002 s. 515
LH 2003 s. 310
LG 2003 s. 5414

6.8 Praksis fra tingretten

Tgjøv 2013 s. 55141

6.9 Vedtak fra fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker

FNV 2014 391 AGD
FNV 2013 326 ROG
FNV 2012 369 OPP
FNV 2012 15 OSL
FNV 2012 71 OSL
FNV 2012 106 TEL
FNV 2011 143 TEL
FNV 2009 71 AGD
FNV 2009 497 OSL
FNV 2005 52 ROG
FNV 2004 69 MRO

6.10 Kommentarer til barnekonvensjonen

Generell kommentar nr. 14 (2013) *om barnets rett til at hans eller hennes beste skal være et grunnleggende hensyn (art. 3, para. 1)*

6.11 Vedlegg til forarbeidet, retningslinjer mv.

NOU 1985: 18 VEDLEGG 1, Heap, Kari Killèn, Notat vedrørende barn i alvorlig fare på grunn av omsorgssvikt av

NOU 2012: 5 VEDLEGG 1, Braarud, Hanne Cecilie, Oppdatert kunnskap om tidlig utvikling med tanke på kompensierende tiltak, inkludert å hente barnet

Retningslinjer om midlertidige og foreløpige vedtak i akutsituasjoner Q-0973 (2000)

6.12 Nettsider

<http://abo.reettsdata.no/browse.aspx?bid=autoComp&sDest=gL19920717z2D100z2EzA74z2D9#gL19920717z2D100z2EzA74z2D8> (sist sjekket 12.12.15)

https://helsedirektoratet.no/Documents/Medisinske%20koder%20og%20kodeverk/ICD-10/Komplett-BI%C3%A5-bok_230905.pdf (sist sjekket 12.12.15)