



Tittel

Omsorgsovertakelse på grunnlag av prediksjon Barnevernloven § 4-12, litra d

av Hilde Rakvaag

*Stor masteroppgave i rettsvitenskap
ved Universitetet i Tromsø
Det juridiske fakultet
Våren 2008*

KAP.1 INNLEDNING.....	4
1.1 Tema for oppgaven.....	4
1.2 Siktemål og problemstillinger	5
1.3 Nærmere om problemstillinger og formål	6
1.4 Rettslig plassering	7
KAP.2 KILDEGRUNNLAG OG METODE.....	7
2.1 Innledning	7
2.2 Framgangsmåte	7
2.3 Oversikt over rettskildematerialet.....	8
2.4 Internasjonale menneskerettigheter	8
2.5 Barnevernloven.....	9
2.6 Forarbeider	9
2.7 Den europeiske menneskerettighetsdomstolen.....	10
2.8 Høyesterettspraksis	10
2.9 Underrettspraksis.....	14
2.10 Praksis fra fylkesnemnda	14
2.11 Juridisk litteratur	15
2.12 Andre kilder	15
KAP 3 BARNEVERNET I UTVIKLING	16
3.1 Introduksjon	16
3.2 Vergeråd.....	16
3.3 Lov om barnevern av 1953	17
3.4 Dagens lov barnevernloven av 1992	18
KAP.4 BARNEVERNRETTSLIGE PRINSIPPER.....	19
4.1 Introduksjon	19
4.2 Legalitetsprinsippet.....	20

4.3 Mildeste inngreps prinsipp	21
4.4 Det biologiske prinsipp	22
4.5 Prinsippet om barnets beste	24
4.6 Nærmere om begrepets innhold.....	25
KAP 5 KORT OM RETTSIKKERHET VED OMSORGSOVERTAKELSE	28
KAP 6 KRITERIER FOR INNGREP.....	30
6.1 Et kort tilbakeblikk.....	30
6.2 Barnevernloven § 4-12, 1. ledd litra a.....	31
KAP 7 VILKÅR FOR INNGREP.....	33
7.1 Barnevernloven § 4-12, 1.ledd litra d).....	33
7.2 Kategorisering eller - ?	33
KAP 8 INNHOLDET I FORELDREROLLEN.....	35
8.1 Omsorg	35
8.2 Hvilke skader skal barnet vernes mot?	37
8.3 Prognosevurderingene	39
8.4 Skadetidspunktet.....	40
8.5 Tidspunktet for omsorgsvikten.....	41
KAP 9 BEVIS	45
9.1 Beviskravet i barnevernloven § 4-12, litra d.....	45
9.2 Hvor stor sikkerhet kreves?	45
9.3 Hva skal bedømmes ?.....	48
9.4 Sakens opplysning	49
9.5 Vekten av de sakkyndiges betraktninger	50
9.6 Kvalitative krav til de fagkyndige?.....	51
KAP 10 TILTAKETS SUBSIDIÆRE KARAKTER	55
10.1 Barnevernloven § 4-12 , 2.ledd.....	55

10.2 Nærmere om nødvendighetskravet.....	55
10.3 EMK og framtidspregoser	56
10.4 Kort om vilkårene for et berettiget inngrep	56
10.5 Forebyggende tiltak.....	57
10.6 Forebygge skade eller redusere skaderisikoen?	60
KAP 11 FOKUS MOT BARNET.....	63
11.1 Barnets bestevurderingene	63
11.2 Hva med søsken?	65
11.3 Barnets synspunkter	66
11.4 Hva mener barnet egentlig?	66
11.5 Hva med konsekvensene?	67
KAP 12 RETT TIL HVA?.....	69
12.1 Plikt til å foreta en omsorgsovertakelse?	69
12.2 Barns rett til vern	71
12.3 Retten til liv – en grunnrettighet.....	71
12.4 Barns rett til omsorg	72
12.5 Rett til vern mot en framtidig omsorgssvikt?	73
KAP 13 AVSLUTTENDE KOMMENTARER	75
LITTERATURREGISTER.....	77

KAP.1 INNLEDNING

1.1 Tema for oppgaven

Det er et naturlig utgangspunkt at det er barnets foreldre som yter den nødvendige omsorg. Ordningen er i seg selv av grunnleggende verdi for mennesket, og brudd på denne kan få følger av ulik art og grad. Imidlertid kan også fravær av brudd få konsekvenser. For selv om det er gjennom de nære relasjoner mennesket gledes og berikes mest, er det også disse som kan smerte det mest.¹ Noen ganger kan smerten, uavhengig av om den er fysisk eller psykisk, være av en slik grad at det kan karakteriseres som uakseptabelt for barnet å forbli i en slik situasjon. Andre ganger kan forholdene være akseptable, men på sikt vil de gli over til å bli alvorlig fare for barnets helse og utvikling.

Temaet for denne oppgaven er nettopp de tilfeller hvor myndighetene må tre inn i det etablerte og foreta en omsorgsovertakelse. Barnevernloven § 4-12 gir hjemmel for et slikt inngrep. Noe som medfører at barnets omsorgsbasis flyttes fra foreldrene og over til andre, som på vegne av barneverntjenesten utøver den daglige omsorg for barnet.² Selv om foreldrene fremdeles innehar forelderansvaret, innebærer flyttingen en kraftig beskjæring av ansvarets innhold.

Jeg har valgt å se nærmere på det siste av de fire alternative inngrepsvilkårene i barnevernloven - § 4-12, litra d), samt fellesvilkårene i 2.ledd.³ Således avgrenses det mot omsorgsovertakelse i sin helhet, videre mot de prosessuelle rettslige sidene av emnet.

Før jeg plasserer temaet i det rettslige landskap, vil jeg først si noen ord om bakgrunnen for valget mitt. Det vil i den sammenheng være naturlig også å komme inn på formålet med oppgaven, samt presentere problemstillingene jeg mener temaet reiser.

¹ Etter Kowalski 2003

² Enten fosterhjem eller institusjon jf bvl § 4-18

³ ”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”... ”vedtak etter første ledd kan bare treffes når det er nødvendig ut fra den situasjonen barnet befinner seg i. Et slikt vedtak kan derfor ikke treffes dersom det kan skapes tilfredstillende forhold for barnet ved hjelpetiltak etter § 4-4 eller ved tiltak etter § 4-10 eller § 4-11.”

1.2 Siktemål og problemstillinger

Her skal jeg først gjøre kort rede for de faktorene som har medvirket til valg av tema. Den årlige statistikken fra Statistisk sentralbyrå (SSB) viser at tallet på meldinger til barnevernstjenesten er stigende. Ved utgangen av 2006 startet barnevernet i alt 23.450 undersøkelser, en stigning på 10 % sammenlignet med året før. Halvparten av disse meldingene munnet ut i tiltak etter lov om barneverntjenester, mens 48 % ble lagt bort uten tiltak. I hver fjerde sak var omsorgssvikt/ mishandling krysset av som grunn for undersøkelsen, 18 % kom av adferdsavvik hos barnet, mens 55 % ble forklart med forholdene i hjemmet.

Samlet tok 40.400 barn imot tiltak fra barneverntjenesten i 2006. Av disse mottok 33.200. hjelpetiltak etter bvl § 4-4, 1-3. ledd. Mens om lag 6000 barn på samme tidspunkt var under omsorg av barneverntjenesten.⁴

Hjelpetiltak er, og skal være, det mest benyttede tiltak fra barneverntjenesten side.⁵ Som ansatt i barneverntjenestens 1.linje har jeg selv erfart at drevne barnevernsarbeidere har innebygd et vidt spekter av hjelpetiltak i sitt faglige repertoar. Alt fra den klassiske barnehageplassen, til de mer spissede tiltak som hjemmebasert behandling f.eks. PMTO⁶.

Imidlertid er det en kjensgjerning at media fra tid til annen kan fortelle om tidligere barnevernsbarn, som så gjerne hadde sett at barneverntjenesten hadde gått for en plassering utenfor hjemmet tidligere enn det den gjorde. Hvor mange som deler denne oppfatningen, finnes det ikke materiale for å ha en kvalifisert mening om. Likevel - slike beretninger er tankevekkende.

Synspunkter fra nyere samfunnsforskning går retning av at det er mulig barneverntjenesten faktisk venter for lenge med å fremme sak for fylkesnemnda for sosiale saker.⁷

⁴ SSBs statistikk for 2006 nettadr.: www.ssb.no

⁵ Dette behandles i sammenheng med 4-12 2.ledd

⁶ Parent Management Training – Oregon: behandlingsmetode for barn med atferdsvansker

⁷ Et domstolslignende regionalt forvaltningsorgan oppretta i med hold av sosialtjenestelovens kap 9

Det sies at barneverntjenesten er så ”sterkt opptatt av å ha nok ”bevis” før de fremmer en sak, og konsekvensene viser seg ofte å være at mange av barna er blitt så skadelidende at det er vanskelig å rette opp etter at de får en ny omsorgsbasis”.⁸ Selv har jeg observert at relativt massive hjelpetiltak ikke sjeldent nyttes over lang tid, på tross av at troen på at de skal føre til endringer i sentrale forelderfunksjoner ikke er særlig sterk.

Barneverntjenesten har, eller har tilgang på, kunnskap om hvilke faktorer som kan medføre risiko for alvorlig skade hos barn. Det har fått meg til å grunne over hvorfor det ventes til skaden har realisert seg. Spørsmålet er svært komplisert, svaret vil følgelig avhenge av vinklingen herunder presiseringen av spørsmålet. Det er for eksempel mulig å vurdere valg av tiltak som en årsaksfaktor. Videre stille spørsmål om hvorvidt brukerne kan ha troen på noe som ingen andre har – en form for selvoppfyllende profeti, og slik bort gjennom. Samtidig må resultatet igjen ses i en større sammenheng, der bildet vil være preget av et samspill mellom flere faktorer.

1.3 Nærmere om problemstillinger og formål

Til tross for ovennevnte utfordringer ønsker jeg å prøve å bidra til å finne noen mulige forklaringer på at det er få saker som fremmes før risikoen har materialisert seg i skade. Et naturlig spørsmål da er om de materielle vilkårene i bvl § 4-12, litra d) er så strenge, at de i praktisk virker som en skranke for riktig hjelp til rett tid. For å kunne dette må jeg foreta en klassisk framstilling av reglen. I forbindelse med dette er det naturlig for meg underveis å stoppe noe opp ved enkelte begreper som ikke juridiske, men som er av stor betydning når det skal vurderes om vilkårene for en omsorgsovertakelse er oppfylt. Slik sett vil man kunne si at oppgaven også har et tverrfaglig tilsnitt.

Jeg vil underveis se nærmere på et utvalg av høyesterettsavgjørelser⁹, for slik å trekke fram hvilke vurderinger som blir gjort i disse sakene. På den måten er det mulig å utkrystallisere de momentene som er sentrale når det skal avgjøres om et barn skal flyttes fra foreldrene sine på bakgrunn av framtidsprognoser.

⁸ Kvello 2007s. 62

⁹ Utvelgelsesmåten vil det bli kommet tilbake til under presentasjonen av kildematerialet

1.4 Rettslig plassering

Barnevernretten sorterer under sosialretten, som igjen er en del av den spesielle forvaltningsretten. Det siste fordi sosialretten omhandler offentlig myndighetsutøvelse. I sosialretten er søkelyset rettet mot de rettsreglene som har vokst fram i takt med velferdsstatens utvikling. Reglene har stor betydning for velferden her til lands fordi flere av dem gir borgerne individuelle rettigheter¹⁰. Disse rettighetene kan borgerne selv avgjøre om de vil gjøre seg nytte av.

Temaet for oppgaven tilhører den delen av barnevernretten som gir hjemmel for bruk av tvang, og kan således betraktes som velferdstatens andre ansikt. Imidlertid er også her velferd i fokus, men da i form av vern mot en alvorlig framtidig skade hos barn.

Det siste taler for at temaet også kan kategoriseres inn under barneretten, fordi formålet mitt dels er å beskrive hvilket vern barn har mot slike skader. Slik Haugli ser det kan oppgavene innenfor barneretten bl.a. være å ” gi en beskrivelse av barns virkelighet, hvordan barns rettigheter i praksis blir ivaretatt.”¹¹

KAP.2 KILDEGRUNNLAG OG METODE

2.1 Innledning

I det kommende vil jeg kort presentere de kildene jeg har basert oppgaven min på. Innledningsvis vil jeg først si noe om hvordan jeg har tilnærmet meg dette materialet, dvs hvilken fremgangsmåte som er benyttet.

2.2 Framgangsmåte

Målsetningen min er å vurdere hvilket vern barn har mot en omsorg som på sikt vil kunne medføre alvorlig skade. I så måte er det naturlig at jeg i tillegg til å framstille

¹⁰ Kjønstad og Syse 2001 s 25

¹¹ Haugli 2000 s 434

gjeldende rett¹² også vurderer eller påpeker de funn jeg gjør. Det siste i et forsøk på å rette søkelyset mot de verdiene som fremstår som styrende på rettsområdet. Noe som betyr at jeg vil begi meg ut på en noe friere diskusjon enn det som tillates når gjeldene rett skal fastslås.

Jeg har valgt å benytte uttrykket funn i det ovenstående, fordi rettsspørsmålet her ikke vil avstedkomme noe klart svar ved bruk av rettsdogmatisk metode.¹³ Dels fordi det her vil være snakk om skjønnsmessige vurderinger og dels fordi diskusjonen her vil være farget av de interesseavveiningene som må foretas. Ikke slik interessekonflikter er noe unikt for dette rettsområdet, men heller slik at det kan knyttes tvil om vekten av de hensyn som skal i akttas når konflikten skal løses.¹⁴ Videre er det også slik at de verdiene som ligger under hensynene i større grad enn på andre rettsområder er under innflytelse av flere ”verdileverandører”. På den måten at rettssystemet ikke eksisterer i et vakuum. Eller mulig slik som Gording Stang ”synet på retten som et ”lukket og avgrenset normsystem” lar seg vanskelig forsvare”.¹⁵

2.3 Oversikt over rettskildematerialet

Oppgaven bygger på 4 hovedkilder. I det følgende introduseres disse, samtidig som jeg sier noe om den generelle vekten av hver av dem .

2.4 Internasjonale menneskerettigheter

Her må helt kort nevnes at menneskerettigheter kan sies å være grunnleggende krav alle mennesker kan stille til myndighetene under et hvert rettssystem. Kravene anses som en nødvendig bestanddel i et hvert menneskes liv, og trenger av den grunn ingen begrunnelse.¹⁶

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) og FN- konvensjonen om barns rettigheter (BK) er av relevans for temaet her. Særlig sentralt står BK art. 3 nr. 1 om hensynet til barnets beste som et grunnleggende moment i alle forhold som omhandler barn, og retten til vern mot omsorgssvikt nedfelt i art. 19 nr.1. EMK art 8

¹² Riktig rett eller den riktige juridiske løsning etter det foreliggende rettskildematerialet, ibid

¹³ Etter Haugli 2000 s 40

¹⁴ Haugli 2000 s 40

¹⁵ Gording Stang 2007 s.57

¹⁶ Jørgen Aall gir begrepet her en materiell avgrensning

om retten til familieliv har følgelig relevans i saker om omsorgsovertakelse. Begge konvensjonene er inkorporert ved menneskerettighetsloven, og har ved motstrid forrang for andre bestemmelser i annen lovgivning, jf menneskerettighetsloven § 3.

2.5 Barnevernloven

Primær rettshjemmelen for oppgaven er bvl § 4-12, litra d, i barnevernloven av 1992 (bvl) ¹⁷. Imidlertid vil følgelig også andre bestemmelser i loven trekkes inn. Videre har jeg benyttet meg av eldre lovgivning, og da primært for å kaste et blikk tilbake i tid.

Når en skal søke å løse et rettsspørsmål er det naturlige startpunkt den aktuelle bestemmelsens ordlyd.¹⁸ Den alminnelige språklige forståelse av denne vektet vanligvis tungt, dersom budskapet er klart. Som jeg kommer tilbake til i er inngrepskriteriene i § bvl 4-12, 1. ledd av ulike grunner nokså upresise. Videre er vilkårene i 2.ledd skjønnsmessige, bestemmelsen er så måte ikke klar. Andre normative faktorer må således tillegges stor vekt. Ordlydens betydning vektet således ikke særlig tungt, nettopp fordi andre faktorer må tolkes for å gi mening til lovteksten.

2.6 Forarbeider

Barnevernslovens forarbeider består bl.a. av ulike utredninger, proposisjoner samt komitéinnstillingen. I min oppgave har jeg særlig studert NOU 1985:18 Lov om sosiale tjenester m.v., Ot. prp. nr 44 (1991-1992) Om lov om barneverntjenester samt Inst.O. nr. 80 (1991-92) Innstilling fra forbruker- og administrasjonskomiteen om lov om barneverntjenester.

Forarbeider gir helt enkelt sagt uttrykk for lovgivers vilje. De vil således gi lovanvender veiledning i tolkningsprosessen. Da særlig i forhold til hvilke prinsipper og verdier den konkrete bestemmelsen må tolkes i lys av. I og med at ordlyden i

¹⁷ Etter Nygaard 2004 s 29

¹⁸ Etter Eckhoff 2000 s 39

primærbestemmelsen for spørsmålet her både er uklar og skjønnsmessig, tjener forarbeidene godt som veiledning. Vekten vil bero på det øvrige materialet. Forarbeidenes relative vekt må også forstås i lys av arbeidets alder.

2.7 Den europeiske menneskerettighetsdomstolen

Jeg har ikke valgt å bruke av praksis fra den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD), til tross for at denne rettskilden vektet tungt. Umiddelbart kan dette betraktes som en svakhet. Imidlertid er ikke fokuset her omsorgsovertakelse generelt. Videre foreligger det heller ikke praksis på omsorgsovertakelse basert på framtidsprognoser.

2.8 Høyesterettspraksis

Jeg har valgt å benytte høyesterettspraksis, selvfølgelig fordi det er en relevant rettskilde. For å finne fram til dommene har jeg benyttet meg av Lovdata, hvor søkeordene ”omsorgsovertakelse”, ”barnevernloven § 4-12 litra d” samt en kombinasjon av disse ble anvendt. Videre har jeg slått opp i lovkommentarene på Rettsdata, for slik å få innspill på aktuelle dommer. Under søket kom det raskt fram at det ikke foreligger noen rene litra d) – avgjørelser. Imidlertid fant jeg flere hvor alternativ d) og a) var benyttet sammen. I seg selv var ikke det noen overraskelse, all den tid det er sikker rett at det er forholdene på domstidspunktet som skal opp til vurdering. Veien fra fylkesnemnda til høyesterett er lang, på den måten er sjansene store for at det som en gang ble predikert, nå har slått til.¹⁹

Til å begynne med hadde jeg bare fokus på å finne dommer av nyere dato, i en slags leten etter gjeldene rett. Etter hvert i prosessen begynte jeg imidlertid å stille egne, og supplerende spørsmål. Noe som førte til at jeg på ny måtte inn i søkebasen. Nå for å finne andre dommer som kunne bidra til å fastlegge hvordan høyesterett behandler de samme spørsmålene. Grovt sett kan jeg dele dommene i to grupper. De

¹⁹ Forklaringene kan være flere, og disse vil bli det bli kommet tilbake til i framstillingen.

som bare refereres, og de som drøftes nærmere. Den første gruppen gis ikke en særskilt presentasjon, her er vil anvendelsen likne den som er vanlig i mindre studentoppgaver. Enkelte av disse dommene er av eldre dato. Likevel er de tatt med, og da dels fordi noen av dem inneholder enkelte formuleringer som er svært klargjørende. Mens andre igjen egner seg godt til å illustrere noen av de vurderingene som foretas i saker om omsorgsovertakelse.

Prejudikatsvirkningen av dommene er begrenset, noe som også kan sies om andre høyesterettsdommer på dette rettsområdet²⁰. Imidlertid gir dommene en anvisning på hvilke momenter det er rom for å trekke inn bl.a. når barnets omsorgssituasjon skal vurderes. De vil videre gi en anvisning på hvilken avveininger som foretas i saker om omsorgsovertakelse.

Jeg vil i det følgende gi en presentasjon av de høyesterettsdommene som jeg har viet størst oppmerksomhet, og som jeg stadig vil komme tilbake til underveis. Når det blir gjort vil jeg ofte gi et kort resymé. Ikke bare for oversiktens skyld, men også for å understreke hva som er vurderingstemaet her og nå. Dommene kan følgelig ikke gjengis i sin helhet. På den måten kan enkelte momenter fra dommene bli brukt senere i oppgaven, uten at disse nødvendigvis har blitt nevnt i presentasjonen.

Resymé av dommene

Rt. 1998 s. 1702 gjaldt 5 brødre som på domstidspunktet var i alderen 4 til 14 år. Det var den eldste gutten i søskenflokket som var foranledningen til at barnevernet ble koplet inn. Etter at han hadde kontaktet politiet for å få hjelp med sin mor ”som drikker så mye”, ble det iverksatt undersøkelse. De tre eldste guttene framviste klare tegn på omsorgssvikt. Alle ble beskrevet som understimulerte, umodne og usikre. Videre vagabonderte de, og ble ved flere anledninger observert ute på natten alene. De to eldste brødrene hadde i tillegg utført alvorlig skadeverk, og noen tyverier. Den yngste framviste ingen form for atferdsavvik. Barnevernet satte inn en rekke forskjellige hjelptiltak. Imidlertid ble de fleste avsluttet fordi mor opplevde seg utsatt for kritikk, videre følte hun at barnevernet benyttet tiltakene i overvåkingsøyemed. Høyesterett støttet seg til de sakkyndiges erklæringer fra

²⁰ Haugli 2000 s. 48

herredsretten, med hensyn til vurderingen av foreldrenes omsorgsevne på tidspunktet for omsorgsovertakelsen. Mor ble beskrevet å ha psykiske problemer. Disse problemene var av en slik art og grad at det kontaktsamspillet som er nødvendig for barns utvikling, ble skadelidende. Far på sin side, ble i liten grad ansett å kunne kompensere for mors mangler på dette området. Ingen av foreldrene maktet den praktiske delen av foreldreansvaret.

Høyesterett slo fast at vilkårene etter bvl § 4-12 1.ledd litra a og d på tidspunktet for fylkesnemndas vedtak var oppfylt for de fire eldste guttene. Mens det for den yngste, ikke var tvilsomt at litra d var oppfylt ”også for hans vedkommende”. Etter omsorgsovertakelsen utviklet guttene seg positivt. Alle ble rapportert å framstå som mer harmoniske og normalt fungerende. Foreldrenes omsorgsevne ble ikke vurdert å ha endret seg. De sakkyndige for Høyesterett vurderte at de tre eldste ville ha behov for en tett og solid omsorg, om den positive utviklingen skulle holde seg.

Høyesterett lot det ikke være utslagsgivende at de to eldste vil flytte tilbake til foreldrene sine, og stadfestet fylkesnemndas vedtak om omsorgsovertakelse for alle guttene.

Rt 1999 s 1883 omhandlet 2 brødre på henholdsvis 10 og 12 år. Deres mor, som tidligere hadde vært alene om omsorgen for dem i tillegg en yngre søster, var nå gift på ny. Hun krevde at vedtaket fra fylkesnemnda skulle oppheves.

Guttene var plassert i en institusjon. Denne plasseringen var i utgangspunktet ment å være midlertidig, i det de der skulle utredes før innflytting i fosterhjem. Imidlertid framviste guttene massive adferdsproblemer, og da av en alvorligere grad enn tidligere antatt. Barneverntjenesten hevdet at vanskene var av en slik karakter at et fosterhjem ikke ville være egnet plasseringssted. Slik de så det skyldtes guttenes vansker omsorgssvikt, noe som ble sett i sammenheng med trekk ved mors personlighet. Hjelpetiltak ble ansett nytteløst, bl.a. fordi mor ikke hadde vist vilje til å samarbeide tidligere. Mor på sin side viste til at livssituasjonen hennes hadde endret seg siden tidspunktet for omsorgsovertakelsen. Angstproblemene var bl.a. over. Begge guttene ønsket seg tilbake til mor. Det ble oppnevnt to sakkyndige for Høyesterett. Disse var enige om at guttene framviste adferdsproblemer, og at de var spesielt omsorgskrevende. Imidlertid så de forskjellig på årsaksforholdene. Den samme uenigheten gjaldt også vurderingen av mors omsorgsevne. Videre hadde de

forskjellige syn på hvilke type tiltak som ville være det beste for guttene. Grovt sett så den ene det som best å opprettholde vedtaket som følge av forhold ved mor. Sett i lys av guttenes massive omsorgsbehov, anbefalte han fortsatt institusjonsplassering. Den andre mente forklaringen på guttenes adferd lå i hjemlengsel hos guttene, samt at mor tidligere hadde vært for ettergivende med dem. Han anslo det best for guttene å flytte hjem.

Høyesterett fant enstemmig at vilkårene for omsorgsovertakelse ikke forlås, idet mors livssituasjon hadde bedret seg. Videre ble det lagt vekt på at guttene ikke hadde funnet seg til rette på barnehjemmet, og ønsket seg tilbake til sin mor. Høyesterett så dog at guttene ville ha behov for hjelpetiltak også etter hjemkomst.

Rt 2005 s.624 gjaldt et 13 år gammel funksjonshemmet jente. Hun fikk tidlig i livet konstatert en alvorlig cerebral parese, med lammelser og nedsatt førlighet. Jenta ble som følge av dette svært hjelpetrengende, og ble etter hvert også avhengig av rullestol. Jentas mor hadde imidlertid vanskelig for å samarbeide med de til en hver tid aktuelle hjelpeinstanser. Dette var et mønster som hadde gjentatt seg helt fra jenta var liten. Bl.a. ble hun tatt ut av barnehagen som følge av en konflikt mellom mor og ledelsen i barnehagen. Tilbudet fra PP- tjenesten ble i samme forbindelse avslått i. Da barneverntjenesten mottok bekymringsmelding fra skolen, hadde det hele kuliminert i at jenta stod uten et nødvendig fysikalsk behandlingstilbud. I tillegg hadde mor avsluttet alt samarbeid med skolen. Barneverntjenesten lyktes heller ikke å få til en konstruktiv dialog med mor. Fylkesnemnda fattet vedtak om omsorgsovertakelse, hvorpå jenta ble institusjonsplassert. Kommunen anket saken til Høyesterett etter at mor fikk medhold i lagmannsretten. De sakkyndige for Høyesterett ble bedt om å vurdere jentas omsorgsbehov, samt mor omsorgsevne. Mor fylte ingen klassiske diagnosekriterier, men ble vurdert å ha en grunnleggende paranoid holdning. Jenta ble beskrevet å ha et betydelig hjelpebehov på en rekke områder. Bl.a. ville hun framover i tid trenge medisinsk og psykiatrisk behandling, praktisk hjelp samt fysioterapi. Videre ble det konkludert med at omsorgen i sin helhet måtte være preget av forutsigbarhet og varme. De sakkyndige var noe usikre med hensyn til mors omsorgsevne generelt. Imidlertid bekymret de seg over hennes evne til å yte datteren tilstrekkelig omsorg spesielt. Svikten lå særlig i evnen til å samarbeide med instanser som datteren også ville ha behov for ytelse fra i

framtidig. Jenta selv uttalte at hun ikke ønsket å flytte tilbake til sin mor. Høyesterett kom enstemmig til at tingrettens dom skulle stadfestes.

2.9 Underrettspraksis

I to tilfeller henvises det til praksis fra lagmannsretten. Denne har jeg ikke søkt opp på vanlig måte, men blitt gjort oppmerksom på via teori. Det vil bli følgelig bli vist til sekundærkilden. Når jeg har benyttet disse, er det fordi de gjennom å formulere enkelte problemstillinger noe annerledes enn meg, får fram mine poeng på en god måte. På den måten tjener dommene som et hjelpemiddel for kommunikasjon.

2.10 Praksis fra fylkesnemnda

I utgangspunktet hadde jeg ikke planlagt å benytte praksis fra fylkesnemnda i mitt arbeide. Under veis i prosessen kom jeg imidlertid til å tenke på en sak jeg ble gjort kjent med under en faglig diskusjon for noen år tilbake.²¹ Den gangen dannet saken grunnlaget for en etisk refleksjon. Når jeg nå benytter den er det som illustrasjon, og ikke som en regeldannende rettskilde. Dette gjør at det ikke er nødvendig å gå inn på de spørsmålene som reiser seg med hensyn til fylkesnemndsvedtakenes vekt.

FNV – 2002 - 9- HSF

Saken omhandlet et lite barn under året. Mor var alene om omsorgen for det, ettersom faren døde like etter at barnet ble født. Mor led av paranoid schizofreni. 12 år tilbake i tid hadde hun, under en psykose, tatt livet av sitt første barn. Psykoseutslaget ble forklart med følelsesmessigoverbelastning – indre stress.

En psykologisktest trakk klart i retning av at hun hadde lav grad av empati og dårlig selvinnsikt. Latent aggressiv var et annet trekk ved mors personlighet. Imidlertid hadde hun verken vært voldelig, eller hatt noen alvorlige sinneutbrudd de siste 12 årene. Psykosene var heller ikke hyppige, noe som ble koplet opp mot en stabil livssituasjonene. Nå som barnefaren var død var forholdet et annet. De sakkyndige vurderte det som sannsynlig at hun på ny kunne gå inn i en psykose.

²¹ FNV – 2002-9- HSF

Nemnda fant at det var overveiende sannsynlig at barnets helse eller utvikling kunne bli alvorlig skadet hvis det ble flyttet tilbake til sin mor. Den alvorlige sinnslidelsen gjorde henne ute av stand til å yte barnet sitt god nok omsorg.

Nemnda uttalte videre at mor ikke ville kunne gi barnet den nærhet og forutsigbarhet som det trengte for å kunne utvikle seg.

2.11 Juridisk litteratur

Jeg har i stor grad benyttet meg av juridisk litteratur. Dels fordi den er en kilde det er relativt enkelt å få oversikten over, og dels fordi den iverksetter egne refleksjoner.

Noe som oppveier det faktum at juridisk teori generelt sett vektet lavt.

Både de materielle og prosessuelle spørsmål omkring omsorgsovertakelse har vært gjenstand for drøftelse i teorien. Imidlertid er omsorgsovertakelse etter bvl § 4-12 litra d, lite diskutert. Slik sett har teorien hatt mest betydning i forhold til å få en mer helhetlig forståelse av rettsområdet som sådan, herunder de rettslige prinsippene på området.

2.12 Andre kilder

For å få en bredere innsikt i de kompliserte vurderingene man står overfor i saker om omsorgsovertakelse, har det vært nødvendig å innhente kunnskap fra samfunnsvitenskapen. Når det i tillegg her er snakk om omsorgsovertakelse på grunnlag av framtidsprognoser, vil en være avhengig av samfunnsforskningen for i det hele tatt kunne forta de prediktive slutningene loven åpner for. Det er derfor av spesiell relevans å se nærmere på hvilke risikofaktorer forskningen mener skader barns utvikling. Hvilke skader er det i tilfellet snakk - er de å anse som alvorlige? Videre vil forskningen sitte med kunnskap omkring hjelpetiltak. Hva kan hjelpe for hvem, hvor langt fram i tid må hjelpen ytes?

Kunnskapsutviklingen innenfor dette området skjer raskt. Jeg har derfor valgt å forholde meg til nyere forskning. Ikke fordi eldre kunnskap nødvendigvis vil være en feilkilde. Heller slik at jeg legger til grunn at når samfunnet er i endring, er

sannsynligheten til stede for at det samme gjelder de risikofaktorer barn utsettes for generelt.²²

Jeg har videre forsøkt å hente ut statistisk materiale, uten å finne det jeg søkte. Det finnes pr i dag ikke statistikk som avspeiler barnevernslovens alternative plasseringsvilkår. På den måten vil jeg ikke kunne kvantifisere grunnlaget for mine undringer. Det er grunn til å spørre hvorfor det ikke anses som samfunnstjenelig å få en oversikt over hvor mange barn som er plassert utenfor hjemmet som følge av fare for framtidig alvorlig skade – litra d) , eller hvor mange som er det fordi de er mishandlet i hjemmet – litra c) osv.²³

KAP 3 BARNEVERNET I UTVIKLING

3.1 Introduksjon

Barnevern er et fagområde i stadig utvikling. Dels som følge av at kunnskap omkring barns helse og utvikling videreutvikles, og dels som følge av endrede samfunnsforhold. Selv om det ikke er snakk om lineære årsaksammenhenger, vil slike endringer igjen virke inn på synet på barn. Et syn som det atter igjen er mulig å etterspore i den til en hver tid eksisterende lovgivning på området.

Barnevernet kan sees på som en konsekvens av velferdsstatens framvekst og utvikling i etterkrigs Norge²⁴. Imidlertid har det eksistert tiltak på området tidligere. For å få en noe mer helhetlig forståelse av hva barnevern er, kan det være hensiktsmessig å ta et lite historisk tilbakeblikk på lovutviklingen på området.

3.2 Vergeråd

Norge fikk som det første landet i verden et offentlig barnevern ved vedtakelsen av vergerådsloven av 1896²⁵. Her ble det fastslått at barn, som enten hadde det vanskelig eller var vanskelige skulle overvåkes av et vergeråd i hver kommune. Vergerådene kunne bl.a. plassere barn utenfor familien, og da i ” en paalidelig og

²² Kvello 2007 s.15

²³ SSB statistikk anses bl.a. som samfunnstjenelig

²⁴ NOU 2000: 12 s.22

²⁵ Stang Dahl 1992 s, 93

hæderlig familie” eller i såkalte skolehjem²⁶. Videre kunne barn en mente stod i fare for å utvikle en kriminell løpebane, også plasseres utenfor hjemmet.

Vergerådet fikk et spesielt ansvar for å gripe inn overfor barn og ungdom som hadde utført kriminelle handlinger.

Dette tiltaket pekte seg særlig ut som nyskapende, og kan anses å være et produkt av bl.a. riksadvokat Bernhard Getz tankegods. Som en av flere jurister på den tiden stilte han spørsmål om hvorvidt det var riktig å straffe barn som hadde begått lovbrudd. I forbindelse med revisjonen av straffeloven gav han mellom annet uttrykk for at indignasjon over at samfunnet på den ene side står parat for å straffe unge lovbrøyttere, mens det på den andre siden unnlater å sørge for den nødvendige oppdragelse. Ved å samle opp de barna som kunne danne

” Forbryderarmeens Rekruter” ville en kunne forhindre skjevutvikling.

Plasseringen var i så måte ikke ment som straff, men heller etter da tidens betraktningssmåte et forebyggende tiltak.

Samfunnet var på dette tidspunktet under stor endringer. I kjølvannet av industrialiseringen endret bl.a. bosetningsmønstrer seg. Folk flyttet fra landsbygda og inn i byene. Urbaniseringen førte til arbeidsledighet og fattigdom, som igjen medvirket til en økende kriminalitet. Kriminalitet og utrygghet kom derfor til å prege mye av den urbane hverdagen. Tiltak ble ansett som nødvendig. Slik sett er det er det klart at samfunnshensynet var det bærende i da tidens barnevern.

3.3 Lov om barnevern av 1953

Etter som tiden gikk ble det avdekket en rekke overgrep mot de barna som var plassert på skolehjemmene med hjemmel i vergerådsloven.²⁷ Samtidig var lovgivningen på området uoversiktlig, fordi den var spredt på ulike lover.²⁸

I 1947 nedsettes det en barnevernskomité med mandat til å gjøre en lovrevisjon.²⁹

Imidlertid skulle det gå 6 år før endringene kom med barnevernloven av 1953.

²⁶ Stang Dahl 1978

²⁷ Halvorsen Knut 1989 s 195

²⁸ NOU 2000:12 s 26

²⁹ ibid

Loven var basert på familiebehandlingsprinsippet, noe som betydde at barn skulle ses i sammenheng med sin familie. Tiltak utenfor hjemmet skulle benyttes subsidiært, fordi det ble ansett å være til beste for barnet å vokse opp i sitt hjemmemiljø. Forebyggende arbeid i hjemmet skulle således nyttes primært, for slik å fremme det biologiske prinsipp.

Videre ble vergerådene byttet ut med kommunale barnevernsnemnder og skolehjem med spesialskoler for barn og unge med tilpasningsvansker. Ved avgjørelse om hvilke type tiltak som skulle iverksettes måtte nemnden ” holde seg barnets beste for øyet”. Dette var en nyvinning.

Barnevernet hadde enkelt skissert utviklet seg fra primært å være et samfunnsvern til nå å bli en form for investering .”Barna er Norges framtid” var et slagord i etterkrigs Norge. Ønsket om en god framtid gjenspeilet seg i et av hovedhensynene bak loven – barnets beste.

3.4 Dagens lov barnevernloven av 1992

Gjeldende lov bygger på samme grunnsyn som sin forgjenger. Barnets beste er fremdeles det bærende hensyn.

Lovgiver har forsterket vekten av forebygging, både på individ- og gruppenivå. Noe som kommer til uttrykk i formålsbestemmelsen i bvl § 1-1, hvor det heter:

Formålet med denne loven er:

- *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.*
- *Å bidra til at barn og unge får trygge oppvekstvilkår*

Hensikten er å bistå før problemene blir så store at det er aktuelt å flytte barnet ut av hjemmet. ” Rett hjelp til riktig tid” kan sies å være slagordet i vår tidsepoke

Som sin forgjenger er også nåværende lov dels et resultat av kritikk mot tidligere lovgivning. Ved siden av en skjerping av forbyggingstanken har lovgiver hatt ønske om å styrke rettsikkerheten på området. Hjelpetiltak etter gjeldende lov kan derfor

settes inn tidligere enn etter loven av 1953. Videre er bl.a. det gamle kommunale nemndsystemet byttet ut med statlige fylkesnemnder.

I 1999 ble det ved kongelig resolusjon oppnevnt et utvalg som fikk i mandat å vurdere hvordan dagens barnevern fungerer, og om det foreligger behov for endringer. Utvalget kom med flere tilrådninger. Enkelt sammenfattet går anbefalingene i stor grad ut på å øke den forebyggende virksomheten til barnevernet ytterligere.

Videre ble det foreslått å lovfeste barns rett til barneverntjenester samt å øke kvaliteten på det barnevernfaglige arbeidet i kommunene³⁰. Noen rettighetsfesting har ennå ikke skjedd. Likevel viser dette arbeidet at barnevern stadig stilles under lupen. Barnevern vil således ikke være en uforanderlig virksomhet.

Kap.4 BARNEVERNRETTSLIGE PRINSIPPER

4.1 Introduksjon

Barnevernretten er tuftet på enkelte verdier som anses som grunnleggende. Selv om de også har gyldighet på andre rettsområder, er de av særlig stor betydning her. Begrepet prinsipp kan forstås på flere måter. Enten kan en ha for øyet de rettslige prinsippene eller de av mer verdimessig karakter.³¹ Et rettslig prinsipp vil være en del av rettskildet, noe som følgelig medfører at det skal vektlegges.³²

Et verdiprinsipp sier noe om hvilke verdier som gjør seg gjeldende, eller en ønsker skal være gjeldende, på et område. Det er mulig å se på det som en slags mellomstasjon mellom reglene på det aktuelle området, og de grunnleggende verdier bak disse³³ Ved å studere prinsippene vil en kunne finne de verdiene som reglene er ment å framme. Derigjennom vil en få en anvisning på hvilke hensyn loven skal tolkes i lys av når en skal finne fram til gjeldende rett.³⁴ Helt enkelt kan en si at verdi prinsippene kan ses på som ledestjerner, fordi lovanvender skal navigere etter dem,

³⁰ NOU 2000:12

³¹ Sanberg 2003 s 35

³² Ibid

³³ Slettan og Øye 1999

³⁴ Haugli 2000

for på den måten å plassere seg riktig i mellom de ulike hensyn som gjør seg gjeldene på området.

Som en følge av dette, vil kunnskap om prinsippene være nødvendig når en skal vurdere om de verdiene loven bygger på fremmes i praksis. Dette uavhengig av om man har for seg rettslige eller mer almene verdiprinsipper, i det rettslige prinsippet følgelig ikke er verdinøytrale.

På barnevernrettens område kan en dele prinsippene i to grupper. Det som skal beskytte mot inngrep og de som skal tjene som ledestjerner. Den siste gruppen er det vanlig å benevne som barnerettslige prinsipper³⁵.

Siden temaet her er omsorgsovertakelse, er det naturlig å begynne med de to rettslige prinsippene som skal tjene som vern mot inngrep – legalitetsprinsippet og det mildeste inngreps prinsipp. For deretter å ta for meg barnets beste og det biologiske prinsipp som jf det ovenstående kan ses på som barnerettslige prinsipper.

4.2 Legalitetsprinsippet

Tradisjonelt sier en gjerne at legalitetsprinsippet skal verne borgerne mot uhjemlede inngrep fra det offentlige. I nyere teori har man valgt en negativ tilnærming, i det en sier at ” det trenges kompetanse for å treffe rettslig bindende beslutninger”.³⁶ Slik kompetanse kan eksempelvis være privat autonomi eller sedvanerettslig kompetanse. Foreligger ikke dette er hjemmel i lov nødvendig³⁷.

Myndighetsutøvelse krever således kompetanse. Borgerne skal kunne leve i forutsigbarhet. Vedtak som gjør inngrep i borgernes rettsfare skal ikke komme som lyn fra klar himmel. Videre gir kompetansekravet borgerne mulighet til å kontrollere myndighetenes beslutninger. Legalitetsprinsippet er en rettsregel, og brudd på denne kan medføre at vedtak anses som ugyldig.

³⁵ Sandberg 2003 s. 37

³⁶ Eckhoff og Smith 1997 s.238

³⁷ ibid

Legalitetsprinsippet fungere ikke bare som skranke mot uhjemlede inngrep, men også som tolkningsprinsipp³⁸. I og med at omsorgsovertakelse er hjemlet i barnevernloven, vil prinsippet ha betydning for hvordan loven skal tolkes.

I lys av prinsippets beskyttelsesfunksjon er det naturlig at inngripende hjemler skal tolkes med varsomhet. Vilkårene for omsorgsovertakelse etter bvl § 4-12 litra d, er nokså vide. I tillegg skal det foretas en framtidsvurdering. Det er klart at legalitetsprinsippet her skal fungere som skranke mot en for utvidende tolkning. På den annen side vil en for snever tolkning igjen kunne komme i konflikt med prinsippet om barnets beste.

Etter § 16 i barnevernloven av 1953 var det stilt vilkår om at barnet måtte befinne seg i en skadelig situasjon. Spørsmålet var om omsorgen kunne overtas om den skadelige situasjonen først ville oppstå på et senere tidspunkt. I barnevernet utviklet det seg en praksis som gikk utover ordlyden, i det bestemmelsen også ble anvendt i forhold til barn som befant seg i trygge omgivelser på fødeklinikken. Det ble framholdt at i enkelte tilfeller var prognosen for alvorlig omsorgsvikt ved hjemkomst stor. En utvidende tolkning måtte aksepteres av hensyn til barnet, argumenterte barnevernet. I 1986 ble en slik tolkning godtatt av Høyesterett³⁹. I dag finner vi hjemmel for tiltaket i bvl § 4-8, 2.ledd.

4.3 Mildeste inngreps prinsipp

Det mildeste inngreps prinsipp ligger i samme gate som legalitetsprinsippet. Også her er intensjonen at borgerne skal vernes.

Prinsippet går som en rød tråd gjennom hele barnevernloven, i det hele tiltakssiden kan ses på som et opptrappingssystem. Først når foreldrene selv ikke klarer å yte barna sine den omsorgen de trenger kan myndighetene bistå. På trinn 1 ved å yte bistand i form av frivillige hjelpetiltak, jf bvl § 4-4, 1-3.ledd. Fører frivillighet ikke fram, og forholdene gjør det nødvendig, kan en gå opp et trinn og pålegge

³⁸ Sandberg 2003 s.37

³⁹ Rt. 1986 s.1189

hjelpetiltak jf bvl § 4-4, 4.ledd. Myndigheten skal helt enkelt ikke benytte seg av strengere tiltak enn det forholdene krever.⁴⁰

I forhold til temaet her kommer prinsippet til syne gjennom formuleringen i bvl § 4-12, 2.ledd 1.pk ” *tiltaket må være nødvendig ut fra den situasjon barnet befinner seg i* ” I 2. pkt spesifiseres dette ” *vedtak kan ikke treffes dersom det kan skapes tilfredstillende forhold for barnet ved hjelpetiltak etter 4-4 eller tiltak etter 4-10 eller 4-11.*”

I forarbeidene uttrykkes det at hjelp i all hovedsak skal ytes i hjemmet⁴¹.

Sammenholdt med i ordlyden og verdiprinsippet denne gir uttrykk for, er hjelpetiltak en forutsetning for bruk av tvangstiltak.

Elisabeth Gording Stang reiser i sin doktoravhandling bl.a. spørsmålet om hvem dette prinsippet retter seg mot. Hun peker på at man i en barnevernsak står overfor et trepartsforhold, men at det er nærliggende at det er foreldrene som er objektet for vernet⁴². Selv om man velger å se det fra et familieståsted, vil den samme problemstillingen kunne oppstilles. Internt i en familie kan det foreligge motstridende interesser. Barnet kan ha interesse av å få en ny omsorgsbasis, mens foreldrene på sin side kan ha interesse av å ha barnet hos seg. Der hvor det er knyttet usikkerhet omkring kvalitet og kvantitet i barnets interesser, tilsier det mildeste inngreps prinsipp at det foreligger et interessefelleskap mellom familiemedlemmene. Og at dette må gå ut på at det minst inngripende tiltak velges.

4.4 Det biologiske prinsipp

Det tilhører naturens ordening av foreldre tar seg av sine barn. Det biologiske faktum er akseptert som et grunnlag for den rettslige reguleringen av forholdet mellom barn og foreldre⁴³.

⁴¹ Inst. O nr 80 1991-92 s. 15

⁴² Gording Stang 2007 s.38

⁴³ NOU 2000:12 s 69

Barnet og deres biologiske foreldre hører helt enkelt sammen. Dette kommer direkte fram i barnekonvensjonens art 9, hvoretter statene skal garantere at barn ikke blir skilt fra sine foreldre mot deres vilje.

Barnevernloven inneholder ingen bestemmelser hvor prinsippet direkte slås fast. Imidlertid kan en si at verdien prinsippet er ment å fram tydelig har vært med i lovprosessen. I forarbeidene blir det uttrykt slik: ” Det er et grunnleggende prinsipp i vårt samfunn at foreldrene selv sørger for sine barn (...) Et annet utgangspunkt ville bryte radikalt med de rådende normer og verdisynspunkter, og forutsetter en helt annen samfunnsstruktur enn den vi har i dag.⁴⁴

Videre kan det vises til EMK art 8, som pålegger statene å respektere innbyggernes privatliv, familieliv og hjem. Selv om det ikke bare er den biologiske familie som statene må respektere⁴⁵ innebærer bestemmelsen at familiemedlemmer har rett å være sammen. EMD er imidlertid varsom med å overprøve de materielle avgjørelsene om å overta omsorgen for et barn. Her skal bare kort nevnes at dette har med at avveiningene som må foretas i saker om omsorgsovertakelse er svært kompliserte. Imidlertid er intensiteten i overprøvingen sterkere når det kommer til ytterligere begrensning av kontakt mellom foreldre og barn etter en omsorgsovertakelse.⁴⁶ Retten til et familieliv gjelder følgelig uavhengig av om barn og foreldre lever sammen daglig.

Til tross for at det kan dokumenteres alvorlig svikt hos foreldrene, skal det først og fremst iverksettes hjelpetiltak i hjemmet. Bakgrunnen er for dette er ikke alene å beskytte foreldrenes interesser, for som det uttrykkes i forarbeidene: ”Det er sterke følelsesmessige bånd mellom foreldre og barn, og disse bånd er det grunn til å bevare og styrke. Dessuten medfører en ansvarsovertakelse at barna mister sine tidligere kontakter”⁴⁷. Dette viser med tydelighet at det biologiske prinsipp ikke må forstås som et vern av foreldrenes interesser, men barnets og foreldrenes fellesinteresse i å leve sammen. Videre at når det ikke lengre er til barnets beste å

⁴⁴ NOU 1985: 18 s 157

⁴⁵ EMD praksis viser at også relasjoner utenfor biologiske familie må respekteres KT mot Finland 2001 pkt 150

⁴⁶ Møso, 2002 s. 421

⁴⁷ NOU: 1985:18 s 156

leve sammen med sine foreldre, er det klare utgangspunkt at kontakten skal opprettholdes via samvær.

Det biologiske prinsipp er således nedfelt både i EMK og BK, samt at det framkommer indirekte i barnevernloven. Høyesterett har flere ganger slått fast at prinsippet er lovens utgangspunkt⁴⁸, hvordan det vektlegges, vil bl.a. bero på hva som vil være det beste for barnet.

4.5 Prinsippet om barnets beste

Prinsippet om barnets beste kommer til uttrykk i bvl § 4-1, hvoretter det ved iverksetting av tiltak etter loven skal legges ”avgjørende vekt” på hvilket tiltak som vil være til beste for barnet. Dette er også nedfelt i barnekonvensjonens art 3 nr 1.

Ordlydene i begge bestemmelsene gir klar beskjed om at hensynet til barnet skal vektes tungt. Dette betyr ikke at andre hensyn er irrelevante. Å trekke fram andre hensyn vil virke opplysende for saken. På den måten sikrer en at løsningen en faller ned på vil være det beste for barnet.⁴⁹ Vanligvis vil det også være slik at hensynene kan eksistere side om side fordi det ikke foreligger noen motstrid. Eksempelvis gir det biologiske prinsipp også uttrykk for barnets beste. Det er en kjensgjerning at barn flest har best av å vokse opp sammen med sine biologiske foreldre.

Barnets beste er et begrep som går igjen i hele barneretten. Det kan sies gjenspeile barnets samfunnsverdi⁵⁰. Barna er de som skal ta over samfunnet, og er i så måte framtiden. I vårt samfunn har barn og ungdom også en egenverdi.

Begrepet kan ha ulike funksjoner, og har av juridiske forfattere vært grundig analysert. Her skal bare nevnes at prinsippet bl.a. fungerer som et tolkningsprinsipp

⁴⁸ Også i Rt 1999 s. 1883, som skal benyttes i det kommende

⁴⁹ Bendiksen 2007 s 154

⁵⁰ Gording Stang 2007 s 30

en avveiningsnorm og som et lovbestemt vilkår.⁵¹ Det er viktig å presisere at prinsippet alene ikke gir hjemmel for tiltak. Er vilkårene for inngrep oppfylt, avgjør hensynet til barnet om tiltak skal iverksettes og eventuelt i hvilken form.

Barnets beste er således et mangslungent begrep. I det følgende vil jeg gå nærmere inn på innholdet i det. Noe som er en forutsetning for å kunne operasjonalisere de verdiene begrepet er ment å fremme.

4.6 Nærmere om begrepets innhold

I søken etter hva som ligger i barnets beste er det riktig å begynne med lovteksten. Som nevnt innledningsvis er prinsippet direkte slått fast i bvl § 4-1.

Videre gir lovteksten beskjed om hvilke momenter som skal være med i den skjønnsmessige vurderingen som skal foretas : ”herunder legges vekt på å gi barnet stabil og god voksenkontakt og kontinuitet i omsorgen” Dette må anses å være en lovfestet retningslinje for hvilke momenter som må medtas i vurderingen.

Når lovgiver ikke har gjort noe forsøk på å lage en utfyllende barnets beste oppskrift, jf ”herunder” betyr det at også andre momenter kan trekkes inn. Komplexiteten i en sak vil naturlig nok øke i takt med det tenkte tiltakets art. Når barneverntjenesten vurderer å gå til omsorgsovertakelse, vil det være naturlig å tolke ”herunder” som et også. Det betyr at det gis anvisning om et nødvendig tillegg, men at dette tillegget ikke er mulig å definere generelt. I det det vil variere fra tilfelle til tilfelle. Ikke bare i forhold til forskjellige barn, men også i tid og rom.

I juridisk teori anses det som hensiktsmessig at lovgiver ikke har forsøkt seg på å gi en resept på hva som i de ulike situasjoner, på de ulike alderstrinn skal anses som best for barn generelt. Noe slikt vil for det første kreve bred kunnskap på fagområder som ligger uten for jussen speciale.⁵² For det annet er slik kunnskap under stadig utvikling. Bare av disse grunner vil det være til dels umulig å lovfeste innholdet av prinsippets innhold.

⁵¹ Sandberg 2003 s. 51

⁵² Haugli 2000 s. 239

Begrepet kan i lys av det ovenstående betraktes som en rettslig standard. Lovteksten må fylles ut med stoff loven selv ikke inneholder⁵³. Hva som er barnets beste må hentes fra fagområder som eksempelvis psykologi og pedagogikk. Normen blir således ikke statisk, i det den vil måtte justeres i takt med utviklingen bl.a. på nevnte fagområder. Generell kunnskap om barns kognitive og emosjonelle utvikling, og de forhold som kan medføre skade utviklingskader vil således være med på å fylle loven med det stoffet den mangler.

Det vil således være naturlig og nødvendig å gå fra det generelle til det spesielle.⁵⁴ Imidlertid er det ikke uproblematisk. Generalisering kan medføre at en mister det konkrete barn av synet.

Det er det enkelte barn og dets opplevelser og reaksjoner på sine omgivelser, herunder relasjoner, som skal være i fokus. Det som vil være det beste for barn A behøver nødvendigvis ikke være det for B.

Barn har rett til å bli hørt, noe som kommer direkte til uttrykk i bvl § 6-3. Tilsvarende i barnekonvensjonens art 12, imidlertid opereres det ikke med en aldersgrense her. Barnet egen oppfatning er en sentral og nødvendig brikke når puslespillet om dets beste skal legges. Det må, om enn bare nevnes, at det diskuteres i teorien hvorvidt retten til å bli hørt kan krenkes under henvisning til barnets beste.⁵⁵

I saker om omsorgsovertakelse som følge av risiko for en framtidig alvorlig skade vil en som oftest stå overfor små barn. Dette kompliserer forholdet, i det en vanligvis ikke kan samtale dem, for slik å få deres beskrivelse av saken. Om en samtale kan gjennomføres, vil det kunne råde stor usikkerhet omkring hvor mye barnet har forstått, og om samtalepartnern på sin side har forstått barnet. Følgelig vil dette avhenge av flere forhold, bl.a. hvor langt i språkutviklingen barnet har kommet. Videre vil de fleste barn opptre lojalt overfor sine foreldre. Når mishandlede og omsorgsviktede barn har passert 3 år begynner de å rapportere mer positivt om foreldrene enn tidligere.⁵⁶

⁵³ Nygaard 2004 s 190-191

⁵⁴ Sandberg 2003 s. 64

⁵⁵ L. Smith 2004 kritiserer dommen i Rt. 2004 s.811

⁵⁶ Kvello 2007 s. ref. forskning bl.a. Oppenheim, Emde & Warren

Når innsamlingen av fakta utfordres av ovennevnte forhold kan det være hensiktsmessig å legge til grunn at det er barnets interesser en søker å få kartlagt. Gording Stang definerer barnets interesser som ” hans eller hennes behov for å få den fysiske, mentale og følelsesmessige stimulans, og for å få den omsorg, og det vern og de tiltak og praktiske ordninger som er nødvendig for at barnet skal kunne realisere sine utviklingsmuligheter på en god måte.”⁵⁷ Jeg er enig i at en slik oppdeling av innholdet i barnets beste begrepet kan virke klargjørende, i alle fall fra en pedagogisk syns vinkel. Barnets ulike interessefelt er nokså likt det man i barnevernfaglig sammenheng benevner som omsorgsfaktorer.

Dette når en søker å danne seg et bilde av om omsorgsnivået i en familie er godt nok for det konkrete barn.

I dette arbeidet, uansett om man definerer det kartlegging av interesser eller omsorgsbehov, vil det kunne være fare for at kartleggers egne holdninger og verdier i for stor grad preger resultatet. Det presenterte resultat – barnets beste- kan således være en avspeiling av kartleggers eget verdihierarki. Når lovgiver ikke gir uttrykk for hvilke verdimeslige vurderinger som må foretas og hvordan disse skal vektes, er det fare for at verdivalgene foretas bevisst eller ubevisst av kartlegger. ⁵⁸ Slik jeg ser det kan dette synspunktet også overføres til beslutningstakerne, i første instans fylkesnemnden. På den annen side krever juridisk metode at kildene legges fram, tolkes og vektes. Ideelt sett vil da verdivurderingene ikke være tilslørte.

Som nevnt kan ikke hensynet til barnets beste i seg selv begrunne en omsorgsovertakelse, selv om det vil være avgjørende for om myndigheten skal benytte lovens adgang til inngrep. Om barn skal flyttes over i en ny omsorgsbasis, må det også vurderes om en slikt tiltak vil være til beste for det. I seg selv er flytting en risiko. En har ingen garantier for at barnet vil slå seg til ro i den nye basen. Ei heller vet en noe om hvor lenge den nye basen vil være tilgjengelig for barnet. Stadige nye brudd, for et barn som i utgangspunktet må antas å være sårbart, kan ikke anses å være til beste for det. Slik sett kan en bli stående med valget mellom to løsninger, hvor den ene kan føre til alvorlige framtidige skader for barnet, mens den andre kan en ikke si noe sikkert om. Begge vurderingene er således basert på prognoser om framtidige forhold. Forskjellen blir at i den første skal en kunne løfte

⁵⁷ Gording Stang 2008 s 96 etter Wolfson 1992

⁵⁸ Haugli 2000

fram de konkrete faktorer i en konkret omsorgsbasis som en mener vil kunne forårsake relativt konkrete skader i framtiden. I den andre skal en vurdere om barnet vil ha beste av et tiltak en generelt sett bare kan si noe om. Imidlertid må det som i Rt 1987 s 289 være slik at om: ”Barnet (...) lever under slike forhold at dets helse eller utvikling utsettes for skade eller alvorlig fare, og når denne situasjonen må forventes å vedvare dersom barnet blir i hjemmet, må utgangspunktet nødvendigvis være at barnevernsmyndighetene må overta omsorgen”.

KAP 5 KORT OM RETTSIKKERHET VED OMSORGSOVERTAKELSE

Rettsikkerhet er et begrep som skaper positive assosiasjoner. Hva som legges i det kan imidlertid variere. Sosialutvalget beskrev det slik: ”Rettsikkerhet er et ideal som har stor oppslutning i vårt samfunn. Nesten uansett politisk syn vil folk argumentere for bedre rettsikkerhet. Begrepet er imidlertid mangetydig og uklart og noe av enigheten forsvinner nok når det skal presiseres hva som ligger i det.”⁵⁹

I juridisk teori deles ofte begrepet i to grupper. En snakker om formell og materiell rettsikkerhet, hvor det formelle knyttes opp mot kravet til rettsriktige avgjørelser, mens det materielle mot kravet til rettsordens innhold.⁶⁰

For å øke rettsikkerheten på et område er det vanlig å utforme prosessuelle og materielle regler på en slik måte at de kan tjene som rettsikkerhetsgarantier.⁶¹

I barnevernet er det følgelig svært viktig at det eksisterer regler som skaper trygghet. Mennesker skal ikke utsettes for tvang uten at vilkårene for det er oppfylt. Videre skal det ikke råde usikkerhet omkring hva barnevernet vil foreta seg, og på hvilken måte det vil skje i det enkelte tilfellet. Forutsigbarhet og likebehandling kan nok sies å være deler av kjernen i rettsikkerhetsfølelsen til folk flest.

⁵⁹ NOU 1985:18

⁶⁰ Kjønstad og Syse 2001 s 96-97

⁶¹ *ibid*

Et av hovedmotivene bak gjeldene lov var økt rettsikkerhet. I forbindelse med forarbeidene til denne ble det bl.a. uttalt følgende om loven av 1953: ”Kriteriene for inngrep er så upresise at de gir rom for temmelig tilfeldige avgjørelser”.⁶² Nåværende lov har således fått en mer presis utforming, uten at skjønnelementet er fjernet. Det siste da:” Det er ikke til å unngå at det i betydelig grad må utøves skjønn i disse saker”⁶³.

Det siste fordi ingen sak er helt lik. Barnet har sine egne og unike forutsetninger. Samtidig med dette har også andre forhold betydning, slik som eksempelvis familiesamhold, herunder art og grad av involvering.

Sosial attribusjonsstil og problemløsningsevne hos foreldrene er igjen andre eksempler på faktorer som kan variere fra sak til sak. Eller for å sitere Befringutvalget: ” Barnevern i praksis er utøvelse av faglig skjønn, nødvendigvis, i det man ikke har mekaniske instrumenter som kan ”måle” hvorvidt en omsorgssituasjon er mangelfull..”⁶⁴ Det må således foretas en konkret skjønnsutøvelse i hvert enkelt tilfelle. Det motsatte vil følgelig gå utover den svakeste part – barnet.

Eventuelle svakheter ved å ha relativt upresise inngrepskriterier er oppveid gjennom de prosessuelle regler, samt at alle sider ved en sak kan overprøves av domstolene. I forarbeidene ble det fremhevet at saksbehandlingsreglene sannsynligvis vil være en viktigere rettsikkerhetsgarant enn klare kasuistiske formuleringer i loven.⁶⁵

I NOU 2000: 12 om barnevernet i Norge ble det slått fast at ” de lovregler som ivaretar hensynet til rettsikkerheten i barnevernet må sies å være stort sett tilfredstillende”. Utvalget anbefalte imidlertid å lovfeste barns rett til barneverntjenester. Anbefalingen er så langt ikke tatt til følge.

Det vil føre for langt å gå inn på en diskusjon om rettighetsfesting av barneverntjenester.⁶⁶ Imidlertid er det i denne sammenhengen grunn til å trekke fram

⁶² St.meld. nr 72(1984-85)

⁶³ St.meld. nr 39 (1995-96)

⁶⁴ NOU:2000:12 s.184

⁶⁵ St.meld nr 39 1995-96

⁶⁶ Likevel kommer jeg noe tilbake til dette i framstillingsdelen

hvor hovedfokuset lå ved framveksten av rettsikkerhetsgarantiene. Bare for få år siden var noe av kjernen i rettsikkerhetsbegrepet foreldrenes vern mot uriktige vedtak. Barn har også behov for det samme vernet. Noe som blir satt på spissen når barnet og foreldrene har motstridende interesser. Barnet kan ha et stort behov for en annen omsorgsbasis, for slik å bli vernet mot en framtidig skade. Foreldrene på sin side kan ha interesse av et annet tiltak, for slik å beholde barnet hos seg.

I bvl § 4-12, litra d er det oppstilt strenge beviskrav.⁶⁷ Spørsmålet er hvilke konsekvenser dette kan få for barnets rettsikkerhet. I kjølvannet av dette reiser det seg flere spørsmål, bl.a. om forholdet mellom de krav samfunnsforskningen stiller til sikker kunnskap og beviskravet i litra d. Kan disse eksistere side om side?

KAP 6 KRITERIER FOR INNGREP

6.1 Et kort tilbakeblikk

Som det kom fram i kapittel 3 om barnevernets framvekst, er ikke omsorgsovertakelse et nytt fenomen. Som andre barneverntiltak må også dette ses i lys av de bærende hensyn bak loven som hjemler tiltaket.

Vergerådsloven av 1896 gav de kommunale vergerådene kompetanse til å flytte barn fra sine foreldre. Med hensyn til plasseringsalternativer vises det til punkt 1.5. Loven opererte med 3 alternative vilkår for inngrep. Hvor enkelte stilte krav til at en handling var utført, og da av barnet ” det har forøvet nogen straffbar, om sædelig Fordærvelse eller Vanvyrd vidnende Handling..” jf vergerådsloven § 1 a. Selv om det var vilkår om at noe konkret hadde forkommet, var bevisstemaet uklart og skjønnsmessig. Noe som åpnet for ulik praksis. Det som for eksempel ble definert som ”sædelig Fordærvelse” kunne derigjennom variere med vergerådets sammensetning og geografisk plassering. Videre åpnet det for at inngrep kunne skje på grunnlag av moralske anfektelser, dette sett i lys av lovens manglende utbygde rettssikkerhetsgarantier.

Som det også har blitt nevnt tidligere hadde loven et forebyggende aspekt. Dette da omsorgsovertakelse kunne skje på grunnlag av frykt for at barnet kunne ” blive

⁶⁷ Framstilles i det kommende

sædlig fordærvet” jf vergemålsloven § 1b. Den mulige framtidige skaden måtte knyttes opp mot forhold ved foreldrene. Her var det ikke snakk om medisinske eller psykologiske forhold, men i vår språkdrakt sosiale problemer hos foreldrene. Sosiale problemer som arbeidsløshet og fattigdom, ble delvis forklart med latskap og karakterløshet. Ved å fjerne barnet fra slike forhold antok en å kunne forhindre at de samme problemene manifesterte seg hos det.

Vilkårene for å iverksette tvangsinngrep etter barnevernloven av 1953 fantes i bvl § 16. Vergemålslovens moralske uttrykksmåte ble erstattet med ”mer objektivt formet karakteristikk av de forhold som gir høve til å gripe inn”⁶⁸ Hjemmelen for å foreta omsorgsovertakelse som følge av fare for framtidig skade var fjernet.

Videre var det et krav at det skulle foretas både en nåtids- og framtidsvurdering av barnets situasjon. Framtidselementet var således ikke fjernet, men det var koplet sammen med et krav om en skadelig her og nå situasjon. Barnet måtte leve under en sviktende omsorg og denne måtte bevises å kunne føre til en framtidig skade. De kumulative vilkårene måtte nødvendigvis føre til at barn sjeldnere ble flyttet fra sine foreldre.

Gjeldende lov er i grove trekk basert på samme hensyn som sin forgjenger.

Imidlertid har lovgiver foretatt et skille mellom de situasjoner der barnet lever under forhold som kan skade det - bvl § 4-12, litra a-c, og der hvor barnets nåtidssituasjon i og for seg er kurant, men hvor det på lengre sikt kan skades - bvl §4-12, litra d.

Inngrepskriteriene etter bvl § 4-12 er alternative, det medfører følgelig at det er nok at et dem er oppfylt. I og med alternativene a og d hyppig benyttes sammen, antar jeg det må foreligge en kopling mellom meningsinnholdet i dem. Det er derfor naturlig å gjøre et lite stopp ved litra a.

6.2 Barnevernloven § 4-12, 1. ledd litra a

Bestemmelsen retter seg mot de tilfeller hvor barnet lever under en alvorlig sviktende omsorg. Ordlyden ”lever under” viser at det skal foretas en her og nå vurdering. At barnet har levd under sviktende omsorg tidligere, er således ikke relevant om situasjonen er en annen i dag.

⁶⁸ Inst O XVII (1953) s. 11

Lovgiver har videre lagt til grunn en to delt forståelse av omsorgsbegrepet, ”den daglige omsorgen barnet får, eller (...) den personlige kontakt og trygghet” . Bestemmelsen rammer således både fysisk og emosjonelle omsorgsvikt. I lovforarbeidene er de to dimensjonene utdypet noe. Som fysisk svikt oppregnes bl.a. mangler med hensyn til hygiene, mat, klær osv. Dette er forhold som kan klassifiseres som vanskjøtsel.

Når det kommer til mangler ved den ”personlige kontakt og trygghet” benyttes følelsesmessig avvisning og eksponering for vold som eksempel på forhold som ordlyden er ment å omfatte.⁶⁹

Det er viktig å presisere at volden ikke utøves mot barnet, men mot andre. Om barnet selv hadde vært offer ville forholdet kunne komme inn under litra c). Ved at barnet er vitne til nevnte atferd blir det indirekte et offer, hvor skaden kan ta forskjellig form. Utrygghet er således bare en billedliggjøring av en type reaksjon på en sviktende omsorgssituasjon. I dag er det enighet om at barn som er vitne til vold i familien, kan påføres langt alvorligere skade enn det uttrykket utrygghet beskriver. Det samme gjelder psykiske vansker hos foreldrene. Sist nevnte er også benyttet som eksempel i forarbeidene på situasjoner som kan forårsake utrygghet hos barnet.

Når det er sagt vil ikke en hver form for svikt vil være nok til å bli karakterisert som ”alvorlige mangler ved den daglige omsorgen”. I proposisjonen heter det mellom annet: ”Det er forutsatt at situasjonen må være forholdsvis klart uholdbar- ikke ethvert avvik fra det man kan kalle vanlige normer og situasjoner skal gjøre det berettiget å treffe vedtak om omsorgsovertakelse”⁷⁰

Som nevnt skal det foretas en nåtidsvurdering etter denne bestemmelsen. Det er således ikke nødvendig å føre bevis for en mulig framtidig skade i tillegg. Hvorfor litra d) da ofte anvendes i sammenheng med litra a), vil jeg komme noe tilbake til etter gjennomgangen av rettspraksis. Her skal bare kort nevnes at siden det kan være vanskelig å føre bevis for emosjonell omsorgssvikt, kan det være naturlig å belyse de framtidige konsekvensene den aktuelle omsorgssituasjon kan få for barnet.

⁶⁹ Ot.prp. nr 44(1991-92)

⁷⁰ Ot.prp. nr. 44(1991-92) s. 110

Spesielt da symptomene på denne type svikt ofte er diffus og kanskje ikke blir synbare for omgivelsene før skaden er et faktum.

KAP 7 VILKÅR FOR INNGREP

7.1 Barnevernloven § 4-12, 1.ledd litra d)

I henhold til litra d) kan det treffes vedtak om omsorgsovertakelse ” *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*”

Bestemmelsen legger opp til tre vurderingstemaer hvor hver av dem beror på forskjellige slutningsformer. For det første må det finnes fram til hvilke tilstand foreldrene er i og som påvirker deres ansvarsevne negativt.

Denne tilstanden må igjen forårsake en alvorlig skade, som imidlertid ikke behøver å materialisere seg før en gang i framtiden. Slik sett må det foretas en her og nå vurdering av foreldrene,⁷¹ dette i tillegg til både kausale og prediktive slutninger.

7.2 Kategorisering eller - ?

Ordlyden i bestemmelsen gir ingen anvisning på hvilken tilstand som kan gi indikasjon på at noen ”er ute av stand til å ta ansvar ” for et barn. Selv om formuleringen i seg selv kan gi assosiasjoner om en nokså altomfattende tilstand, er den uklar med hensyn til innhold. Imidlertid er det klart at tilstanden må foreligge, jf ”er”. Det vil således ikke kunne legges til grunn eventuelt kommende diagnoser.

I forarbeidene henvises det til alvorlige diagnoser. Det uttales bl.a. at bestemmelsen er ment på tilfeller der hvor foreldrene har alvorlige sinnslidelser eller hvor de er tilbakestående⁷². Hva som skal til for å bli definert innenfor disse rammene, gis det ingen veiledning om. Slik sett vil ordlyden kunne utvikles bl.a. i tråd med kunnskapsutviklingen på området. En diagnose som var alvorlig på et tidspunkt i historien kan vise seg å ha langt bedre prognoser senere, og vise versa.

Omsorgsovertakelse er et av de kraftigste inngrep det offentlige kan foreta overfor private. Slike inngrep kan således ikke alene være basert på

⁷¹ Selv om tilstanden ikke behøver å få konsekvenser før i framtiden, nærmere om dette i det kommende.

⁷² Ot.prp nr 44(1991-92) s 42

kunnskapsproduksjonene innenfor et fagfelt. Legalitetsprinsippet vil her kunne virke som skranke for at den vage og temmelige upresise ordlyden tolkes for utvidende.

Det gis ingen andre eksempler i lovforarbeidene på tilfeller som komme inn under bestemmelsen. Imidlertid gir framstillingen i odelstingsproposisjonen relativt klar beskjed om at eksemplene som er nyttet ikke er uttømmende jf. ”alvorlige sinnslidelser mv” Spørsmålet blir således hvilke andre kategorier det er naturlig å trekke fram samme med de nevnte. Det er naturlig å tro at det må foreligge et minste felles multiplum.

I praksis er det lagt til grunn at også rusmisbrukere kan mangle de forutsetningene som skal til for å ha omsorgen for et barn. En rask gjennomgang av fylkesnemnd praksis viser at bestemmelsen har vært anvendt i flere tilfeller hvor foreldrene har vært tunge rusmisbrukere. Ordlyden i seg selv er ikke til hinder for dette, tolket i lys av forarbeidene. Det kan hevdes at det i grunnen kan være noe merkelig at rusmisbrukere ikke er nevnt i disse arbeidene. Problematikken rundt rusmisbrukende omsorgspersoner var ikke ny da gjeldende lov var under utarbeidelse. På en annen side kan en ikke tolke dette antitetisk, sett i lys av formålene bak loven.

Hva er så fellestrekkene ved det å være alvorlig psykisk syk, narkoman eller psykisk utviklingshemmet? Er det videre slik at eksempelvis alle narkomane vil kunne bli betraktet som ”ute av stand til” å ta ansvaret for barnet sitt?

Departementets forslag til utforming av litra d) gi en viss veiledning. Der ble det henvist til at ”foreldrene åpenbart mangler personlige forutsetninger”. Begrunnelsen for at forslaget ikke gikk igjennom var bl.a. kritikken fra enkelte høringsinstanser omkring det strenge beviskravet. Dette i tillegg til at diagnosen ”manglende personlige forutsetninger” vanskelig kunne la seg stille i praksis.⁷³ Komiteen begrunnet ikke hvorfor forslaget ble endret. Imidlertid ble det uttalt at motivene til

⁷³ Ot.prp nr 44 (1991-92) s 43

bestemmelsen var uforandret.⁷⁴ Dette må bety at det bare er beviskravet som i realiteten er endret, og da fra åpenbart til overveiende sannsynlig.

Slik jeg ser det gir personlige forutsetninger bedre uttrykk for at det ikke er diagnosen som sådan som er det avgjørende. Manglende personlige forutsetninger korrelerer bedre med begrepet forelderrolle.⁷⁵ Det er disse forutsetningene som ligger til grunn for utøvelsen av rollen i dag. Videre er det disse som kan indikere hvordan en vil håndtere rollen i framtiden, herunder endre den i takt med barnets ulike behov. Det er de personlige forutsetningene som kan fortelle noe om den som tilsynelatende "er ute av stand til" noe, også vil være det i overskuelig framtid.

Støtte for en slik betraktningssmåte finner man i forarbeidene, hvor det blir uttalt at det ikke er tilstanden som sådan som er avgjørende, men omsorgsevnen.⁷⁶ Slik sett har ikke lovgiver hatt intensjoner om å foreta noen kategorisering. Eksemplene er heller å forstå som illustrasjon på tilfeller hvor tilstanden ofte kan indikere at forutsetningene for å ivareta forelderrollens ulike dimensjoner kan være mangelfull.

I dommen inntatt i Rt 1998 s. 1702 ble det ikke operert med noen diagnose på foreldrene til de fem brødrene saken gjaldt. Riktig nok ble det poengtert at mor hadde psykiske problemer. Imidlertid var fokus rettet mot de områdene foreldrene fungerte dårlig på i forhold til de fire eldste, videre hvordan dette kom til å gjenta seg i forhold til den yngste.

Kap 8 INNHOLDET I FORELDREROLLEN

8.1 Omsorg

Det kan være hensiktsmessig å se noe nærmere på begrepet omsorg. Når man skal vurdere hva det er ved foreldrenes tilstand som indikerer at de ikke vil være i stand til å ivareta ansvaret for barnet sitt framover i tid, får begrepet betydning på 3 stadier. For det første når det skal sies noe om barnets generelle og spesielle omsorgsbehov. Deretter når konsekvensene av at enkelte elementer ikke blir dekket vurderes. Videre når det trekkes slutninger omkring foreldrenes forutsetninger for å

⁷⁴ Ofstad, Kari (mfl) s 102

⁷⁵ Forelderrolle begrepet er mindre statisk en begrepet evne. Noe det vil bli kommet tilbake til.

⁷⁶ Ot.prp. nr 44 (1991-92) s 43

utøve omsorgen i framtiden, dvs dekke barnets generelle og spesielle omsorgsbehov. Slutningene en gjør seg, får igjen betydning når det skal vurderes om manglene eventuelt kan avhjelpes ved hjelp av andre tiltak, jf bvl § 4-12, 2.ledd⁷⁷.

Omsorgsbegrepet er ikke statisk i det man kan gradere det langs et kontinuum fra det optimale til omfattende svikt og mishandling⁷⁸. Videre finnes ingen universell definisjon av omsorgssvikt⁷⁹. Imidlertid skal det i saker om omsorgsovertakelse foretas en konkret vurdering. Dette betyr helt enkelt at det primære er hva det konkrete barn har for behov og forutsetninger i dag og i framtiden. Ikke hva som er det ideelle eller hva som vanlig versus uvanlig osv. Selv om det følgelig kan trekkes slutninger fra generell kunnskap, jf om innholdet i barnets beste i det foregående.

Når det skal vurderes om barnet vil få tilstrekkelig god nok omsorg hos sine foreldre, kan det være hensiktsmessig å se nærmere på uttrykket forelderrolle. Bradley og Corwyn trekker fram 6 dimensjoner ved forelderrollen som er særlig viktig. *Sosial støtte, sosial integrering (hjelpe barnet å få en tilhørighet i nærmiljøet) stimulering, struktur (forutsigbarhet og rytme) tilsyn, gi fysisk og psykisk trygghet*.⁸⁰

Det er gjennom håndteringen av disse barnet får dekket sitt omsorgsbehov. Og som jeg trakk fram mener jeg det kan være gunstig å benytte nettopp dette begrepet når en skal vurdere hvorvidt foreldrenes personlige forutsetninger er så mangelfulle at det vil kunne komme til å medføre alvorlig skade hos barnet. Dels er rollebegrepet mindre statisk enn evne, fordi evne sier noe om potensial – så langt men ikke lengre. Uttrykket er også flertyding og indikerer at det er sammensatt av ulike fasetter. Noe som betyr at en lettere kan knytte de ulike fasettene opp mot barnets forutsetninger og behov. Videre blir det lettere å vurdere om den delen av rolleutøvelsen som er svak, kan erstattes av at andre trer inn og bistår i utøvelsen av denne. Slik at svakheten kompenseres ved hjelp av andre og mindre inngripende tiltak enn en omsorgsovertakelse. På den måten blir vurderingstemaet mindre ullent, og slik sett lettere å forstå for foreldrene og allmennheten.

⁷⁷ Nødvendighetskravet behandles senere

⁷⁸ Kvello 2007 s 35

⁷⁹ Slack 2003 i Kvello 2007

⁸⁰ Kvello 2007 s 35

Samtidig med dette er det enklere å se sammenhengen mellom foreldrenes personlige forutsetninger og utøvelse av forelderrollen i et framtidsperspektiv. Eksempelvis vil mangelfull empati og dårlig emosjonsregulering⁸¹ ha svært dårlig prognose med hensyn til å skape trygghet for barnet. På sikt kan disse trekkene kunne medføre risiko for alvorlig skade hos barnet. I de mest alvorlige tilfeller også skade på kort sikt.

8.2 Hvilke skader skal barnet vernes mot?

Uttrykket ”alvorlig skade” peker etter en alminnelig språklig forståelse på et resultat som ikke enkelt lar seg opprette. Bestemmelsen omfatter denne type skade både på ”helse og utvikling”. Helsebegrepet inneholder grovt sett i 2 dimensjoner – fysisk og psykisk helse. Når dette koples opp mot utviklingskader, taler det for at lovgiver har lagt til grunn en vid skadeforståelse. Slik sett er bestemmelsen et vern mot alle former for skader, bare de er alvorlige nok. Det at lovforarbeidene ikke inneholder noen presiseringer, tolket i lys av lovens formål gir støtte for en slik forståelse av skadebegrepet.

I praksis vil det være de sakkyndige som kan gi en nærmere beskrivelse av hvilke skader det i det konkrete tilfelle vil være snakk om, og sammenhengen denne har til foreldrenes håndtering av forelderrollens ulike dimensjoner. Retten må deretter sammenligne de presenterte prognoser – der hvor barnet forblir under omsorg av sine foreldre og der barnet flyttes over i en ny omsorgsbasis. For slik å kunne sin noe om hvilken skader som vil oppstå under de ulike alternativene, og hvorvidt en uendret omsorgssituasjon vil medføre alvorlig skade.

Høyesterett opprettholdt vedtak om omsorgsovertakelse som følge av fare for alvorlig utviklingskade på et i utgangspunktet understimulert og psykisk utviklingshemmet barn.⁸² Barnet hadde utviklingsmuligheter, imidlertid krevde dette

⁸¹ Evne til å styre følelsene sine

⁸² Rt. 1982 s 764

at foreldrene i varetok ansvaret for å stimulere det intellektuelt, herunder språklig og motorisk. Dette maktet ikke foreldrene. Årsaken ble mellom annet knyttet opp mot foreldrenes utviklingshemming.

Rt. 2005 s. 624 omhandler en jente med en alvorlig grad av cerebral parese, hun hadde som følge av funksjonshemmingen et omfattende hjelpebehov. Et behov som ville vare livet ut. Jentas mor, som hadde omsorgen for henne alene, komme stadig i konflikt med hjelpeapparatet. Hun nektet bl.a. å samarbeide om tiltakene opprettet rundt datteren. Ved noen anledninger lot hun heller ikke jenta benytte seg av igangsatte tiltak. Det ble lagt til grunn at mor hadde paranoide trekk, noe som kunne forklare skepsisen til hjelpeapparatet som sådan.

Høyesterett fant at morens håndtering av jentas omfattende behov kunne medføre skade i framtiden. Her var skaden skepsis og mistro til omsorgspersoner, som jente i framtiden ville være avhengig av som følge av sin funksjonshemming.

I FNV - 2002-9-HSF var forholdet en enslig mor med diagnosen paranoid schizofreni som under psykose kunne komme til å utøve vold. Under et psykoseutslag, 10 år tilbake i tid, hadde hun tatt livet av sitt første barn. Det ble konkludert med at det var overveiende sannsynlig at hun kunne komme til å skade barnet sitt alvorlig, da psykoseutslagene kunne framprovoseres av følelsesmessig stress. Om moren fikk et psykoseutslag kunne følgene bli fatale for barnet, dvs den kunne overtre også grensen for alvorlig skade.

I Rt. 1998 s.1702 gjaldt saken 5 gutter, Høyesterett fant at den yngste av dem stod i fare for å bli alvorlig skadet. Skaden det her var snakk om var av adferdsmessig karakter. De eldste hadde utviklet store atferdsproblemer, i det de både var fysisk og verbalt utagerende. Retten vurderte at den yngste kunne utvikle seg i samme retning som sine eldre brødre om han forble under omsorg av sine foreldre.

Skadene i det ovennevnte er svært forskjellige. På tross av dette er de eksempler på alvorlige skader. Dette viser at begrepet dekker kognitive skader, psykiske og fysiske skader samt skader av mer sosial karakter. Ved første øyekast er det vanskelig å finne fram til når retten og nemnda vurderer om skadevilkåret er oppfylt. Videre er det ikke lett å finne fram til hvilken alvorlig skade det i tilfellet er fare for.

Imidlertid trekkes det fram i sammenheng med at foreldrenes omsorgsevne vurderes. Det hadde vært hensiktsmessig om skillet mellom disse vurderingene hadde kommet tydeligere fram. Dels hadde det vært lettere å vurdere hvorvidt det foreligger årsakssammenheng mellom faktorene skade og foreldrenes forutsetninger.⁸³ Videre har avgjørelsene også et viktig pedagogisk formål. Barneverntjenesten opererer i et felt hvor den daglig møter barn og unge som framstår med skader som gjør det vanskelig for dem å ta del på viktige arenaer i samfunnet. Mange av disse skadene kan synes diffuse fordi de ikke alltid er lett synbare. Det er mer slik at skaden har en effekt og at det er denne som blir observerbar.

Ved at skadebegrepet hadde vært tydeliggjort ville også den effekt en søker å verne barnet mot kunne løftes fram. Slik sett hadde det vært gunstig om skillet mellom vilkår og årsakssammenheng hadde kommet tydeligere fram.

8.3 Prognosevurderingene

Det følger direkte av ordlyden at det en prediksjon som skal foretas, jf ” kan bli”.

Naturlig nok er det vanskelig å si noe sikkert om framtiden.

Prediksjonen kompliseres ved at det skal foretas en vurdering av 3 elementer og samspillet mellom disse igjen: Hvordan foreldrene vil håndtere omsorgsoppgavene sine i framtiden, barnets framtidige behov og til siste hvilke skader som kan oppstå hos barnet. Enkelt sagt må foreldrenes framtidige ytelsesevne og barnets behov sammenlignes, og da på grunnlag av prognosevurderinger. Har barnet særskilte behov vil følgelig dette ha innvirkning på vurderingen⁸⁴.

Slik jeg ser det kan det ha betydning å søke å skille mellom det mulige framtidige skadetidspunkt og tidspunktet for at omsorgsvikten setter inn. Dels fordi det her skal foretas kausalslutninger – omsorgsvikten skal forårsake en skade.

Dels vil dette skille igjen få betydning når det skal vurderes om andre hjelpetiltak kan avhjelpe omsorgsvikten og således forhindre at skade oppstår, jf bvl. § 4-12, 2.ledd.

⁸³ Noe nærmere om dette under behandlingen av beviskravet

⁸⁴ Ot. prp nr 44.(1991-92) s. 42

Under lovforberedelsene ble bl.a. videreføringen av tidligere lovs kumulative vilkår drøftet. Isteden for å gå for en slik løsning ble det altså vurdert å være et behov for egne bestemmelser for situasjoner der barn stod i fare for å bli utsatt for en framtidig alvorlig skade. Sosialutvalget trakk fram to situasjoner hvor det kunne være aktuelt å foreta framtidsvurderinger.⁸⁵ Den ene, som behandles her, i de tilfeller hvor barnet befinner seg sammen med sine foreldre, og at det i seg selv ikke medfører noen nærliggende fare for skade.⁸⁶ Skaden er således knyttet til et senere tidspunkt. Hvilket tidsperspektiv en skal anlegge framkommer ikke av forarbeidene.

8.4 Skadetidspunktet

Når barnet på vurderingstidspunktet befinner seg i en tilfredstillende omsorgssituasjon, er det flere framtidige skadescenarier som vil kunne utspille seg.

- Foreldrene kan klare å ta seg av barnet de første leveårene, men vil ikke makte å håndtere de dimensjonene ved foreldrerollen som kreves etter hvert som barnet blir eldre. Her kan det være snakk om understimulering og manglende grensesetting, som illustrert gjennom Rt. 1982 s. 764 ovenfor. Når den framtidige skaden oppstår kan, om ikke helt nøyaktig, så tidsfestes. Slik som i tilfellet her, i forbindelse med at barnets trenger mer stimuli for å iverksette språkutviklingsprosessen. Effekten av skaden vil gi seg ulikt utslag etter hvert som barnet blir eldre.

Videre vil det kunne foreligge fare for framtidig fysisk skade, men hvor det ikke lar seg gjøre å tidfeste et eventuelt skadetidspunkt, slik som i saken for fylkesnemnden i det ovenstående.⁸⁷ Om den følelsesmessig stressende situasjon ville oppstå nå eller først senere, ble ikke vurdert av nemnda. Her vil skadetidspunktet være sammenfallende med tidspunktet for psykoseutslaget.

⁸⁵ NOU 1985:18 s. 158

⁸⁶ Det andre tilfellet reguleres av bvl § 4-8, 2. og 3. ledd, her vil faren for skade forligge med en gang barnet kommer under omsorg av sine foreldre

⁸⁷ FNV- 2002- 9 - HSF

Det er også klart at det kan være tale om situasjoner hvor skade tidspunktet ikke kan tidfestes. Særlig vil dette kunne gjelde kontaktskader på det personlighetsmessige plan. Effekten av slike skader vil dessuten kunne komme ulikt til uttrykk. Når skaden antas å oppstå i slike tilfeller, må vurderes i lys av den generelle kunnskapen på området. Rt. 1998 s. 1702, ovenfor, stod man ovenfor en fare for alvorlig framtidig skade hos det yngste av i alt 5 brødre. De eldste hadde utviklet kontaktskader, og Høyesterett fant at det overveiende sannsynlig at også den yngste gutten kunne få de samme skadene. Her kunne tidspunktet skadene hadde manifestert seg hos de eldste nyttes som en indikator på et framtidig skadetidspunkt.

De to sistnevnte eksemplene viser at det vanskelig lar seg gjøre å operere med tidsfaktoren som retningsgiver for når bestemmelsen kan komme til anvendelse. Et krav om tidfesting av når den alvorlige skaden forventes å inntreffe, kan således ikke utledes. Imidlertid er en omsorgsovertakelse et kraftig inngrep, det taler for at tidsperspektivet ikke er uten relevans. Jo lengre fram i tid en hevder å se, jo mer spekulativ er det fare for at prognosene kan fortone seg. På en annen side vil dette forhindres av bestemmelsens strenge beviskrav. Foreldrenes rettssikkerhet er videre ivaretatt gjennom de prosessuelle reglene som bl.a. gir mulighet til kontradiksjon. På den måten garanteres det for at saken blir tilstrekkelig belyst.⁸⁸ Imidlertid er det klart at mange av de såkalte framtidsskadene ikke vil gjøre seg gjeldende før barnet nærmer seg voksenalderen. Dette gjelder særlig psykiske skader. Ofte kan en høre erfarne sosialarbeidere fra sosialtjenesten knytte vanskene enkelte unge brukere sliter med, opp mot sviktende omsorg i barndommen. Indre uro og vansker med å tilfredstille de ulike krav samfunnet stiller til dem, sies å være er en del av virkelighet for noen av disse. Den økte beskyttelse som utvidelsen av inngrepskriteriene ved litra d) er ment å gi barn mot å bli skadd i framtiden, bør således ikke strande i at skaden må inntreffe i barndommen.

8.5 Tidspunktet for omsorgsvikten

Prognosevurderingene for når en skade oppstår vil følgelig ikke alltid følges umiddelbart ad med tidspunktet for at omsorgssvikten starter. Som det kommer fram av det ovenstående vil skaden kunne materialisere seg på ulike tidspunkt. Det er

⁸⁸ NOU 1985:18 s.157

klart at heller ikke omsorgssvikten vil foreligge på vedtakstidspunktet, også den vil inntre på et senere tidspunkt. Hadde omsorgssvikten foreligget ville lovens andre inngrepsalternativer kommet til anvendelse. Ved første øyekast kan det synes irrelevant å løfte opp spørsmålet om tidfesting av omsorgsviktens tiltredelse. Imidlertid er spørsmålet aktuelt i de tilfellene hvor foreldrenes manglende forutsetninger ikke er av en slik karakter at de først vil få en negativ effekt på omsorgsutøvelsen en gang i framtiden, men hvor mangelen likevel kan medføre alvorlig skade hos barnet. Det er heller slik at omsorgen er marginal og at skaden er å regne som en langtidseffekt av en relativt stabil marginalsituasjon.

Dette vil kunne være tilfellet i situasjoner der omsorgen på vurderingstidspunktet ikke har passert den nedre grense for hva som kan aksepteres, dvs situasjonen kommer ikke inn under bvl § 4-12, litra a), men hvor det er belegg for å hevde at langtidseffekten av en slik omsorgssituasjon vil være alvorlig.

I LG – 2003 - 5414 ⁸⁹ uttales det i forbindelse med redegjørelsen for beviskravet i litra d): ”Bestemmelsen skiller seg fra de andre alternativene (...) ved at omsorgen kan overtas *selv om det for tiden ikke foreligger omsorgssvikt*. Muligheten for *framtidig omsorgssvikt* gir ellers ikke grunnlag for omsorgsovertakelse (...).”Barnet må påføres ” alvorlig skade *som følge av foreldrenes manglende evne på sikt* til å ha omsorgen for det.”⁹⁰ Det kan virke som vurderingstemaet her ikke har vært foreldrenes manglende forutsetninger, og om disse kan forårsake en framtidig alvorlig skade hos barnet. Heller ser det ut til at det vurderes om det vil foreligge en omsorgsvikt i framtiden som vil forårsake en skade på barnet, og at omsorgssvikten kan tilskrives foreldrenes bristende evne i framtiden. I forarbeidene nyttes det eksempler taler for en slik løsning. Bl.a. trekkes psykisk utviklingshemmede foreldre fram som illustrasjon på foreldre som kan makte omsorgen for et lite barn, men hvor ” den manglende omsorgsevnen kommer først til syne etter hvert” ⁹¹. Når den kommer til syne får den en konsekvens – omsorgsvikt.

⁸⁹ Sekundær kilden her er Ofstad, 2004 s. 103

⁹⁰ Min kursivering

⁹¹ NOU 1985:18 s 158

At noe kommer til syne etter hvert betyr vanligvis at det hele tiden har vært til der, men bare ikke synbart. De andre inngrepsalternativene krever at omsorgsvikten foreligger her og nå, og implisitt foreligger følgelig også den manglende omsorgsevnen. I litra d) tilfellene vil det nesten være speilvendt, den manglende omsorgsevnen foreligger, men ikke omsorgssvikten. Om en nytter en foreldrerolle tilnærming, har ikke tidspunktet for utøvelsen av den aktuelle dimensjonen kommet. Imidlertid indikerer forhold ved foreldrene i dag, hvordan de vil komme til å håndtere denne dimensjonen når tiden er inne.

I praksis ser en at de ulike inngrepsalternativene hyppig nyttes sammen. Dette fenomenet kan ha flere årsaker, en mulig forklaring kan være usikkerhet om hvilket hjemmelsgrunnlag som skal benyttes. Eller kanskje mer korrekt, usikkerhet omkring skjæringspunktet mellom litra a og d.

I juridisk teori har fenomenet blitt trukket fram i lyset, bl.a. viser Ofstad eksempel på hvordan de ulike instansene vurderer hjemmelsgrunnlaget forskjellig i en og samme sak.⁹² I Rt. 2002 s.327 stadfestet en enstemmig Høyesterett at vilkårene for omsorgsovertakelse etter bvl § 4-12 1.ledd litra a var oppfylt. Saken gjaldt en drøyt 3 år gammel jente som kommunen overtok omsorgen for da hun var 2 år gammel. Inntil da hadde moren stort sett vært alene om omsorgen for jenta. Moren ble av de sakkyndigs beskrevet å ha lav grad av empati samt å inneha svake evner. Noe som hadde medført at samspillet mellom henne og datter bl.a. hadde manglet trygghet og nærhet. I framtiden ville datteren ”ganske raskt vokse fra sin mor”.⁹³ Selv om morens livssituasjon nå hadde stabilisert i seg fant Høyesterett at de sakkyndiges vurderinger av hennes omsorgsevne måtte legges til grunn. Noe som innebar at vilkåret i bvl § 4-12, 1.ledd litra a var oppfylt.

Samme forhold var av nemnda subsumert under litra d. Herredsretten på sin side hadde funnet at begge alternativene var oppfylt, mens lagmannsrettens flertall igjen bygget sin avgjørelse på litra a, og fant det ikke nødvendig å ta stilling til om vilkårene i de andre bestemmelsene var oppfylt. Saken var komplisert. Imidlertid er

⁹² Ofstad (m.fl.) 1995 s 116

⁹³ Avsnitt 41

jeg enig i at dette var en litra a) sak, mors bristende forutsetninger hadde allerede ført til at hun ikke klarte å yte datteren trygghet. Jenta levde under omsorgssvikt. Det faktum at mor skåret lavt kognitivt, og ble beskrevet som umoden og egosentrisk, forklarer kanskje hvorfor fylkesnemnda vurderte saken å fylle vilkårene i alternativ d). Disse trekkene pleier ofte ikke vise seg før barnet begynner å stille større krav til sine foreldre, slik som forholdet kan være for psykisk utviklingshemmede foreldre.

I Rt. 1998 s. 1702, omhandlet 5 brødre hvor den yngste ble plassert utenfor hjemmet med hjemmel i litra d) de eldste etter litra a og d.

Mor hadde i henhold til sakkyndig psykiske problemer, og verken hun eller far til barna maktet den praktiske og oppdragelsesmessige delen av hverdagen.

Førstvoterende uttalte at på tidspunktet for fylkesnemndas vedtak var ”barnevernloven § 4-12 første ledd bokstav a og d” oppfylt for de 4 eldste guttene. Når det gjaldt den yngste ” så hadde det ennå ikke oppstått problemer”.

Imidlertid gav utviklingen for de fire eldste grunn til bekymring også for den yngste. Høyesterett fant det derfor ikke tvilsomt at vilkårene etter litra d var oppfylt også for hans vedkommende. Det er vanskelig å si noe om hvorfor Høyesterett her benytter litra d i sammenheng med litra a. Det som er klart er at det ikke er nødvendig både å foreta en her og nå vurdering, og en framtidsvurdering, da vilkårene ikke er kumulative. Om dette er en måte å vise at man er sikre på at avgjørelsen er riktig så er det uheldig. Resultatet kan bli at barneverntjenesten oppfatter det slik at det skal foretas en dobbelbehandling. På den måten kan en risikere at det ventes til foreldrenes manglende forutsetninger kommer til syne, noe som igjen kan medføre at de alvorlige skadene barn skal beskyttes mot ikke lengre blir framtidige. Den yngste gutten i søskenflokket i denne saken kan tenkes å ha blitt vernet mot dette, da hans eldre brødre kunne fungere som bevis for foreldrenes manglende forutsetninger til å yte adekvat og tilstrekkelig omsorg. Om man sammenligner dette forholdet med faktum i dommen inntatt i Rt. 2002 s. 327, finner en likhetstrekk. I begge tilfellene hadde foreldrenes manglende forutsetninger kommet til syne, slik at omsorgsvikten ikke lengre var latent – den forelå. I begge tilfellene anvendes litra a, i det første tilfellet en ren litra a), i foreliggende sak anvendes alternativene sammen, i tillegg til en ren litra d). Dette tiltross for at omsorgsvikten allerede var fastslått å foreligge. Det er følgelig teoretisk mulig å se for seg et tilfelle hvor bare

fire av fem barn i en søskenflokk utsettes for omsorgssvikt. I en slik sak kunne kombinasjonen av litra a og litra d ha noe for seg. Hvor sistnevnte følgelig hadde kommet til anvendelse på den som ikke var utsatt for omsorgssvikten. Uavhengig av om forskjellsbehandlingen hadde vært bevisst eller ubevisst, så ville man kunne knytte denne forskjellen opp mot sviktende forutsetninger for å yte omsorg. Det er likevel også mulig å karakterisere det å måtte være vitne til omsorgssvikt som en form for omsorgssvikt. Dette følgelig bl.a. avhengig av hva man er vitne til.⁹⁴ Slik var ikke tilfellet i saken om de fem brødrene i Rt. 1998 s.1702.

Omsorgssvikten gjaldt alle guttene, effekten av svikten viste seg hos alle, utenom den yngste av dem. En effekt ingen av bestemmelsene om omsorgsovertakelse krever skal ha materialisert seg.

Framtidsvurderinger er kompliserte. Enkelte ganger kan det være slik at prognosevurderingene ikke blir helt rene, idet aktuelle problemer kan nyttes som eksempler på hvorfor det er fare for et barns utvikling⁹⁵. Selv om foreldrenes manglende forutsetninger ikke har fått den effekt at barnet lever i en alvorlig omsorgssviktsituasjon, er det selvsagt mulig at foreldrenes bristende forutsetninger på ulikt vis allerede kan vise seg i dagliglivet. Disse kan nyttes som dokumentasjon på at foreldrene er ute av stand til å ha omsorgen for barnet i fremtiden. Imidlertid betyr ikke dette at man skal vente til situasjonen er så klart uholdbar at en framtidsvurdering ikke lengre er nødvendig.

Kap 9 BEVIS

9.1 Beviskravet i barnevernloven § 4-12, litra d

Her skal ikke alle sider ved bevissspørsmålet presenteres og drøftes, men jeg vil i tillegg til å redegjøre for beviskravet i litra d, se litt nærmere på sakkyndigs funksjon som et særskilt bevis i saker om omsorgsovertakelse etter litra d.

9.2 Hvor stor sikkerhet kreves?

Ingen familier kan utsettes for tvangsinngrep i form av en omsorgsovertakelse uten at kommunen kan føre bevis for at vilkårene for et slikt inngrep er tilstede. Hvor

⁹⁴ Det å være vitne til vold er karakterisert som traumatisering

⁹⁵ NOU: 1985: 18 s. 158

sikker nemnda eller retten må være på at de forhold som beskrives er tilstrekkelig for at tvangstiltaket kan iverksettes betegnes som beviskrav. Uavhengig av hvor stor grad av sikkerhet som må til, må kommunen i tillegg føre bevis for at situasjonene de mener gir grunnlag for inngrepet ikke kan rettes opp ved hjelp av andre og mindre inngripende tiltak, jf bvl § 4-12, 2. ledd. Videre at det anførte tiltak – flytting av omsorgsbasis - vil være det beste for barnet, jf bvl § 4-1. Samlet utgjør dette hva Lindboe kaller en kjede av materielle vilkår for omsorgsovertakelse, hvor kravet til bevisets styrke kan variere for det enkelte ledd i kjeden.⁹⁶

Skjematisert vil det i praksis dreie seg om en toleddet prosess, hvor det først må avklares hvor høy grad av sannsynlighet det kreves for å vedta omsorgsovertakelse etter bvl § 4-12, litra d), og deretter må det bedømmes hvor høy grad av sannsynlighet som foreligger i den konkrete sak. Første ledd av prosessen er lovtolkning, mens den siste følgelig er en konkret bevisvurdering.⁹⁷

Beviskravet i bvl § 4-12 litra d) framkommer direkte i bestemmelsen, hvoretter det må være ”overveiende sannsynlig” at barnet kan bli alvorlig skadet. Kravet er tatt på ordet i rettspraksis.⁹⁸ Hvor stor grad av sikkerhet som er nødvendig etter de andre alternativene gir lovteksten ingen anvisning om. Kontekstuel taler dette for at litra d) tilfellene står i en særstilling, og således krever en høyere grad av sannsynlighet enn hva gjelder de andre inngrepskriteriene.

Hva kravet så innebærer er usikkert. Imidlertid kreves det etter de andre alternativene alminnelig sannsynlighetsovervekt. I juridisk teori pågikk det på et tidspunkt en diskusjon om hvorvidt dette kravet var tilstrekkelig, sett opp mot inngrepets karakter. Imidlertid er det slått fast at det etter alternativene a-c, ikke kan kreves større sikkerhet enn alminnelig sannsynlighetsovervekt.⁹⁹ Det samme gjelder tilleggsvilkårene i bvl § 4-12, 2. ledd samt bvl § 4-1, om at hensynet til barnets beste skal være avgjørende ved valg av barnevernstiltak.

⁹⁶ Lindboe 2007, Tidsskrift for Familierett s 179

⁹⁷ Etter Andenæs J. 2000 s. 179

⁹⁸ Se f.eks. Rt. 1999 s. 1833

⁹⁹ Rt. 2004 s. 1046

Man står således overfor et strengere beviskrav i litra d). Dette er også naturlig sett opp mot at det her skal foretas en framtidsvurdering. Etter de andre bestemmelsene vil det foreligge konkrete hendelser som kan dokumentere at det foreligger en omsorgssvikt, man skal vurdere det foreliggende. Etter litra d skal man vurdere det kommende, både med hensyn til årsakskjeder og resultatet av samvirket mellom disse. Rettsikkerhetshensyn medfører dermed et krav om høyere grad av sikkerhet når det er tale om prognosevurderinger.

Et for strengt beviskrav kan imidlertid medføre at det blir svært vanskelig å verne barn mot en framtidig alvorlig skade. Sandbergs argument, om at det kan virke støtende på barnet om det opereres med så strenge beviskrav at det ikke er mulig å overta omsorgen for det, kan anvendes også i forhold til litra d).¹⁰⁰ Vanligvis vil barnet ha det best om det får vokse opp under omsorg av sine foreldre. Det biologiske prinsipp er som nevnt tidligere, i de fleste tilfeller sammenfallende med barnets beste. Kravet om at en omsorgsovertakelse vil være det beste for barnet, jf bvl § 4-1 vil således kunne fungere som en sikkerhetsventil for riktig avgjørelse.

I henhold til forarbeidene skal det en høy grad av sannsynlighet til for å dekke kravet om at noe er ”overveiende sannsynlig”.¹⁰¹ Hvor mye over grensen for det alminnelige sannsynlighetskravet som kreves må bero på en konkret vurdering. Eller for å si det med Andenæs, det å forsøke å uttrykke beviskrav i prosent sannsynlighet er urealistisk.¹⁰² Selv om det ikke kommer direkte til uttrykk i noen rettsavgjørelser er det meget sannsynlig at beviskravet kan variere noe med hensyn til risikoens art. I vedtaket fra FNV –2002-9 – HSF fant nemnda at vilkårene for omsorgsovertakelse var oppfylt. Selv om det var 12 år siden sist mor her hadde opptrådt utagerende og voldelig, ble det konkludert med at det var overveiende sannsynlig at barnets helse kunne bli alvorlig skadet om det fikk bli med sin mor hjem. Nemnda fant at det i utgangspunktet forelå en risiko for skade som følge av mors alvorlige sinnslidelse, i tillegg hadde oppstått hendelser som kunne tale for at det var nærliggende at risikoen

¹⁰⁰ Sandberg 2003 s. 250

¹⁰¹ Ot.prp 44 (1991-92) s 39

¹⁰² Andenæs J. 2000 s. 178

kunne slå ut i skade. Sist mor hadde blitt utsatt for følelsesmessig stress ble hun psykotisk, hvor på hun drepte barnet sitt. I dette tilfellet kan man si at risikoens art var av en slik karakter at om det skulle foreligge en tvil om hvorvidt det var overveiende sannsynlig at den i framtiden ville realisere seg, måtte hensynet til barnets interesse av å bli vernet mot den hypotetiske skade trekkes inn i vurderingen. Ikke slik at den skulle komme som et tillegg og derigjennom etter den alminnelige bevisbedømmelsen, men heller som et spørsmål om nødvendigheten av inngrepet. Bratholm vurderer det som riktig å legge vekt på hvor stor skade som kan skje ved passivitet.¹⁰³

Barnet det dreide som i vedtaket fra nemnda kunne bli alvorlig kvestet, i verste fall drept, disse omstendighetene viser at en prosentangivelse i praksis faktisk ikke kan fungere. En helt statisk oppfattelse av kravet, vil i tilfellet kunne føre til at barnets interesser blir satt på sidelinjen til fordel for foreldrenes interesse av å ha barnet hos seg.

9.3 Hva skal bedømmes ?

Etter å ha sett at bestemmelsen retter seg mot flere forskjellige typer framtidige skader er spørsmålet, hva er det som skal være ”overveiende sannsynlig”. Tatt på ordet krever bestemmelsen at det må være overveiende sannsynlig at barnet ”kan bli alvorlig skadd”. Dette taler for at det skal foretas en bedømmelse av om hvorvidt det foreligger en skaderisiko på sikt.

Sammenholdt med bestemmelsens strenge beviskrav synes ”kan” kravet noe underlig. Det vil være enklere å føre bevis for at noe med overveiende sannsynlighet kan skje, sammenlignet med at noe med overveiende sannsynlighet vil skje.

I utgangspunktet skal en være forsiktig både med å tolke ordlyden utvidende og innskrenkende, men i juridisk teori har det blitt argumentert for en innskrenkende tolkning. Bestemmelsen skal anvendes i sjeldne tilfeller, hvor foreldrenes manglende forutsetninger ”gjør det overveiende sannsynlig at omsorgsvikt på et senere tidspunkt vil føre til at barnet blir alvorlig skadd”¹⁰⁴. Sett i lys av at bestemmelsen gir hjemmel for kraftige inngrep i familielivet, vil ikke en innskrenkende tolkning av

¹⁰³ Bratholm i Sandberg 2003 s. 252

¹⁰⁴ Ofstad (mfl.) s. 115, min kursivering.

ordlyden være så betenkelig. Legalitetsprinsippet har ingen skrankefunksjon her. Imidlertid innhentes kunnskap om bevistemaet her fra vitenskaper som ikke opererer med en så høy grad av sikkerhet som et ”vil” krav indikerer.

Innenfor fagene psykologi, psykiatri og pedagogikk finner en svært sjelden enkle og lineære forklaringsmodeller. Selv om det også her eksisterer en rekke anerkjente skoleretninger hvor man finner klare innslag av determinisme,¹⁰⁵ vil heller ikke disse modellene være av en slik karakter at man klart kan fastslå at noe med overveiende sannsynlighet ”vil skje”.

I utgangspunktet kan det derfor virke som uoverkommelig å skulle tilfredstille et slikt beviskrav, slik at kan oppstå fare for at barn må vente til at omsorgssvikten er et faktum før hjelpen settes inn. Av den grunn kan det være hensiktsmessig å stoppe noe ved hvordan retten forholder seg til bevistemaet, og hvilket middel som nyttes for å kaste lys over så vidt kompliserte forhold som litra d) omhandler.

9.4 Sakens opplysning

Retten har et eget ansvar for at sakene om frihetsinngrep blir tilstrekkelig opplyst, jf Tvl. § 36-6, dette medfører at de også er ubundet av de påstandene som gjøres gjeldende av sakens parter, jf Tvl. § 36-5 (3) I disse sakene må retten selv finne riktig løsning, og da uten å måtte ta hensyn til det som påberopes av de respektive parter.

Temaet rett skal få belyst for deretter å vurdere og trekke konklusjoner fra, er svært komplisert. Bevistemaet i litra d) sakene er grovt og skissemessig: Foreldrenes forutsetninger, hvordan disse forutsetningene igjen vil påvirke deres måte å utøve omsorg på, og om den eventuelle svikten vil påføre barnet alvorlig skade. Videre må det foretas komparative slutninger i forhold til bvl § 4-12, 2.ledd, hvor bevistemaet kan være effekten av ulike hjelpetiltak og sammenstilling av disse. Dette i tillegg til at det også skal tas prediktive slutninger med hensyn til hvilket tiltak som vil være det beste for barnet, jf bvl § 4-1. Her vil bevistemaet bl.a. kunne være barnets forutsetninger og antatte framtidige behov. Mange av disse

¹⁰⁵ Psychic determinism the princip that behaviour arise from peoples thought processes rather than just happen
Payne 1991 s 75

spørsmålene krever en type innsikt som verken inngår i leg eller fagdommernes kunnskapsbase. Det er derfor vanlig at retten oppnevner sakkyndige, for slik å sikre at saken blir tilstrekkelig opplyst. Arbeidet til den sakkyndige munnar vanligvis ut i en rapport, det er også vanlig at den sakkyndige forklarer seg muntlig når saken kommer opp for retten.

9.5 Vekten av de sakkyndiges betraktninger

Det er følgelig retten som skal ta stilling til om vilkårene for en omsorgsovertakelse foreligger i den konkrete sak, de sakkyndiges oppdrag er å framlegge bevis.

Imidlertid er det naturlig at det i litra d) tilfellene vil finnes få bevis i tillegg til de sakkyndiges undersøkelser og rapporter. Selvsagt vil barnevernsarbeidernes observasjoner sammen med den private parts vitner osv kaste lys over saken.

Imidlertid vil disse bare kunne tjene som dokumentasjon på hvordan foreldrene opptrer i dag, dvs vitnene kan berette om hvordan her og nå situasjonen betoner seg for dem. Selv om det er mulig å trekke konklusjoner på grunnlag av vitnenes erfaringer med dem saken gjelder, er det klart at slike slutninger bare sjeldent alene kan være nok til å tjene som bevis for at noe med overveiende sannsynlighet vil skje i framtiden. Når det skal trekkes slutninger om så vidt kompliserte forhold, er det grunn til å tro at de sakkyndige automatisk får tildelt en sentral rolle. På den måten er det sannsynlig at de andre bevisene mer kan bli å regne som støtteargumenter, i den grad de underbygger rapportene fra de sakkyndige.

I tillegg til domsmaterialet benyttet i denne oppgaven, viser en rask gjennomgang av høyesterettspraksis,¹⁰⁶ at rapportene fra de sakkyndige blir tildelt stor plass i rettens drøftinger og i mange tilfeller tas også deres konklusjoner til følge.

I Rt. 1992 s.671 uttales det om vekten av sakkyndigrapporter ” Generelt har anbefalinger fra rettsoppnevnte sakkyndige i saker som dette betydelig vekt”. I denne saken valgte Høyesterett likevel ikke å ta til følge de sakkyndiges konklusjoner, fordi de bedømte sakens bevismateriale på en annen måte enn hva var tilfellet for de sakkyndige. Uttalelsene må likevel kunne forståes som en retningslinje for bedømmelsen av bevis, hvoretter fagkyndigvurderinger generelt sett er tungtveiende. Henvisningen til den generelle vekten peker tilbake på rettens plikt

¹⁰⁶ Lovdata , f. eks Rt. 1995 s. 85, Rt. 1986 s. 946, Sakene benyttet her bl.a.: Rt.2002 s. 237, Rt 1998 s.1702

til å foreta en selvstendig bedømmelse. Dette betyr at det må skje en sammenligning av de sakkyndiges konklusjoner og rettens vurderinger av det øvrige bevismaterialet i saken.

Dommen inntatt i Rt. 2005 s. 624 som omhandlet en cerebral parese rammet jente, kan fungere som et godt eksempel på dette. Høyesterett uttaler at det de ”sakkyndige her fremhever må etter mitt syn veie tungt ved avgjørelsen” Deretter koples disse synspunktene opp mot andre bevis i saken, slik som mors tidligere omsorgsadferd, jentas gunstige utvikling etter omsorgsovertakelsen, videre det faktum at mor nektet å gi de sakkyndige muligheten for å vurdere om omsorgsevnen hennes hadde endret seg siden omsorgsovertakelsen. I denne saken var konklusjonene fra de sakkyndige likelydende. I slike tilfeller kan bedømmelsen sies å være noe enklere.

I Rt 1999 s. 1883 var ikke dette tilfellet. Her dro de sakkyndige i to forskjellige retninger, både med hensyn til forklaringen på de to brødrenes atferdsvansker, og med hensyn til hvilke tiltak som ville være meste hensiktsmessige og til beste guttene. I dette tilfellet valgte Høyesterett å støtte seg til den uttalelsen som anbefalte hjemmebaserte tiltak. Avgjørelsen hvilte følgelig ikke alene på den sakkyndiges vurderinger. Høyesterett foretok en selvstendig vurdering på grunnlag av sakens andre bevis, slik som mors ytre sett endrede livssituasjon og guttenes ønske om å flytte hjem. Det ble ikke gitt noen forklaring på hvorfor den enes konklusjoner ble valgt framfor den andres. Det er ikke nødvendig, men når de sakkyndige konkluderer forskjellig kunne det ha virket oppklarende om valget hadde vært begrunnet. Høyesterett trekker fram det biologiske prinsipp, og understreker med dette barnevernlovens utgangspunkt. Ut i fra dette kan det trekkes den konklusjon, er det uenighet mellom de sakkyndige er det vanskelig å si at noe er overveiende sannsynlig. I slike tilfeller må man falle tilbake på lovens utgangspunkt.

9.6 Kvalitative krav til de fagkyndige?

Det vil ligge utenfor temaet her å gå nærmere inn på de mange spørsmål sakkyndiginstituttet gir rom for å drøfte. Imidlertid er det naturlig å trekke fram enkelte momenter ved ordningen, i og med at de fagkyndiges uttalelser vanligvis vektet tungt.

I det domsmaterialet jeg har anvendt kommer det ikke alltid like nøyaktig fram hvilket mandat de sakkyndige er gitt av retten. Jeg tolker ikke dette slik at det nødvendigvis må bety at de sakkyndige er tildelt uklare mandat. Ofte vil dessuten mandatet utkrystallisere seg gjennom det materielle innholdet i rapportene. Av pedagogiske hensyn bør det imidlertid framkomme hva de sakkyndige har blitt bedt om å vurdere. Dommen i Rt. 2005 s. 624 som omhandler en funksjonshemmet jente, er svært ryddig i så måte. I voterende innleder med å fortelle hvem de fagkyndige er og hvilke kvalifikasjoner de innehar før mandatet presenteres: ”De sakkyndige er bedt om å vurdere Cs omsorgsbehov og mors omsorgsevne i forhold til C ved en eventuell tilbakeføring”. På den måten framkommer to av de mest sentrale momentene i en sak om omsorgsovertakelse. Ikke slik at de punktene Høyesterett her ber om en vurdering av, skal være de fagkyndiges domene. Det er heller slik at mandatet gjør tydelig hvilket område de kan yte ett bidrag til å få klarlagt, jf også det ovenstående.

Det har blitt hevdet at retten ofte er mer fokusert på å få ”den endelige beslutningen” enn det barneverntjenesten er, når de benytter seg av sakkyndige.¹⁰⁷ På den måten blir mandatet fra retten videre utformet og ikke så oppdelt i delspørsmål og delvurderinger. Dette er det motsatte av hva som pleier å kjennetegne bestillingen fra den offentlige part.¹⁰⁸ Ordvalget ”den endelige beslutning” er kanskje ikke helt heldig, all den tid det er retten som skal ta beslutningen om det foreliggende forhold kommer inn under bestemmelsen. Likevel - det som menes her, er nok at retten ønsker at den sakkyndige, innenfor gitte rammer, selv velger veien fram til konklusjonen. For på den måten å unngå at han/hun blir bundet opp mot noe som kan ligne føringer. På en annen side kan et for vidt mandat medføre at de deskriptive og de normative sidene av temaet lettere kjeder seg inn i hverandre, og derigjennom blir vanskeligere å skille fra hverandre. Sandberg mener imidlertid at det er lite meningsfullt å søke å opprette en klar sperre mot rettsanvendelsen her. Når den sakkyndige sier noe om hvilke virkninger foreldrenes manglende forutsetninger vil

¹⁰⁷ Hassel 1997 i Tjomsland (red) s. 191

¹⁰⁸ ibid

ha for barnet i framtiden, sies det samtidig også noe om hva som er god nok omsorg for dette barnet.¹⁰⁹

På et område hvor bevisene i antall er få, og hvor et av dem har betydelig vekt bør det være av relevans hvorvidt den som uttaler seg om barnet framtidige omsorgsbehov og om skadepotensialet i foreldrenes måte å håndtere omsorgsoppgavene på, har sin erfaring fra voksen- eller barnepsykiatrien. Disse spørsmålene er særlig viktige når de sakkyndige ikke er enige i hvilke faglige konklusjoner som kan trekkes av faktum. Det har derfor vært hensiktsmessig om det under rettens vurderinger av rapportenes innhold, også hadde framkommet hvilken erfaringsbakgrunn eller spesialistutdanning den sakkyndige var i besittelse av. Slik tilfellet var i Rt. 2005 s. 624 nevnt ovenfor. Spesialister i barnepsykologi vil naturlig nok kunne si mer om hvilke typer skader barnet vil få om det forblir under omsorg av sine foreldre.

Mens en som jobber i voksenpsykiatrien på sin side vil kunne si mye om den voksnes personlighet, og om hvordan denne vil sette sitt preg på forelderrollens ulike funksjoner. Videre hvordan foreldrenes personlige forutsetninger vil prege deres samarbeidsevne. Selv om høyesterett foretar selvstendige vurderinger på grunnlag av de verdier som regelverket er ment å fremme, viser det seg ofte at de lavere domstolene har lettere for å anse rapportene som uttrykk for objektive vurderinger.¹¹⁰ Sammenholder en dette med at det tilhører sjeldenhetene at barneverntjenesten mottar bekymringsmeldinger fra voksen psykiatriske poliklinikker, kan det tale for at de som behandler voksne kan ha lettere for å ta et voksenperspektiv.¹¹¹ Dette kan, om retten legger til grunn at psykologi og psykiatri er verdinøytrale vitenskaper, medføre at saken ikke blir tilstrekkelig godt nok opplyst. I Rt. 1999 s. 1883 kan tjene som et tydelig eksempel på at de sakkyndige også har egne oppfatninger av hva som er til beste for barn. I denne saken mente den ene at guttenes adferdsproblemer skrev seg fra omsorgsvikt fra mor. Årsaken til svikten lå i mors personlighetsforstyrrelser. Videre vurderte han guttenes vansker å være av en slik kategori, at et alminnelig fosterhjem ikke vil makte med slike utfordringer. Han anbefalte en fortsatt institusjonsplassering. Den andre sakkyndige

¹⁰⁹ Sandberg 2003 s. 407

¹¹⁰ Sandberg 2003 s. 408

¹¹¹ SSB, www.ssb.no/emner 03/03/10 barnevernund/main.html

hevdet guttenes adferdsproblemer skrev seg fra at mor til tider hadde vært noe ettergivende med dem. Han mente videre at mor hadde tilstrekkelig gode forutsetninger for å ta seg av guttene sine, forutsatt at barneverntjenesten satte inn hjelpetiltak i hjemmet. Guttenes utagering kom av at de savnet mor, og vantrivdes på institusjonene. Etter hans vurdering ville en fortsatt institusjonsplassering være til skade for guttene. Begge de sakkyndige var kliniske psykologer. Hvilken erfaringsbakgrunn de hadde framkom ikke av dommen. En kjent svakhet ved prediktering er at man ofte leter etter fakta som bekrefter ens teorier, og derigjennom utelukker den informasjonen som står i motsetning til ens antagelser.

Når beviskravet ligger i det øvre sikkerhetssiktet må en være sikker på at det som i utgangspunktet skal tjene som et tungtveiende bevis, faktisk også alltid er det. Sett i lys av psykologi og psykiatri i utgangspunktet ikke gir helt sikre prediksjoner, tilsier rettsikkerhetshensyn at de som innhentes til oppdrag for retten, innehar spesiell kunnskap om barn.

Da har man bedre muligheter til å kunne vurdere saken ut fra barnets interesser. I og med at en i litra d) saker skal vurdere foreldrenes framtidige omsorgsevne, bør den ene av de sakkyndige inneha kunnskap innenfor voksenpsykiatrien. Ikke fordi det skal opprettes to motpoler, men for slik å kunne yte et mer solid bidrag til prognosene som skal stilles. Det bør i det hele tatt sondres mer mellom hvilke type kunnskap man etterspør i de forskjellige sakene. Dette vil kunne bidra til å kvalitetssikre et av de sentrale bevisene i saker om omsorgsovertakelse. Risikoen for at de sakkyndige er påvirket av egne oppfatninger - både av faglig og mer verdimessig karakter, blir følgelig ikke borte ved en slik ordning. Imidlertid hevdes det fra fagkyndigkretser at disse svakhetene kan reduseres vesentlig ved at flere fagpersoner sammen foretar de etterspurte prediksjonene.¹¹²

Som nevnt i det ovenstående vil en del av bevisemaene også være knyttet opp mot kravet til nødvendigheten av en omsorgsovertakelse, og om et slikt tiltak vil være det beste for barnet. Vilkårene i bvl § 4-12, 1. ledd litra d suppleres således av de felles tilleggsvilkårene i bestemmelsens annet ledd.

¹¹² Kvello, 2007 s. 59

KAP 10 TILTAKETS SUBSIDIÆRE KARAKTER

10.1 Barnevernloven § 4-12 , 2.ledd

Det offentlige kan ikke gripe inn i en familie i form av en omsorgsovertakelse, uten at tiltaket er nødvendig, noe som framkommer direkte av bvl § 4-12, 2. ledd hvor det heter: ” *Et vedtak etter første ledd kan bare treffes når det er nødvendig ut fra den situasjonen barnet befinner seg i. Et slikt vedtak kan derfor ikke treffes dersom det kan skapes tilfredstillende forhold for barnet ved hjelpetiltak etter § 4-4 eller ved tiltak etter § 4-10 eller § 4-11.*”

I tillegg til nødvendighetskriteriet framkommer det i tillegg at hjelpetiltak må være å betrakte som utilstrekkelig. Videre må tiltaket være til beste for barnet, jf bvl § 4-1.

10.2 Nærmere om nødvendighetskravet

Når noe er å regne som nødvendig framkommer ikke direkte av bestemmelsen, imidlertid gis kravet meningsinnhold når 2.ledd tolkes helhetlig. Om hjelpetiltak er tilstrekkelig, i den forstand at det kan gi barnet tilfredstillende forhold, vil ikke en omsorgsovertakelse være nødvendig. EMD praksis viser at det skal være forholdsmessighet mellom tiltaket og de mål som søkes oppnådd, for at et inngrep i familielivet skal kunne være rettmessig, jf EMK art. 8 nr 2. Vurderingene blir de samme som etter det mildeste inngreps prinsipp, fordi som bl.a. Bendiksen framholder : ”Hvorvidt et tiltak er nødvendig for å nå det aktuelle målet, eller (..) hvorvidt et mildere tiltak kan være tilstrekkelig, utgjør to sider av samme sak”.¹¹³

Etter ordlyden skal nødvendighetsvurderingen gjøres i forhold til barnets her og nå situasjon. Dette medfører at en skal se bort fra tidligere episoder som det er grunn til å tro ikke vil gjenta seg.¹¹⁴ Har mor vært en tung narkotikamisbruker kan således ikke det begrunne et tvangsinngrep i familien, om barnet har det tilfredstillende på vedtakstidspunktet. Det siste synes ikke å passe med litra d), da dette alternativet i

¹¹³ Bendiksen 2007 s. 192

¹¹⁴ NOU 1985:18 s. 158

seg selv ikke tilfredstiller aktualitetskravet. Barnets her og nå situasjon er i slike tilfeller tilfredstillende, det er skadene av en framtidig omsorgssvikt som barnet her skal vernes mot. Slik jeg ser det er det ikke grunn til å problematisere dette særlig. Når lovgiver valgte å gå inn for å at et vedtak om omsorgsovertakelse også kan bygge på prognosesynspunkter, må det forstås slik at aktualitetskravet ikke gjelder i slike tilfeller. Noe annet ville være å betrakte som selvmotsigende. I eksemplet med den tidligere narkomane mor, kan det foreligge omstendigheter som gjør at hun på tross av å være rusfri rent faktisk ikke vil være i stand til ha omsorgen for barnet sitt på sikt. Det er den framtidige omsorgsvikten og effekten av denne barnet skal vernes mot, og da primært ved bruk av hjelpetiltak.

10.3 EMK og framtidsprognoser

EMK art. 8 gir enhver ”rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse”. Ordlyden viser at vernet i alle fall gjelder barnet og dets foreldre.¹¹⁵

At retten ikke er absolutt går direkte fram av unntaksbestemmelsen i 2.ledd, hvor etter myndighetene kan gjøre inngrep om det er i samsvar med loven, inngrepets formål er i pakt med bestemmelsens formål og er nødvendig i et demokratisk samfunn.

10.4 Kort om vilkårene for et berettiget inngrep

Når EMK reiser krav om hjemmel i nasjonallovgivning stilles det samtidig krav til kvaliteten på hjemmelen. Denne må være så presis at borgerne kan forutberegne sin og familiens rettsstilling. Litra d) er svært skjønnsmessig utformet. Imidlertid medfører ikke dette automatisk at bestemmelsen er i strid med kravet til forutsigbarhet. EMD praksis viser at skjønnsmessige bestemmelser godtas om rammene for utøvelsen av dem framkommer tydelig.¹¹⁶ Lovforarbeidene er relativt gamle, men de yter veiledning mht hvilke momenter som skal inngå i vurderingene. Som nevnt tidligere har ingen saker etter bvl § 4-12 litra d vært behandlet av EMD, det kan derfor vanskelig slå fast at litra d) vil oppfylle forutsigbarhetskravet. På en annen side skiller ikke bestemmelsen spesielt ut fra de andre inngrepskriteriene,

¹¹⁵ Hva som er en familie skal ikke drøftes her, men EMD har lagt seg på en liberal praksis mht familiebegrepet

¹¹⁶ Olsson – saken var prinsipiell i så måte (A 130, 1998)

dette med hensyn til utforming. Når vedtaket i tillegg er gjenstand for judisiell kontroll, trekker det i retning av at EMD vil anse litra d) som klar nok.

I tillegg til forutsigbarhetskravet må inngrepet være rettmessig. For at inngrep kan godtas etter litra d) må det være overveiende sannsynlig at barnets helse eller utvikling vil bli alvorlig skadd. Dette kravet samsvarer med formålene nevnt i artikkelen. Kravet til alvorlig skade medfører klart at formålet er legitimt.

At et inngrep skal være nødvendig i et demokratisk samfunn medfører at det må være begrunnet i sterke samfunnsmessige hensyn, videre at det må være forholdsmessighet mellom mål og middel. Forholdsmessighetskravet samsvarer med nødvendighetskravet i bvl § 4-12, 2.ledd, jf også det mildeste inngreps prinsipp. Den enkelte stat er gitt en vis frihet når det kommer til vurderingen av hva som er nødvendig i et demokratisk samfunn. Her vil bl.a. skjønnsmarginen avhenge av hvilke interesser som står opp mot hverandre.¹¹⁷ I litra d) tilfellene står barnets helse og utvikling opp mot verdien av et familieliv.

Skal inngrepet være rettmessig må familielivet være til skade for barnet. Spørsmålet blir først om det er mulig å forhindre dette ved hjelp av mindre inngripende tiltak.

10.5 Forebyggende tiltak

I utgangspunktet skal alle barn få vokse opp sammen med sine foreldre. Sammen er de en familie som kraft av det også nyter et særskilt vern, det offentlige skal om det er nødvendig å gripe inn benytte seg av mildes mulig inngrep. Disse prinsippene medfører at kravet om først å vurdere hjelpetiltak er medtatt i bestemmelsen.

I lovforarbeidene blir det understrekket at ” hjelpetiltak i hjemmet alltid skal vurderes før mer omfattende tiltak iverksettes” Kommunen kan ikke unnlate dette som følge av ” Manglende ressurstilgang på tiltakssiden”.¹¹⁸ En omsorgsovertakelse er et subsidiært tiltak, og skal derfor benyttes bare der hvor ingenting annet nytter. Der hvor noe annet nytter vil vanligvis heller ikke en omsorgsovertakelse være nødvendig. I Rt. 1999 s 1883 ble vedtak om omsorgsovertakelse opphevet, da det

¹¹⁷ Loftsgaard, 2002 i Tjomsland s. 69

¹¹⁸ Inst. O. nr 80 (1991-92)

mellom annet ble lagt til grunn at det var mulig å skape tilfredstillende forhold for guttene ved hjelpetiltak i hjemmet, jf bvl § 4-4. Dommen er en god illustrasjon på hvilke avveininger som foretas. Høyesterett sammenstiller guttenes vansker opp mot de foreslåtte tiltak. Først vurderes de isolert, deretter opp mot hverandre – institusjonsplasseringen vurderes opp mot de foreslåtte tiltak i hjemmet. Slik sett foretar Høyesterett en komparativ slutning, hvor de fagkyndiges konklusjoner implisitt inngår sammen med de andre opplysningene i saken. Deretter vurderes det hele opp mot nødvendighetskravet.

Om et mildere inngrep vil være tilstrekkelig må følgelig bero på en konkret vurdering i hvert enkelte tilfelle. På den måten gir ikke bestemmelsen sammenholdt med bl.a. forarbeidene bud om at hjelpetiltak skal prøves i alle tilfeller. I noen saker kan situasjonen være slik at hjelp er å anse som nytteløst, slik som tilfellet var i FNV –2002-9 HSF. Mors alvorlige diagnose var å betrakte som varig, og periodevis kunne tilstanden medføre fare for vold og aggresjonsutbrudd.

For å avhjelpe en framtidig alvorlig skade hos barnet måtte tiltaket ha bestått av nærmest helkontinuerlig tilsyn i hjemmet. Et slik tiltak ville således ikke medføre endringer, men bare fungere som et sikkerhetstiltak.

Støtte for en slik tolkning finnes i rettspraksis, hvorefter manglende tiltro på at eventuelle hjelpetiltak virker, kan begrunne at man går til omsorgsovertakelse også før mildere inngrep har vært drøftet. I Rt. 1986 s. 1189 ble det utalt at det ikke var begått en saksbehandlingsfeil av barnevernsnemnda ved unnlattelsen av å drøfte alternative tiltak til omsorgsovertakelse. Førstvoterende uttalte :”Etter forholdene i saken anser jeg det imidlertid klart at slike tiltak måtte framstille seg som nytteløse. Det er da ingen feil at forholdet til § 18 ikke er nevnt”.¹¹⁹ Dette medfører at hjelpetiltak alltid skal vurderes, ikke alltid prøves. Videre behøver det ikke begrunnes hvorfor tiltak ikke prøves, der hvor tiltak framstiller seg som nytteløse. Etter mitt skjønn bør det framkomme hvorfor hjelpetiltak ikke prøves, selv i de tilfeller hvor det ligger i dagen at hjelpetiltak faktisk ikke vil nytte. En grunngivning vil ikke bare være viktig av pedagogiske grunner, men den kan også ha betydning for legitimiteten til barnevernet.¹²⁰

¹¹⁹ Rt 1986 s 1189 (side 1193)

¹²⁰ Følgelig kan det også henvises til bl.a. kontradiksjon

Videre vil også hjelpetiltakets omfang kunne være av betydning for om hvorvidt det i det hele tatt kan anses som et alternativt til en omsorgsovertakelse.

Selv om det ikke skal tas ressurs hensyn, kan en høy ressursbruk få negative virkninger for barnet. I Rt 1995 s. 350 heter det bl.a.: ” 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 tilfredstillende om den må baseres på en mer eller mindre permanent tilstedeværelse av utenforstående”¹²¹. Det er således klart at vil familien være avhengig av omfattende hjelpe tiltak over lang tid, vil det ikke være i barnets interesse. I dommen inntatt i Rt. 1999 s.1883 mente Høyesterett at 10 timer miljøarbeid pr uke, i tillegg til noen timer psykologveiledning i hjemmet var et passende hjelpetiltak for to gutter som skulle flytte tilbake til sin mor. Hvilket tidsperspektiv som ble anlagt framkom ikke av premissene.

Da begge de sakkyndige vurderte guttene å ha svært omfattende vansker, er det nærliggende at tiltakene ville vare over tid. Høyesterett trakk ikke inn i vurderingen hvordan et såpass omfattende innslag av utenforstående ville påvirke hjemmesituasjonene for øvrig. Heller ikke den kjensgjerning at mange opplever det som stigmatiserende å motta barnevernstiltak i hjemmet sitt. Disse faktorene er aktuelle spesielt når det er snakk om tiltak som strekker seg over tid. Ett stigma kan påvirke et tiltak negativt, og da på en slik måte at målsetning med det ikke oppnåes. I dennes saken stod imidlertid valget mellom institusjonsplassering for barna, og et nokså omfattende hjelpetiltak i hjemmet. Guttene i denne saken misstrivdes på institusjonene hvor de var plassert og ønsket seg hjem. Høyesterett mente det ville være i guttenes interesse at det hjemmebaserte tiltak ble iverksatt Alderen på først nevnte dom, sammenholdt med ytterligere føringer fra lovgiver om forebygging, tilsier at omfang i utgangspunktet ikke behøver å være negativt for barnet. Et Omfangsrikt tiltak medfører således ikke automatisk til utelukkelse. På en annen side må tidsfaktoren trekkes inn, slik at et omfang både måles i tid og rom. Tiltak i hjemmet hver dag i flere år, er noe annet enn eksempelvis et intenst PMTO-opplegg over ett år.

¹²¹ Rt 1995 s. 350 (side 354)

Barnevernlovens forslag til hjelpetiltak i § 4-4 er ikke å betrakte som en utømmende forslagliste. De kan anvendes i en kombinasjon eller i tillegg til andre tiltak som ikke framkommer direkte av bestemmelsen.¹²² Det er videre slik at bestemmelsen må sammenholdes med kravet til individuell tilpassning i bvl § 4-1.

Her skal det ikke redegjøres for hjelpetiltak som sådan. Imidlertid er det enkelte momenter ved de frivillige hjelpetiltakene som bør nevnes, sett i lys av de materielle vilkårene i litra d).

10.6 Forebygge skade eller redusere skaderisikoen?

Det er en forutsetning at ”foreldrene er ute av stand til å ta å tilstrekkelig ansvar for barnet” sitt før det offentlige kan vurdere å gå til omsorgsovertakelse. I slike tilfeller blir det naturligvis spesielt komplisert både å vurdere hvilke hjelpetiltak som kan være aktuelt, og om disse er tilstrekkelige.

Hjelptiltaket skal være til beste for barnet, og ved første øyekast kan det derfor synes som hjelpen skal innrettes direkte mot barnet. Imidlertid er det klart at når vanskene ligger hos foreldrene, i form av en forhold som medfører bristende forutsetninger for å yte omsorg, er det nærliggende at tiltakene må rettes mot den voksne. I seg selv er ikke dette noen motsetning, i det det forutsettes at barnet også har interesse av at foreldrene skal makte å ta seg av det, jf bl.a. det biologiske prinsipp. Selvsagt kan det være forhold ved barnet som gjør at også det har behov for egne hjelpetiltak, imidlertid mener jeg det bør sette et spesielt søkelys mot den hjelpen de voksne får.

Spørsmål som reiser seg er bl.a. hvor lenge det kan ventes på at den nødvendige endring viser seg? Sett i lys av at litra d hjemler en svært inngripende tiltak, taler det for at en bør ha tålmodighet. På en annen side viser forskning av tidlig intervensjon er viktig, jo lengre en venter med riktig tiltak jo større skade kan barnet påføres.

Litra d) er følgelig særlig aktuelt i forhold til små barn. Det er i barnets interesse å få gå gjennom de første og svært viktige årene av livet sitt på en tilstrekkelig god måte. Det er da mange av de viktigste utviklingsmessige milepæler passerer, slik som hjernens utvikling og emosjonsregulering.¹²³ Tidlig intervensjon kan mellom annet redusere antallet ungdom med psykiske lidelser.¹²⁴ En psykisk lidelse vil, avhengig

¹²² Stang 2007 s. 186

¹²³ Karr – Morse og Wiley 1997 i Kvello 2007

¹²⁴ Kvello 2007 s. 55

av art og grad, falle inn under begrepet alvorlig skade. Noe som får den konsekvens at barnet ikke alltid har tid til å vente på at det eventuelle hjelptiltaket rettet inn mot deres foreldre, skal få en tilstrekkelig effekt. I slike tilfeller må foreldrenes interesse vike for barnets interesse i å vokse opp i en familie hvor skadepotensialet er for stort. Videre foreligger også faren for at et hjelptiltak kan bli en måte å tildekke skadepotensialet i foreldrenes manglende forutsetninger. I iveren etter å bistå kan barnet bli den skadelidende, fordi hjelpen ikke gir noe annet enn en tilsynelatende effekt. Eller mer korrekt - hadde ikke hjelpen vært der, hadde situasjonen etter hvert glidd over til å bli en tydelig omsorgssviktsituasjon. Dette bør føre til at det stilles strenge krav til kvaliteten på tiltakene. Foreldrenes evne til å motta hjelp må således vurderes.

I Rt. 1994 s. 568 ble et vedtak om omsorgsovertakelse for psykisk to utviklingshemmede barn stadfestet.

Her ble det bl.a. holdt fram at foreldrene bagatelliserte og benektet barnas hjelpebehov. Dette tiltross for at barna deres ble vurdert til å ligge under 50 % av normal utviklingen, samt gjentatte forsøk på iverksettelse av adekvate tiltak.

Høyesterett uttalt at i forhold til barnas særlige hjelpebehov, måtte det kunne kreves ”at den som skal være omsorgsperson, i særlig grad har evne og vilje til å motta og følge opp råd og veiledning fra fagfolk”. I denne saken kunne man knytte barnas konkrete og synlige behov opp mot foreldrenes evne og vilje til å ta i mot hjelpetiltak i form av bl.a. råd – og veiledning.

Forholdet blir mer komplisert i de tilfeller hvor barna ikke har synbare behov, men hvor bekymringen er rettet mot foreldrenes manglende forutsetninger alene. Hva om foreldrene i slike tilfeller nekter å samarbeide, slik at hjelpetiltak ikke kan benyttes? Hvor mye kan det kreves med hensyn til kvalitet og kvantitet i innsatsen fra barneverntjenesten, før en kan si at hjelpe tiltak er nytteløse? Svaret vil følgelig bero på en helhetlig vurdering i det konkrete tilfellet. Noen ganger kan situasjonen være som i saken for fylkesnemnden benyttet tidligere i framstillingen, andre ganger har barnet bedre tid. Imidlertid har ikke barn ubegrenset med tid.

I Rt. 1999 s.1883 hadde moren til to institusjonsplasserte gutter forut for fylkesnemndas vedtak nektet å samarbeide med barneverntjenesten. Dette tiltross for

at guttene framstod med omfattende problemer. Den ene sakkyndige mente mor hadde manglende omsorgsevne, og at dette kunne forklares med trekk ved hennes personlighet. Det at hun ikke viste samarbeidsvilje var å forstå som et av disse trekkene. Høyesterett fant ikke at det forelå mangler ved mors omsorgsevne. At hun tidligere ikke hadde framvist vilje til å samarbeide, ble ikke viet noen større plass i vurderingen. Dette kan synes noe underlig, all den tid de tiltakene Høyesterett anslo som nødvendig for guttene, ville kreve samarbeidsvilje fra mor. Imidlertid trakk førstvoterende den konklusjon, at når mor nå sa at hun ønsket å samarbeide, så ville hun gjøre det - og da som følge av nyhøstede erfaringer. Hvilke erfaringer det var snakk kom ikke direkte fram. Høyesterett uttalte videre at manglende samarbeidsvilje, er en utfordring barneverntjenesten må ta. Jeg mener klart at det må forventes mye av barneverntjenesten, med hensyn til å trygge foreldrene til de barna som trenger hjelpetiltak.

Endringsarbeid krever i så måte ikke bare en hensiktsmessig metode. Det krever også at man behersker den kunst å få metoden anvendt, dvs at man klarer å komme i posisjon til brukerne. For at det skal være mulig forventer Høyesterett, at barneverntjenesten skal være i besittelse av metoder for å kommunisere om sensitive forhold i et utrygt klima. Ved første øyekast virker et slikt krav rimelig. På en annen side, om samarbeidsviljen skorter som følge av karaktertrekk ved foreldrene, kan det ikke forventes at barneverntjenesten skal sitte med kunnskap om endringsarbeid på det intra psykologiske plan. Om slike endringer er mulig å få til, er det imidlertid heller ikke sikkert at det vil være til beste for barnet å vente mens foreldrene går gjennom dypereleggende endringsprosesser. Tidsperspektivet sammenholdt med hvilke type risiko det er tale om for barnet, vil i slike tilfeller måtte trekkes inn i vurderingen. Når foreldre nekter alle former for bistand, også i form av endringssamtaler med andre instanser, kan det ikke være slik at også det må være en utfordring barneverntjenesten må ta. Da er faren stor for at barnets interesser skyves ut på sidelinjen. Selv om det klare utgangspunkt er at barnet skal vokse opp hos sine foreldre, kan det ikke bli slik at når barneverntjenesten ikke lykkes skal barnet bære prisen.

Ved siden av foreldrenes vilje til å samarbeide, er det også en forutsetning at de hjelpetiltak som ytes må fungere positivt for barnet i praksis. Gjør de ikke det, skal

det vurderes om det vil være best for barnet å sette inn andre hjelpetiltak, avslutte bistanden eller foreslå at omsorgsbasen flyttes fra foreldrene.

KAP 11 FOKUS MOT BARNET

11.1 Barnets bestevurderingene

Finner man at vilkårene for en omsorgsovertakelse er oppfylt, vil det bero på en skjønnsmessig vurdering om vedtaket skal fattes. Som det framkommer av det foregående ¹²⁵ skal det legges avgjørende vekt på om et slikt tiltak vil være det beste for barnet, jf bvl § 4-1. Helt enkelt kan det sies at en omsorgsovertakelse ikke skal foretas, om det ikke er helt klart at et slikt tiltak vil være bedre for barnet enn å forbli i hjemmet. ¹²⁶ I litra d) sakene blir vurderingen noe spesiell, idet barnet i utgangspunktet ikke lever i en omsorgssviktsituasjon.

Etter de andre inngrepsalternativene i bvl § 4-12 kan en holde opp en skadelig omsorg mot et annet og presumsivt bedre alternativ. I slike situasjoner blir spørsmålet som utformet av Høyesterett i Rt. 1994 s. 1105 (...) ” Om en tvangsmessig endring av en omsorgssituasjon vil kunne volde en like stor eller endog større skade, slik at omsorgsovertakelsen ut fra hensynet til barnets beste likevel ikke bør opprettholdes”. Når man ikke vet helt sikkert hva man skal måle opp mot hverandre, blir barnets beste vurderingen ytterligere forvansket. Selv om man legger til grunn at det er overveiende sannsynlig at barnet vil bli alvorlig skadet på sikt, bunner en slik vurdering på prognoser basert på generell kunnskap. Hvordan det konkrete barn vil reagere på et framtidig forhold, vil det følgelig være enda vanskeligere å si noe helt sikkert om. Noe som igjen kan smitte over på neste ledd i vurderingen, slik at usikkerheten kumuleres. På den måten kan avveiningen bli svært vanskelig. I det den blir stående mellom - om det er beste for barnet å bryte opp fra en kjent og pr i dag tilfredstillende omsorgssituasjon, eller om det beste er å flytte over i en ny, og for barnet ukjent omsorgsbase. Holdt opp mot det biologiske prinsipp og det mildeste inngreps prinsipp, kan en slik usikkerhet føre til at det ikke kan fastslås at det vil være til barnets beste å iverksette tvangstiltaket.

¹²⁵ Prinsippet om barnets beste

¹²⁶ Tjomsland, 1997 s. 34

Står barnet imidlertid i fare for å bli utsatt for alvorlig fysisk skade eller vanskjøtsel vil saken være en annen. Er mor psykisk ustabil, og det foreligger en overhengende fare for psykoseutslag som kan medføre livsfare for barnet, vil ikke avveiningen by på de største dilemmaer. Det kan umulig la seg forsvare som barnets beste å la det forbli i en alvorlig risikosituasjon.

I forarbeidene påpekes det at omsorgsovertakelsen må få den konsekvens at barnet får en forbedret omsorg. I praksis viser det seg ofte at det alternativet som skal sammenlignes med barnets biologiske hjem, ikke foreligger på vurderingstidspunktet. Selv om det eksisterer fosterhjem som er klarerte, er det ikke vanlig at et spesielt fosterhjem allerede er plukket ut for barnet. I litra d) sakene blir sammenligningsvurderingen således ytterligere hypotesebasert. På den måten at barnets beste vurderingen vil bli preget av usikkerhet med hensyn til begge de alternative løsninger som nå foreligger til sammenligning.

Dette må få den konsekvens at barnets framtidige hjemme situasjonen, må bære klare bud om å bli alvorlig for dets helse og utvikling. Ellers vil et oppbrudd ikke kunne karakteriseres som best for barnet.

I enkelte tilfeller kan det være slik at når man ikke vet hvordan den nye omsorgssituasjonen vil bli, kan det etter forholdene betraktes som best for barnet å forbli i en mindre gunstig omsorgssituasjon hos sine foreldre. Dette var tilfellet i saken inntatt i Rt. 1995 s. 447. Her ble en tenåring med særskilte behov flyttet tilbake til sin far, på tross av at gutten ikke ville få den omsorgen han hadde behov for der. Forut for tilbakeføringen hadde fosterhjemmet hvor gutten var plassert sagt opp fosterhjemsavtalen. Om omsorgsovertakelsen ble opprettholdt, ville dette føre til en ny etableringsprosess for gutten. Resonnementet til flertallet synes å bygge på, at når man vet at en fosterhjemsplassing ikke kan garanteres å forbli stabil, og et barn allerede har opplevd en mislykket plassering, vil det i et slikt tilfelle kunne medføre en uakseptabel risiko å opprettholde omsorgsovertakelsen. Denne saken viser at relasjonsbrudd i utgangspunktet er å regne som en risiko for barnet, jf § bvl 4-1. Er barnet i tillegg særlig sårbart og har opplevde flere brutte relasjoner, kan det bli å anse som best for det å flytte tilbake til foreldre som ikke vil makte å gi det tilstrekkelig omsorg. Det må understrekes at dissensen i denne saken var sterk. Overført på et litra d) tilfelle vil et mulig oppbrudd i et fosterhjem, med en derpå

påfølgende nyetablering kunne fortone seg som svært lite gunstig, sammenholdt med en pr nå tilfredstillende hjemmesituasjon. Bare i helt spesielle tilfeller kan det etter dette, argumenteres for at det vil være til beste for barnet å foreta en omsorgsovertakelse.

I juridisk teori har det blitt fremhevet at konsekvensene av brudd med biologisk familie ofte ikke er tilstrekkelig belyst i saker om omsorgsovertakelse.¹²⁷

Det er mulig at denne avveiningen ikke framkommer direkte nok i praksis, imidlertid viser gjennomgangen av praksis her at dette momentet blir tatt med i barnets beste vurderingen.¹²⁸

I tillegg må det tilføyes at negative konsekvenser kan forebygges ved at det daglige familielivet erstattes med samvær, og annen form for kontakt mellom barnet og de andre medlemmene av barnets biologiske familie. Denne måten å opprettholde familielivet på har et sterkt vern gjennom EMK art. 8.

11.2 Hva med søsken?

Når det skal vurderes hvilke tiltak som trengs skal man ha barnets beste for øye. Som det kom fram under redegjørelsen for prinsippet om barnets beste, er det klart at hensynet til barnets foreldre ikke skal trekkes inn i denne vurderingen. Men hva om det oppstår interessekonflikt mellom søsken? I Rt. 1999 s 1833 var forholdet slik at Høyesterett mente det ville være til beste for to brødre å flytte hjem til sin mor igjen, etter et institusjonsopphold. Mor bodde sammen med sin nye mann, samt en yngre søster av guttene. Guttene som begge var over 10 år gamle var svært krevende. De ble av de sakkyndige beskrevet som utagerende i situasjoner hvor de ble korrigert eller ikke fikk det som de vil. Høyesterett uttalte at det var åpenbart at gutten ville ha behov for hjelpetiltak fra barneverntjenesten, etter at de var flyttet til tilbake til sin mor igjen. Høyesterett trakk ikke inn i vurderingen, hvordan dette ville virke inn på søsterens livssituasjon. De sakkyndige uttalte seg heller ikke om temaet. I seg selv er det selvsagt utfordrende å måtte dele omsorgen med to søsken. Imidlertid tilhører det livets alminnelige utfordringer. Det som derimot ikke er

¹²⁷ Larsen 1992 s 232

¹²⁸ For eksempel Rt. 1999 s. 1883

vanlig, er å få to svært omsorgskrevende og utagerende storebrødre over natta. Dels er det tenkelig at jenta kan komme til å oppleve det som skremmende når brødrene hennes har aggresjonsutbrudd. Dels er det også sannsynlig at omsorgen hun er vant til å motta, endres med både med hensyn kvalitet og kvantitet. Sammenholder en disse momentene med hverandre er det mulig, beroende på forholdene for øvrig, at det faktisk ikke vil være til beste for jenta at brødrene hennes flytter hjem. Temaet er berørt i forarbeidene. Her uttales det bl.a. at man må anvende det alminnelige utgangspunkt om å søke en løsning som er best for barnet ” men slik at man stiller problemet i forhold til hvert enkelt barn i familien” . Videre at man i slike tilfeller ” også søker å hjelpe de barna som kan bli skadelidende ved at foreldrenes oppmerksomhet må konsentreres om de barn som er særlig hjelpetrengende”.¹²⁹

Det er mulig at barneverntjenesten holder opp for seg denne problemstillingen før de går inn med hjelpetiltak i hjemmet. Sett i lys av arten og graden av guttenes vansker er det likevel noe underlig at ikke alle de berørte barna i saken er nevnt. Når søsteren i denne saken i tillegg skal forholde seg til hjelperne, i form av miljøarbeider og psykolog, er det klart at omsorgssituasjonen hennes nokså plutselige er vesentlig forandret. Forandringer som sannsynligvis vil framkalle reaksjoner. Jentas interesser burde derfor ha blitt løftet fram i lyset.

11.3 Barnets synspunkter

Barnets egne meninger vil, som tidligere belyst, også bidra når bildet av hva som vil være beste for det søkes klarlagt. Barnets oppfatning vil således være ett av flere momenter som skal trekkes inn i vurderingen av hvorvidt det beste for det vil være en omsorgsovertakelse. Er barnet over 7 år ,eller det er modent nok til å ha noen formening skal det få si sin mening, jf bvl § 6-3, 1.ledd. Vekten av barnets synspunkter avhenge bl.a. av hvor gammelt barnet er og hvor modent det er.

11.4 Hva mener barnet egentlig?

I saker etter litra d) vil man som oftest stå overfor små barn, dette medfører som nevnt noen spesielle utfordringer. Ofte vil det være slik at deres synspunkter ikke vektet så tungt, fordi det bl.a. er knyttet så stor usikkerhet omkring hvems mening

¹²⁹ NOU: 1985:18 s 145

barnet egentlig uttrykker. Imidlertid finnes det grunner for å vurdere yngre barns utsagn som mindre preget av påvirkning, i form av indre og ytre press.¹³⁰ Forskning viser at omsorgssviktede barn fra 5 års alder begynner å rapportere mer positivt om foreldrene sine igjen enn tidligere.¹³¹ Dette kan tyde på at barn under 5 år ikke så lett klarer å tolke hva foreldrene deres ønsker eller forventer av dem. På den måten er det sannsynlig at utsagn fra yngre barn, rent faktisk vil være uttrykk for deres egne oppfatninger.

Slik sett bør yngre barns beretninger om hjemmesituasjonen, og eventuelle ønsker om endring, tillegges større vekt enn hva som er den allmenne oppfatningen. Uavhengig av dette vil barnet være den som kan si mest om sin opplevelse av hverdagen, og hvilke tanker det har om framtiden.

Når saken gjelder eksistensielle spørsmål av stor betydning, slik et oppbrudd med foreldrene vil være må det høres. Det har vært diskutert om barn vil "tåle" å bli hørt om spørsmål som kan opprøre det, og mulig gjøre det usikkert og bekymret. Etter mitt skjønn virker det noe søkt å skulle beskytte et barn så mye, at det ikke får muligheten til å bidra. All den tid det er barnet som skal leve med resultatet av beslutningene de voksne tar.

11.5 Hva med konsekvensene?

Når det kommer til barnets syn på hvilket tiltak som vil være best for det, er det mulig forholdet blir noe annet. Det er presumsjon for at barn ikke klarer å se rekkevidden av alle valg de foretar seg. Avhengig av alder vil dette gjelde uansett om man forholder barnet de mulige alternativer, herunder forklarer hva disse vil innebære for det. I Rt. 1984 s. 289 ble meningene til et 8 år gammelt barn ikke tatt hensyn til. Barnet i denne saken uttalte at det ønsket å forbli i fosterhjemmet. Høyesterett begrunnet dette i at fostermor hadde garantert overfor barnet at det alltid skulle få bo hos henne. Moren til gutten hadde på sin side latt være å prate med sønnen om de alternative mulighetene han hadde. Videre ble det lagt til grunn at et så lite barn ikke er i stand til å "vurdere de langsiktige konsekvenser av de alternativer der er tale om".¹³² Det er klart at når de alternativer som barnet

¹³⁰ F.eks lojalitetskonflikter, eller mer direkte påvirkning i form av instruksjon

¹³¹ Kvello 2007, upublisert, ref. Oppenheim Emde & Warren, 1997

¹³² Side 300

forholdes ikke kan garanteres å være reelle, kan det være vanskelig å vektlegge det alternativet valget faller ned på. På en annen side kan man heller ikke forvente at barn i den alderen skal kunne forholde seg til svært abstrakte prediksjoner. Når målsetningen med å høre barnet er å finne fram til hva det mener, må også spørsmålene tilpasses barnets abstraksjonsnivå. Gording Stang argumenterer i sin doktoravhandling, for et utvidet deltagelsesbegrep i barnevernsaker. Noe som innebærer at barn ikke bare skal høres, men også skal bli sett og ivaretatt.¹³³ Jeg forstår det å bli sett, bl.a. som å bli tatt på alvor. For en 8. åring vil valget mellom kanskje få bo i fosterhjemmet også til neste år, og det å flytte tilbake til det som i alle fall er kjent, naturlig nok fortone seg vanskelig.

Eller mer korrekt enkelt, for et kanskje eller et vet ikke, betyr usikkerhet. De fleste barn liker forutsigbarhet, det er også det som ligger til grunn for at kontinuitet og forutsigbarhet trekkes fram som et av elementene i barnets beste, jf bvl § 4-1.

For å oppnå det må man kommunisere med barnet på dets premisser. Først da vil står en i nærheten av å finne fram til hva barnet selv mener om konkrete spørsmål eller problemstillinger.

I saken drøftet i det ovenstående¹³⁴ uttrykte den 13 år gamle gutten at han ønsket å flytte tilbake til sin far. Omsorgsvedtaket ble opphevet, til tross for at Høyesterett la til grunn at dette ville medføre at gutten ikke fikk dekket sine særskilte omsorgsbehov på en tilfredstillende måte. Flertallet tila guttens mening avgjørende vekt. Synspunktet om barns manglende evne til å forstå konsekvensene av sine valg ble således ikke tillagt stor betydning her. Mindretallet vurderte imidlertid forholdet slik at, når konsekvensene ved en tilbakeføring ville få alvorlige følger for gutten, kunne heller ikke hans ønske om tilbakeføring få avgjørende betydning.

Sammenligner man sakene her kan det virke som barnets mening vektet tyngre når de er sammenfallende med det biologiske prinsipp. Det samme mønstret viser seg i Rt. 1999 s.1883. Her mente den ene sakkyndige at guttene saken omhandlet befant seg i en lojalitetskonflikt, slik at det de ytret ikke behøvde være et uttrykk for egne meninger. Den andre av de sakkyndige vurderte saken annerledes, og anbefalte at gutten flyttet hjem. Selv om guttenes alder, etter da gjeldende bestemmelse, lå under

¹³³ Stang, 2007 s. 407

¹³⁴ Rt. 1995 s. 447

grensen for at meningene deres skulle vektlegges, ble ønskene deres vektlagt. Imidlertid er sakene svært forskjellige. I denne saken var de uenighet mellom de fagkyndige, mens dommen var enstemmig. I den andre var det enighet mellom de fagkyndige, mens det var dissens i dommen. Vekten av barnets mening kan vanskelig vurderes helt isolert, den vil som materialet her viser, bero på de andre de andre momentene i saken.

Det som i allefall faller en klart i øynene, er at i rene litra d) tilfeller, vil det by på store utfordringer å få rede på barnets synspunkter. Har barnet det tilfredstillende, kan det være vanskelig for det å tenke seg at situasjonen vil endre seg i framtiden. Når de ulike alternativ eventuelt ikke kan forespeiles barnet, vil heller ikke dets mening om et eventuelt skifte av omsorgsbasis kunne vektlegges tungt. På en annen side kan det være for mye å pålegge barnet og skulle ha en formening om de langsiktige konsekvensene av et slikt valg, jf også Rt. 1984 s. 289 medtatt i det ovenstående.

Kap 12 RETT TIL HVA?

12.1 Plikt til å foreta en omsorgsovertakelse?

Vedtak om omsorgsovertakelse etter bvl § 4-12, 1.ledd ” kan treffes”. Ordlyden viser at man her ikke har å gjøre med en klassikk rettighetsbestemmelse, men med en såkalt ”kan regel”. Dette taler for at barneverntjenesten ikke er forpliktet til å fatte vedtak om en omsorgsovertakelse.¹³⁵ Støtte for et slikt syn finnes i forarbeidene, hvor det ble uttalt at ”bestemmelse bør utformes som en kan-regel slik tilfellet er (..) i gjeldende lov.”¹³⁶ Utvalget la særlig vekt på de skjønnsmessige elementene i loven, samt at det i praksis ”er lett å finne argumenter for at plikten ikke er til stede”.¹³⁷ Som det har blitt nevnt tidligere foreslo Befring-utvalget å lovfeste barns rett til barneverntjenester.¹³⁸ Forslaget ble ikke tatt til følge. Spørsmålet blir da om det eksisterer noen rett til tvangstiltak, eller om det er opp til barnevernsmyndighetene å avgjøre om barnet skal hjelpes, når det er fare for at det vil bli alvorlig skadet i framtiden.

¹³⁵ Ofstad & Skar, 1995 s. 95

¹³⁶ NOU: 1985:18 s. 159 flg

¹³⁷ ibid

¹³⁸ Punkt 1.2.3

Rettighetsbegrepet som sådan er grundig drøftet i juridisk teori, her vil det ikke være plass til en gjennomgang av alle relevante og interessante analyser.

Jeg vil bare trekke fram enkelt momenter som kan kyttes direkte opp mot problemstillingen som ordlyden i bestemmelsen reiser.

Det er nokså uproblematisk å slå fast at man her ikke står overfor en rettighet i tradisjonell forstand. Et klassisk signal på dette, er at klienten selv ikke kan gå til sak med krav om en omsorgsovertakelse.¹³⁹ Det er bare barneverntjenesten som kan fremme sak for nemnda.¹⁴⁰

Imidlertid virker det også noe søkt å tenke seg at et lite barn vil ha forutsetninger for å kunne skjønne at det vil medføre framtidig skade å bli hos sine foreldre, noe som forsterkes av at litra d) omhandler en framtidig omsorgssviktssituasjon.

Korrespondansekravet får slik sett ingen praktisk betydning her.¹⁴¹

En av begrunnelsene for ikke direkte å rettighetsfeste tjenester fra barnevernet, var at dette ville medføre en rett til tvang.¹⁴² I seg selv utelukker begrepene rett og tvang hverandre, men på en annen side vil dette bare være tilfellet om man bedømmer begrepene samtidig med hverandre, og slik sett ikke løfter blikket. Søvig mener at tidsperspektivet også må trekkes inn.¹⁴³ Dette innebærer at det som her og nå ikke oppleves som ønskelig, kan av den samme formuleres som et krav på et senere tidspunkt. Det siste kan tenkes å være tilfellet i saker hvor tidligere barnevernsbarn har gått til erstatningssøksmål mot kommunen, for å ha unnlatt å gripe inn overfor en kjent omsorgssvikt. Videre vil, som bl.a. Gording Stang påpeker, tvangssubjektet og rettighetssubjektet være forskjellig i bvl § 4-12 saker.¹⁴⁴ Barnevernssaker omhandler tre parter det offentlige – barnet – foreldrene, hvor barnets sak bl.a. tales av barnevernet.

¹³⁹ Holgersen, 2000 s.119

¹⁴⁰ ibid

¹⁴¹ Se bl.a. Kjønstads analysemodell, Kjønstad & Syse 2000, s. 92

¹⁴² Ot.prp nr. 44 (1991-92) s.6

¹⁴³ Søvig 2004, s. 102

¹⁴⁴ Gording Stang, 2007, s. 377

I utgangspunktet skal det legges det til grunn at barn og foreldre har en felles interesse av å forbli en samlet familie, jf EMK art. 8. I saker om omsorgsovertakelse er situasjonen spesiell, fordi en har kommet til et punkt hvor alt tyder på at det foreligger en interessekonflikt mellom foreldrene og barnet. Hvor myndighetene vurderer det slik at barnet, ved å forbli i hjemmet, får krenket sine interesser, i form av å bli utsatt for en framtidig omsorgsvikt. Når avgjørelse skal fattes må det legges avgjørende vekt på hensynet til barnets beste. Dette viser at barnevernsaker står i en annen stilling enn den klassiske borger vs myndighet relasjonen. Sammenholdt med våre internasjonale forpliktelser kan det diskuteres, om den klassiske forståelsen av rettighetsbegrepet er helt hensiktsmessig på dette området.¹⁴⁵ Imidlertid er det klart at dette ikke sier alt om barnets posisjon.

For det er som Holgersen framholder, av stor betydning for barnet at barneverntjenesten har ”en plikt til å vurdere og eventuelt ta initiativ til tvangstiltak når andre tiltak ikke anses tilstrekkelige”¹⁴⁶

I litra d tilfellene vil kravet på et tilstrekkelig godt vern være av praktisk stor betydning for barnet, og da uavhengig det skulle foreligge en selvstendig rettighet eller ikke.¹⁴⁷

12.2 Barns rett til vern

Å være foreldrene til et barn medfører bl.a. at en er forpliktet til å yte det omsorg, jf barneloven § 30, hvorefter et barn ”har rett til omsut”. Selve begrepet kan grovt sett deles inn i to kategorier – fysisk og emosjonell omsorg, for slik å bidra til å gi det innhold.¹⁴⁸ Ved å se hen til begrunnelsen for at barn har rett til omsorg vil de to kategoriene kunne fylles, og da følgelig i tråd med denne.¹⁴⁹ Når det materielle innholdet foreligger, vil en også kunne ta stilling til hva barnet skal vernes mot.

12.3 Retten til liv – en grunnrettighet

Retten til liv sorterer under det som ofte kalles en grunnrettighet. Selv begrepet skriver seg fra ideen om at alle mennesker, i kraft av å være menneske, innehar noen

¹⁴⁵ Se også Gording Stang, 2007, s. 376 flg

¹⁴⁶ Holgersen, 2000 s. 120

¹⁴⁷ Slik også Holgersen 2007, s 120 om rett til tvangstiltak

¹⁴⁸ Nærmere om det materielle innholdet av begrepet – foreldrerollens ulike dimensjoner

¹⁴⁹ Flere forfattere, bl.a. Bendiksen 2007, s. 85

grunnleggende rettigheter.¹⁵⁰ Hvilke rettigheter det er tale om, vil etter en slik forståelse være de som basale for mennesket som sådan, slik som retten til liv, retten til omsorg og retten til integritet. Det er en nær sammenheng mellom disse grunnrettighetene og menneskerettigheter, og enkelte forfattere benytter begrepene nærmest synonymt.¹⁵¹ Hvordan begrepet skal defineres vil bl.a. bero på om en legger til grunn materielle eller formelle avgrensingslinjer. En materiell avgrensing vil se på grunnrettighetene som ukrenkelig uavhengig av tid og rom, herunder den positive rett.¹⁵² En formell tilnærming vil se hen til om, og hva som er nedfelt i internasjonale menneskerettighetskonvensjoner.¹⁵³

De rettighetene som er sentrale i forholdt til temaet her er nedfelt i skriftlige rettskilder, det materielle innholdet er derigjennom synliggjort.¹⁵⁴

Retten til liv er av de grunnleggende sivile og politiske rettigheter, og er nedfelt bl.a. i EMK art. 2 og barnekonvensjonen art. 6. Denne rettigheten er selvfølgelig en forutsetning for alle andre rettigheter, og står i så måte over de andre.¹⁵⁵ Her skal ikke den rettslige rekkevidden av bestemmelsen drøftes, poenget her er å påpeke sammenhengen mellom retten til liv og omsorg. For barns vedkommende vil omsorgsretten, som Bendiksen formulerer det, ” ikke bare være en forutsetning for barns liv, det er også en forutsetning for barns rett til beskyttelse av integritet og verdighet.”¹⁵⁶ Ingen omsorg - intet liv.

12.4 Barns rett til omsorg

At barn har rett til omsorg framkommer direkte av barnekonvensjonen art 3 nr 2. hvoretter ” Partene påtar seg å sikre barnet den beskyttelse og omsorg som er nødvendig barnets trivsel (...) Selv om det er statene som er forpliktet, er det sett i lys av hensynene bak bestemmelsen, ikke tvilsomt at statenes plikt motsvares av barnets rett. Dette fordi omsorg er en absolutt forutsetning for at barnet også skal kunne utøve sine andre rettigheter.¹⁵⁷

¹⁵⁰ Etter en naturrettslig tilnærming

¹⁵¹ For eksempel Møse 2002 s. 26

¹⁵² Se for eksempel Gording Stang 2007 s. 75

¹⁵³ Slik også Bendiksen 2007 s.79 siterer Rytter 2000 s. 9-10

¹⁵⁴ Slik Bl.a. Ketscher om den formelle forankrings funksjon, 2002 s.77

¹⁵⁵ Møse 2002 s. 189

¹⁵⁶ Bendiksen 2007, s. 82

¹⁵⁷ Gording Stang 2007 s. 370

Gjennom menneskerettighetsloven har Norge formalisert barns rett til omsorg, uten at dette betyr at rettighetene ikke eksisterte før lovfestingen.¹⁵⁸ Videre er det også klart at det primære ansvaret påhviler foreldrene til barnet, det er når omsorgen ikke er forsvarlig at statens ansvar inntre. Enkelt sagt er statens ansvar subsidiært.

12.5 Rett til vern mot en framtidig omsorgssvikt?

Barnekonvensjonen art 19 nr 1 tar for seg den negative siden av retten til omsorg,¹⁵⁹ hvorefter den pålegger partene å: ”treffe alle egnede lovgivningsmessige, administrative, sosiale og opplæringsmessige tiltak for å beskytte barnet mot alle former for fysiske eller psykisk vold, skade eller misbruk, vanskjøtsel eller forsømmelig behandling (...)” Bestemmelsen dekker helt klart alle de tilfeller av alvorlig omsorgssvikt som kan tenkes å falle inn under bvl § 4-12 a-c.

I litra d) tilfelle er omsorgssituasjonen til barnet tilfredstillende på vurderingstidspunktet. I henhold til ordlyden dekkes ikke framtidige forhold av bestemmelsen. På en annen side er en omsorgsovertakelse etter litra d) et tiltak som har til hensikt å forebygge alvorlig skade hos barnet. I så måte vil artikkelens nr 2 kunne komme til anvendelse. Etter denne er partene forpliktet til opprette en rekke beskyttelsestiltak hvor formålet skal være (...) ”forebygging, påpeking, rapportering, viderehenvisning, undersøkelse, behandling og oppfølging av tilfeller av barnemishandling som tidligere beskrevet” (...). Artikkelen viser altså til en rekke tiltak som alle har til formål å hindre omsorgssvikt. I seg selv viser dette at partene må strekke seg langt for å finne egnede metoder, som kan framme formålet med bestemmelsen, både på gruppe og individnivå. Et slikt ansvar tilligger følgelig ikke

¹⁵⁸ Jf dets innhold – materiell avgrensning

¹⁵⁹ Slik også Gording Stang 2007, s. 371

barneverntjenesten alene. Imidlertid vil henvisningen til tiltak som særlig er egnet på individnivå, være av direkte relevans for tolkningen av bvl § 4-12, 2.ledd.

Den omfattende bruken av eksemplifisering trekker i retning av at det må stilles strenge krav til barneverntjenesten, med hensyn til kreativ og aktiv bruk av hjelpetiltak. Når omsorgen ikke er sviktende her og nå, og barneverntjenesten vet hvilke manglende forutsetninger barnets foreldre har, ligger forholdene i utgangspunktet svært godt til rette for skreddersydde hjelpetiltak.

Når det eksplisitt framgår av bestemmelsen at tiltakene skal ytes barnet (...) ”og til dem som har omsorgen for barnet” (...) er det klart at utgangspunktet også her, er at kontinuitet i omsorgen er ansett å være av verdi for barnet. På den måten er bvl § 4-12 2.ledd i samsvar med våre konvensjonsforpliktelser.

Imidlertid kan det spørres om art. 19 stiller strengere krav til barneverntjenestens tiltaksside enn hva som følger av bvl § 4-12, 2.ledd. Ikke bare med tanke på å skaffe et adekvat tiltak, men også med hensyn til gjennomføringen av tiltaket, slik at det kan komme barnet til nytte. Imidlertid har jeg ikke funnet rettspraksis som støtter dirkede opp under et slikt syn. Men som det framkom av dommen inntatt i Rt. 1999 s. 1883 stilles det strenge krav til barneverntjenestens med hensyn til å skape et godt samarbeidsklima. Det kan tolkes som at Høyesterett gi beskjed om at det må mye til før barneverntjenesten, med rette kan hevde at det ikke er mulig å iverksette mildere tiltak, som følge av manglende samarbeidsvilje for barnets foreldre.

Retten til vern er en passiv rett, hvor behovet for denne rettigheten vil være sterkere jo yngre barnet er.¹⁶⁰ I saker om omsorgsovertakelse etter litra d) vil det som oftest være snakk om nokså små barn. Omsorgssvikten er fremdeles ikke et faktum, men foreldrenes tilstand er av en slik karakter at den bærer bud om en framtidig alvorlig skade på barnet. Som det framkom under framstillingen av bvl § 4-12, 2.ledd 2. punktum, vil foreldrenes vilje til å samarbeide være et sentralt moment når det skal vurderes om hjelpetiltak er vil være tilstrekkelig. Uten vilje hos foreldrene vil ikke barna få hjelp, mens det bor sammen med foreldrene sine. Slik sett kan man komme i en situasjon hvor barnet blir stående i en svært lite gunstig posisjon. Enten må det

¹⁶⁰ Smith 1990, s. 212, Tidsskriftet Kirke og Kultur

plasseres utenfor hjemmet, fordi foreldrene nekter å ta i mot hjelpetiltak, eller så må det forbli i hjemmet til omsorgssvikten har manifestert seg. Ingen av alternativene er heldig sett fra barnets ståsted.

Når det er presumsjon for at barn, i de aller fleste tilfeller vil ha best av å bli tatt hånd om av sine foreldre, er det i dets interesse at foreldrene blir satt i stand til å yte det en omsorg som er god nok. Faren er stor for at barneverntjenesten blir gående å vente, som Kvello uttrykte det, til det foreligger nok bevis på omsorgssvikt. Barnet på sin side går fra å være et barn som står i fare for å bli alvorlig skadet, til å bli et barn som er skadet. Skal forebyggingsstrategien ha en effekt for barnet, må det i noen tilfeller noe mer til enn en pålagt plikt for myndighetene – her barneverntjenesten.

Kap 13 AVSLUTTENDE KOMMENTARER

Barnevernloven § 4-12, litra d gir myndighetene mulighet til å gripe inn i en familie, og foreta en omsorgsovertakelse før det foreligger en omsorgssviktsituasjon. Dette inngrepsalternativet representerte ved innføringen i 1992 noe nytt. Barnet skal ikke lengre behøve å vente på at foreldrenes manglende forutsetninger manifesterer seg, og slår ut i omsorgssvikt. Om myndighetene kan føre bevis for at barnet en gang i framtiden vil bli utsatt for alvorlig skade ved å forbli i hjemmet, kan barnet flyttes ut om ikke andre tiltak kan forebygge den framtidige omsorgssvikten.

Ved første øyekast så det ut som at koplingen mellom det strenge beviskravet i bestemmelsen og det sikkerhetsnivået samfunnsvitenskapen opererer med vanskelig kunne la seg kombinere. Imidlertid viser det seg at de sakkyndige blir hørt på, og deres uttalelser vektet generelt sett tungt. Beviskravet fungerer således ikke som et hinder for å forebygge at barn blir påført alvorlig skade. Det som overrasket meg var imidlertid at høyesterett i en del tilfeller ikke er helt ryddig i forhold til lovens alternative inngrepskriterier. Enkelte ganger ser det ut som om det er den gamle barnevernloven av 1953 som er anvendt, i det bvl § 4-12, litra a og litra d anvendes i kombinasjon med hverandre. Dette er uheldig fordi usikkerhet kan skapes, og da i forhold til begge de to alternative vilkårene.

Omsorgsovertakelse på grunnlag av framtidsprognoser er svært inngripende. Det er derfor naturlig at det stilles strenge krav til barneverntjenesten med hensyn til iverksettelse av hjelpetiltak. Likevel kan ikke omsorgsovertakelse forebygges om foreldrene nekter å samarbeide. Det kan synes som ett paradoks at et så inngripende tiltak som omsorgsovertakelse i enkelte tilfeller kan komme til å bli det eneste alternativet barneverntjenesten står igjen med, om foreldrene nekter å ta i mot mindre inngripende tiltak, etter foreksempel bvl § 4-4. Barnets interesser står i slike tilfeller svakere enn foreldrenes interesse. Enda større blir paradokset om foreldrene skal kunne nekte å ta i mot bistand, og det at de gjør det blir betraktet som en utfordring barneverntjenesten må ta. Klarer ikke barneverntjenesten å etablere et samarbeide med foreldrene, er det barnet som må betale prisen. Den skaden lovgiver har ment barnet skal vernes mot kan i verste fall ha materialisert seg før barnet kan få hjelp.

Litteraturregister

- Andenæss Johs *Norsk straffeprosess* Universitetsforlaget 2000
- Bendiksen R.L. Lena *Fratakelse av forelderansvar og adopsjon som barneverntiltak*, UIT 2007
- Eckhoff Torstein *Forvaltningsrett* 6.utg ved Smith Universitetsforlaget 1998
- Halvorsen Knut *Innføring i sosialpolitikk TANO 1991*
- Haugli Trude *Samværsrett i barnevernsaker* 2.utg Universitetsforlaget 2000
- Holgersen Gudrun *Rettigheter og rettslige forpliktelser i barnevernet*, Det juridiske fakultets skriftserie nr 81 2000
- Ketscher Kristin *Socialret, almindelige prinsipper, retssikkerhed og administration, grundverdier*, Thomson 2002
- Kjønstad Asbjørn (red) *Barnevern, fylkesnemnder og rettsikkerhet* Gyldendal Akademiske 2002
- Kjønstad Asbjørn og Syse Aslak *Velferdsrett I*, 2.utg Gyldendal Akademiske 2001
- Kvello Øyvind *Utredning av atferdsvansker, omsorgsvikt og mishandling*, Universitetsforlaget 2007
- Møsø Erik *Menneskerettigheter* Cappelen 2002
- Nygaard Nils *Rettsgrunnlag og standpunkt* Universitetsforlaget 2004
- Ofstad Kari & Skar Randi *Barnevernloven kommentarutgave* Juridisk forlag 1995
- Sandberg Kristin *Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse* Gyldendal Akademiske 2003
- Slettan og Øye *Forbrytelse og straff* Tano 1997
- Stang Dahl Tove *Barnevern og samfunnsvern*, Pax Forlag, 1978
- Stang Gording. Elisabeth *Det er barnets sak* Universitetsforlaget 2007
- Søvig Karl *Tvang overfor rusmiddelavhengige – sosialtjenesteloven*, UIB, 2004
- Tjomsland Steinar (red) *Barnevern og omsorgsovertakelse* 2.utg Kommuneforlaget 2003
- Tidsskrift
- Larsen Yvonne *Rettsikkerhet ved tvungen omsorgsovertakelse I: LoR.* 1992
- Lindboe Knut *Om beviskravet i barnevernsaker* Tidsskrift for familierettbarnevernrettslige spørsmål Nr 3 2007

Smith Lucy *Barnerett – barnets rett og retten til barnet* Kirke og kultur 1990

Lovregister

Vergerådsloven 1896

Lov om barnevern av 17.juli 1953 nr 14

Lov om barn og foreldre av 8.april 1981

Lov om barneverntjenester av 17.juni 1992 nr 100

Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21.mai 1999 nr 30

Konvensjoner

FN- konvensjonen om barns rettigheter av 20. november 1989

Europarådets konvensjon 4.november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter

Offentlige dokumenter

NOU 1985:18 Lov om sosiale tjenester m.v.

NOU 2000:12 Barnevernet i Norge

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

Ot. prp. nr 45 (2002- 2003)

Inst.O. nr 80 (1991-92) Innstilling fra forbruker- og administrasjonskomiteen om lov om barneverntjenester

St. meld. nr 39 (1995-96) om barnevernet

St.meld nr 67 (1986-87)

Domsregister

Rt – 1982 – 764

Rt – 1984- 289

Rt – 1986- 946

Rt – 1986- 1189

Rt – 1987- 289

Rt- 1992 – 671

Rt – 1994- 568

Rt- 1994 – 1105

Rt- 1995 – 350

Rt – 1995 -447

Rt- 1998 – 1702

Rt- 1999 – 1883

Rt. 2002 – 327

Rt- 2004 – 811

Rt – 2004 – 1046

Rt – 2005 - 624

Underrettspraksis

LG – 2003- 5414

Fylkesnemndspraksis

FNV- 2002- 9- HSF

