



U i T

**NORGES
ARKTISKE
UNIVERSITET**

Det juridiske fakultet

Adopsjon etter barnevernloven

Betydningen av det biologiske prinsipp i rettspraksis

—

Mia Ingebrigtsen

Liten masteroppgave i rettsvitenskap høst 2018



Innholdsfortegnelse

1	Innledning	1
1.1	Tema, aktualitet og problemstilling	1
1.2	Rettslig plassering og avgrensning	3
1.3	Metode og materiale	5
1.4	Fremstillingen videre	6
2	Barnevernlovens grunnprinsipper og deres betydning i avgjørelser om tvangsadopsjon..	7
2.1	Generelt om grunnprinsippenes betydning i den konkrete sak	7
2.2	Legalitetsprinsippet	7
2.3	Barnets beste	8
2.4	Det mildeste inngreps prinsipp	9
2.5	Det biologiske prinsipp	10
3	Utviklingen av det biologiske prinsipp og reglene om tvangsadopsjon	11
3.1	Vergerådsloven av 1896	11
3.2	Barnevernloven av 1953	11
3.3	Barnevernloven av 1992	13
4	Det biologiske prinsipp i et menneskerettsperspektiv	17
4.1	Generelt	17
4.2	FNs barnekonvensjon	17
4.3	Den europeiske menneskerettskonvensjon	18
5	Det biologiske prinsipp i Høyesteretts og EMDs avgjørelser om tvangsadopsjon	21
5.1	Generelt om rettspraksis	21
5.2	Dommer hvor Høyesterett samtykket til adopsjon	22
5.2.1	Rt. 2007 s. 561	22
5.2.2	Rt. 2015 s. 110	22
5.2.3	HR-2018-1720-A	23
5.3	Dommer hvor Høyesterett nektet adopsjon	23

5.3.1	Rt. 1997 s. 534 (Brødre-dommen)	23
5.3.2	Rt. 2001 s. 14 (Individuell vurdering-dommen)	24
5.3.3	Rt. 2015 s 1107	24
5.4	Dommer hvor EMD fant at familielivet ikke var krenket.....	25
5.4.1	Aune v. Norway 28. oktober 2010.....	25
5.4.2	Strand Lobben and others v. Norway 30. november 2017	25
5.4.3	Mohamed Hasan v. Norway 26. april 2018	26
5.5	Dommen hvor EMD fant at familielivet var krenket.....	26
5.5.1	Adele Johansen v. Norway 7. August 1996.....	26
6	Betydningen av det biologiske prinsipp i Høyesteretts og EMDs avgjørelser om tvangsadopsjon.....	27
6.1	Generelt.....	27
6.2	Konkrete momenter som nedtoner betydningen av det biologiske prinsipp.....	29
6.2.1	Manglende tilknytning mellom barnet og dets biologiske foreldre	29
6.2.2	Tilknytning til fosterforeldrene.....	30
6.2.3	Sannsynlighet for samvær med biologiske foreldre.....	32
6.2.4	Besøkskontakt	34
6.2.5	Særlige forhold ved barnet.....	35
6.2.6	Barnets mening	36
6.2.7	Konfliktnivået i saken	37
6.2.8	Negative forhold ved de biologiske foreldrene.....	38
6.3	Konkrete momenter som styrker betydningen av det biologiske prinsipp	38
6.3.1	Kontakt med biologisk familie.....	38
6.3.2	Tilknytning til biologiske søsken.....	39
6.3.3	Positive endringer hos de biologiske foreldrene	40
6.3.4	Barnets langsiktige konsekvenser av å bryte de biologiske bånd	41
6.3.5	Annen etnisk bakgrunn enn fosterforeldrene	43

6.3.6	Oppsummering.....	45
7	Avsluttende bemerkninger	47
7.1	Er betydningen av det biologiske prinsipp svekket i norsk rett?	47
7.2	Står det biologiske prinsipp sterkere i EMK-retten sammenlignet med norsk rett?	49
	Kildeliste.....	51

1 Innledning

1.1 Tema, aktualitet og problemstilling

Temaet for oppgaven er adopsjon etter barnevernloven¹ § 4-20. Bestemmelsen gir fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker hjemmel til å frata foreldreansvar² og samtykke til adopsjon mot foreldrenes vilje. Adopsjon er det mest inngripende tvangstiltak etter barnevernloven. Det skiller seg fra de øvrige tiltak ved at det er irreversibelt, de biologiske båndene brytes og barnet blir rettslig sett gitt nye foreldre.³

Med «tvangsadopsjon» menes adopsjon etter barnevernloven. Begrepet er ikke anvendt i lovens ordlyd, men følger blant annet offentlige utredninger og rettspraksis. Lovgiver uttrykte i 2009 et ønske om økt bruk av tvangsadopsjon.⁴ Det ble forutsatt at dette kunne skje ved en dreining i praksis, som ikke krevde lovendring. I tråd med disse føringene har antallet tvangsadopsjoner økt de siste årene. I 2008 ble det fattet 14 vedtak om tvangsadopsjon i fylkesnemndene, og etter en noe gradvis økning de senere år var antallet 62 i 2015.⁵ I 2017 ble det fattet 54 vedtak om tvangsadopsjon i fylkesnemndene. Av disse ble 34 saker sendt til overprøving i tingretten.⁶

Samtidig med økningen av antall tvangsadopsjoner, har det norske barnevernet fått betydelig kritikk både fra inn- og utland. Kritikken retter seg blant annet mot at barnevernet «for aktivt går inn i forholdet mellom barn og deres foreldre, på bekostning av foreldrenes interesser».⁷

Barnevernlovens uskrevne utgangspunkt er at barn⁸ skal vokse opp hos sine biologiske foreldre⁹. Tilsvarende følger av Grunnloven¹⁰ § 104 tredje ledd andre setning in fine. Dette omtales som det biologiske prinsipp. Selv om uttrykket det «biologiske prinsipp» ikke anvendes i barnevernlovens ordlyd fremgår det klart av lovens forarbeider, dens system og rettspraksis at prinsippet er barnevernlovens utgangspunkt. Høyesterett har i flere saker gitt uttrykk for kjernen

¹ Lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester (barnevernloven eller bvl.).

² Foreldreansvaret er ifølge Lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (bl.) § 30 todelt. For det første innebærer foreldreansvaret en plikt til å yte omsorg for barnet. For det andre en rett og plikt for foreldrene til å ta avgjørelser på vegne av barnet, innenfor de grenser som følger av bl. §§ 31 til 33.

³ Kari Ofstad og Randi Skar, *Barnevernloven med kommentarer*, 6. utgave Oslo 2015 (side 202).

⁴ Ot.prp. nr. 69 (2008-2009) Om lov om endringer i barnevernloven (side 35).

⁵ NOU 2016: 16 Ny barnevernlov Sikring av barnets rett til omsorg og beskyttelse (tabell 11.11 på side 160).

⁶ Statistikk fra 2017 er innhentet fra Sentralenheten for fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker etter forespørsel.

⁷ Marius Emberland, "Det norske barnevernet under lupen", *Lov og rett*, vol. 55, 6, 2016, s. 329-330 (Emberland 2016) (side 329).

⁸ Med «barn» menes ethvert menneske under 18 år, jf. bvl. § 1-3 første ledd og FNs barnekonvensjon artikkel 1.

⁹ «Biologiske foreldre» er de som regnes som barnets foreldre etter barnelova kapittel 2.

¹⁰ Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov.

i prinsippet uten å utdype innholdet eller vekten nærmere.¹¹ I Rt. 2012 s. 1832 ble prinsippet omtalt slik av Høyesterett:

«Foreldrenes rett til samvær med sine barn etter omsorgsovertakelse er et utslag av "det biologiske prinsipp". Til grunn for prinsippet ligger at foreldrene har det primære ansvaret for barns omsorg, mens barnevernet har det subsidiære. Begrepet "det biologiske prinsipp" er ikke nevnt i barnevernloven, men har kommet til uttrykk i bestemmelser som beskytter tilknytningen mellom foreldre og deres barn, og som stiller opp skranker for inngripen fra barnevernets side.»¹²

I norsk rett har det over tid pågått en diskusjon om det biologiske prinsipp bør opprettholdes som verdimeslig utgangspunkt for barnevernloven. Lucy Smith¹³ er en av de som har tatt til orde for at utviklingen går i retning av å legge mindre vekt på det biologiske prinsipp, og større vekt på tilknytningsfaktoren i forholdet mellom barn og foreldre.¹⁴

Raundalen-utvalget ble nedsatt i 2011 for å utrede betydningen av det biologiske prinsipp i barnevernet. Utvalget la til grunn at Høyesterett nedtonet prinsippets betydning i Rt. 2011 s. 1439 ved å uttale at det «bare er ett av flere momenter i den konkrete totalvurdering av barnets beste».¹⁵ I Rt. 2012 s. 1832 understrekte Høyesterett at det var uklart hva som kom ut av utvalgets arbeid, og at det ga liten veiledning i saken.¹⁶ Diskusjonen rundt det biologiske prinsippets plass i barnevernloven fortsatte ved nedsettelsen av Barnevernlovutvalget høsten 2014. Utvalget kom til at barnets beste «fremdeles beror på en konkret vurdering, der flere momenter må tillegges vekt»,¹⁷ og fant ikke grunn til å lovfeste prinsippet.

At det biologiske prinsipp legges til grunn for saker om tvangsadopsjon kommer til uttrykk i barnevernloven § 4-20 ved at bestemmelsens tredje ledd angir strenge krav for at de rettslige bånd mellom barn og biologiske foreldre kan brytes.¹⁸ Det biologiske prinsipp er likevel bare ett av flere prinsipper barnevernloven bygger på, og som kommer inn som moment i

¹¹ Karsten Brynildsrud, Trenger vi et biologisk prinsipp i barnevernloven? Noen betraktninger i kjølvannet av NOU 2012: 5 og Prop.106 L (2012-2013), *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål, årgang 14, nr. 3, 2016, s. 264-298* (Brynildsrud 2016) (side 279-280).

¹² Rt. 2012 s. 1832 (avsnitt 27).

¹³ Lucy Smith var professor dr. juris ved Universitetet i Oslo og medlem av FN's barnekomité.

¹⁴ Asbjørn Kjønsstad m.fl., *Nye trender i rettsvitenskapen*, Oslo 2013 (side 271-272).

¹⁵ Rt. 2011 s. 1439 (avsnitt 40), jf. NOU 2012: 5 Bedre beskyttelse av barns utvikling Ekspertutvalgets utredning om det biologiske prinsipp i barnevernet (side 47).

¹⁶ Rt. 2012 s. 1832 (avsnitt 30).

¹⁷ NOU 2016: 16 (side 50).

¹⁸ NOU 2012: 5 (side 41).

vurderingen av om lovens vilkår er oppfylt. Prinsippet vil dels være et selvstendig moment, og dels vil det inngå i vurderingen av vilkåret om barnets beste, da utgangspunktet etter loven er at det beste for barn er å ha kontakt med biologiske foreldre. I avveiningen som må foretas kan det likevel være slik at det biologiske prinsipp og prinsippet om barnets beste kommer i konflikt med hverandre.

Høyesterett har behandlet flere saker om tvangsadopsjon etter bvl. § 4-20, senest i HR-2018-1720-A. Flere av Høyesteretts avgjørelser er klaget inn for Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD).

Oppgavens problemstilling er å se på hvordan Høyesterett og EMD vektlegger det biologiske prinsipp opp mot andre momenter i saker om tvangsadopsjon. Formålet med oppgaven er å kartlegge om det i rettspraksis er andre hensyn som regelmessig tilsier at det biologiske prinsipp må vike, fordi det ikke vil være til barnets beste å opprettholde kontakte med biologiske foreldre. Videre er spørsmålet om det ut fra rettspraksis kan utledes at økningen i antall tvangsadopsjoner i Norge betyr en dreining i retning av at det biologiske prinsipp tillegges mindre vekt, og om en eventuell utvikling i norsk rett er i samsvar med Norges folkerettslige forpliktelser. Oppgaven fordrer en gjennomgang av det biologiske prinsipps utvikling i norsk rett, hvilken betydning det har i et menneskerettsperspektiv og hvordan rettsutviklingen står seg i forhold til Norges folkerettslige forpliktelser etter Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK).¹⁹

1.2 Rettslig plassering og avgrensning

Oppgavens tema plasseres rettslig sett under barneretten, den rettsdisiplin som tar «utgangspunkt i og omhandler barns rettsstilling».²⁰ Tvangsadopsjon gjennomføres mot foreldrenes vilje, og kan ikke benyttes som et frivillig tiltak etter barnevernloven. Frivillige adopsjoner reguleres av adopsjonslovens regler.²¹

Adopsjon etter barnevernloven er dermed et tvangstiltak som innebærer offentlig myndighetsutøvelse. Det inngrep som gjøres i foreldrenes rettssfære er både beskyttet av Grunnloven og EMK. Av Grunnloven § 113 og EMK artikkel 8 nr. 2 følger at inngrep fra

¹⁹ Europarådets konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter.

²⁰ Lena Bendiksen, *Barn i langvarige fosterhjemsplasseringer – foreldreansvar og adopsjon*, Bergen 2008 (Bendiksen 2008) (side 20).

²¹ Lov 16. juni 2017 nr. 48 om adopsjon (adopsjonsloven).

myndighetenes side krever hjemmel i lov. Den nødvendige lovhjemmel ved tvangsadopsjon er som nevnt bvl. § 4-20. Grunnloven og Norges folkerettslige forpliktelser, herunder EMK og FNs konvensjon om barnets rettigheter²², oppstiller øvrige begrensninger for myndighetenes anvendelse av tiltaket.

Barnevernloven § 4-20 tredje ledd litra a-d angir fire kumulative vilkår for at fylkesnemnda skal kunne gi samtykke til adopsjon. Det biologiske prinsipp har betydning ved den skjønnsmessige helhetsvurdering, som må foretas etter vilkåret om «barnets beste» i bestemmelsens litra b. For øvrig er det biologiske prinsipp ett av flere grunnprinsipper i barnevernloven, som også ligger til grunn for barneverntjenestens arbeid generelt.

Oppgaven omhandler bare betydningen av det biologiske prinsipp ved tvangsadopsjon. Prinsippets betydning ved øvrige tiltak etter barnevernloven, herunder omsorgsovertakelse, tilbakeføring og samvær, vil således ikke bli behandlet nærmere. Barnevernloven § 4-20 hjemler både fratakelse av foreldreansvar og adopsjon som to atskilte tiltak. Av hensyn til oppgavens omfang og problemstillingen for øvrig, vil verken reglene om fratakelse av foreldreansvar eller adopsjonslovens regler bli behandlet nærmere.

I norsk rett er det Høyesterett som dømmer i siste instans og avgjør forståelsen av gjeldende rett, jf. Grunnloven § 88. Norsk underrettspraksis har derfor begrenset rettskildemessige vekt.²³ Av den grunn vil jeg avgrense oppgaven til å se på rettspraksis fra Høyesterett. I tillegg vil aktuelle dommer fra EMD bli behandlet. EMD behandler tvister om forståelse og bruken av EMK, som Norge har sluttet seg til. Enkeltpersoner kan bringe avgjørelser avsagt av Høyesterett inn for EMD for å få prøvet om det foreligger konvensjonsbrudd.

Når det gjelder Norges folkerettslige forpliktelser er også barnekonvensjonen relevant, men Norge har ikke ratifisert barnekonvensjonens tilleggsprotokoll om barns klageadgang, og dermed foreligger heller ikke relevant rettspraksis.²⁴ Gjennomgangen avgrenses derfor til saker om tvangsadopsjon fra Høyesterett og EMD.

²² FNs konvensjon 20. november 1989 om barnets rettigheter (barnekonvensjonen).

²³ Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. utgave, Oslo 2001 (Eckhoff 2001) (side 162).

²⁴ Se punkt 4.1.

1.3 Metode og materiale

Oppgaven tar utgangspunkt i en rettsdogmatisk fremstilling, og problemstillingene som reises vil bli løst på bakgrunn av alminnelig juridisk metode, særskilt fremstilt av Eckhoff.²⁵

Barnevernloven av 1992 er den sentrale lovtekst i oppgaven. Det biologiske prinsipp utledes i hovedsak av barnevernlovens forarbeider og rettspraksis, slik at disse vil være viktige rettskilder ved tolkning av prinsippet og vilkårene i bvl. § 4-20 for øvrig. Høyesterett har avsagt syv avgjørelser om tvangsadopsjon, herunder én kjennelse og seks dommer.

Menneskerettighetene har en sentral plass ved avgjørelser etter barnevernloven. EMK og barnekonvensjonen gjelder som norsk lov, jf. menneskerettsloven²⁶ § 2, og skal ved motstrid gå foran annen norsk lovgivning, jf. § 3. I EMK-retten regulerer subsidiaritetsprinsippet forholdet mellom medlemsstatene og EMD. I hovedsak innebærer prinsippet at det er medlemsstatene som har primæransvaret for å sikre at EMK etterleves. EMD har det subsidiære ansvaret og «griper først inn hvis det nasjonale svikter».²⁷

Bøhler-dommen inntatt i Rt. 2000 s. 996 viser at «norske domstoler skal tolke EMK på samme måte som EMD tolker EMK, og således foreta en selvstendig tolking av konvensjonen».²⁸ Medlemsstatene er i henhold til EMK artikkel 46 forpliktet til å innrette seg etter EMDs endelige dom i saker som de selv er part i. EMDs avgjørelser er dermed relevante rettskilder både i norsk rett og ved tolkning av EMK.²⁹ EMD har avsagt fire avgjørelser om tvangsadopsjon, herunder én avvisningsavgjørelse og tre dommer. I oppgaven vil EMDs dom om fratakelse av foreldreansvar med sikte på adopsjon fra 1996 bli behandlet, da også denne er relevante for betydningen av det biologiske prinsipp.

Juridisk litteratur og offentlige utredninger er også relevante for oppgaven ved at de bidrar til å belyse problemstillingene som reises, selv om de vil ha mindre rettskildemessig vekt i konkrete avgjørelser.

²⁵ Eckhoff 2001.

²⁶ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (mrl).

²⁷ Mads Andenæs, Andreas Motzfeldt Kravik og Eirik Bjørge, "Høyesterett og EMD: samspill, subsidiaritet og skjønnsmargin", *Lov og rett*, vol. 54, 5, 2015, s. 261-278 (side 262).

²⁸ Mads Andenæs og Andreas Motzfeldt Kravik, "Norske verdier og EMK", *Lov og rett*, vol. 49, 4, 2010 s. 579-599 (side 582).

²⁹ Ot.prp. nr. 3 (1998-1999) Om lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (side 69).

1.4 Fremstillingen videre

I kapittel 2 ser jeg på betydningen av de rettslige grunnprinsippene i saker om tvangsadopsjon. Det er en forutsetning å kjenne til grunnprinsippenes plass i barnevernloven, før man konkret går inn på betydningen av det biologiske prinsipp. I kapittel 3 ser jeg nærmere på utviklingen av reglene om tvangsadopsjon og det biologiske prinsipp, med særlig henblikk til vilkårene for tvangsadopsjon etter barnevernloven av 1992. Hovedfokuset vil ligge på det biologiske prinsipp, og således vilkåret om barnets beste. I kapittel 4 vil jeg se på det biologiske prinsipp i et menneskerettsperspektiv og hvordan disse kommer inn ved tolkningen av barnevernloven § 4-20.

I kapittel 5 omtales aktuelle avgjørelser fra Høyesterett og EMD. I kapittel 6 redegjør jeg for hvilke momenter som regelmessig nedtoner og styrker betydningen av det biologiske prinsipp. Avslutningsvis i kapittel 7 gis en vurdering av det biologiske prinsippets betydning i norsk rett, samt hvorvidt prinsippet står sterkere i EMK-retten sammenlignet med norsk rett.

2 Barnevernlovens grunnprinsipper og deres betydning i avgjørelser om tvangsadopsjon

2.1 Generelt om grunnprinsippenes betydning i den konkrete sak

Barnevernloven bygger på prinsipper som gir uttrykk for grunnleggende verdier i samfunnet.³⁰ Det er vanskelig å finne en klar definisjon av begrepet «prinsipp». Ifølge Nils Nygaard³¹ er et prinsipp en generell rettstanke som har struktur som en rettsregel eller en retningslinje.³² Beskrivelsen tilsier at prinsipper ikke har noen særlig vekt. Nygaard presiserer imidlertid at prinsipper er hovedretningslinjer, og således med tungtveiende karakter. Fravikelse fra slike må derfor særskilt begrunnes og «kosta noko».³³

Barnevernlovens grunnprinsipper er omtalt i forarbeidene til loven. Disse er «prinsippet om barnets beste, det mildeste inngreps prinsipp og det biologiske prinsipp».³⁴ I tillegg kommer legalitetsprinsippet. Legalitetsprinsippet er ikke nevnt som et grunnprinsipp, men gjelder for all myndighetsutøvelse og således for barnevernet, jf. Grunnloven § 113.

Spørsmålet som skal besvares i det følgende er hvordan prinsippene får betydning i avgjørelser om tvangsadopsjon.

2.2 Legalitetsprinsippet

Legalitetsprinsippet innebærer at myndighetene ikke kan gripe inn i borgernes rettssfære uten hjemmel i lov, og er ment som en beskyttelse mot statsmakten. Prinsippet er forankret i Grunnloven § 113 som angir at «[m]yndighetens inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov.»

Legalitetsprinsippet kan anvendes på to måter. For det første er prinsippet en absolutt skranke mot inngrep fra myndighetenes side uten tilstrekkelig lovhjemmel. For det andre anvendes prinsippet som et tolkningsprinsipp, ved at inngrepshjemler bør tolkes med forsiktighet.

³⁰ NOU 2012: 5 (side 40).

³¹ Nils Nygaard, professor dr. juris.

³² Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Oslo 2004, (Nygaard 2004) (side 260).

³³ *Ibid* (side 261).

³⁴ NOU 2012: 5 (side 41).

Utvidende tolkning av inngrepshjemler, som bestemmelsen om tvangsadopsjon, bør derfor unngås.³⁵

2.3 Barnets beste

Barn står i en særstilling ved at de er avhengige av omsorg fra sine foreldre. I henhold til barnekonvensjonens fortale strekpunkt 9 har «barn på grunn av sin fysiske og psykiske umodenhet ... behov for spesielle beskyttelsestiltak og særlig omsorg». Begrepet «barnets beste» er komplekst og dets innhold vil avhenge av barnets individuelle situasjon.³⁶

I 2014 ble prinsippet om barnets beste også nedfelt i Grunnloven § 104 annet ledd, som et «grunnleggende hensyn» ved «handlinger og avgjørelser som berører barn». Bestemmelsen har et vidt anvendelsesområde, og gjelder eksempelvis for avgjørelser om miljø, barnehage og skole. Bakgrunnen for bestemmelsen var den svakhet den norske grunnlov hadde ved «at den ikke speiler det særlige vern barn har i norsk og europeisk rett».³⁷

Bestemmelsen har sin parallell til barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 som angir at barnets beste skal være «a primary consideration». Bestemmelsen har et svært vidt anvendelsesområde, jf. ordlyden «all actions concerning children». FNs Barnekomité har uttalt at ordlyden blant annet inkluderer beslutninger, gjerninger, unnlater, atferd, forslag, tjenester og prosedyrer.³⁸ FNs Barnekomité redegjør for bakgrunnen og funksjonen til bestemmelsene i barnekonvensjonen, og deres uttalelser er i utgangspunktet ikke rettslig bindende. Høyesterett har imidlertid slått fast at komiteens uttalelser i General Comment No. 14 (2013) utgjør «et naturlig utgangspunkt ved tolkningen av artikkel 3 nr. 1 – og dermed også ved tolkningen av Grunnloven § 104 annet ledd».³⁹

Barnekonvensjonen artikkel 21 litra a regulerer spørsmål om adopsjon, hvor barnets beste skal være «the paramount consideration». Uttrykksmåten er enda strengere enn i artikkel 3 nr. 1, hvor ordlyden tilsier at barnets beste verken er det eneste, eller det avgjørende hensyn. I den norske oversettelsen av barnekonvensjonen artikkel 21 litra a heter det at «barnets beste skal være det overordnede hensyn».

³⁵ Kirsten Sandberg, *Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse*, Oslo 2003, (Sandberg 2003) (side 37).

³⁶ Prop.161 L (2015-2016) Endringer i barnelova mv. (likestilt foreldreskap) (side 9).

³⁷ Innst.186 S (2013-2014) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag (side 29).

³⁸ FNs Barnekomité, Generell kommentar nr. 14 om barnets rett til at hans eller hennes beste skal være et grunnleggende hensyn (art. 3, para. 1), 2013 (avsnitt 17-18).

³⁹ Rt. 2015 s. 93 (avsnitt 64).

Det finnes ingen bestemmelse om barnets beste i EMK, men ved inngrep som bryter de biologiske bånd mellom barnet og dets foreldre, har EMD slått fast inngrepet må være «motivated by an overriding requirement pertaining to the child's best interests».⁴⁰ Således er barnets beste et dominerende hensyn ved forholdsmessighetsvurderingen etter EMK artikkel 8 nr. 2.

Prinsippet om barnets beste står i en særstilling ved vurderingen av adopsjon etter barnevernloven. I henhold til bvl. § 4-1 skal barnets beste tillegges avgjørende vekt ved tiltak etter lovens kapittel 4. Det er videre nedfelt som et spesifikt vilkår for tvangsadopsjon, jf. bvl. § 4-20 tredje ledd litra b.

2.4 Det mildeste inngreps prinsipp

Barnevernloven bygger videre på det mildeste inngreps prinsipp. Prinsippet går ut på «at det ikke skal anvendes mer inngripende tiltak enn nødvendig for å oppnå målet».⁴¹ Ved bruk av tvang generelt understrekes det i forarbeidene at dette bare er «aktuelt dersom hjelpetiltakene ikke fører fram, eller det må anses nytteløst å forsøke med slike tiltak».⁴²

Ved anvendelse av barnevernloven vil betydningen av det mildeste inngreps prinsipp være størst der grunnvilkårene for et strengere tiltak er oppfylt. I så tilfelle skal det alltid vurderes hvorvidt ønsket resultat kan oppnås ved et mildere tiltak.⁴³ Prinsippet er blant annet forankret i nødvendighetskravet i bvl. § 4-12 annet ledd, ved at omsorgsovertakelse bare er aktuelt dersom det ikke kan «skapes tilfredsstillende forhold til barnet ved hjelpetiltak».

Høyesterett har oppstilt et krav om at «sterke reelle grunner», senere formulert som «særlig tungtveiende grunner», må foreligge for at det skal kunne gis samtykke til adopsjon.⁴⁴ Kirsten Sandberg⁴⁵ har tolket kravet dithen at «det må oppnås noe ved» adopsjonen «som ikke oppnås gjennom fosterhjemforhold».⁴⁶ Ifølge Sandberg er dette et utslag av det mildeste inngreps prinsipp, i kombinasjon med det biologiske prinsipp.

⁴⁰ Eksempelvis EMDs dom 7. august 1996 *Johansen v. Norway* (Johansen v. Norway) (avsnitt 78) og EMDs dom 28. oktober 2010 *Aune v. Norway* (Aune v. Norway) (avsnitt 66).

⁴¹ NOU 2012: 5 (side 41).

⁴² Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) Om lov om barneverntjenester (barnevernloven) (side 7).

⁴³ Sandberg 2003 (side 43).

⁴⁴ Eksempelvis HR-2018-1720-A (avsnitt 62).

⁴⁵ Kirsten Sandberg er professor dr. juris ved det juridiske fakultet UiO og medlem av FN's barnekomité.

⁴⁶ Sandberg 2003 (side 43).

2.5 Det biologiske prinsipp

Det biologiske prinsipp er også ett av de grunnleggende prinsippene i barnevernloven. Av barnevernlovens forarbeider følger at «[d]et ligger i vår samfunnsordning at foreldrene oppdrar sine egne barn. Tilknytning til de biologiske foreldrene er i seg selv en ressurs for barnet.»⁴⁷ Biologisk tilknytning er således en grunnleggende verdi i samfunnet.

Det biologiske prinsipp går ut på at barn fortrinnsvis skal vokse opp hos sine foreldre, og at kontakten bør opprettholdes dersom barnet ikke kan bli boende.⁴⁸ Førstnevnte følger som nevnt av Grunnloven § 104 tredje ledd andre setning in fine.

Det biologiske prinsipp er ikke nevnt i loven, men fremkommer av dens system ved at jo mer inngripende tiltaket er, desto strengere vilkår oppstilles.⁴⁹ De strenge vilkår som følger av bvl. § 4-20 tredje ledd for å samtykke til adopsjon, viser at det skal mye til for å bryte de rettslige båndene mellom barnet og dets biologiske foreldre. Utslag av det biologiske prinsipp finnes i bvl. § 4-16 tredje setning som skal «forstås slik at barneverntjenesten har et selvstendig ansvar for å hjelpe foreldrene til å komme i en slik posisjon at de igjen kan make omsorgen for barnet».⁵⁰ Utslag av prinsippet følger også av bvl. § 4-21 om tilbakeføring, § 4-19 om samvær og § 4-20 a om besøkskontakt.

Plasseringen av det biologiske prinsipp i forhold til de øvrige grunnprinsippene kan belyses på følgende måte: Ut fra det mildeste inngreps prinsipp må formålet med tvangsadopsjon være å oppnå et bestemt resultat, som ikke vil bli nådd ved fortsatt fosterhjemsplassering. I den skjønsmessige helhetsvurdering som må foretas skal det legges avgjørende vekt på barnets beste, jf. § 4-20 tredje ledd litra b, jf. § 4-1. Dette innebærer at barnets behov for omsorg og beskyttelse må gå foran foreldrenes interesser, dersom disse ikke er forenelig.⁵¹ Barnevernlovutvalget fastslo tilsvarende ved å uttale at det biologiske prinsipp bare får «betydning ved skjønnsutøvelsen i den utstrekning det er til barnets beste».⁵² Det biologiske prinsipp kommer således inn som et vesentlig moment i den skjønsmessige helhetsvurdering som må foretas etter bvl. § 4-20 tredje ledd litra b.

⁴⁷ NOU 1985: 18 Lov om sosiale tjenester mv. (side 171).

⁴⁸ NOU 2012: 5 (side 41).

⁴⁹ Knut Lindboe, *Barnevernrett*, 6. utgave, Oslo 2012, (Lindboe 2012) (side 23).

⁵⁰ NOU 2016: 16 (side 47).

⁵¹ NOU 2012: 5 (side 41).

⁵² NOU 2016: 16 (side 47), jf. Sandberg 2003 (side 77).

3 Utviklingen av det biologiske prinsipp og reglene om tvangsadopsjon

3.1 Vergerådsloven av 1896

Vergerådsloven av 1896 var Norges første barnevernlov, og den første internasjonalt. Loven hadde et strafferettslig preg, men likevel slik at tiltakene ikke var straff. Tanken var at «[b]arn skulle oppdras til lovlydighet for derved å spare samfunnet utgifter til straff og fengsel senere.»⁵³ Det kommunale organ «vergerådet» skulle forvalte loven.⁵⁴

Loven hadde ingen bestemmelse om tvangsadopsjon, men vergerådet kunne ved behov fatte vedtak om å plassere barnet hos en fosterfamilie, eller i en institusjon for omsorg eller oppdragelse. Mens barnet var plassert kunne vergerådet i henhold til lovens § 2 frata foreldrene foreldremyndigheten. Plasseringens lengde var ubestemt og kunne vare frem til barnet fylte 18 eller 21 år. Relasjonen mellom foreldrene og barnet ble således sterkt påvirket, og i mange tilfeller kuttet helt.⁵⁵

Det biologiske prinsipp hadde liten eller ingen betydning ved avgjørelser etter loven. Barn ble som nevnt fjernet fra familien for å oppdras til lovlydighet, og for å spare samfunnet for utgifter til straff og fengselsopphold. Samfunnshensyn synes således å ha vært avgjørende. Grunntanken bak loven skiller seg dermed fra det som gjelder i dag, hvor barnets beste er det overordnede hensyn og herunder betydningen av å vokse opp hos sine foreldre.

3.2 Barnevernloven av 1953

Barnevernloven av 1953 inneholdt heller ingen særskilt hjemmel for tvangsadopsjon. Lovens § 20 hjemlet adgangen til fratakelse av foreldreansvar, i saker hvor det var fattet vedtak om omsorgsovertakelse, jf. § 19. Lovens § 20 kom til anvendelse der enhver kontakt med foreldrene var skadelig for barnet, der foreldrene uberettiget grep inn i fosterhjemmets forhold, eller der foreldrene ikke ville bøye seg for det vedtak som var fattet.⁵⁶

I Gjennombruddsdommen inntatt i Rt. 1982 s. 1687 behandlet Høyesterett for første gang spørsmålet om fratakelse av foreldreansvar med sikte på adopsjon etter barnevernloven av

⁵³ Lindboe 2012 (side 40).

⁵⁴ Trude Haugli, *Samværsrett i barnevernssaker*, 2. utgave, Oslo 2000 (side 77).

⁵⁵ Brynildsrud 2016 (side 273).

⁵⁶ Innst. O. XVII (1953) Innstilling fra Sosialkomiteen om lov om barnevernet (side 18).

1953. Høyesterett uttalte at det ikke gjaldt noen skranke, utover at omsorgen for barnet var overtatt og at vedtaket måtte opprettholdes.⁵⁷ Hensynet til båndet mellom barnet og dets biologiske foreldre måtte «tillegges stor vekt ved den skjønsmessige helhetsvurdering», men likevel slik at barnets beste skulle være utslagsgivende.⁵⁸

Høyesterett avsa deretter Innstrammingsdommen inntatt i Rt.1990 s. 1274. Høyesterett synes å skille mellom to typetilfeller. For det første dersom barnets tilknytning til fosterfamilien var så sterk at en tilbakeføring ville medføre alvorlige problemer. I slike tilfeller krevdes det «sterke reelle hensyn» som talte for adopsjon.⁵⁹ Det andre typetilfellet knyttet seg til de biologiske foreldrenes omsorgsevne. I slike tilfeller måtte det være «åpenbart at foreldrene ikke vil kunne ta omsorg for barnet», og videre «at reelle grunner tilsier adopsjon av hensyn til barnet».⁶⁰ Det biologiske prinsipp ble ansett å være det vesentlige mothensyn. Høyesterett uttalte at avskjæring av kontakten mellom barnet og dets biologiske foreldre lå utenfor barnevernlovens intensjoner, og at det bryter med lovens grunnsyn.⁶¹

I Avklaringsdommen inntatt i Rt. 1991 s. 557, presiserte Høyesterett at det var behov for å knytte mer generelle betraktninger til forståelsen og praktiseringen av 1953-lovens § 20. Høyesterett understreket at det biologiske prinsipp måtte tillegges stor vekt i den skjønsmessige helhetsvurderingen. Dette gjaldt særlig dersom det «ikke kan fastslås med særlig grad av sikkerhet hvilken ordning som alle forhold tatt i betraktning vil være den beste for barnet».⁶² Vurderingen av barnets beste skulle skje i lys av lovens utgangspunkt om at «det gjennomgående vil være i barnets interesse at foreldrene har omsorgen for det», og at tilknytningen opprettholdes dersom omsorgen må fratras dem.⁶³

Det overnevnte tilsier at det biologiske prinsipp ble tillagt stor betydning ved den skjønsmessige vurderingen etter 1953-lovens § 20. Det biologiske prinsipp ble anvendt som et vesentlig mothensyn i den helhetlige vurderingen av barnets beste. Ved klar motstrid mellom disse ville hensynet til barnets beste være avgjørende.

⁵⁷ Rt. 1982 s. 1687 (side 1691).

⁵⁸ *Ibid* (side 1693).

⁵⁹ Rt. 1990 s. 1274 (side 1278).

⁶⁰ *Ibid* (side 1279).

⁶¹ *Ibid* (side 1280).

⁶² Rt. 1991 s. 557 (side 561).

⁶³ *Ibid* (side 561-562).

3.3 Barnevernloven av 1992

Barnevernloven av 1992 er den første loven som inneholder en klar hjemmel for tvangsadopsjon som barnevernstiltak. Hjemmelen ble inntatt i lovens § 4-20.

For at bestemmelsen skal komme til anvendelse må fylkesnemnda ha fattet vedtak om omsorgsovertakelse av barnet, jf. bvl. § 4-20 første ledd. Etter bvl. § 4-20 andre ledd er det fylkesnemnda som kan samtykke til adopsjon. Forutsetningen er at det er fattet vedtak om fratakelse av foreldreansvaret, jf. bvl. § 4-20 annet ledd. Videre oppstilles fire kumulative vilkår i bvl. § 4-20 tredje ledd litra a-d, hvorav litra a inneholder to alternativer.

Det første alternativet i bvl. § 4-20 tredje ledd litra a er at det må regnes som sannsynlig at foreldrene varig er ute av stand til å gi barnet forsvarlig omsorg. Vurderingen tar utgangspunkt i foreldrenes omsorgsevne, som må sammenholdes med det konkrete barnets omsorgsbehov samt den forventede utvikling av dette.⁶⁴ Det andre alternativet er at barnet har fått slik tilknytning til fosterhjemmet, at det kan føre til alvorlige problemer dersom barnet blir flyttet. Sentrale momenter i vurderingen er varigheten av fosterhjems plasseringen, barnets tilknytning til biologiske foreldre og fosterforeldrene⁶⁵, og særlige forhold ved barnet som robusthet eller sårbarhet.⁶⁶

Det andre vilkåret er at «adopsjon vil være til barnets beste», jf. bvl. § 4-20 tredje ledd litra b. En naturlig språklig forståelse gir således liten veiledning, utover at det er barnets beste som skal vurderes. Ved spørsmål om hva som er «barnets beste» er det naturlig å se hen til de lovfestede momentene i bvl. § 4-1. I henhold til bestemmelsen skal det «legges vekt på å gi barnet stabil og god voksenkontakt og kontinuitet i omsorgen». Det er alminnelig akseptert at kontakt med biologiske foreldre anses å være et gode for barn. I henhold til forarbeidene bør det derfor «være et vesentlig moment ved vurderingen».⁶⁷

Vurderingen av barnets beste er «en konkret, individuell, vurdering av hvert enkelt tilfelle», hvor også forskningsbaserte generelle erfaringer «om hva som gjennomgående er best for barn» tillegges atskillig vekt.⁶⁸

⁶⁴ Lena Bendiksen og Trude Haugli, *Sentrale emner i barneretten*, 3. utgave, Oslo 2018 (Bendiksen og Haugli 2018) (side 261).

⁶⁵ «Fosterforeldre» er de som i henhold til bvl. § 4-22 første ledd er valgt for å ta imot barnet til oppfostring.

⁶⁶ Bendiksen og Haugli 2018 (side 262).

⁶⁷ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) (side 53).

⁶⁸ HR-2018-1720-A (avsnitt 65), jf. Rt. 2007 s. 561 (avsnitt 50).

Høyesterett har i HR-2018-1720-A uttalt at «[b]arnets beste er det viktigste og mest tungtveiende hensyn ved avgjørelsen av adopsjonsspørsmålet.»⁶⁹ På grunn av tiltakets særlig inngrepene og irreversible karakter, har Høyesterett ved tolkning av bestemmelsen utviklet et ulovfestet krav om at det må foreligge «særlig tungtveiende grunner».⁷⁰ De særlige tungtveiende grunner som taler for adopsjon, skal holdes opp mot de konsekvensene en adopsjon har for barnets kontakt med sine biologiske foreldre.⁷¹ Kravet kan ses som et utslag av det biologiske prinsipp. Ved vurderingen av hva som er til barnets beste skal det således vurderes hvorvidt de forhold som taler for adopsjon er så sterke, at hensynet til kontakt med biologiske foreldre må vike.

I flere saker har Høyesterett slått fast at det i kravet om særlig tungtveiende grunner ligger at adopsjonssamtykke ikke gis «med mindre det med relativ stor sikkerhet kan sies at dette vil være best for barnet».⁷² Således synes det å gjelde et skjerpet beviskrav, utover kravet om alminnelig sannsynlighetsovervekt. Ut fra øvrige dommer er det imidlertid mer usikkert om det stilles et skjerpet beviskrav, da Høyesterett ikke drøfter dette.⁷³ Variasjonen i rettspraksis skaper tvil om rettstilstanden. Lena Bendiksen⁷⁴ og Trude Haugli⁷⁵ fant tilsvarende i sin drøftelse i boka «Sentrale emner i barneretten» fra 2015.⁷⁶ I den nyeste utgaven av boka synes Bendiksen og Haugli å argumentere for at rettstilstanden ble avklart ved Høyesteretts dom inntatt i Rt. 2015 s. 1107, hvor beviskravet ble drøftet.⁷⁷ I etterkant av bokas utgivelse avsa Høyesterett dommen inntatt i HR-2018-1720-A, hvor domstolen igjen ikke drøftet det skjerpede beviskrav. Ut fra Bendiksen og Hauglis drøftelse fra 2015, er det nærliggende å tro at HR-2018-1720-A skaper tvil om hva som er rettstilstanden.

Det tredje vilkåret for at fylkesnemnda skal kunne gi samtykke til tvangsadopsjon er at adoptivsøkerne må ha vært fosterforeldre for barnet, og vist seg skikket til å oppdra barnet som sitt eget, jf. bvl. § 4-20 tredje ledd litra c. Tiden som kreves for at fosterforeldrene har vist seg skikket beror på flere faktorer som barnets alder, tilknytningen til fosterforeldrene, barnets

⁶⁹ HR-2018-1720-A (avsnitt 62).

⁷⁰ Rt. 2007 s. 561 (avsnitt 51), Rt. 2015 s. 110 (avsnitt 46) Rt. 2015 s. 1107 (avsnitt 44) og HR-2018-1720-A (avsnitt 62).

⁷¹ HR-2018-1720-A (avsnitt 62).

⁷² Rt. 1997 s. 534 (side 539), Rt. 2001 s. 14 (side 21) og Rt. 2015 s. 1107 (avsnitt 44).

⁷³ Rt. 2007 s. 561, Rt. 2015 s. 110 og HR-2018-1720-A.

⁷⁴ Lena Bendiksen er professor dr. juris og dekan ved det juridiske fakultet UiT.

⁷⁵ Trude Haugli er professor dr. juris ved det juridiske fakultet UiT.

⁷⁶ Lena Bendiksen og Trude Haugli, *Sentrale emner i barneretten*, 2. utgave, Oslo 2015 (Bendiksen og Haugli 2015) (side 246).

⁷⁷ Bendiksen og Haugli 2018 (side 267).

tidligere erfaringer og fosterforeldrenes evne til å knytte seg til barnet.⁷⁸ Endelig må «vilkårene for å innvilge adopsjon etter adopsjonsloven» være oppfylt, jf. bvl. § 4-20 tredje ledd litra d.

Det er ingen automatikk i at fylkesnemnda skal samtykke til tvangsadopsjon dersom de lovfestede vilkårene er til stede, jf. ordet «kan» i bestemmelsens annet og tredje ledd. Ordet «kan» åpner for en skjønnsmessig vurdering i lys av bvl. § 4-1, hvor avgjørende vekt skal legges på om tiltaket er til barnets beste. Ved spørsmål om adopsjon er imidlertid barnets beste allerede vurdert etter vilkåret i tredje ledd litra b, slik at den skjønnsmessige vurdering som «kan» åpner for får mindre betydning.⁷⁹ Det biologiske prinsipp kommer inn som et vesentlig moment i den skjønnsmessige helhetsvurdering som må foretas etter bvl. § 4-20 tredje ledd litra b. Det har over tid pågått en psykologfaglig og juridisk diskusjon om hvorvidt prinsippet blir tillagt for stor betydning ved tiltak etter barnevernloven. I 2011 ble derfor Raundalen-utvalget oppnevnt for å utrede prinsippets anvendelse i barnevernet.⁸⁰

Raundalen-utvalget tok for seg lovgivers ønske om å tilrettelegge for økt bruk av adopsjon etter barnevernloven. Ifølge Barne- og likestillingsdepartementet skulle den økte bruken skje ved å justere praksis, uten lovendring.⁸¹ En økt bruk av tvangsadopsjon innebærer at de biologiske bånd brytes i flere tilfeller. Lovgivers ønske kan bety en nedtoning av det biologiske prinsippets betydning. Utvalget viste til departementets uttalelse om at det biologiske prinsipp må vike for hensynet til barnets beste, der foreldrene mangler «ressurser til å skape forutsigbarhet og stabilitet for barnet».⁸² Raundalen-utvalget forstår uttalelsen som en presisering og tydeliggjøring av prinsippet, slik at det aldri skulle utgjøre en absolutt regel.⁸³

Befring-utvalget foreslo at lovgiver burde åpne for åpen adopsjon, som innebærer «at det kan bestemmes samvær med biologiske foreldre også etter en adopsjon».⁸⁴ Raundalen-utvalget viste til Stortingets proposisjon der forslaget fra Befring-utvalget ble tatt til følge.⁸⁵ Formålet med forslaget var «å sikre barnet en stabil og forutsigbar oppvekstsituasjon hos adoptivforeldrene og samtidig sikre barnet en viss kontakt med sitt opphav», der dette er til barnets beste.⁸⁶ Raundalen-utvalget tolket uttalelsen dithen at det biologiske prinsipp

⁷⁸ Bendiksen og Haugli 2018 (side 267).

⁷⁹ Bendiksen 2008 (side 328-329).

⁸⁰ NOU 2012: 5 (side 11-12).

⁸¹ Ot.prp. nr. 69 (2008-2009) (side 35).

⁸² *Ibid* (side 6).

⁸³ NOU 2012: 5 (side 44).

⁸⁴ NOU 2000: 12 Barnevernet i Norge Tilstandsvurderinger, nye perspektiver og forslag til reformer (side 229).

⁸⁵ Prop.7 L (2009-2010) Endringer i adopsjonsloven og barnevernloven.

⁸⁶ *Ibid* (side 26).

betydning ble presisert, «og da slik at hensynet til barnets beste totalt sett alltid skal være det avgjørende».⁸⁷ Bestemmelsen om åpen adopsjon ble inntatt i bvl. § 4-20 a i 2010.

Raundalen-utvalget argumenterte for at dersom det biologiske prinsipp ble tillagt for stor betydning, kunne dette medføre uheldige utfall. På den bakgrunn foreslo utvalget å etablere et nytt prinsipp, «det utviklingsstøttende tilknytningsprinsipp». Prinsippet burde ifølge utvalget «gis forrang i forhold til det biologiske prinsipp i saker der tilknytnings- og relasjonskvaliteten» hindrer barnets utvikling.⁸⁸ Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet som deretter vurderte forslaget, ønsket å opprettholde barnets beste som det overordnede prinsipp i barnevernsaker. Departementet uttalte at barnets beste skal baseres på tilknytnings- og relasjonskvalitet og biologiske bånd.⁸⁹

I november 2014 ble Barnevernlovutvalget oppnevnt for å se hvordan barnevernloven kunne revideres.⁹⁰ Utvalget la til grunn at det biologiske prinsipp har «betydning ved tolkningen av loven og i skjønnsutøvelsen, og som begrunnelse for lovens bestemmelser», men at prinsippet verken er absolutt eller uten grenser.⁹¹ Utvalget undersøkte hvorvidt bvl. § 4-1 om barnets beste var endret i henhold til Raundalen-utvalgets utredning.⁹² Etter en gjennomgang av lovgivningsprosessen slo utvalget fast at barnets beste etter § 4-1 fremdeles beror på en «konkret vurdering, der flere momenter må tillegges vekt. Det er ikke noen momenter som har "forrang" fremfor andre.»⁹³ Utvalget fant det heller ikke naturlig å lovfeste det biologiske prinsipp.⁹⁴

Sett hen til diskusjonen er det vanskelig å se klart hvilken betydning lovgiver ønsker å tillegge det biologiske prinsipp i vurderingen av barnets beste. En økt bruk av adopsjon som barnevernstiltak kan medføre at det biologiske prinsipp ikke gis gjennomslag i flere tilfeller, og kan dermed være en svekkelse av prinsippet.

I det følgende skal jeg se på øvrige begrensninger som følger av Norges folkerettslige forpliktelser.

⁸⁷ NOU 2012: 5 (side 44).

⁸⁸ *Ibid* (side 86).

⁸⁹ Prop.106 L (2012-2013) Endringer i barnevernloven (side 82).

⁹⁰ NOU 2016: 16 (side 21-24).

⁹¹ *Ibid* (side 47).

⁹² *Ibid* (side 49).

⁹³ *Ibid* (side 50).

⁹⁴ *Ibid* (side 53).

4 Det biologiske prinsipp i et menneskerettsperspektiv

4.1 Generelt

EMK og FNs barnekonvensjon er som nevnt gitt status som norsk lov, jf. mrl. § 2, og skal ved motstrid med annen norsk lovgivning gå foran, jf. mrl. § 3. Dermed er begge konvensjonene relevante rettskilder ved tolkning av bvl. § 4-20, og må legges til grunn ved vurderingen av om det skal gis samtykke til adopsjon etter barnevernloven.

Den 14. april 2014 trådte barnekonvensjonens tilleggsprotokoll om individuell klageordning i kraft. Protokollen er vedtatt av FNs generalforsamling, og «gir barnet en rett til å klage til FNs barnekomité slik at komiteen kan avklare om staten oppfyller sine forpliktelser etter barnekonvensjonen».⁹⁵ Norge har imidlertid ikke ratifisert tilleggsprotokollen, slik at barn her i landet ikke har noen klagerett til FNs barnekomité.

4.2 FNs barnekonvensjon

Barnekonvensjonen gjelder for ethvert barn, jf. artikkel 2 nr. 1. I konvensjonens fortale strekpunkt 5 er familien beskrevet som «den grunnleggende enhet i samfunnet og den naturlige ramme for ... barns vekst og trivsel». Det følger av barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 at barnets beste skal være det grunnleggende hensyn, ved alle handlinger som berører barn.⁹⁶ I det følgende vil barnekonvensjonen bli henvist til som «BK».

Barn er i BK artikkel 7 gitt rett til «så langt det er mulig ... å få omsorg» fra sine foreldre. BK artikkel 8 nr. 1 gir barnet rett til å bevare sitt familieforhold, «uten ulovlig innblanding». Begge artiklene gir uttrykk for det biologiske prinsipp, ved at foreldrene har primæransvaret for barnets omsorg og at barnet har rett til å opprettholde sitt familieforhold.

Et klarere utslag av det biologiske prinsipp følger av BK artikkel 9. I henhold til artikkelens nr. 1 skal staten sikre at barn ikke atskilles fra sine foreldre mot sin vilje. Rettigheten er imidlertid ikke absolutt. Dersom myndighetene kommer til at atskillelse må foretas, har barnet rett til å opprettholde kontakten med sine biologiske foreldre, jf. artikkel 9 nr. 3.

⁹⁵ Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.), *Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge*, 3. utgave, Oslo 2016, (Høstmælingen, Kjørholt og Sandberg 2016) (side 373).

⁹⁶ Se punkt 2.3.

Barn er i henhold til BK artikkel 16 beskyttet mot vilkårlig eller ulovlig innblanding i sin familie. Ordlyden «vilkaerlig eller ulovlig» tilsier at rettigheten ikke er absolutt. Tvangsadopsjon er et klart inngrep i barnets familieliv, og BK artikkel 21 oppstiller derfor strenge krav for å tillate adopsjon. I henhold til artikkelens litra a skal barnets beste være «the paramount consideration» ved spørsmål om tvangsadopsjon. Ordlyden tilsier at barnets beste skal være det overordnede hensyn.⁹⁷

Det biologiske prinsipp synes således å stå sterkt i barnekonvensjonen. Konvensjonen synes å bygge på samme utgangspunkt som barnevernloven, ved at barn fortrinnsvis skal vokse opp hos sine foreldre og opprettholde kontakten dersom barnet likevel må flyttes. Ved spørsmål om tvangsadopsjon skal barnets beste være det overordnede hensyn, og det er her det biologiske prinsipp får betydning som et vesentlig moment i vurderingen.

4.3 Den europeiske menneskerettskonvensjon

EMK gjelder menneskerettigheter og friheter for ethvert menneske, jf. artikkel 1. I denne oppgaven er det EMK artikkel 8 om retten til respekt for familielivet som er sentral. Ved spørsmål om hvem som er vernet har EMD tolket og utviklet et vidt familiebegrep. EMD har understreket at den gjensidige glede foreldre og barn har av å være sammen inngår i begrepet, og har i flere saker uttalt dette på følgende måte: «... the mutual enjoyment by parent and child of each other's company constitutes a fundamental element of family life».⁹⁸

I henhold til EMDs praksis omfattes både biologiske relasjoner og relasjoner uten biologisk tilknytning av familiebegrepet. Domstolen har eksempelvis slått fast at forholdet mellom fosterbarn og fosterforeldre også kan utgjøre et familieliv.⁹⁹ Således er barnets fosterforeldre vernet av EMK artikkel 8.

Retten til familieliv er ikke absolutt, og EMK artikkel 8 nr. 2 oppstiller tre kumulative vilkår for at offentlige myndigheter kan foreta inngrep i familielivet. For det første må inngrepet være «in accordance with the law». Jeg går ikke nærmere inn på lovkravets innhold, men konstaterer at bvl. § 4-20 oppfyller kravet.¹⁰⁰

⁹⁷ Se punkt 2.3.

⁹⁸ EMDs dom 12. februar 2013 *Vojnity v. Hungary* (avsnitt 28), med henvisning til EMDs dom 22. Juni 1989 *Eriksson v. Sweden* (avsnitt 58).

⁹⁹ EMDs dom 17. april 2012 *Kopf and Liberda v. Austria* (avsnitt 37).

¹⁰⁰ *Aune v. Norway* (avsnitt 50).

For det andre må inngrepet være begrunnet i et legitimt formål. Bestemmelsen angir en vid og generelt formulert uttømmende liste over de formål det aktuelle inngrep kan være begrunnet i. «Protection of health ... or of the protection of the rights and freedoms of others» er relevante formål i henhold til EMK artikkel 8 nr. 2, som får betydning i saker om tvangsadopsjon. Spørsmålet i den konkrete sak er hvorvidt tvangsadopsjonen er begrunnet i et legitimt formål.

For det tredje må de legitime formål være «necessary in a democratic society». I henhold til EMDs praksis er kravet todelt, og domstolen har gitt uttrykk for kravet på følgende måte:

*«... the notion of necessity implies that the interference corresponds to a pressing social need, and in particular, that it is proportionate to the legitimate aim pursued, regard being had to the fair balance which has to be struck between the relevant competing interests».*¹⁰¹

Nødvendighetskravet innebærer således at inngrepet må følge av et påtrengende samfunnsbehov og være forholdsmessig. I hovedsak innebærer forholdsmessighetskravet at forholdet mellom inngrepets mål og de midler som benyttes for å oppnå målet, skal være forholdsmessig. Videre følger det av EMDs praksis at begrunnelsen for inngrepet må være relevant og tilstrekkelig.¹⁰²

Alternativet i saker om tvangsadopsjon er at barnet fortsetter å være fosterhjemsplassert. En omsorgsovertakelse skal etter EMDs praksis være et midlertidig tiltak, hvor det ultimate målet er at den biologiske familie gjenforenes.¹⁰³ Til tross for at nasjonale myndigheter er forpliktet til å legge til rette for familiegjening, kreves ikke uendelige forsøk. Ifølge EMD skal myndighetene ta alle nødvendige skritt, som med rimelighet kan forventes, for å gjenforene den biologiske familie.¹⁰⁴ Dersom myndighetene likevel beslutter å erstatte en fosterhjemsplassing med en adopsjon har EMD utviklet to krav om at det må foreligge «exceptional circumstances», og beslutningen må være «motivated by an overriding requirement pertaining to the child's best interests».¹⁰⁵

EMD oppstiller således to vilkår for at en tvangsadopsjon skal være forholdsmessig. For det første må det foreligge et ekstraordinært tilfelle, og for det andre må tiltaket være motivert av

¹⁰¹ EMDs dom 26. april 2018 *Hasan v. Norway* (Hasan v. Norway) (avsnitt 143).

¹⁰² *Johansen v. Norway* (avsnitt 64), *Aune v. Norway* (avsnitt 79), EMDs dom 30. november 2017 *Strand Lobben v. Norway* (Strand Lobben v. Norway) (avsnitt 102) og *Hasan v. Norway* (avsnitt 142).

¹⁰³ *Johansen v. Norway* (avsnitt 78), *Strand Lobben v. Norway* (avsnitt 105) og *Hasan v. Norway* (avsnitt 146).

¹⁰⁴ *Strand Lobben v. Norway* (avsnitt 109) og *Hasan v. Norway* (avsnitt 150).

¹⁰⁵ *Aune v. Norway* (avsnitt 66), *Strand Lobben v. Norway* (avsnitt 106) og *Hasan v. Norway* (avsnitt 147).

et dominerende hensyn til barnets beste. Tilsvarende krav stilles til fratakelse av foreldreansvar med sikte på adopsjon og nektelse av samvær.¹⁰⁶ EMD går ikke nærmere inn på hva som ligger i kravet om ekstraordinære tilfeller, men vurderer dette konkret i hver enkelt sak. Domstolen har imidlertid utviklet noen generelle hensyn i vurderingen av barnets beste.

På den ene siden vil det beste for barnet være å opprettholde biologiske bånd, unntatt de tilfeller hvor familien har vist seg å være særlig uegnet. På den andre siden vil det beste for barnet være å sikre dets utvikling i et forsvarlig miljø, og de biologiske foreldre kan ikke påberope seg EMK artikkel 8 dersom dette kan skade barnets helse og utvikling.¹⁰⁷

Varigheten av omsorgsovertakelsen vil også kunne få betydning for hva som vil være til barnets beste. EMD legger vekt på at dersom omsorgsovertakelsen har vart over betydelig tid, kan barnets interesse i ikke å få sin nåværende familiesituasjon endret, overstyre de biologiske foreldrenes interesse i familiegjening. Det stilles imidlertid strengere krav til bedømmelsen når det gjelder tiltak som helt kan avskjære kontakten mellom barnet og dets biologiske foreldre.¹⁰⁸

Videre vil tilknytningen mellom barnet og dets biologiske foreldre være av betydning. Dersom de sosiale båndene mellom barnet og foreldrene er svake, kan det redusere graden av beskyttelse etter EMK artikkel 8.¹⁰⁹ Ut fra EMDs generelle hensyn kan det således tyde på at betydningen av det biologiske prinsipp blir nedtonet der omsorgsovertakelsen har vart over betydelig tid, og hvor de sosiale båndene mellom barnets og dets biologiske foreldre er svake.

Det som styrker betydningen av det biologiske prinsipp, er at EMD legger vekt på de biologiske foreldrenes interesse i saken. EMD har slått fast at man ved forholdsmessighetsvurderingen skal finne en rimelig balanse mellom barnets og foreldrenes interesser, men likevel slik at det legges særlig vekt på barnets beste.¹¹⁰ Dette tilsier at det biologiske prinsipp er av stor betydning i EMK-retten.

¹⁰⁶ Johansen v. Norway (avsnitt 78) og EMDs dom 6. september 2018 *Jansen v. Norway* (Jansen v. Norway) (avsnitt 93).

¹⁰⁷ Strand Lobben v. Norway (avsnitt 109) og Hasan v. Norway (avsnitt 150).

¹⁰⁸ Hasan v. Norway (avsnitt 145).

¹⁰⁹ Aune v. Norway (avsnitt 69), Strand Lobben v. Norway (avsnitt 123) og Hasan v. Norway (avsnitt 161).

¹¹⁰ Johansen v. Norway (avsnitt 78).

5 Det biologiske prinsipp i Høyesteretts og EMDs avgjørelser om tvangsadopsjon

5.1 Generelt om rettspraksis

Det er fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker som i første instans avgjør hvorvidt adopsjonssamtykke skal gis. Dersom biologiske foreldre, den kommunale barneverntjeneste eller barn med partsrettigheter ønsker å anke til tingretten, eventuelt videre til lagmannsretten og Høyesterett, gjelder reglene i tvisteloven kapittel 36, jf. bvl. § 7-24 første ledd.

Høyesterett dømmer i siste instans og avgjør hvordan gjeldende rett skal forstås. For å belyse betydningen av det biologiske prinsipp i norsk rett, anser jeg det derfor hensiktsmessig å fokusere på praksis fra Høyesterett. Lena Bendiksen har kommet frem til at rettsstilstanden i 1953-loven § 20 og 1992-loven § 4-20 er den samme.¹¹¹ Rettspraksis fra 1953-loven, som redegjort for i punkt 3.2, har derfor betydning også i dag. Høyesterett har avsagt syv avgjørelser om adopsjon etter barnevernloven av 1992, herunder seks dommer og én kjennelse. I sistnevnte kjennelse fant Høyesterett at tingretten hadde foretatt en konkret og grundig drøftelse, slik at anken ikke førte frem.¹¹² Jeg går ikke nærmere inn på denne, da de øvrige dommene tar for seg det som fremgår av kjennelsen.

Høyesteretts avgjørelser kan bringes inn for EMD, som behandler tvister om tolkning og anvendelsen av EMK, jf. EMK artikkel 32. Domstolen ble opprettet i 1959 og består av uavhengige dommere fra konvensjonsstatene. EMD skal sikre at statene overholder sine forpliktelser til å respektere borgernes menneskerettigheter og friheter, herunder retten til familieliv. Ved anvendelsen av rettighetene etter EMK, særlig ved vurderingen av om inngrepet er nødvendig, har EMD slått fast at medlemsstatene har en skjønnsmargin - «a margin of appreciation».¹¹³ Dette innebærer at EMD i en viss grad må lytte til de nasjonale myndighetenes vurderinger.¹¹⁴

¹¹¹ Lena Bendiksen, "Adopsjon som barnevernstiltak – hva nå?", *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 03/2007 s. 210-224 (Bendiksen 2007) (side 212).

¹¹² HR-2016-2502-U (avsnitt 5).

¹¹³ Hasan v. Norway (avsnitt 143).

¹¹⁴ Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 4. utgave, Bergen 2015 (side 158).

Siden desember 2015 har EMD kommunisert ni klager for norske myndigheter vedrørende barnevernet.¹¹⁵ EMD har avsagt fem avgjørelser om tvangsadopsjon, herunder én klage som ble avvist som åpenbart grunnløs.¹¹⁶ Sistnevnte vil ikke bli nærmere behandlet, da de øvrige sakene tar for seg det som fremgår av avvisningsavgjørelsen.

I det følgende skal jeg kort gjennomgå relevante dommer fra Høyesterett og EMD.

5.2 Dommer hvor Høyesterett samtykket til adopsjon

5.2.1 Rt. 2007 s. 561

Saken gjaldt fratakelse av foreldreansvar og samtykke til adopsjon av en ni år gammel gutt, som hadde bodd store deler av livet i fosterhjem. Omtrent seks måneder gammel ble gutten innlagt på sykehus med hjerneblødning, og den mistenkte årsak var mishandling fra foreldrene med rusproblemer. Barnet ble derfor akutt plassert og senere fosterhjems plassert. Det sentrale spørsmålet i saken var hvorvidt adopsjon var til barnets beste.

Den sakkyndige for Høyesterett hadde uttrykt som generell erfaring at adopsjon er det beste for barnets utvikling «når det gjelder langvarig plassering av barn som er kommet til fosterhjemmet før de har etablert tilknytning til noen biologisk forelder».¹¹⁷ På bakgrunn av særlige forhold ved barnet og at fosterforeldrene var åpne for at barnet skulle opprettholde kontakten med sine biologiske foreldre, kom Høyesterett til at adopsjon var det beste for barnet. Dommen ble klaget inn for og behandlet av EMD.¹¹⁸

5.2.2 Rt. 2015 s. 110

Saken gjaldt tvangsadopsjon av en gutt på seks og et halvt år som hadde bodd store deler av livet hos fosterforeldrene. Gutten ble akutt plassert to og en halv måned etter fødselen, da hans biologiske foreldre var psykisk syke og ute av stand til å ta seg av ham. Adoptivsøkerne samtykket til besøkskontakt etter bvl. § 4-20 a. Det sentrale spørsmål i saken var hvorvidt adopsjon var til guttens beste.

¹¹⁵ Emberland 2016 (side 329-330) og Marius Emberland, "Det norske barnevernet under lupen – del 2", *Lov og rett*, vol. 56, 8, 2017 s. 435-436 (side 435).

¹¹⁶ EMDs dom 10. oktober 2002 *Johansen v. Norway*, (den andre klagen fra Adele Johansen).

¹¹⁷ Rt. 2007 s. 561 (avsnitt 50).

¹¹⁸ *Aune v. Norway*.

Kommunen hadde anført at terskelen for adopsjon var senket, og begrunnet dette i lovgivers ønske om økt bruk av adopsjon som barnevernstiltak. Høyesterett besvarte dette benektende.¹¹⁹ På bakgrunn av særlige forhold ved barnet og besøkskontakten som ville opprettholde kontakten til biologisk familie, kom Høyesterett til at adopsjon var det beste for barnet. Dommen ble klaget inn for EMD, men er enda ikke behandlet.¹²⁰

5.2.3 HR-2018-1720-A

Saken gjaldt samtykke til adopsjon av en fem år gammel gutt som hadde bodd hos fosterforeldrene i fire år. På grunn av omsorgssvikt fra de biologiske foreldrene ble gutten akutt plassert fire dager etter fødselen, og ble boende ett år i beredskapshjem. Besøkskontakt var ikke aktuelt i saken. Det sentrale spørsmål i saken var hvorvidt adopsjon var til barnets beste.

Basert på forskning og psykologfaglig erfaring uttalte den sakkyndige for Høyesterett at barn som adopteres «opplever bedre psykososial utvikling enn barn» i langvarige fosterhjems plasseringer. «Det er stabiliteten i barnets tilhørighet som virker å være utslagsgivende.»¹²¹ Høyesterett kom til at det beste for barnet var å bli adoptert, og la avgjørende vekt på at gutten var svært sårbar og hadde et særlig behov for beskyttelse. Videre at han ikke hadde noen tilknytning til sine biologiske foreldre og at han var svært knyttet til sine fosterforeldre.

5.3 Dommer hvor Høyesterett nektet adopsjon

5.3.1 Rt. 1997 s. 534 (Brødre-dommen)

I 1989 fattet barnevernsnemnda vedtak om å overta omsorgen for to brødre på henholdsvis 1 og 3 år. Barna ble fosterhjems plassert hos forskjellige familier, og i 1993 ble det fattet vedtak om tvangsadopsjon. Da Høyesterett behandlet saken i 1997 var barna henholdsvis 9 og 11 år. Det sentrale spørsmål i saken var hvorvidt adopsjon var til barnas beste. Dommen ble avsagt under dissens (3-2).

Flertallet la avgjørende vekt på barnas tilknytning til sin biologiske mor, og understreket at det var viktig for barna å etablere et regelmessig og utvidet samvær med henne.¹²² Dermed kom

¹¹⁹ Rt. 2015 s. 110 (avsnitt 49).

¹²⁰ Inntatt av EMD med klagenr. 39710/15.

¹²¹ HR-2018-1720-A (avsnitt 64).

¹²² Rt. 1997 s. 534 (side 540).

flertallet til at adopsjon ikke var det beste for barna. Mindretallet la imidlertid større vekt på barnas tilknytning til fosterhjemmet, og at fosterforeldrene ville opprettholde kontakten med mor.¹²³

5.3.2 Rt. 2001 s. 14 (Individuell vurdering-dommen)

I 1994 fattet fylkesnemnda vedtak om å overta omsorgen for tre barn på henholdsvis 4 år, 2 ½ år og 15 måneder. Bakgrunnen for omsorgsovertakelsen var mors manglende omsorg som truet barnas liv og velferd. I 1997 ble det fremmet sak om å fratakelse av foreldreansvar og adopsjon av det yngste barnet. Da saken kom for Høyesterett hadde barnet bodd nær seks år hos sine fosterforeldre. Det sentrale spørsmål i saken var hvorvidt adopsjon var til barnets beste. Dommen ble avsagt under dissens (3-2).

Førstvoterende understrekte det biologiske prinsipp ved at «det gjennomgående vil være i barnets interesse at foreldrene har omsorgen for det og videre at foreldrene, selv om omsorgen fratas dem, i alminnelighet har kontakt med barnet og foreldreansvaret for det».¹²⁴ Videre uttalte førstvoterende at barnets forhold til sine biologiske foreldre må tillegges stor vekt i den skjønsmessige helhetsvurdering. Dette gjelder særlig dersom det «ikke kan fastslås med særlig grad av sikkerhet hvilken ordning som alle forhold tatt i betraktning vil være den beste for barnet».¹²⁵ Flertallet la avgjørende vekt på at det var viktig for barnet å ha kontakt med sin biologiske mor, til tross for lite samvær. Dermed ble adopsjon nektet, og samværsretten utvidet. Mindretallet la imidlertid avgjørende vekt på barnets tilknytning til fosterforeldrene.

5.3.3 Rt. 2015 s 1107

Saken gjaldt tvangsadopsjon av ei jente på seks år og syv måneder. Barnet ble akutt plassert som spedbarn på grunn av omsorgssvikt fra moren, som døde kort tid etter tingrettens dom. Det var således den biologiske far som motsatte seg adopsjonsvedtaket. Adoptivsøkerne samtykket ikke til besøkskontakt etter en adopsjon. Det avgjørende spørsmål i saken var hvorvidt adopsjon var til barnets beste.

Den sakkyndige i saken uttalte at en adopsjon ville gi «barnet den beste støtte, stabilitet og trygghet for henne i hennes videre utvikling».¹²⁶ Høyesterett tilla imidlertid forholdene ved den biologiske far avgjørende betydning. Høyesterett kom til at barnet ikke hadde mye å tape på at

¹²³ Rt. 1997 s. 534 (side 541).

¹²⁴ Rt. 2001 s. 14 (side 21), jf. Rt. 1991 s. 557 med videre henvisninger.

¹²⁵ Rt. 2001 s. 14 (side 23-24), jf. Rt. 1991 s. 557.

¹²⁶ Rt. 2015 s. 1107 (avsnitt 47).

adopsjonsspørsmålet ble utsatt til hennes behov og relasjonen til sin far var nærmere avklart.¹²⁷ Dermed var det ikke tilstrekkelig sikkert at fordelene ved en adopsjon var sterke nok til å bryte med det biologiske prinsipp.

5.4 Dommer hvor EMD fant at familielivet ikke var krenket

5.4.1 Aune v. Norway 28. oktober 2010

Høyesteretts dom inntatt i Rt. 2007 s. 561 foranlediget EMDs avgjørelse i saken, som gjaldt adopsjon av en gutt som i tidlig alder trolig var utsatt for mishandling fra sine biologiske foreldre med rusproblemer. Jeg viser for øvrig til tidligere redegjørelse av sakens faktiske side.¹²⁸ Guttens mor klaget saken inn for EMD, og hevdet at fratakelse av foreldreansvar og samtykket til adopsjon var et urettmessig inngrep i hennes rett til familieliv etter EMK artikkel 8.

EMD la vekt på de særlige forhold ved barnet, den latente konflikten i saken og at samvær ville fortsette etter en adopsjon. Dermed kom EMD til at de norske domstoler med rimelighet kunne vurdere det slik at morens interesse i å opprettholde sin juridiske rett til kontakt, måtte vike for fordelene ved en adopsjon.¹²⁹

5.4.2 Strand Lobben and others v. Norway 30. november 2017

Høyesteretts avvisningskjennelse inntatt i HR-2012-1956-U foranlediget EMDs avgjørelse i saken. EMD avviste flere klagere i saken, herunder barnets besteforeldre, og vurderte kun klagen fra barnets biologiske mor. Hun anførte at fratakelsen av foreldreansvaret og adopsjonssamtykket krenket hennes rett til familieliv etter EMK artikkel 8. På grunn av manglende tilknytning til biologiske foreldre, særlige forhold ved barnet, den latente konflikten i saken og at fosterforeldrene var villige til å la samværene fortsette, kom EMD til at adopsjonen ikke krenket EMK artikkel 8. Avgjørelsen ble avsagt under dissens (4-3).

Den 17.10.18 var saken oppe for EMDs storkammer og er således ikke rettskraftig avgjort. Dermed har avgjørelsen fra 2017 begrenset rettskildemessig verdi. Jeg anser likevel EMDs vurderinger i saken som relevante for oppgaven, og særlig den kritikk mindretallet rettet mot det norske barnevernet.

¹²⁷ Rt. 2015 s. 1107 (avsnitt 56).

¹²⁸ Se punkt 5.2.1.

¹²⁹ Aune v. Norway (avsnitt 78).

5.4.3 Mohamed Hasan v. Norway 26. april 2018

Kjennelse fra Høyesteretts ankeutvalg av 5. februar 2015 foranlediget EMDs avgjørelse i saken.¹³⁰ Barnas biologiske mor klaget saken inn for EMD. Hun anførte at myndighetenes vedtak om omsorgsovertakelse og adopsjon var en krenkelse av EMK artikkel 8. Sammen med sin tidligere ektefelle hadde hun to barn. Hun var av iransk opprinnelse og hadde vært bosatt i Norge siden 2006. På grunn av voldsepisoder fra barnas far hadde hun i flere år vært i kontakt med barneverntjenesten. Etter akutt plasseringen ble barna bortført i forbindelse med et samvær med mor, og på den bakgrunn ble det besluttet samværsnekt. Far erkjente i etterkant å ha stått bak bortføringen.

I 2015 traff fylkesnemnda vedtak om adopsjon av begge barna, og manglende tilknytning til mor samt den trusselen far representerte var i all hovedsak vedtakets begrunnelse. På grunn av voldsbruk og mishandling, bortføringsfare og særlige forhold ved barna kom EMD til at saksforholdet var ekstraordinært, og at adopsjonssamtykket var motivert av et dominerende hensyn til barnas beste.

5.5 Dommen hvor EMD fant at familielivet var krenket

5.5.1 Adele Johansen v. Norway 7. August 1996

Kjennelsen fra Høyesteretts kjæremålsutvalg inntatt i HR-1991-112-K foranlediget EMDs avgjørelse i saken. Johansen ble fratatt omsorgen for sitt andre barn like etter fødselen. Det ble opprettet samvær, men omkring seks måneder senere ble det fattet vedtak om fratakelse av foreldreansvaret med sikte på adopsjon. Både omsorgsovertakelsen og fratakelsen av foreldreansvaret var begrunnet i frykt for samarbeidsproblemer mellom Johansen og barnevernet.

På grunn av velfungerende samvær mellom barnet og dets biologiske mor samt at morens livssituasjon hadde forbedret seg, kom EMD til at fratakelsen av foreldreansvaret var en krenkelse av Johansens rett til familieliv etter EMK artikkel 8. Omsorgsovertakelsen ble imidlertid ikke ansett å være en krenkelse av rettigheten.

¹³⁰ Emberland 2016 (side 330).

6 Betydningen av det biologiske prinsipp i Høyesteretts og EMDs avgjørelser om tvangsadopsjon.

6.1 Generelt

Uttrykket det «biologiske prinsipp» er bare unntaksvis anvendt i rettspraksis. I juridisk teori er det anført at Høyesterett i liten grad har klargjort innholdet i eller betydningen av prinsippet.¹³¹

Raundalen-utvalget tolket Rt. 2011 s. 1439 dithen at Høyesterett tok «et skritt i retning bort fra det biologiske prinsipp».¹³² Høyesterett synes imidlertid ikke å være enig i det. I Rt. 2012 s. 1832 understrekes at det biologiske prinsipp er lovens utgangspunkt.¹³³ Høyesterett viste til at Raundalen-utvalgets anbefaling hadde fått kritikk og uttalte at avgjørelsen måtte «bygge på gjeldende rett, og i så måte gir utredningen på dette punkt ... lite veiledning».¹³⁴ Dommen tilsier at det biologiske prinsipp står fast som barnevernlovens utgangspunkt.

Også HR-2018-1720-A har dette som rettslig utgangspunkt, men den konkrete vurderingen tilsier at det ikke er like klart. Førstvoterende oppsummerer det rettslige vurderingstemaet, hvor barnets beste blir trukket frem som det viktigste og mest tungtveiende hensynet ved avgjørelsen av adopsjonsspørsmålet. Høyesterett bygger på uttalelser fra EMD og slår fast at «[h]vor det har vært lite eller ingen kontakt mellom barnet og dets biologiske foreldre, vil hensynet til beskyttelse av familielivet veie mindre enn hvor det har vært etablert et mer normalt familieliv.»¹³⁵

Høyesterett drøfter i HR-2018-1720-A kjernen i prinsippet og legger til grunn at det er lovens utgangspunkt. Deretter går Høyesterett i stor grad inn på de individuelle forholdene i saken, uten å gå inn på betydningen av det biologiske prinsipp i den konkrete vurdering. Høyesterett foretar en generell vurdering av det biologiske prinsipp, uten å klargjøre hvilken betydning prinsippet blir gitt eller hvorfor det må vike i den konkrete vurdering. HR-2018-1720-A bidrar således til å underbygge påstanden om at Høyesterett i liten grad har klargjort innholdet i eller betydningen av det biologiske prinsipp.

¹³¹ Brynildsrud 2016 (side 279-280).

¹³² NOU 2012: 5 (side 47).

¹³³ Brynildsrud 2016 (side 280).

¹³⁴ Rt. 2012 s. 1832 (avsnitt 30), jf. Brynildsrud 2016 (side 281).

¹³⁵ HR-2018-1720-A (avsnitt 62).

Gjennomgangen av dommer fra Høyesterett og EMD viser at det varierer hvilken betydning domstolene tillegger det biologiske prinsipp i avveiningen av om samtykke til adopsjon er til barnets beste. Høyesterett synes å legge større vekt på det utviklingsstøttende tilknytningsprinsipp i HR-2018-1720-A enn hva som var tilfellet i Rt. 2015 s. 1107.

I likhet med Høyesterett viser gjennomgangen av rettspraksis fra EMD, at heller ikke EMD anvender begrepet «biologisk prinsipp», men drøfter kjernen i prinsippet. For at de nasjonale myndigheter rettmessig kan foreta inngrep som bryter de biologiske bånd mellom barnet og dets foreldre, har EMD som nevnt utviklet to krav. Det må foreligge «exceptional circumstances» og videre må beslutningen være «motivated by an overriding requirement pertaining to the child's best interests».¹³⁶

EMK artikkel 8 beskytter både barnets og de biologiske foreldrenes rett til familieliv. EMD la i Johansen-saken til grunn at man skal finne en rimelig balanse mellom barnets og de biologiske foreldrenes interesser. Det forutsettes derfor at det skal foretas en avveining hvor også foreldrenes interesser tillegges vekt. Dette tilsier at det biologiske prinsipp er et sentralt moment i avveiningen som må foretas.

I 2018 har EMD behandlet tre klager mot Norge i saker etter barnevernloven. Det er avsagt dom i to av sakene, Hasan-saken og Jansen-saken. Bare førstnevnte omhandlet tvangsadopsjon. I Hasan-saken fant EMD at de nasjonale myndigheter ikke hadde krenket retten til familieliv etter EMK artikkel 8, og begrunnet sin konklusjon med den voldsbruk, mishandling, bortføringsfare og de ellers særlige forhold i saken. Jansen-saken gjaldt samværsnekt og er derfor ikke inntatt i gjennomgangen over. Den nevnes likevel her fordi den i stor grad bygget på de samme momentene som Hasan-saken, men domstolens resultat tilsier at den tilla det biologiske prinsipp svært stor betydning når den kom til at norske myndigheter hadde krenket den biologiske morens rett til familieliv ved å nekte samvær.

I det følgende vil jeg ved en gjennomgang av rettspraksis fra Høyesterett og EMD se om det er mulig å utlede noe om hvilke momenter Høyesterett og EMD regelmessig tillegger vekt når det biologiske prinsipp nedtones eller styrkes i avgjørelser om tvangsadopsjon.

¹³⁶ Eksempelvis Aune v. Norway (avsnitt 66) og Hasan v. Norway (avsnitt 147).

6.2 Konkrete momenter som nedtoner betydningen av det biologiske prinsipp

6.2.1 Manglende tilknytning mellom barnet og dets biologiske foreldre

Som nevnt tidligere har EMD utviklet et vidt familiebegrep hvor både biologiske og andre relasjoner kan inngå. Domstolen har blant annet slått fast at også forholdet mellom fosterbarn og fosterforeldre kan utgjøre et familieliv. I utgangspunktet kan det vide familiebegrepet tilsi at det biologiske prinsipp ikke står særlig sterkt i EMK-retten.

Både Høyesterett og EMD har som nevnt slått fast at kontakten mellom barnet og dets biologiske foreldre har betydning for graden av beskyttelse av deres familieliv. Med henvisning til Hasan-saken uttalte Høyesterett i HR-2018-1720-A at dersom det har vært «lite eller ingen kontakt» blir hensynet til å beskytte det biologiske familieliv tillagt mindre vekt «enn hvor det har vært etablert et mer normalt familieliv».¹³⁷

I Aune-saken, foranlediget av Rt. 2007 s. 561, var barnet 12 år da EMD behandlet saken. Barnet hadde bodd store deler av livet hos sine fosterforeldre. Han hadde aldri bodd med sine biologiske foreldre, foruten de første seks måneder som var preget av omsorgssvikt. Den biologiske mor hadde tilgang til flere samvær med gutten, men møtte i varierende grad på grunn av sin rusproblematikk. Barnet hadde derfor «no real attachment to his biological parents».¹³⁸ Barnet i Strand Lobben-saken var 3,5 år og hadde bodd hos sine fosterforeldre siden han var tre uker. Han hadde derfor ingen psykologisk tilknytning til sin biologiske mor.¹³⁹ I Hasan-saken hadde barna vært uten kontakt med sin biologiske mor i tre år og tre måneder da saken ble behandlet.¹⁴⁰

Barnet i HR-2018-1720-A bodde bare noen få dager sammen med sine biologiske foreldre og hadde ingen form for kontakt med dem etter dette.¹⁴¹ Den manglende kontakten kan være en av årsakene til at Høyesterett anså saken å ligge annerledes an enn i Rt. 2015 s. 1107, hvor det hadde vært positive samvær mellom barnet og den biologiske far. Det var imidlertid flere forhold i HR-2018-1720-A som tilsa at situasjonen kunne ligge til rette for å opprette samvær i fremtiden. Mor hadde forbedret sine personlige egenskaper. Hun hadde et velfungerende

¹³⁷ HR-2018-1720-A (avsnitt 62).

¹³⁸ Aune v. Norway (avsnitt 70).

¹³⁹ Strand Lobben v. Norway (avsnitt 122).

¹⁴⁰ Hasan v. Norway (avsnitt 154).

¹⁴¹ HR-2018-1720-A (avsnitt 68).

samarbeid med barnevernstjenesten og samvær med sitt andre barn. Den sakkyndige i saken avviste heller ikke at det på sikt kunne være en berikelse for barnet å opprette kontakt med sin biologiske mor i fremtiden.¹⁴² Tilsvarende momenter ble trukket frem som motargumenter til adopsjonssamtykke i Rt. 2015 s. 1107.

Høyesteretts begrunnelse i HR-2018-1720-A synes å være svært konkret knyttet til barnets nåværende behov, uten å se hen til de uavklarte behov i fremtiden. Høyesterett la vekt på fosterforeldrenes positive holdning til kontakt i fremtiden, til tross for at de ikke samtykket til besøkskontakt og at adopsjonen ikke ga noen juridiske rettigheter verken for barnet eller foreldrene som kunne garantere kontakt i fremtiden. Det var dermed ingen forhold i saken som ga noen garanti for at fosterforeldrene ville åpne for kontakt etter en adopsjon. Ansvaret for den manglende kontakt mellom barnet og dets biologiske foreldre lå hos barneverntjenesten. Årsaken til den manglende tilknytning ble heller ikke tillagt noen betydning, da Høyesterett etter den konkrete vurderingen fant at det beste for barnet var å bli adoptert.

Ved å legge vekt på fosterforeldrenes positive holdning til fremtidig kontakt, kan man enklere gå klar av EMK artikkel 8, da dette vil ligge innenfor den nasjonale myndighets skjønnsmargin. Vektlegging av muligheten for fremtidig besøkskontakt mellom barn og biologiske foreldre gir rom for en utvidet bruk av adopsjon som barneverntiltak uten å komme i konflikt med forbudet mot inngrep i retten til familieliv.¹⁴³

HR-2018-1720-A tilsier således at det biologiske prinsipp må vike der tilknytningen mellom barnet og dets biologiske foreldre er ikke-eksisterende. Tilsvarende synes å følge av EMDs praksis.¹⁴⁴ Det overnevnte synes å gjelde til tross for at kontakt i fremtiden kan være en berikelse for barnet, såfremt det beste for barnet på domstidspunktet er å bli adoptert.

6.2.2 Tilknytning til fosterforeldrene

Tilknytningsaspektet ble i Rt. 1997 s. 534 trukket frem som det hensyn som talte for adopsjon. En adopsjon ville skape sterkere følelsesmessig og rettslig tilknytning, og barna ville likestilles med fosterforeldrenes øvrige barn.¹⁴⁵ Likevel ble behovet for kontakt med biologisk familie av flertallet ansett å være mer tungtveiende. Mindretallet la imidlertid vekt på at hensynet til barna

¹⁴² HR-2018-1720-A (avsnitt 87).

¹⁴³ Høstmælingen, Kjørholt og Sandberg 2016 (side 192).

¹⁴⁴ Aune v. Norway, Strand Lobben v. Norway og Hasan v. Norway.

¹⁴⁵ Rt. 1997 s. 534 (side 539).

tilsa at de skulle gå «gjennom puberteten med en fast, rettslig tilknytning til» fosterforeldrene som gjennom alle år hadde stått dem nærmest.¹⁴⁶

Likeledes la mindretallet i Rt. 2001 s. 14 vekt på at barnet hadde sin sosiale og psykologiske tilknytning til fosterforeldrene. Videre at adopsjon ville styrke hennes følelse av tilhørighet og trygghet hos fosterforeldrene, som hun så på som sine foreldre.¹⁴⁷ I Rt. 2007 s. 561 er det tydelig at tilknytningen mellom barnet og fosterforeldrene har vært sentralt i den sakkyndiges vurdering. Høyesterett gjenga den sakkyndiges avsluttende ord, herunder at dommen i Høyesterett ville innebære «å anerkjenne hans fulle rett til å være barn av sine foreldre».¹⁴⁸

En klarere vektlegging av tilknytningen mellom barnet og fosterforeldrene ble gjort av Høyesterett i Rt. 2015 s. 110. Høyesterett understrekte at den «åpenbart sterke og rotfestede tilknytningen» til fosterhjemmet burde tillegges stor vekt.¹⁴⁹ Gutten hadde et nært og godt søskenforhold både til fosterforeldrenes biologiske sønn, og det andre fosterbarnet i familien.

Høyesterett refererte i HR-2018-1720-A til den sakkyndiges vurdering om at gutten var «svært emosjonelt knyttet til sine fosterforeldre», at de var «uerstattelig» og at gutten var «spesielt avhengig» av dem.¹⁵⁰ I vurderingen av barnets beste ble også tilknytningen fremhevet, ved at Høyesterett refererte til den sakkyndiges uttalelse om at en juridisk tilknytning til fosterforeldrene, ville ha stor egenverdi for barnet.¹⁵¹ I Rt. 2015 s. 1107 ble imidlertid forhold som «barnets trygge og gode omsorgsbasis i fosterhjemmet» anvendt som argument for å utsette en eventuell adopsjon.¹⁵² Således synes Høyesterett i HR-2018-1720-A å tillegge det utviklingsstøttende tilknytningsprinsipp større betydning enn i 2015-dommen.

Av EMDs praksis følger at dersom barnet har vært fosterhjems plassert over betydelig tid, kan barnets interesse i ikke å få sin nåværende familiesituasjon endret, overstyre de biologiske foreldrenes interesse i å gjenforene familien. I Strand Lobben-saken understrekte flertallet at barnets fundamentale tilknytning, sosialt og psykologisk var til fosterforeldrene.¹⁵³ I Hasan-

¹⁴⁶ Rt. 1997 s. 534 (side 542).

¹⁴⁷ Rt. 2001 s. 14 (side 26).

¹⁴⁸ Rt. 2007 s. 561 (avsnitt 65).

¹⁴⁹ Rt. 2015 s. 110 (avsnitt 61).

¹⁵⁰ HR-2018-1720-A (avsnitt 39).

¹⁵¹ *Ibid* (avsnitt 80).

¹⁵² Rt. 2015 s. 1107 (avsnitt 56).

¹⁵³ Strand Lobben v. Norway (avsnitt 122).

saken ble det vist til at barnas tilknytning til fosterforeldrene var så sterk at en flytting ville være skadelig for barna.¹⁵⁴

Det overnevnte tilsier at tilknytningen mellom barnet og fosterforeldrene er et moment som nedtoner betydningen av det biologiske prinsipp. I norsk rett kan det se ut til at de sakkyndige i stadig større grad vektlegger tilknytningen til fosterforeldrene fremfor de biologiske foreldrene.¹⁵⁵ Dette kan medføre en dreining mot det utviklingsstøttende tilknytningsprinsipp på bekostning av det biologiske prinsipp. Få høyesterettsdommer på området, sprikende rettspraksis og svært konkrete vurderinger i den enkelte sak gjør at det er for tidlig å konkludere på dette punkt.

6.2.3 Sannsynlighet for samvær med biologiske foreldre

Kommunen anførte i Rt. 1997 s. 534 at hensynet til fortsatt samvær med mor ville bli opprettholdt gjennom fosterforeldrene. Førstvoterende vurderte hvor sikker man burde være på at en tilfredsstillende kontakt ville vedvare. Det var grunn til å tro at den ene guttens fosterforeldre ikke var interessert i at han opprettholdt kontakten med sin mor. Hva gjaldt den andre gutten var fosterforeldrene mer positive, men likevel slik at det var usikkerhet omkring dette.¹⁵⁶ Flertallet fant det dermed ikke tilstrekkelig sannsynliggjort at kontakten ville vedvare. Mindretallet fant imidlertid ikke grunn til å betvile at fosterforeldrene ville sørge for å opprettholde kontakten.¹⁵⁷

I Rt. 2001 s. 14 fant førstvoterende det sannsynliggjort at kontakten ville vedvare, men spørsmålet var hvilken betydning dette fikk for adopsjonsspørsmålet. Førstvoterende la ikke stor vekt på fosterfarens lovnad, men heller på situasjonen for øvrig.¹⁵⁸ Vurderingen indikerer at dersom tilknytning til biologisk familie anses å være det beste for barnet, er det ikke tilstrekkelig å sannsynliggjøre at kontakten vil vedvare. Mindretallet tillegger imidlertid muligheten for kontakt større betydning. Det vises til fosterforeldrenes uttalelse og at den sakkyndige bekreftet at dette kunne legges til grunn.¹⁵⁹

I Rt. 2007 s. 561 tillegger Høyesterett fosterforeldrenes åpenhet for kontakt tilsvarende betydning som mindretallet i de to overnevnte dommene. Det var enighet om at samvær var

¹⁵⁴ Hasan v. Norway (avsnitt 154).

¹⁵⁵ Eksempelvis Rt. 2007 s. 561 (avsnitt 50), Rt. 2015 s. 1107 (avsnitt 47) og HR-2018-1720-A (avsnitt 64).

¹⁵⁶ Rt. 1997 s. 534 (side 540).

¹⁵⁷ *Ibid* (side 541).

¹⁵⁸ Rt. 2001 s. 14 (side 23).

¹⁵⁹ *Ibid* (side 26-27).

ønskelig i saken. Lagmannsretten hadde på bakgrunn av St.meld. nr. 40 (2001-2002) lagt til grunn at det som hovedregel ikke skal samtykkes til adopsjon, der det er ønskelig med samvær mellom barnet og dets biologiske foreldre. Høyesterett la imidlertid til grunn at uttalelsen hadde liten rettskildemessig verdi, da den ikke kom i forbindelse med lovbehandling. Deretter slo Høyesterett fast at «[v]erken lovens ordlyd eller Høyesteretts praksis taler for at adopsjon er utelukket fordi samvær med biologiske foreldre er ønskelig.»¹⁶⁰

Underinstansene var tydelig på at fosterforeldrenes åpenhet for kontakt ville vedvare etter en adopsjon. Fosterforeldrene hadde gitt den biologiske familie samvær utover det de rettslig sett hadde krav på. Høyesterett sluttet seg til underinstansene, og kom derfor til at bortfall av den juridiske samværsretten ikke hadde stor betydning i vurderingen av barnets beste.¹⁶¹

Når EMD behandlet saken ble konsekvensen adopsjonssamtykket hadde for kontakten mellom biologisk mor og barnet særskilt vurdert. For EMD hadde moren anført at Høyesteretts antakelse om at kontakten ville vedvare etter en adopsjon var feil. EMD gjennomgikk kontakten som var praktisert, og understrekte at kontakten etter adopsjonsvedtaket tilsvarte det som var praktisert forut for vedtaket. Dermed hadde ikke adopsjonsvedtaket medført at kontakten mellom moren og sønnen var brutt, og hans bånd til sine røtter var heller ikke kuttet.¹⁶²

Flertallet i Strand Lobben viste til den nasjonale domstol som hadde lagt vekt på at fosterforeldrene var åpne for at barnet skulle opprettholde kontakten med biologisk mor etter en adopsjon. Sammenlignet med Aune-saken var det imidlertid mindre sikkert at dette ville bli gjennomført. Flertallet understrekte likevel at det var et relevant moment i vurderingen.¹⁶³ Mindretallet kritiserte flertallets sammenligning av Aune-saken, og understrekte at saken kun var relevant i en viss grad. For å markere en fundamental forskjell viste mindretallet til at kontakten i Aune-saken var garantert og nærmest bevist.¹⁶⁴

Flertallet i Rt. 1997 s. 534 og Rt. 2001 s. 14 samt departementet i St.meld.nr. 40 (2001-2002), deler den oppfatning at der samvær er ønskelig, skal adopsjon nektes. Å nekte adopsjon er den eneste måten samværsretten kan gis rettslig beskyttelse. Der kontakt anses å være til barnets beste, synes det derfor naturlig at den beste løsningen for barnet er å fortsette

¹⁶⁰ Rt. 2007 s. 561 (avsnitt 52-53).

¹⁶¹ *Ibid* (avsnitt 61-62).

¹⁶² Aune v. Norway (avsnitt 77-78).

¹⁶³ Strand Lobben v. Norway (avsnitt 124).

¹⁶⁴ Strand Lobben v. Norway dissensen (avsnitt 24, punkt 2).

fosterhjemsplasseringen. Lena Bendiksen kritiserte Høyesteretts vurdering i Rt. 2007 s. 561. Hun argumenterte med at Høyesteretts synspunkter ikke har tilstrekkelig støtte i rettskildene, og understrekte at adopsjon i tilfeller hvor samvær er til barnets beste, ikke er «noen god løsning sett fra barnets synsvinkel».¹⁶⁵ Mindretallet i Strand Lobben-saken synes å mene tilsvarende.

Slik det overnevnte viser blir betydningen av det biologiske prinsipp nedtonet der det sannsynliggjøres at kontakten med biologiske foreldre vil vedvare etter en adopsjon. Det kritiske syn mindretallet i de overnevnte sakene hadde, tilsier imidlertid at det bør kreves en viss sannsynlighet for at det faktisk vil bli gjennomført. Det ser likevel ut til at både Høyesterett og EMD aksepterer adopsjon til tross for at barnets interesse tilsier at kontakten opprettholdes. Lena Bendiksen synes å mene tilsvarende. I sin artikkel om Aune-saken, uttalte hun at «det kan hevdes at dommen fra EMD gjør det klart at adopsjon kan anvendes som barnevernstiltak, også i saker hvor det er i barnets interesse å opprettholde kontakten med biologisk familie».¹⁶⁶

6.2.4 Besøkskontakt

Det overnevnte viser at det i norsk rett var behov for en avklaring da adgangen til besøkskontakt etter bvl. § 4-20 a ble lovfestet i 2010. Høyesterett hadde etterspurt en slik avklaring fra lovgiver.¹⁶⁷ Det understrekes i forarbeidene at adopsjon med besøkskontakt «fortsatt vil være et meget inngripende» tiltak.¹⁶⁸ Videre følger at hensikten med besøkskontakt ikke var å sikre tilknytning mellom barnet og dets biologiske foreldre, «men å gi barnet en mulighet til et visst kjennskap til sine biologiske foreldre under oppveksten».¹⁶⁹ Uttalelsen indikerer at der barnets beste er å opprettholde tilknytning til sine biologiske foreldre, vil adopsjon med besøkskontakt ikke være noen god løsning.

I 2015 behandlet Høyesterett to saker om tvangsadopsjon, hvorav adoptivsøkerne hadde samtykket til besøkskontakt i den første, Rt. 2015 s. 110. Høyesterett slo fast at innføringen av bestemmelsen ikke hadde senket den høye terskelen for adopsjon, men presiserte at besøkskontakt i noen tilfeller vil «innebære at hensynene mot adopsjon ikke har samme tyngde».¹⁷⁰ Selve lovfestingen av besøkskontakt indikerer at det biologiske prinsipp har stor betydning, da besøkskontakten i seg selv ivaretar prinsippet. Bvl. § 4-20 a åpner imidlertid for

¹⁶⁵ Bendiksen 2008 (side 369).

¹⁶⁶ Lena Bendiksen, "Adopsjon som barnevernstiltak Aune mot Norge, klagenr. 52502/07, dom av 28. oktober 2010", *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 03-04/2012 s. 236-249 (side 249).

¹⁶⁷ Eksempelvis Rt. 1997 s. 534 (side 540).

¹⁶⁸ Prop.7 L (2009-2010) (side 26).

¹⁶⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰ Rt. 2015 s. 110 (avsnitt 57).

at tvangsadopsjon kan bli tillatt i flere saker, på tvers av det biologiske prinsipp. Lovfestingen innebærer følgelig at betydningen av det biologiske prinsipp blir nedtonet, under henvisning til at biologiske bånd ikke brytes.

I Rt. 2015 s. 1107 samtykket ikke adoptivsøkerne til besøkskontakt og Høyesterett kom til at adopsjon skulle nektes. Det overnevnte tilsier at dersom adoptivsøkerne hadde samtykket til besøkskontakt kunne resultatet blitt et annet.

6.2.5 Særlige forhold ved barnet

I Rt. 2007 s. 561 viste Høyesterett til at gutten var et sårbart barn, som følge av den omsorgssvikt og mishandling han var utsatt for. Gutten hadde derfor behov for trygghet og sikkerhet i sin tilhørighet til fosterforeldrene. Hans trygghet på tilhørighet ville bli enda viktigere i ungdomsårene, når han forstod de biologiske foreldrenes bakgrunn med rusmisbruk, mishandlingen og farens kriminalitet. De nevnte forholdene ved gutten bekreftet den generelle erfaringen om at adopsjon var det beste i slike tilfeller.¹⁷¹ EMD sluttet seg til det overnevnte i sin behandling av saken.¹⁷²

Likeledes refererte flertallet i Strand Lobben-saken til de nasjonale domstoler som la vekt på at barnet var sårbart, og at en adopsjon ville styrke guttens følelse av tilhørighet hos fosterforeldrene som han anså som sine foreldre.¹⁷³ Tilsvarende ble vektlagt i Hasan-saken. Barnas sårbarhet og behov for beskyttelse var knyttet til voldsbruk og mishandling fra biologisk far. Det ble derfor ansett å være svært viktig med stabilitet og forutsigbarhet for barna.¹⁷⁴

I Rt. 2015 s. 110 ble det understreket at gutten var et sårbart barn med «særlig behov for trygghet, stabilitet og en forutsigbar livssituasjon».¹⁷⁵ De nevnte momenter ble av Høyesterett tillagt stor betydning i den konkrete vurdering, og var blant flere avgjørende momenter for at Høyesterett tillot adopsjon i saken. Høyesterett understrekte også i Rt. 2015 s. 1107 at barnet var sårbart på grunn av sin vanskelige start på livet, og hadde således behov for «ro, trygghet og forutsigbarhet».¹⁷⁶ Momentene ble imidlertid ikke ansett å ha stor nok betydning til å tilsidesette det biologiske prinsipp.

¹⁷¹ Rt. 2007 s. 561 (avsnitt 58-59).

¹⁷² Aune v. Norway (avsnitt 70).

¹⁷³ Strand Lobben v. Norway (avsnitt 125).

¹⁷⁴ Hasan v. Norway (avsnitt 154).

¹⁷⁵ Rt. 2015 s. 110 (avsnitt 63).

¹⁷⁶ Rt. 2015 s. 1107 (avsnitt 47).

I HR-2018-1720-A ble det lagt vesentlig vekt på særlige forhold ved gutten. Han ble beskrevet som et barn med en betydelig utviklingsforsinkelse språklig, sosialt og kognitivt, og med et omsorgsbehov utover det vanlige. Mulige årsaker til barnets særlige forhold ble av den sakkyndige ansett å være medfødte, samt det relasjonsbrudd han opplevde ved flyttingen fra beredskapshjem til fosterhjem. Dermed fremhevet den sakkyndige at barnet var svært sårbart, med et særlig behov for beskyttelse.¹⁷⁷

Slik gjennomgangen viser er særlige forhold ved barnet naturlig nok en sentral del av den konkrete vurdering, og et moment som regelmessig nedtoner betydningen av det biologiske prinsipp. Betegnelsen «sårbart barn» synes å være gjennomgående i de fleste saker om tvangsadopsjon for Høyesterett. På bakgrunn av de tiltak som må være gjennomført før adopsjonsspørsmålet blir aktuelt, er det likevel forståelig at barn i slike situasjoner er mer sårbare enn andre. Lena Bendiksen har understreket at det ikke vil «være heldig dersom slike betegnelser av barna det gjelder, nærmest automatisk brukes og i tillegg anføres som argument for at adopsjonssamtykke bør gis».¹⁷⁸

6.2.6 Barnets mening

Hovedregelen i barnevernloven er at barn skal informeres og har rett til å uttale seg før det tas avgjørelser som berører dem. Barnets mening skal vektlegges «i samsvar med barnets alder og modenhet», jf. bvl. § 6-3 første ledd. Det følger også av barnekonvensjonen artikkel 12 at barnets mening skal tillegges stor betydning. Barnets ønske er således et viktig moment i vurderingen av hva som anses å være best for barnet også i saker om tvangsadopsjon.

Av de overnevnte sakene er barnets mening bare vurdert i Rt. 2007 s. 561. Høyesterett understrekte at det ville være vanskelig for en niåring å forstå forskjellen mellom adopsjon og fosterhjems plassering. Gutten hadde uttalt til den sakkyndige at han ønsket at fosterforeldrene skulle bestemme alt. Høyesterett anså det naturlig ut fra guttens situasjon «å se dette som uttrykk for et ønske om å bli adoptert».¹⁷⁹ EMD betvilte heller ikke at gutten selv ønsket å bli adoptert.¹⁸⁰

¹⁷⁷ HR-2018-1720-A (avsnitt 70-73).

¹⁷⁸ Bendiksen 2008 (side 378).

¹⁷⁹ Rt. 2007 s. 561 (avsnitt 60).

¹⁸⁰ Aune v. Norway (avsnitt 72).

6.2.7 Konfliktnivået i saken

I Aune-saken la EMD vekt på at barnets behov for trygghet i fosterhjemmet ble utfordret av den uro biologisk mor hadde skapt ved ikke å akseptere fosterhjems plasseringen. Mor ga uttrykk for at hun hadde forsonet seg med at gutten ikke ville bli tilbakeført. Ut fra det fremlagte materialet understrekte likevel EMD at det så ut til være en mulig latent konflikt om tilbakeføring, og at adopsjon ville forhindre dette.¹⁸¹

Flertallet i Strand Lobben-saken understrekte konflikten mellom biologisk mor, barnevernet og fostermor. Den nasjonale domstol hadde kommet til at det fortsatt kunne forventes at biologisk mor ville motsette seg fosterhjems plasseringen, og at konflikten ville vedvare. Hennes oppførsel hadde medført følelsesmessige reaksjoner hos barnet etter samvær, herunder utrøstelig gråt og behov for mye søvn. Flertallet viste til Aune-saken og anså dette som et særlig relevant moment.¹⁸²

Mindretallet kritiserte imidlertid behandlingen av konflikten som skapte spenning under samvær mellom mor, fosterforeldre og barneverntjenesten. Det ble etterspurt en forklaring på hvorfor ordninger utenfor fosterhjemmet ikke var forsøkt. En slik ordning ville tillatt samværene å fortsette uten den spenning som oppstod i møtene mellom biologisk mor og fostermor. Mindretallet understrekte at EMD i andre saker på dette feltet har pekt på behovet for å ta behørig hensyn til mulige alternative løsninger. I tillegg har EMD slått fast at mangel på samarbeid ikke fritar myndighetene fra deres positive forpliktelse i henhold til artikkel 8.¹⁸³

Dersom biologiske foreldre bidrar til et høyt konfliktnivå i saken tilsier det overnevnte at betydningen av det biologiske prinsipp nedtones. Nasjonale myndigheter har imidlertid en positiv forpliktelse til finne alternative løsninger som kan dempe konflikten. I henhold til Aune-saken fremstår det likevel klart at konfliktnivået i saken er et relevant moment i vurderingen. Den sakkyndige i HR-2018-1720-A understrekte at dersom Høyesterett ikke samtykket til adopsjon ville de biologiske foreldrene gis «en rett til å aktualisere spørsmålet om samvær innen kort tid»,¹⁸⁴ selv om de biologiske foreldrene ga uttrykk for at de aksepterte at det var tale om varig plassering av barnet. Utover dette var ikke konfliktnivået i saken særlig fremtredende i

¹⁸¹ Aune v. Norway (avsnitt 71).

¹⁸² Strand Lobben v. Norway (avsnitt 127).

¹⁸³ Strand Lobben v. Norway dissensen (avsnitt 24, punkt 7).

¹⁸⁴ HR-2018-1720-A (avsnitt 80).

Høyesteretts vurderinger. Det er likevel et moment som taler for adopsjon, da adopsjonssamtykket fratrar biologiske foreldre muligheten til fremtidige rettsprosesser.

6.2.8 Negative forhold ved de biologiske foreldrene

Som nevnt tidligere hadde barnet i Aune-saken trolig opplevd vold og mishandling da han i seks måneder bodde hos sine biologiske foreldre. Likeledes knyttet det ekstraordinære tilfellet i Hasan-saken seg til farens voldsbruk og mishandling samt bortføringsfare. Den nasjonale domstol hadde funnet at samvær ikke kunne gjennomføres, uavhengig av sikkerhetstiltak.¹⁸⁵ På grunn av barnas traumatiske bakgrunn ble biologisk mor ikke ansett å være i stand til å ivareta dem, til tross for at hennes situasjon hadde forbedret seg.¹⁸⁶

Den nasjonale domstol hadde i sin sak kommet til at bortføringsfaren tilknyttet far, var så stor at biologisk mor på ingen måte kunne få tilgang til barna. EMD fant ikke grunnlag for å tilsidesette nasjonale myndigheters vurdering av bortføringsfaren, til tross for at mor ikke lenger hadde kontakt med far. Det ble lagt vekt på at mor ikke ville være i stand til å beskytte barna mot deres far eller hans slektninger, og at kontakt mellom barna og mor således ville øke risikoen for bortføring.¹⁸⁷ På denne bakgrunn kom EMD til at det forelå et ekstraordinært tilfelle og at tiltaket var motivert av et dominerende hensyn til barnas beste.

Det overnevnte tilsier at negative forhold ved biologiske foreldre som eksisterer på domstidspunktet og som tilsier at barna bør adopteres, nedtoner betydningen av det biologiske prinsipp.

6.3 Konkrete momenter som styrker betydningen av det biologiske prinsipp

6.3.1 Kontakt med biologisk familie

I de fleste saker Høyesterett har behandlet om tvangsadopsjon hadde barna manglende tilknytning til sine biologiske foreldre. Det finnes likevel eksempler fra Høyesteretts praksis der barna, til tross for den manglende tilknytning, hadde behov for kontakt med sin biologiske familie.

¹⁸⁵ Hasan v. Norway (avsnitt 156).

¹⁸⁶ *Ibid* (avsnitt 159).

¹⁸⁷ *Ibid* (avsnitt 162).

I Rt. 1997 s. 534 hadde moren de første årene etter omsorgsovertakelsen regelmessige samvær med barna, som etter hvert ble noe sjeldnere. Fra barna var henholdsvis 5 og 7 år hadde de to årlige samvær med mor. De sakkyndige for Høyesterett uttalte likevel at guttene under samvær viste «en betydelig emosjonell energi rettet mot biologisk mor». De sakkyndige konkluderte deretter med at det «i et fremtidsperspektiv er viktig å få etablert et regelmessig samvær som er utvidet i forhold til i dag».¹⁸⁸ I Rt. 2001 s. 14 hadde jenta begrenset samvær med sin biologiske mor. Til tross for at tilknytningen ikke var så sterk, understrekte både Høyesterett og de sakkyndige at det fortsatt ville være viktig for henne å ha kontakt med mor.¹⁸⁹

Likeledes indikerer Rt. 2015 s. 1107 at barnets behov for kontakt med biologiske foreldre styrker betydningen av det biologiske prinsipp. Høyesterett understrekte at den biologiske far ikke skapte konflikter og uro, og han forstyrret heller ikke barnets relasjon til fosterforeldrene. Det var positive samvær mellom barnet og far, men barnet hadde i senere tid hatt negative reaksjoner slik at samværene ble stanset. Far var imidlertid ikke årsaken til dette.¹⁹⁰ Høyesterett understrekte at situasjonen lå til rette for at barnet kunne opprettholde båndene til sin biologiske far i fremtiden. Dermed kom retten til at adopsjonsspørsmålet skulle «utsettes til barnets behov og relasjon til sin biologiske far» var nærmere avklart.¹⁹¹

Kjernen i det biologiske prinsipp er blant annet at barn skal opprettholde kontakten med biologiske foreldre dersom tilbakeføring ikke er aktuelt. Således er det naturlig at det biologiske prinsipp blir tillagt stor betydning der barn har behov for kontakt med sine biologiske foreldre.

6.3.2 Tilknytning til biologiske søsken

Førstvoterende i Rt. 2001 s. 14 understrekte at det i helhetsvurderingen skulle legges vekt på tilknytningen mellom barnet og hennes søsken. Jenta hadde to eldre, fosterhjemsplasserte brødre og en yngre halvsøster. Sett hen til forskjellen i barnas rettsstilling overfor mor dersom jenta ble adoptert, understrekte førstvoterende at adopsjon kunne forstyrre den positive utviklingen.¹⁹² Hensynet til søskenkontakt var ett av flere avgjørende momenter som resulterte i flertallets konklusjon om at adopsjon ikke var til barnets beste. Mindretallet understrekte at søskenkontakten ville vedvare til tross for adopsjon. Barna hadde regelmessig kontakt, barnas

¹⁸⁸ Rt. 1997 s. 534 (side 539).

¹⁸⁹ Rt. 2001 s. 14 (side 23).

¹⁹⁰ Rt. 2015 s. 1107 (avsnitt 51-53).

¹⁹¹ *Ibid* (avsnitt 56).

¹⁹² Rt. 2001 s. 14 (side 24).

fosterforeldre hadde et vennskapsforhold og jenta gikk på samme skole som den ene broren.¹⁹³ Derfor ble tilknytningen til biologiske søsken tillagt mindre betydning av mindretallet.

At barnet i HR-2018-1720-A hadde en halvbror, ble av Høyesterett ikke tillagt noen særlig betydning. Årsaken kan synes å være at tilknytning til biologisk familie for øvrig ble ansett å være ikke-eksisterende. Høyesterett la til grunn at det klart beste for gutten var at fosterforeldrene regulerte hvorvidt det burde etableres kontakt med biologiske foreldre og halvbror.¹⁹⁴ Tilknytning til biologisk halvbror ble således tillagt mindre betydning på bakgrunn av guttens spesielle behov.

Det overnevnte tilsier at tilknytning til søsken er et moment som har stor innvirkning på betydningen av det biologiske prinsipp. Der Høyesterett finner at tilknytningen er ikke-eksisterende blir betydningen av det biologiske prinsipp nedtonet. Motsetningsvis får det biologiske prinsipp større betydning der det foreligger tilknytning mellom barnet og dets biologiske søsken, og at det dermed anses å være best for barnet å opprettholde denne.

6.3.3 Positive endringer hos de biologiske foreldrene

EMD refererte i Johansen-saken til barnevernets uttalelse om at Johansen ikke ønsket veiledning, og frykten for at hun ville bortføre barnet på grunn av tidligere handlinger. Tidligere erfaringer var også bakgrunnen for barnevernets oppfatning om at Johansen ikke var i stand til å samarbeide, og risikoen for at hun ville forstyrre datterens omsorg dersom hun fikk tilgang til fosterhjemmet.¹⁹⁵ EMD viste imidlertid til at Johansens livssituasjon hadde forbedret seg allerede på vedtakstidspunktet i 1990, og fant derfor inngrepet ikke tilstrekkelig begrunnet.¹⁹⁶

Likeledes ble den biologiske mors positive utvikling tillagt betydning i Rt. 2001 s. 14. Høyesterett viste til at hun hadde «gjennomgått en nærmest oppsiktsvekkende utvikling til det bedre».¹⁹⁷ Utviklingen hadde imidlertid ikke vart lenge og ble ansett å være sårbar. Likevel ble det understreket at det må «antas å være viktig for barna å bli kjent med en mor som har klart å snu en utvikling på denne måten».¹⁹⁸

¹⁹³ Rt. 2001 s. 14 (side 26).

¹⁹⁴ HR-2018-1720-A (avsnitt 89).

¹⁹⁵ Johansen v. Norway (avsnitt 80).

¹⁹⁶ *Ibid* (avsnitt 84), jf. (avsnitt 83).

¹⁹⁷ Rt. 2001 s. 14 (side 24).

¹⁹⁸ *Ibid*.

I Strand Lobben-saken rettet klageren stort fokus på personlige endringer. Hun hadde giftet seg og fått to barn, som hun etter undersøkelse ble ansett å ha omsorgsevne for. Mindretallet kritiserte flertallets manglende hensyntagen til morens positive endringer. Den sakkyndige som talte til støtte for mors positive utvikling ble avvist, og evalueringen fra kommunen hun bodde i ble oversett av flertallet. Mindretallet viste i den forbindelse til Johansen-saken hvor det ble konstatert brudd på EMK artikkel 8. En manglende hensyntagen til de endrede og forbedrede forholdene ved den biologiske moren viste seg i den sammenheng å være viktig.¹⁹⁹

I Hasan-saken ble den biologiske mors positive utvikling ikke tillagt særlig betydning, da hun likevel ikke ville være i stand til å ivareta sine barn. Den biologiske mors forbedrede personlige egenskaper ble heller ikke i HR-2018-1720-A tillagt betydning. Det ble som nevnt ikke lagt særlig vekt på at hun hadde et velfungerende samarbeid med barneverntjenesten vedrørende sitt andre barn. Slik Høyesterett i Rt. 2001 s. 14 gir uttrykk for er det viktig for barn å bli kjent med biologiske foreldre som har klart å snu sin livssituasjon. Positive endringer hos de biologiske foreldre synes således i utgangspunktet å styrke betydningen av det biologiske prinsipp. Det synes imidlertid å avhenge av situasjonen for øvrig hvorvidt de positive endringene er sterke nok til å få betydning i saken.²⁰⁰

6.3.4 Barnets langsiktige konsekvenser av å bryte de biologiske bånd

Mindretallet i Strand Lobben-saken understrekte at det ikke fremkom tydelig hvorvidt de nasjonale myndigheter hadde vurdert barnets langsiktige konsekvenser av den permanente og irreversible brytingen av de juridiske bånd med biologisk mor.²⁰¹ Tilsvarende var av særlig betydning i Jansen-saken.

Negative forhold ved de biologiske foreldrene som eksisterer på domstidspunktet, nedtoner betydningen av det biologiske prinsipp.²⁰² EMD synes imidlertid i Jansen-saken å være særdeles mer restriktiv i sin vurdering av de negative forhold ved den biologiske familie. Selv om saken gjaldt samværsnekt og faller utenfor rammen av denne oppgaven, er den en ny avgjørelse fra EMD som er egnet til å belyse hvordan EMD vurderer biologisk tilknytning ved vurderinger etter EMK artikkel 8. Samværsnekt bryter i likhet med tvangsadopsjon de biologiske bånd. Ut fra EMDs vurdering av barnets langsiktige konsekvenser, domstolens

¹⁹⁹ Strand Lobben v. Norway dissensen (avsnitt 24, punkt 5).

²⁰⁰ HR-2018-1720-A.

²⁰¹ Strand Lobben v. Norway dissensen (avsnitt 24, punkt 4).

²⁰² Se punkt 6.2.8.

vektlegging av det biologiske prinsipp og særlig konklusjonen om at inngrepet krenket retten til familieliv, anser jeg saken som relevant til å belyse oppgavens problemstilling. Vurderingene blir i stor grad de samme som ved tvangsadopsjon, og det er nærliggende å tro at tilsvarende derfor vil gjelde for saker om tvangsadopsjon.

Basert på bevismaterialet i saken la EMD til grunn at det hadde foreligget en reell bortføringsfare, som hovedsakelig stammet fra barnets morfar. Morfaren hadde knivstukket et nabopar som han anklaget for å ha hjulpet til ved flytting av barnet og den biologiske mor til et familiesenter. Den biologiske mor hadde selv fått informasjon om at han hadde planlagt å bortføre henne, drepe henne og ta hennes barn. Barnets biologiske far hadde mottatt drapstrusler på grunn av sitt forsøk på å etablere et forhold til barnet. Et familiemedlem hadde også forfulgt fosterforeldrene, sannsynligvis for å finne barnets adresse.²⁰³ EMD sluttet seg til myndighetenes konklusjon om at bortføring ville være skadelig for barnets utvikling.

Deretter vurderte EMD hvorvidt Høyesteretts avgjørelse var basert på hensynet til barnets beste i henhold til EMDs tolkning. EMD refererte til Høyesteretts vurdering om at bortføringsfaren både knyttet seg til selve samværet og faren for at fosterfamiliens hjem og identitet ble kjent for den biologiske familie. EMD aksepterte at organiseringen av samvær dermed var vanskelig, og at hvilket som helst antall samvær kunne medføre at informasjon om barnets bopel ble avslørt. EMD la imidlertid vekt på at det aldri var tale om mer enn fire samvær i året, og understrekte at antall samvær reduserte risikoen for avsløring av barnets bopel.²⁰⁴

EMD understrekte deretter at Høyesterett verken fokuserte på gjenforening av familien, eller på å forberede en slik gjenforening i nær fremtid. Høyesterett fokuserte i stedet på å beskytte barnet mot en potensiell bortføring og dens konsekvenser. EMD legger vekt på at det i saken var fare for at barnet ville miste all kontakt med sin mor, og at det etter EMDs praksis er avgjørende å vurdere de langsiktige virkningene av dette. I den konkrete sak var det enda viktigere da barnets atskillelse fra biologisk mor også ville føre til fremmedgjøring av hennes rom-identitet.²⁰⁵

Domstolen kom til at flere forhold ikke var tilstrekkelig vektlagt i Høyesteretts vurdering. Både de potensielt negative konsekvensene barnet på lang sikt kunne oppleve ved å bryte kontakten

²⁰³ Jansen v. Norway (avsnitt 97).

²⁰⁴ *Ibid* (avsnitt 102).

²⁰⁵ *Ibid* (avsnitt 103).

med biologisk mor, og den positive plikt myndighetene har til å iverksette tiltak for å muliggjøre familiegjenforening.²⁰⁶ Dermed kom EMD til at samværnsnekten krenket retten til familieliv etter EMK artikkel 8.

Kirsten Sandberg har kritisert EMDs fremheving av at det skal legges til rette for familiegjenforening. Hun viste til at myndighetenes positive plikt har sammenheng med at omsorgsovertakelsen skal være midlertidig. Hun understrekte at EMD fastholdt at der omsorgsovertakelsen har vart over betydelig tid, kan barnets interesse i ikke å få sin nåværende familiesituasjon endret, overstyre de biologiske foreldrenes interesse i gjenforening. Dermed uttalte Sandberg at det var «forbausende at den [EMD] i en sak som denne føler behov for å fremheve gjenforeningsmålet».²⁰⁷

EMD tillegger det biologiske prinsipp avgjørende betydning i saken. Det er imidlertid vanskelig å se hvorvidt samværnsnekten ville blitt akseptert dersom den nasjonale domstol hadde vektlagt de overnevnte forhold tilstrekkelig, eller om domstolen mener at sakens omstendigheter ikke ga grunnlag for samværnsnekt.²⁰⁸ Dersom førstnevnte er tilfellet, synes dette å være det som skiller Jansen-saken fra Hasan-saken. I sistnevnte sak viste EMD til at myndighetene hadde vurdert virkningene av adopsjonssamtykket med hensyn til barnas kulturelle bakgrunn og deres forhold til slektninger.²⁰⁹

Ut fra en sammenligning av sakenes faktiske forhold, hvor vold og bortføringsfare var fremtredende i begge, synes Jansen-saken å være et ekstraordinært tilfelle på lik linje med Hasan-saken. Dermed kan det tenkes at de prosessuelle mangler i Jansen-saken var avgjørende for EMDs konklusjon om at inngrepet krenket familielivet. Sakene illustrerer likevel at EMD ikke er konsekvent i sin praksis, og det er vanskelig å finne en klar konklusjon på hvilken vekt EMD vil tillegge det biologiske prinsipp i fremtidige saker.

6.3.5 Annen etnisk bakgrunn enn fosterforeldrene

I Rt. 2001 s. 14 var jentas far og hennes brødre fra Iran. Faren var imidlertid ikke part i saken og barna hadde ikke hatt kontakt med han på flere år. Høyesterett trakk ikke frem hennes etniske bakgrunn som et moment i vurderingen av adopsjonsspørsmålet. Etnisk bakgrunn ble heller

²⁰⁶ Jansen v. Norway (avsnitt 104).

²⁰⁷ Kirsten Sandberg, "Ulogisk fra EMD?", *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, årgang 16 nr. 4, 2018, s. 265-268 (side 267).

²⁰⁸ *Ibid.*

²⁰⁹ Hasan v. Norway (avsnitt 158).

ikke nevnt i forbindelse med søskenforholdet. Bendiksen har trukket frem tilsvarende i sin drøftelse.²¹⁰ Å opprettholde kontakt med brødrene medførte at hun i tillegg opprettholdt tiknytning til sin etniske bakgrunn. Høyesterett konkluderte som nevnt med nektelse av adopsjon, men synes imidlertid ikke å ha tillagt barnets etniske identitet noen betydning.

Likeledes var barnas biologiske mor i Hasan-saken fra Iran, men bosatt i Norge siden 2006. EMD viste som nevnt til at den nasjonale domstol hadde vurdert virkningene av vedtaket med hensyn til barnas kulturelle bakgrunn og deres forhold til slektninger. EMD vurderte ikke momentet ytterligere i forholdsmessighetsvurderingen.

Rt. 2014 s. 976 gjaldt samværsnekt grunnet risiko for bortføring av barnet. Høyesterett opphevet lagmannsrettens dom og henviste saken til ny behandling i lagmannsretten. Ved ny behandling forkastet lagmannsretten anken og Høyesterett nektet deretter anken fremmet. Høyesteretts beslutning inntatt i HR-2015-1452-U foranlediget EMDs behandling av Jansen-saken. Rt. 2014 s. 976 faller utenfor rammen av oppgaven, men belyser Høyesteretts vurdering i saken som foranlediget EMDs avgjørelse i Jansen-saken og anses derfor relevant i denne vurdering.

Barnets mor var norsk statsborger tilhørende det norske romfolket. Høyesterett viste til barnekonvensjonen artikkel 30 som fastsetter at barn tilhørende en etnisk, religiøs eller språklig minoritet, ikke skal nektes retten til å leve i pakt med sin egen kultur. Videre ble det vist uttalelsen fra FNs barnekomité i GC-2009-11-CRC, om at myndighetene har forpliktet seg til å sørge for at rettigheten og utøvelsen av den blir beskyttet.²¹¹

Høyesterett understrekte at samværsnekt ville frata barnet muligheten til å bli kjent med og oppleve sin kultur, og at det derfor måtte foreligge «spesielle og sterke grunner».²¹² Høyesterett fant det uklart om lagmannsretten hadde lagt dette til grunn og fant for øvrig saken for dårlig opplyst. Lagmannsrettens dom ble derfor opphevet.

Da EMD behandlet saken understrekte domstolen at det var enda viktigere å vurdere barnets langsiktige konsekvenser av å miste kontakten med sin biologiske mor, da barnets atskillelse fra biologisk mor også kunne føre til fremmedgjøring av hennes rom-identitet. Det overnevnte

²¹⁰ Bendiksen 2008 (side 381-382).

²¹¹ Rt. 2014 s. 976 (avsnitt 39).

²¹² *Ibid* (avsnitt 40).

bekrefter at etnisk tilknytning styrket betydningen av det biologiske prinsipp både i Høyesteretts og EMDs avgjørelse i saken.

Etnisk tilknytning til Filippinene ble som nevnt anført som et sterkt argument mot adopsjon i Rt. 2015 s. 110. Lagmannsretten nektet adopsjon og la avgjørende vekt på betydningen av å opprettholde de biologiske bånd, særlig hans etniske tilknytning til Filippinene gjennom sin mor. Høyesterett kom imidlertid til motsatt resultat, under henvisning til at den etniske tilknytning ble opprettholdt gjennom besøkskontakten.²¹³

Besøkskontakt må blant annet være til barnets beste, jf. bvl. § 4-20 a første ledd. Da besøkskontakt ble vedtatt i saken, kan det dermed legges til grunn at kontakt med biologisk familie var det beste for barnet. Dette tilsier at de særlig tungtveiende grunner forelå, men med den forutsetning at barnet opprettholdt kontakten med sin biologiske familie og tilknytningen til sin etniske identitet. Dermed er det nærliggende å tro at resultatet kunne blitt et annet dersom adoptivsøkerne ikke hadde samtykket til besøkskontakt.

Både praksis fra Høyesterett og EMD tilsier at det biologiske prinsipp blir tillagt stor betydning der barnet har en annen etnisk tilknytning enn fosterforeldrene. Barnet kan i slike saker ha større behov for å kjenne sin identitet, og således lide et større tap dersom de biologiske bånd brytes.

6.3.6 Oppsummering

Overfor har jeg redegjort for Høyesteretts og EMDs avgjørelser om tvangsadopsjon, og hvilke momenter som regelmessig nedtoner og styrker betydningen av det biologiske prinsipp. Slik jeg tolker rettspraksis er det barnets tilknytning til enten fosterforeldrene eller de biologiske foreldrene som i stor grad avgjør betydningen av det biologiske prinsipp.

Manglende tilknytning til biologiske foreldre i kombinasjon med sterk tilknytning til fosterforeldrene nedtoner prinsippets betydning. Årsaken til den manglende tilknytning synes imidlertid ikke å være av betydning i norsk rettspraksis. Både i Rt. 2015 s. 110 og HR-2018-1720-A ble mangler ved barnevernmyndighetenes tidligere arbeid anført som årsaker til den manglende tilknytning. I begge sakene slo Høyesterett fast at tidligere mangler ved myndighetens arbeid ikke kunne få noen betydning ved vurderingen av adopsjonsspørsmålet.²¹⁴ Når Høyesterett i to saker har uttalt det samme, kan det synes å være avklart at mangler fra

²¹³ Rt. 2015 s. 110 (avsnitt 65).

²¹⁴ HR-2018-1720-A (avsnitt 84-85) og Rt. 2015 s. 110 (avsnitt 69).

barneverntjenestens arbeid ikke får betydning for adopsjonsspørsmålet. Dette kan i seg selv tyde på en nedtoning av det biologiske prinsipp.

Tilknytning til biologisk familie, behov for å opprettholde kontakten og etnisk tilknytning er momenter som styrker prinsippets betydning. De øvrige momenter som enten nedtoner eller styrker betydningen av det biologiske prinsippet er konkret knyttet til de biologiske foreldrene eller barnet selv.

Slik det overnevnte viser er de konkrete momentene i stor grad sammenfallende i Høyesteretts og EMDs avgjørelser om tvangsadopsjon. Hvilken vekt Høyesterett og EMD tillegger det biologiske prinsipp opp mot andre momenter, synes imidlertid å variere. Variasjonen vises både innad i domstolene og ved å sammenligne dem for øvrig. Avslutningsvis skal jeg derfor se hvorvidt betydningen av det biologiske prinsipp er svekket i norsk rett, og om det biologiske prinsipp står sterkere i EMK-retten sammenlignet med norsk rett.

7 Avsluttende bemerkninger

7.1 Er betydningen av det biologiske prinsipp svekket i norsk rett?

Betydningen av det biologiske prinsipp har variert i Høyesteretts praksis. Dels kan dette skyldes lovgivers føringer for bruk av tvangsadopsjon, dels kan det skyldes lovutviklingen, og dels at barnevernsaker er svært ulike ut fra barnets behov og situasjonen i den konkrete sak. Hva gjelder lovgivers føringer for bruk av tvangsadopsjon som barnevernstiltak er denne diskutert ved flere anledninger.

Lovgivers ønske om å øke bruken av tvangsadopsjon kan bety en svekkelse av det biologiske prinsipp, dersom terskelen for å samtykke til adopsjon senkes ved at biologisk tilknytning tillegges mindre vekt enn tidligere. Videre kan det synes som at det biologiske prinsipp ble svekket ved at adgangen til besøkskontakt ble lovfestet. Bestemmelsen medfører at det åpnes for tvangsadopsjon i flere tilfeller, uten at det kommer i konflikt med EMK artikkel 8, da de biologiske bånd opprettholdes.

Selv om Raundalen-utvalgets forslag om å etablere et utviklingsstøttende tilknytningsprinsipp aldri ble lovfestet, kan gjennomgangen av tvangsadopsjonssakene tilsi at de sakkyndige legger større vekt på utviklingsfremmende hensyn fremfor biologiske. Dette får som konsekvens at det også i rettspraksis skjer en dreining mot det utviklingsstøttende tilknytningsprinsipp på bekostning av det biologiske prinsipp. Høyesterett er imidlertid ikke konsekvent i sin praksis, og det biologiske prinsipp blir i enkelte saker tillagt avgjørende betydning til tross for at sakkyndige har påpekt at adopsjon er bedre for barns utvikling.²¹⁵

Høyesterett synes gjennomgående å foreta en generell vurdering av det biologiske prinsipp i tvangsadopsjonssakene. Deretter går domstolen over til de individuelle forhold, hvor det ikke klart fremgår hvilken betydning prinsippet blir tillagt. Jeg har vist til momenter som både nedtoner og styrker prinsippets betydning. Likevel er det vanskelig å se klart hvilke momenter som på mer generelt grunnlag fører Høyesterett i den ene eller andre retningen. Det er ingen klar linje i Høyesteretts argumentasjon, og således også vanskelig å utlede noe klart om hvilken betydning Høyesterett tillegger det biologiske prinsipp i saker om tvangsadopsjon.

²¹⁵ Rt. 2015 s. 1107.

Gjennomgangen av tvangsadopsjonssaker tilsier at betydningen av det biologiske prinsipp er noe svekket, sammenlignet med vurderingene i Rt. 1997 s. 534 og Rt. 2001 s. 14. Avgjørelsene ble imidlertid avsagt under dissens (3-2), noe som viser uenighet i Høyesterett. Variasjonen i Høyesterett vises også ved at det biologiske prinsipp ble tillagt avgjørende betydning i Rt. 2015 s. 1107, men i liten grad i HR-2018-1720-A til tross for en del likhetstrekk mellom sakene.

Høyesterett viste i HR-2018-1720-A at barnets manglende tilknytning til sine biologiske foreldre svekket betydningen av det biologiske prinsipp i saken. Når mangler ved barneverntjenestens arbeid er årsaken til den manglende tilknytning, og Høyesterett likevel ikke tillegger dette noen betydning, bidrar det til å svekke det biologiske prinsipp ytterligere.

Høyesterett har på bakgrunn av EMDs praksis utviklet et krav om særlig tungtveiende grunner som må tale for adopsjon. Høyesterett har understreket at det er disse grunnene som særlig skal holdes opp mot konsekvensene adopsjon har for barnets kontakt med sine biologiske foreldre. Det biologiske prinsipp kommer dermed inn som det vesentlige moment i den skjønsmessige helhetsvurdering som må foretas etter vilkåret om barnets beste i bvl. § 4-20 tredje ledd litra b. Barnevernlovutvalget har foreslått å lovfeste kravet om særlig tungtveiende grunner, som vilkår for tvangsadopsjon. Utvalget understrekte at vilkåret «er en lovfesting av gjeldende rett, slik denne fremgår av rettspraksis».²¹⁶ Sett hen til det rettslige vurderingstema Høyesterett oppstilte i HR-2018-1720-A, vil en lovfesting av kravet etter mitt syn være et utslag av det biologiske prinsipp.

Konklusjonen blir slik jeg ser det at det biologiske prinsipp fortsatt er av stor betydning i saker om tvangsadopsjon. Konkrete forhold på barnets hånd kan likevel føre til at prinsippets betydning blir nedtonet. Det er imidlertid vanskelig å se hvorfor de konkrete forhold i saken fører Høyesterett i den ene eller andre retningen. Etter mitt syn er det ingen konsekvent praksis og rettsstilstanden er lite forutsigbar. Mangel på konsekvent rettspraksis vil være prosessdrivende.

Lovgiver kan bidra til å avklare gjeldende rett gjennom lovfestingen av kravet om særlig tungtveiende grunner. I Barnevernlovutvalgets forslag er det imidlertid understreket at vilkåret er en lovfesting av gjeldende rett, slik denne fremgår av rettspraksis. Dette tyder på at det fortsatt må være opp til Høyesterett å avklare rettsstilstanden.

²¹⁶ NOU 2016: 16 (side 161) og (side 255).

7.2 Står det biologiske prinsipp sterkere i EMK-retten sammenlignet med norsk rett?

Barnevernloven § 4-20 og EMK artikkel 8 har ulik utforming. I henhold til bvl. § 4-20 skal adopsjon være til barnets beste, og bvl. § 4-1 understreker at hensynet til barnets beste skal tillegges avgjørende vekt. Således er det barnets beste som er avgjørende i saker om tvangsadopsjon når øvrige vilkår i bvl. § 4-20 er oppfylt. EMD har slått fast at man ved forholdsmessighetsvurderingen skal komme frem til en rimelig balanse mellom barnets og foreldrenes interesser. Det understrekes videre at det skal legges særlig vekt på barnets beste.²¹⁷ Til tross for at hensynet til barnets beste kan være utslagsgivende, er det likevel en prinsipiell forskjell fra den norske barnevernloven ved at EMK artikkel 8 også beskytter de biologiske foreldrenes interesser.

Kirsten Sandberg har funnet tilsvarende i sin doktoravhandling, og viste i den forbindelse til bvl. § 4-1, lovens forarbeider og rettspraksis. Hun understrekte at det var «vanskelig å se at foreldrenes interesser har noen plass i argumentasjonen».²¹⁸ I min gjennomgang av rettspraksis har jeg sett på avgjørelser fra Høyesterett som er kommet i etterkant av Sandbergs doktoravhandling. Jeg finner heller ikke at Høyesterett i de senere avgjørelser har gitt foreldrenes interesser noen særlig plass i argumentasjonen. Sandberg vurderte hvorvidt kravet om sterke grunner og kravet om at det med relativ stor sikkerhet vil være best for barnet å bli adoptert, innebærer at vurderingen i realiteten ikke blir særlig forskjellig. Hun kom deretter til at EMDs praksis likevel tilsier at det biologiske prinsipp «anses å ha større betydning for barnet etter EMDs syn».²¹⁹

Jeg er enig i dette, og viser til tidligere drøftelse av det skjerpede beviskrav.²²⁰ Noe påfallende er det at det skjerpede beviskrav utelukkende oppstilles i avgjørelser hvor Høyesterett nekter adopsjon, mens det utelates i avgjørelser hvor Høyesterett tillater adopsjon. Bendiksen og Haugli synes som nevnt å argumentere for at rettstilstanden ble avklart ved Rt. 2015 s. 1107, hvor Høyesterett drøftet det skjerpede beviskrav. En drøftelse av beviskravet ble likevel utelatt av Høyesterett i HR-2018-1720-A. Høyesteretts sprikende praksis skaper tvil om rettstilstanden.

²¹⁷ Johansen v. Norway (avsnitt 78).

²¹⁸ Sandberg 2003 (side 295-296).

²¹⁹ *Ibid* (side 296).

²²⁰ Se punkt 3.3.

EMD har i flere saker understreket de nasjonale myndighetenes positive plikt til å legge til rette for gjenforening av den biologiske familie, og at «everything must be done to preserve personal relations». ²²¹ I norsk rett har imidlertid Høyesterett lagt til grunn mangler ved barneverntjenestens arbeid ikke får betydning for adopsjonsspørsmålet. Sammenlignet med EMDs praksis er det mye som tilsier at norsk rett ikke samsvarer med EMK-retten på dette punkt. Kanskje avklares dette når EMD avsier dom i saken omhandlet i Rt. 2015 s. 110.

Konklusjonen blir slik jeg ser det at det biologiske prinsipp står sterkere i EMK-retten sammenlignet med norsk rett. Både det forhold at foreldrenes interesse er av betydning i EMDs vurdering, og at domstolen har et mer prosessuelt fokus støtter etter min mening dette. Strand Lobben-saken har vært oppe for EMDs storkammer, og andre barnevernsaker skal behandles fremover. Det vil dermed vise seg om EMD dømmer Norge for brudd på EMK artikkel 8 i tiden som kommer.

²²¹ Aune v. Norway (avsnitt 66), Strand Lobben v. Norway (avsnitt 106), Hasan v. Norway (avsnitt 147) og Jansen v. Norway (avsnitt 93).

Kildeliste

Nasjonal lovgivning

- 1814 Lov av 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov.
1896 Lov av 6. juni 1896 nr. 1 om forsømte barn [opphevet].
1953 Lov av 17. juli 1953 nr. 14 om barnevern [opphevet].
1981 Lov av 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre.
1992 Lov av 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester.
1999 Lov av 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett.
2017 Lov av 16. juni 2017 nr. 48 om adopsjon.

Forarbeider og etterarbeider

Norges offentlige utredninger

- NOU 1985: 18 Lov om sosiale tjenester mv.
NOU 2000: 12 Barnevernet i Norge Tilstandsvurderinger, nye perspektiver og forslag til reformer.
NOU 2012: 5 Bedre beskyttelse av barns utvikling.
NOU 2016: 16 Ny barnevernslov Sikring av barnets rett til omsorg og beskyttelse.

Proposisjoner

- Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) Om lov om barneverntjenester (barnevernloven).
Ot.prp. nr. 3 (1998-1999) Om lov om styring av menneskerettighetenes stilling i norsk rett.
Ot.prp. nr. 69 (2008-2009) Om lov om endringer i barnevernloven.
Prop.7 L (2009-2010) Endringer i adopsjonsloven og barnevernloven.
Prop.106 L (2012-2013) Endringer i barnevernloven.
Prop.161 L (2015-2016) Endringer i barnelova mv. (likestilt foreldreskap).

Stortingsdokumenter

- Innst. O. XVII (1953) Innstilling fra Sosialkomiteen om lov om barnevernet.
St.meld. nr. 40 (2001-2002) Om barne- og ungdomsvernet.

Innst.186 S (2013-2014) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag.

Internasjonale traktater

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

BK FNs internasjonale konvensjon 20. november 1989 om barnets rettigheter.

Generelle kommentarer fra FNs Barnekomité

Generell kommentar nr. 11 (2009) Urbefolkningsbarn og deres rettigheter etter konvensjonen.

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

Rettspraksis

Høyesterettsavgjørelser

Rt. 1982 s. 1687.	Rt. 2012 s. 1832.
Rt. 1990 s. 1274.	HR-2012-1956-U
HR-1991-112-K	Rt. 2014 s. 976.
Rt. 1991 s. 557.	Rt. 2015 s. 93.
Rt. 1997 s. 534.	Rt. 2015 s. 110.
Rt. 2000 s. 996	Rt. 2015 s. 1107.
Rt. 2001 s. 14.	HR-2015-1452-U.
Rt. 2007 s. 561.	HR-2016-2502-U.
Rt. 2011 s. 1439.	HR-2018-1720-A.

Avgjørelser fra EMD

EMDs dom 22. juni 1989, Eriksson v. Sweden.

EMDs dom 7. august 1996, Johansen v. Norway.

EMDs dom 10. oktober 2002, Johansen v. Norway.

EMDs dom 10. oktober 2010 Aune v. Norway.

EMDs dom 17. april 2012 Kopf and Liberda v. Austria.

EMDs dom 12. februar 2012 Vojnity v. Hungary.

EMDs dom 30. november 2017 Strand Lobben v. Norway [oppe for EMDs storkammer 17.10.18].

EMDs dom 26. april 2018 Mohamed Hasan v. Norway.

EMDs dom 6. september 2018 Jansen v. Norway.

Juridisk litteratur/teori

Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 4. utgave (Bergen 2015).

Bendiksen, Lena, *Barn i langvarige fosterhjems plasseringer – foreldreansvar og adopsjon* (Bergen 2008).

Bendiksen, Lena og Trude Haugli, *Sentrale emner i barneretten*, 2. utgave (Oslo 2015).

Bendiksen, Lena og Trude Haugli, *Sentrale emner i barneretten*, 3. utgave (Oslo 2018).

Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. utgave (Oslo 2001).

Haugli, Trude, *Samværsrett i barnevernssaker*, 2. utgave (Oslo 2000).

Høstmælingen, Njål, Elin Saga Kjørhold og Kirsten Sandberg, *Barnekonvensjonen Barns rettigheter i Norge*, 3. utgave, (Oslo 2016).

Kjønstad, Asbjørn (red.) m.fl., *Nye trender i rettsvitenskapen* (Oslo 2013).

Lindboe, Knut, *Barnevernrett*, 6. utgave (Oslo 2012).

Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave (Oslo 2004).

Ofstad, Kari og Randi Skar, *Barnevernloven med kommentarer*, 6. utgave (Oslo 2015).

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

Juridiske artikler

Andenæs, Mads og Andreas Motzfeldt Kravik, "Norske verdier og EMK", *Lov og rett*, vol 49, 4, 2010 s. 579-599.

Andenæs, Mads, Andreas Motzfeldt Kravik og Eirik Bjørge, "Høyesterett og EMD: samspill, subsidiaritet og skjønnsmargin", *Lov og rett* vol. 54, 5, 2015 s. 261-278.

Bendiksen, Lena, "Adopsjon som barnevernstiltak – hva nå?", *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2007 s. 210-224.

Bendiksen, Lena, "Adopsjon som barnevernstiltak Aune mot Norge, klagenr. 52502/07, dom av 28. oktober 2010", *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2012 s. 236-249.

Brynildsrud, Karsten, "Trenger vi et biologisk prinsipp i barnevernloven? Noen betraktninger i kjølvannet av NOU 2012: 5 og Prop.106 L (2012-2013)", *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2016 s. 264-298.

Emberland, Marius, "Det norske barnevernet under lupen", *Lov og Rett 06*, 2016 s. 329-330.

Emberland, Marius, "Det norske barnevernet under lupen – del 2", *Lov og rett 08*, 2017 s. 435-436.

Sandberg, Kirsten, "Ulogisk fra EMD?", *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2018 s. 265-268.