

UiO • **Det juridiske fakultet**

Barnets beste ved vedtak om samvær etter omsorgsovertakelse

Kandidatnummer: 737

Leveringsfrist: 25.november

Antall ord: 17 765



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Oppgavens tema	1
1.2	Avgrensning og metode.....	1
1.3	Rettskilder.....	2
2	PRINSIPPET OM BARNETS BESTE.....	3
2.1	Historikk	3
2.2	Rettslig grunnlag.....	6
2.2.1	Loven.....	6
2.2.2	Internasjonal rett.....	7
2.3	Momenter i vurderingen og vekt	9
2.3.1	Innledning	9
2.3.2	Generell gjennomgang av momentene som har betydning for skjønnet	9
2.3.3	Momentenes vekt	11
2.3.4	Sakkyndige.....	11
3	ANDRE GRUNNLEGGENDE PRINSIPPER I BARNEVERNRETTE	12
3.1	Det biologiske prinsipp.....	12
3.2	Det mildeste inngreps prinsipp	14
3.3	Legalitetsprinsippet	15
4	OMSORGSOVERTAKELSEN	15
4.1	Omsorgsansvar og foreldreansvar	15
4.2	Rettslig grunnlag for omsorgsovertakelse	17
4.3	Bakgrunn og siktemål med omsorgsovertakelse	18
4.4	Vilkår	19
4.4.1	Omsorgssvikt.....	19
4.4.2	Særlige behov.....	20

4.4.3	Mishandling.....	21
4.4.4	Fare for helse og utvikling	22
4.4.5	Nødvendighetskravet.....	22
4.4.6	Tolkning	23
4.4.7	Skjønnsmessig helhetsvurdering	24
5	SAMVÆRSRETTE	24
5.1	Hovedregel og rettslig grunnlag	24
5.2	Samværsrett som menneskerettighet	27
5.3	Samværsnekt.....	27
6	PRINSIPPET OM BARNETS BESTE I FORBINDELSE MED SAMVÆR, KNYTTET TIL FYLKESNEMNDSPRAKSIS.	31
6.1	Omfanget av samvær	31
6.2	Biologiske prinsipper i vurdering av samvær	32
6.3	Hvordan momentene i barnets beste-vurderingen blir lagt til grunn i forbindelse med avgjørelser om samvær	33
6.3.1	Generelt	33
6.3.2	Forhold ved barnet	34
6.3.3	Forhold ved foreldrene	39
6.3.4	Formål/varighet og andre forhold ved plasseringen.....	41
6.3.5	Barnets mening i vurdering av samvær.....	46
6.3.6	Barnets reaksjoner	49
6.3.7	Vurdering av konfliktnivået	50
6.3.8	Hensyn som inngår i verdigrunnlaget for samværsretten	52
7	KONKLUSJON	53
7.1	Hvordan vektet momentene, og hva kan utledes av fylkesnemndpraksis?.....	53
7.2	De lege ferenda – om de skjønnsmessige rammene.	55
	LITTERATURLISTE	58

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema

Tema for denne oppgaven er å belyse prinsippet om «barnets beste» ved vedtak om samvær i forbindelse med omsorgsovertakelse. Jeg vil som en bakgrunn gi en oversikt over grunnprinsipper i barnevernretten, og deretter en fremstilling av utgangspunktene for omsorgsovertakelse og samværsretten.

I oppgavens hoveddel (pkt. 6) vil jeg gjennomgå de enkelte momenter som etter teori og rettspraksis oppstilles som de sentrale elementene i prinsippet om barnets beste i forbindelse med samværsspørsmålet. Nærmere bestemt hvilke momenter som inngår i vurderingen, og hvilken betydning hensynet til barnets beste har ved avgjørelser om samvær. Jeg vil for hvert moment avslutningsvis knytte bemerkninger til hvorvidt/hvordan momentet behandles i et utvalg av 39 utvalgte fylkesnemndvedtak. Utvalget, som berører samværsspørsmålet, er fra tidsperioden 2002-2013 og har 1-6 vedtak fra hvert år. Utvalget er hentet fra lovdata.no, og er begrenset i forhold til det totale antall vedtak som er gjort av fylkesnemnda i den nevnte tidsperiode. Likevel vil utvalget kunne vise hvilke momenter som generelt sett anses som sentrale.

Avslutningsvis gjør jeg noen vurderinger av hva som kan utledes av fylkesnemndas praksis, og forholdet mellom teori og praksis på området.

1.2 Avgrensning og metode

Hensynet til barnets beste er et overordnet prinsipp i det norske rettssystem, men i denne oppgaven er det prinsippet i forhold til avgjørelser om samvær som skal behandles.

I fremstillingen av hovedreglene for omsorgsovertakelsen (pkt. 4) er oppgaven begrenset til å fremstille vedtak etter bvl. § 4-12. Utvalget av fylkesnemndpraksis kan derimot basere seg på vedtak av omsorgsovertakelser hjemlet i andre bestemmelser, for eksempel bvl. § 4-

8 annet ledd. Fra praksis er det imidlertid kun spørsmål om samvær som skal behandles, og praksis som er valgt er derfor nemndavgjørelser hvor tvisten eller en av tvistene gjelder samvær. Det er fylkesnemndas vurderinger jeg undersøker, og partenes anførsler er derfor utelatt.

1.3 Rettskilder

Barnevernloven¹ er en sentral rettskilde i barnevernretten. Loven er en offentligrettslig lov som regulerer barnevernmyndighetenes adgang til å gripe inn i private familier ut fra hensyn til barnet. Forarbeidene gir veiledning til forståelsen av lovens bestemmelser. Siden loven ofte revideres, kan forarbeidene til endringslovene gi et oppdatert bilde av innholdet i bestemmelsene, og hva som er gjeldende rett.

Høyesterett dømmer i siste instans, jfr. GrL. § 88². Når det er tatt standpunkt til et rettsspørsmål i Høyesterett, vil normalt det samme standpunktet inntas i senere saker om samme spørsmål³. Som på andre områder har avgjørelser fra høyesterett prejudikatvirkning i barnevernretten. Likevel er det viktig å huske at rettsavgjørelser etter barnevernloven inneholder store innslag av skjønn, og tolkningen vil derfor variere fra sak til sak.

Internasjonal rett er også en sentral rettskilde, særlig FNs barnekonvensjon⁴ og EMK⁵. Nasjonal rett samsvarer med internasjonal rett på området, jeg vil derfor ta utgangspunkt i nasjonal rett.

Vedtak om samvær treffes i første instans av fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker, og blir dermed er en sentral kilde for min oppgave. Den rettskildemessige betydning av

¹ Lov om barneverntjenester 17.juli. Nr.100. 1992

² Grunnloven 17.mai. 1814

³ Andenæs (2009) s. 82

⁴ De forente nasjoners internasjonale konvensjon om barnets rettigheter av 20.november 1989

⁵ Den europeiske menneskerettskonvensjon 4.november 1950

forvaltningspraksis er begrenset, og vil avgjøres av flere forhold, bl.a. hvilket organ som har fattet vedtaket og hvor fast, utbredt og langvarig praksisen er. I tillegg vil en sentral faktor være hvordan det øvrige rettskildemessige bildet ser ut. Vanligvis vil ikke domstolene føle seg bundet av forvaltningspraksis, men legger ofte en viss vekt på den.⁶

Av sentral juridisk teori på området vil jeg nevne “Barnevernloven med kommentarer” 5.utg. 2009 av Kari Ofstad og Randi Skar, “Samværsrett i barnevernsaker” 2. utgave 2000 av Trude Haugli og “samvær i barnevernsaker- psykologiske og juridiske vurderinger” 2010 av Trude Haugli og Toril Havik. Undersøkelser av beslutninger i fylkesnemnda om samvær etter barnevernloven er tidligere utført av Trude Haugli⁷, og av Toril Havik.⁸

2 Prinsippet om barnets beste

2.1 Historikk

Prinsippet om barnets beste gjelder for alt barnevernrettslig arbeid. Prinsippet har vokst frem gjennom lovgivning og juridisk litteratur. “Barnevernets historie gjennom 100 år viser en etat som har vært i utvikling, men som også har vært under stadig og til dels skarp debatt. Det har skjedd mange reformer i løpet av denne tiden, men det overordnede hensynet har hele tiden ligget fast - hensynet til barnets beste”⁹.

Utviklingen av barnevernlovgivningen satte fart på 1900-tallet. Det ble utarbeidet en rekke nye lover til vern av barn, den første og viktigste var “Lov om behandling av forsømte børn” av 6.juni 1896, som ble kalt “Vergerådsloven”¹⁰. Norge ble med denne loven et

⁶ Knoph, Ragnar (2004) s.20

⁷ Haugli, Trude *Samværsrett i barnevernsaker* 2. utgave 2000

⁸ Havik, Toril *beslutninger om samvær når barn blir tatt under omsorg* i Havik og Falck *Barnevern og fylkesnemnd* 2000

⁹ Tjomsland (2003) s.11

¹⁰ Lindboe, Knut (2012) s. 39

foregangsland innenfor lovfesting av offentlig barnevern. Før Vergerådsloven trådte i kraft i 1900, besto det offentlige barnevern i liten grad av utarbeidede bestemmelser i kriminal-, fattig- og skolelovgivningen.

Juristen og professoren Bernhard Getz var hovedmannen bak Vergerådsloven. Han kom med en ny og revolusjonerende måte å løse ungdomskriminaliteten på. Selv om kriminalpolitiske, økonomiske, forebyggende og effektivitetshensyn lå til grunn, så Getz på ungdomskriminelle som forsømte barn som trengte hjelp, og ikke bare som kriminelle. Loven søkte derfor også andre hensyn enn rent straffehensyn. Vergerådet ble etablert, og skulle være et nytt kommunalt organ som skulle utøve loven i praksis. Vergerådet hadde myndighet til å iverksette ulike tiltak overfor barn og deres oppvekst, også overfor lovlydige barn.

Etter andre verdenskrig skjedde det en økonomisk vekst og ny rettslig tenkning i Norge, og med denne kom en ny lov om barns rettigheter, lov av 17.juli 1953 nr.14 om lov om barnevern (1953-loven) som avløste Vergerådsloven. 1953-loven bygde på Sosiallovutvalgets¹¹ og sosialdepartementets¹² forslag, men noen endringer gjort av Brundtland Regjeringen. Motivene for den nye loven var først og fremst å styrke hjemmets stilling i forhold til statens rett til å gripe inn. Vergerådene ble gjort om til barnevernsnemnder, og prinsippet om barnets beste vokste frem. Tidligere hadde man sett på barnet gjennom familien, og tenkte at barnet fikk hjelp dersom familien fikk hjelp. Den nye rettslige tenkningen satte barnet som selvstendig individ i sentrum, og utformet et lovverk som skulle styrke dette synet. Regjeringen Brundtland hadde "barn" som en av sine hovedsatsningsområder, og besluttet bl.a. å framlegge barnevernloven som en egen lov, og ikke som en del av en samlet sosiallov. På samme tid var psykologien og barnepsykiatrien i framvekst, som satte fokus på andre måter å løse problemer på. Forebyggende arbeid ble prioritert og tiltaksspekteret ble utvidet. Bortsetting av barn ble mindre brukt som tiltak.

¹¹ NOU 1985: 18

¹² Ot.prp.nr.60 (1988-1989)

Det skjedde altså en nytenkning om at problem primært skulle løses ved tiltak i hjemmet, og sekundært ved omsorgsovertakelse. Grunnleggende tanker om barns karakter av å være sårbare og deres behov for beskyttelse ble et tema ved utformingen av 1953-loven. Grunnleggende verdier i et godt utformet velferdssamfunn tilsier at barn bør ha krav på å bli beskyttet mot onder i samfunnet som de selv ikke kan beskytte seg mot. Barn trenger beskyttelse for overgrep både fra det offentlige og i hjemmet. Disse tanker og verdier førte til utformingen av § 17 annet ledd i 1953-loven som bestemte at “Når helse- og sosialstyret skal avgjøre hvilke åtgjerder som skal tas, skal det holde seg barnets beste for øye. Helse- og sosialstyret bør også ta omsyn til om det kan skade andre barn at barnet blir i heimen”. Etter dette skulle det sees hen til barnets beste i skjønnsvurderingen ved valg av tiltak. Dette representerer et skille frem mot dagens barnevernsrettslig tankegang.

Etter hvert viste det seg at 1953-loven hadde noen svakheter. Barnevernsnemnda kom i en rollekonflikt mellom å være et hjelpeorgan og å være et organ som hadde i oppgave å forberede og avgjøre tvangssaker, med tilkalt dommer. En annen svakhet var at barnevernet ikke ble koblet inn tidlig nok. Lov om barneverntjenester av 17. juli 1992 nr.100 (bvl.) avløste loven av 1953, og kan sies å være en videreføring av 1953-loven¹³. De viktigste endringene var at rettsikkerheten ble styrket, ved at det ble opprettet statlige fylkesnemnder som avgjørelsesorgan, og at det ble muligheter til å sette i gang hjelpetiltak på et tidligere tidspunkt i saken¹⁴. Prinsippet om barnets beste kom fram i ny bestemmelse § 4-1, og bygde på de samme grunnleggende hensyn som § 17 i 1953-loven. Likevel var det behov for en tydeligere lovhjemmel av barnets beste-prinsippet som allerede på denne tid var godt forankret i norsk rett. Dermed ble § 4-1 omformulert i forhold til den gamle § 17. Någjeldende bvl. § 4-1 lyder: “Ved anvendelsen av bestemmelsene i dette kapitlet skal det legges *avgjørende vekt på å finne tiltak som er til beste for barnet*. Herunder skal legges vekt på å gi barnet stabil og god voksenkontakt og kontinuitet i omsorgen” (min kursivering). Man ser her en tydeliggjøring av prinsippet i forhold til 1953-loven.

¹³ Lindboe, Knut (2012) s. 41

¹⁴ Lindboe, Knut (2012) s. 43-44

Formuleringen gav et krav om en sterkere vektlegging ved at “barnets beste” skal ha avgjørende betydning. Forarbeidene til barnevernloven presiserer at det er barnets interesser og behov som skal være i fokus¹⁵, og daværende barne- og familiedepartement¹⁶ bemerket i forbindelse med §4-1 at målet er å finne tiltak som er til barnets beste¹⁷.

Prinsippet om barnets beste har også røtter i internasjonal rett. Prinsippet har vært nedfelt i internasjonale konvensjoner siden 1959¹⁸, da deklarasjonen om barnets rettigheter ble vedtatt av FN. Da FN vedtok barnekonvensjonen 20. november i 1989, ble hensynet til barnets beste og barnet som individ styrket. Fra å være et prinsipp om at barns interesser skulle tas hensyn til, ble prinsippet utvidet til å være et hovedhensyn ved alle avgjørelser knyttet til barn¹⁹. Dette fikk betydning i norsk rett, fordi barnekonvensjonen var folkerettslig bindende. Da FNs barnekonvensjon ble inkorporert i norsk rett 1. august 2003 i medhold av menneskerettsloven § 2, fikk hensynet til barnets beste ytterlig sterkere forankring i norsk rett.

2.2 Rettslig grunnlag

2.2.1 Loven

Hjemmelen til prinsippet om barnets beste finnes i bvl. § 4-1. Det finnes også en hjemmel for barnets beste i barneloven²⁰ § 48, men denne regulerer forhold mellom barn og foreldre, og vil derfor ikke bli nærmere omtalt i denne oppgaven. Jeg vil likevel nevne at barneloven bygger på det samme grunnprinsipp som barnevernloven, nemlig at hensynet til barnets beste er det sentrale vurderingstema, når det gjelder alle avgjørelser i barnefordelingssaker.

¹⁵ Ot.prp.nr.44 (1991-1992) s. 15

¹⁶ Nå ved navn barne- likestillings- og inkluderingsdepartementet

¹⁷ Ot.prp.nr.44 (1991-1992) s. 29

¹⁸ Ellingsæter, Anne Lise *Om begrepet “barnets beste”* (2008) s. 105

¹⁹ Ellingsæter (2008) s. 105

²⁰ Lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barnelova)

Bestemmelsen om barnets beste er plassert i bvl. kapittel 4 om særlige tiltak, og fungerer som en formålsparagraf til kapittelet²¹. Bvl. § 4-1 må sees i sammenheng med lovens formål, slik at hensynet til barnets beste også får betydning ved anvendelse av andre bestemmelser i loven. Bvl. § 4-1 vil være av betydning for utøvelse av skjønn ved vurdering av tiltak etter bvl. Altså vil hensynet til barnets beste være avgjørende ved valg mellom alternative tiltak innenfor lovens rammer og ved spørsmål om mulige tiltak skal anvendes²². I begrepet “avgjørende” ligger det at prinsippet vil være avgjørende for resultatet der hvor to hensyn strider mot hverandre. Hensynet til barnets beste kan ikke i seg selv begrunne tiltak, jfr. Rt.1999 s.1883 s. 1888. Først må vilkårene for tiltak i den enkelte bestemmelse foreligge. Deretter må det gjøres en avsluttende skjønnsmessig vurdering for hver enkelt sak, og denne skal skje ut fra hensynet til barnets beste²³.

2.2.2 Internasjonal rett

FNs barnekonvensjon (bk) er en konvensjon som utelukkende gjelder barns rettigheter, og ble inkorporert i norsk rett ved menneskerettsloven (mnskrl.) jfr. § 2, og er i mnskrl. § 3 gitt forrang ved motstrid med annen lovgivning. Det betyr at bk. art. 3 (1) som er hovedbestemmelsen om hensynet til barnets beste, skal gjelde over andre bestemmelser i lovgivningen dersom de står i motstrid. I bk. art. 3 (1) fremgår det at “Ved alle handlinger som berører barn, enten de foretas av offentlige eller private velferdsorganisasjoner, domstoler, administrative myndigheter eller lovgivende organer, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn”. Etter bk. art. 3 (1) skal dermed hensynet til barnets beste gjelde for alle tiltak overfor barn, og bestemmelsen slår fast at prinsippet skal være av grunnleggende karakter. Barnets beste blir et sentralt hensyn som berører omfattende områder hvor

²¹ Innst.O.nr.80 (1991-1992)

²² Ofstad og Skar (2013) s.60

²³ Ofstad og Skar (2013) s.60

rettspleien utøves. I forhold til vedtak om omsorgsovertakelse og vedtak om samvær, er hensynet til barnets beste ytterligere presisert i bk. hhv. art. 9 nr.1 og nr. 3.

FNs barnekomitè fører tilsyn av barnekonvensjonen ved å behandle rapporter fra medlemslandene. I denne prosessen gir barnekomiteen generelle retningslinjer om hvordan konvensjonen skal forstås. Det fremgår av disse generelle retningslinjene at barnekomiteen legger stor vekt på prinsippet om barnets beste²⁴. Barnekomiteen har pekt ut prinsippet om barnets beste som ett av barnekonvensjonens fire grunnleggende prinsipper, sammen med prinsippet om barnets rett til liv, overlevelse og utvikling (art.6), retten til deltagelse (art.12) og retten til ikke-diskriminering (art.2)²⁵.

Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK), gjelder som norsk lov etter mnskrl. § 2, og skal ha forrang ved motstrid med annen nasjonal lovgivning, jfr. § 3. EMK inneholder bestemmelser som gir den enkelte borgere adgang til å stevne vedkommende stat for brudd på konvensjonen, og i siste instans få sin sak avgjort i Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD). EMK har ingen formulering av hensynet til barnets beste, men hensynet vektlegges i praksis av EMD. Dette gjelder særlig ved anvendelse av art. 8 om familieliv, ved prøving av vilkår for og innhold i tiltak i barnevernsaker. Dette kan man bl.a. se i saken Adele Johansen mot Norge, EMD 7. august 1996, hvor EMD uttalte at “vurderingen av hva som er til beste for barnet er under enhver omstendighet av avgjørende betydning”.

²⁴ FNs barnekomitè, General guidelines for periodic reports (1996) og Treaty specific reporting guidelines rev. 2 (2010) III B 3 General Principles, avsnitt 23 og 25

²⁵ Høstmælingen, Kjørholdt og Sandberg (2012) s.51

2.3 Momenter i vurderingen og vekt

2.3.1 Innledning

Prinsippet om barnets beste er et sammensatt og mangfoldig prinsipp. Momentene i vurderingen om hva som er til beste for barnet vil være forskjellige i de ulike situasjoner hvor prinsippet skal vurderes. For eksempel vil vurderingen av barnets beste ha noe ulikt innhold i saker om omsorgsovertakelser og i saker om samvær etter barnevernloven. Prinsippet skal anvendes i mange ulike tilfeller, og må derfor være av generell karakter og må tilpasses hver enkelt sak. De juridiske retningslinjene for skjønnet finner vi både i loven, forarbeider, forskrifter, rettspraksis og innen juridisk litteratur.

Hensynet til barnets beste kan best forstås som et grunnleggende verdispørsmål av allmennmenneskelig karakter, med ulikt meningsinnhold ut fra hvilken kontekst prinsippet settes i²⁶.

2.3.2 Generell gjennomgang av momentene som har betydning for skjønnet

For å skape en viss oversikt skal jeg nedenfor gi en kort gjennomgang av de mest generelle momentene som har betydning i vurderingen av barnets beste-prinsippet. I forhold til de problemer som gjelder samvær etter barnevernloven, vil slik gjennomgang gjøres i pkt. 6.3.

For det første må man merke seg at vurderingen av hva som inngår i hensynet til barnets beste består av to elementer, et normativt og et empirisk spørsmål²⁷. I det normative spørres det om hva som ansees som best for barn generelt. Loven må her tolkes dynamisk ettersom de ulike verdiene for hva som er det beste for barn vil endres over tid. Også ny forskning og kunnskap vil kunne endre verdisynet over hva som er det beste for barn, det vil si at eldre rett alltid må sees i lys av nyere rett på området. For å vite hvordan man skal nå disse

²⁶ Haugli, Trude *Barnets beste-forskningsmessige utfordringer* s.23 i Kultur og samfunn (2002) s.22

²⁷ Haugli og Havik (2010) s.83

verdiene må man vurdere hva som vil være det beste for det enkelte barnet, dette er det empiriske skjønnnet. Denne vurderingen møter i praksis de største utfordringene.

Den individuelle tilnærmingen av hva som er det beste for det enkelte barn vil kunne bestå av mange ulike faktorer. Lovens hovedbestemmelse om hensynet til barnets beste § 4-1, gir visse føringer for skjønnnet i annet punktum. Loven beskriver at det i avgjørelsen av hva som er det beste for barnet skal legges vekt på stabil og god voksenkontakt, og kontinuitet i omsorgen. Sosiallovutvalget²⁸ uttalte at disse bare skulle være ett av flere momenter som var av betydning i en vurdering av hva som er til barnets beste, jfr. ”herunder”. Grunnen til at stabil og god voksenkontakt, og kontinuitet i omsorgen ble lovfestet kan være for å sikre at disse hensynene alltid skal være med i vurderingen. Storkomiteen²⁹ uttalte at man ved å lovfeste stabilitetshensynet understreket betydningen av kontakt med de biologiske foreldrene også når barnet er plassert utenfor hjemmet. Altså er det biologiske prinsipp et moment ved hensynet til barnets beste.

Forbruker- og administrasjonskomiteen³⁰ understreket at også andre momenter vil ha betydning i vurderingen av barnets beste. Det uttales at barnets eget ønske må tillegges vekt og viser til bvl. § 6-3 om barns rettigheter under saksbehandlingen. I tillegg vil de negative konsekvensene for barnet være av betydning, samt (det utenforliggende momentet) prinsippet om det mildeste inngrep (ref. pkt. 3.2). Disse retningslinjene som fremkommer ved lov og lovforarbeid gir visse rammer for skjønnnet, men er ikke uttømmende ved vurderingen i den enkelte sak. Rettspraksis og forvaltningspraksis gir oss ytterligere veiledning av hva som vurderes som barnets beste.

²⁸ NOU 1985:18 s.146

²⁹ Innst.O.nr. 80 (1991-1992) s.13

³⁰ Innst.O.nr. 80(1991-1992) (fra sammendrag - sidetall ikke oppgitt)

2.3.3 Momentenes vekt

De ulike momentene og verdiene innad i prinsippet om barnets beste, kan kollidere. For eksempel ved spørsmål om omsorgsovertakelse og samvær, kan det være at momentet om stabil og god voksenkontakt, ikke er forenelig med momentet om kontinuitet i omsorgen. Begge momentene gir innhold til hva som er det beste for barnet, men kan likevel gå i to ulike retninger. Vi har ingen klare retningslinjer for hvilke momenter som bør tillegges hvilken vekt i denne vurderingen³¹, og det kan skyldes at vurderingene er svært sammensatte. De ulike momentene må avveies mot hverandre helt konkret i den individuelle vurderingen, og i samspill med andre relevante momenter som kan gi veiledning på hvilke moment(er) som vil være avgjørende for hva som er det beste for det konkrete barn. Med andre ord kan de enkelte momentene kan gå i ulike retninger, og vekten av de vil kunne variere fra sak til sak.

2.3.4 Sakkyndige

Ofte vil man i vurderingen av hva som er til beste for barnet måtte basere seg på kunnskap og erfaring fra personell som arbeider med psykologiske og psykiatriske problemstillinger hos barn. Sakkyndige får betydning i barnevernsaker på to måter. For det første består fylkesnemnda av blant annet minst én fagkyndig, og for det annet kan det i tillegg oppnevnes én eller flere sakkyndige til å utrede saken.

Etter bvl. § 7-5 skal fylkesnemnda i den enkelte sak bestå av nemndleder, ett medlem fra det alminnelige utvalget³², og ett fra det fagkyndige utvalget³³. Fagkyndige i fylkesnemnda skal sikre at saker etter barnevernloven behandles med fagkyndig medvirkning³⁴.

³¹ Haugli (2000) s.241

³² jfr. bvl. §7-2 bokstav c

³³ jfr. bvl. §7-2 bokstav b

³⁴ NOU 1985: 18 s. 289

Som nevnt kan det også oppnevnes sakkyndige til å utrede de faglige spørsmålene saken reiser³⁵. Det er opp til fylkesnemnda eller retten å bestemme om slik sakkyndig skal oppnevnes. Uttalelser fra sakkyndige blir ofte tillagt stor vekt i barnevernsaker³⁶. De sakkyndiges uttalelser vil ha størst vekt ved vurderinger om virkningene av ulike tiltak, og brukes oftest som ledd i barneverntjenestens arbeid. Det er viktig å huske at de sakkyndiges rolle ikke er å utøve jus³⁷, men å gi vurderinger som skal bidra til å danne grunnlag for avgjørelser om mulige tiltak. Høyesterett har i dom inntatt i Rt. 1996 s. 1203 opphevet fylkesnemndas vedtak i en sak hvor det i alle instanser var avgitt omfattende og grundige barnevernfaglige uttalelser for omsorgsovertakelse. HR pekte på at vilkårene i loven var strenge. Man så der at selv om de sakkyndige gav uttalelser om at det burde fastsettes omsorgsovertakelse, gikk HR til en annen beslutning.

3 Andre grunnleggende prinsipper i barnevernretten

3.1 Det biologiske prinsipp

Barnevernloven bygger på den helt grunnleggende verdi at det primære ansvaret for barna ligger hos foreldrene, og at foreldrene har både rett og plikt til å utøve dette ansvaret. Det biologiske prinsipp bygger på et grunnsyn om at det har stor egenverdi for barn å vokse opp hos sine biologiske foreldre, selv om det er visse mangler ved hjemmet. Dette hensynet får særlig betydning i saker om omsorgsovertakelse og andre alvorlige inngrep i familien. Det biologiske prinsipp er ikke uttrykkelig formulert i lovteksten, men er forankret i norsk rettspleie gjennom lovens forarbeider og oppbygging, samt gjennom rettspraksis. I forarbeidene til 1953-loven heter det at barn bare i nødstilfeller bør flyttes fra foreldrehjemmet³⁸. I den første høyesterettsdom om barnevernloven av 1953, Rt. 1982 s. 764, gav retten på side 770 sin tilslutning til det biologiske prinsipp slik det var uttrykt i

³⁵ jfr. Rt. 1984 s. 416

³⁶ Tjomsland, Steinar (2003) s. 219

³⁷ NOU 2006: 9 Kvalitetssikring av sakkyndige rapporter i barnevernsaker s. 18 og 19.

³⁸ Ot. prp. nr. 56 (1952) s. 12

forarbeidene. Dette får også betydning etter 1992-loven³⁹. I forarbeidene til 1992-loven ble det biologiske prinsipp synliggjort som en av bærebjelkene i den nye loven⁴⁰.

Høyesterett argumenterte med prinsippet for første gang i Rt. 1991 s. 668. Dommen henviste til en tidligere dom, Rt.1984 s. 289, som i sin vurdering gav det biologiske prinsipp innhold, uten at prinsippet uttrykkelig ble navngitt. Det biologiske prinsipp ble i denne dom brukt som en henvisning til den normalordning som ble ansett som selvsagt etter lovgivningen. Normalordningen gikk ut på at barn skulle tilbakeføres de biologiske foreldrene etter plassering utenfor hjemmet, når de forhold som i sin tid begrunnet omsorgsovertakelse ikke lenger er tilstede, med mindre "tungtveiende hensyn" taler for å fravike lovens utgangspunkt⁴¹. Disse "tungtveiende forhold" kan begrunnes i hensynet til barnets beste. På denne måten kan det biologiske prinsipp og hensynet til barnets beste stå i motstrid til hverandre. Det er ingen tvil om at dersom det er motsetninger mellom barns og foreldres interesser, så er det barnets interesser som skal være utslagsgivende. Men det biologiske prinsipp og hensynet til barnets beste vil langt fra alltid stå i motstrid. Det biologiske prinsipp er en sentral side ved hensynet til barnets beste. Høyesterett har i dom inntatt i Rt. 1991 s. 557 fremhevet at "barnevernloven bygger på at det gjennomgående vil være i barnets interesse at foreldrene har omsorgen for det og videre at foreldrene, selv om omsorgen må fratras dem, i alminnelighet har kontakt med barnet og foreldreansvaret for det". Altså vil det som oftest være til det beste for barnet at det vokser opp sammen med sine biologiske foreldre, og på denne måten må det biologiske prinsipp sees i sammenheng med hensynet til barnets beste.

I barnekonvensjonen er det biologiske prinsipp forankret i art. 9 som har som utgangspunkt at statene skal garantere at et barn ikke blir skilt fra sine foreldre mot deres vilje. Et tilsvarende prinsipp er forankret i FNs deklarasjon om beskyttelse av fosterbarn og

³⁹ Lindboe (2012) s. 23

⁴⁰ Ot. prp. nr. 44 (1991-1992) s. 8

⁴¹ Tjomsland (2003) s. 12

adoptivbarn art. 3, som bestemmer at et barn prinsipiært skal forsørges av sine biologiske foreldre. Dette innebærer ikke at barnet nedprioriteres, men styrker barnets rett til å holde på de følelsesmessige bånd og kontakt barnet har med sine foreldre⁴². Også EMK beskytter den universelle menneskerett om rett til familieliv i art. 8. I tråd med dette er utgangspunktet for barnevernets arbeid at barn skal vokse opp hos sine foreldre og at hjelp etter barnevernloven først og fremst skal gis for å bidra til at barn kan bo hjemme.

3.2 Det mildeste inngreps prinsipp

Loven bygger på det mildeste inngreps prinsipp, slik som på andre rettsområder som bygger på tvang, for eksempel psykisk helsevern. Prinsippet går ut på at man ikke skal iverksette mer omfattende tiltak enn det situasjonen krever. Prinsippet kommer til uttrykk flere plasser i loven, både på inngreps- og tiltakssiden. Stortingskomitéen⁴³ har understreket at “hjelp skal primært gis i hjemmet, og plassering skal være siste alternativ”. Også i praksis er prinsippet om mildeste inngrep blitt slått fast, jfr. Rt. 1982 s. 764 om “...at en bare i nødsfall bør skille barn fra foreldrehjemmet”. Prinsippet innebærer at plassering av barn utenfor hjemmet, bare skal foretas dersom tiltak i hjemmet er forsøkt og det er klart at slike tiltak ikke kan avhjelpe barnets situasjon, jfr. Bvl. § 4-4 femte ledd, § 4-12 annet ledd og § 4-25 første ledd.

EMD har i dom⁴⁴ Johansen mot Norge, som et ledd i fortolkning av EMK art.8 nr. 2, og som gjelder offentlig myndigheters inngrep i borgernes privatliv og familieliv, gitt uttrykk for “at overtakelsen av omsorgen for et barn normalt bør anses som et foreløpig tiltak som skal oppheves så snart omstendighetene tillater det, og at ethvert iverksettelsesvedtak når det gjelder midlertidig omsorg bør være i samsvar med det endelige mål som er å forene de biologiske foreldrene og barnet”. Altså ser man som en konsekvens av prinsippet, at heller

⁴² NOU 1985: 18 s. 156

⁴³ Innst. O. nr. 80 (1991-1992) s. 15

⁴⁴ 7. august 1996 (EMD-1996-17383) i sak 24/1995/530/616

ikke tiltak i form av omsorgsovertakelse skal gjøres mer omfattende enn nødvendig. Dette betyr at når det er fattet vedtak om omsorgsovertakelse, må det tas selvstendig stilling til hvor omfattende man kan gripe inn i samværsretten, jfr. bvl. § 4-19⁴⁵.

3.3 Legalitetsprinsippet

Legalitetsprinsippet er et forvaltningsrettslig prinsipp som innebærer at forvaltningen ikke kan gripe inn i borgernes alminnelige handlefrihet eller gi pålegg om plikter uten hjemmel i lov gitt av Stortinget.⁴⁶ Prinsippet er ikke lovfestet, men anses å ha grunnlovs rang i kraft av konstitusjonell sedvanerett. Legalitetsprinsippet skal forebygge vilkårlighet og overgrep fra det offentlige, og er en viktig del av vår rettsikkerhet.

Det er alminnelig enighet i norsk rettspleie at det er foreldrenes ansvar å oppfostre egne barn. I barnevernsaker blir det ofte fattet vedtak som rammer den enkeltes personlige integritet i stor grad. Som følge av legalitetsprinsippet vil det være nødvendig med hjemmel i lov for å begrense eller gjøre inngrep i foreldrenes rettssfære på dette området. Legalitetsprinsippet har i tillegg betydning som tolkningsprinsipp, ved at lovanvenderen må være forsiktig med utvidende og innskrenkende tolkning på området. Også analogier og antiteser må brukes med omhu. Legalitetsprinsippet setter altså grenser for hvor fritt lovens ordlyd kan tolkes. Dette vil også være tilfellet ved skjønnsutøvelsen av hva som er til barnets beste ved vedtak om samvær ved omsorgsovertakelse.

4 Omsorgsovertakelsen

4.1 Omsorgsansvar og foreldreansvar

En omsorgsovertakelse innebærer at barn flyttes bort fra foreldrene, på grunn av mangler ved hjemmet. En omsorgsovertakelse er et inngrep overfor foreldrene, hvor den offentlige

⁴⁵ Haugli, Trude (2000) s. 27

⁴⁶ Knoph (2004) s. 725

barneverntjenesten overtar ansvaret for oppveksten til barnet, mens ansvaret for den daglige omsorgen overtas av fosterforeldre eller en institusjon. Fosterforeldrene og institusjonene arbeider på vegne av barneverntjenesten. Statistikk viser at antall barn og unge plassert under omsorg har økt fra 8485 i 2011 til 8995 i 2012, som tilsvarer en økning på 6 prosent⁴⁷. Undersøkelsen er gjort på barn og unge i alderen 0-22 år, og økningen er den største på 5 år. Vi kan se at alle typer plasseringstiltak har økt, og særlig beredskapshjem, som er et alternativ som benyttes i akutt situasjoner inntil barnet overflyttes til fosterhjem eller til institusjon⁴⁸.

De biologiske foreldrene beholder foreldreansvaret etter vedtak om omsorgsovertakelse. Foreldre som har foreldreansvar har mulighet til å ta avgjørelser angående barnets religion og utdanning, og har et "absolutt veto" mot adopsjon, jfr. adl. § 7⁴⁹. Ved utformingen av 1992-loven ble det gjort et forslag av sosiallovutvalget om å oppheve skille mellom ansvarsovertakelse og omsorgsovertakelse. Bakgrunnen for dette forslaget var at det etter loven var uklart hvilke rettigheter og plikter foreldrene hadde overfor barnet etter en omsorgsovertakelse. Forskjellen mellom en overtakelse av foreldreansvaret og en overtakelse av omsorgen, er at foreldrene mister retten til å være foreldre til barnet ved en ansvarsovertakelse. Det vil si at en ansvarsovertakelse vil være mer inngripende enn en omsorgsovertakelse. Flertallet i komiteen⁵⁰ hevdet at et slikt skille ville vanskeliggjøre arbeidet for barneverntjenesten, ettersom foreldre kunne få større motstand mot å samarbeide dersom de ville miste foreldreansvaret. Dette kunne føre til at barneverntjenesten ville vente lengere med å gripe inn der hvor det var nødvendig, og ble ansett som uheldig i forhold til hensynet til barnets beste. Forslaget ble nedstemt og problemet ble løst ved en innføring av bvl. § 4-18 som gir nærmere retningslinjer for hvilke rettigheter foreldre, fosterforeldre og institusjoner skal ha når det gjelder spørsmål som ikke

⁴⁷ Ssb.no

⁴⁸ Barnevernet.no

⁴⁹ Adopsjonsloven 28. februar 1986 nr.8

⁵⁰ Innst.O.nr.80 (1991-1992) Under "komiteens merknader" til §4-12 (sammendrag-sidetall ikke oppgitt)

gjelder den daglige omsorgen. I någjeldende lov er det altså vedlikeholdt et skille mellom ansvarsovertakelse og omsorgsovertakelse, men innholdet i foreldreansvaret vil imidlertid endres etter en omsorgsovertakelse. Departementet har uttalt at der hvor det er tvil om hvorvidt konkrete spørsmål hører under foreldreansvaret eller den daglige omsorgen for barnet, bør tvilen normalt komme foreldrene til gode, altså at spørsmålet bør anses å høre under foreldreansvaret⁵¹. En omsorgsovertakelse vil alltid være et alvorlig inngrep overfor foreldrene, og vil også være dramatisk for barnet, derfor gjelder det som siste utvei, jfr. prinsippet om det mildeste inngrep og hovedhensynet om at hjelp primært skal gis i hjemmet.

Ved overprøving i domstolene har retten kompetanse til å prøve alle sider av saken, jfr. bvl. § 7-24 og tvl. § 36-5⁵². Som regel vil en omsorgsovertakelse allerede ha funnet sted før saken rekkes å komme til domstolene. Spørsmålet retten må vurdere blir derfor om barnet ut fra forholdene slik de er på domstidspunktet, fortsatt skal være under barnevernets omsorg. Dette ble slått fast i Rt.1982 s. 764. Dersom grunnlaget for å gripe inn endrer seg underveis i saken har domstolene rettslig adgang til å bygge på en annen begrunnelse enn den barneverntjenesten anvendte da vedtaket ble fattet, jfr. Rt. 1994 s. 1105. Dette ble begrunnet i domstolens vide kompetanse.

4.2 Rettslig grunnlag for omsorgsovertakelse

Paragraf 4-12 er hovedhjemmelen for omsorgsovertakelse. Omsorgsovertakelse kan også vedtas med hjemmel i § 4-8 overfor nyfødte og § 4-4 femte ledd som hjelpetiltak der foreldrene har samtykket, men disse tilfellene behandles ikke nærmere i denne oppgaven. Andre bestemmelser som er av direkte betydning i tilknytning til vedtak om omsorgsovertakelse er § 4-13 om frist for iverksetting, § 4-14 om plasseringsalternativer, §

⁵¹ Dep. brev BFD 18.10.93 ref 93/04286

⁵² Tvisteloven 17.juni. Nr.90. 2005

4-15 om plasseringssted for den enkelte sak, § 4-17 om flytting av barn under omsorg, § 4-18 om omsorgen i foreldrenes sted, § 4-19 om samvær etter omsorgsovertakelse (pkt. 5).

Bvl. § 4-12 gir adgang til å fatte vedtak om omsorgsovertakelse uten samtykke fra foreldrene, dersom visse vilkår er oppfylt. Paragraf 4-12 er en kan-regel med fire grunnvilkår i første ledd, og et tilleggsvilkår om nødvendighet i annet ledd. For at det skal være adgang til omsorgsovertakelse etter § 4-12 må minst ett av de fire alternative vilkår i første ledd være oppfylt, og i tillegg må nødvendighetskravet i annet ledd være oppfylt⁵³. Lovteksten ble endret fra de tidligere bestemmelsene etter 1953-loven §§ 16 og 19. Likevel er det klarlagt at prinsippene er de samme etter 1992-loven som i 1953-loven. Dette ble slått fast i forarbeidene⁵⁴. Forskjellen fra 1953-loven er at inngrepskriteriene i bokstav a-d er mer presist utformet⁵⁵. Bestemmelsen består fortsatt i stor grad av skjønn, og vilkårene i bokstav a-d overlapper hverandre på flere områder⁵⁶.

4.3 Bakgrunn og siktemål med omsorgsovertakelse

Bvl. § 4-14 angir fire uttømmende plasseringsalternativer⁵⁷. Innenfor de rammene gitt i § 4-14, regulerer § 4-15 barneverntjenestens konkrete valg av plasseringssted. Etter forslag fra barne- og familiedepartementet⁵⁸ ved utarbeidelse av 1992-loven, ble § 4-15 tredje ledd lovfestet. Denne bestemmer at barneverntjenesten må vedta en plan for den videre omsorgen av barnet allerede ved omsorgsovertakelsen. Barneverntjenesten pålegges etter tredje ledd å vedta en plan for omsorgssituasjonen i to omganger. Den første og foreløpige planen skal vedtas allerede ved omsorgsovertakelsen. En foreløpig plan er også forutsatt i bestemmelsens første ledd, da barneverntjenesten etter dette må ta stilling til

⁵³ Lindboe (2012) s. 84

⁵⁴ Ot. prp. nr. 44 (1991-1992) s.43 og Rt.1996 s.1203

⁵⁵ Tjomsland (2003) s. 24

⁵⁶ Tjomsland (2003) s. 24

⁵⁷ Lindboe (2012) s. 95

⁵⁸ Nå barne- likestillings- og inkluderingsdepartementet

plasseringssted, lengden av plasseringen og hvilken kontakt foreldrene skal ha med barnet. Den andre og fremtidsrettede planen skal vedtas innen lengstefristen på to år.

Haugli og Havik⁵⁹ mener at det ikke er holdepunkter for at barnet skal finne sin plass i fosterhjemmet før en plan om samværet blir utarbeidet. Tvert imot mener de at det er særlig viktig med god kontakt mellom foreldre og barn i den første tiden etter en omsorgsovertakelse. I praksis vil det særlig ved akutte omsorgsovertakelser, ofte gå litt tid før en videre plan om omsorgssituasjonen blir behandlet. Stortingskomiteen⁶⁰ presiserer derimot at det kan “være behov for å se saken noe an før man kan vedta en samlet plan for barnets fremtidige omsorgssituasjon”. Utfordringen i praksis vil bli å finne en trygg overgang for barnet med tilfredsstillende samværsomfang, samtidig som kritiske og/eller turbulente situasjonen får roet seg slik at det vil bli lettere å fastlegge hva som vil være det beste for barnet på lengere sikt. Det understrekes i forarbeidene viktigheten av at planen bygges på konkrete og fullstendige opplysninger, fordi man skal hindre raske endringer av planen. Bakgrunnen for å lovfeste § 4-15 tredje ledd var blant annet å fjerne noe av usikkerheten rundt en fosterhjemplassering⁶¹. Det kan by på problemer dersom de ulike parter i en omsorgsovertakelse har forskjellig oppfatning av innholdet i samværet og målet med omsorgsovertakelsen. Barn kan lett føle seg utrygge ved en så stor endring i livet som en omsorgsovertakelse medfører, dermed er det viktig å skape oversikt i en ellers usikker situasjon.

4.4 Vilkår

4.4.1 Omsorgssvikt

Første ledd bokstav a omfatter de tilfeller hvor det er mangler ved den daglige omsorg og der hvor det er mangler ved den personlige kontakt og trygghet som barnet trenger etter sin

⁵⁹ Haugli og Havik (2010)

⁶⁰ Innst. O. nr. 80 Under “komiteens merknader” til § 4-15 (sammendrag - sidetall ikke oppgitt)

⁶¹ Innst. O. nr. 80 Under “komiteens merknader” til § 4-15 (sammendrag - sidetall ikke oppgitt)

alder og utvikling. I forarbeidene⁶² uttrykkes det tydelig at ikke enhver mangel på omsorg kvalifiserer til en eventuell omsorgsovertakelse, og dette ble lovfestet med ordene “alvorlige mangler”. For at en omsorgssituasjon skal ha alvorlige mangler må situasjonen for barnet være klart uholdbar⁶³. I tillegg uttalte de at økonomiske problemer ikke kunne begrunne en omsorgsovertakelse alene dersom dette kunne avhjelpes med økonomisk stønad.

Årsaken til omsorgssvikt etter bokstav a kan skyldes foreldrenes personlige forutsetninger, f.eks. kan det dreie seg om alvorlige psykiske lidelser eller rusmisbruk. Sykdommen må medføre at vedkommende ikke er i stand til å gi tilstrekkelig daglig omsorg overfor barnet. Dersom barnet lever under slike omstendigheter vil det som regel vises ved at barnet har dårlig med klær, lite stell, dårlig hygiene, dårlig utvikling og lignende. Også manglende ivaretagelse av følelsesmessige behov, som trygghet og nærhet, rammes av bokstav a. Slik utrygghet kan f.eks. skapes av avvisning av barnet eller vold i hjemmet⁶⁴.

I tillegg til disse tilfellene, vil bokstav a regulere de saker som omhandler barn som ingen tar seg av. Hvorfor barnet er alene, er ikke relevant, det kan være flere forskjellige grunner, blant annet at foreldrene dør eller forsvinner. I disse tilfellene må bokstav a i første ledd sees i sammenheng med bl. § 38 som i første rekke regulerer hvem foreldreansvaret tilkommer ved dødsfall av de biologiske foreldrene. Dermed erstatter § 4-12 bokstav a den tidligere § 19 fra 1953-loven.

4.4.2 Særlige behov

Første ledd bokstav b rammer de tilfeller hvor barnet har særlige behov og hvor disse behovene ikke dekkes av foreldrene. Det kan f.eks. være at barnet trenger ekstra hjelp pga.

⁶² Ot. prp. nr. 44 (1991-1992) s. 110

⁶³ Linboe (2012) s. 85

⁶⁴ Innst. O. nr. 80 Under merknader til §4-12 (sammendrag - sidetall ikke oppgitt) og viser til Barnemishandlingsutvalgets oversikt over ulike typer omsorgssvikt i NOU 1982:26 s. 33

sykdom, funksjonshemming eller lignende. Her stiller altså loven opp et grunnlag der omsorgen på grunn av forhold hos barnet må være høyere enn ellers. Også tilfeller der barnet har alvorlige atferdsproblemer og derfor trenger spesiell behandling og opplæring, rammes av bokstav b⁶⁵. For at det skal være adgang til å vedta omsorgsovertakelse for barn i disse tilfellene, er det en forutsetning at man ikke kan anvende §§ 4-10 eller 4-11 om begrensede tvangstiltak⁶⁶. En av hensynene for å lovfeste § 4-10 var blant annet å hindre at alle slike tilfeller havnet under § 4-12 b, slik at en omsorgsovertakelse på grunnlag av barnets særlige behov kun skjer i de alvorligste tilfellene.

4.4.3 Mishandling

Første ledd bokstav c omfatter alle typer barnemishandling og overgrep i hjemmet. Eksempelvis fysisk og psykisk mishandling, vold, sjikane, trakassering og seksuelle overgrep. Her har lovgiver lagt fokus på selve handlingen, isteden for den generelle situasjonen for barnet. Tilfeller som rammes av bokstav c, kan ofte også rammes av bokstav a eller b⁶⁷. I forarbeidene kommer det klart fram at et enkeltstående overgrep ikke kvalifiserer til omsorgsovertakelse dersom barneverntjenesten likevel vurderer barnets omsorgssituasjon som tilfredsstillende⁶⁸. Dette tolker jeg som at selv de alvorligste overgrep ikke omfattes av bokstav c, dersom overgrepet kun har skjedd én gang, og at barnet ved en helhetsvurdering etter § 4-12 annet ledd befinner seg i en omsorgssituasjon som ikke omfattes av bokstav a. Dette betyr at bokstav c kan være overflødig i forhold til bokstav a. Likevel har lovgiver valgt å lovfeste bokstav c, for å dekke de tilfeller som ellers ville falt utenfor bokstav a. I tillegg har retten slått fast i Rt. 2002 s. 327 at det kun kan treffes vedtak om omsorgsovertakelse ut fra barnets aktuelle situasjon, og at det skal sees bort fra hendelser som neppe vil gjenta seg.

⁶⁵ Innst.o.nr. 80 Under merknader til §4-12 (sammendrag - sidetall ikke oppgitt)

⁶⁶ Innst.o.nr. 80 Under merknader til §4-12 (sammendrag - sidetall ikke oppgitt)

⁶⁷ Innst.o.nr.80 Under merknader til §4-12 (sammendrag - sidetall ikke oppgitt)

⁶⁸ Ot. prp. nr. 44 (1991-1992) s. 111

4.4.4 Fare for helse og utvikling

Første ledd bokstav d omfatter de tilfeller der barnet kan bli alvorlig skadet på grunn av foreldrenes omsorgsevne. Uttrykket “kan” i lovteksten viser at det må gjøres en fremtidsvurdering. Man må altså vurdere om en omsorgsovertakelse er nødvendig på grunn av at barnet fram i tid vil bli utsatt for fare eller skade. Tema for vurderingen er foreldrenes evne til omsorg, og ikke deres tilstand eller personlighetstrekk⁶⁹. Bestemmelsen er ment for å dekke de situasjoner hvor foreldrene er tilbakestående eller har alvorlige sinnslidelser og ikke er i stand til å dekke barnets behov på sikt⁷⁰. Bokstav d skiller seg fra bokstav a-c, ved at barnets nåtidssituasjon kan være tilfredsstillende, men at det ved en fremtidsvurdering av barnets omsorgssituasjon vil kunne føre til omsorgsovertakelse⁷¹.

4.4.5 Nødvendighetskravet

I tillegg til grunnvilkårene i § 4-12 er det i annet ledd et krav om at en inngripen må være nødvendig. Det er den aktuelle situasjon som barnet befinner seg i som er avgjørende. For eksempel kan det være slik at vedkommende som har mishandlet barnet har flyttet permanent ut fra hjemmet, slik at en omsorgsovertakelse ikke lenger er nødvendig. I nødvendighetskravet ligger at problemet ikke kan avhjelpes ved hjelpetiltak eller andre tiltak. Dette svarer til prinsippet om at det mildeste inngrep skal anvendes først, og at hjelp primært skal gis i hjemmet. Dersom det tidligere er forsøkt å skape et tilfredsstillende forhold for barnet med andre tiltak, uten hell, vil § 4-12 kunne anvendes. Annet ledd er en generell innskrenkning, som kan føre til at tilfeller som omfattes av første ledd faller utenfor bestemmelsen. Ofte vil det i praksis være tilstrekkelig å vurdere annet ledd først, for deretter å vurdere om ett av grunnvilkårene er oppfylt.

⁶⁹ Lindboe (2012) s. 88

⁷⁰ Ot. prp. nr. 44 (1991-1992) s. 42

⁷¹ Tjomsland (2003) s. 24

4.4.6 Tolkning

Flertallet i Stortingskomiteen⁷² uttaler at kriteriene for omsorgsovertakelse i § 4-12 må tolkes strengt. Dette kommer også av de motivene barneloven bygger på, nemlig at barn i utgangspunktet skal vokse opp hos sine foreldre. Barneverntjenesten kan altså ikke iverksette en omsorgsovertakelse på bakgrunn av at barnet ville fått det bedre hos fosterforeldre eller i institusjon enn hos de biologiske foreldrene. Grunnen til at vilkårene i § 4-12 tolkes strengt, er at en omsorgsovertakelse ofte vil oppfattes som svært inngripende både for foreldrene og for barnet.

Kravet til bevisstyrke kan variere i de enkelte ledd i en barnevernsak, og vilkårene er ofte sammensatte og skjønnspregede. I saker om omsorgsovertakelse er det flere vurderinger som skal gjøres, og flere har i juridisk teori⁷³ henført at det ikke er behov for et strengere beviskrav enn vanlig sannsynlighetsovervekt i de enkelte ledd i vurderingen. Beviskravet for om det foreligger en skaderisiko for barnet etter første ledd bokstav d er satt til “overveiende sannsynlig”. Samme beviskrav gjelder for § 4-8 om flytting av barn når barnet bor utenfor hjemmet og nyfødte, og for § 4-20 når det gjelder hensynet til barnets beste ved adopsjon. For at noe skal kvalifiseres som overveiende sannsynlig, må det foreligge en høy grad av sannsynlighet og over alminnelig sannsynlighetsovervekt⁷⁴. Det var foreslått å lovfeste formuleringen “åpenbart”, men ble i forarbeidene⁷⁵ endret til “overveiende sannsynlig”. Utenfor disse tilfellene er det i forvaltningsretten tilstrekkelig med alminnelig sannsynlighetsovervekt, dvs. at det mest sannsynlige faktum legges til grunn⁷⁶. Hensynet til barnets beste tilsier at man ikke kan legge et for strengt beviskrav, tilsvarende strafferetten, til grunn i barnevernsaker, ettersom man da ikke ville hatt adgang

⁷² Innst. O. nr. 80 (sammendrag - sidetall ikke oppgitt)

⁷³ Sandberg (2003) s. 250. Graver TfR (2004) s. 483. Ofstad og Skar (2013) s. 120. Lindboe (2012) s. 56

⁷⁴ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 39

⁷⁵ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 43

⁷⁶ H.P. Graver artikkel “bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten” TfR (2004)

til å gripe inn i tilfeller hvor mistanken var stor. Dette var også grunnen til at beviskravet i bokstav d ikke ble satt til “åpenbart”.

4.4.7 Skjønnsmessig helhetsvurdering

Etter at det er gjort en vurdering av nødvendighetsvilkåret, og en vurdering av grunnvilkårene, skal det i tillegg gjøres en helhetsvurdering av hensynet til barnets beste etter § 4-1. Denne avsluttende vurderingen kommer av § 4-12 første ledd ved formuleringen “Vedtak om å overta omsorgen av et barn *kan* treffes...”. Altså er det ikke klart at bestemmelsen skal anvendes selv om vilkårene er oppfylt, omsorgsovertakelsen må være til barnets beste. Denne helhetsvurderingen vil avhenge av en fremtidsvurdering, jfr. Rt. 1987 s. 578 på s. 584. Dommen presiserer også at den avsluttende vurderingen må inneholde barnets hele faktiske omsorgssituasjon. Det vil si at alle sider og omstendigheter rundt barnet må vurderes i forhold til den fremtidige utviklingen.

5 Samværsretten

5.1 Hovedregel og rettslig grunnlag

Hovedregelen er at alle barn og foreldre har rett til samvær med hverandre. Dette klare utgangspunktet er hjemlet i bvl. § 4-19 første ledd “Barn og foreldre har, hvis ikke annet er bestemt, rett til samvær med hverandre”. Bestemmelsen er ny etter barnevernloven av 1992⁷⁷, og styrker det biologiske prinsipp. Bestemmelsens første ledd har selvstendig betydning i saker der hvor foreldrene frivillig plasserer barnet utenfor hjemmet⁷⁸, eksempelvis etter § 4-4 femte ledd som hjelpetiltak eller som atferdstiltak. Det er etter ordlyden i første ledd noe uklart om retten til samvær også gjelder der det er gjort et vedtak om omsorgsovertakelse⁷⁹. Loven tyder imidlertid på at første og annet ledd må sees i

⁷⁷ NOU 1985:18 s.167

⁷⁸ Haugli og Havik (2010) s. 27

⁷⁹ Haugli (2000) s. 143

sammenheng, og at annet ledd må tolkes i lys av det grunnsyn som kommer til uttrykk i første ledd⁸⁰. De nærmere reglene i samværsretten etter § 4-19 annet ledd gjelder ved omsorgsovertakelser etter § 4-12, og kommer ikke direkte til anvendelse i saker der foreldrene frivillig har plassert barnet utenfor hjemmet. Dette betyr at fylkesnemndas regulering av samværsretten forutsetter vedtak om omsorgsovertakelse⁸¹. Samværsretten er en rett både for foreldrene og for barnet⁸². Hver part har rett til å tilbringe tid med den annen part. Retten til samvær er altså et overordnet prinsipp, og gjelder i alle situasjoner, men reguleringen av samværsretten der foreldrene fortsatt har den formelle omsorgen for barnet, er det foreldrene selv som råder over. Samværets omfang vil i disse sakene avhenge av hva de berørte partene blir enige om. Dersom samvær i disse tilfellene er nektet etter andre bestemmelser, for eksempel etter bl. § 43, gjelder nektelsen også i situasjoner hvor den andre forelder frivillig plasserer barnet utenfor hjemmet, jfr. § 4-19 første ledd “når ikke annet er bestemt”. I saker etter § 4-6 om midlertidige vedtak i akutsituasjoner og § 4-9 om foreløpige vedtak etter § 4-8, er det i den enkelte paragraf bestemt at det kan treffes henholdsvis midlertidige og foreløpige vedtak etter § 4-19.

1953-loven hadde ingen bestemmelse som fremmet det formål at foreldrene og barnet skulle holde kontakten etter omsorgsovertakelse, og heller ingen regler som påla barneverntjenesten å tilrettelegge muligheten for en tilbakeflytting av barnet. Sosiallovutvalget⁸³ sammenlignet norsk rett med dansk og svensk rett, og diskuterte hvordan 1992-loven skulle utformes med tanke på fastsettelsen av de ulike reglene som omhandlet samværs spørsmålene. Tema for diskusjonen var hvordan man ser på omsorgsovertakelsen, som en kortvarig krisehjelp eller som et tiltak som forutsetter å etablere en varig endring⁸⁴. Ett av spørsmålene var om man skulle fastsette en

⁸⁰ Haugli (2000) s.143

⁸¹ Ofstad og Skar (2013) s.156

⁸² Ofstad og Skar (2013) s. 157

⁸³ NOU 1985:18 s. 167-168 og s. 161-163

⁸⁴ Haugli (2000) s. 144-145

tidsavgrensning ved en ansvarsovertakelse. Flere faktorer talte for at det ikke burde lovfestes en generell regel om tilbakeføring av barnet, blant annet at ansvarsovertakelser sjelden forekommer i norsk rett. Likevel argumenterte de for at det burde lovfestes en regel om rett til samvær. De ville altså ha en hovedregel om samvær, men ikke slik at barneverntjenesten har plikt til å arbeide for at samværet opprettholdes i et omfang som bidrar til å tilrettelegge forutsetningene for en tilbakeføring. Hovedgrunnlaget for retten til samvær som sosiallovutvalget⁸⁵ framhevet var at “det er alminnelig akseptert at det generelt er et gode for barnet å ha kontakt også med de biologiske foreldrene”. Det er altså av hensynet til barnet og det biologiske prinsipp som er det bærende verdigrunnlaget for retten til samvær, ikke hensynet til en planmessig tilbakeføring. På bakgrunn av forskning, som viste at samvær med biologiske foreldre ofte er svært viktig for barn, foreslo barne- og familiedepartementet⁸⁶ en lovfestet samværsrett⁸⁷. Forslaget svarte altså til Sosiallovutvalgets forslag om samvær, men det ble lagt fokus at retten til samvær i grunn bygget på hensyn til barnet, og at barnets rett skulle tydeliggjøres i lovteksten. Forskningen det ble vist til viste at barn har behov for samvær, både på grunn av den følelsesmessige tilknytning til foreldrene og for at barnet skulle få en kontinuitet i livet⁸⁸.

Etter § 4-19 annet ledd skal det tas standpunkt til omfanget av samværet eller om det skal nektes samvær, når det er fattet vedtak om omsorgsovertakelse. Samværsretten er en rettighet, og begrensninger i samværet sees derfor på som begrensning som må begrunnes⁸⁹. Desto mer samværsretten begrenses, desto sterkere må grunnene være. Fylkesnemnda kan også bestemme at barnet skal holdes på skjult adresse overfor foreldrene. Å holde barnet på skjult adresse er et omfattende inngrep, og det vil som regel foreligge spesielle forhold til grunn for avgjørelsen. Årsaken(e) til at barn holdes på skjult

⁸⁵ NOU 1985:18

⁸⁶ Nå kalt barne- likestillings- og inkluderingsdepartementet

⁸⁷ Ot. prp. nr. 44 (1991-1992) s. 52

⁸⁸ Ot. prp. nr. 44 (1991-1992) s. 52

⁸⁹ Ofstad og Skar (2013) s. 159

adresse kan være ulike. Typisk vil det være at det er fare for at foreldrene utøver vold overfor fosterhjemmet⁹⁰, dette var tilfellet i avgjørelsen om skjult adresse i FNV-2002-30-TRO⁹¹. Hensynet til muligheten for adopsjon kan også begrunne å holde barnet på skjult adresse.⁹²

5.2 Samværsrett som menneskerettighet

Viktigheten av samværsretten har også støtte i internasjonal rett. Retten til samvær er solid forankret i FNs barnekonvensjon, og i EMDs tolkning av EMK. I denne sammenheng er bk art. 9 nr. 3 særlig viktig. Bestemmelsen fastsetter en rett for barnet til å “...opprettholde personlig og direkte kontakt med begge foreldrene regelmessig”. Bestemmelsen må tolkes i lys av formålet med konvensjonen, nemlig å sikre barns rettigheter. Samværsretten er etter dette en grunnleggende rett for barn. Særlig viktig er også EMK art. 8 om respekt for familieliv. EMD har uttrykt at samværsretten utgjør en vesentlig del av ethvert samværliv⁹³. I sak inntatt i Rt. 2003 s. 425 fastslo Høyesterett at fastsettelsen av samvær med biologiske foreldre måtte være i samsvar med EMK art. 8 og den praksis som gjelder i EMD i tilknytning til denne bestemmelsen.

5.3 Samværsnekt

Ordlyden i § 4-19 gir fylkesnemnda adgang til å nekte samvær dersom dette er til barnets beste. Samvær med barnet kan nektes overfor den ene eller begge foreldrene. Spørsmålet er hvor streke grunner som kreves for å nekte samvær. Loven gir ingen holdepunkter for hvor mye som skal til for at samvær kan nektes, men ut fra det verdigrunnlag loven bygger på, må man kunne stille krav om en kvalifisert overvekt av ulemper før man kan legge til

⁹⁰ Haugli (2000) s. 230

⁹¹ Inngår ikke i mitt utvalg av fylkesnemndsaker

⁹² NOU 1985:18 og Haugli (2000) s. 147

⁹³ Haugli og Havik (2010) s. 28

grunn at samværsnekt vil være det beste for barnet⁹⁴. Sosiallovutvalget pekte på at samværsnekt kunne være aktuelt der hvor foreldrene har vansker for å akseptere ansvarsovertakelsen og barnet havner i en dragkamp mellom foreldrene og fosterforeldrene⁹⁵. Utenom dette utdyper ikke forarbeidene når det er aktuelt å nekte samvær i barnevernsaker.

Domstolen har slått fast at en langsiktig omsorgsovertakelse i seg selv ikke er tilstrekkelig til å nekte samvær⁹⁶. EMD uttalte i Adele Johansen-dommen at det er adgang til samværsnekt med den begrensning at: “Slike tiltak bør bare anvendes i ekstraordinære tilfelle og kan bare rettfærdiggjøres hvis de er motivert av et dominerende hensyn til barnets beste”. I saken ble norske myndigheter dømt for brudd på EMK art.8 (2) om rett til respekt for familieliv, blant annet for å nekte Adele Johansen samvær med sin datter som ble tatt under omsorg ved fødselen, fordi dette ikke samsvarte med et dominerende hensyn til barnets beste. Dette innebærer at spørsmålet om samvær etter omsorgsovertakelse må prøves etter EMK art.8 og at inngrep må være i samsvar med lov og nødvendig i et demokratisk samfunn.⁹⁷ For å begrense samværsretten så sterkt som til 2 timer pr. år, har høyesterett i Rt. 2001 s.14 på side 24 vist til EMK og uttalt at det kreves “særlige grunner” eller “sterke grunner”. For å nekte samvær helt, har høyesterett i Rt. 2002 s. 908 på side 913 uttalt at “det kreves spesielle og sterke grunner”.

Tilfeller som kan føre til samværsnekt kan være at foreldrene ikke gir barnet rom til å knytte seg til fosterforeldrene eller tilfeller der hvor det er fare for at foreldrene rømmer med barnet. Dersom årsaken til omsorgsovertakelsen er at barnet har vært utsatt for seksuelle overgrep eller annen mishandling, eller det er mistanke om dette, og det er mulig at barnet kan bli utsatt for tilsvarende mishandling under samværet, taler dette for at

⁹⁴ Haugli (2000) s. 216

⁹⁵ NOU 1985: 18 s. 168

⁹⁶ Rt. 1998 s. 787

⁹⁷ Lindboe (2012) s. 114

samværet bør nektes helt⁹⁸. Dette har støtte i flere kjente saker om samvær etter barneloven, for eksempel Rt. 1990 s. 239. I dommen ble det fastslått at det kan ikke tas noen risiko for at barnet kan bli utsatt for seksuelle overgrep selv der hvor slikt misbruk ikke er bevist, samvær ble nektet. Barn må ha samme beskyttelse mot slike overgrep også i saker etter barnevernloven. Det er klart at det i alle fall ikke kan stilles et strengere beviskrav enn vanlig sannsynlighetsovervekt for å nekte samvær etter barnevernloven, jfr. Rt. 2004 s. 1046. Det kan også hevdes at beviskravet etter gjeldende rett er lavere enn vanlig sannsynlighetsovervekt i slike saker⁹⁹. I en nyere dom etter barneloven¹⁰⁰, ble mors motforestillinger til samvær mellom deres datter på 5 år og far, tatt til følge. Mor mente at far hadde utsatt hennes første datter (som hadde en annen far) for seksuelle overgrep, på grunn av barnets uttalelser om dette. Han var siktet for overgrepet, men saken ble henlagt på grunn av bevisets stilling. Mor var redd for hvilken risiko samvær ville utgjøre for jenta, og reaksjonene dette ville medføre for hennes første datter. Retten la vekt på den risiko og uro samvær ville utsette jenta for, og to sakkyndiges rapporter som begge hevdet at nektelse av samvær var det beste for barnet. Retten la også vekt på hvilken belastning samvær ville påføre mor og hennes ivaretagelse av omsorgen for barna, med henvisning til Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) og tidligere dom inntatt i Rt. 2007 s. 967. Samvær ble nektet. I enkelte saker kan det til tross for at barnet kan ha blitt utsatt for mishandling eller seksuelle overgrep, være til barnets beste med samvær på grunn av barnets tilknytning til foreldrene¹⁰¹. Dette forutsetter at samværene skjer under trygge rammer med tilsyn. I dom referert i Rt. 2003 s.754, som gjaldt anke over feil ved lagmannsrettens bevisbedømmelse eller rettsanvendelse i forbindelse med en midlertidig avgjørelse om hvor barnet skulle bo og omfanget av samværsrett etter barneloven, ble mors beskyldninger om at far hadde utsatt deres felles datter for seksuelle overgrep ikke tatt til følge. Retten kom til at beskyldningene var grunnløse, og ikke at slike beskyldninger ikke i seg selv kunne være til

⁹⁸ Haugli (2000) s.301

⁹⁹ Lindboe (2012) s. 62 og 117

¹⁰⁰ Rt. 2013 s. 835

¹⁰¹ Haugli (2000) s. 301-302

hinder for at omsorgen midlertidig ble lagt til ham. Det ble imidlertid fremholdt at barnet selv hadde kommet med uttalelser som kunne indikere at hun kan ha vært utsatt for seksuelle overgrep fra far. Etter mitt syn er det betenkelig at retten ikke undersøkte barnets uttalelser nærmere, ettersom at det kunne gi et klarere bilde på om det forelå en reel risiko for seksuelle overgrep.

Indikasjonene for samværsnekt vil oftest være knyttet til forhold ved foreldrene, men også barnets reaksjoner på foreldrene og samværene vil kunne gi indikasjoner på samværsnekt¹⁰². Ofte vil barnets syn, jfr. Bvl. § 6-3, være et sentralt moment ved avgjørelse om samvær skal nektes. Dersom barnet blir tvunget til samvær der hvor barnet har vist en klar mening ved å motsette seg samvær, vil barnet kunne føle seg oversett av beslutningstakerne¹⁰³. Et eksempel på hvor barnets mening ble avgjørende for samværsnekt er dom i Rt. 2004 s. 1046. En 8 år gammel jente som var i fosterhjem, motsatte seg samvær med foreldrene, samvær ble nektet i samsvar med jentas syn. Et annet vurderingstema i dommen var spørsmålet om hvor stor påkjenning man kan akseptere at samværet medførte hos barnet. Dette ble avveid mot foreldrenes interesser, hvor retten fant at foreldrenes interesser måtte vike på grunn av at påkjenningene for barnet måtte antas å bli for store.

Når fylkesnemnda er gitt myndighet til å helt avskjære samvær, må fylkesnemnda også ha myndighet til å stille visse vilkår for samværet¹⁰⁴. Dette forutsetter krav til saklighet og proporsjonalitet i forhold til restriksjonens art, og det må foreligge konkrete og tungtveiende grunner som tilsier at vilkåret er nødvendig med hensyn til barnet¹⁰⁵.

¹⁰² Haugli og Havik (2010) s.126

¹⁰³ Fritz Leo Breivik og Kate Melivk s. 156 jfr. Rød mfl. 2008:558

¹⁰⁴ Ofstad og Skar (2013) s. 162

¹⁰⁵ Haugli (2000) s. 220

6 Prinsippet om barnets beste i forbindelse med samvær, knyttet til fylkesnemndspraksis.

6.1 Omfanget av samvær

Barnevernloven sier lite om hvor omfattende samværet skal være. Barneloven § 43 annet ledd angir hva som anses som “vanleg samværsrett” i saker som gjelder samvær i forbindelse med saker etter barneloven. Det ble imidlertid fastslått i Rt. 1996 s 1684 at de hensyn som gjør seg gjeldende ved fastsettelse av samværets omfang i saker etter barnevernloven, kan til dels være andre enn i forbindelse med fastsettelse av samvær etter barneloven. Dette betyr at barnelovens regler om regulering av samværsomfanget i § 43 ikke direkte kan overføres til å gjelde i saker etter barnevernloven. Når barnevernloven ikke gir noen retningslinjer for hva som er “vanlig samvær” slik som barneloven, er dette et bevisst valg fra lovgivers side. Lovgiver ønsket ikke å oppstille en slik norm, på grunn av sakenes karakter og sakenes formål¹⁰⁶. I saker om samvær ved omsorgsovertakelser vil det være avgjørende at den skjønnsmessige vurderingen ikke har for stramme føringer for at reglene skal tilpasses best mulig til den enkelte sak. Avgjørelsen må ta utgangspunkt i to forhold som må veies mot hverandre¹⁰⁷. Det ene er årsaken til at det foretas en omsorgsovertakelse, nemlig at foreldrenes omsorgsevne ikke er tilfredsstillende og at deres omsorg blir ansett for å kunne utsette barnet for skade og risiko. Hensikten med omsorgsovertakelse er å beskytte barnet mot den behandling som barnet tidligere er blitt utsatt for. Det andre forholdet er at barn som oftest er svært knyttet til sine foreldre, uavhengig av hva foreldrene har utsatt barnet for. Med dette vil begrenset samvær kunne medføre at barnet opplever sorg, men beskytter det mot svikende omsorg. Motsatt vil omfattende samvær minske sorgen, men utsette barnet for fortsatt svikende omsorg.

Ved vurderingen av barnets beste kommer også prinsippet om forholdsmessighet inn. I samværsaker vil det gå ut på at de offentliges restriksjoner må stå i et rimelig forhold til

¹⁰⁶ Haugli (2000) s. 136

¹⁰⁷ Haugli og Havik (2010) s. 81-82

formålet med omsorgsovertakelsen. En viss forholdsmessighetsvurdering vil også kunne gjøres i samspill med legalitetsprinsippet. Legalitetsprinsippet (ref. pkt. 3.3) kan føre til at restriksjoner gitt av hensyn til barnets beste, kan være så uforholdsmessig inngripende overfor foreldrene at de ikke kan opprettholdes. Forholdsmessighetsvurderingen er også av betydning ved EMDs praktisering av EMK art. 8 (2) som bestemmer at et inngrep i art. 8 (1) må være i samsvar med loven og være nødvendig i et demokratisk samfunn.

Fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker er et uavhengig og frittstående forvaltningsorgan. Det er fylkesnemnda som fastsetter omfanget av samvær for barn som er under barnevernets omsorg, jfr. § 4-19. Dette innebærer at det er fylkesnemnda som skal ta stilling til hyppigheten og varigheten av samværet. Det praktiske innholdet i samværet kan fylkesnemnda overlate til kommunen ved barneverntjenesten. Barneverntjenesten kan praktisere mer omfattende samvær enn hva som er bestemt av fylkesnemnda, men bare dersom dette ikke er i strid med de forutsetninger som fylkesnemnda har lagt til grunn ved avgjørelsen av samværsomfanget. Det er imidlertid viktig å huske at en eventuell utvidelse av samværet ikke er en rett for foreldrene, og at barneverntjenesten senere kan redusere samværet ned til det omfang som ble fastsatt av fylkesnemnda¹⁰⁸. Samværsomfanget som fastsettes av fylkesnemnda er altså et minstekrav som foreldrene har rett til, og en eventuell endring av dette forutsetter at saken legges frem for fylkesnemnda for ny vurdering av samværsomfanget. Overprøving av fylkesnemndas vedtak skjer ved domstolene. Helt unntaksvis forekommer det at barneverntjenesten avslutter samvær ved påberopelse av nødrett, dersom de ser situasjonen slik at samvær ikke kan gå som vedtatt fram til en eventuell ny overprøving av fylkesnemnda.

6.2 Biologiske prinsipp i vurdering av samvær

Hovedregelen om samværsretten i § 4-19 første ledd bygger på det biologiske prinsipp. Et prinsipielt viktig spørsmål er hvor stor vekt biologiske forhold skal ha ved fastsettelse av

¹⁰⁸ dep.brev BFD 09.05.03 ref. 03/00419

samværets omfang. I forarbeidene heter det at “Det er alminnelig akseptert at det generelt er et gode for barnet å ha kontakt også med de biologiske foreldrene, og dette bør være lovens utgangspunkt”¹⁰⁹. Dette taler for at de biologiske bånd bør vektlegges sterkt. I tråd med dette ser man at samvær benyttes i større grad og omfang i nyere tid, i forhold til tidligere¹¹⁰. Likevel viser nyere psykologisk teori at samvær i noen tilfeller kan være uheldig for barnet¹¹¹. Om samvær med de biologiske foreldrene vil være et gode for barnet må avgjøres ut fra barnets konkrete livssituasjon. Der hvor det biologiske prinsipp og hensynet til barnets beste er i motstrid, kan hensynet til barnets beste i visse tilfeller begrunne at det biologiske prinsipp tilsesettes eller at det iverksettes begrensninger i det. På denne måten kan hensynet til barnets beste ha stor selvstendig betydning ved siden av det biologiske prinsipp¹¹². Det biologiske prinsipp i saker om samvær etter omsorgsovertakelse er behandlet i NOU 2012: 5¹¹³, hvor det foreslås at barnevernloven får ny ordlyd som fremhever det utviklingsfremmende tilknytningsprinsippet. Dette ville innebære en rett for barnet med samvær med støttende tilknytningspersoner, hvor samværskrav fra personer i barnets slekt vil måtte underordnes denne hovedvurderingen¹¹⁴.

6.3 Hvordan momentene i barnets beste–vurderingen blir lagt til grunn i forbindelse med avgjørelser om samvær

6.3.1 Generelt

Den viktigste og klareste retningslinjen for hvilke hensyn som er sentrale ved avgjørelsen av omfanget av samværet gis i bvl.§ 4-1 og FNs bk art. 3. Etter § 4-1 skal det legges avgjørende vekt på hva som er til beste for barnet ved anvendelse av bestemmelsene i

¹⁰⁹ NOU 1985:18 s.168 andre avsnitt

¹¹⁰ NOU 2000: 12 s. 155

¹¹¹ Nisja (2004) s. 105

¹¹² Lindboe (2012) s. 50

¹¹³ Side 102 flg.

¹¹⁴ NOU 2012: 5 s. 114

kapitlet. Altså vil hensynet til barnets beste være et sentralt og utslagsgivende moment i skjønnsutøvelsen vedrørende fastsettelsen av samværets omfang. Det ble uttalt av retten i Rt. 2003 s. 425 at vurderingen av hvilket omfang samværet skal ha “vil bero på et bredt og sammensatt skjønn, som i første rekke baserer seg på hva som er til beste for barnet, jfr. barnevernloven § 4-1”. Vurderingen av hva som er barnets beste i det konkrete tilfellet består av flere ulike momenter, men det avgjørende er vurderingen av barnets situasjon som helhet¹¹⁵. Når hensynet til regelen om samværsrett så klart baserte seg på fordeler for barnet og ikke for foreldrene, taler dette for at det er barnet som står i sentrum ved vurderingen av omfanget av samvær og om samvær skal nektes eller ikke. Til tross for dette er det viktig å huske at samværsretten i tillegg til å være en rett for barnet, også er en rett for foreldrene. Dette betyr at det vil kunne fastsettes samvær selv om samværet ikke ansees som et aktuelt gode for barnet¹¹⁶. Forutsetningen er at samværet ikke er skadelig eller utviklingshemmende for barnet. Dersom hensynet til foreldrene og hensynet til barnet står i motstrid, vil imidlertid hensynet til barnet være avgjørende for det samvær som fastsettes.

6.3.2 Forhold ved barnet

Forhold ved barnet vil kunne gi noen retningslinjer for hva som er barnets beste i den enkelte sak. Barnets personlige egenskaper, samt barnets alder og utvikling vil være viktig å kartlegge i saker der samværets omfang skal avgjøres. Også barnets mening og reaksjoner vil være en viktig faktor ved vurderingen. Barnets mening og reaksjoner behandles i punkt 4.3.3.

Barnets personlige egenskaper vil kunne gi et bilde av hva som er det beste for barnet i avgjørelser om samvær. Med barnets personlige egenskaper mener jeg barnets sårbarhet, biologiske konstitusjon, ressurser, styrker, svakheter og lignende faktorer som kan fortelle

¹¹⁵ Nisja (2004) s.104

¹¹⁶ Ofstad og Skar (2013) s. 157

noe om hvem barnet er, hvordan barnet har det og hvilke behov barnet har. Praksis på området har blitt kritisert for manglende kartlegging av barnets personlige egenskaper¹¹⁷. En viktig side av å gjøre barna synlig i disse saker er å se barnet som et hele og beskrive barnets forhold i situasjonen.

Barnets alder er en viktig faktor i avgjørelsen om hva som er det beste for barnet vedrørende samværs spørsmålet. Forskning viser at yngre barn, med alder fra ca. 0–8 år, har større behov for stabilitet i forhold til omsorgspersoner enn eldre barn, med alder fra ca. 8–18 år¹¹⁸. Dette har to sider, på den ene siden kan det tale for at små barn bør få hyppige samvær med sine biologiske foreldre for å beholde den etablerte kontakten, mens eldre barn ikke trenger samvær i like stor omfang. På den andre siden kan det tale for at små barn ikke bør ha for omfattende samvær med foreldrene, men heller etabler en trygg tilknytning til fosterforeldrene. Og at eldre barn kan ha større behov for samvær med sine foreldre ettersom primærtilknytningen allerede er godt etablert, slik at barnet følelsesmessig er mer tilknyttet foreldrene enn et ungt barn vil være. Praksis viser at yngre barn generelt har mindre samvær med sine biologiske foreldre enn eldre barn¹¹⁹. Grunnen til at små barn ofte får mindre samvær, kan være at de krever beskyttelse i større grad på grunn av at de er mer sårbare enn eldre barn, og at eldre barn lettere kan beskytte seg selv. Når de strengeste restriksjonene pålegges samvær med de minste barna, kan det også begrunnes med at det kun er i de alvorligste tilfellene at barnevernet overtar omsorgen for helt små barn, og at det er denne alvorligheten og ikke barnets alder som er årsaken til de strenge begrensningene¹²⁰. Andre grunner til at alder er av betydning er at unge barn vil knytte seg fortere til nye omsorgspersoner enn eldre barn¹²¹. I tillegg vil et bestemt tidsrom oppleves

¹¹⁷ Haugli (2000) s. 268

¹¹⁸ Bunkholdt og Sandbæk (2013) s.65

¹¹⁹ Nisja (2004) s. 124

¹²⁰ Haugli (2000) s. 289

¹²¹ Haugli og Havik (2010) s. 94

lengere for et lite barn enn for et eldre barn. Dette tyder på at det kan være spesielt viktig å avklare omsorgssituasjoner overfor unge barn tidlig i prosessen.

Også barnets utvikling er et viktig vurderingstema ved avgjørelsen av samværsomfanget. Spørsmålet blir om samværet med de biologiske foreldrene vil være utviklingsfremmende eller utviklingshemmende for barnet¹²². Hensynet til barnets utvikling støttes av høyesterettspraksis¹²³. Hensynet ble fremhevet i Raundalenutvalget, hvor utvalget foreslo ny ordlyd for lov om barneverntjenester for å ivareta det utviklingsfremmende tilknytningsprinsippet¹²⁴. Utvalget mente at det avgjørende må være kvaliteten på samværene¹²⁵. Dersom samværene vil være utviklingshemmende for barnet, vil målet med samværene være å gi barnet kjennskap til sitt biologiske opphav, heller enn å beholde de følelsesmessige bånd og tilknytning til dem. I disse tilfeller vil begrenset samvær, i et fremtidsperspektiv, være til det beste for barnet.

6.3.2.1 Fylkesnemndpraksis - forhold ved barnet.

I de 39 fylkesnemndavgjørelsene jeg har gjennomgått, har barnets behov vært et sentralt moment. Barnets egenskaper blir gjennomgående vurdert i forhold til hvilke behov barnet har. En faktor som ofte går igjen er om barnet er sårbart, og om barnet i så fall har behov for ro og stabilitet i omsorgen. Dette var tilfellet blant annet i FNV-2003-143-BUS, som gjaldt endring av samvær mellom en gutt på 7 år og hans mor. Gutten var plassert i fosterhjem allerede da han var 9 måneder gammel. Mor manglet fundamental omsorgsevne, og gutten hadde som følge av dette en alvorlig kontaktskade. Nemnda uttalte at “Disse problemene medfører at gutten har et sterkt behov for trygghet og forutsigbarhet, hvor det antagelig er særlig viktig å trygge ham i hans tilknytning til fosterforeldrene. Tatt i betraktning at han også synes å være et svært sårbart barn, anser fylkesnemnda det av

¹²² Haugli og Havik (2010) s. 95

¹²³ Rt. 2003 s. 425 pkt.45

¹²⁴ NOU 2012:5 s. 114

¹²⁵ s. 113

vesentlig betydning at han får mest mulig stabile forhold, hvor det i størst mulig grad unngås at han utsettes for følelsesmessige belastninger”. Nemnda kom til at en redusering av samværsomfanget var til beste for gutten, og besluttet samvær 2 ganger i året à 2 timer med tilsyn, i henhold til barneverntjenestens forslag. Vedtaket innebar betydelig mindre samvær enn foreslått av mor, som ønsket samvær 11 ganger i året uten tilsyn.

Når det kommer til barnets alder, har jeg delt opp det samlede utvalget av fylkesnemndvedtak i fire grupper. Første gruppe på 0-5 år (gruppe 1) gjelder for 13 av sakene¹²⁶, andre gruppe på 6-12 år (gruppe 2) gjelder for 17 av sakene¹²⁷, tredje gruppe på 13-18 år (gruppe 3) gjelder for 5 av sakene¹²⁸ og siste gruppe er saker med flere barn som aldersmessig går utover delingen (gruppe 4) som gjelder for 4 av sakene¹²⁹. Variasjonen på samvær som er fastsatt innenfor de ulike gruppene er stor. I gruppe 1 er det fastsatt samvær alt fra to ganger i året à én time¹³⁰, til én gang i måneden hver for begge foreldrene¹³¹. For gruppe 1, synes nemnda samlet sett å legge vekt på at samværene må være hyppige nok til at barnet husker foreldrene, og at samværene ikke skal vare lenge i tid, jfr. bla. 2008-134-MRO og 2009-62-AGD. I gruppe 2 er det fastsatt samvær alt fra ett dagssamvær i året¹³², til én helg i måneden (uten overnatting) pluss én ettermiddag i måneden for far og to samvær i måneden à tre timer for mor¹³³. I gruppe 3 er det fastsatt samvær alt fra to ganger i året à tre timer¹³⁴ til én gang hver uke à to timer¹³⁵. Det at variasjonen er så stor, kan tyde

¹²⁶ 2003-193-TRL, 2005-102-HSF, 2007-159-ROG, 2007-37-HSF, 2008-124-BUS, 2008-55-AGD, 2007-143-OPP, 2009-62-AGD, 2008-134-MRO, 2011-119-AGD, 2011-43-AGD, 2012-155-AGD, 2012-671-OSL

¹²⁷ 2002-3-ROG, 2003-110-NOR, 2003-143-BUS, 2003-224-TRL, 2005-153-HSF, 2006-98-ROG, 2006-65-OST, 2007-253-BUS, 2007-132-AGD, 2009-91-MRO, 2012-236-AGD, 2010-201-AGD, 2011-183-AGD, 2012-320-HSF, 2013-101-AGD, 2012-469-ROG, 2012-296-AGD

¹²⁸ 2004-111-TRO, 2004-102-ROG, 2006-209-ROG, 2006-181-ROG, 2010-193-AGD

¹²⁹ 2002-148-NOR, 2002-14-HSF, 2005-128-HSF, 2012-172-TRO

¹³⁰ 2008-124-BUS

¹³¹ 2008-55-AGD

¹³² 2003-110-NOR

¹³³ 2013-101-AGD

¹³⁴ 2006-181-ROG

på at hensynet til barnets alder ikke veier særlig tungt i forhold til de andre momentene. Imidlertid får jeg inntrykk av at barnets alder gjennomgående er et sentralt moment og vektlegges tungt, men at det er innholdet av *hvordan* barnets alder spiller inn på hensynet til barnets beste som er ulikt i den konkrete sak på grunnlag av andre egenskaper hos barnet og andre forhold. Med andre ord er barnets alder et sentralt moment, men vil kunne ha ulikt innhold i saker hvor barna er like gamle, på grunn av momentets samspill med andre sentrale hensyn. Eksempelvis i FNV-2012-155-AGD og FNV-2012-671-OSL hvor barna var henholdsvis 2 og 3 år gamle. I sak nr. 155 ble det fastsatt samvær tre ganger i året à to timer, mens det i sak nr. 671 ble fastsatt samvær tilsammen fjorten ganger i året på fire og to timer. Avgjørende for at det ble fastsatt betydelig mer samvær i sak nr. 671 var at plasseringens varighet var uavklart, mens sak nr. 155 gjaldt en langvarig plassering uten utsikter for tilbakeføring. Barnets alder får her ulikt innhold for hva som blir barnets beste i den enkelte sak. I sak nr. 671 tilsier barnets alder at det er best for barnet med hyppige samvær for å opprettholde den etablerte tilknytningen til mor. I sak nr. 155 tilsier derimot barnets alder at det beste for barnet er få samvær for å ikke forstyrre tilknytningen til fosterfamilien. Sakene viser at barnets alder blir vektlagt, men i ulike retninger i forhold til samværsomfanget. Jeg vil også vise til to saker fra gruppe 4. I hver sak dreier vedtaket seg om 4 søsken. I sak FNV-2002-148-NOR ble det fastsatt like mye samvær for alle barna. Til tross for at det eldste barnet var 11 år og det yngste barnet var 3 år, uttalte nemnda at de ikke så grunn til at samværet skulle være ulikt for de enkelte barna. Nemnda la ikke vekt på at det minste barnet hadde påvist Toddlers diare, og mente at det ikke forelå gode grunner for å redusere samværet. Vedtaket ble begrunnet med at det ikke var noen dokumentasjon som viste at barna hadde lidt noen skade av samværene. I sak FNV-2012-172-TRO ble det derimot fastsatt mindre samvær for de to minste barna på 7 og 3 år, enn for de to eldste på 11 og 14 år. Dette ble begrunnet med at de to minste barna hadde større behov for stabilitet og trygghet, pga. deres reaksjoner på samvær etter en tidligere økning av lengden på samværene. Forskjellen på sakene er altså at det i sak nr. 148 ikke forelå dokumentasjon på negative reaksjoner etter samvær, mens det i sak nr. 172 var klarlagt at de minste barna

¹³⁵ 204-102-ROG

hadde hatt negative reaksjoner. En annen forskjell er at det i den første saken ikke er tydeliggjort hvilken plassering det gjelder, og kan således tyde på at plasseringens varighet var uklar, mens den siste saken gjaldt en langvarig plassering.

I forhold til barnets utvikling kan det se ut til at nemnda har lagt økende vekt på om samværet er utviklingsfremmende eller utviklingshemmende for barnet i de nyeste sakene¹³⁶. I alle fall har nemnda i økende grad brukt begrepet “utviklingsstøttende omsorg” ved vurderingen. Dette tyder på at hensynet kan få større betydning i praksis i tiden framover, som i så fall vil støtte forslagene fra Raundalenuutvalget¹³⁷.

6.3.3 Forhold ved foreldrene

Foreldrenes personlige egenskaper og deres livssituasjon må tillegges vekt ved vurderingen av samværsspørsmålet¹³⁸. Personlige egenskaper omfatter i denne sammenheng både positive og negative egenskaper, eksempelvis foreldrenes modenhet, psykiske og fysiske syke, rusmisbruk eller andre lidelser, deres evne til å vise omsorg og forståelse, samarbeidsvilje og deres samspill med barnet og lignende. De forhold som førte til at det var nødvendig med omsorgsovertakelse, vil naturligvis være av betydning for om det bør være samvær, og eventuelt hvilket omfang. Dersom omsorgsovertakelsen ble gjort på bakgrunn av omfattende omsorgssvikt, for eksempel at foreldrene hadde alvorlige psykiske problemer eller utøvde vold mot barnet, taler dette for at samværet bør reguleres strengt. I høyesterettsdom Rt. 1989 s.148, om samvær etter barneloven, ble det uttalt¹³⁹ at “dersom samvær helt skal nektes en far eller mor på grunn av vedkommendes personlige egenskaper, må det normalt dreie seg om negative egenskaper utover normal variasjonsbredde...”. Uttalelsen gir en pekepinn på avveiningstemaet, men ettersom at denne saken gjaldt samvær etter barneloven, kan ikke synspunktet direkte overføres til

¹³⁶ jfr. bl.a. 2007-253-BUS, 2010-236-AGD, 2012-155-AGD, 2012-671-OSL

¹³⁷ NOU 2012:5

¹³⁸ Haugli (2000) s. 292 flg.

¹³⁹ s. 152-153

vedtak om samvær etter barnevernloven. Terskelen for å nekte samvær på grunn av foreldrenes personlige egenskaper må ligge noe høyere i saker etter barnevernloven, enn etter barneloven. Dette fordi lovens utgangspunkt bygger på at det gjelder en rett til samvær, selv om det kan hefte mangler ved foreldrenes omsorgsevne¹⁴⁰. Når omsorgsovertakelse er gjort på bakgrunn av generell omsorgssvikt eller for eksempel at foreldrene er psykisk utviklingshemmede, kan dette tale for at samværet ikke bør reguleres for strengt. Selv om foreldrene ikke er i stand til å gi tilstrekkelig daglig omsorg overfor barnet, betyr ikke dette at foreldrene ikke kan være gode omsorgspersoner overfor barnet i korte perioder slik som ved samvær.

Økonomiske problemer, dårlige boforhold eller svikende nettverk vil ikke i seg selv være grunn nok til å fastsette lite samvær¹⁴¹. Det kan imidlertid få betydning i samspill med andre faktorer, eller for hvordan samværet bør utøves.

Et sentralt moment ved fastsettelsen av samvær er om foreldrene er i stand til å følge opp samværene. Det kan være at foreldrene ikke møter til samvær eller ikke setter barnet i fokus under samværet. Dette innebærer at samværet noen ganger må begrenses i forhold til hva som isolert sett antas å være den beste løsningen for barnet, for å skjerme barnet fra skuffelser og fortsettende svik i omsorgen¹⁴². Som regel vil barnet ha opplevd samme type svik fra foreldrene tidligere, og er derfor ekstra sårbart og trenger forutsigbarhet ved samværene.

6.3.3.1 Fylkesnemndpraksis - forhold ved foreldrene.

I fylkesnemndsakene ble foreldrenes egenskaper og forhistorie gjennomgående grundig utbrodert, særlig når vedtaket i tillegg til fastsettelse av samvær, gjaldt spørsmål om

¹⁴⁰ Haugli (2000) s. 294

¹⁴¹ Haugli (2000) s. 297

¹⁴² Haugli (2000) s. 308

omsorgsovertakelse. Foreldrenes personlige problemer og bakgrunnen for omsorgsovertakelsen var i alle saker et sentralt tema. Mest tydelig var dette i saker hvor foreldrenes egenskaper gikk ut over barnets behov. De negative egenskapene fikk oftest mest betydning, og omsorgsovertakelsen bygget i overvekt på tilfeller med rusmisbruk og/eller psykiske problemer hos foreldrene.

Samspill og kontakt mellom foreldrene og barnet ble gjennomgående vektlagt. Dårlig samspill og kontakt med barnet ble vektlagt og fikk avgjørende betydning i blant annet 3 saker¹⁴³. Godt samspill og god kontakt (med mor) ble vektlagt og fikk avgjørende betydning i blant annet FNV-2012-671-OSL. I 10 av fylkesnemndsakene¹⁴⁴ ble hensynet til foreldrenes manglende evne til å følge opp samværene uttrykkelig vektlagt. 8 av disse¹⁴⁵ gjaldt endring av samvær, hvor samværet ble redusert i alle sakene. 2 av sakene¹⁴⁶ gjaldt spørsmål om omsorgsovertakelse og fastsettelse av samvær, i disse ble det gjort en framtidsvurdering av om foreldrene ville kunne følge opp samværene. Dette tyder på at foreldrenes egenskaper og evne til å følge opp er sentrale momenter i praksis, for å ivareta de behov som omsorgsplasseringen skal sikre.

6.3.4 Formål/varighet og andre forhold ved plasseringen

Flere ulike forhold ved plasseringen kan ha betydning for fastsettelse av samværsomfanget. Mål og tidshorisonter ved omsorgsovertakelsen vil være svært sentrale momenter ved fastsettelse av samværsretten for foreldrene. Andre forhold ved plasseringen kan være forhold ved fosterforeldrene, plasseringens sted og måte, graden av at samværet er praktisk gjennomførbart og av betydning.

¹⁴³ 2007-159-ROG, 2011-119-AGD, 2007-159-ROG

¹⁴⁴ 2002-3-ROG, 2011-43-AGD, 2008-134-MRO, 2007-132-AGD, 2005-102-HSF, 2009-62-AGD, 2007-253-BUS, 2003-110-NOR, 2006-181-ROG, 2005-153-HSF

¹⁴⁵ 2002-3-ROG, 2007-132-AGD, 2005-102-HSF, 2009-62-AGD, 2007-253-BUS, 2003-110-NOR, 2006-181-ROG, 2005-153-HSF

¹⁴⁶ 2008-134-MRO, 2011-43-AGD

Alle tiltak etter barnevernloven, herunder omsorgsovertakelser, er i utgangspunktet midlertidig, med unntak av adopsjon¹⁴⁷. Høyesterett har uttalt¹⁴⁸ at enhver plassering utenfor hjemmet generelt skal ha tilbakeføring som mål. Men dette er kun et utgangspunkt. En omsorgsovertakelse kan i praksis vare over et lengere tidsrom enn det som i utgangspunktet var tanken. Omsorgsovertakelsen kan i forhold til tidsrom og formål deles inn i uavklarte, kortsiktige og langvarige plasseringer¹⁴⁹. Samværsfastsettelsen må sees i sammenheng med de vurderinger som ligger til grunn for vedtaket om omsorgsovertakelsen¹⁵⁰. Altså vil omsorgsovertakelsens formål og antatt varighet være bestemmende for hvor mye samvær foreldrene får med barnet. Dette støttes av dom i Rt. 2006 s. 247, som etter henvisning til dom i Rt. 1998 s. 787, uttalte at “omfanget av samværet beror (...) i stor utstrekning på hvilken type plassering det gjelder”.

Uavklarte plasseringer er plasseringer hvor det fremstår som uklart hvor langvarig plasseringen vil bli¹⁵¹. De kan være hjemlet i § 4-4 femte ledd som hjelpetiltak, men som regel vil de fleste uavklarte plasseringer være hjemlet i § 4-12. Spørsmålet er hvor tidlig barnet kan tilbakeføres, basert på en vurdering av foreldrenes evner til å gi barnet tilfredsstillende omsorg. Det kan være uavklart om foreldrene noen gang vil være i stand til å gi barnet tilfredsstillende omsorg. Inntil dette er avklart vil tidsrommet for plasseringen være uavklart. Målet for omsorgsovertakelsen vil altså være bestemmende for tidsrommet av plasseringen. Dersom det er usikkert om barnet noen gang vil kunne tilbakeføres, vil det i disse saker være slik at desto lengere en midlertidig plassering varer, desto større er sannsynligheten for at plasseringen vil bli langvarig¹⁵². Her vil fristen på to år, etter § 4-15 tredje ledd, for en fremtidig plan være av betydning. Av den fremtidige planen, vil både

¹⁴⁷ Lindboe (2012) s. 102

¹⁴⁸ Jfr. Rt. 1984 s. 289

¹⁴⁹ Haugli (2000) s. 274-277

¹⁵⁰ Ofstad og Skar (2013) s. 158

¹⁵¹ Haugli og Havik (2010) s. 92

¹⁵² Haugli og Havik (2010) s. 94

foreldre, fosterforeldre og barnet få et bilde av hva plasseringen vil innebære i forhold til mål og tid. Et viktig lovmotiv ved § 4-15 tredje ledd, er nettopp å hindre langvarige uavklarte plasseringer.

Kortvarige plasseringer er plasseringer som er planlagt å vare i opptil noen uker eller få måneder. Disse vil typisk være hjemlet i § 4-4 femte ledd som hjelpetiltak eller i § 4-6 første eller annet ledd som akuttvedtak. I disse tilfellene er det vurdert at foreldrene vil kunne gi tilfredsstillende omsorg overfor barnet etter kort tid. Ofte vil det ha oppstått en krisesituasjon som begrunner en kortsiktig plassering. Forholdet mellom barn og foreldre vil i disse sakene være solide og gode fra starten av på grunn av at barnet tidligere i livet har levd i en tilfredsstillende omsorgssituasjon. Dette medfører at overtakelse av omsorgen blir lettere å håndtere for barnet. Ved kortvarige plasseringer vil omfanget av samværet spille en stor rolle. Ettersom barnet snart skal flyttes hjem igjen, er det avgjørende at barnet beholder den etablerte kontakten med foreldrene. Det er også viktig at det opprettholdes kontinuitet i tilværelsen for barnet. I Rt. 1998 s. 787 kom det en generell uttalelse på s. 793 om omfanget av samværet i kortsiktige plasseringer, om at det “bør sørges for at kontakten mellom de biologiske foreldre og barnet holdes best mulig vedlike” og henviser videre til NOU 1985: 18, s. 162.

Langvarige plasseringene er plasseringer som vil vare frem til fylte 18 år, eller hvor en tilbakeflytting ligger langt fram i tid. Disse plasseringene vil være hjemlet i § 4-12. For at plasseringen skal være langvarig, må foreldrenes muligheter for å gi tilstrekkelig omsorg vurderes som svært små¹⁵³. Det kan for eksempel være at mor og far er rusavhengige uten prognose for rehabilitering. Eller det kan være at foreldrene har alvorlige psykiske lidelser, eller at barnet har vært utsatt for alvorlig mishandling. Ofte vil barnet ha opplevd traumatiske hendelser som gjør det sårbart og vil ha behov for tilrettelagt omsorg. I slike tilfeller vil hensynet til at barnet skal få oppleve trygghet og tilhørighet hos fosterforeldrene det overordnede mål. Samværsomfanget vil farges av dette målet, og begrenses deretter.

¹⁵³ Haugli og Havik (2010) s. 95

Barnets behov, vil i disse tilfeller svekke de biologiske foreldrenes interesser og det biologiske prinsipp. Sak inntatt i Rt. 1998 s.787 (nevnt ovenfor) gjaldt en 10 år gammel gutt hvor omsorgen var overtatt av barneverntjenesten og gutten var plassert i fosterhjem. Guttens far ønsket samvær med gutten. Retten vurderte om faren hadde rett til samvær og i tilfellet omfanget av samværet. I dommen presiserte retten at omsorgsovertakelsen var langvarig, og at dette fikk betydning i vurderingen. Samværet ble satt til én dag hver fjerde måned, første gang begrenset til fire timer, deretter seks timer. Dette samværsomfanget var i denne sak nok til at barnet fikk kjennskap til sin far og sine biologiske røtter uten at det forstyrret kontakten mellom fosterforeldrene og barnet.

Plasseringens sted og måte kan få betydning for samværsspørsmålet. Etter bvl. § 4-15 første ledd, skal det tas hensyn til gjennomføringen av samvær ved valg av plasseringssted. Altså må barneverntjenesten velge et fosterhjem eller en institusjon som geografisk sett ikke ligger for langt unna de biologiske foreldrene, slik at samvær blir praktisk gjennomførbart. Plasseringsmåten, altså om barnet plasseres i fosterhjem eller institusjon eller annet, vil ha betydning for samværets omfang. Samværet med barn plassert i fosterhjem har mer omfattende restriksjoner, enn samvær med barn plassert i institusjoner¹⁵⁴.

6.3.4.1 Fylkesnemndpraksis - formål/varighet og andre forhold ved plasseringen.

I 33 av sakene har fylkesnemnda lagt uttrykkelig vekt på hvilken plassering omsorgsovertakelsen gjelder, altså hvilken varighet den anses å få. Ofte slår nemnda tidlig i vurderingene fast hvilke plassering det gjelder. Dette tyder på at plasseringens varighet får betydning for den videre vurdering av hva som er barnets beste.

I 30 av sakene gjaldt omsorgsovertakelsen en langvarig plassering. I disse tilfellene uttrykte nemnda gjennomgående at formålet med samværet skulle være å ha kjennskap til sine

¹⁵⁴ Haugli (2000) s. 307

biologiske foreldre. Det ble i tillegg ofte lagt vekt på at barna skulle få mulighet til å knytte seg til fosterhjemmet, og at samværene ikke skulle forstyrre denne prosessen. Der hvor barnet allerede var tilknyttet fosterhjemmet fikk imidlertid dette ikke like stor betydning, jfr. FNV-2011-183. Variasjonen på hvor mye samvær som ble fastsatt i disse 30 langtidsplasseringene er stor. Alt fra én helg i måneden for mor pluss én helg annenhver måned for far¹⁵⁵, til to gang i året à én time¹⁵⁶. Variasjonen tyder på at plasseringens varighet ikke alltid er avgjørende. Variasjonen tyder også på at nemnda har vurdert konkret i de enkelte tilfeller, og ikke bare fastsatt samvær ut fra ideologier om hva som anses som “riktig” samværsomfang i langtidsplasseringer. Etter min mening er dette positivt. Ettersom målet med samvær ved langsiktige plasseringer er at barnet skal ha kjennskap med sine foreldre, argumenterte nemnda i noen av sakene der barna var små at de måtte ha samvær ofte nok til å huske sine foreldre. Likevel er samværsomfanget for de minste barna i langsiktige plasseringer noe ulike, jfr. FVN-2008-134-MRO og FNV-2011-43-AGD. Der hvor barna er litt eldre, ca. fra 6 års alder, jevner variasjonen på omfanget av samvær litt ut til å ligge på rundt 4-6 samvær i året¹⁵⁷.

I 3¹⁵⁸ av sakene gjaldt omsorgsovertakelsen en uavklart plassering. I disse tilfellene vil det være mulighet for tilbakeføring av omsorgen, og nemnda la vekt på at formålet med samværet ville bli å opprettholde den eksisterende tilknytningen mellom barnet og foreldrene. I disse sakene fikk graden av den etablerte tilknytningen stor betydning. Omfanget av samvær var høyere, enn ved de langsiktige plasseringene. Samværets omfang var jevne i de ulike sakene, men dette kan skyldes det begrensede antall saker av uavklarte omsorgsovertakelser.

¹⁵⁵ 2011-183-AGD

¹⁵⁶ 2008-124-BUS

¹⁵⁷ Jfr. bl.a. FNV-2002-3-ROG, FNV-2003-224-TRL, FNV-2007-253-BUS, FNV-2012-296-AGD.

¹⁵⁸ FNV-2010-201-AGD, FNV-2012-671-OSL OG FNV-2013-101-AGD

I 6¹⁵⁹ av sakene er plasseringens varighet ikke uttrykkelig nevnt. Det kan begrunnes med at det enten gjelder en uavklart plassering eller at andre forhold fikk større betydning for samværsfastsettelsen. Det at plasseringens varighet er vektlagt i 33 av sakene, taler for at momentet har sentral og stor betydning ved fastsettelsen av samværets omfang.

Som nevnt kan plasseringens sted og måte få betydning for samværet. Alle fylkesnemndvedtakene gjaldt plassering i fosterhjem¹⁶⁰. For enkelte saker kan avstanden mellom fosterhjemmet og de biologiske foreldrene få betydning¹⁶¹. Dette er mest aktuelt hvor barnet er mindre, på grunn av den belastning reisingen vil kunne medføre for barnet.

6.3.5 Barnets mening i vurdering av samvær

Barnets rett til å bli hørt er lovfestet i bvl. § 6-3. Ved inkorporeringen av barnekonvensjonen ble nedre grense for barns uttalerett i § 6-3 endret fra 12 år til 7 år. Begrunnelsen for dette var å synliggjøre art. 12 i barnekonvensjonen, slik at det ikke skulle oppstå motstrid mellom art. 12 og § 6-3¹⁶². Etter § 6-3 har også barn under 7 år rett til å bli hørt dersom de er i stand til å danne seg egne synspunkter. Altså har alle barn fra og med 7 år en ubetinget rett til å bli hørt, mens det gjelder en skjønnsmessig rett til å bli hørt for yngre barn. Uttaleretten er en rett og ikke en plikt for barnet.

Et viktig spørsmål er hvor stor vekt barnets mening skal ha i vurderingen om samværs spørsmålet. Vekten av barnets mening må avgjøres i den konkrete sak, og varierer i praksis. Momenter av betydning for hvor stor vekt barnets uttalelser bør tillegges, er i første rekke barnets alder og modenhet, jfr. § 6-3 første ledd 2. punktum, hvor det heter at

¹⁵⁹ FNV-2002-148-NOR, FNV-2002-14-NOR, FNV-2004-111-TRO, FNV-2004-102-ROG, FNV-2007-37-HSF, FNV-2012-320-HSF

¹⁶⁰ For samvær med barn i institusjon gjelder Forskrifter om rettigheter under opphold i barneverninstitusjon av 9. februar 1993.

¹⁶¹ Jfr. bl.a. 2011-183-AGD

¹⁶² Innst. O. nr. 92 (2002-2003) pkt. 5.2

barnets mening skal tillegges vekt “i samsvar med barnets alder og modenhet”. Dette betyr at desto eldre og mer modent barnet er, jo større vekt skal barnets mening tillegges. Ofte vil det være vanskelig for barn å sette ord på følelser, de kan ha vansker med å formidle en klar og entydig grunn til hvorfor de mener det de gjør. Det er derfor viktig at barnet blir hørt av personer som har adekvat kompetanse og at barnet blir sett på som et individ og måles ut fra hvordan barnets personlige egenskaper er. Et viktig poeng er at uttaleretten ikke innebærer at barnets mening skal være avgjørende. Dette kom bl.a. frem i dommen inntatt i Rt. 1998 s. 1702, som refererer til Rt. 1987 s. 289. Hvilket saksforhold som er tema vil også være av sentral betydning. Det ble uttrykt av høyesterett i Rt. 2006 s. 1308 at barnets syn skal tillegges mindre vekt i barnevernssaker enn i barnefordelingssaker etter barneloven. Dette kan være på grunn av at barnevernssaker ofte er kompliserte og at barnet ikke alltid er i stand til å se de langsiktige konsekvensene for de valg som blir tatt. Andre momenter som er av betydning for hvor stor vekt barnets mening bør tillegges vil være om barnets uttalelser er entydige og om barnet har samme mening over lengere tid. Dersom barnet klart motsetter seg samvær vil dette være en klar indikasjon på at samvær bør begrenses eller nektes¹⁶³. Hvor sterk mening barnet har kan altså være relevant i vurderingen, men vil ikke alltid ha betydning. Eksempelvis vist i dom Rt. 1989 s. 176 som var en barnefordelingssak, hvor barnas sterke ønske om ikke å bo hos moren ble sett på som påvirkning fra far og uten forankring i virkeligheten. Når barnet har uttrykt et sterkt ønske, må det i hver enkelt sak vurderes hvilke skadevirkninger det vil ha for barnet at ønske tilsidesettes¹⁶⁴. Hvem barnet har uttrykk seg overfor, hvordan barnet har uttrykt seg og hva barnets oppfatning beror på er andre forhold som kan få betydning¹⁶⁵. I noen saker har ikke barnet innsikt i hva som er det beste for ham, i disse tilfellene vil barnets mening få mindre betydning. Ofte vil lojalitetsforholdet mellom barnet og de biologiske foreldre skape tvil i barnevernssaker om barnets egentlige mening.

¹⁶³ Haugli og Havik (2000) s. 126-127

¹⁶⁴ Sandberg (1990) s. 62

¹⁶⁵ Haugli (2000) s. 291

6.3.5.1 Fylkesnemndpraksis - barnets mening i vurdering av samvær.

I fylkesnemndsakene ble barnets mening vektlagt i flere saker¹⁶⁶. Generelt sett kan det sies at barnets mening er vektlagt der hvor det fremkommer at barnet har innsikt i saken. Dersom barnet ikke selv klarer å se hva som er til det beste for ham, bruker nemnda ofte dette som et argument for å ikke vektlegge barnets mening særlig tungt. Dette var tilfellet i FNV-2005-128-HSF hvor en gutt på 11 og ett halvt år fikk mindre samvær til tross for at han ønsker mer samvær. Det ble begrunnet med at han fungerte bedre når det hadde vært mindre samvær og at en redusering av omfanget derfor var til gutten beste. Barnets ønske ble bare delvis tatt til følge i FNV-2006-209-ROG. I saken ble samværets formål og varighet vektlagt mer enn barnets ønske, til tross for at barnet var 15 år. Barnas ønsker fikk imidlertid betydning i FNV-2006-181-ROG, hvor barna var 14 og 15 år gamle. Sakene er lik på flere områder. Begge gjaldt endring av samvær, begge tilfellene gjaldt langvarige plasseringer hvor omsorgsovertakelsen var gjort når barna var under 2 år, i begge tilfeller var barna i alderen 14 til 15 år når vedtaket ble fastslått av nemnda. Forskjellen på betydningen av barnets mening i de to sakene kan være at i sak nr. 209 ønsket barnet mer samvær, mens i sak nr. 181 ønsket de to barna mindre samvær. Dette kan tyde på at barnets mening får større betydning der hvor barnet ønsker en reduksjon av samværet, enn en økning av samværet. I sak 2003-110-NOR uttalte barnet på 10 år, at hun ikke ønsket samvær. Til tross for barnets klare og entydige ønske, mente nemnda at det ikke forelå sterke og spesielle grunner for å nekte samvær, men barnets ønske var avgjørende for at samværet ble redusert til én gang i året à tre timer. Nemnda uttalte imidlertid at barnet ikke skulle tvinges til samvær. Barnets mening får mindre betydning i saker hvor barnet er satt i en lojalitetskonflikt mellom foreldrene og fosterforeldrene¹⁶⁷. Dette kan være på grunn av mistanke om at barnets mening er påvirket av foreldrene og dermed ikke gir uttrykk av hva som er barnets egentlige mening. Jeg merker meg at det også finnes tilfeller hvor barnet er 7 år eller mer, hvor barnet ikke er tilstrekkelig hørt eller hørt overhodet¹⁶⁸. Dette kan være

¹⁶⁶ Jfr. bl.a. 2003-110 og 2003-224

¹⁶⁷ Jfr. bl.a. 2006-209-ROG, 2007-253-BUS

¹⁶⁸ Jfr. 2002-14-HSF, 2003-143-BUS

uheldig, med tanke på at barnet har lovbestemt uttalerett fra og med 7 år, jfr. bvl. § 6-3. Jeg minner om at aldersgrensen for uttalerett ble senket fra 12 til 7 år ved inkorporeringen av barnekonvensjonen 1.august 2003, hvilket innebærer at bare de fra og med 12 år hadde uttalerett ved fylkesnemndsakene som ble vedtatt før denne tid.

6.3.6 Barnets reaksjoner

I tillegg til barnets direkte uttalelser, vil barnets atferd og reaksjoner på samvær kunne fortelle noe om hvordan samværet oppleves for barnet. Barnets reaksjoner på samvær, må være en helt sentral faktor ved avgjørelsen av hva som er til barnets beste i det enkelte tilfellet¹⁶⁹. Ofte vil helt små barn kunne gi en form for reaksjon på hvordan barnet opplever samværene. Dersom barnet etter samvær med foreldrene viser negative reaksjoner som angst, redsel, sammenbrudd, engstelse, søvnmangel, spiseforstyrrelser, depresjon eller hyperaktivitet tilsier dette at samværets omfang bør nedjusteres. Slike negative reaksjoner vil ofte være en avgjørende årsak til at samvær nektes. Motsatt vil positive reaksjoner på samvær tyde på at samværet gagnar barnet og påvirker barnets utvikling i positiv retning, dette kan tale for at samværene bør utvides. Ikke alle reaksjoner barnet har må tillegges vekt, enkelte reaksjoner vil være normalt i den situasjon barnet er i. Barnets reaksjoner må tillegges vekt der hvor reaksjonene er så sterke at de forstyrrer barnets daglige funksjonsevne¹⁷⁰.

6.3.6.1 Fylkesnemndpraksis - barnets reaksjoner.

Barnets reaksjoner har fått betydning i noen saker¹⁷¹. Gjennomgående vektlegges barnets reaksjoner når barnet er for ungt til å uttrykke sin mening. Det kan også virke som at barnets reaksjoner vektlegges mer enn hva barnet har uttrykt direkte, dersom disse står i motstrid, selv om barnet er gammel nok til å si sin mening. Det kan være fordi barnets

¹⁶⁹ Haugli (2002) s. 286

¹⁷⁰ Backe-Hansen (1987) s. 102-104

¹⁷¹ Jfr. 2012-671, 2012-172,2012-155,2007-159, 2007-143

reaksjoner vil kunne si noe om hva barnets *egentlige* mening er, dersom dette er usikkert. Dette var tilfellet i FNV-2005-128, som gjaldt endring av samvær for to barn. Gutten på 11 og ett halvt år uttrykte at han ønsket mer samvær, men hadde imidlertid negative reaksjoner ved for mye samvær. Fremtidige utviklingsmuligheter kan også ha betydning. En annen sak som taler for samme synspunkt er FNV-2005-153-HSF. Gutten på 11 år ønsket samme samværsordning som forelå, men hadde vættingsproblemer som var emosjonelt betinget og andre negative reaksjoner på samvær som talte for at mindre samvær ville være til beste for gutten. I en annen sak, FNV-2004-102, ble barnets reaksjoner ikke tillagt særlig vekt. Saken gjaldt en gutt på 15 år som hadde vist at han var redd for sin far. Gutten hadde blant annet stukket av når det skulle være samvær. Fylkesnemnda mente likevel at gutten hadde behov for kontakt med far, og samvær ble fastsatt til 2 timer én gang hver måneden. Det kommer ikke frem i vedtaket hvorfor gutten var redd for far, og heller ikke om gutten var blitt spurt.

6.3.7 Vurdering av konfliktnivået

I saker om omsorgsovertakelse og fastsetting av samværsomfanget vil det ofte foreligge konflikt mellom de ulike partene. En viss grad av konflikt må kunne påregnes, på grunn av tiltakenes karakter og grad av inngrep. Foreldre som opplever at omsorgen av deres barn blir overtatt av barneverntjenesten, vil naturlig nok ikke alltid være innstilt på å samarbeide med barneverntjenesten. Dette taler for at konflikt mellom disse parter ikke alltid bør vektlegges ved fastsetting av samværets omfang, men heller sees på som et utenforliggende hensyn¹⁷². Det kan også foreligge konflikt mellom foreldre og fosterforeldre, og mellom foreldre og barnet. Ved høyt konfliktnivå mellom partene, kan samværet blir for stor belastning for barnet, og vil av den grunn ikke lenger være til beste for barnet. Spørsmålet er hvor stort konfliktnivå som kan tåles, før dette må gå ut over samværsretten¹⁷³. Praksis etter barneloven sier at høyt konfliktnivå mellom foreldrene, i utgangspunktet ikke kan

¹⁷² Haugli (2000) s. 302

¹⁷³ Haugli (2000) s. 303

hindre samværsrett, jfr. Rt.1989 s. 148¹⁷⁴. Dette utgangspunktet må også gjelde for saker etter barnevernloven¹⁷⁵. Unntak finnes likevel der hvor konfliktnivået er så alvorlig at barnet dras med i konflikten, og dersom konfliktnivået er alvorlig høyt over lang tid¹⁷⁶.

Hvilke holdninger fosterforeldrene har til fosterforeldreskapet, vil kunne ha betydning for samarbeidet mellom foreldrene og fosterforeldrene. Fosterforeldre som har en inkluderende grunnholdning vil lettere være i stand til å gjennomføre samværet uten problemer, slik at det oppfattes som positivt for barnet. Motsatt vil det være der hvor fosterforeldrene har en overveiende ekskluderende grunnholdning til fosterforeldreskapet¹⁷⁷.

6.3.7.1 Fylkesnemndpraksis -vurdering av konfliktnivået.

I fylkesnemndsakene viste særlig et problem knyttet til konflikt å være gjentakende. Konflikt mellom de biologiske foreldrene og fosterforeldrene og da særlig om foreldrene aksepterte omsorgsplasseringen og om de var i stand til å samarbeide med fosterforeldrene. Dersom barnet blir satt i en lojalitetskonflikt mellom foreldrene og fosterforeldrene, kan det hindre barnet i å knytte seg til fosterforeldrene og skape uro og usikkerhet for barnet om hvor det skal bo i fremtiden. Det kan for eksempel være at foreldrene forteller barnet negative ting om fosterforeldrene under samværene, eller forteller barnet at det snart skal flytte hjem igjen, uten at dette er tilfellet. I 7 av fylkesnemndsakene¹⁷⁸ ble det lagt vekt på den lojalitetskonflikt barnet var satt i, hvor dette argumenterte for å redusere samvær. I 6¹⁷⁹ av de 7 sakene ble samværet redusert. I én¹⁸⁰ av de 7 sakene ble eksisterende

¹⁷⁴ s. 152-153

¹⁷⁵ Haugli (2000) s. 304

¹⁷⁶ Backer -Hansen op cit, s.103

¹⁷⁷ Haugli og Havik (2012) s. 117-118

¹⁷⁸ 2003-110-NOR, 2005-153-HSF, 2006-209-ROG, 2007-159-ROG, 2007-253-BUS, 2009-91-MRO, 2012-320-HSF

¹⁷⁹ 2003-110-NOR, 2005-153-HSF, 2006-209-ROG, 2007-159-ROG, 2007-253-BUS, 2009-91-MRO

¹⁸⁰ 2012-320

samværsordning videreført, blant annet fordi det var uklart om barnets negativitet til fosterhjemmet og barneverntjenesten kom fra mor eller ikke. I én av fylkesnemndsakene¹⁸¹ ble det lagt vekt på at foreldrene stadig uttrykte til barnet at hun skulle hjem igjen snart. Nemnda mente at til tross for at foreldrene hadde rett til å få overprøvd omsorgsovertakelsesvedtaket, burde de spare barnet for slik informasjon og for den usikkerhet dette medførte for barnet. I 2 av fylkesnemndsakene¹⁸² ble det lagt vekt på foreldrenes dårlige samarbeidsevne. Det forhold at foreldrene har vært positive til plasseringen, kan åpne for mer samvær. Dette hensynet ble vektlagt i to av fylkesnemndsakene¹⁸³.

6.3.8 Hensyn som inngår i verdigrunnlaget for samværsretten

Med verdigrunnlaget for samværsretten, mener jeg de grunnleggende verdier som samværsretten bygger på. Som nevnt i pkt. 5.1 er hensynet til barnet og det biologiske prinsipp det bærende verdigrunnlaget for retten til samvær. Utenom det biologiske prinsipp, finner vi hensynet til å ivareta gode tilknytningsforhold, god og stabil voksenkontakt for barnet, kontinuitet i omsorgen for barnet og hensynet til å beskytte barnet i prosessen med tanke på barnets relasjoner til foreldrene, barnets konstitusjon og sårbarhet og kulturell identitet¹⁸⁴. Disse hensyn må inngå i den skjønnsmessige vurderingen i det konkrete tilfellet. Hvilke vekt de skal ha i vurderingen må avgjøres i den enkelte sak. Hvordan de enkelte hensyn gjør seg gjeldende, vil avhenge av en rekke faktorer som går på tvers av disse psykologiske forhold som inngår i verdigrunnlaget av samværsretten.

¹⁸¹ 2007-37-HSF

¹⁸² 2006-98-ROG, 2013-101-AGD

¹⁸³ 2009-62-AGD, 2011-183-AGD

¹⁸⁴ Haugli (2000) s. 305

7 Konklusjon

7.1 Hvordan vektes momentene, og hva kan utledes av fylkesnemndpraksis?

Barnevernet har mye makt pga. deres sammensetning av profesjonelle yrkesutøvere og deres sterke posisjon og kompetanse til å gjøre store inngrep i menneskers liv. Effekten for den enkelte er stor og konsekvensene ved feil beslutning kan være fatale. I 15 av sakene vedtok fylkesnemnda *mer* samvær enn hva barneverntjenesten hadde foreslått (39%), i 10 av sakene vedtok fylkesnemnda *mindre* samvær enn hva barneverntjenesten hadde foreslått (26%) og i 12 av sakene vedtok fylkesnemnda *samme* samværsomfang som barneverntjenesten hadde foreslått (31%). Denne variasjonen viser at fylkesnemnda ikke automatisk legger barnevernets uttalelser til grunn for vedtaket. Et prosjekt utført av UIO¹⁸⁵, så på rettsikkerheten ved barnevernsaker i fylkesnemnda, og kom til at rettsikkerheten er betydelig forbedret i forhold til tidligere barnevernemnd/helse- og sosialutvalg.

Ingen av resultatene går klart imot barnets beste, og prinsippet er alltid innledningsvis brukt som begrunnelse. Selve begrepet er ikke alltid uttrykkelig nevnt i vurderingen, men kommer til uttrykk indirekte ved bruk av momentene som inngår i prinsippet. Hvilke spesifikke momenter som har vært avgjørende for samværsomfanget kommer imidlertid ikke alltid tydelig frem i vurderingen. Det eneste momentet som nærmest alltid er med i drøftelsen er plasseringens antatte varighet. Nemnda uttrykker gjennomgående at målet ved langvarige plasseringer ikke er å opprettholde barnets tilknytning til foreldrene, men om å ha kjennskap til foreldrene. Dette innebærer i noen tilfeller at det fastsatte samværet ikke representerer barnets beste i en nåtidsvurdering, men ansees å være til barnets beste i et fremtidsperspektiv.

¹⁸⁵ "Evaluering av rettsikkerheten ved behandling av barnevernsaker i fylkesnemnda" Kjønsstad *Barnevern, fylkesnemnder og rettsikkerhet* (2002)

Det finnes saker hvor resultatet er farget av andre hensyn enn hensynet til barnets beste. Som eksempel ved avgjørelsen i FNV-2012-155-AGD, hvor nemnda legger til grunn at det ikke er til barnets beste å ha hyppig samvær med mor, men finner at det ikke foreligger forhold i saken som tilsier at samvær kan begrenses så mye som hvert halvår. Det er uklart hva nemnda mener med dette, ettersom det ikke utdypes nærmere. Det kan være at nemnda mener at kravet om "særlig grunner" etter Rt. 2004 s. 14 ikke foreligger. Omsorgsovertakelsen i fylkesnemnda ble, i sin tid, begrunnet i at mor var ute av stand til å gi barnet tilstrekkelig praktisk og psykisk omsorg. Det forelå dermed generell omsorgssvikt etter § 4-12 bokstav a. Moren hadde ikke utsatt barnet for overgrep eller mishandling. Disse forhold kan være grunnen til at nemnda ikke fant at det forelå slik alvorlighetsgrad i saken at samværet kunne begrenses til to ganger i året. I sak FNV-2012-671-OSL fastsatte nemnda mer samvær enn foreslått av barneverntjenesten. I tillegg til hensyn til barnets beste, vektla nemnda barnets rett til å "lære å bevare sin kulturelle identitet og språk gjennom kontakten med foreldrene...". Her fikk altså den kulturelle identitet betydning, ettersom foreldrene var sigøynere av romslekt. I en annen sak, FNV-2007-253-BUS, uttalte nemnda at de ikke kunne utelukke at det forelå sterke grunner til å redusere samvær mer enn de gjorde, men at disse grunner i så fall ikke var bevist. Her var det altså behov for nærmere utredning. Det at saken ikke var godt nok opplyst, fikk altså betydning for fastsettelsen av samværsomfanget, selv om dette omfanget kanskje ikke var til beste for barnet.

Drøftelsene er ofte ulike, noen lange, andre korte. Særlig der hvor spørsmålet om omsorgsovertakelse ble behandlet først, er vurderingene om samvær korte. I disse tilfeller bygger beslutningen ofte på de samme vurderinger som begrunnet omsorgsovertakelsen, og det som gjerne faller bort er vurderingen av foreldrenes samværsevne. Det er ofte argumentert om barnets egenskaper og funksjonsnivå på den ene side, og foreldrenes egenskaper og funksjonsnivå på den annen side. Barns egenskaper er særlig sosial læring, kognisjon, behov og utvikling. Foreldres egenskaper er særlig psykologiske kjennetegn, egen oppvekst, innsikt i situasjon og behov for hjelp, og samarbeidsevne. Jeg merker meg imidlertid at det ofte er korte vurderinger om samspillsforholdet mellom barn og foreldre,

og at det i tilfellet ofte er med fokus på foreldrene og lite fokus på hvordan barnet oppfatter foreldrene.

På denne måten fremstår resultatene ofte som vilkårlige. Både Haugli og Havik kom til det samme i sine undersøkelser¹⁸⁶. Haugli har diskutert¹⁸⁷ hvorvidt dette kan være i strid med de krav EMD stiller i forhold til å overprøve om at inngrepet er “nødvendig i et demokratisk samfunn”, jfr. EMK art. 8 (2), og kom til at det er behov for en klarere begrunnelse av vedtakene for å tilfredsstillere kravene.

7.2 De lege ferenda – om de skjønsmessige rammene.

Det er overraskende hvor mye fylkesnemnda varierer i sine begrunnelser for hva som er til beste for barnet. Hovedgrunnen til den store variasjonen kan være at bestemmelsens rammer for skjønnnet er for vide. I det store bildet kan det virke som om forhold ved foreldrene og opplysningene i saken utenfor barnet selv i stor grad styrer og gir innhold til hva som er det beste for det konkrete barnet i den enkelte sak.

Ulike momenter vil måtte avveies mot hverandre. Momentenes vekt vil kunne ha ulik betydning i ulike saker, og det kompliseres ytterligere ved at de ulike faktorene ofte har innbyrdes ulik vekt i forhold til hverandre. Når innholdet i skjønnnet er så bredt som i saker om samværsrett, vil det være vanskelig å oppstille en generell avveiningsnorm. Dette følger også av fylkesnemndas praksis. Det er også viktig å huske at den rettskildemessige betydningen av den enkelte sak svekkes ved lite entydig praksis, og ved at det foreligger konkrete saksforhold i de ulike vedtakene.

¹⁸⁶ Haugli (2000) s.257 og Havik s.156

¹⁸⁷ s. 257

Denne problematikken er drøftet av flere, og det er blitt reist spørsmål om ordlyden i bvl. bør endres for å gi et klarere utgangspunkt for samværets omfang¹⁸⁸. Fastere rammer for skjønnet, slik som foreslått av Kjønstad¹⁸⁹, kan bidra til at regelen om barnets beste ved samvær vil bli enklere å anvende for nemnda og domstolene, og dermed forenkles i tid og arbeid. En negativ konsekvens kan være at fokus flyttes bort fra det enkelte barnets beste¹⁹⁰. Etter min vurdering er dette uheldig. Målet må være å styrke barnets posisjon. For å oppnå dette må fylkesnemnda og domstolene vurdere alle sidene av hensynet til barnets beste, på en mer oversiktlig og tilfredsstillende måte. Av fylkesnemndas praksis (og annen praksis) kan man utlede retningslinjer for hvilke momenter som vanligvis inngår i vurderingen av hva som er til barnets beste. Disse kan videre inkorporeres som de mest sentrale momentene i barnets beste vurderingen i lovteksten, tilsvarende “stabil og god voksenkontakt” og “kontinuitet i omsorgen”, jfr. bvl. § 4-1. Disse momentene kan for eksempel være hensynet til barnets mening, reaksjoner, alder, plasseringens formål, varighet, foreldrenes samværsevne og utviklingsstøttende omsorg. Det burde også vurderes om det er behov for å oppstille en mer omfattende begrunnelsesplikt, ved å lovfeste økte krav til begrunnelse av vedtak om samvær.

Med disse to grepene, lovfesting av en utvidet ordlyd av bvl. § 4-1 og en mer omfattende begrunnelsesplikt, ville fylkesnemnda måtte vurdere hva som er det enkelte barnets beste grundigere og gi en utvidet begrunnelse for hva vedtaket bygget på. På denne måten vil barnets behov stå i fokus, og barnets rettigheter og hvilke momenter som inngår i vurderingen av barnets beste vil fremheves. En negativ side ved dette er at den enkelte sak ville blitt mer tidkrevende, som det kanskje ikke er rom for i dag. Til tross for dette, mener

¹⁸⁸ Kjønstad, Asbjørn presentasjon og vurdering av “samvær i barnevernsaker” av Haugli, LOR-1999-368 på s. 376. og artikkel i Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål 2004 s. 101 - (FAB-2004-101) av Anne Bergum Nisja “Samværets omfang (hvor ofte og hvor lenge) – barnevernloven §4-19” s.127

¹⁸⁹ Kjønstad LOR-1999-368 s. 376

¹⁹⁰ Nisja (2004) s. 128

jeg at det er overvekt av fordeler ved en slik løsning, og det ville avløse mange andre problemer på området.

Litteraturliste

Lover:

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

Lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barnelova)

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

Lov 1. august 2003 nr. 86 om endringer i menneskerettsloven mv. (innarbeiding av barnekonvensjonen i norsk lov).

Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).

Lov 28. februar 1986 nr. 8 om adopsjon (adopsjonsloven)

Lov 17.mai 1814 Grunnloven

Lov 6. juni 1896, Vergerådsloven (opphevet)

Lov 17. juli 1953 nr.14 om lov om barnevern (barnevernloven 1953 – Opphevet)

Konvensjoner:

Den europeiske menneskerettskonvensjon (Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms) 4. november 1950 (EMK)

FNs konvensjon om barnets rettigheter (Convention on the Rights of the Child) 20. November 1989 (barnekonvensjonen)

Retningslinjer, FNs barnekomite:

FNs barnekomite, General guidelines for periodic reports (1996)

Treaty specific reporting guidelines rev. 2 (2010) III B 3 General Principles

FNs deklarasjon om beskyttelse av fosterbarn og adoptivbarn - *Declaration on Social and Legal Principles relating to the Protection and Welfare of Children, with Special Reference to Foster Placement and Adotion Nationally and Internationally*, vedtatt av Generalforsamlingen ved resolusjon 41/85 3. desember 1986

For- og etterarbeider:

NOU 1982: 26 Barnemishandlingsutvalget

NOU 1985: 18 Om lov om sosiale tjenester mv., Oslo 1985

NOU 2000: 12 Barnevernet i Norge, Oslo 2000

NOU 2006: 9 Kvalitetssikring av sakkyndige rapporter i barnevernsaker, Oslo 2006

NOU 2012: 5 Bedre beskyttelse av barns utvikling, Oslo 2012

Ot. prp. nr. 56 (1996-1997) Om lov om endringer i lov 8. april 1981 nr 7 om barn og foreldre (barnelova)

Ot. prp. nr. 60 (1988-1989) lov om sosiale tjenester

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

Ot. prp. nr. 45 (2002-2003) Om lov om endring i menneskerettsloven mv. (innarbeiding av barnekonvensjonen i norsk lov)

Ot. prp. nr. 103 (2004-2005) Om lov om endringer i barnelova mv. (omfang av samvær, styrking av meklingsordningen, tiltak for å beskytte barn mot overgrep, foreldreansvar etter dødsfall, tilbakebetaling av barnebidrag mv.)

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

Innst. O. nr. 92 (2002-2003) Innstilling fra justiskomiteen om lov om endring i menneskerettsloven mv. (innarbeiding av Barnekonvensjonen i norsk lov)

Brev BFD 18.10.93 ref. 93/04286

Brev BFD 09.05.03 ref. 03/00419

Forskrift:

Forskrifter om rettigheter under opphold i barneverninstitusjon av 9. februar 1993.

Høyesterettspraksis:

Rt. 1982 s. 764

Rt. 1984 s. 289

Rt. 1984 s. 416

Rt. 1987 s. 578

Rt. 1987 s. 289

Rt. 1989 s. 148

Rt. 1989 s. 176

Rt. 1990 s. 239
Rt. 1991 s. 557
Rt. 1991 s. 668
Rt. 1994 s. 1105
Rt. 1996 s. 1684
Rt. 1996 s. 1203
Rt. 1998 s. 787
Rt. 1998 s. 1702
Rt. 2001 s. 14
Rt. 2002 s. 908
Rt. 2003 s. 425
Rt. 2003 s. 754
Rt. 2004 s. 1046
Rt. 2006 s. 247
Rt. 2006 s. 1308
Rt. 2007 s. 967
Rt. 2013 s. 835

Avgjørelser etter EMD:

EMD 1996 – 17383 Adele Johansen mot Norge, EMD 7.august 1996 sak 24/1995/530/616

Lagmannsrettspraksis:

RG 1998 s. 1563

Fylkesnemndspraksis:

FNV-2002-30-TRO

I mitt utvalg:

FNV-2002-3-ROG

FNV-2002-148-NOR

FNV-2002-14-HSF
FNV-2003-224-TRL
FNV-2003-110-NOR
FNV-2003-193-TRL
FNV-2003-143-BUS
FNV-2004-143-BUS
FNV-2004-102-ROG
FNV-2004-111-TRO
FNV-2005-102-HSF
FNV-2005-128-HSF
FNV-2005-153-HSF
FNV-2006-181-ROG
FNV-2006-98-ROG
FNV-2006-65-OST
FNV-2006-209-ROG
FNV-2007-132-AGD
FNV-2007-253-BUS
FNV-2007-37-HSF
FNV-2007-159-ROG
FNV-2008-124-BUS
FNV-2008-55-AGD
FNV-2008-134-MRO
FNV-2009-91-MRO
FNV-2009-62-AGD
FNV-2010-236-AGD
FNV-2010-193-AGD
FNV-2010-201-AGD
FNV-2011-119-AGD
FNV-2011-183-AGD
FNV-2011-43-AGD

FNV-2012-671-OSL
FNV-2012-155-AGD
FNV-2012-296-AGD
FNV-2012-172-TRO
FNV-2012-320-HSF
FNV-469-ROG
FNV-2013-101-AGD

Litteratur:

Mads Henry Andenæs *Rettskildelære* 2. utg. (2009)

Vigdis Bunkholdt og Mona Sandbæk *Praktisk barnevernarbeid* 5. utg. (2013)

Fritz Leo Breivik og Kate Mevik *Barnefordeling i domstolen - når barnets beste blir barnets verste* (2012)

Elisabeth Backe-Hansen, *Håndbok for fosterforeldre* (1987)

Trude Haugli *Samværsrett i barnevernssaker* 2. utg. (2000)

Trude Haugli og Toril Havik *Samvær i barnevernsaker – psykologiske og juridiske vurderinger* (2010)

Toril Havik og Sturla Falck *Barnevern og fylkesnemnd* (2000)

Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholdt og Kirsten Sandberg *Barnekonvensjonen – barns rettigheter i Norge* 2. utg. (2012)

Ragnar Knoph v. Kåre Lilleholdt *Knophs oversikt over Norges rett* 12. utg. 2004

Asbjørn Kjønstad *Barnevern, fylkesnemnder og rettsikkerhet* 1.utg (2002)

Knut Lindboe *Barnevernrett* 6. utg. (2012)

Kari Ofstad og Randi Skar *Barnevernloven med kommentarer* 5. utg. (2013)

Kirsten Sandberg *Barnets beste – om barnefordeling, rettspraksis og rettferdighet* (1990)

Steinar Tjomsland *Barnevern og omsorgsovertakelse* 2. utg. (2003)

Artikler:

Stang, Elisabeth Gording *Barnets rett til deltakelse i barnevernssaker* Kritisk juss 2007 s. 36

H.P Graver artikkel *Bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten*. TfR (2004)

Nisja, Anne Bergum (2004) *Samværets omfang(hvor ofte og hvor lenge)- barnevernloven §4-19*. Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål 2004 s. 101 - (FAB-2004-101)

Ellingsæter, Anne Lise *Om begrepet "barnets beste"* (2008)

Haugli, Trude *Barnets beste-forskningsmessige utfordringer* s. 23 i Kultur og samfunn (2002)

H.P Graver artikkel *bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten* TfR (2004)

Fritz Leo Breivik og Kate Melivk jfr. Rød mfl. 2008:558

Nettsider:

Ssb.no - <http://www.ssb.no/sosiale-forhold-og-kriminalitet/statistikker/barneverng>