

Jon Sverdrup Efjestad  
Mathias Rør Falch  
Trine Christin Riiber

# Barnevernssaker i domstol og nemnd





BARNEVERNSSAKER  
*i domstol og nemnd*



Jon Sverdrup Efestad,  
Mathias Røer Falch og Trine Christin Riiber

# BARNEVERNSSAKER *i domstol og nemnd*

UNIVERSITETSFORLAGET

© H. Aschehoug & Co. (W. Nygaard) AS ved Universitetsforlaget, Oslo 2023

ISBN 978-82-15-05974-7

Materialet i denne publikasjonen er omfattet av åndsverklovens bestemmelser. Uten særskilt avtale med rettighetshaverne er enhver eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring bare tillatt i den utstrekning det er hjemlet i lov eller tillatt gjennom avtale med Kopinor, interesseorgan for rettighetshavere til åndsverk. Utnyttelse i strid med lov eller avtale kan medføre erstatningsansvar og inndragning og kan straffes med bøter eller fengsel.

Henvendelser om denne utgivelsen kan rettes til:

Universitetsforlaget  
Postboks 508 Sentrum  
0105 Oslo

[www.universitetsforlaget.no](http://www.universitetsforlaget.no)

Omslag: Mette Gundersen  
Sats: ottaBOK  
Trykk: Aksell AS  
Innbinding: Bokbinderiet Johnsen AS  
Boken er satt med: Stempel Garamond 10,5/14  
Papir: 90 g Amber Graphic 1,25



# Forord

Som følge av de mange norske barnevernssakene som har vært behandlet av Den europeiske menneskerettsdomstolen de senere årene, og deretter storkammersakene i Høyesterett i 2020, har barnevernsretten vært i stor utvikling. Vi jobbet alle tre som advokater for en av kommunene i den ene av storkammersakene (HR-2020-663-S). Gjennom dette arbeidet har vi fulgt rettsutviklingen tett. Det ga oss samtidig en god anledning til å skrive denne boken.

Gjennom årene har vi både som advokater hos Kommuneadvokaten i Oslo og som dommere savnet en egen fremstilling av de mange og til dels kompliserte prosessuelle problemstillingene som kan oppstå i barnevernssakene. Mange som jobber med barnevernsrett, inkludert Kommuneadvokaten i Oslo, har måttet lage egne erfaringsarkiv som bare delvis svarer på disse spørsmålene. Dette har vært en viktig inspirasjon til å lage en samlet fremstilling også av denne delen av barnevernsretten.

Hensikten med denne boken er dermed å imøtekomme et behov for en praktisk rettet, men samtidig helhetlig og grundig, oppslagsbok om materielle og prosessuelle spørsmål innenfor barnevernsretten. Vi håper vi har lyktes.

Vi takker leder for BSK psykolog Frida Rø Gullestad, kommuneadvokat Lars Marius Heggberget, advokat Toini Oulie-Hauge, tingrettsdommer Tor Sandsbraaten, kommuneadvokat Camilla Selman og lagdommer Irene Sogn for gode innspill til ulike deler av manuset.

Vi tar gjerne imot tilbakemeldinger og forslag til forbedringer på e-post til **barnevernsboka@gmail.com**.

Oslo, mai 2023

*Jon Sverdrup Efstad, Mathias Røer Falch og Trine Christin Riiber*

# Innledning

I Norge er omsorg og oppdragelse av barn i første rekke foreldrenes ansvar. Dersom foreldrene trenger hjelp til omsorgsoppgaven, eller i kortere eller lengre perioder er ute av stand til å utøve den, er det barnevernstjenesten som skal gi dem den hjelpen de trenger.

Barnevernstjenesten er i hovedsak kommunal, og det nærmere ansvaret til barnevernstjenesten følger av barnevernsloven. Den 18. juni 2021 ble det vedtatt en ny barnevernslov som trådte i kraft 1. januar 2023.<sup>1</sup> Barnevernsloven fra 2021 avløser barnevernloven fra 1992. Ny barnevernslov skal bidra til bedre barnevernsfaglig arbeid, styrke barns og foreldres rettssikkerhet og bidra til økt vekt på forebygging og tidlig innsats.<sup>2</sup>

De fleste barn, unge og familier som mottar hjelp fra barnevernet, mottar en eller flere former for frivillige hjelpetiltak. Selv om slike tiltak er avhengig av samtykke, vil valgfriheten ikke alltid være reell. Dersom foreldrene ikke aksepterer hjelpetiltaket, kan de i neste omgang bli stilt overfor den situasjonen at barnevernstjenesten foreslår omsorgsovertakelse. Omsorgsovertakelse er et av de mest inngripende tvangstiltakene vi kjenner i norsk rett. Barnevernsloven gir også hjemmel for andre svært inngripende tiltak, for eksempel tvangsadopsjon.

Barnevernsretten befinner seg i et skjæringspunkt mellom forvaltningsrett, sivilprosess og menneskerettigheter. Det følger av barnevernsloven § 12-1 at forvaltningsloven gjelder for saksbehandlingen av barnevernssaker med de særregler som er fastsatt i eller i medhold av barnevernsloven. Det er for eksempel forvaltningsloven § 2 bokstav e som regulerer hvem som er parter i barnevernssaken, jf. barnevernsloven § 12-2 første ledd. Barneverns- og helsenemnda (tidligere fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker) er også et forvaltningsorgan. I barnevernsloven kapittel 14 er det likevel særregler for behandlingen av barnevernssakene i nemnda som har mye til felles med reglene for domstolprosessen. Rettslig prøving av vedtak fra barneverns- og

---

1 Loven bygger på NOU 2016: 16 *Ny barnevernslov – Sikring av barnets rett til omsorg og beskyttelse* og Prop. 133 L (2020–2021). Enkelte lovendringer som følger opp NOU 2016: 16, er også vedtatt ved Stortingets behandling av Prop. 169 L (2016–2017) og Prop. 84 L (2019–2020).

2 Jf. Prop. 133 L (2020–2021) punkt 1.1.



helsenemnda følger dels de alminnelige sivilprosessuelle reglene i tvisteloven, og dels særlige prosessregler i tvisteloven kapittel 36.

En sentral del av forarbeidene til barnevernsloven går ut på å vurdere forholdet til menneskerettighetene, og sikre at den nye loven er i tråd særlig med FNs barnekonvensjon, den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) og praksis fra menneskerettsdomstolen (EMD). Barnevernsloven viderefører langt på vei gjeldende rett, men inneholder også flere nye bestemmelser. Barnevernsloven lovfester blant annet flere grunnleggende rettigheter og prinsipper som tidligere har fulgt av ulovfestet rett, for eksempel barns rett til omsorg og beskyttelse, retten til familieliv og minste inngreps prinsipp.<sup>3</sup>

Fra 2016 har EMD tatt et stort antall barnevernssaker mot Norge til behandling.<sup>4</sup> I flere av dommene har domstolen konstatert krenkelse av EMK artikkel 8 om retten til familieliv. Den mest omtalte avgjørelsen er storkammerdommen *Strand Lobben mfl. mot Norge* fra 2019.<sup>5</sup> Kritikken fra EMD i denne og i senere avgjørelser har i hovedsak vært rettet mot barnevernsmyndighetenes og domstolenes avgjørelsesgrunnlag og begrunnelser, blant annet i tilknytning til myndighetenes plikt til å arbeide for gjenforening av barn og foreldre. I denne vurderingen har også fastsettelse av samvær vært sentralt.

Høyesterett har etter EMDs avgjørelse i storkammersaken *Strand Lobben mfl. mot Norge* avgjort flere barnevernssaker om blant annet omsorgsovertakelse, samvær, oppheving av omsorgsovertakelse og adopsjon.<sup>6</sup> I februar 2020 behandlet Høyesterett tre barnevernssaker i sammenheng.<sup>7</sup> Avgjørelsene ble avsaugt i Høyesteretts storkammer, og var enstemmige. De gjaldt ulike spørsmål knyttet til norsk barnevernslovgivning og forholdet til EMK artikkel 8. I avgjørelsene kom Høyesterett med føringer for hvordan norske barnevernsmyndigheter og domstoler skal forholde seg til praksis fra EMD. Høyesterett konstaterte at det for de spørsmålene som ble vurdert i storkammeravgjørelsene, ikke var motstrid mellom norsk barnevernslovgivning og EMK artikkel 8, men at det var behov for justering av praksis i barnevernssaker. Dette er fulgt opp av departementet i forarbeidene til barnevernsloven.<sup>8</sup> I barnevernsloven fastsettes det flere detaljerte krav som skal ivareta en del av kravene EMD har oppstilt. Et eksempel er barnevernsloven § 14-20 tredje ledd, der det heter at

3 Prop. 133 L (2020–2021) punkt 1.5.

4 EMD har fra 2016 og til og med august 2022 avsaugt 27 avgjørelser i barnevernssaker mot Norge. To er avsaugt i storkammer (17 dommere), 13 i kammer (sju dommere) og 12 i komite (tre dommere), se Bendiksen og Haugli, *Sentrale emner i barneretten* (5. utgave 2023) på side 204.

5 EMDs storkammerdom 10. september 2019 *Strand Lobben mfl. mot Norge* (37283/13).

6 I Bendiksen og Haugli, *Sentrale emner i barneretten* (5. utgave 2023) side 203 står det at Høyesterett etter storkammersakene fra mars 2020, har behandlet 14 barnevernssaker i avdeling, se nærmere i bokens note 482.

7 HR-2020-661-S, HR-2020-662-S, HR-2020-663-S.

8 Prop. 133 L (2020–2021) blant annet punkt 3.1.

det skal fremgå av begrunnelsen for vedtak hvordan barnets beste og hensynet til familiebånd er vurdert.

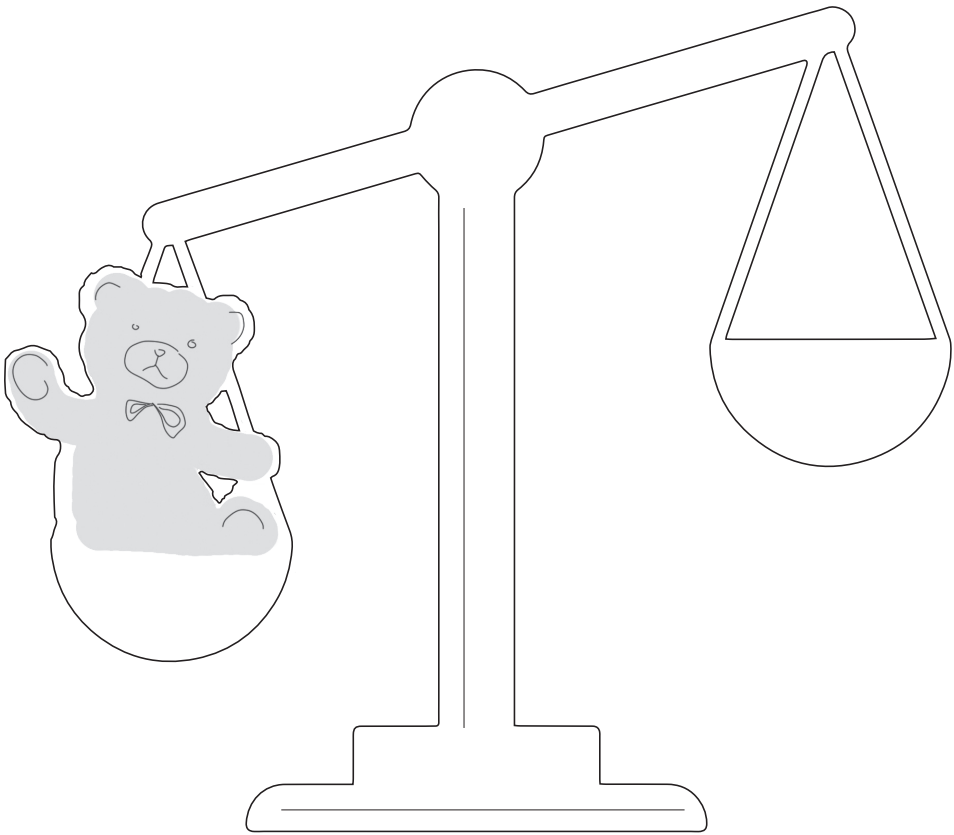
Formålet med en ny barnevernslov var også å få en mer tilgjengelig lov som er bedre tilpasset dagens samfunn. I den nye loven er det derfor gjort flere språklige og redaksjonelle endringer for å gjøre loven mer tilgjengelig for brukerne.<sup>9</sup>

I denne boken foretar vi en gjennomgang av både de materielle og de prosessuelle reglene som gjelder for behandlingen av barnevernssakene i nemnda og domstolen. I bokens *del I* behandler vi de materielle reglene, blant annet vilkårene for omsorgsovertakelse, tilbakeføring og adopsjon, samt de generelle kravene som gjelder til avgjørelsene. Vi redegjør også for de mest sentrale grunnprinsippene, blant annet hensynet til barnets beste og retten til familieliv. I bokens *del II* behandler vi de prosessuelle prinsipper og regler som gjelder for behandlingen av barnevernssakene. Fordi barnevernsloven gir hjemmel for svært inngripende tiltak, er det strenge krav til prosessen i barnevernssaker – særlig for tvangsvedtakene. Vi har ser særlig på behandlingen i barneverns- og helsenemnda og i domstolene, men flere av temaene vi behandler er generelle, og gjelder også barnevernstjenestens saksbehandling av barnevernssaker. De mest sentrale prosessuelle kravene knytter seg til barnets rett til medvirkning, partenes rett til å bli involvert i prosessen, deres rett til innsyn, kontradiksjon og rett til rettslig bistand. Enkelte temaer, for eksempel retten til familieliv og barnets rett til medvirkning, innebærer både materielle og prosessuelle krav, og behandles derfor flere steder.

---

9 Prop. 133 L (2020–2021) punkt 1.1.

# DEL I





## Kapittel 1

# Barnets beste, retten til familieliv og andre grunnleggende rettigheter

### 1.1 Innledning

Når en barnevernssak skal avgjøres, er det noen grunnleggende prinsipper som vil være førende for vurderingene og dermed også for utfallet av saken. Disse føringene for avgjørelsen i saken omtaler vi som materielle grunnprinsipper, og det er disse som er temaet i dette kapittelet. Vi har valgt å ta for oss de mest sentrale prinsippene som gjelder ved nemndsbehandling og rettslig behandling av barnevernssakene. Disse er barnets beste, retten til familieliv, retten til å leve i tråd med egen kultur og det minste inngreps prinsipp.

Det er også en rekke prinsipper som ikke direkte er styrende for hvilket resultat en barnevernssak skal få, men som gir føringer for hvordan prosessen frem til avgjørelsen skal være. De kaller vi prosessuelle prinsipper, og behandles i del II av boken, som begynner med kapittel 10.

### 1.2 Barnets beste

#### 1.2.1 Overordnet om barnets beste

Synet på barns rettigheter har vært gjennom en enorm utvikling, og også de siste tiårene har barnets rettigheter fått en langt større plass både i lovverket og vår bevissthet.<sup>10</sup> Prinsippet om barnets beste følger i dag både av Grunnloven, FNs barnekonvensjon og av praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol i Strasbourg (EMD). Hensynet til barnets beste kommer også direkte til uttrykk i flere lovbestemmelser, herunder i barnevernsloven.

Barnets beste-vurderingen kan oppsummeres som følger: Barnets beste er det viktigste hensynet i barnevernssaker. Hva som er barnets beste, må vurderes konkret. Sentrale momenter er barnets syn, barnets behov for omsorg og trygghet, barnets tilhørighet til sin familie og barnets identitet. Barnet har rett på nødvendige barnevernstiltak, og dersom det er motstrid mellom barnet

<sup>10</sup> For en historisk gjennomgang, se Haugli i *Grunnloven, Historisk kommentarutgave 1814–2020* kommentar til § 104 punkt 2.

og foreldrenes interesser, skal hensynet til barnet gis forrang. Barnets beste er likevel ikke det eneste hensynet, og avgjørelser i barnevernssaker må vise at også andre hensyn er identifisert og tatt med i vurderingen. I det følgende skal vi mer detaljert gå gjennom hva som menes med barnets beste, og hvilken vekt barnets interesser skal gis.

Barnets beste er det viktigste hensynet i barnevernssaker, men det er ikke det eneste relevante hensynet. En annen helt sentral rettighet i barnevernssakene er retten til familieliv. Foreldrene og barnets rett til familieliv (og i noen tilfeller andre familiemedlemmer) vil stå sentralt i barnevernssakene. For barn som ikke opplever omsorgssvikt, vil det som regel ikke oppstå noen motsetning mellom hva som er barnets beste og familiens interesse i å opprettholde et normalt familieliv. Da vil hensynet til barnets beste og hensynet til familielivet normalt trekke i samme retning.

Der barnets og foreldrenes interesser kommer i konflikt, må myndighetene balansere disse interessene mot hverandre. EMDs kritikk av norske barnevernsvavgjørelser var i sin kjerne begrunnet i at domstolen mente at de norske avgjørelsene ikke balanserte disse hensynene godt nok. Formuleringene som nå er valgt i barnevernsloven, er dermed preget av de senere års praksis fra EMD i saker etter EMK artikkel 8. Vi mener at endringen som er gjort i loven, og den økende bevisstheten om betydningen av å bevare familieband verken skal eller kan praktiseres slik at barnet blir skadelidende.<sup>11</sup> Det gjenstår å se hva som blir den reelle virkningen av at hensynet til foreldrene og barnets interesse i å beholde bånd til biologisk familie er viet større oppmerksomhet enn tidligere.

### 1.2.2 Barnets beste etter Grunnloven § 104 andre ledd

Etter Grunnloven § 104 andre ledd skal barnets beste være et grunnleggende hensyn ved handlinger og avgjørelser som berører barn. Det var flere begrunnelser for å innta en slik bestemmelse i Grunnloven. Grunnloven § 104 er blant annet ment å fremheve barnets beste som tolkningsmoment – «rettsanvenderen skal falle ned på det tolkningsalternativ som gir den beste løsning for barnet».<sup>12</sup>

Selv om grunnlovsbestemmelsen kan sies å fungere som en rettesnor ved tolkning av bestemmelser og ved konkrete avgjørelser, går neppe bestemmelsen lenger enn det som allerede fulgte av folkerettsbestemmelser og av lovgivning og praksis på barnevernsområdet.<sup>13</sup>

11 I samme retning Prop. 133 L (2020–2021) punkt 7.3.5.3 og Innst. 625 L (2020–2021) punkt 2.2. og Sandberg, *Kommentar til Høyesteretts storkammeravgjørelser om barnevern etter EMDs dommer mot Norge*, Juridika ekspertkommentar 15. april 2020.

12 Dokument 16 (2011–2012) punkt 32.5.1.

13 I samme retning Haugli i *Grunnloven, Historisk kommentarutgave 1814–2020* kommentar til § 104 punkt 5.

Selv om barnets beste er et «grunnleggende» hensyn, skal ikke bestemmelsen i Grunnloven forstås slik at barnets beste er det eneste hensynet. Grunnlovsbestemmelsen gjelder enhver avgjørelse som berører barn. Formuleringen «et grunnleggende hensyn» ble valgt for å få frem at hensynet til barnet skal spille inn når barn er berørt, men «deres interesser vil ikke nødvendigvis være avgjørende for beslutningen».<sup>14</sup> Vekten som skal legges på barnets interesser etter grunnlovsbestemmelsen, vil variere alt etter hvor sterkt berørt barnet er, og hvor alvorlig beslutningen er for barnet. Barnevernssakene er naturlig nok et av saksfeltene som angår barn mest direkte, og hvor det treffes beslutninger som har stor betydning for barna det gjelder, og dermed der hensynet skal tillegges størst vekt.

### 1.2.3 Barnets beste etter FNs barnekonvensjon

Etter menneskerettsloven § 2 nr. 4 jf. § 3 gjelder FNs barnekonvensjon (i denne boken også omtalt som barnekonvensjonen) som norsk lov og skal ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning.

Barnets beste er etter barnekonvensjonen et tredelt konsept:<sup>15</sup>

- En selvstendig rettighet for barnet til å få sine interesser vurdert og ansett som et grunnleggende hensyn når ulike interesser skal veies mot hverandre. Denne retten kan påberopes direkte for domstolene.
- Et grunnleggende tolkningsprinsipp: Hvis en rettsregel kan tolkes på flere måter, bør man velge tolkningen som på best vis ivaretar barnets beste.
- En prosessuell regel: Når det tas en avgjørelse som vil påvirke barn, må avgjørelsesprosessen inkludere en vurdering av mulig innvirkning på barnet (enten den er positiv eller negativ). Det må fremgå av begrunnelsen at barnets beste har vært hensyntatt i vurderingen – hva som er barnets beste, hvilke kriterier det er basert på, og hvordan barnets interesser har blitt veid mot andre hensyn.

### 1.2.4 Barnets beste i den europeiske menneskerettskonvensjon

Etter menneskerettsloven § 2 nr. 1 jf. § 3 gjelder den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) som norsk lov og skal ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning. EMK inneholder ingen egen bestemmelse om barnets beste. Hensynet til barn er imidlertid innfortolket i de ulike konvensjonsbestemmelsene, og barnets beste er sterkt fremhevet av Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) i en lang rekke avgjørelser.

<sup>14</sup> Dokument 16 (2011–2012) punkt 32.5.4 og tilsvarende i Innst. 186 S (2013–2104) punkt 2.1.10.

<sup>15</sup> General Comment nr. 14 (2013): The right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, par. 1) (GC-2013-14-CRC) avsnitt 6.

Hvilken vekt barnets beste skal tillegges, må etter EMDs praksis vurderes konkret opp mot de andre hensynene i saken. Det er ingen tvil om at hensynet til barnets beste er det viktigste hensynet, men andre hensyn må også tas inn i vurderingen og vektet. Gjør man ikke det, vil avgjørelsen lett være i strid med kravene som følger av EMK artikkel 8.

Flere har uttrykt bekymring for at hensynet til barna har kommet noe i bakgrunnen etter EMDs dommer mot Norge,<sup>16</sup> og at foreldreperspektivet er styrket. Det er mulig at inngangen til vurderingen er med på å farge de ulike uttalelsene i domstolens praksis. Sakene for EMD er nærmest uten unntak anlagt av foreldre som mener at deres rett til familieliv er krenket. En naturlig konsekvens av det er at foreldrenes rettigheter er viet stor oppmerksomhet i EMDs dommer. Et interessant trekk ved sakene fra EMD er da også at barna normalt ikke er part i saken. I noen tilfeller er barn parter, men da fordi at foreldrene som går til sak, formelt har valgt å inngi klagen til EMD også på vegne av barnet. Det kan da være spørsmål om det foreligger motstrid mellom interessene til barn og foreldre, men EMD har i flere saker godtatt at foreldrene på denne måten handler på vegne av barnet selv om det er gjennomført tvangsadopsjon eller foreldrene ikke utøver den daglige omsorgen for barnet.<sup>17</sup> Dette kan synes fremmed i saker der utgangspunktet er at den nasjonale domstolen har kommet til at det foreligger en motstrid mellom interessene til barn og foreldre som ga grunnlag for å gjøre inngrep i familielivet. EMDs inngang til vurderingen av om foreldrene har rettslig interesse, er noe annerledes enn i nasjonal rett. Vurderingstemaet i EMD knytter seg gjerne til om man risikerer at noen av barnets interesser ikke blir synliggjort, eller at barnet ikke vil få effektiv beskyttelse av sine rettigheter hvis foreldrene ikke kan representere det.<sup>18</sup> EMD har imidlertid i en avgjørelse fra 2022 uttalt at der det konstateres motstrid mellom barn og foreldres interesser, vil ikke foreldrene kunne reise sak også på vegne av sine barn.<sup>19</sup> Som rettsanvendere i Norge må vi uansett ta EMDs generelle uttalelser om barnets beste på ordet – barnets beste er det viktigste hensynet i saker om barnevern, og EMK artikkel 8 krever at hensynet til barnet settes først.

16 Se herunder Søvig, *Kommentar til høstens barnevernssaker mot Norge*, Juridika Ekspertkommentar 9, januar 2020.

17 Se for eksempel EMDs dom 20. januar 2022 *A.L. mfl. mot Norge* (45889/19) avsnitt 29 og EMDs dom 10. mars 2020 *Pedersen og andre mot Norge* (39710/15) avsnitt 43–36. En kritikk av denne tilnærmingen fremkommer av dissensen fra dommerne Koskelo og Nordén i EMDs storkammerdom 10. september 2019 *Strand Lobben mfl. mot Norge* (37283/13).

18 Se EMDs storkammerdom 10. september 2019 *Strand Lobben mfl. mot Norge* (37283/13) avsnitt 154 flg. med videre henvisninger særlig til *Scozzari og Giunta mot Italia*.

19 EMDs dom 20. januar 2022 *E.M. og andre mot Norge* (53471/17) avsnitt 63–65.



### 1.2.5 Barnets beste i barnevernsloven

Den sterke vektleggingen av barnets beste i internasjonale kilder samsvarer godt med våre nasjonale bestemmelser på området.<sup>20</sup> Foruten grunnlovsbestemmelsen, som er nevnt i kapittepunkt 1.2.2, følger hensynet til barnets beste av barnevernsloven § 1-3:

Ved handlinger som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn. Barnevernets tiltak skal være til barnets beste. Hva som er til barnets beste må avgjøres etter en konkret vurdering. Barnets mening er et sentralt moment i vurderingen av barnets beste.

Formuleringen som er valgt her, er basert på tilsvarende formulering i Grunnloven § 104 og barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1.

### 1.2.6 Hva er barnets beste?

#### *Barnets beste må vurderes konkret*

Når vi skriver at *barnets beste* er det viktigste hensynet i barnevernssaker, mener vi det bokstavelig: Den løsningen som er best for det konkrete barnet i den konkrete situasjon, skal veie tyngst i barnevernssaker. Det avgjørende for *innholdet* i barnets beste er hva som rent faktisk er til barnets beste.<sup>21</sup> Dette kan fremstå som selvfølgeligheter, men som vi kommer tilbake til, er det i barnevernssakene lett å blande sammen vurderingen av hva som er best for det konkrete barnet, ulike generelle uttalelser i rettskildene om hva som generelt er bra for barn.

Barnekonvensjonen er tydelig på at barnets beste må fastsettes etter en konkret vurdering:

The concept of the child's best interests is complex and its content must be determined on a case-by-case basis. [...] It should be adjusted and defined on an individual basis, according to the specific situation of the child or children concerned, taking into consideration their personal context, situation and needs. For individual decisions, the child's best interests must be assessed and determined in light of the specific circumstances of the particular child.<sup>22</sup>

Forarbeidene til barnevernsloven er også tydelige på at vurderingen alltid må ta utgangspunkt i det enkelte barns individuelle behov og baseres på en bred

20 HR-2018-1720-A avsnitt 52–53, da om barnevernsloven 1992.

21 Nordvik, *Barnets rett til medbestemmelse ved omsorgsovertakelse* (2021) punkt 4.4.1, se også Jerkø, *Skal ikke 'barnets beste' leses bokstavelig? – En kritikk av HR-2017-2015-A 'Jakob-saken'*, Lov og Rett 2018/2.

22 General Comment No. 14 (2013): *The right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration* (art. 3, par. 1) (GC-2013-14-CRC) avsnitt 32.

helhetsvurdering ut fra omstendighetene i den enkelte sak.<sup>23</sup> Dette fremkommer direkte av barnevernsloven § 1-3 tredje punktum.

Men hva ligger nærmere i den konkrete vurderingen av hva som er til barnets beste?

Selv om det er bred enighet om at barnets beste er det viktigste hensynet i barnevernssakene, er det ofte uenighet om *hva som er til barnets beste* i den konkrete saken. Er det best for dette barnet å bo hos sin biologiske familie, med de bånd og den identitet som hører til familien? Eller er det viktigere å sikre dette barnet stabilitet og følelsesmessig tilknytning i et fosterhjem når det først er konstatert omsorgssvikt? Er foreldrene klare til å få barnet tilbake til seg, eller vil det påvirke barnet i negativ retning? Barnevernssakene inneholder mange slike dilemmaer.

Et grunnleggende spørsmål er hva som ligger i «barnets beste». Er det et rettslig begrep som kan fylles med innhold gjennom tolkning av rettskilder, eller er det et spørsmål om hva som faktisk er barnets beste, basert på de konkrete omstendighetene i saken og generell (psykologfaglig) kunnskap? Eller er det en blanding?

Dette er tilsynelatende et ganske enkelt spørsmål, men det kan være komplisert når man gransker det nærmere. Fra å være et praktisk og konkret spørsmål kan det også bli en ganske akademisk øvelse å besvare dette. Vi har valgt å forsøke å gi et svar som gir veiledning for praktikerer. Etter vårt syn kan spørsmålet enklest besvares slik:

Det nærmere *innholdet i barnets beste* avhenger av en helt konkret vurdering. Hvilke momenter som bør og skal inngå i vurderingen, finner man som regel svar på i rettskildene. Det er et spørsmål om *relevans*. Hvilken *vekt* momentene skal ha, vil variere fra sak til sak.<sup>24</sup> Vi skal forsøke å vise hva som er faren ved å bytte ut de konkrete vurderingene med generelle utgangspunkter og rettslige standarduttrykk. Avgjørelser i barnevernssaker må alltid forsøke å fastslå hva man mener faktisk vil være best for barnet. Dette er det – overraskende nok – ikke alltid like lett å lese ut av dommer i barnevernssakene. Når barnets beste først er fastslått, må man vurdere dette opp mot andre hensyn i saken, og da særlig foreldrenes interesser.

#### *Momenters relevans og vekt i den enkelte sak*

Når man skal finne frem til hva som er best for barnet, må man skille mellom hvilke momenter som generelt har *relevans*, og hvilken *vekt* de ulike momentene har.

Flere momenter som generelt er relevante, er fremhevet i forarbeidene og i rettspraksis, og det er en del føringer på hvilke momenter som må *inngå i*

23 Prop. 133 L (2020–2021) punkt 7.1.4.4.

24 I denne retning Prop. 133 L (2020–2021) punkt 7.1.4.4.

*vurderingen*, herunder barnets interesse i kontakt med biologisk familie. Psykologfaglig kunnskap kan også bidra med erfaringssetninger om hva som generelt er bra for barn. Flere slike psykologfaglige generelle erfaringer er gjengitt i ulike rettskilder. Generelle erfaringer kan være utformet mer eller mindre nyansert. Slike generelle betraktninger vil måtte suppleres med spesifikke og individuelle forhold.<sup>25</sup> En annen måte å si dette på er at de individuelle forhold i saken må vurderes opp mot de generelle erfaringene.<sup>26</sup> *Vekten* av ulike momenter vil altså variere fra sak til sak, og det avgjørende er hva som er best for *dette barnet*. Det kan være noe annet enn det som er bra for mange andre barn.

Som rettsanvendere må vi være spesielt forsiktige med å benytte uttalelser om hva som generelt er til barns beste, uten å vurdere om det stemmer for det barnet saken handler om. Hvis ikke risikerer vi at vurderingene skjer løsrevet fra barnets konkrete behov. Et eksempel er HR-2017-2015-A (Jakob-saken). Saken gjaldt fastsettelse av samvær. Omsorgen hadde i sin tid blitt overtatt på grunn av vold mot gutten, som da var et spedbarn. Høyesteretts vurdering av barnets beste i den saken er bredt kritisert.<sup>27</sup> Dommen fremhever kilder som angir at det generelt er en fordel med kjennskap til biologisk opphav, også der tilknytningen er svak. Om en slik begrenset kontakt ville være et gode for Jakob, som hadde blitt utsatt for omfattende vold fra dem som ønsket samvær, går ikke Høyesterett nærmere inn på. Det ble i stedet vist til at lovgiver hadde vektet betydningen av kjennskap til biologisk opphav annerledes enn den sakkyndige og lagmannsretten. Med denne formuleringen la Høyesterett i realiteten mer vekt på generelle utgangspunkter, enn konkrete. Etter vårt syn er dommen et eksempel på hvordan generelle erfaringer ikke brukes på en tilstrekkelig nyansert måte.

Etter EMDs praksis i saker om familieliv etter EMK artikkel 8 har barnets beste to bestanddeler (two limbs).<sup>28</sup> På den ene siden ligger barnets interesse i å opprettholde bånd til sin biologiske familie. På den andre siden ligger barnets interesse i å utvikle seg i et sunt og godt miljø. Denne tosidigheten er også barnevernsloven tuftet på.<sup>29</sup> Disse sidene ved barnets beste er dessuten fremhevet av

25 Se i denne retning en ofte sitert dom, Rt-2001-14 på side 23.

26 HR-2007-561 avsnitt 50, her noe forkortet og omskrevet.

27 Se eksempelvis Dommen i «Jakob-saken» legitimerer et offentlig svik mot de mest sårbare og utsatte | Dag Ø. Nordanger (aftenposten.no), Høyesterett gir «Jakob»s foreldre samvær med sønnen. Jusprofessor mener hensynet til foreldrene kommer foran gutten. (aftenposten.no), Jerkø, *Skal ikke «barnets beste» leses bokstavelig? – En kritikk av HR-2017-2015-A «Jakob-saken»*, Lov og Rett 2018/2. og Riiber og Syse, «Høyesteretts sirkelgang i Jakob (HR-2017-2015). En kommentar», Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål 2018/1.

28 EMDs storkammerdom 6. juli 2010 *Neulinger og Shuruk mot Sveits* (41615/07) avsnitt 136, EMDs storkammerdom 10. september 2019 *Strand Lobben mfl. mot Norge* (37283/13) avsnitt 207, EMDs dom 26. april 2018 *Mohamed Hasan mot Norge* (27496/15) avsnitt 150, EMDs dom 19. september 2000 *Gnahoré mot Frankrike* (40031/98) avsnitt 59.

29 Se Prop. 133 L (2020–2021) punkt 7.1.4.4.

Høyesterett i en rekke avgjørelser.<sup>30</sup> EMDs formulering av de to bestanddelene gir umiddelbart et bilde av hensyn som trekker i ulik retning, men også dette beror på en konkret vurdering. For barn som opplever god omsorg, vil begge bestanddelene tale for å bli boende hos foreldrene.<sup>31</sup> Og selv om kjennskap til biologisk familie har en egenverdi utover å legge til rette for tilbakeføring, vil ikke nødvendigvis et barn som har vært utsatt for alvorlig omsorgssvikt, ha interesse av å opprettholde bånd til sin biologiske familie.<sup>32</sup> Man kan for eksempel se for seg jenta som har blitt utsatt for seksuelle overgrep fra sin far i en årrekke. Det barnet vil neppe ha noen interesse i å opprettholde bånd til sin far, utover eventuelt som ledd i å bearbeide traumer eller liknende. På den annen side kan et barn som ble forlatt som liten, ha et stort behov for å få kontakt med sin mor for å forstå sin egen bakgrunn. Her ser man betydningen av å vurdere generelle momenter konkret.

Det kan ikke gis noen uttømmende liste av momentene av hva som vil være til barnets beste i en konkret sak, men det kan angis noen hovedpunkter:<sup>33</sup>

- Barnets medvirkning
- Barnets behov for omsorg, beskyttelse og trygghet
- Barnets identitet og utvikling av sin egenart
- Barnets etniske, kulturelle, språklige og religiøse bakgrunn
- Barnets familie og stabile relasjoner til nære voksne
- Barnets særskilte behov og sårbarhetsfaktorer
- Barnets rett til kontinuitet og et trygt og tilpasset omsorgsmiljø
- Barnets sosiale situasjon, helse, utdanning og fremtidsutsikter.

### *Barns medvirkning*

Barns medvirkning er et sentralt moment i barnets beste-vurderingen, jf. barnevernsloven § 1-3. Barnet skal bli hørt og lyttet til i samsvar med barnets alder og modenhet. Se nærmere om barnets medvirkning i kapittel 13.

30 Se eksempelvis Rt-2014-976 avsnitt 35 og 37 og storkammeravgjørelsene fra 2020.

31 Se Prop. 133 L (2020–2021) punkt 7.1.4.3.

32 Se eksempelvis HR-2020-662-S avsnitt 135, hvor det fremgår at kontakt med opphavet har egenverdi, såfremt det ikke påfører barnet en urimelig belastning. En interessant drøftelse av disse spørsmålene er gjort av Jerkø, *Skal ikke «barnets beste» leses bokstavelig? – En kritikk av HR-2017-2015-A «Jakob-saken»*, Lov og Rett 2018/2.

33 Momentlisten er basert på lovforslag fra Barnevernsutvalget, NOU 2023: 7 *Trygg barndom, sikker fremtid* punkt 11.5.2.

### *Barnets behov for omsorg, beskyttelse og trygghet*

Barnets behov for omsorg, beskyttelse og trygghet er et sentralt moment i vurderingen av barnets beste i barnevernssaker. Etter Grunnloven § 104 har barn krav på respekt for sitt menneskeverd og rett til vern om sin personlige integritet. Barnekonvensjonen artikkel 19 fastslår at barn skal beskyttes mot «all forms of physical or mental violence, injury or abuse, neglect or negligent treatment, maltreatment or exploitation, including sexual abuse, while in the care of parent(s), legal guardian(s) or any other person who has the care of the child». En slik beskyttelsesplikt kan også utledes av bestemmelser i EMK, herunder artikkel 3 om forbudet mot tortur og annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling, og EMK artikkel 8 om respekt for sitt privatliv, som også omfatter en persons fysiske integritet. Barn har etter EMDs praksis rett på særlig vern.<sup>34</sup>

Barns behov for omsorg omfatter både praktisk og emosjonell omsorg. Innenfor den emosjonelle omsorgen er tilknytnings- og relasjonskvalitet sentralt. Tilknytning som psykologisk begrep kan defineres som den eksklusive følelsesmessige forbindelse som et menneske danner til et annet menneske, slik at de opplever seg forent selv når de ikke fysisk er sammen. Tilknytningspersonen er den man vender seg til for å søke trøst og beskyttelse når man opplever seg sårbar. Begrepet tilknytning ble først benyttet om barns relasjoner til sine nærmeste omsorgspersoner.<sup>35</sup> Barn vil alltid utvikle tilknytning og relasjoner til sine omsorgspersoner, men hvis de samtidig blir utsatt for omsorgssvikt fra de samme omsorgspersonene, kan det påvirke kvaliteten av tilknytningen. Barnet som blir møtt både med omsorg og med vold, kan oppleve at tilknytningen til omsorgspersonene blir utrygg.

Vold og omsorgssvikt, særlig i tidlig levealder, kan føre til alvorlig skjevutvikling og utviklingstraumer. Utviklingstraumer refererer til den doble belastning som inntreffer når barn i tidlig levealder og over tid utsettes for skremmende opplevelser kombinert med sviktende omsorg og mangelfull reguleringsstøtte.<sup>36</sup> Vi kommer tilbake til temaet i kapittel 4 om omsorgsovertakelse.

Barnets behov har også nær sammenheng med barnets sårbarhet. Barn kan ha ulike former for sårbarhet eller være i ulike sårbare situasjoner. Barn kan for eksempel stå i fare for vold, utnyttning eller misbruk, ha utviklingsforstyrrelser eller andre diagnoser, ha nedsatt funksjonsevne, leve i fattigdom, være flyktning eller asylsøker. Det er viktig å understreke at barn i samme sårbare situasjon kan ha ulike behov.<sup>37</sup>

34 EMDs *Guide on article 8* avsnitt 114 med videre henvisninger, sist oppdatert 31. august 2022.

35 Furuholmen og Sjøvold, *De minste barnas stemme* (2. utgave 2020) side 60 med videre henvisninger.

36 Furuholmen og Sjøvold, *De minste barnas stemme* (2020) side 104 med videre henvisninger.

37 Prop. 133 L (2020–2021) punkt 7.1.4.4.

Når barnets behov for omsorg, beskyttelse og trygghet står på spill, vil normalt andre hensyn måtte vike. EMD er tydelige på at i balanseringen mellom barnets og foreldrenes interesser har ikke foreldre etter EMK artikkel 8 noe krav på tiltak som vil skade barnets helse eller utvikling.<sup>38</sup> Høyesterett har også uttalt at andre hensyn må vike der det er risiko for alvorlige skadevirkninger eller belastninger for barnet.<sup>39</sup> Barnevernsloven § 1-5 fastslår også at barnevernstiltak er en rett for barnet. Barnet har altså rettskrav på nødvendige tiltak.<sup>40</sup>

#### *Barnets identitet og utvikling av sin egenart*

Momentet handler om barnets selvstendige rett til å utvikle og bevare sin egenart og å få bruke sine ressurser som inkluderer personlige, kognitive, emosjonelle, sosiale og relasjonelle forhold. Momentet dreier seg om barnet som et individ med selvstendige rettigheter, som skal bli sett, forstått, ivaretatt og respektert som en person som er unik og viktig.

#### *Barnets etniske, kulturelle, språklige og religiøse bakgrunn*

Momentet inkluderer vurderinger av barnets etniske, kulturelle, språklige og religiøse bakgrunn. Det handler om barnets medlemskap i ulike fellesskap. Bestemmelsen skal tydeliggjøre at barnets bakgrunn og de fellesskap barnet inngår i, skal hensyntas i alle faser av en barnevernssak og må inngå i vurderingen av barnets beste. Urfolk og nasjonale minoriteter har et særskilt vern som må hensyntas. Prinsippet om barnets beste kan ikke settes til side eller krenkes til fordel for gruppens interesser, og barnets mening om egen tilhørighet og plass i fellesskapet må hensyntas. Disse spørsmålene er nærmere drøftet i dette kapittelpunkt 1.4.

#### *Barnets familie og stabile relasjoner til nære voksne*

Momentet inkluderer vurderinger av barnets opplevelse av tilhørighet, og barnets relasjoner og tilknytning til sine omsorgsgivere, søsken, familie i bred forstand og øvrige personer og nettverk. Det dreier seg om det spesifikke barnets relasjonelle behov i nåtid og fremtid, og hvordan familie og omgivelser kan bidra i forhold til barnets relasjonelle behov og gi barnet en opplevd sammenheng i sitt liv. Norske regler om barnevern har lenge operert med et utgangspunkt at

38 EMDs storkammerdom 10. september 2019 *Strand Lobben mfl. mot Norge* (37283/13) avsnitt 207, EMDs storkammerdom 8. juli 2003 *Sabin mot Tyskland* (30943/96) avsnitt 66, EMDs storkammerdom 8. juli 2003 *Sommerfeldt mot Tyskland* (31871/96) avsnitt 64, EMDs storkammerdom 13. juli 2000 *Elsholz mot Tyskland* (25735/94) avsnitt 50, EMDs dom 20. januar 2022 *E.M. og andre mot Norge* (53471/17) avsnitt 59, EMDs dom 6. september 2018 *Jansen mot Norge* (2822/16) avsnitt 92, EMDs dom 7. august 1996 *Adele Johansen mot Norge I* (17383/90) avsnitt 78.

39 Se i denne retning blant annet HR-2016-2262-A avsnitt 88, Rt-2002-908 side 913, Rt-2004-1046 avsnitt 73 og 75.

40 Se også HR-2020-1929-A avsnitt 82.

det gjennomgående vil være i barnets interesse at foreldrene har omsorgen for det.<sup>41</sup> Forholdet mellom barnet og de biologiske foreldrene er av fundamental karakter, og de sterke følelsesmessige båndene mellom disse bør bevares – ikke bare fordi det kan legge til rette for gjenforening, men fordi en slik kontakt kan være til barnets beste også på lengre sikt.<sup>42</sup> Også Høyesterett har ved en rekke anledninger fremhevet at opprettholdelse av familiebånd normalt er til barnets beste.<sup>43</sup> Dette omfatter barns behov for opprettholdelse av familiebånd og tilhørighet, men er ikke begrenset til relasjoner til biologisk familie.<sup>44</sup>

Etter EMDs praksis vil det å bevare bånd til barnets biologiske familie også etter omsorgsovertakelse normalt være til barnets beste, med mindre familien har vist seg å være «particularly unfit».<sup>45</sup> Samtidig vil ikke foreldre ha krav på tiltak som kan skade barnets helse og utvikling («harm the child's health and development»)<sup>46</sup> Det kan også være slik at kontakt ikke er tilrådelig på domstidspunktet, selv om det kan endre seg senere. Se nærmere om disse forholdene i kapittelpunkt 1.3.3 og 1.3.4 samt kapitlene 6 og 8 om henholdsvis samværssatssettelse og adopsjon. Vernet om retten til familieliv er drøftet nærmere i kapittelpunkt 1.3.

#### *Barnets særskilte behov og sårbarhetsfaktorer*

Barn kan ha ulike former for funksjonsnedsettelse eller sårbarheter, og kan være i utsatte livssituasjoner, som får betydning for vurderingen av barnets beste. Barn kan for eksempel stå i fare for vold, utnyttning eller misbruk, ha nedsatt funksjonsevne, oppleve diskriminering, fattigdom, være flyktning eller asylsøker. Det er en rekke forhold som kan gi opphav til at et barn er i en sårbar situasjon, og det er viktig å understreke at barn i samme sårbare situasjon kan ha ulike behov.

#### *Barnets rett til kontinuitet og et trygt og tilpasset omsorgsmiljø*

Barn skal ha opplevelse av en god barndom, med kontinuitet i et trygt og tilpasset omsorgsmiljø som kan gi opplevd sammenheng for barnet gjennom barndommen inn i voksenlivet. Det betyr at barnet har rett på kontinuitet i sin barndom, og barnet må også få mulighet og hjelp til å ivareta og forstå sin livshistorie.

41 Se eksempelvis Rt-1991-557 side 561.

42 NOU 2000: 12 *Barnevernet i Norge* punkt 13.3.1, se også Ot.prp. nr. 44 (1991–1992) punkt 4.17, Rt-2004-1046 avsnitt 60 og 72.

43 Se eksempelvis Rt-2004-1046 avsnitt 49.

44 Prop. 133 L (2020–2021) punkt 7.1.4.4.

45 EMDs dom 6. september 2018 *Jansen mot Norge* (2822/16) avsnitt 92.

46 EMDs *Guide on article 8* avsnitt 348 med videre henvisninger, sist oppdatert 31. august 2022.

*Barnets sosiale situasjon, helse, utdanning og fremtidsutsikter*

Barnets sosiale situasjon, helse, utdanning og fremtidsutsikter i samfunnet, er viktige forhold i barns liv som danner grunnlag for at barnet kan bruke og utvikle sine talenter og ressurser. Det må vurderes hvordan barnets helse og utdannings situasjon ivaretas, inkludert vurderinger av barnets situasjon i overgang til voksenlivet. Vurderingene bør også ses i sammenheng med valg av plasseringssted, og hvilke konsekvenser ulike oppvekstbaser kan ha for barnet.

## 1.2.7 Vekten av barnets beste

Etter man har kommet frem til hva som er best for barnet, må man vurdere hvilken vekt det har. Hensynet til barnets beste er det viktigste prinsippet i barnevernssaker. Det følger av barnevernsloven § 1-3 at barnets beste skal være et «grunnleggende» hensyn.

Det følger av forarbeidene at i barnevernssaker, når handlinger og avgjørelser direkte gjelder barn, skal barnets interesser veie *særlig tungt*.<sup>47</sup> På barnevernsområdet har altså barnets beste større gjennomslagskraft enn i mange andre sakstyper. I barnevernloven 1992 § 4-1 var hensynet til barnets beste formulert på en annen måte. Der fremgikk det at ved barnevernstiltak skulle det legges «avgjørende vekt» på å finne tiltak som var til beste for barnet.<sup>48</sup> Ved første øyekast kan den nye formuleringen fremstå som en svekkelse av hensynet til barnets beste. Departementet har imidlertid presisert at:

[...] hensynet til barnet skal gå foran hensynet til foreldrene når barnevernstjernen eller nemnda etter en konkret og grundig vurdering konkluderer med at vilkårene for tiltaket er oppfylt og tiltaket etter en samlet vurdering er nødvendig for å ivareta barnets beste. Det er innfortolket i gjeldende barnevernlov § 4-1 og videreføres i ny lov. [...]

Departementet understreker at forslaget ikke innebærer en svekkelse av hensynet til barnets beste ved avgjørelser om tiltak. Forslaget innebærer en videreføring av at tvangstiltak skal vedtas dersom vilkårene for tiltaket er oppfylt og tiltaket etter en samlet vurdering er nødvendig av hensyn til barnets beste.<sup>49</sup>

Når loven ikke lenger bruker uttrykket «avgjørende», er det altså ikke ment å svekke vekten av hensynet til barnets beste, men fordi formuleringen kunne oppfattes som at det ikke skal gjøres noen avveining mellom barnets og foreldrenes motstridende interesser.<sup>50</sup> Det følger uansett av barnevernsloven § 1-6 at

47 Prop. 133 L (2020–2021) merknader til § 1-3.

48 Dette er også fremhevet i en rekke avgjørelser, se herunder Rt-2004-1046 avsnitt 46, Rt-2006-247 avsnitt 29, Rt-2014-976 avsnitt 36, HR-2018-1720-A avsnitt 52–53 og HR-2019-788-U avsnitt 24.

49 Prop. 133 L (2020–2021) merknader til § 1-3.

50 Prop. 133 L (2020–2021) punkt 7.1.4.3.



barn har *rett* til nødvendige barnevernstiltak når vilkårene for tiltak er oppfylt. Barn har altså rettskrav på nødvendige barnevernstiltak.<sup>51</sup>

Etter barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 skal barnets beste være et grunnleggende hensyn («a primary consideration»). I dette ligger det at hensynet til barnet ikke bare er ett av flere hensyn av samme vekt som alle andre hensyn – barnets beste skal gis høy prioritet.<sup>52</sup> I barnekonvensjonen kommer dette blant annet til uttrykk i barnekonvensjonen artikkel 21, der det heter at barnets beste skal være det overordnede eller viktigste hensynet («the paramount consideration») ved adopsjon.

Dette er i tråd med føringene EMD har gitt. EMD har blant annet uttalt at det er bred konsensus, også i folkeretten, om at «in all decisions concerning children, their best interests are of paramount importance», og at i saker om omsorg for barn og samværsrestriksjoner «the child's best interests must come before all other considerations».<sup>53</sup> Dette er omtalt som «the starting point» for EMD i saker om retten til familieliv etter EMK artikkel 8.<sup>54</sup> De konkrete formuleringene som er brukt, varierer. I noen saker uttaler EMD at barnets beste er hensynet som er viktigst eller det som går foran alle andre hensyn (paramount).<sup>55</sup> Noen ganger er dette formulert som at hensynet til barnets beste er av avgjørende/sentral viktighet (crucial importance).<sup>56</sup> EMD har gått så langt som til å konstatere at å sette barnets interesser først er «required by article 8» (om retten til familieliv).<sup>57</sup> Noen ganger skriver EMD at barnets beste kan

51 HR-2020-1929-A avsnitt 82.

52 Barnekomiteens General Comment nr. 14 (2013): The right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, par. 1) (GC-2013-14-CRC) avsnitt 36–40.

53 EMDs storkammerdom 10. september 2019 *Strand Lobben mfl. mot Norge* (37283/13) avsnitt 204, EMDs storkammerdom 10. desember 2021 *Abdi Ibrahim mot Norge* (15379/16) avsnitt 145, EMDs dom 6. september 2018 *Jansen mot Norge* (2822/16) avsnitt 91, EMDs dom 28. august 2018 *S.J.P. og E.S. mot Sverige* (8610/11) avsnitt 89, EMDs dom 7. september 2017 *M.L. mot Norge* (43701/14) avsnitt 43, EMDs dom 19. september 2000 *Gnaboré mot Frankrike* (40031/98) avsnitt 59.

54 Arnfinn Bårdsen, *Exploring the Modalities of Subsidiarity: The European Court of Human Right's «Stricter Scrutiny» in Child Welfare Cases Under Article 8 of the European Convention of Human Rights*.

55 Se herunder EMDs storkammerdom 10. september 2019 *Strand Lobben mfl. mot Norge* (37283/13) avsnitt 204, EMDs dom 26. april 2018 *Mohamed Hasan mot Norge* (27496/15) avsnitt 149, EMDs dom 6. september 2018 *Jansen mot Norge* (2822/16) avsnitt 91, EMDs dom 13. mars 2012 *Y.C. mot Storbritannia* (4547/10) avsnitt 134 og EMDs dom 31. mai 2011 *R. og H. mot Storbritannia* (35348/06) avsnitt 73 og EMDs storkammerdom 6. juli 2010 *Neulinger og Shuruk mot Sveits* (41615/07) avsnitt 134–135 og i samme retning EMDs dom 18. juni 2019 *Haddad mot Spania* (16572/17) avsnitt 58. For oversettelsen av paramount vises det til Kunnskapsforlagets ordbok.

56 EMDs dom 7. august 1996 *Adele Johansen mot Norge I* (17383/90) avsnitt 64, EMDs storkammerdom 12. juli 2001 *K. og T. mot Finland* (25702/94) avsnitt 154, EMDs storkammerdom 8. juli 2003 *Sabin mot Tyskland* (30943/96) avsnitt 66 og EMDs dom 15. mars 2012 *Levin mot Sverige* (35141/06) avsnitt 64.

57 EMDs dom 29. oktober 2019 *Stankūnaitė mot Litauen* (67068/11) avsnitt 117 med videre henvisning til *Strand Lobben*.

tilsi at hensynet til foreldrene må vike.<sup>58</sup> Høyesterett har forstått dette slik at barnets interesse må gis forrang.<sup>59</sup>

### 1.3 Vern om retten til familieliv, det biologiske prinsipp og gjenforeningsmålsettingen

#### 1.3.1 Grunnleggende om retten til familieliv

Etter Grunnloven § 102 har enhver rett til respekt for sitt privatliv og sitt familieliv. Det samme prinsippet følger av EMK artikkel 8 og FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 17. I Grunnloven § 104 og barnekonvensjonen artikkel 16, jf. artikkel 9 nr. 1, er barns rett til familieliv gitt et særskilt vern. Bestemmelsene er i hovedsak sammenfallende.<sup>60</sup> Bestemmelsene gir rammer for hvilke inngrep som kan gjøres i rettighetene. Hovedmålet med bestemmelsene er at personer skal vernes mot vilkårlige inngrep fra myndighetene. Myndighetene har ikke bare en plikt til å avstå fra inngrep, men også en viss positiv forpliktelse til å beskytte rettighetene.<sup>61</sup> I barnevernssaker kan denne aktive plikten også tilsi en plikt til å beskytte barn som utsettes for omsorgssvikt, vold og overgrep.<sup>62</sup> Barn har krav på et særskilt vern.<sup>63</sup> Den aktive plikten kan også oppstå ved at myndighetene har en plikt til å jobbe for gjenforening etter en omsorgsovertakelse.

Familieliv i EMK artikkel 8s forstand er verken betinget av ekteskap, partnerskap eller slektskap; det avgjørende er hvorvidt en relasjon de facto utgjør et familieliv.<sup>64</sup> Det grunnleggende elementet i retten til familieliv er ifølge EMD retten til å leve sammen slik at familieband kan utvikle seg normalt.<sup>65</sup> Familiens enhet og familiens gjenforening er iboende hensyn i retten til familieliv etter EMK artikkel 8.<sup>66</sup> Foreldre og barns gjensidige delaktighet i hverandres liv er et grunnleggende element i retten til familieliv.

Retten til familieliv vil utgjøre en skranke for adgangen til omsorgsovertakelse, samværfsfastsettelse, adopsjon – i grunnen ethvert tiltak som kan sies å

58 EMDs storkammerdom 10. september 2019 *Strand Lobben mfl. mot Norge* (37283/13) avsnitt 206, EMDs dom 17. desember 2019 *Abdi Ibrahim mot Norge* (15379/16) avsnitt 54 mfl.

59 Se HR-2020-662-S avsnitt 111.

60 Se også Rt-2015-93 (Maria) avsnitt 57.

61 Se Rt-2013-588 avsnitt 41 og Rt-2015-93 (Maria) avsnitt 59.

62 Se i denne retning EMDs storkammerdom 10. mai 2001 *Z og andre mot Storbritannia* (29392/95) avsnitt 74 (om EMK artikkel 3) og EMDs storkammerdom 12. november 2013 *Söderman mot Sverige* (5786/08) avsnitt 81.

63 Se EMDs dom 3. september 2015 *M. og M. mot Kroatia* (10161/13) avsnitt 135–136.

64 Stub, kommentar til Grunnloven § 102 punkt 3.1.3, i *Grunnloven, Historisk kommentarutgave 1814–2020* (2021), her noe omskrevet.

65 EMDs *Guide on article 8*, sist oppdatert 31. august 2022 side 71 med videre henvisninger til EMDs plenumsdom 13. juni 1979 *Marckx mot Belgia* (6833/74) avsnitt 31 og EMDs plenumsdom 24. mars 1988 *Olsson mot Sverige (nr. 1)* (10465/83) avsnitt 59.

66 EMDs storkammerdom 10. september 2019 *Strand Lobben mfl. mot Norge* (37283/13) avsnitt 204.

utgjøre et inngrep i kontakten og familielivet mellom foreldre og barn. Disse begrensningene kommer til uttrykk på ulikt vis, og vi vil derfor omtale føringene som følger av EMK artikkel 8 under de enkelte formene for tiltak/inngrep.

I norske avgjørelser har hensynet til familieband tradisjonelt fremstått mer som en underforstått og delvis ikke uttalt forutsetning, mens hensynet til barnets beste trer tydeligst frem. Dette selv om Høyesterett i sine avgjørelser har understreket betydningen av de familiemessige bånd.<sup>67</sup> Etter EMD-avgjørelsene mot Norge har nok dette endret seg, og retten til familieliv har fått en mer tydelig plass i nyere avgjørelser på barnevernsfeltet.

### 1.3.2 Det biologiske prinsipp

Det biologiske prinsipp har nær sammenheng med retten til familieliv. Det biologiske prinsipp innebærer at det i utgangspunktet er foreldrene selv som skal ivareta sine barn. Man kan utlede av prinsippet at barn generelt sett har best av å vokse opp i egen familie, og at kontakt og kjennskap mellom familien og barnet i utgangspunktet skal opprettholdes etter en omsorgsovertakelse.<sup>68</sup> Barnevernet skal primært gi frivillig hjelp til barn og familier, og det skal mye til før det offentlige kan gripe inn med tvang i familielivet.<sup>69</sup>

Det biologiske prinsipp kommer til uttrykk i barnevernsloven § 1-5, der det fremgår at barn har rett til omsorg og beskyttelse, «fortrinnsvis i egen familie». Også barnevernloven 1992 og lov om barnevern av 1953 var tuftet på dette prinsippet,<sup>70</sup> selv om prinsippet ikke kom like klart til uttrykk. Formålet med den nye bestemmelsen i barnevernsloven § 1-5 er å synliggjøre regler som allerede gjelder, ikke å styrke det biologiske prinsipp utover det som allerede følger av rettskilder med høyere rang.<sup>71</sup>

### 1.3.3 Gjenforeningsmålsettingen – familielivet ender ikke ved omsorgsovertakelse

Familiebandene ender ikke ved en omsorgsovertakelse. EMD har uttalt at «the natural family relationship is not terminated by reason of the fact that the child has been taken into public care».<sup>72</sup> Familiebandene skal opprettholdes selv

67 HR-2020-661-S avsnitt 85.

68 Prop. 106 L (2012–2013) side 82, se også Rt-2012-1832 avsnitt 27–28 med videre henvisninger, HR-2017-2015-A avsnitt 73 og HR-2020-916-U med videre henvisninger.

69 Prop. 133 L (2020–2021) punkt 7.3.1 med videre henvisning også til forarbeidene til barnevernloven 1992, Ot.prp. nr. 44 (1991–1992).

70 Jf. henholdsvis Ot.prp. nr. 44 (1991–1992) side 54 og Ot.prp. nr. 56 (1952) side 12.

71 Prop. 133 L (2020–2021) punkt 7.3.5.3.

72 Se EMDs plenumsdommer 8. juli 1987 *W. mot Storbritannia* (9749/82) avsnitt 59, 24. mars 1988 *Olsson mot Sverige* (nr. 1) (10465/83) avsnitt 59 og 22. juni 1989 *Eriksson mot Sverige* (11373/85) avsnitt 57, EMDs storkammerdom 13. juli 2000 *Scozzari og Giunta mot Italia* (39221/98 og 41963/98) avsnitt 169 og EMDs *Guide on Article 8* (sist oppdatert 31. august 2022) avsnitt 367 med videre henvisning til EMDs dom 7. august 1996 *Adele Johansen mot Norge* I (17383/90) avsnitt 52.

etter at myndighetene har overtatt den daglige omsorgen. Myndighetene har en plikt til å jobbe for at familiebandene opprettholdes, styrkes og utvikles, selv etter at barnevernstjenesten har overtatt omsorgen. Noen av inngrepene i barnevernssaker er så omfattende at de bryter familiebandene fullstendig, eller medfører risiko for det. EMD har på denne bakgrunn uttalt at det skal sterke grunner («exceptional» eller «very exceptional circumstances») til for å beslutte fratakelse av foreldreansvar, adopsjon og sterkt begrenset samvær etter en omsorgsovertakelse. Det skyldes at slike tiltak enten rettslig eller rent faktisk vil bryte («sever» eller «effectively curtail») familiebandene mellom barn og foreldre. I Norge har det også vært en debatt om det gjelder et slikt krav også for omsorgsovertakelser. Dette er nærmere drøftet i kapittel 4.

Inngrep i familielivet skal opphøre når det ikke lenger er behov for det. Barnevernstiltak skal dermed som et utgangspunkt være midlertidige. Foreldre og barn har etter EMK artikkel 8 rett til tiltak med mål om å gjenforene familien etter en omsorgsovertakelse, og myndighetene har en tilsvarende plikt til å iverksette slike tiltak. Myndighetene skal herunder aktivt jobbe for å tilbakeføre barnet til sin biologiske familie, så lenge det er forsvarlig:

[...] it should be noted that regard for family unity and for family reunification in the event of separation are inherent considerations in the right to respect for family life under Article 8. Accordingly, in the case of imposition of public care restricting family life, a positive duty lies on the authorities to take measures to facilitate family reunification as soon as reasonably feasible [...]<sup>73</sup>

EMD har kritisert Norge for å ikke jobbe aktivt nok for å opprettholde familieband og jobbe for gjenforening i flere av de senere års dommer. EMDs vektlegging av å opprettholde familieband og å jobbe for gjenforening er imidlertid ikke nytt. Disse prinsippene finner man også i en rekke eldre, men sentrale dommer fra EMD på barnevernsområdet.<sup>74</sup>

Det finnes noen unntak fra plikten til å arbeide for gjenforening. Gjenforening er ikke aktuelt hvis foreldrene er særlig uegnet («particularly unfit»), eller hvis tiltaket vil skade barnet («harm the child's health and development»)<sup>75</sup>. Gjenforening kan også være utelukket når det har gått betydelig tid («when a considerable period of time has passed») siden omsorgsovertakelsen. I slike tilfeller kan barnets interesse i stabilitet («not to have his or her de facto family

73 EMDs storkammerdom 10. september 2019 *Strand Lobben mfl. mot Norge* (37283/13) avsnitt 205.

74 Se herunder EMDs storkammerdom 12. juli 2001 *K. og T. mot Finland* (25702/94), EMDs dom 23. september 1994 *Hokkanen mot Finland* (19823/92).

75 EMDs storkammerdom 10. september 2019 *Strand Lobben mfl. mot Norge* (37283/13) avsnitt 207.

situation changed again») veie tyngre enn hensynet til gjenforening.<sup>76</sup> Å jobbe for gjenforening gjennom fastsettelse av hyppige samvær kan også være utelukket på kort eller lang sikt dersom det vil påføre barnet «undue hardship».<sup>77</sup> Alle disse situasjonene fremstår som eksempler på tilfeller der hensynet til barnet påvirker gjenforeningsmålsettingen. Det forhold at foreldrene har gjenvunnet sin omsorgsevne, kan dermed ikke alltid tillegges utslagsgivende vekt.<sup>78</sup> Men selv når gjenforening ikke er mulig, har det en egenverdi å bevare familiebånd gjennom kontakt dersom dette ikke er til skade for barnet.<sup>79</sup>

Selv om myndighetene ikke har gitt opp målet om gjenforening, og plikter å arbeide for det, betyr ikke det at barnet stadig skal foreholdes tilbakeføring som et mål.<sup>80</sup> Det er ikke vanskelig å tenke seg belastningen det kan påføre et barn som nettopp er tatt ut av en uholdbar omsorgssituasjon og omsider får god omsorg i en ny base. Er det ut fra de konkrete omstendighetene sannsynlig at omsorgsovertakelsen vil ha lengre varighet, vil barn ha behov for trygghet med hensyn til hvor de skal bo og hvem som skal ta vare på dem i det daglige.<sup>81</sup> Barnevernstjenesten, fosterforeldre og foreldre må derfor nøye vurdere hvilken informasjon som gis til barna, og hvordan den skal gis, slik at barnet ikke blir utsatt for unødige belastninger.

#### 1.3.4 Hensynet til barnet kan gå foran retten til familieliv

Retten til familieliv etter de nevnte bestemmelser er ikke absolutt. Etter EMK artikkel 8 nr. 2 kan offentlige myndigheter gjøre inngrep i familielivet hvis det er i samsvar med loven og nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til blant annet å beskytte helse eller for å beskytte andres friheter og rettigheter. Nødvendighetskravet innebærer blant annet at det må foreligge forholdsmessighet mellom barnets behov for beskyttelse og barnevernets inngrep i familien. EMD har flere ganger fremhevet at hensynet til barnets beste er av overordnet betydning ved denne avveiningen, se også kapittelpunkt 1.2 om barnets beste i barnevernssaker. I tillegg innebærer kravet om nødvendighet at mildere tiltak skal brukes dersom de vil være effektive, jf. kapittelpunkt 1.5 om minste inngreps prinsipp.

76 EMDs storkammerdom 10. september 2019 *Strand Lobben mfl. mot Norge* (37283/13) avsnitt 208, se også EMDs storkammerdom 12. juli 2001 *K. og T. mot Finland* (25702/94) avsnitt 155.

77 Se eksempelvis drøftelsen i HR-2022-2292-A, der målet om gjenforening ikke var forlatt.

78 HR-2020-661-S avsnitt 129.

79 HR-2020-661-S avsnitt 144.

80 Se i denne retning HR-2020-1788-A avsnitt 108.

81 Se eksempelvis HR-2021-475-A avsnitt 67.

## 1.3.5 Graden av vern om familielivet kan variere

Vernet om retten til familieliv er en relativ størrelse. Ikke-eksisterende eller svake familieband er gitt et svakere vern etter EMK artikkel 8 nr. 2 enn etablerte familieforhold:

[...] where social ties between a parent and his or her children have been very limited, «[t]his must have implications for the degree of protection that ought to be afforded to [the parent's] right to respect for family life under paragraph 1 of Article 8 when assessing the necessity of the interference under paragraph 2».<sup>82</sup>

EMD har uttalt at eksistensen av familieband grunnleggende sett er avhengig av om det i praksis foreligger reelle nære personlige band.<sup>83</sup> Når det ikke er etablert noe familieliv mellom forelderen og barnet før omsorgsovertakelsen, er det ikke noen «gjenforening» som sådan myndighetene må jobbe mot.<sup>84</sup> Det er flere eksempler på tilfeller der EMD har ment at beskyttelsen er svakere enn ellers. Det kan være at foreldrene skilte lag da barnet var veldig ungt (eller før fødsel) og at den ene forelderen derfor ikke har hatt nevneverdig kontakt med barnet.<sup>85</sup> Det kan også tenkes at den ene forelderen forlater familien mens barnet er ungt. Situasjonen kan også være den at omsorgen ble overtatt tidlig, og at foreldrene i ettertid i liten grad har fulgt opp fattsatte samvær.<sup>86</sup> Et annet eksempel er at barnet mister båndene til sin biologiske familie etter mange år i fosterhjem.<sup>87</sup> Høyesterett har i en avgjørelse fra 2017 uttalt at EMK artikkel 8 taler imot at det benyttes ulike normer for graden av beskyttelse der tilknytningen er svak, men uttalelsen er noe vanskelig å forene med EMDs egen praksis – der tilknytningen nettopp har betydning for «the degree of protection».<sup>88</sup> Høyesterett anerkjenner imidlertid i nyere praksis at graden av beskyttelse etter EMK artikkel 8 er svakere når det er liten tilknytning mellom foreldrene og barnet.<sup>89</sup> Forskjellen i praksis mellom Høyesteretts tidligere uttalelser og EMDs praksis er antakelig liten, selv om begrepsbruken varierer.

82 EMDs dom 26. april 2018 *Mohamed Hasan mot Norge* (27496/15) avsnitt 161, EMDs dom 13. oktober 2015 *S.H. mot Italia* (52557/14) avsnitt 40, EMDs dom 28. oktober 2010 *Aune mot Norge* (52502/07) avsnitt 69 og EMDs avgjørelse 10. juni 2021 *S.P. mot Norge* (54419/19) avsnitt 30.

83 Se herunder EMDs storkammerdom 24. januar 2017 *Paradiso og Campanelli mot Italia* (25358/12) avsnitt 140.

84 Se EMDs avgjørelse 10. juni 2021 *S.P. mot Norge* (54419/19) avsnitt 25.

85 Se eksempelvis EMDs dom 28. oktober 1998 *Söderbäck mot Sverige* (24484/94) avsnitt 31 og EMDs dom 26. juli 2007 *Chepelev mot Russland* (58077/00).

86 EMDs dom 28. oktober 2010 *Aune mot Norge* (52502/07) avsnitt 69.

87 Se EMDs dom 26. april 2018 *Mohamed Hasan mot Norge* (27496/15) avsnitt 161.

88 Se HR-2017-2015-A avsnitt 60–62, der Høyesterett likevel mener at det kan legges vekt på svak tilknytning «i den konkrete vurderingen», jf. avsnitt 59.

89 Se HR-2018-1720-A avsnitt 55 og HR-2020-663-S avsnitt 160–163 og 167.

Det må vurderes konkret om det foreligger noe beskyttet «familieliv» i bestemmelsens forstand mellom barnet og andre slektninger enn foreldrene, for eksempel besteforeldre.<sup>90</sup> Det er likevel ikke gitt at barnevernstiltaket utgjør noe inngrep i det vanlige forholdet mellom barnet og besteforeldre eller andre slektninger.<sup>91</sup> Det er først snakk om et inngrep i et slikt familieliv dersom det reduserer kontakten mellom dem. Dersom det er snakk om personer man møter en sjelden gang, vil det ikke være gitt at kontakten blir mindre selv etter en omsorgsovertakelse. Båndene mellom barn og besteforeldre og andre slektninger er dessuten annerledes enn båndene mellom barn og foreldre, og har ikke den samme graden av beskyttelse etter EMK artikkel 8.<sup>92</sup>

### 1.3.6 Vern om et familieliv med fosterforeldre

Familieliv med beskyttelse etter EMK artikkel 8 kan også oppstå mellom barnet og fosterforeldre. Det skal mye mer til enn for biologiske foreldre – for dem oppstår beskyttelsen allerede ved de biologiske båndene. Et eksempel er saken *Kopf og Liberda mot Østerrike*.<sup>93</sup> I den saken hadde barnet kommet til fosterforeldre etter et akuttvedtak i en alder av to år. Fosterforeldrene hadde omsorgen i 46 måneder – i underkant av fire år. I den perioden oppsto det følelsesmessige bånd mellom fosterforeldrene og barnet, og det ble ansett som et beskyttet familieliv etter EMK artikkel 8. I saken *Moretti og Benedetti mot Italia* oppsto det også et beskyttet familieliv mellom fosterforeldre og et barn som hadde bodd hos dem i en periode på 19 måneder fra barnet var en måned gammel.<sup>94</sup> Saken *Roengkasettakorn Eriksson mot Sverige* gjaldt et barn som hadde blitt utsatt for vold og flyttet fra familien i første leveår. Da hun var seks år gammel, var det en prosess knyttet til mulig tilbakeføring, men det endte med at fosterforeldrene fikk omsorgen for henne. EMD uttalte at barnet «clearly» hadde etablert et familieliv med fosterforeldrene i EMK artikkel 8s forstand.<sup>95</sup> Også rettslige bånd – slik som adopsjon – etablerer beskyttelse etter EMK artikkel 8.<sup>96</sup> Høyesterett har også lagt til grunn at forholdet mellom fosterforeldre og fosterbarn kan utgjøre familieliv i EMK artikkel 8s forstand. Fosterforeldre har på denne bakgrunn fått søksmålssevne i saker om flytteevedtak.<sup>97</sup> Se nærmere om dette i kapittel 12.9. Det beskyttede familielivet innebærer at fosterforeldrene vil måtte involveres i prosessen og herunder få adgang til å uttale seg. Det innebærer også at hensynet til fosterforeldrene må inngå og vektes i

90 Se EMDs avvisningsavgjørelse 11. oktober 2016 *T.S. og J.J. mot Norge* (15633/15) avsnitt 23.

91 Se EMDs avvisningsavgjørelse 11. oktober 2016 *T.S. og J.J. mot Norge* (15633/15) avsnitt 24.

92 Se EMDs avvisningsavgjørelse 11. oktober 2016 *T.S. og J.J. mot Norge* (15633/15) avsnitt 28.

93 EMDs dom 17. januar 2012 *Kopf og Liberda mot Østerrike* (1598/06).

94 EMDs dom 27. april 2010 *Moretti og Benedetti mot Italia* (16318/07).

95 EMDs dom 19. mai 2022 *Roengkasettakorn Eriksson mot Sverige* (21574/16) avsnitt 74.

96 EMDs storkammerdom 24. januar 2017 *Paradiso og Campanelli mot Italia* (25358/12) avsnitt 148.

97 Se HR-2016-1111-A avsnitt 51.

vurderingene som gjøres.<sup>98</sup> Høyesterett har imidlertid avvist at fosterforeldre med et beskyttet familieliv gis partsstatus i saker om opphevelse av vedtak om omsorgsovertakelse og tilbakeføring til biologiske foreldre.<sup>99</sup> Se nærmere om dette i kapittelpunkt 12.6.2.

### 1.3.7 Forholdet mellom retten til familieliv og andre beskyttede rettigheter

Når EMD vurderer klager fra biologiske foreldre i barnevernssaker, skjer det normalt etter en vurdering av de nevnte rettighetene som følger av EMK artikkel 8 om retten til familieliv. Det skjer regelmessig at klager anfører at også andre rettigheter er brutt. Eksempler på dette kan være prosessuelle garantier etter EMK artikkel 6 eller spesifikke rettigheter som retten til å utøve sin egen religion etter EMK artikkel 9. EMD velger gjerne å vurdere også slike anførsler etter EMK artikkel 8 i barnevernssakene, men da tolket og vurdert i lys av praksis knyttet til de andre anførte rettighetene.<sup>100</sup> I noen tilfeller mener EMD at det er naturlig å vurdere anførsler etter begge bestemmelsene, fordi de beskytter ulike interesser og til dels har ulikt anvendelsesområde.<sup>101</sup>

Retten til familieliv innebærer også en del prosessuelle krav, de omtales for seg i kapittel 10.

## 1.4 Nærmere om retten til å leve i tråd med sin egen kultur, religion og etniske bakgrunn

I vurderingen av beskyttelsen av barnets rett til familieliv kommer også kulturelle og etniske hensyn inn. Med kultur mener vi i denne sammenheng leve-sett, tradisjoner, religion, språk og annet som tilhører en gruppe i samfunnet. Betydningen av å kjenne og beholde en tilhørighet til sin kulturelle, etniske og religiøse bakgrunn er viktige elementer i retten til familieliv. Barnekonvensjonen artikkel 30 lyder slik i norsk oversettelse:

I stater hvor det finnes etniske, religiøse eller språklige minoriteter eller personer som tilhører en urbefolkning, skal et barn som tilhører en slik minoritet eller urbefolkningen, ikke nektes retten til sammen med andre medlemmer av sin

<sup>98</sup> I denne retning også HR-2022-729-A avsnitt 75.

<sup>99</sup> HR-2022-729-A avsnitt 83.

<sup>100</sup> EMDs storkammerdom 10. desember 2021 *Abdi Ibrahim mot Norge* (15379/16) avsnitt 141–142 med videre henvisninger (om EMK artikkel 2, 9 og 8) samt EMDs dom 26. februar 2002 *Kutzner mot Tyskland* (46544/99) avsnitt 56 og 57, dom 1. desember 2009 *Eberhard og M. mot Slovenia* (8673/05 og 9733/05) avsnitt 111 EMDs avvisningsavgjørelse 1. juli 2021 *C.E. mot Norge* avsnitt 30 (alle om EMK artikkel 6 og 8).

<sup>101</sup> EMDs dom 24. februar 1995 *McMichael mot Storbritannia* (16424/90) avsnitt 91.



gruppe å leve i pakt med sin kultur, bekjenne seg til og utøve sin religion, eller bruke sitt eget språk.

I sin generelle kommentar nr. 11 fra 2009 uttaler FN-komiteen for barnets rettigheter at myndighetene i konvensjonsstatene er forpliktet til å sørge for at denne rettigheten og utøvelsen av den blir beskyttet.<sup>102</sup> I avsnitt 16 i den generelle kommentaren fremgår det videre at rettighetene etter artikkel 30 skal oppfattes både som individuelle og kollektive rettigheter for barnet. Rettighetene etter bestemmelsen er generelle og faller ikke bort selv om det offentlige overtar omsorgen for et minoritetsbarn.<sup>103</sup>

FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter artikkel 27 har tilsvarende innhold. Europarådets rammekonvensjon om beskyttelse av nasjonale minoriteter artikkel 5 pålegger på samme måte myndighetene en plikt til å legge forholdene til rette for at personer som tilhører nasjonale minoriteter, kan bevare og utvikle sin kultur og beholde grunnleggende elementer ved sin identitet.

Samer har etter menneskerettslige forpliktelser et særskilt vern, og staten er forpliktet til å legge forholdene til rette for at den samiske folkegruppen kan sikre og utvikle sitt språk, sin kultur og sitt samfunnsliv, jf. Grunnloven § 108.<sup>104</sup>

Norsk rettspraksis har lenge anerkjent betydningen av etnisk og kulturell identitet.<sup>105</sup> Samtidig er det nok riktig å si at man har blitt mer bevisst på betydningen av disse spørsmålene i senere år.

EMKs bestemmelser fanger etter sin ordlyd bare delvis opp retten til å leve i tråd med sin egen kultur, religion og etniske bakgrunn. EMK artikkel 9 stadfester en rett til tanke-, samvittighets- og religionsfrihet. Anførsler knyttet til disse temaene blir i barnevernssaker vanligvis vurdert som en del av retten til familieliv etter EMK artikkel 8. Risikoen for at barnet mister kontakt med sitt kulturelle, etniske eller religiøse opphav, vil gjerne inngå som et moment i vurderingen av barnets beste og i den samlede forholdsmessighetsvurderingen.<sup>106</sup>

Dette momentet må vurderes av nasjonale myndigheter. Norge ble felt i EMD i saken *Jansen mot Norge* i 2018, blant annet fordi betydningen for barnet av å miste kontakt med sin identitet som rom ikke var tilstrekkelig godt vurdert.<sup>107</sup> EMDs praksis viser at myndighetene må forsøke å opprettholde barnets tilknytning til egen kultur, religion og etniske bakgrunn, også etter

102 Barnekomiteens General Comment No. 11 (2009): Indigenous children and their rights under the Convention (GC-2009-11-CRC) avsnitt 17 jf. 15.

103 Se også HR-2021-475-A avsnitt 43.

104 Se også Prop. 133 L (2020–2021) punkt 7.1.4.4.

105 Se eksempelvis Rt-1994-805, der etnisk tilhørighet ble vektlagt, men ikke gitt avgjørende vekt, Rt-1997-170 side 175 og 177, Rt-2004-1046 avsnitt 72 og HR-2019-788-U avsnitt 25 flg.

106 Se eksempelvis EMDs dom 26. april 2018 *Mohamed Hasan mot Norge* (27496/15) avsnitt 158 og EMDs avvisningsavgjørelse 11. oktober 2016 *T.S. og J.J. mot Norge* (15633/15) avsnitt 30.

107 EMDs dom 6. september 2018 *Jansen mot Norge* (2822/16) avsnitt 103.

en omsorgsovertakelse. Disse temaene drøftes mer inngående i kapittel 4 om omsorgsovertakelse. Det er ikke alltid mulig å få til en fullgod tilknytning til barnets kulturelle bakgrunn, eksempelvis kan det ofte være slik at man ikke har tilgjengelig en egnet fosterfamilie med samme kulturelle bakgrunn som barnet og biologisk familie. EMD har presisert at myndighetene har en innsatsforpliktelse, ikke en resultatforpliktelse («an obligation of means, not one of result»)<sup>108</sup> Skillet mellom innsatsforpliktelser og resultatforpliktelser er nærmere drøftet i kapittepunkt 10.5.

I totalvurderingen av om et tiltak vil være til barnets beste, må det tas i betraktning hvilken innvirkning tiltaket vil ha på barnets mulighet til å bli kjent med og oppleve den kulturen det er født inn i.<sup>109</sup> Minoritetsbarns rettigheter etter barnekonvensjonen artikkel 30 (og samers rettigheter etter Grunnloven § 108) må inngå som viktige momenter i den samlede avveiningen av hvilken løsning som samlet sett er til beste for barnet.<sup>110</sup>

Ved valg av plasseringssted skal det etter barnevernsloven § 5-3 tredje ledd blant annet legges vekt på barnets identitet og barnets etniske, religiøse, kulturelle og språklige bakgrunn, jf. også den nesten like bestemmelsen i barnekonvensjonen artikkel 20 nr. 3. I noen saker klarer man å plassere barnet i en fosterfamilie med samme etniske, religiøse, kulturelle og/eller språklige tilhørighet som barnets opprinnelige familie. Det vil i så fall bidra til å bevare bånd til disse sidene ved sitt opphav.<sup>111</sup> Se mer om dette i kapittel 4 om omsorgsovertakelse.

Barnets rett til kjennskap til sin etniske, religiøse, kulturelle og/eller språklige bakgrunn må uansett ivaretas, uavhengig av fosterforeldres og biologiske foreldres bakgrunn.<sup>112</sup> Ved fastsettelse av samvær og kontakt etter omsorgsovertakelse må man derfor forsøke å sikre også disse sidene ved barnets rettigheter.<sup>113</sup> Hensynet til å bevare kontakt med kulturbakgrunn var en av grunnene til at det ble fastsatt samvær mellom et barn og hans grandtante i HR-2020-1967-A, jf. avsnitt 76. Kontakt med kulturbakgrunnen under plassering er også svært viktig for å legge til rette for gjenforening med foreldre.

I tillegg til kontakt og samvær med biologisk familie kan man forsøke å arbeide for å opprettholde og om mulig styrke barnets kunnskap om opphavet på andre måter, typisk gjennom at fosterforeldrene og barnevernstjenesten legger til rette for at barna får økt kunnskap om disse sidene ved sitt opphav. Barnets

108 EMDs storkammerdom 10. desember 2021 *Abdi Ibrahim mot Norge* (15379/16) avsnitt 161.

109 Se Rt-2014-976 avsnitt 40.

110 HR-2021-475-A avsnitt 45.

111 Et eksempel finnes i Rt-2002-327, der fosterfamilien var av samme kultur som biologisk familie (samisk).

112 HR-2021-474-A avsnitt 55, se også EMDs storkammerdom 10. desember 2021 *Abdi Ibrahim mot Norge* (15379/16) avsnitt 161.

113 HR-2021-475-A avsnitt 46.

rettigheter kan imidlertid ikke reduseres til et spørsmål om faktakunnskap om sin bakgrunn eller språkopplæring.<sup>114</sup>

Selv om etniske, religiøse, kulturelle og språklige forhold vil ha vekt i vurderingen av om tiltak skal iverksettes og opprettholdes, innebærer ikke dette at barn med minoritetsbakgrunn skal ha mindre vern mot omsorgssvikt enn andre barn. Dette støttes også av barnekonvensjonen artikkel 2, som forbyr diskriminering av enhver art. Barnets grunnleggende rett til forsvarlig omsorg og beskyttelse vil gå foran hensynet til barnets kulturelle rettigheter.<sup>115</sup>

Familiens kulturbakgrunn og kulturforståelse er også relevant blant annet i spørsmålet om sakkyndighet, se kapittel 14.

## 1.5 Det minste inngreps prinsipp

Det minste inngreps prinsipp handler om at barnevernet ikke skal sette inn mer inngripende tiltak enn det som er nødvendig i familier som trenger bistand. Hvis andre, mindre inngripende tiltak kunne vært benyttet, vil inngrepet ikke anses som nødvendig. Prinsippet kan omtales også som *mildeste inngreps prinsipp* eller *mildeste effektive inngrep*.<sup>116</sup> Prinsippet er ment å beskytte barn og foreldre mot for inngripende tiltak når det ikke er behov for det.

Det minste inngreps prinsipp er nå lovfestet i en generell bestemmelse i barnevernsloven § 1-5 andre ledd, der det fremkommer at barnevernets tiltak ikke skal være mer inngripende enn nødvendig. Barnevernloven 1992 bygget også på det samme prinsippet.<sup>117</sup> Der fremgikk det blant annet at omsorgsovertakelse bare kunne besluttes når det var nødvendig ut fra den situasjon barnet befant seg i, og derfor ikke kunne treffes hvis det kunne skapes tilfredsstillende forhold for barnet ved hjelpetiltak eller andre mindre inngripende tiltak. Prinsippet gjenfinnes også i lov om barnevern av 1953 § 19 om hjelpetiltak.

Minste inngreps prinsipp gjenspeiler nødvendighetsvurderingen etter EMK artikkel 8 nr. 2, og EMD har i flere tilfeller rettet kritikk mot gjennomføringen av tiltak i saker hvor hjelpetiltak ikke ble tilstrekkelig vurdert.<sup>118</sup> EMD har dessuten lagt til grunn at myndighetene særskilt må bistå sårbare individer for å hjelpe dem å overkomme deres vanskeligheter. Som EMD fremholder i *Zhou mot Italia*:

114 Judith van der Weele og Elwira Magdalena Fiecko, *Kulturelle fallgruver i utredning av minoritetsbarn. Veiledning for rettens aktører, barnevern og sakkyndige* punkt 3, Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål 2020/3-4.

115 HR-2021-475-A avsnitt 46.

116 Se Prop. 106 L (2012–2013) side 82 og Prop. 133 L (2020–2021) side 90.

117 Dette er lagt til grunn i flere avgjørelser, herunder HR-2020-1788-A.

118 Se EMDs storkammerdom 10. september 2019 *Strand Lobben mfl. mot Norge* (37283/13) avsnitt 211 med videre henvisninger og EMDs dom 26. februar 2002 *Kutzner mot Tyskland* (46544/99) avsnitt 75.

Videre minner [domstolen] om at rollen til barnevernet nettopp er å hjelpe mennesker som har det vanskelig, veilede og gi råd, blant annet om de forskjellige typene sosiale ytelser som finnes, om mulighetene til å skaffe seg en sosialbolig eller om andre muligheter for å overvinne sine vanskeligheter [...]. Når det gjelder sårbare personer, skal myndighetene være spesielt oppmerksomme og sikre dem økt beskyttelse [...]<sup>119</sup>

Prinsippet er ikke til hinder for at barnevernet setter i verk svært inngripende tiltak når det er nødvendig for å ivareta barnets beste. Som det fremgår av barnevernsloven § 1-6, har barn rett til nødvendige barnevernstiltak når vilkårene for tiltak er oppfylt. Dette er også i tråd med inngrepsvilkårene i EMK artikkel 8.

Minste inngreps prinsipp innebærer at hjelpetiltak alltid må vurderes før mer inngripende tiltak kan besluttes. Det er ikke det samme som at hjelpetiltak alltid må forsøkes før mer omfattende tiltak settes inn. I alvorlige saker kan det tenkes at barnet må tas ut av en farlig eller skadelig situasjon umiddelbart, uten at man kan avvente forsøk på andre tiltak først. Eksempler på dette kan være pågående vold eller overgrep. Det kan også tenkes at hjelpetiltak er vurdert, men vil være nytteløse eller utilstrekkelige. Et annet eksempel er der tilsvarende hjelpetiltak er forsøkt tidligere, uten hell. I saken *Adele Johansen mot Norge* godtok EMD at hjelpetiltak ikke ville ha noen virkning når det tidligere var forsøkt, da i relasjon til barnets bror.<sup>120</sup> Det må selvsagt vurderes konkret, og hjelpetiltak som ikke nyttet tidligere, kan ha virkning nå. Samtidig kan hjelpetiltak i en konkret situasjon vurderes som nytteløse fordi foreldrene ikke vil samarbeide eller delta på tiltakene.<sup>121</sup> Manglende samarbeid fritar likevel ikke myndighetene fra deres forpliktelser til å bevare familieband, men kan bli avgjørende i vurderingen av om myndighetene har gjort det som med rimelighet kan forventes.

119 EMDs dom 21. januar 2014 *Zhou mot Italia* (33773/11) avsnitt 58 (uoffisiell norsk oversettelse), se også EMDs dom 16. juli 2015 *Akinnibosun mot Italia* (9056/14) avsnitt 82.

120 EMDs dom 7. august 1996 *Adele Johansen mot Norge I* (17383/90).

121 Se eksempelvis EMDs avgjørelse 19. januar 2010 *T.S. og D.S. mot Storbritannia* (61540/09) og EMDs dom 1. juli 2004 *Couillard Maugery mot Frankrike* (64796/01) samt eksempelvis HR-2020-1788-A avsnitt 103.



I barnevernssaker for domstol og nemnd møtes sivilprosess, forvaltningsrett og menneskerettigheter. Forståelse av barnevernssakene krever innsikt i alle disse feltene.

Forfatterne gir en grundig redegjørelse for de sentrale temaene ved rettslig behandling av barnevernssaker, også i lys av nyere praksis fra Menneskerettsdomstolen og endringene i den nye barnevernsloven.

Bokens del 1 tar for seg de sentrale materielle spørsmålene i barnevernssakene. Dette inkluderer reglene for hjelpetiltak, omsorgsovertakelse, samværsfastsettelse, tilbakeføringskrav, adopsjon og atferdstiltak for ungdom.

Bokens del 2 handler om de mange prosessuelle spørsmålene som kan oppstå i barnevernssaker. De inkluderer spørsmål om saksanlegg, barnets medvirkning, sakkyndighet, partsrettigheter, taushetsplikt, gjennomføring og alternative behandlingsformer i domstol og nemnd, offentlighet og reglene for ankesiling.

Boken er skrevet med tanke på advokater, dommere, nemndledere og andre jurister som behandler barnevernssaker, men den vil også være til nytte for barnevernsansatte, studenter og journalister med interesse for feltet.

**Jon Sverdrup Efstad** er dommer i Oslo tingrett. Han har blant annet erfaring fra Kommuneadvokaten i Oslo og Sivilombudet og har skrevet bøker innen strafferett, forvaltningsrett og offentlighet.

**Mathias Rør Falch** er dommerfullmektig i Oslo tingrett og har tidligere erfaring som advokat hos Kommuneadvokaten i Oslo.

**Trine Christin Riiber** er dommer i Borgarting lagmannsrett og konstituert avdelingsleder/tingrettsdommer i Oslo tingrett. Hun har blant annet erfaring fra Kommuneadvokaten i Oslo. Hun har møterett og har prosedert flere barnevernssaker i Høyesterett.

 Universitetsforlaget

ISBN 978-82-15-05974-7



9 788215 059747