

Tvangsadopsjon

Hvordan stiller norsk rett seg til saker vedrørende tvangsadopsjon etter inkorporasjonen av EMK og FN s barnekonvensjon?

Kandidatnr: 416

Veileder: Lucy Smith

Leveringsfrist: 25. November 2003

Til sammen 17997 ord

INNHold

1 INNLEDNING

1.1	TEMA	4
1.2	FORHOLDET MELLOM NORSK OG INTERNASJONAL RETT	5
1.3	GENERELT OM FORELDRE OG BARNs RETTIGHETER	10

2 NASJONAL LOVGIVNING - BARNEVERNLOVEN OG ADOPSJONSLOVEN

2.1	FORHOLDET MELLOM BARNEVERN- OG ADOPSJONSLOVEN	13
2.2	GRUNNLEGGENDE HENSYN OG PRINSIPPER	14
2.2.1	BARNEVERNLOVEN	
2.2.1.1	LEGALITETSPRINSIPPET	14
2.2.1.2	DET MILDESTE INNGREPS PRINSIPP	15
2.2.1.3	PRINSIPPET OM BARNETS BESTE	16
2.2.1.4	DET BIOLOGISKE PRINSIPP	19
2.2.2	ADOPSJONSLOVEN	21
2.3	ADGANGEN TIL Å FORETA TVANGSADOPSJON ETTER NASJONAL LOVGIVNING OG RETTSPRAKSIS	
2.3.1	BARNEVERNLOVEN	22
2.3.1.1	OMSORGSOVERTAKELSE	22
2.3.1.2	FRATAKELSE AV FORELDREANSVARET	22
2.3.1.3	ADOPSJONSSAMTYKKE	23
2.3.1.4	BEVISBEDØMMELSE OG BEVISBYRDE	33
2.3.2	ADOPSJONSLOVEN	35
2.3.2.1	ADOPSJONSBEVILLING	35

3 FNs BARNEKONVENSJON

3.1	GENERELT	37
3.2	ARTIKKEL 3 OM BARNETS BESTE	37
3.3	ARTIKKEL 9 OM ATSKILLESE AV BARN OG FORELDRE	38
3.4	ARTIKKEL 20 OM BARNETS RETT TIL VERN OG OMSORG	38
3.5	INNARBEIDINGEN AV BARNEKONVENSJONEN I NORSK LOV	39

3.6	ER NASJONAL LOVGIVNING I OVERENSSTEMMELSE MED FN'S BARNEKONVENSJON?	41
3.7	FORHOLDET MELLOM BARNEKONVENSJONEN OG EMK	42
<hr/>		
4	DEN EUROPEISKE MENNESKERETTSKONVENSJONEN	
4.1	INDIVIDETS RETTIGHETER ETTER EMK ARTIKKEL 8	44
4.1.1	GENERELT	44
4.1.2	EMK ARTIKKEL 8 NR. 1	44
4.1.3	EMK ARTIKKEL 8 NR. 2	46
4.1.3.1	I SAMSVAR MED LOVEN	46
4.1.3.2	RETTMESSIGE/LEGITIME FORMÅL	47
4.1.3.3	NØDVENDIG I ET DEMOKRATISK SAMFUNN	47
4.2	NÆRMERE OM PRAKSIS FRA DEN EUROPEISKE MENNESKERETTSDOMSTOL	48
4.3	ER NASJONAL LOVGIVNING I OVERENSSTEMMELSE MED EMK ARTIKKEL 8?	50
4.4	HAR BARNEKONVENSJONEN PÅVIRKET EMDS TOLKNING AV EMK?	55
<hr/>		
5	AVSLUTENDE KOMMENTARER	59
<hr/>		
6	KILDER	62
<hr/>		
VEDLEGG 1		66
<hr/>		

1 INNLEDNING

1.1 TEMA

Adopsjon kan foretas uten de biologiske foreldrenes samtykke. Dette er det mest inngripende vedtaket som kan treffes etter barnevernloven. Dersom fylkesnemnda gir sitt samtykke kan Barne-, ungdoms- og familieforvaltningen treffe vedtak om adopsjon. Reglene om fratakelse av foreldreansvar og fylkesnemndas adgang til å samtykke til adopsjon er hjemlet i barnevernloven av 1992. Selve adopsjonsvedtaket og virkningene av adopsjonen er regulert i adopsjonsloven av 1986.

Hensikten med denne oppgaven er å belyse og redegjøre for hvordan norsk rett stiller seg til saker om tvangsadopsjon. Jeg vil da ta for meg norsk intern rett, den europeiske menneskerettskonvensjon og FNs barnekonvensjon. Videre vil jeg drøfte forholdet mellom de tre regelverkene, og hvordan reglene anvendes i praksis. Avslutningsvis vil jeg trekke frem noen de lege ferenda betraktninger.

1.2 FORHOLDET MELLOM NORSK OG INTERNASJONAL RETT

Menneskerettsloven §2 inkorporerer EMK¹ og FNs barnekonvensjon², som innebærer at begge konvensjonene gjelder direkte som norsk lov. Etter mrl. §3 skal konvensjonenes bestemmelser gå foran nasjonal rett ved motstrid. Det vil innebære at heller ingen senere lov kan gå foran en konvensjonsbestemmelse, med mindre det fremgår klart at dette har vært lovgivers mening. Mrl. §3 er gitt i lovs form, og innebærer derfor ingen innskrenkning i Stortingets myndighet til å fravike eller oppheve regelen ved en ny lov. Annerledes ville dette være dersom dette var fastslått i Grunnloven.

Innarbeidingen av menneskerettskonvensjoner på en måte som innebærer at domstolene kan sette en lov tilside, betyr at domstolene nå kan ta avgjørelser som i vårt system tradisjonelt har ligget til politiske valgte organer. Meningen er at domstolene - gjennom sin prøving av om nasjonal lovgivning er i samsvar med konvensjonene, og ved motstrid la konvensjonene gå foran - skal sikre individene mot overgrep fra staten.

Først må altså rettsanvenderen avgjøre om det foreligger motstrid. Det foreligger ikke motstrid dersom annen norsk lovgivning gir en bedre beskyttelse av den samme rettigheten enn det som følger av konvensjonene. Dette følger direkte av EMK artikkel 60, og barnekonvensjonen artikkel 41. Spørsmålet kommer dermed bare på spissen når annen norsk lovgivning gir en dårligere beskyttelse for en rettighet enn det som følger av konvensjonene. Denne betraktningen blir imidlertid vanskelig å legge til grunn i saker om tvangsadopsjon, da en har rettigheter som beskytter både barnet og foreldrene. I disse sakene foreligger motstridende interesser. En kunne ved første øyekast legge til grunn at dersom barnet har en sterkere rettighet etter norsk intern rett, ville denne gå foran. Men en slik tolkning kan ikke legges til grunn da dette vil gå utover foreldrenes rettigheter etter EMK.

¹ Den europeiske menneskerettskonvensjon ble inkorporert i norsk lov gjennom menneskerettsloven 21.mai 1999.

² Barnekonvensjonen ble inkorporert i norsk lov gjennom menneskerettsloven, og ikrafttredelses dato var 1. oktober 2003.

Hvorvidt det foreligger motstrid, vil bero på en tolkning av konvensjonene og den aktuelle lovgivning. Både EMK og FNs barnekonvensjon har egne organer til å overvåke statenes etterlevelse av konvensjonene. Konvensjonsorganenes avgjørelser og uttalelser har som hovedregel stor vekt som rettskildefaktor. Det er gjennom disse rekkevidden av konvensjonene blir klargjort³.

EMK fastslår uttrykkelig at dens håndhevelsesorganer tar avgjørelser som er rettslig bindende for den innklagede stat, jfr. artikkel 32 (4) og 53. FNs barnerettskomité har kun kompetanse til å gi uttrykk for sine synspunkter overfor vedkommende stat, jfr. artikkel 43-45. Dette innebærer et prinsipielt skille.

Dette skillet er også av praktisk betydning. Ved tolkningen av EMK vil avgjørelser fra EMD være av stor betydning. Loven avklarer ikke spørsmålet om hvilken vekt avgjørelser fra EMD skal ha for norske domstoler. Det er likevel klart at en må ta utgangspunkt i hva EMD har lagt i konvensjonen. Det som kan bli problematisk, er tilfeller hvor det ikke foreligger klar praksis fra EMD. I Rt.1994 s.610 Bølgepappsaken kom Høyesterett frem til at den folkerettslige regelen måtte fremtre som tilstrekkelig klar og entydig for at norske domstoler bør fravike de nasjonale regler. Ordlyden i menneskerettsloven inneholder ikke noe krav om klar motstrid. Hvorvidt klarhetskravet også gjelder i forhold til motstridsbestemmelsen i menneskerettsloven var oppe i Rt.1999 s.961 Rest-Jugoslaviasaken. En avklaring kom i Rt.2000 s.996 Bøhlersaken. Høyesterett fremhevet at hvorvidt det foreligger motstrid, ikke kan løses ved hjelp av et generelt prinsipp. Løsningen må bero på en nærmere tolkning av de aktuelle rettsregler. Ved harmonisering kan en tilsynelatende motstrid falle bort. Det ble uttalt:

“Det følger av forrangsbestemmelsen i menneskerettsloven §3 at dersom det tolkningsresultat som følger av EMK, fremstår som rimelig klart, må norske domstoler legge konvensjonsbestemmelsen til grunn selv om dette skulle medføre at innarbeidet norsk lovgivning eller praksis blir tilsidesatt.”

Høyesterett gir i dette sitatet uttrykkelig uttrykk for at det tolkningsresultat som følger av EMK må fremstå som rimelig klart. Men dersom en leser dommen i sin helhet, vil en

³ Ot.prp. nr. 3 (1998-1999) i kapittel 12 under §3, Innst.O.nr.51 (1998-1999) s. 5-6 og NOU 1993:18 s. 88-89.

slik oppfattelse ikke kunne legges til grunn. Høyesterett fortsetter med en utførlig behandling av de tilfeller der det kan være ”begrunnet tvil” om hvordan EMK skal forstås. Norske domstoler må på grunnlag av konvensjonsorganers praksis og verdioppfatninger som vårt land bygger på søke å komme frem til hvordan konvensjonen skal forstås. Det resultatet norske domstoler kommer frem til vedrørende konvensjonens forståelse, skal omfattes av forrangsbestemmelsen i §3, selv om resultatet altså ikke er rimelig klart. Denne forståelsen kommer også frem i førstvoterendes inngående drøftelse av EMK artikkel 6 nr 1. Det problematiseres ikke her hvorvidt tolkingsresultatet fremstår som rimelig klart.

Etter denne dommen er det fastslått at konvensjonsbestemmelsen ikke må være rimelig klar for at annen norsk lovgivning skal settes til side. I en plenumsavgjørelse inntatt i Rt.2002 s.557 sluttet både flertallet og mindretallet seg til disse generelle synspunktene. Førstvoterende hevder at lagmannsretten må ha bygd på en misforståelse av plenumsavgjørelsen fra 2000 når den har gitt uttrykk for at konvensjonstolkningen må være ”rimelig klar” for å sette annen norsk lovgivning tilside. I Rt.2002 s.764 legges det til grunn samme type uttalelser om forståelsen av plenumsdommen fra 2000.

Når det er tvil om hvordan konvensjonen skal forstås, må norske domstoler foreta en selvstendig tolkning. Det er da viktig å benytte seg av de samme tolkningsprinsipper som EMD. I Rt.2000 s.996 uttalte Høyesterett:

”På denne bakgrunn mener jeg at norske domstoler i tilfelle hvor det er tvil om hvordan EMK skal forstås, ikke bør anlegge en for dynamisk tolkning av konvensjonen. Som alminnelig regel kan norske domstoler ved tolkningen av EMK heller ikke bygge inn sikkerhetsmarginer mot at Norge dømmes for konvensjonsbrudd. På grunnlag av konvensjonsorganenes praksis og de verdioppfatninger og tradisjoner som vårt samfunn bygger på, må norske domstoler søke å komme fram til hvordan konvensjonens bestemmelser skal forstås.”

EMK gir til forskjell fra andre internasjonale overenskomster rettigheter og friheter til enkeltindividene i medlemslandene. Konvensjonenes primære formål er å beskytte individene, og ikke å regulere statenes gjensidige rettigheter og plikter. Formålet med konvensjonen blir dermed sentral i tolkningen, mens tradisjonelle hensyn til suverenitet og minimumstolkning blir satt til side. I utgangspunktet skal EMD i sin tolkning følge

prinsippene for traktatrett. Men EMD har fastslått flere tolkningsprinsipper. Spesielt viktig er det at EMK inneholder mange autonome begreper. Det vil si at en ikke kan bygge på nasjonale definisjoner av disse begrepene. For at det internasjonale tilsyn skal være effektivt må den samme forståelsen av begrepene legges til grunn. Konvensjonens formål tilsier at det er viktig å tilstrebe en effektiv beskyttelse av disse rettighetene. En følge av dette er at EMD legger en dynamisk tolkningsstil til grunn. Synspunktet kom først frem i Tyrer mot Storbritannia⁴. Tankegangen er at konvensjonen må tolkes i lys av samfunnsutviklingen. Konvensjonen må være ”a living instrument”. Dette er også blitt lagt til grunn i senere saker som for eksempel Marckx mot Belgia⁵ og Dudgeon mot Storbritannia⁶. I disse sakene, og flere andre dommer har EMD trukket frem betydningen av samfunnsutviklingen.

I forhold til tvangsadopsjon kan en slik dynamisk tolkningsstil være svært viktig. Til nå har både rettstilstand og verdivurderinger i flere land i Europa vært sterkt preget av foreldrenes interesser. Slike tradisjonelle tankesett er nå i ferd med å forandre seg. Dette kan blant annet illustreres ved utarbeidelsen av FNs barnekonvensjon, hvor barns rettigheter settes i sentrum. Forhåpentligvis vil EMD utvikle seg i takt med denne utviklingen.

Tolkningsstilen kan ikke trekkes for langt, da det kan komme i strid med konvensjonens ordlyd. Carsten Smith⁷ fremhever at EMD legger stor vekt på tidligere avgjørelser, og skiller ikke mellom ”ratio decidendi” og ”obiter dicta”. Førstvoterende henviser i Rt.2002 s.557 til en teoriuttalelse som sier at ”any statement” av EMD om tolkning er viktig, selv om ”the level of generality” eller ”it’s centrality to the decision” vil påvirke

⁴ A 26 (1978). Her fant EMD at avstraffelse med bjerkeris krenket artikkel 3. Det ble lagt vekt på utviklingen i medlemsstatene, selv om denne form for straff fortsatt var i samsvar med rettsoppfatningen på Isle of Man.

⁵ A 31 (1979). EMD la her til grunn at både barn født i og utenfor ekteskap faller inn under familiebegrepet i artikkel 8.

⁶ A 45 (1981). EMD la til grunn at det i dag forelå en økt toleranse og kunnskap om homoseksuell adferd, og at homoseksualitet i de fleste av Europarådets medlemsland ikke lenger var straffbart. Selv om moraloppfatningene i Nord-Irland var strenge, ble forholdet ansett som et uforholdsmessig inngrep.

⁷ Se Juristkontakt nr. 5/2002.

betydningen av ”any pronouncement”. Denne beskrivelsen er etter Smith sin oppfatning en realistisk beskrivelse av prejudikatslæren også i norsk rett.

Det er EMD som i første rekke skal utvikle konvensjonen. Smith har gitt sin tilslutning til en tolkningslinje som i stor grad vektlegger avgjørelser fra EMD, men han har samtidig påpekt betydningen av en dialog mellom Høyesterett og EMD. Smith fremhever at hvis en dialog skal bli effektiv, må norske rettsverdier bli synliggjort ved EMD. I saker hvor Norge har vesentlige interesser, må Høyesterett kunne hevde disse i sine avgjørelser inntil de måtte bli underkjent ved EMD.

Jeg er enig med Smith, og tror det er viktig at vi ikke er for forsiktige i vår tolkning av EMK. Dette vil kunne legge et unødvendig bånd på norsk lovgivningsmyndighet og domstolspraksis. Norske domstoler må kunne bygge på verdiprioriteringer som ligger til grunn for vår lovgivning og rettsoppfatning. Dermed kan vi inngå et samspill med EMD, og bidra til å påvirke EMDs praksis. Dette er særdeles viktig når det kommer til rettsområdet for denne oppgaven da det kan hevdes at det norske regelverk ivaretar barns rettigheter i en noe større grad enn EMK.

Etter min mening er Rt.2001 s.14 et godt eksempel på en dom hvor mindretallet i Høyesterett har lagt en dynamisk tolkningsstil til grunn. Mindretallet tolker i denne dommen kravet til ”ekstraordinære tilfeller” innskrenkende, ved at de hevder vilkåret kun skal stilles i saker hvor målet er gjenforening⁸. Synet ble ikke delt av flertallet. Jeg kommer tilbake til denne dommen senere i oppgaven.

Statene tillegges en viss skjønnsmargin “margin of appreciation” i forhold til konvensjonen. Skjønnsmarginen er relativ, og vil variere ut i fra hvor alvorlig inngrepet er. EMDs prøvelse er ikke begrenset til å vurdere hvorvidt en stat har anvendt “it's discretion reasonably, carefully and in good faith”, domstolen vurderer også om statenes begrunnelse er “relevant and sufficient”. Dette kommer bl.a. frem i Olsson og Adele Johansen⁹ sakene. Ved fratakelse av foreldreansvaret og adopsjon mot foreldrenes

⁸ Se Adele Johansen mot Norge, 1996, prmiss 78.

⁹ Dom 7. August 1996, Reports 1996-III side 979

samtykke er relevans- og tilstrekkelighetsvurderingene meget dyptgående¹⁰.

Ved tolkningen av FNs barnekonvensjon har norske domstoler ikke så mye rettsmaterialet som ved tolkningen av EMK. FN har ingen myndighet til å håndheve barnekonvensjonen. Det er ikke opprettet en egen domstol som kan statuere brudd på konvensjonen. Etter artikkel 44 skal statene innsende rapporter til Komiteen hvert femte år, og gi opplysninger hvis Komiteen ber om det. FN kan ikke pålegge statene å etterfølge konvensjonen, men utgir uttalelser om positive og negative sider ved gjennomføringen, samt anbefalinger til den enkelte stat.

Det er vel grunn til å tro at prinsippene som ble stadfestet i plenumsavgjørelsene i 2000 og 2002, også skal gjelde overfor FN-konvensjonene. Barnekonvensjonen gjelder nå som norsk lov, og domstolene må da ta stilling til rettsinnholdet i konvensjonen. Siden rettsmaterialet fra barnekonvensjonen er av mindre mengde enn EMK, innebærer dette at norske domstoler vil få en videre adgang til *egen* tolkning av denne konvensjonen. Denne tolkningsadgangen har medført en betydelig overføring av myndighet til domstolene. Hvor betydelig denne myndighetsoverføringen er vil først vise seg i rettspraksis.

1.3 GENERELT OM FORELDRE OG BARNES RETTIGHETER

Det er viktig å fremheve at det foreligger en grunnleggende foreldrerett i både nasjonal og internasjonal rett. Denne retten går ut på at foreldrene har en rett til å ha barna hos seg, og at de har en rett til å bestemme over barna på enkelte områder.

Historisk sett har barn først i dette århundret blitt tildelt selvstendige rettigheter. Mens barn tidligere ble ansett som foreldrenes "eiendom", fremstår barn i dag som delvis selvstendige juridiske subjekter. Fokus er ikke lenger i samme grad rettet mot foreldrenes rettigheter og myndighet overfor barn. Et symbolsk uttrykk for denne

¹⁰ Flertallet i Adele Johansen saken la vekt på at disse ytterligere begrensningene medførte fare for at familierelasjonene ble effektivt brutt, jfr. premiss 64. Mindretallet, dommer Manilla, har et noe annet syn på hvor langt EMD bør gå i sin prøving av slike spørsmål. Se nærmere om dette i mindretallets premiss 2.

utviklingen, er barnelovens endring av begrepet ”foreldremyndighet” til ”foreldreansvar”.

I norsk rett er foreldreretten ikke grunnlovsfestet, men den er uansett beskyttet gjennom legalitetsprinsippet. Foreldreretten kommer imidlertid indirekte til uttrykk gjennom lover som angår barn og foreldre ved at det forutsettes at barn skal bo hos sine foreldre, og at foreldrene fortsatt beholder foreldreansvaret selv om de mister omsorgen for barna. Nærmere retningslinjer for hva foreldreansvaret innebærer er regulert i barnelova §§30-33.

I følge flere menneskerettighetserklæringer og konvensjoner er foreldreretten en menneskerettighet¹¹. Foreldrenes rettigheter er beskyttet gjennom foreldrenes rett til å ha barna hos seg, og foreldrenes rett til å bestemme over barnas verdslige og religiøse utdanning. FNs menneskerettighetskonvensjon om sivile og politiske rettigheter har i artikkel 17 slått fast at ingen må utsettes for vilkårlig eller ulovlig inngrep i sitt familieliv, og at alle har rett til lovbestemt beskyttelse mot slike inngrep. Artikkel 18 fjerde ledd regulerer foreldrenes rett til å gi sine barn en religiøs og verdslig oppdragelse i overensstemmelse med deres egen overbevisning. Artikkel 5 nr.1 (b) i Unescokonvensjonene fra 1960 beskytter også foreldrenes rett til å bestemme over sine barns verdslige og religiøse utdanning. Etter Europakonvensjonens artikkel 8 har enhver rett til respekt for sitt privatliv og sitt familieliv, for sin bolig og for sin korrespondanse. Artikkel 8 nr. 2 legger til grunn at det offentlige kan gripe inn dersom det er i samsvar med loven, nødvendig i et demokratisk samfunn og inngrepet kan beskyttes av legitime grunner. Bestemmelsen beskytter familiens enhet og retten til selvbestemmelse. Artikkel 2 i første tilleggsprotokoll omhandler foreldrenes rett til å bestemme over barnas utdanning. Praksis fra EMD vil klargjøre rekkevidden og den nærmere forståelsen av artiklene.

Lucy Smith uttaler i sin artikkel at det ikke er tvilsomt at foreldreretten er en menneskerettighet, men påpeker at retten er relativt svakt begrunnet. Hun mener av den grunn at artiklene må veies opp mot barnets behov for vern. Hensikten med

¹¹ Se Jussens venner, hefte 3 - 199, ”Barn, foreldre og menneskerettigheter” av Lucy Smith.

bestemmelsene var i utgangspunktet å beskytte familien mot overgrep fra totalitære regimer slik man hadde opplevd under annen verdenskrig. Bestemmelsene tok ikke sikte på å sikre barn rettsvern i tilfeller hvor barnets og foreldrenes interesser var i konflikt. Dette bør være et forbehold ved tolkningen av disse konvensjonene og bestemmelsene.

2 Nasjonal lovgivning - barnevernloven og adopsjonsloven

2.1 Forholdet mellom de to lovene

Formålet med barnevernloven er hjemlet i §1-1. Det heter i forarbeidene at formålsbestemmelsen både skal uttrykke de politiske mål for barnevernmyndighetenes virksomhet samt fungere retningsgivende for tjenestens prioriteringer generelt, og for tolkningen av de enkelte lovbestemmelser¹². Formålsbestemmelsen er todelt. For det første skal barneverntjenesten gi nødvendig hjelp til rett tid. For det andre har barneverntjenesten ansvar for å bidra til mer generell forebygging rettet mot barn og unge. Dette ansvaret er ytterligere presisert i §3-1.

Adopsjons- loven har ingen generell formålsbestemmelse. Adopsjonen skal imidlertid være til ”gavn for barnet” i følge lovens §2, og dette vilkåret er i forarbeidene¹³ uttalt som et formål med den *enkelte adopsjonen*. Loven skiller mellom to ulike typer adopsjoner; samtykke- og tvangsadopsjoner. Virkningene er de samme. Alle de rettslige båndene mellom barn og foreldre brytes, og det er ingen rettslig adgang til å få fastsatt samvær mellom barnet og foreldrene. Adopsjoner etter samtykke fra foreldrene er i hovedsak adopsjon av stebarn eller av barn fra utlandet. Det forekommer også adopsjon av fosterbarn, som innebærer at foreldrene godtar at barna blir adoptert etter en omsorgsovertakelse. Adopsjon mot foreldrenes vilje, innebærer alltid adopsjon av fosterbarn.

¹² Se Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s.16

¹³ Se Ot.prp. nr. 40 (1984-1985) punkt 3.1 ”Behovet for en formålsparagraf”.

2.2 Grunnleggende hensyn og prinsipper

Det er ulike hensyn og prinsipper som gjør seg gjeldende bak barnevern- og adopsjonsloven. Disse har stor betydning både i forhold til forståelsen av lovene, og praktiseringen av dem.

2.2.1 Barnevernloven

I barnevernretten er det vanlig å trekke frem fire prinsipper; legalitetsprinsippet, det mildeste inngreps prinsipp, barnets beste prinsippet og det biologiske prinsipp. Disse prinsippene anses å være helt grunnleggende i barnevernretten. Legalitetsprinsippet og det mildeste inngreps prinsipp er to prinsipper som tjener til beskyttelse mot inngrep, og barnets beste prinsippet og det biologiske prinsipp sier noe om hvilke hensyn som skal veies mot hverandre innen barnevernretten¹⁴.

2.2.1.1 Legalitetsprinsippet

Legalitetsprinsippet kan i saker om barnevern ha betydning i to sammenhenger.

Prinsippet hindrer forvaltningen fra å treffe vedtak om inngrep i familielivet som ikke har tilstrekkelig hjemmel i lov. I tillegg kan prinsippet brukes som et tolkningsprinsipp, som innebærer at de hjemler som foreligger må tolkes med forsiktighet.

Legalitetsprinsippet er av relativ karakter, i den forstand at det kreves klarere hjemmel i tråd med hvor vidtgående inngrepet er. Fratakelse av foreldreansvar med sikte på adopsjon er et særdeles vidtgående inngrep. Det er av den grunn viktig å unngå en utvidende tolkning av inngrepshjemmelen.

Det har vist seg at legalitetsprinsippet ikke står like sterkt som ellers når barnets interesser trekker i motsatt retning. Adgangen til å tvangsadoptere var ikke regulert i barnevernloven av 1953. Likevel la Høyesterett i Rt.1982 s.1687 til grunn at en slik adgang forelå. Legalitetsprinsippet anses altså ikke fullt ut som en skranke når barnets beste har trukket sterkt i motsatt retning.

2.2.1.2 Det mildeste inngreps prinsipp

¹⁴ Se Sandberg, Kirsten, Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse, Oslo 2003.

Det mildeste inngreps prinsipp vil si at en ikke skal benytte strengere tiltak hvis et mildere er tilstrekkelig for å oppnå formålet. Prinsippet kommer til uttrykk flere steder.

For det første følger det av barnevernlovens oppbygging. En skal for eksempel først forsøke med hjelpetiltak i hjemmet. Det er et vilkår for de strengere tiltak at en ikke kan nå frem med de mildere. Dette kommer uttrykkelig frem i §4-4 femte ledd som foreslår tiltak som kan benyttes dersom ”behovene ikke kan løses ved andre hjelpetiltak”. I tillegg følger det av kravene til de ulike tiltakene. Jo mer inngripende et vedtak er, jo strengere vilkår stilles det. Et utslag av prinsippet kan også sees bl.

§4-12 annet ledd hvor det fremgår at vedtak etter første ledd bare kan treffes når det er nødvendig ut fra den situasjonen barnet befinner seg i. Dette innebærer at et slikt vedtak ikke kan treffes dersom hjelpetiltak etter § 4-4, eller §4-10 eller § 4-11 vil være tilstrekkelig. Disse momentene kan også sees på som utslag av det biologiske prinsipp, som innebærer at barna først og fremst bør bo hjemme.

På slutten av 1980-tallet og i overgangen til 1990-tallet ble det ved omsorgsovertakelse av spedbarn vanlig å overta foreldreansvaret samtidig. Dette kan anses i strid med det mildeste inngreps prinsipp, da foreldreansvaret ikke bør fratras uten at dette er nødvendig¹⁵. Høyesterett har holdt muligheten åpen for at foreldreansvaret kan fratras i tilfeller hvor adopsjon ikke er aktuelt, men vedtaket må da selvfølgelig begrunnes.

Det mildeste inngreps prinsippet støttes også opp av nødvendighetskravet i EMK, og forholdsmessighetskravet i forvaltningen. Etter EMK artikkel 8 nr. 2 må et offentlig inngrep i familielivet være ”nødvendig i et demokratisk samfunn” for å kunne godtas. Et mer vidtgående inngrep er ikke nødvendig dersom et mildere inngrep er tilstrekkelig for å oppnå formålet. Det mildeste inngreps prinsipp og nødvendighetskravet er to sider av samme sak. Forholdsmessighetsprinsippet i forvaltningen går ut på at forvaltningen ikke skal benytte sitt frie skjønn til å treffe et vedtak dersom formålet med vedtaket kan oppnås med et mindre inngripende tiltak. Dette dekker det samme som det mildeste inngreps prinsipp.

¹⁵ Denne praksisen ble tilsidesatt i Rt.1990 s.1274, og i dag er adgangen regulert i §4-20.

Den praktiske betydningen av prinsippet kommer til uttrykk i tvistemålsloven kapittel 33, som hjemler domstolenes adgang til å prøve om et annet tiltak ville vært tilstrekkelig.

2.2.1.3 Prinsippet om barnets beste

Barnets beste er nedfelt i FNs barnekonvensjon, barneloven, barnevernloven og adopsjonsloven. Men barnets beste kan ha flere rettslige funksjoner¹⁶. Det kan være et hensyn bak loven, et tolkningsprinsipp eller et reelt hensyn ved tolkningen av loven. Barnets beste kan også være et vilkår, og en retningslinje i skjønnsvurderinger. Det er viktig å ha dette for øyet når en leser barnerett, da barnets beste dukker opp i mange ulike sammenhenger.

Barnets beste er i utgangspunktet et hensyn som står sentralt i all norsk lovgivning vedrørende barn. I alle avgjørelser om barn skal det altså først og fremst tas hensyn til barnet. Hensynet avklarer ikke *hva* som vil være til barnets beste, men kun at barnet er den sentrale personen i de aktuelle vurderingene. Hensynet til barnets beste kommer blant annet frem i forarbeidene til barnevernloven¹⁷. Det nevnes både i drøftelsen av barnets forhold til foreldrene og samfunnet. Det understrekes at det er hensynet til barnet som skal vektlegges i de tilfeller hvor det er motstrid mellom foreldrene og barna. I tillegg er beskyttelse av samfunnet ikke et relevant hensyn i barnevernlovgivningen. Sosiallovutvalgets forslag, jfr. pkt. 11.5.2:

“...at det ved vurderingen av tiltak for barn, skal legges vekt på å finne frem til tiltak som er til barnets beste. Også når barnet er sosialt mistilpasset og det er spørsmål om tvangstiltak, må det legges vekt på å finne løsninger som er til barnets beste. Det skal altså ikke være barnetjenestens oppgave å tå hånd om barnet for å verne samfunnet.”

Barnets beste kan også bli omtalt som et prinsipp. Et prinsipp kan defineres som et

¹⁶ Se Sandberg, Kirsten: Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse, kapittel 3 om barnerettslige prinsipper.

¹⁷ Ot.prp.nr.44 (1991-1992) s.28 legger til grunn at ved vurderingen av hvilke tiltak som skal iverksettes etter loven er det bare de momenter som har betydning for barnet som skal trekkes inn.

hensyn det skal legges stor vekt på. Av barnevernloven §4-1 går det frem at det skal legges *avgjørende* vekt på å finne tiltak som er til det beste for barnet. Her kan en utlede et prinsipp direkte av lovteksten. I forarbeidene gis det uttrykk for at prinsippet om barnets beste skal være ”rettesnor for vurdering av tiltak”¹⁸.

Barnets beste som skjønnsvurdering og vilkår kommer til uttrykk både i barnevernloven og forarbeidene til denne. Barnevernlovens kapittel 4 om tiltak innledes med en faneparagraf om hensynet til barnets beste. Det går frem av §4-1 at det skal legges avgjørende vekt på å finne tiltak som er til beste for barnet. Hensynet kan selvfølgelig ikke i seg selv begrunne tiltak, men dersom det er adgang til tiltak etter andre regler i barnevernloven, vil §4-1 være av betydning. I §4-20 om tvangsadopsjon er barnets beste i tillegg et vilkår for anvendelse av regelen. Vilkåret er hjemlet i § 4-20 tredje ledd bokstav b¹⁹.

Det er når barnets beste blir brukt i denne rettslige sammenhengen at det er blitt kritisert. Barnets beste er et vidt begrep, som vanskelig lar seg definere. Verken lov eller forarbeider gir klare retningslinjer for *hva* som vil være til barnets beste. Når en skal vurdere hvilken løsning som vil være til barnets beste, må en foreta en skjønnsvurdering. Skjønnen er imidlertid ikke helt fritt. Til nå er det blitt lagt til grunn at et sterkt biologisk prinsipp i barnevernretten vil være til barnets beste²⁰. Grunnlaget for denne antakelsen er etter min mening ikke begrunnet godt nok. I dag legges det til grunn at de biologiske båndene *i seg selv* er et gode, selv uten at det foreligger en personlig tilknytning. Jeg savner en dypere redegjørelse av hvorfor bevaringen av de biologiske båndene i barnevernsaker er så viktig.

Det finnes imidlertid enkelte retningslinjer som trekker frem relevante momenter i vurderingen av innholdet i hva som vil være til barnets beste. I §4-1 legges det vekt på stabilitet og kontinuitet. Bestemmelsen gir ingen uttømmende liste over faktorer som kan være relevante. Dette følger direkte av ordlyden, jfr. ”herunder”. Hva som vil være

¹⁸ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s.28.

¹⁹ Jeg drøfter forholdet mellom §4-1 og §4-20 nærmere under punkt 2.3.1.3 om adopsjonssamtykke.

²⁰ Mer om dette i 2.2.3 om det biologiske prinsipp.

til det enkeltes barns interesse vil variere, slik at det er umulig å fremstille alle momenter i en generell lovtekst. I saker om tvangsadopsjon vil det bli et spørsmål om adopsjon vil være den beste måten å ivareta barnets behov og interesser når foreldrene ikke gjør det.

En annen lovbestemt retningslinje for utøvelse av barnets beste finnes i §6-3. Denne bestemmelsen omhandler barnets egen mening. Jeg kommer tilbake til dette temaet senere i oppgaven.

FNs barnekonvensjon har også enkelte retningslinjer for momenter som kan være relevant i en barnets beste vurdering. Når mulige plasseringsløsninger skal velges etter artikkel 20, skal det tas tilbørlig hensyn til ønskeligheten av kontinuitet i barnets oppdragelse og til barnets etniske, religiøse, kulturelle og språklige bakgrunn. Dette er nå lovfestet i bvl. §4-15. Disse momentene skal legges til grunn ved valg av plasseringssted. I en sak om tvangsadopsjon *er* allerede barnet plassert, men momentene kan likevel få betydning hvis plasseringen i utgangspunktet ikke tok hensyn til disse momentene. I Rt. 1997 s.534 la Høyesterett nettopp vekt på slike betraktninger da de nektet tvangsadopsjon av en pakistansk gutt.

Forarbeidene til loven fremhever at vårt samfunn bygger på et verdigrunnlag hvor de biologiske båndene mellom barn og foreldre anses som viktige. I en vurdering hvor temaet er å finne frem til hva som vil være til barnets beste, vil en måtte ta stilling til hvilken vekt dette momentet skal få.

Hva som anses å ville være til barnets beste vil være kulturavhengig og vil variere med tid og sted. Relevant kunnskap kan hentes både fra andre fagfelt som for eksempel psykologi, og gjennom praktisk erfaring hos de som arbeider med slike saker.

2.2.1.4 Det biologiske prinsipp

Barnevernloven bygger på det grunnsyn at barn bør vokse opp hos sine biologiske foreldre. Dette blir kalt det biologiske prinsipp. Innholdet av prinsippet er noe uklart da det ikke går frem av verken lovteksten eller forarbeidene.

Det biologiske prinsipp kommer blant annet til uttrykk gjennom lovens oppbygning, som legger til grunn at tiltak som kan foretas mens barna bor hjemme skal vurderes først, jfr. §4-4. I tillegg er det svært strenge vilkår for å foreta inngrep i familielivet som vil innebære at foreldrene ikke får ha barna hos seg eller ha rettslig krav på samvær, jfr. vilkårene for omsorgsovertakelse i §4-12 og kravene for tvungen adopsjon i §4-20. Det biologiske prinsipp står også sterkt i tilbakeføringsregelen i §4-21. Bestemmelsen legger til grunn at foreldrene ikke har krav på å få barnet tilbakeført dersom barnet kan få alvorlige problemer ved tilbakeføringen. Tilsynelatende ser denne bestemmelsen ut til å beskytte barnet, men kravene til hva slags skadevirkninger som omfattes av alvorlige problemer er strenge. I begrepet “alvorlige problemer” legges det til grunn at det må foreligge “en reell fare for skadevirkninger av betydning, sett på lengre sikt”. Dette er slått fast av rettspraksis etter den gamle loven. Ot.prp. nr. 44 fremhever at tidligere rettspraksis gir uttrykk for reglene slik de er utformet i nåværende lov, jfr. s. 54. Også Høyesterett har lagt til grunn at innholdet av de nye og gamle kriterier for oppheving er det samme.

Sosiallovutvalget presiserer under pkt. 11.5.8.2:

“...Det er et grunnleggende prinsipp i vårt samfunn at foreldrene selv sørger for sine barn. Selv om det påvises svikt hos foreldrene i deres forhold til barna - kanskje problemer av alvorlig karakter - er utgangspunktet derfor at problemene primært bør søkes bedret ved hjelpetiltak.”

Prinsippet begrunnes med de sterke båndene som eksisterer mellom barn og deres biologiske foreldre. Både svangerskapet, fødselen og felles gener danner et biologisk bånd, som i de fleste tilfeller fører til en følelsesmessig tilknytning gjennom hele oppveksten. Sitatet tar ikke opp foreldrenes interesser uttrykkelig, men henvisningen til det grunnleggende prinsipp om at foreldrene selv sørger for sine barn, ivaretar foreldrenes interesser i å ha barna hos seg.

En kan si at lovens *biologiske utgangspunkt* går ut på at barnet skal bo hjemme. Ved tolkningen av barnevernloven ble det biologiske utgangspunkt uttrykkelig nevnt for første gang i Rt.1982 s.764 på s.770:

”Det rettslige utgangspunkt for loven om barnevern av 17. juli 1953 ... er at barn skal vokse opp hos sine biologiske foreldre. Dette er også klart kommet til uttrykk i lovens forarbeider, jf. blant annet side 12 spalte 2 i Ot.prp. nr 56 for 1952.”

Dette har kommet til uttrykk i mange barnevernsaker. I tilknytning til tilbakeføring er det biologiske utgangspunkt kommet frem i Rt.1984 s.289. På s.297 uttaler førstvoterende:

”På den annen side må jeg oppfatte det som lovens utgangspunkt også i denne situasjonen at et barn bør vokse opp hos sine biologiske foreldre.”

I saker om tvangsadopsjon vil ikke det biologiske utgangspunkt som går ut på at barnet skal bo hjemme komme inn, da det etter §4-20 tredje ledd a ikke er et spørsmål om å flytte barnet hjem.

Men det biologiske prinsipp omfatter også ønsket om å generelt beholde kontakt mellom foreldre og barn. I Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) på s.54 uttales det:

”...det er et alminnelig akseptert synspunkt i vårt samfunn at det er et gode for barn med kontakt med sine biologiske foreldre.”

Forarbeidene påpeker at det biologiske prinsipp skal ivareta barnets interesser, men begrunner dessverre ikke denne antakelsen²¹.

Det biologiske prinsippet kommer i saker om tvangsadopsjon til uttrykk gjennom vektleggingen av kontakt. I både Rt.1997 s.534 og Rt.2001 s.14 ble vedtak om adopsjon nektet, med den begrunnelse at samvær med de biologiske foreldrene ble ansett som et gode. Høyesterett har i disse sakene vist at de legger betydelig vekt på det biologiske prinsipp.

Retten til samvær etter omsorgsovertakelse er i tillegg nedfelt i §4-19, og er dermed blitt

²¹ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 41.

et vesentlig moment ved vurderingen av om adopsjonssamtykke skal gis eller ikke. Regelen i §4-19 kan sees på som et utslag av det biologiske prinsipp.

Det kan stilles spørsmål ved om det biologiske prinsipp bør ha noen virkning *i seg selv*, altså uavhengig av om det eksisterer et personlig forhold mellom foreldre og barn. Jeg er av den oppfatning at dette prinsippet burde tolkes i samsvar med barnets beste. Dette følger også av lovens utforming. Trekker barnets hensyn i en annen retning enn det biologiske prinsipp, burde dette være avgjørende. Til nå har forarbeidene til barnevernloven og rettspraksis lagt til grunn at det i de fleste tilfeller vil være til barnets beste å bevare de biologiske båndene.

2.2.2 Adopsjonsloven

Adopsjonsloven bygger på flere hensyn. Som nevnt innledningsvis skiller adopsjonsloven mellom barn som frivillig oppgis til adopsjon, og barn som bortadopterer mot de biologiske foreldrenes samtykke. Det er selvfølgelig ulike hensyn bak de forskjellige typer adopsjoner. I vurderingen om adopsjonsbevilling skal gis, er det prinsippet om barnets beste som er av grunnleggende betydning.

I følge adopsjonsloven §2 skal en adopsjonsbevilling bare gis når “det kan antas at adopsjon vil bli til gagn for barnet”. Rent språklig sett er formuleringen noe annerledes enn barnevernloven, men det er ingenting i forarbeidene som trekker i retning av at begrepet skal forstås på en annen måte. I Ot.prp. nr. 40 (1984-1985) side 28 om §2 sies det at bestemmelsen angir grunnvilkåret om formålet med en adopsjon. I tillegg går det frem at paragrafen ble flyttet frem i den nye loven med den hensikt å fremheve dette grunnleggende vilkår om at adopsjon skal være til gagn for barnet.

2.3 Adgangen til å foreta tvangsadopsjon etter nasjonal lovgivning og rettspraksis

En lovfestet adgang til tvangsadopsjon ble innført i barnevernloven av 1992, jfr. §4-20. Denne adgangen gikk ikke frem av ordlyden i den gamle loven fra 1953, men ble slått

fast av Høyesterett i 1982²². Rettspraksis fra denne tiden er derfor også relevant²³.

2.3.1 Barnevernloven

Barnevernloven §4-20 reiser rettslig sett to spørsmål. Første ledd åpner for at fylkesnemnda kan frata de biologiske foreldrene foreldreansvaret, og annet og tredje ledd omhandler fylkesnemndas myndighet til å treffe vedtak om samtykke til adopsjon. Tvangsadopsjon etter barnevernloven §4-20 er en prosess i flere trinn.

2.3.1.1 Omsorgsovertakelse

En forutsetning for at adopsjon kan gjennomføres er at foreldrene er fratatt omsorgen, jfr. bvl. §4-8 og §4-12. Omsorgsovertakelse innebærer at foreldrene mister den daglige omsorgen for barnet, og at den offentlige barneverntjeneste overtar hovedansvaret for oppveksten. Barnet skal ikke bo hjemme, men i et beredskapshjem, fosterhjem eller på institusjon, jfr. bvl. §4-12, §4-14 og §4-15. I en omsorgsovertakelses- sak beholder foreldrene foreldreansvaret. Dette ansvaret inneholder blant annet en adgang for foreldrene til ikke å samtykke i en adopsjonssak, jfr. adopsjonsloven §7. Jeg forutsetter at vilkårene for omsorgsovertakelse foreligger, og at foreldrene er fratatt omsorgen.

2.3.1.2 Fratakelse av foreldreansvaret

Vedtak om samtykke fra fylkesnemnda til adopsjon forutsetter at foreldreansvaret er tatt, jfr. §4-20 første og annet ledd. Det går verken frem av loven eller forarbeidene hvilke vilkår eller situasjoner som er nødvendig eller ønskelig for fratakelse av foreldreansvaret. Gjennom rettspraksis har det utviklet seg noen retningslinjer. Det er viktig å skille mellom fratakelse av foreldreansvar i situasjoner hvor det gjøres med tanke på adopsjon, og i de tilfeller hvor foreldreansvaret tas av andre grunner.

I Rt.1982 s.1687 ble det slått fast at tidligere lovs § 20 ga adgang til fratakelse av foreldreansvaret for å bane veien for adopsjon. Det gjaldt ingen annen skranke for et

²² Rt. 1982 s. 1687.

²³ Barnevernloven av 1953 ble brukt av Høyesterett helt frem til midten av 1990 tallet, da disse sakene hadde sin opprinnelse fra tiden før den nye loven.

slikt vedtak enn at omsorgen for barnet var overtatt etter tidligere lovs § 19, og at vilkårene for å opprettholde omsorgsvedtaket var tilstede etter lovens § 48.

I følge Lindboe er fratakelse av foreldreansvaret med annet formål enn adopsjon sjelden i praksis. I Rt. 1997 s.534 påpeker imidlertid Høyesterett at verken lovteksten eller andre faktorer *utelukker* en slik løsning. Fratakelse av foreldreansvar kan kanskje tenkes i saker hvor foreldrene blander seg inn på en uheldig måte, og gjør fosterhjems plasseringen vanskelig. Hensynet til barnet bør i disse sakene bli avgjørende.

Når hensikten med å frata foreldreansvaret etter bvl. §4-20 første ledd er å åpne for adopsjon, vil det avgjørende være om de strenge vilkårene i tredje ledd er oppfylt. Dette legges til grunn i blant annet Rt.2001 s.14.

2.3.1.3 Adopsjonssamtykke

I utgangspunktet skal de biologiske foreldrene samtykke i en adopsjon, jfr. adopsjonsloven §7. Dette gjelder også i situasjoner hvor foreldrene er fratatt omsorgen for barnet etter §§ 4-8 og 4-12. Når foreldrene er fratatt foreldreansvaret etter §4-20 første ledd har de ikke lenger kompetanse til å samtykke til adopsjon av barnet. Ifølge §7 skal imidlertid far eller mor som ikke har del i foreldreansvaret, så vidt mulig få uttale seg før vedtaket blir gjort. Etter §4-20 annet ledd er det nå fylkesnemnda som kan gi samtykke til adopsjon av barnet.

Tredje ledd regulerer selve adopsjonsspørsmålet. Betingelsene i tredje ledd er kumulative, slik at både a, b og c må være oppfylt.

I *bokstav a* må det kunne legges til grunn at omsorgsovertakelsen er varig. Dette kan skyldes foreldrenes manglende omsorgsevne eller begrunnes ut ifra barnets behov²⁴. Barne- og familiedepartementet foreslo en bestemmelse der grunnvilkåret for å samtykke til adopsjon var i samsvar med vilkåret for å opprettholde omsorgen for barnet i henhold til §4-21 første ledd. Etter §4-21 første ledd skal det foretas en helhetlig og

²⁴ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s.53.

samlet vurdering av foreldrenes og barnets aktuelle situasjon.

Dersom situasjonen som nødvendiggjorde omsorgsovertakelsen har endret seg slik at foreldrene kan gi forsvarlig omsorg, er utgangspunktet at vedtak om omsorgsovertakelse skal oppheves og barnet tilbakeføres til foreldrene. Om omsorgsovertakelsen vil være varig, er et vanskelig spørsmål. En må prøve å stille prognoser vedrørende fremtiden. Det finnes tilfeller der den manglende omsorgsevnen er av midlertidig karakter, eller tilfeller hvor det er vanskelig å konstatere at manglene er varige. Hva som ligger i "forsvarlig omsorg" er en konkret vurdering med utgangspunkt i det barnet saken omhandler. Omsorgssvikt kan ha forårsaket store skader og belastninger. Foreldre med en alminnelig god omsorgsevne har kanskje ikke evne til å dekke slike særskilte omsorgsbehov.

I tillegg til foreldrenes manglende omsorgsevne kan barnets tilknytning utelukke tilbakeføring. Lovgiver har her satt hensynet til barnet foran foreldrenes ønske om å få barnet tilbakeført. Forutsetningen er at foreldrenes omsorgsevne har bedre seg, og at de nå har muligheten til å gi barnet forsvarlig omsorg. Omsorgsvedtaket skal ikke oppheves når barnet har fått en slik tilknytning til mennesker og miljø der det er, at det etter en samlet vurdering kan føre til alvorlige problemer om barnet blir flyttet. Dersom vilkårene for å opprettholde omsorgen etter §4-21 foreligger er samtidig vilkåret i §4-20 tredje ledd a oppfylt.

Denne bestemmelsen innebærer at lovgiver tok avstand fra de strenge vilkår som Høyesterett fastslo i Rt.1990 s.1274. I denne dommen la Høyesterett til grunn at det måtte være *åpenbart* at foreldrene *varig* ikke ville kunne gi barnet en forsvarlig omsorg. Kravet til åpenbart, og foreldrenes varig manglende omsorgsevner er ikke blitt lagt til grunn i senere saker²⁵. Rt.1997 s.534 illustrerer dette:

"I følge de sakkyndige for Høyesterett har A gjennom gått en positiv utvikling i senere år. ... De sakkyndige har konkludert med at hun i dag har omsorgsevne, men at det likevel ikke er tilrådelig å flytte guttene fra fosterhjemmene, som de har så sterk tilknytning til. For B kommer det til at han har hatt

²⁵ Det går frem av denne dommen og ordlyden i dagens lovtekst at det er *omsorgsovertakelsen*, og ikke foreldrenes omsorgsevne som må være varig.

problemer som gjør ham særlig sårbar. A har sagt seg inneforstått med at guttene skal forbli i fosterhjemmene. Vilkåret for adopsjonssamtykke etter barnevernloven §4-20 tredje ledd bokstav a om at det må dreie seg om en varig fosterhjems plassering, er således til stede.”

Av *bokstav b* går det frem at vilkåret om barnets beste må være oppfylt for at det kan gis samtykke til adopsjon. Vurderingen må foretas innenfor lovens rammer, og innenfor de øvrige vilkårene loven stiller opp for tvangsinngrep.

Denne bestemmelsen kan anses overflødig når hensynet til barnets beste uansett skal legges til grunn, jfr. §4-1²⁶. Presiseringen begrunnes i forarbeidene med at tiltaket er så drastisk at hensynet til barnets beste ble spesifisert også i §4-20²⁷. Vurderingene er noe ulike. Forskjellen ligger i spørsmålet om bevisbyrde. I Ot.prp.nr.44 (1991-1992) heter det:

“Utgangspunktet for samtykke til adopsjon bør alltid være hensynet til barnets beste. Adopsjonssamtykke kan bare gis der det etter en samlet vurdering av det enkelte barns behov vil være klart bedre for barnet å bli adoptert enn å vokse opp som fosterbarn.”

Etter §4-1 skal det foretas en *åpen* vurdering om hva som vil være til det beste for barnet, og det skal legges *avgjørende* vekt på dette. I §4-20 tredje ledd bokstav b må adopsjon være *klart* bedre for barnet, og det skal *utelukkende* tas hensyn til barnets beste.

Relevante momenter i vurderingen om hva som vil være til barnets beste kan utledes av proposisjonen på s.53 og 54. Det nevnes at adopsjon er et drastisk tiltak, og at adgangen kun bør åpnes i de tilfellene det er klart bedre for barnet å bli adoptert enn å vokse opp som fosterbarn. I tillegg vil en utstrakt bruk av tvangsadopsjon virke mot utgangspunktet om at barneverntiltak skal være midlertidige. På den andre siden vektlegges viktigheten for barn å vokse opp under forhold som i minst mulig grad er preget av usikkerhet med hensyn til fremtiden.

²⁶ Innledningsvis i §4-20 tredje ledd står det uttrykkelig at samtykke ”kan” gis. Dette innebærer at paragrafen er en skjønnsbestemmelse. Skjønnen trer imidlertid ikke inn før alle de tre vilkårene i tredje ledd er oppfylt. §4-1 gir nærmere retningslinjer for skjønnen.

²⁷ Ot.prp.nr.44 (1991-1992) s.54.

Både lovgivning og rettspraksis legger til grunn at kontakt mellom de biologiske foreldrene og barna er til barnets beste²⁸. Barn og foreldre har en rett til samvær etter §4-19 første ledd. Denne retten er fremdeles i behold etter omsorgsovertakelse, jfr. §4-19 annet ledd. Loven gjør ingen unntak for varige plasseringer. Dette utgangspunktet ble uttrykkelig slått fast av Høyesterett i Rt.1998 s.787.

Det kan imidlertid, av hensyn til barnet, bestemmes at det ikke skal være samvær. Reglen åpner dermed for at samvær ikke alltid er i samsvar med barnets interesser. Verken i loven eller dens forarbeider finnes særlig veiledning i dette arbeidet. Sosialutvalget uttalte²⁹:

”Når det gjelder de ulike måter å regulere samværsretten på, har utvalget ikke funnet grunn til å fastslå noen regler. Praksis i barnefordelingssaker viser de aktuelle alternativer.”

Dette illustrerer hvor lite gjennomtenkt samværsadgangen i barnevernsaker er. I barnefordelingssaker er det i utgangspunktet snakk om to foreldre som er *kompetente* omsorgspersoner. Dette er overhode ikke utgangspunktet i saker hvor foreldrene er fratatt barna sine.

Haugli har behandlet en rekke saker fra både lagmannsretten og fylkesnemndene. Hun konkluderer med at denne praksisen ikke gir et entydig bilde. Dette er nok en indikasjon på at reglene om samvær er uklare, og at samværsadgangen bør tas opp til nærmere vurdering.

I Rt.1994 s.805 anførte den private part at hensynet til at barn bør vokse opp hos sine biologiske foreldre, måtte tillegges økt vekt etter vedtakelsen av den nye loven. Til dette uttalte førstvoterende at han var enig i at dette var et viktig hensyn, men kunne ikke se at dette prinsippet var kommet i en annen stilling ved den nye loven.

Rettspraksis har til nå vektlagt den eksisterende kontakten mellom de biologiske

²⁸ Se punkt 2.2.1.4 om det biologiske prinsipp.

²⁹ Se NOU 1985:18, s.168.

foreldrene og barnet. I Rt.1994 s.1545 la førstvoterende følgende betraktninger til grunn:

”Vi står overfor en situasjon der barnet er fratatt moren i tidlig alder, og uten at det har vært kontakt mellom dem etter omsorgsovertakelsen, bortsett fra at moren besøkte barnet et par ganger på barnehjemmet.”

Tilsvarende ble uttalt i Rt.1995 s.85:

”Videre legger jeg til grunn at C aldri har hatt kontakt med sin biologiske mor, idet han ble skilt fra henne umiddelbart etter fødselen. Etter noen få dager ble han plassert i det fosterhjemmet hvor han siden har vært, slik at det foreligger en kontinuitet i hans femårige liv.”

Videre i dommen legger førstvoterende til grunn at morens forutsetninger for å utøve foreldreansvaret ikke kan være utslagsgivende.

”Hennes livssituasjon har endret seg vesentlig siden fylkesmannens vedtak ble fattet i 1990. I dag må det etter min mening legges til grunn at fru A har forutsetninger for å kunne vareta foreldreansvar... Ved denne helhetsvurdering som skal være avgjørende for spørsmålet om å frata fru A foreldreansvaret for C, kan imidlertid hennes forutsetninger for å utøve dette ikke være utslagsgivende.”

I dommen inntatt Rt.1997 s.534 la Høyesterett avgjørende vekt på å beholde kontakten mellom moren og barna, og kom frem til at adopsjonssamtykke ikke burde gis. Flertallet begrunnet først og fremst avgjørelsen i barnas behov for samvær med sin biologiske mor:

”Det som taler mot at det gis adopsjonssamtykke i denne saken, er forholdet mellom guttene og deres biologiske mor, i første rekke deres behov for samvær med henne.”

Denne dommen innebærer en kursendring i vektleggingen av samvær. Lovgivningen har ikke vært endret på dette tidspunktet, men Adele Johansen saken fra 1996 kan ha innvirket til en strengere praksis.

Førstvoterende påpeker i Rt.1997 s.534 på side 540 at lovgiver bør vurdere om det bør åpnes for en rett til samvær også etter en adopsjon. Også i avgjørelsen i Rt.1990 s.1274

fremkom en henstilling til lovgiver om å vurdere muligheten for at adoptivbarn skal kunne ha samvær med sine biologiske foreldre.

Spørsmålet om å åpne for samværsrett etter en adopsjon ble utredet i St.meld.nr.40 (2001-2002). Departementet uttrykker her at det ikke foreligger et sikkert nok grunnlag for å gjøre noen endringer på dette området enda. De fremhever videre at det er viktig å følge utviklingen når det gjelder spørsmålet om adopsjon etter barnevernloven nøye.

Også i Rt.2001 s.14 ble bevaring av kontak en avgjørende faktor. Høyesterett kom under dissens frem til at tvangsadopsjon ikke skulle gjennomføres. Dette er den første dommen etter inkorporeringen av EMK, og anses av den grunn som viktig. Dommen gikk grundig inn på forholdet mellom EMK og barnevernloven³⁰. Flertallet kom frem til at det ikke kunne fastslås med den nødvendige sikkerhet at sterke grunner tilsier at det vil være til barnets beste å gjennomføre en adopsjon nå. De argumenterer for at det ikke er noen spesielle faktorer knyttet til jenta og hennes situasjon som på individuelt grunnlag taler for adopsjon. Generelle erfaringssetninger som går ut på at langvarige fosterforhold har best av å gå over i adopsjon kan etter flertallets syn ikke uten videre være avgjørende i et konkret tilfelle.

Mindretallet har et annet syn på betydningen av generelle erfaringssetninger. Av konkrete forhold finner annenvoterende det tilstrekkelig at jenta ikke har noen vesentlig tilknytning til mor, og at tilbakeføring ikke kan gjennomføres uten skadevirkninger for henne. Mindretallet avslutter med:

”... Det kan etter min mening ikke stilles krav om at det må påvises spesielle, individuelle fordeler i tillegg til dette. Det vil være høyest uklart hvilke momenter som i så fall kunne være relevante, og de vil neppe være vesentlige ved en samlet vurdering av hva som er best for barnet.”

Flertallet i Høyesterett legger til grunn at det er viktig for barnet å ha fortsatt kontakt med mor, selv om jentas tilknytning til moren ikke er særlig sterk. Denne kontakten mellom foreldre og barn tillegges stor vekt. Dommen skiller seg noe fra Rt.1997 s.534 hvor den sentrale grunnen til at adopsjon nektes er behovet for kontakt, mens dommen

³⁰ Denne delen av dommen drøfter jeg nærmere i punkt 4.3.

fra 2001 er hovedbegrunnelsen mangelen på individuelle argumenter til fordel for adopsjon. Kirsten Sandberg påpeker at dette kan innebære at argumentasjonen har dreid fra en helhetsvurdering av barnets beste til sterkere søkelys på de grunner som må foreligge til fordel for adopsjon. Det har tidligere ikke kommet frem så klart at generelle grunner ikke er tilstrekkelig. Sandberg er av den oppfatning at denne dreiningen kan ha sammenheng med EMDs fremheving av det ekstraordinære. Jeg er enig i hennes betraktninger om denne endringen i argumentasjonen til Høyesterett. Etter mitt syn vil denne tolkningen innebære en forverring av barnets rettsstilling da det ikke lenger er nok men en helhetsvurdering av barnets beste.

I vurderingen om det foreligger forhold som kan svekke den generelle presumsjonen om at samvær vil være til det beste for barnet retter Høyesterett i for stor grad fokus på foreldrenes forhold. Når det overordnede mål skal være å avgjøre samværet ut i fra barnets beste, må barnet reaksjoner i tilknytning til samværet få en mer sentral stilling.

Barnets mening er et viktig moment i skjønnsvurderingen om hva som vil være til barnets beste. Barnets rett til å bli hørt har vært fremme i flere saker³¹. Retten er blitt forsterket etter inkorporeringen av FNs barnekonvensjon³². Ifølge bvl. §6-3 skal barnet høres fra det er syv år. Etter fylte 12 år er det nødvendig med samtykke fra barnet selv om det ønsker å bli adoptert eller ikke.

I saker om tvangsadopsjon foretar Høyesterett en *helhetsvurdering* om det i dette *konkrete* tilfellet ville være til barnets beste å bli adoptert. Til nå har det blitt lagt vekt på hva de sakkyndige mener, og at tvangsadopsjon er et svært inngripende tiltak. Momenter som taler til fordel for tvangsadopsjon er at barnet er lite, at det har hatt minimal kontakt med de biologiske foreldrene og at fosterhjems plasseringen regnes å bli langvarig. Momenter som ro, trygghet, følelsesmessig tilknytning og rettslig og sosial status er andre relevante momenter. Når det gjelder hensynet til de biologiske foreldrene har Høyesterett fremhevet at det er hensynet til barnet som skal være

³¹ Se blant annet Rt.1982 s.1687 og Rt.1990 s.657.

³² I punkt 3.4 tar jeg for meg barnekonvensjonens artikkel 12, barnevernlovens §6-3 og adopsjonsloven §6.

avgjørende.

I bokstav c er betingelsene at adoptivsøkerne har vært fosterforeldre, og vist seg skikket til å oppdra barnet som sitt eget. Dette vilkåret ble i propsoisjonen begrunnet i hensynet til barnets beste. For å vurdere om adopsjonen vil ivareta dette hensynet vil det være nødvendig å se an situasjonen etter at barnet er fosterhjemsplassert. Dette gjelder spesielt større barn. En faktisk konsekvens av dette vilkåret er at adopsjonssamtykke ikke kan gis før *etter* et vedtak om omsorgsovertakelse.

Departementet fant det ikke hensiktsmessig å gå nærmere inn på hvor lenge fosterhjemsplasseringen skal ha vart før det skal gis samtykke til adopsjon. Det skal altså foretas en konkret vurdering etter bokstav c.

Når vilkårene i a, b, og c er oppfylt, kan samtykke til adopsjon *vurderes*.

Adopsjonssamtykke skal gis etter en skjønnsmessig vurdering, jfr. §4-20 tredje ledd ”kan gis”. Høyesterett fastslo i Rt.2001 s.14 at vurderingen skal være konkret:

“... Spørsmålet er så om det er grunnlag for å gi samtykke til adopsjon i vår sak. For ordens skyld presiserer jeg at vurderingen skal skje konkret, jf. Rt - 1991 - 557.”

I denne dommen legges det også vekt på generelle betraktninger. Høyesterett er imidlertid uenige i vektleggingen av slike betraktninger:

”Førstvoterende har uttalt at argumentene for adopsjon i denne sak er generelle erfaringssetninger bygd på at langvarig fosterforhold har best av å gå over i adopsjon, og at slike generelle betraktninger bare i liten grad er supplert med spesifikke og individuelle forhold. Jeg tillegger - ut fra en vurdering av hva som er til barnets beste - disse generelle erfaringssetningene noe større vekt enn førstvoterende.”

§4-1 kommer inn som føring for skjønnsvurderingen. Bestemmelsen gjør det klart at barnets beste er avgjørende også i den endelige vurderingen om adopsjonssamtykke skal gis. I §4-1 vektlegges viktigheten av å gi barnet stabil og god voksen kontakt, og kontinuitet i omsorgen. Det går ikke frem av loven om dette er i forhold til de biologiske foreldrene eller fosterforeldrene. I Innst. O. nr.80 (1991-1992) s.13 uttalte komiteen at de med ”stabil og god voksenkontakt” vektla betydningen av kontakt med

de biologiske foreldrene. ”Kontinuitet i omsorgen” er ikke kommentert i forarbeidene, men momentet vil i utgangspunktet tale for at barnet blir der det er.

I *psykologisk* litteratur blir kontinuitet gjerne brukt som et argument for å vektlegge at relasjonen mellom barn og foreldre bør bli opprettholdt. Behovet for stabilitet brukes derimot ofte som et argument for å begrense omfanget av samvær³³. Dette er i samsvar med uttrykksmåten til de sakkyndige i Rt.1992 s.306³⁴. Av fremstillingen overfor fremgår det at lovgiver har brukt begrepene motsatt av dette. Dette vil ikke ha noen betydning i praksis³⁵. Men i og med barnevernretten i stor grad er avhengig av psykologisk kunnskap, ville det være en fordel om lovens bruk av begrepene samsvarte med psykologisk kunnskap.

Spørsmålet om samvær alltid vil være til det beste for barnet har vært diskutert i psykologien lenge. Goldstein, Freud og Solnit, 1973;1979 tar utgangspunkt i psykoanalytisk behovsteori og mener den voksne som over tid ivareta barnets psykiske og fysiske behov, er den som blir barnets psykologiske foreldre. Stabilitet i betydningen stabile omsorgsbetingelser blir dermed viktigere enn kontinuitet.

I Ot.prp. nr. 40 (1991-1992) er perspektivet at samvær har en positiv innvirkning på barnet. Støtte for dette synet har sitt utspring i objekt-relasjonsteori, der de biologiske foreldrene betraktes som uerstattelige og et brudd med foreldrene vil etterlate et tomrom i barnet. Den primære tilknytningen mellom barnet og de første omsorgspersonene er altså av grunnleggende karakter. I denne sammenheng blir kontinuitet et sentralt begrep. Dette begrunnes med at den er nødvendig for identitetsopplevelsen.

Bunkholt (1986) tar utgangspunkt i reaksjoner barnet får i forbindelse med samværet, og tiden etter. Dersom barnet får problemer med for eksempel å spise, sove eller gå på skolen, er det god grunn til å vurdere om kontakt med den biologiske familien skader

³³ s.157 i NOU 2000:12 Barnevernet i Norge.

³⁴ De sakkyndige i denne dommen var bedt om å uttale seg generelt om betydningen av at et barn forblir i fosterbarn i forhold til at foreldreansvaret fratras foreldrene.

³⁵ Sandberg, Kirsten 2003.

mer enn den gagnar. I forhold til dette bør stabilitet være overordnet hensynet til kontinuitet. Det blir også viktig å fokusere på hvilken psykologisk effekt samvær vil ha på barnet når det ikke har hatt en stabil, trygg og utviklingsfremmende relasjon til sine foreldre. Dette synes jeg forarbeidene kunne gått nærmere inn på. Det kan synes som om argumentene for samvær i barneloven er overført til barnevernloven uten nærmere redegjørelse. I følge NOU 2000:12 s.159 kan påstanden om at samvær stort sett er det beste for barnet etter en omsorgsovertakelse ikke sies å ha generell støtte i psykologisk teori og forskning:

“Quinton m.fl. (1997) gjennomgikk 14 sentrale studier og fant verken sterke bevis for at kontakt er positivt eller at fravær av kontakt er negativt for barnet, og sår dermed tvil om hva samvær egentlig betyr for barn rent psykologisk.”

I psykologien er det delte oppfatninger om verdien av samvær. Det kan dermed stilles spørsmålstegn ved norsk rett, når den bygger på at samvær er til beste for barnet. Nyttan av samværet vil være helt avhengig av konkrete forhold. Etter min mening bør hensynet til samvær inngå som et moment i helhetsvurderingen, men vekten av momentet må avgjøres ut fra konkrete forhold. Rettspraksis til nå kan synes å legge til grunn en presumsjon om at samvær er til det beste for barnet. Denne presumsjonen er ikke nødvendigvis i samsvar med hva som psykologisk sett anses som best for barnet.

2.3.1.4 Bevisbedømmelse og bevisbyrde

En hovedregel i norsk rett er at det er fri bevisbedømmelse. Det er ikke slik at enkelte bevis etter loven skal ha mer vekt enn andre. Det som gjør bedømmelsen vanskelig er at en må formulere antakelser om det enkelte barn under alternative omsorgssituasjoner. Deretter må en velge mellom de ulike løsningene. Valget som legges til grunn styres av hvor tung bevisbyrde barnevernet har. Spørsmålet blir med hvor stor sannsynlighet må barnevernet godtgjøre at vilkårene for et tiltak foreligger. Bevisbyrdereglene i barnevernsaker kan til en viss grad utledes av ordlyden, men rettspraksis og teori vil også være veiledende.

Det kan i følge Anders Bratholm ikke kreves samme grad av sikkerhet i barnevernsaker

som i straffesaker³⁶. Hvis en skulle legge dette til grunn, ville all tvil komme de biologiske foreldrene til gode. Dette ville være i strid med hensynet til barnets beste. Sivilombudsmannen uttaler på s.69 i årsmeldingen for 1992 om hastevedtak at hensynet til barnet gjør at det ikke kan kreves tilsvarende strenge beviskrav som i straffeprosessen. Anders Bratholm skriver videre at det er naturlig å legge vekt på hvor stor skade som kan skje ved passivitet. Dette er også fremhevet i Rt. 1991 s.668:

“...det sier seg selv at hvilken risiko som kan aksepteres vil ha sammenheng med hvor alvorlig skade det er tale om. Vurderingene vil - som fremholdt i det siterte- måtte bygge på antakelser. Antakelsene vil være særlig usikre og kan lett bli spekulative, når det er tale om virkninger som ligger langt inn i fremtiden.”

På bakgrunn av dette, kan et utgangspunkt bli at det kreves mer enn 50% sannsynlighet for at de faktiske forutsetninger for å bruke loven foreligger. De nærmere omstendigheter om bevisbyrden må avgjøres ut fra hver enkelt paragraf med hensyn til tiltakets karakter og alvorlighet.

§4-20 tredje ledd bokstav a oppstiller “sannsynlig” som beviskrav vedrørende foreldrenes manglende omsorgsevne og alvorlige tilbakeflyttingsproblemer på grunn av tilknytning. Ordvalget er ikke så vidt jeg kan se begrunnet i forarbeidene. Hvis en sammenligner med §4-8 som krever overveiende sannsynlighet, kan en stille seg undrende til at beviskravet i §4-20 er så lavt. Rettspraksis fra den tidligere loven hadde et langt strengere krav til bevisbyrde. I Rt. 1990 s.1274 kom Høyesterett frem til at det måtte være åpenbart at foreldrene ikke varig kunne gi barnet omsorg. Den etterfølgende Høyesterettsdom i Rt.1991 s.557 tok imidlertid avstand fra en så tung bevisbyrde, de uttrykte at beviskravet aldri kan være så høyt som åpenbart, selv ved tvangsadopsjon. Høyesterett uttaler:

“... Dette er bakgrunnen for at Høyesterett også i flere andre avgjørelser har understreket at det må foreligge *sterke grunner* for å treffe et slikt vedtak, jfr. Rt-1985-344 og Rt-1987-52.

...Men dersom det likevel med *relativ stor sikkerhet* kan sies at det vil være best for barnet å bli adoptert, må dette være avgjørende; slik det er lagt til grunn i dommen i Rt-1982-1687 og Rt-1987-52.”

³⁶ Bratholm, Anders: Strafferett og samfunn s.405.

Denne forståelsen er også lagt til grunn i Rt.2001 s.14. Dersom det må foreligge sterke grunner og en relativt stor sikkerhet, er bevisbyrden noe strengere enn det som følger direkte av ordlyden.

Det går frem av forarbeidene at adopsjon må *klart* være til barnets beste. Bevisbyrden i §4-20 tredje ledd bokstav b er dermed strengere enn etter §4-1. §4-20 tredje ledd bokstav c krever etter ordlyden ingen særskilt sannsynlighet. Forarbeidene går ikke nærmere inn på denne drøftelsen, da de henviser til at det må foretas en konkret vurdering. Sannsynlighet bør derfor legges til grunn her.

2.3.2 Adopsjonsloven

Selve avgjørelsen av adopsjonsspørsmålet foretas etter lov om adopsjon 28.februar nr.8 1986 (adl.). Adopsjonsbevilling gis av Barne-, ungdoms- og familieforvaltningen. Saksbehandlingsreglene i adl. må følges av det organ som treffer adopsjonsvedtaket.

2.3.2.1 Adopsjonsbevilling

Hjemmel for bevillingen av adopsjon er adopsjonsloven §2³⁷.

Adopsjonsloven har ingen generell formålsbestemmelse, men §2 sier noe om formålet med den *enkelt* adopsjon. Det grunnleggende vilkåret er at adopsjon bare skal gis når det kan antas at det vil gagne barnet. Dette ble endret fra “er grund til å tro” fra den forrige loven fra 1917. Den forrige formuleringen virket noe vag, men endringen i ordlyden innebar ingen realitetsendring³⁸.

Forarbeidene til adopsjonsloven går ikke nærmere inn på formuleringen “til gagn for barnet”. Ifølge Hognestad og Steenberg kan formuleringen språklig sett vanskelig sies å ha et annet innhold enn ”barnets beste”. En kan imidlertid merke seg at i

³⁷ Se vedlegg.

³⁷ Se Innst.O.nr.10 (1985-1986) s.3.

³⁷ Se Ot.prp. nr.40 (1984-1985) s.28.

adopsjonsloven skal det utelukkende tas hensyn til barnet³⁹. Dette er noe ulikt formuleringene i barneloven og barnevernloven, jfr. bl. §34 hvor det står “først og fremst” og bvl. §4-1 hvor det står at det skal legges “avgjørende” vekt på hva som er det beste for barnet. Hensynet til foreldre eller fosterforeldre kan ikke vektlegges. At foreldrenes hensyn ikke skal trekkes inn belyses også ved at det ikke er noen rettighet å få adoptere barn.

Formuleringen “kan antas” i §2 innebærer at Barne-, ungdoms- og familieforvaltningen må foreta en selvstendig skjønnsmessig avveining, de er ikke bundet av fylkesnemnda. Skjønnnet må utøves innenfor de rammer som gjelder for tvangsadopsjon.

Sosialdepartementets rundskriv I-15/89 av 13.oktober 1989 og Barne og familiedepartementets rundskriv av september 1998 om utenlandsadopsjon utdyper innholdet i loven. Departementets retningslinjer understreker at hvorvidt *søkerne* skal bli godkjent som adoptivforeldre må baseres på en helhetsvurdering ut fra hva som er til det beste for barnet. I denne helhetsvurderingen er det barnets fremtid som skal stå sentralt. I vurderingen av om adoptivsøkerne er skikket, må de kunne takle livsfaser og kriser barnet vil møte. Det er vanskelig å forutsi hvorvidt adoptivsøkerne vil ha slike forutsetninger. Men det er altså ikke nok å dokumentere at de kan ta seg av en baby eller et lite barn, vurderingen må i det minste ta for seg hele den perioden frem til barnet er myndig. Det som kan være vanskelig, er at skjønnstemaet alltid vil bestå av antakelser om fremtiden. En må bygge vurderingen på adoptivsøkerens evner og egenskaper i dag, og forutsette at disse egenskapene også vil være tilstede i årene som kommer.

Foreldrene skal så vidt mulig høres selv om de ikke har foreldreansvaret, og barnet har selv vetorett fra det er fylt 12 år⁴⁰.

Hognestad og Steenberg legger til grunn at reglene om bevisbedømmelse og bevisvurdering fra bvl. §4-20 må være retningsgivende for gagnsvurderingen i adl. §2.

⁴⁰ Jfr. adl.§§6-7.

Denne slutningen begrunnes med at Barne-, ungdoms- og familieforvaltningen må holde seg innenfor de rammer som gjelder for tvangsadopsjon etter barnevernloven.

3 FN's barnekonvensjon

3.1 Generelt

FNs konvensjon om barns rettigheter av 20. november 1989 er en konvensjon som tar sikte på å bedre barns rettslige stilling. Barn er en særlig sårbar og utsatt gruppe, slik at en konvensjon om barns rettigheter var etterlengtet, og førte til en økt fokusering på dette området. Først og fremst er konvensjonen viktig fordi den pålegger alle statene som har ratifisert den å arbeide for å oppfylle konvensjonenes mål. At barns rettigheter er blitt satt i et internasjonalt perspektiv, er positivt fordi det kan medføre økt samarbeid om felles utfordringer, og utveksling av kunnskaper. Hovedbudskapet er at barn er selvstendige individer med egne sosiale, sivile og kulturelle rettigheter.

3.2 Artikkel 3⁴¹

Artikkel 3 nr. 1 inneholder det grunnleggende direktiv om barnets beste. Den engelske konvensjonsteksten fikk formuleringen “a primary consideration” i stedet for “the primary consideration”. Dette gir uttrykk for den erkjennelse at det finnes situasjoner hvor konkurrerende rettslige interesser eller samfunns interesser har like stor, eller kanskje større berettigelse enn barnets interesser. Det at barnets beste skal prioriteres utelukker derfor ikke at andre hensyn kan tillegges vekt. Bestemmelsen gjelder all offentlig virksomhet. Det spesielle er at den også gjelder for private velferdsorganisasjoner. Dette innebærer blant annet private virksomheter som driver virksomhet innenfor det offentliges ansvarsområde omfattes.

Bestemmelsen er en prinsipperklæring. Det gis imidlertid ingen nærmere retningslinjer for hva som anses som barnets beste. Prinsippet om barnets beste er nedfelt flere steder i nasjonal lovgivning.

Artikkel 3 nr. 2 omhandler statens ansvar for å sikre barnet nødvendig vern og omsorg. Samtidig skal det tas hensyn til foreldrenes rettigheter og forpliktelser i forhold til

⁴¹ Se vedlegg.

barnet. Av teksten går det ikke frem om hensynet til foreldrene også kan tas der de kan være i konflikt med barnets behov. Men ut fra konvensjonenes formål kan det neppe være meningen at barnet kun skal sikres nødvendig vern og omsorg i den grad de ikke berører foreldrenes rettigheter. At staten har et generelt overordnet ansvar for å sikre barn gode oppvekstvilkår kommer til uttrykk i bvl. § 3-1⁴². En må kunne konkludere med at nasjonal lovgivning i forhold til barnevernloven er i overensstemmelse med kravene som stilles i artikkel 3.

3.3 Artikkel 9⁴³

Artikkel 9 tar for seg spørsmålet om barns atskillelse fra foreldrene. Bestemmelsen angir barnets beste som formål for en eventuell atskillelse. Videre står det at atskillelsen må være nødvendig ut fra dette formålet. Artikkelen trekker frem omsorgssvikt og mishandling som eksempler på tilfeller hvor en atskillelse kan være nødvendig. Ved utfylling av denne bestemmelsen kan en trekke inn artikkel 3 nr. 1 om barnets beste. Foreldrene er ikke gitt noen rett, bortsett fra at det er de som i utgangspunktet bestemmer om barnet skal bo hos dem eller ikke. Når det er nødvendig med en atskillelse etter artikkel 9 settes nettopp foreldrenes vilje tilside av hensyn til barnet. Dette tilsvarer nasjonal rett. Forholdet til EMK kan derimot være interessant. Etter EMK artikkel 8 tolkes det inn i ordet nødvendig at en skal forsøke å finne frem til "en rimelig balanse" mellom barnets og foreldrenes interesser. Hva som anses som nødvendig avhenger av styrken i foreldrenes rett på den ene siden og barnets interesser på de andre. Barnets interesser står dermed sterkere i tolkningen av nødvendig i barnekonvensjonen, enn etter EMK.

3.4 Artikkel 20⁴⁴

Artikkel 20 fastslår at barnet har *rett* til vern og omsorg når det ikke kan være i sitt familiemiljø, og at det er statens ansvar å finne alternative omsorgsformer.

⁴² St.meld.nr.40 (2001-2002) s.163 hvor det fremheves at barnevernet fremover har som målsetting å arbeide helhetlig til det beste for barnet.

⁴³ Se vedlegg.

⁴⁴ Se vedlegg.

Barnevernloven gir ingen *rett* til hjelpetiltak⁴⁵. På dette punktet kan forholdet til norsk rett kritiseres.

Tilfeller hvor barn er uten familiemiljø eller må fjernes kan være mange. At foreldrene dør, forsvinner eller sitter i fengsel er eksempler på barn som er uten foreldre.

Situasjoner som svikt hos foreldrene som omsorgspersoner, svikt hos foreldrene av praktiske grunner eller særlige behov hos barnet er grunner som kan føre til at barnet må fjernes.

Statene skal sørge for alternative omsorgsformer ifølge artikkel 20 nr. 2. Bestemmelsen går ikke nærmere inn på bestemte omsorgsformer, men stiller krav til statene at de skal sørge for at det foreligger et varierende tilbud. Adopsjon blir særskilt nevnt i nr.3 som en alternativ omsorgsform.

Ved valg av plasseringssted fremhever nr. 3 at kontinuitet i barnets oppdragelse og at barnets etniske, religiøse, kulturelle og språklige bakgrunn skal vektlegges. Artikkel 20 er her i god overensstemmelse med barnevernloven.

3.5 Innarbeiding av barnekonvensjonen i norsk lov

Gjennom inkorporeringen av barnekonvensjonen vil konvensjonen gjelde som norsk lov. For å få annen norsk rett mest mulig i samsvar med konvensjonen valgte Justisdepartementet å synliggjøre artikkel 12 og 20 i annen norsk lovgivning. Begge disse artiklene får en viss betydning i saker om tvangsadopsjon. Konsekvensen av synliggjøringen er at artiklene presiseres og konkretiseres, noe som kan bidra til en bedre gjennomføring av bestemmelsene i praksis.

Barnets rett til å uttrykke sine meninger i barnevernsaker, og myndighetenes plikt til å vektlegge disse er omhandlet i bvl. §6-3. Etter inkorporasjonen har bestemmelsen fått en annen utforming, og aldersgrensen for når barn har en ubetinget rett til å bli hørt, er

⁴⁵ Ot.prp.nr.44 (1991-1992), Innst.O.nr.80 (1991-1992) og i NOU 2000:12 er det uttalt at en ikke ønsker å gi barn en lovfestet rett til hjelp.

senket til 7 år. Departementet valgte å ikke utforme bestemmelsen som en ren skjønnsmessig bestemmelse slik som artikkel 12. En kan innvende mot denne lovendringen at når vi har inkorporert barnekonvensjonen burde vi ha utformet §6-3 helt i samsvar med artikkel 3. Etter min mening innebærer den norske endringen en ytterligere beskyttelse av barnets rett til å bli hørt, og legitimerer da denne ulike utformingen. Barn over 7 år har en ubetinget rett til å bli hørt, og barn under 7 år har en skjønnsmessig rett til å bli hørt i samsvar med artikkel 3.

Jeg er av den oppfatning av Norge kunne gått enda lenger i å ivareta barnets rett til å bli hørt⁴⁶. Jeg mener at det ikke burde vært satt noen aldersgrense, og at regelen burde være utformet slik at *alle* barn hadde en ubetinget rett til å bli hørt. Ved en slik ubetinget rett ville en sikre at barnet blir hørt i *alle* de saker hvor de *burde* bli hørt. Vekten måtte bero på en konkret vurdering i hver enkelt sak. Svakheten ved dagens løsning er at det vil bli opp til det enkelte barnevern om et barn under 7 år bør få uttale seg eller ikke. Dette kan føre til at barn på 6 år som burde bli hørt, ikke blir hørt. Den tidligere lovbestemmelsen som satt en aldersgrense på 12 år fungerte i praksis ofte som en *absolutt grense*. Det er en fare for at en slik praksis også nå vil kunne etableres, når det settes en nedre aldersgrense. Den skjønnsmessige adgangen åpner også for at det vil kunne utvikle seg ulik praksis ved de forskjellige kontorene.

I følge adopsjonsloven §6 kan et barn over 12 år ikke adopteres uten eget samtykke. Etter inkorporasjonen ble også denne bestemmelsen endret. Endringen innebærer at barn som er fylt 7 år har en ubetinget rett til informasjon og til å uttale seg før det tas avgjørelse om adopsjonsbevilling skal gis. Barnets mening vil være et moment i den helhetsvurdering som skal foretas i en adopsjonssak. Vekten vil også her bero på en konkret og individuell vurdering. Regelen at barn over 12 år må samtykke i adopsjonen

⁴⁶ I saken Kutzner mot Tyskland (EMDs dom 26.02.2002, premiss 77) var det et moment i helhetsvurderingen at ingen av de to barna var blitt hørt. Barna var fire og fem år gamle. Selv om kravet til høring ikke ble begrunnet i at dette er en rett for barnet, er virkningen uansett at barnets mening skal komme frem ved en så lav alder. Etter barnevernloven og barnekonvensjonen er barnets rett til å bli hørt begrunnet i hensynet til barnet selv. Denne dommen viser at høring av barn også kan begrunnes i forhold til foreldrene, som etter artikkel 8 har krav på at saken blir tilstrekkelig opplyst.

beholdes. Her går norsk rett lenger i å ivareta barns rettigheter en barnekonvensjonen. Det ble drøftet om denne aldersgrensen også burde senkes, men slik departementet vurderte det bør ikke barn under 12 år pålegges å ha en egen mening som avgjør om adopsjon skal finne sted eller ikke. Det kan bli særdeles tyngende for små barn å måtte ta standpunkt til noe så alvorlig.

Endringen i barnevernloven §4-15 medfører at det skal tas hensyn til at det er ønskelig med kontinuitet i barnets oppdragelse og til barnets etniske, religiøse, kulturelle og språklige bakgrunn når man velger hvor barnet skal plasseres, jfr. artikkel 20 nr. 3. Denne vurderingen skal tas *før* en plassering, slik at den får ingen nevneverdig betydning i forhold til tvangsadopsjoner hvor plasseringen allerede er foretatt. Men bestemmelsen kan få innvirkning i de saker hvor plasseringen ble foretatt før denne lovendringen, og hvor retningslinjene ikke var blitt vurdert. En etterfølgende tvangsadopsjonssak ville da mest sannsynlig legge disse vurderingene til grunn ved avgjørelsen om adopsjon ville være til barnets beste.

3.6 Er nasjonal lovgivning og praksis i overensstemmelse med barnekonvensjonen?

Jeg har behandlet den nasjonale lovgivningen underveis når jeg har drøftet de ulike artiklene, og har konkludert med at nasjonal lovgivning tilfredsstiller kravene til barnekonvensjonen når det gjelder tvangsadopsjon.

Men det kan stilles spørsmål ved om norsk praksis er helt i overensstemmelse med konvensjonen. Konvensjonen stiller krav til at alle avgjørelser som er rettet mot barn først og fremst skal ta hensyn til barnets beste. I saker hvor barnets behov for et trygt og godt hjem kommer i konflikt med de biologiske foreldrenes ønske om å beholde barnet, kan avgjørelser av Høyesterett tyde på at hensynet til barnet lett må stå tilbake for foreldrenes ønsker. Høyesterett synes å prioritere de biologiske foreldrene ved spørsmålet om å la fosterforeldrene få adoptere barnet⁴⁷. Det ble lagt til grunn i Rt.1991

⁴⁷ Dette skyldes lovens biologiske utgangspunkt, men konsekvensen blir en økt prioritering av foreldrenes interesser.

s.557 at adopsjon mot foreldrenes vilje krever ”sterke grunner”, og at dette tilsier at adopsjonssamtykke ikke skal gis med mindre det med ”relativt stor sikkerhet” kan sies å være til det beste for barnet. Disse synspunktene er gjentatt i Rt.1997 s.534 og Rt.2001 s.14. *Det er altså ikke tilstrekkelig at adopsjon etter en interesseavveining fremstår som den beste løsningen for barnet.* Etter en ren ordlydstolkning av artikkel 3 burde den ordning som *alt i alt* fremstår som den beste for barnet være bestemmende.

3.7 Forholdet mellom barnekonvensjonen og EMK.

I motsetning til EMK er FNs barnekonvensjon en global konvensjon, og er åpnet for de land som ønsker å tiltre den. EMK er kun åpnet for land som er opptatt som medlem av Europarådet. Konvensjonene har altså ulik geografisk rekkevidde. Dette kan være en grunn til at komiteen til barnekonvensjonen ikke henviser til EMK i sitt arbeid, og at EMKs innvirkning på barnekonvensjonen er liten.

Det må påpekes at det er ingen rangorden mellom konvensjonene og tilsynsorganene. I følge Erik Møse er ikke komiteen som er opprettet av barnekonvensjonen et overprøvingsorgan i forhold til organene i EMK⁴⁸.

En kan imidlertid stille spørsmål ved om Norge bør tillegge barnekonvensjonen, som er en verdenskonvensjon, en noe større vekt. Barnekonvensjonen er av nyere dato, og er en sær konvensjon som tar for seg barns rettigheter. Forholdet mellom EMK og barnekonvensjonen er ikke løst i menneskerettsloven. Men begge konvensjonene er innarbeidet gjennom inkorporasjonsmetoden som innebærer at de vil ha lik rettskildemessig vekt.

I utgangspunktet er det kanskje vanskelig å oppstille klare motstridstilfeller da barnekonvensjonen er av en mer vag karakter. For det første er problemstillingen på dette rettsområdet aktuell i og med hensynet til barnets beste etter artikkel 3 er ulik den EMD legger til grunn ved sine avgjørelser. For det andre er det grunn til å tro artikkel 9

⁴⁸ Se Menneskerettigheter av Erik Møse, Oslo 2002, s. 87.

i barnekonvensjonen og artikkel 8 i EMK ikke tolkes likt⁴⁹.

⁴⁹ Se punkt 3.3.

4 Den europeiske menneskerettskonvensjonen

4.1 Individets rettigheter etter EMK artikkel 8⁵⁰

4.1.1 Generelt

Vedtak om tvangsadopsjon kan reise flere problemstillinger i forhold til individets rettigheter etter EMK. Prøvelse av tvangsadopsjon og andre barnevernstiltak skjer i første rekke i forhold til EMK artikkel 8.

4.1.2 EMK artikkel 8 nr. 1

EMK artikkel 8 behandler altså fire rettigheter. Felles for vern av retten til privatliv, familieliv, hjem og korrespondanse er at de gir vern av individets private rettssfære. Retten til korrespondanse og hjem er mer konkrete, enn retten til privatliv og familieliv. Det er vanskelig å trekke noen klar grense mellom de ulike rettighetene, da et offentlig inngrep vil kunne henføres til flere av kategoriene. I sakene om omsorgsovertakelse og tvangsadopsjon som er pådømt av EMD er det retten til respekt for familielivet som har vært påstått krenket⁵¹.

Retten til familieliv innebærer at enhver har rett til respekt for sitt familieliv. Inngrep fra det offentlige kan bare finne sted på de vilkår som er angitt i bestemmelsens annet ledd. Hovedformålet med artikkelen er å hindre vilkårlige inngrep fra myndighetenes side. Barnevernets inngrep utgjør en innblanding i familielivet etter nr.1. Dette har blitt uttalt i en rekke saker⁵². Tvangsadopsjon er i strid med to elementære rettigheter etter artikkel 8, både retten til samvær og målet om gjenforening.

Ved anvendelsen av artikkel 8 har EMD trukket opp noen generelle krav til den

⁵⁰ Se vedlegg.

⁵¹ Se Tjomsland, Steinar: Barnevern og omsorgsovertakelse.

⁵² W. mot Storbritannia premiss 59, Olsson mot Sverige premiss 59, Eriksson mot Sverige premiss 58.

materielle og prosessuelle lovgivningen. I saken Keegan mot Irland⁵³ innfortolkes en positiv forpliktelse for staten til å sikre en effektiv beskyttelse av familielivet. Materielt sett innebærer avgjørelsen at forholdene må legges til rette for at barnet kan bli integrert i familien, i tillegg stilles det krav til saksbehandlingen hos de nasjonale myndighetene.

Familiebegrepet omfatter forholdet mellom barn og foreldre. I Marckx mot Belgia⁵⁴ ble det klarlagt at barn født i og utenfor ekteskap faller inn under bestemmelsen. Videre går det frem av denne dommen at det må være en slik personlig tilknytning at det kan sies å foreligge et familieliv. Dette kommer også frem i saken K. og T. mot Finland⁵⁵.

En kan utlede av sakene Olsson⁵⁶ og Andersson⁵⁷ mot Sverige at retten til familieliv ikke faller bort etter en omsorgsovertakelse. Et grunnleggende element ved artikkel 8 er altså retten til kontakt.

Unntak fra konvensjonen skal tolkes snevert. Dette følger blant annet av Silver mfl. mot Storbritannia⁵⁸, jfr. "narrowly interpreted". Jeg er enig med Lotte Pernille Loftsgaard⁵⁹ som stiller seg kritisk til en slik tolkning, da det er hensynet til barnets interesser som begrunner anvendelsen av bestemmelsen. I disse sakene er det ikke graden av inngrep fra det offentlige som er det sentrale, men en avveining av privatpersoners interesser. Hensynet til barnets beste og formålet med bestemmelsen tilsier at en slik tolkning ikke

⁵³ Dom 26. mai 1994, serie A nr. 290. Plassering av et barn for adopsjon uten farens kunnskap eller samtykke krenket farens rett til respekt for sitt privatliv.

⁵⁴ Dom 13. juni 1979, serie A nr. 31, avsnitt 31.

⁵⁵ Dom 12. juli 2001, avsnitt 149-150.

⁵⁶ Dom 24. mars 1988, serie A nr. 130. Det offentlige hadde overtatt omsorgen for ekteparets tre barn og plassert dem i hvert sitt fosterhjem, et stykke fra foreldrene. Avstandene var en hindring for lett og regelmessig samvær. Fosterhjems plasseringen var utilstrekkelig begrunnet, og dermed uforholdsmessig i forhold til artikkel 8.

⁵⁷ Dom 25. februar 1992, serie A nr. 226 A. Restriksjonene i samværsadgangen og i kommunikasjonen ved brev og telefon var uforholdsmessig, inngrepene var ikke forenlig med en målsetting om gjenforening av mor og barn.

⁵⁸ Dom 25. mars 1983, serie A nr. 61

⁵⁹ Se Tjomsland, Steinar: Barnevern og omsorgsovertakelse. Kapittel om "Menneskerettighetsdomstolens avgjørelser i saker om offentlig omsorgsovertakelse av barn" s.78.

bør foretas, og at dommene som stadfester dette tolkningsprinsippet bør gis mindre vekt i barnevernsaker.

4.1.3 EMK artikkel 8 nr. 2

Unntaket i artikkel 8 nr. 2 forutsetter at inngrepet er i samsvar med loven, har ett eller flere formål som nevnt i nr. 2 og er nødvendig i et demokratisk samfunn.

4.1.3.1 “I samsvar med loven”

Begrepet “i samsvar med loven” krever at inngrepet må ha hjemmel i nasjonal lovgivning, og i tillegg stilles det krav til regelens kvalitet. I saken Eriksson mot Sverige stiller EMD opp noen retningslinjer i forhold til lovens kvalitet.⁶⁰ I de fleste barnevernsaker som har vært behandlet av EMD har inngrepet vært i samsvar med nasjonal lov, se blant annet Eriksson, Rieme⁶¹ og Andersson⁶² mot Sverige. Når Adele Johansen saken var oppe for EMD ble saken prøvet etter barnevernloven av 1953. EMD kom frem til at denne loven tilfredstilte de krav som fulgte av EMK.

4.1.3.2 “Rettmessig/legitimt formål”

⁶⁰ Dom 22. juni 1989, serie A nr. 156. Sverige påberope seg i denne saken sedvane som hjemmel. EMD uttalte at lovregelen må være tilstrekkelig presis, og rammen for skjønn må fremgå såpass klart at det gir tilstrekkelig beskyttelse mot vilkårlig inngrep fra myndighetenes side. Kravet til lovhjemmel var ikke oppfylt i denne saken.

⁶¹ Dom 22. april 1992, serie A nr. 226 B. EMD uttalte i denne saken at loven benyttet relativt generelle begreper, og overlot en betydelig skjønnsmyndighet til det offentlige. Men på den andre siden var det umulig å formulere loven slik at den omfattet alle situasjoner hvor flytting av barn fra fosterhjemmet kunne innebære en alvorlig fare for å skade barnet. At forarbeidene til loven gav retningslinjer, og at forvaltningsdomstolene i flere instanser kunne overprøve vedtaket ble ansett som tilstrekkelig rammer for skjønnet.

⁶² I Andersson saken kom EMD også frem til at vedtaket var i samsvar med loven. Dette til tross for at lovens ordlyd trakk i retning av at myndighetene kun hadde adgang til å begrense samvær, og ikke fatte vedtak om forbud mot samvær. EMD la også her avgjørende vekt på forarbeidene, og svensk rettspraksis som gav klare retningslinjer for skjønnet. EMD tolker altså ikke lovskravet spesielt strengt. På grunn av vanskelighetene med å utforme lover som er gode og som ikke inneholder elementer av skjønn, godtas det at hjemmelen ikke er helt presist formulert.

Det er lagt til grunn av EMD at formål som beskytter barnets rettigheter og helse kan berettigede et inngrep i retten for familielivet, se bl.a. Olsson mot Sverige premiss 64-69.

I praksis er dette ikke et problem. Til nå foreligger det ingen brudd på dette vilkåret i artikkel 8 nr. 2. Det vil si at det offentliges inngrep i barnevernsaker er blitt foretatt ut fra rettmessige og legitime formål.

4.1.3.3 “Nødvendig i et demokratisk samfunn”

Ifølge praksis fra EMD ligger det i nødvendighetskravet at ”the interference corresponds to a pressing social need and, in particular, that it is proportionate to the legitimate aim pursued”⁶³. Det legitime formålet, som her vil være å unngå at barn vokser opp i fosterhjem, må i det enkelte tilfellet ha nedfelt seg i et påtrengende sosialt behov. Dette innebærer at samfunnsmessige hensyn må være tilstede. I tillegg må det foreligge en viss forholdsmessighet mellom inngrepet og inngrepets formål.

EMD har fastslått at statene har en viss skjønnsmargin med hensyn til hvordan konvensjonen skal forstås, jfr. EMDs vurderinger om ”margin of appreciation”. Skjønnsmarginen vil variere etter hvilke interesser saken berører, og hvor alvorlig inngrepet er⁶⁴.

Det må legges en objektiv standard til grunn når en skal avgjøre om tiltaket er nødvendig⁶⁵. EMD har gjennom flere avgjørelser fastslått at nødvendighetskravet må ha relevante og tilstrekkelige grunner⁶⁶.

Saksbehandlingen inngår som en del av nødvendighetsvurderingen, men kan også utgjøre et selvstendig brudd på artikkel 8. Foreldrene skal få adgang til å ivareta sine rettigheter, og kunne benytte seg av sine overprøvmuligheter⁶⁷. Om kravet til

⁶³ Dom 8.juli 1987, A 121 A, premiss 60 b.

⁶⁴ Mer om dette i 1.2.

⁶⁵ Se Olsson mot Sverige (1), premiss 82.

⁶⁶ Se bl.a. Adele Johansen mot Norge, premiss 64.

⁶⁷ Se P., C. og S mot Storbritannia hvor mangelen på juridisk bistand under rettsforhandlingene utgjorde brudd på artikkel 8. I denne saken ble det også konstatert krenkelse av artikkel 6 nr. 1.

deltakelse i beslutningsprosessen behandles bl.a. i *W. mot Storbritannia*⁶⁸. I enkelte tilfeller kan foreldrenes deltakelse i avgjørelsesprosessen være umulig eller uhensiktsmessig. I *K. og T. mot Finland* er psykisk sykdom grunnen til dette. Det kan også tenkes andre situasjoner hvor dette kravet ikke kan oppfylles, for eksempel fysisk sykdom, at foreldrene er forsvunnet eller at det foreligger en krisesituasjon. Også tidsforløpet kan være en krenkelse av respekten for familielivet⁶⁹. På grunn av vedtakets vidtgående konsekvenser er det viktig å ivareta foreldrenes prosessuelle rettigheter.

4.2 Nærmere om praksis fra den europeiske menneskerettsdomstol

En sentral avgjørelse er *Adele Johansen mot Norge*. Saken dreide seg om fratakelse av omsorg like etter fødsel, og deretter fratakelse av foreldremyndighet med sikte på adopsjon da barnet var seks måneder gammelt. Kommisjonen og den norske stat brakte saken inn for EMD våren 1995. EMD kom frem til at barnevernets vedtak om samværsbegrensninger og fratakelse av foreldreansvaret krenket artikkel 8. Dommen ble avsagt 7. august 1996.

Det var klart at det forelå et inngrep i retten til privatliv. Det var skjedd i samsvar med lov, og vedtaket ivaretok legitime hensyn. Vedtaket var fattet på bakgrunn av datterens helse, og hennes rettigheter og friheter. Ved nødvendighetsvurderingen uttalte domstolen prinsipielt at det var delte oppfatninger innenfor Europarådets medlemsland om hensiktsmessigheten av at det offentlige griper inn i foreldrenes omsorg. Dette hadde bakgrunn i ulike tradisjoner, familiens rolle og tilgjengelige ressurser. Dette er fører til at statene må ha en skjønnsmargin. Myndighetenes skjønnsmargin varierer etter hvor alvorlig inngrepet er. Tvangsadopsjon hindrer en rettmessig adgang til samvær

⁶⁸ Storbritannia ble dømt for krenkelse av artikkel 8 fordi foreldrene ikke hadde vært tilstrekkelig involvert i beslutningsprosessene. I *Buchberger mot Storbritannia* ble det også konstatert en krenkelse av artikkel 8, da moren ikke var gitt anledning til å forsvare seg i forhold til det nye materialet og av den grunn ikke ble i tilstrekkelig grad involvert i beslutningsprosessen.

⁶⁹ I både *H og W mot Storbritannia* var tidsforløpet et relevant moment. Sjansene for gjenforening reduseres ofte etter hvert hvor barnet knytter seg til sitt nye miljø. En forsinkelse kan dermed svekke klagerens stilling.

mellom barn og foreldrene. Prøvingsintensiteten er av denne grunn mer inngående.

Utgangspunktet for EMD er at en omsorgsovertakelse skal anses som et midlertidig tiltak. Målsetningen er gjenforening mellom barn og biologiske foreldre. I følge EMD skal det foretas en rimelig avveining, jfr. “a fair balance has to be struck”. En må da vurdere barnets interesser i fortsatt å være under offentlig omsorg, og foreldrenes interesser i å bli gjenforent med barnet. Den norske stat hevdet at en “fair balance” vurdering måtte fravikes i saker som dette, og at det måtte legges avgjørende vekt på barnets beste. EMD fastholdt prinsippet, men uttalte at en skulle vektlegge barnets beste og at foreldrene ikke har en rett til tiltak som vil skade barnets helse og utvikling. Av dette burde det være forsvarlig å slutte at gjenforeningsmålet kan oppgis der gjenforening vil være til skade for barnet. Slik er også EMDs uttalelse tolket av mindretallet i Rt.2001 s.14. Flertallet angrep saken litt annerledes og gikk direkte på adopsjonsspørsmålet.

De grunnene som ble anført for å frata foreldreansvaret med tanke på adopsjon var relevante. Men EMD var av den oppfatning av grunnene ikke var tilstrekkelige. Moren hadde hatt samvær med barnet to ganger i uken, og livssituasjonen hadde endret seg til det bedre. Norge begrunnet er samarbeid med klageren som usannsynlig på grunn av dårlige erfaringene fra et tidligere forhold. EMD var av den oppfatning at dette ikke var en tilstrekkelig begrunnelse for at myndighetene kunne fritas fra sin plikt til å arbeide for gjenforening.

P, C og S mot Storbritannia gjaldt også omsorgsovertakelse av et spedbarn, og frigjøring for adopsjon. Også her er det nødvendighetskriteriet som tas opp. EMD kom frem til at omsorgsovertakelsen rett etter fødselen ikke var støttet av relevante og tilstrekkelige grunner. De var enige i at det forelå en risiko for barnet, men mente at den ikke var av livstruende art. De mente videre at det burde vært redegjort for andre mindre inngripende tiltak som kunne ha beskyttet barnet tilstrekkelig. Foreldrenes og barnets rettigheter var etter EMK artikkel 8 krenket ytterligere fordi de ikke hadde fått en rettferdig og effektiv høring. På grunn av mangel på juridisk bistand ble det også konstatert en krenkelse av artikkel 6 nr.1. Staten understreket at selv om moren hadde fått juridisk bistand, ville resultatet i saken ikke blitt annerledes. EMD fant at dette ikke

kunne være avgjørende, da dette ville frata artikkel 6 dets substans.

Til nå har EMD ikke godkjent en tvangsadopsjon, men det åpnes for at det eksisterer en slik adgang. Hovedbegrunnelsen for at adopsjon, i de to sakene som har vært behandlet til nå, ble ansett for å være i strid med konvensjonen, er at statene ikke i tilstrekkelig grad har redegjort for andre mindre inngripende tiltak. Tvangsadopsjon griper inn i selve kjernen av artikkel 8 om retten til familieliv, og av den grunn stilles det strenge prosessuelle og materielle krav.

4.3 Er nasjonal lovgivning og rettspraksis i overensstemmelse med EMK artikkel 8?

Det følger av menneskerettsloven §3 at EMK vil gå foran norsk lov. En eventuell motstrid mellom nasjonal lovgivning og EMK vil av den grunn ikke innebære noen brudd på konvensjonen. Det som eventuelt kan kritiseres er at det norske regelverket ikke er i harmoni.

Det er flere omstendigheter som indikerer at norsk rett ikke er helt i samsvar med våre forpliktelser etter EMK. For det første er bestemmelsene utformet forskjellige. For det andre er regelverkene ulike ved at de har noe forskjellig formål, og bygger på ulike syn og tilnærminger⁷⁰. EMK er særlig utformet med tanke på å hindre statene i å begå overgrep mot borgerne, mens norsk rett i barnevernsaker ikke har dette utgangspunktet. For det tredje har domstolsorganene kommet frem til ulike resultater.

Det norske lovverket bygger bare delvis på et utilitaristisk syn. Med dette mener jeg at målet er ikke å finne en løsning som oppnår et best mulig resultat for alle involverte, men bare for barnet. EMK har på den andre siden en mer rettighetsbasert tilnærming. Retten til respekt for familielivet er basert på en naturgitt rettighet, som i seg selv anses som fundamental. Retten i seg selv er det sentrale. Hva slags konsekvenser utøvelse av denne retten kan få for andre, er ikke det sentrale i en rettighetsbasert tilnærming.

⁷⁰ Se artikkelen av Shazia Choudhry. "The Adoption and Children Act 2002, the welfare principle and the Human Rights Act 1998 - a missed opportunity".

EMK artikkel 8 angir retten til familieliv. Selve utformingen av bestemmelsen tilsier at alle familiemedlemmene har rettigheter på lik linje. Barnets beste er ikke utformet som en retningslinje for utøvelsen av denne bestemmelsen. EMD har lagt til grunn at målet i barnevernsaker er gjenforening, og at foreldrene har rett til samvær. Dette er noe av kjernen i artikkel 8 om retten til familieliv. Dersom de nasjonale myndighetene skal gripe inn i denne grunnleggende retten, må det være klart inngrepet er nødvendig og proporsjonal i forhold til artikkel 8 (2).

Vår nasjonale lovgivning har et noe annet utgangspunkt. I alle saker som vedrører barn skal barnets beste stå i sentrum. Etter norsk regelverk har foreldre og barn også rett til samvær med hverandre, og loven bygger på at samvær mellom barn og foreldre er et gode. Det er imidlertid slik at samvær ikke alltid vil være til barnets beste. Dette er i barnevernsaker tatt høyde for i §4-19 annet ledd. Fylkesnemnda skal ved omsorgsovertakelse alltid ta standpunkt til omfanget av samværet. Dersom det skulle vise seg at samvær ikke er et gode for barnet i den konkrete saken, vil samværet kunne begrenses eller utelates. Den ulike tilnærmingen til artikkel 8 og bvl. §4-20 kan medfører den faktiske konsekvens at beviskravene blir noe forskjellige. Det kan se ut til at §4-19 krever mindre bevis for å nekte samvær enn artikkel 8 som krever at inngrepet er nødvendig i et demokratisk samfunn. Det norske regelverk tar utgangspunkt i barnets beste, og spørsmålet avgjøres ut i fra den bevismessige tilstanden. EMK tar en mer normativ stilling til saken. Er den tenkelige skaden som samværet vil påføre barnet tilstrekkelig for at kravet til nødvendighet er oppfylt.

At reglene i EMK har en annen tilnærming enn de norske reglene kommer blant annet frem i selve formuleringen av artikkel 8. Ifølge ordlyden har alle i familien krav på familieliv, det går ikke frem at barnets beste skal være overordnet. Hver av familiemedlemmenes krav på respekt for privatlivet skal etter dette vektlegges likt. Det er ikke før nødvendighetskravet i 8 (2) b at barnets beste blir relevant.

Praksis illustrerer også denne forskjellen. I saker vedrørende artikkel 8 (2) tar EMD alltid utgangspunkt at i de saker det eksisterer et familieliv vil hver og en av familiemedlemmene ha krav på respekt for familielivet. I de tilfeller hvor

familiemedlemmene har motstridene interesser, vil EMD foreta en nødvendighetsvurdering og først på dette tidspunkt blir barnets beste relevant.

Adopsjon uten foreldrenes samtykke griper uten tvil inn i foreldrenes rettigheter under artikkel 8. Dette gjelder spesielt hvis det er lukkede adopsjoner som i Norge. Det vil si adopsjoner hvor foreldrene ikke har krav på samvær. I slike saker har Strasbourg gjort dette klart at tvangsadopsjon kun skal foretas i ekstraordinære tilfeller, og hvor det kan rettferdiggjøres hvis de er motivert av et dominerende hensyn til barnets beste.

I saken P, C og S mot Storbritannia gikk saken ut på å flytte barnet kort tid etter fødselen for senere å klargjøre for adopsjon. Grunnene ble ikke ansett å være tilstrekkelige i vurderingen om inngrepet var nødvendig i et demokratisk samfunn.

Praksis fra Høyesterett kan imidlertid tyde på at adgangen til å foreta tvangsadopsjon er blitt skjerpet etter Adele Johansen saken, og mulig også etter annen praksis fra EMD. EMDs uttalelser i Adele Johansen saken premiss 78:

“... I denne sak har klageren blitt fratatt sitt foreldreansvar og sin rett til samvær i forbindelse med varig plassering av datteren i fosterhjem med sikt på adopsjon av fosterforeldrene (se punktene 17 og 22 ovenfor). Disse tiltakene var spesielt vidtrekkende idet de fratok klageren sitt familieliv med barnet og de var ikke i samsvar med målet om å gjenforene dem. Slike tiltak bør bare anvendes i ekstraordinære tilfeller (“exceptional circumstances”) og kan bare rettferdiggjøres hvis de er motivert av et dominerende hensyn til barnets beste (“overriding requirement to the child’s best interests”) ...”

I Rt.1997 s.534 anfører kommunen at Adele Johansen dommen ikke innebærer noen skjerpelse av betingelsene for tvangsadopsjon. Høyesterett tar ikke stilling til dette. De konkluderer imidlertid med at adopsjonssamtykke må oppheves. At Høyesterett ikke nevner dommen eller EMK artikkel 8 kan tolkes dit hen at Høyesterett mente at den norske rettstilstanden var i samsvar med EMK. Hadde flertallet kommet til at adopsjonssamtykke skulle opprettholdes, ville en drøftelse av forholdet til EMK antakelig vært påkrevet.

I Rt.2001 s.14 ble forholdet til EMK og praksis i EMD drøftet. Dette er den første høyesterettsdommen vedrørende tvangsadopsjon etter inkorporasjonen. Både flertallet

og mindretallet gir uttrykk for at kravene som følger av artikkel 8 må være oppfylt for at adopsjonssamtykke skal kunne gis. Flertallet trekker kravet til ekstraordinære omstendigheter inn i forståelsen av kravet om sterke grunner i norsk rett. Samtykke til adopsjon etter bvl. §4-20 har dermed blitt skjerpet.

Mindretallet gjør det noe annerledes. De konkluderer først med at kravene etter barnevernloven er oppfylt, for deretter å drøfte vilkårene etter artikkel 8. Mindretallet i denne dommen kommer med en interessant og snever tolkning kravet til ekstraordinære tilfeller. De henviser til premiss 78 i Adele Johansen saken hvor EMD oppgir målet om gjenforening i de saker hvor dette vil skade barnets helse og utvikling. Videre henviser de til premiss 78 annet ledd som krever at tiltak som benyttes skal være i samsvar med målet om gjenforening, og tiltak som fratrar foreldrenes rett til familieliv bare bør anvendes i ekstraordinære tilfeller. I de saker hvor gjenforening ikke er noe mål, mener mindretallet at det ikke er nødvendig å tilfredsstille kravet til ekstraordinære tilfeller.

Jeg synes synspunktet til mindretallet når det gjelder å oppgi gjenforeningsmålet er interessant, og det hadde vært spennende å se hvordan EMD hadde tatt stilling til denne argumentasjonen.

Flertallet gav uttrykk for at generelle erfaringssetninger talte for adopsjon, men at vurderingen i slike saker skal være konkret. I forhold til flertallets drøftelse av generelle erfaringssetninger kan dette standpunktet ikke utledes av Adele Johansen saken. Om det foreligger "et dominerende hensyn til barnets beste" kan ikke innebære at generelle betraktninger ikke skal kunne legges til grunn. Om betraktningene slår til i enkelttilfellet må de kunne vektlegges. Styrken av disse ville være avgjørende i forhold til om det er nødvendig med individuelle forhold utover dette. Mindretallet la mer vekt på de generelle erfaringssetningene, og mente det ikke kunne stilles opp enda flere konkrete momenter enn de som var kommet frem.

En må kunne konkludere etter dette at norsk praksis er i samsvar med EMD.

Som en oppsummering vil EMD prøve å finne en rettferdig balanse mellom hver og enkelt av familiemedlemmene i lys av individuelle forhold i saken, og de nasjonale

myndighetenes skjønnsmargin. Dette er noe ulikt det norske regelverk som bygger på at det er barnets beste som skal stå i sentrum. Dersom EMD kommer til at hensynet til barnets beste skal gå foran, er det etter en vurdering hvor hensynene til alle de innblandede er foretatt og vektlagt. Domstolen legger spesielt vekt på hva som er best for barnet, og dette kan føre til at foreldrenes interesser må settes til side. Poenget er at denne vurderingen er knyttet opp til arten og alvoret i barnets interesser, slik at en hvilken som helst interesse fra barnets side ikke vil være utslagsgivende⁷¹. I Adele Johansen saken ble det fastslått at foreldrene uansett ikke kan kreve tiltak som vil skade barnets helse og utvikling.

Jeg er kritisk til EMD når det gjelder foreldrenes sterke rett til gjenforening. Konsekvensen av en slik praksis vil medføre at barn i mange år lever i uvisshet med hensyn til sin fremtidige bosituasjon. Gjennomgående har EMD en mer foreldrevennlig holdning enn norsk barnevernlov. Disse ulike holdningene kan begrunnes ut fra de store nasjonale forskjellene som finnes innen Europa i forhold til familieband og forholdet mellom barn og foreldre. Dette kommer uttrykkelig frem i Adele Johansen saken. Kanskje bør de ulike familiesynene, spesielt de som åpner for en økende prioritering av barns interesser, trekkes sterkere inn i tolkningen av nødvendighetskriteriet med hensyn til hvor vid skjønnsmarginen bør være. Dette vil være i samsvar med barnekonvensjonen. Jeg er enig med Kirsten Sandberg som uttaler at hun vanskelig kan se at EMD har grunn til å slå ned på et familiesyn som prioriterer barnet.

4.4 Har barnekonvensjonen påvirket EMDs tolkning av EMK?

Norge har inkorporert FNs barnekonvensjon, og er derfor bundet av de krav den stiller til norsk rett. Betydningen av FNs barnekonvensjon er av økende betydning, da EMD i flere saker har henvist til barnekonvensjonen⁷². Nå har de to konvensjonene en noe forskjellig tilnærming, og et noe annet virkefelt. EMK har som utgangspunkt at den skal sikre borgerne mot overgrep fra staten, mens barnekonvensjonen har som formål å

⁷¹ Se Sandberg, Kirsten: Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse, s.164.

⁷² Se Ursula Kilkelly i Deirdre Fottrell (ed.): Revisiting Children's Rights, Kluwer Law International 2000, kapittel 6.

fremme barnets interesser

EMD har henvist til barnekonvensjonen i barnesaker siden konvensjonen trådte i kraft i 1990⁷³. Barnekonvensjonens påvirkning av tolkningen av EMK artikkel 8 har medført at praksis på dette rettsområdet kanskje har fått et mer barnevennlig preg⁷⁴. Kilkelly ser to ulike faktorer som forklaring på dette. For det første den generelle utformingen av EMK gjør det enklere å supplere med spesielle hensyn, som behov og rettigheter for barn. Artikkel 8 (1) inneholder for eksempel retten til privat- og familieliv. Denne retten har imidlertid også blitt oppfattet som en rett som beskytter retten til fysisk integritet⁷⁵ og retten til et sunt oppvekstmiljø⁷⁶. For det andre har den dynamiske tolkningen som EMD har benyttet seg av for å være i tiden med sosiale og juridiske forhold, også åpnet for å benytte andre konvensjoner i sin tolkning av EMK⁷⁷. Denne utviklingen kan sees i avgjørelser fattet av EMD i senere tid.

Hensynet til barnets beste kommer frem i Olsson mot Sverige nr. 2:

“the interests, as well as the rights and freedoms of all concerned, must be taken into account, *notably* the children’s best interests and their rights under Article 8 of the convention.”

I Hokkanen mot Finland⁷⁸ går EMD noe lenger:

“the interests as well as the rights and freedoms of all concerned must be taken into account *and more particularly* the best interests of the child ... Where contacts with the parent might appear to threaten those interests or interfere with those rights, it is for the national authorities to strike a fair balance between them.”

⁷³ Se for eksempel Keegan mot Irland (1994) hvor domstolen refererer spesielt til artikkel 7, som tar for seg barnets rett til å kjenne samt rett til å få bli tatt vare på av sine foreldre.

⁷⁴ Se Ursula Kilkelly, *The Best of Both Worlds for Children’s Rights?* Hvor hun tolker EMK i lys av barnekonvensjonen, 2001, 23 *Human Rights Quarterly* 308.

⁷⁵ Se X og Y mot Nederland, A 91 (1985)

⁷⁶ Se Lopez Ostra mot Spania, A 303 C (1994)

⁷⁷ Choudhry, Shazia: *The Adoption and Children Act 2002, the welfare principle and the Human Rights Act 1998 - a missed opportunity?* s. 129

⁷⁸ Se Hokkanen mot Finland, A 299-A (1994)

I begge disse sakene var EMD enige i vurderingene til de nasjonale myndighetene om at en ikke kunne tvinge et barn til å gjenforenes med sine biologiske foreldre, dersom dette var mot barnets interesser og vilje, fordi dette ikke ville være i samsvar med barnets rettigheter etter barnekonvensjonen artikkel 3.

I Johansen mot Norge uttalte EMD:

“a fair balance has to be struck between the interests of the child in remaining in public care and those of the parent in being reunited with the child. In carrying out this balancing exercise, the court will attach particular importance to the best interests of the child, which, depending on their nature and seriousness, may override those of the parent.”

Videre i dommen uttaler EMD eksplisitt at foreldrenes interesser ikke kan gå på bekostning av barnets helse og utvikling:

“In particular ... the parent cannot be entitled under Article 8 ... to have such measures taken as would harm the child’s health and development”

I L mot Finland⁷⁹ uttale EMD:

“the consideration of what is in the best interests of the child were of crucial importance”

Dette er en noe sterkere ordbruk i favør av barnet, sammenlignet med de tidligere dommene.

I Elsholz mot Tyskland⁸⁰ ble det igjen vektlagt at det måtte foretas en vurdering av barnets beste og foreldrene. Her legges det til grunn at barnets interesser kan gå foran interessene til foreldrene. Vurderingen må da knyttes opp mot sakens alvorlighetsgrad.

Av dommen fremgår det:

“that in doing so particular importance must be attached to the best interests of the child which depending upon their nature and seriousness, may override those of the parent.”

Når en tar i betraktning EMDs tilnærming til barnsakene, kan en vanskelig utlede at de har som utgangspunkt at barnets beste skal være av overordnet betydning. Et slikt rettslig standpunkt forutsetter at dersom det finnes ulike løsninger, og en løsning vil

⁷⁹ Se L. mot Finland, 27.04.2000

⁸⁰ Se Elsholz mot Tyskland, 13.07.2000

være noe bedre for barnet enn de andre, så er det denne løsningen som skal velges⁸¹. Dette er ikke i samsvar med avgjørelser fra EMD som forutsetter en avveining av de ulike interessene. Denne vurderingsmåten er nylig blitt gjentatt i P., C. og S. mot Storbritannia i 2002:

“As regards the extreme step of severing all parental links with a child ... such a measure ... could only be justified in exceptional circumstances or by the overriding requirement of the child’s best interest. That approach however may not apply in all contexts, depending on the nature of the parent-child relationship.”

Nå nylig har EMD henvist til barnets beste som det overordnede hensyn. Denne dommen skiller seg ut i forhold til de tidligere sakene, hvor forholdet mellom barnet og foreldrene har blitt drøftet. I Yousef mot Nederland⁸² går det frem av premiss 73:

“...the court reiterates that in judicial decisions where the rights under Art 8 of parents and those of a child are at stake, the child’s rights must be the paramount consideration. If any balancing of interests is necessary, the interests of the child must prevail (see *Elsholz v Germany* ... and *TP and KM v United Kingdom*) ... This applies also in cases such as the present.”

Det er vanskelig å ta stilling til om denne uttalelsen representerer en kursendring. Dommens bruk av ordet “reiterates” vil si å gjenta noe, og jeg kan ikke se at EMD har gått så langt i å ta hensyn til barnets beste tidligere. Dette taler for at domstolen ikke har endret standpunkt i den materielle delen, men på den andre siden uttaler de at “the child's rights be the paramount consideration” som vil si at barnets beste skal være signifikant, eller av overordnet betydning. I verken *Elsholz mot Tyskland* eller *TP og KM mot Storbritannia* henviser EMD til barnets beste som det absolutt viktigste hensynet. Presedensdoktrinen i EMD er av tilsvarende karakter som ved norsk rett. EMD henviser mye til tidligere avgjørelser, som illustrerer at de er opptatt av en konsekvent og forutsigbar rettspraksis. Det er vanskelig å si om denne dommen medfører en klar endring i vurderingen av barnets beste i barnesaker, eller om domstolen har gått litt langt i sine uttalelser. En slik endring kan først bli etablert

⁸¹ FNs barnekonvensjon åpner for at det finnes interesser som har like stor eller større berettigelse enn barnets interesser. Men av påbudet i artikkel 3 fremgår det at barnets beste skal komme *i første rekke* ved alle handlinger som gjelder barnet. En slik konsekvent holdning til barnesaker kan vanskelig leses ut fra EMDs praksis.

⁸² Se *Yousef mot Nederland*, 05.02.2003. Saken omhandler foreldreansvar og samværsrett.

dersom EMD velger å holde seg til denne formuleringen og tolkningen i senere praksis.

En må kunne konkludere med at FNs barnekonvensjons artikkel 3 om barnets beste er en tolkningsfaktor for EMD. Hvor langt EMD vil gå i å vektlegge barnets interesser er enda noe vanskelig å si. Det er imidlertid helt sikkert at barnekonvensjonen har hatt en heldig påvirkning for barns rettslige stilling etter EMK. Denne utviklingen er svært heldig, og vil være med på å sikre og promotere barns rettigheter.

6 Avsluttende kommentarer

Tvangsadopsjon er et særdeles vanskelig tema. En av grunnene til dette er de sterke motstridende interessene mellom foreldre og barn. Etter min mening er det veldig viktig å ha en *realistisk* tilnærming til temaet. En må innse at alternativet til tvangsadopsjon i de fleste tilfellene vil være varige fosterhjems plasseringer. Med de usikkerhetsmomentene slik plassering innebærer med hensyn til barnets behov for stabilitet, vil adopsjon helt klart være å foretrekke.

Lovens hovedmålsetting er selvsagt at barn skal vokse opp i sine egne familier. Dersom barnevernet må gripe inn og plassere barnet utenfor hjemmet, skal barnevernet bestrebe seg på å få barnet tilbakeført så fort som mulig. Men hvis en slik tilbakeføring ikke er mulig på lang sikt, er mulighetene for at barna vokser opp i fosterhjem store. Forskning har dokumentert ustabile oppvekstvilkår for barn under offentlig omsorg⁸³. Dette er helt klart uheldig. Hvordan barn kan sikres stabile oppvekstvilkår har vært drøftet over tid. “Permanency planning” i USA var en bevegelse som oppstod på slutten av 1950 tallet. Denne tankegangen gikk ut på at hvis det ikke var mulig å tilbakeføre barnet til de biologiske foreldrene etter en stund, skulle barnet skaffes en alternativ familie for livet. Dette er i samsvar med tidligere forskning som viser at barn som blir adoptert klarer seg bedre enn barn som er oppvokst i fosterhjem. Dette kan tyde på at fosterhjems plasseringens uvisshet om fremtiden og fosterforeldrenes uklar status skaper en *betydelig* utrygghet for barnet. Dette kan i ettertid medføre store problemer og vanskeligheter.

Jeg ser at adopsjon mot foreldrenes vilje er et svært inngripende vedtak, og at vedtaket bryter med lovens biologiske utgangspunkt. Men de ovennevnte hensyn er etter min mening av så stor betydning at de må få avgjørende vekt. Jeg er enig i at kontinuitet i barnets liv er viktig, men dette kan ivaretas på ulike måter. En måte å ivareta dette hensynet er å gi informasjon om barnets biologiske opphav. Loven bygger på det verdisyn at kontakt med de biologiske foreldrene er til det beste for barnet. I

⁸³ Mer om disse forskningsresultatene i Svensson 1981 og Backe-Hansen 1982, Bohman & Sigvardssons 1980.

psykologien går imidlertid teoriene om samvær ved langsiktige fosterhjems plasseringer i ulike retninger. Det er dermed vanskelig å trekke slutninger på vitenskapelig grunnlag når det gjelder *verdien* av samvær for barn ved slike plasseringer. At vår barnevernlovgivning fortsatt inneholder en presumsjon om at samvær vil være til det beste for barnet, bygger dermed etter min mening på et foreldet og uriktig kunnskapsfundament.

Dersom det overhodet skal være noe samvær mellom barnet og de biologiske foreldrene etter en adopsjon, bør denne adgangen ikke være lovfestet. Dette er i samsvar med rettstilstanden i Norge i dag. Adoptivforeldrene bør avgjøre om det skal være samvær, og eventuelt hvor mye. De kjenner barnet, og har de beste forutsetningene for å treffe en god og riktig avgjørelse for barnet. Det er viktig å understreke at når barnet blir 18 år kan det selv gjøre seg opp en mening og ta en selvstendig beslutning, om hva slags forhold de ønsker til sine biologiske foreldre. Muligheten for kontakt med de biologiske foreldrene når barnet er blitt voksent ivaretar, etter min mening, i tilstrekkelig grad hensynet til gjenforening.

Bortsett fra at den nasjonale lovgivningen i for stor grad vektlegger det biologiske prinsipp, er mange av mine betraktninger i samsvar med den tidligere rettstilstanden i Norge. Noen endring av nasjonal lovgivning er av den grunn ikke nødvendig. Inkorporeringen av EMK har imidlertid medført en svekkelse av barns rettslige stilling. Høyesteretts restriktive praksis vedrørende tvangsadopsjon de senere årene skyldes helt klart EMK.

Etter min mening er det en mulighet for at Høyesterett har vært *for* restriktive. I Adele Johansen saken åpnet EMD for at det forelå en adgang til å tvangsadoptere. Dersom det ikke skal være mulig å tvangsadoptere i saker som Rt.1997 s.534 og Rt.2001 s.14, kan jeg vanskelig se situasjoner hvor tvangsadopsjon i det hele tatt er mulig. Flertallet i Rt.2001 s.14 har etter min mening vært for forsiktige i sin tolkning av EMK. De har lagt et unødvendig bånd på norsk domstolspraksis. Flertallets tolkning er i samsvar med EMD, men spørsmålet er om EMD ville ha godkjent mindretallets vurderinger. I slike saker hvor vesentlige interesser står på spill må vi forsøke å synliggjøre norske rettsverdier for EMD. Norge må kunne legge disse verddivurderingene til grunn inntil de

eventuelt måtte bli underkjent.

I utgangspunktet er jeg selvfølgelig en forkjemper for en styrking av menneskerettigheter, men på akkurat dette rettsområdet svekker EMK barnets rettslige stilling. Fremover håper jeg EMD vil være mer åpne for å godta en rettsstilling som prioriterer *barnet* i familiesaker. Dette vil være i samsvar med FNs barnekonvensjon, og samfunnsutviklingen ellers når det gjelder barns rettigheter.

Et mål bør være å sikre at barn rettslig sett er godt beskyttet, da de ikke har mulighet til å beskytte seg selv.

7 Kilder

Litteratur

Bratholm, Anders: Strafferett og samfunn, Oslo 1980.

Eckhoff, Torstein: Rettskildelære 4. utgave ved Jan E. Helgesen, Oslo 1997

Fottrell, Deirdre: Revisiting Children's Rights, Kluwer Law International 2000

Grøslund, Anne Margrete for Redd Barna: Barnekonvensjonen- rettigheter for barn i Norge, Oslo 1993

Haugli, Trude: Samværsrett i barnevernssaker, Oslo 2000

Hognestad, Marianne og Steenberg, Knut R.: Adopsjonsloven kommentarutgave, Oslo 2000

Holgensen, Gudrun og Tellefsen, Marianne: Barnet og loven, Oslo 1999

Kjønstad, Asbjørn: Barnevern, fylkesnemnder og rettssikkerhet, Oslo 2002

Lindboe, Knut: Barnevernrett 3. utgave, Oslo 1997

Müller, Sigurd: Den europeiske menneskerettskonvensjon i Høyesterett, Oslo 2002

Møse, Erik: Menneskerettigheter, Oslo 2002

Ofstad, Kari og Skar, Randi: Barnevernloven med kommentarer, Oslo 1999

Oppedal, Mons, Sandberg, Kirsten og Syse, Aslak: Barnevernet og barnevernloven, Oslo 1994

Opsahl, Torkel: Internasjonale menneskerettigheter, Oslo 1996

Rækken, Rune H. for Foreningen 2 Foreldre: Menneskerettighetene og barneloven, Oslo 1999

Sandberg, Kirsten: Barnets beste, Oslo 1990

Sandberg, Kirsten: Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse, Oslo 2003

Tjomsland, Steinar: Barnevern og omsorgsovertakelse, Oslo 2002

Artikler

Backe-Hanssen, E.: Når fosterhjems plassering ender med utilsiktet flytting. Hvorfor skjer det, og hvordan kunne de vært unngått? Rapport nr.1 NOVAs senter for klinisk psykologisk forskning. Oslo 1982.

Bohman, M. og Sigvardsson, S.: A prospective longitudinal study of adoption, Oslo 1985.

Bunkholdt, V.: Kontakten mellom barn i fosterhjem og deres biologiske familie. Fosterhjemskontakt 3, 25-47. 1986

Bratholm, Anders: FNs konvensjon om barns rettigheter og konsekvensene for Norge, Lov og Rett, 1993

Choudhry, Shazia: The Adoption and Children Act 2002, the welfare principle and the Human Rights Act 1998 - a missed opportunity?

Goldstein, J., Freud, A. og Solmit, I. A.: Beyond the best interests of the child. Free press. New York, 1979.

Lauritsen, Lena Renate: Samvær mellom biologiske foreldre og barn etter en tvangsadopsjon, Hefte for Kritisk Juss 2000 (27), s.207 flg

Smith, Carsten: Fra menneskerettsloven til grunnlovsfesting av menneskerettigheter, Juristkontakt årgang 36, nr. 5 (2002)

Smith, Lucy: Barn, foreldre og menneskerettigheter, Jussens venner, hefte 3 – 1991

Svensson, N. P.: Barn uten tilhørighet. Om barnevern og stoffmisbruk. Universitetsforlaget.

Domsregister

Rt. 1982 s. 1687

Rt. 1985 s. 344

Rt. 1987 s. 52

Rt. 1990 s.657

Rt. 1990 s. 1274

Rt. 1991 s. 557

Rt. 1992 s. 306

Rt. 1994 s. 805

Rt. 1994 s.1545

Rt. 1995 s. 85

Rt. 1997 s. 534

Rt. 2001 s. 14

Rt. 2002 s. 557

Rt. 2002 s. 764

Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD)

(Avgjørelser fra EMD finnes på <http://www.echr.coe.int/Eng/Judgements.htm>)

Marckx mot Belgia, A 31 (1979)
Silver mfl. mot Storbritannia, A 61 (1983)
X. og Y. mot Nederland, A 91 (1985)
W. mot Storbritannia, A 121 A (1987)
H. mot Storbritannia, A 120 B (1987)
Olsson mot Sverige, nr. 1, A 130 (1988)
Eriksson mot Sverige, A 156 (1989)
Andersson mot Sverige, A 212-B (1991)
Rieme mot Sverige, A 226-B (1992)
Olsson mot Sverige, nr. 2, A 250 (1992)
Keegan mot Irland, A 290 (1994)
Lopez Ostra mot Spania, A 303 C (1994)
Hokkanen mot Finland, A 299-A (1994)
McMichael mot Storbritannia, A 307-B (1995)
Adele Johansen mot Norge, RJD 1996 s.979
L. mot Finland, 27.04.2000
Elsholz mot Tyskland, 13.07.2000
T.P. og K.M. mot Storbritannia, 10.05.2001
K. og T. mot Finland, 12.07.2001
Buchberger mot Østerrike, 20.12.2001
P., C. og S. mot Storbritannia, 16.07.2002
Yousef mot Nederland, 05.02.2003

Lover

Lov 17. mai 1814 Kongeriget Norges Grundlov, given i Rigsforsamlingen paa Eidsvold
(Grunnloven, GrI.)

Lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barneloven, bl.)
Lov 28. februar 1986 nr. 8 om adopsjon (adopsjonsloven, adl)
Lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester (barnevernloven, bvl.)
Lov 21. mai 1999 nr. 30 om menneskerettighetenes stilling i norsk rett
(menneskerettsloven, mrl.)

Offentlige dokumenter (oppført etter utgivelse)

Ot.prp. nr. 40 (1984-1985). Om lov om adopsjon
NOU Norges offentlige utredninger 1985:18, Lov om sosiale tjenester
Ot.prp. nr. 29 (1990-1991). Om lov om sosiale tjenester.
Ot.prp. nr. 44 (1991-1992). Om lov om barneverntjenester (barnevernloven)
NOU Norges offentlige utredninger 1993:18, Lovgivning om menneskerettigheter
NOU Norges offentlige utredninger 1995:23, Barnefaglige sakkyndighetsoppgaver
NOU Norges offentlige utredninger 1995:26, Barneombud og barndom i Norge
Innst.S.nr.6 (1996-1997). Innstilling fra familie-, kultur- og administrasjonskomiteen
om barnevernet.
Ot.prp. nr. 63 (1997-1998). Om lov om endringer i lov 28 februar 1986 nr 8 om
adopsjon m.m.
Ot.prp. nr. 3 (1998-1999). Om lov om styrking av menneskerettigheter.
Innst.O.nr.51 (1998-1999). Innstilling frå justiskomiteen om lov om styrking av
menneskerettane si stilling i norsk rett (menneskerettsloven)
NOU Norges offentlige utredninger 2000:12, Barnevernet i Norge
St.meld. nr. 40 (2001-2002). Om barne- og ungdomsvernet
Innst.S.nr.121 (2002-2003). Innstilling fra familie-, kultur- og administrasjonskomiteen
om barne- og ungdomsvernet.
Ot.prp. nr. 45 (2002-2003) Om lov om endring i menneskerettsloven mv. (innarbeiding
av barnekonvensjonene i norsk lov)

Vedlegg 1

Barnevernloven

§ 4-20. *Fratakelse av foreldreansvar. Adopsjon.*

Har fylkesnemnda vedtatt å overta omsorgen for et barn, kan fylkesnemnda også vedta at foreldreansvaret i sin helhet skal fratras foreldrene. Blir foreldreansvaret fratatt foreldrene slik at barnet blir uten verge, skal fylkesnemnda snarest ta skritt til å få oppnevnt ny verge for barnet.

Når det er fattet vedtak om fratakelse av foreldreansvar kan fylkesnemnda gi samtykke til adopsjon i foreldrenes sted.

Samtykke kan gis dersom

- a) det må regnes som sannsynlig at foreldrene varig ikke vil kunne gi barnet forsvarlig omsorg eller barnet har fått slik tilknytning til mennesker og miljø der det er, at det etter en samlet vurdering kan føre til alvorlige problemer for barnet om det blir flyttet og
- b) adopsjon vil være til barnets beste og
- c) adoptivsøkerne har vært fosterforeldre for barnet og har vist seg skikket til å oppdra det som sitt eget.

Adopsjonsloven

§ 2. Adopsjonsbevilling må bare gis når det kan antas at adopsjonen vil bli til gagn for barnet. Det kreves videre at den som søker om å adoptere, enten ønsker å oppfostre barnet eller har oppfostret det, eller at det foreligger annen særlig grunn til adopsjonen.

EMK

Art 8. *Right to respect for private and family life*

1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.
2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.

Art 8. Retten til respekt for privatliv og familieliv

1. Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse.
2. Det skal ikke skje noe inngrep av offentlig myndighet i utøvelsen av denne rettighet unntatt når dette er i samsvar med loven og er nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet, offentlige trygghet eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter.

FNs barnekonvensjon

Art 3.

1. In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration.
2. States Parties undertake to ensure the child such protection and care as is necessary for his or her well-being, taking into account the rights and duties of his or her parents, legal guardians, or other individuals legally responsible for him or her, and, to this end, shall take all appropriate legislative and administrative measures.
3. States Parties shall ensure that the institutions, services and facilities responsible for the care or protection of children shall conform with the standards established by competent authorities, particularly in the areas of safety, health, in the number and suitability of their staff, as well as competent supervision.

Art 3.

1. 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.
2. Partene påtar seg å sikre barnet den beskyttelse og omsorg som er nødvendig for barnets trivsel, idet det tas hensyn til rettighetene og forpliktelsene til barnets foreldre, verger eller andre enkeltpersoner som har det juridiske ansvaret for ham eller henne, og skal treffe alle egnede, lovgivningsmessige og administrative tiltak for dette formål.
3. Partene skal sikre at de institusjoner og tjenester som har ansvaret for barns omsorg eller beskyttelse, retter seg etter de standarder som er fastsatt av de kompetente myndigheter, særlig med hensyn til sikkerhet, helse, personalets antall og kvalifikasjoner samt kvalifisert tilsyn.

Art 9.

1. States Parties shall ensure that a child shall not be separated from his or her parents against their will, except when competent authorities subject to judicial review determine, in accordance with applicable law and procedures, that such separation is necessary for the best interests of the child. Such determination may be necessary in a particular case such as one involving abuse or neglect of the child by the parents, or one where the parents are living separately and a decision must be made as to the child's place of residence.
2. In any proceedings pursuant to paragraph 1 of the present article, all interested parties shall be given an opportunity to participate in the proceedings and make their views known.
3. States Parties shall respect the right of the child who is separated from one or both parents to maintain personal relations and direct contact with both parents on a regular basis, except if it is contrary to the child's best interests.
4. Where such separation results from any action initiated by a State Party, such as the detention, imprisonment, exile, deportation or death (including death arising from any cause while the person is in the custody of the State) of one or both parents or of the child, that State Party shall, upon request, provide the parents, the child or, if appropriate, another member of the family with the essential information concerning the whereabouts of the absent member(s) of the family unless the provision of the information would be detrimental to the well-being of the child. States Parties shall further ensure that the submission of such a request shall of itself entail no adverse consequences for the person(s) concerned.

Art 9.

1. Partene skal sikre at et barn ikke blir skilt fra sine foreldre mot deres vilje, unntatt når kompetente myndigheter, som er underlagt rettslig prøving, i samsvar med gjeldende lover og saksbehandlingsregler, beslutter at slik atskillelse er nødvendig av hensyn til barnets beste. Slik beslutning kan være nødvendig i særlige tilfeller som f.eks. ved foreldres mishandling eller vanskjøtsel av barnet, eller dersom foreldrene lever atskilt og det må treffes en avgjørelse om hvor barnet skal bo.
2. Under behandling av en sak i henhold til nr. 1 skal samtlige berørte parter gis anledning til å delta i saksbehandlingen og fremføre sine synspunkter.
3. Partene skal respektere den rett et barn som er atskilt fra en eller begge foreldre har til å opprettholde personlig forbindelse og direkte kontakt med begge foreldrene regelmessig, med mindre dette er i strid med barnets beste.
4. Dersom slik atskillelse skyldes en handling iverksatt av en part, som f.eks. pågripelse, fengsling, eksil, utvisning eller død, (herunder dødsfall av en hvilken som helst årsak mens vedkommende er i denne partens varetekt), av en eller begge foreldre eller barnet, skal parten etter anmodning gi foreldrene, barnet, eller, når det er hensiktsmessig, et annet familiemedlem de vesentlige opplysninger om det eller de fraværende familiemedlemmenes oppholdssted, med mindre dette er til skade for barnet. Partene skal dessuten påse at fremleggelse av en slik anmodning ikke i seg selv vil få negative følger for vedkommende person eller personer.

Art 12.

1. States Parties shall assure to the child who is capable of forming his or her own views the right to express those views freely in all matters affecting the child, the views of the child being given due weight in accordance with the age and maturity of the child.
2. For this purpose, the child shall in particular be provided the opportunity to be heard in any judicial and administrative proceedings affecting the child, either directly, or through a representative or an appropriate body, in a manner consistent with the procedural rules of national law.

Art 12.

1. Partene skal garantere et barn som er i stand til å gjøre danne seg egne synspunkter, retten til fritt å gi uttrykk for disse synspunkter i alle forhold som vedrører barnet, og tillegge barnets synspunkter behørig vekt i samsvar med dets alder og modenhet.
2. For dette formål skal barnet særlig gis anledning til å bli hørt i enhver rettslig og administrativ saksbehandling som angår barnet, enten direkte eller gjennom en representant eller et egnet organ, på en måte som er i samsvar med saksbehandlingsreglene i nasjonal rett.

Art 20.

1. A child temporarily or permanently deprived of his or her family environment, or in whose own best interests cannot be allowed to remain in that environment, shall be entitled to special protection and assistance provided by the State.
2. States Parties shall in accordance with their national laws ensure alternative care for such a child.
3. Such care could include, *inter alia*, foster placement, *kafalah* of Islamic law, adoption or if necessary placement in suitable institutions for the care of children. When considering solutions, due regard shall be paid to the desirability of continuity in a child's upbringing and to the child's ethnic, religious, cultural and linguistic background.

Art 20.

1. Et barn som midlertidig eller permanent er fratatt sitt familiemiljø, eller som i egen interesse ikke kan tillates å bli værende i et slikt miljø, skal ha rett til særlig beskyttelse og bistand fra staten.
2. I samsvar med sin nasjonale lovgivning skal partene sikre alternativ omsorg for et slikt barn.
3. Slik omsorg kan f.eks. omfatte plassering i fosterhjem, Kafala etter islamsk lov, adopsjon eller, om nødvendig, plassering i institusjon egnet for omsorg for barn. Når

mulige løsninger overveies, skal det tas tilbørlig hensyn til ønskeligheten av kontinuitet i barnets oppdragelse og til barnets etniske, religiøse, kulturelle og språklige bakgrunn.