

Skal ikke «barnets beste» leses bokstavelig?

– En kritikk av HR-2017-2015-A «Jakob-saken»

Av postdoktor Markus Jerkø

Artikkelen kritiserer Høyesteretts forståelse av «barnets beste» i HR-2017-2015-A «Jakob-saken». I denne avgjørelsen behandles «barnets beste» som en rettslig standard, som tar farge av juridiske retningslinjer. Det argumenteres for at dette er et brudd med Høyesteretts tidligere praksis, samt med menneskerettighetene, og at det korrekte må være å lese uttrykket bokstavelig – som en menneskelig standard.

MARKUS JERKØ (f. 1980), ph.d. 2015, er postdoktor ved Institutt for privatrett, Det juridiske fakultet, UiO. Han er forfatter av *Bevisvurderingens rettslige rammer – Bevistema, bevisbyrde, beviskrav* (Universitetsforlaget, 2017).

1 «JAKOB-SAKEN»¹⁾

HR-2017-2015-A gjaldt samvær mellom foreldre og barn etter omsorgsovertakelse, jf. barnevernloven § 4-19, i det som av media har blitt døpt «Jakob-saken». Seks uker gammel fikk «Jakob» påvist minst nitten ribbensbrudd under en rutinekontroll. Foreldrene ble raskt mistenkt for å ha forårsaket skadene, og det ble tatt ut tiltale for overtredelse av straffeloven 1902 § 219 om vold i nære relasjoner. I straffesaken i tingretten ble faren dømt for å ha påført sønnen skadene ved å klemme hardt rundt guttens brystkasse ved minst to anledninger. Moren ble ikke funnet skyldig etter bestemmelsen. Begge foreldrene ble imidlertid dømt for å ha unnlatt å sørge for at gutten fikk nødvendig legehjelp, jf. strl. § 242. Dommen var anket til lagmannsretten,²⁾ men saken var

1) Takk til Kirsten Sandberg og en anonym fagfelle for gode innspill.

2) Lagmannsretten konkluderte med at skadene måtte være påført av en av foreldrene, men fant det ikke bevist utover enhver rimelig tvil at faren var den skyldige. Han ble derfor frifunnet etter § 219. Begge foreldrene ble også her funnet skyldige i å ha latt barnet forbli i en hjelpeløs tilstand etter de omfattende bruddskadene, jf. § 242. Det ble lagt til grunn at en straff på fengsel i ti måneder i utgangspunktet var passende for hver av dem, men fordi det hadde tatt unødige lang tid å avgjøre straffesaken, ble straffene redusert til fengsel i seks måneder. Se LB-2016-208208.

enda ikke behandlet da Høyesterett avsa dom i den sivile saken, som foreldrene hadde reist for å få samvær med sønnen. Til tross for at foreldrene var funnet skyldige i straffesaken, la Høyesterett til grunn at det var til «barnets beste» å opprettholde kontakt med foreldrene, og det ble fastsatt ett felles årlig samvær med en varighet på én time. Dommen var enstemmig.

Avgjørelsen har møtt kritikk i avisspaltene. Blant annet har flere psykologer kritisert avgjørelsen for ikke å være i overensstemmelse med hva som er til barnets beste.³⁾ Et par jurister har tatt til motmæle og gitt uttrykk for at den bygger på et solid juridisk håndverk.⁴⁾ Dette er et interessant trekk ved det offentlige ordskiftet om saken: Psykologenes kritikk tar utgangspunkt i en forståelse av de menneskelige sidene av sakens faktum – om hva som er til det beste for barnet. Juristenes svar har, som man kanskje kunne forvente, et juridisk preg. Dét reiser et spørsmål om hva sakens kjerne egentlig er. Dreier det seg om en juridisk eller en faktisk vurdering? Det det koker ned til, er forståelsen av uttrykket «barnets beste». Skal dette uttrykket forstås som en *rettslig standard*, som tar farge av juridiske retningslinjer? Eller skal vi snarere forstå det helt bokstavelig – som en *menneskelig standard* – slik at det avgjørende er hva som rent faktisk er til barnets beste?

Høyesteretts vurdering er et uttrykk for den førstnevnte forståelsen. Retten behandler «barnets beste» som en rettslig standard, slik at saken blir avgjort ved en juridisk vurdering. Og saken synes å illustrere at en slik juridisk vurdering kan få et annet utfall enn den menneskelige vurdering av hva som er til barnets beste. Om dette er tilfellet her, er dommen ikke korrekt. Det avgjørende etter menneskerettighetene må være hva som rent faktisk, etter en menneskelig vurdering, er til barnets beste.

Jeg skal utdype disse punktene i det følgende. Og jeg vil ta en indirekte rute. I neste punkt skisserer jeg kort hvordan saken kunne vært løst – med det motsatte resultat – på bakgrunn av et sentralt utvalg av de kilder som Høyesterett bygger på. Jeg fortsetter i punkt 3 med en kritisk gjennomgang av de punkter hvor Høyesteretts vurdering avviker fra den jeg har skissert. Deretter forsvarer jeg forståelsen av «barnets beste» som en menneskelig standard i punkt 4, før jeg runder av i punkt 5.

Jeg tar utgangspunkt i Høyesteretts avgjørelse i «Jakob-saken», men det er ikke utfallet av denne konkrete avgjørelsen som jeg primært er opptatt av. Mitt hovedanliggende

-
- 3) Se Dag Ø. Nordanger, «Barns samvær med voldelige foreldre», *Aftenposten*, 7. desember 2017; Stig Torsteinson og Ida Brandzæg, «'Hvorfor skal jeg treffe dem som en gang skadet meg, som jeg er redd?'», *Aftenposten*, 11. desember 2017; Dag Øystein Nordanger, «Det er grunn til å slå alarm i 'Jakob'-saken», *Aftenposten*, 15. desember 2017; Ragnar Kværness, «Er ikke ekstremvold 'særlige grunner?'», *Aftenposten*, 20. desember 2017.
 - 4) Torhild Holth og Mette Yvonne Larsen, «Unyansert og tabloid om barns rett til samvær», *Aftenposten*, 10. desember 2017.

er argumentasjonen til Høyesterett. Det *argumentasjonsmønsteret* domstolen anvender, kan resultere i avgjørelser som ikke er i overensstemmelse med hva som er til barnets beste. Avgjørelsen representerer også et, tilsynelatende ubevisst, brudd med tidligere praksis fra Høyesterett, som jeg tenker tilsier at den ikke bør betraktes som et uttrykk for Høyesteretts reflekterte vilje. Uansett medfører bruddet med menneskerettighetene at andre rettsanvendere bør se bort fra Høyesteretts argumentasjonsmønster i denne saken, og at Høyesterett selv bør komme på banen og korrigere den kursen retten her har staket ut.

2 SKISSE TIL EN MENNESKELIG VURDERING

Et barn og dets foreldre har i utgangspunktet rett til samvær med hverandre, jf. barnevernloven § 4-19 første ledd. Denne retten er også beskyttet av enhver rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, slik den fremgår av Grunnloven § 102 og EMK art. 8 nr. 1, jf. menneskerettsloven § 2. Disse bestemmelsene er ansett å ha et sammenfallende innhold, jf. blant annet HR-2016-2554-P (Holship) avsnitt 81 med videre henvisninger.

Både menneskerettighetene og øvrig norsk lovgivning åpner imidlertid for at denne retten til samvær kan begrenses. Når det er fattet vedtak om omsorgsovertakelse, skal fylkesnemnda ta standpunkt til omfanget av samværsretten. Nemnda kan også bestemme at det av hensyn til barnet ikke skal være samvær, jf. barnevernloven § 4-19 annet ledd. Dette er i overensstemmelse med FN-konvensjonen om barnets rettigheter art. 9 nr. 3, som slår fast at partene til konvensjonen

«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*» (min utheving).

Som det fremgår av disse bestemmelsene, er hensynet til barnets beste helt grunnleggende. Det er også uttrykkelig slått fast i barnevernloven § 4-1 første ledd, barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 og Grunnloven § 104 annet ledd. Sistnevnte konstaterer:

«Ved handlinger og avgjørelser som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.»

Avgjørelser om omsorgsovertakelse og samværsrett dreier seg ikke bare om barnets rettigheter. De må også respektere foreldrenes rett til familieliv etter Grunnloven § 102 og EMK art. 8. For at et inngrep skal kunne forsvares, må det være forholdsmessig. I Høy-

esteretts omtale av forholdsmessighetsvurderingen siteres det fra Rt. 2014 s. 976 avsnitt 36 og 37 (dommens avsnitt 49), hvor det vises til to avgjørelser fra EMD. I *R. og H. mot Storbritannia* understrekes det at «in all decisions concerning children, their best interests must be paramount». ⁵⁾ Og i storkammerdommen *Neulinger og Shuruk mot Sveits* uttales det følgende om barnets beste og forholdet til EMK art. 8:

«The child's interest comprises two limbs. On the one hand, it dictates that the child's ties with its family must be maintained, except in cases where the family has proved *particularly unfit*. It follows that family ties may only be severed in *very exceptional circumstances* and that everything must be done to preserve personal relations and, if and when appropriate, to 'rebuild' the family. On the other hand, it is clearly also in the child's interest to ensure its development in a sound environment, and *a parent cannot be entitled under Article 8 to have such measures taken as would harm the child's health and development.*» ⁶⁾

Jussen er altså helt klar. Foreldrene kan ikke gis en rett til samvær etter EMK art. 8 om det er til skade for barnets helse og utvikling. Barnets beste er det overordnede hensyn. Og det medfører at en rett til samvær kun skal innvilges om det tjener barnets beste. Hvis det ikke er til det beste for barnet, skal det ikke innvilges samvær. Dette er også i overensstemmelse med det som følger av barnelovens bestemmelse om omfanget av samvær mellom barn og foreldre. Paragraf 43 første ledd tredje punktum slår fast:

«Dersom samvær ikkje er til beste for barnet, må retten avgjere at det ikkje skal vere samvær.»

Burde det vært innvilget samvær i «Jakob-saken»?

Som nevnt er det ikke resultatet i denne konkrete saken som er mitt hovedanliggende. Og man bør være forsiktig med å vurdere hva som er til et barns beste, på bakgrunn av en beskrivelse på et papir. Jeg ser det derfor ikke som betimelig å konkludere med at Høyesteretts konkrete subsumsjon ikke er korrekt. Men etter min vurdering er det ikke tvilsomt at sakens omstendigheter var «very exceptional», eller at foreldrene hadde vist seg «particularly unfit». Derfor synes også den motsatte konklusjon av Høyesteretts å være fullt forsvarlig, gitt gjeldende rett og dommens gjengivelse av faktum.

Faktum var, i helt korte trekk, at «Jakob» var påført minst nitten ribbensbrudd av en av foreldrene. Skadene var påført ved minst to anledninger. Foreldrene hadde ikke sørget for at gutten fikk nødvendig legehjelp. Han var seks uker gammel da skadene ble oppdaget og han ble tatt fra foreldrene. Nå er han tre og et halvt. Han kjenner derfor

5) *R. og H. mot Storbritannia*, dom 31. mai 2011 (klage nr. 35348/06) avsnitt 73.

6) *Neulinger og Shuruk mot Sveits*, dom 6. juli 2010 (klage nr. 41615/07) avsnitt 136 (mine uthevinger, henvisninger utelatt).

ikke sine foreldre. De er som fremmede for ham. Nå er «Jakob» hos en ny familie. Forholdene i fosterhjemmet er gode, og han blir godt ivaretatt. Han har kun møtt foreldrene sine én gang etter at han flyttet til fosterhjemmet, for at en sakkyndig kunne observere samspillet mellom ham og foreldrene. Etter samværet var han urolig på nat-testid, og han kunne våkne opp med panikkskrik.⁷⁾

Du som leser dette, kan foreta din egen vurdering, basert på disse rett nok begrensede premissene. Om det gjør vurderingen lettere for deg, kan du gjerne forestille deg at «Jakob» er en du kjenner. Du kan tenke deg at du er hans søster eller bror, eller eventuelt hans bestemor eller bestefar. Eller ser du kanskje deg selv mer naturlig i rollen som en omtentksom nabo eller som en som har barn i samme barnehage som «Jakob»? Dette er bare hvis du føler for det; det er ikke nødvendig. Det som *er* nødvendig, imidlertid, er at du må bry deg. Du må bry deg om «Jakob». Du må se ham for deg, du må ta inn over deg hele hans historie og den situasjonen han er i nå, og du må tenke på foreldrene hans og hva de har gjort mot ham. Og så, når du har tatt alt dette inn over deg, må du lukke alt annet ute. Du skal se bort fra foreldrenes ønsker. Du skal se bort fra Høyesterett, og du skal se bort fra all den juristvisdom som du kanskje selv har opparbeidet. Deretter kan du forestille deg at ansvaret hviler på dine skuldre. Nå er det opp til deg å avgjøre «Jakobs» skjebne. Først da, etter at du har tatt inn over deg sakens alvor, kan du spørre deg selv: Skal jeg la foreldrene få treffe «Jakob»? Vil det være til det beste for ham?

Hvis du har fulgt denne oppskriften, vil du ha foretatt det jeg vil kalle en *menneskelig* vurdering.

3 HØYESTERETTS JURIDISKE VURDERING

Høyesterett foretok *ikke* en menneskelig vurdering. Retten foretok i stedet en juridisk vurdering. Og dette bidrar til å forklare utfallet i «Jakob-saken».

Som nevnt siterer Høyesterett fra sin tidligere avgjørelse i Rt. 2014 s. 976 (avsnitt 36 og 37), med videre henvisninger til avgjørelser av EMD. Det er på dette punktet Høyesteretts vurdering skliir ut, ved at den beveger seg fra det menneskelige til det overdrevent juridiske.

Sitatet lyder som følger:

«... Med utgangspunkt i EMDs avgjørelser har Høyesterett lagt til grunn at det kreves spesielle og sterke grunner for å nekte samvær, se blant annet Rt-2002-908 på side 913 og Rt-2004-1046 avsnitt 49.

7) Den siste formuleringen er fra dommens avsnitt 69. Se for øvrig avsnitt 3, 12, 34, 35 og 36.

I vår sak har kommunen pekt på en nyere dom fra EMD, R. og H. mot Storbritannia 31. mai 2011 [EMD-2006-35348], hvor EMD i avsnitt 73 uttaler at ‘in all decisions concerning children, their best interest must be paramount’. Men EMD fortsetter med å sitere sin egen dom Neulinger og Shuruk mot Sveits fra 2010 [EMD-2007-41615], hvor det heter at barnets interesser har to sider – ‘two limbs’. På den ene siden må barnets bånd til familien bare brytes ‘in very exceptional circumstances’. På den annen side er det også klart i barnets interesse å sikre dets utvikling i et sunt miljø, og foreldre kan ikke ha rett etter artikkel 8 til tiltak som skader dets helse eller utvikling. Jeg kan ikke se at det som her sies, gir anvisning på noen annen norm enn den Høyesterett til nå har lagt til grunn. Denne normen er etter mitt syn også i tråd med Grunnloven § 102 og § 104 jf. § 92.»

Oppfatningen om at det kreves *spesielle og sterke grunner* for å gjøre så sterke inngrep i forholdet mellom et barn og dets foreldre, har lang støtte i rettspraksis. I Rt. 2014 s. 976 vises det tilbake til Rt. 2004 s. 1046 og Rt. 2002 s. 908. Rekken kunne vært forlenget bakover til blant annet Rt. 2001 s. 14, Rt. 1997 s. 534 og Rt. 1991 s. 557. Denne forståelsen er også i overensstemmelse med EMDs uttalelser om at det må foreligge «*exceptional circumstances*», jf. blant annet den klassiske avgjørelsen i *Johansen mot Norge* og storkammerdommen i *Neulinger og Shuruk mot Sveits*.⁸⁾

Det som er nytt med de to siste avgjørelsene fra Høyesterett, er at kravet om spesielle og sterke grunner omtales som en «norm»; jeg kan ikke se at det har blitt omtalt på denne måten i noen tidligere saker for Høyesterett. Og dette synes ikke å være i samsvar med EMDs forståelse, slik den kommer til uttrykk i de nevnte avgjørelsene. Det er grunn til å gjenta det sentrale avsnittet fra *Neulinger og Shuruk mot Sveits*:

«The child’s interest comprises two limbs. On the one hand, it dictates that the child’s ties with its family must be maintained, except in cases where the family has proved particularly unfit. It follows that family ties may only be severed in very exceptional circumstances and that everything must be done to preserve personal relations and, if and when appropriate, to ‘rebuild’ the family. On the other hand, it is clearly also in the child’s interest to ensure its development in a sound environment, and a parent cannot be entitled under Article 8 to have such measures taken as would harm the child’s health and development.»⁹⁾

Her konstateres det altså først at det er to sider («*two limbs*») ved barnets interesser. Det sies ikke umiddelbart hva disse går ut på, men av fortsettelsen forstår man at det er tale om barnets interesse i å opprettholde båndene til sin familie, på den ene siden, og bar-

8) *Johansen mot Norge*, dom 7. august 1996 (klage nr. 17383/90) avsnitt 78; *Neulinger og Shuruk mot Sveits*, avsnitt 136.

9) *Ibid.* (henvisninger utelatt).

nets interesse i å sikre sin egen utvikling i et sunt miljø, på den andre. Om den første av disse interessene sies det så i andre setning at interessen *dikterer* («it dictates») at båndene til familien må opprettholdes, med mindre familien har vist seg *særlig uskikket* («particularly unfit»). Og av dette igjen *følger det* («it follows») at båndene til familien kun kan brytes i *helt spesielle omstendigheter* («very exceptional circumstances»).

Av dette ser vi, for det første, at EMD ikke behandler kravet om *very exceptional circumstances* som en norm. Utgangspunktet for vurderingen er barnets interesser. Det er disse faktiske interessene som dikterer at båndene til familien i utgangspunktet må opprettholdes. Og av dette igjen følger det at det må helt spesielle omstendigheter til (det må foreligge spesielle og sterke grunner) for at båndene til familien skal kunne brytes. Alt følger altså av barnets egne interesser, ikke av en rettslig norm.

For det andre ser vi hvordan EMD legger til grunn at utgangspunktet om at det er i barnets interesse å opprettholde båndene til familien, ikke vil gjøre seg gjeldende i ethvert tilfelle – for ethvert barn. Unntaket for saker hvor familien har vist seg *particularly unfit*, angår det barnets interesser dikterer. Barnets egne interesser dikterer ikke at familiebåndene må opprettholdes i saker hvor familien har vist seg særlig uskikket. I slike tilfeller er det altså anerkjent at barnet ikke nødvendigvis har noen interesse i å opprettholde båndene.

Hvis man skulle ha fulgt denne linjen fra EMD i «Jakob-saken», måtte man altså ha foretatt en *konkret vurdering* av om «Jakob» fortsatt hadde en personlig interesse i å opprettholde kontakten med sine foreldre, til tross for overgrepene og den minimale tilknytningen. Om denne interessen ikke lenger var i behold, på grunn av de fysiske skadene og det tillitsbruddet som overgrepene innebar, samt mangelen på kontakt med foreldrene i det meste av hans levetid, ville det ikke vært et behov for å kreve (ytterligere) spesielle og sterke grunner. For kravet om disse grunnene er en konsekvens av barnets egen interesse.

En slik tilnærming ville også vært i samsvar med langvarig praksis fra Høyesterett selv. Vår høyeste domstol har flere ganger understreket at vurderingen av barnets beste må foretas konkret. Som det sies i Rt. 1991 s. 557, som gjaldt spørsmålet om fratakelse av foreldreansvar med sikte på adopsjon:

«Avgjørelsen av dette spørsmålet må bero på en samlet og konkret vurdering av de krys-sende hensyn. Noen av disse hensyn er av generell karakter; det vil si hensyn som vanligvis – men med varierende styrke – gjør seg gjeldende i slike saker, mens andre hensyn er spesielle for denne saken. Etter mitt syn kan det bare i begrenset utstrekning oppstilles generelle prinsipper om hvordan disse hensyn skal avveies mot hverandre.»¹⁰⁾

I «Jakob-saken» bryter Høyesterett med denne tidligere praksisen, ved at kravet om spesielle og sterke grunner behandles som en rettslig norm. Retten omtaler det riktig-

nok vekselvis som et «krav», som et «vilkår» og som en «norm»,¹¹⁾ men dette er bare språklige variasjoner. For retten konkluderer med at denne *normen* også skal legges til grunn i saker hvor tilknytningen mellom barn og foreldre er svak.¹²⁾ Ved å behandle dette kravet som en generell norm, som også får anvendelse i saker hvor tilknytningen mellom barn og foreldre er svak, underslår Høyesterett at barnets interesse i å opprettholde forbindelsen til sine foreldre selvsagt også er svakere når tilknytningen er svak. Dermed skulle det også kreves mindre sterke grunner for å oppløse forbindelsen. I praksis medfører det at betydningen av den manglende forbindelsen nulles ut. Dette blir bare en del av bakteppet for den konkrete vurderingen av om det foreligger andre spesielle og sterke grunner for fortsatt å nekte kontakt mellom «Jakob» og foreldrene.

Det mest oppsiktsvekkende ved den konkrete vurderingen Høyesterett foretar, er det som ikke nevnes – nemlig overgrepene. Volden som resulterte i minst nitten ribbensbrudd, og det alvorlige tillitsbruddet som den innebar, er ikke gitt en selvstendig plass i Høyesteretts subsumsjonsdrøftelse. I det innledende avsnitt 64 nevnes det at «familielivet ... ble avsluttet som følge av fysisk mishandling i hjemmet», men volden og dens konsekvenser er knapt nevnt i vurderingene i avsnitt 68–73. Dette er i overensstemmelse med rettens forståelse av kravet om spesielle og sterke grunner som en *generell norm*. I stedet for å vurdere om det er til det beste for dette konkrete barnet, med disse konkrete foreldrene, i denne konkrete situasjonen, å opprettholde et samvær, legges det til grunn som et rettslig utgangspunkt at fortsatt kontakt helt generelt, og dermed også her, vil være til det beste for barnet. Også volden og dens skadevirkninger nulles altså ut i Høyesteretts vurdering. Dette understøttes også av rettens formulering av sakens sentrale vurderingstemaer. For eksempel sies det i avsnitt 1 at saken særlig reiser spørsmål «om betydningen av svært liten tilknytning mellom foreldrene og barnet». Dette gjennomsyrrer hele dommen. Det sies ikke at den særlig reiser spørsmål «om betydningen av alvorlig mishandling av et spedbarn og svært liten tilknytning». Volden har blitt forskjøvet til bakgrunnen, slik at Høyesterett kan konsentrere seg om andre grunner som taler mot samvær. Dermed neglisjeres det faktum at denne volden og dens skadevirkninger i seg selv utgjør (meget) spesielle omstendigheter – (*very*) *exceptional circumstances*. Og det medfører at listen for hva som kreves, blir forhøyet – vekten blir tippet i barnets disfavør – slik at den gjenstående vurderingen får karakter av en enkel sjekkliste hvor *ovrige* innvendinger lett kan veies og avfeies som for lette.

10) Rt. 1991 s. 557, på s. 562. Se også tilslutningen til dette i Rt. 2001 s. 14, særlig s. 22–23 og s. 26, og Rt. 2007 s. 561 avsnitt 48. Se også Rt. 2015 s. 110 avsnitt 59 flg. og Rt. 2015 s. 1107 avsnitt 45 flg.

11) Se henholdsvis avsnitt 57 og 59, avsnitt 58 og avsnitt 60, 61 og 62.

12) Se den avsluttende konklusjon i avsnitt 62 etter drøftelsen i avsnitt 57 flg.

I den konkrete vurderingen tar Høyesterett først stilling til tre innvendinger mot samvær som var blitt reist av kommunen. Jeg tar disse i den omvendte rekkefølge av dommen.

Den siste av disse innvendingene var at det er en risiko for at foreldrene vil bruke en samværsrett som grunnlag for senere krav om tilbakeføring av omsorgen. Slik dette er formulert, er det en svak innvending. Det som imidlertid kan være en reell bekymring, er om foreldrene bruker samværsretten som et grunnlag for *uberettigede* krav om tilbakeføring av omsorgen. Slike krav vil kunne være belastende for barnet i dets nye familiesituasjon, uten at det kan føre til noe positivt. En slik bekymring var det imidlertid ikke grunnlag for i denne saken, slik Høyesterett vurderte det.¹³⁾

Den andre innvendingen var at samværet kan eksponere barnet for sannheten om sine første leveår, før det er modent nok til å håndtere dette. Som barnepsykologene Stig Torsteinson og Ida Brandzæg skriver i en kommentar til saken, søker barn etter mening, og de vil naturlig stille spørsmål om hvorfor livet er blitt som det er blitt.¹⁴⁾ Spørsmål som barnet vil kunne stille, er: «Hvorfor bor jeg i fosterhjem? Hvorfor treffer jeg de biologiske foreldrene mine bare en time i året? Hva gjorde foreldrene mine mot meg da jeg var liten? Hvorfor skal jeg treffe dem som en gang skadet meg, som jeg er redd?» Man trenger ikke være psykolog for å se utfordringene som slike spørsmål vil reise for fosterforeldrene, og som svarene, eller mangelen på klare svar, vil kunne reise for et ungt, sårbart sinn.

Høyesterett legger til grunn at «dette kan være et relevant hensyn, spesielt der det har vært utøvet vold mot barnet». Men i det korte avsnittet om innvendingen skriver dommer Berglund at hun har «vanskelig for å se at utfordringene ved dette er større her enn i andre saker hvor det offentlige må overta omsorgen for små barn».¹⁵⁾ Tre grunner er ifølge hennes vurdering av «særlig betydning». For det første «at det i denne saken kun kan være aktuelt med et svært begrenset samvær». Dette synes å bygge på det tvilsomme premiss at barnets spørsmål, og de utfordringer de vil reise, på en eller annen måte er proporsjonale med omfanget av samværet. For det andre peker hun på «at den sakkynndige har funnet at begge foreldrene har samværskompetanse». Men at foreldrene er funnet «samværskompetente», må være et minimumskrav for at samvær overhodet skal finne sted. Det gir i seg selv ingen grunn til å tro at samvær vil være til barnets beste. Tvert imot kan man mistenke at det skal noe mer til for at et menneske skal kunne øve en positiv innflytelse på et annet menneskes liv, enn at det av en psykolog har blitt fun-

13) Avsnitt 72.

14) Stig Torsteinson og Ida Brandzæg, «Hvorfor skal jeg treffe dem som en gang skadet meg, som jeg er redd?», *Aftenposten*, 11. desember 2017.

15) Avsnitt 71.

net «samværskompetent». For det tredje peker Berglund på «at barnevernet skal gi foreldrene og fosterforeldrene veiledning om hvordan eventuelle samvær skal gjennomføres, slik at [«Jakob»] sikres aldersadekvat informasjon». Veiledning vil selvsagt kunne dempe konsekvensene av, eller redusere risikoen for, at barnet for tidlig eksponeres for sannheten om sine første leveår. Men kan slik veiledning virkelig «sikre» at barnet kun får aldersadekvat informasjon? Og hvor adekvat er egentlig «aldersadekvat informasjon»?

Avsnittet illustrerer en type formalistisk sjekkliste-juss, hvor legitime innvendinger mot samvær kvitteres ut med en oppstilling av motforestillinger som hevdes å ha «særlig betydning». Det avsnittet mangler, er *den konkrete vurderingen* som tar innover seg «Jakobs» situasjon og sårbarhet. Det hevdes at det er vanskelig å se at utfordringene ved samvær skulle være større her enn i andre saker. Men det sies ingenting om disse andre sakene. På hvilke måter er disse sammenlignbare? Gjelder alle disse sakene like grov vold, gjelder de personer i nøyaktig samme alder, som er like sårbare, som har like liten tilknytning til foreldrene, og som har identiske foreldre? I rettens innledende redegjørelse om faktum vises det til at «Jakob», ifølge lagmannsretten, har behov for «ro, trygghet og forutsigbarhet som langt overstiger det andre barn i samme aldersgruppe trenger». Og ifølge den sakkyndiges tilleggserklæring for Høyesterett kan selv «små belastninger føre til negativ utvikling». Det konkluderes med at hans sårbarhet er «et særlig forhold som det må tas hensyn til når et eventuelt samvær med foreldrene skal vurderes». ¹⁶⁾ Denne sårbarheten er lite synlig i selve vurderingen.

Dette gjelder også ved vurderingen av den første av kommunens innvendinger, om at gjennomføring av samvær vil innebære en risiko for retraumatisering. Om dette skriver retten:

«Det fremgår av lagmannsrettens dom at [«Jakob»] etter den sakkyndiges observasjons-samvær var urolig på nattetid, og han kunne våkne opp med panikkskrik. Dette avtok etter hvert. Hans reaksjon kan isolert sett tale for at samvær ikke vil være til hans beste. Det fremgår imidlertid av den sakkyndige vurderingen at [«Jakob»] generelt er usikker på fremmede, og at han viser den samme uroen etter møter med andre personer han ikke kjenner – eksempelvis etter at en tilsynsfører har vært på besøk i fosterhjemmet. Det er også opplyst at fosterforeldrene klarer å roe ham, og at hans evne til å møte fremmede blir stadig bedre. Foreldrene er som fremmede for ham. Det er derfor ikke grunnlag for å anta at et møte med foreldrene vil skape en større utrygghet enn et møte med andre, eller at belastningen ved samvær vil være av en slik styrke at det gir varige skader eller blir uforholdsmessig.» ¹⁷⁾

16) Avsnitt 39 og 40.

17) Avsnitt 69.

Det er flere sider av dette avsnittet som inviterer til kommentarer. Jeg nøyer meg med å bemerke at det hos denne leseren ikke skaper en overbevisning om at «Jakobs» egne interesser har blitt tillagt sin behørig vekt. I det minste underbygger det hvor høyt den juridiske listen her har blitt lagt.

At det faktisk er en *juridisk* list, bekreftes også i vurderingens siste avsnitt, hvor Høyesterett vender tilbake til betydningen av svak tilknytning:

«Lagmannsretten har vist til at [«Jakob»] verken kjenner foreldrene eller har noen tilknytning til dem, slik at han derfor ikke har behov for samvær. Det samme har den sakkyndige lagt til grunn i sin uttalelse til Høyesterett. Slik jeg ser det, kan dette ikke være avgjørende. Det fremgår uttrykkelig av lovforarbeidene til barnevernloven at det også i slike tilfeller vil være en fordel for barnet å ha et visst kjennskap til sitt biologiske opphav, og at det biologiske prinsippet også må tillegges vekt der relasjonen mellom barnet og foreldrene er svak. Lovgiver har således vektet disse forholdene noe annerledes enn den sakkyndige og lagmannsretten.»¹⁸⁾

4 FORSTÅElsen AV «BARNETS BESTE» SOM EN MENNESKELIG STANDARD

Man finner ikke meningen med livet i et lovforarbeid. Og hvis man lurar på hva som er til det beste for et barn, er dette heller ikke stedet å lete. Det som er til det beste for et barn, avhenger av barnets egne interesser. Vurderingen av det må bero på en menneskelig erfaring av hva som er allmenne menneskelige behov, som kan suppleres av psykologisk fagkunnskap. Slik er det naturlig for et menneske å tenke – at «barnets beste» skal leses bokstavelig, som en *menneskelig standard*.

Høyesterett har i «Jakob-saken» tenkt annerledes – der behandles «barnets beste» som en *rettslig standard*. Dette henger sammen med rettens forståelse av kravet om spesielle og sterke grunner som en generell norm. Men det fremgår tydeligst i det siste sitatet over, hvor både lagmannsrettens og den sakkyndiges forståelse av barnets behov feies til side med en henvisning til hva som fremgår av lovforarbeidene: «Lovgiver har således vektet disse forholdene noe annerledes enn den sakkyndige og lagmannsretten.»

Forskjellen mellom en «rettslig standard» og en «menneskelig standard», slik jeg bruker disse uttrykkene, ligger i hva som er relevant ved vurderingen av om noe kan subsumeres under standarden. Betydningen av rettslige standarder, slik som «uakt-som» og «urimelig», tar farge av uttalelser i forarbeider, rettspraksis og andre rettslige kilder. Det innebærer at det blir relevant å vise til slike kilder ved subsumsjonen: Høy-

18) Avsnitt 73.

esterett har i sak X sagt Y, og derfor må Z regnes som «urimelig». «Barnets beste» er, vil jeg hevde, ikke en rettslig standard i denne forstand. Jeg kunne kalt det en «ikke-rettslig standard», men jeg tenker at «menneskelig standard» her gir et spesielt godt uttrykk for det jeg prøver å formidle. Med en slik menneskelig standard er henvisninger til forarbeider, eller til Høyesterett for den saks skyld, i utgangspunktet helt irrelevante ved vurderingen av om noe er til et barns beste. Det avgjørende er barnets egne interesser.

Jeg vet ikke om det har forekommet at noen eksplisitt har stilt spørsmålsteget ved om «barnets beste» skal leses bokstavelig.¹⁹⁾ Jeg vil tro det simpelthen er en alminnelig antagelse – at man i saker som berører barn, forsøker å ivareta barnets egne interesser på en oppriktig måte. Sterke moralske grunner taler også for at det bør tolkes bokstavelig, og slik sett er en avvikende tolkning i seg selv dypt problematisk. Men jeg kan heller ikke se at en avvikende tolkning lar seg forene med menneskerettighetene. En ordlydstro fortolkning av «barnets beste» er det eneste som samsvarer med barnekonvensjonens verdigrunnlag, som, i likhet med menneskerettighetene for øvrig, bygger på en anerkjennelse av alle menneskers *iboende verdighet*. Det synes også forutsatt i FNs barnekomité's generelle kommentar til artikkel 3. Om forståelsen av uttrykket sies det her:

«The concept of the child's best interests is complex and its content must be determined on a case-by-case basis. [...] It should be adjusted and defined on an individual basis, according to the specific situation of the child or children concerned, taking into consideration their personal context, situation and needs. For individual decisions, the child's best interests must be assessed and determined in light of the specific circumstances of the particular child.»²⁰⁾

Dette må innebære at det ikke kan være opp til partene selv å bestemme hva de vil mene med «barnets beste». De kan derfor ikke tolke uttrykket slik at barnets beste i alle tilfeller er å være sammen med sine foreldre.

Høyesterett har heller ikke tolket «barnets beste» på en så ekstrem måte. Men retten går i en slik retning når den viser til forarbeidene, og til hva lovgiver har bestemt. Og den går i en slik retning når den tolker kravet om spesielle og sterke grunner som en

19) At det skal leses bokstavelig, synes også forutsatt i Trude Haugli, «Hensynet til barnets beste», i Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.), *Barnekonvensjonen – Barns rettigheter i Norge*, 3. utgave, Oslo 2016, s. 51–73. Knut Lindboe bemerker i tilknytning til barnevernloven § 4-1 at «barnets beste er også juss», se *Barnevernrett*, 6. utgave, Oslo 2012, s. 46. Det har jeg ingen innsigelser mot – så lenge denne jussen skal leses bokstavelig. Jeg kan heller ikke se at han skriver noe som strider mot en slik forståelse.

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

generell rettslig norm som også får anvendelse i situasjoner hvor det er en svak tilknytning mellom et barn og dets foreldre.²¹⁾

Det er avgjørende å forstå implikasjonene av en slik tolkning. Den innebærer, som jeg har vært inne på, at listen for å nekte samvær forhøyes – og at vekten tipper i barnets disfavør – sammenlignet med det som følger av en menneskelig vurdering av hva som er til barnets beste. Når man legger til grunn en forståelse av kravet om spesielle og sterke grunner som en generell norm, vil enkelte av de individuelle forholdene som er relevante i en vurdering av barnets beste, ikke tillegges sin behørlige vekt. Det medfører at utfallet av vurderingen kan bli forskjøvet – som om det var gitt et anker i utenforliggende hensyn – sammenlignet med det som følger av en *konkret vurdering* av hva som er til det beste for et konkret barn, med sine konkrete foreldre, i en konkret situasjon. Høyesteretts tolkning samsvarer derfor ikke fullt ut med en ordlydstro lesning av «barnets beste».

Dersom «barnets beste» etter menneskerettighetene skal leses bokstavelig, og dersom Høyesterett ikke leser det bokstavelig, følger det at Høyesteretts tolkning ikke er forenelig med menneskerettighetene. Ved motstrid med alminnelig lovgivning skal menneskerettighetene gå foran, jf. menneskerettsloven § 3, jf. § 2. Andre rettsanvendere bør derfor se bort fra Høyesteretts *argumentasjonsmønster* i denne saken. Høyesterett bør dessuten selv komme på banen og korrigere den kursen retten her har staket ut.

Som nevnt representerer argumentasjonen i saken et brudd med tidligere praksis fra Høyesterett, som flere ganger har understreket at vurderingen av barnets beste skal foretas konkret. Dommen gir ingen holdepunkter for at dette bruddet er tilsiktet, og jeg tenker dette må tilsi at den ikke bør betraktes som et uttrykk for Høyesteretts reflekterte vilje. Det kan se ut til at det har gått juss i den menneskelige vurderingen av barnets beste – ved at juridiske tenkemåter har blitt for dominerende og trengt inn der de ikke hører hjemme. Jeg vil derfor også anta at kursen vil bli korrigert av Høyesterett selv, og at det vil bli presisert at vurderingen av barnets beste alltid må foretas konkret – som uttrykk for det jeg har kalt en menneskelig standard. På grunn av den uklarhet som avgjørelsen har skapt, ser jeg allikevel grunn til å gi et kort svar på noen mulige innvendinger mot min forståelse, for å forsvare og å utdype forståelsen av «barnets beste» som en menneskelig standard.

1. *Høyesteretts avgjørelse gjaldt barnevernloven § 4-19, ikke menneskerettighetene.* Dermed kan det innvendes at Høyesteretts tolkning allikevel må være bindende for

21) Se i denne forbindelse Kirsten Sandbergs argumentasjon for at det biologiske prinsipp ikke kan gis en forhåndsbestemt vekt uten at det går på bekostning av barneperspektivet, i «Naturens orden – til barnets beste? – Omsorg og samvær», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2005 s. 144–149.

andre rettsanvendere. Dette er korrekt, og menneskerettighetene legger strengt tatt ingen begrensninger på hvordan en stat kan tolke en *lex inferior*, så lenge menneskerettighetene ved motstrid går foran. Men andre rettsanvendere er også bundet av menneskerettighetene, som har forrang. Og det er enklere å tolke barnevernloven i konformitet med menneskerettighetene, enn å tolke begge regelsettene hver for seg for så å la menneskerettighetene gå foran ved motstrid.

2. Hvis «barnets beste» skal leses bokstavelig, blir avveininger mot andre hensyn umulig. Saker som angår barn, vil ofte måtte avgjøres ved en avveining hvor hensynet til barnet må veies mot hensynet til foreldrene (eller andre) og deres personlige, praktiske og økonomiske behov. Det kan spørres om det blir noe rom for disse kolliderende hensynene dersom «barnets beste» skal leses bokstavelig. Svaret på dette er at tolkningen på ingen måte vanskeliggjør avveininger mot kolliderende hensyn. Jeg sier bare at «barnets beste» skal leses bokstavelig, og praktiseres på en måte som ivaretar barnets egne interesser. Dette er ikke til hinder for at en oppfatning om hva som genuint er til et barns beste, inngår i en videre avveining mot andre hensyn, der en slik avveining skal foretas.

3. Forståelsen av «barnets beste» som en menneskelig standard vil svekke Høyesteretts rolle. Forståelsen av «barnets beste» som en menneskelig standard medfører at Høyesteretts uttalelser om barnets beste som et utgangspunkt er lite relevante for andre rettsanvendere. Det er ikke en standard som skal være gjenstand for rettsutvikling, og som Høyesterett kan fylle med et nytt og klarere innhold. Fordi det ikke engang er en rettslig standard, vil det heller ikke være noe genuint rom for rettsavklaring. Høyesteretts dommere har dessuten ingen særlig innsikt i menneskelige behov som gjør dem til naturlige forbilder for andre rettsanvendere ved praktiseringen av standarden. Slik sett er det mer naturlig å sammenligne Høyesteretts uttalelser om barnets beste med deres uttalelser om bevisvurdering, enn med deres uttalelser om tolkningssspørsmål.²²⁾ Slik en bevisvurdering ikke blir rasjonell fordi den samsvarer med en av Høyesteretts vurderinger, blir en vurdering av hva som er til et barns beste, heller ikke god bare fordi den bruker en av Høyesteretts vurderinger som et forbilde. Men dette er ikke noe nytt. Jeg mener det samsvarer godt med den hyppig siterte uttalelsen fra Høyesterett i Rt. 1991 s. 557, om at slike avgjørelser må «bero på en samlet og konkret vurdering av de krys-sende hensyn», og at det bare «i begrenset utstrekning [kan] oppstilles generelle prinsipper om hvordan disse hensyn skal avveies mot hverandre».²³⁾ Jeg leser dette som en

22) Om betydningen av Høyesteretts uttalelser om bevisvurdering, se Markus Jerkø, *Bevisvurderingens rettslige rammer – Bevistema, bevisbyrde, beviskrav*, Oslo 2017, s. 411–417.

23) Rt. 1991 s. 557, på s. 562.

ydmåk erkjennelse av at vurderinger av barnets beste kan være så mangefasetterte og komplekse at det verken er mulig eller ønskelig at Høyesterett presenterer en oppskriftsmessig løsning. Men dette medfører ikke at Høyesterett ikke har en viktig rolle å spille. De både kan og bør gripe inn for å korrigere andre rettsanvendere som ikke anvender standarden korrekt, og de bør også spille en rolle som et forbilde for andre rettsanvendere, gjennom å formidle egne, grundige og samvittighetsfulle, konkrete og menneskelige vurderinger av hva som er til et barns beste.

4. *Forståelsen av «barnets beste» som en menneskelig standard blir for subjektiv.* Hvis «barnets beste» ikke har et selvstendig rettslig innhold, kan det hevdes at vurderingen etter standarden vil bli altfor subjektiv. Som under den forrige innvendingen, må jeg understreke at dette i så fall ikke er noe nytt. Det er i samsvar med oppfatningen om at vurderingen må foretas konkret, og at det i liten grad lar seg gjøre å oppstille generelle prinsipper om avveiningen av de ulike hensyn. Men jeg tror uansett at ordet «subjektiv» ikke er dekkende for den vurderingen som skal foretas. I Rt. 2001 s. 14 vises det til at vurderingen vil bero på «generelle erfaringssetninger», og at slike generelle betraktninger vil måtte «suppleres med spesifikke og individuelle forhold».²⁴⁾ Både de generelle erfaringssetningene og kunnskapen om spesifikke og individuelle forhold kan bygge på psykologisk fagkunnskap. Men for øvrig bør vurderingen bygge på det jeg innledningsvis i dette punktet omtalte som «en medmenneskelig erfaring av hva som er allmenne menneskelige behov». Jeg tror dette blir klarere når man ser nærmere på konkrete vurderinger av barnets beste. De dreier seg ikke om hva som er det best tenkelige liv for et barn, men gjerne om oppfyllelsen av helt grunnleggende behov, slik som behovet for omsorg, trygghet, stabile rammer og gode relasjoner til voksne.²⁵⁾ Og det er klart at en omsorgsfull forelder er bedre enn en avvisende forelder, mer trygghet er bedre enn mindre trygghet, og så videre. Det er ikke noe stort subjektivt innslag i disse underordnede vurderingene. Når det skal foretas en samlet vurdering av hva som, alt tatt i betraktning, er til det beste for et barn, kan det selvsagt oppstå tvil, og da er det vanskelig å komme utenom et subjektivt element. Men det avgjørende etter en menneskelig vurdering bør ikke være hva man selv føler er riktig. Det bør i stedet være en vurdering som tar innover seg barnets fulle livssituasjon, og som på en medmenneskelig måte forsøker å avgjøre hva som er til det beste for dette konkrete barnet, med disse konkrete foreldrene, i denne konkrete situasjonen.

24) Rt. 2001 s. 14, på s. 23.

25) Slik også Trude Haugli, «Hensynet til barnets beste», s. 71.

5 NÅR RETTEN TAPER SITT MENNESKELIGE ANSIKT

«He had always been kind, loyal and kind, and kindness, the Family Division daily proved, was the essential human ingredient. She had the power to remove a child from an unkind parent and she sometimes did. But remove herself from an unkind husband? When she was weak and desolate? Where was her protective judge?»

(Ian McEwan, *The Children Act*)

Saker om omsorgsovertakelse og samvær mellom foreldre og barn, og særlig de som involverer helt unge barn, må være blant de mest krevende en dommer kan oppleve, så vel faglig som emosjonelt. Det hviler et stort ansvar på skuldrene til en dommer som får i oppgave å bestemme over skjebnen til en familie, og som skal avgjøre om båndene mellom barn og foreldre skal opprettholdes, eller om de skal brytes av hensyn til barnets beste.

I møtet med en slik oppgave kan det være fristende å holde menneskeskjebnene på en armlengdes avstand, og å skyve ansvaret fra seg ved å søke tilflukt i formalistiske, juridiske resonnementer. Dette er det ikke rom for i vurderinger av barnets beste. Det grunnleggende hensynet til barnets beste må leses bokstavelig, og det krever at dommere er i stand til å ta inn over seg hele barnets historie og situasjon, og at de foretar en konkret, menneskelig vurdering av hva som er til det beste for nettopp dette barnet som står foran dem.

De kan med fordel låne øre til det synet på dommeren som fremkommer i sitatet over, fra Ian McEwans roman *The Children Act* (*Barneloven*, i norsk oversettelse). Der tegnes et bilde av dommeren som en beskytter av de svake, og som en som setter de humane dydene høyest – omsorg, vennlighet, nestekjærlighet. Om dommere ikke lever opp til denne yrkesbeskrivelsen, vil det ikke bare resultere i svake juridiske vurderinger, med potensielt store personlige omkostninger for berørte parter, men også i at retten taper sitt menneskelige ansikt.