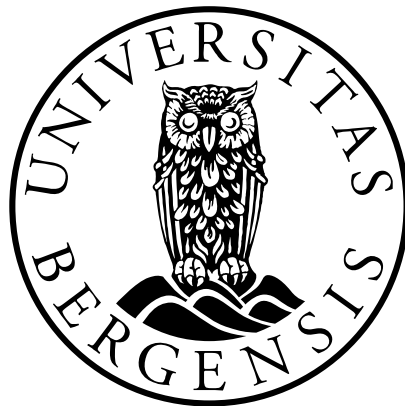


Grensen for barnevernets omsorg

Om barnevernets mulighet og plikt til å hjelpe barn som opplever omsorgssvikt utenfor familien på reiser utenfor Norge

Kandidatnummer: 47

Antall ord: 14977



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

[10. desember 2020]

Innholdsfortegnelse

1.0 Innledning	3
1.2 Oppgavens oppbygning	4
2.0 Barnevernets hjemler i barnevernloven til tiltak utenfor Norge	5
2.1 Barnevernloven § 1-2	5
2.2 Barnevernloven § 4-24	6
2.3 Barnevernloven § 4-12	7
2.3.1 Bokstav a	7
2.3.2 Bokstav b	10
2.3.4 Bokstav c	11
2.3.5 Bokstav d	14
2.3.6 Barnevernloven § 4-12 andre ledd	15
3.0 Barnevernloven § 4-12 i lys av menneskerettighetene	17
3.1 Barnevernloven må praktiseres i tråd med EMK artikkel 8 om retten til familieliv	18
3.2 Barnevernloven må praktiseres i tråd med Barnekonvensjonen	20
3.2.1 Bruk av barnekomiteens uttalelser i norsk rett	21
3.2.2 Bruk av EMDs forståelse av Barnekonvensjonen som rettskilde	24
3.2.3 Barns rett til en voldsfri barndom etter Barnekonvensjonen	26
3.2.4 Artikkel 19 og retten til familieliv	28
3.3 Retten til utdanning	29
3.3.1 Retten til utdanning i EMK	29
3.3.2 Retten til utdanning i Barnekonvensjonen	31
3.3.3 Sammenlikning av retten til utdanning	33
4.0 Sikreplikten	33
4.1 Sikreplikten etter norsk rett	33
4.2 Sikreplikten i EMK	37
4.3 Sikreplikten etter Barnekonvensjonen	40
4.3.1 Wienkonvensjonen om tolkning av traktater	40
4.3.2 Barnekonvensjonens formål	41
4.3.3 Barnekonvensjonen artikkel 2	43
4.3.4 Barnekonvensjonen artikkel 4	44
4.3.5 Sikreplikten i saker om vold mot barn	47
5.0 Avslutning	48
Litteraturliste	52

1.0 Innledning

Oppgaven drøfter barnevernets mulighet og plikt til å hjelpe barn som opplever omsorgssvikt utenfor familien i forbindelse med opphold i utlandet. Oppgaven avgrenses til å ta for seg barn som oppholder seg utenfor virkeområdet av Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children, (entered into force 1. January 2002) (heretter Haagkonvensjonen 1996). Jurisdiksjonsspørsmålet over barn reguleres av Haagkonvensjonen 1996 og avgrensningen er gjort fordi området utenfor dens virkeområdet er mer uregulert.

Hvert år blir flere norske barn og barn med oppholdstillatelse i Norge sendt på koranskoler rundt om i verden. Ofte til land med dårligere materielle kår og velferdssystem enn i Norge. Enkelte begrunnelser er gjentakende som for eksempel at det handler om barnets oppførsel og at de har blitt for vestlige, eller om foreldres ønske om å gi barna sine en fullverdig innføring i sin opprinnelige kultur og religion.¹ Barn som blir sendt på koranskoler i utlandet illustrerer godt problemstillingen i oppgaven og vil derfor bli brukt som tema for å drøfte flere av spørsmålene som dukker opp underveis.

Mange av barna som blir sendt fra Norge på koranskoler i utlandet blir sendt til Somalia.² Somalia har ikke undertegnet Haagkonvensjonen 1996,³ men har undertegnet Barnekonvensjonen. De siste årene har barna som kommer hjem fra koranskoler i Somalia fått stort mediefokus fordi mange av dem forteller om svært vanskelige forhold som fattigdom, grov vold og overgrep. Somalia skriver i sin rapport til Barnekomiteen mye om utfordringer som knytter seg til problemstillingen og rapporterer tydelig om utfordringene de har om å sikre barns rettigheter. Oppgaven vil derfor i stor grad fokusere på barna som

¹ Anja Bredal m.fl., «Det var ikke bare en ferie» rapport fra ekspertgruppe om unge som etterlates i utlandet mot sin vilje, 19. mars 2020, regjeringen.no, side 56-62

² Anja Bredal m.fl., «Det var ikke bare en ferie» rapport fra ekspertgruppe om unge som etterlates i utlandet mot sin vilje, 19. mars 2020, regjeringen.no, side 36

³ Haagkonvensjonens hjemmesider, oversikt over medlemsland. <https://www.hcch.net/en/states/hcch-members>, hentet 3. oktober 2020

blir sendt på koranskoler i Somalia og hva slags muligheter og plikter barnevernet har til å hjelpe dem.

I de tilfellene hvor foreldre samarbeider med barnevernet om å få barnet hjem, behøves det ikke tvangshjemmel for barnevernet til å kunne bidra. Spørsmålet om jurisdiksjon innenfor andre lands territorier blir i så tilfelle ikke aktuelt fordi foreldrene kan bestemme over egne barn også i utlandet. Foreldre er derimot ikke alltid samarbeidsvillige i en situasjon der de har sendt barna sine vekk fordi de mener det er det beste for dem. Jurisdiksjonsspørsmålet og barnevernets plikt til å hjelpe barn innenfor et annet lands territorium kommer på spissen i slike tilfeller. Oppgaven begrenses derfor til å omhandle tilfeller hvor samtykke ikke foreligger fra foreldrenes side.

1.2 Oppgavens oppbygning

Inngrep i familielivet krever hjemmel i norsk lov jf. Lov 17. mai 1814 Kongerike Norges Grunnlov (Grunnloven) § 113. For å besvare hjemmelspørsmålet, med de rammene som fremgår overfor, omhandler oppgavens andre del barnevernets mulighet å til å hjelpe disse barna i henhold til norsk lov.

Den tredje delen av oppgaven omhandler Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4. november 1950 (Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen, heretter EMK) og Convention on the Rights of the Child 20. november 1989 (entered into force 2. september 1990)(Barnekonvensjonen) sine bidrag til å fastlegge det nærmere innholdet i Lov 1992 nr. 100 om barneverntjenester (barnevernloven). I forbindelse med spørsmålet om barnevernet har hjemmel til å gjøre tiltak for å hjelpe de aktuelle barna, er det spesielt to rettigheter som aktualiserer seg; retten til utdanning og retten til en voldsfri barndom.

Under del tre er det spesielt to metodiske problemstillinger som har fått plass i oppgaven. Disse problemstillingene handler om hvordan Barnekomiteens generelle kommentarer kan brukes for å fastlegge det nærmere innholdet i norske rettsregler og vekten av

tolkningsresultatene Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (heretter EMD) kommer med når de tolker Barnekonvensjonen.

I oppgavens fjerde del skal jeg vurdere barnevernets plikt til å hjelpe barna som opplever omsorgssvikt utenfor familien i forbindelse med opphold i utlandet. I denne delen av oppgaven er ordlyden i den norske lovteksten klar. Derfor bruker jeg sikreplikten i EMK og Barnekonvensjonen til å vurdere om plikten stemmer overens i de tre rettssystemene. Denne plikten knyttes da opp til retten til utdanning og retten til en voldsfri barndom.

Avslutningsvis sammenliknes funnene som er gjort og belyser de utfordringene i rettskildematerialet som er avdekket.

2.0 Barnevernets hjemler i barnevernloven til tiltak utenfor Norge

Inngrep i familielivet krever hjemmel i norsk lov jf. Grunnloven § 113. Spørsmålet er derfor hvilke tiltak barnevernloven hjemler når barnet ikke er i Norge.

2.1 Barnevernloven § 1-2

Barnevernloven fremgår av § 1-2 andre ledd første punktum hvor det står at «[f]or barn som har vanlig bosted i riket, men som oppholder seg i en annen stat, gjelder §§ 4-12 og 4-24».

Tidligere gjaldt loven kun for dem som oppholdt seg i riket. Barnevernlovens virkeområde ble utvidet til også å gjelde utenfor Norge i 2016 i forbindelse med implementeringen av Haagkonvensjonen 1996. Konvensjonen søker blant annet å løse internasjonale barnefordelingssaker og barnebortføringer. Det følger av forarbeidene til barnevernloven at «Endringene i § 1-2 vil også komme til anvendelse i saker med tilknytning til en stat som ikke har sluttet seg til Haagkonvensjonen 1996».⁴

I vilkåret at det må være tale om «barn» ligger det at vedkommende må være under 18 år jf. barnevernloven § 1-3 første ledd. Barnevernet kan også på nærmere bestemte vilkår fatte

⁴ Prop. 102 LS (2014-2015) kap. 13.

vedtak overfor personer som har fylt 18 år. Dette bygger da på samtykke fra vedkommende, såfremt det ikke er vedtak etter barnevernloven §4-24 tredje ledd. Fordi det er samtykkebasert faller denne problemstillingen utenfor oppgavens problemstilling og blir derfor ikke drøftet.

Barnet må «oppholde seg i en annen stat» for at andre ledd skal komme til anvendelse, som utelukker opphold både i Norge og på Svalbard.⁵ At barnet må ha «vanlig bosted i riket» sikter til en spesifikk vurdering som i utgangspunktet er hjemlet i Haagkonvensjonen av 1996. Av forarbeidene til barnevernslovens endring i 2016 fremgår det at formuleringen «vanlig bosted i riket» strammer fra konvensjonens formulering «habitual residence».⁶ Begrepet beskrives som

«autonomt og den konkrete vurderingen vil blant annet måtte ta hensyn til konvensjonens formål og sammenhengen vurderingen foretas i. Siden hensynet til rettsenhet og forutberegnelighet er viktig, vil det også være relevant å se hen til hvordan begrepet tolkes i andre konvensjonsstater. Det vil være av avgjørende betydning for vurderingen hvor personen faktisk bor «til vanlig»».⁷

Det legges derfor til grunn at begrepet «vanlig bosted» jf. barnevernloven § 1-2 samsvarer med Haagkonvensjonens «habitual residence». Spørsmålet er om det også kan foretas en utvidende tolkning ved spesielle tilfeller hvor hensynet til barnet krever det, for eksempel hvis barnet oppholder seg i en stat uten et fungerende barnevern. Imidlertid foreligger det ikke praksis som tilsier at det kan foretas en utvidet anvendelse av barnevernloven § 1-2. Ut fra hensynet til en enhetlig folkerett vil en slik tilnærming også kunne være uheldig.

2.2 Barnevernloven § 4-24

⁵ FOR-1995-09-01-772 § 2 jf. bvl. §1-2 tredje ledd

⁶ Prop. 102 LS (2014-2015) pkt. 3.3.1

⁷ Prop.102 LS (2014-2015) pkt. 3.3.1

Det ene tiltaket med hjemmel for utvidet jurisdiksjon gjelder saker etter barnevernloven § 4-24. Med hjemmel i barnevernloven § 1-2 kan barnevernet vedta tilbakehold eller plassering på institusjon etter barnevernloven § 4-24 når barnet befinner seg i utlandet. Av bestemmelsen fremgår at

«Et barn som har vist alvorlige atferdsvansker

- ved alvorlig eller gjentatt kriminalitet,
- ved vedvarende misbruk av rusmidler eller
- på annen måte

kan uten eget samtykke eller samtykke fra den som har foreldreansvaret for barnet, plasseres i en institusjon for observasjon, undersøkelse og korttidsbehandling i opptil fire uker, eller i den kortere tid som er fastsatt i vedtaket. Ved nytt vedtak kan plasseringstiden forlenges med opptil fire nye uker»

Tilbakehold eller plassering utløses i bestemmelsen ved forhold på barnets side som kvalifiserer til inngrep i omsorgen for barnet. Det hender at foreldrenes beslutning om å sende barna på opphold i utlandet er begrunnet i barnets oppførsel. Men i de tilfeller hvor barn er sendt av sine foreldre på utdanningsopphold i utlandet, er det ikke barnets oppførsel som er gjenstand for diskusjon. Spørsmålet for barnevernet i den sammenheng er om utsendelsen utgjør en omsorgssvikt fra foreldrenes side. Dermed vil barnevernloven § 4-24 ikke gjøre seg gjeldende for de tilfellene denne oppgaven tar for seg.

2.3 Barnevernloven § 4-12

Det andre tilfellet med utvidet jurisdiksjon etter barnevernloven § 1-2 andre ledd er omsorgsovertakelse, barnevernloven § 4-12. Villkårene for omsorgsovertakelse etter barnevernloven § 4-12 fremgår av bestemmelsens første og andre ledd. Disse skal nå gjennomgås for å nærmere avklare når barnevernet har mulighet til å foreta omsorgsovertakelse av barn som befinner seg i utlandet.

2.3.1 Bokstav a

Det fremgår av barnevernloven § 4-12 første ledd bokstav a at

«Vedtaket om å overta omsorgen for et barn kan treffes

a) dersom det er alvorlige mangler ved den daglige omsorg som barnet får, eller alvorlige mangler i forhold til den personlige kontakt og trygghet som det trenger etter sin alder og utvikling,»

De to hovedelementene i ordlyden er at det må foreligge alvorlige mangler enten i barnets «daglige omsorg» eller «personlige kontakt og trygghet». Ordlyden av «daglig omsorg» peker på de grunnleggende behov som mat, klær, skolegang og annet grunnleggende fysiske og praktiske omsorgsbehov et barn måtte ha. Vilkåret mangler ved «personlige kontakt og trygghet» tyder på at det skal gjøres en individuell vurdering av barnets sårbarhet og mentale helse.

For begge disse alternativene må det foreligge «alvorlige mangler». I dette ligger det at barnet ikke får noe det behøver, og at disse manglene må være tilstrekkelig graverende.

Av forarbeidene til barnevernloven § 4-12 fremgår det at

«Disse ordene dekker forøvrig ofte de samme forhold, og det er ikke grunn til å ta standpunkt til når det ene og når det andre ord representerer det riktige alternativ.

Det som omfattes av begrepene er for det første de tilfelle hvor det foreligger en følelsesmessig avvisning av barnet eller en situasjon hvor foreldrene faktisk ikke er i stand til å dekke barnets kontaktbehov. Dernest dekker uttrykksmåten tilfelle hvor tvang eller vold i hjemmet skaper fysisk eller psykisk utrygghet. Utrygghet kan også skapes gjennom psykiske lidelser hos foreldrene som igjen påvirker barnet. [...]».⁸

Det forutsettes i forarbeidene at det er foreldrene som har den daglige omsorgen for barnet. De barna det skrives om i denne oppgaven bor i utlandet uten familien sin, og derfor ikke

⁸ Ot.Prp. nr. 44 (1991-1992) s. 110

hjemme med sine foreldre. Derfor må det vurderes om regelen i bokstav a) også gjelder for dem.

Det fremgår av barnevernlovens formålsparagraf § 1-1 at

«Loven skal sikre at barn og unge som lever under forhold som kan skade deres helse og utvikling, får nødvendig hjelp, omsorg og beskyttelse til rett tid. Loven skal bidra med at barn og unge møtes med trygghet, kjærlighet og forståelse og at alle barn og unge får gode og trygge oppvekstvilkår».

Barns behov for et trygt hjem er like viktig for dets utvikling når det ikke bor med sine biologiske foreldre. Det finnes det flere ulike familikonstruksjoner med steforeldre som kanskje ikke sitter med et formelt foreldreansvar, besteforeldre som kan ha omsorgen fordi foreldrene ikke lever, eller som denne oppgaven konsentrerer seg om, foreldrene kan ha satt vekk den daglige omsorgen til utdanningsinstitusjoner utenfor Norge. Det at forarbeidene spesielt fokuserer på foreldrereelasjonen og foreldrenes omsorgsevne, burde i lys av formålsparagrafen ikke ansees som en indikasjon på at bestemmelsen må forstås innskrenkende. Forarbeidene kan derfor ikke tas til inntekt for at barnet må være i foreldrenes omsorg for at omsorgsovertakelse skal være aktuelt etter bokstav a). Sett i lys av formålsparagrafen må derfor spørsmålet barnevernet har mulighet til å gjøre omsorgsovertakelse bero på konsekvensene av foreldrenes valg om å sende barnet til utlandet alene, og ikke spørsmål om hvem barnet bor med.

I dommen *HR-2020-00662-S* var spørsmålet om mor og far hadde tilstrekkelig omsorgsevne hver for seg eller sammen, til å gi tilstrekkelig omsorg til datteren. Dommen ble avsagt i storkammer og har kommet etter nye presiseringer fra EMD på barnevernsområdet. Vurderingen ble gjort med hjemmel i barnevernloven § 4-12 bokstav a). I forbindelse med å fastlegge det nærmere vurderingstemaet uttalte høyesterett i dommens avsnitt 80 at

«Spørsmålet er imidlertid om mor og far evner å gi barnet forsvarlig omsorg. Avgjørende vil være hvilket omsorgsbehov barnet har, og om foreldrene – hver for seg eller i fellesskap – kan fylle behovet på en forsvarlig måte.».

Forsvarlighetskravet synes etter dommen å være relativt utfra barnets behov. Dette ble bekreftet i en senere dom hvor Høyesterett fastslo at spesielle eller utfordrende omsorgsbehov skjerper kravene til omsorgshavers omsorgsevne.⁹ Det er i tråd med ordlyden hvor det presiseres at barnets behov må vurderes etter «sin alder og utvikling» jf. barnevernloven §4-12 bokstav a). Det å sende barn ut av landet og langt vekk fra sine kjente omgivelser vil kunne skape alvorlige emosjonelle problemer. Spesielt hvis barnet opplever traumer som vold eller likende under oppholdet. Denne type forhold kan utløse et slikt spesielt omsorgsbehov, som skjerper kravet til forsvarlig omsorg.

2.3.2 Bokstav b

Etter barnevernloven § 4-12 første ledd bokstav b) kan det fattes vedtak om omsorgsovertakelse

«b) dersom foreldrene ikke sørger for at et sykt, funksjonshemmet eller spesielt hjelpetrengende barn får dekket sitt særlige behov for behandling og opplæring,»

Ordlyden peker på en handlingsplikt foreldrene har til å sørge for tilstrekkelig hjelp for et barn med spesielle behov. Fordi ordlyden er vag om hva slags funksjonshemmelser som omfattes og hjelp barnet trenger, synes ordlyden å åpne for at alt fra atferdsvansker, psykiske lidelser og fysiske lidelser vil kunne falle inn under bestemmelsen. En slik forståelse vil også være i tråd med barnevernlovens formålsparagraf hvor det fremgår at formålet er å sikre trygge oppvekstvilkår for «alle barn».

Det fremgår av forarbeidene til bestemmelsen at «spesielt hjelpetrengende» barn sikter på barn «som på grunn av påkjenninger det har vært utsatt for i familien eller miljøet, har et særlig behov for trygghet og stimulering»¹⁰. Dette innebærer at alternativet omhandler fysiske eller psykiske utfordringer som følge av ytre faktorer.

⁹ HR-2020-1788-A avsnitt 41

¹⁰ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) del 4, kapittel 4, punkt til 4-12

Regelen i bokstav b) synes å omfattes av det som fremgår av bokstav a). Likevel kan det tenkes at bokstav b) senker terskelen for omsorgsovertakelse dersom foreldre ikke har tilstrekkelig omsorgsevne overfor barn som har et spesielt skjerpet behov for konkret eller kontinuerlig oppfølging. I land med dårligere materielle kår vil det kunne gå spesielt ut over hjelpetrengende barn fordi det krever et bedre støtteapparat for å kunne hjelpe dem tilstrekkelig. Det at et funksjonshemmet eller spesielt hjelpetrengende barn derfor oppholder seg steder uten den nødvendige oppfølgingen vil følgelig kunne påvirke muligheten for omsorgsovertakelse etter denne bestemmelsen.

Det fremgår av forarbeidene til § 4-12 at «[a]lternativet kan nok sies å overlape bokstav a fordi denne gruppe kan sies å ha et særlig behov for kontakt og trygghet. Det synes imidlertid vanlig å nevne denne gruppe ved siden av de som er funksjonshemmet i tradisjonell forstand.»¹¹ I en del tilfeller vil både altså bokstav a) og b) kunne brukes som hjemmel for omsorgsovertakelse for de samme tilfellene.

2.3.4 Bokstav c

Etter barnevernloven § 4-12 første ledd bokstav c) kan det fattes vedtak om omsorgsovertakelse

c) dersom barnet blir mishandlet eller utsatt for andre alvorlige overgrep i hjemmet, [...]»

Ordet «mishandlet» peker på gjentakende eller svært grove tilfeller av fysisk eller psykisk vold. Ordet favner bredt og kan både sikte til tilfeller i hele spekteret mellom neglisjering og seksuelle overgrep. Ordlyden av «andre alvorlige overgrep» er også et vidt begrep som synes å sikte til et bredt spekter av ulike former for uverdigg behandling av barn.

Det fremgår av forarbeidene at bestemmelsen «gjelder når foreldrene gjør seg skyldig i barnemishandling eller andre alvorlige (fysiske) overgrep i hjemmet. Det siste alternativ

¹¹ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) del 4, kap. 4, punkt til 4-12

omfatter blant annet seksuelle overgrep.»¹² Forarbeidene gir altså uttrykk for at «mishandling» og «overgrept» sikter på fysiske krenkelser, hvor siste alternativ også omfatter krenkelser av seksuell karakter.

I dommen *HR-2019-01675-A* var saken at en 13 år gammel jente hadde dødd av avmagring i forbindelse med en anoreksi-diagnose. Moren hennes hadde ikke tatt i mot sterkt anbefalt behandling av jenta, men tatt henne med til en hytte i Valdres slik at jenta skulle få tilstrekkelig hvile, slik moren mente datteren trengte. På hytta var det kun moren som så til jenta, som døde uten at det ble tilkalt helsehjelp før døden inntraff. Mor var tiltalt for grov mishandling etter Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven) §283 jf. §282. I sammenheng med at retten skulle nærmere presisere meningsinnholdet i begrepet «mishandler» i straffeloven §282 uttalte retten at «Forarbeidenes henvisning til barnevernloven §§ 4-10 og 4-12 må forstås i sammenheng med påpekningen av at unnlattelse av å gi stell og pleie kan være en form for mishandling».

Ordlyden må forstås på samme måte i barnevernloven fordi gjentakende, langvarig eller grove tilfeller av unnlattelse av stell og pleie kan være svært graverende i et barns hverdag. Dommen illustrerer at mishandlingsbegrepet ikke beskriver en bestemt handlemåte, men at det må være kvalifisert alvorlig eller gjentakende for å kunne defineres som «mishandlet».

Det fremgår av Somalias rapport til Barnekomiteen mottatt 16. september 2019 at mange barn opplever ulike former for omsorgssvikt, også i skolesystemet, det private så vel som det offentlige. Om dette skriver de i sin rapport at

«[s]exual abuse and other forms of sexual violence are common in conflict zones such as Somalia. Unfortunately children are also victims as they face sexual abuse at home and within their communities including learning institutions”¹³.

¹² Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) del 4 kapittel 4, punkt til § 4-12

¹³ Somalias rapport til barnekomiteen, CRC/C/SOM/1 (2019), avsnitt 159

Risikoen for alvorlige overgrep øker i følge rapporten spesielt når barna er separert fra sine foreldre.¹⁴ Slike tilfeller kan kvalifisere til omsorgsovertakelse etter barnevernloven § 4-12 bokstav c).

Bokstav c) krever imidlertid at mishandlingen må skje «i hjemmet». En vanlig språklig forståelse av vilkåret, er at det viser til der barnet bor til vanlig. Sett i sammenheng med jurisdiksjonshjemmelen i barnevernloven § 1-2 andre ledd, vil en slik forståelse av bokstav c) innebære at bestemmelsen ikke gjelder for barn som er på koranskoler i utlandet, men som til vanlig bor i Norge. Spørsmålet er derfor om vilkåret kan forstås annerledes.

Det følger som nevnt av formålsparagrafen til barnevernloven, § 1-1, at loven er ment å gi nødvendig hjelp til de barna som trenger det. Om vilkåret «i hjemmet» tolkes slik at det må samsvare med der barna bor «til vanlig» slik det fremgår av jurisdiksjonshjemmelen, kan dette innsnevre virkeområdet til bokstav c) slik at barn ikke får nødvendig hjelp på midlertidige bosteder. Dette går ikke bare utover barn som blir sendt på koranskoler i utlandet, men vil da også ekskludere dem som for eksempel bor midlertidig i beredskapshjem. Det må ut fra formålsparagrafen være klart at loven ikke er ment å tolkes på den måten.

Det fremgår av Grunnloven § 104 andre ledd at «Ved handlinger og avgjørelser som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn». Hensynet til barnets beste vil i denne sammenheng være at alle barn i så stor utstrekning som mulig skal beskyttes mot mishandling og overgrep. Det avgjørende må være at foreldrene har satt barnet i en situasjon hvor de blir utsatt for vold. Det må derfor til grunn at vilkåret «i hjemmet» betyr der barnet bor til enhver tid.

Også for bokstav c) vises det til i forarbeidene at det antas at de tilfeller som faller inn under bokstav c) også vil kunne plasseres under bokstav a) eller b).¹⁵ Fordi rettsvirkningen vil være den samme, er det trolig ikke viktig hvilket alternativ en argumenterer under. Dette gjenspeiles i rettspraksis ved at det ikke er funnet noen høyesterettsdommer hvor bokstav c)

¹⁴ Somalias rapport til barnekomiteen, CRC/C/SOM/1 (2019), avsnitt 163 og 190

¹⁵ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) del 4, kapittel 4, punkt til 4-12

har aktualisert seg som eneste alternativ. Dersom en blir fratatt omsorgen for barnet sitt med hjemmel i bokstav c) vil dette være et svært tyngende faktum. Det strafferettslige beviskravet vil derimot ikke være til stede. Hvis vilkårene for omsorgsovertakelse er innfridd under et annet alternativ, vil det derfor være mindre belastende for familien som helhet.

Det vil imidlertid ikke være nødvendig å gå dypere i analysen av hva som omfattes av bokstav c) ettersom det antas at alle tilfeller som kvalifiserer til bokstav c) uansett vil omfattes av bokstav a). Bestemmelsen utvider derfor ikke barnevernets jurisdiksjon for de tilfellene der barn befinner seg i utlandet, enn det som allerede fremgår av alternativ a) og b). Da unngås også den nevnte problematikken i vilkåret at omsorgssvikten må skje «i hjemmet» og jurisdiksjonshjemmelen i barnevernloven § 1-2 med vilkåret «vanlig bosted».

2.3.5 Bokstav d

Etter barnevernloven § 4-12 første ledd bokstav d) kan det fattes vedtak om omsorgsovertakelse

d) dersom det er overveiende sannsynlig at barnets helse eller utvikling kan bli alvorlig skadd fordi foreldrene er ute av stand til å ta tilstrekkelig ansvar for barnet»

Ordlyden «overveiende sannsynlig at barnets helse eller utvikling kan bli alvorlig skadd» synes å sikte til alle situasjoner som omfattes av de øvrige alternativene, med en skjerpet sannsynlighet for at denne typen omsorgssvikt vil inntre.

Om beviskravet står det i forarbeidene at «[d]et er tilstrekkelig at det foreligger en slik skaderisiko på sikt og det er ikke nødvendig å dokumentere at de forhold som skaper en slik risiko allerede er til stede».¹⁶ I *HR-2020-2081-A* uttaler Høyesterett i avsnitt 43 at «En forelder har altså ikke rett til å beholde omsorgen for et barn hvis dette vil skade barnets helse og utvikling». Sett i sammenheng med beviskravet innebærer det at bestemmelsen gjør seg gjeldende dersom det er en fare for at barnet blir sendt på utdanningsopphold i

¹⁶ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) del 2, kapittel 4, punkt 4.11

utlandet mot sin vilje og det må påregnes at oppholdet skader barnets «helse eller utvikling».

Det må foreligge klar sannsynlighetsovervekt for at barnet tar skade av sin omsorgssituasjon «fordi foreldrene er ute av stand til å ta tilstrekkelig ansvar for barnet». Når foreldre har sendt barna sine på koranskoler i utlandet har de selv satt seg i den situasjonen at de ikke kan ivareta barnet dersom noe skulle skje. Det må derfor antas at denne bestemmelsen også vil kunne brukes for å hindre slik reise, dersom det må påregnes menneskerettighetsbrudd på skolen barnet blir sendt til. Kjernen i oppgaven omhandler barn som allerede befinner seg i utlandet og barnevernets mulighet til å forhindre reiser blir derfor ikke nærmere behandlet.

Bestemmelsen utvider barnevernets jurisdiksjon sammenliknet med de øvrige alternativene i barnevernloven § 4-12. Dette er fordi det ikke må påvises en skade som allerede er skjedd før barnevernet kan gripe inn, men det må foreligge en klar sannsynlighetsovervekt for at skaden skal inntreffe. Når barn befinner seg på utdanningsinstitusjoner i utlandet hvor det for eksempel er mer utbredt med bruk av disiplinær vold og det er sannsynlig at barnet vil ta skade av dette på sikt, vil altså ikke barnevernet måtte påvise at slike reaksjoner allerede har skjedd. De må kun påvise at det er overveiende sannsynlig at det kommer til å skje. Erfaring fra andre saker om enkelte utdanningsinstitusjoner vil trolig kunne gi hjemmel i bokstav d) til å gripe inn tidligere enn ved de øvrige alternativene. Fordi beviskravet er skjerpet og statenes rapporter til Barnekomiteen er generelt utformet, vil statsrapportene trolig ikke være tilstrekkelig bevisgrunnlag til å fatte vedtak om omsorgsovertakelse etter bokstav d).

2.3.6 Barnevernloven § 4-12 andre ledd

Nå er det gjort en gjennomgang av barnevernlovens jurisdiksjonshjemmel i § 1-2 andre ledd. Det tiltaket som aktualiserer seg for barn som opplever omsorgssvikt utenfor familien på opphold i utlandet var omsorgsovertakelse etter barnevernloven § 4-12 første ledd. Barnevernloven § 4-12 andre ledd stiller ytterligere vilkår før det kan vedtas

omsorgsovertakelse. Disse kravene gjelder også for barn i utlandet, og skal derfor kort gjennomgås.

Det fremgår av barnevernloven § 4-12 andre ledd at

«Et vedtak etter første ledd kan bare treffes når det er nødvendig ut fra den situasjon barnet befinner seg i. Et slikt vedtak kan derfor ikke treffes dersom det kan skapes tilfredsstillende forhold for barnet ved hjelpetiltak etter § 4-4 eller ved tiltak etter § 4-10 eller § 4-11.»

Ordlyden «nødvendig ut fra den situasjonen barnet befinner seg i» peker på at det her ligger en stor skjønnsmargin hvor de konkrete omstendigheter må vurderes i hvert enkelt tilfelle. Det kan derfor vanskelig oppstilles generell terskler for når det er «nødvendig» med omsorgsovertakelse.

Det fremgår av forarbeidene til barnevernloven § 4-12 at det er barnets aktuelle situasjon som skal være det avgjørende for om omsorgsovertakelse er «nødvendig».¹⁷

Omsorgsovertakelse vil imidlertid ikke være nødvendig dersom situasjonen kan avhjelpest på andre måter. Om dette står det i forarbeidene at «[r]ammen for første ledd blir for øvrig nærmere avgrenset ved bestemmelsen i annet ledd om at det som regel først skal gjøres forsøk med hjelpetiltak. Disse kriterier vil bidra til at ansvarsovertakelse ikke brukes i utrensmål»¹⁸. Dette er en presisering av nødvendighetsvilkåret, og det ligger i dette en antakelse at dersom barnevernet klarer å hjelpe barnet i sitt eget hjem, vil det som utgangspunkt alltid være til barnets beste.

At det skal vurderes andre tiltak før omsorgsovertakelse iverksettes er interessant i relasjon til spørsmålet om barnevernets jurisdiksjon i utlandet. Regelen har sammenheng med hovedregelen om at en alltid skal bruke den minst mulige inngripende tvangshjemmelen.¹⁹ Det fremgår klart av barnevernloven § 1-2 andre ledd at det kun er tiltak etter

¹⁷ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) del 4, kapittel 4, punkt til § 4-12

¹⁸ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) del 4, kapittel 4, punkt til § 4-12

¹⁹ HR-2020-2081-A avsnitt 37

barnevernloven §§ 4-12 og 4-24 som er hjemlet dersom barnet befinner seg utenfor riket. Barnevernet har altså ikke hjemmel til å foreta andre midlere tvangstiltak. I de tilfeller hvor barnet befinner seg i en stat uten et fungerende barnevern er blir dette spesielt problematisk. Spørsmålet i den sammenheng er om terskelen for omsorgsovertakelse er lavere i de tilfelle hvor barnet befinner seg i en situasjon som beskrevet overfor.

Det at barnevernet er avskåret sin mulighet for å gripe inn på andre måter enn ved omsorgsovertakelse vil kunne påvirke vurderingen av hvor sårbar «situasjonen barnet befinner seg i» er jf. barnevernloven § 4-12 andre ledd. Om sitt eget barnevern uttaler Somalia i sin rapport til Barnekomiteen at de før borgerkrigen brøt ut i 1991 hadde et godt etablert barnevern og rettsstat hvor prinsippet om barnet var godt integrert. Alt dette brøt sammen med borgerkrigens opptog og det var grunnet denne at tradisjoner som omskjæring av jentebarn, barneekteskap, diskriminering mot jentebarnet og annen praksis som spesielt undertrykker dem fikk grobunn. Selv om den somaliske staten får bidrag internasjonalt til å hjelpe barn i nød, klarer de ikke dekke behovet.²⁰ Dette kan igjen medføre at vurderingen av hva som er «nødvendig» sett opp mot barnets situasjon, forandrer seg fordi det ikke er mulig å gjennomføre andre egnede tiltak. Det må derfor antas at terskelen for omsorgsovertakelse vil være lavere dersom barnet befinner seg et sted hvor det ikke finnes lokalt barnevern, eller hvor landet selv innrømmer at dette svikter.

3.0 Barnevernloven § 4-12 i lys av menneskerettighetene

Norsk rett er dualistisk.²¹ Dette innebærer at folkerettslige regler ikke kan påberopes for domstolene før de er inkorporert eller ratifisert i norsk rett.²² Norge har inkorporert både EMK og Barnekonvensjonen jf. Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) § 2. Selv om landene som er aktuelle for denne oppgaven, for eksempel Somalia, ikke har skrevet under EMK, skal Norges myndighetsutøvelse praktiseres i tråd med forpliktelsene etter EMK. Derfor må tolkningsbidrag og plikter fra EMK også behandles i denne oppgaven. Barnekonvensjonen er

²⁰ Somalias rapport til barnekomiteen, CRC/C/SOM/1 (2019), avsnitt 87-90

²¹ Morten Ruud og Geir Ulfstien, *Innføring i Folkerett*, 5. utg. Universitetsforlaget 2018, s. 55

²² Morten Ruud og Geir Ulfstien, *Innføring i Folkerett*, 5. utg. Universitetsforlaget 2018, s. 61

skrevet under av både Somalia og andre land som kunne vært aktuelle å ta for seg i denne oppgaven. Fordi barnevernloven også skal praktiseres i tråd med Barnekonvensjonen og denne er felles for både Norge og Somalia, må den nødvendigvis også den være med i analysen.

3.1 Barnevernloven må praktiseres i tråd med EMK artikkel 8 om retten til familieliv

Omsorgsovertakelse etter barnevernloven § 4-12 må praktiseres på en slik måte at den er i tråd med EMK artikkel 8.²³ Norge er forpliktet av EMK jf. menneskerettsloven § 3 og må derfor forholde seg til dens rammer når det foretas inngrep i familielivet, også når barnet oppholder seg i utlandet. Av EMK artikkel 8 fremgår det at

“Art. 8. Right to respect for private life 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 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.”

Her oppstilles et forholdsmessighetskrav som må innfortolkes i nødvendighetskravet i barnevernloven § 4-12 andre ledd. Bestemmelsen uttrykker retten til familieliv og at inngrep i dette må være lovmessig «necessary in a democratic society». Ordlyden peker på en høy terskel for å kunne gjøre inngrep i familielivet, ettersom det synes å måtte være demokratiske verdier som utfordres dersom staten ikke griper inn.

²³ HR-2020-2081-A avsnitt 39

EMK artikkel 8 er spesielt aktuell for Norge fordi EMD i senere tid har fått kommunisert mange saker om denne artikkelen og domfelt Norge i flere av dem.²⁴ I 2020 har den også vært til gjenstand for diskusjon i forbindelse med omsorgsovertakelse etter barnevernloven § 4-12 i saken *Hernehult mot Norge* [J] 2020, no. 14652/16. Saken dreide seg om omsorgsovertakelsen av tre søsken. I dommen uttaler EMD i avsnitt 61 at

«The general principles applicable to cases involving child welfare measures, including measures such as those at issue in the present case, are well-established in the Court's case-law, and were recently extensively set out in the case of *Strand Lobben and Others v. Norway* [GC], cited above, §§ 202-213, to which reference is made. For the purpose of the present analysis, the Court reiterates that regard to family unity and for family reunification in the event of separation are inherent considerations in the right to respect for family life under Article 8 of the Convention. (...)

Strand Lobben m.fl. mot Norge [GC] 2019 (37283/13) omhandlet tvangsadopsjon. Sitatet overfor bekrefter at de grundige avveiningene mellom familielivet og barnets beste som EMD gjorde i dommen *Strand Lobben m. fl. mot Norge* i avsnittene 202-203, også gjør seg gjeldende i spørsmål om omsorgsovertakelser.

Saken *Strand Lobben m.fl. mot Norge* var en storkammersak i EMD. I dommen oppsummeres gjeldende EMK-rett på barnevernsområdet. Der fremgår det at all forstyrrelse av familielivet ved å separere foreldre og barn er et brudd på EMK artikkel 8, med mindre det er i tråd med loven og nødvendig i et demokratisk samfunn.²⁵ Det er dette som må innfortolkes i nødvendighetskravet i barnevernloven § 4-12 andre ledd og som er interessant i denne sammenheng. Det utdypes videre

«[...] The notion of necessity further implies that the interference corresponds to a pressing social need and, in particular, that it is proportionate to the legitimate aim

²⁴ Blant annet *Strand Lobben m.fl. mot Norge* [GC] 2019 (37283/13); *Hernehult mot Norge* [J] 2020, no. 14652/16

²⁵ *Strand Lobben m.fl. mot Norway* [GC] 2019, No. 37283/13. avsnitt 202

pursued, regard being had to the fair balance which has to be struck between the relevant competing interests (ibid., § 181).»²⁶

Det er altså de til enhver tid gjeldende hensynene som skal balanseres på en rettferdig måte for at omsorgsovertakelse skal være i tråd med EMK artikkel 8.

Hensynet til barnets beste er grunnleggende også i EMK-retten.²⁷ Dette innebærer at dersom saken er alvorlig nok kan dette hensynet trumfe både barnet og foreldrenes rett til familieliv.²⁸ Alvorlige overgrep som kan henføres under barnevernloven bokstav c), kan være eksempler på dette. Når barnet er på opphold i utlandet separert fra sin familie, er ikke det daglige familielivet til stede. Det må derfor kunne antas at vernet om familielivet ikke gjelder med samme styrke.

EMD har også i flere sammenhenger uttalt at omsorgsovertakelse i utgangspunktet skal være midlertidig.²⁹ I sakene hvor barn blir sendt på koranskole i utlandet og opplever omsorgssvikt der, er det ikke i første omgang tale om omsorgsovertakelse for å fjerne barnet fra foreldrene, men for å fjerne barnet fra skolen. Likevel er det nødvendig å frata foreldrene omsorgen for å få barna fjernet fra situasjonen de befinner seg i dersom foreldrene selv ikke samtykker til dette. Omsorgsovertakelse for å fjerne barnet fra opphold på koranskole i utlandet synes derfor ikke å være i strid med utgangspunktet om midlertidighet.

Omsorgsovertakelse for å fjerne barn fra en situasjon der det pågår omsorgssvikt i utlandet synes derfor å være i tråd med EMK artikkel 8 om retten til familieliv.

3.2 Barnevernloven må praktiseres i tråd med Barnekonvensjonen

Barnekomiteen gir ut generelle kommentarer for å veilede medlemsstatene om hvordan Barnekonvensjonen skal tolkes og hvordan komiteen mener konkrete utfordringer løses på best måte i henhold til konvensjonen. Disse generelle kommentarene inneholder tolkninger

²⁶ Strand Lobben m.fl. mot Norway [GC] 2019, No. 37283/13 avsnitt 203

²⁷ Strand Lobben m.fl. mot Norway [GC] 2019, No. 37283/13 avsnitt 204 med videre henvisning til Neulinger and Shuruk v. Switzerland [GC], no. 41615/07, § 135, ECHR 2010

²⁸ Strand Lobben m.fl. mot Norway [GC] 2019, No. 37283/13 avsnitt 206 med videre henvisning til Sommerfeld v. Germany (GC) no. 31871/96, §64, ECHR 2003-VIII (extracts) and references therein

²⁹ Strand Lobben m.fl. mot Norway [GC] 2019, No. 37283/13. avsnitt 208

av barnekonvensjonen som er sentrale for å besvare spørsmålet om hvilke tolkningsbidrag barnekonvensjonen gir til barnevernloven. Det har betydning for hvordan vi forstår barnevernloven og derfor hvilken plikt og mulighet barnevernet har til å hjelpe barn som opplever omsorgssvikt utenfor familien på opphold i utlandet. Spørsmålet som reiser seg i denne sammenheng er hvordan barnekonvensjonen og tilhørende praksis fra barnekomiteens generelle uttalelser skal brukes i norsk rett.

3.2.1 Bruk av barnekomiteens uttalelser i norsk rett

Om generelle uttalelser fra menneskerettsorganer og resultatene av individklager fremgår det av forarbeidene til menneskerettsloven at «[d]et må sondres mellom betydningen slike uttalelser har for den stat de er rettet mot («rettskraftsvirkningen»), og betydningen for andre stater som er bundet av konvensjonen («rettskildenvirkningen»).»³⁰ For Barnekonvensjonens del blir det ikke behandlet individklager fra Norge, hvilket medfører at rettskraftsvirkningen av Barnekomiteens avgjørelser i saker mot Norge ikke er relevant for fastleggningen av innholdet i gjeldende norsk rett.

For rettskildenvirkningen av uttalelser når det er andre stater som er gjenstand for kontroll fremgår det av forarbeidene at det vil «ofte være helt selvfølgelig at praksis følges, fordi det er gjennom normene i konvensjonene; som ofte er utformet som allmenngyldige prinsipper, får et konkret innhold. Konvensjonsorganenes tolkninger av konvensjoner vil bl.a derfor som regel være rettskildedefaktor av betydelig vekt.»³¹ Det presiseres deretter at dette likevel kan bli problematisk dersom tilsynsorganets tolkning ikke stemmer med medlemsstatens forståelse av innholdet i traktaten.

Det fremgår ikke uttrykkelig av konvensjonsteksten til de aktuelle konvensjonene, ei heller av Vienna Convention on the law of treaties, 23. may 1969 (heretter Wienkonvensjonen), at

³⁰ Ot.prp.nr.3 (1998–1999), 12 Merknader til de enkelte bestemmelsene, Til § 3, Særlig om konvensjonsorganenes praksis, med videre henvisning til NOU 1993:18 side 88-89

³¹ Ot.prp.nr.3 (1998–1999), 12 Merknader til de enkelte bestemmelsene, Til § 3, Særlig om konvensjonsorganenes praksis, med videre henvisning til NOU 1993:18 side 88-89

slike uttalelser er folkerettslig forpliktende. Likevel kan de ikke ignoreres av medlemsstatene. Om dette skrives det i forarbeidene til menneskerettsloven at

«I utgangspunktet ligger det nær å si at konvensjonene er bindende med det innhold de kompetente internasjonale kontrollorganer har fastslått. Men dette må modifieres. Det kan ikke være slik at de nasjonale myndigheter må anse enhver tolkning som et hvilket som helst [sic] internasjonalt organ har fastslått, som bindende for seg (se *Opsahl* (1991) s 13). Antagelig må det sees hen til sammensetningen av det aktuelle organ (er medlemmene uavhengige og faglig godt kvalifisert?), om dets tolkning er uttrykk for en festnet oppfatning som med sannsynlighet vil bli lagt til grunn også i fremtiden, og om denne har fått bred aksept.»³²

Spørsmålet om folkerettslig plikt for vedkommende land til å rette seg etter de tolkninger «[s]om kommer frem i rapporter, anbefalinger o.l hvor det ikke er uttrykkelig foreskrevet at statene er rettslig bundet, kan neppe besvares generelt», men uttalelsene vil normalt tillegges betydelig vekt når nasjonale myndigheter tolker konvensjonen.³³ Om forskjellen mellom bindende uttalelser fra EMD og ikke bindende uttalelser fra andre håndhevelsesorganer, som for eksempel barnekomiteens generelle uttalelser, fremgår det av forarbeidene at dette er et prinsipielt skille uten tydelig praktisk betydning.³⁴

Det er mange nyanser som fremgår av forarbeidene til menneskerettsloven. De store linjene er likevel at skillet mellom praksis fra de bindende uttalelsene fra EMD og de ikke bindende uttalelsene fra FN-organene, er et prinsipielt skille som ikke skal ha praktisk virkning. Et eksempel på ikke bindende uttalelser fra FN-organene er barnekomiteens generelle kommentarer. Samtidig som rettskildevirkningen fra uttalelser fra begge typer organer (bindende og ikke bindende) og begge typer avgjørelser (generelle uttalelser og

³² NOU 1993:18 Lovgivning om menneskerettigheter, kapittel 6.3 Betydningen av konvensjonsorganenes praksis

³³ Ot.prp.nr.3 (1998–1999), 12 Merknader til de enkelte bestemmelsene, Til § 3, Særlig om konvensjonsorganenes praksis, med videre henvisning til NOU 1993:18 side 88-89

³⁴ Ot.prp.nr.3 (1998–1999), 12 Merknader til de enkelte bestemmelsene, Til § 3, Særlig om konvensjonsorganenes praksis, med videre henvisning til NOU 1993:18 side 88-89

individklager) beror på en tolkning hvor nasjonale myndigheter må vurdere om uttalelsen er uttrykk for en løsning som er en festnet oppfatning mellom medlemsstatene.

I *Rt. 2009 s. 1261* behandlet Høyesterett spørsmålet om hvordan de generelle uttalelsene fra Barnekomiteen skal vektlegges. Saken gjaldt en enslig mindreårig asylsøker til Norge. Det var usikkert hvordan omsorgsforholdene ville bli for ham dersom han ble sendt tilbake. I den forbindelse måtte Høyesterett nærmere vurdere innholdet i Barnekonvensjonen artikkel 3 som stadfester hensynet til barnets beste og artikkel 19 om forbudet mot vold mot barn. Av forarbeidene til endringene i barneloven³⁵ hadde departementet uttalt seg om vekten av barnekomiteen uttalelser som Høyesterett tok stilling til. Høyesterett uttalte i den forbindelse at

«[...] Det avgjørende vil likevel være hvor klart den må ansees å gi uttrykk for overvåkningsorganenes forståelse av partens forpliktelse etter konvensjonene. Særlig må man vurdere om uttalelsen må ses som en tolkningsuttalelse, eller mer som en tilrådning om optimal praksis på konvensjonens område. Dernest må man vurdere om uttalelsen passer på det aktuelle faktum og rettsområde. Dette siste er av særlig betydning ved generelle uttalelser som ikke er knyttet til enkeltsaker eller landrapporter, og som derfor ikke har vært gjenstand for dialog mellom komiteen og den berørte staten.»³⁶

Uttalelsen i *Rt. 2009 s. 1261* er senere fulgt opp i flere saker, blant annet *Rt. 2015 s. 1388/HR-2015-2524-P* avsnitt 150-151 hvor det fremgår at

«Om vekta av General Comments viser eg til det som er sagt i plenumsdommen *Rt-2012-1985 – lengjeverande barn I* – i avsnitt 136 med vidare tilvisning til *Rt-2009-1261* avsnitt 40-44. I 2009-dommen avsnitt 41 er det uttala

Det er ... på det rene at komiteuttalelser generelt ikke er folkerettslig bindende»

³⁵ Ot.prp. nr. 104 (2008–2009)

³⁶ *Rt. 2009 s. 1261* avsnitt 44

Dette synspunktet er igjen videreført i *HR-2019-02344-A* avsnitt 70.

«Om betydningen av uttalelser fra barnekomitéen, viser jeg til *HR-2015-2524-P Internflukt* avsnitt 150-152»

De senere årene virker det som om Høyesterett legger til grunn at betydningen av Barnekomiteens generelle kommentarer nå er festnet og dermed ikke trenger en tydeligere vurdering.

I denne forbindelse kan det vises til *HR-2020-00661-S*. Saken var en storkammersak og en sentral dom på barnevernsområdet. I avsnitt 80 fremgår følgende:

«Høyesterett har anvendt barnekonvensjonen i mange saker, og det er lagt stor vekt på Barnekomiteens generelle kommentarer, blant annet nr. 14 «on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration». Prinsippet om barnets beste følger også av barnevernloven § 4-1.»

Det er altså en samstemt Høyesterett gjennom mange år som sier at de generelle kommentarene fra Barnekomiteen ikke er folkerettslig bindende, men at de skal tillegges betydelig vekt som rettskilde. Her sondres det likevel mellom det man forstår som anbefalinger og det man forstår som tolkningsresultater.³⁷ I denne sammenheng vurderer Høyesterett blant annet hvor tydelig resultatet er forankret i Barnekonvensjonens tekst eller forarbeidene til den.

3.2.2 Bruk av EMDs forståelse av Barnekonvensjonen som rettskilde

Mange av sakene som behandles av EMD omhandler barn. EMK-retten blir beskrevet som dynamisk³⁸ og skal derfor tilpasses samfunnsutviklingen. Fordi Barnekonvensjonen er en viktig kilde for å fastlegge barns rettigheter, hender det at EMD må ta stilling til hvordan

³⁷ Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 44

³⁸ Bankovic m.fl. mot Belgia [GC] 2001, no. 52207/99, avsnitt 64

Barnekonvensjonen skal forstås. Spørsmålet er hvordan EMDs tolkningsresultater av Barnekonvensjonen skal brukes i norsk rett.

I saken *HR-2016-02262-A* var en sak om omsorgsovertakelse. Spørsmålet var om en manglende utredning av mors omsorgsevner gjorde at vedtaket måtte oppheves. Det ble i den anledning vurdert om Grunnloven, EMK eller Barnekonvensjonen medførte at vedtaket måtte oppheves. I den forbindelse uttalte Høyesterett i avsnitt 83 og 84 at

«Det er samtidig på det rene at hensynet til barnets beste er et grunnleggende hensyn også ved anvendelse av Grunnloven og konvensjonene. Dette fremkommer uttrykkelig blant annet i Grunnloven § 104 og barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1.

Betydningen av hensynet til barnets beste er ikke direkte kommet til uttrykk i EMK. Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) har imidlertid i en rekke avgjørelser tillagt hensynet til barnets beste stor vekt ved den forholdsmessighetsvurderingen som må foretas etter EMK artikkel 8. I EMDs dom 13. mars 2012 *Y.C. mot Storbritannia*, som gjaldt tvangsadopsjon, avsnitt 134, uttales at "the best interests of the child are paramount". EMD understreker videre at vurderingen av barnets beste må bygge på to hensyn. For det første fremheves at det er til barnets beste at barnets bånd med familien opprettholdes unntatt i tilfeller der familien har vist seg særlig uegnet ("particularly unfit"). Samtidig er det til barnets beste å sørge for at barnets utvikling skjer innenfor sikre rammer ("to ensure his development in a safe and secure environment").»

I denne dommen ble det ikke vurdert hva som er det nærmere innholdet av hensynet til barnets beste etter Barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1. Det ble vist direkte til EMDs forståelse av hensynet og dette ble lagt til grunn for den videre vurderingen av om omsorgsovertakelse skulle opprettholdes. Dette til tross for at Barnekomiteens generelle kommentar nummer 14 handler om nettopp innholdet i hensynet til barnets beste. Høyesterett legger altså til grunn at EMD-praksis er i samsvar med Barnekonvensjonen.

I den senere utviklingen av Høyesteretts praksis ser man økende bruk av EMDs tolkningsresultater av barnekonvensjonen til inntekt for hvordan vi nærmere skal fastlegge innholdet av barnevernloven.³⁹ Rettskildebruken i dommen er uklar ettersom EMD ikke har mandat som tolkningsorgan for Barnekonvensjonen. Høyesterett går heller ikke inn i noen større drøftelse om hvordan EMDs forståelse av barnekonvensjonen skal brukes som rettskildefaktor.

Det er i utgangspunktet ikke grunn til å sette spørsmålstegn bak at EMD bruker Barnekonvensjonen i sin rettspraksis. Det vil kunne føre til både mer entydig og helhetlig folkerett. I teorien er det også antatt at de to konvensjonene stort sett gir uttrykk for det samme i spørsmålet om omsorgsovertakelse.⁴⁰ På den andre siden inneholder EMK rettigheter for en mye større gruppe, blant annet foreldre, hvilket innebærer at EMD kan tenkes å vekte hensynet til barnets beste annerledes enn det som var tiltenkt etter Barnekonvensjonen.

Men som vist her aksepterer Høyesterett at EMDs forståelse av Barnekonvensjonen kan vektlegges som rettskilde av betydelig vekt.

3.2.3 Barns rett til en voldsfri barndom etter Barnekonvensjonen

Utgangspunktet er det samme i Barnekonvensjonen som i EMK-retten og Norsk rett, at barn som skal få vokse opp med sine foreldre.⁴¹ Barnekonvensjonen artikkel 19 skal sikre barns rett til en voldsfri oppvekst. Av den fremgår det at barn skal beskyttes mot

«all forms of physical or mental violence, injury or abuse, neglect or negligent treatment, maltreatment or exploitation, including sexual abuse, while in the care of parent(s), legal guardian(s) or any other person who has the care of the child.»

³⁹ Se blant annet HR-2019-00788-U avsnitt 25

⁴⁰ NOU 2016: 16 Ny barnevernslov, vedlegg 4, 5. Retten til familieliv som ledetråd og skranke for barnevernstiltak, punkt 5.6 Beslutning om omsorgsovertakelse

⁴¹ Strand Lobben m.fl. mot Norway [GC] 2019, No. 37283/13 avsnitt 207

Ordlyden er omfattende og synes å sikte til alle tenkelige former for fysisk og psykisk vold mot barn. Om den nærmere definisjonen bruker Barnekomiteen i sin generelle uttalelse nummer 13 artikkelens ordlyd for å beskrive voldsbegrepet og legger til at

«(...) In common parlance the term violence is often understood to mean only physical harm and/or intentional harm. However, the Committee emphasizes most strongly that the choice of the term violence in the present general comment must not be interpreted in any way to minimize the impact of, and need to address, non-physical and/or non-intentional forms of harm (such as, inter alia, neglect and psychological maltreatment).»⁴²

Uttalelsen er klar og gir ikke inntrykk av å være en anbefaling til medlemsstatene, men en tydelig presisering av voldsbegrepet. Det er altså på det rene at alle former for psykisk vold også faller inn under definisjonen av voldsbegrepet i barnekonvensjonen. Dette innebærer at ingen former for vold er akseptert i konvensjonen og Barnekomiteen presiserer videre at det ikke åpner for noen former for lovlig vold rettet mot barn.⁴³ Dette gjelder da også disiplinær vold, både i skole og hjemmet.⁴⁴

Barna skal beskyttes mot vold fra foreldre, verger og «any other person who has the care of the child» jf. artikkel 19. Ordlyden synes å peke på den som til enhver tid ser etter barnet. Det presiseres i barnekomiteens generelle kommentar nummer 13 at dette også omfatter «[...] education, school and early childhood personell [...]».⁴⁵ Det er derfor på det rene at den beskyttelse mot vold som gis i artikkel 19, også gjelder i skolehverdagen. Dette fremgår ikke klart av alternativene i barnevernloven § 4-12 første ledd, og taler for at tilfeller der foreldre setter bort omsorgen for barnet sitt og barnet opplever vold der, faller inn under bestemmelsen. Tilfellet kan både passe inn under alternativ a) om den daglige omsorg og trygghet, men ved grove tilfeller kan det også passe inn under alternativ c).

⁴² General Comment no. 13 (2011): The right of the child to freedom from all forms of violence (CRC/C/GC/13) avsnitt 4 og avsnitt 17

⁴³ General Comment no. 13 (2011): The right of the child to freedom from all forms of violence (CRC/C/GC/13) avsnitt 17

⁴⁴ General Comment no. 13 (2011): The right of the child to freedom from all forms of violence (CRC/C/GC/13) avsnitt 34 og 46

⁴⁵ General Comment no. 13 (2011): The right of the child to freedom from all forms of violence (CRC/C/GC/13) avsnitt 33

3.2.4 Artikkel 19 og retten til familieliv

Barnekonvensjonen artikkel 19 skal balanseres med artikkel 9 om barnets rett til familieliv⁴⁶. Dette gjelder også i saker hvor foreldre har satt omsorgen vekk til andre. I artikkel 9 fremgår det at

«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 interest of the child. Such determination may be necessary in a particular case such as one involving abuse or neglect of the child by parents, or one where the parents are living separately and a decision must be made as to the child's place of residence.»

Det er altså opp til nasjonale myndigheter å avgjøre vilkårene for omsorgsovertakelse. Retten til familieliv i artikkel 9 innebærer en rett for barnet å ikke bli separert fra foreldrene. Når barn befinner seg på koranskole i utlandet har foreldrene overlatt omsorgen til skolen og det daglige familielivet er ikke tilstede.

Spørsmålet er om retten til familieliv er vernet når barnet er separert fra sine foreldre. Foreldrenes rett til familieliv innebærer både deres rett til å lære barna sine om sin religion og kultur, men også den autonomien man i utgangspunktet har over egne barn. Denne autonomien kan fratras foreldrene dersom de tar valg som utsetter barnet for vold.

Barnas rett til familieliv innebærer i tillegg til det overnevnte, en presumsjon om at det er best for barnet å vokse opp med sine foreldre. Denne presumsjonen kan ikke ha beskyttelsesvern når foreldrene har valgt å separere barnet fra familielivet. Slik det fremgikk av forrige kapittel, er ingen begrunnelser for vold egnet til å lempe barns rett på en voldsfri barndom. Det innebærer at heller ikke retten til religion legitimerer voldsbruk. I de tilfeller

⁴⁶ General Comment no. 13 (2011): The right of the child to freedom from all forms of violence (CRC/C/GC/13) avsnitt 7 bokstav b

barn utsettes for en situasjon hvor vold må påregnes, vil trolig foreldres rett til familieliv, av de overnevnte årsaker, måtte vike for retten til en voldsfri barndom.

Omsorgsovertakelse for å fjerne barn fra en situasjon med vold synes altså å være i tråd med Barnekonvensjonen.

3.3 Retten til utdanning

Som vi har sett blir det beskrevet et voldselement i koranskolene som kan kvalifisere til omsorgsovertakelse i henhold til barnevernloven § 4-12. En slik omsorgsovertakelse har vi nå også sett at trolig ikke strider med retten til familieliv i EMK og Barnekonvensjonen. Det er imidlertid ikke alltid tilfellet at det er holdepunkter for en voldelig behandling av barna der de befinner seg. Voldselementet er ikke påvist på enhver koranskole, og det er på ingen måte sikkert at dette forekommer på ethvert sted. Antakelig finnes det også mange koranskoler hvor det er nulltoleranse for både fysiske avstraffelser og seksuelle overgrep. Det finnes også eksempler fra praksis i norsk forvaltning at foreldre forklarer at de kan kjøpe seg fri for fysisk refselse av sitt barn når barnet er på koranskole.⁴⁷

Men koranskoleopplæringen aktualiserer også spørsmålet om denne typen opplæring er i tråd med kravet til utdanning. Som vi allerede har sett i barnevernloven § 4-12 bokstav a) vil det å hindre barnet å få den utdanningen de har krav på trolig kunne kvalifisere til omsorgsovertakelse. Spørsmålet i det følgende er derfor om koranskolene innfrir EMK og Barnekonvensjonens krav til utdanning.

3.3.1 Retten til utdanning i EMK

Retten til utdanning fremgår av EMK protokoll nr 1 artikkel nr 2 hvor det står at:

«No person shall be denied the right to education. On the exercise of any functions which it assumes in relation to education and to teaching, the State shall respect the

⁴⁷ FNV-2020-53-FTR avsnitt 2

right of parents to ensure such education and teaching in conformity with their own religious and philosophical convictions.»

EMD har bestemt at hensynet til barnets rett på utdanning kan være en legitim begrunnelse for omsorgsovertakelse.⁴⁸ Forutsetningen for det er likevel at denne retten er brutt. I denne sammenheng er det innholdet i begrepet «education» som er interessant. EMK utdyper ikke vilkåret, og det må sees hen til praksis for å fastlegge de nærmere rammene.

I EMD-avgjørelsen *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen mot Danmark (1976) Series A no 23* var spørsmålet om foreldre kunne kreve at barna deres skulle unntas fra seksualundervisningen. I den forbindelse ble det diskutert rekkevidden av foreldrenes selvbestemmelsesrett etter EMK protokoll nummer 1 artikkel 2, fordi det finnes en begrensning på hva slags tilpasninger skolen har mulighet til å gjøre for den enkelte. I denne forbindelse uttalte EMD at:

«[...] The second sentence of Article 2 (P1-2) implies on the other hand that the State, in fulfilling the functions assumed by it in regard to education and teaching, must take care that information or knowledge included in the curriculum is conveyed in an objective, critical and pluralistic manner. The State is forbidden to pursue an aim of indoctrination that might be considered as not respecting parents' religious and philosophical convictions. That is the limit that must not be exceeded.[...].»⁴⁹

Dette innebærer at den utdanningen som tilbys innenfor statens territorium kan inneholde både etiske, filosofiske og religiøse betraktninger uten at dette er et brudd på foreldrenes bestemmelsesrett overfor egne barns utdanning. Grensen går ifølge dommen ved statlig indoktrinering som strider mot kravet til respekt for foreldrenes religiøse og filosofiske overbevisning. Koranskolene i Somalia er ikke en del av det offentlige skolesystemet, men er drevet av frivillige og av lokalbefolkningen.⁵⁰ Det er således ikke staten som ved

⁴⁸ Wunderlich mot Tyskland [J] 2019, no. 18925/15 avsnitt 57.

⁴⁹ *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark* [J] 1976, Series A no 23, Avsnitt 53

⁵⁰ Somalias rapport til barnekomiteen (2019) (CRC/C/SOM/1), avsnitt 261

koranskolene søker å få sine borgere til å følge den islamske tro. Dette tyder på at utdanningen på koranskolene ikke er i strid med foreldrenes ønsker til barnets utdanning.

Koranskolene har imidlertid ikke en felles læreplanmål som kan måles opp mot de kriteriene EMD stiller til utdanningen slik de er fremstilt i Somalias rapport til barnekomiteen. At de har religiøst innhold og står inne for den etikk som er å finne igjen i koranen, antas ikke alene å medføre brudd på EMK.

3.3.2 Retten til utdanning i Barnekonvensjonen

Retten til utdanning fremgår av Barnekonvensjonen artikkel 29 hvor det står at

1. States Parties agree that the education of the child shall be directed to:
 - a) The development of the child's personality, talents and mental and physical abilities to their fullest potential;
 - b) The development of respect for human rights and fundamental freedoms, and for the principles enshrined in the Charter of the United Nations;
 - c) The development and respect for the child's parents, his or her own cultural identity, language and values, for the national values of the country in which the child is living, the country from which him or she may originate, and for civilizations different from his or her own;
 - d) The preparations of the child for responsible life in a free society, in the spirit of understanding, peace, tolerance, equality of sexes, and friendship among all peoples, ethnic, national and religious groups and persons of indigenous origin;
 - e) The development of respect for the natural environment
2. No part of the present article or article 28 shall be construed so as to interfere with the liberty of individuals and bodies to establish and direct educational institutions, subject always to the observance of the principle set forth in paragraph 1 of the present article and to the requirements that the education given in such institutions shall conform to such minimum standards as may be laid down by the state

Mens Barnekonvensjonen artikkel 28 omhandler barns rett på tilgang til utdanning, omhandler barnekonvensjonen artikkel 29 utdanningens innhold.⁵¹ Rettighetene til utdanningens tilgjengelighet og innhold kan gli over i hverandre. Barnekomiteen skriver blant annet at barn har krav på utdanning med grunnlag i likeverd mellom kjønn.⁵² Dersom kjønnsdiskriminering er implementert i lærerplanen, vil det også kunne gjøre utdanningen mer farlig for jentebarn. Dette kan da frarøve dem muligheten til å delta i undervisningen. Derfor kan en slik praksis både være stridig mot utdanningens innhold etter artikkel 29 og tilgangen til den etter artikkel 28.⁵³

Ordlyden i artikkel 29 sikter på en utdanning hvor barn skal tilegne seg et bredt erfaringsgrunnlag. Om kravet til utdanningens innhold skriver barnekomiteen i sin generell kommentar nummer 1 at «Article 29 (1) states that the States parties agree that education should be directed to a wide range of values. This agreement overcomes the boundaries of religion, nation and culture built across many parts of the world. [...]».⁵⁴ Dette innebærer ikke at barn ikke kan få opplæring i deres foreldres religion. Det ville vært et brudd på barnekonvensjonen artikkel 29 bokstav c) om barnets rett til å lære om sin kulturelle tilhørighet og respekt for sine foreldre. Men det innebærer at utdanning må inneholde mer enn kun religion.

I Somalias rapport til Barnekomiteen skriver de blant annet at de ønsker å inkorporere koranskolene i det offentlige skolesystemet, slik at koranskolene blir nødt til å undervise også i sekulære fag.⁵⁵ Det fremgår av deres rapport at omtrent all undervisning på koranskolene omhandler å lære seg tekster fra koranen, som ikke står skrevet på somali, men på arabisk.⁵⁶ En stor del av innbyggerne i Somalia kan arabisk fordi det kreves for å forstå koranen, men for mange er det somali som blir snakket i hjemmene. Dette synes ikke å være i tråd med barnekonvensjonen artikkel 29 bokstav c), slik barnekomiteen tolker den i deres generelle kommentar nummer 1. Grunnen til det er at den undervisningen som blir

⁵¹ General Comment no. 1 (2001): The aims of education (CRC/GC/1/2001/1) nr. 1 appendix, avsnitt 2

⁵² Barnekonvensjonen artikkel 29 bokstav d

⁵³ General Comment no. 1 (2001): The aims of education (CRC/GC/1/2001/1), avsnitt 10

⁵⁴ General Comment no. 1 (2001): The aims of education (CRC/GC/1/2001/1) avsnitt 4

⁵⁵ Somalias rapport til barnekomiteen (2019) (CRC/C/SOM/1), avsnitt 261

⁵⁶ Somalias rapport til barnekomiteen (2019) (CRC/C/SOM/1), avsnitt 254

forespeilet i somalias rapport til barnekomiteen ikke tilsier at de oppnår å lære barna «a wide range of values» slik medlemsstatene har forpliktet seg til. Det synes heller ikke å være i tråd med Barnekonvensjonen artikkel 29 bokstav c) om at barn skal få undervisning på sitt eget språk.

3.3.3 Sammenlikning av retten til utdanning

Både barnekonvensjonen og EMK stiller krav til at foreldres religion eller livssyn respekteres i barnas utdanning. Likevel spinger kravene til hva som er en fullverdig utdanning ut av ulike hensyn. For mens den etter EMK vil være fullverdig dersom den respekterer foreldrenes religion og livssyn, vil den være fullverdig etter Barnekonvensjonen dersom den følger en rekke krav som medlemslandene har blitt enige om at bidrar til at barn skal utnytte sitt største potensial. Med andre ord legger EMK større vekt på foreldrenes ønske, mens barnekonvensjonen legger større vekt på barnets beste. Her ser man at kravene som stilles etter barnekonvensjonen og EMK springer ut fra ulike interesser og dermed mulig også kan få ulike utfall.

I lys av metoden slik den fremgår av kapittel 3.2.1, synes begge krav å skulle innfortolkes i norsk rett. Dette innebærer at brudd på retten til utdanning med de vilkårene som fremgår av Barnekonvensjonen og EMK, trolig kvalifiserer til omsorgsovertakelse etter barnevernloven § 4-12. Forsømmelse av retten til utdanning ikke fremgår eksplisitt av barnevernloven § 4-12, men vil trolig passe best under alternativ a) om alvorlige mangler ved barnets «daglige omsorg».

4.0 Sikreplikten

4.1 Sikreplikten etter norsk rett

Omsorgsovertakelse etter barnevernloven § 4-12 «kan» treffes. En naturlig språklig forståelse av dette er at det ikke foreligger noen plikt til å fatte vedtak. Spørsmålet i den sammenheng om det foreligger en plikt for barnevernet til å gjøre nødvendige tiltak overfor barn som opplever omsorgssvikt utenfor Norge.

Tidligere fantes det ingen regel om hva slags rettigheter barn hadde på tiltak etter barnevernloven. Ved en lovendring i 2018 vedtok lovgiver en rett for barn i barnevernloven § 1-5 til «nødvendige tiltak etter loven når vilkårene for tiltak er oppfylt». Barnevernet hadde imidlertid allerede en plikt til å gjøre disse tiltakene, og lovendringen medførte dermed ingen realitetsendring om når plikten til vedtak utløses.⁵⁷

Det er i erstatningsaker, hvor domstolene må vurdere om barnevernet har forsømt sin plikt til å treffe nødvendige tiltak, at de nærmere presiseringene av plikten fastlegges. Det skal derfor gjennomgås hvilke krav Høyesterett har stilt til barnevernet i saker om erstatning.

I dommen *Rt. 2003 s. 1468* vurderte Høyesterett om barnevernet var erstatningspliktig for ikke å ha overtatt omsorgen for et barn som blant annet slet med schizofreni. Partene var enige i at rettslig grunnlag for tvisten var skadeserstatningsloven § 2-1 om arbeidsgiveransvaret. Spørsmålet var om kommunen ved daværende barnevernnemda hadde opptrådt uaktsomt ved ikke å overta omsorgen for barnet. Høyesterett gjennomgikk derfor store deler av saksgangen for å vurdere om barnevernet på noe tidspunkt hadde opptrådt uaktsomt. I den forbindelse uttalte Høyesterett at

«Generelt vil jeg bemerke at tvangsovertakelse av omsorg for et barn er et særdeles inngripende tiltak, som bare må benyttes når mindre inngripende tiltak er utilstrekkelige. Dette er sagt uttrykkelig i den nåværende barnelov av 17. juli 1992 nr. 100 § 4-12 annet ledd. Men et slikt prinsipp gjaldt også etter den tidligere barnevernloven av 17. juli 1953 nr. 14. I forarbeidene til loven – Ot.prp.nr.56 (1952) side 12 – heter det således at vekten skal legges på «forebyggende tiltak med sikte på å rette på de uheldige forhold for derved om mulig unngå bortsetting av barnet».⁵⁸

Høyesterett kom til at saksøker ikke hadde krav på erstatning. Dette ble begrunnet hovedsakelig i at den hyppige kontakten barnevernet hadde med familien og gutten tilsa

⁵⁷ Barns rett til nødvendige tiltak fremgår blant annet av HR-2020-1929-A avsnitt 82; Prop. 169 L (2016–2017), kapittel 17, 17,1, punkt til § 1-5

⁵⁸ Rt. 2003 s. 1468 avsnitt 36

tilstrekkelig oppfølging og det nevnte poenget i sitatet fra dommen – at omsorgsovertakelse er et svært inngripende vedtak.

På bakgrunn av dette synes Høyesterett å legge den nedre terskelen for barnevernets positive forpliktelser svært høyt. Etter dette har Høyesterett ikke tatt stilling til flere saker om barnevernet er erstatningspliktig for ikke å ha tatt over omsorgen for et barn.

Det foreligger imidlertid andre saker som kan bidra til å identifisere terskelen for barnevernets plikt til å iverksette omsorgsovertakelse. I dommen *Rt. 2012 s. 146* tok Høyesterett stilling til spørsmålet om kommunen hadde erstatningsansvar i en mobbesak. Saksøker hadde blitt mobbet store deler av skolegangen på barneskolen og slet senere med posttraumatisk stresslidelse, sosial forbi og depresjon. Ved vurderingen av ansvarsgrunnlaget, som også i dette tilfellet var skadeerstatningsloven § 2-1 om arbeidsgiveransvaret, uttalte Høyesterett

«Jeg ser først på hvilken aktsomhetsnorm som skal gjelde. Det heter i forarbeidene til loven at det ikke vil være rimelig «at det statueres ansvar i ethvert tilfelle der det kan sies at en skade er voldt ved uaktsomhet». Særlig ved service-virksomheter, rednings- og bistandsytelser og rådgivningsvirksomhet ligger det en begrensning i at det skal tas hensyn til om de krav skadelidte med rimelighet kunne stille til tjenesten, er tilsidesatt, jf. Ot.prp-nr.48 (1965-1966) side 79.

Det er imidlertid ikke treffende å betrakte grunnskolen som en servicevirksomhet. Barn i Norge har, og hadde også etter tidligere skolelov, rett og plikt til offentlig grunnskoleopplæring, jf. opplæringslova § 2-1 og den tidligere grunnskolelova § 13. Foreldrene har og hadde en straffesanksjonert plikt til å følge opp dette. Det vil derfor være den aktsomhetsnorm som følger av alminnelige regler om arbeidsgiveransvar, som her skal anvendes. Men selv om det er alminnelige regler som skal anvendes, følger det av § 2-1 nr. 1 at aktsomhetsnormen må tilpasses de krav skadelidte med rimelighet kan stille til virksomheten eller tjenesten, jf. *Rt-2002-*

654 på side 662. Dette innebærer – som uttalt i nevnte dom – at aktsomhetskravene må variere fra område til område.»⁵⁹

Høyesterett konkluderte med at kommunen hadde et erstatningsansvar overfor gutten og begrunnet det hovedsakelig med at tiltakene som var satt inn ikke innfridde de krav man med rimelighet kan stille til skolen.

Det kan ikke med rimelighet stilles forventninger om at barnevernet skal fatte vedtak de ikke har hjemmel til. Dette må sees i sammenheng med at barnevernet i mange saker utøver tvangsmyndighet og at rettsområdet derfor i stor grad er styres av legalitetsprinsippets rammer jf. Grunnloven § 113. Ved endringen av barnevernloven § 1-2 andre ledd ble barnevernets jurisdiksjon utvidet til også å omfatte barn med bosted i Norge som befinner seg i utlandet. Fordi barnevernet da fikk hjemmel til å fatte vedtak også overfor dem, må det derfor med rimelighet kunne stilles forventninger om at de gjør det.

Barnevernet må her kunne sammenliknes med skolen. At barnevernet hjelper barn ut av en situasjon der de opplever vold eller deres utdanning blir betydelig forringet, er ikke en service. Dette må sees i sammenheng med at barn har rett på nødvendige tiltak jf. barnevernloven § 1-5 og at barnevernet i mange tilfeller utøver tvangsmyndighet. Heller ikke i saker der vedtak er basert på frivillighet, men hadde blitt utløst av tvang dersom foreldrene ikke hadde samtykket, kan ikke barnevernet ansees for å være en servicevirksomhet. Det må derfor med rimelighet kunne stilles forventninger om at barnevernet skal gjennomføre omsorgsovertakelse i disse tilfellene.

Ordlyden er i utgangspunktet klar på at barn har krav på vedtak når det er nødvendig jf. barnevernloven § 1-5, og barnevernet har en tilsvarende plikt til å sikre dette. På den andre siden kan det ikke med rimelighet stilles forventninger til barnevernet som bryter med Norges folkerettslige forpliktelser. Spørsmålet videre er derfor hvilke muligheter etter EMK og Barnekonvensjonen barnevernet har for å gjennomføre omsorgsovertakelse når barnet oppholder seg i utlandet.

⁵⁹ Rt. 2012 s. 146 med videre henvisning til rt. 2002 s. 654 på side 662

4.2 Sikreplikten i EMK

Spørsmålet er om Norge har en plikt etter EMK til å handle overfor barn som opplever brudd på rettighetene etter EMK mens de befinner seg i utlandet.

Sikreplikten følger av EMK artikkel 1 hvor det fremgår at «The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention.»

EMK artikkel 8 hjemler som nevnt i utgangspunktet en rett for individet om at staten skal holde seg utenfor det privat anliggende. Sett i lys av artikkel 1 hjemler artikkel 8 også en positiv forpliktelse for medlemsstatene til å hindre at også tredjepersoner bryter retten til privatliv og familieliv.⁶⁰ Prinsippet om barnets beste er ikke positivt forankret i EMK, men EMD har innfortolket dette i EMK artikkel 8, om retten til familieliv.⁶¹ EMD har flere ganger uttalt at EMK er et dynamisk apparat som skal utvikle seg i takt med samfunnet rundt.⁶² Fordi prinsippet om barnets beste er innfortolket i EMK artikkel 8, innebærer det at medlemsstatene også plikter å sikre denne retten jf. EMK artikkel 1.

Retten til utdanning befinner seg ikke i del 1 av konvensjonen og omfattes derfor ikke av sikreplikten i EMK, men statene har en plikt til å respektere at foreldre oppfyller barnets rett til utdanning jf. EMK protokoll nummer 1 artikkel 2.

Sikreplikten i EMK artikkel 1 gjelder «within their jurisdiction». Spørsmålet i den sammenheng er hvordan jurisdiksjonsbegrepet blir brukt i EMK-sammenheng og dermed om plikten også utløses når barnet befinner seg i utlandet.

⁶⁰ Bărbulescu mot Romania [GC] 2017, no. 61496/08, avsnitt 108

⁶¹ Strand Lobben m.fl. mot Norway [GC] 2019, no. 37283/13, avsnitt 207

⁶² Bankovic m.fl. mot Belgia [GC] 2001, no. 52207/99, avsnitt 64

Det er på det rene at jurisdiksjonsbegrepet i EMK artikkel 1 i utgangspunktet forstås som en makt over mennesker som er territorielt betinget.⁶³ Likevel finnes det eksempler på at stater har blitt funnet ansvarlige for å sikre menneskerettighetene i EMK også utenfor sitt statsterritorium.

I saken *Bankovic m.fl, mot Belgia og andre medlemsstater [GC?] 2001* var spørsmålet om statene var ansvarlige for å sikre menneskerettighetene utenfor sine statsterritoria. I forbindelse med tolkningen av jurisdiksjonsbegrepet uttalte EMD i avsnitt 68 at

«Reference has been made in the Court's case-law, as an example of jurisdiction "not restricted to the national territory" of the respondent State (the *Loizidou* judgment (preliminary objections), at § 62), to situations where the extradition or expulsion of a person by a Contracting State may give rise to an issue under Articles 2 and/or 3 (or, exceptionally, under Articles 5 and or 6) and hence engage the responsibility of that State under the Convention (the above-cited *Soering* case, at § 91, *Cruz Varas and Others v. Sweden* judgment of 20 March 1991, Series A no. 201, §§ 69 and 70, and the *Vilvarajah and Others v. the United Kingdom* judgment of 30 October 1991, Series A no. 215, § 103).

However, the Court notes that liability is incurred in such cases by an action of the respondent State concerning a person while he or she is on its territory, clearly within its jurisdiction, and that such cases do not concern the actual exercise of a State's competence or jurisdiction abroad (see also, the above-cited *Al-Adsani* judgment, at § 39).»

Det å sende barn til utlandet er hverken utvisning eller utlevering. Men det finnes eksempler på at barnevernet har bidratt til å sende barn på koranskoler til utlandet. Dersom det brukes offentlig myndighet til å sende barn ut av landet til et sted hvor det opplever brudd på retten til liv jf. EMK artikkel 2 eller forbudet mot tortur jf. EMK artikkel 3, kan det tenkes at den norske stat er ansvarlige for det. Da vil vedtaket være truffet mens barnet oppholder seg i Norge og det er derfor ikke et tilfelle av ekstraterritoriell jurisdiksjon jf. sitatet overfor.

⁶³ *Al-Skeini m.fl. mot Storbritannia [GC] 2011*, no. 55721/07, avsnitt 131; *Bankovic m.fl. mot Belgia [GC] 2001*, no. 52207/99, avsnitt 59

Retten til kroppslig integritet er en del av retten til privatliv i artikkel 8.⁶⁴ Derfor er det vanligvis artikkel 8, og ikke artikkel 2 om retten til liv eller 3 om forbudet mot tortur, som anvendes på tilfeller vedrørende omsorgssvikt overfor mindreårige selv om det er tale om mer alvorlige tilfeller som seksuelle overgrep og grov vold. Systemet er sammenlignbart med ordningen i Norge der hjemmelen i barnevernloven § 4-12 bokstav a) ofte benyttes, selv om det kan tenkes at de andre alternativene også kan komme til anvendelse.⁶⁵ Om når plikten til å sikre rettighetene etter artikkel 8 utenfor eget statsterritorium inntreer skriver EMD i avsnitt 71 at

«In sum, the case-law of the Court demonstrates that its recognition of the exercise of extra-territorial jurisdiction by a Contracting State is exceptional: it has done so when the respondent State, through the effective control of the relevant territory and its inhabitants abroad as a consequence of military occupation or through the consent, invitation or acquiescence of the Government of that territory, exercises all or some of the public powers normally to be exercised by that Government.»

Norge utøver ikke «effective control» over noe område selv om man har internrettslig jurisdiksjonshjemmel over enkelte barn etter barneloven § 1-2 andre ledd. Slik det fremgår indirekte av sitatet er EMK ikke til hinder for at Norge gjennomfører omsorgsovertakelse dersom vertsstaten har godkjent at Norge utøver jurisdiksjon innenfor deres territorium. Ved det tilfelle inntreer pliktene om at omsorgsovertakelsen skal praktiseres i tråd med EMK ettersom det er utøvelse av offentlig myndighet.

Når EMK artikkel 1 i utgangspunktet avgrensar sikringsplikten til å gjelde innenfor statsterritoriet, vil dette også måtte gjelde her da det ikke er funnet holdepunkter for en annen løsning. Dermed har ikke Norge en plikt etter EMK til å iverksette tiltak overfor barn som opplever omsorgssvikt i utlandet.

⁶⁴ X og Y mot Nederlad [J], no. 8978/80 [1985], avsnitt 22

⁶⁵ X og Y mot Nederlad [J], no. 8978/80 [1985], avsnitt 33-34

4.3 Sikreplikten etter Barnekonvensjonen

Hittil har jeg funnet ut at barnevernet både har en mulighet og kan ha plikt til å overta omsorgen for barn som opplever omsorgssvikt ved opphold i utlandet i henhold til norske rettsregler. Det fremgikk ingen plikt til å iverksette vedtak etter EMK, men EMK var heller ikke til hinder for en iverksettelse av omsorgsovertakelse.

Barnekonvensjonen og tilhørende generelle kommentarer har så langt i oppgaven blitt brukt som tolkningsbidrag til å fastlegge det nærmere innholdet av norske rettsregler. Derfor har norsk juridisk metode for bruk av denne blitt benyttet jf. kapittel 3.2.1. Når det gjelder sikreplikten er som nevnt den norske lovteksten klar på at en slik plikt foreligger dersom det er nødvendig og vilkårene for det er innfridd jf. barnevernloven § 1-5. Spørsmålet er om det foreligger hjemmel i Barnekonvensjonen for å gjennomføre vedtak innenfor et annet lands territorium.

4.3.1 Wienkonvensjonen om tolkning av traktater

Fordi det ikke lenger skal fastlegges innholdet av norske rettsregler, må Vienna Convention on the Law of Treaties (heretter Wien-konvensjonen) metode for traktattolkning benyttes. Selv om ikke alle land er medlem av Wienkonvensjonens er tolkningsprinsippene fra denne ansett for å være internasjonal sedvanerett.⁶⁶

Hovedregelen for tolkningsmetoden av internasjonale traktater fremgår av Wien-konvensjonen art. 31.

Article 31, GENERAL RULE OF INTERPRETATION

1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.

⁶⁶ NOU 1993:18 Lovgivning om menneskerettigheter s. 88

2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes:

(a) Any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connexion with the conclusion of the treaty;

(b) Any instrument which was made by one or more parties in connexion with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty.

3. There shall be taken into account, together with the context:

(a) Any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions;

(b) Any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation;

(c) Any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties. 4.

A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended.

4.3.2 Barnekonvensjonens formål

For å kunne vurdere om Barnekonvensjonen hjemler jurisdiksjon for andre myndigheter til å gjennomføre tvangsvedtak enn staten det utøves tvangsmyndighet i, følger det av Wien-konvensjonen at man må ta utgangspunkt i Barnekonvensjonens tekst og formål.

Bakgrunnen for dette er at ordlydstolkning og hva som er å anse som en tolkning «in good faith» med konvensjonen, må ses i lys av hva formålet med den er.

I innledningen til Barnekonvensjonen har medlemsstatene blitt enige om et sett med grunnsetninger som tilsammen utgjør en slags felles verdiplattform. Denne, sammen med konvensjonsteksten, gir et bilde på konvensjonens formål.

I den første grunnsetningen fremgår det at medlemsstatene til denne konvensjonen «Considering that, in accordance with the principles proclaimed in the Charter of the United Nations, recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world”. Dette gir først og fremst et inntrykk av at Barnekonvensjonen er ment å fungere sammen

med Charter of the United Nations, 26. june 1945 [entered into force 24. october 1945] (heretter FN-pakten), hvilket innebærer at denne kan tas til inntekt som tolkningsbidrag ved tvil.⁶⁷

Innledningen presenterer også premisset om at familien er en fundamental samfunnsinstitusjon og det naturlige oppvekstmiljøet for et barn. Dette premisset må medlemslandene godta for å undertegne avtalen og innebærer at statene må beskytte familien som samfunnsinstitusjon for at den skal kunne utøve sitt samfunnsansvar. Dette følges opp med at medlemslandene må anerkjenne at barnet behøver et «family environment»⁶⁸ for å fult ut kunne utvikle sin personlighet. At det først og fremst er den biologiske familien som er å foretrekke for et barn, fremgår blant annet av Barnekonvensjonen artikkel 18 første ledd og artikkel 16. Barnekonvensjonen setter altså familiemiljøet høyt og må dermed være et viktig hensyn når det nærmere innholdet av konvensjonen skal fastlegges.

Avslutningsvis i innledningen påpekes barns spesielt sårbare situasjon grunnet deres mentale umodenhet. Dette medfører at de trenger ekstra beskyttelse. I den sammenheng må medlemslandene anerkjenne at det finnes barn som lever i svært vanskelige situasjoner over absolutt hele verden. Dette gjelder også i Norge. Da må også medlemslandene samarbeide om å gi disse barna et bedre oppvekstvilkår.

Det følger av Barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 at

“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”.

Ved at Barnekonvensjonen uttrykkelig befester barnets beste som et gjennomgående hensyn peker på et mål om å styrke barnets stilling både i avgjørelser som angår dem direkte, men også gjennom å innskrenke lovgivers handlingsrom. Målet er ikke kun juridisk,

⁶⁷ Müller (2017) s. 238-239

⁶⁸ Barnekonvensjonen, appendix avsnitt 9

altså omhandler det ikke bare å styrke barns rettsstilling, men mer generelt å styrke barns oppvekstvilkår, følelse av trygghet og sikkerhetsnett.

4.3.3 Barnekonvensjonen artikkel 2

Det fremgår av Barnekonvensjonen artikkel 2 at

«States Parties shall respect and ensure the rights set forth in the present Convention to each child within their jurisdiction without discrimination of any kind, irrespective of the child's or his or her parent's or legal guardian's race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national, ethnic or social origin, property, disability, birth or other status.»

En naturlig språklig forståelse av at medlemsstatene skal «respect» rettighetene framsatt i Barnekonvensjonen innebærer at de selv ikke skal begå brudd på den. Det å respektere noe kan være et noe vagt begrep, men kan ofte forbindes med det å la være å gjøre noe. Det kan også knyttes det til å anerkjenne noe. Begge betydninger vil i denne sammenheng gi mening med tanke på barnekonvensjonens formål, dersom en ser for seg at medlemsstatene både skal anerkjenne viktigheten av Barnekonvensjonens innhold og eksistens, samtidig som de aktivt skal avstå fra å begå konvensjonsbrudd.

Medlemsstaten skal også «ensure» rettighetene framsatt i Barnekonvensjonen. Ordet peker på en mer aktiv rolle. I motsetning til det å passivt avstå fra å begå brudd, skal de aktivt jobbe for at hverken staten eller andre gjør det. At det er partsstaten som skal «ensure» rettighetene tyder også på en ansvars plassering hvor det er partsstaten som er ansvarlig for eventuelle brudd på konvensjonen.

Slik det fremgår av artikkelen er dette barnekonvensjonens forbud mot diskriminering. Medlemslandene skal altså tilse at konvensjonens bestemmelser appellerer til alle barn «within their jurisdiction» uten diskriminering. Begrepet jurisdiksjon har tradisjonelt blitt forstått på to ulike måter; myndighetenes maktmonopol overfor sitt territorium, eller

myndighetenes maktmonopol overfor sine borgere.⁶⁹ Dette maktmonopolet innebærer tre elementer – lovgivningsmyndighet, domsmyndighet og tvangsmyndighet. Det finnes ikke internrettslig hjemmel for bruk av doms- eller lovgivningsmyndighet i norsk lov, og problemstillingen aktualiserer seg derfor ikke. Spørsmålet er om konvensjonen fører til at norske myndigheter, i dette tilfellet ved barnevernet, har jurisdiksjonen til å bruke tvangsmyndighet til å fatte og iverksette omsorgsovertakelse for barn som ikke befinner seg i Norge.

Artikkel 2 benytter preposisjonen «within». Dette peker det i utgangspunktet mot en stedlig forståelse av begrepet «jurisdiction». Utover dette gir ikke artikkel 2 holdepunkter for hvordan jurisdiksjonsbegrepet skal tolkes, og det er heller ikke skrevet generell kommentar til denne artikkelen.

4.3.4 Barnekonvensjonen artikkel 4

Det fremgår av barnekonvensjonen artikkel 4 at

«States Parties shall undertake all appropriate legislative, administrative, and other measures for the implementation of the rights recognized in the present Convention. With regard to economic, social and cultural rights, States Parties shall undertake such measures to the maximum extent of their available resources and, where needed, within the framework of international co-operation.»

Det stilles altså en rekke krav til «the implementation» av konvensjonen. En naturlig språklig forståelse av «implementation» sett i lys av barnekonvensjonens formål om å forbedre deres oppvekstvilkår, følelse av trygghet og sikkerhetsnett, vil være at konvensjonens rettigheter ikke kun skal implementeres i lovverket, men må aktivt realiseres av staten eller de delegerte myndigheter. En slik forståelse stemmer med resten av teksten i artikkel 4 som

⁶⁹ Morten Ruud og Geir Ulfstien, *Innføring i Folkerett*, 5. utg. Universitetsforlaget, 2018 s. 143-149

påpeker at statene skal foreta seg alle «appropriate legislative, administrative and other measures». Bestemmelsen sier ingen ting om hvor geografisk vidtrekkende kravet til implementering er, og besvarer dermed ikke om spørsmålet om det foreligger en sikrepunkt også utenfor statsterritoriet.

Det må derfor sees til barnekomiteens praksis for å se om de har definert ansvarsområdet. Hverken i norsk rett og i folkeretten ordlydstolkes ikke praksis. Grunnen til dette er at det er konvensjonsteksten som er vedtatt tekst av medlemsstatene. Praksis derimot er ikke vedtatt tekst som medlemsstatene har sluttet seg til, men en tolkning av den. Da er det budskapet samlet sett som skal benyttes som rettskilde eller få rettskraft, ikke de enkelte ord. I denne sammenhengen er det imidlertid nødvendig å se på den systematiske bruken av begrepet jurisdiksjon i barnekomiteens generelle uttalelser. Grunnen til dette er at komiteen ikke går inn på problematikken knyttet til begrepet, men synes å legge en forståelse til grunn uten at innholdet er tydeligere klarlagt.

Barnekomiteens generelle kommentarer nummer 5 fra 2003 knytter seg hovedsakelig til artiklene 4, 42 og 44 nr. 3. Hva gjelder artikkel 4 andre punktum, stadfestes det at medlemsstatene forplikter seg til å bruke de ressursene som er tilgjengelige for å gjennomføre konvensjonens innhold. Til dette uttaler barnekomiteen

«When States ratify the Convention, they take upon themselves obligations not only to implement it within their jurisdiction, but also to contribute, through international cooperation, to global implementation». ⁷⁰

Uttalelsen kan leses på ulike måter, for eksempel kan det forstås som at medlemsstater skal bidra til å forhindre brudd også i andre medlemsstater. Det vil i så fall være et argument for at Norge har jurisdiksjon til å gjennomføre omsorgsovertakelse også i utlandet. Det antas imidlertid ut fra sammenhengen det er skrevet i at uttalelsen sikter på at medlemsstater med et større ressursgrunnlag forplikter seg til å bidra i det internasjonale arbeidet for barns rettigheter med ressurser de har tilgjengelig.

⁷⁰ General Comment no. 5 (2003): General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child (arts. 4, 42 and 44 para. 6), (CRC/GC/2003/5), avsnitt 7

I avsnitt nummer 41 hvor barnekomiteen diskuterer desentralisering, føderalisering og delegasjon av myndighet uttaler barnekomiteen at

«The Committee reiterates that in all circumstances the State which ratified or acceded to the Convention remains responsible for ensuring the full implementation of the Convention throughout the territories under its jurisdiction».

Barnekomiteen uttrykker her en territoriell forståelse av jurisdiksjonsbegrepet, uten at dette blir nærmere forklart. Den territorielle forståelsen virker derfor som en festnet oppfatning, og krever derfor ikke ytterligere forklaring.

I avsnitt 41 knytter ikke barnekomiteen sin forståelse av konvensjonen opp mot en tolkning av en spesifikk artikkel, men diskuterer forpliktelsen undertegnelse av konvensjonen er for en stat generelt. Det er derfor isolert sett vanskelig å si om denne forståelsen kan knyttes direkte til artikkel 2 og begrepet jurisdiksjon eller artikkel 4 og rekkevidden av implementering. Men fordi beskrivelsen omhandler en generell tolkning av hva forpliktelsene i barnekonvensjonen inneholder helt overordnet, vil uttalelsen kunne tas til inntekt for forståelsen av barnekonvensjonens ytre rammer. Hadde det vært bestemmelser i konvensjonen som ansvarliggjør medlemsstatene utenfor sine statsterritorier, ville denne uttalelsen ikke gitt særlig mening.

Som nevnt innledningsvis i dette kapittelet skal Barnekonvensjonen leses i lys av FN-pakten fordi de er ment å virke sammen. Det fremgår av FN-pakten Artikkel 2 punkt 7 i FN-pakten

“Nothing contained in the present Charter shall authorize the United Nations to intervene in matters which are essentially within the domestic jurisdiction of any state or shall require the Members to submit such matters to settlement under the present Charter; but this principle shall not prejudice the application of enforcement measures under Chapter VII.”

Begrepet “domestic jurisdiction” peker på en territoriell forståelse av begrepet «jurisdiction». Fordi Barnekonvensjonen skal tolkes i tråd med FN-pakten, vil det innebære at heller ikke Barnekonvensjonen er ment å endre statenes suverenitet over egen

territorielle jurisdiksjon. Den nevnte uttalelsen ovenfor fra barnekomiteens generelle kommentar nummer 5 er altså i tråd med FN-pakten.

Det må derfor legges til grunn at barnekonvensjonen ikke hjemler myndighetsutøvelse utenfor egne landegrenser, heller ikke i saker om brudd på barnekonvensjonen.

4.3.5 Sikreplikten i saker om vold mot barn

Nå er det gjort en gjennomgang av de generelle reglene om sikreplikten i barnekonvensjonens artiklene 2 og 4. Der finnes det ikke jurisdiksjon for Norge til å gjennomføre tiltak utenfor våre landegrenser. Men barnekonvensjonen har som nevnt i kapittel 3.2.3 også en egen regel om vold mot barn. Spørsmålet er om barnekonvensjonen stiller andre krav til sikring av retten til en voldsfri barndom.

Barnekonvensjonen artikkel 19 første ledd omhandler barnets rett til en voldsfri oppvekst. Av denne artikkelen fremgår det at

“States Parties shall take all appropriate legislative, administrative, social and educational measures to protect the child from all forms of physical or mental violence, injury or abuse, neglect or negligent treatment, maltreatment or exploitation, including sexual abuse, while in care of parent(s), legal guardian(s) or any other person who has the care of the child.”

Ordlyden, som hjemler plikten til å sikre barn fra denne typen behandling, er nesten lik som for artiklene 2 og 4. I artikkel 19 stilles det også krav om at det skal foretas sosiale tiltak og tiltak i utdanningen.

Barnekomiteens generelle kommentar nummer 13 tar for seg barns rett til å vokse opp uten vold. I kapittel V om artikkel 19 og sammenhengen til resten av konvensjonen uttaler barnekomiteen at

«Article 4 obliges States parties to undertake all appropriate measures to implement all the rights in the Convention, including article 19. In applying article 4 of the Convention, it must be noted that the right to protection from all forms of violence

outlined in article 19 is a civil right and freedom. Implementation of article 19 is therefore an immediate and unqualified obligation of States parties. In the light of article 4, whatever their economic circumstances, States are required to undertake all possible measures towards the realization of the rights of the child, paying special attention to the most disadvantaged groups». ⁷¹

Dette viser at de tiltakene som er «appropriate» etter artikkel 4 varierer med konvensjonsbruddets alvorlighetsgrad. Likevel gir heller ikke artikkel 19 uttrykk for at det kan etableres jurisdiksjon for andre land til å bruke tvangsmyndighet, heller ikke når barn opplever vold på opphold i utlandet. Men slik barnekomiteen tolker artikkel 19 stiller den strengere krav til statens sikreplikt fordi barnekomiteen mener at det i voldssaker er statens plikt å foreta «all possible measures» for å hjelpe barnet slik det fremgår av sitatet overfor.

Dersom det er et tilfelle slik som Somalia nevnte i sin rapport, hvor barn opplever grov vold eller seksuelle overgrep på utdanningsinstitusjonen, må det altså kunne kreves at barnevernet forsøker å få tillatelse fra nasjonale myndigheter der barnet befinner seg til å gjennomføre omsorgsovertakelse jf. barnevernloven §§ 4-12 og 1-5 jf. § 1-2 andre ledd, EMK artikkel 8 jf. artikkel 1 og Barnekonvensjonen artikkel 19 jf. artikkel 4.

5.0 Avslutning

Ut fra det som er gjennomgått medfører ikke sikreplikten etter EMK eller Barnekonvensjonen noen plikt for Norge til å gjennomføre tiltak overfor barn som opplever omsorgssvikt ved opphold i utlandet.

Barnekonvensjonen, som er felles lovverk for både Norge og Somalia, gir ikke jurisdiksjonshjemmel for Norge til å gjennomføre omsorgsovertakelse. Lovendringen av barnevernloven § 1-2 medfører derfor ikke at barn reelt sett får rett til nødvendig hjelp av det norske barnevernet hvis de er brakt til koranskole i utlandet. Selv om saken kan

⁷¹ General Comment no. 13 (2011): The right of the child to freedom from all forms of violence (CRC/C/GC/13), avsnitt 65

behandles i Norge, kan ikke vedtaket fullbyrdes i utlandet uten medvirkning av oppholdsstaten. I tillegg foreligger det en iverksettelsesfrist på i utgangspunktet 6 uker etter barnevernloven § 4-13, og dermed er det uansett vanskelig å fullbyrde vedtaket når barn er på lengre reiser i utlandet.

Barnekonvensjonen oppstiller en aktivitetsplikt i de tilfellene barnet opplever vold også når barnet er utenfor norsk territorium. Sikreplikten etter EMK er ikke til hinder for aktivitetsplikten som fremgår av Barnekonvensjonen, men tilsvarende aktivitetsplikt kan man ikke finne igjen i EMK. Barnekonvensjonen gir altså barn et bedre vern enn EMK når barnet oppholder seg i utlandet fordi den stiller høyere krav til medlemsstatene om aktivitetsplikt og sikreplikten omfatter flere rettigheter enn det som fremgår av EMK.

Når det gjelder retten til utdanning skiller EMK og Barnekonvensjonen seg fra hverandre. Mens retten til utdanning etter EMK springer ut av hensynet til hva slags utdanning foreldre ønsker for sine barn, stiller Barnekonvensjonen krav om at utdanningen skal legge til rette for at barnet oppnår sitt største potensial. Koranskolene illustrerer her et tydelig skille mellom de to konvensjonene. Etter Barnekonvensjonen blir det stilt krav til mer enn religiøs undervisning, men religiøs undervisning er på ingen måte i strid med Barnekonvensjonen i seg selv. Utelukkende religiøs undervisning er ikke i strid med retten til utdanning etter EMK, med mindre det er en indoktrinering i strid med foreldrenes ønsker. For tilfellet i Somalia er det ikke holdepunkter for at koranskoleundervisningen strider med foreldrenes ønsker eller religiøse overbevisning.

Aktivitetsplikten er ikke å finne når det er brudd på retten til utdanning etter Barnekonvensjonen når barnet oppholder seg i utlandet. Retten til utdanning etter EMK er ikke omfattet av den generelle sikreplikten og statene plikter kun å ikke være til hinder for at barn får utdanningen foreldrene vil gi dem. Fraværet av en plikt til å hjelpe barn som ikke får den utdanningen de har krav på når barnet oppholder seg i utlandet, er derfor lik i de to konvensjonene selv om kravet til utdanning ikke er tilsvarende. Konvensjonene er imidlertid heller ikke her til hinder for at avtale om omsorgsovertakelse mellom statene inngås.

For å harmonisere jurisdiksjonshjemmelen i barnevernloven § 1-2 andre ledd og de begrensninger som fremgår av sikrepliktene i Barnekonvensjonen og EMK, må denne forstås

som at det kan treffes vedtak i Norge, men bestemmelsen løser ikke spørsmålet om gjennomføringen av vedtaket. Gjennomføringen må løses med en avtale mellom Norge og den staten barnet befinner seg i. I den forbindelse er det mulig at de landene som ikke selv klarer å sikre rettighetene etter konvensjonen har en plikt til å gjennomføre slike avtaler jf. Barnekonvensjonen artikkel 10. Omfanget av plikten som fremgår av denne artikkelen er derimot uklart.

Per i dag har enkeltindivider ingen mulighet til å få sin sak overprøvd av barnekomiteen. Det foreligger ikke holdepunkter for at aktivitetsplikten som fremgikk i Barnekonvensjonen til å hjelpe barn i voldssaker også når de befinner seg i utlandet, kan innfortolkes i EMK. Dersom Norge bryter med aktivitetsplikten etter Barnekonvensjonen har norske innbyggere ingen mulighet til å få prøvd sin sak hos barnekomiteen. En løsning kan derfor være at Norge undertegner avtalen om individuell klagerett til barnekomiteen.⁷²

⁷² FNs dokumentdatabase, tilleggsprotokoll om individuell klagerett til barnekomiteen:
<http://www.undocs.org/CRC/C/62/3>

Litteraturliste

Lover

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven)

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

Lov 20. mai 2005 nr 28 om straff (straffeloven)

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

Lov 8. Juli 1988 om anerkjennelse og fullbyrding av utenlandske avgjørelser om foreldreansvar m v og om tilbakelevering av barn (barnebortføringsloven)

Forskrift

Forskrift 1. september 1995 nr. 772 om lov om barneverntjenesters anvendelse på Svalbard

Forarbeider

Prop. 102 LS (2014-2015) Lov om gjennomføring av konvensjon 19. oktober 1996 om jurisdiksjon, lovvalg, anerkjennelse, fullbyrdelse og samarbeid vedrørende foreldremyndighet og tiltak for beskyttelse av barn, og endringer i enkelte andre lover, og samtykke til ratifikasjon av konvensjonen

Ot.Prp. nr. 44 (1991-1992) s. 110 Om lov om barneverntjenester (barnevernloven)

Ot.prp. nr. 104 (2008–2009) Om lov om endringer i barnelova mv. (flytting, delt bosted, samvær, vold mv.)

NOU 2016:16 Ny barnevernslov Sikring av barnets rett til omsorg og beskyttelse

Ot.prp. nr. 3 (1998–1999) Om lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

NOU 1993:18 Lovgivning om menneskerettigheter

Rettspraksis

HR-2020-1788-A

HR-2020-2081-A

HR-2020-1929-A

Hr-2020-00661-S

HR-2020-00662-S

HR-2019-00788-U

HR-2019-01675-A

Hr-2019-02344-A

Hr-2016-02262-A

Rt. 2015 s. 1388

Rt. 2014 s. 976

Rt. 2012 s. 146

Rt. 2009 s. 1261

Rt. 2003 s. 1468

Forvaltningspraksis

FVN-2020-53FTR

Konvensjoner

Convention on the Rights of the Child 20. november 1989 (entered into force 2. September 1990) (Barnekonvensjonen) 777 UNTS 3

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4. November 1950. (Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen)

Vienna Convention on the law of treaties (with annex). Concluded at Vienna on 23 May 1969 (entered into force 27. January 1980) (Wienkonvensjonen) 1155 UNTS 331

Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children (entered into force 1. January 2002) (Haagkonvensjonen 1996) 2204 UNTS 503

Praksis fra EMD

Hernehult mot Norge [J] 2020, no. 14652/16 ECHR:2020:0310JUD001465216

Strand Lobben m.fl. mot Norway [GC] ECHR:2019:0910JUD003728313

Wunderlich mot Tyskland [J] 2019, no. 18925/15 ECHR:2019:0110JUD001892515

Bankovic m.fl. mot Belgia og andre medlemsstater [GC] 2001,
ECHR:2001:1212DEC005220799

Case of Al-Skeini and others v. The United Kingdom [GC] (2011)
ECHR:2011:0707JUD005572107

Case of Bărbulescu mot Romania [GC] (2017) ECHR:2017:0905JUD006149608

Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark [J] (1976) Series A no 23

X og Y mot Nederland [J] 1985, no. 8978/80 Series A no 91

Artikler

Amrei Müller «En kort innføring i folkerettslig tratatolkning» *Jussens venner*, 52 (04/2017),
s. 222-259

Bøker

Morten Ruud og Geir Ulfstien, *Innføring i Folkerett*, 5. utg. Universitetsforlaget, 2018

Barnekomiteens generelle kommentarer

General Comment no. 1 (2001): The aims of education (CRC/GC/1/2001/1)

General Comment no. 5 (2003): General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child (arts. 4, 42 and 44 para. 6), (CRC/GC/2003/5)

General Comment no. 13 (2011): The right of the child to freedom from all forms of violence (CRC/C/GC/13)

Statsrapport til barnekomiteen

Initial report submitted by Somalia under article 44 of the Convention, due in 2017 [Date received: 16 September 2019] (CRC/C/SOM/1)

Annet

Anja Bredal m.fl., «*Det var ikke bare en ferie*» rapport fra ekspertgruppe om unge som etterlates i utlandet mot sin vilje, 19. mars 2020, regjeringen.no, hentet 23 august 2020 fra: <https://www.regjeringen.no/contentassets/a49d4119022f470f98ca4574ead4a9ef/rapport-fra-ekspertgruppe-om-unge-som-etterlates-i-utlandet-mot-sin-vilje.pdf>

Haagkonvensjonens hjemmesider, oversikt over medlemsland.

<https://www.hcch.net/en/states/hcch-members>

FNs dokumentdatabase, tilleggsprotokoll om individuell klagerett til barnekomiteen:

<http://www.undocs.org/CRC/C/62/3>