

Hensynet til kultur i vurderingen av
akseptabel omsorg etter barnevernloven
§ 4-12 bokstav a til d

*Med særlig vekt på FNs barnekonvensjon og
norsk praksis*

Kandidatnummer: 6

Antall ord: 14081



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

01.06.2017

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse.....	2
1 Innledning.....	3
1.1 Tema og problemstilling for masteroppgaven.....	3
1.2 Problemstillingens aktualitet.....	4
1.3 Avgrensninger.....	5
1.4 Rettskilder og metode.....	5
1.5 Veien videre.....	9
2 Omsorgsovertakelse etter barnevernloven § 4-12.....	11
2.1 Generelt.....	11
2.2 Barnevernloven § 4-12.....	11
2.3 Alternative vilkår i første ledd.....	14
2.3.1 Alternativ a.....	15
2.3.2 Alternativ b.....	16
2.3.3 Alternativ c.....	17
2.3.4 Alternativ d.....	17
2.4 Sammenfatning.....	18
3 Rettigheter og prinsipper med betydning for vurderingen av akseptabel omsorg.....	20
3.1 Innledning.....	20
3.2 Barnets beste.....	21
3.2.1 Barnets beste som tolkningsprinsipp.....	21
3.3 Andre sentrale prinsipper i norsk barnevernrett.....	22
3.3.1 Det biologiske prinsipp.....	22
3.3.2 Mildeste inngreps prinsipp.....	23
3.4 Retten til ikke-diskriminering.....	23
3.5 Retten til omsorg, liv og utvikling og beskyttelse mot mishandling.....	25
3.6 Retten til kultur, språk og religion.....	28
3.7 Sammenfatning.....	30
4 Vurderingen av akseptabel omsorg i norsk praksis.....	32
4.1 Innledning.....	32
4.2 Nærmere om voldsutøvelse.....	34
4.3 Nærmere om emosjonell omsorg.....	37
5 Avslutning.....	44
5.1 Sammenfatning.....	44
5.2 Avsluttende vurderinger.....	45
Litteraturliste.....	48

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling for masteroppgaven

Temaet for masteroppgaven er hensynet til kultur ved omsorgsovertakelse. Jeg vil forsøke å se på hvilken betydning hensynet til kulturell bakgrunn har i vurderingen av akseptabel omsorg etter de alternative grunnvilkårene i barnevernloven¹ § 4-12 bokstav a til d. Jeg vil særlig undersøke dette i lys av rettighetene i FNs barnekonvensjon (barnekonvensjonen)² og norsk praksis.

Familier med en annen kulturell bakgrunn utøver ofte sin omsorg på andre måter enn en norsk familie uten innvandrerbakgrunn. Det vil dermed kunne oppstå en konflikt over hvor langt man skal gå i å akseptere slik annerledes omsorg. Oppgavens kjerne blir da i hvilken grad barnevernet, fylkesnemnda og domstolene skal godta og faktisk godtar slik annerledes oppdragelse, eller om et norsk oppdragelsesmønster legges til grunn i vurderingen av om tilfredsstillende omsorg ytes. Viktigheten av kultursensitivitet står da mot viktigheten av at det ikke oppstår kulturell relativisme i den forstand at det blir ulike standarder for hva som anses som god nok omsorg.

I denne oppgaven vil jeg derfor vurdere hvordan grensen for akseptabel omsorg skal forstås i relasjon til hensynet til kultur. Det vil imidlertid ikke være mulig å klarlegge grensen nøyaktig. Barnevernssaker er saker med særlig stort preg av skjønnsmessige vurderingstemaer, hvor hver enkelt sak er sammensatt og unik.³ Det foreligger lite praksis på området, og sakene er fra de lavere domstoler og fylkesnemnda. Oppgaven vil derfor heller søke å belyse den ytre grensen for vurderingen basert på barnekonvensjonen, og finne relevante momenter i vurderingen basert på praksis, enn å søke å klarlegge en eksakt grense for akseptabel omsorg.

¹ Lov 17.juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester (barnevernloven).

² De forente nasjoners internasjonale konvensjon 20. november 1989 om barnets rettigheter (barnekonvensjonen).

³ Tilsvarende legges til grunn for omsorgsovertakelse generelt i NOU 2012: 5 på s. 80.

1.2 Problemstillingens aktualitet

På grunn av globalisering og økende innvandring, får Norge stadig flere familier med en kulturell, religiøs og etnisk bakgrunn som skiller seg fra den norske. Flere av disse velger andre oppdragelsesmetoder og har verdigrunnlag som skiller seg fra majoritetens syn i Norge. Dette reiser ifølge forslaget til ny barnevernlov ”spørsmål om hvordan språklige, religiøse og kulturelle rettigheter samt kultursensitivitet bør komme til uttrykk i barnevernloven”.⁴ Det reiser også spørsmål om hvordan regelverket blir og bør bli *praktisert*.

Barn med en annen kulturell bakgrunn er overrepresentert i barnevernsstatistikken. Årsaken til dette antas å være sammensatt av kulturelle, flyktingerelaterte og sosiale og økonomiske faktorer.⁵ Ved å se nærmere på disse årsakene kan man søke å få en bedre forståelse av problematikken.

Det har i de siste år kommet sterke reaksjoner på det norske barnevernet, både nasjonalt og internasjonalt. Kjernen i kritikken synes å være at det norske barnevernet går for aktivt inn i forholdet mellom barn og foreldre, på bekostning av foreldrenes interesser.⁶ Kritikken retter seg først og fremst mot hvordan de skjønnsmessige vilkårene i loven praktiseres i enkeltsaker, ikke mot lovens vilkår som sådan.⁷ Det er derfor hensiktsmessig å undersøke om praksis er ensartet, og om den gir veiledning i vurderingen av akseptabel omsorg.

Den europeiske menneskerettighetsdomstolen har også besluttet å behandle hele ni norske barnevernssaker.⁸ Dette er et oppsiktsvekkende høyt tall som ”bør påkalle oppmerksomhet”.⁹ Dette tydeliggjør også behovet for ”grundige og etterprøvbare menneskerettslige vurderinger i nasjonale rettsinstanser”.¹⁰ Å undersøke hvordan menneskerettighetene i barnekonvensjonen spiller inn i vurderingen av akseptabel omsorg er dermed sentralt. Et menneskerettslig perspektiv er viktig for å sikre barnas og familiens rettsikkerhet.

⁴ NOU 2016: 16 s. 28.

⁵ NOU 2016: 16 s. 35.

⁶ Marius Emberland, ”Det norske barnevernet under lupen”, *Lov og Rett*, 2016 s. 329 til 330 (s. 329).

⁷ NOU 2016: 16 s. 155.

⁸ Asle Hansen, ”EMD har åpnet den niende barnevernssaken mot Norge: - Viser det totale havari”, *Dagbladet*, 25. mai 2017. Lokalisert 28. mai på <http://www.dagbladet.no/nyheter/emd-har-apnet-den-niende-barnevernssaken-mot-norge---viser-det-totale-havari/67627806>.

⁹ Emberland (2016) s. 329.

¹⁰ Emberland (2016) s. 330.

Temaet er tidligere behandlet av Sanne Hofman i 2010.¹¹ Noen av avgjørelsene som brukes i arbeidet brukes også i oppgaven her. Jeg vil imidlertid ha et større fokus på rettighetene etter barnekonvensjonen, og også vurdere nyere avgjørelser.

1.3 Avgrensninger

Problemstillingen avgrenses slik at behandlingen av tilleggsvilkårene i barnevernloven § 4-12 faller utenfor. Disse presenteres bare kort for sammenhengens og oversiktens skyld.

Oppgaven ville blitt for omfattende dersom disse vilkårene også skulle vært nærmere behandlet. Jeg avgrenser også mot en behandling av plasseringsspørsmålet. Her vil imidlertid også hensynet til kultur være et sentralt spørsmål. Oppgaven undersøker dermed ikke hvilken vekt hensynet til kultur *generelt* har ved en omsorgsovertakelse, men fokuserer på hvordan hensynet til kultur gjør seg gjeldende *ved vurderingen av foreldrenes omsorgsevne*. Oppgaven vil heller ikke omhandle andre hjemler for omsorgsovertakelse enn § 4-12.

I oppgaven vil jeg vurdere norsk rett, sett i lys av rettighetene i FNs barnekonvensjon. Jeg avgrenser dermed mot en drøftelse av andre internasjonale konvensjoner, som den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK)¹², herunder retten til familieliv. Når barnevernet foretar en omsorgsovertakelse eller andre tvangstiltak, gjør de inngrep i retten til familieliv etter EMK. Dette reiser store, komplekse spørsmål som det ikke er rom for å vurdere i denne oppgaven. Barnekonvensjonen benyttes i stedet for EMK fordi barnekonvensjonen direkte omhandler barns rettigheter.

Jeg avgrenser også mot en nærmere behandling av samers særstilling som urfolk, og fokuserer i stedet på minoriteters stilling.

1.4 Rettskilder og metode

I oppgaven skal jeg vurdere hvordan og i hvilken utstrekning kulturell bakgrunn er relevant for grensen for akseptabel omsorg. For å vurdere dette vil jeg ta utgangspunkt i norske

¹¹ Sanne Hofman, *Hensyn til kultur - til barnets beste?* Kvinnerettslig skriftserie nr. 84/2010.

¹² Europarådets konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (den europeiske menneskerettighetskonvensjonen).

rettskilder, samt i de relevante rettighetene i barnekonvensjonen. Jeg vil dermed bruke både internasjonale og nasjonale rettskilder.

Oppgaven fokuserer først og fremst på gjeldende rett. Avslutningsvis i kapittel 5 vil jeg også foreta en kritisk vurdering av funnene i oppgaven.

De sentrale norske rettskildene som vil bli benyttet er lovtekst, forarbeider, rettspraksis, teori, forvaltningspraksis og reelle hensyn.

Lovtekst danner et viktig utgangspunkt fordi legalitetsprinsippet gjelder på barnevernrettens område. Legalitetsprinsippet er i Grunnloven¹³ § 113 formulert som at ”myndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov”. Barnevernet må dermed ha lovgrunnlag for å foreta en omsorgsovertakelse. Lovteksten er imidlertid vidt formulert, og oppstiller skjønsmessige vilkår. Dette er gjort bevisst av lovgiver for at man skal kunne ta en konkret avgjørelse i hver enkelt sak.¹⁴ Lovteksten gir dermed bare begrenset veiledning i spørsmålet om hvor grensen for akseptabel omsorg går i enkeltsaker. Andre rettskilder er derfor også sentrale for tolkningen av lovteksten.

Vurderingstemaet etter barnevernloven § 4-21 første ledd første punktum skal tolkes tilsvarende som grensen etter § 4-12, og vurderingen av akseptabel omsorg etter § 4-21 første ledd første punktum kan derfor være av relevans i oppgaven.¹⁵ Dette gjelder selv om det etter § 4-21 er oppstilt et høyere beviskrav for at foreldrene kan yte god nok omsorg.

Forarbeidene til barnevernloven er til dels grundige og utførlige, og brukes aktivt i oppgaven.

I 2016 ble et forslag til ny barnevernlov fremlagt i NOU 2016: 16. Noen av de sentrale områdene som behandles i arbeidet er hensynet til kultur i barnevernssaker, og barnevernrettens forhold til menneskerettighetene. Siden den nye loven enda ikke er vedtatt, må arbeidet i dag karakteriseres som teori, eventuelt etterarbeider til den eksisterende barnevernloven. Dette har begrenset rettskildemessig vekt.¹⁶ Det er likevel tale om et grundig

¹³ Kongeriket Norges Grunnlov 17. mai 1814 (Grunnloven).

¹⁴ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 41.

¹⁵ Kari Ofstad og Randi Skar, *Barnevernloven med kommentarer*, 6. utg., 2015 s. 146 og Rt. 2004 s. 1683 avsnitt 30.

¹⁶ Erik Monsen, *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk*, 2012 s. 35 og 41.

og faglig sterkt arbeid, som gir en anføring på rådende oppfatninger innen feltet. Dette taler for at arbeidet skal tillegges vekt.¹⁷ Uttalelser brukes derfor noen steder i oppgaven.

Vedtak om omsorgsovertakelse i første instans treffes etter forslag fra barnevernet av fylkesnemndene, se barnevernloven § 4-12, tredje ledd. Fylkesnemndene er uavhengige forvaltningsorganer med en domstolslignende funksjon. Fylkesnemndene har mange likhetstrekk med en domstol, noe som taler for at avgjørelsene skal tillegges vekt. De har en domstolslignende oppbygning, blant annet ved at fylkesnemndslederene må oppfylle krav til dommere.¹⁸ Saksbehandlingen er også bygget opp på lignende måte som i domstolene, med muntlig hovedforhandling hvor det skal sikres kontradiksjon.¹⁹ Avgjørelsene skal også begrunnes.²⁰ Avgjørelsene fra fylkesnemnda må likevel klassifiseres som forvaltningspraksis som har en begrenset rettskildemessig vekt, selv om de ligner en domstol. Det er for eksempel bare et begrenset antall avgjørelser som publiseres, noe som taler for at begrunnelsene kan være mindre utførlige og gjennomtenkte enn dommer. Avgjørelser fra fylkesnemnda vil dermed brukes i oppgaven hvor de kan presisere eller utfylle praksis fra domstolene, eller det ikke foreligger andre kilder med større vekt.

Avgjørelsene fra fylkesnemnda kan klages inn for de ordinære domstolene, og domstolen kan overprøve fylkesnemndas skjønnsutøvelse fullt ut etter tvisteloven §36-5, tredje ledd. Det foreligger imidlertid sterke begrensninger i adgangen til å anke saken videre til lagmannsretten etter tvisteloven § 36-10.

Høyesterett har ikke tatt direkte stilling til den konkrete vurderingen av hvilken rolle kulturhensyn skal ha i vurderingen av akseptabel omsorg. Høyesterett har i Rt. 1997 s. 170 behandlet en sak hvor barnet hadde en annen kulturell bakgrunn, men tok ikke standpunkt til betydningen av kultur i vurderingen av foreldrenes omsorgsevne. I HR-2016-2262-A behandlet også Høyesterett en sak om omsorgsovertakelse hvor familien hadde en annen kulturell bakgrunn, men her behandles heller ikke spørsmålet om grensen for akseptabel omsorg, fordi man ikke vet nok om mors situasjon til at hennes omsorgsevne kan vurderes tilstrekkelig.

¹⁷ Monsen (2012) s. 35 og 41.

¹⁸ Barnevernloven § 7-2 bokstav a.

¹⁹ Barnevernloven § 7-3.

²⁰ Barnevernloven § 7-3 bokstav f.

Praksis fra tingrettene og lagmannsrettene er en legitim kilde i rettslig argumentasjon, hvor legitimiteten kan forankres i forutberegnelighets- og likhetsbetraktninger.²¹ Hvor sterkt disse hensynene gjør seg gjeldene, og dermed hvor mye vekt som kan tillegges underrettspraksisen, varierer blant annet ut i fra hvor klar, fast og langvarig den aktuelle praksisen er.²² Ettersom det foreligger så pass få avgjørelser på området, er det vanskelig å identifisere en klar, fast og langvarig praksis.

Underrettsdommer og avgjørelser fra fylkesnemnda vil måtte legges til grunn, i mangel av praksis fra Høyesterett. Et særtrekk ved barnevernretten er at det foreligger et begrenset antall tilgjengelig praksis, og at denne praksisen i stor grad kommer fra lavere domstoler og fylkesnemnda. Vurderingene er særlig skjønsmessige og sammensatte, og det er ofte noe uklart hva retten faktisk tar stilling til eller mener. Selv om det i praksisen er et forholdsvis stort antall saker hvor barnet har en annen kulturell bakgrunn, er det oppsiktsvekkende få saker som direkte behandler hensynet til kultur, og hvordan hensynet spiller inn i vurderingen av akseptabel omsorg. Ettersom barnevernretten er et rettsområde hvor hver enkelt sak skal vurderes helt konkret, kan ikke prejudikater spille en like stor rolle som på visse andre rettsområder.²³ Sakene vil kunne gi veiledning på relevante momenter i vurderingen. Det begrensede antallet saker gjør imidlertid at andre kilder, som barnekonvensjonen, blir desto viktigere.

Den internasjonale rettskilden som benyttes i oppgaven er barnekonvensjonen. Konvensjonen er inkorporert i norsk lov gjennom menneskerettsloven § 2, med virkning fra 1. oktober 2003.²⁴ Konvensjonen er også gitt forrang foran norsk lov gjennom menneskerettsloven § 3, som betyr at den ved motstrid skal gå foran bestemmelsene i blant annet barnevernloven. Konvensjonen forplikter etter artikkel 4 staten og dens aktører. Barnevernet, fylkesnemnda og domstolene er dermed bundet av de ulike bestemmelsene i sin myndighetsutøvelse. Ved tolkning av konvensjonen danner en naturlig forståelse av ordlyden utgangspunktet.²⁵ Videre

²¹ Monsen (2012) s. 39.

²² Monsen (2012) s. 169.

²³ Lena R. L. Bendiksen og Trude Haugli, *Sentrale emner i barneretten*, 2. utg., 2015 s. 28 og s. 33.

²⁴ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) jf. endringslov 86/2003.

²⁵ Smith, Lucy, "FNs konvensjon om barns rettigheter", I: *Barnekonvensjonen: Barns rettigheter i Norge*, Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kristen Sandberg(red.), 3. utg., 2016 s. 17-30 (s. 24).

skal ordlyden tolkes i lys av konvensjonens ”objects and purpose”.²⁶ De ulike bestemmelsene skal også tolkes som et hele, noe som fremgår direkte av konvensjonen, og er et moment med særlig vekt.²⁷ I oppgaven vil det også bli lagt stor vekt på å tolke konvensjonen som et hele, og å se de ulike rettighetene i sammenheng. Konvensjonen vil danne hovedgrunnlaget i oppgaven, ettersom den skal tillegges en særlig vekt etter menneskerettsloven § 3, og det foreligger lite praksis med begrenset rettskildemessig vekt. Jeg vil først og fremst vise til den norske oversettelsen, men hvor denne er mindre heldig vil jeg vise til den engelske originalteksten.

FNs barnekomité er konvensjonens håndhevsorgan, og utgir generelle kommentarer eller ”general comments” hvor den uttaler seg om tolkning av konvensjonens bestemmelser. Disse uttalelsene er ikke rettslig bindende for partene, men gir veiledning om bestemmelsers innhold, og benyttes i praksis som en viktig kilde i forståelsen av rettighetene.²⁸

1.5 Veien videre

For å vurdere grensen for akseptabel omsorg vil jeg først i kapittel 2 presentere barnevernet og hjemmelen for omsorgsovertakelse i barnevernloven § 4-12. Jeg vil se på hvor grensen for omsorgsovertakelse generelt ligger, ut i fra lovtekst, forarbeider og teori.

I kapittel 3 vil jeg se nærmere de ulike rettighetene og prinsippene som danner grunnlaget for vurderingen av akseptabel omsorg når familien har en annen kulturell bakgrunn. Jeg vil først gjøre rede for barnets beste, som er det øverste, styrende prinsipp i barnevernretten og i forståelsen av barnekonvensjonen. Deretter vil jeg kort presentere de andre sentrale prinsippene i barnevernsretten, som er det mildeste inngreps prinsipp og det biologiske prinsipp. Deretter vil jeg se nærmere på relevante bestemmelser i barnekonvensjonen og undersøke hvordan disse påvirker vurderingen av akseptabel omsorg etter § 4-12. Jeg vil se nærmere på forbudet mot diskriminering, rettene til omsorg, utvikling og beskyttelse mot mishandling, og retten til kultur.

²⁶ Smith (2016) s. 25, The Vienna Convention on the Law of Treaties, Wien 23.05.1969 (Wien-konvensjonen) artikkel 31.1.

²⁷ Smith (2016) s. 25.

²⁸ Smith (2016) s. 25 og Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 151 og 152 med henvisning til Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 41 til 44.

Videre vil jeg i kapittel 4 se nærmere på de to områdene hvor kulturell bakgrunn kan tenkes å ha størst betydning i vurderingen av akseptabel omsorg. Jeg vil først se på grensen i forhold til voldsbruk, og deretter i forhold til foreldres evne til å gi emosjonell omsorg.

Avslutningsvis vil jeg foreta en sammenfatning og vurdering av hva jeg har funnet gjennom arbeidet.

2 Omsorgsovertakelse etter barnevernloven § 4-12

2.1 Generelt

Barnevernets virksomhet reguleres av barnevernloven. Barnevernet har som hovedregel vedtakskompetanse overfor barn under 18 år, jf. § 1-3, som oppholder seg i Norge, jf. §1-2.

Hovedoppgaven til barnevernet er etter § 1-1 å sikre at barn får nødvendig hjelp og omsorg når de lever under skadelige forhold, og å sikre at de har trygge oppvekstvilkår.

Ansvar for barnevernet er subsidiært.²⁹ Omsorg for barn er i første rekke foreldrenes oppgave. Barnevernet skal bistå foreldre som ikke kan eller vil yte tilstrekkelig omsorg.

De ulike tiltakene barnevernet har til rådighet er regulert i lovens kapittel 4. Barnevernet har i hovedsak to typer tiltak til rådighet, med ulike vilkår for iverksettelse. *Hjelpetiltak* er normalt frivillige og utøves mens barnet bor i hjemmet. *Omsorgsovertakelse* vil ofte utøves under tvang, og medfører at barnet flyttes ut av hjemmet. Barnevernet overtar da omsorgen for barnet, og omsorgen ytes av fosterhjem eller institusjon. Omsorgsovertakelse skal være en midlertidig løsning, og § 4-21 regulerer derfor tilbakeføring av barnet.³⁰

Barnevernloven inneholder flere hjemler for omsorgsovertakelse. Den mest sentrale er § 4-12. Det er denne bestemmelsen som vil behandles i oppgaven.

2.2 Barnevernloven § 4-12

Barnevernloven § 4-12 oppstiller tre kumulative vilkår for at omsorgsovertakelse skal kunne gjennomføres.

²⁹ Prop. 106 L (2012-2013) s. 26 og Knut Lindboe, *Barnevernretten*, 6. utg., 2012 s. 23.

³⁰ Lindboe (2012) s. 83.

For det første må et av de fire alternative grunnvilkårene i første ledd bokstav a til d være oppfylt. Disse vilkårene omhandler barnets omsorgssituasjon. Ettersom oppgaven fokuserer på grensen for akseptabel omsorg, utgjør disse vilkårene kjernen i oppgaven. De behandles derfor nærmere nedenfor.

De to andre vilkårene utgjør tilleggsvilkår som innebærer en innskrenkning av bestemmelsens virkeområde.³¹ Omsorgsovertakelsen må være ”nødvendig” og til barnets beste.

Omsorgsovertakelse må dermed være et hensiktsmessig og forholdsmessig tiltak. Vilrårene presenteres her for oversiktens og sammenhengens skyld, ettersom det er viktig å være klar over at det ikke alltid vil foretas en omsorgsovertakelse selv om grunnvilkårene som behandles i oppgaven er oppfylt.

Det første tilleggsvilkåret er at omsorgsovertakelsen må være ”nødvendig”. Dette er et uttrykk for det mildeste inngreps prinsipp, som er et grunnleggende prinsipp i barnevernretten.³² Det presiseres at vedtak om omsorgsovertakelse ikke kan treffes ”dersom det kan skapes tilfredsstillende forhold for barnet ved hjelpetiltak”. Dersom hjelpetiltak kan tenkes å være effektive, må dette dermed alltid prøves først. Situasjoner som i utgangspunktet omfattes av vilrårene i første ledd, skal da likevel ikke føre til omsorgsovertakelse.³³

Det andre tilleggsvilkåret følger av at bestemmelsen er en ”kan”-regel. Når vilrårene ellers er oppfylt må det foretas en avsluttende helhetsvurdering av om omsorgsovertakelse bør gjennomføres. Denne vurderingen skal baseres på barnets beste etter § 4-1.³⁴ Det kan dermed oppstilles som et vilkår at omsorgsovertakelsen er til barnets beste. Selv om grunnvilkårene i første ledd bokstav a til d er oppfylt, kan det altså være at omsorgsovertakelse likevel ikke skal gjennomføres, dersom det ikke er til det beste for barnet. Oppgaven vil her gi en kort redegjørelse for vurderingen av barnets beste etter § 4-1 for sammenhengens skyld. Det vises også til behandlingen av prinsippet barnets beste sin betydning for vurderingen av de alternative vilrårene i § 4-12 i punkt 3.1.

³¹ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 110.

³² Det vises også til behandlingen av prinsippet i punkt 3.2.2.

³³ Lindboe (2012) s. 88.

³⁴ Bendiksen (2015) s. 207 og Lindboe (2012) s. 84.

Det er flere momenter som skal tillegges vekt i vurderingen av barnets beste. Etter bestemmelsen i § 4-1 skal det legges vekt på å gi barnet ”stabil og god voksenkontakt” og ”kontinuitet i omsorgen”. Disse momentene er av lovgiver ansett for å være så viktige at de er inntatt i lovteksten. De er imidlertid ikke uttømmende.³⁵

Høyesterett har i Rt. 1997 s. 170 bekreftet at hensynet til barnets kulturelle, etniske, religiøse og språklige bakgrunn skal være et moment av vekt i vurderingen av hva som er til barnets beste, og dermed i ”kan”-vurderingen etter § 4-12. Høyesterett fremhever blant annet på side 177 at det vil være positivt for barnets identitetsfølelse og selvbylde om det får vokse opp i foreldrenes kultur. Det gis også uttrykk for at hensynet til kultur alltid skal være med i vurderingen av barnets beste.³⁶ Dette er også fremhevet i forslaget til ny barnevernlov, hvor departementet foreslår en ny overordnet bestemmelse om barnets beste hvor det presiseres at hensynet til barnet og foreldrenes kultur er relevante momenter i vurderingen.³⁷

Etter annet ledd i barnevernloven § 4-1 er også barnets mening fremholdt som et viktig moment i vurderingen av hva som er til barnets beste. At barnets mening skal tillegges vekt følger også av barnevernloven § 6-3, Grunnloven § 104 og barnekonvensjonen artikkel 12. Etter barnekonvensjonen er retten til å bli hørt et av fire grunnleggende prinsipper i konvensjonen.³⁸ Å klarlegge barnets mening må anses avgjørende for å sikre barnets beste. I rettspraksis er det imidlertid lagt til grunn at meningen ikke kan få avgjørende vekt der andre hensyn gjør seg gjeldende.³⁹

Vurderingen av barnets beste skal etter forarbeidene være en ”helhetlig og skjønnsmessig vurdering av hva som vil være til barnets beste i det enkelte og konkrete tilfellet”.⁴⁰ Det er den *konkrete* situasjonen som skal danne utgangspunkt for vurderingen, og det er det beste for det enkelte, konkrete barnet som skal vurderes. Det skal foretas en ”helhetsbedømmelse av det individuelle barnets situasjon”.⁴¹ Man må bringe på det rene argumenter for og mot at barnet skal bli boende hos foreldrene, og deretter veie disse mot hverandre. Omsorgsovertakelse må gi barnet en bedre omsorgssituasjon enn om det blir boende hjemme. I saker hvor barnet har

³⁵ NOU 1985: 18 s. 146.

³⁶ Se nærmere om hensynet til kultur sin betydning i barnets beste-vurderingen hos Hofman (2010).

³⁷ NOU 2016: 16 s. 27.

³⁸ FNs barnekomité, General Comment No. 5 (2003) avsnitt 12.

³⁹ Rt. 2006 s. 1308, Rt. 1998 s. 1702, Rt. 1987 s. 289, Ot.prp nr. 45 (2002-2003) s. 63 og Lindboe (2012) s. 91 og 180.

⁴⁰ Prop. 106 L (2012-2013) s. 82.

⁴¹ Haugli (2002) s. 321.

en annen kulturell bakgrunn bør man dermed blant annet se på hvilken betydning tilknytningen til kulturen har for det konkrete barnet.

Vurderingen av barnets beste vil imidlertid sjelden være det mest sentrale i saken, fordi lovgiver allerede har tatt hensyn til barnets beste gjennom utformingen av de strenge vilkårene.⁴² I Rt. 1987 s. 289 på s. 301 fremheves det at utgangspunktet er at omsorgsovertakelse skal vedtas dersom vilkårene ellers er oppfylt. ”Kan”-vurderingen må imidlertid likevel alltid foretas, og saken vurderes konkret, selv om utgangspunktet er omsorgsovertakelse.

Jeg vil nå se nærmere på de alternative vilkårene i første ledd bokstav a til d.

2.3 Alternative vilkår i første ledd

Paragraf 4-12 oppstiller i bokstav a til d fire alternative grunnvilkår for omsorgsovertakelse. Det følger av alternativene at dersom omsorgen kommer under en standard som anses til barnets beste, kan omsorgen overtas.⁴³ Vilkårene er strenge, og oppstiller en høy terskel for omsorgsovertakelse.

Alternativene oppstiller skjønnsmessige vurderingstemaer, som i noen grad overlapper og glir over i hverandre. Forarbeidene presiserer at loven oppstiller skjønnsmessige vilkår for å kunne ta en konkret avgjørelse i den enkelte sak.⁴⁴

Bestemmelsen er formulert slik at omsorgssvikten må være *aktuell*, ved at vilkårene er nåtidsrettet. Vilkårene krever at det ”er” alvorlige mangler i omsorgen, at barnet ”blir” utsatt for mishandling og så videre. At omsorgssvikten må være aktuell er også fremholdt i forarbeidene.⁴⁵ Dersom omsorgssvikten ikke er aktuell, vil heller ikke omsorgsovertakelse være ”nødvendig” etter annet ledd.⁴⁶ Fremtidige mangler kan dermed normalt ikke danne grunnlag for omsorgsovertakelse. Unntaket er alternativ d som er fremtidsrettet. Fortidige

⁴² Lindboe (2012) s. 49.

⁴³ Hofman (2010) s. 54.

⁴⁴ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 41.

⁴⁵ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 110.

⁴⁶ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 111.

mangler i omsorgen som ikke antas å bli gjentatt kan aldri danne grunnlag for omsorgsovertakelse.

Beviskravet er etter alternativ a, b og c alminnelig sannsynlighetsovervekt.⁴⁷ Hvor det foreligger mistanke om blant annet seksuelt misbruk kan det i noen tilfeller oppstilles et lavere beviskrav.⁴⁸ Alternativ d oppstiller et skjerpet beviskrav, og krever at det må være ”overveiende sannsynlig” at barnet vil ta skade.

2.3.1 Alternativ a

Bokstav a regulerer situasjonen hvor det foreligger ”alvorlige mangler i den daglige omsorg” eller ”alvorlige mangler i forhold til den personlige kontakt og trygghet”. Dette er en anvisning på både fysisk og emosjonell omsorg. ”Daglig omsorg” tar sikte på fysisk, materiell omsorg og begrepet ”personlig kontakt og trygghet” omfatter psykisk og emosjonell omsorg.⁴⁹

Mangler i den fysiske og materielle omsorgen kan for eksempel omhandle mangler i bosituasjon, mat, klær eller hygiene.⁵⁰ Her vil det kunne tenkes at hensynet til kultur i noen tilfeller vil være relevant. For eksempel kan det være vanlig med andre måter å bo på i andre kulturer, ved at barna deler soverom med foreldre eller lignende. I de fleste tilfeller vil det imidlertid måtte kunne antas at kravene til den fysiske omsorgen ikke er avhengige av kultur. Forskjeller i materiell omsorg mellom familier med og uten innvandrerbakgrunn er også ofte knyttet til familiens økonomiske situasjon.⁵¹ Det foreligger i tillegg lite praksis hvor materiell omsorg behandles direkte. Oppgavens fokus vil derfor ikke ligge her.

Mangler i den emosjonelle omsorgen omfatter blant annet følelsesmessig avvisning og at barnet ikke får dekket sine kontaktbehov.⁵² Hensynet til kultur kan være særlig relevant i vurderingen av emosjonell omsorg, fordi synet på barnets rolle i familien og samfunnet skiller

⁴⁷ Lindboe (2012) s. 84, Ofstad (2015) s. 145.

⁴⁸ Se for eksempel Rt. 1989 s. 320.

⁴⁹ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 110, NOU 2016: 16 s. 153 og Lindboe (2012) s. 85.

⁵⁰ Lindboe (2012) s. 85 og Ofstad (2015) s. 147.

⁵¹ NOU 2012: 5 s. 30.

⁵² Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 110.

seg vesentlig fra kultur til kultur. Synet på hvordan den emosjonelle omsorgen skal ytes vil dermed også kunne skille seg vesentlig.⁵³

Ordlyden ”alvorlige mangler” i alternativ a tyder på en høy terskel for at vilkåret skal anses oppfylt. I forarbeidene er det presisert at dette medfører at ”situasjonen må være forholdsvis klart uholdbar” for å foreta en omsorgsovertakelse. Dette medfører videre at ”ikke ethvert avvik fra det man kan kalle vanlige normer eller situasjoner” kan berettige omsorgsovertakelse.⁵⁴ Barnet skal altså ha det ganske ille for at vilkåret anses oppfylt.⁵⁵ Omsorg som skiller seg fra en klassisk norsk oppdragelsesmodell kan og skal dermed i noen utstrekning aksepteres.

Forarbeidene gir liten veiledning over den nærmere grensen for akseptabel omsorg. Det er vanskelig å formulere noen eksakt, generell grense for hva som omfattes av alternativet. Dette antas å være særlig vanskelig når barnet lever i en familie med annen kulturell bakgrunn, og oppdragelsen skiller seg fra det som er vanlig i norske familieforhold.⁵⁶

2.3.2 Alternativ b

Alternativ b regulerer situasjonen for syke, funksjonshemmede eller spesielt hjelpetrengende barn hvor foreldre ikke sørger for at barnet får dekket sine særlige behov for behandling eller opplæring. Begrepet ”spesielt hjelpetrengende” tar i følge forarbeidene sikte på barn som har et ekstra behov for trygghet og stimulering på grunn av tidligere påkjenninger i miljø eller familie.⁵⁷ Det kan tenkes at foreldre med annen kulturell bakgrunn som ikke vet nok om hjelpetilbud i Norge, ikke sikrer at spesielt hjelpetrengende får barn tilstrekkelig hjelp. Slike tilfeller vil også kunne omfattes av alternativ a. Det kan kanskje antas at hensynet til kultur vil spille en begrenset rolle i vurderingen av akseptabel omsorg etter dette alternativet i de tilfellene som *ikke* blir omfattet av alternativ a. Alternativ b blir også sjelden påberopt, og momentene dras heller inn i vurderingen etter alternativ a. Det er derfor mest hensiktsmessig at jeg i oppgaven behandler alternativ a nærmere, men ikke alternativ b.

⁵³ Hofman (2010) s. 92.

⁵⁴ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 110.

⁵⁵ Trude Haugli, ”Det mangfoldige barnets beste”, *Bonus pater familias. Festskrift til Peter Lødrup, 70 år, 2002* s. 313-327 (s. 320).

⁵⁶ Lindboe (2012) s. 85.

⁵⁷ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 110.

2.3.3 Alternativ c

Bokstav c regulerer situasjoner der ”barnet blir mishandlet eller utsatt for andre alvorlige overgrep i hjemmet”. Dette omfatter etter forarbeidene ”såvel fysisk mishandling og seksuelle overgrep som psykisk sjikane, trakassering, eller vedvarende mindre overgrep”, jf. Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) side 43.

Ordlyden ”alvorlige overgrep” i alternativ c medfører at bestemmelsen har en høy terskel. Bestemmelsen kan i følge forarbeidene ikke brukes dersom det foreligger et enkelt overgrep, dersom situasjonen likevel må anses tilfredsstillende for barnet.⁵⁸ I situasjoner hvor det foreligger barnemishandling, vil ofte omsorgen være mangelfull på en slik måte at også alternativ a kan anvendes.⁵⁹ Situasjonen er likevel særlig regulert fordi man har villet markere alvorligheten i barnemishandling.⁶⁰

Bestemmelsen tilsier at dersom det brukes vold, er grunnvilkåret for omsorgsovertakelse oppfylt, så lenge voldsbruken ikke er rent fortidig. I norsk lovgivning foreligger det også et absolutt forbud mot bruk av fysisk refselse.⁶¹

Voldsbruk vil i noen saker kunne være kulturelt betinget, typisk dersom vold brukes som ledd i oppdragelsen, eller det er tale om såkalt æresvold. Det er store forskjeller i synet på bruk av vold i ulike kulturer. Å undersøke hvilken betydning hensynet til kultur får i slike saker er dermed interessant og relevant.

2.3.4 Alternativ d

Alternativ d er som nevnt fremtidsrettet, og nødvendiggjør en vurdering av barnets fremtidige omsorgssituasjon. Som nevnt inneholder også bestemmelsen et skjerpet beviskrav. Omsorgen kan overtas 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”.

Manglene trenger altså ikke ha gitt utslag i fare eller skade for barnet på tiltakstidspunktet. Bestemmelsen tar ifølge forarbeidene særlig sikte på situasjoner der foreldrene er alvorlige

⁵⁸ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 111.

⁵⁹ Lindboe (2012) s. 87.

⁶⁰ Ofstad (2015) s. 149.

⁶¹ Nærmere om dette i punkt 4.2.

sinnslidende eller tilbakestående.⁶² Vilkåret anvendes i praksis også hvor en eller begge av foreldrene har alvorlige problemer med rusmidler med dårlig utsikt til rehabilitering.⁶³ Det antas at hensynet til kultur vil spille en begrenset rolle i vurderingen etter dette alternativet. Det behandles derfor ikke nærmere.

2.4 Sammenfatning

Barnevernloven § 4-12 oppstiller tre kumulative vilkår for omsorgsovertakelse. Oppgaven vil fokusere på de alternative vilkårene i første ledd bokstav a til d. Det er likevel også viktig å ha med seg tilleggsvilkårene som snevrer inn adgangen til å foreta omsorgsovertakelser. Hensynet til kultur kan også få betydning i disse vurderingene.

Det kan antas at hensynet til kultur vil kunne være særlig relevant i vurderingen av den emosjonelle omsorgsevnen etter alternativ a, fordi synet på denne delen av oppdragelsen skiller seg betraktelig fra kultur til kultur. Vold vil også kunne være kulturelt betinget, slik at hensynet til kultur kan tenkes å være sentralt i noen saker etter alternativ c. Det er derfor disse to aspektene av § 4-12 jeg vil behandle i oppgaven.

I relasjon til alternativ a oppstiller loven en høy terskel. Etter alternativ a presiserer forarbeidene at dette medfører at ”ikke ethvert avvik” fra en typisk norsk oppdragelse skal medføre omsorgsovertakelse. De gir imidlertid liten veiledning over den nærmere grensen for akseptabel omsorg ut over dette, og ingen veiledning i hvilken vekt hensynet til kultur skal tillegges. Selv om dette vil være vanskelig vil det være viktig å ha noen nærmere retningslinjer for hvordan vurderingen skal foretas. Det er derfor interessant og ønskelig å se nærmere på om rettskilder kan gi veiledning over hvordan hensynet til kultur spiller inn i vurderingen av akseptabel, emosjonell omsorg.

Når det gjelder voldsbruk etter alternativ c tilsier lovteksten at grunnvilkåret for omsorgsovertakelse er oppfylt med mindre det er tale om en rent fortidig hendelse. Jeg vil imidlertid også se nærmere på hva andre rettskilder sier om voldsbruk. Dette er et spørsmål

⁶² NOU 1985: 18 s. 157 og Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 111.

⁶³ Lindboe (2012) s. 87.

med interesse og relevans, ettersom vold anses som en spesielt skadelig praksis for barnet, og det er et særlig problem med vold i familier med annen kulturell bakgrunn.⁶⁴

⁶⁴ Veronika Paulsen, Kristin Thorshaug og Berit Berg, *Møter mellom innvandrere og barnevernet, Kunnskapsstatus*, 2014 s. 41.

3 Rettigheter og prinsipper med betydning for vurderingen av akseptabel omsorg

3.1 Innledning

Som nevnt gir lovteksten i barnevernloven begrenset veiledning om hvor grensen skal ligge for hva som anses som akseptabel omsorg, og hvordan vurderingen skal foretas når barnet har en annen kulturell bakgrunn, fordi vilkårene er skjønnsmessige. Oppgaven vil derfor i det følgende se nærmere på prinsipper og rettigheter i norsk rett og etter barnekonvensjonen som kan gi ytterligere veiledning i vurderingen.

Oppgaven vil først se på det bærende prinsippet om barnets beste, fordi dette skal være styrende både i barnevernretten og i tolkningen av de andre rettighetene i barnekonvensjonen. Det vises også til det som er sagt over i punkt 2.2 om barnets beste som tilleggsvilkår i § 4-12. Videre vil det kort gjøres rede for de andre sentrale prinsippene i den norske barnevernretten, nemlig det mildeste inngreps prinsipp og det biologiske prinsipp. Disse har imidlertid liten direkte betydning for oppgavens tema, og presenteres derfor bare kort for oversiktens og sammenhengens skyld.⁶⁵ Deretter vil oppgaven se nærmere på ulike rettigheter i barnekonvensjonen, som kan gi veiledning i vurderingen av akseptabel omsorg i saker hvor barnet har en annen kulturell bakgrunn. Oppgaven vil først se på diskrimineringsforbudet, som danner et grunnlag for forståelsen av de andre rettighetene. Så vil barns rett til omsorg, rett til liv og utvikling og rett til å ikke bli utsatt for mishandling behandles under ett, for å fremheve sammenhengen mellom disse rettighetene. Deretter vil oppgaven se på retten til kultur, som også har nær sammenheng med retten til egen identitet. Avslutningsvis vil rettighetenes betydning for vurderingen av akseptabel omsorg vurderes under ett.

⁶⁵ Viser også til behandlingen under punkt 2.2 av § 4-12 annet ledd som uttrykk for det mildeste inngreps prinsipp.

3.2 Barnets beste

Det overordnede, styrende prinsipp på barnevernrettens område er hensynet til barnets beste. Prinsippet kommer blant annet til uttrykk i Grunnloven § 104, barnekonvensjonen artikkel 3, og barnevernloven § 4-1.

Etter barnekonvensjonen og Grunnloven skal hensynet til barnets beste være et ”grunnleggende hensyn” i alle avgjørelser som berører barn.⁶⁶ Disse bestemmelsene gjelder på alle rettsområder, og har således et veldig vidt anvendelsesområde. Det er derfor tatt høyde for at andre hensyn i noen tilfeller kan være mer tungtveiende.⁶⁷ På barnevernrettens område har lovgiver imidlertid foretatt en ytterligere avveining mellom barnets beste og andre hensyn. Paragraf 4-1 er plassert som en faneparagraf i kapittelet om tiltak i barnevernloven, og slår fast at det i alle avgjørelser og vurderinger som skal foretas etter loven skal legges ”avgjørende” vekt på barnets beste. Vurderinger etter barnevernloven skal dermed tas utelukkende på bakgrunn av hensyn til barnet. Det er ifølge formålet med barnevernloven i § 1-1 *barnet* som skal beskyttes og sikres en trygg og god oppvekst, og barnets behov skal vektlegges foran for eksempel foreldrenes rettigheter.⁶⁸

Prinsippet om barnets beste gjelder etter barnevernloven ved skjønnsutøvelse innenfor lovens rammer. Legalitetsprinsippet⁶⁹ medfører at lovens vilkår for tiltak uansett må være oppfylt. Dersom vilkårene i § 4-12 ikke er oppfylt, kan hensynet til barnets beste dermed aldri i seg selv begrunne omsorgsovertakelse.⁷⁰ Barnets beste er etter § 4-12 dermed den avsluttende, skjønnsmessige ”kan”-vurderingen som skal gjøres etter at det er slått fast at de øvrige vilkår er oppfylt.⁷¹ Det vises til det som er sagt under punkt 2.2 om denne vurderingen. Prinsippet får begrenset direkte betydning i vurderingen av de alternative vilkårene i § 4-12 bokstav a til d, ettersom man må forholde seg til lovens vilkår.

3.2.1 Barnets beste som tolkningsprinsipp

⁶⁶ I barnekonvensjonen ”a primary consideration”.

⁶⁷ Christian Børge Sørensen, ”Barnevern og menneskerettighetene”, utredning til barnevernslovutvalget i NOU 2016: 16, vedlegg 4, 2016 s. 306-360 (s. 314).

⁶⁸ NOU 1985: 18 s. 208 og Prop. 106 L (2012-2013) s. 82.

⁶⁹ Se punkt 1.4.

⁷⁰ Lindboe (2012) s. 24 og s. 46.

⁷¹ NOU 2016: 16 s. 48.

Barnets beste har stor betydning i tolkningen av de andre rettighetene i barnekonvensjonen. Etter barnekonvensjonen er barnets beste et av de fire grunnleggende prinsippene i konvensjonen, sammen med retten til å bli hørt, retten til overlevelse og utvikling, og retten til ikke-diskriminering.⁷² Barnets beste skal etter konvensjonen forstås som et tolkningsprinsipp av helt sentral betydning.⁷³ Prinsippet kan kanskje anses som konvensjonens formål. Rettighetene skal ved tvil alltid tolkes på en slik måte at de fremmer det som er til barnets beste. Ved flere alternative forståelser av en rettighet skal altså den forståelsen som er til det beste for barnet legges til grunn.

Hva som anses som barnets beste vil kunne variere fra kultur til kultur.⁷⁴ Barnekonvensjonens system og formål medfører imidlertid at barnets beste aldri kan tolkes slik at barnet nektes andre rettigheter etter konvensjonen. Stater kan dermed ikke bruke sin egen tolkning av barnets beste som begrunnelse for å nekte barnet andre rettigheter. Prinsippet kan for eksempel aldri begrunne bruk av vold som ledd i oppdragelsen, selv om man skulle være av den oppfatning at det er en nødvendig del av barneoppfostring og til barnets beste på lenger sikt.⁷⁵

3.3 Andre sentrale prinsipper i norsk barnevernrett

3.3.1 Det biologiske prinsipp

Et annet styrende prinsipp på barnevernrettens område er det biologiske prinsipp. Prinsippet kommer til uttrykk i Grunnloven § 104 og i flere bestemmelser i barnekonvensjonen, blant annet artikkel 5, 9 og 18. Prinsippet følger i tillegg av fast og langvarig praksis i norsk barnevernrett. Det biologiske prinsipp ble i norsk rett noe moderert gjennom NOU 2012: 5, men er fremdeles et bærende prinsipp i barnevernretten.

Prinsippet bygger på det grunnsyn at det har stor verdi for barn å vokse opp hos sine egne foreldre. Prinsippet ligger til grunn for hele barnevernretten og barnekonvensjonen, ved at utgangspunktet er at barn skal vokse opp i sin egen biologiske familie. I fortalen til

⁷² FNs barnekomité, General Comment No. 5 (2003) avsnitt 12.

⁷³ Smith (2016) s. 19.

⁷⁴ Haugli (2002) s. 323.

⁷⁵ FNs barnekomité, General Comment No. 13 (2011) avsnitt 54.

barnekonvensjonen uttales det blant annet at familien er ”den naturlige ramme for alle sine medlemmers og særlig barns vekst og trivsel”.

Prinsippet har hatt betydning ved utformingen av vilkårene for omsorgsovertakelse. Det biologiske prinsipp utgjør en viktig begrunnelse for at vilkårene for omsorgsovertakelse er strenge.⁷⁶ Ved omsorgsovertakelse vil det biologiske prinsipp videre inngå som et tungtveiende moment ved skjønnsutøvelsen i ”kan”-vurderingen etter § 4-12.⁷⁷

3.3.2 Mildeste inngreps prinsipp

Det mildeste inngreps prinsipp kommer som nevnt under punkt 2.2 til uttrykk i barnevernloven § 4-12 annet ledd ved at en omsorgsovertakelse må være ”nødvendig”. Barnevernet skal aldri benytte mer inngripende tiltak enn det som er nødvendig av hensyn til situasjonen. Dersom hjelpetiltak kan tenkes å være effektive, må dette dermed alltid prøves først. Prinsippet kan sies å ha sammenheng med det biologiske prinsipp, ved at barnet ikke skal tas ut av foreldrenes omsorg med mindre det er helt nødvendig.

3.4 Retten til ikke-diskriminering

Barnevernloven inneholder ikke et forbud mot diskriminering. Et forbud mot diskriminering på grunn av en annen kultur eller etnisitet kommer imidlertid til uttrykk i Grunnloven § 98 og diskrimineringsloven om etnisitet.⁷⁸ Disse bestemmelsene er generelle, men gjelder også for barn.

Barn med annen kulturell bakgrunn har etter barnekonvensjonen artikkel 2 en rett til ikke-diskriminering. Retten er som nevnt i punkt 3.2.1 et av fire grunnleggende prinsipper i barnekonvensjonen, og således en særlig viktig rettighet.⁷⁹ Staten har plikt til å sikre rettighetene i konvensjonen

⁷⁶ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 41, NOU 2012: 5 s. 67 og Lindboe (2012) s. 23.

⁷⁷ Lindboe (2012) s. 23.

⁷⁸ Lov 21. juni 2013 nr. 60 om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion og livssyn (diskrimineringsloven om etnisitet).

⁷⁹ FNs barnekomité, General Comment No. 5 (2003) avsnitt 12.

”uten diskriminering av noe slag og uten hensyn til barnets, dets foreldres eller verges rase, hudfarge, kjønn, språk, religion, politiske eller annen oppfatning, nasjonale, etniske eller sosiale opprinnelse, eiendomsforhold, funksjonshemming, fødsel eller annen stilling”.⁸⁰

Diskrimineringsforbudet i konvensjonen kan beskrives som et forbud mot forskjellsbehandling som ikke har et legitimt formål, som ikke er egnet til å oppnå formålet, eller som er uforholdsmessig.⁸¹ Situasjonene som behandles forskjellig må også være sammenlignbare.⁸² Forbudet i artikkel 2 omfatter både direkte og indirekte diskriminering.⁸³ Indirekte diskriminering omfatter blant annet den situasjonen at en tilsynelatende nøytral regulering eller nøytral praktisering av et regelverk medfører at en person eller gruppe stilles dårligere enn andre.⁸⁴

Diskrimineringsgrunnlagene omfatter blant annet etnisitet, språk eller religion. Kjennetegnene kan knytte seg til barnet selv eller foreldrene, se bestemmelsenes andre ledd. Å diskriminere barn på grunn av familiens kulturelle bakgrunn er dermed forbudt.

Diskrimineringsforbudet er knyttet til de andre rettighetene i barnekonvensjonen, ved at barnet skal sikres lik tilgang til rettighetene.⁸⁵ Ettersom konvensjonen dekker så pass mange områder, utgjør ikke dette en særlig stor begrensning. Forbudet gjelder for eksempel klart i barnevernssaker hvor barnet har en annen kulturell bakgrunn, ettersom en beskyttelse mot mishandling følger av artikkel 19 i konvensjonen, en rett til omsorg følger av artikkel 3 nr. 2, en rett til optimal utvikling følger av artikkel 6, og en rett til egen kultur følger av artikkel 30.

Diskrimineringsforbudet medfører at alle barn har lik rett til realisering av rettighetene som skal omtales. Barn med en familie med en annen kulturell bakgrunn skal dermed ikke stilles dårligere i barnevernssaker enn barn uten innvandrerbakgrunn. Det er viktig at man ved anvendelse av barnevernloven er seg bevisst diskrimineringsforbudet.

⁸⁰ Barnekonvensjonen artikkel 2.

⁸¹ Frøydis Heyerdahl, “Retten til ikke-diskriminering”, I: *Barnekonvensjonen - Barns rettigheter i Norge*, Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kristen Sandberg (red), 3. utg., 2016 s. 31-50 (s. 33, 36 og 38).

⁸² Heyerdahl (2016) s. 37.

⁸³ FNs barnekomité, General Comment No. 7 (2005) avsnitt 8.

⁸⁴ Heyerdahl (2016) s. 40.

⁸⁵ Heyerdahl (2016) s. 35 og 36.

Det kan imidlertid muligens hevdes at usaklig forskjellsbehandling vil være vanskelig å få påvist i en sak etter barnevernloven § 4-12.⁸⁶ Å sikre de andre rettighetene i konvensjonen, som retten til omsorg eller retten til optimal utvikling, vil normalt utgjøre et legitimt formål for forskjellsbehandling.⁸⁷ I tillegg oppstiller tilleggsvilkårene i § 4-12 ytterligere grenser for når omsorgsovertakelse skal tillates. Gjennom en vurdering av barnets beste i ”kan”-vurderingen sikres det at omsorgsovertakelse kun iverksettes dersom den antas å skape en bedre situasjon for barnet, og dermed er egnet til å oppnå formålet. Og at omsorgsovertakelsen må være ”nødvendig” vil normalt oppfylle kravet om forholdsmessighet. Skal man påvise diskriminering i en enkeltsak, forutsetter det også at man kan vise til et annet sammenlignbart tilfelle, noe som kan være vanskelig i en barnevernssak, siden alle saker er særlig sammensatte og særpregede.

Hofman har imidlertid fremholdt at det likevel kan tenkes at det foreligger en indirekte, strukturell diskriminering av innvandrerbarn som gruppe, selv om diskriminering kanskje kan være vanskelig å påvise i enkeltsaker. Dette fordi det er uforholdsmessig mange barn med en annen kulturell bakgrunn som havner under barnevernets omsorg.⁸⁸ Det å behandle familier med annen kulturell bakgrunn helt likt som en familie uten innvandrerbakgrunn, og se disse utelukkende med norske øyne, kan i realiteten utgjøre forskjellsbehandling, dersom det fører til at de blir dårligere stilt. Det må utøves forsiktighet i praktiseringen av grensen for akseptabel omsorg i § 4-12 og i forståelsen av de andre rettighetene i konvensjonen, slik at diskriminering forhindres. En uforsiktig praktisering kan medføre en utilsiktet indirekte diskriminering av barn med annen kulturell bakgrunn. Det er ikke rom i oppgaven for å undersøke om det foreligger en strukturell diskriminering, men det er viktig å være seg bevisst faren for slik forskjellsbehandling.

3.5 Retten til omsorg, liv og utvikling og beskyttelse mot mishandling

En rett til omsorg kommer til uttrykk i barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 2, retten til liv og utvikling i artikkel 6, og retten til beskyttelse mot mishandling i artikkel 19. Etter

⁸⁶ Hofman (2010) s. 78.

⁸⁷ Heyerdahl (2016) s. 38.

⁸⁸ Hofman (2010) s. 57.

konvensjonen skal rettighetene ses i nær sammenheng.⁸⁹ En god omsorg skal nettopp legge til rette for barnets utvikling. For at barnet skal ha muligheten til en optimal utvikling, har barnet behov for ”omsorg, kjærlighet, oppdragelse og veiledning”.⁹⁰ Barnet kan sies å ha en rett til en omsorg som er utviklingsfremmende.⁹¹ Det er en forutsetning for at slik omsorg kan finne sted at barnet beskyttes mot overgrep, vold og utnytting.⁹²

Retten til omsorg er nedfelt i barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 2, ved at partene ”påtar seg å sikre barnet den beskyttelse og omsorg som er nødvendig for barnets trivsel”. I den originale, engelske teksten er ordet ”well-being” brukt, som kanskje er noe videre enn ”trivsel”. I samsvar med det biologiske prinsipp skal omsorgen primært ytes av barnets foreldre etter artikkel 7, og subsidiært må staten sørge for alternativ omsorg etter artikkel 20 nr. 2. I forståelsen av retten til omsorg skal det anlegges et bredt perspektiv. Barnekomitéen har fremholdt at det inkluderer både materiell, fysisk omsorg og psykisk, emosjonell omsorg, herunder barnets behov for å bli sett.⁹³ Den emosjonelle omsorgen knytter seg også til barnets behov for en trygg tilknytning.⁹⁴ En vid forståelse av begrepet omsorg støttes også av uttalelsen i fortalen til barnekonvensjonen, hvor det sies at ”barn bør vokse opp i et familiemiljø, i en atmosfære av glede, kjærlighet og forståelse for å sikre full utvikling av deres personlighet”.

En rett til liv og optimal utvikling følger av barnekonvensjonen artikkel 6, selv om den norske oversettelsen av konvensjonen gir uttrykk for en noe smalere rettighet.⁹⁵ Etter den norske oversettelsen skal statene sikre at barnet ”overlever og vokser opp”. Etter den engelske originalversjonen av konvensjonen skal imidlertid statene sikre “to the maximum extent possible the survival and development of the child”, noe som altså innebærer en rett til optimal utvikling. Retten til liv og utvikling er et av de fire hovedprinsippene i konvensjonen.⁹⁶ Begrepet utvikling skal ifølge barnekomitéen forstås i sin videste betydning,

⁸⁹ Elisabeth Gording Stang, ”Barns rett til familie og omsorg, særlig om barnevernet”, I: *Barnekonvensjonen - Barns rettigheter i Norge*, Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kristen Sandberg (red), 3. utg., 2016 s. 165-194 (s. 165).

⁹⁰ Elin Saga Kjørholt, ”Prinsippet om barnets rett til liv, overlevelse og optimal utvikling”, I: *Barnekonvensjonen - Barns rettigheter i Norge*, Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kristen Sandberg (red), 3. utg., 2016 s. 74-91 (s. 82).

⁹¹ Sørensen (2016) s. 323.

⁹² *Ibid.*

⁹³ FNs barnekomité, General Comment No. 14 (2013) avsnitt 71.

⁹⁴ FNs barnekomité, General Comment No. 14 (2013) avsnitt 72.

⁹⁵ Kjørholt (2016) s. 74 og Smith (2016) s. 19.

⁹⁶ FNs barnekomité, General Comment No. 5 (2003) avsnitt 12.

og inkluderer barnets fysiske, mentale, spirituelle, moralske, psykiske og sosiale utvikling.⁹⁷ Barnets utvikling skal skje i et miljø som har respekt for barnets menneskeverd.⁹⁸

Retten til omsorg og optimal utvikling må også ses i sammenheng med statens plikt til å forebygge mishandling etter artikkel 19.⁹⁹ Bestemmelsen oppstiller en plikt til å beskytte barn mot situasjoner som er skadelige for han eller hennes psykiske og fysiske helse.¹⁰⁰ Barn skal vernes mot psykisk og fysisk vold, omsorgssvikt og utnyttelse.¹⁰¹

Bestemmelsens voldsbegrep skal forstås svært vidt. Barnekomitéen har understreket at barnet skal vernes mot alle former for vold, uansett hvor alvorlig eller lite alvorlig volden er, og selv om den brukes som ledd i oppdragelsen.¹⁰² Alle former for fysisk maktanvendelse omfattes.¹⁰³ Videre omfatter begrepet også skadelige kulturelle praksiser som kjønnslemlestelse, barneekteskap og tvangsekteskap.¹⁰⁴ Statene har dermed plikt til å aktivt bekjempe slike skadelige tradisjoner.

Begrepet omsorgssvikt skal også forstås vidt, og står i sammenheng med forståelsen av retten til omsorg. Omsorgssvikt omfatter både situasjonen hvor foreldre ikke møter barnets fysiske behov, og hvor barnet ikke får dekket sine følelsesmessige behov slik som behovet for støtte, oppmerksomhet og kjærlighet.¹⁰⁵ Forståelsen av omsorg og omsorgssvikt etter barnekonvensjonen og den forståelsen av § 4-12 bokstav a som er lagt til grunn i forarbeidene er dermed like vidtrekkende.

Sammenfattende er disse rettighetene av stor betydning for barnevernets virksomhet, og saker om omsorgsovertakelse. Rettighetene er selve kjernen i barnevernets virksomhet.

Barnevernets hovedoppgaver er nettopp å sikre barnets rett til omsorg, og beskytte barnet mot

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ FNs barnekomité, General Comment No. 14 (2013) avsnitt 42.

⁹⁹ Kjørholt (2016) s. 82.

¹⁰⁰ Hadi Strømmen Lile "Barn av minoriteter og urfolk", I: *Barnekonvensjonen - Barns rettigheter i Norge*, Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt, Kristen Sandberg (red.), 3. utg., 2016 s. 357-372 (s. 367).

¹⁰¹ Ragnhild Hennem "Retten til beskyttelse mot vold, overgrep og utnyttelse", I: *Barnekonvensjonen - Barns rettigheter i Norge*, Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt, Kristen Sandberg (red.), 3. utg., 2016 s. 329-356 (s. 330).

¹⁰² FNs barnekomité, General Comment No. 8 (2006) avsnitt 17.

¹⁰³ FNs barnekomité, General Comment No. 13 (2011) avsnitt 19.

¹⁰⁴ FNs barnekomité, General Comment No. 13 (2011) avsnitt 29.

¹⁰⁵ FNs barnekomité, General Comment No. 13 (2011) avsnitt 20.

mishandling og omsorgssvikt. Barneloven¹⁰⁶ § 30 slår også fast at barnet har en rett til omsorg fra de som har foreldreansvaret.

At omsorg og omsorgssvikt skal ses i sammenheng med retten til utvikling kommer også til uttrykk i barnevernloven. Formålsparagrafen § 1-1 fastslår at barn skal sikres nødvendig hjelp dersom de lever under forhold som kan ”skade deres helse og utvikling”. Grunnloven § 104 tydeliggjør også barnets rett til respekt for sitt menneskeverd og beskyttelse av sin integritet, samt gir i tredje ledd en rett til utvikling.

Rettighetene må også ses i sammenheng med diskrimineringsforbudet. Rettighetene medfører at staten må sikre at barn med annen kulturell bakgrunn får en tilfredsstillende omsorg og en omsorgssituasjon som fremmer deres utvikling, på lik linje med andre barn. Barna må også beskyttes mot vold og omsorgssvikt på lik linje med andre barn. Barna skal ikke stilles dårligere i form av at de må ”tåle mer” fordi de har en annen kulturell bakgrunn, fordi dette vil kunne utgjøre diskriminering.

3.6 Retten til kultur, språk og religion

Barnekonvensjonen artikkel 30 gir minoritetsbarn rett til å leve i pakt med sin egen kultur, religion og språk. Bestemmelsen lyder:

”I stater hvor det finnes etniske, religiøse eller språklige minoriteter eller personer som tilhører en urbefolkning, skal et barn som tilhører en slik minoritet eller urbefolkningen, ikke nektes retten til sammen med andre medlemmer av sin gruppe å leve i pakt med sin kultur, bekjenne seg til og utøve sin religion, eller bruke sitt eget språk.”

Begrepet ”minoriteter” omfatter blant annet innvandrere og barn av innvandrere.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barneloven).

¹⁰⁷ Hofman (2010) s. 27 og s. 80. Se nærmere definert hos Lile (2016) s. 359.

Artikkelen medfører at det i barnevernssaker som omhandler barn med en annen kulturell bakgrunn må legges til rette for at barnet får leve i pakt med sin kultur, religion og språk. Rettigheten må respekteres og sikres av det norske rettssystem og forvaltningssystem.

Bestemmelsen må ses i sammenheng med rettigheten som følger av artikkel 8, som gir barn rett til å bevare sin identitet. Identitet omfatter blant annet nasjonal opprinnelse, religion og kulturell identitet.¹⁰⁸ Brudd på retten til kultur vil i barnevernssaker også kunne omfatte et brudd på retten til å bevare sin identitet.

Retten virker i utgangspunktet absolutt. En familie med annen kulturell bakgrunn må dermed stå fritt til å velge en annen oppdragelsesmodell enn en typisk norsk, uten at barnevernet griper inn. Men barnekonvensjonens system og en tolkning av konvensjonen som et hele medfører at retten ikke kan utøves på bekostning av de andre rettighetene i konvensjonen. Dette er også i tråd med en tolkning ut i fra barnets beste, og er fremholdt av barnekomitéen¹⁰⁹, og i forslaget til ny barnevernlov.¹¹⁰ Retten til kultur kan dermed for eksempel ikke medføre at barn lever under forhold som ikke er til barnets beste, se artikkel 3, at de ikke får tilfredsstillende omsorg etter artikkel 3 nr. 2, eller at de ikke får mulighet til optimal utvikling etter artikkel 6. Rettigheten kan etter barnekonvensjonen heller ikke begrunne bruk av vold eller andre skadelige tradisjoner som kjønnslemlestelse, tvangsekteskap og barneekteskap, ettersom barnet som nevnt i punkt 3.5 har rett på vern mot dette etter artikkel 19.¹¹¹ Det er innenfor rammen av de andre rettighetene at barnet har en rett til sin egen kultur.

Dette medfører at retten til kultur blir noe sekundær i forhold til de andre rettighetene i konvensjonen i vurderingen av akseptabel omsorg etter § 4-12 a og c. Dersom det foreligger omsorgssvikt, skal dette være avgjørende, selv om omsorgen er et utfall av barnets rett til å leve i pakt med sin kultur. Dersom det ikke foreligger omsorgssvikt vil imidlertid barnet ha en rett til sin egen kultur, som medfører at en annerledes oppdragelse enn en typisk norsk må anses som fullverdig.

¹⁰⁸ FNs barnekomité, General Comment No. 14 (2013) avsnitt 55-57.

¹⁰⁹ FNs barnekomité, General Comment No. 11 (2009) avsnitt 22.

¹¹⁰ NOU 2016: 16 s. 29.

¹¹¹ FNs barnekomité, General Comment No. 13 (2011) avsnitt 29.

3.7 Sammenfatning

Barn med en annen kulturell bakgrunn har en rett til omsorg, utvikling og beskyttelse mot skadelige forhold, en rett til kultur, og et krav på ikke å forskjellsbehandles. Ses disse rettighetene i sammenheng, gir de veiledning i tolkning av akseptabel omsorg etter alternativene i § 4-12 a og c i saker hvor barnet har en annen kulturell bakgrunn.

I relasjon til alternativ c, setter barnekonvensjonen et absolutt forbud mot bruk av vold mot barn. Barnet har en rett til å bli beskyttet mot vold, og staten har plikt til å iverksette tiltak slik at barnet beskyttes. Tolkes dette i samsvar med barnets beste som tolkningsprinsipp, tilsier det at så lenge vold brukes, vil alltid grunnvilkåret i § 4-12 alternativ c være oppfylt. Det kan ikke gjøres unntak for barn med annen kulturell bakgrunn, fordi diskrimineringsforbudet tilsier at alle barn har lik rett på beskyttelse. Retten til kulturell bakgrunn kan heller aldri begrunne brudd på andre rettigheter etter konvensjonen.

Når det gjelder alternativ a, gir også barnekonvensjonen veiledning. Den setter to ytterpunkter for vurderingen av akseptabel emosjonell omsorg.

For det første vil rettighetene medføre at man må godta andre former for omsorg enn den typisk norske, ettersom barn med en annen kulturell bakgrunn skal kunne leve i pakt med sin kultur. En oppvekst eller oppdragelse som skiller seg fra en typisk norsk kan altså være fullgod, selv om den virker fremmede for nordmenn uten innvandrerbakgrunn.

Dette kan imidlertid ikke dras så langt at all omsorg skal godkjennes. Retten til kultur kan ikke tolkes på en slik måte at barnet nektes andre rettigheter etter konvensjonen, og heller ikke tolkes på en måte som ikke er til barnets beste eller som gjør at barnet forskjellsbehandles. Alle barn har lik rett til omsorg, utvikling og beskyttelse mot omsorgssvikt, og kan ikke utsettes for diskriminering i forhold til andre barn på grunn av sin kulturelle bakgrunn. Barnet skal dermed aldri måtte godta dårligere behandling på grunn av sin kulturelle bakgrunn.

Rettighetene tilsier også at det er et relevant moment i vurderingen av akseptabel omsorg etter § 4-12 a om barnets utvikling hemmes av omsorgen som ytes. Dette fordi retten til omsorg og beskyttelse mot omsorgssvikt etter barnekonvensjonen skal ivareta barnets rett til utvikling.

Man kan altså si at barnekonvensjonen tilsier at de alternative vilkårene i § 4-12 må tolkes slik at annen omsorg enn en typisk norsk skal tillates så lenge den ikke hindrer eller skader barnets utvikling. Omsorgen kan heller ikke inneholde skadelige praksiser som er forbudt etter artikkel 19, slik som vold. Dette er også en tolkning som fremmer barnets beste. Rettighetene gir dermed veiledning i de ytre grensene for akseptabel omsorg etter § 4-12, og gir veiledning i hvilken rolle hensynet til kultur skal spille i vurderingen.

4 Vurderingen av akseptabel omsorg i norsk praksis

4.1 Innledning

Som nevnt i punkt 2 er det i forarbeidene tatt utgangspunkt i at ikke alle avvik fra vanlige normer og situasjoner kan eller skal føre til omsorgsovertakelse. Dette medfører at en omsorgssituasjon som skiller seg fra en typisk norsk ikke automatisk vil anses som omsorgssvikt. Dette følger også av barnekonvensjonen, som gir barnet en rett til egen kultur. Fremmede situasjoner, som strenge regler for tenåringsjenter som ikke får omgås med jevnaldrende gutter, skal altså godtas.¹¹² Dette gjelder imidlertid bare så lenge det ytes forsvarlig omsorg. Barnet har en lik rett til omsorg, utvikling og beskyttelse mot skade som andre barn, og skal ikke ”tåle mer” eller diskrimineres på grunn av sin kulturelle bakgrunn.

Et slikt utgangspunkt følger også av norsk praksis. Illustrerende er LG-2006-155198. Saken handler om en vietnamesisk mor med tre barn. Lagmannsretten uttaler at

”Sviktende omsorg kan ikke bortforklares med kulturforskjeller. Det er lagmannsrettens syn at man må kunne stille de samme krav til omsorgskvalitet uavhengig av kulturbakgrunn. Men man må være åpen for at omsorg i andre kulturer kan komme til uttrykk på andre måter enn i den norske, uten at den derved er mindre verdifull.”

Dette er også fremhevet i praksis fra fylkesnemndene. Et eksempel er FNV-2012-179-HSF, hvor far ble ansett for å ikke være i stand til å yte god nok omsorg overfor to gutter med særlige omsorgsbehov. Fylkesnemnda understreker først at

”i et samfunn med kulturmangfold, er det viktig og nødvendig å praktisere gjensidig toleranse og respekt for ulik kulturell, språklig og religiøs bakgrunn.”

¹¹² Hofman (2010) s. 88 og 114.

Nemnda modifierer så sitt utgangspunkt om toleranse og respekt, og presiserer at dette ikke må dras for langt:

”Men det betyr ikke at det kan råde en ren kulturrelativisme. Uavhengig av kulturell bakgrunn, gjelder det et krav om at omsorgen for barn er forsvarlig. Et uakseptabelt omsorgsnivå kan ikke forsvares med annerledes kulturell bakgrunn. FNs barnekonvensjon gjelder uansett verden over.”

Dette er også fremhevet i forslaget til ny barnevernlov, ved at utvalget peker på at

”det er viktig at det ikke oppstår kulturrelativisme i den forstand at det opereres med ulik standard for hva som er god omsorg for barn, basert på familiens kulturelle bakgrunn”.¹¹³

Det kan dermed oppstilles et klart utgangspunkt om at

”der bakgrunnen kommer i konflikt med barnets rett til forsvarlig omsorg og beskyttelse, må hensynet til kultur, religion og annen bakgrunn vike”.¹¹⁴

Den nærmere vurderingen av akseptabel omsorg er likevel skjønnsmessig. Jeg vil derfor i det følgende se nærmere på norsk praksis, for å søke å ytterligere opplyse og klarlegge hvordan hensynet til kultur spiller inn i vurderingen av akseptabel omsorg. Som tidligere nevnt foreligger det en begrenset mengde avgjørelser om temaet. Disse er også først og fremst fra de lavere domstoler og fylkesnemnda. De har også noe begrenset overføringsverdi ettersom alle saker er særlig skjønnsmessige og sammensatte. Men selv om avgjørelsene ikke kan tolkes som prejudikater, kan de gi en viss veiledning over hvilke momenter som kan være relevante i vurderingen.

Jeg vil først behandle bruk av vold. Utgangspunktet er her klart at vold ikke skal tillates, jf. ordlyden i § 4-12 bokstav c og barnekonvensjonen artikkel 19. Ettersom dette er en problemstilling som har vært særlig aktuell for innvandrerefamilier, behandles spørsmålet likevel.

¹¹³ NOU 2016: 16 s. 35.

¹¹⁴ NOU 2016: 16 s. 36.

Deretter vil jeg se nærmere på vurderingen av emosjonell omsorg, som er en særlig skjønsmessig vurdering. Jeg vil søke å klarlegge relevante momenter i vurderingen.

4.2 Nærmere om voldsutøvelse

Utgangspunktet i norsk lovgivning er et absolutt forbud mot voldsbruk ovenfor barn. Både barneloven § 30, straffelovens¹¹⁵ bestemmelser om kroppskrenkelse og kroppsskade og barnekonvensjonen artikkel 19 oppstiller absolutte forbud mot vold mot barn. Et generelt og totalt forbud mot fysisk refselse er også bekreftet av Høyesterett i Rt. 2014 s. 702. I forslaget til ny barnevernlov ønsker også lovgiver å tydeliggjøre at barn aldri skal utsettes for vold eller mishandling gjennom en egen bestemmelse i barnevernloven.¹¹⁶

Etter ordlyden i § 4-12 bokstav c vil bruk av vold medføre at grunnvilkåret for omsorgsovertakelse er oppfylt. Spørsmålet er da om hensynet til kulturell bakgrunn vektlegges i vurderingen, slik at vilkåret likevel ikke anses oppfylt.

Undersøkelser viser at det er langt vanligere for minoritetsbarn å bli utsatt for vold i hjemmet. Både for norskfødte barn med innvandrerforeldre og innvandrerbarn, er det over åtte ganger vanligere at tiltak etter barnevernloven er begrunnet med vold enn for barn uten innvandrerbakgrunn.¹¹⁷ Oppdragervold er et særlig problem i familier med en annen kulturell bakgrunn. Oppdragervold er lettere former for vold, som normalt skal ”påføre barnet smerte men ikke skade, med den hensikt å korrigere eller kontrollere barnets oppførsel”.¹¹⁸ Den økte bruken av oppdragervold i innvandrerfamilier må delvis kunne forklares med at voldsbruk i noen kulturer fremdeles inngår som en naturlig del av oppdragelsen. Det forstås som et nødvendig onde for å skape gode samfunnsborgere. Det er også en ulik forståelse av begrepet vold i ulike kulturer. I mange kulturer verden over blir ikke klaps eller klyping av barn definert som vold, men disiplin.¹¹⁹ Likevel er dette etter norsk lov fullt ut ulovlig voldsbruk. I

¹¹⁵ Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven).

¹¹⁶ NOU 2016: 16 s. 53.

¹¹⁷ Paulsen (2014) s. 41.

¹¹⁸ Berggrav (2013) s. 12-13.

¹¹⁹ Berggrav (2013) s. 17.

utkastet til ny barnevernlov ønsker lovgiver å tydeliggjøre at forbudet også gjelder når volden brukes som en del av oppdragelsen.¹²⁰

Barnevernsansatte mener selv at det foreligger en forskjellsbehandling av minoritetsbarn i barnevernet, ved at disse har et svakere vern mot vold enn barn uten innvandrerbakgrunn.¹²¹ Jeg har dessverre ikke rom i oppgaven for å undersøke om det foreligger en lignende forskjellsbehandling i domstolene og fylkesnemndene, da dette ville krevd en mer omfattende analyse av saker hvor barnet har en annen kulturell bakgrunn sammenlignet med saker som omhandler andre barn. Det foreligger en begrenset mengde praksis tilgjengelig, som ikke gir noe klart svar på om det foreligger en forskjellsbehandling. Dette er imidlertid et viktig spørsmål, som de som anvender barnevernloven bør være seg bevisst.¹²²

Praksisen jeg har funnet på området er utelukkende fra fylkesnemnda.¹²³ Den kan illustrere problemstillingen, og gi et uttrykk for norsk praksis, men har som nevnt noe begrenset rettskildemessig vekt.

I FNV-2008-142-AGD hadde far utsatt datter for særlig graverende vold, fordi hun hadde funnet en kjæreste fra en annen kultur. Volden vurderes som delvis å være kulturelt betinget i form av såkalt æresrelatert vold. Fylkesnemnda har foretatt vurderingen etter § 4-12 bokstav a, men går likevel inn på voldshandlingen. Fylkesnemnda uttaler at:

”En fysisk avstraffelse over to døgn, med en voldsbruk som blant annet innebar at Barn fryktet at hun kom til å dø mens hun ble utsatt for den, er helt uakseptabelt uansett om man tar hensyn til at far er fra Y med en annen kulturell og religiøs bakgrunn.”

Dette tyder på at dersom det er tale om omfattende voldshandlinger, vektlegges ikke kulturell bakgrunn. Om volden kan anses som delvis kulturelt betinget, er her uvesentlig.

¹²⁰ NOU 2016: 16 s. 53.

¹²¹ Silje Berggrav, *Tåler noen barn mer juling? En kartlegging av hjelpeapparatets håndtering av vold mot barn i minoritetsfamilier*, 2013 s. 6.

¹²² Viser også til det som er sagt om diskriminering i punkt 3.4.

¹²³ LB-2013-58958 omhandler voldsbruk i en familie med annen kulturell bakgrunn. Lagmannsretten uttaler at fars bruk av vold er ”helt uakseptabelt”. Volden var imidlertid ikke kulturelt betinget, men utslag av raseriutbrudd. Avgjørelsen sier dermed ingenting om betydning av kultur i vurderingen av akseptabel omsorg.

Det er i den tilgjengelige praksis heller ikke gjort unntak fra forbudet mot oppdragervold med henvisning til kulturell bakgrunn. Dette kommer blant annet til uttrykk i FNV-2007-60-TRO¹²⁴, hvor det var anført at volden ble brukt som en del av oppdragelsen, og at en slik oppdragelse var forankret i familiens kultur. Fylkesnemnda uttalte:

”Det er ukjent for fylkesnemnda i hvilken grad denne kulturen aksepterer fysisk avstraffelse av barn. Dette blir slik nemnda ser det av mindre betydning, da foreldrenes handlinger overfor barna er uakseptable i vår kultur, og representerer alvorlige mangler i forhold til omsorg for barn.”

Den tilgjengelige praksisen taler dermed for at bruk av vold aldri anses som akseptabel omsorg av hensyn til kulturell bakgrunn. Her setter lovgivningen en absolutt skranke, og hensynet til kulturell bakgrunn må vike. Tilsvarende må kunne legges til grunn for andre forbudte, skadelige kulturelle tradisjoner som kjønnslemlestelse. Norsk praksis taler dermed for samme konklusjon som barnekonvensjonen.

Det er likevel etter min mening oppsiktsvekkende at jeg ikke har funnet noen saker fra *domstolene* som klart og tydelig slår fast at hensynet til kultur ikke kan begrunne bruk av vold. Kanskje følger det absolutte forbudet så tydelig av lovgivningen at det ikke anses nødvendig å bekrefte regelen i praksis.

Det springende punkt i slike saker blir heller om omsorgssvikten er *aktuell*. Som fremholdt tidligere vil en fortidig voldsbruk ikke kunne begrunne omsorgsovertakelse, så fremt det ikke kan legges til grunn at det vil skje igjen.¹²⁵ Dette er også fremholdt i FNV-2006-85-ROG. Her ble det lagt til grunn at det tidligere var brukt noe lettere vold som del av oppdragelsen. Fylkesnemnda uttaler at:

”Foreldrene er blitt gjort oppmerksom på at denne fremgangsmåte ikke er i overensstemmelse med norsk tradisjon. Nemnda kan nå legge til grunn at fysiske virkemidler ikke lenger brukes – iallfall ikke for A [jenta]”.

¹²⁴ Se også til illustrasjon FNV-2009-293-AGD.

¹²⁵ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 41.

Jeg går ikke nærmere inn på vurderingen av om omsorgssvikten er aktuell, ettersom det faller utenfor kjernen i oppgaven. Vurderingen grenser også til vurderingen av om omsorgsovertakelse er nødvendig, ved at det vurderes om det vil være tilstrekkelig med hjelpetiltak som for eksempel veiledning.¹²⁶ Det er et interessant spørsmål hvordan det spiller inn i vurderingen av om volden er fortidig at foreldrene kommer fra en kultur hvor vold anses som en naturlig del av oppdragelsen. Det er imidlertid ikke rom i oppgaven for å undersøke dette nærmere. Det er også verdt å merke seg at det kan tenkes at vurderingen av barnets beste etter vil være ekstra fremtredende ved spørsmål om omsorgsovertakelse etter alternativ c, ettersom grunnvilkåret vil være oppfylt ved den minste bruk av vold.

4.3 Nærmere om emosjonell omsorg

Det foreligger en begrenset mengde avgjørelser om emosjonell omsorg hvor domstolen eller fylkesnemnda tar eksplisitt stilling til betydningen av familiens kulturelle bakgrunn. Jeg har valgt å behandle de sakene hvor hensynet til kultur kommer tydelig frem i vurderingen av akseptabel omsorg. Av avgjørelsene jeg har funnet er det kun de som nevnes her som behandler kultur i vurderingen av omsorgen på en grundig måte. Ellers gis kulturens betydning bare en overfladisk eller ingen behandling, selv om foreldre har anført at dette må få betydning i avgjørelsen.¹²⁷ Det er også flere saker hvor hensynet heller trekkes inn i den avsluttende vurderingen av barnets beste.¹²⁸ At hensynet får betydning i vurderingen av barnets beste er imidlertid ikke det samme som at hensynet behandles i vurderingen av akseptabel omsorg.

Det er oppsiktsvekkende at det er så få saker hvor hensynet til kultur i det hele tatt vurderes i relasjon til om omsorgen som ytes er akseptabel. Antallet saker hvor barnet har en annen kulturell bakgrunn skulle tilsa at spørsmålet ble behandlet oftere. Det tyder kanskje på at det veldig ofte utelukkende er en norsk standard som legges til grunn, og at hensynet til kultur ikke får noen betydning. Det er imidlertid betenkelig at det ikke tas stilling til kulturens betydning, selv om denne skulle bli ansett til å være liten. Det er verdt å merke seg at det i to av de tre sakene som behandles i oppgaven var oppnevnt kultursakkyndig. Det kan tenkes at

¹²⁶ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 111.

¹²⁷ Se for eksempel LF-2014-178079. Heller ikke i HR-2016-2262-A behandles hensynet til kultur i vurderingen av omsorgen. Mors omsorgsevne vurderes imidlertid ikke inngående, da retten mener man ikke vet nok om hennes situasjon til at hennes omsorgskompetanse kan vurderes tilfredsstillende. Se punkt 1.4.

¹²⁸ Se for eksempel Rt. 1997 s. 170.

dette gjør at betydningen av den kulturelle bakgrunnen behandles mer utførlig.¹²⁹ Jeg kommer tilbake til dette i avslutningen av oppgaven.¹³⁰

Oppgaven vil behandle de sakene som er tilgjengelige, og søke å kaste lys over betydningen av kultur i vurderingen av akseptabel, emosjonell omsorg.

Spørsmålet om hva som er god nok emosjonell omsorg er kanskje det mest skjønnsmessige av alternativene i § 4-12. I hvilken grad foreldre møter barnets behov for oppmerksomhet, kontakt og støtte kan være svært vanskelig å avgjøre. Nøyaktig hva som anses som god nok omsorg er vanskelig å definere generelt. Illustrerende er LG-2006-155198. Saken handler om en vietnamesisk mor med tre barn, og er nevnt under punkt 4.1. Saken kalles heretter sak én. Lagmannsretten fremhever hvor vanskelig det er å trekke grensen for hva som skal aksepteres av annerledes omsorg, og hva som må anses å oppfylle vilkåret i § 4-12 bokstav a.

”Dette skaper utfordringer for dem som må vurdere om barn får tilstrekkelig omsorg der hvor man ikke ser de kjennetegn som preger god omsorg i vår kultur.”

Måten lagmannsretten løser denne utfordringen på i saken, er å vurdere den vietnamesiske moren opp mot andre vietnamesiske mødre. De legger til grunn at hun ikke viser barna slik omsorg som er vanlig i Norge. Retten fremholder at hun blant annet snakker *til* barna i stedet for *med* dem, og heller bruker tid på å lage mat til barna i stedet for å være sammen med dem. Men på bakgrunn av uttalelser fra sakkyndige konkluderer retten med at hun opptrer som en vanlig vietnamesisk mor, og kommer på bakgrunn av det til at hun har tilstrekkelig omsorgsevne. De formulerer dette som at:

”Den kultursakkyndige har kastet ny forståelse over en del aspekter ved mors væremåte som gjør at saken fremstiller seg annerledes enn tidligere.”

Vilkåret for omsorgsovertakelse anses dermed ikke som oppfylt. Dommen tyder på at dersom omsorgen faller innenfor det som anses som normalt i vedkommende kultur, kan den anses som god nok. Det virker dermed som det legges stor vekt på kultur i vurderingen av akseptabel omsorg.

¹²⁹ Tilsvarende hos Hofman (2010) s. 125.

¹³⁰ Se punkt 5.2.

En slik konklusjon kan kanskje også anses å være støttet av andre avgjørelser. I flere avgjørelser hvor vilkåret i § 4-12 bokstav a anses oppfylt, argumenterer retten med at foreldrenes omsorgsevne *skiller* seg fra det som er vanlig i deres kultur, og at dette er et argument for omsorgsovertakelse.¹³¹ Et eksempel er LB-2006-135824, heretter kalt sak to. Saken omhandler en familie som tilhører romfolket. Lagmannsretten fremholder at:

”Lagmannsretten finner for øvrig grunn til å bemerke at temaet i denne saken ikke er en omsorgsovertakelse overfor barn som lever innenfor de alminnelige sosiale og kulturelle rammer som gjelder blant sigøynere av romfolket. Omsorgssituasjonen for de barna denne saken gjelder, er preget av forhold som ligger klart utenfor det som er ansett som akseptabelt og alminnelig innenfor romkulturen.”

Det kan synes som at lagmannsretten her indirekte legger til grunn at omsorg som *er* innenfor normalen ville vært god nok. Dette er imidlertid noe uklart, ettersom det ikke sies eksplisitt.

Sak én står i motsetning til en sak fra 2014, hvor foreldre slett ikke er hørt med at kulturforskjeller kan føre til at deres oppdragsmønster anses som godt nok.¹³² I LH-2014-104379 kommer lagmannsretten til at vilkårene for omsorgsovertakelse er oppfylt, selv om morens opptreden ligner andre mødre fra samme kultur. Saken kalles heretter sak tre. Det var her flere sakkyndige, og det ene settet med sakkyndige mente at mor, ut i fra et kultursensitivt syn, hadde god nok omsorgsevne. Lagmannsretten gjengir de sakkyndiges standpunkt:

”De bestrider ikke at det var visse mangler ved omsorgen og at situasjonen for barnet ved akuttvedtaket ikke var optimal. De mener imidlertid at mor har gitt barnet omsorg som er fullt på høyden med den omsorg spebarn i hennes hjemland får, og at det - vurdert ut fra kulturell kontekst - derfor ikke er vesentlige mangler ved omsorgen.”

De sakkyndige virker dermed å mene at omsorg som i utgangspunktet ikke er god nok, må anses som tilstrekkelig fordi den er vanlig i morens hjemland. Lagmannsretten kan synes å slutte seg til dette, og uttaler at:

¹³¹ Overfladisk behandlet i LA-2015-65128, TSOSU-2011-51504 og THEDM-2014-116331-2.

¹³² Se også LF-2014-178079.

”Både tvangsmating, hyppig amming og korte søvnperioder er vanlig praksis der A kommer fra. Verbal kommunikasjon med små barn er kulturelt betinget, det samme gjelder ansikt-til-ansikt kommunikasjon. Kritikken mot A for manglende kontakt med barnet kan derfor synes uberettiget.”

Lagmannsretten konkluderer imidlertid kort med at det ikke er tilstrekkelig bevisgrunnlag for å legge til grunn at mor har tilfredsstillende omsorgsevne. Det synes dermed som at lagmannsretten mener at selv om morens manglende omsorgsevne kanskje kan forklares med kulturelle ulikheter, kan ikke dette være utslagsgivende i denne saken.

Praksis virker dermed noe sprikende. Dette ble også funnet av Hofman i 2010.¹³³ Dersom disse forskjellene ikke kan forklares, kan det eventuelt tyde på en rettsulikhet og forskjellsbehandling. Som nevnt er imidlertid barnevernretten et område hvor vurderingene er særlig sammensatte, og flere momenter er med i avgjørelsen. Jeg vil derfor prøve å finne ulikheter mellom tilfellene, for å forklare forskjellene i resultat.

Én forklaring på dette kan tenkes å være at sak én er flere år eldre enn sak nummer tre, og at det dermed har skjedd en utvikling i retning av å legge mindre vekt på kulturell bakgrunn. Det foreligger etter min mening imidlertid ikke mange nok ensartede saker til å komme til en slik konklusjon. Dersom det skulle påvises en utvikling måtte et større antall saker føyd seg inn i mønsteret, ved at det tidligere ble lagt avgjørende vekt på kultur i flere saker, og i senere år ble tatt avstand fra dette.

En vesentlig forskjell mellom de to sakene er imidlertid barnas funksjon. I sak én fra 2006 uttaler lagmannsretten at:

”Særlig hvor det er vanskelig å få et fullgodt bilde av den faktiske omsorgssituasjonen i familien, vil vurderingen av barnas funksjon være sentral. Det er ikke fra noen instans, utenom barnevernet, kommet opplysninger om annet enn at barna er velfungerende.”¹³⁴

¹³³ Hofman (2010) s. 200.

¹³⁴ LG-2006-155198.

Det ser her ut som målestokken for hva som er god nok omsorg i denne saken blir om barna har et tilfredsstillende funksjonsnivå, eller om det virker som de tar skade av omsorgen. Barnevernets formål er som nevnt etter § 1-1 å sikre hjelp og omsorg til barn ”som lever under forhold som *kan skade deres helse og utvikling*” (min utheving). Dersom barnet ikke tar skade av omsorgen som ytes, kan heller ikke barnets situasjon anses for å være ”forholdsvis klart uholdbar”.¹³⁵ Det er som nevnt kun dersom ”bakgrunnen kommer i konflikt med barnets rett til forsvarlig omsorg og beskyttelse” at ”hensynet til kultur, religion og annen bakgrunn” må vike.¹³⁶ Dette taler for at det er en hensiktsmessig tolkning av § 4-12 a at dersom barna er velfungerende, vil ikke vilkåret for omsorgsovertakelse være oppfylt, og omsorgen må anses som akseptabel.

Jeg har ikke funnet noen andre saker hvor barna utelukkende er velfungerende. Dette tyder på at det som regel ikke er grunnlag for å reise sak i det hele tatt hvor barna ikke tar skade av omsorgen som ytes. Dette kan dermed kanskje også anses for å tale for at den emosjonelle omsorgen må anses som akseptabel dersom barnet ikke tar skade av den.

Praksis taler ikke for en antitetisk tolkning, ved at vilkåret i § 4-12 a anses oppfylt dersom barnet *tar* skade. I slike saker vil foreldrenes omsorgsevne vurderes særskilt. I sak nummer tre fra 2014 foretar lagmannsretten en grundig vurdering av mors omsorgsevne, selv om barnet har tatt skade av omsorgen. Om barnets utvikling uttaler her lagmannsretten blant annet at:

”Da mor og barn kom til forsinket seks-måneders kontroll etter en måneds opphold i Oslo, hadde barnets utvikling ikke bare stagnert, men i følge helsesøster snarere gått tilbake. ... Da B kom til fosterhjemmet, var han i følge fostermor en stor gutt til å være så liten. Han var «tom i blikket», han smilte ikke og på stelletbordet ga han ingen respons. Han manglet regulering for mat og søvn.”¹³⁷

Lagmannsretten legger altså til grunn at barnet *har* tatt skade av omsorgen, men dette fører ikke automatisk til at vilkåret for omsorgsovertakelse er oppfylt. Det må likevel foretas en vurdering av foreldrenes omsorgsevne.

¹³⁵ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 110.

¹³⁶ NOU 2016: 16 s. 36.

¹³⁷ LH-2014-104379.

Praksis gir dermed samlet sett en viss veiledning i vurderingen av akseptabel, emosjonell omsorg etter § 4-12 a i saker hvor barnet har en annen kulturell bakgrunn, men denne veiledningen er begrenset.

Praksisen som foreligger gir uttrykk for at en sammenligning med andre foreldre fra samme kultur i noen tilfeller kan være relevant. Denne sammenligningen vil lettere kunne godtas dersom barna ikke har tatt skade av omsorgen som ytes. Omsorgen vurderes da som fullgod, selv om den skiller seg fra en typisk norsk. Vurderingen er imidlertid vanskeligere hvor barna ikke er velfungerende. Det at omsorgen skiller seg fra det som er vanlig i vedkommende kultur brukes som støtteargument i avgjørelser hvor vilkåret anses oppfylt. Det er imidlertid usikkert hva retten gir uttrykk for gjennom en slik argumentasjon. Det er heller ingen automatikk i at omsorgen anses som uakseptabel dersom barnet ikke er velfungerende.

Å bruke barnets funksjon som målestokk kan være hensiktsmessig. Hofman fremholder at man bør foreta en vurdering ut fra barnets behov og eventuelle skadefølger.¹³⁸ Dersom barnet tar skade av omsorgen kan den ikke anses som god nok, selv om ”alle” i en kultur gjør det slik. Dersom dette ikke legges til grunn, ”er faren stor for at disse barna må tåle mer enn norske barn, noe som strider mot diskrimineringsforbudet i barnekonvensjonen artikkel 2”.¹³⁹ Å fokusere på om barnet tar skade av omsorgen som ytes, er i tråd med barnekonvensjonens rett til utvikling, og kan gi veiledning i vurderingen av om omsorgen er god nok. Omsorg skal legge til rette for at barn får leve et fullverdig liv med respekt for sitt menneskeverd, og får muligheten til en optimal utvikling. Barnets funksjon kan kanskje anses som viktigste bevis på foreldrenes omsorgsevne. Også i NOU 2012: 5 er det fremholdt som et sentralt moment i vurderingen av akseptabel omsorg om ”tilknytnings- og relasjonskvaliteten mellom omsorgspersonene og barnet er utviklingsstøttende eller ikke”.¹⁴⁰ Utvalget uttaler også at det avgjørende for om omsorgen anses ”god nok” må være ”at omsorgen utøves med en kvalitet som sikrer barnets utviklingsmuligheter i henhold til dets behov og forutsetninger”.¹⁴¹ Det er imidlertid vanskelig å bruke barnets funksjon som målestokk ut over hvor barna er velfungerende, fordi det kan være vanskelig å si hva som skyldes foreldrenes omsorgsevne, og hva som skyldes eventuelle andre faktorer som sosioøkonomisk gruppe, andre

¹³⁸ Hofman (2010) s. 123.

¹³⁹ Hofman (2010) s. 123.

¹⁴⁰ NOU 2012: 5 s. 16.

¹⁴¹ NOU 2012: 5 s. 80.

miljøpåvirkninger enn familie og lignende. Dette vil kunne være særlig vanskelig hvor barnet selv har innvandret til Norge, og dermed gjennomgått store påkjenninger.

5 Avslutning

5.1 Sammenfatning

Oppgaven har undersøkt hvilken betydning hensynet til kultur har i vurderingen av akseptabel omsorg etter barnevernloven § 4-12 alternativ a til d.

Jeg kom i kapittel 2 frem til at det kan antas at kulturell bakgrunn kan ha en særlig betydning i vurderingen av akseptabel omsorg når det er tale om emosjonell omsorg etter alternativ a, og kulturelt relatert vold etter alternativ c. Jeg valgte derfor å behandle disse tilfellene nærmere. Jeg har også tydeliggjort at selv om disse grunnvilkårene er oppfylte, kan omsorgsovertakelse bare gjennomføres dersom den er ”nødvendig” og til barnets beste. Dette er begrensninger som ikke behandles nærmere i oppgaven, men som en leser må være klar over.

Utgangspunktet i loven for alternativ a og c er ulike. Alternativ c regulerer voldsbruk, og gir uttrykk for at bruk av vold alltid vil medføre at vilkåret er oppfylt. Oppgaven undersøkte dermed om denne forståelsen støttes av de andre rettskildene. Alternativ a inneholder på den annen side særlig vage vilkår for at det skal kunne foretas en skjønnsmessig vurdering. Forarbeidene presiserer at det er vanskelig å oppstille en generell grense for akseptabel omsorg, men at ”ikke alle avvik” fra det normale vil føre til at vilkåret er oppfylt. Analysen søkte her dermed å synliggjøre relevante momenter i vurderingen.

I kapittel 3 kom jeg frem til at barnekonvensjonens rettigheter, sett i sammenheng med barnets beste som tolkningsprinsipp, ga ytterligere veiledning på hvordan vurderingen skal foretas. Jeg la i kapitlet stor vekt på å tolke konvensjonen som et hele, jf. punkt 1.4, og bruker barnets beste som tolkningsprinsipp, jf. punkt 3.2.1. Utgangspunktet er barnets rett til å leve i pakt med sin kultur. Dette er imidlertid ikke en absolutt rettighet, men begrenses av de andre rettighetene i konvensjonen. Barnets beste, og et holistisk syn på konvensjonen, tilsier at hensynet til kultur aldri kan begrunne brudd på andre rettigheter i konvensjonen, herunder barnets rett til utvikling, omsorg og beskyttelse mot mishandling. Barnekonvensjonen taler dermed for at hensynet til kultur aldri skal rettferdiggjøre at barnet blir utsatt for vold, jf. barnevernloven § 4-12 alternativ c, eller omsorgssvikt som hemmer dets utvikling, jf.

barnevernloven § 4-12 alternativ a. Diskrimineringsforbudet forsterker dette synspunktet, ved at barnet ikke kan stilles dårligere enn andre barn på grunn av sin kulturelle bakgrunn.

Videre undersøkte oppgaven i kapittel 4 norsk praksis. Praksis gir en viss veiledning på hvordan vurderingen skal foretas, men både omfanget av praksis på området og veiledningen den gir er begrenset.

I relasjon til alternativ c taler tilgjengelig praksis for at det aldri skal gjøres unntak fra forbudet mot vold på grunn av hensynet til kulturell bakgrunn. Grunnvilkåret synes å være oppfylt både i saker som gjelder alvorlig vold og saker som gjelder lettere oppdragervold, selv om volden anses kulturelt betinget. Dette kan også medføre at vurderingene etter tilleggsvilkårene blir særlig viktige.

Når det gjelder emosjonell omsorg etter alternativ a, er spørsmålet av hvilken betydning hensynet til kultur får i vurderingen av akseptabel omsorg vanskeligere, og mer skjønnsmessig. Praksis gir anvisning på noen momenter som kan være relevante i vurderingen. Et relevant moment kan være om foreldrenes omsorg skiller seg fra det som er vanlig i vedkommende kultur. Det er imidlertid noe uklart hvilken vekt dette tillegges. At omsorgen er innenfor normalen i vedkommende kultur blir særlig avgjørende hvor barnet ikke har tatt skade av omsorgen, og barnets funksjon blir således et relevant moment i vurderingen. Hvor barna ikke er velfungerende legges imidlertid ikke automatisk til grunn at omsorgen *ikke* er god nok, og det foretas likevel en konkret vurdering av foreldrenes omsorgsevne.

5.2 Avsluttende vurderinger

Samlet sett gir altså rettighetene og prinsippene som ble behandlet i punkt 3 og praksisen som ble behandlet i punkt 4 noe veiledning i hvordan vurderingen skal foretas. Den sier imidlertid lite om hvor den eksakte grense går for akseptabel omsorg i saker hvor barnet har en annen kulturell bakgrunn. Det er et stort behov for avklaring. Dette er imidlertid vanskelig, fordi det foreligger skjønnsmessige vilkår og avgjørelser ettersom det i barnevernssaker er så mange momenter som skal med i vurderingen, og hver situasjon og hvert barn må vurderes konkret. Det er mange hensyn som står mot hverandre. Da er det desto viktigere at saksbehandlingen er betryggende og sikrer barnets og familiens rettsikkerhet.¹⁴² Dette er særlig viktig hvor det er tale om minoriteter, som antas å være utsatt i rettssystemet. En omsorgsovertakelse er et

¹⁴² Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 41.

utrolig inngripende tiltak for de involverte, slik at en betryggende prosess blir desto viktigere. Jeg vil derfor komme med noen synspunkter om hvordan rettssikkerheten til gruppen kan ivaretas.

En viktig måte å sikre rettssikkerhet på i sakene er å fokusere på en menneskerettslig argumentasjon. Barnekomitéen har uttalt at alle konvensjonens rettigheter kan påropes og prøves i domstolene.¹⁴³ Men de anføres og behandles sjelden. Hofman fremholder for eksempel at blant annet artikkel 30 veldig sjelden blir anført eller brukt i praksis.¹⁴⁴

En menneskerettslig argumentasjon kan tydeliggjøre overfor de involverte parter at det i vurderingen av omsorgsovertakelse ikke nødvendigvis er tale om hvor mye kultursensitivitet som skal utvises i saken eller om andre verdier enn de norske skal vektlegges. Det er i stedet ofte tale om å sikre barnets grunnleggende menneskerettigheter, slik som barnets rett til utvikling og beskyttelse mot vold og omsorgssvikt. Retten til kultur skal vektlegges i tråd med barnekonvensjonen artikkel 30, men bare innenfor rammen av de andre rettighetene, ettersom retten aldri kan begrunne at barnet nektes andre rettigheter. Når man sikrer barnets rett til utvikling og å bli beskyttet mot vold og andre skadelige praksiser, er det ikke tale om å legge *norske* verdier til grunn, men verdier som følger av barnekonvensjonen. Denne konvensjonen er også den menneskerettighetskonvensjonen som flest land har sluttet seg til, slik at det er tale om verdier som det er enighet om i størsteparten av verden.

En menneskerettslig argumentasjon gjør også rettsanvenderene mer bevisst på at det her er tale om å sikre barnets grunnleggende menneskerettigheter. Fordi det er så vanskelig å klarlegge en generell grense for akseptabel omsorg er det desto viktigere at de som fatter vedtakene er seg bevisste menneskerettighetene som ligger i bunn av vurderingen, for at vedtaket skal være forsvarlig og legitimt.

En ytterligere måte å sikre rettssikkerhet på er å ha veloverveide, transparente og tydelige vurderinger i begrunnelsene for avgjørelsene. I praksisen som foreligger er det i mange saker høyst usikkert hvilken vekt hensynet til kultur tillegges, og hvorfor. Det er få dommer som i det hele tatt omhandler kulturell bakgrunn i vurderingen av akseptabel omsorg. Avgjørelsene om vedtak om omsorgsovertakelse er også generelt lite knyttet til rettskilder, men heller knyttet opp til sakkyndiguttalelser og generelle vurderinger hvor det er uklart hvilken rettslig betydning de ulike momentene skal ha. Dette kan delvis forklares med kompleksiteten i

¹⁴³ FNs barnekomité, General Comment No. 5 (2003) avsnitt 6 og 25.

¹⁴⁴ Hofman (2010) s. 195.

barnevernssaker, men etter min mening ikke fullt ut. Det kan kanskje også forklares med at hensynet til kultur ikke tillegges vekt. I så fall bør dette komme tydeligere frem. Det kan også påstå at kultur uansett ”kommer inn som et forstyrrelsesmoment og påvirker vår bedømmelsesevne på måter som ofte er utenfor vår kontroll”¹⁴⁵. En tydeligere argumentasjon kan da være med på å gjøre at også medlemmene av retten og fylkesnemnda er seg bevisst kulturens betydning for vurderingen. Fylkesnemndene og domstolene bør ta eksplisitt stilling til hensynet til kultur, og være tydelig på hvilken vekt dette tillegges. Dette kan også begrunnes med forutberegnelighetshensyn og likhetshensyn.

Praksis antyder at hensynet til kultur behandles grundigere hvor kultursakkyndige er oppnevnt. Å oppnevne kultursakkyndig kan dermed også være en måte å sikre gruppens rettssikkerhet på. Dette setter spørsmålsteget ved hvorfor det ikke oftere er oppnevnt kultursakkyndig i flere saker¹⁴⁶, og fremhever viktigheten av kulturell kompetanse på området. Kulturkompetanse er for tiden et satsingsområde innen barnevernet, fordi det har blitt fremhevet at kompetansen rundt kulturforskjeller er for lav, og må heves.¹⁴⁷ Denne kompetansen må også overføres til sakkyndige og medlemmene av retten og fylkesnemnda. Psykolog Judith van der Weele jobber som kultursakkyndig i saker om omsorgsovertakelse og har spesialisert seg på flerkulturell forståelse og kommunikasjon.¹⁴⁸ Hun mener hun vurderer annerledes enn tidligere sakkyndige og barnevernet i hele halvparten av sakene hun uttaler seg om.¹⁴⁹ Hun mener også at ”det norske hjelpeapparatet i alt for stor grad har sittet med definisjonsmakten over hva som er normalt og hva som er avvikende, hva som er helsefremmende og hva som er helsehemmende for barn”.¹⁵⁰ En heving av kulturell kompetanse fremstår dermed som helt sentralt.

¹⁴⁵ Berggrav (2013) s. 20.

¹⁴⁶ Tilsvarende i Hofman (2013) s. 125.

¹⁴⁷ Berggrav (2013) s. 73.

¹⁴⁸ Berggrav (2013) s. 55.

¹⁴⁹ Berggrav (2013) s. 54.

¹⁵⁰ Berggrav (2013) s. 55.

Litteraturliste

Lover og forskrifter

Kongeriket Norges Grunnlov 17. mai 1814 (Grunnloven).

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

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

Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven). Jf. endringslov nr. 86/2003.

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

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

Lov 21. juni 2013 nr. 60 om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion og livssyn (diskrimineringsloven om etnisitet).

Forarbeider

NOU 1985: 18 Lov om sosiale tjenester mv.

NOU 2012: 5 Bedre beskyttelse av barns utvikling, Ekspertutvalgets utredning om det biologiske prinsipp i barnevernet.

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

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

Prop. 106 L (2012-2013) Endringer i barnevernloven, Tilråding fra Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet.

Praksis fra fylkesnemnda

FNV-2006-85-ROG

FNV-2007-60-TRO

FNV-2008-142-AGD

FNV-2009-293-AGD

FNV-2012-179-HSF

Rettspraksis

Tingrettspraksis

TSOSU-2011-51504

THEDM-2014-116331-2

Lagmannsrettpraksis

LG-2006-155198

LB-2006-135824

LB-2013-58958

LH-2014-104379

LF-2014-178079

LA-2015-65128

Høyesterettspraksis

Rt. 1987 s. 289

Rt. 1989 s. 320

Rt. 1997 s. 170

Rt. 1998 s. 1702

Rt. 2004 s. 1683

Rt. 2006 s. 1308

Rt. 2009 s. 1261

Rt. 2014 s. 702

Rt. 2015 s. 1388

HR-2016-2262-A

Internasjonale kilder

Konvensjoner

Europarådets konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (den europeiske menneskerettskonvensjonen).

The Vienna Convention on the Law of Treaties, Wien 23. mai 1969 (Wien-konvensjonen).

De forente nasjoners internasjonale konvensjon 20. november 1989 om barnets rettigheter (barnekonvensjonen).

Uttalelser fra FNs barnekomité

General Comment No. 5 (2003): General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child.

General Comment No. 7 (2005): Implementing Child Rights in Early Childhood.

General Comment No. 8 (2006): The Right of the Child to Protection from Corporal Punishment and Other Cruel or Degrading Forms of Punishment (Arts. 19; 28, Para. 2; and 37, inter alia).

General Comment No. 11 (2009): General comment No. 11 (2009): Indigenous children and their rights under the Convention [on the Rights of the Child].

General Comment No. 13 (2011): The right of the child to freedom from all forms of violence.

General Comment No. 14 (2013): The right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration.

Litteratur

Bendiksen, Lena R. L., Trude Haugli, *Sentrale emner i barneretten*, 2.utg., 2015.

Berggrav, Silje, *Tåler noen barn mer juling? En kartlegging av hjelpeapparatets håndtering av vold mot barn i minoritetsfamilier*, 2013.

Emberland, Marius, "Det norske barnevernet under lupen", *Lov og Rett*, 06/2016 (volum 55), s. 329-330.

Hansen, Asle, ”EMD har åpnet den niende barnevernssaken mot Norge: - Viser det totale havari”, *Dagbladet*, 25. mai 2017. Lokalisert 28. mai på <http://www.dagbladet.no/nyheter/emd-har-apnet-den-niende-barnevernssaken-mot-norge---viser-det-totale-havari/67627806>.

Haugli, Trude, ”Det mangfoldige barnets beste”, *Bonus pater familias. Festskrift til Peter Lødrup, 70 år*, Kirsti Strøm Bull, Viggo Hagstrøm og Steinar Tjomsland (red.), 2002, s. 313-327.

Hennum, Ragnhild, ”Retten til beskyttelse mot vold, overgrep og utnyttelse”, I: *Barnekonvensjonen – Barns rettigheter i Norge*, Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt, Kristen Sandberg (red.) 3. utg., 2016, s. 329-356.

Heyerdahl, Frøydis, ”Retten til ikke-diskriminering”, I: *Barnekonvensjonen – Barns rettigheter i Norge*, Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kristen Sandberg (red.), 3. utg., 2016, s. 31-50.

Hofman, Sanne, *Hensyn til kultur – til barnets beste?*, Kvinnerettslig skriftserie nr. 84/2010.

Kjørholt, Elin Saga, ”Prinsippet om barnets rett til liv, overlevelse og optimal utvikling”, I: *Barnekonvensjonen – Barns rettigheter i Norge*, Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kristen Sandberg (red.), 3. utg., 2016, s. 74-91.

Lile, Hadi Strømmen, ”Barn av minoriteter og urfolk”, I: *Barnekonvensjonen – Barns rettigheter i Norge*, Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt, Kristen Sandberg (red.), 3. utg., 2016, s. 357-372.

Lindboe, Knut, *Barnevernretten*, 6. utg., 2012.

Monsen, Erik, *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk*, 2012.

Ofstad, Kari og Randi Skar, *Barnevernloven med kommentarer*, 6. utg., 2015.

Paulsen Veronika, Kristin Thorshaug og Berit Berg, *Møter mellom innvandrere og barnevernet, Kunnskapsstatus*, 2014.

Smith, Lucy, ”FNs konvensjon om barnets rettigheter”, I: *Barnekonvensjonen – Barns rettigheter i Norge*, Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kristen Sandberg (red.), 3. utg., 2016, s. 17-30.

Stang, Elisabeth Gording, ”Barns rett til familie og omsorg, særlig om barnevernet”, I: *Barnekonvensjonen – Barns rettigheter i Norge*, Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kristen Sandberg (red.), 3. utg., 2016, s. 165-194.

Sørensen, Christian Børge, "Barnevern og menneskerettighetene", Utredning til Barnevernslovutvalget i NOU 2016: 16, vedlegg 4, 2016, s. 306-360.