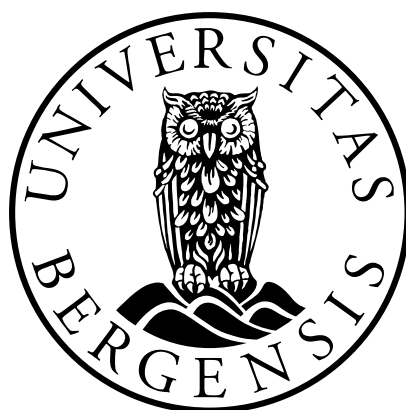


Hensynet til barnets kulturelle bakgrunn ved omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-12

Kulturhensynets vektlegging i saker om omsorgsovertakelse – en analyse av utvalgte avgjørelser

Kandidatnummer: 38

Antall ord: 14 978



JUS399 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

11.12.17

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse.....	3
1 Innledning.....	5
1.1 Bakgrunn og valg av tema.....	5
1.2 Problemstilling.....	6
1.3 Avgrensninger.....	7
1.4 Rettskilder og metode.....	9
1.5 Videre fremstilling.....	10
2 Grunnleggende prinsipper på barnevernrettens område.....	11
2.1 Innledning.....	11
2.2 Legalitetsprinsippet.....	11
2.3 Prinsippet om mildeste inngrep.....	12
2.4 Det biologiske prinsipp.....	12
2.5 Prinsippet om barnets beste – det overordnede hensyn.....	13
2.5.1 "Barnets beste"– begrepets innhold.....	13
2.5.2 Særlig om kultur som moment i barnets beste-vurderingen.....	15
2.6 Prinsippet om tilknytnings- og relasjonskvalitet og kontinuitet-og stabilitetsprinsippet.....	16
2.7 Prinsippet om barnets medvirkning.....	16
3 Hensynet til barnets kulturelle bakgrunn i vedtak om omsorgsovertakelse i bvl. § 4-12.18.....	18
3.1 Generelt.....	18
3.2 Omsorgssvikt som alternativt vilkår, jf. bokstav a.....	19
3.3 Voldsutøvelse som alternativt vilkår, jf. bokstav c.....	21
3.4 Nødvendighetskriteriet.....	23
3.5 Kort oppsummering av betydningen av kulturhensynet ved omsorgsovertakelse.....	24
4 Hensynet til barnets kulturelle bakgrunn i vedtak om omsorgsovertakelse – analyse av utvalgt rettspraksis.....	25
4.1 Innledning.....	25
4.2 Kulturhensynet i Høyesterett.....	25
4.3 Avgjørelser hvor vurderingen av kulturhensynet har måttet vike for andre tungtveiende hensyn.....	28
4.4 Avgjørelser hvor vurderingen av kulturhensynet har fått liten betydning.....	32
4.5 Avgjørelser hvor kulturhensynet har blitt tillagt særlig vekt.....	38
4.6 Oppsummering av rettspraksis.....	41
5 Den nye barnevernloven – styrking av minoritetsbarns rettsstilling.....	44
6 Oppsummering.....	46

6.1 Oppsummering og noen avsluttende betraktninger	46
Litteraturliste.....	48
Lover	48
Forarbeider.....	48
Internasjonale konvensjoner	49
Rettspraksis.....	50

1 Innledning

1.1 Bakgrunn og valg av tema

Barnevernet i Norge har i lengre tid blitt kritisert for måten omsorgsovertakelse og plasseringen av barn finner sted. I deler av verden har det blitt holdt flere demonstrasjoner hvor Norge har blitt beskyldt for både "barneterror" og "kidnapping av barn".¹ I januar 2016 kunne VG melde om hele 19 demonstrasjoner på én dag mot norske ambassader på tre kontinenter. I 2015 leverte en gruppe på over 170 fagfolk en bekymringsmelding til den norske regjeringen hvor de uttrykker at situasjonen i norsk barnevern er dypt foruroligende og at endringer må skje for å ivareta barns rettigheter.²

Kritikken går særlig på at Norge gjør forskjell på familier med minoritetsbakgrunn. I bekymringsmeldingen til barnevernet har det blitt påpekt at beslutninger rundt omsorgsovertakelse i mange saker svikter i alle ledd, og at dette får særlig alvorlige konsekvenser for innvandringsfamilier. De hevder å miste sine barn uten muligheten til å forstå norsk kultur og tilpasse seg den norske nulltoleransen overfor for eksempel fysisk avstraffelse i barneoppdragelsen. Imidlertid kunne vi i august 2017 lese av en ny barnevernsrapport at barn med innvandringsbakgrunn generelt sett ikke er overrepresenterte når det gjelder omsorgsovertakelse.³

Media, enkelte fagfolk og demonstranter mener altså at det gjøres forskjell på minoritetsfamilier, mens forskerne tilsynelatende avkrefter flere av disse mytene. Jeg syntes det var interessant å se den sprikende oppfatningen rundt omsorgsovertakelse av minoritetsbarn. Jeg startet derfor å undersøke nærmere hvordan rettstilstanden er på området. Flere spørsmål dukket opp – hvordan vurderer fylkesnemnda og domstolen "barnets kulturelle bakgrunn" og hva ligger i begrepet? Hvilken betydning har det for foreldrenes omsorgsevne og barnets omsorgsbehov at de har en annen kultur? Og hvilken betydning har kultur for vurderingen av barnets beste?

I undersøkelsene rundt temaet, viste det seg at det er svært mye faglitteratur for barnevernspedagoger, psykologer og sosialarbeidere, men nært til ingenting fra et juridisk

¹ <http://www.vg.no/nyheter/utenriks/romania/massedemonstrasjoner-mot-norsk-barnevern-i-19-land/a/23593260/>

² <https://www.aftenposten.no/norge/i/ME5E/Bekymringsmelding-om-barnevernet>

³ Berg (2017)

ståsted. Hva som er innholdet i barnets kulturelle bakgrunn, er det ikke skrevet mye om. Det er heller ikke skrevet særlig om hvordan og hvorfor det vektlegges i vedtak om omsorgsovertakelse eller i vurderingen av barnets beste. Jeg ønsket derfor å se nærmere på hensynet til barnets kulturelle bakgrunn i vedtak om omsorgsovertakelse.

1.2 Problemstilling

Norge har gjennom ratifiseringen av FNs konvensjon om barnets rettigheter (heretter BK) i 1991, forpliktet seg til en rekke plikter for å ivareta barns rettigheter, deriblant å ivareta hensynet til barnets kulturelle bakgrunn. Det fremkommer av BK art. 30 at:

"... hvor det finnes etniske, religiøse eller språklige minoriteter eller personer som tilhører en urbefolkning, skal et barn som tilhører en slik minoritet eller urbefolkning, 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".

I 2003 ble konvensjonen gjort til en del av norsk rett gjennom lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (heretter menneskerettsloven).⁴ Konvensjonen ble i likhet med tidligere inkorporerte konvensjoner, gitt forrang fremfor annen norsk lovgivning i tilfelle motstrid.⁵ Videre har Norge gjennom ratifiseringen i 1999 av Europarådets rammekonvensjon om beskyttelse av nasjonale minoriteter, forpliktet seg til blant annet å fremme de forutsetninger som er nødvendige for at personer som tilhører nasjonale minoriteter, kan bevare og utvikle sin kultur, samt bevare de grunnleggende bestanddelene av sin identitet, det vil si deres religion, tradisjoner og kulturarv, se art. 5 nr. 1.⁶

I norsk lovgivning kommer barnets rettigheter særlig til uttrykk i Grunnlova, lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (heretter bl.) og lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester (heretter bvl.). Særlig viktig er Grl. § 104 (2), bl. § 48 og bvl. § 4-1 som alle lovfester hensynet til barnets beste som et overordnet hensyn i barneretten. Hensynet til barnets kulturelle bakgrunn er en del av barnets beste-vurderingen og som foretas ved eksempelvis omsorgsovertakelse. Kulturhensynet er uttrykkelig nevnt i bvl. § 4-15 (1), hvor det heter at

⁴ Ot.prp. nr. 45 (2002-2003) Om lov om endring i menneskerettsloven mv.

⁵ Lov 21. Mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett, § 2 nr. 4 og § 3.

⁶ Europarådets rammekonvensjon om beskyttelse av nasjonale minoriteter

ved valg av stedet for plassering, skal det tas tilbørlig hensyn til at det er ønskelig med kontinuitet i barnets oppdragelse og til barnets etniske, religiøse, kulturelle og språklige bakgrunn. Til tross for at en tilsvarende ordlyd ikke er uttrykkelig nevnt i bestemmelsen om omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-12, gjør kulturhensynet seg gjeldene også ved omsorgsovertakelse gjennom inkorporeringen av BK, prinsippet om barnets beste og rettspraksis.

Formelt sett er altså rammen for regelverket på plass, men spørsmålet er om det anvendes slik det var ment. Hva menes egentlig med at det i lov og konvensjoner skal tas tilbørlig hensyn til barnets kulturelle bakgrunn? Hvordan vektlegges dette hensynet i rettspraksis? Den overordnede problemstillingen er hvordan hensynet til barnets kulturelle bakgrunn vektlegges i saker om omsorgsovertakelse.

Regjeringen har satt i gang flere prosesser med blant annet lovutvalg, evaluering av fylkesnemnder, utredning av familiedomstol, endring av oppgave- og finansieringsansvar mellom stat og kommune og endring av regler for pålagte hjelpetiltak.⁷ Regjeringen sendte i november 2016 ut forslag til ny barnevernslov på høring. I NOU 2016: 16 Ny barnevernslov – Sikring av barnets rett til omsorg og beskyttelse, har Barnevernslovutvalget foretatt en teknisk, språklig og strukturell gjennomgang av barnevernloven og har i tillegg vurdert noen nærmere angitte temaer.⁸ Også i Prop. 73 L (2016-2017) er det kommet forslag til endringer i barnevernloven.

Det skal i avhandlingen ses nærmere på om hensynet til barnets kulturelle bakgrunn har fått større oppmerksomhet i det nye lovforslaget, enn det har nå. Avhandlingens hoveddel vil likevel i hovedsak omhandle en analyse av utvalgte avgjørelser for å se hvordan hensynet vektlegges i rettspraksis.

1.3 Avgrensninger

Temaet berører flere spørsmål som det i utgangspunktet er naturlig å behandle sammen. Når det offentlige overtar omsorgen for et barn, er det en lang prosess hvor selve omsorgsovertakelsen vil avgjøres først, hvor så retten til samvær vurderes. Deretter vurderes plasseringssted for barnet etter bvl. § 4-15 og hvorvidt det legges opp til en tilbakeføring av barnet etter bvl. § 4-21. Det vil ikke være mulig å gå i detalj rundt hele denne prosessen i

⁷ <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/gjennomgang-av-barnevernet/id2465308/>

⁸ NOU 2016: 16

denne avhandlingen. Jeg vil derfor holde meg til behandlingen av saker om omsorgsovertakelse. Likevel omhandler noen av avgjørelsene som omtales i kapittel 4, samvær og tilbakeføring. Bakgrunnen for det er at domstolen har gitt avgjørende utsagn som er anvendt i senere tilfeller ved omsorgsovertakelse. Videre at det er under drøftelsen av disse temaene at kultur faktisk er omtalt og er utelatt fra omsorgsovertakelsesdrøftelsen.

Oppgaven vil ikke inneholde drøftelser av hjelpetiltak etter bvl. § 4-4 og akutt situasjoner etter bvl. § 4-6, grunnet den tillatte ordgrensen. Under analysen av rettspraksis vil hjelpetiltak kun nevnes som en del av vurderingen av bvl. § 4-12 (2). Det avgrenses også i stor grad mot inngående drøftelse av bestemmelser i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (heretter EMK).

Videre avgrenses begrepsbruken rundt kulturhensynet. Allerede innledningsvis, og i fortsettelsen vil begrepet "barnets kulturelle bakgrunn" bli benyttet. Begrepet omfatter både barnets etniske, religiøse, kulturelle og språklige bakgrunn i denne avhandlingen. Begrepet anvendes hovedsakelig av praktiske hensyn slik at man slipper å ta for seg hele definisjonen hver gang man skal omtale hensynet og begrepet "kultur". Det er viktig å presisere at begrepet ikke er entydig og statisk.⁹

Menneskers kultur og innholdet av den vil variere og utvikle seg kontinuerlig. Hva som menes med "kultur" er ikke definert verken i lovverket som knytter seg til omsorgsovertakelse, eller av fylkesnemnda eller domstolen. Imidlertid har den britiske kulturforskeren Edward B. Tylor i 1871 formulert en kjent definisjon av kulturbegrepet:

*«Kultur er det komplekse hele som inkluderer kunnskap, tro, kunst, lover, moral, skikker og alle ferdigheter og vaner som folk har lært i egenskap av å være samfunnsmedlemmer».*¹⁰

Ettersom innholdet av kultur er så varierende, vil det også gjøre seg gjeldene for innholdet av kulturhensynet. I avhandlingen legges den ovenfor nevnte definisjon til grunn.

I avhandlingen er det i hovedsak tale om minoritetsbarn, og det avgrenset mot samer og urbefolkning grunnet den tillatte ordgrensen og tidsperspektivet.

⁹ Skogvang (2009) s. 167-168

¹⁰ Tylor (1871), s. 1

1.4 Rettskilder og metode

Det vil i avhandlingen anvendes en rettsdogmatisk metode hvor "gjeldende rett" vil være de riktige juridiske løsningene på dette området ut fra det foreliggende rettsmaterialet, altså dagens rettskildebilde.¹¹ Høyesterettspraksis har lagt til grunn at barnets kulturbakgrunn skal vektlegges i barnets beste-vurderingen, jf. Rt. 1997 s. 170. Det fremstår altså som klart at kulturhensynet er et moment i vurderingen, men Høyesterett sier lite om hvordan det skal vektlegges. Ettersom barneretten er så skjønnsmessig, vil det være problematisk å definere regelens klare innhold, og det vil avhenge av hva som er til barnets beste i den individuelle sak. I avhandlingen vil det gjennomgås utvalgte avgjørelser fra fylkesnemnda og domstolene for å forsøke å synliggjøre rettsregelens varierende innhold og i hvor varierende grad barnets kulturelle bakgrunn blir vektlagt i saker om omsorgsovertakelse.

Det er svært få saker om omsorgsovertakelse som blir behandlet av Høyesterett ettersom sakene i de fleste tilfeller vil stanse i tidligere instanser, jf. tvistelovens § 30-4.¹² Dersom saken anses for å være forsvarlig behandlet, vil ikke anken tillates for å skape ro for barnet.¹³ Ettersom Høyesterett avsier så få dommer etter barnevernloven, vil praksis fra ting- og lagmannsretten undersøkes. Disse dommene har begrenset rettskildemessig betydning, men har en viktig funksjon som et empirisk materiale over hva som rent faktisk skjer.¹⁴ Videre vil saker for fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker (heretter fylkesnemnda) undersøkes. Det er her saker om omsorgsovertakelse behandles i første instans, jf. bvl. § 4-12 (3).¹⁵ Det følger av forarbeidene at til forskjell fra domstolen som skal ha en rettskapende funksjon, skal fylkesnemnda som regel bare ta stilling til det materiellrettslige for de involverte.¹⁶ En analyse av nemndas praksis kan derfor være uheldig, ettersom resultatet i utgangspunktet har liten vekt. Likevel blir mange avgjørelser ikke anket til domstolen, og det vil derfor være sentralt å se på praksis fra fylkesnemnda, til tross for at den ikke har den samme rettskildemessige tyngden som ordinær rettspraksis.¹⁷ Det bemerkes også at fylkesnemnda er ansett som en særdomstol med særlig kompetanse på området til sammenligning med de ordinære domstolene. For å få et helhetlig bilde av kulturhensynet i praksis, må en ofte se hen til praksis fra fylkesnemnda.

¹¹ Haugli (2000) s.39

¹² Lov om meklings og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) 17.juni 2005 nr. 90 (heretter tvl.)

¹³ Bendiksen (2015) s. 34

¹⁴ Op. Cit, s. 34

¹⁵ I NOU 2017:8 er det vurdert om alternative organer skal behandles saker om omsorgsovertakelse i fremtiden

¹⁶ NOU 2005:9, s. 15

¹⁷ Eckhoff (2001), 159 flg.

1.5 Videre fremstilling

Avhandlingen er delt inn i tre, hvor første del er en gjennomgang av lovens vilkår for omsorgsovertakelse og hvordan kulturhensynet skal vektlegges i vurderingen. Oppgavens andre del vil være en analyse av utvalgte avgjørelser, med særlig henblikk på i hvilken grad fylkesnemnda og domstolen vurderer barnets kulturelle bakgrunn i vurderingen om omsorgsovertakelse. I arbeidet med å analysere rettspraksis gikk jeg gjennom et stort antall saker, hvor jeg har valgt ut avgjørelser som i varierende grad viser kulturhensynet. I denne delen vil det særlig fokuseres på foreldrenes omsorgsevne, barnets omsorgsbehov og fysisk avstraffelse i oppdragelsen i samsvar med kapittel 3, og i hvilken grad barnets kulturelle bakgrunn spiller inn i vurderingen av disse momentene. Det er også gjennomgått noen saker hvor kultur har innvirket på vurderingen for tilbakeføring og samvær. Innledningsvis i oppgaven ble det opplyst at disse er valgt ut ettersom de har lagt viktige føringer for senere praksis eller synliggjør kulturhensynets betydning. De utvalgte avgjørelsene belyser hvordan prinsippet anvendes, avgjørelser hvor vurdering av kulturhensynet er mangelfull, tilfeller hvor hensynet har hatt avgjørende vekt og tilfeller der det har måtte vike for andre hensyn. Det har grunnet tidsperspektivet og oppgavens tillate ordgrense ikke vært mulig å gjennomgå alt av materiale og gjengi all praksis som viser anvendelsen av kulturhensynet. Likevel er jeg av den oppfatning at kapittel 4 gir et bilde av hvordan barnets kulturelle bakgrunn vektlegges i saker om omsorgsovertakelse. I oppgavens tredje del vil det bli gjort kort rede for forslaget til ny barnevernlov og hvorvidt rettstilstanden med hensyn til kultur, endres. Avslutningsvis vil det bli foretatt en oppsummering av hvordan hensynet til kultur vektlegges ved omsorgsovertakelse og noen betraktninger rundt tema.

2 Grunnleggende prinsipper på barnevernrettens område

2.1 Innledning

FNs barnekomité har trukket frem særlig fire av BKs artikler som uttrykker generelle prinsipper i konvensjonen.¹⁸ Prinsippet om ikke-diskriminering som kommer til uttrykk i art. 2, hensynet til barnets beste i art. 3, retten til liv og utvikling i art. 6 og retten til å bli hørt i art. 12. Disse generelle prinsippene har betydning for de øvrige artiklene, i tillegg til at de skal tas i betraktning i alle saker hvor barnets interesser og rettigheter blir berørt.

Videre er det i norsk lovgivning oppstilt flere sentrale prinsipper som skal vektlegges i saker som berører barn. Legalitetsprinsippet, mildeste inngrepsprinsippet, det biologiske prinsippet, prinsippet om tilknytnings- og relasjonskvalitet, kontinuitet- og stabilitetsprinsippet og barnets medvirkning er av de mest sentrale for oppgaven. Bakgrunnen for at dette gjennomgås i et eget kapittel, er for å klarlegge hvilke prinsipper som er sentrale for barnevernet å anvende når de skal vurdere barnets kulturelle bakgrunn ved omsorgsovertakelse.

2.2 Legalitetsprinsippet

Når barnevernet velger å gjøre inngrep i familielivet, kan ikke dette bare avgjøres basert på barnets beste. Det følger av det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet og GrL § 113 at offentlige inngrep krever hjemmel i lov, og det stilles krav til hjemmelens klarhet.¹⁹ Dette innebærer at dersom barnevernet skal foreta inngrep i familielivet, må det eksistere en lovhjemmel som gir grunnlag for det i den aktuelle situasjonen, og vilkårene i lovhjemmelen må være oppfylt.

Videre må barnevernstiltaket være i tråd med Grunnlovens § 102 og EMK art. 8 nr. 2 som beskytter mot inngrep som strider mot respekt for familielivet. For at inngrepet skal være rettmessig, må det samsvare med kravene i EMK art. 8 nr.2.²⁰ Legalitetsprinsippet er dermed

¹⁸ *Generell kommentar nr. 5 (2003), "Generelle tiltak til gjennomføring av Konvensjonen om barnets rettigheter", punkt 12*

¹⁹ *Bendiksen (2015), s. 163*

²⁰ *Op.cit.*

et svært viktig prinsipp å ivareta når barnevernet skal gjøre en slik alvorlig inngripen som for eksempel omsorgsovertakelse innebærer.

Det bemerkes at barnevernsretten skiller seg fra det normale topartsforholdet i forvaltningsretten. Ettersom det er foreldrene som er rettssubjektet det utføres tvang mot, og det ikke er sammenfallende med barnet som rettighetssubjekt, vil det kunne argumenteres for et lempeligere legalitetsprinsipp.²¹ Det er hensynet til barnet som er bakgrunnen for tvangsbruken mot foreldrene. Et for strengt hjemmelskrav til tvangsbruk overfor foreldrene kan derfor krenke barnets interesser i saken.²² Eksempelvis kan barnet ha behov for endring i omsorgssituasjonen, men det er mot foreldrenes vilje. Prinsippet om mildeste inngrep og det biologiske prinsipp vil ofte tale i foreldrenes favør, noe som gjør at barnet kan leve lenge i en utilfredsstillende omsorgssituasjon. For å forhindre det, kan det anvendes et lempeligere legalitetsprinsipp for å verne om barnet. Imidlertid vil et for lempelig legalitetsprinsipp også krenke barnets interesser, særlig i saker ved omplassering. Det er en vanskelig avveining hvor familien skal beskyttes mot inngripen i familielivet etter BK art 8 og 9, samtidig som staten plikter å beskytte barnet mot omsorgssvikt fra foreldrene, jf. BK art. 19.

2.3 Prinsippet om mildeste inngrep

Når familien oppfatter et tiltak fra barneverntjenesten som et betydelig inngrep i familielivet, er det nødvendig at tiltaket ikke skal være mer inngripende enn hva som er nødvendig for å hjelpe og beskytte barnet i familien.²³ Prinsippet kommer til uttrykk i bvl. § 4-12 (2) hvor det følger at omsorgsovertakelse ikke kan skje dersom det kan skapes tilfredsstillende forhold for barnet ved hjelpetiltak. Prinsippets formål er å hindre uforholdsmessig maktbruk fra staten og sikre borgernes rettsikkerhet. Nødvendighetskriteriet etter bvl. § 4-12 (2) vil det gå nærmere inn på i punkt 3.4.

2.4 Det biologiske prinsipp

Det er alminnelig enighet om at barnets biologiske foreldre, har ansvaret for sine egne barn.²⁴ Prinsippet innebærer at barn skal vokse opp hos sine biologiske foreldre, så langt det er mulig

²¹ Stang (2012), s. 175

²² Haugli (2000), s. 215

²³ Kvalø (2016), s. 149

²⁴ Lindboe (2012), s. 23

og til det beste for barnet. Det biologiske prinsipp er av rettslig karakter og er uløselig knyttet til retten til familieliv.²⁵

Det biologiske prinsipp kommer indirekte til uttrykk i Grunnlovens § 104 (3) hvor det heter at barnets utvikling skal skje "fortrinnsvis i egen familie". I forarbeidene til sosialtjenesteloven fremkommer det at:

"Det ligger i vår samfunnsordning at foreldrene oppdrar sine egne barn. Tilknytning til de biologiske foreldre er i seg selv en ressurs for barnet".²⁶

FNs barnekonvensjon art. 9 og EMK art. 8 må også forstås slik at foreldrene som et utgangspunkt har ansvar for sine barn, men at det etter en konkret vurdering kan gjøres inngrep i denne retten. Det biologiske prinsipp tillegges altså vekt, men vil vike der det er til det beste for barnet.

For et barn med kulturell bakgrunn kan det biologiske prinsipp være enda viktige, enn for et norskfødt barn. Ved at barnet blir boende hos sine foreldre, vil barnet kunne bevare sin kulturelle bakgrunn. Barnets kulturelle bakgrunn kan dermed ses som et selvstendig argument for å gi det biologiske prinsipp gjennomslag.²⁷ Dersom det er tilfellet, vil det stå i motsetning til det som fremgår av debatten om en generell svekkelse av prinsippet.²⁸

2.5 Prinsippet om barnets beste – det overordnede hensyn

2.5.1 "Barnets beste" – begrepets innhold

Barnets beste er det overordnede prinsippet i barnevernsretten og det skal ivaretas i alle vurderinger som berører barn. Barnets beste er universelt utformet i BK art. 3 hvor det fremkommer at:

"ved alle handlinger som berører barn, enten de foretas av offentlige eller private velferdsorganisasjoner, domstoler, administrative myndigheter eller lovgivende organer, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn".

²⁵ Sandberg (2003), s. 69

²⁶ NOU 1985: 18, s 171

²⁷ Sandberg (2003), s. 64

²⁸ Brynhildsrud (2016). Se mer om debatten i blant annet Tore Hagen og Knut Rønbeck, "Står det biologiske prinsipp for fall? – Det biologiske prinsipp i barnevernloven og barneloven noen forskjeller", Lov og rett nr. 08/2011. Se også NOU 2012: 15.

Barnets beste anses som en "formålsparagraf" ettersom den er gjennomgående i hele barnevernsretten.²⁹ Prinsippet er hjemlet flere steder både i nasjonal og internasjonal rett. Barnekomitéen har uttalt om prinsippet at det har tre normative elementer:

"et grunnleggende juridisk fortolkningsprinsipp, (2) en selvstendig rettighet som kan prøves av en domstol og (3) en saksbehandlingsregel".³⁰

I nasjonal lovgivning finner vi prinsippet i blant annet Grunnlovens § 104 (2) og i bvl. § 4-1 (1) første punktum. Av bvl. § 4-1 fremkommer det at:

"ved anvendelse av bestemmelsene (...) skal det legges avgjørende vekt på å finne tiltak som er til beste for barnet".

Det innebærer at barnets beste er avgjørende for beslutninger om det skal iverksettes tiltak etter kapittel 4, og hvilke tiltak som skal anvendes. Til tross for at vilkårene for tiltak er oppfylt, kan det likevel ikke skje dersom det ikke vurderes som til det beste for barnet.³¹ Bestemmelsen skiller seg dermed fra BK art. 3, ettersom art. 3 oppstiller barnets beste som et grunnleggende hensyn, mens bvl. § 4-1 (1) første punktum krever at barnets beste skal være "avgjørende" for om tiltak skal iverksettes. Barnets beste gis altså enda mer gjennomslag etter nasjonal rett, enn den gjør etter barnekonvensjonen. Dette belyser prinsippetets viktighet i nasjonal lovgivning.

Det nærmere og presise innholdet i barnets beste, er vanskelig å fastsette og det er ingen klar definisjon. En av begrunnelsene for det kan være at ingen barn er like og hva som er til det beste for det enkelte barn, må vurderes konkret ut fra barnets situasjon. Hvilken betydning av begrepet som legges til grunn vil kunne endres over tid, samt variere i ulike fagmiljøer, kulturer, samfunnssituasjoner og ut fra sammenhengen det brukes i.³² Formålet i alle avgjørelser må alltid være å forbedre situasjonen for det enkelte barn.

Det bemerkes i NOU 1995: 26 pkt. 6.3.1 at:

"barnets beste som hovedregel slår igjennom dersom det kommer i konflikt med hensynet til andre (...) Dette prinsippet har en viktig signaleffekt, men er ikke alltid like godt egnet som vurderingstema, blant annet fordi det kan være vanskelig å komme

²⁹ Innst. O. nr. 80 (1991-1992), s. 13

³⁰ Generell kommentar nr. 14 (2013), avsnitt 6

³¹ Skar og Ofstad (2009) s. 60

³² Bendiksen (2015), s. 22

til klarhet om hva som vil være barnets beste i en konkret situasjon".

Det er både fordeler og ulemper ved å ha et så fleksibelt prinsipp. Fordelen med et upresist begrep, er at det kan tilpasses i tid og etter barnets konkrete situasjon og interesser. Imidlertid vil et altfor svevende begrep stride mot rettsikkerheten og forutberegnelighet for borgerne, kanskje særlig for kulturelle foreldre som ikke kjenner det norske rettssystem og våre normer og regler for hva som anses som best for barnet.

2.5.2 Særlig om kultur som moment i barnets beste-vurderingen

Hvilke momenter som skal inngå i helhetsvurderingen av barnets beste, er heller ikke presisert i en enkelt bestemmelse. I bvl. § 4-1 fremkommer det at det skal vektlegges å gi barnet stabil og god voksenkontakt, og kontinuitet i omsorgen. Det gir rettsanvenderen noe å bygge på, men ettersom ordlyden presiserer "herunder", er det flere momenter som skal vektlegges. En slik tolkning har også støtte i forarbeidene til bestemmelsen og i etterfølgende rettspraksis.³³ Kultur er et av momentene som skal vektlegges i vurderingen, selv om det ikke kommer klart til uttrykk i en bestemmelse. I Rt. 1997 s.170 var dette oppe til vurdering, hvor det fremkommer at barnets kulturelle bakgrunn skal være en del av barnets beste-vurderingen.

Heller ikke i BK art. 3 nr. 1 er det gitt klart uttrykk for kulturmomentet, men det er sikker rett at kulturhensynet skal vektlegges som det gjøres i barnevernloven.³⁴ Imidlertid skal ikke kulturhensynet gå på bekostning av andre rettigheter barnet har etter konvensjonen.

Hvilken kulturell bakgrunn barnet har, kan være en faktor som skiller hva som er best for ett barn i forhold til ett annet. FNs barnekomité (barnekomitéen) uttalte i General Comment nr.11 viktigheten av anvendelsen av prinsippet når det gjelder barn som tilhører en annen kultur.³⁵ Når lovgiver skal vurdere hva som er best for et flerkulturelt barn, skal de vurdere barnets kulturelle rettigheter og barnets behov for å utøve disse rettighetene kollektivt, sammen med andre medlemmer av gruppen. Dersom det skal foretas vedtak om omsorgsovertakelse, er det barnets beste som enkeltindivid som skal være det primære hensynet, hvor kultur skal være en del av beslutningsgrunnlaget.³⁶ Kulturhensynet kommer også til uttrykk i BK art. 30 hvor det følger at det beste for minoritets- eller urfolksbarn, er å kunne snakke sitt eget språk og utøve sin kultur.

³³ NOU 1985: 18, s. 146

³⁴ Generell kommentar nr. 13 (2011) avsnitt 55-57

³⁵ Se Generell kommentar nr. 11 (2009), avsnitt 30-32

³⁶ *Op.cit.*, avsnitt 31-32

Barnets kulturelle bakgrunn har altså en sentral rolle i vurderingen av hva som er til barnets beste, og *skal* være en del av vurderingen. Kultur tillegges stor vekt i barnets identitetsutvikling, og det er dermed viktig å ta tilbørlig hensyn til barnets kulturelle bakgrunn ved omsorgsovertakelse.³⁷

2.6 Prinsippet om tilknytnings- og relasjonskvalitet og kontinuitet-og stabilitetsprinsippet

Prinsippene som er nevnt ovenfor, er de mest grunnleggende for vurdering av kulturhensynet ved omsorgsovertakelse. Videre har vi en del andre prinsipper som også er en del av vurderingen.

Det følger av bvl. § 4-1 at i vurderingen av barnets beste skal det vektlegges å gi barnet ” stabil og god voksenkontakt og kontinuitet i omsorgen”. Ordlyden uttrykker prinsippet om tilknytnings- og relasjonskvalitet, samt hensynet til stabilitet- og relasjonskvalitet. Ved omsorgsovertakelse vil spørsmålet være hva som er minst til skade for barnet: å bryte kontinuiteten for å øke stabil omsorg eller å leve i ustabile omsorgsforhold for å ikke bryte kontinuiteten.³⁸ Dette vil avhenge av det enkelte barn i den konkrete situasjon. For noen barn kan det å bryte kontinuiteten være en stor belastning, og det er derfor bedre for barnet å tåle en viss ustabilitet i den daglige omsorgen.³⁹ For andre barn er den ustabile daglige omsorgen av et slikt omfang at det er bedre for barnet å bryte kontinuiteten. Kontinuitetsaspektet kan være særlig viktig for kulturelle barn ettersom en omsorgsovertakelse som oftest betyr at det blir brudd med deres kultur. En må da vurdere om det er til det beste for barnet å vike fra kontinuitet for en mer stabil omsorgssituasjon.

2.7 Prinsippet om barnets medvirkning

BK art. 12 gir alle barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter, en rett til å si sin mening og å bli hørt, uavhengig av alder. Barnekomiteen har gitt uttrykk for at det ikke finnes

³⁷ *Rugkåsa (2017), s. 25*

³⁸ *Bunkholdt (2008), s. 255*

³⁹ *Op.cit*

en begrensning i hvem som har rett til å uttale seg, og det er medlemsstatenes plikt å finne ut hvordan barnets meninger kan komme best til uttrykk.⁴⁰

Den konkrete rettigheten i art. 12 kan deles i to, hvor det første er at barnet "fritt [kan] gi uttrykk for[sine] synspunkter". Den andre delen er at barnet har en rett til at dets synspunkter blir tillagt "behørig vekt i samsvar med dets alder og modenhet". Det innebærer at barnets rett til å bli hørt aldri skal begrenses av dets alder, men bare vektleggingen kan påvirkes av alder og modenhet. I den forbindelse er det viktig å bemerke at rettigheten skiller seg fra retten til selvbestemmelse. Barnets mening kan begrenses av både alder, modenhet, hvor sterkt barnet mener det som det mener, og hvor godt meningene er begrunnet.⁴¹

Prinsippet er også inntatt i Grunnlovens § 104 (1) og bvl. § 4-1, men favner noe snevrere enn i BK ettersom den bare gjelder saker som omhandler dem og dermed er en individuell rettighet.⁴² I nasjonal lovgivning er det også tilfeller hvor det er satt en aldersgrense for rettigheten, noe Norge har blitt kritisert for i de periodiske rapporteringene da det ikke er i tråd med BK.⁴³

⁴⁰ *Generell kommentar nr. 12 avsnitt 30 og 26*

⁴¹ *Sandberg (2016) s. 118*

⁴² *Dokument 16 (2011-2012) s. 191*

⁴³ *Se avsluttende bemerkninger til Norges fjerde rapport (2010), punkt 24*

3 Hensynet til barnets kulturelle bakgrunn i vedtak om omsorgsovertakelse i bvl. § 4-12

3.1 Generelt

Utgangspunktet er at barnets biologiske foreldre har ansvaret for sine egne barn så lenge de kan gi forsvarlig omsorg. Barnets rett til omsorg og beskyttelse fremkommer ikke uttrykkelig i gjeldende barnevernlov.⁴⁴ Imidlertid er lovens formål å sikre at barn som "lever under forhold som kan skade deres helse og utvikling, får nødvendig hjelp og omsorg til rett tid", jf. bvl. § 1-1. Staten plikter å beskytte barnet mot omsorgssvikt fra foreldrene eller andre omsorgspersoners side, jf. BK art. 19.⁴⁵ Dersom barnet ikke gis tilstrekkelig omsorg, plikter staten å finne alternativ omsorg for barnet, jf. BK art. 20 og eventuelt overta omsorgen etter BK art. 9 og bvl. § 4-12. Omsorgsovertakelse kan skje både etter bvl. § 4-8 og § 4-12. I det videre vil bare bvl. § 4-12 bli omtalt, da dette er hovedbestemmelsen for omsorgsovertakelse.

I bvl. § 4-12 er det listet opp en rekke vilkår for at omsorgsovertakelse skal kunne skje. Det følger av bestemmelsens første ledd at vedtak om omsorgsovertakelse "kan" treffes dersom ett av alternativene i bokstavene a-d er oppfylt. I tillegg er det i annet ledd gitt et nødvendighetskriterium som også må være oppfylt for at omsorgsovertakelse skal kunne skje. Det skal vurderes hvorvidt hjelpetiltak etter bvl. § 4-4 eller bvl. § 4-10 kan løse situasjonen i tråd med mildeste inngrepsprinsippet, jf. bvl. § 4-12 (2).

Dersom vilkårene i bvl. § 4-12 er oppfylt *kan* altså barnevernet beslutte omsorgsovertakelse. Det innebærer at selv om vilkårene er oppfylt, skal ikke omsorgsovertakelse skje dersom dette ikke er det beste for barnet, jf. bvl. § 4-1. Barnevernet må altså igjen vurdere om det er til barnets beste om omsorgsovertakelse skal skje, selv når vilkårene i § 4-12 er oppfylt. Dersom omsorgsovertakelse anses nødvendig og hjelpetiltak ikke kan avhjelpe situasjonen, vil "kan"-skjønnet være redusert.

⁴⁴ NOU 2016: 16 punkt 5.3.1.1

⁴⁵ Se mer om dette i *Generell kommentar nr. 8 (2006), avsnitt 18*

Kriteriene er skjønnspregede, og det er en høy terskel for at alvorret i omsorgssituasjonen skal anses for oppfylt.⁴⁶ Det følger av forarbeidene at:

"ikke ethvert avvik fra det man kan kalle vanlige normer eller situasjoner skal gjøre det berettiget å treffe vedtak om ansvarsovertakelse", men at "situasjonen må være forholdsvis klart uholdbar".⁴⁷

En nylig rapport fra SSB fant at de vanligste årsakene til omsorgsovertakelse av minoritetsbarn, er forholdende i hjemmet, foreldrenes omsorgsevne og vold eller mishandling.⁴⁸ Disse forholdende omfattes av bvl. § 4-12 (1) bokstav a og c. Det vil dermed i det videre redegjøres for disse alternativene for omsorgsovertakelse. Til tross for at det i noen tilfeller vil være overlapp mellom alternativene, er det ikke avgjørende ettersom det foretas en helhetsvurdering hvor også vedtakets nødvendighet etter bvl. § 4-12 (2) vurderes.

3.2 Omsorgssvikt som alternativt vilkår, jf. bokstav a

Etter bvl. § 4-12 (1) bokstav a, kan vedtak om omsorgsovertakelse treffes dersom det er:

"alvorlige mangler ved den daglige omsorgen som barnet får, eller alvorlige mangler i forhold til den personlige kontakt og trygghet som det trenger etter sin alder og utvikling".

Bestemmelsen omhandler omsorgssvikt, hvor foreldrenes omsorgsevne og barnets omsorgsbehov står sentralt. Ordlydens første del stiller vilkår til foreldrenes omsorgsevne. Det er ikke nærmere presisert i lov eller forarbeid hva som uttrykkelig ligger i foreldrenes omsorgsevne og innholdet av omsorgen vil kunne variere i stor grad. Dermed er det vanskelig å gi en konkret definisjon, men det stilles krav til at omsorgen foreldre gir i det daglige tilfredsstillende barnets behov. Videre skal ikke foreldre vurderes ut fra en felles standard, da barna har ulike behov.

Ordlydens andre del stiller vilkår til at foreldrene kan tilfredsstillende barnets omsorgsbehov. Forarbeidene utdyper at begrepene "personlig kontakt og trygghet" skal fange opp de tilfeller hvor det foreligger en følelsesmessig avvisning av barnet eller en situasjon hvor foreldrene

⁴⁶ Rt. 1999 s.1883, Rt. 2002 s. 875

⁴⁷ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992), s. 110, jf. Innst. O. nr. 80 (1991-1992), s. 21

⁴⁸ Dyrhaug (2015) s. 31

faktisk ikke er i stand til å dekke barnets kontaktbehov.⁴⁹ Videre dekker det tilfeller hvor tvang eller vold i hjemmet skaper fysisk eller psykisk utrygghet. I henhold til rettspraksis skal omsorgsevnen vurderes ut fra det enkelte barns omsorgsbehov.⁵⁰ Enkelte behov er felles for alle barn, mens andre er særegne for det enkelte barn. Foreldrene må altså kunne gi tilfredsstillende omsorg til de behov som barnet har. Dersom det er alvorlige mangler ved den omsorgen som gis, kan altså omsorgsovertakelse skje dersom de øvrige vilkår er oppfylt.

Kultur vil i stor grad være bestemmende for hva som anses som god nok omsorg eller hva som avviker fra det. Når fylkesnemnda fatter sine avgjørelser, er det særlig utfordrende å vurdere om barna har en tilfredsstillende omsorgssituasjon selv om oppdragelsen skiller seg fra vår egen kultur.⁵¹ En kan dermed stille spørsmål til hva som er god nok omsorg etter norske regler når barnet har en annen kulturell bakgrunn.

Noen kulturer er kjent for å være mer autoritære og kontrollerende i oppdragerstilen, enn det man er kjent med i norsk oppdragelse. Foreldrene legger gjerne stor vekt på lydighet og disiplin hos barna og er mindre opptatt av å vise barnet kjærlighet.⁵² For utenforstående kan det oppfattes som omsorgssvikt. En slik oppdragelse treger likevel ikke være mangelfull. Barnets mening vil være av betydning ettersom det er dets behov som det søkes oppfyllelse for. Dersom det er vanlig med en autoritær oppdragelse i barnets kultur, vil ikke slike holdninger tolkes som avvisning, men heller god oppdragelse. Det er dermed viktig at en ved rettsanvendelsen tar hensyn til kulturaspektet når omsorgen skal vurderes.

Bvl. § 4-12 (1) bokstav a referer til den "daglige omsorg" som innebærer at de ikke bare er den emosjonelle omsorg som vurderes etter dette alternativ, men også den materielle omsorg som refererer til mat, hygiene, bolig.⁵³ Barnets fysiske omsorgsbehov kan også variere ut fra kultur. Omsorgssvikten kan basere seg på foreldrenes forutsetninger eller økonomiske problemer. Det bemerkes at økonomisk nød ikke i seg selv er tilstrekkelig grunn for å fjerne barnet fra hjemmet og skal avhjelpes ved hjelpetiltak.⁵⁴ For eksempel kan foreldrenes omsorgssvikt basere seg på forhold som har oppstått grunnet migrasjon. Dersom familien har flyttet fra sitt hjemland, kan de ha problemer med tilpasningen til Norge. Familiene står ovenfor en utfordring ved å beholde sin tradisjon og kultur, samtidig som de skal tilpasse seg

⁴⁹ *Ot. Prp. Nr. 44 (1991-1992), s. 110*

⁵⁰ *Rt.1994 s. 568, Rt.1996 s.1203, Rt.1997 s. 174*

⁵¹ *Bunkholdt (2008), s. 144*

⁵² *Jávo (2010), s. 57*

⁵³ *Lindboe (2012), s. 85*

⁵⁴ *NOU 1985:18, s. 156*

den norske.⁵⁵ Graden av tilpasning som må foretas vil variere fra hvilken kultur de kommer fra og hvor stor kontrasten er mellom hjemlandet og Norge.⁵⁶ Familiene vil også kunne møte større utfordringer i å finne arbeid og bolig, dersom kontrasten er stor. Bekymring rundt sentrale behov i en familie vil kunne skape en situasjon som medfører omsorgssvikt. Foreldrene kan også påvirkes av stress som er en sentral årsak til voldsutøvelse, og de påvirkes av deres totale livssituasjon.⁵⁷

Kultur er dermed et viktig aspekt å vektlegge når en skal vurdere omsorgssvikt ettersom en ikke kan fastsette at alt som er "riktig" i norsk oppdragelse, er det i andre kulturer. Et eksempel kan være romfolket som stadig forflytter seg og ikke har et fast bosted, og da gjerne har egen skolegang. Kan barnet sies å ha trygge boforhold når det ikke har et fast sted å bo og ikke følger den norske skolen? Og en somalisk mors oppfatning av god omsorg skiller seg gjerne fra en norsk mors oppfatning – men den er ikke nødvendigvis bedre eller dårligere, den er bare ukjent. Spørsmålet er hvilken betydning barnets kulturelle bakgrunn har i vurderingen av omsorgsevnen. Dette er spørsmål som det skal forsøkes besvart i avhandlingens kapittel 4 da jeg går nærmere inn i avgjørelser som berører temaet.

3.3 Voldsutøvelse som alternativt vilkår, jf. bokstav c

I bvl. § 4-12 (1) bokstav c fremkommer det at vedtak om omsorgsovertakelse kan skje dersom barnet blir «mishandlet eller utsatt for andre alvorlige overgrep i hjemmet». Bestemmelsen omfatter tilfeller hvor foreldrene gjør seg skyldig i barnemishandling eller andre alvorlige (fysiske) overgrep i hjemmet.⁵⁸ Mildere former for fysiske ellers psykiske overgrep av barn omfavnes som regel av alternativ a, mens denne er ment å dekke de svært alvorlige hendelsene for overgrep. Vold er også en av de vanligste årsakene til omsorgsovertakelse av minoritetsbarn.⁵⁹

Forarbeidene påpeker at ikke all form for maktbruk er mishandling, som for eksempel holding eller lette beskyttende eller avvergende tiltak.⁶⁰ Spørsmålet er hva som anses for tilstrekkelig voldsutøvelse for at omsorgsovertakelse skal kunne skje.

⁵⁵ Fauske (2010) s. 246-247

⁵⁶ Sommerfeldt (2014) s. 32-33.

⁵⁷ *Op. cit*

⁵⁸ *Ot. Prp. Nr. 44 (1991-1992)*, s. 111

⁵⁹ Fauske (2010), s. 200

⁶⁰ *Ot. Prp. Nr. 44 (1991-1992)*, s. 111

Barnelovens § 30 (3) forbyr all form for vold, både fysisk og psykisk. Videre følger det at bruk av vold og skremmende eller plagsom oppførsel eller annen hensynsløs oppførsel ovenfor barn, er forbudt. Ordlyden favner altså svært vidt for å verne barnet mot fysisk og psykisk vold.⁶¹ Litteraturen skiller mellom impulsiv og instrumentell vold.⁶² Det er ved impulsiv vold vanligvis tale om vold utøvet i sinne, frustrasjon og aggresjon. Det kreves at volden utøves over et visst tidsrom for at terskelen for omsorgsovertakelse skal være oppfylt. Instrumentell vold er utøving av vold som har et bestemt formål og som anvendes som del av oppdragelsen. Det har vært vanskeligere å forholde seg til denne type vold, særlig i minoritetsfamiliers tilfelle da dette ofte er en del av deres kultur. I avhandlingens punkt 4 vil det gjennomgås noen avgjørelser som omhandler vold i oppdragelsen. Det vil her belyses i hvilken varierende grad vold i oppdragelsen påvirker vurderingen av forelderens omsorgsevne.

Videre er det nødvendig å skille mellom fysisk og psykisk vold mot barnet. Når man omtaler barnemishandling er det gjerne fysisk vold som slag og spark den alminnelige borger tenker på. Imidlertid kan psykisk vold være like skadelig for et barn. I Generell kommentar nr. 13 defineres psykisk vold som alle former for vedvarende skadevoldende påvirkning overfor barn, for eksempel at man gir uttrykk for at de er verdiløse, uelsket eller uønsket, eller at de er i fare, terrorisering, truing, utnytting, avvising, isolering, ignorering og diskriminering.⁶³

Skillet mellom impulsiv og instrumentell vold, og mellom psykisk eller fysisk vold, er uten betydning for anvendelsen av § 30 (3). Vold mot barn er forbudt i norsk rett. Kritikken mot Norge har blant annet rettet seg mot saker om omsorgsovertakelse hvor foreldrene anvender vold i oppdragelsesøyemed. I flere kulturer er det å anvende vold i oppdragelsesøyemed ansett som normalt og del av en god oppdragelse. Det fører til en del vanskelige situasjoner og vurderinger etter norsk rett. Kulturelle barn skal som utgangspunkt ikke tåle mer enn etnisk norske barn, men foreldrene har også en rett til å gi barna sine en religiøs eller verdslig oppdragelse i overensstemmelse med egen overbevisning.⁶⁴ Foreldrene må veiledes om forbudet mot vold i norsk rett, og det er også derfor det skal tas hensyn til deres kulturelle bakgrunn når omsorgsovertakelse skal vurderes, noe vi kommer tilbake til i kap. 4.

⁶¹ Se nærmere om voldsbegrepet i *Ot. Prp. Nr. 8 (1986-1987)*, s. 7 og *Ot. Prp. Nr. 104 (2008-2009)* s. 72

⁶² *Lindboe (2012)* s. 87

⁶³ *Generell kommentar (2011) nr. 13, punkt 21*

⁶⁴ *Aadnesen og Hærem (2007)*, s. 25

3.4 Nødvendighetskriteriet

Dersom ett av alternativene i bvl. § 4-12 (1) er oppfylt, kan det likevel ikke treffes vedtak om omsorgsovertakelse dersom det ikke er «nødvendig ut fra den situasjonen barnet befinner seg i». Ordlyden etter andre ledd innskrenker altså muligheten til å fatte vedtak om omsorgsovertakelse selv om vilkårene i første ledd er oppfylt. Forarbeidene presiserer at det avgjørende er at det må være nødvendig for barnets aktuelle situasjon.⁶⁵ En skal altså ikke fokusere på hendelser som har oppstått i fortiden, men barnets nåværende situasjon. Likevel vil det forekomme tilfeller hvor kjennskap til fortiden vil få betydning for forståelsen av nåværende situasjon.

Vurderingen sikrer et av hovedprinsippene om at mildeste inngrep er tilstrekkelig.⁶⁶ Dersom hjelpetiltak vil avhjelpe barnets aktuelle situasjon, skal ikke omsorgsovertakelse finne sted. Dette samsvarer også med det biologiske prinsipp ved at barnet er best tjent med å vokse opp hos sine foreldre. Ut fra lovmotivene er det grunn til å presisere at en vurdering av nødvendighet og muligheten for nå frem med hjelpetiltak er sentral og vesentlig i enhver sak om omsorgsovertakelse, og manglende ressurstilgang på tiltak skal ikke få som konsekvens at barnet må flytte hjemmefra.⁶⁷

Dersom foreldrene ikke ønsker hjelpetiltak, er ikke dette avgjørende for om hjelpetiltak skal benyttes.⁶⁸ Barnevernet må da opprette et samarbeid med foreldrene for å gjøre det beste for barnet. Dette kan være særlig problematisk i kulturelle familier, da de har sin oppfatning av hva som er riktig for barnet basert på sin bakgrunn. Videre kan disse familiene ha liten kunnskap om barnevernets rolle og kan ha misoppfatninger om deres funksjon. Flere ser på barnevernet som en del av politiet og som fører kontroll ved deres oppdragelse.⁶⁹ Det vil da kreves mer av barnevernet for å opprette et samarbeid og være opplysende og veiledende i større grad. Minoritetsbarn skal ikke få et dårligere vern fordi barnevernet ikke klarer å veilede familien til å ta imot hjelpetiltak.

⁶⁵ *Ot. Prp. Nr. 44 (1991-1992)*

⁶⁶ *Lindboe (2012), s. 88*

⁶⁷ *Lindboe (2012), s. 89*

⁶⁸ *Rt.1999 s.1883*

⁶⁹ *Jávo (2010), s. 232*

3.5 Kort oppsummering av betydningen av kulturhensynet ved omsorgsovertakelse

Lovverket viser at barnets kulturelle bakgrunn formelt sett har en sterk posisjon i barnets beste-vurderingen. Så lenge det ikke strider mot øvrige rettigheter barnet har, er det best å vokse opp i sin egen kultur og miljø.⁷⁰ Barnets kulturelle bakgrunn kan altså tilsidesette andre viktige hensyn, så lenge det er til barnets beste. Minoritetsbarn har dermed klart et krav på at deres kulturelle bakgrunn skal vektlegges i saker om omsorgsovertakelse. Spørsmålet er hvorvidt denne rettigheten overholdes i praksis. Tar fylkesnemnda og domstolen tilstrekkelig hensyn til barnets kulturelle bakgrunn i sine avgjørelser?

⁷⁰ FNs barnekomité's Day of General Discussion without parental care, fortieth session (2005), avsnitt 673

4 Hensynet til barnets kulturelle bakgrunn i vedtak om omsorgsovertakelse – analyse av utvalgt rettspraksis

4.1 Innledning

I de foregående kapitler har det vært en gjennomgang av lovens vilkår for omsorgsovertakelse og utgangspunktet for hvordan kulturhensynet skal vektlegges i barnets beste-vurderingen. I det videre skal det gjennomgås en rekke avgjørelser fra domstolen og fylkesnemnda for å se hvordan lovverket anvendes i enkeltsaker.

4.2 Kulturhensynet i Høyesterett

Rt.1997 s. 170

Det er avsagt svært få dommer i Høyesterett angående temaet. Første gang barnets kulturelle bakgrunn spilte en sentral rolle for vurderingen av omsorgsovertakelse og tilbakeføring, var i Rt. 1997 s. 170. En pakistansk gutt på 6 år ble tilbakeført til sine foreldre etter å ha bodd hos en norsk fosterfamilie i nesten fem år. Det ble av psykolog 1 tilrådet at barnet skulle tilbakeføres da det var fordelaktig å vokse opp hos sine foreldre og derigjennom bli kjent med sin opprinnelse og kulturbakgrunn. Psykolog 2 frarådet tilbakeføring og anså det ikke som sin oppgave å ta stilling til om hensynet til det biologiske prinsipp skulle veie tyngre når barnet har en annen etnisk og kulturell bakgrunn. Videre vurderte han at:

"C ville måtte bli svært ulykkelig av å bli flyttet fra sine foreldre og fra sitt tilvante miljø, og til mennesker og et miljø som han bare har hatt sporadiske besøkskontakter med. At han vil dele hudfarge med sine nye omsorgsgivere vil være ham til liten trøst".⁷¹

At barnets biologiske foreldre oppfylte vilkårene til å gi barnet forsvarlig omsorg, var ikke tvilsomt under rettssaken. Problemstillingen knyttet seg til om barnet hadde fått en slik

⁷¹ Rt.1997 s.170, side 173

tilknytning til fosterhjemmet og den norske kulturen, slik at en eventuell tilbakeføring ville ført til alvorlige problemer for barnet. Sentralt for dommen er Høyesteretts uttalelse på s. 175:

"Det har en egenverdi at et barn får vokse opp hos sine biologiske foreldre. Når barnet vokser opp i en familie der det vet at det opprinnelig ikke hører hjemme, vil det kunne oppstå problemer eller konflikter av en annen karakter enn ellers når barnet begynner å søke etter sin identitet. Slike problemer vil trolig forsterkes når barnet har en annen etnisk og kulturell opprinnelse enn fosterforeldrene. Dette er en side ved saken her som man etter min mening ikke kan se bort fra, og som vil måtte gå inn i den samlede vurdering som må legges til grunn ved avgjørelsen av spørsmålet om tilbakeføring".

Høyesterett peker på at barnets kulturelle bakgrunn må være en sentral del av vurderingen av barnets beste, her i vurderingen av tilbakeføring til barnets biologiske foreldre.

Videre uttales det i dommen at gutten hadde positive samvær med sin familie og at han registrerte at det er denne familien han ligner på. Førstvoterende uttaler også at det anses som positivt for barnets identitetsfølelse og selvbilde at han får vokse opp sammen med sine biologiske foreldre og deres livsform, kultur og religion.

Høyesterett fant ikke tilstrekkelig grunnlag for at det ville oppstå alvorlige problemer av varig karakter ved å flytte barnet fra sine fosterforeldre, til tross for at han trolig ville oppleve en form for sorgreaksjon. I barnets beste-vurderingen etter bvl. § 4-1, ble det også lagt atskillig vekt på at en fortsatt plassering i fosterhjemmet ikke ville være problemfri. Fosterforeldrene hadde ikke gått ut fra at barnet skulle ha en særlig tilknytning til pakistansk miljø med en muslimsk familie. Etersom fylkesnemnda i sitt siste vedtak hadde bestemt en utvidet kontakt med familien, ville det oppstå problemer med fosterforeldrene og en lojalitetskonflikt for barnet. Det bemerkes at dommen ble avsagt i dissens 4-1 hvor mindretallet mente at bruddet med fosterforeldrene ville være mer dramatisk enn fremstilt av flertallet, og risikoen ved tilbakeføring var for stor. Mindretallet sluttet seg imidlertid til at barnets kulturelle bakgrunn måtte være et forhold som trekkes inn i vurderingen, men at det ikke var tilstrekkelig for tilbakeføringen.

Høyesterett fant etter en samlet vurdering at det var tilstrekkelig grunnlag for å tilbakeføre barnet til sine biologiske foreldre. Sentralt for dommen er at Høyesterett anså barnets kulturelle bakgrunn som en viktig del av vurderingen av barnets beste, et vurderingsmoment som har blitt videreført i senere rettspraksis. Barnet var sårbart og hadde vokst opp i en norsk fosterfamilie med norsk språk og kultur, samtidig som han hadde en sterk tilknytning til dem. Det forelå altså flere tungtveiende hensyn i saken, men som måtte vike for barnets kulturelle bakgrunn. Etter denne dommen har hensynet til barnets kulturelle bakgrunn og barnets rett til å delta i sin kultur, religion og sitt språk, fått en sterk posisjon i gjeldende rett når en vurderer barnets beste i saker om omsorgsovertakelse eller tilbakeføring.

Rt.2015 s. 110

I Rt. 2015 s. 110 ble vektleggingen av barnets kulturelle bakgrunn tilsidesatt for andre tungtveiende hensyn. Kommunen fikk medhold i at en seks år gammel gutt kunne tvangsadopteres av fosterforeldrene. Gutten hadde bodd hos sine fosterforeldre nesten hele sin levetid, og omtaltes som et sårbart barn med minimal tilknytning til sine biologiske foreldre. Det ble i dommen pekt på at den åpenbart sterke og rotfestede tilknytningen til fosterhjemmet ble tillagt stor vekt, og som Høyesterett har uttalt skal veie tungt, jf. Rt. 2007 s. 561 i avsnitt 50. Til tross for at det i lagmannsretten ble lagt avgjørende vekt på betydning barnets kulturelle bakgrunn, fremkommer det av dommen at:

"Lagmannsretten la avgjørende vekt på betydningen av å opprettholde de biologiske bånd med foreldrene, og særlig hans etniske tilknytning gjennom moren til[sic] Filippinene. Etter mitt syn ivaretas disse hensynene gjennom besøkskontakten, (...) Som fremholdt i avsnitt 78 i EMDs dom i X mot Norge [EMD-2007-52502], som jeg har redegjort for, innebærer besøkskontakten at gutten ikke blir avstengt fra sine røtter og sin etniske bakgrunn."

Høyesterett la vekt på barnets kulturelle bakgrunn i vurderingen, men tilegnet det ikke like stor vekt som lagmannsretten, og anså at hensynet var oppfylt ved besøkskontakten. Dommen peker på et viktig aspekt, nemlig det biologiske prinsippet. Faktum i saken var sammenlignbart med saken i Rt. 1997 s. 170 ved at begge barna var sårbare og hadde en sterk tilknytning til sine fosterforeldre. Derimot hadde ikke begge barnene den samme tilknytningen til sine biologiske foreldre. Dette må sies å ha vært vekten på vektskålen.

Dommen viser derimot at kulturaspektet er en del av barnets beste-vurderingen, men at vektleggingen vil variere, og da særlig med bakgrunn i det biologiske prinsippet.

En annen side som vil omtales nærmere avslutningsvis, er at kulturhensynet ofte anses for ivaretatt ved besøkskontakt, noe som trolig har utviklet seg til en uheldig praksis i lavere instanser. Det var spesielle omstendigheter i denne dommen som forsvarte at besøkskontakt var tilstrekkelig for å ivareta kulturhensynet.

4.3 Avgjørelser hvor vurderingen av kulturhensynet har måttet vike for andre tungtveiende hensyn

RG-2007-1012

En mye omtalt dom angående foreldres omsorgsevne særlig sett i et kulturperspektiv, er dommen fra Borgarting lagmannsrett, jf. RG-2007-1012. Saken gjaldt foreldre som var sigøynere av romfolket og som ble fratatt omsorgen for to av sine barn. Begge barna ble vurdert som sårbare og hadde et særlig omsorgsbehov som innebar at de trengte trygge og utviklingsstøttende omsorgsbetingelser.

Deres far var ikke aktuell som omsorgsperson ettersom han hadde et betydelig rusproblem. Morens omsorgsevne ble heller ikke vurdert som tilstrekkelig for barna. Hun kunne ivareta deres umiddelbare behov, men ikke de langsiktige behovene. Hun klarte heller ikke å skjerme dem fra deres ruspåvirkede far. Hun hadde ikke fast bolig eller inntekt, men levde som sigøyner og flyttet mye rundt. Da hun heller ikke hadde et nettverk rundt seg som kunne bistå henne, anså lagmannsretten hennes omsorgsevne som vesentlig svekket. Lagmannsretten fant heller ikke grunn til å tro at det kunne skapes tilfredsstillende forhold ved hjelpetiltak fra barnevernstjenesten.

Foreldrene anførte at deres omsorgsevne og barnas omsorgsbehov måtte vurderes ut fra deres kultur og viste blant annet til Europarådets rammekonvensjon art. 5 nr.1, art. 10 nr.1 og art. 14 nr.1, samt BK art. 30 som alle berører beskyttelse av nasjonale minoriteters kultur. Lagmannsretten bemerket at sigøynere i liten grad er integrert i det norske samfunnet. Plassering av barna hos etnisk norske fosterfamilier ville gjøre det vanskelig for barna å opprettholde kontakt med sigøynerkulturen. Blant annet fremheves det av lagmannsretten at deres språk, romanes, bare kan læres tilfredsstillende om man bor og lever blant romfolket,

ettersom det er et muntlig språk. Det var derfor ønskelig at barna ble plassert i et fosterhjem hos sigøynere av romfolket etter bvl. § 4-15. Imidlertid var det ikke mulig å oppdrive, og lagmannsretten uttaler så om sigøynere av romfolket:

"Ut fra de opplysninger om romfolkets kultur som er fremkommet i saken, er det generelt lite trolig at personer som lever innenfor denne kulturen, vil kunne tilfredsstille de kravene som må stilles til fosterforeldre for barn med slike særlige omsorgsbehov som det er tale om i denne saken. Sigøynere av romfolket er som påpekt lite integrert i det norske samfunnet, og kulturen innebærer liten grad av bofasthet og utstrakt reiseaktivitet, innenlands og utenlands. Normalt går ikke romfolkets barn på norsk skole".

Til tross for at barna ville miste kontakten med sin kultur, anså ikke lagmannsretten dette som brudd på de folkerettslige bestemmelser. De viser så til bvl. § 4-1 om barnets beste og at deres kulturbakgrunn er en viktig og nødvendig del av vurderingen. Lagmannsretten påpeker så:

"Samtidig må det være slik at dersom et tiltak, etter en helhetsvurdering som også tar hensyn til barnets kulturbakgrunn, må anses å være til barnets beste, vil ikke hensynet til den kulturelle bakgrunnen være til hinder for gjennomføring av tiltaket. Dette må gjelde også i forhold til bestemmelsen i barnekonvensjonen artikkel 30."

I dommen fremkommer det at barna lever i en omsorgssituasjon som klart skiller seg fra det som er alminnelig og akseptert innenfor romkulturen. Lagmannsretten fremhever særlig farens rusmisbruk som et vesentlig element i den vurderingen som ligger til grunn for omsorgsovertakelsen, og at rusmisbruk ikke er akseptert innenfor romfolkets kultur. Lagmannsretten besluttet derfor omsorgsovertakelse da de fant det overveiende sannsynlig at det vil være alvorlige mangler ved den daglige omsorgen som mor kunne gi barna, og at det var overveiende sannsynlig at barnas helse og utvikling kunne bli alvorlig skadd dersom moren hadde omsorgen for dem. Lagmannsretten har vurdert familiens kulturelle bakgrunn, men at det ikke vil være til barnets beste å bli boende hos sine biologiske foreldre. Det vises til at kultur spiller en vesentlig rolle i vurderingen, men at kultur ikke kan gå foran hensynet til barnets beste.

Det er flere momenter i denne dommen som det er verdt å merke seg. For det første er det et vilkår i bvl. § 4-12 at omsorgsovertakelse ikke skal skje dersom det kan skapes

tilfredsstillende forhold for barnet ved hjelpetiltak etter §§ 4-4, 4-10 eller 4-11. Det ble av sakkyndig påpekt at tilbud om hjelpetiltak ikke hadde vært tilpasset morens situasjon som sigøyner. Et ordinært mødre hjem ville ikke være tilstrekkelig hjelpetiltak, da mor ikke kunne skjerme seg fra en ruspåvirket far der. Sakkyndig pekte på at det er muligheter for å få en spesialtilpasset institusjonsplassering og viste blant annet til kriminalomsorgen der de har satt inn store ressurser, anslagsvis 10 årsverk, for omsorg og tilsyn i forhold til én person. Lagmannsretten på sin side mente at hjelpetiltakene måtte være tilgjengelige og at eksisterende tilbud ikke var tilstrekkelig for å ivareta barna. Lagmannsretten fant ikke grunnlag for å vurdere mulige tiltak basert på utvikling av et nytt individuelt tilbud av den karakter som den sakkyndige var inne på.

Det kan forsvares at en enkeltsak ikke kan basere seg på eventuell fremtidig opprettelse av hjelpetiltak. Likevel kan en spørre seg om Norge oppfyller sine folkerettslige forpliktelser når en ikke har et tilbud for barn og foreldre som er i en slik situasjon, når det foreligger i kriminalomsorgen. Mors svekkede omsorgsevne baserte seg på at hun hadde et lite nettverk, og derfor var avhengig av at den ruspåvirkede far bidro til omsorgen. Dersom barnevernstjenesten kunne bistått henne slik at faren kunne holdes utenfor, ville mor trolig oppfylt lovens krav om tilfredsstillende omsorgsevne ovenfor sine barn. Når en slik tvil foreligger, kan det spørres om lovens vilkår om nødvendighet er oppfylt.

Videre er det fra lagmannsretten uttalt at det er lite trolig at personer som lever i sigøynerkulturen, vil kunne tilfredsstille de krav som stilles til fosterforeldrene for barn med særlige omsorgsbehov. Det kan fremstå som lagmannsretten har gått noe langt i sin uttalelse her. I kapittel 3.2 vises det til at det som er "god nok omsorg" i norsk oppdragelse, ikke nødvendigvis er det for andre kulturer. Lagmannsretten anser her alle sigøynere av romfolket som uegnet til å ivareta barn med særlig omsorgsbehov. Det fremstår som svært uheldig, da kultur skal være et viktig moment i vurderingen av foreldrenes omsorgsevne. Sigøynere av romfolket må kunne utfolde sin norm for god oppdragelse selv når barnet har et særlig omsorgsbehov. Imidlertid er det viktig å bemerke at det er barnets beste som skal vurderes. Dersom det ikke kan skapes tilfredsstillende forhold for barnet i en slik kultur, skal det gå foran hensynet til å ivareta barnets kulturbakgrunn. Det bemerkes også at rusmisbruk ikke er akseptert i romfolkets kultur, og at det derfor kan forsvares at det var nødvendig med omsorgsovertakelse.

Avgjørelsen i RG-2007-1012 finner vi henvisninger til flere steder i senere rettspraksis. Blant annet i fylkesnemndas avgjørelse, FNV-2012-329, hvor det ble lagt avgjørende vekt på uttalelser i dommen, som grunnlag for at omsorgsovertakelse ikke strider med hensynet til kultur etter BK art. 30.

Saken gjaldt omsorgsovertakelse av en jente basert på mors manglende omsorgsevne. Mor var sigøyner og hennes familie var belastet med mye vold og uro. Mor kunne ikke følge opp barnets fysiske behov eller skjerme det fra ustabiliteten og volden de ble utsatt for fra familien. Mor slet med å forholde seg til sigøynermiljøet og det norske miljøet, og kom stadig i konflikter som utløste sinne.

Fylkesnemnda fant at barnet hadde et særskilt omsorgsbehov da jenta var forsinket i utviklingen, samt at hun hadde et hull i hjerte som måtte følges opp. Det stiltes derfor høyere krav til omsorgspersonene enn alminnelig omsorgskompetanse for å imøtekomme barnets behov. Fylkesnemnda konkluderte med at det forelå alvorlige mangler ved den daglige omsorgen og den personlige kontakt og trygghet som barnet trengte etter sin alder og utvikling, jf. bvl. § 4-12 (1) bokstav a.

Mors anførsel om at barnet måtte oppdras som romfolk og bevare sin kultur og språk, ble ikke tatt til følge, og det ble særskilt vist til RG-2007-1012. Nemnda foretar ikke en egen vurdering, men viser bare til utdrag fra dommen. Det fremstår som uheldig, da mors omsorgsevne skal vurderes ut fra hennes kultur og det skal foretas en konkret vurdering i den enkelte sak.

Mor har anført at når det gjelder rutiner i hjemmet, så har det manglende kulturperspektivet ført til at mor kritiseres for oppførsel som er normalt innenfor sigøynerkulturen. Dette har ikke fylkesnemnda tatt stilling til i sin avgjørelse, men avviser det med å vise til utdrag i RG-2007-1012. Når det etter en helhetsvurdering, også inkludert barnets kulturelle bakgrunn, anses som barnets beste at tiltaket gjennomføres, skal ikke kulturhensynet være til hinder for tiltaket. Utgangspunktet er altså greit, men nemnda har ikke foretatt en selvstendig vurdering i denne konkrete saken om mors manglende omsorgsevne knyttes til hennes kultur.

Fylkesnemnda vurderte så om de alvorlige manglene kunne avhjelpes ved hjelpetiltak etter bvl. § 4-12 (2). Fylkesnemnda var av den oppfatning at mor evnet å ta til seg råd og veiledning, men at hun som følge av sin tilknytning til romfolket ikke klarte å opprettholde omsorgen som var nødvendig. Fylkesnemnda fant derfor at hjelpetiltak ikke ville ha en effekt

før mor hadde funnet en balanse mellom å leve i norsk kultur og som sigøyner. Fylkesnemnda anså derfor ikke dagens situasjon som tilstrekkelig for å kunne gi jenta den omsorgen hun trengte. Det kan stilles spørsmål til hvorfor ikke hjelpetiltak her kan avhjelpe når mor er villig til å ta i mot råd og veiledning for å bedre situasjonen.

Fylkesnemnda konkluderte med at det var til barnets beste om omsorgen ble overtatt av det offentlige, og hennes rettigheter etter BK art. 30 ville ivaretas gjennom samværet med foreldrene. Igjen ser vi at samvær er tilstrekkelig for å ivareta kulturhensynet.

Dette er en oversiktlig dom hvor fylkesnemnda går relativt pedagogisk gjennom alle vilkårene, men hvor de selvstendige vurderinger uteblir. Særlig kritikkverdig at mors omsorgsevne ikke har blitt tilstrekkelig vurdert ut fra hennes kultur. Det fylkesnemnda anså som manglende omsorgsevne, var i romfolkets kultur ansett som normalt. Dette skal være en del av vurderingen, noe det ikke er tatt stilling til. Det er ikke med sikkerhet at det hadde påvirket resultatet, men det stilles likevel krav til domstolen og nemnda at en slik vurdering foretas.

I likhet med Rt. 2015 s.110 og RG-2007-1012, blir hensynet til kultur tilsidesatt for andre tungtveiende hensyn. Avgjørelsene viser viktigheten av at kulturhensynet blir vektlagt, men i denne saken blir det ikke tilstrekkelig vurdert i tråd med gjeldende rett.

4.4 Avgjørelser hvor vurderingen av kulturhensynet har fått liten betydning

LG-2016-101962

I nevnte dom besluttet lagmannsretten at en afrikansk mor skulle fratras omsorgen for sitt barn. Lagmannsretten konkluderte med at hennes omsorgsevne hadde alvorlige mangler sett hen til barnets særlige omsorgsbehov. Det ble av mor anført at det beste for barnet er å vokse opp sammen med sin biologiske mor og sin afrikanske storfamilie. Barnet hadde en annen etnisk og kulturell opprinnelse enn sine fosterforeldre, og det ble derfor anført fra mor at det kunne oppstå problemer og konflikter hvis han fortsatte å bo i fosterfamilien, jf. bvl. § 4-1. Videre hadde biologisk mor en familie rundt seg som kunne bistå henne i å gi forsvarlig omsorg til barnet.

I dommen er det en detaljert opplisting av hvordan vurderingen av omsorgsovertakelse skal foretas.⁷² Imidlertid nevnes ikke barnets kulturelle bakgrunn i denne vurderingen. Det konstateres bare at omsorgsovertakelse er det beste for barnet. I vurderingen av tilbakeføring trekker lagmannsretten frem HR-2016-2262 som gir en grundig gjennomgang av forholdet mellom Grunnloven og EMK når det gjelder betydningen omsorgsovertakelse har for de familiemessige båndene. Lagmannsretten konkluderer kort med at omsorgsovertakelsen ikke vil kutte alle familiebånd, da familien vil bli tilkjent rett til samvær. Utover det, nevnes ikke hensynet til barnets kulturelle bakgrunn i dommen.

I vurderingen av hva som er barnets beste skal hensynet til kultur drøftes også ved omsorgsovertakelse, ikke bare ved samvær. Hensynet til kultur skal ikke gå på bekostning av andre rettigheter barnet har, som eksempelvis forsvarlig omsorg etter sitt behov. Likevel mangler det en vurdering av barnets kulturelle bakgrunn og betydningen kultur kan ha for foreldrenes omsorgsevne i drøftelsen av omsorgsovertakelse. Det er ikke sikkert at det ville endret resultatet, men det skal vurderes. Det er i slike tilfeller det kan ha utviklet seg en uheldig praksis grunnet uttalelsene i Rt. 2015 s. 110, ved at kulturhensynet vurderes som ivaretatt ved besøkskontakt. Kulturhensynet blir bare vurdert under samværsdrøftelsen, noe som fører til en mangelfull vurdering av kulturhensynet.

TOSLO-2015-36366

I nevnte dom fra Oslo tingrett var det spørsmål om det offentlige skulle overta omsorgen for en gutt på 17 år. Familien var opprinnelig fra Somalia og kom til Norge i 2010. Familien kom i kontakt med barnevernet på eget initiativ i 201 da far ikke ønsket å ha ansvar for sin sønn lenger, ettersom sønnen ikke respekterte han eller andre. Barnevernstjenesten konkluderte med at barnets utvikling var forholdsvis normal etter alderen, far var samarbeidsvillig og stilte alltid opp for sønnen, noe som førte til henleggelse av saken. Allerede måneden etter tok far igjen kontakt med samme begrunnelse. Nå kunne sønnen opplyse at han var blitt utsatt for vold og at han levde under et svært strengt regime. Far benektet volden og fastholdt at gutten ikke respekterte han og at han ikke ønsket å ta ansvar for sønnen.

Gutten hadde normale tenåringsproblemer som han mente omsorgspersonen svarte på med vold, sinne og utestengning. Det ble tatt ut begjæring om omsorgsovertakelse og gutten ble akutt plassert utenfor hjemmet. Vedtaket begrunnes med at gutten er utsatt for vold og lever et begrenset liv hvor han ikke får delta på fritidsaktiviteter og være med venner.

⁷² Se avgjørelsens avsnitt om "Spørsmålet om omsorgsovertakelse"

Det ble fra av far hevdet at volden ikke var bevist, at dette var opplysninger som bare kom fra gutten selv og som ofte ble brukt blant ungdom for å komme seg unna et «strengt hjemmeregime». Far respekterte gutten og det ble hevdet at hjelpetiltak ville løse saken. Det blir pekt på tidligere uttalelser fra nemnda hvor hjelpetiltak har vært etterlyst. Fylkesnemnda var av den oppfatning at far ønsket det beste for sønnen og at det var viktig å opprettholde kontakten med familien, særlig ettersom han da ville opprettholde den språklige og kulturelle tilhørigheten til sin familie. Nemnda konkluderte med at hjelpetiltak var sentralt for å løse situasjonen, og anbefalte at det sattes inn en fagkyndig som kjente familiens sosiale koder ut fra deres kulturperspektiv. Under tingrettsbehandlingen hevdet far at dette ikke ble fulgt opp av barnevernet.

Kommunen på sin side, hevdet at det var tilstrekkelig at det forelå aktuell omsorgssvikt og at det ikke var et krav til påviselige skader hos barnet. De anså vilkåret i bvl. § 4-12 (1) bokstav a og c oppfylt. De henviser også til manglende forståelse for guttens utfordringer, noe som svekker fars omsorgsevne. Kommunen anså heller ikke hjelpetiltak som alternativ til omsorgsovertakelse ettersom far ikke anerkjente guttens problemer og at det utøvdes vold.

Under rettsprosessen kom det frem at gutten ville bo i fosterhjemmet og uttalte at han grunnet sin alder hadde han god kjennskap til sin kultur, men han hadde ikke en særlig tilknytning til den.

Retten kom til at vilkårene for omsorgsovertakelse var oppfylt basert på guttens særlige omsorgsbehov og fars manglende evne til forståelse. I vurderingen av fars omsorgsevne fant retten at det utvilsomt forelå alvorlig og gjennomgripende omsorgssvikt. Det var tvilsomt hvor stort omfanget av fars voldsbruk var, men retten fant voldsutøvelsen uakseptabel, og at det utvilsomt var en alvorlig mangel ved omsorgen. Videre anså retten det som sannsynlig at volden ville fortsette da far ikke innrømte voldsbruken. Retten fant heller ikke at hjelpetiltak ville avhjelpe situasjonen.

I dommen kommer det ikke godt frem hvorvidt det er forsøkt å veilede far i å gi god omsorg. Far hadde manglende forståelse og erkjente ikke sin voldsbruk. Det betyr ikke at barnevernstjenesten kan tillate seg å ta en "snarvei", selv om det samsvarer med barnets ønske. Fars oppførsel kan være et utslag av kultur, hvor fysisk avstraffelse er akseptert når barna ikke følger deres krav. I dommen fremkommer det at far mangler sønnens respekt, men

ikke om det er årsaken til voldsbruken. Det kommer heller ikke frem hvorvidt oppdragervold er normalt i deres kultur, om det finnes en forklaring på hvorfor far utøver vold – om det er i oppdragelsesøyemed eller om det er for å straffe sønnen. Det kan stilles spørsmål til hvorfor en slik vurdering ikke er foretatt her, når den var avgjørende for saken i FNV-2014-375 som gjennomgås nærmere under punkt 4.5. Barnets rett til medvirkning har også fått en sentral rolle, noe som kan forsvare grunnet guttens høye alder.

Omsorgsovertakelse er et svært inngripende tiltak for begge parter, jf. EMK art. 8 og 9. En må derfor tilstrebe å forsøke hjelpetiltak først, noe som også pålegges etter bvl. § 4-12 (2). Selv om far har gitt uttrykk for at han ikke ønsker ansvaret for sin sønn, kan det forklares med hans problemer med å oppdra sønnen etter sin egen kultur. Fars kultur bygger på respekt for et hierarkisk familiesystem og strenge regler for barnet. Far kan veiledes i at norske tenåringer har ulike utfordringer og at tid med venner og fritidsaktiviteter er viktig. Han kan også veiledes i hvordan han skal forholde seg til sin egen kultur parallelt med den norske. Før dette er forsøkt, kan det spørres om lovens vilkår om nødvendighet og hjelpetiltak er oppfylt. Det går ikke frem av avgjørelsen om dette er vurdert eller forsøkt. Likevel er det viktigste hva som er til barnets beste, og det er ikke tvilsomt at vold er svært uheldig for barn til tross for at gutten er 17 år. Farens manglende samarbeidsvilje, voldsbruk og manglende forståelse for guttens situasjon og hans særlige omsorgsbehov, kan tilsi at omsorgsovertakelse var nødvendig.

FNV-2009-293-AGD

Saken har mange likhetstrekk med TOSLO-2015-36366 hvor fylkesnemnda besluttet omsorgsovertakelse av en 16 år gammel jente. Familien kom til Norge som flyktninger i 1990. Saken dreide seg hovedsakelig om at mor anvendte fysisk avstraffelse som del av oppdragelsen. Jenta hadde vokst opp med vold som del av oppdragelsen, og det ble forsvart med at det var akseptert i deres kultur. Jenta ønsket selv omsorgsovertakelse og hennes mening ble tillagt betydelig vekt.

Det ble fra jentas side anført at mor ikke ga henne den frihet som andre norske barn hadde, og at dersom hun flyttet hjem ville volden fortsette. Jenta hevdet at mor hadde gitt lovnader om

at volden skulle slutte, uten at det var overholdt. Det var heller ikke et ønske å bli plassert i et fosterhjem med samme kultur, da det var kulturen som var bakgrunnen for hele saken.

Fra mors side ble det anført at vilkårene i bvl. § 4-12 (1) bokstav a og c ikke var oppfylt da hun ikke anså volden som mishandling, men som oppdragelse og grensesetting. Mor uttalte at hun er glad i barnet, men at hun ikke har klart å forholde seg til oppdragerrollen når barnet har dårlig moral. Videre bemerket mor at hun var blitt opplyst om det norske lovverket og at hun derfor skulle slutte å slå.

Fylkesnemnda var av den oppfatning at konflikten baserte seg på at barnet ønsket mer frihet som andre ungdommer i hennes miljø, men at mor fant det uakseptabelt. Nemnda anså barnets forklaring som troverdig og fant det sannsynlig at volden ville fortsette dersom jenta flyttet tilbake til mor. Nemnda anså mors omsorgsevne som svekket da hun hadde dårlig impulskontroll og voldsanvendelsen satt dypt i mors tankesett, noe som ville gjøre det vanskelig å endre hennes oppdragerstil gjennom hjelpetiltak. På bakgrunn av dette kom nemnda til at omsorgsovertakelse var både nødvendig og til barnets beste, jf. bvl. § 4-12 (2) og bvl. § 4-1.

Heller ikke her blir mors omsorgsevne vurdert ut fra hennes kulturbakgrunn. Det kan stilles spørsmål til hvorfor nemnda nesten automatisk beslutter omsorgsovertakelse når vold er involvert, og knapt nevner deres kulturelle bakgrunn. I slike saker er ikke nødvendigvis tiltaket feil, men jeg savner en reell begrunnelse og drøftelse av kulturproblematikken. Foreldrene blir ikke vurdert ut fra sin kultur og den konflikten som ligger bak, for eksempel at barna ønsker en oppdragelse som norske barn har. Kulturelle barn skal ikke ha et dårligere vern enn etnisk norske barn, ved at vi i større grad aksepterer vold overfor disse barna. Jeg savner likevel at det i slike saker blir vurdert om konflikten kan ha årsak i familiens kulturbakgrunn, og at man dermed sikrer rettssikkerheten til begge parter.

FNV-2005-178-ROG

Et tilsvarende tilfelle hvor kultur har fått marginal betydning, er i FNV-2005-178-ROG. Det ble besluttet omsorgsovertakelse av tre barn etter at mors omsorgsevne ble ansett som mangelfull, hvorpå avgjørelsen ble avsagt med dissens. Flertallet mente at mor klarte å ivareta den materielle omsorgen for barna. Likevel anså de det som dokumentert at det var store

mangler i mors evne til å gi sine barn personlig kontakt og trygghet, samt stabilitet, ro og forutsigbarhet i hverdagen. Mor hadde gjentatte ganger tatt barna med på butikknaskerier, og mors kriminelle atferd hadde gitt flere uheldige opplevelser for barna. Flertallet anså mors evne til å se sammenheng mellom handling og konsekvens som mangelfull, og kom til at barna levde i en utrygg og uoversiktlig omsorgssituasjon som oppfylte vilkårene i bvl. § 4-12, bokstav a. Videre anså de det som nødvendig etter § 4-12 (2), da hjelpetiltak ikke ville tilfredsstillende barnas situasjon.

Det ble fra mor anført at det var en spesiell sak som hadde et fremmedkulturelt aspekt og at den var svakt opplyst fra barnevernstjenesten. Det ble også pekt på at barnevernstjenesten hadde en ensidig negativ fremstilling av saken.

Flertallet bemerket at barna har et særskilt omsorgsbehov ved at de hadde minoritetsbakgrunn og at det derfor krevdes ekstra innsats fra foreldrene når barnet må forholde seg til to kulturer og to språk. Barna trengte derfor hjelp til integrering, samtidig som det var viktig for deres identitetsutvikling at de opprettholdt sin språklige og kulturelle tilknytning til opprinnelseslandet. Utover dette, har ikke flertallet tatt stilling til kulturhensynet i sin vurdering av omsorgsovertakelse.

Mindretallet har på annen side pekt på flere moment som taler mot omsorgsovertakelse. Etter deres syn bar saken preg av en ensidig og tendensiøs fremstilling fra barneverntjenesten side, hvor det i liten grad var fokus på mors sterke sider som omsorgsperson. Videre fremholdt de at mors reaksjonsmønstre kunne ha sammenheng med hennes språklige og kulturelle forskjeller, noe som barnevernstjenesten ikke hadde vektlagt tilstrekkelig. Mindretallet fant det ikke sannsynliggjort at mor i vesentlig grad skilte seg fra andre mødre og at det derfor ikke forelå tilstrekkelig bevis for lovens strenge vilkår for omsorgsovertakelse. Det ble også pekt på at hensynet til kultur er ikke nevnt fra flertallets side.

Igjen ser vi at hensynet til kultur ikke i tilstrekkelig grad slik vurdert av flertallet slik det kreves etter loven. Det er ikke tatt stilling til om mors oppdragelse har sammenheng med den kulturen hun er fra, eller om hennes oppdragelse skiller seg fra hva som er normalt i hennes kultur. Dette er svært uheldig når konsekvensen er omsorgsovertakelse og barna ikke får bevare og leve i tråd med sin kultur. I denne sammenheng er det verdt å merke seg en senere

avgjørelse fra lagmannsretten, LG-2006-155198, som synliggjør at kulturhensynet skal vektlegges i vurderingen av barnets beste.

Det som er gjennomgående i disse sakene er at kultur ofte er anerkjent som et moment i vurderingen, men det blir ikke drøftet hvilken betydning og hvilken vektlegging det skal ha, særlig i vurderingen av foreldrenes omsorgsevne.

4.5 Avgjørelser hvor kulturhensynet har blitt tillagt særlig vekt

LG-2006-155198

Lagmannsretten opphevet fylkesnemndas vedtak om omsorgsovertakelse av tre barn. Mor kom fra Vietnam til Norge i 1997 og involverte barna i kriminelle handlinger. Hun var registrert med 3 saker for kjøring uten førerkort og 13 saker for naskeri.

Fylkesnemnda konkluderte med at det var store mangler ved mors evne til å gi emosjonell omsorg for barna, og vurderte omsorgsevnen ut fra hva som er vanlig i norsk oppdragelse. Etter fylkesnemndas vurdering skyldtes den manglende omsorgen universelle og personlighetsmessige forhold hos mor, og ikke kulturelle forhold.⁷³ Nemnda fokuserte på at mor aktiviserte barna i butikktveri, hadde problemer med grensesetting, kommuniserte gjennom høylytt kjefting og at de gjentatte ganger måtte flytte grunnet klage på husbråk.

Mindretallet i saken mente at hennes reaksjonsmønster kunne ha sammenheng med språklige og kulturelle forskjeller, noe som barnevernstjenesten ikke hadde lagt vekt på. Mindretallet fant det ikke sannsynliggjort at hun skilte seg fra andre vietnamesiske mødre.

Fylkesnemnda vedtok omsorgsovertakelse, og mor anket derfor til tingretten. Her ble vedtaket opphevet ettersom mors kulturelle bakgrunn ikke var tilstrekkelig vektlagt. Mors væremåte var ikke annerledes enn andre vietnamesiske mødre, og man kunne ikke uten videre vurdere omsorgssituasjonen i familien med norske briller.⁷⁴ Retten fant at mors omsorgsevne var god nok ut fra hennes kultur, selv om det avviker fra hva vi anser som god omsorg i Norge.

⁷³ FNV-2005-178-ROG

⁷⁴ LG-2006-155198, s.5

Kommunen brakte derfor saken inn for lagmannsretten. Mors omsorgsevne ble igjen vurdert, denne gang av en kultursakkyndig som mente hennes omsorg var i tråd med vietnamesisk kultur. Retten uttalte at:

"Det er på det rene at omsorg kan komme til uttrykk på ulike måter i ulike kulturer. 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 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."

Avgjørelsen viser at hva som er "god nok omsorg" må ses i lys av foreldrenes kulturbakgrunn. Uavhengig av om man har en annen kultur, skal vi stille like krav til omsorgskvalitet og ikke akseptere sviktende omsorg. Likevel må vi være åpne for at omsorgskvaliteten uttrykkes på forskjellige måter avhengig av kultur. Lagmannsretten synliggjør her viktigheten av å vektlegge kulturhensynet i saker om omsorgsovertakelse, da det kan være utslagsgivende.

FNV-2014-375

Som det ble gjort rede for tidligere i oppgaven, er vold i oppdragelsesøyemed en av de vanligste årsakene til at det besluttes omsorgsovertakelse av minoritetsbarn. I disse sakene er kulturhensynet særlig viktig. Bruk av vold som del av oppdragelsen er forbudt i Norge, men det har skjedd et kulturskifte hvor en i større grad aksepterer at kultur og oppdragelse er forskjellig fra vår egen, og at slik oppdragervold må ses i sammenheng med deres kultur.⁷⁵ Det må vurderes hvorvidt volden anvendes som en del av oppdragelsen, eller om det har til hensikt å skade barnet.⁷⁶ Dersom volden har rot i deres kulturelle bakgrunn, kan volden stanses gjennom hjelpetiltak hvor foreldrene veiledes til en voldsfri oppdragelse. En slik vurdering ble foretatt i FNV-2014-375.

Saken gjaldt fire barn som ble akutt plassert etter at det ble avdekket vold i familien. Familien kom til Norge som kvoteflyktninger fra et afrikansk land. Kommunen hevdet at barna var eksponert for vold og konflikter i den grad at grunnvilkåret i bvl. § 4-12 (1) bokstav a og c, var oppfylt. Fylkesnemnda tok stilling til foreldrenes omsorgsevne og om den var tilstrekkelig

⁷⁵ NOU 2012: 5 pkt. 7.3.2

⁷⁶ FNV-2014-375 under "1.Rettslig utgangspunkt"

for å ivareta barna i den situasjonen de var i nå og fremover. Nemnda foretar en nøye drøftelse av familiens kulturelle bakgrunn hvor forarbeidene til barnevernloven står sentralt for vurderingen. I forarbeidene fremkommer det at foreldrerollen og hvordan den best utøves varierer fra ulike kulturer og land, og at selv grunnleggende verdier som empati og omtanke er universelle som kan uttrykkes varierende i takt med kulturelle koder for barneoppdragelse.⁷⁷

Fylkesnemnda foretok så en vurdering av voldsutøvelsen konkret og om det kunne skapes forsvarlige omsorgsbetingelser ved hjelp av tiltak i familien, til tross for at vold anses som en alvorlig mangel i omsorgen. Fylkesnemnda vurderte om volden var et resultat av innlært kulturell oppdragerpraksis eller om volden hadde som intensjon å skade barnet.

I denne saken kom familien fra en kultur hvor oppdragelsen er "strengere" enn i Norge. I denne kulturen er omdømmet svært viktig, og familien har et hierarkisk familiesystem der kvinner begrenses og utsettes for streng kontroll. Kvinner er derfor mer utsatt for vold og fysisk korrigerende av mannlige familiemedlemmer. Nemnda fant det klart sannsynliggjort at foreldrene utsatte de tre eldste døtrene for represalier og fysisk avstraffelse av en slik karakter som anses for klart uakseptabel i Norge. Imidlertid anså fylkesnemnda voldsutøvelsen som en del av oppdragelsespraksisen og at de ikke uten videre hadde til hensikt å skade barna.

Fylkesnemnda konkluderte med at bvl. § 4-12 (1) bokstav a var oppfylt. Videre foretok de en vurdering av om det kunne skapes forsvarlige omsorgsbetingelser for barna ved hjelpetiltak i familien, slik at omsorgsovertakelse ikke var nødvendig.

Avgjørelsen ble avsagt under dissens. Flertallet var av den oppfatning at hjelpetiltak ville kunne gi forsvarlige omsorgsbetingelser og besluttet at barna skulle bo hos sine biologiske foreldre. Flertallet uttaler at:

"Ved vurderingen av om foreldrene evner å gi barna god omsorg og utviklingsstøtte, må det i familier med en annen kulturell bakgrunn enn den norske, tas høyde for at empati, omtanke og evne til innlevelse kan komme til uttrykk på andre måter enn i norsk kultur. Familien har hatt store belastninger og har et lite nettverk. Slik saken er opplyst fremstår den uakseptable oppdragerpraksisen å ha sin forklaring i den kulturelle bakgrunn der fysisk korrigerende sannsynligvis er nokså vanlig."

⁷⁷ NOU 2012: 5 pkt. 7.3.2, fra s. 93 flg.

Flertallet er altså av den oppfatning at omsorgssvikten baserer seg på kulturelle forskjeller og ikke som en del av psykopatologi eller andre alvorlige personlige forhold hos foreldrene hvor intensjonen er å skade barnet.

Mindretallet mente det var stor usikkerhet i forhold til foreldrenes evne til å ta barnas perspektiv og ivareta deres emosjonelle behov. De mente at hjelpetiltak ikke ville hjelpe og at det forelå for mange risikofaktorer til at omsorgen kunne anses som forsvarlig.

Her får kulturhensynet svært avgjørende vekt. Foreldrenes manglende omsorgsevne og voldsbruk forsvares med deres kulturelle bakgrunn. Dette kan være uheldig, men det er også svært viktig at kulturhensynet blir vurdert i en slik utstrekning. Foreldrene anser sin voldsbruk som god oppdragelse og en må derfor forsøke å veilede dem før en gjør et så inngripende tiltak som omsorgsovertakelse. Det strider med bvl. § 4-12 (2) å ikke ha vurdert det som et alternativ før en fatter vedtak om omsorgsovertakelse. En slik unnlattelse vil også stride med både det mildeste inngrepsprinsipp og det biologiske prinsipp.

4.6 Oppsummering av rettspraksis

Gjennomgangen av rettsavgjørelsene viser hvor forskjellige hensynet til kultur blir vektlagt. I noen av avgjørelsene var kulturhensynet tilstrekkelig hensyntatt, men måtte vike for andre tungtveiende hensyn. I andre tilfeller har det spilt en avgjørende rolle og vært utslagsgivende for resultatet. Imidlertid er det også tilfeller hvor hensynet til kultur ikke er blitt tilstrekkelig hensyntatt og noe som kan ha hatt innvirkning i feil retning.

Høyesterett har i Rt.1997 s. 170 satt rammen og synliggjort at hensynet til kulturell bakgrunn har en sterk posisjon i norsk rett. Det ble det også vist til i Rt. 2015 s. 110, hvor det var avgjørende at barnet ikke hadde den samme tilknytningen til sine biologiske foreldre og dermed måtte kulturhensynet vike. Hvorvidt barnet kommer til å ha kontakt med sine biologiske røtter og om barnet kan få en tilfredsstillende omsorgssituasjon, synes derfor som sentralt for vurderingen av kulturhensynet. Vi ser at det biologiske prinsipp og hensynet til kultur blir vektlagt mot hensyn som at barnet har en sterk tilknytning til sin nye familie og hvorvidt et brudd med dem gjør skade på barnet.

Et annet viktig aspekt er hvordan foreldrenes omsorgsevne blir vurdert i lys av deres kulturbakgrunn. I FNV-2014-375 ser vi at domstolen har tatt tilstrekkelig hensyn til hva som er "god omsorg" og at det vil variere i ulike kulturer. I norsk kultur vil gjerne god omsorg

være å vise mye kjærlighet gjennom fysisk kontakt, mens i en annen kultur vil det å gi mat, klær og husly være tegn på kjærlighet. Hva som er "normalt" innenfor deres kultur er derfor avgjørende for vurderingen og hvorvidt foreldrene kan gi tilstrekkelig omsorg til barnets behov. I blant annet RG-2007-1012 og FNV-2012-329 har hensynet til kultur vært gjenstand for vurdering, men foreldrenes omsorgssvikt har vært for avvikende til hva som kan forsvares med kultur. Imidlertid ser vi i FNV-2009-293-AGD at mors omsorgsevne ikke blir vurdert ut fra hva som var god omsorg i hennes kultur og drøftelsen av kulturhensynet blir derfor mangelfull, noe som får alvorlige konsekvenser ved at det potensielt blir gjort alvorlig inngrep i familien uten tilstrekkelig hjemmel. Flere avgjørelser har anerkjent kultur som et moment, men det blir ikke drøftet hvilken betydning det har eller hvordan det vektlegges i vurderingen av foreldrenes omsorgsevne, noe som strider med lovverket.

Videre er det i loven stilt krav til at hjelpetiltak er forsøkt. Vi ser at det i noen av avgjørelsene ikke tilstrekkelig drøftet hvorvidt hjelpetiltak enten er forsøkt eller ikke vil ha virkning. Det er uheldig at domstolen og fylkesnemnda ikke synliggjør hvorvidt hjelpetiltak kan skape en tilfredsstillende situasjon for barna. Et eksempel ser vi i TOSLO-2015-36366 hvor det både er anført fra far og barnevernet anbefaler hjelpetiltak for å avhjelpe situasjonen, uten at det er forsøkt. Konsekvensen blir omsorgsovertakelse uten hjemmel i lovverket, noe som er svært uheldig.

I flere av de gjennomgåtte avgjørelsene ser vi at domstolen eller nemnda anser at den beste måten å bli kjent med sin kultur på, er å bo med sine biologiske foreldre. I andre tilfeller, som i Rt. 2015 s. 110, vil hensynet til kultur anses som ivaretatt ved besøkskontakt og samvær med barnet. I disse tilfellene ser vi også at kulturhensynet bare blir vurdert under samværsdrøftelsen, og ikke i vurderingen av bvl. § 4-12. Domstolen og fylkesnemnda kan ha utviklet en uheldig praksis hvor lovens vilkår og konvensjonsbestemmelsene ikke er oppfylt, ettersom kulturhensynet ikke vurderes under selve drøftelsen av omsorgsovertakelse. Likevel har Høyesterett lagt til grunn i eksempelvis HR-2016-2262 at kulturhensynet kan ivaretas ved samvær. Imidlertid var det svært spesielle omstendigheter som gjorde at hensynet til kultur måtte vike i denne saken. Det samme ser vi i Rt. 2015 s. 110 hvor det er spesielle omstendigheter som gjør at samvær anses for å ivareta kulturhensynet. Det kan tenkes at underdomstoler har lagt for mye i enkelte uttalelser fra disse dommene, og at det derfor har utviklet seg en uheldig praksis hvor det legges til grunn at samvær er tilstrekkelig for å ivareta kulturhensynet i alle tilfeller, noe som ikke har vært hensikten til Høyesterett.

I vurderingen av kultur vil også barnets identitetskonflikter måtte spille en sentral rolle. Når et barn vokser opp i en fosterfamilie og vet at det tilhører en annen kultur, vil barnet kunne oppleve konflikter og problemer når det starter å søke etter sin identitet og kultur. Dette er gjerne konflikter som ikke vil oppstå dersom barnet forblir hos sin biologiske familie. Når en skal vurdere hva som er best for barnet, vil det å hindre en slik identitetskonflikt være et viktig moment.

Når retten og fylkesnemnda forholder seg forskjellig til vurderingen av kulturell bakgrunn, vil hensynet til forutberegnelighet for foreldre og barns rettsstilling svekkes. Familier med en annen kulturell bakgrunn burde kunne forvente at deres kultur blir vurdert og vektlagt når det skal vurderes omsorgsovertakelse. Retningslinjer for hvordan kultur skal vurderes, burde vært klarere. Som utgangspunkt burde en kunne forvente at domstolen og fylkesnemnda vurderer hva som er god omsorg i deres kultur – hva som er normalt og hva som er avvik i den gitte kulturen. Likevel er det klart at alle saker er forskjellige, og det er vanskelig å sette en fast standard for hva som skal vurderes. Vektleggingen av kulturhensynet vil variere, men så lenge en av partene har påberopt seg dette hensynet, må det kunne forventes at det vurderes i tilstrekkelig grad.

5 Den nye barnevernloven – styrking av minoritetsbarns rettsstilling

Regjeringen oppnevnte i 2014 et utvalg som skulle se hvordan barneloven kunne forenkles. Utvalget fikk i oppgave å foreta en teknisk, språklig og strukturell gjennomgang av barnevernloven.

I utvalget utredning fremheves ønsket om å tydeliggjøre de grunnleggende verdier og rettigheter som ligger til grunn for loven, og som lovens bestemmelser må tolkes og anvendes i lys av. Utvalget har derfor foreslått en overordnet bestemmelse i ny barnevernlov i § 2 som regulerer barnets rett til omsorg og beskyttelse, samt prinsippet om barnets beste.⁷⁸ Utvalget er av den oppfatning at det bør utformes en bredere bestemmelse om barnets beste som er mer i tråd med et moderne syn på det rettslige prinsippet. Det er også et ønske at det skal inntas en ny overordnet bestemmelse om barnets beste som presiserer at barnets og foreldrenes etniske, religiøse, kulturelle og språklige bakgrunn, er relevante momenter i vurderingen av barnets beste.⁷⁹

I foreløpig lovforslag fremkommer det av § 2 (3) at "*barnets beste skal være det avgjørende hensyn ved handlinger og avgjørelser som berører et barn (...)*". Ordlyden er en presisering og overordnet bestemmelse av rettstilstanden slik den er i dag. Det interessante er at lovgiver nå foreslår en ikke uttømmende liste over hvilke hensyn som skal vurderes etter barnets beste. Det følger av oppstillingen at det skal tas hensyn til "barnets egen identitet", "barnets og foreldrenes etniske, religiøse, kulturelle og språklige bakgrunn", "barnets synspunkter", "barnets behov for å bevare familiemiljøet og opprettholde viktige relasjoner", "barnets behov for omsorg og beskyttelse", barnets sårbarhet" og til slutt "barnets helse, utdanning og utvikling". Disse punktene er en delvis videreføring av gjeldende bvl. § 4-1 (1), men favner enda videre ettersom anvendelsesområdet er utvidet til alle typer saker og ikke bare for tiltak etter kapittel 4. Bestemmelsen er utformet etter mønster fra barnekomitéens Generell kommentar nr. 14 (GC-2013-14-CRC) til BK art. 3 nr. 1.⁸⁰

Det er sentralt for oppgaven å se at lovgiver nå ønsker å lovfeste barnets og foreldrenes kulturelle bakgrunn generelt for barnevernloven, og ikke bare for plassering av barnet som det

⁷⁸ NOU 2016: 16 pkt. 1.1.4

⁷⁹ Op. cit, pkt. 3.1

⁸⁰ Op. cit, kap. 19 pkt 2

er i dag etter bvl. § 4-15. Dersom en slik regel blir vedtatt, vil barnet ha en lovfestet rett til at dets kulturelle bakgrunn skal vektlegges i alle handlinger og avgjørelser som berører det konkrete barnet, og ikke bare ved valg av bosted. Til tross for at dette allerede er en del av vurderingen av barnets beste i gjeldende rett, vil dette være en velkommen presisering og tydeliggjøring.

Utvalget har altså i større grad forsøkt å presisere innholdet av prinsippet om barnets beste i nytt lovforslag. Det vil kunne sikre hensynet til forutberegnelighet og styrke rettssikkerheten for barn og foreldre. En nærmere presisering av prinsippet og om det vil føre til begrensninger i dets fleksibilitet, vil vise seg.

Videre har utvalget et ønske om at vold skal reguleres i foreslåtte § 2. Det presiseres at bestemmelsen må inneholde at barn ikke skal utsettes for vold eller mishandling, og at dette skal gjelde selv om volden brukes som ledd i oppdragelsen av barnet.⁸¹ Videre har barnekomitéen påpekt i sine avsluttende merknader til Norge (2010) at kompetansen i barnevernet er begrenset når det gjelder oppfølging av vold i familier fra forskjellige kulturer og veiledning om barneoppdragelse uten vold.⁸² Barnekomitéen oppfordrer Norge til å sørge for at barna og deres familier får den bistand de trenger.⁸³ Det er ikke gitt et klart svar på hvordan barnevernet kan løse problemene knyttet til manglende kompetanse, men at det ikke nødvendigvis trengs en lovendring for å bøte med disse utfordringene.⁸⁴

Forslaget i NOU 2016: 16 innebærer altså et økt fokus på barnets kulturelle bakgrunn ved at hensynet kommer til uttrykk i loven og ved at kompetansen på området skal økes. Lovfestingen av prinsippet er svært positivt og viser at lovgiver har økt fokus på problematikken for minoritetsbarn i barnevernet.

⁸¹ *Op.cit*, punkt 5.3.2.3

⁸² *Op. cit*

⁸³ *Se mer om barnevernets manglende kompetanse i Vista Analyse, «Barnevernet - et utfordrende samliv mellom stat og kommune», Rapport nr. 2015/51 (Vista Analyse 2015). Se bl.a s. 137-138.*

⁸⁴ *NOU 2016: 16, s. 63*

6 Oppsummering

6.1 Oppsummering og noen avsluttende betraktninger

Oppgaven viser at kulturhensynet ikke alltid vektlegges og belyses i praksis slik som det kreves etter loven. Det er klart at kulturhensynet skal vektlegges i vurderingen av omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-12, og igjen når nødvendighetskriteriet og hensynet til barnets beste vurderes. Likevel ser vi at det er mangler ved vurderingen som domstolen og fylkesnemnda foretar når det besluttes omsorgsovertakelse. Som vi har sett i kapittel 4, er det særlig fylkesnemnda og domstolens manglende vurdering av foreldrenes omsorgsevne ut i fra deres kulturelle bakgrunn som er problemet. Foreldrene vurderes ut fra en norsk standard, noe som ikke er i tråd med lovverket. Når det foreligger forskjeller i hvordan domstolen vurderer hensynet, vil det oppstå spørsmål om barnet og foreldrenes rettsikkerhet er ivaretatt. Barnet må beskyttes mot at det offentlige griper inn i familielivet, jf. BK art. 8 og 9, men samtidig plikter staten å beskytte barnet mot omsorgssvikt fra foreldrene, jf. BK art. 19. Til tross for at det kan være motstridende interesser for barnet og foreldrene, vil de i det følgende bli omtalt samlet når det gjelder deres rettsikkerhet.

For å sikre rettsikkerheten vil en økt kulturkompetanse hos barnevernet, fylkesnemnda og domstolen være sentralt. Både i NOU 2016: 16 og i rapport fra NTNU er det vist til kultursensitivitet som nøkkelen for et bedre barnevern for minoritetsfamilier.⁸⁵ Barnevernstjenesten må ha kompetanse og nødvendig forståelse for familiens kulturelle bakgrunn og de utfordringene som kan oppstå.⁸⁶ Det samme gjelder for fylkesnemnda og domstolen.

Rapporten peker også på kommunikasjon som en viktig faktor for bedring. Tidligere forskning og praksis har vist at språk- og kommunikasjonsproblemer er en barriere for samarbeidet mellom minoritetsbefolkningen og velferdssystemet. Problemene knytter seg til språkforskjeller, tolkebruk, og mangel på kvalifiserte tolker. Rapporten fremhever god kommunikasjon mellom barnevernet og barn og foreldre som kjerneanliggende for at forholdet mellom dem skal lykkes. Forskningsgruppen anbefaler økt bruk av kultursensitivitet, men at det handler om mer enn bare kultur. Å forstå minoritetsstatusen,

⁸⁵ Berg (2017), særlig side 110-113 og NOU 2016: 16 s. 27 og 36

⁸⁶ *Op.cit.*, s. 117

både informasjonsmessig, språklig, relasjonelle og kulturelle faktorer, er sentralt for et bedre barnevern. Tillit fremheves også som et sentralt stikkord da mye kan løses gjennom dialog og samarbeid. Dette må også fremmes i fylkesnemnda og domstolen ettersom den manglende vurderingen av kulturhensynet kan forklares i dommerne sin manglende kulturkompetanse eller manglende bruk av fagkyndige.

Videre må barnevernstjenestens kompetanse heves, både den generelle kunnskap om minoritetsrelaterte problemstillinger og mer spesifikke temaområder.⁸⁷ Dette må også videreføres til domstolene slik at de kan foreta vurderinger i tråd med lovverket. Når de har kompetanse om kulturforskjeller og hvordan kultur påvirker oppdragelsen, hindrer vi et etnosentrisk perspektiv hvor vi kun vurderer oppdragelse etter norske verdier. Det vil kunne forhindre omsorgsovertakelse ettersom barnevernsarbeiderne har kunnskap om hva som er normalt innenfor den gitte kultur. Som vi har sett i kapittel 4 er dette et problem også i fylkesnemnda og domstolen. Når foreldrenes omsorgsevne skal vurderes etter bvl. § 4-12 (1), kreves det at man har kompetanse om hva som anses som god oppdragelse i deres kultur og om foreldre oppfyller vilkåret til å gi barnet tilstrekkelig omsorg basert på kulturhensynet. Dersom det legges til grunn en norsk standard for foreldrenes omsorgsevne, vil det kunne føre til feilaktige omsorgsovertakelse av barn, noe som strider med internasjonal og nasjonal rett.

En slik kompetanseheving vil også kunne bidra til økt tillit til barnevernet hos minoritetsfamilier. Som rapporten fra NTNU viser, er det et problem at minoritetsfamilier ikke har kunnskap og informasjon om hva barnevernet er og kan hjelpe med.⁸⁸ Dersom barnevernet kan vise forståelse gjennom kultursensitivitet, økes tilliten og samarbeidet bedres.

Når det i NOU 2016: 16 er foreslått både kompetanseheving og en lovfesting av hensynet til kultur, er kanskje norsk rett på vei mot en bedre hverdag for minoritetsfamilier i Norge.

⁸⁷ *Op. cit.*, s. 120

⁸⁸ *Berg (2017)*

Litteraturliste

Lover

- 1814 Kongeriket Norges Grunnlov – lov 17. mai 1814 (Grunnloven)
- 1981 Lov om barn og foreldre – lov 08. april 1981 nr. 7 (barnelova)
- 1992 Lov om barneverntjenester – lov 17. juli 1992 nr. 100 (barnevernloven)
- 1999 Lov om styrking av menneskerettighetene i norsk rett – lov 21. mai 1999 nr. 30 (menneskerettsloven)
- 2005 Lov om mekling og rettergang i sivile tvister – lov 17. juni 2005 nr. 90 (tvisteloven)

Forarbeider

Offentlige utredninger

- NOU 1985: 18 Lov om sosiale tjenester mv.
- NOU 2005: 9 Ressursbruk og rettssikkerhet i fylkesnemnda for sosiale saker
- NOU 2012: 5 Bedre beskyttelse av barns utvikling
- NOU 2016: 16 Ny barnevernlov – Sikring av barnets rett til omsorg og beskyttelse
- NOU 2017: 8 Særdomstoler på nye områder?

Rapport fra Menneskerettighetsutvalget

- Dokument 16 (2011-2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven

Proposisjoner

- Ot.prp. nr. 8 (1986-1987) Om lov om endring i barnevernloven § 30 (vold og annen mishandling av barn)

- Ot.prp. nr.44 (1991-1992) Om lov om barnevernstjenester (barnevernloven)
- Ot.prp. nr. 45 (2002-2003) Om lov om endring i menneskerettsloven mv. konvensjonen i norsk lov).
- Ot.prp. nr. 104 (2008-2009) Om lov om endringer i barnelova mv.
(flytting, delt bosted, samvær, vold mv.)

Innstilling til Stortinget

- Innst.O.nr. 80 (1991-1992) Innstilling fra forbruker- og administrasjonskomiteen om lov om barnevernstjenester (barnevernloven).

Internasjonale konvensjoner

- 1950 Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter 4. november 1950 (EMK)
- 1989 FNs konvensjon 20. november 1989 om barns rettigheter (Barnekonvensjonen).
- 1995 Europarådets rammekonvensjon 1.februar 1995 om beskyttelse av nasjonale minoriteter

FN dokumenter

FNs Barnekomité

- 2003 Generell kommentar nr. 5 (2003), Generelle tiltak til gjennomføring av Konvensjonen om barnets rettigheter (CRC/GC/2003/5).
- 2005 Generell kommentar nr. 8 (2006), Barnets rett til beskyttelse mot fysisk avstraffelse og andre grusomme eller nedverdiggende former for straff (CRC/C/GC/8).
- 2005 Day of General Discussion Children without parental care, fortieth session (30. September 2005).
- 2009 Generell kommentar nr. 11 (2009), Urbefolkningsbarn og deres rettigheter etter konvensjonen (CRC/C/GC/11).

- 2010 Behandling av Norges fjerde rapport til FN om oppfølging av barnekonvensjonen, Avsluttende bemerkninger fra FNs komité for barnets rettigheter januar 2010.
- 2011 Generell kommentar nr. 13 (2011), Barnets rett til frihet fra alle former for vold (CRC/C/GC/13)
- 2014 Generell kommentar nr. 14 (2013) om barnets rett til at hans eller hennes beste skal være et grunnleggende hensyn (CRC/C/GC/14).

Rettspraksis

Høyesterett

Rt. 1994 s. 568

Rt. 1996 s. 1203

Rt. 1997 s. 170

Rt. 1997 s. 174

Rt. 1999 s. 1883

Rt. 2002 s. 875

Rt. 2015 s. 110

Underrettspraksis

LG-2006-155198

RG-2007-1012

LG-2016-101962

TOSLO-2015-36366

FNV-2005-178-ROG

FNV-2009-293-AGD

FNV-2012-329

FNV-2014-375

Litteratur

- Aadnesen og Hærem (2007) Aadnesen, Bente Nes og Eva Hærem, *Interkulturelt barnevernsarbeid*, Oslo: Universitetsforlaget (2007).
- Aall (2011) Aall, Jørgen, *Rettstat og menneskerettigheter*, 3. utgave, Bergen: Fagbokforlaget (2011).
- Berg (2017) Berg, Berit, Veronika Paulsen, Turid Midjo, Gry Mette D. Haugen, Marianne Garvik og Jan Tøssebro, *Myter og realiteter – Innvandreres møter med barnevernet*, Trondheim: NTNU Samfunnsforskning (2017).
- Bendiksen (2015) Bendiksen, Lena Renate L. og Trude Haugli, *Sentrale emner i barneretten*, 2. utgave, Oslo: Universitetsforlaget (2015).
- Brynildsrud (2016) Brynildsrud, Karsten, *Trenger vi et biologisk prinsipp i barnevernloven? Noen betraktninger i kjølvannet av NOU 2012: 5 og Prop. 106 L (2012–2013)*, Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål, 03 / 2016 (Volum 14).
- Bunkholdt (2008) Bunkholdt, Vigdis og Mona Sandbæk, *Praktisk barnevernarbeid*, 5. utgave, Oslo: Universitetsforlaget (2008).
- Dyrhaug (2015) Dyrhaug, Tone og Vibeke Sky, *Barn og unge med innvandrerbakgrunn i barnevernet 2012*, Statistisk Sentralbyrå (2015).
- Eckhoff (2001) Eckhoff, Torstein og Jan E. Helgesen, *Rettskildelære*, 5. utg., Oslo: Universitetsforlaget (2001)
- Fauske (2010) Fauske, Halvor og Tormod Øia, *Oppvekst i Norge*. Oslo: Abstrakt forlag (2010).

- Haugli (2000) Haugli, Trude, *Samværsrett i barnevernssaker*, 2.utg., Oslo Universitetsforlaget (2000).
- Hofman (2010) Hofman, Sanne, *Hensynet til kultur – til barnets beste?* Kvinnerettslig skriftserie nr. 84 (2010).
- Høstmælingen (2012) Høstmælingen, Njål, *Internasjonale menneskerettigheter*, 2. Utgave, Oslo: Universitetsforlaget (2012)
- Høstmælingen (2016) Høstmælingen, Njål, Elin Saga Kjørholt, Kirsten Sandberg, *Barnekonvensjonen – barns rettigheter i Norge*, 3. utgave Oslo: Universitetsforlaget (2016).
- Jávo (2010) Jávo, Cecilie, *Kulturens betydning for oppdragelse og atferdsproblemer: Transkulturell forståelse, veiledning og behandling*, Oslo: Universitetsforlaget (2010).
- Kvalø (2016) Kvalø, Kirsten Kolstad og Julia Köhler-Olsen, *Barnerett i et nøtteskall*, 1.utgave, Oslo: Gyldendal forlag (2016).
- Lindboe (2012) Lindboe, Knut, *Barnevernrett*, 6. utgave, Oslo: Universitetsforlaget (2012).
- Rugkåsa (2017) Rugkåsa, Marianne, Signe Ylvisaker og Ketil Eide, *Barnevern i et minoritetsperspektiv*, 1. Utgave, Oslo: Gyldendal forlag (2017).
- Sandberg (2003) Sandberg, Kirsten, *Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse*. Oslo: Gyldendal akademisk (2003).
- Skar og Ofstad (2009) Skar, Randi og Kari Ofstad, *Barnevernloven: med kommentarer*, 5.utgave, Oslo: Gyldendal akademisk (2009).
- Skogvang (2009) Skogvang, Susann Funderud, *Samerett*, 2, utgave, Oslo: Universitetsforlaget (2009).
- Sommerfeldt (2014) Sommerfeldt, Marianne Buen mfl., *Minoritetsetniske barn og unge og vold i hjemmet- utsatthet og sosialt arbeid*, Nasjonalt

kunnskapssenter om vold og traumatisk stress A/S, Rapport nr. 3/2014.

Stang (2012)

Stang, Elisabeth Gording, Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjærholt, Kirsten Sandberg, *Barnekonvensjonen – Barns rettigheter i Norge*, 3.utgave, Oslo: Universitetsforlaget (2012).

Tylor (1871)

Edward Burnett Tylor, *Primitive Culture*, London: Bradbury, Evans, and Co. (1871).

Vike, Halvard m. fl (2009)

Vike, Halvard mfl., *Over profesjonelle barrierer: Et minoritetsperspektiv i psykososialt arbeid med barn og unge*, 1.utgave, Oslo: Gyldendal Norsk Forlag (2009).