

BARNETS RETTIGHETER PÅ BARNETS PREMISSE  
- utfordringer i møtet mellom FNs barnekonvensjon  
og norsk rett

Av Karl Harald Søvig

En utredning gjort på oppdrag fra Barne- og  
likestillingsdepartementet

Bergen 2009



## FORORD

Denne utredningen er skrevet på oppdrag fra Barne- og likestillingsdepartementet. Jeg har hatt deltidsstilling i departementet for å gjennomføre oppdraget, som har vært gjort i perioden mars 2008 til august 2009. En takk til Anne Cathrine Dietz, Wenche Hellerud, Marianne Aasland Gisholt og Tone Gunvaldsen Smith for god tilrettelegging og hjelp til å få tak i aktuell dokumentasjon fra departementet.

Mange har lest enkeltdeler og bidratt til å heve kvaliteten. En takk til Trude Haugli, Gert Johan Kjelby og forskergruppen for statsrett, folkerett og internasjonale menneskerettigheter (særlig Halvard Haukeland Fredriksen, Knut Einar Skodvin og Jørgen Aall) som har lest og kommentert deler av utredningen. Kenneth Møller var vitenskapelig assistent og nedla en stor innsats med kildekontroll i en travel innspurt. Alle de gjenstående feil og mangler står selvsagt på egen regning.

Fakultet er på de aller fleste vis en svært god arbeidsgiver, men det har vært vanskelig å få reelle fritak for arbeidsforpliktelsene tilsvarende den tiden som jeg skulle jobbe for departementet.

Midtveis i utredningen ble vi foreldre for andre gang. Vår datter kom før termin og kjempet hardt de første levedøgnene. Hennes tilstedeværelse minnet meg om tilværelsens relativitet, hva som bør prioriteres og viste hvilke styrke som bor i spedbarn. Jeg måtte også legge vekk utredningsarbeidet i flere måneder. Både departementet og fakultetet skal ha stor takk for all fleksibilitet og omtanke i denne perioden. En særlig takk til Jan Fridthjof Bernt som dekket meg inn på flere områder og gjorde at de faglige forpliktelsene våren 2009 ble overkommelige.

Innspurten på utredningsarbeidet falt sammen med en periode hvor familien mer enn noen gang trengte min fysiske og åndelige tilstedeværelse. Min kjære ektefelle Karianne har vært umåtelig tålmodig og forståelsesfull og fortjener en inderlig takk. Ivar på fire år har hørt om «Det store brevet som pappa skriver for de som jobber for Kongen». Nå er brevet ferdig.

Dragefjellet, 29. august 2009

Karl Harald Søvig

Utredningen tilegnes alle barn som starter livet på Barneklubben, Haukeland universitetssykehus, deres søsken og de ansatte der.



# INNHALDSFORTEGNELSE

<b>1</b>	<b>OPPNEVNING OG MANDAT</b> .....	<b>13</b>
<b>2</b>	<b>VALG AV PROBLEMTILLINGER OG DELEMNER</b> .....	<b>15</b>
<b>3</b>	<b>OM GJENNOMSLAGSKRAFTEN TIL BK I NORSK RETT</b> .....	<b>17</b>
3.1	VEDTAKELSEN AV BK OG VEIEN FREM MOT INKORPORASJON .....	17
3.2	BARNEKOMITEEN OG DENS SENTRALE PRINSIPPER .....	18
3.3	BETYDNINGEN AV BK I NORSK RETT .....	20
3.3.1	Innledning.....	20
3.3.2	Gjennomslagskraften til BK i lovgivningen .....	20
3.3.3	Gjennomslagskraften til BK i rettspraksis .....	21
3.3.3.1	Innledning.....	21
3.3.3.2	Rettspraksis gruppert ut fra vern etter BK .....	22
3.3.3.3	Tre refleksjoner knyttet til bruk av BK i rettspraksis.....	26
3.3.4	Nærmere om selvkraft .....	28
3.3.5	Særlig om Barnekomiteens praksis.....	32
3.3.5.1	Innledning.....	32
3.3.5.2	Betydningen av avsluttende merknader .....	34
3.3.5.3	Betydningen av generelle kommentarer .....	36
3.3.5.4	Kort om betydningen av diskusjonsdager.....	37
3.3.6	Nærmere om kollisjonsnormene i rettspraksis.....	37
3.3.7	Fastsettelsesdom for barnekonvensjonskrenkelser?.....	40
3.3.8	Prøving av BK utenom konkrete rettstvister.....	42
3.4	FORHOLDET TIL ANDRE FOLKERETTSINSTRUMENTER SOM BESKYTTER BARNES RETTIGHETER.....	42
<b>4</b>	<b>BARNES RETT TIL Å DELTA I BESLUTNINGSPROSESSER – GJENNOMFØRINGEN AV RETTIGHETEN</b> .....	<b>45</b>
4.1	PRESENTASJON AV BK ART. 12 .....	45
4.2	HARMONISERING AV REGLER OM BARNES SELVBESTEMMELSES- OG UTTALERETT .....	48
4.2.1	Innledning.....	48
4.2.2	Forsøk på en grovinndeling av reglene.....	52
4.2.3	Barnes uttalerett og ulike aldersgrenser.....	55
4.3	KONSEKVENSI I LOVGIVNINGEN?.....	58
4.4	BARNET I OMSORGSTVISTER – OBJEKT ELLER SUBJEKT?.....	60
4.4.1	Innledning. Barnekonvensjonens grunnsyn .....	60
4.4.2	Barnes partsstilling i barnevernsaker.....	61
4.4.3	Barnes partsstilling i barnefordelingstvister .....	64
4.4.4	Barnes partsstilling ved klage etter EMK.....	64
4.4.5	Sammenfattende diskusjon .....	65
4.5	EN MELLOMREFLEKSJON – SELVBESTEMMELSESRETT OG EGENRISIKO .....	67
4.6	GJENNOMFØRING AV UTTALERETTEN .....	69
4.6.1	Problemstillingen.....	69
4.6.2	På individnivå .....	69
4.6.3	På gruppenivå .....	76
4.7	ER BARNES UTTALERETT ABSOLUTT? Rt. 2004 s. 811.....	79
4.8	STATENS ANSVAR FOR Å SIKRE BARNES RETT ETTER ART. 12 .....	83
4.9	AVSLUTTENDE MERKNAD.....	84
4.10	KONKLUSJONER OG ANBEFALINGER .....	85

<b>5</b>	<b>REGIONALE FORSKJELLER I TJENESTETILBUDET TIL BARN.....</b>	<b>87</b>
5.1	FAKTISKE OG RETTSLIGE UTGANGSPUNKT.....	87
5.1.1	Et tilbakevendende problem .....	87
5.1.2	Ulike undersøkelser av regionale forskjeller .....	88
5.1.3	Det rettslige rammeverket.....	91
5.1.4	Nærmere om komiteens kritikk til Norge .....	92
5.2	MANGLENDE MATERIELLE RETTIGHETER SOM ÅRSÅK TIL ULIKHETER.....	94
5.2.1	Problemstillingen.....	94
5.2.2	Manglende rettighetsbestemmelse i barnevernloven .....	94
5.2.3	Manglende lovfesting av kravet på omsorgslønn .....	100
5.2.4	Sammenfattende merknader om rettighetsfesting .....	103
5.3	ULIKE RETTSLIGE VIRKEMIDLER FOR Å REDUSERE REGIONALE FORSKJELLER .....	104
5.3.1	Innledning .....	104
5.3.2	Budsjettstyring og øremerking av tilskudd .....	104
5.3.2.1	Øremerking.....	104
5.3.2.2	Andre budsjettmessige virkemidler. Kontrollordninger.....	106
5.3.3	Statlige (veiledende) normeringer .....	108
5.3.4	Klage- og tilsynsorganers rolle.....	109
5.4	KONKLUSJONER OG ANBEFALINGER .....	110
<b>6</b>	<b>AVSKJÆRING AV VELFERDSYTELSER TIL BARN UTEN LOVLIG OPPHOLD .....</b>	<b>113</b>
6.1	PROBLEMSTILLINGEN .....	113
6.2	RETTSLIGE UTGANGSPUNKT .....	114
6.2.1	Konvensjonsmessig .....	114
6.2.2	Nasjonalt.....	117
6.2.2.1	Innledning.....	117
6.2.2.2	Rett til helsehjelp.....	117
6.2.2.3	Rett til økonomisk sosialhjelp og sosiale tjenester.....	122
6.2.2.4	Innkvartering før og etter asylvedtak .....	122
6.2.2.5	Opplæring.....	123
6.2.2.6	Trygdeytelser, herunder barnetrygd og kontantstøtte.....	124
6.2.2.7	Sammenfattende merknad.....	124
6.3	BARNEKOMITEENS PRAKSIS.....	125
6.4	AVSLUTTENDE DISKUSJONER.....	128
6.5	KONKLUSJONER OG ANBEFALINGER .....	131
<b>7</b>	<b>BARNES RETT TIL FORSVARLIGE OPPVEKSTVILKÅR.....</b>	<b>133</b>
7.1	PRESENTASJON AV BK ART. 19 .....	133
7.2	KOMITEENS KRITIKK TIL NORGE .....	136
7.3	RETTSLIGE VIRKEMIDLER FOR Å BEDRE BARNES OPPVEKSTVILKÅR I HJEMMEMILJØET .....	136
7.3.1	Vern mot fysisk maktbruk .....	136
7.3.2	Vold mot barn og forholdet til påtalereglene.....	140
7.3.3	Barns vern mot overgrep under samvær .....	142
7.3.4	Melde- og rapporteringsregler ved mistanke om uforsvarlige oppvekstforhold .....	148
7.3.4.1	Problemstillingen.....	148
7.3.4.2	Opplysnings- og meldeplikt.....	149
7.3.4.3	Undersøkelser ved dødsfall.....	152
7.3.4.4	Informasjonskanaler for utsatte barn.....	154
7.4	VERN MOT UFORSVARLIGE HJEMFORHOLD I FORM AV OMSORGSOVERTAKELSE .....	155
7.4.1	Innledning. Forholdet til BK art. 9 .....	155
7.4.2	Komiteens kritikk til Norge .....	156
7.4.3	Har barneverntjenesten en plikt til å gripe inn? .....	161

7.5	KONKLUSJONER OG ANBEFALINGER .....	164
<b>8</b>	<b>BARNES RETT TIL BESKYTTELSE MOT (EGEN)EKSPONERING.....</b>	<b>167</b>
8.1	VERNET ETTER BK ART. 16 .....	167
8.2	UTFORDRINGER FOR NORGE.....	169
8.3	AVSLUTTENDE DISKUSJONER.....	173
8.4	KONKLUSJONER OG ANBEFALINGER .....	174
<b>9</b>	<b>ATSKILLELSE AV SØSKEN.....</b>	<b>175</b>
9.1	PROBLEMSTILLINGEN OG DEN NORSKE REGULERINGEN.....	175
9.2	NÆRMERE OM BK ART. 16 .....	176
9.2.1	Familielivsbegrepet .....	176
9.2.2	Når kan staten gripe inn i familielivet?.....	178
9.3	AVSLUTTENDE DISKUSJON.....	180
9.4	KONKLUSJONER OG ANBEFALINGER .....	180
<b>10</b>	<b>BARNETS RETTIGHETER PÅ BARNETS PREMISER .....</b>	<b>181</b>
10.1	EMNEVALG FOR AVSLUTNINGEN .....	181
10.2	BKS STYRKE: SYSTEMPERSPEKTIVET .....	181
10.3	ER STADIG MER FINMASKETE RETTIGHETER TIL BARNETS BESTE? .....	182
10.4	GÅR BARNEKOMITEEN FOR LANGT I SIN KRITIKK? .....	183
10.5	KOMMER FORELDRENS ANSVAR I FOR STOR GRAD I BAKGRUNNEN? .....	184
10.6	VIKTIGHETEN AV AT BARNES RETTIGHETER ER UTFORMET MED ET BARNEPERSPEKTIV .....	184
	<b>VEDLEGG - OVERSIKT OVER RETTSVITENSKAPELIG FORSKNING OM BK .....</b>	<b>187</b>
	<b>SAMMENDRAG FOR BARN OG UNGE .....</b>	<b>193</b>
	<b>KILDEREGISTER .....</b>	<b>201</b>
	MATERIALE FRA BARNEKOMITEEN .....	201
	MATERIALE FRA ANDRE HÅNDHEVINGSORGANER.....	202
	OFFENTLIGE UTREDNINGER OG ANDRE OFFENTLIGE DOKUMENT .....	202
	LITTERATURLISTE .....	209
	NASJONALE RETTSAVGJØRELSER .....	217
	INTERNASJONALE RETTSAVGJØRELSER .....	220

### **a) Forkortelser**

BK	FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. nov. 1989.
CEFL	Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities.
EMD	Den europeiske menneskerettighetsdomstol.
EMK	Den europeiske menneskerettighetskonvensjon av 4. nov. 1950.
FAB	Tidsskrift for familierett, arverett og familierettslige spørsmål (Oslo. Gyldendal 2003–).
FR	FNs konvensjon om funksjonshemmetes rettigheter av 13. des. 2006.
IJCR	The International Journal of Children's Rights (Leiden. Brill 1996–).
JV	Jussens Venner (Oslo. Universitetsforlaget 1952–).
MR	Mennesker og rettigheter, fortsetter som Nordisk tidsskrift for menneskerettigheter (Oslo. Universitetsforlaget 1982–).
LoR	Lov og Rett (Oslo. Universitetsforlaget 1962–).
ØSK	FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter av 16. des. 1966.
TFA	Tidsskrift for familie- og arverett (København. Thomson 1997–).
SP	FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter av 16. des. 1966.

### **b) Lovregister**

Abortloven	Lov 13. juni 1975 nr. 50 om svangerskapsavbrudd.
Adopsjonsloven	Lov 28. februar 1986 nr. 8 om adopsjon.
Alkoholloven	Lov 2. juni 1989 nr. 27 om omsetning av alkoholholdig drikk m.v.
Alternativ behandlingsloven	Lov 27. juni 2003 nr. 64 om alternativ behandling av sykdom mv.
Arbeidsmiljøloven	Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.



Barnebortføringsloven	Lov 8. juli 1988 nr. 72 om anerkjennelse og fullbyrding av utenlandske avgjørelser om foreldreansvar m v og om tilbakelevering av barn.
Barnehageloven	Lov 17. juni 2005 nr. 64 om barnehager.
Barneloven	Lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre.
Barneombudsloven	Lov 6. mars 1981 nr. 5 om barneombud.
Barnetrygdloven	Lov 8. mars 2002 nr. 4 om barnetrygd.
Barnevernloven 1953	Lov 17. juli 1953 nr. 14 om barnevern. Opphevet ved barnevernloven 1992.
Barnevernloven	Lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester.
Biobankloven	Lov 21. februar 2003 nr. 12 om biobanker.
Bioteknologiloven	Lov 5. desember 2003 nr. 100 om humanmedisinsk bruk av bioteknologi m.m.
Dyrevernloven	Lov 20. desember 1974 nr. 73 om dyrevern. Oppheves ved dyrevelferdsloven.
Dyrevelferdsloven	Lov 19. juni 2009 nr. 97 om dyrevelferd. Ikke trådt i kraft.
Ekomloven	Lov 4. juli 2003 nr. 83 om elektronisk kommunikasjon.
Familievernkontorloven	Lov 19. juni 1997 nr. 62 om familievernkontorer.
Folkeregisterloven	Lov 16. januar 1970 nr. 1 om folkeregistrering.
Folketrygdloven	Lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd.
Forvaltningsloven	Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker.
Gravferdsloven	Lov 7. juni 1996 nr. 32 om kirkegårder, kremasjon og gravferd.
Grunnloven	Kongeriget Norges Grundlov, given i Rigsforsamlingen paa Eidsvold den 17de Mai 1814.
Helseforetaksloven	Lov 15. juni 2001 nr. 93 om helseforetak m.m.

Helseforskningsloven	Lov 20. juni 2008 nr. 44 om medisinsk og helsefaglig forskning.
Helsepersonelloven	Lov 2. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell m.v.
Helseregisterloven	Lov 18. mai 2001 nr. 24 om helseregistre og behandling av helseopplysninger.
Helsetilsynsloven	Lov 30. mars 1984 nr. 15 om statlig tilsyn med helsetjenesten.
Jernbaneansvarsloven	Lov 10. juni 1977 nr. 73 om jernbaneansvar.
Kirkeloven	Lov 7. juni 1996 nr. 31 om Den norske kirke.
Kjønnslemlestelsesloven	Lov 15. desember 1995 nr. 74 om forbud mot kjønnslemlestelse.
Kommunehelsetjenesteloven	Lov 19. november 1982 nr. 66 om helsetjenesten i kommunene.
Kommuneloven	Lov 25. september 1992 nr. 107 om kommuner og fylkeskommuner.
Kontantstøtteloven	Lov 26. juni 1998 nr. 41 om kontantstøtte til småbarnsforeldre.
Likestillingsloven	Lov 9. juni 1978 nr. 45 om likestilling mellom kjønnene.
Lov om trdomssamfunn og ymist anna	Lov 13. juni 1969 nr. 25 om trdomssamfunn og ymist anna.
Menneskerettsloven	Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett.
Navneloven	Lov 7. juni 2002 nr. 19 om personnavn.
Opplæringsloven	Lov 17. juli 1998 nr. 61 om grunnskolen og den vidaregåande opplæringa.
Pasientrettighetsloven	Lov 2. juli 1999 nr. 63 om pasientrettigheter.
Personopplysningsloven	Lov 14. april 2000 nr. 31 om behandling av personopplysninger.

Plan- og bygningsloven (1985)	Lov 14. juni 1985 nr. 77 (delvis opphevet ved plan- og bygningsloven av 2008).
Plan- og bygningsloven (2008)	Lov 27. juni 2008 nr. 71 om planlegging og byggesaksbehandling.
Politoloven	Lov 4. august 1995 nr. 53 om politiet.
Psykisk helsevernloven	Lov 2. juli 1999 nr. 62 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern.
Riksrevisjonsloven	Lov 7. mai 2004 nr. 21 om Riksrevisjonen.
Sivilombudsmannsloven	Lov 22. juni 1962 nr. 8 om Stortingets ombudsmann for forvaltningen.
Skadeerstatningsloven	Lov 13. juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning.
Skifteloven	Lov 21. februar 1930 om skifte.
Smittevernloven	Lov 5. august 1994 nr. 55 om vern mot smittsomme sykdommer.
Sosialtjenesteloven	Lov 13. desember 1991 nr. 81 om sosiale tjenester m.v.
Spesialisthelsetjenesteloven	Lov 2. juli 1999 nr. 61 om spesialisthelsetjenesten m.m.
Statsborgerloven	Lov 10. juni 2005 nr. 51 om norsk statsborgerskap.
Steriliseringsloven	Lov 3. juni 1977 nr. 57 om sterilisering.
Straffeloven (1902)	Lov 22. mai 1902 nr. 10 Almindelig borgerlig Straffelov. Oppheves ved straffeloven 2008.
Straffeloven (2005)	Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff. Bare delvis trådt i kraft.
Straffeprosessloven	Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker.
Transplantasjonsloven	Lov 9. februar 1973 nr. 6 om transplantasjon, sykehusobduksjon og avgivelse av lik m.m.
Tvisteloven	Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister.
Utlendingsloven (1988)	Lov 24. juni 1988 nr. 64 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her. Oppheves ved utlendingsloven 2008.

Utlendingsloven (2008)	Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her. Ikke trådt i kraft.
Valgloven	Lov 28. juni 2002 nr. 57 om valg til Stortinget, fylkesting og kommunestyre.
Veitrafikkloven	Lov 18. juni 1965 nr. 4.
Vergemålsloven	Lov 22. april 1927 nr. 3 om vergemål for umyndige.
Våpenloven	Lov 9. juni 1961 nr. 1 om skytevåpen og ammunisjon m.v.
Yrkestransportloven	Lov 21. juni 2002 nr. 45 om yrkestransport med motorvogn og fartøy.

# 1 Oppnevning og mandat

Jeg er av Barne- og likestillingsdepartementet bedt om å gjøre en utredning om utfordringer for norsk rett i kjølvannet av inkorporeringen av FNs konvensjon om barnets rettigheter («Convention on the Rights of the Child», senere forkortet BK), vedtatt av FNs generalforsamling 20. november 1989 og ratifisert av Norge 8. januar 1991. Konvensjonen ble inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven, jf. lovendring 1. august 2003 nr. 86.

Utredningen ble gitt følgende mandat:

«FNs barnekomité leverte sine avsluttende merknader til Norges 3. rapport om oppfølging av barnekonvensjonen 3. juni 2005. Komitéens avsluttende merknader inneholder bl.a. betenkeligheter, forslag og anbefalinger i til sammen 30 punkter. I pkt. 6 og 7 heter det:

Pkt. 6: "Komiteen gleder seg over de mange tiltakene som er truffet for å bringe den nasjonale lovgivningen i fullt samsvar med konvensjonen. Komitéen merker seg imidlertid at den nasjonale lovgivningen på enkelte områder som innvandring, barns deltakelse i styringsorganer og religionsfrihet, må bearbeides ytterligere for å sikre at den faktiske gjennomføringen er i fullt samsvar med prinsippene og bestemmelsene i konvensjonen.

Pkt. 7: "Komitéen ber parten videreføre sin innsats for å sikre at den nasjonale lovgivningen er og blir i fullt samsvar med konvensjonen....."

På bakgrunn av merknadene til FNs barnekomité ønsker regjeringen igangsatt en ekstern, uavhengig gjennomgang av om norsk lovverk tilfredsstiller barnekonvensjonens krav. Det vises i denne forbindelse til at regjeringen i Soria Moria-erklæringen uttaler at den «vil sikre og styrke barns rettigheter, og vil aktivt følge opp anbefalingene fra FNs ekspertkomité som etterser at FNs barnekonvensjon følges opp.»

Det kan lett oppstå tvil om hvilke rettslige krav som følger av barnekonvensjonen, også i tilfeller der barnekomitéen har uttalt seg om spørsmålet. På den annen side kan de mål og verdier som fremgår av barnekonvensjonen være argumenter for å innrette norsk lovgivning ut over de rettslige krav som strengt tatt følger av konvensjonen. Ved vurderingen av norsk lovgivning i forhold til barnekonvensjonen er det derfor viktig å gjøre klart hva som rettslig sett følger av barnekonvensjonen, eventuelt hvilken usikkerhet som knytter seg til vurderingen av barnekonvensjonens innhold.

Utredningens oppgaver

1. Det skal vurderes om norsk lovgivning er i samsvar med de krav som rettslig klart følger av barnekonvensjonen. Dersom lovgivningen på andre punkter er dårlig egnet til å ivareta barnekonvensjonens mål og verdier, bør dette påpekes, særlig i tilfelle der en lovbestemmelse er vedtatt uten noen nærmere avveining av forholdet mellom barnekonvensjonens mål og andre samfunnsmessige mål.

2. Det skal også foretas en drøfting av forrangsbestemmelsens betydning i praksis, jf. menneskerettsloven § 3.

3. Det må foretas et valg av hvilke bestemmelser i barnekonvensjonen og hvilke lovområder som skal være gjenstand for gjennomgang. En nærmere utvelgelse drøftes med referansegruppen (se nedenfor) og godkjennes av oppdragsgiver.

4. Det skal utarbeides en oversikt over rettsvitenskapelig forskning om barnekonvensjonen og norsk lov, herunder foreliggende vitenskapelige arbeider og igangværende forskningsprosjekter.

#### Referansegruppe

Det utpekes en representant for de mest berørte departementer som skal bistå utrederen i utvelging av lovområder og delta i drøftingen av disse. Foruten Barne- og likestillingsdepartementet, inviteres følgende departementer til å delta i referansegruppen: Arbeids- og inkluderingsdepartementet, Helse- og omsorgsdepartementet, Justisdepartementet, Kommunaldepartementet, Kirke- og kulturdepartementet, Kunnskapsdepartementet, Miljøverndepartementet og Utenriksdepartementet. Utrederen skal imidlertid foreta en uavhengig vurdering og konklusjon.»

Utredningen har vært finansiert av Barne- og likestillingsdepartementet, og jeg har vært lønnet tilsvarende ca. 7 månedsverk (i tillegg hadde jeg tre måneders omsorgspermisjon).

## 2 Valg av problemstillinger og delemner

Innenfor rammene har det vært nødvendig å begrense utredningen til noen utvalgte problemstillinger. Følgende kriterier har vært sentrale:

- Forhold som Barnekomiteen har tatt opp som problematiske ved sine avsluttende merknader til Norges periodiske rapporter.
- Problemstillinger som er viktige for barn. Sentrale kriterier er om potensielle krenkelser er grove eller om de angår mange barn.
- Spørsmål som har vært reist i juridisk litteratur og rettspraksis, i samfunnsdebatten eller i det politiske ordskiftet.
- Forhold som Barnekomiteen har kommentert som problematiske, enten i sine generelle kommentarer («General Comments»), diskusjonsdager («Days of General Discussion») eller i sine avsluttende merknader til andre land. Her vil særlig de øvrige nordiske land være interessante.

I tillegg vil det også eksistere noen eksklusjonskriterier. Jeg har unnlatt å ta opp fagfelt som er nylig reviderte, og hvor BK har stått sentralt under lovprosessen, slik som den nye utlendingsloven. Selv om diskusjonen om hvorvidt barns konvensjonsvern innen utlendingsfeltet fremdeles pågår, ville det vært vanskelig for utredningen å bringe nye problemstillinger eller argumenter til torgs innenfor dette fagområdet. Jeg har også holdt utenfor utredningen spørsmål hvor andre styringsredskap enn juridiske virkemidler står sentralt (f. eks. omfanget av barn med problemer med overvekt).<sup>1</sup>

På bakgrunn av et problemnotat som ble presentert for referansegruppen (jf. mandatet) og innspill fra departementene, har jeg gjort et utvalg av problemstillinger.

---

<sup>1</sup> Se komiteens kritikk til Norge på dette punkt, jf. CRC/C/15/Add.263, avsn. 31–32.





## 3 Om gjennomslagskraften til BK i norsk rett

### 3.1 Vedtaket av BK og veien frem mot inkorporasjon

De to FN-konvensjonene om henholdsvis sivile og politiske rettigheter (senere forkortet SP) og økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (senere forkortet ØSK) inneholder i begrenset grad spesielle bestemmelser om barn.<sup>2</sup> Derimot omhandler FN-erklæringen om barns rettigheter («Declaration of the Rights of the Child») av 20. november 1959 i sin helhet barns særlige situasjon,<sup>3</sup> men denne er ikke folkerettslig bindende.

Forut for FNs internasjonale barneår i 1979 nedsatte FNs menneskerettighetskomité etter polsk initiativ en arbeidsgruppe med sikte på utarbeidelse av en konvensjon om barnets rettigheter. BK ble vedtatt av FNs generalforsamling den 20. november 1989 og trådte i kraft 2. september 1991 etter at 20 land hadde ratifisert konvensjonen, jf. art. 49. Den er nå ratifisert av nær alle FNs medlemsland (unntaket er Somalia og USA).<sup>4</sup> To tilleggsprotokoller til BK ble vedtatt av FNs generalforsamling 25. mai 2000.

Norge signerte BK den 26. januar 1990, og konvensjonen ble ratifisert med Stortingets samtykke den 8. januar 1991.<sup>5</sup> Opprinnelig tok Norge forbehold for så vidt gjelder ankeadgangen i straffesaker, jf. BK art. 40(2)b(v), men dette ble frafalt i forbindelse med innføringen av to-instansordningen.<sup>6</sup> BK ble innført ved passiv transformasjon, det vil si at den norske lovgivningen ble ansett som tilfredsstillende

---

<sup>2</sup> Se ØSK art. 10(3)1–4 (bl.a. barns vern mot økonomisk og sosial utnyttning), art. 12(2)a (tiltak for å redusere foster- og spedbarnsdødelighet) og art. 13 (retten til utdanning) og SP art. 18(4)1 (religiøs og moralske oppdragelse, men her står foreldreperspektivet i fokus), art. 23(4)2 (beskyttelse av barn ved oppløsning av ekteskap) og art. 24 (bl.a. barns rett til beskyttelse som mindreårig og vern mot forskjellsbehandling). Sistnevnte er den med klare barneperspektiv ved at den i sin helhet er viet mindreåriges rettigheter.

<sup>3</sup> G.A. res. 1386 (XIV).

<sup>4</sup> Begge landene har undertegnet, men ikke ratifisert BK. For en oversikt over ratifikasjoner, forbehold m.m., se [http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-11&chapter=4&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en) (2009).

<sup>5</sup> St.prp. 104 (1989–90).

<sup>6</sup> Se f. eks. *Backer*, FS-Lødrup s. 69. Departementet hadde foreslått også et forbehold med hensyn atskillelse av barn fra voksne ved frihetsberøvelse, jf. BK art. 37 c), men komiteen fant ikke at en slik reservasjon var nødvendig, jf. Innst. S. 7 (1990–91) s. 4 (bl.a. under henvisning til Riksdagens vedtak).

for å overholde våre barnekonvensjonsrettslige forpliktelser,<sup>7</sup> med unntak for forbeholdet.

Forholdet mellom norsk rett og menneskerettighetene var tema for Menneskerettighetsutvalget (NOU 1993:18). Utvalget foreslo å innføre en grunnlovsbestemmelse, jf. nå grunnloven § 110c i tillegg til en egen menneskerettslov hvor EMK, SP og ØSK ble inkorporert med forrang. Under stortingsbehandlingen oppfordret komitéflertallet regjeringen om innen rimelig tid å inkorporere i lovs form BK og FNs kvinnekongresskonvensjon.<sup>8</sup> I etterkant av lovbehandlingen besluttet Stortinget å oversende forslaget til regjeringen uten realitetsvotering.<sup>9</sup> Etter at departementet først hadde fremmet et høringsnotat om synliggjøring av BK i form av delvis transformasjon,<sup>10</sup> ble utfallet av departementsbehandlingen et forslag om at BK – med tilleggsprotokoller – skulle innarbeides i menneskerettsloven på samme måte som de tre øvrige konvensjonene.<sup>11</sup> I tråd med departementets forslag ble menneskerettsloven endret ved lov 1. august 2003 nr. 86. Samtidig vedtok Stortinget flere andre lovendringer, først og fremst med sikte på å styrke barns uttalerett i samsvar med BK art. 12.

Oppfordringen om å inkorporere FNs kvinnekongresskonvensjon ble fulgt opp senere. Ved lov 10. juni 2005 nr. 38 ble kvinnekongresskonvensjonen inkorporert i norsk rett gjennom likestillingsloven § 1b, men da uten forrang, jf. Ot.prp. 35 (2004–05) s. 84. Ved lov 19. juni 2009 nr. 80 ble konvensjonen inkorporert gjennom menneskerettsloven, jf. § 2 nr. 5, og da med forrang fremfor kolliderende norske lovbestemmelser, jf. Ot.prp. 93 (2008–09) s. 22–23.

### **3.2 Barnekomiteen og dens sentrale prinsipper**

Opprettelsen og virket til Barnekomiteen er regulert av BK art. 43–45. Komiteen består nå av 18 medlemmer, hvorav noe under halvparten er jurister.<sup>12</sup> De nærmere

---

<sup>7</sup> Norske jurister var tidlig ute med å diskutere forholdet mellom BK og norsk rett, se *Smith*, JV 1991 s. 115–121 og *Bratholm*, LoR 1993 s. 219–234.

<sup>8</sup> Den manglende samtidige inkorporeringen av BK ble kritisert, jf. *Borgen*, MR 1999 s. 73–74 og *Hubert/Graver*, Barnekonvensjonen s. 69, se også *Smith*, MR 1999 s. 365.

<sup>9</sup> Stortingets vedtak 4. mai 1999, jf. St.forh. (1998–99) s. 3018.

<sup>10</sup> Høringsnotat datert 14. feb. 2001. Kritisk til tilnærmingen er *Høstmælingen/Nystuen*, Usynlig barnekonvensjon, MR 2001 s. 79–83, men den ble forsvart av *Backer*, FS-Lødrup.

<sup>11</sup> Ot.prp. 45 (2002–03).

<sup>12</sup> For en presentasjon av komitémedlemmene og deres bakgrunn, se <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/members.htm> (2009).

saksbehandlingsregler er fastsatt i eget reglement («Rules of Procedure»<sup>13</sup> Komiteen møtes tre ganger i året i fire uker.<sup>14</sup> De avsluttende merknadene som komiteen kommer med til medlemslandene og de generelle merknadene (mer om disse nedenfor) er avgitt etter konsensus, og eventuell uenighet innad i komiteen kommer ikke til uttrykk i de offentliggjorte dokumentene.

Wien-konvensjonen om traktatretten art. 31(1) fastslår at folkerettslige bestemmelser skal tolkes ut fra traktatens gjenstand og formål («object and purpose»<sup>15</sup> I sin praksis har Barnekomiteen lagt stor vekt på å oppnå tolkinger som gjør at BK fremstår som et helhetlig og koherent regelverk,<sup>16</sup> f. eks. ved å trekke inn betydningen av barnets beste som ledesnor ved tolking av ulike enkeltbestemmelser. Komiteen har også fremhevet at de ulike rettighetene beror på hverandre og er uatskillelige («recognizing the interdependence and indivisibility of human rights»<sup>17</sup>).

Verken BK eller andre folkerettsinstrumenter er statiske i den forstand at en hevdvunnen tolking er allmenngyldig. I forbindelse med EMK har EMD fremhevet at konvensjonen er et dynamisk instrument som må tolkes ut fra nåtidens forhold («a living instrument which ... must be interpreted in the light of present-day conditions»<sup>18</sup> Barnekomiteen har valgt en tilsvarende tilnærming.<sup>19</sup> En slik dynamisk forståelse er særlig aktuell på områder hvor teknologisk utvikling eller endrete samfunnsforhold utfordrer etablert rettstenkning.

Barnekomiteen har identifisert fire hovedprinsipper i BK:<sup>20</sup> (1) Barnets rett til *ikke-diskriminering*, jf. art. 2; (2) *barnets beste som et grunnleggende hensyn* i alle avgjørelser som berører barn, jf. art. 3; (3) barnets *rett til liv og utvikling*, jf. art. 6; (4) barns rett til

---

<sup>13</sup> CRC/C/4/Rev.1.

<sup>14</sup> Se nærmere *Smith*, i *Høstmælingen m.fl.*, Barnekonvensjonen s. 19–20.

<sup>15</sup> Datert 23. mai 1969, i kraft 1. januar 1970. Ikke tiltrådt av Norge, men disse er allment aksepterte tolkingsprinsipper som benyttes ved traktattolking også i Norge, jf. Rt. 2008 s. 513A (avsn. 48).

<sup>16</sup> General Comment no. 5 (2003), avsn. 18. Se også *Smith*, i *Høstmælingen m.fl.* s. 22 (Smith er tidligere medlem av Barnekomiteen).

<sup>17</sup> General Comment no. 5 (2003), avsn. 18.

<sup>18</sup> Se *Tyrer mot Storbritannia*, avsn. 31. Uttalelsen er gjentatt av EMD en rekke ganger senere, se f. eks. *E.B. mot Frankrike*, avsn. 46.

<sup>19</sup> Se General Comment no. 8 (2006), avsn. 20 som konkret gjelder avstraffelse av barn, jf. nedenfor under pkt. 7.3.1.

<sup>20</sup> Presentert som etablerte prinsipper allerede i General Comment no. 1 (2001), avsn. 6 og gjentatt senest i General Comment no. 12 (2009), avsn. 2. Se også den noe mer utførlige omtalen av prinsippene i General Comment no. 5 (2003), avsn. 12.

*medvirkning og til å uttale seg*, jf. art. 12. Disse prinsippene spiller en stor rolle i komiteens praksis, først og fremst ved at de aktivt brukes i forbindelse med tolkingen av de øvrige bestemmelsene i BK.<sup>21</sup>

### **3.3 Betydningen av BK i norsk rett**

#### **3.3.1 Innledning**

Temaet i det følgende er betydningen BK har for norsk rett. Jeg vil først gi en beskrivelse av hvilken innvirkning BK har hatt for henholdsvis lovgivning og rettspraksis. Etter denne mer deskriptive tilnærmingen, vil jeg søke å gi en analyse over gjennomslagskraften til BK.

#### **3.3.2 Gjennomslagskraften til BK i lovgivningen**

Da BK ble ratifisert, konstaterte departementet med unntak for forbeholdet om to-instansprøving i straffesaker rettsharmoni, men rettsutviklingen og den dynamiske tolkingen medfører at denne konklusjonen var tidsbegrenset. I forbindelse med inkorporeringen ble lovgivningen gjennomgått på ny, og det ble da foretatt flere lovendringer med sikte på å styrke barns rettsstilling, først og fremst når det gjelder barns uttalerett.

Også utenom revisjonen ved inkorporeringen har BK hatt betydning for utformingen av lovgivningen, og jeg vil komme med et par eksempler i det følgende uten å ta sikte på en fyllestgjørende redegjørelse. Et av de første eksemplene på BKs påvirkningskraft er reglene i plan- og bygningsloven om å sikre barns interesser i planprosessen. I forbindelse med en omlegging av reglene i 1992, viste departementet til forpliktelsene etter BK art. 3.<sup>22</sup> Et annet eksempel på tidlig påvirkning er reglene om rett til grunnskoleopplæring for alle barn, også de uten lovlig opphold, jf. opplæringsloven § 2-1. Bestemmelsen var en nyvinning i forhold til tidligere regelverk og ble innført på grunn av komiteens kritikk i den første rapporten til Norge.<sup>23</sup> Et eksempel på samspillet mellom lovgivning og rettspraksis er endringene i barneloven om forbud mot alle former for vold og skremmende atferd i barneoppdragelsen. En uttalelse fra Høyesterett (Rt. 2005 s. 1567A) ble oppfattet som

---

<sup>21</sup> Se bl.a. *Smith*, i *Høstmølingen m.fl.*, Barnekonvensjonen s. 17.

<sup>22</sup> Ot.prp. 59 (1992–93) s. 85–86, jf. pkt. 4.6.3 nedenfor.

<sup>23</sup> NOU 1995:18 s. 285 og Ot.prp. 46 (1997–98) s. 26, jf. pkt. 6.2.2.5 nedenfor.

å gi barn et for svakt vern holdt opp mot forpliktelsene etter BK, og de etterfølgende diskusjonene førte til lovendringer, jf. pkt. 7.3.1 nedenfor.

BK har også påvirket den rettslige argumentasjonen i ulike former for styringssignaler. Illustrerende i så måte er uttalelser departementene har kommet med i for- og etterarbeider i forbindelse med velferdsytelser til barn uten lovlig opphold, jf. pkt. 6.2.2 nedenfor. Her har styringsverket ved flere anledninger brukt BK aktivt i den rettslige argumentasjonen.

### 3.3.3 Gjennomslagskraften til BK i rettspraksis

#### 3.3.3.1 Innledning

En gjennomgang av Lovdatas databaser viser at BK har vært påberopt eller brukt som argumentkilde i 52 høyesterettsavgjørelser (per 15. august 2009).<sup>24</sup> Frem til inkorporeringen i menneskerettsloven i 2003 berodde gjennomslagskraften til BK på presumsjonsprinsippet. Prinsippet er en ulovfestet rettskildenorm som går ut på at norske regler skal tolkes slik at de på en best mulig måte samsvarer med våre folkerettslige forpliktelser.<sup>25</sup> Unntaket fra presumsjonsprinsippet var de områdene hvor folkeretten var gjort til en del av norsk rett gjennom sektormonisme (f. eks. straffeloven § 1, straffeprosessloven § 4 og utlendingsloven § 4) og skulle gå foran øvrige bestemmelser i den aktuelle loven.<sup>26</sup> Etter inkorporeringen i 2003 fikk BK forrang fremfor kolliderende lovbestemmelser, jf. menneskerettsloven § 3. Selv om det er rettslige vesensforskjeller mellom inkorporering med forrang og innvirkning gjennom presumsjonsprinsippet,<sup>27</sup> hadde BK også før inkorporeringen stor gjennomslagskraft.<sup>28</sup> Jeg vil i den følgende presentasjonen av Høyesteretts praksis derfor ikke trekke noe skille mellom før og etter inkorporeringen.

En innledende generell observasjon er at BK har hatt størst betydning på punkter hvor denne innrømmer rettigheter til barn som atskiller seg substansielt fra

---

<sup>24</sup> Søkt på "lov-1999-05-21-30-bk\*" i lovhenvisningsfeltet i databasen HRA (alle høyesterettsavgjørelser).

<sup>25</sup> Se f. eks. Høyesteretts utlegning av prinsippet i Rt. 2000 s. 1811P (s. 1829–1832).

<sup>26</sup> Gjennomslagskraften til BK på utlendingsfeltet var omstridt, men synet om at BK var en del av folkeretten og dermed hadde forrang vant frem, jf. *Einarsen*, MR 1998 s. 157–159 med videre henvisninger.

<sup>27</sup> Spørsmålet kommer på spissen der hvor den norske lovregelen er så entydig at det ikke er rom for en folkerettskonform tolking, jf. Rt. 1997 s. 570A, Rt. 2000 s. 1811P og Rt. 2007 s. 234A.

<sup>28</sup> Sml. Ot.prp. 45 (2002–03) s. 26.

de øvrige instrumentene som er inkorporert gjennom menneskerettsloven.<sup>29</sup> Jeg har gruppert rettspraksis ut fra fire hovedkategorier, jf. gjennomgangen straks nedenfor.

### 3.3.3.2 Rettspraksis gruppert ut fra vern etter BK

#### 3.3.3.2.1 Hensynet til barnets beste (BK art. 3)

Hensynet til barnets beste er knesatt i BK art. 3. Prinsippet har lang fartstid i norsk lovgivning og var i bruk som begrep før BK ble utformet,<sup>30</sup> men eksisterte forut for inkorporeringen ikke som en allmenn lovregel med virkning for alle rettsområder.<sup>31</sup> Barnets beste gjenfinnes heller ikke som begrep i de øvrige inkorporerte menneskerettsinstrumentene, selv om det kan inngå som element i ulike vurderinger.<sup>32</sup> Det er derfor ikke overraskende at den første hovedgruppen av rettsavgjørelser er saker hvor *hensynet til barnets beste* er anført som argument for å tolke en lovregel på tvers av etablert eller tradisjonell rettsoppfatning.

Mange av tvistene i denne kategorien er utlendingssaker. Utlendingsloven av 1988 har ikke en egen regel om hensynet til barnets beste, i motsetning til utlendingsloven av 2008 (vedtatt, men foreløpig ikke trådt i kraft).<sup>33</sup> Illustrerende for Høyesteretts tilnærming er Rt. 2009 s. 534A, som gjaldt spørsmålet om utvisningsvedtaket var et uforholdsmessig tiltak overfor utlendingens barn, jf. lovens § 29(2). Dommen er avsagt under dissens 3-2. Det springende punkt var barnas behov holdt opp mot den samfunnsmessige interessen i håndheving av utlendingsreglene. Både flertallet og mindretallet viste til BK art. 3. Mindretallet gikk også inn på komiteens generelle kommentar om gjennomføring av barns rettigheter i tidlig barndom. Barnekomiteen har vært avvisende til å la mer generelle hensyn til innvandringskontroll slå igjennom overfor den enkelte barns beste, og denne tematikken vil ventelig ble tvistetema i flere saker fremover.<sup>34</sup>

---

<sup>29</sup> Se til illustrasjon Rt. 1996 s. 1510A (s. 1516) og Rt. 1998 s. 1190A (s. 1209–1210) hvor Høyesterett ikke går inn på BK, fordi denne anses konsumert av drøftelsen av rettighetene etter EMK.

<sup>30</sup> Se barneloven §§ 30, 48 og 55, adopsjonsloven § 2, barnevernloven § 4-1, barnebortføringsloven § 7 og bioteknologiloven § 2-6.

<sup>31</sup> Jf. Ot.prp. 45 (2002–03) s. 25.

<sup>32</sup> Se f. eks. EMDs praksis etter EMK art. 8 om rett til familieliv, jf. f. eks. *Olsson [II] mot Sverige*, avsn. 90 og *Johansen mot Norge*, avsn. 78 (gjentatt i en rekke senere dommer).

<sup>33</sup> Se utlendingsloven (2008) § 38(3), § 42(2), § 80 og § 122.

<sup>34</sup> General Comment no. 6 (2005), avsn. 86, jf. Borgarting lagmannsretts dom av 22. des. 2008 som er silt inn for Høyesterett, jf. også diskusjonen under pkt. 6.2.1 nedenfor.

Se også Høyesteretts bruk av BK og hensynet til barnets beste i Rt. 2008 s. 849A, avsn. 42 (barnevernprosess), Rt. 2005 s. 229A, avsn. 32 (utlendingsrett), Rt. 1998 s. 4A, s. 5 (straffutmåling for barnets far) og Rt. 1993 s. 1591U, på s. 1594 (utvisning av mindreårige). I noen saker er hensynet til barnets beste og BK også nevnt i premissene, men mer i forbifarten, jf. dom av dom av 5. juni 2009 (HR-2009-1151-A), avsn. 65 (utlendingsrett), Rt. 2007 s. 1573A, avsn. 80 (utlendingsrett), Rt. 2004 s. 1046A, avsn. 49 (samvær etter omsorgsovertakelse, jf. BK art. 9(3)) og Rt. 1996 s. 1510A, s. 1516 (utlendingsrett). I flere saker er hensynet til barnets beste etter BK påberopt av partene, men uten å bli tatt opp i premissene, jf. dom av 3. juni 2009 (HR-2009-1129-A; arbeidsrett), Rt. 2008 s. 560A (utlendingsrett), Rt. 1997 s. 678U (varetekt for forsørger), Rt. 1996 s. 551A (utlendingsrett), Rt. 1996 s. 568A (utlendingsrett), Rt. 1995 s. 139U (utlendingsrett) og Rt. 1995 s. 1815U (utlendingsrett).

### 3.3.3.2 Frihetsberøvelse av barn (BK art. 37)

En annen hovedkategori av sakene for Høyesterett har angått frihetsberøvelse av barn. BK art. 37 b)–d) gir bestemmelser om når barn kan frihetsberøves og setter krav til saksbehandlingen og gjennomføringen.<sup>35</sup> Vern mot frihetsberøvelse finnes også i EMK art. 5 og SP art. 9, som gjelder alle, uavhengig av om de er mindreårige.<sup>36</sup> BK art. 37 har eksplisitte regler for barn og fastsetter at frihetsberøvelse av barn skal være siste utvei og skje for kortest mulig tidsrom (b) og at frihetsberøvede barn skal holdes atskilt fra voksne (c). Høyesterett har trukket inn BK art. 37 (eventuelt i kombinasjon med art. 3) både i saker om *soning av fengselsstraff* kontra valg av andre straffarter (dom 29. juni 2009, avsn. 12, Rt. 2005 s. 33A, avsn. 17–24,<sup>37</sup> Rt. 2005 s. 29A, avsn. 18 (mindretallet) og Rt. 2004 s. 804A, avsn. 18–19) og ved *avgjørelser av varetektsfengsling* (Rt. 2005 s. 358U, avsn. 11–12). Rt. 2003 s. 1827A gjaldt tvangsplassering av barn med atferdsvansker etter barnevernloven og spørsmålet om dobbeltforfølgning, hvor BK art. 40 ble trukket inn i argumentasjonen av både mindretallet og flertallet (avsn. 55 og 75). Den kanskje mest interessante av disse avgjørelsene er Rt. 2005 s. 29A, hvor mindretallet (Rieber-Mohn) bruker prinsippet i BK art. 37 b) som argument for mildere straff enn flertallet i en sak om seksuell omgang mellom barn (overgriperen var nær 18 år, mens offeret nesten hadde fylt 13 år).

BK ble også nevnt i forbifarten i domspremissene i Rt. 2006 s. 1638U (frivillig seksuell omgang med mindreårig, hvor domfelte i store deler av perioden var barn etter BK, jf. også Rt. 2007 s. 772U om

---

<sup>35</sup> Se nærmere NOU 2008:15 s. 98–116.

<sup>36</sup> EMK art. 5(1)d har også en særskilt regel om frihetsberøvelse av mindreårige bl.a. i opplæringsøyemed, men denne har hatt begrenset betydning i praksis, se bl.a. *Harris m.fl.*, European Convention s. 151–153.

<sup>37</sup> Se også Rt. 2004 s. 1653U om samme saksforhold.

samme saksforhold), Rt. 2006 s. 1396U (varetekt), Rt. 2005 s. 1096A (straffutmåling), Rt. 2004 s. 1655U (varetekt), Rt. 2004 s. 545U (varetekt), Rt. 2001 s. 733A (straffutmåling) og Rt. 1996 s. 473U (frihetsberøvelse etter utlendingsloven). I Rt. 2007 s. 333A og Rt. 1995 s. 40A ble BK påberopt, men uten at anførselen ble tatt opp i domspremissene.

### ***3.3.3.2.3 Beskyttelse av barn som argument for kriminalisering (særlig BK art. 19 og 34)***

En tredje hovedkategori av saker for Høyesterett er avgjørelser hvor statens plikt til å beskytte barn etter BK er brukt som argument for å tolke straffebud på en måte som optimaliserer barnas vern. Gjennomslagskraften til BK er her begrenset av legalitetsprinsippet. En straffetrussel kan ikke baseres direkte på BK, men må tuftes på norsk straffelovgivning, slik at BK trekkes inn enten som *tolkingsfaktor for rekkevidden av straffebudet* eller som *argument under straffutmålingen* ved overgrep mot barn.

Den mest interessante avgjørelsen er Rt. 2005 s. 1567A (den såkalte «Klapsesaken»). Påtalemyndighetene hadde påberopt barns vern mot overgrep, jf. BK art. 19. Høyesterett konstaterte at den forståelse av voldsbegrepet som fulgte av etablert rettsoppfatning var i samsvar med BK art. 19. Jeg kommer tilbake til denne dommen senere, både i et rettskildemessig perspektiv (pkt. 3.3.6) og med hensyn til de materielle spørsmålene (pkt. 7.3.1).

Øvrige avgjørelser i denne kategorien er Rt. 2005 s. 833P. Etter de dagjeldende reglene fritok ikke villfarelse om barnets alder for straff ved seksuell omgang med noen under 14 år, hvilket etter Høyesteretts syn var i strid med uskyldspresumsjonen i EMK art. 6(2). Høyesterett (avsn. 78) mente at BKs krav til beskyttelse av barn mot seksuelle overgrep (art. 34) ville ha vært oppfylt selv uten særlige regler om villfarelse med hensyn til offerets alder, slik at en ikke sto overfor en rettighetskollisjon mellom BK art. 34 og EMK art. 6(2). Forholdet til BK art. 34 ble også berørt i Rt. 2002 s. 1187A (s. 1190), som gjaldt straffutmåling ved besittelse av barnepornografi.

### ***3.3.3.2.4 Barns uttalerett/partsstilling (BK art. 12)***

BK art. 12 gir barn en uttrykkelig *rett til involvering i beslutningsprosesser*. Denne rettigheten har ikke sine like i de andre inkorporerte konvensjonene, selv om den på noen områder innfortolkes. Norsk rett inneholder flere bestemmelser om uttalerett, jf. nedenfor i kap. 4, men disse kan både være begrenset til visse grupper barn og



saklig avgrenset til bestemte typer prosesser. Spørsmål om barns partsstilling og uttalerett har derfor først og fremst dukket opp i lovgivningens randsone eller på ulovfestete områder. Den mest sentrale dommen er Rt. 2004 s. 811A. Spørsmålet var om domstolene kunne unnlate å innhente barnets syn i en sak om fornyet prøving av samværsrett etter barneloven, og Høyesterett fant at BK art. 12 måtte tolkes i lys av BK art. 3 (hensynet til barnets beste). Jeg kommer tilbake til dommen, både ut fra et rettskildemessig perspektiv (pkt. 3.3.6) og et materielt perspektiv (pkt. 4.7).

Rt. 2009 s. 411U gjaldt silingsreglene i barnevernsaker, jf. tvisteloven § 36-10(3) d. Ankeutvalget valgte den lovtolkningen som best samsvarte med den styrking som har funnet sted av barns partsstilling og bygget dermed indirekte på BK art. 12.<sup>38</sup> I Rt. 2005 s. 1693U la kjæremålsutvalget vekt på BK art. 12(2) og kom til at uttaleretten etter barneloven også måtte gjelde ved midlertidige avgjørelser. Rt. 2005 s. 1293A gjaldt barns vitneplikt når nære slektninger var tiltalt. I kjennelsen kom flertallet i Høyesterett til at før dommeravhør av barn under 14 år, skal dommeren gjøre barnet kjent med fritaksretten etter straffeprosessloven § 122, med partene og settevergen til stede. Settevergen må deretter ta standpunkt til om barnet skal avgi forklaring eller ikke.<sup>39</sup> Informasjonsplikten overfor barna ble tuftet på den rettsutviklingen som hadde funnet sted i som et ledd i oppfølgingen av inkorporeringen av BK (avsn. 29–30).

I Rt. 2007 s. 561A, avsn. 54 bemerket Høyesterett at BK art. 12 (sammen med barnevernloven § 6-3) tilsa at barnets syn hadde betydning ved spørsmålet om adopsjon. I Rt. 2005 s. 466U, avsn. 22 viste Høyesterett til BK art. 12 (sammen med barnevernloven § 6-3), men det var uomtvistet at også det minste barnet på 7 år måtte få mulighet til å uttrykke sin mening (tvistetemaet var om det skulle oppnevnes sakkyndig etter barneloven § 61(1) nr. 3). Se også Rt. 1995 s. 1071U, hvor begge foreldrene i en barnefordelingssak hadde vist til BK art. 12, men hvor saken ble avgjort på prosessuelt grunnlag.

### ***3.3.3.2.5 Saker som faller utenfor de foregående kategoriene***

Ikke alle saker passer inn i de fire foregående kategoriene.<sup>40</sup> Den mest skjellsettende av disse er Rt. 2001 s. 1006A, som gjaldt manglende fritak for KRL-faget. Høyesterett kom her med noen synspunkter på betydningen av BK som jeg kommer tilbake til

---

<sup>38</sup> Jf. nedenfor under note 43.

<sup>39</sup> Bestemmelsen er endret i kjølvannet av Høyesteretts avgjørelse, se nytt tredje punktum i § 122(1).

<sup>40</sup> Ytterligere en kategori er saker hvor BK er tatt opp i premissene for å forklare en regelendring, men uten å bli brukt som argument for en bestemt løsning av rettstvisten, jf. Rt. 2008 s. 1764S (avsn. 50) og Rt. 2004 s. 1580A (avsn. 9).

nedenfor. Forholdet til BK ble også berørt i Rt. 2009 s. 560A som gjaldt kommunens plikt til å fremme sak for fylkesnemnden. Høyesterett fremholdt (avsn. 50) at BK kunne stille krav til saksbehandlingen i forvaltningen og tidsbruken, men uten å konkretisere dette nærmere. I Rt. 1998 s. 1190A (Kvinnefengsel II) hadde en kvinne som utholdt varetekt og senere ble idømt soning argumentert for at manglende kontaktmuligheter med sitt nyfødte barn var en menneskerettskrenkelse. BK var påberopt, men Høyesterett konstaterte kort at denne ikke ga et ytterligere vern i forhold til EMK art. 3 og 8 (s. 1209–1210).<sup>41</sup>

I Rt. 2009 s. 334U (ankenektelse i barnevernsak uten å ha sikret oversettelse av sentrale saksdokumenter til foreldrene), Rt. 1998 s. 899U, Rt. 1997 s. 422U (begge gjelder farskap og retten til å kjenne sitt opphav etter BK art. 7) og Rt. 1995 s. 149U (omsorgsansvar ved utlevering) ble BK påberopt, men uten at anførselen ble tatt opp i premissene.

### **3.3.3.3 Tre refleksjoner knyttet til bruk av BK i rettspraksis**

#### ***3.3.3.3.1 Påberopes BK av barn eller voksne?***

BK påberopes i stor grad av voksne. Bare i 14 av de i alt 52 sakene var det barnet – gjennom sin rettslige representant – som tok opp forholdet til BK. De fleste av disse sakene gjaldt straffereaksjoner eller frihetsberøvelse av barn (se pkt. 3.3.3.2.2 foran). De to øvrige sakene hvor barn opptre på egne vegne gjelder henholdsvis anke over samværsfastsettelse etter barnevernloven (Rt. 2009 s. 411U) og midlertidig forføyning mot bortvisningsvedtak etter utlendingsloven (Rt. 1993 s. 1591U). Når voksne taler barns sak – enten foreldre (som da er i konflikt med hverandre eller med myndighetene) eller det offentlige (enten påtalemyndighetene eller barnevernsmyndighetene) – er det en fare for at argumentasjonen blir preget av at den skal brukes for å fremme de voksnes interesser. Samtidig er det grunn til å understreke at en effektiv håndhevelse av BK tilsier at voksne må kunne opptre som barns rettslige agenter uten at barna trekkes inn i prosessen. Imidlertid kan argumentasjonen og tenkemåten i for stor grad preges av de voksne, dersom rettsanvenderne ikke er tilstrekkelig oppmerksomme på faren for «skjevargumentasjon».

En avgjørelse som etter mitt syn kan illustrere dette poenget er Høyesteretts tilnærming i Rt. 2009 s. 560A. Et av tvistetemaene var om kommunen pliktet å fremme sak for fylkesnemnden etter

---

<sup>41</sup> Saken ble brakt inn for EMD, jf. *Kleuver mot Norge*. EMD avviste klagen som åpenbart ugrunnet. Forholdet til BK ble ikke berørt.

barnevernloven § 4-21, jf. § 7-10. Moren var fratatt omsorgen av fylkesnemnden, men etter denne avgjørelsen kom en mann på banen og erkjente og registrerte farskap, til tross for at en DNA-test viste at hans farskap var utelukket. Kommunen nektet å fremme sak for fylkesnemnden etter at mannen hadde begjært ny prøving, men han fikk fastsettelsesdom for at kommunen var pliktig til å fremme sak. Mannen hadde bl.a. påberopt seg EMK art. 6 og 8 og BK til støtte for sitt syn. Høyesterett tok opp anførselen, men BK (uten tilknytning til én bestemt artikkel) fungerte alene som vedheng til drøftelsen av EMK. Skulle BK vært trukket frem her, ville den sentrale bestemmelsen vært art. 3, og vurderingstemaet ville da vært om den aktuelle tvisten var i barnets interesse og om domstolene skulle skåret gjennom og utsatt saken i påvente av at farskapet ble avklart.

### ***3.3.3.3.2 Tallmessige sammenligninger med EMK, SP og ØSK***

De tilsvarende forekomstene av henholdsvis EMK, SP og ØSK er 947, 235 og 5 avgjørelser hvor disse enten er påberopt eller brukt som argument av Høyesterett, mens tallet for BK var 52 saker. Tallmessig har BK altså i beskjeden grad vært brukt i rettslig argumentasjon for og av våre øverste dommere, men overgår ØSK. Flere årsaker spiller antakelig inn. BK er det yngste av de folkerettslige instrumentene, men også for EMK og SP ligger den alt overveiende delen etter 1990 (da BK trådte i kraft). BK ble inkorporert sist i menneskerettsloven, og brorparten (34 av 52) av sakene om hvor BK har vært påberopt av partene eller brukt av Høyesterett eller ankeutvalget i argumentasjonen er fra etter oktober 2003. Den sentrale årsaken er antakelig at EMK gjennom praksis fra EMD er utviklet til å gi det mest finmaskete vernet, men EMK er nok også den konvensjonen hvor kunnskapsnivået blant rettslivets aktører er best. Dessuten stammer mange av sakene om EMK fra straffeprosessen, hvor barn i relativt liten grad er inne som siktet/tiltalt.

### ***3.3.3.3.3 Utviklingstrekk i Høyesteretts praksis***

Dersom en plasserer de gjennomgåtte avgjørelsene langs en tidsakse, kan en spore visse utviklingstrekk i Høyesteretts praksis. På tilsvarende måte som for andre menneskerettsinstrumenter går utviklingen i faser. BK var innledningsvis først og fremst fremme i anførselene, eller som vedheng til annet rettskildemateriale i premissene,<sup>42</sup> mens BK nå i stadig større grad får en selvstendig plass i Høyesteretts argumentasjon. Illustrerende i så måte er hvordan hensynet til barns interesser gradvis vinner innpass i saker om utvisning, jf. Rt. 2009 s. 534A, hvor mindretallet på

---

<sup>42</sup> Se f. eks. Rt. 1996 s. 1510A, s. 1516 (flertallet) og Rt. 1998 s. 1190A, s. 1209–1210.

to dommere mente at utvisningen var uforholdsmessig på grunn av hensynet til barna.

Utviklingen skjer også i form av at BK er en av faktorene som bidrar til å endre det «rettslige klimaet» eller «rettskulturen». Illustrerende i så måte er Rt. 2009 s. 411U som gjaldt silingsreglene i barnevernsaker. Ankeutvalget valgte den lovtolkningen som best samsvarte «med den styrking av barnets rettsstilling som er kommet til uttrykk gjennom barnevernloven § 6-3(2) om partsrettigheter». BK art. 12 nevnes ikke, men denne har påvirket utformingen av barnevernloven § 6-3.<sup>43</sup>

### 3.3.4 Nærmere om selvkraft

Hittil har jeg gitt en mer refererende gjennomgang av lovgivningsendringer og rettspraksis hvor BK har stått sentralt. I det følgende vil jeg søke å være mer analytisk, og diskutere hvilken gjennomslagskraft BK har i norsk rett. Perspektivet vil først og fremst være rettsanvendelsen som skjer i domstolene, men jeg vil avslutningsvis også se på noen spørsmål knyttet til lovgivningsstrategier.

Selvkraft er en betegnelse for konvensjonsbestemmelser som uten videre kan brukes som selvstendig grunnlag ved løsning av konkrete tvister som skal behandles av forvaltningen eller står for domstolene.<sup>44</sup> Spørsmålet diskuteres ofte for hver enkelt bestemmelse i en konvensjon, men undertiden må diskusjonen skje separat for de ulike reglene i samme bestemmelse. Selvkraft er altså et nasjonalt anliggende, atskilt fra den folkerettslige vurderingen. Samtidig er det en sammenheng mellom den nasjonale diskusjonen og den konvensjonsrettslige tolkingen, og en bestemmelse som gir en klar folkerettslig forpliktelse vil normalt anses selvkraftig.

I sin generelle kommentar om implementeringen av BK tok Barnekomiteen opp spørsmålet om selvkraft:<sup>45</sup>

«States parties need to ensure, by all appropriate means, that the provisions of the Convention are given legal effect within their domestic legal systems. This remains a challenge in many States parties. Of particular importance is the need to clarify the extent of applicability of the Convention in States where the principle of “self-execution” applies and others where it is

---

<sup>43</sup> Se endringene av § 6-3 i forbindelse med inkorporeringen av BK, jf. Ot.prp. 45 (2002–03) s. 27–33 og s. 62–63.

<sup>44</sup> Se bl.a. NOU 1972:16 s. 78–80; NOU 1993:18 s. 104–106, 125–126 og s. 164–165; Ot.prp. 3 (1998–99) s. 11 og s. 23–24; Ot.prp. 93 (2008–09) s. 11. Se også *Smith*, i *Høstmølingen m.fl.*, Barnekonvensjonen s. 21 og s. 24–25 og *Backer*, FS-Lødrup og FS-Fleischer (mer om disse nedenfor).

<sup>45</sup> General Comment no. 5 (2003), avsn. 19.

claimed that the Convention “has constitutional status” or has been incorporated into domestic law.»

Den første delen er en påminnelse til statene om deres generelle gjennomføringsforpliktelse etter BK art. 4. Den siste delen er en oppfordring til stater som er monistiske eller hvor BK er inkorporert om å diskutere de ulike bestemmelsene i BK med sikte på selvkraft. I sine avsluttende merknader til landenes rapporter har komiteen tatt til orde for at alle bestemmelser i BK må kunne påberopes som rettslige grunnlag for nasjonale domstoler og understreket at i tilfelle konflikt må BK ha forrang.<sup>46</sup> Komiteens praksis synes altså å være i utvikling, hvor den i stadig større utstrekning tar til orde for at BK skal ha direkte virkning med forrang.

Temaet i det følgende er den nasjonale diskusjonen om selvkraft. Spørsmålet var oppe for Høyesterett i KRL-saken. Undersøkellesobjektet var ØSK, som da var inkorporert i norsk rett med forrang gjennom menneskerettsloven. Førstvoterende uttalte:<sup>47</sup>

«Ved den internrettslige anvendelse av konvensjoner som er inkorporert uten å være transformert til nasjonal lovtekst, må det tas stilling til om den aktuelle bestemmelse tar sikte på å gi den enkelte rettigheter, eller om den uttrykker et formål eller pålegger medlemsstatene å nå et bestemt mål eller en minimumsstandard. Direkte anvendelse forutsetter at bestemmelsen er utformet slik at den er egnet til å bli umiddelbart anvendt av de nasjonale myndigheter. Konvensjonens bestemmelser må kunne konkretiseres til rettigheter og plikter. ... Selv om konvensjonsbestemmelser om mer tradisjonelle menneskerettigheter gjennomgående tar sikte på å gi den enkelte rettigheter, kan spørsmålet om umiddelbar anvendelse eksempelvis oppstå for visse bestemmelser i ØSK ... Når det er konstatert at en konvensjonsbestemmelse gir den enkelte konkrete rettigheter, må det tas stilling til forholdet mellom bestemmelse(n) i konvensjonen og norsk rett.»

Høyesterett gir her anvisning på en konkret vurdering av ordlyden i hver enkelt bestemmelse. Uttalelsen ble møtt med kritikk av ØSK-komiteen, som henstilte Norge til å sikre at alle bestemmelsene i ØSK var direkte anvendelige for norske domstoler («are given effect by its domestic courts»)<sup>48</sup>.

Spørsmålet om selvkraft ble viet stor oppmerksomhet i høringsnotatet om inkorporering av BK.<sup>49</sup> I en artikkel i festskrift til Peder Lødrup anbefalte Inge

---

<sup>46</sup> Se henholdsvis CRC/C/FRA/CO/4, avsn. 11 (Frankrike) og CRC/C/SWE/CO/4, avsn. 10 (Sverige).

<sup>47</sup> Rt. 2001 s. 1006A (s. 1015) med henvisning til deler av kildematerialet i note 44.

<sup>48</sup> E/C.12/1/Add.109, avsn. 23. Se også General Comment no. 9 (1998), avsn. 10 og 11.

<sup>49</sup> Høringsnotat datert 14. feb. 2001.

Lorange Backer (som da var ekspedisjonssjef i Justisdepartementets lovavdeling) at en slik avklaring skjedde gjennom forarbeidene:<sup>50</sup>

«Det dualistiske norske rettssystem har liten erfaring med å håndtere slike spørsmål [om selvkraft]. Rettsklarheten vil derfor bli desto større hvis det ikke foretas en avklaring samtidig med at en inkorporasjon finner sted. Avklaringen hører i så fall under de lovgivende myndigheter, og må komme til uttrykk i lovforarbeidene. Skjer ikke avklaringen der, må domstolene selv stå for den – etter at konkrete parter har nedlagt ikke ubetydelige ressurser i en prosess.»

På denne bakgrunn kunne en forvente at departementet i proposisjonen gikk gjennom de ulike bestemmelsene i BK med sikte på å vurdere spørsmålet om selvkraft. En slik gjennomgang kom ikke.<sup>51</sup> Derimot skriver departementet:<sup>52</sup>

«Det norske dualistiske rettssystem har liten erfaring med å løse slike spørsmål [om selvkraft], men departementet antar at norske domstoler vil være varsomme med å overprøve lovgivers tolkning av konvensjonen, så lenge de norske lovbestemmelsene bygger på en forsvarlig tolkning av de relevante konvensjonsbestemmelsene. Særlig gjelder dette hvis det dreier seg om bestemmelser som i seg selv er vage, dersom lovbestemmelsen bygger på verdiprioriteringer, og lovgiver har vurdert forholdet til konvensjonen og lagt til grunn at det ikke foreligger motstrid.»

Stortingskomiteen bemerket at BK «på flere punkter er noe vag og at den flere steder retter seg direkte til landets myndigheter» og at dette kan føre til at den får «først får reell betydning for barn om den danner grunnlag for presis lovgivning», men tok heller ikke opp spørsmålet om selvkraft.<sup>53</sup>

Spørsmålet blir hvordan vurderinger knyttet til selvkraft skal løses ut fra de signalene som er gitt i forarbeidene. En mulighet er at rettsanvenderne drøfter selvkraft for de ulike bestemmelsene i BK i tråd med føringene i Rt. 2001 s. 1006A. En får da en tre-delning:<sup>54</sup>

1. Regler i BK som er tilstrekkelig klare til å være selvkraftige med forrang fremfor kolliderende lovregler, jf. menneskerettsloven § 3.
2. Regler i BK som er for uklare til å være selvkraftige, men har så stor normativ kraft at de er anvendelige gjennom presumsjonsprinsippet.

---

<sup>50</sup> Backer, FS-Lødrup s. 82.

<sup>51</sup> Imidlertid gjennomgikk departementet hvordan spørsmålet var løst i andre land, jf. Ot.prp. 45 (2002–03) s. 17–20.

<sup>52</sup> Ot.prp. 45 (2002–03) s. 16 og nær likelydende formulering på s. 26.

<sup>53</sup> Innst. O. 92 (2002–03) s. 3.

<sup>54</sup> Se f. eks. Backer, FS-Fleischer s. 68–69 som argumenterer for at BK art. 19 (barns vern mot vold) ikke er selvkraftig i norsk rett, men er relevant via presumsjonsprinsippet.

3. Regler i BK som er for vage til å falle inn under 1-2, går på andre virkemidler enn de juridiske eller er uten virkninger for relasjonen stat-borger. Disse kan likevel være relevante ved at de påvirker den rettslige kulturen og argumentasjonsmønstre.

En annen mulighet er å se vekk fra disse distinksjonene, og i stedet foreta en analyse av klarheten av regelen i BK, uten å bruke selvkraft som en mellomstasjon i den juridiske argumentasjonen. Særlig tre argumenter kan tale for en slik tilnærming. For det *første* kan ordvalget i de ulike bestemmelsene være noe tilfeldig. Antakelig vil regler som er utformet med SP som forbilde være selvkraftige, f. eks. art. 16 (retten til bl.a. privat- og familieliv),<sup>55</sup> uten at dette nødvendigvis er et resultat av bevisste overveielser og seleksjon av enkeltregler. For det *annet* taler mye for at spørsmålet om selvkraft ikke bør vurderes ut fra konvensjonsteksten alene, men at rettsanvenderen også må trekke inn den rettsutviklingen som finner sted gjennom Barnekomiteens praksis. Dermed blir selvkraft uansett bare et øyeblikksbilde av rettstilstanden. For det *tredje* er spørsmålet viet lite plass i norsk juridisk teori og praksis, og en ser sjelden at forfattere innledningsvis klargjør om en regel er selvkraftig eller ei.<sup>56</sup>

Muligens erkjenner departementet i proposisjonen at konvensjonen som sådan kan påberopes for domstolene og dermed har selvkraft. Departementet skriver at ved å inkorporere BK er den gjort «direkte anvendelig» i norsk rett, uten å gjøre reserverasjoner for enkeltbestemmelser.<sup>57</sup>

Samlet sett mener jeg diskusjonene om selvkraft innebærer en unødig omvei i de rettslige resonnementene. Etter mitt skjønn bør rettsanvenderen i stedet gå rett på spørsmålet om hvor entydig rettsregelen som utledes av BK er. Så lenge domstolene viser en varsomhet med å sette til side lovbestemmelser eller forvaltningsvedtak i tråd med føringene i proposisjonen sitert foran, er det etter min mening unødvendig å operere med selvkraft som en form for rettslig filter for å hindre at vage prinsipper eller ikke-rettslige programerklæringer vandrer inn i norsk rett.

Spørsmålet om selvkraft («self-execute») må i prinsippet holdes atskilt fra diskusjonen om rettslig håndheving («justiciability»). Førstnevnte går på egenskaper ved normen, men sistnevnte går muligheten for å påberope normen i rettssystemet. Om begrepene, se bl.a. General Comment (ØSK-

---

<sup>55</sup> Se nedenfor under pkt. 8.1 om forhistorien og bruk av SP art. 17 som forbilde.

<sup>56</sup> Unntaket er *Backer*, jf. FS-Fleischer s. 68–69. Jeg har hittil også vært lojal mot denne tilnærmingsmåten, se NOU 2008:9 (vedlegg 2) s. 114 og NOU 2009:5 (vedlegg 1) s. 152.

<sup>57</sup> Ot.prp. 45 (2002–03) s. 25. Se også Barnekomiteens anbefaling om direkte effekt i tilfelle inkorporering i General Comment no. 5 (2003), avsn. 20, jf. avsn. 1.

komiteen) no. 8 (1997), avsn. 10 og 11 (som skarpt skiller mellom disse), *Scheinin*, i *Eide m.fl.*, *Economic Social and Cultural Rights* s. 29–30 (med henvisning til kritiske røster til de ulike begrepene) og NOU 1993:18 s. 164. Se også anbefalingene til Barnekomiteen om at økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter i BK må være rettslig håndhevbare i General Comment no. 5 (2003), avsn. 6 og 25 og Day of General Discussion on Resources for the Rights of the Child (2007), avsn. 43–44.

### 3.3.5 Særlig om Barnekomiteens praksis

#### 3.3.5.1 Innledning

Den sentrale argumentasjonskilden for tolking av BK ut over ordlyden er Barnekomiteens praksis. Komiteens virke er forankret i BK art. 43–45. De tre sentrale dokumenttypene er:

- Avsluttende merknader («Concluding Observations») til medlemslandenes rapporter
- Generelle kommentarer («General Comments»)
- Diskusjonsdager («Days of General Discussions»)

Spørsmålet er hvilken plass Barnekomiteens praksis har ved tolkingen av BK, og jeg vil drøfte disse tre ulike dokumenttypene separat. Strengt tatt står en overfor to diskusjoner, én om den folkerettslige betydningen av komiteens praksis og én om den internrettslige betydningen. Jeg vil i det følgende konsentrere meg om gjennomslagskraften i norsk rett, men denne påvirkes naturlig nok av den folkerettslige diskusjonen om betydningen av komiteens praksis. Før jeg går over til å se nærmere på de enkelte dokumenttypene, vil jeg ta opp enkelte generelle trekk ved komiteen som kan påvirke gjennomslagskraften til de enkelte dokumenttypene.

Økt tilfang av ulike folkerettslige instrumenter med tilhørende håndhevingsorganer har gitt nye utfordringer for norsk rett. Høyesterett har ved enkelte anledninger tatt stilling til spørsmål knyttet til betydningen av praksis fra konvensjonsorganer som ikke er folkerettslig bindende, og i plenumsdommen i Rt. 2000 s. 1811P (Finanger I) kom Høyesterett med noen mer generelle føringer. Konkret gjaldt saken betydningen av EFTA-domstolens rådgivende uttalelser. Både flertallet (s. 1820) og mindretallet (s. 1835) var enige om at disse hadde «vesentlig vekt». Sentrale momenter som ledet opp til denne konklusjonen var konvensjonspartenes ønske om å opprette en domstol for å få en ensartet praksis, EFTA-domstolens særlige fagkunnskap og grundige saksbehandling og utsagn i forarbeidene til EØS-loven om at praksis fra EFTA-domstolen måtte legges til grunn av nasjonale organer. Dessuten er EFTA-domstolens avgjørelser i traktatbruddssaker (folkerettslig)



bindende, jf. ODA artikkel 33, slik at systemet som sådan baserer seg på at avgjørelser fra EFTA-domstolen har høy rettslig potens.

Verken generelle merknader eller avsluttende merknader fra Barnekomiteen er folkerettslig bindende,<sup>58</sup> slik at gjennomslagskraften beror på en vurdering i tråd med føringene fra Høyesterett i Finanger I. Barnekomiteen er opprettet for å sikre statenes fremdrift med å beskytte barns rettigheter, men hensynet til ensartet praksis er ikke like stort som innen EØS-retten. Barnekomiteen har særlig fagkunnskap, men saksbehandlingen er ikke like grundig som for EFTA-domstolen (eller EMD), og komiteen er også særpreget ved at bare rundt halvparten av medlemmene er jurister. I tillegg er det en forskjell fra EFTA-domstolen ved at denne på noen områder (traktatbruddsaker) avsier bindende dommer, mens ingen av Barnekomiteens utsagn har formell gjennomslagskraft.

Et annet sentralt moment som Høyesterett fremhevet i Finanger I var signaler fra lovgiverhold. I proposisjonen til menneskerettsloven tok departementet opp betydningen av uttalelser fra FNs menneskerettighetskomité (som heller ikke er rettslig bindende):<sup>59</sup>

«I tvilstilfelle bør en domstol legge en viss vekt på at FNs menneskerettskomité ikke treffer rettslig bindende avgjørelser (derfor kalles også komitéens konklusjoner i klagesaker for «synspunkter» («views»)) dersom det er spørsmål om å sette til side en norsk lovbestemmelse. Fra norsk side har man ellers så beskjeden erfaring med klagesaker for FNs menneskerettskomité, at det er for tidlig å si om det kan være andre grunner til å legge større vekt på avgjørelser fra håndhevingsorganene i Europarådet enn på synspunktene til FNs menneskerettskomité. I utgangspunktet har det imidlertid formodningen mot seg. Både Den europeiske menneskerettsdomstol og FNs menneskerettskomité er sammensatt av høyt kvalifiserte og uavhengige personer. Erfaring viser at synspunktene fra FNs menneskerettskomité i klagesaker har høy status. »

Justiskomiteen fremholdt:<sup>60</sup>

«Komiteen vil understreke at inkorporeringa fører med seg ein ny rettsleg situasjon ut frå det overordna mål å styrkja enkeltmenneska si rettslege stilling. Det må difor sjåast som eit av føremåla med inkorporeringa at den skal påverke rettsutviklinga i Noreg i retning av å høyre på, og ha eit ope forhold til praksis ved Strasbourgdomstolen og andre internasjonale handhevingsorgan. ... Komiteen vil framheve det overordna mål at norsk rettspraksis i størst mogeleg grad samsvarar med den til ei kvar tid gjeldande internasjonale tolkingspraksis. »

Da BK ble inkorporert i menneskerettsloven, tok ikke departementet opp betydningen av Barnekomiteens praksis særskilt.

---

<sup>58</sup> Se referanser nedenfor i note 62 og 66.

<sup>59</sup> Ot.prp. 3 (1998–99) s. 69–70. Se også NOU 1993:18 s. 88–89 og nedenfor om Rt. 2008 s. 1764S.

<sup>60</sup> Innst. O. 51 (1998–99) s. 6.

Den sittende regjering utarbeidet før tiltredelsen en plattform for regjeringssamarbeidet som ble nedfelt i et eget dokument («Soria-Moriaerklæringen»). Her er signaler fra FNs barnekomité nevnt særskilt:<sup>61</sup>

«Regjeringen vil sikre og styrke barns rettigheter, og vil aktivt følge opp anbefalingene fra FNs ekspertkomite for barn som etterser at FNs barnekonvensjon følges opp.»

Sitatet er fra et politisk dokument og forteller hva styringsverket vil gjøre, og legger ikke føringer på andre statsmaktens opptreden. Uttalelsene kan derfor ikke brukes som argument for at Barnekomiteen praksis skal tillegges større vekt enn hva som fremgår av det rettslige kildematerialet, slik som forarbeider. Samtidig tilkjenner regjeringen her en positiv grunnholdning til komiteens arbeid, som vanskelig kan avvises som irrelevant for vurderingen av komiteens gjennomslagskraft, selv om uttalelsen i regjeringserklæringen har begrenset vekt.

Samlet sett er rettskildematerialet noe sprikende. Uttalelsene i forarbeidene peker i retning av at også praksis fra organer som ikke treffer bindende vedtak skal ha stor vekt, samtidig som departementet holder åpent at manglende formell status skal ha betydning i tvilstilfeller. Når det gjelder de øvrige momentene som ble satt opp av Høyesterett i Finanger I, har Barnekomiteen høy status i form av sin spesialkompetanse, samtidig som saksbehandlingen ikke er like grundig som for en domstol. På bakgrunn av disse mer generelle refleksjonene vil jeg gå nærmere inn på de ulike dokumenttypene fra Barnekomiteen.

I proposisjonen til inkorporeringen av FNs kvinnekongresskonvensjon tar departementet opp betydningen av Kvinnekongresskomiteens praksis. Denne har kompetanse både til å behandle statsrapporter og individklager, men på samme måte som for Barnekomiteen er uttalelsene ikke-bindende. I proposisjonen søker departementet å nyansere synspunktene i Ot.prp. 3 (1998–99) s. 69 om betydningen av ikke-bindende uttaleser, og de fremhever bl.a. komitémedlemmenes svake uavhengighet (sammenlignet med EMD), manglende juridiske kompetanse og komiteens begrensede ressurser, jf. Ot.prp. 93 (2008–09) s. 33.

### **3.3.5.2 Betydningen av avsluttende merknader**

Statenes plikt til å sende inn periodiske rapporter følger av BK art. 44, men anbefalingene som komiteen kommer med er ikke rettslig bindende for

---

<sup>61</sup> Plattform for regjeringssamarbeidet mellom Arbeiderpartiet, Sosialistisk Venstreparti og Senterpartiet 2005–09 s. 42. Sitatet er også tatt inn i mandatet for denne utredningen.

vedkommende stat.<sup>62</sup> Barnekomiteen har anbefalt statene å utarbeide nasjonale strategier forankret i BK, og komiteen har i den forbindelse formulert en uttalt forventning om at statene tar hensyn til de avsluttende merknadene:<sup>63</sup>

«The Committee expects States parties to take account of the recommendations in its concluding observations on their periodic reports when developing and/or reviewing their national strategies.»

I juridisk litteratur er denne tilnærmingen fulgt opp, og det er enighet om at komiteens praksis under rapporteringssystemet har betydning som tolkingsfaktor, om enn preget av deres manglende formelle status.<sup>64</sup>

Vender en blikket mot hjemlig rett, tar forarbeidene til menneskerettsloven til orde for at praksis fra håndhevingsorgan skal være sentrale tolkingsbidrag, også om disse ikke er folkerettslig bindende (se sitatet på s. 33). Forarbeidene til inkorporeringen av BK tar ikke eksplisitt opp betydningen av Barnekomiteens merknader til de periodiske rapportene.

Høyesterett berørte spørsmålet i den såkalte KRL-saken, hvor praksis fra Barnekomiteen i form av avsluttende merknader til landenes periodiske rapporter ifølge førstvoterende har «interesse» (Rt. 2001 s. 1006A, på s. 1016). Høyesterett gikk også gjennom aktuelle uttalelser til Norge om KRL-faget (s. 1021), men uten å bruke disse aktivt i de videre drøftelsene. Da denne dommen var avsagt, var BK ikke inkorporert i norsk rett. Etter inkorporeringen har Høyesterett ikke tatt opp spørsmålet på ny knyttet til BK, men har indirekte vist at generelle kommentarer er relevante ved å trekke dem inn i den rettslige argumentasjonen.<sup>65</sup> Siden rettspraksis om generelle kommentarer fra Barnekomiteen er sparsom, er det relevant å se på Høyesteretts bruk av praksis fra andre organer som heller ikke avgir bindende uttalelser.

I Rt. 2008 s. 513A tok Høyesterett stilling til betydningen av en anmodning fra FNs torturkomité. Denne drøftelsen var ikke nødvendig for resultatet («obiter dictum»), men den var utførlig og førstvoterende avsluttet resonnementet slik (avsn. 58):

---

<sup>62</sup> Verheyde/Goedertier, i *Alen m.fl.*, A Commentary s. 30 og *Smith*, i *Høstmælingen m.fl.*, Barnekonvensjonen s. 20.

<sup>63</sup> General Comment no. 5 (2003), avsn. 29.

<sup>64</sup> Verheyde/Goedertier, i *Alen m.fl.*, A Commentary s. 30, sml. også *Smith*, i *Høstmælingen m.fl.*, Barnekonvensjonen s. 20.

<sup>65</sup> Se særlig mindretallets votum i Rt. 2009 s. 534A, avsn. 88.

«Jeg er etter dette kommet til at Norge ikke var folkerettslig forpliktet til å etterkomme Torturkomitéens anmodning om midlertidig beskyttelse av A. Det er likevel grunn til å tilføye at den norske holdningen er at slike anmodninger skal tillegges stor vekt, og at de i utgangspunktet vil bli etterkommet så langt dette er mulig.»

I storkammersaken om manglende begrunnelse for ankenektelse i straffesaker måtte Høyesterett drøfte betydningen av praksis fra FNs menneskerettighetskomité i saker om individklager under SP (tilleggsprotokollen). Disse er ikke folkerettslige bindende. Førstvoterende uttalte (Rt. 2008 s. 1764S, avsn. 81):

«På bakgrunn av det jeg her har gjennomgått av forarbeidene til menneskerettsloven, finner jeg det klart at en konvensjonstolking foretatt av FNs menneskerettskomité må ha betydelig vekt som rettskilde. At avgjørelser i enkeltsaker truffet av FNs menneskerettskomité fra 1. januar 2004 kan gi grunnlag for gjenåpning på lik linje med avgjørelser av internasjonale domstoler, jf. straffeprosessloven § 391 første ledd nr. 2, er ytterligere egnet til å understreke dette.»

Det er paralleller mellom anmodninger fra FNs torturkomité, avgjørelser i enkeltsaker av FNs menneskerettighetskomité og Barnekomiteens avsluttende merknader ved at ingen av dem er folkerettslig bindende. BK er i likhet med SP – men i motsetning til Torturkonvensjonen – inkorporert i norsk rett med forrang, hvilket tilsier at gjennomslagskraften er større enn Torturkomiteens anmodninger og på linje med menneskerettighetskomiteens avgjørelser. På den annen side kan ikke Barnekomiteens utsagn gi grunnlag for gjenåpning, jf. førstvoterendes betoning av dette aspektet i Rt. 2008 s. 1764S. Saksbehandlingen er heller ikke like grundig som ved individklager for menneskerettighetskomiteen.

Etter mitt skjønn er det generelle utgangspunktet at Barnekomiteens avsluttende merknader har stor betydning for tolkingen av BK. Dette gjelder særlig kritikk til Norge, men også uttalelser mot andre land kan være relevante, spesielt der hvor de faktiske og rettslige forholdene har likhetstrekk med situasjonen i Norge.

Når rettsanvendere skal ta stilling konkrete spørsmål, må en gå inn i enkeltavgjørelsene og se på ordvalget. Normalt uttrykker Barnekomiteen bekymring («concern») for rettstilstanden i medlemslandene, før de kommer med anbefalinger («recommandations»), men undertiden brukes andre formuleringer og da bør ordvalget studeres nøye.

### **3.3.5.3 Betydningen av generelle kommentarer**

I motsetning til SP art. 40 nr. 4 inneholder BK ingen uttrykkelig regel om håndhevelsesorganets kompetanse til å gi generelle merknader («General Comments»), men komiteen har i likhet med andre folkerettslige håndhevelsesorganer funnet det naturlig å komme med slike kommentarer. Disse er

ikke folkerettslig bindende, men de viser komiteens forståelse og fortolkninger av de ulike bestemmelsene i BK. Til nå har Barnekomiteen kommet med 12 generelle kommentarer.

I litteratur om BK er den generelle oppfatningen at Barnekomiteens generelle kommentarer har stor gjennomslagskraft.<sup>66</sup> Denne holdningen har også fått tilslutning av norske forfattere.<sup>67</sup> Jeg ser ingen grunn til å konkludere annerledes,<sup>68</sup> men vil legge til nødvendigheten også her av konkrete vurderingen av relevansen. En uttalelse i en generell kommentar har større gjennomslagskraft jo mer utfyllende argumentasjonen er, og jo mer spesifikt den tar opp tematikken som skal prøves.

Høyesterett vil få anledning til å ta stilling til betydningen av generelle kommentarer til høsten i forbindelse med anke over Borgarting lagmannsretts dom av 22. des. 2008, jf. ankeutvalgets beslutning av 3. april 2009. Saken gjelder uttransportering av en enslig mindreårig asylsøker, hvor General Comment no. 6 (2005) står sentralt.

### **3.3.5.4 Kort om betydningen av diskusjonsdager**

Barnekomiteen avholder årlig diskusjonsdager («Days of General Discussion»), hvor komiteen tar opp aktuelle tema. Så langt har komiteen avholdt 18 slike dager. Disse leder ofte frem til generelle merknader. Sluttdokumentet hvor Barnekomiteen oppsummerer diskusjonen kan gi betydningsfulle tolkingsbidrag, men siden de ikke har fulgt samme prosedyre som de generelle kommentarene, kan diskusjonsdagene etter mitt skjønn ikke ha like stor gjennomslagskraft som disse.<sup>69</sup>

### **3.3.6 Nærmere om kollisjonsnormene i rettspraksis**

Menneskerettsloven § 3 fastsetter at de inkorporerte menneskerettighetsinstrumentene har forrang fremfor kolliderende norske lovbestemmelser. Ordlyden i

---

<sup>66</sup> Se *Verheyde/Goedertier*, i *Alen m.fl.*, A Commentary s. 40–41.

<sup>67</sup> Se *Smith*, i *Høstmælingen m.fl.*, Barnekonvensjonen s. 22 («verdifulle retningslinjer»), med tilslutning til *Høstmælingen*, Internasjonale menneskerettigheter s. 80. Se også NOU 2008:15 s. 100 («betydelig vekt») og Ot.prp. 104 (2008–09) s. 26 («bør ... legges relativt stor vekt på»).

<sup>68</sup> Se også førstvoterendes indirekte tilslutning til Generelle kommentarer fra FNs menneskerettighetskomité i Rt. 2008 s. 1764S (avsn. 67) og mindretallets bruk av Barnekomiteens Generelle kommentar i Rt. 2009 s. 534A (avsn. 88).

<sup>69</sup> Høyesterett er uforvarende inne på tematikken i Rt. 2005 s. 1567A, hvor førstvoterende siterer *Hodgkin/Newell*, Implementation Handbook (2. utg.) s. 265, som viser videre til Barnekomiteens Day of General Discussion on state violence against children (2000), avsn. 688, pkt. 8, jf. pkt. 7.3.1 nedenfor.

traktattekstene er normalt vage. Lest isolert, vil konvensjonsbestemmelsene nær aldri være i strid med norske lovregler. Gjennomslagskraften til de inkorporerte menneskerettighetene beror på hvordan disse er utpenslet gjennom konvensjonsorganenes praksis.

Forarbeidene til menneskerettsloven legger til grunn at håndhevingsorganenes praksis skal ha stor betydning.<sup>70</sup> Rettspraksis har først og fremst vært nødt til å ta stilling til konflikter mellom norsk lovgivning og EMK, som er utviklet til et finmasket regelverk gjennom EMDs praksis. I plenumsdommen i Rt. 2005 s. 833P rekapitulerte Høyesterett normen slik (avsn. 45–47):

«Det følger av disse [Rt. 2000 s. 996P, Rt. 2002 s. 557P og Rt. 2003 s. 359P] at ved anvendelse av reglene i EMK skal norske domstoler foreta en selvstendig tolking av konvensjonen. Herunder skal de benytte samme metode som EMD. Norske domstoler må således forholde seg til konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og EMDs avgjørelser. Det er likevel i første rekke EMD som skal utvikle konvensjonen. Og dersom det er tvil om forståelsen, må norske domstoler ved avveiningen av ulike interesser eller verdier kunne trekke inn verdiprioriteringer som ligger til grunn for norsk lovgivning og rettsoppfatning. ... Vår sak gjelder en lovbestemmelse som bygger på en klar og sterk norsk lovgivervilje, og som etter ordlyden ikke gir grunnlag for tolkingstvil eller innskrenkende fortolkning. Som uttalt i Rt. 2000 s. 996 bør norske domstoler som alminnelig regel ikke legge inn sikkerhetsmarginer mot at Norge dømmes for konvensjonsbrudd. Det innebærer at domstolene ikke skal tilsidesette annen norsk lovgivning i større utstrekning enn det som følger av EMK etter den tolkingsmetode som jeg har redegjort for. ... Og jeg legger til: Ved tvil om betydningen av EMDs avgjørelser vil det ha vekt om saksforholdet kan jevnføres med det som foreligger til avgjørelse i norsk rett.»

Disse betraktningene har ifølge Høyesterett også gyldighet i forholdet mellom norsk lov og SP (Rt. 2008 s. 1764, avsn. 76). Spørsmålet er om de også kan overføres til eventuelle kollisjoner mellom BK og norske lovregler. Så langt har BK først og fremst vært brukt som et av flere argumenter i rettslig argumentasjon, og uten at motstridsspørsmålet har kommet på spissen (se f. eks. Rt. 2005 s. 1567A og andre dommer referert foran). I noen tilfeller har motstriden vært latent, men ikke kommet for dagen, fordi Høyesterett har tolket BK på en måte som samsvarer med den tradisjonelle nasjonale tilnærmingen (se f. eks. Rt. 2004 s. 811A, jf. pkt. 4.7 nedenfor om kritikken mot denne). En må derfor gå til andre kilder enn Høyesteretts praksis knyttet til BK for å belyse tematikken.

---

<sup>70</sup> Se sitatene ved note 59 foran.

Jeg har tidligere sitert departementets føringer i proposisjonen til inkorporeringen av BK, men tillater meg å gjenta dem:<sup>71</sup>

«Det norske dualistiske rettssystem har liten erfaring med å løse slike spørsmål, men departementet antar at norske domstoler vil være varsomme med å overprøve lovgivers tolkning av [BK], så lenge de norske lovbestemmelsene bygger på en forsvarlig tolkning av de relevante konvensjonsbestemmelsene. Særlig gjelder dette hvis det dreier seg om bestemmelser som i seg selv er vage, dersom lovbestemmelsen bygger på verdiprioriteringer, og lovgiver har vurdert forholdet til konvensjonen og lagt til grunn at det ikke foreligger motstrid.»

En kan stille spørsmålstegn ved om departementet her tar sikte på å stille opp en annen kollisjonsnorm enn den som gjelder for EMKs del.<sup>72</sup> Jeg er i så fall skeptisk til å operere med prinsipielt forskjellige terskler for de ulike inkorporerte instrumentene. Derimot er det en del forskjeller mellom EMK og BK som etter mitt skjønn tilsier nyanser i vurderingstemaene.<sup>73</sup>

EMD avsier sine avgjørelser på bakgrunn av en konkret rettstvist mellom borgerne og den innklagete stat, og konkluderer med om klagers rettigheter etter EMK er krenket eller ikke. Barnekomiteen tar mer generelt stilling til rettstilstanden i det enkelte land holdt opp mot forpliktelsene etter BK. Tidvis er kritikken rettet til lovgiver eller myndighetene for øvrig, og uttalelsene kan vanskelig brukes i forbindelse med løsning av enkeltsaker. Illustrerende i så måte er kritikken til Norge om for høy forekomst av omsorgsovertakelser innen barnevernet, jf. pkt. 7.4.2 nedenfor. I andre situasjoner er kritikken rettet mer mot konkrete forhold, og har da større gjennomslagskraft i rettslige resonnement knyttet til konkrete tvister.

Et kompliserende element når de avsluttende kommentarene skal brukes i konkrete rettstvister er at komiteen normalt ikke foretar noen rettsanvendelse eller utpensling på generelt plan av hvordan BK skal forstås. Denne fremkommer derimot i forbindelse med komiteens generelle kommentarer, men ikke alle områder er dekket inn av de generelle kommentarene. Dermed må rettsanvenderen forholde seg til to typer dokument, som henholdsvis tilkjenner komiteens generelle rettsanvendelse og konkrete subsumsjon knyttet til det enkelte land. Sistnevnte er også holdt på et generelt nivå, ved at komiteen ikke tar stilling til konkrete

---

<sup>71</sup> Ot.prp. 45 (2002–03) s. 16 og nær likelydende formulering på s. 26. Se også Innst. O. 92 (2002–03) s. 3. Tilnæringsmåten i proposisjonen var en oppfølging av et standpunkt flagget i stortingsmeldingen i kjølvannet av maktutredningen, jf. St.meld. 17 (2004–05) s. 75.

<sup>72</sup> Tilnærmingen er kritisert av *Stang*, Det er barnets sak s. 47.

<sup>73</sup> Se også Ot.prp. 93 (2008–09) s. 32–33 for så vidt gjelder komitépraksis etter FNs kvinnediskrimineringskonvensjon.

saksforhold, men til rettsstillingen i den aktuelle medlemsstaten, uten å trekke inn enkeltsaker.

Etter mitt skjønn bør derfor rettsanvenderen verken feste seg ensidig til komiteens generelle kommentarer eller de avsluttende merknadene til medlemslandenes rapporter, men bør fokusere på det samlede materiale som fremkommer av komiteens praksis.

Til forskjell fra avgjørelser fra EMD gir ikke Barnekomiteen noen utfyllende presentasjon av rettstilstanden i den aktuelle medlemsstaten, og denne må søkes opp av rettsanvenderen på egen hånd, men mindre den er utpenslet i statens egenrapport. Ofte kan det derfor være vanskelig å få grep om hvor sammenlignbar rettstilstanden i den aktuelle staten er med norske forhold.

Rettsregelen som følger av BK – dvs i første rekke konvensjonsteksten slik den er utpenslet i Barnekomiteens praksis – må så holdes opp mot den nasjonale lovregelen. Om regelen som følger av BK skal slå igjennom beror på en sammensatt vurdering. Er praksis fra komiteen massiv og entydig, vil regelen som følger av BK normalt slå igjennom overfor en norsk lovregel. Ofte vil bildet være mer nyansert, og da må rettsanvenderen også foreta en nærmere vurdering av den nasjonale lovregelen. Har lovgiver foretatt en utførlig drøftelse av forholdet til BK og gjort bevisste prioriteringer, mener jeg føringene i forarbeidene om en viss tilbakeholdenhet i domstolsprøvingen skal følges opp, så sant ikke ny praksis fra Barnekomiteen har kommet til og endret rettskildebildet.

### **3.3.7 Fastsettelsesdom for barnekonvensjonskrenkelser?**

EMK art. 6 gir etter EMDs praksis borgerne tilgang til domstolene i tvister om sivile rettigheter (og i straffesaker), jf. også SP art. 14, mens EMK art. 13 tilstår borgerne en rett til et effektivt rettsmiddel i saker som berører konvensjonsvernete rettigheter. Når det gjelder rene fastsettelsessøksmål for fortidige konvensjonskrenkelser, var Høyesterett opprinnelig uvillig til å akseptere disse, jf. Rt. 1994 s. 1244A (dissens 3-2), men praksis ble lagt om i Rt. 2003 s. 301A.

Spørsmålet er om barn eller noen på deres vegne har en tilsvarende adgang til å få fastsettelsesdom konvensjonskrenkelser eller tilgang til et effektivt rettsmiddel. BK inneholder ingen regler som tilsvarende EMK art. 6 og 13 eller SP art. 14. Barnekomiteen har i sin generelle kommentar om implementering av BK lagt til



grunn at barn må kunne vende seg til domstolene og få klarlagt om deres rettigheter etter BK er krenket:<sup>74</sup>

«For rights to have meaning, effective remedies must be available to redress violations. This requirement is implicit in the Convention and consistently referred to in the other six major international human rights treaties. Children's special and dependent status creates real difficulties for them in pursuing remedies for breaches of their rights. So States need to give particular attention to ensuring that there are effective, child-sensitive procedures available to children and their representatives. These should include the provision of child-friendly information, advice, advocacy, including support for self-advocacy, and access to independent complaints procedures and to the courts with necessary legal and other assistance. Where rights are found to have been breached, there should be appropriate reparation, including compensation, and, where needed, measures to promote physical and psychological recovery, rehabilitation and reintegration, as required by article 39.»

Barnekomiteen kan her synes å ta til orde for å innfortolke en rett til domstolsprøving («access to ... the courts») ved barnekonvensjonskrenkelser med en tilhørende kompensasjonsordning. Det rettslige fundamentet er at denne retten er implisitt i BK, og dessuten følger av andre sentrale menneskerettighetsinstrumenter. Gitt at retten til domstolsprøving ikke følger av konvensjonsteksten, er det overraskende at komiteen bruker et såpass kortfattet resonnement til å etablere den, særlig siden rettsoppfatningen har vidtrekkende konsekvenser. Etter mitt skjønn er rettskildematerialet for spinkelt til å sette opp regel i norsk rett om tilgang til domstolene for å konstatere krenkelser av BK. Derimot kan uttalelsen brukes som tolkingsmoment, og den generelle rettslige utviklingen har også gått i retning av økt mulighet for barn til å opptre som selvstendige individer i rettsprosesser, jf. pkt. 4.4 nedenfor.

I fall adgangen til fastsettelsesdom for barnekonvensjonskrenkelser blir anerkjent, eller påstanden om krenkelse er forankret i EMK eller SP, oppstår spørsmål knyttet til prosessordninger. Mange saker som angår barns rettigheter går etter de særskilte reglene om prøving av administrative tvangsvedtak, jf. tvisteloven kap. 36. Det følger av tvisteloven § 36-1 har fremholdt at «andre krav» ikke kan trekkes inn i saker etter tvisteloven kap. 36. Høyesteretts kjæremålsutvalg har kommet til krav om særskilt fastsettelsesdom for konvensjonsbrudd «klart» må anses som et «annet krav» som her er trukket inn i saken, jf. Rt. 2008 s. 290U (direkte gjaldt saken den tidligere tvistemålsloven, men avgjørelsen gir uttrykk for at rettstilstanden er videreført). En kan sette spørsmålsteget ved om en slik tilnærming stiller uforholdsmessige hindringer i veien for en effektiv tilgang til domstolene, men det er ikke rom for å forfølge denne diskusjonen her.

---

<sup>74</sup> General Comment no. 5 (2003), avsn. 24. Se også merknader i General Comment no. 1 (2001), avsn. 25, General Comment no. 2 (2002), avsn. 13, General Comment no. 4 (2003), avsn. 9, General Comment no. 9 (2007), avsn. 9(b), General Comment no. 11 (2009), avsn. 23 og General Comment no. 12 (2009), avsn. 46–47, jf. avsn. 39.

### 3.3.8 Prøving av BK utenom konkrete rettstvister

Diskusjonen om kollisjonsnormer har først og fremst gått på bruken av disse i konkrete rettstvister. Temaet her er betydningen av komiteens praksis utenom rettssalene, først og fremst når lovgiver skal ta stilling til om norsk lovgivning skal revideres. BK har et klart systemperspektiv, og mange av uttalelsene til komiteen er rettet til myndighetene på et mer overordnet nivå. I slike situasjoner kan det være grunn for lovgiver til å innebygge en viss «buffer» mot konvensjonskrenkelser, i alle fall dersom ingen motstående verdier står på spill. Regjeringspartienes uttalelse i «Soria-Moria-erklæringen» om aktivt følge opp anbefalingene fra Barnekomiteen kan forstås i et slikt perspektiv.<sup>75</sup>

### 3.4 Forholdet til andre folkerettsinstrumenter som beskytter barns rettigheter

Av andre folkerettsinstrumenter som også beskytter barns rettigheter står EMK i en særstilling på grunn av den utpensling av individvernet som har funnet sted gjennom EMDs praksis. Jeg vil på enkelte punkt i fremstillingen komme inn på hvilket vern barn nyter under EMK, men uten å foreta noen utfyllende drøftelser. Temaet her er de rettskildemessige spørsmålene, og først og fremst forholdet mellom EMK og BK.<sup>76</sup>

Mens BK er en global konvensjon om barnets rettigheter spesielt, er EMK en regional konvensjon om borgeres rettigheter generelt, hvor også barn kan være vernet. Likevel viser Barnekomiteen undertiden i sine generelle merknader til rettstilstanden etter EMK,<sup>77</sup> først og fremst fordi beskyttelsen her på flere punkt er godt utviklet.

Når det gjelder påvirkning den andre veien, har EMD i flere avgjørelser vist til BK.<sup>78</sup> Den første dommen fra EMD hvor forholdet til BK berøres er mindretallets merknader i *Olsson II mot Sverige*. I *Johansen mot Norge* prosederte staten med tyngde

---

<sup>75</sup> Uttalelsen er sitert ved note 61 foran.

<sup>76</sup> Se nærmere bl.a. *Smith*, MR 1999 s. 359–363 og *Kilkelly*, i *Fottrell (red.)*, *Revisiting Children's Rights* s. 87–100.

<sup>77</sup> Se f. eks. General Comment no. 8 (2007), avsn. 23–24.

<sup>78</sup> Dette avsnittet er delvis basert på mitt bidrag til NOU 2008:9 (vedlegg 2), hvor jeg også trekker frem flere avgjørelser fra EMD.

på at barnets rettigheter og statens forpliktelser etter BK måtte ha betydning for forståelsen av morens rettigheter etter EMK art. 8. EMD unnlot å ta uttrykkelig stilling til disse anførselene, men en kan neppe utelukke at statens prosedyre bidro til formuleringene i dommen om at foreldre ikke er berettigete til å treffe tiltak som kan skade barnet eller dets utvikling. Det springende punktet i *K.T. mot Norge* var om en undersøkelsessak etter barnevernloven var et nødvendig («necessary») tiltak, jf. EMK art. 8(2). EMD tok utgangspunkt i statens anførsel knyttet til BK, hvor den fremholdt at myndighetene hadde en folkerettslig forpliktelse til å treffe tiltak for å unngå omsorgssvikt, jf. BK art. 19. I denne forbindelse fremholdt EMD (avsn. 63):

«As to the further question whether the impugned interference was «necessary», the Court notes by way of preliminary observation that it fell within the range of measures envisaged in Article 19 of the UN Convention on the Rights of the Child for States to take in order to prevent abuse and neglect of children ... This is an important consideration to be borne in mind in the assessment of the necessity of the interference. Indeed, the parties were in agreement before the Court that, as pointed out by the Supreme Court, the threshold for commencing a section 4-3 investigation should be low.»

Også senere i dommen trekker EMD frem BK art. 19 og understreker statens ansvar for å sikre at barn vokser opp under forsvarlige hjemforhold.

Til nå har BK spilt en tilbaketrukket rolle i EMDs praksis. Antakelig står en midt i en utvikling, hvor EMD i stadig større grad viser til BK og Barnekomiteens praksis.<sup>79</sup> Samtidig er det usikkert hvor langt utviklingen vil fortsette, og om EMD vil være villig til å følge Barnekomiteen på punkter hvor EMD har stilt opp et sterkt vern for foreldrene, eller i andre situasjoner hvor fast praksis etter EMK «yter motstand» mot å velge en tolking i samsvar med BK og tilhørende praksis.

En kan tenke seg kollisjoner mellom ulike menneskerettighetsregler som er inkorporert gjennom menneskerettsloven. En mulig problemstilling kan være dødsstedsundersøkelser etter plutselig spedbarnsdød, jf. drøftelsen nedenfor under 7.3.4.3. Selv om en her etter mitt skjønn ikke står overfor en konfliktsituasjon slik rettstilstanden er per i dag, er problemstillingen illustrerende for de utfordringene som kan oppstå. Menneskerettsloven bygger på at de inkorporerte instrumentene er likeverdige.<sup>80</sup> Motstriden må derfor løses ut fra konkrete betraktninger, og ikke ut fra generelle slutninger om hvilke konvensjoner som får forrang.

---

<sup>79</sup> Se som et annet eksempel fra nyere avgjørelser, *S. og Marper mot Storbritannia*, hvor EMD viser til BK art. 40 i en sak om oppbevaring av DNA-prøver og fingeravtrykk etter frifinnelse av en mindreårig.

<sup>80</sup> Jf. Ot.prp. 45 (2002–03) s. 25 hvor denne likeverdistankegangen brukes som argument for å inkorporere BK.

I norsk barnerett har EU- og EØS-retten så langt vært lite påaktet. Også innenfor barneretten skjer en europeisering. Europaparlamentet vedtok 16. januar 2008 en strategi for barns rettigheter, men allerede innen gjeldende EU-rett kan barnerettslige spørsmål oppstå. EF-domstolens avgjørelse *Zhu og Chen* (C-200/02) kan illustrere de utfordringer som vil komme. En svanger kvinne hadde tatt opphold i Irland med sikte på at barnet som skulle fødes skulle få irsk statsborgerskap, hvilket igjen skulle gi moren rett til å ta opphold i Storbritannia sammen med sitt barn. Både barnet og moren opptrådte som parter, og EF-domstolen kom i en prejudisuell uttalelse til at nektelse av opphold til de private parter ville være i strid med EF-traktaten art. 18 og direktiv 90/364. Utfordringer i møtet med EØS-retten kan også oppstå på annet vis. Mange rettsområder har regler som er implementeringer av EØS-regelverk, jf. f. eks. nedenfor i kap. 8 om personvernlovgivningen. Normalt sett vil ikke EØS-retten innebære krav om fullharmonisering, slik at norske lovregler kan gi barn en styrket rettsposisjon, men på enkelte områder kan det nasjonale handlingsrommet være så snevert at denne muligheten er utelukket.

## 4 Barns rett til å delta i beslutningsprosesser – gjennomføringen av rettigheten

### 4.1 Presentasjon av BK art. 12

Barns rett til respekt for egne synspunkter («respect for the views of the child») regnes som en av BKs fire hovedprinsipper, jf. foran under pkt. 3.2. Prinsippets rettslige forankring er art. 12 som lyder:

«1. States Parties shall assure to the child who is capable of forming his or her own views the right to express those views freely in all matters affecting the child, the views of the child being given due weight in accordance with the age and maturity of the child.

2. For this purpose, the child shall in particular be provided the opportunity to be heard in any judicial and administrative proceedings affecting the child, either directly, or through a representative or an appropriate body, in a manner consistent with the procedural rules of national law.»

«1. Partene skal garantere et barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter, retten til fritt å gi uttrykk for disse synspunkter, og tillegge barnets synspunkter behørig vekt i samsvar med dets alder og modenhet.

2. For dette formål skal barnet særlig gis anledning til å bli hørt i enhver rettslig og administrativ saksbehandling som angår barnet, enten direkte eller gjennom en representant eller et egnet organ, på en måte som er i samsvar med saksbehandlingsreglene i nasjonal rett.»

Den første delen av art. 12 (nr. 1) setter opp en generell forpliktelse for medlemsstatene til å involvere barn i beslutningsprosesser som angår barnet. Forpliktelsen er to-delt. For det *første* skal barnet gis mulighet til å uttrykke sitt syn, hvilket også inkluderer retten til å la være å uttale seg.<sup>81</sup> For det *annet* skal barnets syn tillegges behørig vekt i samsvar med dets alder og modenhet. Bestemmelsens annen del (nr. 2) del er rettet spesielt mot rettslige og forvaltningsmessige prosesser som angår barnet, og pålegger medlemsstatene å la barnet få mulighet til å uttrykke sitt syn i slike saker.

Det er verdt å merke seg at art. 12 etter ordlyden ikke regulerer barns selvbestemmelsesrett, men alene fastsetter at medlemsstatene skal tillegge barnets synspunkter «behørig vekt» («due weight») i samsvar med alder og modenhet. I juridisk teori er denne begrensede rekkevidden av bestemmelsen akseptert.<sup>82</sup> Barnekomiteen har understreket at den vanskeligste utfordringen for statene ikke er

---

<sup>81</sup> Jf. General Comment no. 12 (2009), avsn. 16, 22 og 134(b).

<sup>82</sup> *Hodgkin/Newell*, Implementation Handbook s. 150 og *Sandberg*, i *Høstmølingen m.fl.*, Barnekonvensjonen s. 77–78. Se også *Smith*, FAB 2008 s. 89, men hun skriver også at barns manglende selvbestemmelsesrett er en svakhet ved BK.

å lytte til barn, men er knyttet til å la barns syn få gjennomslag.<sup>83</sup> BK som helhet (se særlig art. 5 og 14 og prinsippet om barnets «gradvise utvikling») bygger på et grunnsyn om at barn i takt med alder og modenhet selv skal treffe beslutninger i saker som angår dem, selv om noen avgjørelser er så inngripende at de må utstå til myndighetsalderen. Ventelig vil derfor rettsutviklingen på sikt innfortolke en rett til selvbestemmelsesrett på visse punkter i art. 12.

Tilløp til en slik utvikling kan spores i Barnekomiteens praksis, og i den generelle kommentaren om ungdoms helse og utvikling skriver komiteen at ungdom som har oppnådd tilstrekkelig modenhet selv skal samtykke til helsehjelp.<sup>84</sup> Foreldrene skal informeres, men bare om dette er til ungdommens beste (jf. art. 3).<sup>85</sup> I den generelle kommentaren om barns rett til å bli hørt skriver komiteen at statene må innføre systemer som sikrer at barn – uansett alder – får *helserådgivning* uavhengig av foreldrenes viten og vilje.<sup>86</sup> Komiteen legger også til grunn at barn selv må samtykke ved medisinsk forsøksvirksomhet, men uten å problematisere eventuelle aldersgrenser eller modenhetsvurderinger.<sup>87</sup> Endelig kan hensynet til konsekvens og harmoni på enkelte områder tilsi en selvbestemmelsesrett. Når barn er over den strafferettslige lavalder og således ansvarlig for egne handlinger og unnlater, kan det virke bakvendt om barnet samtidig mangler evnen til å instruere sin egen forsvarer og selv kan bruke rettsmidler.<sup>88</sup>

Art. 12 har nær forbindelse til andre bestemmelser i BK. Art. 13–15 verner henholdsvis ytringsfriheten, tanke- samvittighets- og religionsfriheten og organisasjons- og forsamlingsfriheten. Art. 9(2) gir barn rett til å delta i saksbehandlingen i saker om atskillelse fra foreldrene og til å fremføre sine synspunkt. Art. 37d og art. 40(2)b(ii) sikrer barns rett til kontradiksjon i saker om frihetsberøvelse og i forbindelse med straffesiktelsler.

Det er mange måter å gruppere rettighetene som følger av bestemmelsen, uten at jeg her skal ta opp ulike distinksjoner som er lansert. Uansett er et sentralt aspekt

---

<sup>83</sup> General Comment no. 5 (2003), avsn. 12. Se også General Comment no. 12 (2009), avsn. 28–31 og avsn. 44.

<sup>84</sup> General Comment no. 4 (2003), avsn. 32, jf. også avsn. 39(d). Sml. også uttalelse i General Comment no. 10 (2007), avsn. 27 om barns samtykke til meglingsordninger etter lovbrudd.

<sup>85</sup> General Comment no. 4 (2003), avsn. 32, jf. avsn. 11. Se også General Comment no. 3 (2003), avsn. 24.

<sup>86</sup> General Comment no. 12 (2009), avsn. 101 (helserådgivning ses atskilt fra helsehjelp), sml. også General Comment no. 4 (2003), avsn. 28 (om barns informasjonsinnhenting med allment).

<sup>87</sup> General Comment no. 12 (2009), avsn. 103, sml. også General Comment no. 3 (2003), avsn. 29.

<sup>88</sup> Jf. General Comment no. 10 (2007), avsn. 45–46, men som ikke direkte statuerer selvbestemmelsesrett. BK art. 40(2)b(v) kan også tolkes slik at den gir barn selvstendig adgang til å bruke rettsmidler, sml. General Comment no. 10 (2007), avsn. 61.

ved rettigheten dens sammensatte preg, hvor involveringen av barn ikke må ses på som en målsetning i seg selv, men som et redskap for å utvikle samhandling mellom barn og voksne, jf. følgende uttalelse fra Barnekomiteen:<sup>89</sup>

«... listening to children should not be seen as an end in itself, but rather as a means by which States make their interactions with children and their interactions on their behalf ever more sensitive to the implementation of children's rights...article 12 requires consistent and ongoing arrangements. Involvement of and consultation with children must avoid being tokenistic ...»

Staten har derfor et ansvar for å sikre at involveringen skjer på alle samfunnsområder og at den ikke bare blir symbolsk («tokenistic»), men reelt sett fører til at barn blir tatt på alvor i saker som angår dem.

Virkeområdet til bestemmelsen er omfattende. Den generelle regelen i art. 12(1) dekker «alle forhold som vedrører barnet» («in all matters affecting the child»),<sup>90</sup> mens den spesielle regelen i art. 12(2) omfatter enhver domstols- eller forvaltningsprosess som «berører barnet» («affecting the child»).<sup>91</sup> Særlig denne siste passasjen rekker vidt. I juridisk litteratur har Hodgkin og Newell tatt til orde for at barn skal involveres i straffesaker mot foreldrene, hvor straffegjennomføringen vil påvirke kontakten mellom foreldre og barn.<sup>92</sup>

Jeg har ikke i denne utredningen gått nærmere inn og analysert rekkevidden av art. 12, men utviklingen – både etter BK og i hjemlig rett – går i retning av stadig større aksept for at barn skal involveres i beslutningsprosesser som mer indirekte berører dem ved at det offentlige griper inn overfor foreldrene. Et illustrerende eksempel for den økende aksepten av barn som selvstendige aktører er straffegjennomføringsforskriften (22. feb. 2002 nr. 183) § 1-3. Denne fastsetter at barnet «har rett til å uttale seg om saker som direkte angår dem». For eksempel må barn involveres dersom myndighetene vurderer straffegjennomføring med elektronisk kontroll («hjemmesoning») for personer som har omsorg for barn eller er samværsforeldre. Se også diskusjonen hos *Holmboe*, LoR 2009 s. 65–66.

Barnekomiteen har understreket statens plikt til å gjøre barn oppmerksomme på rettighetene etter art. 12.<sup>93</sup> Etter ordlyden i art. 12 er rettighetene individuelle og

---

<sup>89</sup> General Comment no. 5 (2003), avsn. 12, gjentatt i Day of General Discussion on the Right of the Child to be Heard (2006), avsn. 13 (se også General Comment no. 12 (2009), avsn. 132–133).

<sup>90</sup> Se General Comment no. 12 (2009), del C som diskuterer uttaleretten etter art. 12 i ulike situasjoner, jf. også avsn. 26–27 som understreker det vide nedslagsfeltet til art. 12(1).

<sup>91</sup> Jf. General Comment no. 12 (2009), avsn. 32–33 om disse begrepene.

<sup>92</sup> Jf. *Hodgkin/Newell*, Implementation Handbook s. 155–156. Se også *Sandberg*, i *Høstmælingen m.fl.*, Barnekonvensjonen s. 85.

<sup>93</sup> CRC/C/15/Add.178, avsn. 21 (Belgia); CRC/C/15/Add.203, avsn. 26 (Island, som mer gjaldt rettigheten på gruppenivå); CRC/C/15/Add.240, avsn. 22 (Frankrike), jf. *Hodgkin/Newell*, Implementation Handbook s. 152.

tilkommer det enkelte barn («the child»), men komiteen har tolket bestemmelsen dit hen at den også gir barn rettigheter på gruppenivå, for eksempel til å delta i lovgivningsprosesser, jf. pkt. 4.6.3 nedenfor.<sup>94</sup> Videre har komiteen betont nødvendighetene av at involveringen skjer systematisk, fremfor å være knyttet til enkelthendelser.

I avsluttende merknadene til Norges andre rapport oppfordrer komiteen Norge til regelmessig gjennomgang av eget lovverk.<sup>95</sup>

«The Committee is concerned that many children are not aware of their rights in this domain ... [right to be heard] under the Convention and national laws, or of the opportunities which have been created for their views to be expressed. ... The Committee recommends, further, that the State party undertake a regular review of the extent to which children's views are taken into consideration and of the impact this has on policy, programme implementation and on children themselves..»

Fremstillingen i det følgende er et forsøk på å besvare denne utfordringen. Problemstillingen er hvorvidt barns rettigheter etter art. 12 er tilstrekkelig innarbeidet i det norske regelverket.

## **4.2 Harmonisering av regler om barns selvbestemmelses- og uttalerett**

### **4.2.1 Innledning**

I forbindelse med inkorporeringen av BK ble aldersgrensen for barns uttalerett senket fra 12 til 7 år i barnevernloven § 6-3,<sup>96</sup> og lovgiver foretok tilsvarende endringer i barneloven § 31.<sup>97</sup> Bakgrunnen for endringene var BK art. 12, og siktemålet var å synliggjøre bestemmelsen og sikre respekten for barns synspunkter.<sup>98</sup> I juridisk teori har flere argumentert for at lovfastsatte aldersgrenser (kombinert med unntak etter skjønn) er lite i samsvar med forpliktelsene etter BK art. 12.<sup>99</sup> Barnekomiteen syntes tidligere å akseptere aldersgrenser som forenlig med

---

<sup>94</sup> General Comment no. 5 (2003), avsn. 12 og General Comment no. 12 (2009), avsn. 9.

<sup>95</sup> CRC/C/15/Add.126, avsn. 24–25. Se videre Day of General Discussion on the Right of the Child to be Heard (2006), avsn. 42 som gir en lignende oppfordring til samtlige medlemsstater, sml. også General Comment no. 12 (2009), avsn. 49.

<sup>96</sup> Se Ot.prp. 45 (2002–03) s. 32–33 og s. 62–63.

<sup>97</sup> Se Ot.prp. 29 (2002–03) s. 57–63 og s. 81.

<sup>98</sup> Se Ot.prp. 45 (2002–03) s. 28.

<sup>99</sup> Sandberg, Tilbakeføring s. 258–259; Stang, Det er barnets sak s. 112; Hodgkin/Newell, Implementation Handbook s. 153 og 155; Aasen, FAB 2008 s. 26–27.



konvensjonen, så lenge myndighetene hadde utviklet mekanismer for å sikre at barn under minimumsalderen involveres dersom de har tilstrekkelig modenhet.<sup>100</sup> I den generelle kommentaren om barns rett til å bli hørt understreker imidlertid komiteen at art. 12 er uten aldersgrenser og fraråder statene fra å innføre aldersgrenser som kan fungere som barrierer for barns uttalerett.<sup>101</sup> Jeg skal ikke forfølge diskusjonen om rettmessigheten og hensiktsmessigheten av aldersgrenser her, men jeg skal i det følgende se på lovregler om barns selvbestemmelses- og uttalerett. Siktemålet er ikke å gi en uttømmende analyse av det norske lovverket, men jeg vil se på strukturelle forhold og særlig hvorvidt reglene er tilstrekkelig harmonisert. Denne gjennomgangen vil bli holdt opp mot målsetningen som ble satt under inkorporeringsprosessen om å synliggjøre BK art. 12 og respekten for barns synspunkter.

Begrepsbruken reiser særlige utfordringer og varierer mellom ulike forfattere. En samlebetegnelse, som er dekkende, men tungvint, er «Involvering av barn i beslutningsprosesser som angår det selv». Jeg har likevel valgt å bruke selvbestemmelsesrett (med underkategorien medbestemmelse) og uttalerett som begreper. Fordelen er at de er etablert i juridisk litteratur og noenlunde selvforklarende. Ulempen med de valgte begrepene er at de ikke får frem de mange mellomvariantene, samspillet mellom den materielle beslutninger og prosessen og de krav som stilles til formidling av saksutfallet til barn. Barnekomiteen og juridisk litteratur omtaler undertiden at barn skal «høres» («hearing»), men dette gir et bilde av enveiskommunikasjon fra barnet til beslutningstakeren, uten å få frem samspillet mellom dem. Om begrepsbruken, se særlig *Smith*, Foreldremyndighet og barnerett s. 201, jf. også *Stang*, Det er barnets sak s. 123, *Aasen*, FAB 2008 s. 17–19 og *Sandberg*, i *Høstmølingen m.fl.*, Barnekonvensjonen s. 78. I General Comment no. 12 (2009), avsn. 3 og 13 er komiteen positiv til bruk av konseptet «deltakelse» («participation»).

Norsk lovgivning er temmelig differensiert hva angår barns selvbestemmelses- og uttalerett. Utgangspunktet må tas i at barn er likestilt med voksne i den forstand at de er selvstendige rettssubjekter. Samtidig kan barn ha begrenset selvbestemmelsesevne, enten *faktisk* (ved at de ikke er i stand til å uttrykke beslutninger) eller *rettslig* (ved at lovverket ikke tillegger utsagnet fra barnet fulle rettsvirkninger). Disse to komponentene henger sammen, og en hovedledetråd i lovverket er å gi barn rettslig handleevne når de har faktisk evne til å innse og overskue konsekvensene av egne valg. Selvbestemmelsesevnen øker i takt med alder og utvikling, og i perioden frem mot full selvbestemmelsesrett har lovverket satt opp regler som lar voksne omsorgspersoner være representanter for barna. De sentrale

---

<sup>100</sup> Day of General Discussion on the Right of the Child to be Heard (2006), avsn. 51.

<sup>101</sup> General Comment no. 12 (2009), avsn. 21 (om art. 12 generelt) og art. 52 (om omsorgstvister spesielt, hvor komiteen anbefaler konkrete vurderinger fra barn til barn).

rettslige figurene i så måte er foreldreansvaret og vergemålet. Foreldreansvaret gir en representasjonsrett i personlige forhold, mens vergemål er begrenset til økonomiske og prosessuelle gjøremål.<sup>102</sup> I denne sammenhengen er det ikke nødvendig å gå inn på forholdet mellom disse begrepene og reglene om hvem som innehar de ulike posisjonene. Normalsituasjonen for de fleste barn er at de to biologiske foreldrene både innehar foreldreansvaret og er verger.

Når barn fyller 18 år er de myndige, jf. vergemålsloven § 1.<sup>103</sup> Dermed bestemmer de også over seg selv, med mindre særlige unntaksregler kommer inn. Flere lovbestemmelser tar utgangspunkt i myndighetsalderen (f. eks. førerett for personbil, veitrafikkloven § 24(3)), men en rekke lovregler opererer også med særskilte aldersmessige skjæringspunkt både hva angår mindreåriges ansvar og rettigheter. På ansvarssiden står straff og erstatning sentralt, og her anvender lovverket to prinsipielt forskjellige tilnæringsmåter. Straffansvar er bare aktuelt for barn som har fylt 15 år på gjerningstidspunktet (straffeloven § 46 og straffeloven (2005) § 20a). Barns erstatningsansvar beror på en konkret rimelighetsvurdering, som ikke er knyttet til noen bestemt aldersgrense (skadeserstatningsloven § 1-1).<sup>104</sup> Derimot er avkortning knyttet til alder, og skadelidte barn under 10 år er beskyttet mot redusert erstatning som følge av medvirkning (skadeserstatningsloven § 5-1 nr. 1).<sup>105</sup> Foruten å illustrere prinsipielt ulike reguleringsteknikker – kobling til alder kontra konkrete modenhetsvurderinger – viser lovgivningseksemplene forskjellige innfallsvinkler. Straff- og erstatningsansvar (herunder myndighetsreglene) pålegger barn plikter, mens medvirkningsreglene er en verneregulering som styrker barns rettsposisjon sammenlignet med voksne.<sup>106</sup>

Lovverket har en rekke regler som utvider «barnebegrepet». Én gruppe er bestemmelser som gir unge voksne samme rettigheter som barn, jf. f. eks. barnevernloven § 1-3(2) som fastsetter at tiltak som er iverksatt før fylte 18 år kan opprettholdes eller erstattes inntil «barnet» har fylt 23 år (så lenge vedkommende samtykker). En lignende bestemmelse fremgår av pasientrettighetsloven § 2-1(7) som gir hjemmel for å gi barn og unge under 23 år særlige rettigheter i form av psykiatriske hjelpetiltak.

---

<sup>102</sup> Vergemålsloven § 1 og barneloven § 33 (sistnevnte kunne vært mer uttrykkelig formulert, jf. *Backer*, *Barneloven* s. 236 med videre henvisninger).

<sup>103</sup> Barneloven § 33 inneholder ingen tilsvarende regel for opphør av foreldreansvaret, jf. *Backer*, *Barneloven* s. 316.

<sup>104</sup> Om vurderingsmomentene, se særlig Rt. 2003 s. 433A.

<sup>105</sup> Se også den særskilte regelen i jernbaneansvarsloven § 9 om utvidet objektivt ansvar dersom skadelidte er under 15 år.

<sup>106</sup> Inndelingen av regler i verne- og kontrollregler er hentet fra Syse, se *Kjønstad/Syse*, *Velferdsrett I* s. 426–430.

Foruten rettighetsregler har lovverket også en del forbuds- eller pliktbestemmelser som gir unge voksne en svakere rettsposisjon sammenlignet med «fullt voksne», f. eks. forbyr alkoholloven § 1-5(1) bl.a. salg av «brennevin» til noen som er under 20 år og barnevernloven § 4-24(3) gir hjemmel for at tvangstiltak kan vare ut over fylte 18 år. Endelig finnes enkelte verneregler, som f. eks. forbudet mot å avgi livsvarig klosterløfte før fylte 20 år, jf. lov om trdomssamfunn og ymist anna § 4 og aldersgrensen på 25 år for å samtykke til sterilisering, jf. steriliseringsloven § 2. En egen gruppe er regler som fastsetter minste alderskrav for ulike stillinger, og som synes å være gitt ut fra et samfunnsmessig krav om en viss modenhet, jf. f. eks. yrkestransportloven § 37c om 20 års aldersgrense for kjøreseddel for yrkestransport og grunnloven § 91 om 30 år som minstealder for å bli utnevnt som høyesterettsdommer (i praksis spiller bestemmelsen ingen rolle).

I det følgende skal jeg la ansvars- og verneperspektiver ligge. Temaet videre er regelutformingen når det gjelder barns kompetanse til å bestemme over seg selv og sine interesser, herunder de rettslige kravene til å involvere barna i beslutningsprosessen.

Reglene om barns selvbestemmelses- og uttalerett er komplekse. En sentral faktor i så måte er at de ofte involverer flere parter: Barnet, foreldre/verger, offentlige organ og private aktører (eks. medkontrahenter). I tillegg beror løsninger av enkeltspørsmål regelmessig på at flere regelfragmenter må ses i sammenheng, og de kan være hentet fra ulike deler av rettssystemet (offentlig-/privatrett), som ikke alltid er samordnet. Bildet kompliseres også av at enkeltbestemmelser både kan være rett-/pliktregler og kompetanseregler, hvilket tidvis først kan avklares etter en komplisert tolkingsprosess. Endelig dekker regelverket mange ulike typer beslutninger. Normalt har nok regelkonsipistene sett for seg enkeltstående begivenheter, hvor avgjørelsen enten kan skje i form av positive tiltak fra barnet/foreldrene eller gjennom å la være å uttrykke protest (herunder ulike mellomformer av disse). I praksis står barn og foreldre ofte overfor løpende beslutningsprosesser, som ikke alltid passer inn i lovgivningens typetilfeller.

Et grunnleggende prinsipp i alle sammenhengene er aktørenes plikt til å handle ut fra barnets interesser, uten at det i denne sammenhengen er rom for å gå inn på de mange nyansene som ligger i dette prinsippet.<sup>107</sup> Handler omsorgspersoner på tvers av barnets interesser, kan myndighetene gripe inn med omsorgsovertakelse og andre tiltak etter barnevernloven. I tillegg setter lovverket gjennom ulike typer regler opp rammer for hvilke beslutninger foreldre kan ta på barnets vegne.

---

<sup>107</sup> Rekkevidden og de nærmere enkelthetene er sammensatt, jf. nærmere *Haugli*, FS-Lødrup s. 313–326 og *Haugli*, i *Høstmælingen m.fl.*, Barnekonvensjonen s. 46–62. Fra Barnekomiteens praksis, se bl.a. General Comment no. 6 (2005), avsn. 19–22, General Comment no. 7 (2006), avsn. 13 og General Comment no. 11 (2009), avsn. 30–33, 82 og 86.

Et illustrerende eksempel på foreldrenes begrensede kompetanse er pasientrettighetsloven § 4-9. Etter bestemmelsens første avsnitt kan pasienter nekte å motta blod eller blodprodukter under henvisning til egen «alvorlig overbevisning». Derimot kan ikke foreldre nekte slike behandlingstiltak på vegne av egne barn, jf. bestemmelsens tredje avsnitt som fastsetter at pasienter må være myndig. Et annet eksempel er opplæringsloven § 2-1(5) som gir hjemmel for bøtStraff for foreldre som ikke har sett til at barn under deres omsorg får pliktig opplæring.

#### 4.2.2 Forsøk på en grovinndeling av reglene

Et tankemessig hovedskille går mellom materielle regler (som angår hvem som bestemmer hva) og prosessuelle regler (som fastsetter fremgangsmåten). Den materielle grunnnormen er fastsatt i barneloven § 33 som fastsetter at «foreldre skal gi barnet stadig større sjølvråderett med alderen og fram til det er myndig». Går en til de nærmere materielle reglene om beslutningskompetansen, kan disse deles inn i undergrupper:<sup>108</sup>

- 1) Der hvor foreldre/verge har det avgjørende ordet, selv om barnet er uenig.
  - a. Normalt er da avgjørelsen endelig og barnet må bøye seg for den, selv om det kan være uklart hvor langt de voksne kan gå i å bruke makt for å gjennomføre beslutningen.<sup>109</sup>
  - b. Unntaksvis åpner lovverket for at offentlige organer kan overprøve de voksnes avgjørelser, enten etter begjæring fra barnet,<sup>110</sup> eller av eget tiltak.<sup>111</sup>
- 2) Der hvor barnet treffer avgjørelsen selv, uavhengig av foreldres/vergers protest. Myndighetsalderen er 18 år, men lovverket setter særskilte – og lavere – aldersgrenser for bestemte handlinger/tiltak, jf. straks nedenfor.
- 3) Der hvor foreldre/verge har kompetansen, men hvor barnets samtykke eller medvirkning er nødvendig.<sup>112</sup>
- 4) Der hvor beslutningskompetansen uansett ligger hos myndighetene, og hvor barnets mening

---

<sup>108</sup> Se også diskusjonen og inndelingene hos *Smith*, Foreldremyndighet og barnerett s. 241–242.

<sup>109</sup> Se *Backer*, Barneloven s. 267–270.

<sup>110</sup> Se f. eks. vergemålsloven § 40(3)2 (adgang for mindreårige til å bringe vergens avgjørelse inn for overformynderiet). Se også psykisk helsevernloven § 2-1(2) og § 2-2(4).

<sup>111</sup> Se f. eks. barnevernloven § 6-7(4)1 (om overprøving av foreldrenes samtykke til opphevelse av taushetsplikten). Se også sosialtjenesteloven § 8-8(4) og familievernkontorloven § 6(3).

<sup>112</sup> Se f. eks. vergemålsloven § 56 (gaver krever samtykke om den mindreårige er over 15 år).

- a. i form av et samtykke eller søknad er et nødvendig, men ikke tilstrekkelig, vilkår for å oppnå en rettsvirkning (ofte henger barns kompetanse sammen med en oppnådd aldersgrense),<sup>113</sup>
- b. er et av flere relevante moment som myndighetene skal legge vekt på.<sup>114</sup>
- c. en særvariant av den foregående er regler hvor kompetansen ligger hos myndighetene nettopp fordi borgeren er mindreårig.<sup>115</sup>

Flere lovbestemmelser kan ha elementer av de forskjellige typetilfellene, særlig i form av «trappetrinnsmodeller» hvor barnet får større selv- og medbestemmelsesrett i takt med økende alder. For eksempel setter pasientrettighetsloven § 4-4 den helserettslige myndighetsalder til 16 år. Likevel har pasienter under 16 år rådighet i enkelte situasjoner,<sup>116</sup> og for visse typer inngrep gjelder en aldersgrense på 18 år.<sup>117</sup> I tillegg er det begrensninger på i hvilken grad tiltak kan settes i verk på barn under 16 år selv om foreldrene har samtykket, dersom barnet motsetter seg inngrepet.<sup>118</sup>

Den andre hovedgruppe lovregler fastsetter prosessen. Disse er av svært forskjellig karakter. I proposisjonen til inkorporeringen av BK deler departementet dem inn i to hovedkategorier: De som utløses etter krav fra barnet og de som det offentlige må utøve av eget tiltak.<sup>119</sup> Illustrerende for den differensierte tilnærmingen er reglene i forvaltningsloven kap. IV, som gjelder saksbehandlingen i saker om enkeltvedtak (hvor barn er part). Reglene om forhåndsvarsel (§ 16) er knyttet til alder (15 år), mens forvaltningens plikt til å sikre at barnet har fått mulighet til gi uttrykk for sitt syn (§

---

<sup>113</sup> Se f. eks. adopsjonsloven § 6(2)1 (adopsjon av barn over 12 år krever barnets samtykke). Se også steriliseringsloven § 4(2), statsborgerskapsloven § 31 og navneloven § 12. De to siste bestemmelsene inneholder formuleringer som gir mulighet for å fravike kravet om samtykke fra barn (over 12 år).

<sup>114</sup> Se f. eks. forvaltningsloven § 17(1)3 (mindreåriges syn skal tillegges vekt i samsvar med deres alder og modenhet). Se også barneloven § 31(2) og barnebertføringsloven § 12(c). Førstnevnte er knyttet til aldersgrense (7 år), kombinert med konkret modenhetsvurdering for yngre barn, mens sistnevnte er basert på en modenhetsvurdering. Se også *Backer*, Barneloven s. 251 og *Smith*, Foreldremyndighet og barnerett s. 250–252 om hvorvidt forvaltningen uten lovhjemmel kan overprøve utøvingen av foreldreansvaret.

<sup>115</sup> Se f. eks. transplantasjonsloven § 1 (inngrep på personer under 18 år skal godkjennes av fylkesmannen).

<sup>116</sup> Se *Aasen*, FAB 2008 s. 10–13 og *Syse*, Pasientrettighetsloven s. 313–318 og s. 330–331.

<sup>117</sup> F. eks. plastisk kirurgi med et kosmetisk siktemål, jf. Ot.prp. 12 (1998–99) s. 84; rundskriv I-8/2003; *Smith/Lødrup*, Barnerett s. 114 og s. 123; *Aasen*, FAB 2008 s. 10; *Backer*, Barneloven s. 314–315; *Syse*, Pasientrettighetsloven s. 314 og s. 330–331.

<sup>118</sup> *Aasen*, FAB 2008 s. 22–25.

<sup>119</sup> Ot.prp. 45 (2002–03) s. 39–40.

17) avhenger av hvorvidt barnet er i stand til å danne seg egne synspunkter på det saken gjelder.

Ellers er prosessuelle rettigheter dels knyttet til hvorvidt tiltaket er rettet mot barnet, jf. barnevernloven § 6-3 og sosialtjenesteloven § 8-3 som har særlige regler om partsrettigheter, jf. nedenfor under pkt. 4.4.2. Også opplæringsloven §§ 2-9(4) og 3-7(4) faller i denne kategorien. Her gis elever en uttalerett forut for disiplinærreaksjoner i skolen.

Uttalebestemmelsene i opplæringsloven er ikke uttømmende. Dersom reaksjonen er så alvorlig at den anses som et enkeltvedtak, vil eleven ha partsrettigheter etter de alminnelige reglene i forvaltningsloven, jf. Ot.prp. 46 (1997–98) s. 158 og s. 163.

Skillet mellom materielle spørsmål og prosess er normalt lett å trekke, men på noen punkt oppstår gråsoner. Dessuten har enkelte saksbehandlingsregler klare innslag av materielle vurderinger, slik som bruk av barns rett til å nekte å gi vitneforklaring for domstolene. Endelig kan materielle og prosessuelle regler påvirke hverandre, jf. f. eks. abortloven § 4(1). Etter ordlyden regulerer bestemmelsen bl.a. foreldrenes rett til å uttale seg, men den er tolket dit hen at kvinner over 16 år selv bestemmer i abortspørsmålet.<sup>120</sup>

I tillegg til de gjennomgåtte lovfastsatte reguleringer kommer ulovfestede regler. F. eks. inneholder forvaltningsloven § 13a nr. 1 ingen regler om når barn selv kan samtykke til formidling av taushetsbelagte opplysninger og hvem som skal samtykke på vegne av barn som mangler samtykkeevne. Rettsanvenderne må da løse spørsmålet ut fra generelle prinsipper. Spørsmålet har ikke vært oppe for Høyesterett, og ulike forfattere har forskjellige oppfatninger. Et hovedskille går mellom de som argumenterer for å anvende reglene i helselovgivningen analogisk (barnet samtykker selv om over 16 år),<sup>121</sup> og de som tar til orde for konkrete vurderinger ut fra barnets modenhet og sakens art.<sup>122</sup> I prinsippet kan en også tenke seg en 15-årsgrense, ut i fra at en ellers i forvaltningslovgivningen har ansett denne alderen som skjellsettende.<sup>123</sup>

---

<sup>120</sup> *Smith*, Foreldremyndighet og barnerett s. 238, *Syse*, Abortloven s. 208 og *Backer*, Barneloven s. 252.

<sup>121</sup> Se f. eks. *Smith*, Foreldremyndighet og barnerett s. 258–260 (argumenter ut fra utkastet til legelov) og *Rasmussen*, Kommunikasjonsrett og taushetsplikt s. 235–238, begge med videre henvisninger.

<sup>122</sup> Se f. eks. *Backer*, Barneloven s. 260 og s. 266–267 (med henvisninger til aktuell litteratur). *Kjønstad*, i *Kjønstad m.fl.*, Sosial trygghet og rettssikkerhet s. 378–379 er åpen til spørsmålet.

<sup>123</sup> Se f. eks. forvaltningsloven § 16 (forhåndsvarsel), barnevernloven § 6-3 (partsrettigheter i barnevernsaker) og barnevernloven § 4-26 (samtykke til «avtalt tvang»).

Rt. 2005 s. 1293A gir et annet eksempel på ulovfestet regulering. I en tilleggsbemerkning (avsn. 19) fremholdt Høyesterett at barn over 14 år selv avgjør om de skal benytte seg av retten til å la være å gi forklaring, jf. nå straffeprosessloven § 122(1)3 som setter en 12-årsgrense. Se også nedenfor under pkt. 8.2 om spørsmål knyttet til publisering av personopplysninger på Internett.

### 4.2.3 Barns uttalerett og ulike aldersgrenser

Departementet viet i proposisjonen til inkorporeringsloven stor plass til respekten for barns synspunkter i form av barns uttalerett. Som nevnt ble alderstersklene i både barnevernloven og adopsjonsloven senket til 7 år. I tillegg gjennomgikk barneloven en parallell endring. Siden aldersgrensene fikk så pass stor oppmerksomhet, kan det være grunn til å se nærmere på ulike lovbestemmelser som har høyere aldersgrenser.

Pasientrettighetsloven § 4-4 inneholder nærmere regler om samtykke til helsehjelp på vegne av barn under 16 år. Samtykkekompetansen er etter § 4-4 første og annet avsnitt lagt til foreldrene eller andre med foreldreansvaret, eventuelt barneverntjenesten. Tredje avsnitt har en egen bestemmelse om involvering av barn i beslutningsprosessen:<sup>124</sup>

«Etter hvert som barnet utvikles og modnes, skal barnets foreldre, andre med foreldreansvaret eller barnevernet, jf. annet ledd, høre hva barnet har å si før samtykke gis. Når barnet er fylt 12 år, skal det få si sin mening i alle spørsmål som angår egen helse. Det skal legges økende vekt på hva barnet mener ut fra alder og modenhet.»

12-årsgrensen var ifølge departementet en videreføring av tidligere ulovfestede regler, men valg av aldersgrense synes særlig motivert ut i fra den daværende regelen i barneloven § 31(2).<sup>125</sup> I juridisk teori har Aasen tatt til orde for at § 4-4(3) må tolkes i lys av endringene i barneloven § 31(2), slik at barn normalt skal involveres allerede fra 7 års alder,<sup>126</sup> mens Backer er skeptisk til en slik tilnærming.<sup>127</sup> Med hensyn til lovtolkningen tiltrer jeg Aasen, men mer ut fra hensynet til harmoni i vårt

---

<sup>124</sup> Bestemmelsen er nevnt i inkorporeringsproposisjonen (Ot.prp. 45 (2002–03) s. 28), men departementet foretar ingen egentlig vurdering av § 4-4 opp mot de øvrige lovendringene hvor aldersgrenser senkes.

<sup>125</sup> Ot.prp. 12 (1998–99) s. 84–85 og s. 134.

<sup>126</sup> Aasen, FAB 2008 s. 20–21 (som vil la spørsmålet avgjøres ut fra en konkret modenhetsvurdering). Se også Syse, Pasientrettighetsloven s. 314, jf. s. 331, men han var mer uforbeholden i 2. utg. (s. 275).

<sup>127</sup> Backer, Barneloven s. 312, men han tar samtidig til orde for at 7-årsregelen i barneloven § 31 skal ha betydning ved skjønnsutøvelsen etter pasientrettighetsloven § 4-4(3)1.

eget rettssystem, selv om også BK art. 12 er relevant.<sup>128</sup> Imidlertid er det en fare for at regelen i pasientrettighetsloven § 4-4(3) blir praktisert i samsvar med sin ordlyd. For eksempel viser Sosial- og helsedirektoratet i sitt rundskriv til 12 år som den skjellsettende aldersgrensen.<sup>129</sup>

Øvrig helselovgivning viser i stor utstrekning til pasientrettighetsloven (herunder § 4-4) og lar denne få tilsvarende anvendelse, jf. helsepersonelloven § 22, biobankloven § 11, lov om alternativ behandling ved sykdom § 7 (med reservasjonen at pasientrettighetsloven § 4-4 gjelder «så langt den passer») og helseforskningsloven § 17(3). De foregående innvendingene har derfor overføringsverdi også til disse samtykkesituasjonene.

Vergemålsloven har nærmere bestemmelser om den umyndiges (herunder mindreåriges) involvering i beslutningsprosesser i § 40(1):

«Hvis den umyndige er over 14 år, skal vergen høre hva den umyndige har å si før han eller hun treffer avgjørelse om den umyndiges økonomiske forhold. Om den umyndiges medbestemmelsesrett i personlige forhold gjelder reglene i barnelovens § 31.»

Opprinnelig hadde vergemålsloven § 40 en to-delning mellom personlige spørsmål (høring etter fylte 12 år) og «andre spørsmål av viktighet» (høring etter 15 år), men denne ble revidert i forbindelse med vedtakelsen av barneloven i 1981. Siden da har bestemmelsen skilt mellom *økonomiske forhold* og *personlige forhold*. I *økonomiske forhold* gjelder en plikt for vergen til å involvere den umyndige når denne er over 14 år,<sup>130</sup> mens i *personlige forhold* gjelder barneloven § 31. Da alderstersklene i barneloven § 31 ble endret ved inkorporeringen av BK, gjennomgikk vergemålsloven § 40(1) en tilsvarende endring på grunn av henvisningene til for så vidt gjelder *personlige forhold*. Aldersterskelen på 14 år i *økonomiske forhold* ble imidlertid beholdt. Departementet foretok her et bevisst lovgivervalg siden vergemålsloven var under revisjon.<sup>131</sup> Vergemålsutvalget har foreslått å beholde henvisningen til barnelovens regler hva gjelder *personlige forhold*, mens aldersterskelen i *andre saker* er foreslått senket til 12 år (utkast til § 2-4(3)). I motivene har utvalget understreket at vergen etter omstendighetene også bør samrå seg yngre mindreårige.<sup>132</sup> Selv om det er forskjeller mellom økonomiske og personlige spørsmål, er de neppe så

---

<sup>128</sup> Se General Comment no. 4 (2003), avsn. 32 hvor Barnekomiteen påpeker nødvendigheten av at ungdom får uttale seg før foreldre samtykker på deres vegne (uten å peke på noen aldersgrense) og General Comment no. 12 (2009), avsn. 100 (hvor komiteen viser til barns «evolving capacities»).

<sup>129</sup> Rundskriv IS 12-2004 s. 33–34.

<sup>130</sup> Om begrunnelsen for å senke aldersterskelen fra 15 til 14 år i økonomiske forhold, se NOU 1977:35 s. 48 (utvalget foreslo 7 år som skjellsettende alder i personlige forhold).

<sup>131</sup> Ot.prp. 45 (2002–03) s. 28.

<sup>132</sup> NOU 2004:16 s. 104.



grunnleggende at vergemålslovgivningen bør ha andre aldersgrenser enn annen lovgivning. Etter mitt skjønn bør derfor den nye vergemålsloven koordineres med barneloven § 31 og barnevernloven § 6-3.

Lov om trdomssamfunn og ymist anna fastsetter at barn over 15 år kan melde seg inn og ut av trossamfunn. Loven har nærmere regler om representert inn- og utmelding for barn under 15 år, jf. §§ 5 og 6. Bestemmelsene har også en side til BK art. 14 og foreldrenes rettigheter EMK (1. tilleggsprotokoll art. 2), men her skal jeg se nærmere på involveringen av barnet i beslutningsprosessen. Barn som er 12 år eller eldre har etter § 6 en rett til å si sin mening «om det let seg gjera».<sup>133</sup> Uttaleretten med tilhørende aldersgrense var foranlediget av vergemålsloven § 40, som da hadde en regel om uttalerett i personlig spørsmål for umyndige som hadde fylt 12 år (se foran om vergemålsloven).<sup>134</sup> For barn under 15 år og medlemskap i Den norske kirke finnes en tilsvarende regel om uttalerett for barn over 12 år, jf. kirkeloven § 3 nr. 4 annet avsnitt.<sup>135</sup> Bruken av 12 år som skjellsettende grense i de to lovene er ikke i samsvar med det grunnsynet departementet la til grunn i forbindelse med inkorporeringen av BK.<sup>136</sup>

Fokus har til nå vært rettet mot ulike aldersgrenser i norsk lovgivning. Et tilgrenset spørsmål er nødvendigheten av skjønn og konkrete modenhetsbetraktninger for barn som er under de lovfastsatte grensene.<sup>137</sup> Barnekomiteen har fremhevet at statene må operere med en form for presumsjon for at barnet skal få anledning til å uttale seg (min kursivering):<sup>138</sup>

«States parties shall assure the right to be heard to every child «capable of forming his or her own views». This phrase should not be seen as a limitation, but rather as an obligation for States parties to assess the capacity of the child to form an autonomous opinion to the greatest extent possible. This means that States parties cannot begin with the assumption that a child is incapable of expressing her or his own views. On the contrary, States parties should presume that a child has the capacity to form her or his own views and recognize that she or he has the right to express them; it is not up to the child to first prove her or his capacity. ... The

---

<sup>133</sup> Bestemmelsen er nevnt i inkorporeringsproposisjonen (Ot.prp. 45 (2002–03) s. 28), men departementet foretar ingen egentlig vurdering av § 6 opp mot de øvrige lovendringene hvor aldersgrenser senkes.

<sup>134</sup> Ot.prp. 27 (1967–68) s. 33.

<sup>135</sup> Bestemmelsen kom inn i den dagjeldende kirkeordningsloven av 29. april 1953 nr. 1 i forbindelse med vedtakelsen lov om trdomssamfunn i 1969.

<sup>136</sup> Jf. *Backer*, Barneloven s. 299 som mener disse aldersmessige reservasjonene nok må anses uskrevet på grunn av BK art. 12 og 14.

<sup>137</sup> Om diskusjoner og utviklinger i synet på lovfastsatte aldersgrenser, se note 99 flg. foran.

<sup>138</sup> General Comment no. 12 (2009), avsn. 20–21.

*Committee emphasizes that article 12 imposes no age limit on the right of the child to express her or his views, and discourages States parties from introducing age limits either in law or in practice which would restrict the child's right to be heard in all matters affecting her or him.»*

Adopsjonsloven § 6 og barnevernloven § 6-3 har en god utforming sett fra et barnekonvensjonsperspektiv.<sup>139</sup> Bestemmelsene fastsetter at «yngre barn [enn 7 år] som er i stand til å danne seg egne synspunkter, skal informeres og gis anledning til å uttale seg». Også barneloven § 31 hviler på en klar forutsetning om at barn under 7 år skal gis anledning til å uttale seg, men ellers synes lovreglene regelmessig å mangle en slik klausul. Ut fra Barnekomiteens tilnærming er dette en klar svakhet ved den rettslige reguleringen. I tillegg til lovgivningen er det grunn til å understreke viktigheten av administrative verktøy som rundskriv m.v. for å sikre at ulike aktører i praksis ikke ser lovfastsatte aldersgrenser som absolutte regler.

### **4.3 Konsekvens i lovgivningen?**

Til nå har jeg gjennomgått materielle og prosessuelle regler separat. I dette avsnittet vil jeg legge sontringen mellom substans og saksbehandling til side og prøve å gi en sammenfattende beskrivelse av lovgivningsstrategien. Jevnt over synes aldersgrenser foretrukket på områder hvor lovgiver har ønsket rettsteknisk enkle regler, mens modenhetsvurderinger er valgt hvor hensynet til individuell rimelighet er sentralt.<sup>140</sup> Rettstilstanden er stedvis preget av at de ulike områdene er revidert sektorvis, uten at lovkonsepistene har foretatt sammenlignende analyser av barns rettsstilling. Enkelte tradisjoner har nok også utviklet seg. Av nyere dato er lovgivningstrenden i forbindelse med inkorporeringen som bruker 7 år som skjæringsalder for når barn skal få uttale seg i saker som angår egen person, kombinert med en skjønnspreget regel for yngre barn.<sup>141</sup> Ellers er gjennomgående 15 år er brukt som skjellsettende alder i forvaltnings- og sivilprosessen,<sup>142</sup> i tillegg til i økonomiske anliggender.<sup>143</sup>

---

<sup>139</sup> Se også statsborgerloven § 31(3). Formuleringen er valgt med sikte på å synliggjøre BK art. 12, jf. Ot.prp. 41 (2004-05) s. 236.

<sup>140</sup> Se f. eks. overveielserne til endringene av forvaltningsloven i forbindelse med inkorporeringen av BK i Ot.prp. 45 (2002-03) s. 40.

<sup>141</sup> Se foruten barneloven § 31(2), adopsjonsloven § 6(1) og barnevernloven § 6-3(1).

<sup>142</sup> Se foruten henvisningene i note 123 eksempelvis forvaltningsloven §§ 18(1) og 27(1), opplæringsloven § 2-3a og tvisteloven §§ 2-4(2), 14-1(1) og 36-3(2). Unntaket fra henholdsvis den forvaltningsrettslige og sivilprosessuelle trend er sosialtjenesteloven § 6-3 og skifteloven § 18, som begge opererer med 16-årsgrense og straffeprosessloven § 122(1)3 som setter opp en 12-årsgrense.

Helselovgivningen knytter regelmessig rettsvirkninger til fylte 16 år.<sup>144</sup> For øvrig er lovgivningspraksis sprikende med hensyn til valget mellom 12,<sup>145</sup> 14,<sup>146</sup> 15<sup>147</sup> og 16<sup>148</sup> år, eventuelt om involveringen fullt ut beror på modenhet.<sup>149</sup> I tillegg kommer skolelovgivningen som tidvis lar klassetrinnet være utslagsgivende, jf. opplæringsloven § 2-5(3) og 6-2(6).<sup>150</sup> Regelutformingen er dernest preget av en fasettert tilnærming,<sup>151</sup> med ulike former for hybrider av aldersgrenser og modenhetsvurderinger og eventuelt delt (materieell eller prosessuell) kompetanse mellom barn og foreldre.

Langt på vei er den mangfoldige rettslige reguleringen en konsekvens av at barn er en differensiert gruppe som kan møte spørsmålet i forskjellige situasjoner. Samtidig kan regelverket på noen punkter virke inkonsistent. I forbindelse med inkorporeringen av BK ble 7 år langt på vei sett på som den skjellsettende alderen for når barn skal involveres i beslutningsprosesser. Som gjennomgangen har vist har flere lovregler likevel beholdt høyere aldersgrenser. Et illustrerende eksempel på at lovverket sender ut sprikende signaler er skolesituasjonen.<sup>152</sup> Kontaktlæreren skal

---

<sup>143</sup> Se f. eks. vergemålsloven §§ 32, 33 og 56 og arbeidsmiljøloven § 11-1 (for øvrig er reglene i arbeidsmiljøloven differensierte med hensyn til aldersgrenser).

<sup>144</sup> Se f. eks. abortloven § 4 (men med skjønsmessig adgang for kvinner under 16 år); smittevernloven § 2-1; psykisk helsevernloven §§ 2-2 og 4-8; pasientrettighetsloven §§ 3-3, 3-4 og 4-4; helsepersonelloven § 22, helseregisterloven § 5; bioteknologiloven §§ 5-5 og 6-4; biobankloven § 11; lov om alternativ behandling ved sykdom § 7(3); helseforskningsloven § 17. Unntaket er kosmetiske inngrep uten medisinsk formål hvor det gjelder en 18-årsgrense, jf. note 117 foran.

<sup>145</sup> Se adopsjonsloven § 6 (men aldersgrensen er 7 år for uttalerett), sosialtjenesteloven § 8-3(2)1 (partsrettigheter, men uten alderstilknytning for uttalerett), statsborgerloven § 31(2) og navneloven § 12.

<sup>146</sup> Se vergemålsloven § 40.

<sup>147</sup> Se f. eks. lov om trdomssamfunn § 3, barneloven § 32, folkeregisterloven § 11, politiloven § 13, gravferdsloven § 10 og arbeidsmiljøloven § 11-1.

<sup>148</sup> Se f. eks. straffeloven § 78, våpenloven § 7, dyrevernavloven § 9 (sml. dyrevelferdsloven § 6), barne bortføringsloven § 4 og familievernkontorloven §§ 6 og 12.

<sup>149</sup> Forvaltningsloven § 11d(1), sosialtjenesteloven § 8-3(1)1 (men for partsrettigheter er aldersgrensen 12 år), barnehageloven § 3(3)1 (formulert for å være i overensstemmelse med BK art. 12, jf. Ot.prp. 72 (2004–05) s. 35–36 og s. 109), forskrift 22. feb. 2002 nr. 183 til straffegjennomføringsloven § 1-3 (fastsetter at barnet skal uttale seg, men uten å knytte denne retten til en bestemt alder eller en modenhetsvurdering). Flere bestemmelser lar også betydningen av barnets syn bero på en vurdering ut fra alder og modenhet, jf. f. eks. barne bortføringsloven § 12(c) og statsborgerloven § 31(3)2.

<sup>150</sup> Se også valgloven § 2-1(1)a hvor skjæringstidspunktet er fylte 18 år i løpet av valgåret.

<sup>151</sup> Se også *Smith*, Foreldremyndighet og barnerett og *Backer*, Barneloven s. 255–256.

<sup>152</sup> Om barns uttalerett i skolesituasjonen, se General Comment no. 12 (2009), avsn. 105–114.

etter regelverket ha minst to årlige samtaler med foreldrene. Eleven har først rett til å være med etter fylte 12 år.<sup>153</sup> Selv om mange skoler nok involverer elever under denne aldersgrensen, sender regelverket ut signaler som oppleves som motstridende. I den dagligdagse skolesituasjonen er 12-årsgrensen avgjørende for deltakelse, samtidig som barn allerede fra 7 år skal involveres i beslutninger omkring foreldreansvar og bosted. Skal barn sosialiseres inn i rollen som aktør i beslutningsprosesser om egen person og situasjon, er det viktig at en begynner med dagliglivet (hjem og skole).

Først og fremst er mangfoldighetene i den norske reguleringen en nasjonal utfordring. Likevel har den også en side til BK. Barnekomiteen har fremholdt at en må være på vakt mot inkonsekvens i rettslig regulering i form av at ulike aldersgrenser for rettigheter og plikter.<sup>154</sup> Gjennomgangen av våre hjemlige regler viser at de er preget av sektorvis regulering og uten en helhetlig tilnærming. I tillegg er nok noen av dagens «høye» aldersgrenser mer et produkt av manglende revisjon enn bevisste lovgivervalg. Etter mitt syn tilsier derfor hensynet til forpliktelsen etter BK art. 12 en gjennomgang av reguleringen knyttet til barns materielle beslutningskompetanse og hvilke saksbehandlingsmåter som skal gjelde i så måte.

En ulempe med den differensierte reguleringen er manglende oversiktighet, både for barn og voksne. Dermed er det også en fare for at materielle eller prosessuelle rettigheter som er tilstått barn ikke følges opp i praksis fordi regelverket blir for ugjennomtrengelig for rettsbrukerne, som i de fleste tilfeller er foreldre, barn og lokale myndigheter.

## **4.4 Barnet i omsorgstvister – objekt eller subjekt?**

### **4.4.1 Innledning. Barnekonvensjonens grunnsyn**

I mange saker som behandles av det offentlige er barnet hovedpersonen, for eksempel i saker om omsorgsovertakelse, samvær, fratakelse av foreldreansvar og samtykke til adopsjon etter barnevernloven («barnevernsaker») og i tvister mellom foreldrene om foreldreansvar, bosted og samvær etter barneloven («barnefordelingstvister»). De to sakstypene kan med en fellesbetegnelse kalles «omsorgstvister». I disse tvistene kan barnet sies å være objektet eller

---

<sup>153</sup> Se forskrift til opplæringsloven (23. juni 2006 nr. 724) § 3-8(2)5 og forskrift til privatskolelova (14. juli 2006 nr. 932) § 3-2(1)5.

<sup>154</sup> Day of General Discussion on the Right of the Child to be Heard (2006), avsn. 38. Se også CRC/C/15/Add.203, avsn. 20–21 (Island) og CRC/C/15/Add.240, avsn. 22 (Frankrike).

undersøkelsesgjenstanden. En sentral side ved BK art. 12 og et grunnsyn bak konvensjonen er å se på barn som selvstendige individer med egne rettigheter:<sup>155</sup>

«The Convention asserts the status of the child as an individual person and holder of human rights. The child is not a possession of parents, nor of the State, nor simply an object of concern.»

En slik tankegang bygger på en oppfatning av at barn er aktører og kan opptre på egne vegne som rettssubjekter. Spørsmålet er om det norske regelverket kan sies å bygge opp under et slikt grunnsyn.<sup>156</sup> Rammene for denne utredningene tilsier at kun et fåtall rettsområder kan undersøkes, og jeg har valgt ut barnevernsaker og barnefordelingstvister.

#### 4.4.2 Barns partsstilling i barnevernsaker

I sivilprosessen skiller lovgivningen klart mellom partsevne (retten til å være selvstendig subjekt i saken) og prosessdyktighet (evnen til å opptre på egne vegne), jf. tvisteloven §§ 2-1 og 2-2. Barn har partsevne, men vil regelmessig mangle prosessdyktighet. Barnevernsaker er en spesiell del av forvaltningsretten, og forvaltningsprosessen sonderer ikke klart mellom partsevne og prosessdyktighet.<sup>157</sup> Partsbegrepet står imidlertid sentralt, jf. forvaltningsloven § 2 bokstav e). Part er den som vedtaket retter seg mot eller «ellers direkte gjelder». Barnevernsaker gjelder direkte barnet, og de vil etter definisjonen i forvaltningsloven være parter.<sup>158</sup> Imidlertid gjelder forvaltningsloven bare så langt ikke annet følger av særlovgivningen, jf. barnevernloven § 6-1. Barnevernloven § 6-3 inneholder en særregulering av barns rettigheter i barnevernsaker. Bestemmelsen åpner for at barnet kan opptre som part og gjøre partsrettigheter gjeldende ut fra en skjønnsmessig vurdering (ulike kriterier for barn over/under 15 år). I tillegg er barnet

---

<sup>155</sup> General Comment no. 8 (2006), avsn. 47. Se også General Comment no. 7 (2006), avsn. 3, General Comment no. 12 (2009), avsn. 18 og komiteens kritikk til Frankrike, jf. CRC/C/FRA/CO/4, avsn. 7 (med henvisning til tidligere merknader). For en analyse av rettighetstankegangen, se bl.a. *Sund*, IJCR 2006 s. 327–337.

<sup>156</sup> Se også diskusjonen hos *Skivenes*, Retfærd 2003 (102) s. 76–77.

<sup>157</sup> Se *Forvaltningskomiteen* s. 154 som er avvisende til å regulere spørsmålet om prosessdyktighet, jf. også *Smith*, Foreldremyndighet og barnerett s. 235.

<sup>158</sup> Jf. også *Stang*, Det er barnets sak s. 106–107 og *Haugli*, FAB 2003 s. 56–57.

alltid part i saker om tvangsplassering på grunn av atferdsvansker, jf. § 4-24.<sup>159</sup> Forarbeidene synes å forutsette at barn som faller utenfor vilkårene i § 6-3 i prinsippet er parter, men at de ikke kan gjøre partsrettigheter gjeldende.<sup>160</sup> Også ut fra ordlyden er denne slutningen nærliggende. I en kjennelse i Rt. 2000 s. 358U kom imidlertid kjæremålsutvalget til at to barn under 15 år – som hadde fått oppnevnt setteverge – ikke hadde partsevne, og derfor heller ikke kunne bringe fylkesnemndens vedtak inn for retten.<sup>161</sup> Jeg har stor forståelse for saksutfallet. Kommunen hadde initiert oppnevningen av hjelpeverge for på denne måten å oppnå en domstolsoverprøving som barneverntjenesten etter de dagjeldende reglene var avskåret fra. I Rt. 1998 s. 1592U hadde barnet (under 15 år) begjært hjelpeintervensjon under lagmannsrettens prøving av et vedtak om omsorgsovertakelse (gutten var ikke part under tingrettens eller fylkesnemndens behandling), men uten å vinne frem.

Begrepsbruken i Rt. 2000 s. 358U er interessant. Kjæremålsutvalget skriver at barn under 15 år ikke har partsevne (til å angripe fylkesnemndas vedtak). Ellers i sivilprosessen er retten å opptre som part uavhengig av alder, mens prosessdyktigheten er aldersbetinget. Kjæremålsutvalget knyttet partsevnen i barnevernsretten til alder. Denne rettslige konstruksjonen var nødvendig for å avskjære søksmålet i den aktuelle saken. Så lenge barna hadde fått oppnevnt setteverge – som spesifikt hadde fått myndighet til å ivareta barnas interesser i forbindelse med rettslig prøving – og dermed hadde voksenpersoner som kunne handle på deres vegne, kunne ikke søksmålet avvises under henvisning til manglende prosessdyktighet. Saken illustrerer også en rettskulturkollisjon mellom sivilprosessen og barnevernsprosessen. I tvistemålstenkningen er alder og modenhet irrelevant for partsevnen, mens i barnevernsretten er dette avgjørende, og om partsevne inntreer er denne vidtrekkende, ved at ungdom som parter i barnevernsaker selv kan bestemme over prosessen, for eksempel bruk av rettsmidler.

Barn over 15 år har partsrettigheter så sant det forstår hva saken gjelder, jf. barnevernloven § 6-3(2)1. Partsrettigheter etter denne bestemmelsen omfatter også rett til å begjære rettslig overprøving, uavhengig av de øvrige parters standpunkt.<sup>162</sup> Barn under 15 år kan av fylkesnemnda tilstå partsrettigheter i «særskilte» tilfeller, jf. barnevernloven § 6-3(2)2. Domstolene kan på samme grunnlag innvilge

---

<sup>159</sup> Se Rt. 1998 s. 1471U hvor kjæremålsutvalget tolker § 6-3(2)3 presiserende og fastsetter at denne bare gjelder saken etter § 4-24 (og ikke der hvor atferdsvansker er en del av bildet i saker om omsorgsovertakelse etter § 4-12).

<sup>160</sup> NOU 1985:18 s. 270 (henviser til de generelle vilkår for partsstatus etter forvaltningsloven), jf. også Innst. O. 80 (1991–92) s. 32 (påpeker at barnevernloven supplerer forvaltningsloven).

<sup>161</sup> Juridisk teori hadde forut for kjæremålsutvalgets avgjørelse gått inn for en tilsvarende tolking, jf. *Ofstad/Skar*, Barnevernloven s. 314 (3. utg. s. 221). Se også *Stang*, Det er barnets sak s. 107, men hun argumenterer rettspolitisk mot den etablerte oppfatningen.

<sup>162</sup> Se kjæremålsutvalgets kjennelse av 27. mars 2001 (HR-2001-321-U).

partsrettigheter under rettslig overprøving, jf. Rt. 1999 s. 490U. Ved vurderingen skal det ifølge kjæremålsutvalget ikke «legges avgjørende vekt på barnets ønske og det behov barnet selv mener å ha for partsrettigheter». Jeg er enig med kjæremålsutvalget i at barnets ønsker og behov ikke er avgjørende, men den nærliggende slutningen ut fra kjæremålsutvalgets formulering er at disse momentene også har begrenset vekt. I så fall har jeg vanskelig for å tiltre kjæremålsutvalgets tilnærming. Uansett må spørsmålet om partsrettigheter løses ut i fra nåtidens rettslige klima, hvor barns rettsstilling er styrket bl.a. gjennom inkorporeringen av BK.<sup>163</sup>

Til nå har spørsmål om partsstatus i praksis dukket opp under rettergang eller fylkesnemndsbehandling, men de kan også dukke opp i en ren forvaltningsrettslig kontekst, for eksempel ved at et barn på 14 år henvender seg til barneverntjenesten og ber om hjelpetiltak.<sup>164</sup> Kompetansen til å tilkjenne barn under 15 år partsrettigheter er lagt til fylkesnemnden, jf. § 6-3(2)2. Bestemmelsen må likevel tolkes slik at også barneverntjenesten kan treffe denne typen vedtak i saker som ikke verserer for nemnden. Etter mitt skjønn bør praksis legge seg på en liberal linje, særlig der hvor partsstatus er nødvendig for å sikre en reell involvering av barnet i samsvar med BK art. 12.<sup>165</sup>

En særlig problemstilling knytter seg til begjæringer om dokumentinnsyn fra barn som har vært en del av barnevernssaker. Etter mitt syn må en da la være å henfalle til diskusjonen omkring hvorvidt barna i sin tid var part, men avgjøre innsynsretten ut fra om barnet nå anses som part.<sup>166</sup> Særlige problemstillinger er knyttet til opplysninger som angår andre enn barnet, men disse spørsmålene må løses med utgangspunkt i de alminnelige reglene i forvaltningsloven § 19 (som direkte gjelder enkeltvedtak, men som gir uttrykk for allmenne prinsipper). Når saken står for fylkesnemnden har partene en utvidet rett til dokumentinnsyn, jf. barnevernloven § 7-4(2), men denne retten gjelder bare når saken verserer for nemnden eller i rettssystemet.

---

<sup>163</sup> Jf. i denne retning Høyesteretts ankeutvalg i Rt. 2009 s. 411U, jf. pkt. 3.3.3 foran.

<sup>164</sup> Se bl.a. diskusjonene hos *Stang*, Det er barnets sak s. 106–110 og 408 og *Oppedal*, Akutthjemlene s. 493–494.

<sup>165</sup> I Ot.prp. 69 (2008–09) s. 48 synes departementet å legge seg på en forholdsvis restriktiv praksis med hensyn til at barn under 15 år tilstås partsrettigheter (og dermed samtykkekompetanse) ved utarbeidelse av individuell plan.

<sup>166</sup> Slik også Justisdepartementets lovavdeling, uttalelse av 23. mars 2009 (2009/01084 EO ATV/ASH/an).

Mens barnevernloven § 6-3 knesetter 15 år som skjellsettende alder bruker sosialtjenesteloven § 8-3 på sin side 12 år. Opprinnelig fremmet sosiallovutvalget forslag om en felles lov for sosial- og barneverntjenester med 12-års aldersgrense, jf. NOU 1985:18 s. 269–270 og s. 355. Under den videre lovprosessen ble sosialtjenesteloven og barnevernloven behandlet separat, og her ble ikke aldersgrensene koordinert. Ulik aldersgrense kan skape praktiske problemer, siden mange barn er involvert i saker etter begge lovene.

#### **4.4.3 Barns partsstilling i barnefordelingstvister**

I barnefordelingstvister er barnet tvistegjenstanden, selv om denne formelle betegnelsen ikke brukes i saker uten økonomisk interesse. Lovverket åpner ikke for at barn kan opptre som part, men derimot kan barn opptre som partshjelpere (tidligere «hjelpesintervener») til støtte for en av foreldrene, jf. tvisteloven § 15-7. Denne muligheten har også vært søkt utnyttet i praksis, jf. Rt. 2001 s. 146U. Her begjærte en gutt på 15 år hjelpeintervensjon til støtte for faren i en sak om tvangsfullbyrdelse i form av tvangsmulkt. Retten avviste begjæringen, og et sentralt poeng var at uttaleretten kunne ivaretas på annen måte.

#### **4.4.4 Barns partsstilling ved klage etter EMK**

Dersom en omsorgstvist blir brakt inn for EMD, oppstår spørsmål om barns partsstilling. Både ut fra et overordnet perspektiv og for å analysere de internrettslige norske reglene nærmere, kan det være interessant å se på barns partsstilling ved klage til EMD.

De fleste materielle bestemmelsene i EMK innledes med at enhver («everyone») har nærmere fastsatte rettigheter. Illustrerende for denne reguleringsteknikken er art. 8 om rett til familieliv og art. 13 om rett til et effektivt rettsmiddel. Alle borgere («any person») har klagerett etter art. 34. Reglene beskytter dermed alle fysiske individer, også mindreårige.<sup>167</sup> De fleste barn vil imidlertid ikke være i stand til å håndheve egne rettigheter, og er avhengig av at voksne på barnas vegne bringer saken inn for EMD. Flere slike saker har vært behandlet av EMD. Den typiske situasjonen har vært at EMD har behandlet barnas klage samtidig med foreldrenes klage over brudd på deres rettigheter, jf. f. eks. *Eriksson mot Sverige* og *Scozzari og Giunta mot Italia*. EMD har ikke festet seg ved hvorvidt barnet for nasjonale domstoler har vært part. Illustrerende i så måte er silingsavgjørelsen i *Kleuver mot Norge*, hvor moren klaget både på egne og sønnens vegne over

---

<sup>167</sup> Mindreårige har partsevne, jf. *Bårdsen*, *Krenkelser og klager* s. 151 med henvisninger til praksis.



soningsforholdene. Sønnen var ikke part under de hjemlige prosessene (se Rt. 1994 s. 1244A og Rt. 1998 s. 1190A), men EMD tok likevel opp klagen som moren hadde fremmet på hans vegne.<sup>168</sup> Foreldre har også mulighet til å fremme klager på barns vegne, uten selv å opptre som part for EMD. Denne innfallsvinkelen brukte EMD i silingsavgjørelsen i *I. og U. mot Norge*. Her var foreldrene alene parter under behandlingen i fylkesnemnden og for nasjonale domstoler, men klaget på barnas vegne over at disse ikke fikk ha samvær med sin yngre søster.

EMK art. 13 gir enhver som påstår seg å være utsatt for krenkelser av rettighetene i konvensjonen og tilleggsprotokollene en rett til en effektiv prøvingsrett for nasjonale myndigheter.<sup>169</sup> Bestemmelsen er ikke knyttet til alder, og utgangspunktet er derfor at barn som mener at deres rett til familieliv er krenket, skal ha mulighet til å angripe avgjørelsen som beskjerer deres rettighet. Dersom et barn på 12 år gjennom et fylkesnemndsvedtak avskjæres muligheten for samvær med sine søsken, må vedkommende – gjennom foreldrene som verge eller ved setteverge – ha mulighet til å angripe avgjørelsen. På samme måte kan en argumentere for at et barn som får beskåret samvær i forhold til egne ønsker med en av foreldrene i en barnefordelingssak må kunne angripe avgjørelsen. Den første utfordringen kan løses ved en liberal tolking av barnevernloven § 6-3 og kravet om «særskilte tilfeller». Den andre potensielle regelkonflikten kan elimineres ved å tilkjenne barn partsstatus, men en kan også diskutere rekkevidden av EMK art. 13, og argumentere for at barn ikke bør gjøres til selvstendige rettssubjekter i denne relasjonen.

Innenfor rammen av denne utredningen har det ikke vært anledning til å gå grundigere inn i EMK art. 13. Jeg har heller ikke diskutert vernet etter art. 6 (retten til domstolsprøving av saker om sivile tvister), og grenseflatene mellom art. 6 og 13. Forhåpentligvis har jeg likevel klart å vise at art. 13 reiser utfordringer for den tradisjonelle norske tilnærmingen, jf. også diskusjonene hos *Oppedal*, Akutthjemlene s. 471–491.

#### **4.4.5 Sammenfattende diskusjon**

Samlet sett må lovgivningen sies å innta en restriktiv holdning til la barn være part. Denne tilnærmingen kan være problematisk holdt opp mot BK art. 12 og

---

<sup>168</sup> Se nærmere *Søvig*, FAB 2003 s. 138–139 hvor jeg bl.a. diskuterer hvorvidt den prosessuelle vinklingen også har hatt betydning for den materielle vurderingen (manglende frikobling av barnets rettsposisjon fra foreldrenes).

<sup>169</sup> Se bl.a. *Aall*, *Rettsstat og menneskerettigheter* s. 66–67 med videre henvisninger.

konvensjonens grunnsyn om å se på barn som subjekter, jf. også EMK art. 13. Etter mitt skjønn må det avgjørende ut fra BK art. 12 uansett være graden av deltakelse, ikke formelle posisjoner. Regelverket gir barn uttalerett, selv om det ikke er part. I fall en barnevernssak ligger slik an at barnet har interesser som går på tvers av de øvrige partene (foreldre/barneverntjeneste) eller på annen måte har særlig behov for å få en selvstendig stilling, åpner barnevernloven § 6-3 for å gi barn under 15 år partsstatus. Ved denne vurderingen må BK art. 12 stå sentralt.

Antakelig ville det harmonere bedre både med BK art. 12 og den øvrige norske lovgivningen å revidere barnevernloven § 6-3 slik at forvaltningen og domstolene plikter å vurdere om barn over 12 år skal innvilges partsevne. Selv om barns rett til involvering etter BK art. 12 kan sikres på andre måter enn gjennom partsstatus, er det ikke uten videre overbevisende at barnevernloven har regler som snevrer inn partsbegrepet sammenlignet med de alminnelige bestemmelsene i forvaltningsloven.<sup>170</sup> Også bruken av en høyere aldersgrense enn i andre sammenlignbare lovbestemmelser, slik som sosialtjenesteloven § 8-3, er en relevant rettspolitisk innvending mot § 6-3.

I barnefordelingstvister er regelverket med tilhørende praksis enda mer avvisende til å gi barn en selvstendig stilling enn i barnevernretten. Denne restriktive linjen er etter mitt skjønn fornuftig.<sup>171</sup> Selve rettsinstituttet «partshjelper» er lite egnet i denne sakstypen. Barnets inntreden er formelt knyttet til en av foreldrene, og barnet blir ikke en selvstendig aktør, men må ta stilling til konflikten gjennom å velge side. En annen mulighet vil være å gi barnet fulle partsrettigheter med muligheter til å bruke rettsmidler på tvers av foreldrenes posisjoner, men etter mitt skjønn er det grunn til å holde fast ved den tradisjonelle tilnærmingen om at det er foreldrene som setter i gang og avslutter denne typen rettslige prosesser.

I fall konfliktnivået eller andre hensyn tilsier at barnet bør få en forsterket rettslig posisjon for å sikre at dets syn kommer frem, bør involveringen heller skje ved å oppnevne prosessfullmektig for barnet, jf. barneloven § 61 nr. 5, enn å trekke barnet inn i prosessen som partshjelper.<sup>172</sup> Også her må det avgjørende opp mot BK art. 12 være graden av deltakelse, ikke formelle posisjoner.

---

<sup>170</sup> Se også diskusjonene hos *Stang*, Det er barnets sak s. 106–110 (som går lengre enn undertegnede i retning av å tilkjenne partsstatus), sml. også *Haugli*, FAB 2003 s. 56–57.

<sup>171</sup> Jf. også *Backer*, Barneloven s. 458–459

<sup>172</sup> Se til sammenligning Barnekomiteens merknader til Sverige, hvor komiteen anbefaler at Sverige vurderer å tilby barn som er involvert i særs konfliktfylte barnefordelingssaker nødvendig hjelp, jf. CRC/C/15/Add.248, avsn. 24 (men uten å ta opp spørsmål om partsstatus).

Det kan oppleves som motsetningsfylt at jeg argumenterer for at barn i større grad bør trekkes inn som parter i barnevernssaker enn i barnefordelingssaker, men jeg mener det er grunnlag for nyanseringer mellom disse to sakstypene. Barnevernssaker gjelder foreldre som myndighetene antar har utilstrekkelige omsorgsevner og derfor har begrenset evne til å ivareta barnets tarv. Også i barnefordelingssaker kan konfliktnivået indikere manglende evne hos foreldrene til å prioritere barnets interesser, men de er likevel skikket til å ta hånd om barna (med mindre det samtidig verserer en barnevernsak). Barnefordelingstvister er dessuten mindre vidtrekkende ved at barna uansett skal bo hos sine biologiske og/eller sosiale foreldre, mens barnevernsaker innebærer at barn – enten midlertidig eller for lang tid – skal vokse opp utenfor foreldrehjemmet.

Avslutningsvis vil jeg understreke at rettsområdet er komplekst, og det er ikke gitt at økt bruk av partsstatus reelt sett vil styrke barns posisjon. Inntreden som part kan øke konfliktnivået, i tillegg til å kreve ressurser. I saker som involverer foreldrene som parter, bør de ikke samtidig opptre som verger for egne barn med partsevne.<sup>173</sup> Myndighetene må derfor måtte oppnevne setteverge, hvilket innebærer at barnet får enda en voksenperson å forholde seg til.

En problemstilling som har paralleller til diskusjonene foran er rettsstillingen til barn underlagt psykisk helsevern. Barn under 16 år betraktes som frivillig innlagt så lenge foreldrene samtykker til innleggelsen, men er gitt en særlig rett til å bringe spørsmålet om innleggelse inn for kontrollkommissjonen, jf. psykisk helsevernloven § 2-1(2). Retten til domstolsprøving etter tvisteloven § 36-3(2) tilkommer den vedtaket retter seg mot, men likevel slik at mindreårige under 15 år bare kan reise sak om det følger av særskilt lovbestemmelse. Både barnevernloven § 6-3 og sosialtjenesteloven § 8-3 har særregler som gir partsevne til barn som tvangsinnlegges. Psykisk helsevernloven mangler en tilsvarende bestemmelse. Etter mitt skjønn taler gode grunner for å innfortolke en slik rett for barn under 15 år. EMK art. 5 gir alle innbyggere et vern mot vilkårlig frihetsberøvelse, men EMD har gått langt i å akseptere at foreldrene har rådighet over barna i denne typen spørsmål, jf. særlig *Nielsen mot Danmark*. Argumentasjonen fra det menneskerettslige plan må derfor hentes fra BK. Art. 37d gir frihetsberøvede barn en rett til overprøving enten ved en domstol eller et uavhengig organ, og bestemmelsen må antakelig tolkes slik at barnet selv kan utøve denne rettigheten.

#### **4.5 En mellomrefleksjon – selvbestemmelsesrett og egenrisiko**

Retten til selvbestemmelsesrett forbindes med en positiv verdi: Å råde over seg selv. Samtidig innebærer retten også at den som har den på sin side sitter med risikoen for dårlige valg på egne vegne. Evnen til å treffe langsiktige valg tar lang tid å utvikle.

---

<sup>173</sup> Se General Comment no. 12 (2009), avsn. 36 som understreker muligheten for interessekonflikter mellom barn og foreldre.

Flere har f. eks. reist spørsmålstegn ved om unge bør ha rett til å velge å avslutte utdanning og om selvbestemmelsesretten i denne situasjonen bør beskjæres i forhold til i dag.<sup>174</sup> En annen aktuell problemstilling er ungdoms publisering av personopplysninger om seg selv på Internett eller andre informasjonskanaler, jf. pkt. 8.3 nedenfor. På noen områder har myndighetene grepet inn og skjerpet alderskravene, f. eks. når det gjelder medisinske inngrep av kosmetisk art.<sup>175</sup> Utviklingen har ellers gått i retning av at lovfastsatte aldersgrenser flyttes til «barnas gunst». Illustrerende i så måte er stemmerettsalderen, som nå er fylte 18 år i løpet av valgåret.<sup>176</sup> Barns vern mot strafferettslig forfølgning har hatt en tilsvarende utvikling (om enn aldermessig nominelt motsatt), og den kriminelle lavalder er nå 15 år.<sup>177</sup> Den strafferettslige lavalderen og stemmerettsalderen er to symbolsk viktige aldersgrenser, som undertiden brukes som argument for å ha tilsvarende grenser på andre områder, selv om de ikke angår barns selvbestemmelsesrett i snever forstand. Ventelig vil utviklingen fortsette i retning av stadig større grad av selvbestemmelse for yngre barn.

Utfordringen for samfunnet er å balansere autonomi som grunnleggende prinsipp opp mot den faktiske erkjennelsen av at unge voksne ikke har samme erfaringsgrunnlag som voksne og derfor begrenset selvbestemmelsesevne.<sup>178</sup> Rettsordenens særlige utfordring er å møte naturens gradvise utvikling med regler som setter opp grenser uten å være unødige firkantete.

Se til illustrasjon av problemstillingen Barnekomiteens merknader til Island, hvor komiteen uttrykker bekymring over at den seksuelle lavalderen er satt så lavt som til 14 år, jf. CRC/C/15/Add.203, avsn. 38.

---

<sup>174</sup> *Smith/Lødrup*, Barn og foreldre s. 121 og *Collin-Hansen*, Barnets rett til opplæring s. 344.

<sup>175</sup> Jf. pkt. 4.2.2 med note 117 foran.

<sup>176</sup> Valgloven § 2-1-(1)a og § 2-2. Om den historiske utviklingen fra 25 år i 1814, se *Andenæs/Fliflet*, Statsforfatningen s. 142–143. For kommunevalget i 2011 vil det være en forsøksordning med stemmerett for ungdom som fyller 16 år i løpet av valgåret, jf. St.meld. 33 (2007–08) s. 54–55 og Innst. S. 163 (2008–09) s. 14.

<sup>177</sup> Straffeloven § 46 og straffeloven (2005) § 20(1)a. Om den historiske utviklingen fra 10 år som laveste aldersgrense i kriminalloven av 1842, se *Andenæs m.fl.*, Alminnelig strafferett s. 295–296.

<sup>178</sup> Se bl.a. diskusjonene hos *Freeman*, The moral status s. 95–98, *Breen*, Age Discrimination and Children's Rights s. 1–43 og *Archard*, Children s. 70–84.

## 4.6 Gjennomføring av uttaleretten

### 4.6.1 Problemstillingen

Som nevnt tidligere ble spørsmål om barns uttalerett viet stort oppmerksomhet i forbindelse med inkorporeringen av BK, men diskusjonen var i stor grad rettet mot bruk av aldersgrenser. Temaet her er gjennomføring av uttaleretten: På hvilken måte skal og bør barn trekkes inn i prosessen? Problemstillingen bør diskuteres både ut i fra at uttaleretten er en individrettighet og en rett som tilkommer barn på gruppenivå, men hovedvekten vil bli lagt på den første problemstillingen.

### 4.6.2 På individnivå

Innenfor rammen av denne utredningen er det ikke rom for å gå inn i alle aspekter vedrørende gjennomføring av uttaleretten på individnivå, og jeg vil innsnevre drøftelsen til å se nærmere på noen enkeltheter når det gjelder involvering av barn i prosesser som vedgår dem og som verserer for fylkesnemndene eller domstolene, jf. art. 12(2).

Art. 12(2) angir at barnet enten kan uttale seg direkte eller «gjennom en representant eller et egnet organ» («through a representative or an appropriate body»). I den generelle kommentaren om barns rett til å bli hørt går komiteen inn på ordlyden i art. 12, og tolker den slik at valgretten ikke tilkommer medlemsstatene, men det enkelte barn:<sup>179</sup>

«After the child has decided to be heard, he or she will have to decide how to be heard: “either directly, or through a representative or appropriate body”. The Committee recommends that, wherever possible, the child must be given the opportunity to be directly heard in any proceedings.»

Selv om komiteens tilnærming er i tråd med barneperspektivet som konvensjonen bygger på, er det mye som taler for at konsipistene av konvensjonen mente å legge denne valgretten til myndighetene. Koblingen til de nasjonale prosessreglene, jf. siste del av art. 12(2) støtter opp under en tolking av at gjennomføringsmåten ikke er opp til hvert enkelt barn.

Komiteens uttalelse om «direkte høring» er formulert som en anbefaling, slik at medlemsstatene må ha en viss form for skjønnsmargin med hensyn til hvordan

---

<sup>179</sup> General Comment no. 12 (2009), avsn. 35. Se også General Comment no. 10 (2007), avsn. 44 om barns direkte uttalerett som siktet/tiltalt.

barnets syn skal innhentes.<sup>180</sup> Samtidig har komiteen i sin praksis gått temmelig detaljert til verks. I sine sluttbemerkninger etter Finlands tredje rapport uttalte komiteen (min kursivering):<sup>181</sup>

«The Committee recommends that the State party take legislative and other measures to ensure that article 12 of the Convention is fully implemented, in particular that the child has the right to express his/her views *directly* to the judge when decisions in judicial and/or administrative proceedings affecting the child have to be taken.»

Uttalelsen er reservasjonsløs, men må leses på bakgrunn av at bare barn over 15 år etter finsk rett hadde en ubetinget rett til å fremme sine synspunkter direkte (i barnevern- eller familiesaker).

EMD har behandlet flere saker hvor et sentralt tema har vært manglende involvering av barn, men problemstillingen har da vært formulert ut i fra foreldreperspektivet. I *Kutzner mot Tyskland* konstaterte EMD krenkelse av foreldrenes rett til familieliv, jf. EMK art. 8. Som et element i vurderingen av om en omsorgsovertakelse var et nødvendig inngrep fremholdt EMD at barna – som var 4 og 6 år gamle da den siste nasjonale ankeinstansen behandlet saken – ikke på noe tidspunkt var hørt av nasjonale domstoler. I *Sahin mot Tyskland* konstaterte EMD i kammer krenkelse (dissens 5-2) av en fars rett til familieliv. Jenten – som på det relevante tidspunktet var 5 år gammel – var ikke hørt av domstolene under behandlingen av barnefordelingstvisten mellom foreldrene. Etter kammerets syn var det ikke tilstrekkelig at jenten hadde hatt samtaler med den psykologisk sakkyndige. Storkammeret kom til motsatt resultat, og fremholdt at det ville gå for langt å kreve at nasjonale domstoler alltid skulle motta forklaring fra barn i tvister mellom foreldrene vedrørende samvær. Etter EMDs praksis må spørsmålet avgjøres ut fra en helhetsvurdering, hvor barnets alder og modenhet står sentralt (avsn. 73). Storkammerets tilnærming i Sahin-dommen er kritisert av *Gording Stang*, som mener kammerets løsning er bedre i samsvar med BK art. 12 slik denne er presisert av FNs barnekomité, jf. *Stang*, Det er barnets sak s. 116 med henvisning til General Comment no. 7 (2005), avsn. 14. For egen del foretrekker jeg saksutfallet i Storkammeret. Det ville vært belastende for jenten på 5 år å måtte møte i retten etter å ha forklart seg for den sakkyndige, og EMD kan vanskelig overprøve nasjonale domstolars vurdering av om den sakkyndige hadde gått jenten nok på klingen i spørsmål vedrørende faren.

Konvensjonsteksten i art. 12 fokuserer på selve retten til å uttale seg. Hvordan barnet involveres er etter ordlyden opp til medlemsstatene, jf. passusen «i samsvar med saksbehandlingsreglene i nasjonal rett» («a manner consistent with the procedural rules of national law»). Barnekomiteen har likevel gjennom sin praksis lagt føringer på gjennomføringsmåten. I sin generelle kommentar om barns rett til å bli hørt foretar komiteen en fem-delning:<sup>182</sup>

---

<sup>180</sup> Komiteen kan sies å godta en slik tilnærming indirekte, ved å bruke plass på å beskrive hvordan representanten som skal høre barnet skal opptre, jf. General Comment no. 12 (2009), avsn. 36–37.

<sup>181</sup> CRC/C/15/Add.272, avsn. 23. Denne er fra før General Comment no. 12 (2009).

<sup>182</sup> General Comment no. 12 (2009), avsn. 40–47. Se også Day of General Discussion on the Right of the Child to be Heard (2006), avsn. 40–41, som hadde en noe annen inndeling.

- a) Forberedelse («preparation»)
- b) Selve høringen («the hearing »)
- c) Vurdering av barnets modenhet («assessment of the capacity of the child»)
- d) Tilbakemelding til barnet («information about the weight given to the views of the child (feedback)»)
- e) Klage- og kompensasjonsmuligheter («complaints, remedies and redress»)

Et sentralt element i komiteens presisering av kravene til gjennomføring er myndighetenes plikt til å se til at barnet blir forberedt på til god måte og får tilstrekkelig informasjon.<sup>183</sup> Denne koblingen mellom uttalerett og forutgående informasjon er også inntatt i flere konvensjonstekster fra Europarådet.<sup>184</sup> For så vidt gjelder selve gjennomføringen av høringen har komiteen betont samtaleaspektet (avsn. 43):

«Experience indicates that the situation should have the format of a talk rather than a one sided examination. Preferably, a child should not be heard in open court, but under conditions of confidentiality.»

Videre har komiteen fremhevet nødvendigheten av at involveringen i beslutningsprosessen skjer i barnevennlige omgivelser og at de voksne som snakker eller tar imot barnas synspunkt har tilstrekkelig kompetanse.<sup>185</sup> Selve uttaleretten kan også være en belastning, og barn skal derfor ikke måtte møte og forklare seg flere ganger enn nødvendig.<sup>186</sup>

Med utgangspunkt i komiteens føringer, skal jeg vende blikket hjemover. Det norske regelverket er flerfoldig med hensyn til hvordan barn skal involveres i beslutningsprosesser som angår barnet. Gjelder saken tvister mellom foreldrene om foreldreansvar, bosted eller samvær, fastsetter barneloven § 61 nr. 4 at dommeren kan gjennomføre samtaler med barnet, eventuelt overlate oppgaven til en sakkyndig

---

<sup>183</sup> General Comment no. 12 (2009), avsn. 25 og avsn. 41. Se også General Comment no. 6 (2005), avsn. 25.

<sup>184</sup> Convention on the Exercise of Children`s Rights av 25. jan. 1996 (ETS nr. 160) art. 3(a) art. 6(b) og Convention on Contact concerning Children av 15. mai 2003 (ETS 192) art. 6(1), jf. også CEFL, principle 3:6 («the right to be informed»).

<sup>185</sup> General Comment no. 12 (2009), henholdsvis avsn. 23, 34 og 134(g) og avsn. 49 og 134(e), sml. General Comment no. 5 (2003), avsn. 53 og 69. Se også komiteens oppfordringer til Danmark og Sverige om å sette i verk opplæringstiltak, jf. CRC/C/DNK/CO/3, avsn. 28(a) og CRC/C/SWE/CO/4, avsn. 30(b).

<sup>186</sup> General Comment no. 12 (2009), avsn. 24.

eller annen egnet person.<sup>187</sup> Dessuten kan retten i særlige tilfeller oppnevne en advokat eller annen person til å ivareta interessene til barnet, jf. § 61 nr. 5. Barne- og likestillingsdepartementet har utarbeidet en veileder som gir nærmere råd om hvordan dommere og sakkyndige bør opptre i møte med barn som skal uttale seg i barnefordelingssaker.<sup>188</sup> Departementet har også tatt initiativ til en artikkelsamling om emnet.<sup>189</sup> Gjennom disse mykere styringsmidlene har departementet søkt å øke aktørenes kunnskapsnivå, og samlet sett fremstår regelverket som robust ut fra et barneperspektiv.

Kristin Skjørten har gjennomført en undersøkelse av lagmannsrettspraksis i bostedstvister for perioden 1998–2000. Hun fant at barn over barnelovens aldersgrenser regelmessig høres, men undersøkelsen er fra før senkingen av aldersgrensen fra 12 til 7 år, jf. *Skjørten*, *Samlivsbrudd og barnefordeling* s. 51–60. I en oppfølgende undersøkelse av lagmannsrettspraksis fra 2006 og første halvår av 2007 fant hun at barn over 7 år nær alltid høres, mens yngre barn stort sett bare høres dersom de har eldre søsken. Undersøkelsen dekker både tvister om hvor barn skal bo fast og samvær. Undersøkelsen er foreløpig upublisert, og referatet av funnene er basert på muntlige opplysninger med Skjørten og gjengitt med hennes tillatelse. I saker som gjelder begge sakstypene, er det en klar tendens til at barn bare høres om bosted og at samværsspørsmål utelates eller kommer i bakgrunnen. Skjørtens siste undersøkelse viser viktigheten av at domstolene lytter til barna på deres premisser. Ofte har barn innspill til samværsspørsmålene som er viktige for dem, f. eks. hvor et barn forteller at det ønsker at ett av fire årlige samvær under tilsyn skal skje hjemme hos den aktuelle foreldrene. I mange situasjoner kan «hjemmesamvær» være viktige for at barn slår seg til ro med hvordan foreldrene har det i hverdagen. Domstolene må derfor ikke bare forsikre seg om at barn involveres, men at de får uttale seg alle om forhold som er relevante fra barnas ståsted.

Informasjonskravet som Barnekomiteen har utviklet som en forutsetning for uttaleretten, har også vunnet innpass i norsk lovgivning.<sup>190</sup> Adopsjonsloven § 6 og barnevernloven § 6-3 har en forbilledlig utforming og fastsetter at barnet skal «informeres og gis anledning til å uttale seg». Barneloven § 31 og andre uttaleregler mangler et slik informasjonskrav. En skal være varsom med å ha store forhåpninger om at informasjonsflyten til barn bedres gjennom lovendringer, men uansett bør annen lovgivning revideres i tråd med ordvalget i adopsjonsloven § 6 og barnevernloven § 6-3.

---

<sup>187</sup> I saker som gjelder ansvar for barn etter foreldrenes dødsfall må domstolene kunne bruke reglene i § 61 nr. 4 og 5 analogisk ved behov, jf. *Backer*, *Barneloven* s. 576.

<sup>188</sup> Veileder Q-15/2004.

<sup>189</sup> Q-1106B.

<sup>190</sup> I helse retten står informasjonskravet sentralt, jf. begrepet «informert samtykke», se pasientrettighetsloven § 4-1(1)2, jf. § 3-2, men denne utviklingen har primært skjedd ut fra et voksenperspektiv.



Som diskutert foran under pkt. 4.4.2, kan barn i visse situasjoner gjøres til part i barnevernsaker. En sentral partsrettighet er adgangen til å forklare seg,<sup>191</sup> og tilkjennelse av partsstatus vil regelmessig sikre barnets rettigheter etter BK art. 12. Dersom barnet ikke gis partsstatus, inneholder barnevernloven § 6-3 ikke nærmere regler om hvordan barn skal involveres. Fylkesnemnden kan oppnevne talsperson for barnet, jf. barnevernloven § 7-9. I praksis får barn over 7 år i stor grad uttale seg, men hvordan dette skjer varierer,<sup>192</sup> og Høyesterett har akseptert at barn får uttale seg via de sakkyndige.<sup>193</sup> Tvisteloven inneholder ingen særlige regler ved eventuell domstolsprøving av fylkesnemndsvedtaket, og domstolene kan f. eks. ikke oppnevne talsperson.<sup>194</sup> Undersøkelser av tingrettenes praksis indikerer at barn over 7 år nær alltid får uttale seg, men at gjennomføringen av rettigheten varierer.<sup>195</sup> Synspunktene blir både formidlet direkte overfor retten, via sakkyndige eller utenforstående (fosterforeldre).

Ordningen med talsperson var ikke foreslått av departementet i proposisjonen til barnevernloven, men kom etter krav fra stortingsflertallet.<sup>196</sup> Den ble evaluert i 1998.<sup>197</sup> Både forskerne som evaluerte ordningen,<sup>198</sup> Befringutvalget<sup>199</sup> og juridisk teori<sup>200</sup> har kritisert regelen om at talspersonen både skal fremstille saken fra barnets synsvinkel og gi «sin selvstendige vurdering av saken», jf. forskrift 22. desember 1993 nr. 1430 § 4. Departementet signaliserte i stortingsmeldingen om barne- og ungdomsvernet at ordningen skulle endres og rendyrkes til å være et «talerør» for

---

<sup>191</sup> Tvisteloven kobler ikke partsstatus med forklaringsrett for barns vedkommende, jf. § 23-2(2) og diskusjonen nedenfor, men i barnevernssaker bør partsstatus føre til vitnerett (og i saker etter § 4-24 må barnet ha en forklaringsrett).

<sup>192</sup> Om fylkesnemndens praktisering av barns uttalerett i saker om omsorgsovertakelse, se bl.a. *Gisholt*, Barns rett til å bli hørt (masteroppgave UiO) s. 48–63 og s. 117–122. Materialet dekker 70 fylkesnemndsvedtak.

<sup>193</sup> Rt. 2006 s. 1672A, avsn. 47.

<sup>194</sup> Den som var oppnevnt som talsperson for fylkesnemnden kan imidlertid opptre som vitne under domstolsprosessen, sml. Rt. 1999 s. 490U.

<sup>195</sup> Om tingrettens praktisering av barns uttalerett i saker om omsorgsovertakelse og samvær, se *Jørgensen*, Barns rett til å bli hørt (masteroppgave UiO) s. 36–47. Materialet dekker 16 tingrettsdommer.

<sup>196</sup> Om lovhistorien, se bl.a. *Ofstad/Skar*, Barnevernloven s. 369.

<sup>197</sup> *Moldestad m.fl.*, Barnets talsperson særlig s. 87–95.

<sup>198</sup> *Moldestad m.fl.*, Barnets talsperson s. 92–93

<sup>199</sup> NOU 2000:12 s. 268–269 og s. 324.

<sup>200</sup> Se bl.a. *Lindboe*, Barnevernrett s. 198; *Ofstad/Skar*, Barnevernloven s. 370; *Oppedal*, Akutthjemlene s. 467–470 (som også diskuterer nyanser i ulike standpunkt); *Sandberg*, i *Høstmølingen m.fl.*, Barnekonvensjonen s. 90.

barnet,<sup>201</sup> men fulgte ikke opp gjennom endring av forskriften. I sin generelle kommentar har Barnekomiteen understreket at barns representanter ved gjennomføring av uttaleretten alene må opptre i barnets interesse.<sup>202</sup> Etter mitt skjønn vil det være bedre i samsvar med BK art. 12 å endre ordningen i samsvar med tidligere signaler.

Selv om saker etter barneloven og barnevernloven tallmessig utgjør hovedgruppen, behandler domstolene også andre saker som angår barn, enten i form av straffesaker eller sivile tvister. Straffeprosessloven inneholder egne regler om dommeravhør og dommersamtaler, jf. straffeprosessloven § 239. Disse forklaringsmåtene vil særlige være aktuelle for barn under 16 år som er fornærmet i sedelighetssaker. For øvrig fastsetter straffeprosessloven § 110(2) at dersom barn under 14 år innkalles som vitner, skal stevningen forkynnes for foresatte, mens § 128(2) bestemmer at foreldre eller foresatte normalt skal gis anledning til å være tilstede ved vitneavhør av barn under 16 år. Er barnet siktet eller tiltalt, vil barnet ha fulle partsrettigheter. I kjølvannet av avgjørelsen i Rt. 2005 s. 1293A ble straffeprosessloven endret,<sup>203</sup> slik at barn over 12 år nå selv avgjør om de vil benytte seg av fritaksretten, jf. straffeprosessloven § 122(1)3.<sup>204</sup> Dermed oppstår ikke spørsmål om uttalerett, slik som etter de domstolsskapte reglene.

I sivile tvister vil barn i visse situasjoner være parter,<sup>205</sup> i tillegg til at de kan opptre som partshjelpere, jf. diskusjonen foran. Tvisteloven har regler om barn som vitner i § 24-10. Bestemmelsen gjelder bare formelle vitneavhør, og samtaler som dommeren har med barn uten at partene er til stede faller utenfor virkeområdet.<sup>206</sup> Dersom barn under 12 år begjæres avhørt som vitner foretar retten etter en avveining av hensynet til barnet og sakens opplysning om avhør skal skje, jf. § 24-10(1).

---

<sup>201</sup> St.meld. 40 (2001–02) s. 139 og s. 142.

<sup>202</sup> General Comment no. 12 (2009), avsn. 37.

<sup>203</sup> Om avgjørelsen og forholdet til BK, se *Knapstad*, KJ 2007 s. 29–30.

<sup>204</sup> Se diskusjonene i Ot.prp. 11 (2007–08) s. 57–58, hvor departementet også viser til BK art. 3 i argumentasjonen.

<sup>205</sup> Se foruten den alminnelige regelen i tvisteloven § 2-1, særreglene i barneloven § 17 (farskapssaker) og tvisteloven § 36-2 (administrative tvangstiltak). Er tvangsvedtaket rettet mot barnet vil det etter § 36-2 alltid være part, men prosessdyktighet avhenger av alder (fylt 15 år) eller særlige lovbestemmelser, jf. f. eks. sosialtjenesteloven § 6-6(1)3 og § 4A-12(2), jf. § 8-3(2) og barnevernloven § 7-24(1), jf. § 6-3(2). Pussig nok mangler psykisk helsevernloven § 7-1 en tilsvarende særregulering som kreves etter tvisteloven § 36-3(2) for å aktivere prosessdyktighet og dermed selvstendig søksmålsrett for barn under 15 år, jf. diskusjonen foran pkt. 4.4.5.

<sup>206</sup> NOU 2001:32 s. 972.

Aldergrensen ble hevet fra 10 til 12 år i forbindelse med tvisteloven. Siktemålet var å verne små barn mot belastningen med å avgi vitneforklaring,<sup>207</sup> men det kan likevel stilles spørsmål ved om revisjonen var i samsvar med utviklingen for øvrig når det gjelder barns rettigheter. For barn mellom 12 og 16 år skal retten ikke foreta en tilsvarende interesseavveining, jf. § 24-10(2). Derimot er retten gitt kompetanse til å bestemme hvordan avhøret skal gjennomføres, uten at lovteksten trekker ikke opp nærmere rammer.

Bestemmelsen i tvisteloven § 24-10 gjelder også for rettssaker hvor barnet er part, jf. henvisningene fra § 23-2(2). Tvisteloven gir derfor hjemmel for at barn på 11 år som er part kan avskjæres fra å gi forklaring i egen sak, men forholdet til BK art. 12 gjør at denne kompetansen må brukes med varsomhet, og retten må se til at barnets synspunkter er innhentet på en hensiktsmessig måte.

Gjennomgangen viser at reguleringen i norsk prosesslovgivning er fasettert. Dels skyldes mangfoldet relevante forskjeller mellom straffe- og sivile saker. Samtidig er nok noen forskjeller utilsiktete, slik som respektivt 14 år og 16 år som aldersgrense for å avkreves forsikring, jf. henholdsvis straffeprosessloven § 132 nr. 1) og tvisteloven § 24-10(2). De mest problematiske sidene er likevel knyttet til gjennomføringen. Mens saksbehandlingsreglene i barneloven gir relativt klare føringer – både gjennom formelle lovregler og i form av mykere styringssignaler i rundskriv – på hvordan barn skal møtes, er regelverket ellers sparsomt, særlig innen barnevernretten. Etter mitt syn er det et tankekors at dommersamtalene ikke er omfattet av reglene i tvisteloven.<sup>208</sup> Manglende regulering åpner for at tilfeldigheter avgjør hvordan barna blir møtt av rettsaktørene. Reglene ivaretar heller ikke barns behov for kontinuitet. For eksempel gjelder reglene om talpersoner bare for fylkesnemndens saksbehandling, og barna må regelmessig forholde seg til nye voksenpersoner ved en eventuell domstolsprøving av fylkesnemndsvedtaket. Selv om forbedret regelverk vil kunne styrke barns posisjon, er det grunn til å understreke at lovverket bare er én komponent. Økt fokus på barns rettigheter både i form av rundskriv og opplæring av rettslivets aktører er vel så viktig.

Fokus til nå har vært rettet mot barns deltakelse i forkant og under rettsprosessene. Barnekomiteen har også vært opptatt av hvordan saksutfallet skal kommuniseres til barn som gjennom reglene om uttalerett har vært trukket inn i rettsprosessene:<sup>209</sup>

---

<sup>207</sup> NOU 2001:32 s. 972.

<sup>208</sup> Se NOU 2001:32 s. 972 og *Schei m.fl.*, Tvisteloven, bind II s. 1177 om regeltolkingen.

<sup>209</sup> General Comment no. 12 (2009), avsn. 45, jf. også avsn. 134(i).

« Since the child enjoys the right that her or his views are given due weight, the decision maker has to inform the child of the outcome of the process and explain how her or his views were considered. The feedback is a guarantee that the views of the child are not only heard as a formality, but are taken seriously...»

Denne tilnærmingen er et naturlig tilbygg til uttaleretten. Når barnet involveres i prosessen gjennom å bli spurt om sitt syn, skaper dette også forventninger hos barnet om at dets mening skal ha betydning for saksutfallet. Barnekomiteen tar i den siterte passasjen til orde for at dommere og andre beslutningstakere som regel selv skal forklare saksutfallet for barna.

Lovverket inneholder i dag ikke bestemmelser om hvordan saksutfallet skal formidles til involverte barn, med mindre de anses som parter.<sup>210</sup> I så fall vil prosessfullmektigen ha ansvar for å videreformidle rettsavgjørelsen til barnet.<sup>211</sup> Ellers er spørsmålet uregulert. I praksis vil nok saksutfallet bli kommunisert til barnet av voksne som har en omsorgsfunksjon (f. eks. foreldre, fosterforeldre eller ansatte i barneverntjenesten). Det kan være delte meninger hvilken rolle dommerne skal ha ved oppfølgingen, men etter mitt syn vil det være bedre i samsvar med BK om avgjørelsesorganet får et lovpålagt hovedansvar for å sikre at barnet underrettes. Dermed må dommerne enten selv, eller gjennom føringer til prosessfullmektiger eller sakkyndige, fastsette hvordan saksutfallet skal kommuniseres.

Særlige utfordringer er knyttet til barns uttalerett i asylsaker, der barn kan komme i dilemmaer ved å gi opplysninger som svekker medfølgende foreldres asylansøkskr. Institutt for samfunnsforskning har utredet tematikken, jf. *Lidén/Rusten, Asylum, Participation and the Best Interests of the Child, Children & Society* 2007 s. 273–283. Arbeids- og inkluderingsdepartementet er nå i ferd med å lage forskrifter til ny utlendingslov, og problemstillingen er omtalt i departementets høringsbrev av 24. mars 2009. Se også *Sandberg, i Høstmælingen m.fl., Barnekonvensjonen* s. 92–93 og s. 241–242. Barnekomiteen har tatt opp barns rettigheter etter art. 12 i asylsaker, men uten å kommentere denne interessekonflikten særskilt, jf. General Comment no. 6 (2005), avsn. 25 og 33 og General Comment 12 (2009), avsn. 123–124.

### 4.6.3 På gruppenivå

BK art. 12 er formulert ut fra et individuelt perspektiv. Både art. 12(1) og 12(2) bruker betegnelsen «barnet» («the child»), og de forslagene som var fremme under

---

<sup>210</sup> Jf. også *Sandberg, i Høstmælingen m.fl., Barnekonvensjonen* s. 93.

<sup>211</sup> Hvor barn er parter i saker som går etter tvisteloven kap. 36 fastsetter retten hvordan partene skal underrettes, jf. § 36-6(4). I praksis er det ikke alltid domstolene gir nærmere føringer i så måte.

skapelsesprosessen brukte også barnet i entall.<sup>212</sup> Barnekomiteen har imidlertid poengtert at uttaleretten også tilkommer barn på gruppenivå og har dermed foretatt en utvidende tolking.<sup>213</sup>

I sin oppsummering etter diskusjonsdagen om barns uttalerett er spørsmål knyttet til involvering på gruppenivå viet stor plass.<sup>214</sup> Innledningsvis om denne problemstillingen skriver komiteen (avsn. 25):

«The Committee urges States parties to move from an events based approach of the right to participation to systematic inclusion in policy matters in order to ensure that children can express their views and effectively participate in all matters affecting them. The Committee calls on States parties to comply with their obligation to ensure that child participation is taken into account in resource allocation and that mechanisms to facilitate the participation of children be institutionalised as a tool for implementation.»

Her fremholder komiteen at statene må oppfylle sin forpliktelse om barns rett til deltakelse, blant annet når det gjelder ressursfordeling og opererer dermed med en konvensjonsrettslig forpliktelse av kollektiv karakter.<sup>215</sup> Videre oppfordrer komiteen statene til å utforme retningslinjer for hvordan barn skal involveres på gruppenivå både av sentrale og lokale myndigheter (avsn. 30):

«The Committee recognises as positive the step taken in numerous countries by the creation of child parliaments at national, regional and local levels, as such initiatives offer valuable insight of the democratic process and establishes links between children and decisions makers. The Committee however urges States parties to establish clear guidelines on how the views presented by children in such forums are taken into account by the formal political process and policy making and ensure that children are provided with adequate response in relation to their proposals.»

Komiteen har også tatt til orde for at barn bør trekkes inn under revisjon av lovgivning som berører barn (avsn. 32):

---

<sup>212</sup> *Detrick*, *Travaux Préparatorires* s. 224–229 og *UNHCHR*, *Legislative History* s. 214–218 om prosessen frem mot art. 12 generelt.

<sup>213</sup> Skeptisk til denne tilnærmingen, *Smith*, *FAB* 2008 s. 88–89.

<sup>214</sup> *Day of General Discussion on the Right of the Child to be Heard* (2006), avsn. 25–38. Se også *General Comment no. 5* (2003), avsn. 12 og 57, *General Comment no. 9* (2007), avsn. 32 og *General Comment no. 11* (2009), avsn. 37–39. Den generelle kommentaren om barns rett til å bli hørt er først og fremst viet rettigheten på individnivå, men komiteen tar flere steder opp gruppeaspektet, jf. *General Comment no. 12* (2009), bl.a. avsn. 9–14, avsn. 98, avsn. 110–111, avsn. 118 og avsn. 127, jf. også avsn. 72.

<sup>215</sup> Om barns rett til deltakelse i prosesser omkring ressursfordeling, se også *Day of General Discussion on Resources for the Rights of the Child* (2007), avsn. 35–37.

«The Committee notes the role that can be played by children in reviewing domestic legislation and advocating for legal reform in order to ensure that the principle of participation is adequately reflected in legislation, for example in the Family Code and the Criminal Code. In countries that have yet to adopt a Children's Code, the active promotion for legislative change by children themselves can play a catalysing role. Furthermore, organised youth participation can make important contributions to promotion of the ratification of international human rights instruments.»

Spørsmålet blir i hvilken utstrekning norsk regelverk er i samsvar med de føringene som Barnekomiteen har satt opp.<sup>216</sup>

Plan- og bygningsloven hadde allerede før vedtakelsen av BK innført særlige bestemmelser om barn for å sikre deres interesser i planprosessen, jf. lovendring 21. april 1989 nr. 17. Bakgrunnen for regelendringen var innspill fra Barneombudet, som hadde erfart at barns interesser ble tilsidesatt eller nedprioritert.<sup>217</sup> Lovnovellen førte bl.a. til at formålsbestemmelsen (§ 2) fastsatte at planleggingen etter loven skal legge til rette for å sikre barn og unge gode oppvekstvilkår og etablerte en plikt for kommunene til å oppnevne en tjenestemann til å ivareta barns interesser (§ 10-2). Ordningen ble opprettholdt i forbindelse med tilpasningen av særlovgivningen til kommuneloven av 1992, jf. lovendring av 11. juni 1993 nr. 85 (flyttet til § 9-1). I denne forbindelse viste departementet til forpliktelsene etter BK art. 3.<sup>218</sup> Den nye plan- og bygningsloven (lov 27. juni 2008 nr. 71) viderefører en egen formålsbestemmelse om barn og unges interesser (§ 1-1). Ordningen med en særskilt tjenestemann er avløst av en plikt for kommunestyret til å sørge for å etablere en særskilt ordning for å ivareta barn og unges interesser i planleggingen (§ 3-3). En nyvinning er betoningen av kommunens særlige ansvar for å sikre aktiv medvirkning fra grupper som krever spesiell tilrettelegging, herunder barn og unge (§ 5-1). Under lovprosessen var det enighet om at barns interesser var særskilt beskyttelsesverdige, men strid om i hvor stor grad disse skulle reguleres særskilt. Departementet valgte å videreføre dagens ordning med egne regler for barn og unge, og lyttet dermed til de instansene som bl.a. hadde brukt BK for å underbygge sitt syn.<sup>219</sup> Regelen i § 5-1 er i samsvar med tilnærmingen som Barnekomiteen har tatt til orde for,<sup>220</sup> ved at barna her ikke

---

<sup>216</sup> Om ulike tiltak som er satt i verk, se Norges 4. rapport (2008), avsn. 12.

<sup>217</sup> Ot.prp. 51 (1987–88) s. 43–49.

<sup>218</sup> Ot.prp. 59 (1992–93) s. 85–86. Proposisjonen ble skrevet før praksis under BK art. 12 var i ferd med å manifestere seg.

<sup>219</sup> Ot.prp. 32 (2007–08), særlig s. 54, s. 76 og s. 80–81.

<sup>220</sup> Se bl.a. Day of General Discussion on the Right of the Child to be Heard (2006), avsn. 26 og 28 («direct contact»/« directly included»).

involveres gjennom representanter, men selv skal komme direkte i kontakt med myndighetene. Selv om regelutformingen er forbilledlig, er det en utfordring å sikre at reglene faktisk virker etter hensikten, og de tidligere reglene i plan- og bygningsloven av 1985 har blitt kritisert for i liten grad å fungere slik de var tenkt.<sup>221</sup>

Planretten er antakelig rettsfeltet som i størst grad har tatt opp i seg involvering av barn og unge på gruppenivå, men tilsvarende utvikling skjer også andre steder.<sup>222</sup> På primær- og fylkeskommunenivå har flere kommuner opprettet ungdomsting, som kontaktpunkt mellom kommende velgere og lokalpolitikere.<sup>223</sup> På statlig nivå har Barne- og likestillingsministeren invitert barn og unge til et dialogforum, hvor ungdomsrepresentanter fra hele landet møter statsråden.<sup>224</sup>

Eksempelene foran viser en økende oppmerksomhet knyttet til involvering av barn på gruppenivå, og både regelverk og praksis synes å være i kontinuerlig endring i retning av større grad av direkte deltakelse fra barn og unge.

Utfordringene synes i første rekke å gå på den faktiske gjennomføringen på lokalnivå. Både Barneombudet (brev 5. nov. 2007, j.nr. 07/01913-4) og Landsrådet for Norges barne- og ungdomsorganisasjoner (brev 5. nov. 2007, j.nr. 450/HG) har i sine innspill til Regjeringens utkast til Norges 4. rapport kritisert dagens ordninger for i liten grad å gi barn og unge reell innflytelse. På oppdrag fra Barne- og likestillingsdepartementet har Norsk institutt for by- og regionforskning (NIBR) satt i gang et forskningsprosjekt om «Innflytelsesorgan og representasjonsordninger for barn og unge i kommunene».

#### **4.7 Er barns uttalerett absolutt? Rt. 2004 s. 811**

I Rt. 2004 s. 811A kom Høyesterett til at barns uttalerett kan måtte vike for hensynet til barnets beste. Avgjørelsen – og særlig måten den er begrunnet på – har møtt motbør i juridisk teori, blant annet av Lucy Smith.<sup>225</sup> Kritikerne mener at Høyesteretts tilnærming er i strid med BK art. 12.<sup>226</sup>

---

<sup>221</sup> Se *Sandberg*, i *Høstmælingen m.fl.*, Barnekonvensjonen s. 83 med videre henvisninger. Kritikken er søkt imøtekommet i form av ulike tiltak, se Norges 4. rapport (2008), avsn. 132–135.

<sup>222</sup> Et annet eksempel på et område hvor ulike former for kollektiv medvirkning har kommet langt er skolesektoren («elevråd»), jf. *Sandberg*, i *Høstmælingen m.fl.*, Barnekonvensjonen s. 81.

<sup>223</sup> Se også rundskriv Q-27/2006B om «Deltakelse og innflytelse fra barn og ungdom», som tar utgangspunkt i forpliktelsen etter BK art. 12 og gjør rede for regler og aktuelle tiltak som kommunene kan sette i verk.

<sup>224</sup> <http://www.regjeringen.no/nb/dep/bld/aktuelt/nyheter/2009/anniken-huitfeldt-tar-barn-og-unge-med-p.html?id=551729> (2009).

<sup>225</sup> Se foruten *Smith*, FAB 2004 s. 223–231, lignende kritikk hos *Stang*, Det er barnets sak s. 306, *Holgensen*, Barnerett s. 295–296 og *Sandberg*, i *Høstmælingen m.fl.*, Barnekonvensjonen s. 86–87. *Backer*,

Rettsaken gjaldt omfang av samværsrett etter barneloven. Etter at foreldrene skilte lag, tvistet de om hvor barna (født 1991 og 1996) skulle bo fast, men de var enige om at den som ikke vant frem skulle ha samværsrett. Den detaljerte utformingen av samværsomfanget overlot foreldrene til rettens skjønn. Lagmannsretten fastsatte i juni 2002 at barna skulle bo fast hos mor, mens far skulle ha samvær. Far anket dommen, men kjæremålsutvalget nektet anken fremmet. Én uke etter ankenektelsen satte far frem nytt søksmål med krav om mer omfattende samværsrett enn hva lagmannsretten hadde fastsatt. Slik revidering av samværsretten kan skje dersom det foreligger «særlege grunnar», jf. nå barneloven § 64(2). Dersom det er «openbert» at det ikke foreligger slike «særlege grunnar» kan domstolene avsi dom uten hovedforhandling, jf. nå barneloven § 64(3). Både tingretten og lagmannsretten avsa dom uten hovedforhandling og uten at den eldste gutten – som da lagmannsretten avsa dommen var 12 år gammel – fikk uttale seg.<sup>227</sup>

Spørsmålet for Høyesterett var om en slik fremgangsmåte var i samsvar med barneloven og BK art. 12. Da lagmannsretten avsa sin dom, var BK nettopp inkorporert i norsk rett. Også barnelovens regler om uttalerett var revidert, og aldergrensen var senket fra 12 til 7 år, men disse lovendringene var ikke trådt i kraft. Høyesterett la til grunn at saksutfallet ville blitt det samme både etter de tidligere og de någjeldende reglene (avsn. 31).

Høyesterett kom enstemmig til at saksbehandlingen var i samsvar med regelverket, til tross for at barnet ikke hadde fått mulighet til å ytre sitt syn. Førstvoterende fremholdt (avsn. 47):

«Det er ingen tvil om at utgangspunktet etter så vel barnelova § 31 som barnekonvensjonen artikkel 12 er at [barnet] skulle høyrast. Etter mitt syn står likevel ikkje dette synspunktet så sterkt der det er tale om endring av samværsordninga i ein ny dom, som det ville ha stått ved den opphavlege prøvinga. Saka må også i alle tilfelle vurderast i lys av det grunnleggjande prinsippet om barnets beste, slik det er slått fast både i barnelova og i barnekonvensjonen.»

---

Barneloven s. 297 er mer positiv til begrunnelsen, men også han mener Høyesterett gikk for langt i å redusere uttaleretten til en underordnet norm. Se derimot *Kjølberg/Johansen*, Barnefordelingstvist s. 200–202 som gir sin tilslutning til både begrunnelsen og resultatet.

<sup>226</sup> I General Comment no. 12 (2009), avsn. 70–74 diskuterer komiteen forholdet mellom BK art. 12 og 3, men uten å ta opp problemstillinger tilsvarende den som forelå i Rt. 2004 s. 811A, sml. dog 229 note nedenfor.

<sup>227</sup> Bare fødselsåret fremkommer av de anonymiserte, offentlig tilgjengelige versjonene av dommene. Siden lagmannsrettsdommen ble avgjort i november, hadde gutten antakelig fylt 12 år før denne ble avsagt.



Videre pekte Høyesterett på at far i samværsaken søkte en omkamp om bostedsspørsmålet, selv om saken formelt var begrenset til samvær, og at sønnen sto i fare for å ta skade av foreldrenes konflikter (avsn. 49):

«Eit slikt reint allment krav, som nærast gjekk på omprøving av dei tidlegare rettsavgjerdene og ikkje på nye opplysningar eller omstende, må i seg sjølv stå svakt med tanke på å tilfredsstillе kravet til særlege grunnar. Og i alle fall må dette vere for svakt til at retten kunne ha plikt til å kalle inn C for å finne ut om han ønskte å forklare seg, og i tilfelle høyre kva han hadde å seie. I seg sjølv ville berre det å skulle ta standpunkt til om han burde eller måtte uttale seg, vere svært vanskeleg for C. I denne vurderinga må det ha vekt at kravet er fremja i ein sterk konfliktsituasjon mellom foreldra, og der barna har vorte trekte sterkt inn. Han ville kunne bli utsett for eit press. Utan omsyn til det ville han kome i ei lojalitetskonflikt. Her kjem C sine særlege problem inn med tyngde, og med det behovet for å verne han i ein slik situasjon. Det synest også å vere treffande når Frostating lagmannsrett har sett på C som symptomberar av konfliktane i familien.»

På denne bakgrunn konkluderte Høyesterett med at lagmannsretten hadde foretatt en forsvarlig saksbehandling når den avsa dom uten å innhente barnets synspunkter.

Jeg har få problemer med å følge Høyesteretts tilnærming for så vidt gjelder forholdet mellom BK art. 3 og 12(2). Barnets uttalerett kan undertiden måtte vike for andre hensyn, slik som hensynet til barnets beste. Denne formen for relativ uttalerett er for eksempel lagt til grunn i Europarådets konvensjon om kontakt (samvær) av 15. mai 2003 (ETS nr. 192) art. 6, som fastsetter at beslutningsorganene kan unnlate å høre barn dersom dette åpenbart («manifestly contrary») er i strid med barnets interesser.<sup>228</sup> På den annen side må terskelen for å ekskludere barnet fra uttaleretten være høy, siden denne rettigheten er en av grunnpilarene i BK.<sup>229</sup> Høyesterett formulerer ikke i dommen fra 2004 noen terskelverdi, men foretar en konkret vurdering. Etter førstvoterendes syn ville belastningen ved å uttale seg være for stor for den involverte gutten. Samværsaken kom rett etter en avsluttet sak om bosted og gutten hadde lidd under foreldrenes krancling.

Gutten var 12 år da saken ble avgjort av lagmannsretten. Ingen av dommerne hadde møtt gutten, verken i saken om bosted/samvær eller den etterfølgende begrensede samværsaken. Hans syn på bosted kom frem gjennom en lærer som refererte guttens standpunkt i sin vitneforklaring. I tillegg kan de sakkyndige ha hatt samtaler med gutten, men hvorvidt så skjedde fremkommer ikke.

---

<sup>228</sup> Se også *Boele-Woelki m.fl.*, Principles of European Family Law s. 247.

<sup>229</sup> General Comment no. 12 (2009), avsn. 70 og 74 kan tolkes dit hen at komiteen mener at art. 12 aldri kan fravikes.

Det fremgår ikke hvorvidt gutten var kjent med at samværsaken verserte. I fall gutten hadde slik kunnskap – og den generelle erfaringen fra barnefordelingstvister med høyt konfliktnivå tør være at foreldre ofte involverer barna i dem – kan en stille spørsmål ved hva som er mest belastende for gutten: Å kjenne til saken, men aldri få mulighet til å uttale seg, eller få uttrykke sitt syn før tvisten avgjøres? Dersom gutten manglet kunnskap om tvisten mens den pågikk, vil han regelmessig få den en eller annen gang i ettertid. Også da kan en stille spørsmål ved hva som er mest belastende.

Etter mitt syn viser dommen betydningen av å utforme regler omkring *hvordan* barnet skal delta i rettsaker som angår dem selv, i form av at de er tvistegjenstanden. Hvis uttalerett automatisk innebærer at barn må møte for dommersamtale eller for å avgi vitneforklaring, vil den være mer belastende enn om barnets syn kan bringes frem på andre måter, for eksempel gjennom sakkyndige eller talpersoner. Disse kan både videreformidle barnets synspunkter og fortelle til domstolen om barnet selv ønsker å møte i en dommersamtale eller avgi vitneforklaring. Domstolshåndteringen er særlig belastende ved at det er nye dommere for hver instans, i tillegg til at denne typen tvister gjerne går for retten i flere omganger på grunn av begrenset rettskraftsvirkning og særskilt prosess knyttet til gjennomføring.

En problemstilling som oppstår i forlengelse av den foregående, er hvorvidt foreldrene kan avskjære barns uttalerett. I barnefordelingstvister vil foreldrene undertiden skåne barna ved å la være å involvere dem i prosessen, og overfor retten enes om hva som er barnas ønsker.<sup>230</sup> På ett vis er det problematisk å la foreldrene på denne måten gi avkall på en rettighet som barnet har, selv om foreldrene her opptrer i beste mening. På den annen side er foreldrene motparter, og synet som foreldrene formidler som barnets mening vil regelmessig samsvare med barnets «egentlige synspunkt». Domstolene må derfor ikke nødvendigvis selv møte barna, men må forsikre seg om barn som har oppnådd tilstrekkelig modenhet (eventuelt skal involveres uavhengig av alder) har fått ytre seg og at barnets synspunkt er referert av partene på en etterrettelig måte.<sup>231</sup>

---

<sup>230</sup> Forekomsten er nok begrenset, jf. *Skjorten*, Samlivsbrudd og barnefordeling s. 53–54 som referer til «et par» saker av et utvalg på 129 lagmannsrettsavgjørelser.

<sup>231</sup> I samme retning, *Kjølberg/Johansen*, Barnefordelingstvister s. 202 (men etter min mening noe uforbeholdne).

Barns uttalerett gjelder ikke bare i «hovedsakene» om foreldreansvar, bosted og samvær, men også endringsaker (slik som Rt. 2004 s. 811A), midlertidige avgjørelser og tilgrensete spørsmål (f. eks. tvangsbort). Tidligere hersket det noe tvil om barns uttalerett ved midlertidige avgjørelser, jf. noe divergerende uttalelser i Rt. 1999 s. 1183U og Rt. 2000 s. 874U. I Rt. 2005 s. 1693U viste kjæremålsutvalget til BK art. 12(2), jf. avsn. 27, og la til grunn at uttaleretten også måtte gjelde ved midlertidige avgjørelser. Se også diskusjonene hos *Backer*, Barneloven s. 531–532.

#### **4.8 Statens ansvar for å sikre barnets rett etter art. 12**

Etter BK art. 4 skal statene treffe alle egnede lovgivningsmessige, administrative og andre tiltak for å gjennomføre de rettigheter som anerkjennes i konvensjonen. Etter BK art. 42 er statene forpliktet til å gjøre reglene og prinsippene i konvensjonen viden kjent til barn og voksne gjennom hensiktsmessige og aktive tiltak, mens statene etter art. 5 er forpliktet til å gi foreldrene hensiktsmessig veiledning om barnas rettigheter (og samtidig respektere de rettigheter/forpliktelser som foreldrene har).

Spørsmålet her er hvilke plikter staten har for å sikre barnets rett etter BK art. 12. Utgangspunktet må tas i de generelle gjennomføringspliktene som er statuert i art. 4, 5 og 42.<sup>232</sup> En sentral del av Norges forpliktelser er oppfylt gjennom barneloven § 31 og andre lovbestemmelser om barns selv- og medbestemmelse og uttalerett. Å gi lover er imidlertid ikke tilstrekkelig. Myndighetene må også se til at regelverket etterleves. I mange saker er dette opp til de myndighetene selv, typisk i saker hvor offentlige organer opptrer overfor barna og må se til at barna involveres i beslutningsprosessen i tilstrekkelig grad. Den største tiden tilbringer imidlertid barn hos foreldrene,<sup>233</sup> og de mest prinsipielle problemstillingene oppstår her: Hvordan skal myndighetene sikre at foreldrene involverer egne barn i tilstrekkelig grad når de treffer beslutninger på barnas vegne, og la barna selv treffe avgjørelser når de er modne nok til det, eller har oppnådd lovfastsatte aldersgrenser for selvbestemmelsesrett? Diskusjonene er vanskelig av flere årsaker, hvorav én er foreldrenes rett til vern om sitt privat- og familieliv. BK understreker i art. 5 foreldrenes primæransvar, samtidig som staten har en generell forpliktelse til å se til at barn oppnår rettighetene de er tilkjent, også innad i familien.

En sentral del av statens forpliktelse kan oppfylles gjennom opplysningsarbeid, både generelt og ved målrettede tiltak mot bestemte grupper.

---

<sup>232</sup> Barnekomiteen har gitt ut en generell kommentar om statenes gjennomføringsforpliktelse, jf. General Comment no. 5 (2003).

<sup>233</sup> Se Day of General Discussion on the Right of the Child to be Heard (2006), avsn. 16–19, hvor Barnekomiteen indirekte viser vegring mot å gripe tungt inn i familierelasjonene.

Skulle det f. eks. vise seg at enkelte innvandrergreper i mindre grad enn ønskelig involverer egne barn, kan et hensiktsmessig tiltak være informasjonskampanjer spesielt rettet mot disse foreldrene. Staten kan også ta i bruk mer indirekte virkemidler. En kan f. eks. tenke seg at i skjemaer hvor foreldre skal samtykke på vegne av mindreårige barn, innføres rubrikker hvor foreldrene også skal krysse av for at barna har fått uttale seg. Selv om slike grep ikke nødvendigvis sikrer at barna er involvert, kan de bidra til å høyne bevissthetsnivået og vil antakelig øke sannsynligheten for at tilkjente rettigheter faktisk etterleves.

Poenget her er ikke å diskutere i detalj de ulike virkemidlene, men å fremheve at statens forpliktelse også gjelder for relasjonene mellom foreldre og barn, samtidig som myndighetene her møter særlige rettslige og praktiske utfordringer.

#### **4.9 Avsluttende merknad**

Det overordnede spørsmålet i kap. 4 har vært hvem lovgivningen anser som barn, og når unge har kommet så langt at de rettslig sett – enten helt eller delvis – behandles på samme måte som voksne. Gjennomgangen har vist at lovgivningen gir et broket bilde, og en kan stille spørsmålsteget ved om bestemmelsene er tilstrekkelig koordinerte.

I saker som står for fylkesnemnd eller domstol har utviklingen gått i retning av i større grad å se på barn som selvstendige parter. Her er vi på linje med den rettslige evolusjonen i de øvrige skandinaviske land,<sup>234</sup> og for norsk retts del har bl.a. Mons Oppedal argumentert for at menneskerettighetstenkningen må føre til at barn i større utstrekning gis rettslig status som parter.<sup>235</sup> Denne utviklingen er etter mitt skjønn velkommen, og de drivende krefter er uansett utenfor nasjonalrettslig kontrollsfære. Likevel er det grunn til å fremheve faren for at barna blir foreldrenes juridiske frontsoldater. Foreldre som er i konflikt med hverandre eller med myndighetene bruker undertiden barns prosessuelle eller materielle posisjon for å forfekte synspunkter som samstemmer med deres egne. Dette kan dels avhjelpest ved å oppnevne hjelpeverger for barna, men like fullt kan barna oppleve både

---

<sup>234</sup> Se for svensk rett forskningsprosjektet «Barn som aktörer» ved universitetet i Uppsala (se bl.a. antologien *Hollander m.fl., Barn och rätt*) og for dansk rett *Jørgensen, Børns rettigheder i socialretlige og familieretlige sager*, TFA 2007 s. 325–332.

<sup>235</sup> *Oppedal, Akutthjemlene* s. 471–491. Han skriver om midlertidige vedtak etter barnevernloven spesielt, men synspunktene hans har generell rekkevidde.

lojalitetskonflikt og at foreldrene i urimelig utstrekning prøver å påvirke barnas standpunkter.

#### **4.10 Konklusjoner og anbefalinger**

Etter mitt skjønn er ikke dagens regelverk om involvering av beslutningsprosesser klart i strid med BK. På noen punkt vil regelverket kunne endres med sikte på bedre å oppfylle Norges forpliktelser etter BK. Etter mitt skjønn bør reglene gjennomgås med sikte på å få et mer helhetlig og koordinert regelverk. Dagens ordning med mange ulike aldersgrenser medfører en fare for at barn faktisk ikke oppnår de rettighetene knyttet til selvbestemmelse, medvirkning og uttale som de er tilkjent i lovverket. I tillegg er det et forbedringspotensiale både med hensyn til regelutforming og praktisk oppfølging knyttet til hvordan barnet blir møtt av offentlige aktører og hvordan saksutfallet i omsorgstvister blir kommunisert til barnet.

En tilråding som ligger utenfor mandatet, men som jeg likevel tillater å fremme, er behovet for en full revisjon av barneloven, jf. også innspill fra farskapsutvalget (NOU 2009:5 s. 24–25). Mens farskapsutvalget ba departementet vurdere om det kan være et behov for en større revidering av barneloven ut fra hensynet til konsistens i denne, er min oppfordring knyttet til samspillet med den øvrige lovgivningen som regulerer barns rettsstilling og som i større grad kunne vært koordinert med barneloven.



## 5 Regionale forskjeller i tjenestetilbudet til barn

### 5.1 Faktiske og rettslige utgangspunkt

#### 5.1.1 Et tilbakevendende problem

En gjenganger i Barnekomiteens merknader til Norges rapporter har vært at tjenestetilbudet til barn i for stor grad varierer mellom kommunene, jf. presentasjonen av kritikken nedenfor i pkt. 5.1.4.<sup>236</sup> Denne problemstillingen har dels en empirisk komponent: Eksisterer det forskjeller, eventuelt på hvilke områder og hvor store er de? Å avdekke og analysere ulikheter i det kommunale tjenestetilbudet er verken mulig eller hensiktsmessig innenfor rammene av denne utredningen, men jeg vil i pkt. 5.1.2 gå gjennom ulike undersøkelser. Fokuset i utredningen vil derfor rettes mot den konvensjonsrettslige komponenten:<sup>237</sup> I hvilken utstrekning stiller BK krav til jevnhet i regionale tjenestetilbud til barn og hvordan skal norske myndigheter følge opp denne forpliktelsen?

Den konvensjonsrettslige problemstillingen griper inn i våre hjemlige velferdsrettslige diskusjoner. Grunnstrukturen i dagens regelverk er at lovgivningen setter opp en minstestandard som enhver kommune må overholde,<sup>238</sup> mens kommunene ut fra lokale prioriteringer kan gi ytelser ut over dette. Også for de regionale helseforetakene er det et visst rom for lokale prioriteringer, men her er siktemålet i enda større grad enn for kommunenes del å etablere et nasjonalt, enhetlig nivå.<sup>239</sup> Jeg vil derfor rette fokuset mot ytelser på kommunenivå. Siden fylkeskommunene gjennom siste års reformer er fratatt mange velferdsoppgaver,<sup>240</sup> vil objektet alene være primærkommunene.

Siden temaet for de videre drøftelsene ikke er forekomsten av ulikheter i tjenestetilbudet, må diskusjonene rette seg mot de rettslige virkemidlene: Hvilke

---

<sup>236</sup> Se også Njål Høstmælingen som har utarbeidet en rapport for Sosial- og helsedirektoratet om ulikheter i kommunalt støttenivå til barn med funksjonshemming, referert i Kommunal Rapport 5. sept. 2007 («Menneskerettighetene og kommunal ulikhet»).

<sup>237</sup> Se nærmere Sandberg, KJ 2004 s. 321–324.

<sup>238</sup> Litteraturen om velferdsrettslige minstestandarder er omfattende, se bl.a. *Kjønstad/Syse*, Velferdsrett I s. 102–108 og *Søvig*, JV 2006 s. 36–56. To av de sentrale rettstvistene innen tematikken gjaldt ytelser til barn, se Rt. 1993 s. 811A (psykisk utviklingshemmetes rett til spesialopplæring på grunnskolenivå) og Rt. 1997 s. 877A (omsorgslønn til foreldre til funksjonshemmet barn).

<sup>239</sup> Se formålsbestemmelsen i helseforetaksloven § 1(2), jf. Ot.prp. 66 (2000–01) s. 12–13.

<sup>240</sup> Se lovmessige reorganiseringen gjennom lov 15. juni 2001 nr. 93 («sykehusreformen»), lov 28. feb. 2003 nr. 14 og 28. nov. 2003 nr. 99 («rusreformen») og 9. mai 2003 nr. 29 («barnevernsreformen»).

redskap har lovgivningen tatt i bruk for å styre tjenestetilbudet til barn, og er det forskjeller i lovstrukturen? Særlig aktuelt i denne sammenhengen er en analyse av barnevernloven – hvor lovgiver har avvist å lovfeste barns rett til hjelpetiltak – opp mot parallelt regelverk i sosialtjenesteloven og kommunehelsetjenesteloven.

Problemstillingen har også en side til det kommunale selvstyret. Den norske statsskikken bygger på en oppgavefordeling mellom stat og kommune, hvor forutsetningen er at kommunene skal ha et visst handlingsrom innenfor de rammene som følger av lovverket. På et folkerettslig nivå er Norge bundet av Europarådets konvensjon av 15. okt. 1985 om kommunalt selvstyre (ETS nr. 122), jf. Rt. 2007 s. 234A om konvensjonens gjennomslagskraft i norsk rett. Konvensjonen innebærer en forpliktelse for staten til å gi lokale myndigheter i oppgave å håndtere en betydningsfull andel av de offentlige oppgavene, men innenfor de rammene som lovgivningen setter. Det er i prinsippet ingen motsetning mellom nasjonale føringer og lokalt selvstyre, med mindre det statlige rammeverket i form av lovgivning, budsjettfordeling og andre instruksjoner blir så omfattende at regionale myndigheter i praksis har et høyst begrenset handlingsrom. Om problemstillingen, se bl.a. *Bernt, i Baldersheim m.fl., Kommunalt selvstyre i velferdsstaten* s. 158–203.

### 5.1.2 Ulike undersøkelser av regionale forskjeller

Som sagt er det verken rom for egne undersøkelser eller omfattende litteraturstudier av publisert forskning om eventuelle regionale forskjeller mellom ytelsesnivå til barn eller barnefamilier, men jeg har gått gjennom tilsynspraksis fra Helsetilsynet, Riksrevisjonen og Sivilombudsmannen.<sup>241</sup> Siktemålet er ikke å gi et utfyllende bilde, men å få indikasjoner på eventuell forekomst av slike variasjoner i kommune-Norge.

Ved siden av tradisjonell regnskapsmessig revisjon gjennomfører Riksrevisjonen også såkalt forvaltningsrevisjon, jf. riksrevisjonsloven § 9. Ved flere forvaltningsrevisjoner har tjenestetilbud til barn og unge vært et sentralt tema. I 2007 offentliggjorde Riksrevisjonen en undersøkelse av tilbudet til barn og unge med psykiske problemer. Om kommunenivået (skolehelsetjenesten, PP-tjenesten og barnevernet) skriver Riksrevisjonen:<sup>242</sup>

«De geografiske forskjellene i kapasitet er så store at det reiser spørsmål om kommunene i tilstrekkelig grad prioriterer utbyggingen av tilbudet til barn og unge med psykiske problemer.»

---

<sup>241</sup> Se også undersøkelse gjennomført av SINTEF på oppdrag fra daværende Barne- og familiedepartementet, jf. *Andersson (red.)*, Kunnskapsstatus om det samlede tjenestetilbudet til barn og unge, særlig s. 97–121.

<sup>242</sup> St.dok. 3:7 (2006–07) s. 12.



I 2006 var revisjonsgjenstanden opplæringen i grunnskolen. Også her konkluderte Riksrevisjonen med regionale forskjeller:<sup>243</sup>

«En må regne med noe variasjon i driftsutgiftene mellom ulike kommuner. Når variasjonene likevel blir så store, kan det tyde på at det er vesentlige forskjeller i læringsvilkårene for elevene i grunnskolen.»

Riksrevisjonen har også gjennomført en undersøkelse av oppfølging og tilsyn i barnevernet (2003). En hovedkonklusjon var at kommunene i for liten utstrekning fulgte opp barn som var plasserte utenfor hjemmet, men innvendingen gjaldt alle undersøkte kommuner og avdekket ikke regionale forskjeller.<sup>244</sup> Den siste undersøkelsen fra Riksrevisjonen som skal nevnes her var rettet mot tildeling og utmåling av hjelpestønad til barn og unge under 18 år. Til forskjell fra de foregående er hjelpestønad en statlig ytelse, som forankret i folketrygdloven. Folketrygdloven er tradisjonelt mer rettighetsbasert og basert på et mer finmasket regelverk enn f. eks. barnevernloven og sosialtjenesteloven, men hjelpestønad er en atypisk trygdeytelse ved at den i stor grad beror på skjønnsmessige kriterier. Kanskje er dette årsaken til at konklusjonene langt på vei var sammenfallende med undersøkelser av ytelser tildelt på kommunenivå:<sup>245</sup>

«Den variasjonen i vedtak som undersøkelsen viser, gjør at det er grunn til å stille spørsmål om trygdeetatens saksbehandling bygger på en rimelig ensartet og sikker skjønnsutøvelse, og om hensynet til likebehandling ivaretas i tilstrekkelig grad.»

Et fellestrekk ved alle Riksrevisjonens undersøkelser har i tillegg vært mangel på samordning og koordinering mellom de ulike forvaltningsenhetene. Et verktøy for å øke samhandlingen har vært innføringen av individuelle planer, tiltaksplaner og omsorgsplaner,<sup>246</sup> men undersøkelsene av tilbudet til barn og unge med psykiske problemer og av barneverntjenesten viser at disse brukes i begrenset utstrekning (også der hvor tiltaksplaner er lovpålagt).<sup>247</sup>

For å øke samhandlingen mellom ulike etater og nivåer er det innført en plikt for barneverntjenesten til å utarbeide individuell plan (ny § 3-2a i barnevernloven, tilføyd ved lov 19. juni 2009 nr. 45 (i kraft 1 jan. 2010 iflg. res. 26. juni 2009 nr. 874), jf. Ot.prp. 69 (2008–09) s. 41–48). En slik lovhjemmel er hensiktsmessig ut fra at individuelle planer er knesatt i en lang rekke velferdslover, men det gjenstår å se om koordineringen blir bedre.

---

<sup>243</sup> St.dok. 3:10 (2005–06) s. 7–8.

<sup>244</sup> St.dok. 3:10 (2002–03) s. 3.

<sup>245</sup> St.dok. 3:5 (2000–01) s. 1.

<sup>246</sup> Om forholdet mellom plantypene, se Ot.prp. 69 (2008–09) s. 41 og 48.

<sup>247</sup> St.dok. 3:10 (2002–03) s. 2 og St.dok. 3:7 (2006–07) s. 13.

Statens helsetilsyn (Helsetilsynet) foretar både etterhåndskontroll ved konkrete hendelser som har voldt skade eller fare for skade («hendelsesbasert tilsyn») og løpende kontroller for å sikre at tjenester og ytelser holder et forsvarlig nivå («systemtilsyn»), jf. tilsynsloven § 1 (som ikke skiller mellom tilsynsformene). De senere år har Helsetilsynet foretatt to systemtilsyn hvor undersøkelsesobjektet har vært ytelser til barn og unge. I 2006 var temaet habiliteringstjenester til barn, og i 2008 ble søkelyset satt på kommunale helse-, sosial og barneverntjenester til utsatte barn.<sup>248</sup> Et gjennomgående funn ved de to gjennomførte tilsynene er manglende koordinering mellom ulike etater, men også ulikheter mellom kommunene har vært et ankepunkt.<sup>249</sup>

Sivilombudsmannen kan både behandle saker etter henvendelse fra borgerne og ta opp saker av eget tiltak, jf. ombudsmannsloven § 5. I 2001/02 foretok Sivilombudsmannen en undersøkelse av saksbehandlingen i forbindelse med tildeling av ressurser til spesialundervisning i grunnskolen i Molde kommune. I de avsluttende merknadene skriver ombudsmannen:<sup>250</sup>

«For Molde kommune kan det for skoleåret 2000/ 2001 se ut som om økonomi og budsjettensyn har lagt de grunnleggende premisser for tildelingen av ressurser til spesialundervisning. Økonomiske rammer synes langt på vei å ha vært styrende for saksbehandlingen. Tildelingen av ressurser på individnivå fremstår også langt på vei som en fordeling av en begrenset og forhåndsbestemt økonomisk pott, uten at vedtakene fremtrer som tilstrekkelig forankret i lovens rettighetsbestemmelser. Et slikt syn på retten til spesialundervisning er uheldig, og kan føre til at elever ikke får den spesialundervisningen de etter loven har krav på.»

Ombudsmannen kritiserte også til dels store forskjeller skolene imellom med hensyn til hvordan saksbehandlingen rundt tildeling av ressurser til spesialundervisning var lagt opp. Undersøkelsen fra ombudsmannen gir ikke grunnlag for slutninger om regionale forskjeller, men setter søkelyset på hvordan økonomiske rammer i mange situasjoner er styrende, til tross for at lovbestemmelser som gir borgerne (barna) individuelle rettskrav.

Samlet sett indikerer de refererte undersøkelsene at forskjeller i tjenestetilbudet til barn og unge forekommer på mange områder. Ulikhetene synes ikke alene å skyldes saklig forskjellsbehandling eller regionale prioriteringer i handlingsrommet som ligger utenpå de lovfastsatte minimumsrettighetene.

---

<sup>248</sup> Se rapport 4/2007 og rapport 5/2009.

<sup>249</sup> Se særlig rapport 4/2007 s. 13–17. Om forskjeller på spesialistnivå, se s. 17–20.

<sup>250</sup> St.dok. 4 (2002–03) s. 153 (Somb-2002-26).

### 5.1.3 Det rettslige rammeverket

BK har ingen særskilt regulering av stønadsnivået til barnefamilier. De nærmere bestemmelsene om de ulike velferdsytelsene bruker noe forskjellige formuleringer, jf. art. 24 (retten til helse), art. 26 (sosiale ytelser), art. 27 (adekvat levestandard) og art. 28–29 (opplæring), men disse kan ikke sies å legge føringer for regionale tjenestetilbud. Diskrimineringsregelen i art. 2 bygger på en likhetstankegang, men retter seg først og fremst mot forskjellsbehandling på grunn av foreldrenes status, rase kjønn m.v.

BK art. 19 nr. 1 pålegger statene å treffe tiltak for å beskytte barnet mot omsorgssvikt, og art. 19 nr. 2 fastsetter at slike beskyttelsestiltak bør inkludere hjelpetiltak til både barnet og dets omsorgsgivere.<sup>251</sup> Bestemmelsen gir imidlertid ikke grunnlag for å etablere rettsregler knyttet til regionale forskjeller.

I det nasjonale ordskiftet har kritikken også vært rettet mot ytelser til funksjonshemmete barn,<sup>252</sup> og som nevnt har Helsetilsynet avdekket forskjeller mellom kommunene når det gjelder habiliteringstjenester. For denne gruppen er BK art. 23 om funksjonshemmetes barns rettigheter relevant, men heller ikke denne har spesifikke formuleringer knyttet til stønadsnivået. FNs konvensjon om funksjonshemmetes rettigheter (FR) art. 7 er spesielt rettet mot barn,<sup>253</sup> men heller ikke denne regulerer eksplisitt regionale forskjeller.

Derimot fastsetter BK art. 4 at staten har et overordnet ansvar for offentlig ressursutnytting:<sup>254</sup>

«With regard to economic, social and cultural rights, States Parties shall undertake such measures to the maximum extent of their available resources ...»

Staten skal etter bestemmelsen gjøre sitt ytterste for å utnytte sine tilgjengelige ressurser for så vidt gjelder realiseringen av økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter.<sup>255</sup> Derimot knesetter art. 4 ikke et prinsipp om enhetlig ytelsesnivå i

---

<sup>251</sup> Se bl.a. *Stang*, Det er barnets sak s. 371–372, som også betoner betydningen av BK art. 3(2) for så vidt gjelder statens ansvar for å iverksette hjelpetiltak (s. 369–371).

<sup>252</sup> Se f. eks. Barneombudets tilbakemelding til norske myndigheters utkast til fjerde rapport (5. nov 2007, 07/01914-4).

<sup>253</sup> Jf. General Comment no. 7 (2009), avsn. 78 hvor komiteen viser til FR art. 7.

<sup>254</sup> Tilsvarende bestemmelse finnes i ØSK art. 2(1).

<sup>255</sup> Se General Comment no. 5 (2003), bl.a. avsn. 1–12 (generelt om gjennomføring) og General Comment no. 9 (2006), avsn. 14 (funksjonshemmete barn).

medlemsstatene. Likevel kan ulikhet i tjenestetilbud avhengig av hvor i medlemsstaten barnet er bosatt være problematisk, fordi staten da gjennom organiseringen av sin virksomhet åpner for forskjellsbehandling. Komiteen synes å bygge på en slik tilnærming når den i sin kommentar om gjennomføring av konvensjonen uttaler:<sup>256</sup>

«The Committee reiterates that in all circumstances the State ... remains responsible for ensuring the full implementation of the Convention throughout the territories under its jurisdiction. In any process of devolution, States parties have to make sure that the devolved authorities do have the necessary financial, human and other resources effectively to discharge responsibilities for the implementation of the Convention. ... Further, there must be safeguards to ensure that decentralization or devolution does not lead to discrimination in the enjoyment of rights by children in different regions.»

En kan likevel ikke tolke BK dit hen at statene er pålagt å ha identisk ytelsesnivå i sine regionale inndelinger. Med begrep lånt fra nasjonal velferdsrett kan stikkordsformuleringen være at alle barn har krav på en «minstestandard» uavhengig av bosted,<sup>257</sup> men at ytelsesnivået over denne kan variere ut fra lokale prioriteringer.

Når komiteen har kritisert Norge har innvendingene vært presentert under overskriften «Generelle tiltak for gjennomføring av konvensjonen («General measures of implementation»), som på sin side er utviklet med utgangspunkt i art. 4. En må derfor kunne si at komiteen ut fra ressursformuleringen i art. 4 har etablert et konvensjonsrettslig prinsipp om en viss likhet i det offentlige tjenestetilbudet til barnefamilier.

I det følgende vil jeg se på ytelser til barn og barnefamilier under ett, og jeg vil ikke foreta presiseringen med hensyn til om eventuelle rettigheter formelt tilkommer barnet eller foreldrene (eventuelt begge).

#### **5.1.4 Nærmere om komiteens kritikk til Norge**

Komiteen har i forbindelse med alle Norges tre rapporter kommentert det kommunale tjenestetilbudet til barnefamilier:<sup>258</sup>

«It also suggests that the State party might wish to further discuss the provision of education and health services, including with respect to all children under its jurisdiction, in order to

---

<sup>256</sup> General Comment no. 5 (2003), avsn. 41.

<sup>257</sup> Slik også *Smith*, i *Høstmælingen m.fl.*, Barnekonvensjonen s. 18–19.

<sup>258</sup> Se også ØSK-komiteens kritikk til Norge for så vidt gjelder regionale forskjeller i helsetilbudet (uten å nevne barn spesielt), jf. E/C.12/1/Add.109, avsn. 39.

ensure that different standards of service do not arise between municipalities.» *Sluttmerknader til Norges første rapport (1994), avsn. 24.*

«The Committee recommends that the State party undertake an evaluation of the implementation of all aspects of the Convention by municipal authorities and that every effort be made to ensure the effective implementation of the Convention at the municipal level. ... The Committee urges the State party to consider ways in which all children can be guaranteed equal access to the same standard of services, irrespective of where they live, such as, for example, by establishing nationwide standards for and allocation of resources to the implementation of the Convention's provisions, in the context of the provision of welfare services.» *Sluttmerknader til Norges andre rapport (2000), avsn. 15 og 17.*

«The Committee recommends that the State party undertake a study to assess and analyse the level and content of resources provided to children and take, where necessary, measures to ensure equal access and availability of services for all children, irrespective of the geographical location or size of the municipality.» *Sluttmerknader til Norges tredje rapport (2005), avsn. 15.*

Formuleringene er noe varierende, men innholdsmessig går to elementer igjen, særlig i de to siste sluttmerknadene. For det *første* anbefaler komiteen at norske myndigheter tar initiativ til undersøkelser av forekomsten av regionale forskjeller. For det *annet* ber komiteen om at Norge treffer tiltak med sikte på å sikre barn lik tilgang på velferdsytelser uavhengig av bosted.<sup>259</sup> Oppfordringen om empiriske undersøkelser er dels fulgt opp gjennom undersøkelsene som er gjort av ulike tilsynsorgan og som er referert foran, men det er fremdeles behov for mer empirisk materiale. Temaet her vil være komiteens andre innvending.

I uttalelsene går komiteen langt i å kreve at velferdsytelser til barn skal være identiske utover hele landet. I den første sluttkommentaren skriver komiteen at ulike nivåer ikke skal forekomme («ensure that different standards of service do not arise»), mens de to siste sluttkommentarene begge bruker uttrykket «lik tilgang» («equal access»). På bakgrunn av komiteens konkrete merknader mot Norge og de allmenne føringene i den generelle kommentaren om emnet, er det etter mitt skjønn usikkert hvor store forskjeller i tjenestetilbudet som er akseptabelt etter BK.<sup>260</sup> Uansett er ulikhetene i Norge større enn hva komiteen mener ligger innenfor statens handlingsrom.

I det følgende skal jeg se nærmere på rettslige virkemidler som kan tas i bruk for å redusere regionale forskjeller. Siktemålet er å holde disse ulike tiltakene opp mot forpliktelsene etter BK og de føringene som komiteen har gitt for valg av tiltak.

---

<sup>259</sup> Se også lignende kritikk til Sverige og Finland, jf. CRC/C/SWE/CO/4, avsn. 18 og CRC/C/15/Add.272, avsn. 11.

<sup>260</sup> Syse, i *Høstmælingen m.fl.*, Barnekonvensjonen s. 188 går etter mitt skjønn for langt i å akseptere regionale forskjeller (i tjenestetilbudet til funksjonshemmete barn) som forenlig med BK.

I etterkant av komiteens avsluttende merknader kom Norge med en «replik» i form av et brev (PM) til Barnekomiteen, datert 1. juli 2005 og publisert i tilknytning til den norske oversettelsen av de konkluderende merknadene til Norges 3. rapport (Barne- og familiedepartementet sept. 2005). Bakgrunnen for «replikken» var at statlige myndigheter fant at Barnekomiteen i sine avsluttende merknader i for liten grad reflekterte det arbeidet som faktisk blir gjort og som fremgikk av Norges rapporter. For så vidt gjaldt regionale forskjeller viste departementet til det kommunale selvstyret og at BK ikke krever at ytelsesnivået skal være identisk i helse landet.

## **5.2 Manglende materielle rettigheter som årsak til ulikheter**

### **5.2.1 Problemstillingen**

Et sentralt virkemiddel for å kanalisere ytelser er bruk av lovfastsatte, materielle rettigheter. Slike bestemmelser kan både fastsette når borgerne har krav på velferdsytelser fra det offentlige og regulere nivået på tjenestene. Etter hvert inneholder lovverket en rekke bestemmelser som gir borgerne individuelle rettigheter på ulike former for velferdsytelser, jf. oversikten under pkt. 5.3.1. Temaet i det følgende er to områder hvor lovgiver bevisst har avstått fra å tilstå barn materielle rettigheter på velferdsytelser, og problemstillingen er hvorvidt en slik regulering er i samsvar med BK.

### **5.2.2 Manglende rettighetsbestemmelse i barnevernloven**

Barnevernloven legger primæransvaret på regionnivå, jf. § 2-1 som fastsetter at kommunen er ansvarlig for å utføre de oppgaver som etter loven ikke er lagt til et statlig organ. Tiltak etter barnevernsloven kan grovt deles inn i to kategorier: frivillige hjelpetiltak og tvangsinngrep. Rett til tvang reiser særlige problemstillinger som vil bli drøftet i pkt. 7.4.3, og temaet i det følgende er frivillige tiltak.

Hjelpetiltak til barn og barnefamilier er nærmere regulert av § 4-4, og bestemmelsens første til tredje avsnitt lyder:

«Barneverntjenesten skal bidra til å gi det enkelte barn gode levekår og utviklingsmuligheter ved råd, veiledning og hjelpetiltak.

Barneverntjenesten skal, når barnet på grunn av forholdene i hjemmet eller av andre grunner har særlig behov for det, sørge for å sette i verk hjelpetiltak for barnet og familien, f.eks. ...

Barneverntjenesten kan også yte økonomisk stønad som hjelpetiltak for barnet.»

Bestemmelsen pålegger den kommunale barneverntjenesten en plikt, men korresponderer ikke med noen uttrykkelige rettigheter på borgernes hånd. Barnevernloven er en sjelden fugl i den norske rettslige faunaen ved at statlige myndigheter kan ilegge kommunene økonomiske reaksjoner ved pliktbrudd, jf.

barnevernloven § 6-9, men denne er begrenset til sen saksdrift i undersøkelsessaker, og gir ikke hjemmel for å sanksjonere manglende tilståelse av hjelpetiltak. Plikten etter § 4-4 er likevel ikke uten innhold, og vil blant annet ha en rettslig funksjon ved fylkesmannens tilsyn.

Spørsmålet så er om kommunens plikter etter § 4-4 også korresponderer med tilsvarende rettigheter på barnets hånd. Undertiden kan borgernes rettskrav tuftes på slike pliktbestemmelser for det offentlige,<sup>261</sup> men i barnevernloven er ordvalget bevisst. Departementet hadde opprinnelig gått inn for en formålsbestemmelse som brukte uttrykket «rett til», men sløyfet denne passusen i proposisjonen.<sup>262</sup> Her foretar departementet også en drøftelse av spørsmålet om rettighetsfesting og avstår fra en slik regulering.<sup>263</sup> Departementets innvendinger kan grupperes i fire argumenter:<sup>264</sup>

- Barnevernloven bruker så skjønnsmessige kriterier at det er vanskelig å definere hvilken situasjon som utløser rettigheter og hva de eventuelt skal bestå i.
- Det er unaturlig å definere ytelser som rettigheter når det ikke er klart om rettighetshaveren – barnet – oppfatter det som et gode.
- En rettighetsbestemmelse vil føre til økt persongalleri ved at andre enn barn og foreldre må kunne gjøre rettighetene gjeldende («vergeordning»).
- En rettighetsbestemmelse kan føre til uheldige vridningseffekter ved at de mest ressurssterke vil kunne gjøre rettigheter gjeldende.

Storingsflertallet sluttet seg til departementets vurdering.<sup>265</sup>

Spørsmålet om rettighetsfesting ble tatt opp igjen av utvalget som var nedsatt for å gjøre en helhetlig gjennomgang av barnevernet i Norge (Befringutvalget). De anbefalte en revurdering av spørsmålet.<sup>266</sup>

«Barns og unges rett til barneverntjenester bør lovfestes. Dette vil sette barns og unges interesser og behov i fokus, og bidra til en harmonisering med sosialtjenesteloven og kommunehelsetjenesteloven som gir rett til hjelp.»

---

<sup>261</sup> Se diskusjonen hos *Holgensen*, Rettigheter og rettslige forpliktelser s. 32–34 med videre henvisninger.

<sup>262</sup> Se Ot.prp. 44 (1991–92) s. 16–17.

<sup>263</sup> Ot.prp. 44 (1991–92) s. 6–7.

<sup>264</sup> Se samme inndeling hos *Holgensen*, Rettigheter og forpliktelser s. 53–54, som også fremhever relevante innvendinger mot departementets argumenter (s. 54–59). Se herom også *Stang*, Det er barnets sak s. 374–381.

<sup>265</sup> Innst. O. 80 (1991–92) s. 8.

<sup>266</sup> NOU 2000:12 s. 219.

Departementet gikk gjennom spørsmålet på ny, men avviste å lovfeste en rettighetsbestemmelse.<sup>267</sup>

«Etter ei samla vurdering finn departementet at det ligg føre såpass tungtvegande argument mot ei lovfesting av rett til barneverntenester, at framlegget frå Befringutvalet på dette punktet ikkje bør følgjast opp. Som det også går fram av NOU 2000:12, må ein ikkje overvurdere den reelle verdien for barn av ei lovfesting av retten til hjelp frå barneverntenesta, så lenge barneverntenesta alt har plikt til å setje i verk undersøkingssak og tiltak. Etter departementet sitt syn tek reglane om dei pliktene barneverntenesta og kommunane har, saksbehandlingsreglane – her medrekna klageretten til Fylkesmannen og det tilsynet Fylkesmannen har med kommunane – vare på omsynet til barnet på ein tilfredsstillande og formålstenleg måte.»

Selv om konklusjonen var den samme som ved forrige korsvei, var argumentasjonen mer utførlig og nyansert. Blant annet imøtegikk departementet de innvendingene som bl.a. Gudrun Holgersen hadde formulert mot vegringen av en rettighetsfesting under utarbeidelsen av barnevernloven.<sup>268</sup> I motsetning til tidligere fremhevet departementet også økonomiske betraktninger:<sup>269</sup>

«Ei eventuell lovfesting av rettar ville truleg få innverknad på overføringane til kommunane, fordi ein må rekne med at utgiftene til barneverntiltak i så fall vil auke. Det er all grunn til å tru at krava mot kommunane frå foreldre som ønskjer støttetiltak i form av avlastningstiltak, økonomisk hjelp med meir, vil bli fleire ved ei lovfesting.»

Tatt på ordet harmonerer denne uttalelsen dårlig med de forpliktelsene som følger av BK, særlig hensett til den kritikken som komiteen har fremført i sine avsluttende rapporter til Norge. Staten har gjennom BK art. 4 et ansvar for å utbygge velferdstilbud til barn maksimalt («undertake such measures to the maximum extent of their available resources»). Forpliktelsen er ikke ubegrenset og myndighetene må foreta prioriteringer opp mot andre formål. I den siterte passasjen avviser imidlertid departementet rettighetsfesting fordi en lovregulering vil medføre økt pengebruk, men lar samtidig være å diskutere om lovfesting vil føre til et bedre tjenestetilbud til barn og om dette i så fall vil være en god «investering» sett opp mot andre politiske prioriteringer. Riktignok legger departementet til som et tilleggsargument etter den siterte uttalelsen at en rettighetsfesting vil kunne føre til vridningseffekter ved at de mest ressurssterke lettest vil fremsette krav. På den annen side er denne

---

<sup>267</sup> St.meld. 40 (2001–02) s. 146 (nettversjonen s. 189).

<sup>268</sup> Se note 264 foran.

<sup>269</sup> St.meld. 40 (2001–02) s. 146 (nettversjonen s. 189).



innvendingen generell og har ikke ført til at Stortinget på andre områder har avstått fra å tilstå rettigheter gjennom lovgivningen.<sup>270</sup>

Departementets konklusjon fikk tilslutning av stortingsflertallet, som understreket at det offentlige uansett var pliktige til å yte hjelp.<sup>271</sup> Mindretallet gikk inn for lovregulering og fremhevet at rettighetsfesting var særlig viktig i en tid med dårlig kommuneøkonomi.

Både i for- og etterkant av Befringutvalgets forslag var spørsmålet om rettighetsfesting diskutert i juridisk teori. Gudrun Holgersen er allerede nevnt.<sup>272</sup> Hun konkluderer slik:<sup>273</sup>

«En samlet vurdering på grunnlag av disse kriteriene for rettigheter, fører etter min mening til at klientens posisjon er såpass sterk at det må sies å foreligge en rett til barneverntjenester. Vi befinner oss altså ikke helt utenfor rettighetsskalaen. Men denne rettigheten vil være av en nokså svak karakter, ettersom en del av lovens kriterier er forholdsvis vage. Dette betyr igjen at det er vanskelig å angi presist i hvilke tilfeller rettigheten inntreffer og hvilket innhold den har, og at domstolsprøvingen vil være noe begrenset. Det svekker også rettighetspreget at det kan være noe uklart hvor langt barneverntjenesten vil kunne ta hensyn til ressursituasjonen ved avgjørelsene.»

Hun drøfter også partskonstellasjonene og konkluderer med at eventuelle rettigheter tilkommer barnet, og ikke foreldrene. På et rettspolitisk plan tar hun til orde for en lovfestet rett til hjelpetiltak.

Mons Oppedal diskuterer rett til hjelp av barneverntjenesten i form av akuttvedtak spesielt, men foretar også generelle drøftelser. Han konkluderer med at barnevernloven pålegger barneverntjenesten spesielle plikter, men at denne plikten ikke korresponderer med en tilsvarende rett for barn til å få slik hjelp når de har behov for det.<sup>274</sup> Derimot kan internasjonale føringer – i første rekke EMK og BK – medføre at barn må anses som å ha en rett til tiltak, men først dersom hjemforholdene er så dårlige at de overstiger en viss terskel.<sup>275</sup>

---

<sup>270</sup> Se også *Holgersen*, Rettigheter og forpliktelser s. 57–59 og s. 110 og *Stang*, Det er barnets sak s. 380 om holdbarheten av dette argumentet.

<sup>271</sup> Innst. S. 121 (2002–03) s. 28–29.

<sup>272</sup> Hun ga også en oversikt over diskusjonen i øvrig litteratur, se *Holgersen*, Rettigheter og forpliktelser s. 63–67. For en oversikt over senere tids diskusjoner, se *Oppedal*, Akutthjemlene s. 51 og s. 67–68.

<sup>273</sup> *Holgersen*, Rettigheter og forpliktelser s. 72. Om betydningen av BK, se s. 3–6 og s. 111.

<sup>274</sup> *Oppedal*, Akutthjemlene s. 52–53.

<sup>275</sup> *Oppedal*, Akutthjemlene s. 69, jf. s. 62 (pliktaspektet). Se også drøftelser av rett/plikt til spesifiserte tiltak andre steder i boken (s. 113–115, s. 208–210, s. 261, s. 306–307 og s. 399–403).

Elisabeth Gording Stang drøfter barns rett til hjelpetiltak. Hun mener barnevernloven § 4-4 kvalifiserer som rettighetsbestemmelse til tross for at stortingsflertallet har avslått en slik regulering, og fremhever i sin drøftelse forholdet til BK.<sup>276</sup> Rettspolitisk mener hun retten til hjelpetiltak bør lovfestes.

Stang diskuterer også samtykkekonstruksjonen, hvor utgangspunktet er at foreldrene må samtykke til hjelpetiltak, også når de er rettet mot barnet. Etter hennes syn er dagens regulering i strid med BK art. 3, fordi foreldrene gjennom å nekte å gi samtykke kan avskjære barnet fra sine rettigheter (se bl.a. den oppsummerende diskusjonen på s. 396–398). Problemstillingen er interessant, men faller noe på siden av spørsmålene som diskuteres her, og jeg vil ikke forfølge den nærmere.

Spørsmålet om rettighetsfesting har også en side til budsjett disiplinen, og den kommunalrettslige forpliktelsen til å sørge for nødvendige midler til barneverntjenesten. Barnevernloven § 9-1 fastsetter at den enkelte kommune «skal sørge for de bevilgninger som er nødvendige for å yte de tjenester og tiltak som kommunen har etter loven». Bestemmelsen henspiller på kommunens forpliktelser, og har slik sett ingen side til spørsmålet om borgernes rettigheter. Samtidig har den en politisk signalverdi, og kan også ha rettslig betydning i forbindelse med fylkesmannens tilsyns- og kontrollarbeid. Kommuneloven § 46 nr. 1 har en egen bestemmelse om forpliktelser som kommunen er rettslig forpliktet til å dekke, og gjør unntak fra kravet om budsjett hjemmel for denne typen utgifter. Videre fastsetter § 47 nr. 1 at underordnede organer for denne typen forpliktelser er ubundet av kommunestyrets (manglende) bevilgning. Siden barnevernloven tradisjonelt ikke anses for å gi individuelle rettigheter, tas ikke denne med i juridisk litteratur som tar opp hvilke velferdsbestemmelser som faller inn under § 46 nr. 1, jf. § 47 nr. 1.<sup>277</sup> Samtidig kan en stille spørsmålsteget ved om ikke barnevernloven i dag inneholder et rettighetselement, jf. diskusjonen straks nedenfor. I så fall vil tiltak som fanges opp av denne minstestandardstankegangen falle inn under kommuneloven § 46 nr. 1 og § 47 nr. 2. Uansett tror jeg ikke en skal overdrive betydningen av om barnevernstiltak faller utenfor de nevnte bestemmelsene i kommuneloven. Kommunenes prioriteringer på barnefeltet skjer i stor grad ut fra andre overveielser enn de rettslige.

Også innad i barnevernsfeltet brukes den manglende rettighetsfestingen som argument for å innføre nye bestemmelser som knesetter rettskrav. I ny § 3-2a i barnevernloven om individuell plan (tilføyd ved lov 19. juni 2009 nr. 45 (i kraft 1. jan 2010 iflg. res. 26. juni 2009 nr. 874)) valgte departementet bevisst å utforme bestemmelsen som en plikt for barneverntjenesten – uten noe korresponderende

---

<sup>276</sup> Se *Stang*, Det er barnets sak s. 383–384 (om drøftelsen av BK art. 3(2) og art. 19, se s. 369–374).

<sup>277</sup> Se f. eks. *Bernt*, Kommuneloven s. 357 og 366.

rettighet på barnets hånd – siden barnevernsloven ellers ikke gir en lovfestet rett til tjenester, jf. Ot.prp. 69 (2008–09) s. 48.

Den foregående gjennomgangen viser at både Regjering og Storting bevisst har latt være å innføre en lovbestemmelse som gir barn rettskrav på ytelser fra barnevernet. Til tross for dette, mener både Holgersen, Stang og Oppedal at barn i visse situasjoner har individuelle rettigheter etter barnevernloven,<sup>278</sup> men med noe ulike begrunnelser og nyanseringer med hensyn til «terskelverdiene». Den rettslige situasjonen er klarest når hjemforholdene er uforsvarlige og barnet står uten omsorg. Da har myndighetene en utvilsom plikt til å gripe inn, som korresponderer med et rettskrav på barnas hånd.<sup>279</sup> Samtidig vil barn i slike situasjoner i praksis normalt få hjelp, og eventuell unnfalleshhet skyldes formentlig andre årsaker enn usikkerhet om rettighetsreglene i barnevernloven. Den rettslige situasjonen er mer usikker med hensyn til mer dagligdagse hjelpebehov.<sup>280</sup> Her er de potensielt hjelpetrengende barna mange og rettsreglene har kanskje noe større betydning, i alle fall om de er kombinert med klare politiske signaler om prioritering av ytelser til barn og unge.

Som diskutert foran, er lovgivers avvisning av en rettighetsfesting under henvisning til økt utgiftsnivå problematisk holdt opp mot de forpliktelser som følger av BK art. 4. En rettighetsfesting vil dessuten være et relevant virkemiddel for å innsnevre det rettslige handlingsrommet for kommunene og dermed kunne bidra til å redusere regionale forskjeller, som komiteen har kritisert Norge for i alle sin tre avsluttende rapporter. På bakgrunn av de gjentatte merknadene har Norge etter mitt skjønn en klar rettslig forpliktelse til på ny å vurdere spørsmålet om innføring av lovbestemte individuelle rettskrav på barnevernstiltak.

Som flere av andre av de refererte forfatterne har vært inne på har diskusjonen om rettighetsfesting et teoretisk preg. Andre forhold enn den juridiske klassifiseringen er antakelig mer avgjørende for den kommunale ressursfordelingen til barn. En del av disse virkemidlene er av rettslig art, og jeg vil komme tilbake til dem under pkt. 5.3. Illustrerende for hvordan tilsynelatende svake rettigheter i praksis er betydningsfulle – og omvendt – er økonomiske bidrag til barnefamilier fra barneverntjenesten, jf. bvl. § 4-4(3). Økonomisk stønad skal ifølge forarbeidene ikke ytes som erstatning for økonomisk sosialhjelp etter sosialtjenesteloven, jf. Ot.prp. 44 (1991–92) s. 33. I praksis er imidlertid økonomisk stønad det vanligste (29%) hjelpetiltaket fra barneverntjenesten, jf. SSB, Barn og unge i barnevernet, tabell 4. Én av årsakene er at foreldrene opplever at terskelen for å få støtte er lavere i barneverntjenesten enn på sosialkontoret, jf. nærmere *Stang*, Det er barnets sak s. 188–191 med

---

<sup>278</sup> I samme retning også *Collin-Hansen*, Barnets rett til opplæring s. 236, jf. s. 165–167 og *Lindboe*, Barnevernrett s. 24, mens *Ofstad/Skar*, Barnevernloven s. 20–21 synes mer reserverte. For en oversikt over senere tids diskusjoner, se note 272 med henvisninger.

<sup>279</sup> Se *Holgersen*, Rettigheter og rettslige forpliktelser s. 74 og *Oppedal*, Akutthjemlene bl.a. s. 62 og 69.

<sup>280</sup> Se *Holgersen*, Rettigheter og rettslige forpliktelser s. 72 og *Stang*, Det er barnets sak s. 363–398.

støtte i eget innsamlet materiale. I så måte er det et tankekor at økonomisk sosialhjelp utvilsomt er en lovfestet rettighet som borgerne har rettskrav på, mens departementet har avslått å gi en lovfestet rett til barnevernstiltak.

### 5.2.3 Manglende lovfesting av kravet på omsorgslønn

Omsorgslønn er en ytelse til borgere som har særlig omfattende pleieoppgaver. Ordningen er generelt rettet, men er blant annet aktuell for foreldre som har hjemmeboende barn med funksjonshemminger, og i fortsettelsen vil denne gruppen stå i fokus. Ytelsen er spesiell ved tre-partsforholdet, som foruten kommunen består av omsorgsmottakeren (barna) og omsorgsyteren (foreldrene).

Den rettslige konstruksjonen fremkommer av sosialtjenesteloven kap. 4. Omsorgslønn er definert som én av fem ulike tjenestegrupper som de sosiale tjenester skal omfatte (§ 4-2). Bestemmelsen som fastsetter hva borgerne har rettskrav på henviser bare til de fire øvrige tjenestegruppene og ikke til omsorgslønn (§ 4-3).<sup>281</sup> Reguleringen henger dels sammen med at selve tjenesten ikke gis av kommunen, men av foreldrene (omsorgsgiver), men er også utslag av et bevisst lovgivervalg.<sup>282</sup> Både barn og foreldre står uten en lovfestet rett til ytelse, men foreldre – og andre omsorgsytere – har fått en særskilt prosessuell posisjon. Personer med særskilt krevende omsorgsoppgaver kan etter § 4-4 kreve at sosialtjenesten treffer vedtak om det skal settes i verk tiltak for å lette omsorgsbyrden og i tilfelle hva vedtakene skal bestå i.

Utgangspunktet er derfor at borgerne ikke kan kreve tilstått omsorgslønn, men dersom kommunen i stor utstrekning baserer det samlede tjenestetilbudet på pårørendes tjenesteyting kan avslag på omsorgslønn fremstå som «åpenbart urimelig».<sup>283</sup> Dermed kan omsorgsyteren med utgangspunkt i doktrinen etablert ved Fusa-dommen (Rt. 1990 s. 874A) i visse situasjoner ha rettskrav på hjelp. Den befinner seg imidlertid på nedre del av «rettighetsskalaen»,<sup>284</sup> fordi kriteriene for tildeling er svært skjønnsmessige og terskelen for å underkjenne et helt eller delvis avslag er høy.

---

<sup>281</sup> Jf. *Kjønstad/Syse*, *Velferdsrett* s. I 198–199.

<sup>282</sup> Ot.prp. 29 (1990–91) s. 66 og s. 159 og Innst. O. 9 (1991–92) s. 20, jf. også NOU 1985:18 s. 78.

<sup>283</sup> Jf. *Kjønstad/Syse*, *Velferdsrett* I s. 198 og NOU 2004:18 s. 21. Se også rundskriv I-42/98 som betoner at borgerne har et rettskrav på at kommunes tjenester samlet sett ligger på et forsvarlig nivå.

<sup>284</sup> Se bl.a. *Kjønstad*, i *Kjønstad/Syse*, *Velferdsrett* I s. 103 som fremhever at inndelinger av rettigheter skjer langs et «kontinuum».

Omsorgslønn var tema i Rt. 1997 s. 877A, men saksforholdet var spesielt. Et foreldrepar hadde stor omsorgsbelastning knyttet til sin hjemmeboende, myndige sønn. De var etter klage tilstått omsorgslønn tilsvarende 2/3 årsverk som hjemmehjelper. Etter først å ha fulgt opp vedtaket, stoppet kommunen fortsatte utbetalinger som følge av manglende midler. Selv om fylkeslegens vedtak ikke var angrepet av kommunen, måtte Høyesterett ta (prejudisielt) stilling til om klagevedtaket var gyldig, og fant at så var tilfelle. Dermed ble kommunen pålagt å betale omsorgslønn i samsvar med klagevedtaket. Saken ble avgjort etter kommunehelsetjenesteloven, siden omsorgslønn tidligere var regulert av dennes § 2-1. Om omsorgslønn fremstår som en svakere rettslig beskyttet rettighet etter overføringen til sosialtjenesteloven og eventuelle konsekvenser i så måte, se *Kjønstad/Syse, Velferdsrett* I s. 199.

Omsorgslønn er en praktisk ytelse for familier med barn med store funksjonshemminger. I 2006 mottok 8300 omsorgsytere lønn fra kommunene.<sup>285</sup> Tidligere undersøkelser viser at noe i overkant av ca. 39 % av omsorgslønnskontraktene gjelder familier med funksjonshemmete barn under 18 år.<sup>286</sup> Selv om tendensen de siste årene har gått i retning av økt antall omsorgskontrakter og høyere andel av disse til barnefamilier,<sup>287</sup> er ordningen med omsorgslønn ingen omfattende velferdsordning. Den er likevel prinsipielt viktig, og særlig for gruppen funksjonshemmete barn. I motsetning til eldre pårørende har foreldre en lovfestet omsorgsplikt for sine mindreårige barn, og det finnes ikke institusjoner for barn tilsvarende som i eldreomsorgen.

BK art. 23 har som nevnt en egen bestemmelse om funksjonshemmete barn. I denne sammenhengen er det interessant hvordan konvensjonsteksten fremhever rettsstillingen til de som har omsorg for barnet. Etter art. 23 nr. 2 skal staten – innenfor de midler som er til rådighet – sikre at barn og «barns omsorgspersoner får den hjelp de har søkt om og som er rimelig i forhold til barnets tilstand og foreldrenes eller andre omsorgspersoners situasjon» («those responsible for his or her care, of assistance for which application is made and which is appropriate to the child's condition and to the circumstances of the parents or others caring for the child»)<sup>288</sup> Barnekomiteen har understreket hvordan barn har rett til at foreldrene gis ytelser for å kunne ta omsorg for egne funksjonshemmete barn.<sup>289</sup>

---

<sup>285</sup> Statistisk sentralbyrå, Statistikkbanken, Emne 03 (Helse, sosiale forhold og kriminalitet), tabell 03303 (tilgjengelig på [www.ssb.no](http://www.ssb.no)).

<sup>286</sup> Se *Eriksen m.fl.*, NOVA-rapport 11/03 s. 12 med videre henvisning.

<sup>287</sup> Se referansene i to foregående noter.

<sup>288</sup> Se også FNs konvensjon om funksjonshemmetes rettigheter art. 23(3).

<sup>289</sup> General Comment no. 7 (2006), avsn 36 d). Uttalelsen gjelder yngre funksjonshemmete barn, men i denne sammenhengen er det ingen grunn til å sondre ut fra alder. Se også General Comment no. 9 (2006), avsn. 13.

Til tross for at konvensjonsbestemmelsen legger opp til en skjønnsmessig vurdering og at komiteens praksis ikke gir grunnlag for å stille opp et finmasket sosialt sikkerhetsnett, kan en sette spørsmålstegn ved om den svake rettsposisjonen til omsorgsyttere med ansvar for funksjonshemmete barn er i samsvar med BK art. 23.<sup>290</sup> Innvendingene forsterkes av at den norske ordningen med omsorgslønn til foreldre med funksjonshemmete barn er preget av regionale forskjeller.<sup>291</sup> Ulikhetene går både på tildelingspraksis og stønadsnivå, herunder eventuell samordning med hjelpestønad etter folketrygdloven.

Ordningen med omsorgslønn har lenge vært under revisjon.<sup>292</sup> I denne forbindelse vil jeg anbefale departementet å vie spørsmålet om forholdet til BK særlig oppmerksomhet for så vidt gjelder spørsmålet om omsorgslønn til foreldre med funksjonshemmete barn. På samme måte som under diskusjonen om rettighetsfesting av tjenester etter barnevernloven, er det grunn til å understreke at lovfastsatte rettigheter bare er ett av flere virkemidler for å hindre regionale forskjeller og at en eventuell innføring av et materielt rettskrav ikke nødvendigvis fører til en substansiell forbedring av barns faktiske posisjon.

Som nevnt foran ble hjemmelen for omsorgslønn flyttet fra kommunehelsetjenesteloven til sosialtjenesteloven. En rettslig konsekvens av denne overføringen var endring av klageorganets kompetanse. Mens fylkeslegen (nå: Helsetilsynet i fylket) kunne prøve alle sider av saken, jf. kommunehelsetjenesteloven § 2-4 (med henvisning til forvaltningslovens generelle regler), er fylkesmannens kompetanse etter sosialtjenesteloven for så vidt gjelder det frie skjønn begrenset til å endre vedtak hvor skjønnnet er «åpenbart urimelig», jf. § 8-7(1)2. Siden tilståelse av omsorgslønn i utgangspunktet beror på en hensiktsmessighetsvurdering fra kommunens side, med reservasjon for at avslag kan underkjennes som «åpenbart urimelig» i tråd med Fusa-dommen (Rt. 1990 s. 874A), har fylkesmannen her ingen større kompetanse til å underkjenne vedtaket enn domstolene har. I et slikt perspektiv kan det for funksjonshemmete barn derfor være et fremskritt om hjemmelen for omsorgslønn flyttes til barnevernloven, både fordi barnevern i kommunale prioriteringer ofte går foran andre utgiftsposter og fordi fylkesmannen i barnevernsaker har større kompetanse i klageomgangen enn etter sosialtjenesteloven, jf. barnevernloven § 6-6(1). Dessuten vil en slik endring være politisk lettere gjennomførbar enn en full revisjon av omsorgslønnsordningen.

---

<sup>290</sup> Se *Myhre*, Rett til omsorgslønn s. 14 og s. 22–23.

<sup>291</sup> Se *Eriksen m.fl.*, NOVA-rapport 11/03 s. 34 hvor regionale forskjeller dels tas som etablert empirisk kunnskap og dels belegges med tall fra SSB som viser ulikheter i antall omsorgskontrakter mellom kommuner.

<sup>292</sup> St.meld. 45 (2002–03) s. 10 og St.meld. 25 (2005–06) s. 107, jf. også Arbeids- og inkluderingsdepartementets høringsbrev av 8. des. 2008 hvor Helse- og omsorgsdepartementets revisjonsarbeid fremholdes.

## 5.2.4 Sammenfattende merknader om rettighetsfesting

På to områder som er viktige for barn og barnefamilier – frivillige barnevernstiltak og omsorgslønn – har Stortinget bevisst valgt å la være å innføre lovfastsatte rettigheter. Ut fra at våre folkevalgte på en lang rekke andre områder har valgt å lovfestsette rett til ulike velferdsytelser – også til barn og barnefamilier – fremstår unnlåtelsen på disse to områdene nær som en form for diskriminering. Nå vil denne forskjellsbehandlingen ikke falle inn under BK art. 2, som har et mer konkret perspektiv, men den norske lovgivningen må likevel sies å samsvare dårlig med grunnsynet som BK hviler på. Barnekomiteen har fremholdt nødvendigheten av en rettighetsbasert tilnærming:<sup>293</sup>

«These priorities should be established using rights-based approach, paying special attention to the most marginalized and disadvantaged groups of children.»

I et slikt perspektiv fremstår det som problematisk at frivillige barnevernstiltak og omsorgslønn til barnefamilier ikke er nedfelt som lovfastsatte rettigheter for det enkelte barn.

Som understreket tidligere skal en være varsom med å forutsi hvorvidt eventuell innføring av sterkere rettigheter – enten i form av rett til tiltak etter barnevernloven eller omsorgslønn etter sosialtjenesteloven – vil føre redusering av de regionale forskjellene. Samtidig vil slike lovendringer klart signalisere en prioritering av ytelser til barn. En relevant innvending mot rettighetsfesting er hensynet til kommunalt selvstyre, men denne har etter mitt skjønn begrenset gjennomslagskraft. Lovgiver har på en lang rekke andre områder gjennom lovgivningen tilstått borgerne rettigheter, og det er ingen saklig grunn til å utelate ytelser til barn og barnefamilier fra denne utviklingen.<sup>294</sup>

Det kommunale selvstyret bygger på en tanke om at politikerne på lokalt nivå er best egnet til å finne løsninger tilpasset regionale forhold og foreta lokale prioriteringer. Borgerne deltar gjennom valg, som barn er utelukket fra, men den demokratiske forutsetningen er at foreldre – og andre – også treffer politiske valg ut fra hva som gagnar barn. Til en viss grad er det lokale selvstyre også tuftet på en tankegang om konkurranse mellom borgerne. Blir tjenestetilbudet for dårlig, kan de velge å flytte til en annen kommune med et høyere ytelsesnivå. I praksis skjer slik borgerflyt i begrenset utstrekning, selv om media undertiden rapporterer om barnefamilier som vurderer flytting på grunn av store forskjeller i tjenestetilbudet sammenlignet med nabokommunen. For barnas del er dessuten slik flytting prinsipielt problematisk, fordi endring av bosted normalt er belastende for våre yngste borgere.

---

<sup>293</sup> Day of General Discussion on Resources for the Rights of the Child (2007), avsn. 41.

<sup>294</sup> Jf. også *Holgersen, Rettigheter og rettslige forpliktelser* s. 112.

## **5.3 Ulike rettslige virkemidler for å redusere regionale forskjeller**

### **5.3.1 Innledning**

Selv om tjenester etter barnevernloven og omsorgslønn etter sosialtjenesteloven er viktige ytelser for barn og deres familier, utgjør de bare en begrenset del av det totale tjenestetilbudet for denne gruppen. Andre viktige områder er utdanning, kommune- og spesialisthelsetjeneste og trygdeytelser. De basale ytelsene på disse områdene er nedfelt som lovfaste rettigheter, enten til barn spesielt, eller til alle borgere, og hvor barn likestilles med voksne. Sentrale bestemmelser er opplæringsloven § 2-1 (rett til grunnskoleopplæring) og § 5-1 (rett til spesialundervisning), barnehageloven § 12a (rett til barnehageplass), sosialtjenesteloven § 4-2 (sosiale tjenester) og § 5-1 (økonomisk sosialhjelp), kommunehelsetjenesteloven § 2-1 (rett til nødvendig primærhelsehjelp) og § 2-2 (barns rett til helsekontroll) og pasientrettighetsloven § 2-1 (rett til øyeblikkelig hjelp og rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten) og §§ 6-1 flg. (særlige rettigheter for barn) og ulike ytelser etter folketrygdloven (i tillegg kommer barnetrygd og kontantstøtte som er regulert i særskilt lovgivning). De nevnte rettighetene er av ulik karakter, og varierer fra skjønnsmessige begrep både på vilkårs- og utmålingssiden («nødvendig helsehjelp») til regler nær uten tolkingsrom (som rett til barnetrygd og kontantstøtte). Forpliktelsen til å yte rettighetene ligger både til stat og kommune. Jevnt over er de statlige forpliktelsene av mer finmasket karakter, uten at jeg skal ta opp denne diskusjonen her.

Én vei for å redusere regionale forskjeller i tildelingspraksis kan være endring av de materielle reglene med sikte på å gi mer entydige og håndhevbare rettigheter for barn, men denne innfallsvinkelen skal ikke forfølges her. Temaet i det følgende er andre, rettslige virkemidler enn materielle lovendringer. Jeg vil først drøfte finansielle virkemidler (5.3.2) før jeg trekker frem andre typer tiltak (5.3.3 og 5.3.4).<sup>295</sup>

### **5.3.2 Budsjetstying og øremerking av tilskudd**

#### **5.3.2.1 Øremerking**

En måte å sikre et likere tjenestetilbud på er at staten i sine tildelinger til kommunene øremerker tilskudd til barn eller barnefamilier. Den generelle trenden i Norge har

---

<sup>295</sup> Barnekomiteen har oppfordret medlemsstatene til å definere ressurser til videre enn finansielle tiltak, jf. Day of General Discussion on Resources for the Rights of the Child (2007), avsn. 24 og 25.



gått i retning av økt bruk av rammetilskudd uten øremerking, men på mange områder – særlig i forbindelse med ulike opptrappingsplaner – brukes også ulike former for øremerking. Tall for 2008 viser at primær- og fylkeskommunene fikk 62 milliarder i rammeoverføringer, mens øremerkete tilskudd var på 35 milliarder (i tillegg kommer særlige tilskudd til flyktninger/asylsøkere og momskompensasjon).<sup>296</sup>

Barnekomiteen har gjentatte ganger understreket at staten plikter å tilføre tilstrekkelig med ressurser til barnefeltet, både gjennom økonomiske tildelinger og i form av menneskelige ressurser.<sup>297</sup> I denne forbindelse har komiteen også fremhevet at ytelser til barn bør synliggjøres i budsjett, slik at komiteen og andre fra år til år kan se endringer i de økonomiske prioriteringene. Komiteen har likevel ikke gitt konkrete føringer på bruk av ulike budsjettmessige teknikker for å sikre tilstrekkelig ressurstilgang. Unntaket er for funksjonshemmete barn, hvor komiteen har gått inn for øremerking:<sup>298</sup>

«Resources allocated to children with disabilities should be sufficient – and earmarked so that they are not used for other purposes – to cover all their needs, including programmes established for training professionals working with children with disabilities such as ...»

Komiteen stiller her to krav til ressurstilgangen. Den skal være tilstrekkelig og den skal være øremerket. Sistnevnte er tema her. Flere av de empiriske undersøkelser som er referert under pkt. 5.1.2 gjelder ulike ytelser til barn med forskjellige typer funksjonshemming og avdekker regionale forskjeller.

Spørsmålet er om norske myndigheter er forpliktet etter BK art. 24 til å legge om til et system med øremerking av bevilgninger til funksjonshemmete barn. Uttalelsen sitert foran er hentet fra komiteens generelle kommentar om rettigheter til barn med funksjonshemminger og er entydig. Samtidig er øremerking nevnt i en innskutt bisetning, og er ikke etterfulgt av nærmere diskusjoner.<sup>299</sup> I de avsluttende merknadene etter Norges rapporter har ikke komiteen fremhevet øremerking som et

---

<sup>296</sup> Se Rapport fra Det tekniske beregningsutvalg for kommunal og fylkeskommunal økonomi (april 2009), tilgjengelig på [http://www.regjeringen.no/nb/dep/krd/dok/rapporter\\_planer.html?id=272527](http://www.regjeringen.no/nb/dep/krd/dok/rapporter_planer.html?id=272527). Tall for tidligere år er referert i Norges 4. rapport (2008), avsn. 55.

<sup>297</sup> Se General Comment no. 5 (2003), avsn. 32 og Day of General Discussion on Resources for the Rights of the Child (2007), avsn. 23 flg.

<sup>298</sup> General Comment no. 9 (2005), avsn. 20. Se også avsn. 16 og General Comment no. 5 (2003), avsn. 61, hvor komiteen anbefaler at land som mottar bistand øremerker deler av denne til styrking av barns rettigheter.

<sup>299</sup> Heller ikke i Day of General Discussion on Resources for the Rights of the Child (2007) er øremerking fremhevet (bortsett fra i forbindelse med utviklingshjelp).

nødvendig tiltak. På denne bakgrunn mener jeg at det rettskildemessige grunnlaget er for spinkelt til å konstatere at Norge er forpliktet til å legge om til en ordning med øremerking av ytelser til barn med funksjonshemninger. Samtidig gir uttalelsen i den generelle kommentaren – sammenholdt med komiteens gjentatte kritikk av regionale forskjeller og empiriske data som indikerer at dette er et gjennomgripende problem – grunnlag for å revurdere etablerte tilnæringsmåter. Som nevnt innledningsvis brukes øremerking i stor grad som styringsmiddel. En gjennomgang av øremerkinger til kommunesektoren for 2008 viser at tilskudd til barn og unge utgjør en anelig andel (22 milliarder), men er nær alene knyttet til opplærings- og barnehageområdet (herunder barnehagebarn med nedsatt funksjonsevne) med unntak for 128 millioner til barnevernsformål.<sup>300</sup> På denne bakgrunn mener jeg det er grunn til å *vurdere* bruk av øremerking til funksjonshemmete barn og deres familier eller innføring av ulike former for statlige refusjonsordninger med sikte på å imøtekomme den repeterte kritikken fra Barnekomiteen.

Øremerking er et tradisjonelt budsjettmessig styringsmiddel, men en kan også tenke seg andre muligheter. I oppdragsdokumentet til de regionale helseforetakene har departementet de siste årene pålagt at den prosentvise veksten innen psykisk helsevern og tverrfaglig spesialisert rusbehandling skal være sterkere enn innen somatikk, jf. f. eks. oppdragsbrev til Helse Sør-Øst RHF av 5. jan. 2009 (her brukes også øremerking av enkelte tjenester til barn). Kommunene står i en annen stilling enn helseforetakene som er statseid, men også innenfor kommunesektoren brukes tidvis ulike former for belønnings- og tilskuddsordninger hvor midlene er knyttet opp til bestemte befolkningsgrupper.

### **5.3.2.2 Andre budsjettmessige virkemidler. Kontrollordninger**

I 2007 var statens ansvar for å sikre tilstrekkelig ressurser til gjennomføring av barns rettigheter («Resources for the Rights of the Child – Responsibility of the States») tema for Barnekomiteens årlige diskusjonsdag («Day of General Discussion»). Ressurser er et vidtfavnende begrep som bl.a. omfatter personell og økonomi, og som ikke bare har kvantitative, men også kvalitative elementer.<sup>301</sup>

I sine anbefalinger ble ulike former for budsjettmessige virkemidler viet størst plass av komiteen. Et mulig tiltak for statene er å sette av en lovbestemt andel av budsjettet til ytelser til barn og barnefamilier (avsn. 23):

«Recognizing that having an adequate legislative framework is an essential pre-condition for an equitable and effective allocation of resources to children, the Committee encourages all States

---

<sup>300</sup> Se Rapport fra Det tekniske beregningsutvalg for kommunal og fylkeskommunal økonomi (april 2009).

<sup>301</sup> Day of General Discussion on Resources for the Rights of the Child (2007), avsn. 24.

to consider legislating a specific proportion of the public expenditure to be allocated to children. Such legislation should be accompanied by a mechanism that allows for a systematic independent evaluation of the public expenditure on children.»

Oppfordringen til statene er her å *vurdere* denne formen for budsjettlovgivning, og komiteen tar ikke til orde for at denne ordningen skal være obligatorisk. Derimot er komiteen mer normativ hva angår prioriteringen av barn i budsjettene og synliggjøring av hvor stor andel som tilkommer dem. Medlemsstatene skal (avsn. 30 a):<sup>302</sup>

«make children a priority in the budgetary allocations as a means to ensure the highest return of the limited available resources; and make investment in children visible in the State budget through detailed compilation of resources allocated to them»

Videre insisterte komiteen på at statene burde utvikle kontrollorganer som skulle se til at ytelser til barn i tilstrekkelig grad ble prioritert (avsn. 42):

«States should ensure that their national priorities for children, to have actual impact, can be independently monitored on a regular basis. While this may be done in the context of a parliamentary review, the Committee strongly recommends that States establish a monitoring mechanism that will allow for an external review of the national priorities vis-à-vis the actual enjoyment of rights by children, with the authority to issue recommendations.»

Komiteens fokus er først og fremst rettet mot nasjonale prioriteringer, men staten har som fremhevet tidligere et overordnet ansvar for å sikre barns rettigheter også når den konkrete gjennomføringen er overlatt til kommunene.<sup>303</sup>

For norske kommuner foreligger et relativt utførlig materiale i offentlige statistikker, først og fremst gjennom KOSTRA (Kommune-Stat-Rapportering). Denne har en rekke variabler som gjelder barn og barnefamilier,<sup>304</sup> og danner et godt tallmessig utgangspunkt for overvåking av ressursutviklingen. En rekke statlige organer utøver ulike former for kontroll, slik som Riksrevisjonen, Helsetilsynet og Sivilombudsmannen. Disse er generelle kontrollorganer, som dels direkte er underlagt Stortinget, men komiteens anbefaling er at parlamentarisk kontroll ikke er tilstrekkelig.

Barneombudet er et uavhengig organ, administrativt underlagt Barne- og likestillingsdepartementet, jf. barneombudsloven § 6.<sup>305</sup> Ombudet skal bidra til å

---

<sup>302</sup> Se også General Comment no. 5 (2003), avsn. 50–51.

<sup>303</sup> Regionaliseringsaspektet var i liten grad fremme, men se Day of General Discussion on Resources for the Rights of the Child (2007), avsn. 28.

<sup>304</sup> Tilgjengelig på Internett: <http://www.ssb.no/kostra> (2009).

<sup>305</sup> Se kritikken til Norge for utilstrekkelig uavhengighet for Barneombudet, jf. CRC/C/15/Add.262, avsn. 10–11.

fremme barns interesser i samfunnet. Oppgavene er dels lovfestet, og inkluderer et ansvar for å se til at «norsk rett og forvaltningspraksis samsvarer med de forpliktelser Norge har etter FNs konvensjon om barnets rettigheter», jf. § 3 b). Tilsyn med ressursbruk er ikke nevnt spesielt i lovteksten, men oppgavene er ikke uttømmende regulert, og kontroll med ressursfordeling til barn hører naturlig inn under de temaene Barneombudet kan engasjere seg i.

Om en ser de forvaltningsrettslige (Helsetilsynet), parlamentariske (Riksrevisjonen og Sivilombudsmannen) og barnerettslige (Barneombudet) kontrollmekanismene samlet, er de etter mitt skjønn tilstrekkelige ut fra de føringene som Barnekomiteen har satt.<sup>306</sup> En annen sak er at årvåkenheten overfor barn kan være for svak, men her har Barneombudet en pådriverrolle.

### 5.3.3 Statlige (veiledende) normeringer

Et annet mulig styringsmiddel for å sikre et noenlunde enhetlig nivå er bruk av ulike former for statlige normeringer. Tankemessig kan en skille mellom rettslig bindende føringer, f. eks. i form av lovfastsatte skjønnsmomenter, og ulike former for oppfordringer, som ikke er juridisk forpliktende, f. eks. veiledende satser eller rundskriv. Selv om sistnevnte ikke er bindende for kommunene som rettsanvendere, er de likevel betydningsfulle. Foruten å gi politiske signaler, kan de komme inn som et argument under rettsanvendelsen og påvirke lovtolkningen.<sup>307</sup>

De velferdsytelsene som har vært tema i løpet av kap. 5 og som tildeles på kommunalt nivå har i hovedsak grunnvilkår som er svært skjønnsmessig formulert. Lovtekstene knesetter i begrenset grad hvilke momenter som skal legges vekt på ved vurderingen. Statlige retningslinjer er også et sjeldent fenomen, men er tatt i bruk i forbindelse med kommunens tildeling av økonomisk sosialhjelp. Sosialtjenesteloven § 5-1(3) inneholder en uttrykkelig bestemmelse om departementets kompetanse til å gi veiledende retningslinjer om stønadsnivået. Hjemmelen var lenge ubrukt. Juridisk teori kritiserte unnfalldenheten,<sup>308</sup> og i 2001 fastsatte departementet veiledende satser.<sup>309</sup> Disse er senere økt i takt med prisstigningen.<sup>310</sup> I tillegg er det gjort generelle

---

<sup>306</sup> I tillegg kommer arbeidet og den uformelle kontrollen som skjer gjennom ikke-statlige organisasjoner (NGO-er), og som dels er offentlig finansiert gjennom ulike tilskuddsordninger.

<sup>307</sup> Særlig gjelder dette utsagn til borgerens gunst, jf. *Kjønstad/Syse*, Velferdsrett I s. 99.

<sup>308</sup> Se bl.a. *Bernt*, i *Kjønstad m.fl.*, Sosial trygghet og rettsikkerhet s. 102–105.

<sup>309</sup> Rundskriv I-34/2001.

<sup>310</sup> Se senest rundskriv A-44/2008.

økninger ut over prisstigningen, og i 2002 ble satsene for barn hevet særskilt.<sup>311</sup> Denne typen statlig styring kan være hensiktsmessig for å sikre de økonomiske rammebetingelsene til barn i familier som er avhengig av sosialhjelp.<sup>312</sup>

BK har regler om statens ansvar for å sikre barn en tilstrekkelig levestandard (art. 27) og for å gi dem et sosialt sikkerhetsnett i form av sosiale ytelser (art. 26). Dagens stønadsnivå er kritisert som for lavt sett opp mot forpliktelsene i BK.<sup>313</sup> Ut fra art. 26 og 27, sammenholdt med art. 4, må departementet (for tiden Arbeids- og inkluderingsdepartementet) sies å ha en løpende forpliktelse til å vurdere de veiledende satsene for sosialhjelp til familier med barn med sikte på om disse er tilstrekkelig høye til å gi barn en forsvarlig minimumsstandard ut fra norske forhold.

Statlige satser er først og fremst et aktuelt styringsverktøy i forbindelse med tildeling av økonomiske ytelser, men statlige retningslinjer eller veiledning kan også brukes ved normering av velferdstjenester. Effekten i form av reduserte regionale forskjeller vil bero på flere faktorer. Jo mer sammensatt vurderingstemaet er, jo vanskeligere er det å oppnå en enhetlig praksis.

#### 5.3.4 Klage- og tilsynsorganers rolle

De færreste saker som gjelder velferdsytelser til barn når rettsapparatet. I tillegg vil en anførsel om regional forskjellsbehandling normalt sett ikke føre frem fordi ulik praksis i sideordnede organer faller utenfor likhetsprinsippet slik det er utviklet i forvaltningsretten.<sup>314</sup> I praksis spiller derfor ulike kontrollorgan en viktig rolle, både i form av å avgjøre klagesaker og ved mer systemorienterte tiltak. Illustrerende i så måte er de ulike rapportene som avdekket regionale forskjeller og som er presentert foran under pkt. 5.1.2, jf. også diskusjonene i pkt. 5.3.2.2 om kontroll med ressursfordeling.

På barnevernsområdet har fylkesmannen en nøkkelfunksjon, både i form av å være klageinstans (barnevernloven § 6-5) og i form av ulike tilsyns- og kontrolloppgaver (§ 2-1(3) og § 6-9). Fylkesmannen har i klagesaker full kompetanse,

---

<sup>311</sup> Rundskriv U-2/2002.

<sup>312</sup> For en oversikt over barn i familier med dårlig økonomi, se *Ytrehus*, Fattige barn i Norge.

<sup>313</sup> *Oppedal*, i *Høstmølingen m.fl.*, Barnekonvensjonen s. 202–203. Se også Barnekomiteens anbefaling til Norge om å sette i verk alle nødvendige tiltak for å hindre at barn lever under fattigdomsgrensen, jf. CRC/C/15/Add.263, avsn. 38. Om kritikk av stønadsnivået for voksne, se *Kjellebold*, MR 2006 s. 309–310, *Bernt*, FS-Jussformidlingen s. 34–46 og *Kjønstad/Syse*, Velferdsrett I s. 398–399. Se også Sivilombudsmannens uttalelse, Årsmeldingen 2008 s. 159 (sak 2008-41).

<sup>314</sup> Se *Graver*, Forvaltningsrett s. 111. *Eckhoff/Smith*, Forvaltningsrett s. 384 er noe mer åpen til at forskjellsbehandling i regionale organer rammes av likhetsgrunnsetningen.

jf. § 6-6. Også etter sosialtjenesteloven har fylkesmannen en nær tilsvarende nøkkelfunksjon, men her er kompetansen i klagesaker begrenset, jf. sosialtjenesteloven § 8-7.<sup>315</sup> I tillegg har Statens helsetilsyn et overordnet faglig tilsyn med sosialtjenesten i landet, jf. § 2-7. Etter begge lovene har fylkesnemnden eksklusiv kompetanse på sine områder. Jeg skal ikke gå nærmere inn på enkelthetene i de to lovene eller tilsynsordninger på andre deler av velferdsretten, men vil bare fremheve betydningen av kompetente tilsynsorganer som evner å avdekke svikt i tjenestenivået, særlig på systemnivå. Statens helsetilsyn skal nå få et overordnet faglig tilsynsansvar med barnevernet, jf. barnevernloven (ny) § 2-3b.<sup>316</sup> Denne typen omlegginger kan være vel så viktig for barns rettsposisjon som endringer i det materielle regelverket eller styrkinger av barns prosessuelle stilling.

#### **5.4 Konklusjoner og anbefalinger**

Utgangspunktet for drøftelsen har vært komiteens merknader i alle tre sluttrapportene til Norge hvor regionale forskjeller har vært kritisert. Disse innvendingene er etter mitt syn så entydige at Norge er forpliktet til å følge dem opp. BK gir ingen føringer på hvilke virkemidler myndighetene skal bruke. Egnete lovgivnings- og administrative tiltak er riktignok fremhevet i art. 4, men bestemmelsen nevner også «andre tiltak». Ut fra den klare konvensjonsforpliktelsen om å prioritere barn, mener jeg likevel at det er vanskelig å opprettholde dagens manglende lovfesting av barns rett til barneverntjenester, så lenge rettighetsbestemmelser finnes for en lang rekke andre velferdsytelser. Etter mitt skjønn vil også en lovfestet rett til omsorgslønn for funksjonshemmete barn bidra til å oppfylle BK art. 23, men dette er ingen klar konvensjonsmessig forpliktelse.

For så vidt gjelder andre virkemidler enn lovfestede rettigheter, har komiteen fremholdt øremerking av midler til funksjonshemmete barn, men som drøftet foran kan ikke denne komitéuttalelsen ses på som en forpliktelse til å bruke øremerking som styringsmiddel. Myndighetene har altså stor skjønnsfrihet, men har en klar forpliktelse til å treffe tiltak med sikte på å redusere regionale forskjeller og til å foreta løpende evaluering av de tiltakene som er satt i verk.

---

<sup>315</sup> Denne avgrensede kompetansen er kritisert, både generelt, jf. bl.a. *Bernt*, i *Kjønstad m.fl.*, Sosial trygghet og rettssikkerhet s. 218–224 og *Kjønstad/Syse*, Velferdsrett I s. 193–195 og ut fra at barnekonvensjonsperspektiv, jf. *Oppedal*, i *Høstmølingen m.fl.*, Barnekonvensjonen s. 202.

<sup>316</sup> Lovendring 19. juni 2009 nr. 45 (i kraft 1. jan 2010 iflg. res. 26. juni 2009 nr. 874), jf. Ot.prp. 69 (2008–09) s. 69–76 og Innst. O. 121 (2008–09) s. 20.

På bakgrunn av komiteens kritikk er fordeling av ressurser viet særlig plass i Norges 4. rapport (2008), jf. avsn. 51–55. Rapporten fremhever bl.a. at dersom tjenestetilbudet ikke er i samsvar med det lovpålagte ytelsesnivået, har den enkelte klageadgang. Etter mitt skjønn underkommuniserer her de involverte departementene de problematiske sider ved dagens regelverk og den rettslige strukturen. På sentrale områder som barnevernstiltak og omsorgslønn har departementet avstått fra å innføre en rett til tjenester. For så vidt gjelder ytelser etter sosialtjenesteloven er fylkesmannens klagekompetanse begrenset. Dessuten vil mange barn og barnefamilier finne seg i et avslag uten å klage.





## 6 Avskjæring av velferdsytelser til barn uten lovlig opphold

### 6.1 Problemstillingen

De siste årene har manglende velferdstjenester til immigranter uten lovlig opphold i Norge fått økt oppmerksomhet.<sup>317</sup> Gruppen blir stadig større, og Statistisk sentralbyrå regner med at den er på ca. 18 000 personer,<sup>318</sup> men overslag over hvor stor del som er barn mangler. Begrepet «manglende lovlig opphold» dekker f. eks. både asylsøkere som har fått endelig avslag på søknaden og som ikke har forlatt landet og barn som har kommet til landet uten å ha tillatelse og uten å ha blitt registrert. I noen tilfeller har barna kommet til Norge alene, mens de andre ganger kommer i følge med foreldrene eller andre primære omsorgspersoner. Innenfor rammen av denne utredningen er det i begrenset grad rom for å foreta differensierte drøftelser ut fra ulike kategorier av ulovlig opphold.

Spørsmålet er hvilke forpliktelser som følger av BK til å gi velferdstjenester til barn uten lovlig opphold, herunder statens adgang til å avskjære eller redusere ytelser til denne gruppen. Ved avgjørelsen må konkurrerende individuelle og samfunnsmessige verdier veies mot hverandre. Barn har i utgangspunktet rett til grunnleggende velferdstjenester. Samtidig har myndighetene et behov for å regulere innvandring. Avskjæring av velferdsytelser som sanksjonsmiddel overfor dem som nekter å følge opp lovlig fattete vedtak er i utgangspunktet et virkemiddel som lovgiver må kunne velge å ta i bruk. Barn står imidlertid i en særstilling sammenlignet med voksne innvandrere. De har normalt ikke selv valgt å dra til Norge, men har fulgt med egne foreldre eller omsorgspersoner. I den grad de har kommet til Norge av eget tiltak, er de mindreårige. Etter mitt skjønn har mindreårige innvandrere ikke en slik grad av selvbestemmelsesevne at de bør lastes for egne valg i den forstand at de kan utsettes for samme sanksjoner som voksne immigranter. Et kompliserende element er risikoen for at barn brukes som middel for å oppnå goder

---

<sup>317</sup> Se *Røsæg*, LoR 1998 s. 155–158, *Halvorsen*, i *Høstmælingen*, Barnekonvensjonen s. 164–166 og *Sandberg* (samme sted) s. 244–247 om barn spesielt. Se også *Kjønstad/Syse*, *Velferdsrett I* s. 401–402, *Tolonen*, KJ 2008 s. 130–132 og *Andenæs/Bayegan*, *Juristkontakt* 5/2009 s. 55–57 om problemstillingen generelt. *Aftenposten* hadde høsten 2007 en artikkelserie om personer uten lovlig opphold og tok også opp barnas situasjon (*Morgenutgaven* 24. nov. 2007 s. 4: «Født til et liv i skjul»).

<sup>318</sup> *Zhang*, *Methods for determining the number of unauthorized foreigners*. Antallet tar med personer som har opphav utenfor EU.

for foreldre eller omsorgspersoner, for eksempel ved at barn med store helseplager sendes til Norge i håp om at dette skal være en brekkstang for at andre familiemedlemmer får følge etter. Dessuten kan det være en fare for at om Norge opererer med gunstigere regler enn andre land, vil større grupper av illegale immigranter med barn søke seg hit.

Et annet spørsmål er hvorvidt helsemessige forhold eller sosiale problemer hos barn kan gi grunnlag for opphold i Norge, men jeg tar ikke opp denne diskusjonen her.

## **6.2 Rettslige utgangspunkt**

### **6.2.1 Konvensjonsmessig**

BK inneholder ingen spesielle bestemmelser om velferdsytelser til barn eller barnefamilier uten lovlig opphold. Spørsmålet kan derfor både stilles ut fra de enkelte bestemmelser som regulerer de ulike velferdsytelsene og ut fra den alminnelige diskrimineringsbestemmelsen i art. 2. Jeg vil her kort presentere de aktuelle rettslige grunnlagene, før jeg i punkt 6.3 går nærmere inn på Barnekomiteens praksis.

BK art. 2 fastsetter at statene skal respektere og sikre de rettigheter som er fastsatt i konvensjonen for ethvert barn innenfor deres jurisdiksjon og uten diskriminering av noe slag.<sup>319</sup> Henvisningen til statenes jurisdiksjon («their jurisdiction») kan tolkes slik at staten kan komme fri sitt ansvar ved å definere barn ut av sitt ansvarsområde gjennom å erklære dem som å være uten lovlig opphold, men en slik tilnærming vil være i strid med grunnsynet om å gi alle barn en rettslig beskyttelse etter konvensjonen.<sup>320</sup> Bestemmelsen i art. 2 er ikke absolutt. For det første krever ikke bestemmelsen identiske ytelser, og tidvis kan problemstillingen være hvorvidt barn uten lovlig opphold får et likeverdig tilbud med andre barn. Dernest kan myndighetene foreta forskjellsbehandling dersom formålet er rettmessig og tiltaket er forholdsmessig.<sup>321</sup> Å gi et redusert velferdstilbud til barn uten lovlig opphold er problematisk etter art. 2, men kan la seg forsvare etter en konkret vurdering.

---

<sup>319</sup> Om forholdet til diskrimineringsbestemmelser i andre menneskerettighetsinstrumenter, se nærmere *Abrahamson*, i *Alén m.fl.*, *A Commentary (Article 2)* s. 8–13.

<sup>320</sup> Jf. også *Hodgkin/Newell*, *Implementation Handbook* s. 23.

<sup>321</sup> Se f. eks. *Heyerdahl*, i *Høstmølingen*, *Barnekonvensjonen* s. 34–35 og *Hodgkin/Newell*, *Implementation Handbook* s. 26–27.

Art. 4 pålegger statene å utnytte sitt ressursgrunnlag maksimalt når det gjelder økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter. Å redusere velferdsytelser til barn uten lovlig opphold er fra statens side en bevisst handling, hvor siktemålet er å gjennomtvinge innvandringspolitiske vedtak. Staten utnytter dermed ikke sitt ressursgrunnlag maksimalt, men det sentrale her er forskjellsbehandlingen, slik at art. 4 neppe vil ha selvstendig betydning ved siden av art. 2.

Art. 3 fastsetter at i alle handlinger som vedrører barn skal barnets beste være et grunnleggende hensyn. Å avskjære velferdsytelser til barn uten lovlig opphold vil regelmessig ikke være til det konkrete barnets beste, selv om myndighetene kan anføre at barnet alt i alt vil få en bedre livssituasjon om et utvisningsvedtak effektueres. Imidlertid kan barnets beste vike for andre tungtveiende hensyn.<sup>322</sup> Barnekomiteen har imidlertid lagt til grunn at mothensynene må ha karakter av kolliderende rettigheter.<sup>323</sup>

«Exceptionally, a return to the home country may be arranged, after careful balancing of the child's best interests and other considerations, if the latter are rights-based and override best interests of the child. Such may be the case in situations in which the child constitutes a serious risk to the security of the State or to the society. Non-rights-based arguments such as those relating to general migration control, cannot override best interests considerations.»

Direkte gjelder uttalelsen returnering av mindreårige asylsøkere, men argumentasjonen kan uten videre overføres til andre situasjoner. Tilnærmingen har vidtrekkende konsekvenser. Den er også skjellsettende i forhold til andre menneskerettighetsinstrumenter som regelmessig aksepterer mer generelle samfunnsmessige verdier som relevante, selv om disse ikke direkte korresponderer med andre enkeltborgeres rettigheter.<sup>324</sup> Overført på problemstillingene knyttet til reduksjon av velferdsytelser til barn uten lovlig opphold, innebærer uttalelsen at disse aldri vil være forenlig med art. 3, siden begrunnelsen for denne typen tiltak alltid være av generell samfunnsmessig karakter, uten tilknytning til beskyttelse av

---

<sup>322</sup> Se General Comment no. 12 (2009), avsn. 71, jf. også *Alston*, i *Alston (red.)*, *The Best Interests of the Child* s. 12–13, *Freeman*, i *Alen m.fl.*, *A Commentary (Article 3)* s. 60–64 og *Haugli*, i *Høstmølingen m.fl.*, *Barnekonvensjonen* s. 49. Fra nasjonal rettspraksis (utlendingsrett), se Rt. 1993 s. 1591U (s. 1594) og Rt. 2009 s. 534A (avsn. 60–61).

<sup>323</sup> General Comment no. 6 (2005), avsn. 86.

<sup>324</sup> Se f. eks. EMK art. 8 som i ordlyden fremhever landets velstandsutvikling («economic well-being of the country»). I utvisningssaker synes EMD å akseptere mer samfunnsorienterte hensyn, jf. f. eks. *Üner mot Nederland*, avsn. 56 og *Darren Omoregie m.fl. mot Norge*, avsn. 56, selv om det kan være vanskelig i disse sakstypene å skille mellom vern av andre borgeres rettigheter og beskyttelse av kollektive interesser.

andre borgeres rettigheter. Uttalelsen er skjellsettende, men kortfattet begrunnet og er ikke etterfulgt av lignende passasjer i senere generelle kommentarer. Etter mitt skjønn kan den derfor ikke føre til underkjennelse av innvandringspolitiske hensyn som argument holdt opp mot den enkelte barns beste. Samtidig viser den at allmenne interesser har mindre gjennomslagskraft enn der hvor myndighetene kan vise at andre borgeres rettigheter står på spill.

De fleste økonomiske, sosiale og kulturelle rettighetene i BK er formulert ut fra en målsetting om at staten skal sikre barn så gode ytelser som mulig. Illustrerende er art. 24 om rett til helsetjenester. Denne fastsetter at partene skal anerkjenne barnets rett til å nyte godt av den høyest oppnåelige helsestandard og at partene skal bestrebe seg på at ingen barn fratras retten til helsetjenester. Også etter denne bestemmelsen vil det være problematisk å nekte barn helsehjelp på grunn av manglende lovlig opphold, samtidig som ordlyden er såpass fleksibel at en kan tenke seg rom for unntak for enkelte typer tjenester.

BK art. 22 regulerer flyktningebarn særskilt. Bestemmelsen pålegger statene å treffe egnete tiltak for å sikre at barn som søker asyl eller anses som flyktning får behørig beskyttelse og humanitær hjelp i utøvelsen av rettighetene etter BK og andre internasjonale instrumenter om menneskerettigheter eller humanitære forhold som den aktuelle staten er part i. Bestemmelsen gir barn et vern under behandlingen av søknader om asyl, men har ikke betydning etter et avslag. Statene har uansett et ansvar for barn som faktisk befinner seg på deres territorium.<sup>325</sup>

Gjennomgangen viser at det kan være delte meninger om hva som er det naturlige rettslige ankerfestet. I sin praksis har Barnekomiteen særlig fokusert på BK art. 2 (se pkt. 6.3), men uten å legge for stor vekt på den formelle rettslige forankringen. Utgangspunktet tør i alle tilfeller å være at eventuell avskjæring eller reduksjon av velferdsytelser grunnet i at barnet mangler lovlig opphold er problematisk ut fra de prinsippene BK hviler på og krever en særskilt begrunnelse og at de kolliderende hensynene må være av særlig tyngde for å slå igjennom overfor det enkelte barns beste. I det følgende vil jeg gå gjennom sentrale deler av norsk velferdslovgivning for å se på hvordan spørsmålet er regulert, for dernest å holde dette opp mot føringene som Barnekomiteen har lagt.

---

<sup>325</sup> Se General Comment no. 6 (2005), avsn. 78.

## 6.2.2 Nasjonalt

### 6.2.2.1 Innledning

Rett til velferdsytelser for barn uten lovlig opphold kan oppstå etter nær alle velferdslover. I det følgende skal jeg ikke gi en uttømmende oversikt, men ta opp bestemmelser som er praktisk eller prinsipielt viktige. Jeg kommer ikke til å gå nærmere inn på hvorvidt rettigheten formelt tilkommer barn eller deres omsorgspersoner (normalt foreldrene).

### 6.2.2.2 Rett til helsehjelp

#### 6.2.2.2.1 Kommunehelsetjenester

Kommunehelsetjenesteloven § 2-1 gir «enhver» rett til «nødvendig helsehjelp» i den kommune der han eller hun bor eller «midlertidig» oppholder seg, jf. også pasientrettighetsloven § 2-1(1)2. Under prosessen frem mot inkorporeringen av BK kom Redd Barna med en høringsuttalelse hvor de fremhevet behovet for en presisering av bestemmelsen med sikte på barn uten lovlig opphold. Departementet repliserte med at en slik rettighet allerede følger av en tolking av bestemmelsen:<sup>326</sup>

«Etter kommunehelsetjenesteloven § 2-1 har enhver rett til nødvendig helsehjelp i den kommune der han eller hun bor eller midlertidig oppholder seg. Dette er en rett som gjelder uavhengig av om personene har norsk statsborgerskap eller ikke, eller lovlig opphold her i landet. Det er heller ikke adgang til å frata noen retten til nødvendig helsehjelp på noe annet diskriminerende grunnlag. Departementet ser derfor ikke at det er behov for å endre kommunehelsetjenesteloven på dette punktet.»

Barns rett til helsekontroll etter kommunehelsetjenesteloven § 2-2 er knyttet til varig eller midlertidig opphold. Bestemmelsen må tolkes på samme måte som retten til nødvendig helsehjelp i § 2-1, selv om departementet ikke nevnte § 2-2 i den siterte passasjen.

I proposisjonen drøfter ikke departementet retten til å stå på liste hos lege med fastlegeavtale, som er knyttet til å være «bosatt», jf. § 2-1a. I lovteksten er asylsøkere gitt like rettigheter som øvrige borgere, men i forarbeidene fremholdt daværende Sosial- og helsedepartementet at personer uten oppholdstillatelse faller utenfor ordningen med fastlege.<sup>327</sup>

---

<sup>326</sup> Ot.prp. 45 (2002–03) s. 58.

<sup>327</sup> Ot.prp. 99 (1998–99) s. 147.

#### 6.2.2.2 Spesialisthelsetjenester

Retten til helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten er to-delt, jf. pasientrettighetsloven § 2-1, henholdsvis første og annet avsnitt. Pasienter har for det første rett til «øyeblikkelig hjelp», se spesialisthelsetjenesteloven § 3-1(1), jf. også helsepersonelloven § 7.<sup>328</sup> Hjelpen er begrenset til hva som er «påtrengende nødvendig». Pasienters rett til «nødvendig helsehjelp» etter pasientrettighetsloven § 2-1(2) rekker videre enn «øyeblikkelig hjelp», uten at det i denne sammenhengen er nødvendig å gå nærmere inn på forholdet mellom «øyeblikkelig helsehjelp» og «nødvendig helsehjelp».

Alle de nevnte bestemmelsene knytter rettigheten til pasientbegrepet, og pasientrettighetsloven gjelder for alle som oppholder seg i riket, jf. § 1-2(1). Ifølge forarbeidene er det ikke et krav om at oppholdet er lovlig.<sup>329</sup> Departementet forutsatte imidlertid muligheten for nærmere regulering i forskrift om retten til «nødvendig helsehjelp» for personer som ikke var bosatt her, med unntak for retten til «øyeblikkelig hjelp» som skulle gjelde for alle. Prioriteringsforskriften fastsetter at pasientrettighetsloven kap. 2 – med unntak for retten til øyeblikkelig hjelp – bare gjelder for personer om enten har fast bopel eller oppholdssted i riket, er medlemmer av folketrygden med rett til stønad ved helsetjenester eller har rett til helsehjelp i henhold til gjensidighetsavtale med annen stat (konvensjonspasienter).<sup>330</sup> Lovverket gir dermed hjemmel for å avskjære «nødvendig helsehjelp» til personer uten lovlig opphold, og forskriften skiller ikke mellom barn og voksne.

Når det gjelder spesialisthelsetjenester til barn har imidlertid Barne- og likestillingsdepartementet i et rundskriv tatt til orde for at barn uten lovlig opphold har samme rett til helsetjenester som andre barn, og uten å trekke et skille mellom «øyeblikkelig hjelp» og «nødvendig helsehjelp»:<sup>331</sup>

«Barnekonvensjonen innebærer at barn har rett til å nyte godt av den høyest oppnåelige helsestandard og rett til behandlingstilbud for sykdom og rehabilitering. Barn som ikke har lovlig opphold i Norge, eller som oppholder seg midlertidig i landet uten trygdedekning, har samme rett til helsetjenester fra kommunehelsetjenesten og spesialisthelsetjenesten i Norge som barn med lovlig opphold i landet».

---

<sup>328</sup> Om samspillet mellom bestemmelsene, se *Syse*, Pasientrettighetsloven s. 211.

<sup>329</sup> Se Ot.prp. 12 (1998–99) s. 125, jf. s. 34. Se også Innst. O. 91 (1998–99) s. 16.

<sup>330</sup> Forskrift om prioritering av helsetjenester, rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten, rett til behandling i utlandet og om klagenemnd (prioriteringsforskriften) 1. des. 2000 nr. 1208.

<sup>331</sup> Rundskriv Q-11/2006 s. 16. Se også innholdsmessig tilsvarende utsagn i St.prp. 2 (2007–08) s. 11 (ratifikasjon av Europarådets konvensjon om tiltak mot menneskehandel).

Helsedirektoratet har gått ut med en tilsvarende tolking under henvisning til BK art. 24.<sup>332</sup>

#### **6.2.2.2.3 Smittevern hjelp**

Smittevernloven § 6-1 gir «enhver» rett til «nødvendig smittevern hjelp». Smittevern hjelpen er sektorovergripende, og dekker både smittevern hjelp i primær- og spesialisthelsetjenesten. Bruken av begrepet «enhver» tilsier at denne rettigheten tilkommer alle, uavhengig av om oppholdet er lovlig eller ikke. En slik tolking støttes også opp av formålsbetraktninger. Smittevern hjelp er både viktig for den enkelte og for folkehelsen. Dessuten har departementet i forbindelse med betalingssspørsmålene lagt til grunn at smittevern hjelp skal gis uavhengig av trygdetilknytning, jf. straks nedenfor (petitavsnittet).

#### **6.2.2.2.4 Betaling for helsetjenester**

De gjennomgåtte reglene fastsetter selve tilgangen til helsetjenester, men regulerer ikke hvorvidt pasienten må betale for ytelsen. I utgangspunktet er helsehjelp fra det offentlige gratis, men for en del områder er det fastsatt egenandeler. Barn under 12 er fritatt fra egenandel.<sup>333</sup>

Pasienter uten lovlig opphold skal i utgangspunktet dekke behandlingsutgiftene selv, jf. f. eks. spesialisthelsetjenesteloven § 5-3. Dersom pasienten ikke kan dekke utgiftene selv, skal de dekkes av vedkommende helseinstitusjon eller tjenesteyter. Rundskrivet om utgiftsfordeling ved spesialisert helsehjelp til personer som ikke er bosatt i Norge skiller ikke mellom «nødvendig helsehjelp» og «øyeblikkelig hjelp», og departementet legger til grunn at også sistnevnte pasientgruppe selv må betale om de er utenfor dekningsområdet for prioriteringsforskriften § 1.<sup>334</sup> For helsehjelp som er regulert av folketrygdloven kap.

---

<sup>332</sup> [http://www.helsedirektoratet.no/fagnytt/helsehjelp\\_til\\_personer\\_uten\\_lovlig\\_opphold\\_346884](http://www.helsedirektoratet.no/fagnytt/helsehjelp_til_personer_uten_lovlig_opphold_346884) (2009).

<sup>333</sup> Se særlig forskrift om stønad til dekning av utgifter til undersøkelse og behandling hos lege 25. juni 2008 nr. 714 § 3 nr. 5 og 6.

<sup>334</sup> Rundskriv I-2/2008. Spørsmål knyttet til borgere som har fått avslått søknad på asyl er nevnt, men ikke drøftet.

5 gjelder egne regler, som også gir en viss rett til utgiftsdekning for asylsøkere som har fått endelig avslag, men ikke forlatt riket, jf. pkt. 6.2.2.6 nedenfor.<sup>335</sup>

Selv om de signalene som er sitert foran om likestilling av barn med og uten lovlig opphold direkte gjelder selve rettighetsspørsmålet, må de etter mitt skjønn tolkes dit hen at barn ikke bare har tilgang til «øyeblikkelig hjelp» og «nødvendig helsehjelp», men også skal fritas for egenandeler i samme utstrekning som barn med lovlig opphold. Reguleringen er imidlertid uklar, og det fremkommer ikke direkte av verken lovt tekst, forskrifter, rundskriv eller forarbeider at ytelsene skal gis på samme vilkår som for barn med lovlig opphold. F. eks. skriver Helsedirektoratet i sin anbefaling at «retten til å få tjenester må skilles fra betaling for å få tjenesten», og direktoratet sonderer ikke her mellom barn og voksne.<sup>336</sup>

For nødvendig smittevernhjelp gjelder særlige regler. I medhold av smittevernloven § 6-2 har departementet gitt nærmere forskrifter bl.a. om betaling for smitteverntjenester, jf. forskrift 25. juni 2008 nr. 714. Forskriften § 3 nr. 7 siste avsnitt fastsetter at det ytes stønad selv om pasienten ikke er medlem av folketrygden ved undersøkelse, behandling og kontroll for allmennfarlige smittsomme sykdommer (jf. forskrift 1. jan. 1995 nr. 100). Dermed har også personer uten lovlig opphold krav på gratis smittevernhjelp av kommunehelsetjenesten, og tilsvarende må formentlig gjelde for spesialisthelsetjenesten. Bakgrunnen ligger i at denne typen helsehjelp også gagnar samfunnet.

#### **6.2.2.2.5 Taushetsplikt og fødselsnummer**

I tillegg til reglene knyttet til ytelsene og betaling for disse, kommer mer praktiske problemer. Barn uten lovlig opphold vil mangle fødselsnummer, men vil ofte ha et såkalt D-nummer, jf. folkeregisterloven § 4 med tilhørende forskrifter. Manglende elektronisk identitet vil kunne vanskeliggjøre effektiv kommunikasjon innad i helsetjenesten.<sup>337</sup>

Også taushetspliktbestemmelser i helse- og forvaltningslovgivningen spiller en praktisk viktig rolle. Dersom de som yter tjenestene har rett til å kommunisere videre informasjon om barnet til utlendingsmyndighetene, kan barn og deres foreldre vegre seg for å oppsøke hjelpeapparatet. Utgangspunktet tør være at helsepersonells taushetsplikt (helsepersonelloven §§ 21 flg.) stenger for at slik kommunikasjon. For taushetsplikt etter forvaltningsloven (§§ 13 flg.) er rettsstillingen mer uklar, men eventuell kommunikasjonsrett beror på en vurdering

---

<sup>335</sup> Se *Andenæs/Bayegan*, Juristkontakt 5/2009 s. 57 som tar til orde for å anvende reglene i folketrygdloven analogisk på helsehjelp etter spesialisthelsetjenesteloven.

<sup>336</sup> Se note 332 foran.

<sup>337</sup> Legeforeningen har uttrykt bekymring på dette punkt, jf. uttalelsen referert i neste note.



av hva som hører til avgiversorganets oppgaver, jf. særlig forvaltningsloven § 13b nr. 5 og 6. Normalt sett vil derfor informasjonsflyt til utlendingsmyndighetene være utelukket, også etter de forvaltningsrettslige taushetspliktreglene. Innenfor rammen av denne utredningen er det ikke rom for å gå nærmere inn på taushetspliktproblematikken, men det er grunn til å fremheve at vel så viktig som selve regelutformingen og -tolkingen er hvordan de aktuelle immigrantene oppfatter rettstilstanden.

Legeforeningen har lenge engasjert seg i spørsmål knyttet til helsetjenester til personer uten lovlig opphold. Sentralstyret har bedt myndighetene klargjøre regelverket, og har også fremholdt barns situasjon spesielt:<sup>338</sup>

«Barn i gruppen papirløse innvandrere er en særlig utsatt gruppe, og er i stor grad forhindret fra å motta nødvendig helsehjelp, på grunn av foreldres frykt for å bli oppdaget. ... Et særskilt problem er at selv om alle barn i Norge i prinsippet har rett til behandling for sykdom og helsehjelp, er barn i gruppen papirløse innvandrere, herunder barn født i Norge, med dagens system i stor grad forhindret fra å motta nødvendig helsehjelp i tidlige leveår.»

Uttalelsen fra Legeforeningen indikerer at barn uten lovlig opphold i praksis ikke har samme tilgang til helsetjenester som andre barn.

#### **6.2.2.2.6 Særlige om gravide**

Særlige problemstillinger knytter seg til vordende mødre. Fosteret er i utgangspunktet ikke vernet av BK.<sup>339</sup> Imidlertid fastsetter BK art. 24 nr. 2 bokstav d) at statene skal sikre egnet helsehjelp for mødre «før» (og etter) fødselen. Denne forpliktelsen må også gjelde overfor mødre uten lovlig opphold, og de har samme rettigheter til svangerskapsoppfølging som andre kvinner. En slik tolking er også lagt til grunn av Helsedirektoratet.<sup>340</sup> Praksisfeltet opplever imidlertid rettstilstanden som uklar, og i uttalelsen fra Legeforeningen som delvis er sitert foran heter det at «papirløse» gravide ikke har rett til helseundersøkelser.

---

<sup>338</sup> Vedtatt av sentralstyret 17. juni 2008. Publisert på <http://www.legeforeningen.no/id/145677.0> (2009).

<sup>339</sup> Se bl.a. *van Bueren*, Law on the Rights of the Child s. 33–35, *Detrick*, A Commentary s. 53–57 og *Hodgkin/Newell*, Implementation Handbook s. 2–3.

<sup>340</sup> Se note 332 foran.

### 6.2.2.3 Rett til økonomisk sosialhjelp og sosiale tjenester

Når det gjelder rettighetene etter sosialtjenesteloven fastslår § 1-2 at loven gjelder for alle som har opphold i riket. Departementet er i samme bestemmelse gitt fullmakt til å gi nærmere forskrifter. Kompetansen er benyttet, og sosialtjenesteforskriften § 1-1 fastsetter at personer uten lovlig opphold ikke har rett til økonomisk stønad etter lovens kapittel 5.<sup>341</sup> Kan vedkommende ikke dra omsorg for seg selv, har han eller hun bare rett til nødvendig omsorg etter loven inntil vedkommende etter utlendingsloven med forskrifter har plikt til å forlate landet.

Hjemmelen for avskjæring av ytelser til personer uten lovlig opphold gjelder bare for økonomisk sosialhjelp. I 2004 foreslo det daværende Sosialdepartementet å innføre en tilsvarende forskriftsregel for sosiale tjenester,<sup>342</sup> jf. lovens kapittel 4, men forslaget resulterte ikke i en forskriftsendring.<sup>343</sup>

Verken sosialtjenesteloven eller forskriften har særregulering av ytelser til barn eller barnefamilier uten lovlig opphold.

### 6.2.2.4 Innkvartering før og etter asylvedtak

Utlendinger som søker asyl skal etter utlendingsloven § 41a gis tilbud om innkvartering. Personer som har fått avslag «kan» gis tilbud om innkvartering. Tilsvarende regler finnes i utlendingsloven (2008) § 95. I Arbeids- og inkluderingsdepartementets rundskriv til den någjeldende bestemmelsen fremgår det at barnefamilier (dvs. familier med omsorg for barn under 18 år), enslige mindreårige asylsøkere (under 18 år) skal gis tilbud om innkvartering også etter avslag.<sup>344</sup>

I Rt. 2005 s. 1U hadde en asylsøker etter avslått søknad mistet plassen på statlig asylmottak. Staten begjærte fravikelse etter tvangsfullbyrdelsesloven. Asylsøkeren mente hun ville utsettes for nedverdiggende forhold og påberopte seg EMK art. 3. Lagmannsretten hadde lagt til grunn at selv om hun ikke hadde rett til økonomisk sosialhjelp, hadde norske myndigheter ut fra alminnelige nødrettsbetraktninger et generelt ansvar for å yte hjelp i en nødssituasjon, også overfor utlendinger med ulovlig opphold (avsn. 21). Kjæremålsutvalget sluttet seg til dette, og fremhevet også at hun selv kunne bringe situasjonen til opphør ved å forlate landet. Kjennelsen er interessant for så vidt gjelder retten til velferdstjenester for personer uten lovlig opphold, men tar ikke opp barns forhold spesielt.

---

<sup>341</sup> Forskrift til lov om sosiale tjenester m.v. 4. des. 1992 nr. 915.

<sup>342</sup> Høringsnotat av 25. mars 2004.

<sup>343</sup> Forslaget møtte kritikk, se bl.a. *Syse*, LoR 2004 s. 577–578.

<sup>344</sup> Rundskriv A-3/2006.

### 6.2.2.5 Opplæring

I forbindelse med opplæringsloven ble retten til grunnskoleopplæring for barn uten lovlig opphold diskutert særskilt. Denne fastsetter nå at retten til grunnskoleopplæring gjelder når det er sannsynlig at barnet skal være i Norge i mer enn tre måneder og plikten til grunnskoleopplæring begynner når oppholdet har vart i tre måneder, jf. § 2-1(2). I forarbeidene skriver departementet:<sup>345</sup>

«Om oppholdet i landet er ulovleg, spelar etter lovutkastet inga rolle for retten og plikta for barnet til grunnskoleopplæring.»

Bestemmelsen og presiseringen i forarbeidene var foranlediget av Barnekomiteens avsluttende merknader til Norges første rapport (se om denne punkt 6.3 nedenfor).<sup>346</sup> Også retten til videregående opplæring for barn uten lovlig opphold var tema under lovprosessen, men departementet unnlot å innføre en tilsvarende bestemmelse som for grunnskolen.<sup>347</sup> Standpunktet er fulgt opp i opplæringsforskriften, som i § 6-9 fastsetter:<sup>348</sup>

«Det er eit vilkår for inntak til vidaregåande opplæring at søkjaren har lovleg opphald i landet. Søklarar som oppheld seg i landet i påvente av vedtak om opphaldsløyve, har ikkje rett til inntak til vidaregåande opplæring.

Mindreårige asylsøklarar kan likevel takast inn til vidaregåande opplæring i påvente av vedtak om opphaldsløyve, men har ikkje rett til å fullføre skoleåret dersom dei får avslag på søknaden om opphaldsløyve.»

Første avsnitt avskjærer barn som søker om oppholdsløyve fra videregående opplæring. Andre avsnitt fastsetter at mindreårige asylsøkere likevel «kan» få lov til å påbegynne videregående opplæring, men uten å etablere et rettskrav. Videre gir bestemmelsen skolen hjemmel for å avslutte opplæringen midt i skoleåret om søknaden om asyl avslås. Regelen i annet avsnitt er begrenset til asylsøkere og omfatter ikke andre kategorier av barn uten lovlig opphold.

Bestemmelsen om rett til spesialundervisning i opplæringsloven § 5-1 inneholder ingen særregler for barn uten lovlig opphold. Den mest nærliggende forståelsen er da at retten til spesialundervisning følger opplæringsadgangen. Etter mitt skjønn vil derfor barn som er tatt inn i skolen – enten fordi de har rett/plikt til grunnskoleopplæring etter opplæringsloven § 2-1, eller fordi de er innvilget

---

<sup>345</sup> Ot.prp. 46 (1997–98) s. 153.

<sup>346</sup> CRC/C/15/Add. 23, avsn. 12, jf. NOU 1995:18 s. 285 og Ot.prp. 46 (1997–98) s. 26.

<sup>347</sup> Ot.prp. 46 (1997–98) s. 26 (høringsuttalelse fra Utenriksdepartementet).

<sup>348</sup> Forskrift til opplæringsloven 23. juni 2006 nr. 724.

videregående opplæring etter opplæringsforskriften § 6-9 – ha rett til spesialundervisning dersom de ellers fyller vilkårene i opplæringsloven § 5-1.

Uaktet eventuelle konvensjonsrettslige føringer må bestemmelsen i opplæringsforskriften § 6-9 praktiseres i tråd med alminnelige forvaltningsrettslige regler. Dersom en asylsøker som tar videregående opplæring får avslag i mai, vil det regelmessig være uforholdsmessig å nekte vedkommende å fullføre skoleåret.

### **6.2.2.6 Trygdeytelser, herunder barnetrygd og kontantstøtte**

Medlemskap i folketrygden er knyttet til å være «bosatt» i Norge, og lovteksten setter som betingelse at vedkommende har «lovlig opphold», jf. folketrygdloven § 2-1(3). For asylsøkere gjelder særlige regler, jf. § 2-16 med tilhørende forskrifter.<sup>349</sup> Disse har rett til nærmere fastsatte ytelser etter folketrygden, men rettighetene gjelder som hovedregel bare frem til eventuelt endelig avslag. Unntaket er refusjon av helseutgifter etter folketrygdloven kap. 5, som gis også for perioden fram til vedkommende faktisk forlater landet, forutsatt at det dreier seg om behandling som er akutt betinget (forskriften § 2).

Barnetrygd gis til foreldre med barn «bosatt» i riket, jf. barnetrygdloven § 2. Ytelsen er avhengig av at barnet og den som barnet bor hos har lovlig opphold, jf. § 4(2). Asylsøkere anses tidligst som bosatt fra og med den kalendermåneden det er gjort vedtak om å gi asyl eller oppholdstillatelse i Norge, jf. § 4(4). Kontantstøtten er på samme måte knyttet til begrepet «bosatt», jf. kontantstøtteleven § 2. Rikstrygdeverket har i rundskrivet til loven fastholdt at retten til kontantstøtte for asylsøkere inntreffer tidligst fra måneden etter at asyl eller oppholdstillatelse på humanitært grunnlag er innvilget.<sup>350</sup> Både kontantstøtte og barnetrygd er altså utelukket for personer uten lovlig opphold. Imidlertid er også asylsøkere og deres barn utelukket fra disse ytelsene, slik at forskjellsbehandlingen her rammer videre enn etter opplæringsloven.

### **6.2.2.7 Sammenfattende merknad**

Gjennomgangen av den norske lovgivningen om avskjæring av velferdsytelser til barn eller barnefamilier uten lovlig opphold viser en differensiert regulering. I stor grad gir regelverket hjemmel for å avskjære ytelser, men forvaltningen har gjennom

---

<sup>349</sup> Forskrift om trygdedekning for asylsøkere og deres familiemedlemmer 14. mai 2008 nr. 460.

<sup>350</sup> Rundskriv til kontantstøtteleven av 15. jan. 2001 nr. 11 (Rikstrygdeverket).

rundskriv og uttalelser i for- og etterarbeid gitt styringssignaler om at barn skal behandles gunstigere enn lov- og forskriftsverket åpner for. Trenden i disse signalene er at barn uten lovlig opphold skal behandles på samme måte som barn med lovlig opphold, men reguleringen er tidvis uklar. Et interessant trekk er hvordan BK på flere punkter er trukket inn i og brukt som argument for å styrke barns rettigheter.

Med utgangspunkt i gjennomgangen skal jeg i neste punkt gå inn på Barnekomiteens praksis, og holde denne opp mot det eksisterende regelverket med sikte på å se om de etablerte tolkingene må revideres ut fra forpliktelsene etter BK.

### **6.3 Barnekomiteens praksis**

Barnekomiteen har i enkelte sammenhenger kommet med uttalelser om avskjæring av ytelser til barn uten lovlig opphold. I 2005 kom komiteen med en generell kommentar om statenes behandling av barn som kommer alene eller uten familie til fremmede land («Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin»)<sup>351</sup> Kommentaren er positivt avgrenset til å gjelde denne gruppen barn, men delen som gjelder utdanningstilbud har allmenn interesse (avsn. 41):

«States should ensure that access to education is maintained during all phases of the displacement cycle. Every unaccompanied and separated child, irrespective of status, shall have full access to education in the country that they have entered in line with articles 28, 29 (1) (c), 30 and 32 of the Convention and the general principles developed by the Committee.»

Det er særlig verdt å merke seg at komiteens understreking av at denne gruppen barn skal ha full rett til utdanning uavhengig av status. Komiteen tok også opp retten til helsetjenester (avsn. 46):

«When implementing the right to enjoy the highest attainable standard of health and facilities for the treatment of illness and rehabilitation of health under article 24 of the Convention, States are obligated to ensure that unaccompanied and separated children have the same access to health care as children who are ... nationals ...» (uttalelsene er foretatt av komiteen)

Her poengterer komiteen at retten til helsetjenester skal tilstås i samme omfang som overfor innenlandske barn.

I kommentaren tar komiteen ikke opp spørsmålet om tjenester overfor barn som har fått avslag på søknaden om asyl eller som av andre grunner er uten lovlig opphold. En kan derfor diskutere hvorvidt uttalelsene kan brukes som argument i den foreliggende diskusjonen. Komiteens praksis i tilknytning til de enkelte lands

---

<sup>351</sup> General Comment no. 6 (2005).

rapporter tyder imidlertid på at komiteen ikke vil trekke skillelinjer ut fra om barnet har lovlig opphold eller ikke.

I de avsluttende merknadene til Norges andre rapport fremholdt komiteen:<sup>352</sup>

«The Committee expresses appreciation of the State party's efforts to ensure that, in practice, children within Norwegian jurisdiction, including those whose presence is not in line with legal requirements, benefit from the rights defined in the Convention. The Committee expresses its concern, nevertheless, that this principle is not established in all relevant domestic legislation, that the absence of a legal guarantee may deprive some children without Norwegian nationality of their rights, and that some limitations are placed on these children's access to health and education services. ... The Committee recommends that the State party consider the full, including long-term impact of this situation on the rights of children without Norwegian nationality and without legal status living within Norwegian jurisdiction. The Committee further encourages the State party to consider amendments to national legislation which would ensure the full applicability of article 2 of the Convention..»

Komiteen har også vært bekymret for tilgangen til helsetjenester for barn som lever i skjul i Sverige:<sup>353</sup>

«The Committee welcomes the new Act on health care for asylum-seekers (2008:344) that provides asylum-seekers and former asylum-seekers or "children in hiding" with a right to health care and medical services under the same conditions as children legally residing in the country. However, the Committee is concerned that undocumented children only have a right to urgent medical care, with no subsidies. ... The Committee recommends that the State party take the necessary steps to ensure that all children, including undocumented children, have a right to health care and medical services under the same conditions as children legally residing in the country.»

I komiteens avsluttende merknader til Nederlands tredje rapport er den bekymret over manglende tilgang til helsehjelp for innvandrere uten oppholdstillatelse:<sup>354</sup>

«The Committee is concerned about the access to health care for migrant children without a residence permit ... The Committee recommends that the State party take appropriate measures to make sure that all children in its territory have access to basic health care.»

Ordvalgene i de siterte avsluttende merknadene varierer noe. I kritikken til Norge og Sverige – på samme måte som i den generelle kommentaren – poengterer komiteen

---

<sup>352</sup> CRC/C/15/Add.126, avsn. 20–21. Bekymringen er gjentatt i de avsluttende merknadene til Norges 3. rapport, jf. CRC/C/15/Add.263, avsn. 4. Se også de avsluttende merknadene til Norges 1. rapport, jf. CRC/C/15/Add.23, avsn. 12. Norge imøtegikk kritikken i etterkant av den 3. rapporten, se PM som er vedlagt brev av 1. juli 2005 til komiteen.

<sup>353</sup> CRC/C/SWE/CO/4. Se også tidligere kritikk til Sverige, jf. CRC/C/15/Add.101, avsn. 11 og CRC/C/15/Add.248, avsn. 4 (beklagelse over manglende oppfølging av forrige rapport) og avsn. 37–38 (tilgang til utdanning).

<sup>354</sup> CRC/C/NLD/CO/3, avsn. 51 og 52.

at barn uten lovlig opphold skal ha samme tilgang til helsetjenester som andre barn. I merknadene til Nederland er komiteens anbefaling at denne gruppen barn har tilgang til grunnleggende helsetjenester («basic health care»).

Ut fra komiteens praksis er det rettslige utgangspunktet klart: Barn uten lovlig opphold har krav på velferdstjenester i samme omfang som andre barn. Tvilsspørsmålene knytter seg velferdsytelser ut over grunnleggende tjenester. Her er komiteens utsagn tvetydige.<sup>355</sup> Samtidig skal en være varsom med å legge for mye i komiteens ordvalg. Komiteen har ikke uttrykkelig akseptert at barn uten lovlig opphold får et redusert helsetilbud i forhold til andre barn, men etter mitt skjønn er en slik tolking mest nærliggende, så lenge ytelsen ikke kan sies av sentral karakter. Med tiden vil ventelig rettstilstanden bli nærmere presisert, og kanskje differensiert ut fra ulike kategorier av ulovlig opphold.

Ved tolkingen av BK vil komiteen i tråd med sine etablerte rettskildeprinsipper se hen til hvordan reguleringen er etter andre menneskerettslige instrumenter. ØSK har en lignende oppbygging som BK, hvor konvensjonspartene i art. 12 anerkjenner retten for enhver til den høyest oppnåelige levestandard, mens art. 2(2) setter opp et diskrimineringsforbud. FNs komité for økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter har i sine generelle kommentarer om retten til den høyest oppnåelige helsestandard og om retten til utdanning fremhevet at de aktuelle konvensjonsforpliktelsene også innbefatter forbud mot å nekte eller begrense tjenestetilbudet til ulovlige innvandrere, jf. General Comment no. 13 (1999), avsn. 34 og General Comment no. 14 (2000), avsn. 34. Uttalelsene er imidlertid kortfattede, og den tar ikke opp spørsmålet om visse spesialiserte tjenester kan unntas. I sin generelle kommentar om ikke-diskriminering av økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter berører komiteen barns stilling spesielt, og skriver at disse har rett til «adequate food» og «affordable health care», jf. General Comment no. 20 (2009), avsn. 30. Europarådets parlamentarikerforsamling har avgitt en resolusjon om irregulære migranter, og lagt til grunn at denne gruppen bl.a. har rett til øyeblikkelig helsehjelp («emergency health care»), og at det skal legges særlig vekt på behovet til utsatte grupper som barn (resolusjon 1509 (2006)). Det er interessant at både når det gjelder helsehjelp og andre sosiale ytelser er formuleringene sentrert om at irregulære migranter skal ha visse minimumsrettigheter. EU har også hatt økende fokus på problemstillingen, se nærmere bl.a. *Hvinden, Velferd 2009* s. 32–33.

I de avsluttende kommentarene til Norges 4. rapport har ØSK-komiteen kommet med kritikk til Norge innenfor dette problemfeltet, jf. E/C.12/1/Add.109. For det første oppfordret komiteen Norge til å bedre helsetilbudet til asylsøkende barn (avsn. 40, jf. avsn. 20). For det annet oppfordret komiteen Norge til å bedre asylsøkende barns tilgang til utdanning (avsn. 43, jf. avsnitt 22). For det tredje insisterte komiteen på at Norge måtte gi et bo-tilbud til asylsøkere som hadde fått avslag. De to første angår barn, men under asylprosessen. Den siste kritikken gjelder dem uten lovlig opphold, men på dette punkt har barn fått særbehandling, jf. pkt. 6.2.2.4 foran. Jeg har derfor ikke gått nærmere inn i kritikken fra ØSK-komiteen.

---

<sup>355</sup> Jf. også *Vandenhole*, i *Alén, A Commentary (Article 26)* s. 37 som for sosiale rettigheters del beskriver rettstilstanden som uklar.

## 6.4 Avsluttende diskusjoner

Den norske rettstilstanden – forstått som lovtekst/forarbeider og styringssignal gjennom etterarbeid og rundskriv – stiller som hovedregel barn uten lovlig opphold i samme rettslige posisjon som andre barn. For så vidt gjelder fastlege, videregående opplæring og barnetrygd/kontantstøtte har lovgiver – enten gjennom lovteksten eller føringer i forarbeidene – avskåret barn uten lovlig opphold fra disse tjenestene. Spørsmålet er om en slik tilnærming er i samsvar med BK.

Retten til å stå på liste hos fastlege må etter norske forhold sies å være en grunnleggende helsetjeneste, som i tillegg har stor praktisk betydning for tilgang til øvrige helsetjenester. Ordlyden i kommunehelsetjenesteloven § 2-1a er knyttet til «bosatt». Forarbeidene klargjør at personer uten oppholdstillatelse faller utenfor og gjør ingen forskjell mellom barn og voksne.<sup>356</sup> På den annen side er barn uten lovlig opphold på alle andre helseområder positivt forskjellsbehandlet i forhold til voksne, og lovgivningssignalet har vært å gi denne barnegruppen fullgod tilgang til helsetjenester. Dersom det er påregnelig at oppholdet vil bli av en viss varighet, må barn uten lovlig opphold enten ha rett til fastlege, eller tilbys et primærlegetilbud utenom fastlegeordningen som kvalitativt likeverdig. Denne tolkingen er så godt tuftet på «hjemlig» rettskildemateriale at det ikke er nødvendig å forankre den i motstridsbestemmelsen i menneskerettsloven § 3.

Når det gjelder trygdeytelser og barnetrygd/kontantstøtte er utgangspunktet at disse ytelsene er avhengige av lovlig opphold. Imidlertid er forskjellsbehandlingen her av en annen karakter enn øvrige regler som er diskutert, fordi også mange andre grupper med midlertidig opphold er utelukket fra trygdeytelser. Etter mitt skjønn er derfor avskjæringen av kontantstøtte og barnetrygd forenlig med BK, men sosialtjenesten må i forbindelse med eventuelle søknader om støtte til økonomisk sosialhjelp til familier med barn uten lovlig opphold legge vekt på at denne gruppen står uten barnetrygd og kontantstøtte. Barn uten lovlig opphold står etter regelverket helt uten trygdedekning, og er også dårligere stilt enn asylsøkende barn. Etter mitt syn er en slik forskjellsbehandling i strid med BK art. 2 (diskrimineringsforbudet), sammenholdt med art. 26 (sosiale trygdeytelser). Barn uten lovlig opphold må ha samme rett til trygdeytelser som asylsøkende barn.

Opplæringsforskriften § 6-9 skiller mellom grunnskoleopplæring og videregående opplæring og gir hjemmel for å utelukke barn uten lovlig opphold fra videregående opplæring. Mindreårige asylsøkere kan etter en skjønsmessig

---

<sup>356</sup> Ot.prp. 99 (1998–99) s. 147, jf. note 327 foran.



vurdering gis videregående opplæring, men har intet rettskrav i så måte. Spørsmålet er om manglende rett til videregående opplæring for barn uten lovlig opphold er i samsvar med BK. Som diskutert foran er rekkevidden av konvensjonsvernet noe usikker for så vidt gjelder ytelse ut over grunnleggende velferdstjenester. På den ene siden er opplæringsformen frivillig.<sup>357</sup> Muligheten til videregående opplæring er imidlertid etter norske forhold en basal rettighet, som tilkommer alle barn i den aktuelle aldersgruppen. Dersom en ungdom står overfor et ulovlig opphold i Norge som sannsynligvis vil være langvarig – og her kan tre måneder være et utgangspunkt, sml. opplæringsloven 2-1(2) – mener jeg at BK art. 2 (diskrimineringsforbudet), sammenholdt med art. 28 (retten til utdanning), gir et tilstrekkelig klart rettslig grunnlag til å sette tilside den nasjonale rettslige reguleringen, jf. menneskerettsloven § 3.

Økonomisk sosialhjelp kan nektes til personer uten lovlig opphold, og verken sosialtjenesteloven eller forskriften inneholder særregulering av ytelse til barn eller barnefamilier uten lovlig opphold. Til sammenligning gir departementet i rundskrivet til reglene om innkvartering av asylsøkere klare føringer på at barnefamilier og enslige asylsøkere skal gis tilbud om innkvartering også etter avslag. Til tross for at styringsverket ikke har gitt tilsvarende retningslinjer etter sosialtjenesteloven, må regelverket etter mitt skjønn tolkes på samme måte, slik at barn og barnefamilier må behandles likt som personer med lovlig opphold med hensyn til økonomisk sosialhjelp. Her er rettskildebildet så åpent at det er unødvendig å gå via menneskerettsloven § 3.

De styringssignalene som er gitt til spesialisthelsetjenestelovgivningen er klare på at barn uten lovlig opphold skal gis samme tilbud som andre barn. En har her tatt sikte på «ordinære» tilfeller av nødvendig helsehjelp, og spørsmålet er om likebehandlingen skal gjelde uavkortet også i situasjoner hvor helsehjelpen er særlig langvarig eller spesielt kostbar. Spørsmålet er diskutert av Marit Halvorsen som bruker total nyresvikt som eksempel, og hun konkluderer med at spørsmålet er usikkert.<sup>358</sup> Etter mitt skjønn går det en grense for hvor omfattende velferdsytelser statene er pliktige å tilby barn uten lovlig opphold. Barnekomiteens praksis gir en

---

<sup>357</sup> Europarådets resolusjon 1509 (2006) om irregulære migranter pkt. 13.6 legger avgjørende vekt på om opplæringen er pliktig («compulsory»).

<sup>358</sup> Halvorsen, i *Høstmælingen m.fl.*, Barnekonvensjonen s. 164–167.

viss støtte for en slik tilnærming, jf. uttalelsen til Nederland hvor komiteen anbefaler at barn uten oppholdstillatelse får rett til basale helsetjenester («basic health care»)<sup>359</sup>

Problemstillingene til nå har vært knyttet til reglene og hvorvidt de gir barn uten lovlig opphold rett til velferdsytelser. Et annet spørsmål er hvorvidt reguleringen er kvalitativt god, i den forstand at reglene er utvetydige og har innebygget mekanismer som tar sikte på å sikre at barn uten lovlig opphold får de ytelsene som de har krav på.

Jevnt over er den rettslige konstruksjonen at lovteksten gir hjemmel for å avslå ytelser til personer uten lovlig opphold, men at departementet i etterarbeid eller rundskriv har gitt uttrykk for at barn uten lovlig opphold må likestilles med andre barn.<sup>360</sup> Årsaken til denne rettslige dobbeltkommunikasjonen er nok dels at problemstillingen først er aksentuert etter at lovvedtakene har vært truffet, men den skyldes nok også at spørsmålet er politisk betent. Uttalelser i rundskriv og andre styringsinstrument skaper generelt mindre debatt og får mindre oppmerksomhet enn formaliserte lovforslag.

Det er to innvendinger mot en slik tilnærming. For det *første* medfører den at Stortinget som lovgiver ikke får tatt stilling til problemstillingen, med den politiske debatt som følger med en lovprosess. For det *annet* medfører lovgivningsstrategien at reglene blir vanskelig å finne frem i, både for de som skal yte hjelpen, barn og deres foreldre. Innvendingen om manglende rikspolitisk debatt kan det være delte meninger om, og jeg skal ikke forfølge den her. Derimot er det grunn til å diskutere nærmere om reguleringsteknikken er så tungvindt at barn uten lovlig opphold faktisk avskjæres fra ytelser de har krav på. F. eks. er barne- og likestillingsdepartementets utsagn om rett til kommunehelsetjenester gitt i forarbeidene til menneskerettsloven og direktivet om spesialisthelsetjenester er gitt i et rundskriv som ellers omhandler barnevernets ansvar for mindreårige som er utsatt for menneskehandel. I tillegg er det uklarer knyttet til betalingsspørsmålene og rammebetingelsene knyttet til fødselsnummer m.v. Vel så viktig som det formelle regelverket er hvordan barn uten lovlig opphold og deres eventuelle omsorgspersoner opplever regelverket. I den grad disse har en feilaktig oppfatning av at de ikke har rett til velferdsytelser eller at helsepersonell har opplysningsrett til

---

<sup>359</sup> CRC/C/NLD/CO/3, avsn. 51 og 52, sitert foran under pkt. 6.3.

<sup>360</sup> Rettskildemessig er det uproblematisk å bruke etterarbeid, rundskriv og andre former for mykere styringssignaler som grunnlag for en presiserende/utvidende tolking til borgernes gunst, jf. bl.a. *Kjønstad/Syse, Velferdsrett* I s. 89–92 med videre henvisninger.

innvandringsmyndighetene, kan barn i realiteten avskjæres fra helsetjenester. På denne bakgrunn mener jeg spørsmålene bør lov- og forskriftsreguleres i større utstrekning enn i dag. Selv om klarere regelverk ikke vil sikre at den aktuelle delen av befolkningen oppsøker hjelpetilbudet, vil en i alle fall øke sannsynligheten for at kunnskap om reguleringen blir distribuert.

Den rettslige konstruksjonen i mange av reglene er som sagt at personer uten lovlig opphold står uten lovfastsatte rettigheter. Dermed har forvaltningen i utgangspunktet en rettslig mulighet til å gi avslag, men uten å være forpliktet til dette. Denne skjønnsadgangen er imidlertid innsnevret, dels gjennom rettslige virkemidler i form av at BK setter rammer og dels i form av styring gjennom rundskriv. Et springende punkt er hvor langt diskrimineringsforpliktelsen vil påvirke forvaltningens skjønnsutøvelse. En kan f. eks. tenke seg at en kommune vanligvis gir barnefamilier ytelser som ligger over statens veiledende satser for sosialhjelp, mens barnefamilier uten lovlig opphold får økonomisk sosialhjelp tilsvarende statens satser. Etter mitt skjønn vil en slik praksis innebære en ulovlig forskjellsbehandling, hvor en ved spørsmålet om det foreligger saklig grunn etter tradisjonell norsk forvaltningsrett må trekke inn de menneskerettslige føringene, med mindre disse er så klare at de får forrang gjennom menneskerettsloven § 3, jf. § 2.

## **6.5 Konklusjoner og anbefalinger**

Det konvensjonsrettslige utgangspunktet er at barn uten lovlig opphold skal ha samme tilgang til velferdsytelser som andre barn, men antakelig med begrensninger utover hva som kan karakteriseres som grunnleggende velferdstjenester.

Det norske regelverket er differensiert. I mange tilfeller gir lovverket en adgang til å avskjære eller redusere ytelser til personer uten lovlig opphold, men departementet har gitt føringer i for- eller etterarbeid om at kompetansen ikke skal brukes overfor barn eller barnefamilier. I andre tilfeller vil en tilsvarende tilnærming følge av en tolking av regelverket. Når det gjelder avskjæring av videregående opplæring til barn som har fått avslag på asylsøknaden, mener jeg det konvensjonsrettslige materialet er så klart at regelen i opplæringsloven med tilhørende forskrifter må settes tilside i medhold av menneskerettsloven § 2 nr. 4, jf. § 3. Jeg er også i tvil om den svake trygdedekningen til barn uten lovlig opphold er i samsvar med BK art. 2 (diskrimineringsforbudet), jf. art. 26 (retten til sosiale trygdeytelser), mens jeg mener avskjæring av kontantstøtte og barnetrygd er forenlig med BK.

Myndighetene har ikke bare en plikt til å unngå forskjellsbehandling, men har også en aktivitetsplikt vis-à-vis barn uten lovlig opphold. Det vil være bedre i samsvar med BK om lovgivningen i større grad eksplisitt regulerer rettsstillingen til barn uten lovlig opphold med sikte på å sikre at rettighetene som barna er tilstått

også faktisk tilkommer dem.<sup>361</sup> En slik lovgjennomgang vil også føre til et mer differensiert regelverk ut fra ulike kategorier av ulovlig opphold. Det er stor forskjell mellom barn som nettopp har kommet uregistrert til riket og barn som har fått endelig avslag på asylsøknaden etter mange års opphold i Norge, men hvor vedtaket ikke gjennomføres på grunn av forholdene i hjemlandet. I dag vurderes gruppen «uten lovlig opphold» i stor grad under ett, selv om det er relevante forskjeller mellom de faktiske situasjonene og derfor grunnlag for en nyansert rettslig tilnærming.

Størsteparten av dem uten lovlig opphold utgjøres av asylsøkere som har fått avslag på sine søknader (ifølge SSB, jf. note 318 utgjør disse 2/3). Et mulig grep for å sikre at barn og barnefamilier i denne gruppen får kunnskap om sine rettigheter kan være å informere om disse i forbindelse med vedtaket om avslag. En kan innvende at en slik ordning oppfordrer denne gruppen til å bli i Norge, men hovedpoenget mitt er at myndighetene bør spille med åpne kort. I dag har barn uten lovlig opphold et ganske finmasket velferdsrettslig sikkerhetsnett, men det er en fare for at de ikke får nyte godt av tilkjente rettigheter på grunn av mangelfull kunnskap. Myndighetene kan skjære ned på velferdstilbudet, innenfor de rammene som følger av BK og andre bindende rettslige instrument, eller foreta uttransportering, men det er i så fall å foretrekke fremfor dagens løsning, hvor rettigheter tilkjennes, men er vanskelige å finne frem til og derfor i praksis har begrenset betydning.

---

<sup>361</sup> Se også Helsedirektoratets anbefalinger i IS-1663 (2009) s. 61, sml. også NOU 2008:14 s. 145.

## 7 Barns rett til forsvarlige oppvekstvilkår

### 7.1 Presentasjon av BK art. 19

Etter BK art. 19 har myndighetene en plikt til å treffe alle mulige tiltak for å beskytte barn mot fysiske eller psykiske overgrep. Bestemmelsen lyder i sin engelske originaltekst og i norsk oversettelse:

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

2. Such protective measures should, as appropriate, include effective procedures for the establishment of social programmes to provide necessary support for the child and for those who have the care of the child, as well as for other forms of prevention and for identification, reporting, referral, investigation, treatment and follow-up of instances of child maltreatment described heretofore, and, as appropriate, for judicial involvement.»

«1. Partene skal treffe alle egnede lovgivningsmessige, administrative, sosiale og opplæringsmessige tiltak for å beskytte barnet mot alle former for fysisk eller psykisk vold, skade eller misbruk, vanskjøtsel eller forsømmelig behandling, mishandling eller utnytting, herunder seksuelt misbruk, mens en eller begge foreldre, verge(r) eller eventuell annen person har omsorgen for barnet.

2. Slike beskyttelsestiltak bør omfatte effektive prosedyrer for utforming av sosiale programmer som yter nødvendig støtte til barnet og til dem som har omsorgen for barnet, samt andre former for forebygging, påpeking, rapportering, viderehenvisning, undersøkelse, behandling og oppfølging av tilfeller av barnemishandling som tidligere beskrevet og, om nødvendig, for rettslig oppfølging.»

Art. 19(1) er formulert som et pålegg til myndighetene om å ta i bruk bestemte virkemidler beskrevet i konvensjonsteksten (alle egnede lovgivningsmessige, administrative, sosiale og opplæringsmessige tiltak), mens art. 19(2) er formulert som en anbefaling med nærmere eksemplifiseringer. I tillegg kommer den generelle håndhevingsforpliktelsen i art. 4.<sup>362</sup> Art. 19(1) fremhever statens forpliktelser til å verne barn mot overgrep fra foreldre og verger, men teksten inkluderer også andre omsorgspersoner («any other person who has the care of the child»). Dermed har staten også et ansvar for barn som er under offentlig omsorg.<sup>363</sup>

Pliktene hviler etter ordlyden i art. 19 på myndighetenes hender, men Barnekomiteen har uten videre statuert en korresponderende rett for barn til

---

<sup>362</sup> Jf. General Comment no. 8 (2006), avsn. 30.

<sup>363</sup> General Comment no. 8 (2006), avsn. 12, jf. også *Detrick, A Commentary* s. 321 og s. 326 og *Hodgkin/Newell, Implementation Handbook* s. 258 og s. 264.

beskyttelse mot vold.<sup>364</sup> Juridisk teori har tolket bestemmelsen på tilsvarende vis.<sup>365</sup> På bakgrunn av utformingen av BK art. 19 og den valgfrihet bestemmelsen gir statene, har Backer konkludert med at bestemmelsen ikke er selvkraftig i norsk rett.<sup>366</sup> Som diskutert foran under pkt. 3.3.4 mener jeg diskusjonen om selvkraft har liten betydning. Imidlertid fører foreldrenes vern etter legalitetsprinsippet til at BK art. 19 ikke kan være en selvstendig hjemmel for inngrep eller straffesanksjoner.<sup>367</sup>

Statens ansvar er definert som å beskytte barnet mot alle former for fysisk eller psykisk vold, skade eller misbruk, vanskjøtsel eller forsømmelig behandling, mishandling eller utnyttning, herunder seksuelt misbruk. Det går forbindelseslinjer til art. 6 (vern av liv), art. 34 (vern mot seksuelt misbruk), art. 37 bokstav a (forbud mot tortur eller annen grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling) og art. 28(2) (skoledisiplin skal utøves på en måte forenlig med barnets menneskeverd),<sup>368</sup> men art. 19 synes å ha den laveste terskelverdien for hva som er akseptabel oppførsel vis-à-vis barn. Begrepene som er brukt i art. 19(1) kan alle defineres nærmere, men Barnekomiteen har i sin praksis ikke hengt seg opp i enkeltuttrykk. Komiteen har i sin generelle kommentar om beskyttelse av barn mot korporlig avstraffelse og annen grusom eller nedverdiggende behandling fremhevet at konvensjonen må tolkes som et levende instrument.<sup>369</sup> Ettersom utviklingen har gått i retning av et stadig mer restriktivt syn på fysisk maktbruk overfor barn, har komiteen i sin generelle kommentar understreket at også lettere former for avstraffelser må unngås (avsn. 11) og inkludert ulike former for psykiske overgrep.<sup>370</sup>

«The Committee defines “corporal” or “physical” punishment as any punishment in which physical force is used and intended to cause some degree of pain or discomfort, however light. ... In addition, there are other non-physical forms of punishment that are also cruel and

---

<sup>364</sup> Jf. tittelvalget i General Comment no. 8 (2006): «The right of the child to protection from corporal punishment and other cruel or degrading forms of punishment».

<sup>365</sup> Se eksplisitt drøftelse hos *Detrick*, A Commentary s. 320–321, mens tilnærmingen er underforstått hos *Hodgkin/Newell*, Implementation Handbook s. 249 flg. Kanskje noe mer forbeholden, *Hennum*, i *Høstmølingen m.fl.*, Barnekonvensjonen s. 257.

<sup>366</sup> *Backer*, FS-Fleischer s. 68–69. Se også Regjeringsadvokatens høringsuttalelse referert i Ot.prp. 45 (2002–03) s. 23.

<sup>367</sup> Jf. *Backer*, FS-Fleischer s. 68.

<sup>368</sup> Se også *Hodgkin/Newell*, Implementation Handbook s. 256 og 265 om samspill med andre bestemmelser.

<sup>369</sup> General Comment no. 8 (2006), avsn. 20.

<sup>370</sup> Se også *Hodgkin/Newell*, Implementation Handbook s. 256 som tar til orde for at begrepet også omfatter barn som er vitne til voldsbruk.

degrading and thus incompatible with the Convention. These include, for example, punishment which belittles, humiliates, denigrates, scapegoats, threatens, scares or ridicules the child.»

Komiteen har videre fremhevet at forbudet mot vold og ydmykelse, ikke samtidig innebærer en avvisning av disiplin som virkemiddel. Foreldre og andre omsorgspersoner må undertiden ty til fysisk maktbruk (avsn. 14):

«The Committee recognizes that parenting and caring for children, especially babies and young children, demand frequent physical actions and interventions to protect them. This is quite distinct from the deliberate and punitive use of force to cause some degree of pain, discomfort or humiliation. As adults, we know for ourselves the difference between a protective physical action and a punitive assault; it is no more difficult to make a distinction in relation to actions involving children. The law in all States, explicitly or implicitly, allows for the use of non-punitive and necessary force to protect people.»

Selv om jeg deler komiteens syn om at det er et skille mellom avstraffelse og fysiske beskyttelsestiltak, er den etter mitt skjønn ikke krystallklar. Når foreldrene pusser tennene til en motvillig 4-åring, er dette nødvendig for å unngå tannråte, men kan også ha element av maktutøvelse for å vise at enkelte valg ikke tilkommer barnet. Det er også problematisk at komiteen i så stor grad knytter distinksjonen til utøverens (foreldrenes) indre beveggrunner. For barna kan disse være usynlige.

Gjennom sin generelle kommentar har komiteen formulert null-toleranse som begrep for fysisk og psykisk avstraffelse av barn. Hittil har komiteen særlig fokusert på fysisk avstraffelse, som regelmessig skjer i form av enkelthendelser (som eventuelt repeteres). Imidlertid dekker øvrige deler av art. 19 også den mer generelle behandlingen barn utsettes for.<sup>371</sup> Jeg vil derfor bruke formuleringen «forsvarlige oppvekstvilkår» som stikkord for når vernet etter art. 19 inntreffer.<sup>372</sup>

Art. 19 har nære forbindelser til andre menneskerettighetsinstrumenter, jf. komiteens merknader i General Comment no. 8 (2006), avsn. 22–25 (se også avsn. 9). Av særlig interesse er EMK. Art. 2 verner retten til liv. EMD har gjennom sin praksis etablert en positiv forpliktelse for staten til å hindre at borgere begår overgrep mot sine medborgere, også i relasjonen mellom barn og omsorgspersoner. I *Kontrova mot Slovakia* hadde en far drept sine to barn. EMD konstaterte krenkelse fordi myndighetene ut fra tilgjengelige opplysninger ikke hadde satt i verk tilstrekkelige tiltak for å sikre barna mot overgrep. Tilsvarende resonnementer er ført etter andre bestemmelser. I *A. mot Storbritannia* hadde en stefar gjentatte ganger slått sin 9-årige stesønn med spanskrør, men var frifunnet av juryen etter en rettsbelæring som fremholdt foreldrenes mulighet til rimelige refselsestiltak. EMD nevnte BK art. 19 i sin begrunnelse og konstaterte krenkelse av art. 3. Om statens ansvar for unnlatte barnevernstiltak, se nærmere dommer referert nedenfor under pkt. 7.4.3.

---

<sup>371</sup> Se også *Hodgkin/Newell*, Implementation Handbook s. 249 og 257 og *Hennum*, i *Høstmælingen m.fl.*, Barnekonvensjonen s. 257 som fremhever den lave terskelen etter art. 19.

<sup>372</sup> Sml. *Sandberg*, Tilbakeføring s. 94–98 som introduserer «Barns rett til omsorg» som grunnrettighet, bl.a. under henvisning til BK art. 3(2) og 7. Se også *Ketscher*, Børns menneskerettigheter s. 14–16.

## **7.2 Komiteens kritikk til Norge**

I de avsluttende merknadene til Norges 3. rapport tok komiteen opp forekomsten av vold i familieforhold.<sup>373</sup>

«The Committee is concerned that children who are exposed to violence within the family do not always receive sufficient care and assistance. ... The Committee recommends that the State party continue to strengthen its efforts to provide adequate assistance to children who are exposed to violence within the family or whose parents are psychiatric patients and/or drug abusers, including through:

- (a) Ensuring that all victims of violence have access to counselling and assistance with recovery and reintegration;
- (b) Providing adequate protection to child victims of abuse within their homes;
- (c) Strengthening measures to address the root causes of violence within the family, giving special attention to marginalized and disadvantaged groups;
- (d) Public education campaigns about the negative consequences of ill-treatment and preventive programmes, including family development programmes promoting positive, non-violent forms of discipline.»

I tråd med ordlyden i art. 19 anbefaler komiteen en rekke tiltak, både i form av rettslige tiltak og andre former for samfunnsmessig infrastruktur.<sup>374</sup> Tema i det følgende er rettslige virkemidler for å sikre barn forsvarlige hjemforhold.<sup>375</sup>

Også ØSK-komiteen har vært opptatt av problematikken. I de avsluttende merknadene til Norges 4. rapport ba komiteen Norge vurdere å innføre lovgivning spesifikt rettet mot familievold, jf. E/C.12/1/Add.109, avsn. 34, jf. avsn. 15.

## **7.3 Rettslige virkemidler for å bedre barns oppvekstvilkår i hjemmemiljøet**

### **7.3.1 Vern mot fysisk maktbruk**

I sin generelle kommentar (sitert foran under pkt. 7.1) om barns vern mot korporlig avstraffelse definerte komiteen dette som enhver handling hvor fysisk makt er brukt

---

<sup>373</sup> CRC/C/15/Add.263, avsn. 27–28.

<sup>374</sup> Om oppfølgingen på ulike plan, se Norges 4. rapport (2008), avsn. 19 og avsn. 250–263. Om forekomsten av barn utsatt for vold og andre krenkelser av egne foreldre, se Ot.prp. 104 (2008–09) s. 27–28 med videre henvisninger.

<sup>375</sup> *Hogdkin/Newell*, Implementation Handbook s. 268 fremhever straffeforfølgning av overgriperen og beskyttende tiltak i form av tilsyn eller omsorgsovertakelse som aktuelle rettslige virkemidler.



og hvor intensjonen er å påføre smerte eller ubehag, uansett hvor moderat denne er. Spørsmålet er om norske lovregler er i samsvar med disse føringene.

Legemsfornærmelser er straffbart etter straffeloven § 228(1). Tidligere hadde foreldre en viss refselsesrett overfor barn, men denne er nå avskaffet.<sup>376</sup> Barneloven fastsetter nå i § 30(3):

«Barnet må ikkje bli utsett for vald eller på anna vis bli handsama slik at den fysiske eller psykiske helsa blir utsett for skade eller fare.»

Bestemmelsen kom inn ved lov 6. februar 1987 nr. 11. Foranledningen for tillegget var et ønske om å klargjøre at vold i barneoppdragelsen er forkastelig. I proposisjonen fremholdt departementet at «[l]ette klaps over hånden eller mot buksebaken som en spontan reaksjon» falt utenfor lovforslaget.<sup>377</sup> Under stortingsbehandlingen uttalte justiskomiteens flertall at «mer lemplige irettesettinger som innebærer en rimelig avpasset bruk av fysisk makt» ikke rammes.<sup>378</sup> Som eksempel nevnte komiteen «lette klaps».

I 2005 måtte Høyesterett ta stilling til fysisk maktbruk i forbindelse med en stefars oppdragelse av sine stesønner. Irettesettelsen ble beskrevet slik av førstvoterende (Rt. 2005 s. 1567A, avsn. 15):

«Alle refselsene ble gjennomført på den måten at [stefaren] hadde tatt barna med seg på deres rom og lagt dem over sine lår/knær og gitt dem tre kraftige slag på baken med flat hånd. Guttene hadde buksene på, og ingen av slagene gav synlige merker. Barna oppfattet handlingene som ydmykende og reagerte med sinne og kraftig gråt.»

Guttene var henholdsvis 6-7 og 9 år gamle. Stefaren ble ilagt et forelegg på 6000 kroner som han nektet å vedta. Høyesterett fant det klart at handlingene falt innenfor straffeloven § 228. Spørsmålet var om stefaren til tross for dette skulle frifinnes fordi handlingene var gjennomført i oppdragelsesøyemed.

Påtalemyndighetene hadde pekt på barns vern etter BK art. 19. Høyesterett viste til at Barnekomiteen hadde uttalt at konvensjonen ikke tillater noen form for vold mot barn, og at selv lett korporlig avstraffelse er uforenlig med konvensjonen.<sup>379</sup> Videre heter det i førstvoterendes votum (avsn. 24):

---

<sup>376</sup> Se beskrivelsen av den historiske utviklingen hos *Backer*, FS-Fleischer s. 61–64 og *Hennum*, i *Høstmælingen m.fl.*, Barnekonvensjonen s. 259–260.

<sup>377</sup> Ot.prp. 8 (1986–87) s. 7.

<sup>378</sup> Innst. O. 20 (1986–87) s. 4.

<sup>379</sup> Med referanse til *Hodgkin/Newell*, *Implementation Handbook* (2. utg.) s. 265, som viser videre til Barnekomiteens Day of General Discussion on state violence against children (2000), avsn. 688, pkt. 8.

«Etter min oppfatning må den forståelse av voldsbegrepet i barneloven § 30 tredje ledd som ble lagt til grunn av Justisdepartementet og av flertallet i Stortingets justiskomiteé slik den ble presisert under debatten i Odelstinget ved lovendringen i 1987, være forenlig med barnekonvensjonen. Dette innebærer at selv om foreldrenes kroppslige refselsesrett er opphevd, vil det ikke rammes av straffeloven § 228 første ledd om foreldre i oppdragelsesøyemed tildeler sine barn lettere klaps ...»

Stefarens anke ble forkastet fordi de kroppslige refselser som var gjennomført klart oversteg hva som kan aksepteres i oppdragelsesøyemed, men formuleringen om at «lettere klaps» var straffrie vakte debatt, og Barneombudet henvendte seg til Justisdepartementet og etterlyste nærmere avklaringer.<sup>380</sup> Også i juridisk teori møtte denne tilleggsbemerkningen motbør, og en sentral innvending var at tilnærmingen var dårlig i samsvar med BK art. 19.<sup>381</sup>

Etter kjennelsen var avsagt kom komiteen med sin generelle kommentar om barns vern mot kroppslig avstraffelse. Her heter det:<sup>382</sup>

«The Committee emphasizes that the Convention requires the removal of any provisions (in statute or common - case law) that allow some degree of violence against children (e.g. “reasonable” or “moderate” chastisement or correction), in their homes/families or in any other setting. ... In some States, the Committee has observed that while there is no explicit defence or justification of corporal punishment in the legislation, nevertheless traditional attitudes to children imply that corporal punishment is permitted. Sometimes these attitudes are reflected in court decisions»

Den siterte passasjen har langt på vei samme meningsinnhold som uttalelsen fra Barnekomiteens diskusjonsdag («Day of General Discussion») som Høyesterett forholdt seg til, men er kanskje enda tydeligere på at BK fordrer at også milde former for refselser forbyes. I tillegg er familieforhold fremhevet særskilt. Selv om essensen er den samme, har anbefalinger i en generell kommentar større gjennomslagskraft enn komitéutsagn fra en diskusjonsdag, jf. pkt. 3.3.5 foran.

På bakgrunn av den nasjonale diskusjonen tok Stortinget tok opp saken. I møte 14. mars 2008 ble Regjeringen bedt om å utrede og fremme forslag om endringer i barneloven § 30.<sup>383</sup> Barne- og likestillingsdepartementet fulgte opp anmodningsvedtaket i forbindelse med proposisjonen om revisjon av reglene om

---

<sup>380</sup> Se *Backer*, FS-Fleischer s. 60 og Ot.prp. 104 (2008–09) s. 29, begge med videre henvisninger.

<sup>381</sup> Se *Backer*, FS-Fleischer s. 57–75, *Smith/Lødrup*, Barn og foreldre s. 107, *Holgersen*, Barnerett s. 203–204 og *Hennum*, i *Høstmælingen m.fl.*, Barnekonvensjonen s. 260.

<sup>382</sup> General Comment no. 8 (2006), avsn. 31 og 33.

<sup>383</sup> St.tid. 2007–08 (Forh. S.) s. 2553, jf. St.dok. 8:31 (2007–08)

bosted og samvær i barneloven, hvor også barneloven § 30(3) er foreslått endret.<sup>384</sup>

Forslaget lyder:<sup>385</sup>

«Barnet må ikkje bli utsett for vald eller på anna vis bli handsama slik at den fysiske eller psykiske helsa blir utsett for skade eller fare. *Dette gjeld òg når valden brukast som ledd i oppsedinga av barnet. Bruk av vald og skremmande eller plagsam framferd eller annan omsynslaus åtferd overfor barnet er forbode.*» (endringer i forhold til någjeldende lovtekst er markert med kursiv)

I proposisjonen viste departementet til at uttalelsen fra Høyesterett – sammenholdt med forarbeidene og dagens ordlyd i barneloven § 30(3) – kan være egnet til å skape uklarhet med hensyn til hva som er legitimt og straffefri bruk av fysisk maktanvendelse mot barn i oppdragelsesøyemed.<sup>386</sup> Departementet fant derfor behov for en klargjøring. I proposisjonen er BK art. 19 viet stor oppmerksomhet, og departementet har lagt til grunn den forståelsen av bestemmelsen som komiteen formulerte i sin generelle kommentar.

I tillegg til de sivilrettslige endringene gjennom barneloven er også barns strafferettslige vern presisert. Reglene om kroppskrenkelse i straffeloven (2005) § 271 inneholder ikke en uttrykkelig presisering av at omsorgspersoners fysiske maktbruk også er straffbart, men i proposisjonen til siste del av straffeloven diskuteres problemstillingen med utgangspunkt i tilleggsbemerkningen i Rt. 2005 s. 1567A. Her heter det:<sup>387</sup>

«Departementet vil imidlertid understreke at uttalelsene ikke var nødvendige for å begrunne det resultat Høyesterett kom frem til. Departementet ser det slik at gjeldende rett er slik å forstå at foreldrenes refsende maktanvendelse overfor barn i dag er uberettiget og straffbar, uansett om den skjer spontant og i oppdragelsesøyemed.»

I tillegg fremhevet departementet sontringen mellom refselse og fysiske tiltak i avvergende øyemed (som er tillatt). Justiskomiteen sluttet seg enstemmig til departementets tilnærming, men et mindretall mente lovgivningen måtte være forsiktig med kategorisk å belegge enhver maktanvendelse av foreldre overfor barn med straff.<sup>388</sup> Mindretallet viste i denne sammenhengen til Riksadvokaten som mente til «forsiktighet med å konstatere straffeansvar for handlinger som de færreste foreldre vil være fremmed for».

---

<sup>384</sup> Ot.prp. 104 (2008–09) s. 24–39. Høringen var gjennomført separat, se høringsnotat av 21. nov. 2008 om fysisk avstraffelse av barn.

<sup>385</sup> Ot.prp. 104 (2008–09) s. 75 (lovutformingene er noe endret i forhold til høringsnotatet av 21. nov. 2008).

<sup>386</sup> Ot.prp. 104 (2008–09) s. 36.

<sup>387</sup> Ot.prp. 22 (2008–09) s. 177.

<sup>388</sup> Innst. O. 73 (2008–09) s. 41–42.

I proposisjonen til endringene i barneloven trekker departementet frem forholdet til straffeloven, og er opptatt av at barns vern etter barneloven skal ligge tett opp til eller sammenfalle med det strafferettslige vernet.<sup>389</sup> Etter min mening er det grunn til å sette spørsmålstegn ved om denne tilnærmingen er hensiktsmessig, og om lovverket ville tjent med å ha et sivilrettslig forbud som uttrykkelig rakk videre enn straffetrusselen.

Hittil i dette avsnittet har diskusjonen vært rettet mot fysisk maktbruk. Også barns vern mot andre former for avstraffelse enn den som skjer gjennom fysisk maktbruk er foreslått bedret sammenlignet med dagens rettstilstand.<sup>390</sup> I høringsnotatet hadde departementet brukt begrepet «psykisk vold», men formuleringen møtte motstand. Lovforslaget bruker derfor mindre vidtrekkende og mer spesifikke uttrykk for å få sammenfall med den strafferettslige reguleringen (straffeloven (1902) § 390a og straffeloven (2005) § 266). Også her er det etter mitt skjønn grunnlag for refleksjoner knyttet til om det sivilrettslige og strafferettslige vernet bør være sammenfallende.

At barns psykiske helse påvirkes negativt av å være vitne til voldshandlinger har fått økende oppmerksomhet, jf. f. eks. NOU 2003:31 (Menns vold mot kvinner i nære relasjoner) s. 61–67. Illustrerende for hvordan samfunnet i økende utstrekning ønsker å markere dette, er innføringen av ny § 77 bokstav l) i straffeloven (2005). Etter denne er det straffeskjerpende om handlingene er begått i nærvær av barn under 15 år (uten at disse selv er fornærmet), og departementet har særlig fremhevet vold- og seksuallovbrudd, jf. nærmere Ot.prp. 22 (2008–09) s. 398.

### 7.3.2 Vold mot barn og forholdet til påtalereglene

I sin generelle kommentar om barns vern mot kroppslig avstraffelse fremhever komiteen at selv om vold mot barn skal straffes på lik linje som vold mot voksne, trenger ikke alle sakene påtales og iretteføres.<sup>391</sup>

«The principle of equal protection of children and adults from assault, including within the family, does not mean that all cases of corporal punishment of children by their parents that come to light should lead to prosecution of parents. The *de minimis* principle - that the law does not concern itself with trivial matters - ensures that minor assaults between adults only come to court in very exceptional circumstances; the same will be true of minor assaults on children. ... Children's dependent status and the unique intimacy of family relations demand that decisions

---

<sup>389</sup> Ot.prp. 104 (2008–09) s. 37–38.

<sup>390</sup> Også dagens bestemmelse dekker verbal avstraffelse, jf. *Holgersen*, *Barnerett* s. 204 med videre henvisning til Sandberg i Norsk Lovkommentar.

<sup>391</sup> General Comment no. 8 (2006), avsn. 40–41. For en mer teoretisk diskusjon av forholdet mellom påtaleskjønn og forbudet mot fysisk maktbruk, se *Carter*, *IJCR* 2006 s. 41–70.

to prosecute parents ... should be taken with very great care. Prosecuting parents is in most cases unlikely to be in their children's best interests. It is the Committee's view that prosecution ... should only proceed when they are regarded both as necessary to protect the child from significant harm and as being in the best interests of the affected child. The affected child's views should be given due weight, according to his or her age and maturity.»

Komiteen understreker her at straffeforfølging av foreldrene sjelden vil være til barnets beste og betoner barnets uttale- og medvirkningsrett (BK art. 12).

De synspunktene komiteen her gir uttrykk for går noe på tvers av utviklingen i norsk påtalerett ellers. Når det gjelder vold i nære relasjoner har lovgivningen gått i retning av å la påtalespørsmålet tilkomme det offentlige alene.<sup>392</sup> Etterforskning og tiltale for legemsfornærmelse overfor egne barn eller stebarn er ikke avhengig av påtalebegjæring fra fornærmede (straffeloven (1902) § 228, jf. straffeloven (2005) § 271) og vold i nære relasjoner (straffeloven (1902) § 219, jf. straffeloven (2005) §§ 282 og 283) er undergitt ubetinget offentlig påtale.<sup>393</sup> Ved straffeloven (2005) oppheves reglene om påtalebegjæring, og lovens utgangspunkt er at alle straffbare forhold er undergitt ubetinget offentlig påtale, jf. ny § 62a(1) i straffeprosessloven. Etter ny § 62a(2) kan imidlertid overtredelser av straffebud med «strafferamme på fengsel i 2 år eller lavere» henlegges dersom ikke «allmenne hensyn tilsier påtale». Kroppskrenkelsene (jf. straffeloven (2005) § 271) vil omfattes av denne påtaleregulering, hvilken åpner for et skjønn, hvor loven uttrykkelig angir at bl.a. saken alvor og hensynet til den fornærmede vektlegges, slik også komiteen gir uttrykk for. Ved vold mot barn vil man nok i praksis likevel ha «nulltoleranse» i tråd med den foreliggende praksis etter straffeloven (1902).

Diskusjoner knyttet til påtaleskjønn vil først og fremst være aktuelle ved legemsfornærmelser (kroppskrenkelsener etter ny straffelov), siden grovere vold mot barn normalt uten videre vil bli påtalt. Selv om hensynet til fornærmete er ett av elementene i påtalenvurderingen ved legemsfornærmelser, innebærer ikke dette en automatisk rett for barna til å uttale seg om påtalespørsmålet. Barnekomiteens uttalelse tilsier her en automatisk uttalerett for barn, dersom de har oppnådd tilstrekkelig modenhet. Barna vil uansett normalt forklare seg som vitner under etterforskningen, og det er ingen merbelastning å la dem uttale seg om påtalen.

---

<sup>392</sup> Se særlig lovendring 26. feb. 1988 nr. 7 hvor påtalereguleringene i straffeloven § 228 ble endret slik at påtalebegjæring fra fornærmede ikke lenger var et vilkår ved vold mot barn/stebarn eller andre nære familiemedlemmer, men fokuset var da rettet mot vold mot voksne (ektefelle/samboer).

<sup>393</sup> Straffebudet i § 219 ble nylig revidert og skjerpet, jf. lovendring 21. des. 2005 nr. 131.

Mens uttaleretten går på saksbehandlingen, gir komiteen også føringer for den materielle vurderingen av hvilke krenkelser som skal påtales. Etter komiteens syn er de to sentrale kriteriene å avverge fremtidig (alvorlig) skade og hensynet til barnets beste. I tillegg skal barnas syn vektlegges. At barnets beste også skal være avgjørende for påtaleskjønnet er etter min mening uproblematisk, men jeg har innvendinger til de to øvrige momentene som komiteen fremhever.

Komiteen mener barns oppfatning etter forholdene skal kunne ha stor betydning. Etter mitt skjønn bør ikke denne uttalelsen uten videre følges opp. Erfaringene som lovverket bygger på viser at ofre for vold i nære relasjoner er sårbare for påvirkning fra gjerningspersonen. Derfor er jeg skeptisk til å la barnets syn være et sentralt moment ved påtaleskjønnet.

Min andre innvending går til betoningen av at straffeforfølgning bare er aktuelt der hvor dette kan hindre fremtidig, alvorlig skade. Denne innvendingen er to-delt. For det *første* er allmennprevensjonen en sentral beveggrunn for både kriminalisering og bruk av straff etter norsk rett. Selv om både begrepet og dets gjennomslagskraft kan diskuteres, kan ikke denne komitéuttalelsen være tilstrekkelig til å se helt vekk fra allmennpreventive hensyn i denne type saker. For det *annet* kan en problematisere hvor høy terskelen for straffeforfølgning skal være. Ut fra komiteens terskel er det ikke opplagt at saksforholdet i Rt. 2005 s. 1567A burde endt med påtale. På den annen side var reaksjonen overfor stefaren en bot på kr. 6000. En kan ikke utelukke at komiteen har hatt mer følbare reaksjoner i tankene, slik at uttalelsen har begrenset vekt i saker som ender med bøter eller forelegg.

I 2005 vedtok FNs økonomiske og sosiale råd (ECOSOC) retningslinjer i saker som gjelder barn som ofre eller vitne til kriminalitet (Guidelinje on Justice in Matters involving Child Victims and Witnesses on crime), jf. resolusjon 2005/20. Barnekomiteen har vist til disse og oppfordret statene til å forbedre hjemlig lovverk i tråd med retningslinjene, jf. General Comment no. 12 (2009), avsn. 62. Retningslinjene fokuserer særlig på at sakene skal behandles med et barneperspektiv («child sensitive»), herunder at barns behov for beskyttelse må trekkes inn og at det må legges vekt på barnets syn.

### **7.3.3 Barns vern mot overgrep under samvær**

En tilbakevendende problemstilling i teori og praksis har vært barns vern mot overgrep i forbindelse med samvær med foreldrene. Diskusjonen er særlig vanskelig der hvor den ene av foreldrene ikke er domfelt for overgrep, men hvor en ikke kan utelukke at overgrep har forekommet og vil kunne skje igjen. Bakgrunnen for å avskjære samvær kan sies å være to-delt. For det *første* å verne barnet mot nye

overgrep. For det *annet* å beskytte barnet mot belastningen ved å være sammen med foreldre som har forgrepet seg. Hva som ligger i «overgrep» kan det være delte meninger om, og i denne sammenheng vil jeg sette likhetstegn mellom «overgrep» og terskelen for statens ansvar etter BK art. 19.

Problemstillingen er både aktuell ved avgjørelser om samvær etter omsorgsovertakelse som er regulert av barnevernloven (§ 4-19) og samvær i forbindelse med foreldrenes samlivsbrudd som er regulert etter barneloven (§§ 42 flg.).<sup>394</sup> I det følgende vil jeg så langt som mulig fellesbehandle de to regelsettene, dels av plasshensyn, men først og fremst fordi internasjonalt regelverk (BK og EMK) med tilhørende praksis langt på vei sambehandler disse. Jeg vil ikke gå inn på særlige spørsmål som reiser seg i tilknytning til midlertidige vedtak.

Det rettslige ankeret etter BK er art. 9. Utgangspunktet er at barn skal vokse opp med sine foreldre, men om de blir atskilt fastsetter art. 9(3) at barn skal ha kontakt med begge sine foreldre:

«States Parties shall respect the right of the child who is separated from one or both parents to maintain personal relations and direct contact with both parents on a regular basis, except if it is contrary to the child's best interests.»

Bestemmelsen åpner for unntak der hvor samvær vil være i strid med barnets beste, og den må ses i sammenheng med art. 19 som sikrer barn forsvarlige oppvekstforhold. Art. 9(3) gjelder både der hvor samværsrestriksjonen skjer i forbindelse med en omsorgsovertakelse og på grunn av tvist mellom foreldrene, jf. også eksemplifiseringen av de to typetilfellene i art. 9(1). Jeg er ikke kjent med praksis fra Barnekomiteen som omhandler avskjæring av samvær ved fare for fremtidige overgrep. Litteraturen om BK art. 9(3) henviser i stor grad til EMDs praksis etter EMK art. 8.<sup>395</sup> Underforstått i denne tilnæringsmåten ligger også at EMDs avgjørelser vil være retningsgivende for forståelsen av BK art. 9(3), i alle fall så lenge Barnekomiteens praksis er begrenset. Etter mitt skjønn er det grunn til å være varsom med uten videre å legge EMDs avgjørelser til grunn for forståelsen av BK, siden praksis etter EMK art. 8 i første rekke er drevet frem at foreldre som har klaget på egne vegne. Dermed er det en fare for at barneperspektivet i for liten grad er belyst.

---

<sup>394</sup> Barne- og likestillingsdepartementet har gitt ut en veileder om barnevernets rolle ved mistanke om overgrep under samvær etter barneloven (Q-1121B).

<sup>395</sup> *Detrick*, A Commentary s. 171–178 og *Doek*, i *Alén m.fl.*, A Commentary (Article 8/9) s. 25 (Doek er tidligere leder av Barnekomiteen). Se dog *Hodgkin/Newell*, Implementation Handbook s. 130 som har en kort omtale av BK art. 9(3), men uten å trekke inn praksis etter EMK art. 8.

Også andre folkerettsinstrument er relevante. Europarådet har vedtatt en egen konvensjon om kontakt vedrørende barn («Convention on Contact concerning Children») av 15. mai 2003 (ETS nr. 192), foreløpig ikke undertegnet av Norge. Konvensjonen gjelder uavhengig av spørsmål om samvær eller annen kontakt springer ut av en sak om barnevern, barnefordeling eller internasjonal barne bortføring og er nyskapende ved at å innføre begrepet kontakt («Contact»), som foruten fysisk samkvem også dekker annen kommunikasjon mellom barn og voksne og tilgang til informasjon om barnet (art. 2 b). Også SP verner retten til familieliv, men spiller i praksis liten rolle ved siden av BK og EMK art. 8. På det akademiske plan har en ekspertgruppe («Commission on European Family Law») utarbeidet prinsipper for europeisk familierett angående foreldreansvar («Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities»), forkortet CEFL. Disse dekker alene kontakt etter foreldrenes samlivsbrudd. Regel 3:28 åpner for restriksjoner av hensyn til barnets beste, jf. nærmere *Boele-Woelki m.fl.*, *Principles of European Family Law* s. 185–193.

EMD har i tallrike avgjørelser understreket at barn og foreldre har en gjensidig rett til samvær med hverandre, jf. EMK art. 8(1) som beskytter retten til familieliv. Mens EMD i barnevernsaker har sett på opprettholdelse av kontakt som en positiv forpliktelse i kjølvannet av omsorgsovertakelsen, har innfallsvinkelen i barnefordelingssaker vært av negativ art. Avskjæring av samvær er et inngrep som må være «nødvendig i et demokratisk samfunn» for å være konvensjonsmessig.<sup>396</sup> Hensynet til barnets beste er en legitim begrunnelse for å avskjære samvær, men tiltaket må i så fall være forholdsmessig og myndighetene har en snever skjønnsmargin («margin of appreciation»). Terskelen for å avskjære samvær er høy, men EMD har fremholdt at barnas interesser må gå foran foreldrenes rettigheter:<sup>397</sup>

«Article 8 requires that a fair balance must be struck between the interests of the child and those of the parent and, in striking such a balance, particular importance must be attached to the best interests of the child which, depending on their nature and seriousness, may override those of the parent. In particular, the parent cannot be entitled under Article 8 to have such measures taken as would harm the child's health and development ...»

I sitatet konkretiserer ikke EMD barnets interesser, men sentrale bestemmelser vil her være EMK art. 2 (rett til liv) og art. 3 (vern mot umenneskelig behandling), i tillegg til art. 8 (vern av familie- og privatliv, herunder personlig integritet).

Ofte vil situasjonen være at det ikke foreligger noen straffedom eller annet ugjendrivelig bevis mot (den av) foreldrene som søker samværsrett. Dermed aktualiseres deres vern etter EMK art. 6(2). Bestemmelsen knesetter uskyldspresumsjonen, og i juridisk teori har Jørgen Aall tatt til orde for at art. 6(2)

---

<sup>396</sup> Se f. eks. *Elsholz mot Tyskland*, *Sommerfeld mot Tyskland*, og *Sahin mot Tyskland* (alle avsagt i Storkammer). I disse sakene stod imidlertid prosessuelle aspekt i fokus.

<sup>397</sup> *Süss [I] mot Tyskland*, avsn. 88 med henvisninger til tidligere dommer. Om noe ulike formuleringer av avveiningsnormen, se *Søvig*, NOU 2008:9 (vedlegg 2) s. 116.



med tilhørende praksis må føre til at domstolene i en samværs sak ikke kan legge til grunn at vedkommende har begått en handling som han strafferettslig er frifunnet for:<sup>398</sup>

«Det står likevel ikke til å nekte at også f. eks. en samværsnekt som reelt er motivert i de forhold den incesttiltalte far er frifunnet for, har et preg av motsigelse over seg som rettsordenen ikke bør akseptere.»

Synspunktet er imøtegått av andre forfattere,<sup>399</sup> og for egen del mener jeg at barnets interesser i denne situasjon bør ha forrang fremfor foreldrenes interesser.<sup>400</sup> Standpunktet støttes av EMDs tilnærming i *L. mot Finland*. Her hadde en far blitt tilkjent begrenset samvær, og bare under tilsyn, etter mistanke om seksuelle overgrep. EMD fant at inngrepet overfor faren var rettmessig:<sup>401</sup>

«The Court notes that while the applicant father's access has been considerably restricted, he has been able to meet the children regularly. Moreover, his right to see the children was increased by the County Administrative Court in 1995, only to be decreased again in the light of the child psychiatric examination suggesting sexual abuse of P. While such abuse has never been confirmed by a judicial finding, the Court concludes that the children's interest made it justifiable for the Finnish authorities to reduce the right of access of the applicant father.»

For bestefarens del aksepterte EMD at samvær helt ble nektet. I dommen problematiserer ikke EMD bevisspørsmålene, men i *K.A. mot Finland* fremholdt EMD at fravær av endelig strafferettslig avgjørelse medførte økt bevisbyrde for barnevernsmyndighetene.<sup>402</sup> I dommen synes EMD indirekte å akseptere avskjæring eller restriksjoner ved nærliggende fare for overgrep, også om det ikke foreligger en straffesak.

Et sentralt spørsmål i mange av sakene for EMD har vært prosessuelle spørsmål, f. eks. tilstrekkelig involvering av foreldre og barn, jf. her også BK art. 12. Jeg går ikke inn på disse spørsmålene i full bredde her, men vil særlig peke på *Sanchez Cardenas mot Norge*. I en sak om fastsettelse av samvær mellom far og hans to sønner etter samlivsbrudd, hevdet mor at far hadde begått seksuelle overgrep mot deres eldste sønn. Far var tidligere anmeldt for forholdet, men saken var henlagt. Lagmannsretten skrev i domspremissene at det var mye som kunne tyde på at far hadde begått seksuelle overgrep mot et av barna, men gikk ikke nærmere inn på problemstillingen og avskar samvær på annet grunnlag. EMK konstaterte krenkelse av art. 8. Det var et unødvendig inngrep i klagers privat- og familieliv å antyde seksuelle overgrep i en dom om samværsrett uten å foreta en nærmere vurdering av de rettslige og faktiske forholdene. Siden klager ikke hadde påberopt seg art. 6(2) og forholdet til

---

<sup>398</sup> Aall, LoR 2003 s. 256.

<sup>399</sup> Strandbakken, LoR 2003 s. 240, Johnsen, TfR 2006 s. 41 og Backer, Barneloven s. 390.

<sup>400</sup> Se også diskusjonen hos Kilkelly, *The Child and the European Convention* s. 170–172.

<sup>401</sup> *L. mot Finland*, avsn. 127.

<sup>402</sup> *K.A. mot Finland*, avsn. 119

uskyldspresumsjonen, ble denne delen av klagen avvist av EMD på grunn av manglende uttømming av interne rettsmidler.

For norske domstoler har problemstillingen først og fremst kommet opp i forbindelse med tvister mellom foreldre etter samlivsbrudd. Høyesterett har lagt til grunn at manglende bevis i en straffesak ikke er avgjørende for samværsspørsmålet, og at det i saker med mindreårige barn «overhodet ikke kan tas noen risiko».<sup>403</sup> I 2006 ble reglene i barneloven endret, slik at lovteksten nå uttrykkelig inneholder en klausul om at samvær skal nektes der dette ikke er til barnets beste, jf. § 43(1)3. I tillegg ble «barnets beste»-vurderingen i saker om foreldreansvar m.v. presisert, og § 48(2) fremhever nå faren for fysiske og psykiske overgrep. Siktemålet med regelendringen var å sikre at barn ikke utsettes for risiko for vold og overgrep.<sup>404</sup> Bakgrunnen var nasjonale diskusjoner, og BK art. 19 var ikke fremme som beveggrunn.<sup>405</sup> Når det gjelder kravet til sannsynlighet ønsket ikke departementet å lovfeste terskelen. Vurderingen er konkret, og samvær kan avskjæres selv om ikke overgrep fremstår som sannsynlig, dersom en samlet vurdering tilsier at en slik løsning er til barnets beste.<sup>406</sup> Lovendringen ga et klart signal om at risiko for overgrep kan gi grunnlag for å avskjære samvær og presiserte at opplevelsen av å være vitne uten selv å være direkte offer kan være tilstrekkelig, men hvorvidt den innebar en realitetsendring beror på hvordan en tolket den rettspraksis som hadde utviklet seg.<sup>407</sup>

Samvær i etterkant av omsorgsovertakelse er regulert av barnevernloven § 4-19. Utgangspunktet er at barn og foreldre har rett til samvær med hverandre, men samvær kan avskjæres «av hensyn til barnet», jf. også § 4-1 som knesetter «barnets beste» som ledesnor for barnevernsaker generelt. Den retts tekniske oppbyggingen er nær identisk med barneloven § 43, jf. § 48, men barneloven aksentuerer klarere at samvær «skal» avskjæres. Forskjell i utformingen henger antakelig sammen med at reglene er formulert ut fra «tidens ånd».

---

<sup>403</sup> Rt. 1994 s. 940U (samværssak avgjort av kjæremålsutvalget) med henvisning til Rt. 1989 s. 320A (sak om hvor barnet skal bo fast avgjort av Høyesterett). Se også Rt. 1990 s. 239U, Rt. 1994 s. 1394A, Rt. 1995 s. 1152U, Rt. 1996 s. 398A, Rt. 1998 s. 562U og Rt. 2001 s. 937U. Muligens var det en utvikling i rettspraksis i retning av et skjerpet beviskrav, se *Oppedal*, FAB 2008 s. 117–118 og Ot.prp. 103 (2004–05) s. 26–27 (med henvisning til en arbeidsgruppe nedsatt av departementet).

<sup>404</sup> Ot.prp. 103 (2004–05) s. 28.

<sup>405</sup> Sml. Ot.prp. 103 (2004–05) s. 50 og kritikken hos *Oppedal*, FAB 2008 s. 120–121.

<sup>406</sup> Ot.prp. 103 (2004–05) s. 29–30, og noe mer kryptisk flertallet i Innst. O. 35 (2005–06) s. 17.

<sup>407</sup> Se diskusjonen hos *Oppedal*, FAB 2008 s. 110–111 og *Backer*, Barneloven s. 388.

I Rt. 2002 s. 908A måtte Høyesterett ta stilling til avskjæring av samvær mellom en mor og en seks år gammel datter. Førstvoterende fremhevet at avgjørelsen berodde på en bred skjønnsmessig vurdering. Skjønnen måtte utøves under hensyn til EMK art. 8, jf. særlig *Johansen mot Norge* (Adeledommen), hvor EMD fremholdt at foreldrenes rett til samvær bare kunne nektes i ekstraordinære tilfeller («exceptional circumstances») og hvis de er motivert av et dominerende hensyn til barnets beste («an overriding requirement pertaining to the child's best interests»). Høyesterett la til grunn at samvær bare kunne avskjæres dersom det foreligger «spesielle og sterke grunner». Retten kom enstemmig til at så var tilfelle og avskar samvær. Moren hadde alvorlige psykiske problemer. Hun hadde erkjent å ha slått datteren gjentatte ganger med flat hånd, og under samværene hadde moren en straffende opptreden overfor henne når datteren ikke oppførte seg slik moren ønsket.

Rettsoppfatningen i Rt. 2002 s. 908A ble fulgt opp i Rt. 2004 s. 1046A. Foreldrene ble her nektet samvær med sin 7 år gamle datter. I forbindelse med omsorgsovertakelsen hadde fylkesnemnden og domstolene lagt til grunn at foreldrene hadde grovt mishandlet jenten og påført henne varige mén. Datteren ønsket ikke å se foreldrene. Kommunen hadde påberopt seg BK art. 9(3). Førstvoterende fant ikke at forholdet til BK art. 9(3) tilsa noen endring av skjønnstemaet som var satt opp i Rt. 2002 s. 908A, men fremhevet at de strenge krav som gjelder for å kunne nekte foreldrene samvær, nettopp har sammenheng med at det normalt anses å være til barnets beste – særlig i en mer langsiktig vurdering – å ha samvær med sine biologiske foreldre også etter en omsorgsovertakelse (avsn. 49).

Høyesterett har ikke klart tatt stilling til hvilket nedre beviskrav (sett fra barnets synsvinkel) som gjelder ved avskjæring av samvær etter barnevernloven § 4-19, men fremholdt i Rt. 2004 s. 1046A at en i alle fall ikke stiller strengere krav enn vanlig sannsynlighetsovervekt (avsn. 66). Under henvisning til Høyesteretts praksis i barnefordelingssaker, har Trude Haugli tatt til orde for at hvis det foreligger fare for at barnet kan bli utsatt for seksuelle overgrep eller annen mishandling under samværet vil dette kunne legges til grunn, selv om sjansen for et slikt overgrep er liten (og bruker 10 % sannsynlig som eksempel).<sup>408</sup> Jeg deler hennes oppfatning om at avgjørelsen må være konkret og at overgrep ikke må være sannsynliggjort for å avskjære samvær. Etter mitt syn kan ikke Høyesteretts uttalelse i Rt. 2004 s. 1046A være til hinder for en slik lovforståelse.<sup>409</sup> I barnevernsaker vil imidlertid spørsmål

---

<sup>408</sup> *Haugli*, Samværsrett s. 320–321 med henvisning til bl.a. Rt. 1989 s. 320A og Rt. 1990 s. 239U.

<sup>409</sup> Sml. *Ofstad/Skar*, Barnevernloven s. 161 som muligens operer med et høyere beviskrav.

om overgrep ofte ha stått sentralt i forbindelse med avgjørelsen av omsorgsovertakelsen, slik at bevisspørsmål sjelden kommer på spissen for samværsspørsmålets del, jf. f. eks. Rt. 2004 s. 1046A (avsn. 67–69). Samtidig kan situasjonen oppstå, særlig der hvor samvær skal fastsettes for foreldre som omsorgsovertakelsen ikke er rettet mot.

Både barneloven (§ 43(3)) og barnevernloven (§ 4-19) gir hjemmel for å sette inn tilsyn. Tilsyn er et effektivt virkemiddel for å hindre at nye overgrep skjer i samværsituasjonen, men skjærer ikke barnet for belastningen som kan være forbundet med å være sammen med foreldre som har forgrepet seg. En nyvinning i forbindelse med revisjonen av barneloven i 2006 var muligheten for at retten kunne beslutte at departementet skulle oppnevne tilsynsperson. Tidligere kunne ikke retten instruere offentlige instanser om dette, jf. Ot.prp. 103 (2004–05) s. 32. Barneombudet har kritisert ordningen for å være for lite omfattende, siden forskriften (7. des. 2006 nr. 1360) bare dekker inntil 16 timer samvær i året, jf. høringsuttalelse datert 30. nov. 2006 (j.nr. 06/01529-2-KJE).

Gjennomgangen viser at regelverket gir muligheter for å avskjære samvær ved mistanke om overgrep. Temaet har fått økt oppmerksomhet av lovgiver de senere årene. Den drivende kraften bak utviklingen har vært nasjonale diskusjoner. De menneskerettslige skrankene har ligget på europeisk nivå. BK har spilt en beskjeden rolle, først og fremst fordi Barnekomiteen i begrenset grad har gitt relevante føringer. Spørsmålsstillingen er særlig vanskelig fordi «barnets beste» ikke bare må avveies mot andre verdier, men fordi en også må ta stilling til hva som er til det konkrete «barnets beste». Både størst mulig foreldrekontakt og vern mot fysiske eller psykiske overgrep er viktig for barn, og selv om sistnevnte ved konflikt må gå foran førstnevnte, er avveiningen vanskelig når bevissituasjonen er uklar.

Så langt har diskusjonene i første rekke vært aktuell der hvor barn selv har opplevd overgrep, selv om utviklingen både i nasjonal rett og etter BK art. 19 har betont at barns vern også innbefatter å bli skånet for å være vitne til vold. En vanskelig problemstilling oppstår når samvær skal avgjøres for barn som ikke selv har vært vitne til overgrep, men hvor søsken har vært det.

### **7.3.4 Melde- og rapporteringsregler ved mistanke om uforsvarlige oppvekstforhold**

#### **7.3.4.1 Problemstillingen**

For å kunne gripe inn mot uforsvarlige oppvekstforhold i familien er myndighetene avhengige av kunnskap om barnets livssituasjon. Temaet i det følgende er de konvensjonsrettslige aspektene ved denne informasjonsflyten og i hvilken grad nærmiljøet rundt barnet – både profesjonelle aktører som helse- og skoleansatte og

private personer som familie og venner – skal ha en adgang eller plikt til å melde videre om uforsvarlige oppvekstforhold.

På forhandlingsbordet under utarbeidelsen av BK art. 19 lå et forslag som var langt mer detaljert enn den vedtatte teksten, og som blant annet påla statene å etablere effektive saksbehandlingsregler ved mistanke om overgrep eller vanskjøtsel av barn.<sup>410</sup> Forslagsstiller var USA. De fremmet senere et revidert forslag som var mindre spesifikt, men Sovjetunionen og andre tidligere østblokkland var skeptiske fordi også det reviderte forslaget fokuserte på rettslige prosesser og straffesanksjoner, slik at ulike former for sosiale tiltak kom i bakgrunnen. I den vedtatte teksten gir BK art. 19(2) eksempler på hvilke beskyttelsestiltak statene bør iverksette for å sikre barn forsvarlige oppvekstvilkår. Foruten sosiale programmer, nevner konvensjonsteksten rapportering («reporting») og oppfølging («follow-up») av barnemishandling.

#### **7.3.4.2 Opplysnings- og meldeplikt**

I sine avsluttende merknader til medlemslandenes periodiske rapporter uttrykker Barnekomiteen ofte bekymring over at vold mot barn ikke blir meldt til lokale barnevernsmyndigheter.<sup>411</sup> Komiteen har flere ganger anbefalt at yrkesutøvere som jobber med barn bør ha obligatorisk meldeplikt ved mistanke om barnemishandling.<sup>412</sup>

Etter norsk rett skal offentlige myndigheter av eget tiltak skal gi opplysninger til barneverntjenesten når det er grunn til å tro at et barn blir mishandlet i hjemmet eller det foreligger alvorlige former for omsorgssvikt, jf. barnevernloven § 6-4(2) og tilhørende parallelle regler i den spesielle forvaltningslovgivningen, jf. f. eks. sosialtjenesteloven § 8-8a(2).<sup>413</sup> Opplysningsplikten gjelder også for yrkesutøvere som har taushetsplikt i medhold av profesjonslovgivningen, jf. barnevernloven § 6-4(3) og korresponderende regler i de enkelte profesjonslover, jf. f. eks. helsepersonelloven § 33(2).<sup>414</sup> Det er grunn til å merke seg at visse yrkesgrupper ikke er omfattet av denne

---

<sup>410</sup> *Detrick*, A Commentary s. 322–323 og *UNHCHR*, Legislative History s. 515 og s. 517–519.

<sup>411</sup> *Hodgkin/Newell*, Implementation Handbook s. 266.

<sup>412</sup> Se *Hodgkin/Newell*, Implementation Handbook s. 267 med videre henvisning til komiteens praksis.

<sup>413</sup> Se nærmere bl.a. rundskriv Q-24/2005 om barnevernet og taushetsplikten, opplysningsretten og opplysningsplikten.

<sup>414</sup> Forholdet til foreldrenes rettigheter etter EMK art. 8 er berørt i *K.T. mot Norge*, avsn. 69 hvor EMD konkluderte med at informasjonsflyten var rettmessig.

meldeplikten, f. eks. prester og advokater.<sup>415</sup> De vil bare ha anledning – og plikt – til å melde fra dersom tilstanden for barnet er så alvorlig at det er fare for liv eller grove overgrep, jf. straffeloven (1902) § 139 med sin videre henvisning til bestemte straffebed,<sup>416</sup> eventuelt etter straffeloven (1902) § 387. En kan stille spørsmålstegn ved om seleksjonen av yrkesgrupper i barnevernloven § 6-4(3) er forenlig med den linjen som Barnekomiteen har lagt seg på.

Når det gjelder kjønnslemlestelse inneholder kjønnslemlestelsesloven § 2 en egen meldeplikt for yrkesutøvere og ansatte i barnehager, barnevernet, helse- og sosialtjenesten, skoler, skolefritidsordninger og trossamfunn. Ansvarer er knyttet til forsettlig unnlattelse enten ved anmeldelse eller på annen måte å søke avverget en kjønnslemlestelse, jf. kjønnslemlestelsesloven § 2. Avvergesplikten gjelder uten hensyn til taushetsplikt, og brudd på regelen kan møtes med fengsel i inntil 1 år. Verken etter denne loven, eller ved meldeplikt for helsepersonell til barneverntjenesten (som også er straffebelegt, jf. helsepersonelloven § 67, jf. § 33), forekommer i praksis straffesaker.

For «vanlige folk» – hvilket i denne sammenhengen vil si mennesker som verken er ansatt i det offentlige eller tilhører en yrkesgruppe som faller inn under barnevernloven § 6-4 eller kjønnslemlestelsesloven § 2 – gjelder i utgangspunktet ingen opplysningsplikt, med mindre situasjonen er så kritisk at den rammes av straffeloven (1902) § 139 eller § 387. Straffeloven (2005) § 196 og § 287 viderefører denne rettstilstanden, men under komitébehandlingen ble meldeplikten utvidet til også å gjelde ved grov mishandling i nære relasjoner (jf. § 283).<sup>417</sup>

Utviklingen har gått i retning av økt kriminalisering av unnlattelse av å oppfylle lovpålagte meldeplikter ved overgrep mot barn. Selv om intensjonen utvilsomt er i samsvar med BKs grunnsyn, kan en stille spørsmålstegn både ved nødvendigheten og hensiktsmessigheten av å innføre og opprettholde straffebed som i praksis aldri benyttes.

Opprinnelig dekket ikke barnevernloven § 6-4 situasjoner knyttet til tilbakeføring eller samvær etter omsorgsovertakelse. Dermed gjaldt de vanlige regler

---

<sup>415</sup> Disse har taushetsplikt etter straffeloven (1902) § 144, som i straffeloven (2005) vil avløses av én allmenn regel (§ 209) som dekker alle former for taushetsplikt. På grunn av manglende særlovgivning har straffeloven (2005) § 211 inntil videre en egen straffebestemmelse for bl.a. prester og advokater, jf. Ot.prp. 22 (2008–09) s. 74–77.

<sup>416</sup> Opplysningsplikten etter straffeloven (1902) § 139 går foran taushetsplikten etter § 144, jf. *Rasmussen*, Kommunikasjonsrett og taushetsplikt s. 570–571. Bestemmelsen er videreført i straffeloven (2005) § 196, jf. Ot.prp. 8 (2007–08) s. 260–261 og s. 348–349, som også redegjør for nyansene mellom ny og gammel bestemmelse (særlig med hensyn til skyldkrav).

<sup>417</sup> Innst. O. 73 (2008–09) s. 14–15.

om taushetsplikt. Ved lov 17. juni 2005 nr. 65 ble bestemmelsen endret, jf. § 6-4(2)4. Fylkesnemnden kan nå pålegge offentlige organer og bestemte yrkesutøvere å gi opplysninger som er nødvendige for å kunne vurdere om en flytting tilbake til foreldrene, eller samvær med dem, vil kunne føre til en situasjon som er så alvorlig at den rammes av §§ 4-10 til 4-12. I motsetning til § 6-4(2)1, som er en regel om opplysningsplikt, er lovnovellen i siste setning en bestemmelse om forklaringsplikt, som inntreer først når offentlige myndigheter etterspør informasjon.<sup>418</sup>

Ansatte ved krisesentre som er offentlig eid har melde- og forklaringsplikt i samsvar med bvl. § 6-4(2). De fleste krisesentre er imidlertid eid av private, og de ansatte her faller utenfor § 6-4(2). Dette var bakgrunnen for innføringen av § 6-4a som gir ansatte ved private krisesentre «opplysningsplikt som nevnt i § 6-4», jf. lovendring 20. jan. 2006 nr. 3.

Reglene om plikt- og/eller rett til å gi opplysninger om barn som kan leve under uforsvarlige oppvekstforhold har vært endret en rekke ganger med sikte på økt informasjonsflyt. Siste tilskudd er plikten for barneverntjenesten til å gi meldere i barnevernsaker en generell tilbakemelding og at meldere omfattet av opplysningsplikten skal få tilbakemelding på om barneverntjenesten har åpnet undersøkelsessak, jf. ny § 6-7a.<sup>419</sup> I tillegg er opplysningsretten etter barnevernloven § 6-7 foreslått utvidet til også å gjelde privatpraktiserende helsepersonell, jf. forslag til ny setning i § 6-7(3).

Samtidig er ikke utviklingen rettlinjert i retning av stadig lavere terskel informasjonsflyt. Befringutvalget foreslo å senke terskelen for opplysningsplikt etter barnevernloven § 6-4.<sup>420</sup> Departementet gikk inn for å endre reglene om forklaringsplikt i saker om samvær eller tilbakeføring, men avslo å innføre en utvidet rett for offentlige myndigheter til å gi taushetsbelagte opplysninger til barneverntjenesten i mindre alvorlige tilfeller.<sup>421</sup>

Etter mitt skjønn er dagens regelverk i samsvar med de føringene som Barnekomiteen har gitt. Utfordringen er å sikre at lovverket etterlevs. En tilbakevendende bekymring har vært at få meldinger til barneverntjenesten kommer fra ansatte i barnehager. I 2007 kom 5,4 % av alle meldinger om barn i gruppen 0-5 år fra barnehagene,<sup>422</sup> til tross for at barnehageansatte har opplysningsplikt til

---

<sup>418</sup> Ot.prp. 64 (2004–05) s. 47.

<sup>419</sup> Tilføydd ved lov 19. juni 2009 nr. 45 (i kraft 1 juli 2009). Se den nærmere diskusjonen i Ot.prp. 69 (2008–09) s. 49–55.

<sup>420</sup> NOU 2000:12 s. 324.

<sup>421</sup> Ot.prp. 64 (2004–05) s. 42–47.

<sup>422</sup> *Statistisk sentralbyrå*, Statistikkområde 03.03 (Barnevern), tabell 12.

barneverntjenesten etter barnehageloven § 22(2). Private barnehager – som utgjør om lag halvparten av det samlede tilbudet – har en lavere meldefrekvens enn offentlige barnehager, som ikke fullt ut kan forklares med at barn fra «utsatte familier» i større grad går i offentlige barnehager.<sup>423</sup>

Denne lave frekvensen kan indikere at tiltak bør settes i verk for å bedre «meldekulturen», både i form av opplæringstiltak og ved å ha fokus på temaet i forbindelse med tilsyn. Samtidig er treffsikkerhet viktigere enn antall meldinger,<sup>424</sup> og fokuset må derfor være rettet mot utvelgelsen av saker som rapporteres. Barne- og likestillingsdepartementet har i samarbeid med Kunnskapsdepartementet utarbeidet en veileder om samarbeid mellom barnehagen og barneverntjenesten som tar sikte på å styrke samhandlingen mellom disse aktørene.<sup>425</sup> Samlet sett må myndighetene sies å være seg bevisst sitt ansvar etter BK art. 19 for så vidt gjelder rapporteringssystemer, selv om en også i fremtiden må foreta løpende analyser av om igangsatte tiltak er tilstrekkelige.

En annen yrkesgruppe som kan gi verdifull informasjon om bekymringsfulle oppvekstsforhold er tannhelsetjenesten. De nordiske barneombudene har i en uttalelse av 7. mai 2009 bedt myndighetene om å se til at denne yrkesgruppens meldeplikt etterleves og fremhevet nødvendigheten av rutiner for å melde videre om barn som ikke møter opp til tannlegetimer.

### 7.3.4.3 Undersøkelser ved dødsfall

BK art. 6(1) sikrer barns rett til liv, og BK art. 6(2) pålegger statene så langt det er mulig å sikre at barnet overlever og vokser opp. Art. 6 inneholder ikke nærmere angivelse av hvilke tiltak staten skal sette i verk, men art. 19, sammenholdt med art. 6, gir et rettslig fundament for å stille opp et krav om at myndighetene plikter å etablere systemer for å etterforske saker hvor barn har mistet livet. I sine retningslinjer for statenes periodiske rapporter har Barnekomiteen fremhevet nødvendigheten av etterforskning og undersøkelser av barnedødsfall.<sup>426</sup> I de avsluttende merknader til Storbritannia anbefalte komiteen innføring av en obligatorisk ordning med undersøkelser etter barnedødsfall:<sup>427</sup>

---

<sup>423</sup> *Backe-Hansen*, Å sende en bekymringsmelding s. 37–38.

<sup>424</sup> *Backe-Hansen*, Å sende en bekymringsmelding s. 59–60.

<sup>425</sup> «Til barnets beste – samarbeid mellom barnehagen og barneverntjenesten» (august 2009).

<sup>426</sup> CRC/C/58/Rev.1, avsn. 23, jf. også *Hodgkin/Newell*, Implementation Handbook s. 92.

<sup>427</sup> CRC/C/GBR/CO/4, avsn. 28–29. Se også tilsvarende uttalelser i tidligere avsluttende merknad til Storbritannia, jf. CRC/C/15/Add.188, avsn. 40.



«The Committee, while welcoming the introduction of statutory child death reviews in England and Wales, is very concerned that six more children have died in custody since the last examination as well as at the high prevalence of self-injurious behaviour among children in custody. ... The Committee recommends that the State party use all available resources to protect children's rights to life, including by reviewing the effectiveness of preventive measures. The State party should also introduce automatic, independent and public reviews of any unexpected death or serious injury involving children – whether in care or in custody.»

Uttalelsen kommer på bakgrunn av at mange barn hadde dødd under varetektsopphold («custody»), men anbefalingen gjelder både for barn som er i det offentlige varetekt og under foreldrenes omsorg.

For Norges del har en særlig diskutert spørsmål om åstedundersøkelser knyttet til plutselig spedbarnsdød.<sup>428</sup> Regjeringen har bestemt at spesialisthelsetjenesten skal ha plikt til å tilby barnets foreldre dødsstedsundersøkelse ved alle tilfeller av plutselig uventet død av barn fra 0 til 3 år.<sup>429</sup> Ordningen skulle etter planen tre i kraft fra 1. juli 2009, og det er anslått behov for utredning av om lag 50 dødsfall årlig.

Datilsynet gikk sterkt ut mot forslaget. Tilsynet hevdet at en slik frivillig ordning var svært problematisk holdt opp mot retten til privatliv etter EMK art. 8 og forbudet mot husransaker i Grunnloven § 102.<sup>430</sup> Justisdepartementets lovavdeling vurderte spørsmålene. De uttrykte tvil om en tvungen ordning med dødsstedsundersøkelse ville være i samsvar med Grunnloven § 102 og mente dette neppe ville være forenlig med EMK art. 8.<sup>431</sup> En frivillig ordning var etter lovavdelingens syn innenfor rammene av begge disse overordnede normene.

Under behandlingen av siste del av straffeloven fremhevet flertallet i Justiskomiteen at de støttet Regjeringens nyordning, mens et mindretall mente beslutningen måtte revideres og ordningen gjøres obligatorisk.<sup>432</sup> Med grunnlag i Barnekomiteens uttalelse til Storbritannia kan en reise spørsmål ved hvorvidt norske myndigheter er forpliktet til å innføre et system hvor foreldrene ikke har en valgrett. Komiteen anbefaler i uttalelsen at undersøkelser ved barnedød skjer automatisk, men

---

<sup>428</sup> Se rapporten fra det såkalte Barnedødsårsaksprosjektet ved Rettsmedisinsk instiutt (UiO) som ble oversendt Riksadvokaten og videre fulgt opp av Sosial- og helsedirektoratet (IS-1415).

<sup>429</sup> <http://www.regjeringen.no/nb/dep/hod/pressecenter/pressemeldinger/2008/pressemelding-0.html?id=531067> (2009) og St.prp. 1 (2008–09) s. 17 (Helse- og omsorgsdepartementet). Se også høringsnotat fra Helse- og omsorgsdepartementet av 13. mai 2008.

<sup>430</sup> Høringsuttalelse av 9. juli 2008 (08/008562-2/CBR).

<sup>431</sup> Uttalelse av 3. mars 2009 (200807477 EO ATV/mk).

<sup>432</sup> Innst. O. 73 (2008–09) s. 41–42. Medlemmene fra Høyre viste også til representantforslaget om å gjøre ordningen obligatorisk, jf. St.dok. 8:85 (2008–09).

tar ikke uttrykkelig stilling til hvorvidt tiltaket skal gjennomføres mot foreldrenes vilje. Dessuten tar ikke komiteen eksplisitt opp spørsmålet om undersøkelsen også må inkludere foreldrenes hjem. Etter mitt skjønn er rettskildematerialet for spinkelt til å trekke en konklusjon om at åstedsundersøkelser må kunne gjennomføres uten foreldrenes samtykke, men rettsområdet er i utvikling. Bildet kan endre seg om komiteen kommer med tilsvarende uttalelser mot andre land og eventuelt klarere tar stilling til betydningen av eventuell motvilje fra foreldrenes side og om undersøkelsen også skal skje i hjemmet.

Et annet spørsmål som oppstår i kjølvannet av komiteens merknader er undersøkelser av saker hvor barn har pådratt seg alvorlige helseskader. Den norske ordningen er begrenset til dødsfall, men komiteens anbefaling til Storbritannia var at også alvorlige helseskader («serious injury») måtte undergis en rutinemessig, uavhengig og offentlig undersøkelse.

Ordningen med dødsstedsundersøkelser har et blandet siktemål, som gjør den rettslige analysen opp mot ulike overordnede rettslige normer utfordrende. Hovedformålet med undersøkelsen er å avklare årsaksforholdet for derigjennom å bygge opp en kunnskapsbase med sikte på å redusere forekomsten av barnedødsfall. På individnivå har den negative konsekvensen allerede inntrådt. Slik sett har reglene ikke et preventivt siktemål, men mindre avdøde har søsken eller andre barn som foreldrene fremdeles har omsorgen for. Selv om ordningen er sivilrettslig og er knyttet til spesialisthelsetjenesten, har den også en strafferettslig komponent. Observasjoner og funn ved dødsstedsundersøkelse skal nedtegnes i barnets journal. Rettsmedisineren som foretar obduksjon har meldeplikt til politiet dersom dødsfallet kan skyldes en straffbar handling. Vedkommende skal i denne sammenhengen utlevere relevant dokumentasjon til politiet, som bl.a. kan inkludere funn fra dødsstedsundersøkelsen, jf. forskrift om leges melding til politiet om unaturlig dødsfall o.l. 21. des. 2000 nr. 1378 § 4 (slik den er foreslått endret av departementet i høringsnotatet).

#### **7.3.4.4 Informasjonskanaler for utsatte barn**

I sine avsluttende merknader til medlemslandene har Barnekomiteen flere ganger anbefalt innføring av hjelpetelefonlinjer som tilbyr rådgivning til barn som er utsatt for overgrep og deres omsorgspersoner.<sup>433</sup> I Norge har flere private organisasjoner i mange år drevet hjelpetelefoner for barn og unge, men etter påtrykk fra

---

<sup>433</sup> Se *Hodgkin/Newell*, Implementation Handbook s. 267 med videre henvisninger. Se også oppfordringen til økt ressurstilgang til slike linjer i komiteens avsluttende merknader til Finland og Danmark, jf. CRC/C/15/Add.272, avsn. 32(b) og CRC/C/DNK/CO/3 avsn. 36(f).

Barneombudet har regjeringen nå opprettet en landsdekkende gratis tjeneste (telefon 116 111).<sup>434</sup>

Vel så viktig i våre dager er andre kommunikasjonsmåter, og det er opprettet flere nettsider med sikte på å nå barn som er i fare for eller har vært utsatt for overgrep. Initiativet har dels kommet fra private aktører, men den nye landsdekkende tjenesten har også nettsider og kan nås på e-post (<http://www.116111.no/>).

## **7.4 Vern mot uforsvarlige hjemforhold i form av omsorgsovertakelse**

### **7.4.1 Innledning. Forholdet til BK art. 9**

Et mulig virkemiddel for å verne barn mot uforsvarlige hjemforhold er omsorgsovertakelse. BK art. 19 gir anvisning på ulike former for beskyttelsestiltak, men nevner ikke muligheten for å plassere barn i alternative oppvekstmiljø spesielt. BK art. 9(1) forutsetter derimot at omsorgsovertakelse i visse situasjoner kan være nødvendig. Den aktuelle delen av bestemmelsen lyder i engelsk originaltekst:

«States Parties shall ensure that a child shall not be separated from his or her parents against their will, except when competent authorities subject to judicial review determine, in accordance with applicable law and procedures, that such separation is necessary for the best interests of the child. Such determination may be necessary in a particular case such as one involving abuse or neglect of the child by the parents, or one where the parents are living separately and a decision must be made as to the child's place of residence.»

Foruten prosessuelle krav, krever konvensjonsteksten at omsorgsovertakelse skal være nødvendig av hensyn til barnets beste. Som eksempel på når et slikt tiltak kan være rettmessig nevner konvensjonen situasjoner hvor foreldrene mishandler eller forsømmer egne barn.

I den generelle kommentaren om barns vern mot kroppslig avstraffelse har komiteen understreket samspillet mellom barns krav på forsvarlige oppvekstvilkår etter art. 19 og vernet mot unødige omsorgsovertakelser etter art. 9 (avsn. 42):

«Advice and training for all those involved in child protection systems, including the police, prosecuting authorities and the courts, should underline this approach to enforcement of the law. Guidance should also emphasize that article 9 of the Convention requires that any separation of the child from his or her parents must be deemed necessary in the best interests of the child and be subject to judicial review, in accordance with applicable law and procedures,

---

<sup>434</sup> Barneombudet har sendt brev til Barne- og likestillingsdepartementet og uttrykt bekymring for manglende markedsføring, jf. <http://www.barneombudet.no/presserom/pressemeldinger/barn-og-un/> (2009).

with all interested parties, including the child, represented. Where separation is deemed to be justified, alternatives to placement of the child outside the family should be considered, including removal of the perpetrator, suspended sentencing, and so on.»

Komiteen gjengir her art. 9(1) uten å foreta noen nærmere fortolkning, bortsett fra å understreke nødvendigheten av å vurdere alternative tiltak til omsorgsovertakelse. Likevel indikerer tilnærmingen at komiteen er skeptisk til omsorgsovertakelse som virkemiddel i saker med voldelige foreldre. Også under sin diskusjonsdag («Day of General Discussion») om barn uten foreldreomsorg ga komiteen uttrykk for et restriktivt syn på bruk av omsorgsovertakelse.<sup>435</sup>

«The Committee notes that in many States parties the number of children separated from their parents and placed in alternative care is increasing and at a high level. It is concerned that these placements are not always a measure of last resort and therefore not in the best interests of the child. The Committee recommends that the States parties ensure that the placement of children in alternative care (foster care, residential care, other forms of alternative care) is based on a carefully conducted assessment of the needs and best interest of the child by a competent and multidisciplinary group of experts and that a short- and long-term plan, including the goals of the placement and the measures to achieve these, is available at the time of the placement and is regularly adapted to the development of the child ...»

Også her betoner komiteen at andre hjelpetiltak må være utilstrekkelige før omsorgsovertakelse er aktuelt. Den generelle holdningen som komiteen har tatt til orde for er fulgt opp i de avsluttende merknadene til de enkelte lands rapporter, jf. straks nedenfor.

Prinsippet om utprøving av frivillige hjelpetiltak før tvangsinngrep har nær universell tilslutning, og er nedfelt eller utviklet i en lang rekke folkerettslige instrumenter. Fra regionalt nivå finnes et slikt subsidaritetskrav både etter EMK og i EU-retten. Se henholdsvis f. eks. *Harris m.fl.*, European Convention s. 137, s. 359 og s. 415 og *Craig/Búrca*, EU Law s. 549–550 (EU-retten har også et annet subsidaritetsprinsipp («nærhetsprinsippet») knyttet til at EU-regulering bare skal skje så fremt spørsmålet ikke tilfredsstillende kan løses gjennom medlemsstatene, jf. EF-traktaten art. 5).

#### **7.4.2 Komiteens kritikk til Norge**

Ifølge statistisk sentralbyrå var 7710 barn i løpet av 2007 under offentlig omsorg etter vedtak fra fylkesnemnden.<sup>436</sup> Antallet har vært jevnt økende de siste årene og har

---

<sup>435</sup> Day of General Discussion on Children without parental care (2006), avsn. 654. Se også General Comment no. 7 (2006), avsn. 18.

<sup>436</sup> Statistisk sentralbyrå, Statistikkbanken, Emne 03 (Helse, sosiale forhold og kriminalitet), tabell 05128 (tilgjengelig på [www.ssb.no](http://www.ssb.no)).

steget fra 6568 barn i 2002. Sammenlignet med det totale antall tiltak etter barnevernloven, utgjorde omsorgsovertakelsene 18 prosent.

Norge passer derfor godt inn den utviklingen som Barnekomiteen beskrev i sitatet ovenfor om økt bruk av omsorgsovertakelser. På denne bakgrunn er det ikke overraskende at komiteen i de avsluttende merknadene til Norges 3. rapport kritiserte den høye forekomsten av barn under offentlig omsorg.<sup>437</sup>

«The Committee is concerned at the number of children who have been removed from their families and live in foster homes or other institutions. In this regard, the Committee notes the State party's willingness to review its practices concerning the removal of children from their family environment. ... The Committee recommends that the State party take measures to address the causes of the rising number of children who are removed from their families, including through adequate support to biological parents. The State [feilskrift for «Committee»] encourages the State party to give priority to protecting the natural family environment and ensure that removal from the family and placement in foster care or institutions is used only as a measure of last resort when in the best interests of the child.»

Av de øvrige nordiske land har både Finland, Danmark og Sverige fått tilsvarende kritikk.<sup>438</sup> I tillegg til kritikken fra Barnekomiteen har Norge også fått kritikk fra ØSK-komiteen, som har uttrykt bekymring over den høye forekomsten av omsorgsovertakelse og bedt Norge sette i gang målrettede tiltak.<sup>439</sup>

Den siterte uttalelsen skiller ikke uttrykkelig mellom frivillige og tvangsmessige plasseringer, men bruken av «fjerning» («removed») indikerer at omsorgsovertakelser uten foreldrenes samtykke har stått i fokus. Komiteens kritikk er rettet mot forekomsten, og komiteen har ingen uttrykkelige merknader til de rettslige vilkårene for omsorgsovertakelse. Lovverket setter imidlertid de rettslige rammene, og en eventuell høyere terskel for når myndighetene kan gripe inn, vil kunne påvirke antall omsorgsovertakelser. Det er derfor grunn til å gå nærmere inn på vilkårene for omsorgsovertakelse etter norsk rett i lys av Barnekomiteens uttalelse.<sup>440</sup>

---

<sup>437</sup> CRC/C/15/Add.263, avsn. 23–24. Norge imøtegikk denne kritikken i PM som er vedlagt brev av 1. juli 2005 til Barnekomiteen.

<sup>438</sup> CRC/C/15/Add.272, avsn. 28, CRC/C/DNK/CO/3, avsn. 33–34 og CRC/C/SWE/CO/4, avsn. 34–35. Se også komiteens kritikk til Frankrike og et nytt regelverk som i større grad enn tidligere åpner for adopsjon som barnevernstiltak, jf. CRC/C/FRA/CO/4, avsn. 65–66.

<sup>439</sup> E/C.12/1/Add.109, avsn. 14 og 32.

<sup>440</sup> I Norges 4. rapport (2008), avsn. 222–224 imøtegås kritikken ved å vise til økt bruk av ressurser til forebyggende tiltak.

Selv om også andre bestemmelser kan være aktuelle,<sup>441</sup> er den sentrale rettslige figuren for så vidt gjelder omsorgsovertakelse barnevernloven § 4-12. Første og annet avsnitt lyder:

«Vedtak om å overta omsorgen for et barn kan treffes

- a) dersom det er alvorlige mangler ved den daglige omsorg som barnet får, eller alvorlige mangler i forhold til den personlige kontakt og trygghet som det trenger etter sin alder og utvikling,
- b) dersom foreldrene ikke sørger for at et sykt, funksjonshemmet eller spesielt hjelpetrengende barn får dekket sitt særlige behov for behandling og opplæring,
- c) dersom barnet blir mishandlet eller utsatt for andre alvorlige overgrep i hjemmet, eller
- d) dersom det er overveiende sannsynlig at barnets helse eller utvikling kan bli alvorlig skadd fordi foreldrene er ute av stand til å ta tilstrekkelig ansvar for barnet

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

Bestemmelsen er sentral i barnevernrettslige fremstillinger.<sup>442</sup> Det hersker stor enighet om vilkårene i § 4-12 og den «terskelverdien» bestemmelsen setter opp for omsorgsovertakelsen. De ulike inngrepskriteriene er regulert av § 4-12(1)a–d. Det følger av § 4-12(1) at det offentlige «kan» treffe vedtak om omsorgsovertakelse dersom de nærmere vilkårene er oppfylte, og § 4-12(2) fastsetter at tiltaket må være «nødvendig». Formuleringene innebærer at det ikke er tilstrekkelig at de lovfastsatte vilkårene er oppfylte. I tillegg må omsorgsovertakelse være et rimelig og hensiktsmessig tiltak. Et sentralt moment ved denne vurderingen er hensynet til barnets beste, jf. barnevernloven § 4-1.<sup>443</sup> Barnets beste er dels en objektiv standard ut i fra hva beslutningstakeren mener vil tjene barna,<sup>444</sup> men barnets subjektive syn skal tillegges økt betydning i samsvar med barnets alder og modenhet, jf. § 6-3(1)2.<sup>445</sup> Det

---

<sup>441</sup> Om forholdet til andre aktuelle inngrepsgrunnlag i barnevernloven, se *Hove/Kjellebold*, i *Kjønstad m.fl.*, Sosial trygghet og rettssikkerhet s. 419–420.

<sup>442</sup> Se *Hove/Kjellebold*, i *Kjønstad m.fl.*, Sosial trygghet og rettssikkerhet s. 414–418, *Lindboe*, Barnevernrett s. 84–112 og *Ofstad/Skar*, Barnevernloven s. 113–130.

<sup>443</sup> I juridisk teori fremstilles «barnets beste» normalt i forlengelsen av hensiktsmessighetsvurderingen, jf. *Hove/Kjellebold*, i *Kjønstad m.fl.*, Sosial trygghet og rettssikkerhet s. 418–419, *Lindboe*, Barnevernrett s. 91–94 og *Ofstad/Skar*, Barnevernloven s. 129, men med noe ulike tilnærminger med hensyn til en står overfor ett eller flere materielle vilkår eller vurderingstemaer.

<sup>444</sup> Om begrepet, se særlig *Haugli*, FS-Lødrup s. 313–326 og *Haugli*, i *Høstmælingen m.fl.*, Barnekonvensjonen s. 46–62.

<sup>445</sup> Om betydningen av barnets syn i rettspraksis, se særlig Rt. 1996 s. 1684A (s. 1693); Rt. 1998 s. 1702A (s. 1711); Rt. 1999 s. 1883A (s. 1890–91) de foregående dommene er fra før endringen av bvl. § 6-3; Rt. 2004 s. 999A (avsn. 54); Rt. 2005 s. 624A (avsn. 40); Rt. 2006 s. 1308A (avsn. 56–64). Se også Rt. 2004 s. 1046A, avsn. 60–62 (samvær) og Rt. 2007 s. 561A, avsn. 55 og 60 (adopsjon). Om betydningen av

siste vilkåret er at utprøving av frivillige hjelpetiltak må være utilstrekkelige, jf. diskusjonen nedenfor.

Den rettsdogmatiske harmonien om forståelsen av vilkårene i § 4-12 skyldes dels at de materielle vilkårene i § 4-12 er skjønsmessige, slik at det er tilstrekkelig å enes om argumentenes relevans og i hvilken retning de peker. Imidlertid finnes det kritiske røster på begge sider av dagens hovedspor. Marit Sivenes mener det biologiske prinsipp har fått for stor gjennomslagskraft på bekostning av barnets beste.<sup>446</sup> Sverre Kvilhaug mener derimot at barn og foreldre i for stor utstrekning blir skilt fra hverandre. Etter hans syn kan omsorgsovertakelse kun forsvares i «helt ekstreme tilfeller»,<sup>447</sup> og han representerer slik sett et ytterpunkt.

I motsetning til EMK, og særlig foreldrenes rett til familieliv etter art. 8,<sup>448</sup> har BK så langt spilt en beskjeden rolle i de toneangivende fremstillingene av § 4-12. Ut fra kritikken til Norge knyttet til betoning av omsorgsovertakelse som siste utvei («measure of last resort») kan det være grunn til å dvele noe ved vilkåret om at omsorgsovertakelse kun skal skje dersom hjelpetiltak eller mindre inngripende tvangstiltak er utilstrekkelige, jf. barnevernloven § 4-12(2)2. Den gamle barnevernloven § 19 hadde en nær tilsvarende formulering, og lignende bestemmelser finnes i de fleste lovregler som hjemler tvangstiltak,<sup>449</sup> slik at en står overfor et allment velferdsrettslig prinsipp.

Grunntanken er at tvangsinngrep er et onde, både for foreldre og barn. Derfor bør frivillige tiltak i størst mulig utstrekning prøves ut først. Så langt tror jeg det hersker nær unison enighet. Problemet er hvor langt regelen rekker i møte med andre sentrale prinsipp eller interesser, i første rekke hensynet til barnets beste. Til en viss grad har barn og foreldre sammenfallende interesser, i den forstand at barn så langt som mulig bør vokse opp hos biologiske foreldre. Jo lengre samfunnet venter med å gripe inn, jo bedre vil hjemforholdene være dokumenterte, og jo lengre tid har

---

barnets syn etter BK art. 12, se særlig General Comment no. 12 (2009), avsn. 28–31. Se også *Archard/Skivenes*, IJCR 2009 s. 1–21 som diskuterer forholdet mellom barnets beste og barns uttalte preferanser (også med utgangspunkt i norske forhold).

<sup>446</sup> *Skivenes*, Norges barnevern 2003 s. 23–25. Se også andre innlegg i tidsskriftet Norges barnevern for 2002 og 2003.

<sup>447</sup> *Kvilhaug*, Atskillelse av barn og foreldre s. 135.

<sup>448</sup> Om forholdet mellom bvl. § 4-12 og EMK art. 8, se Rt. 2002 s. 875A (879). Se også *Loftsgaard/Alstad*, i *Tjomsland (red.)*, Barnevern og omsorgsovertakelses s. 69–115 og *Hedlund*, i *Hedlund (red.)*, Barnerett s. 35–71.

<sup>449</sup> Se f. eks. barnevernloven § 4-25(1), sosialtjenesteloven §§ 6-2(1) og 6-2a(1), psykisk helsevernloven § 3-3(1) nr. 1 og pasientrettighetsloven § 4A-3(1).

foreldrene fått til å rette opp i atferd eller andre forhold som er problematiske for barna. Dessuten vil for tidlig inngripen kunne føre til at barna etter kort tid kan flytte hjem igjen, med den belastning som hyppige miljøskifter innebærer. Selv om fordelene med å avvete situasjon er mange, må de veies opp mot at barn i denne ventetiden eksponeres for en risiko, både på kort sikt (fare for ulike former for overgrep) og lang sikt.

En undersøkelse gjennomført av NOVA (Norsk institutt for forskning om oppvekst velferd og aldring) viser at tidlig inngripen i form av omsorgsovertakelse gir mindre sannsynlighet for at barn senere får straffesiktelsener eller mottar økonomisk sosialhjelp.<sup>450</sup> Sammenligning ut fra intervensjonstidspunkt byr på problemer siden små barn og ungdom er grupper som kan være vanskelig å jevnføre, men undersøkelsen indikerer at tidlig intervensjon er gunstig for barn som lever under uheldige omstendigheter og har skadelige oppvekstvilkår.

Selv om undersøkelsen fra NOVA ikke er éntydig, viser den dilemmaene som beslutningstakere innen barnevernet står overfor. Barnekomiteen har betont utprøving av frivillige løsninger. Selv om jeg er enig i at omsorgsovertakelser bør unngås så langt som mulig, er det viktig å understreke at også når det gjelder utprøving av frivillige hjelpetiltak gjelder en form for grensenytte. Ut fra BKS perspektiv må denne vurderingen skje ut fra barnets premisser. Beslutningstakeren må derfor gjøre løpende vurderinger av fordeler/ulempes for barnet ved omsorgsovertakelse nå, holdt opp mot fordeler/ulempes med å se situasjonen an.

Statsråden signaliserte under sin redegjørelse til Stortinget om situasjonen i barnevernet et ønske om tidligere intervensjon i form av omsorgsovertakelse:<sup>451</sup>

«Der det er motsetninger mellom barnets behov for trygghet og omsorg og foreldrenes behov og ønsker, må vi i større grad enn i dag sette barnets behov foran foreldrenes. Jeg vil derfor skjerpe inn praksisen overfor kommunene, slik at de på et tidligere tidspunkt enn i dag vurderer å fremme sak om omsorgsovertakelse for fylkesnemnda når hjelpetiltak i hjemmet ikke virker.»

Skal sentrale myndigheter pålegge kommunene å legge om praksis må Stortinget endre lovverket, men denne debatten skal jeg la ligge her. Det interessante for diskusjonen her er det politiske signalet om tidligere intervensjon i form av omsorgsovertakelser.

Spørsmålet er hvordan norske rettsanvendere skal håndtere kritikken som er kommet fra Barnekomiteen og de signalene som er kommet fra politisk hold.

---

<sup>450</sup> Clausen/Kristofersen, *Barnevernsklienter i Norge* s. 67–71.

<sup>451</sup> Møte i Stortinget 18. mai 2009.



Vurderingstemaene i § 4-12 er så skjønnsmessige at rettsanvendere uten videre kan trekke inn BK art. 9 og 19 med tilhørende praksis fra Barnekomiteen, uten å måtte gå den rettslige «omveien» om menneskerettsloven § 3. Komiteens kritikk til Norge er utvilsomt et relevant rettslig argument.<sup>452</sup> Uttalelsen er imidlertid generelt formet, og går i liten grad inn på enkeltvilkår for omsorgsovertakelse. Unntaket er betoningen av utprøving av midlertidige vedtak, men som diskutert foran er det grenser for hvor langt barneverntjenesten kan gå i å prøve ut alternativer uten å komme i konflikt med hensynet til barnets beste. Det er dessuten verdt å merke seg ordvalget. Komiteen *anbefaler* («*recommends*») staten å treffe tiltak for å avdekke årsaksforhold og gi tilstrekkelig støtte til biologiske foreldre, mens den *oppmuntrer* («*encourages*») staten til å gi prioritet til det biologiske prinsipp («*natural family environment*») og sikre at omsorgsovertakelse er siste utvei.

Muligens kan en forene Barnekomiteens kritikk til Norge og statsrådets uttalelser, men det er vanskelig å komme utenom at de til en viss grad er motstridende. Etter mitt skjønn er ikke Barnekomiteens signaler så klare at de gir grunnlag for å revidere tolkingen eller praktiseringen av barnevernloven § 4-12. Derimot inviterer komiteens uttalelse myndighetene til å foreta en løpende evaluering av forekomsten av omsorgsovertakelse og til å initiere forskningsprosjekt om hvilke situasjoner som berettiger inngrep og i hvilken grad tiltaket har tilstrekkelig effekt. Kritikken til Norge er altså først og fremst aktuell på systemnivå.

I motsetning til mange andre barnerettslige tema har «omsorgsovertakelse» ikke vært gjenstand for en juridisk doktoravhandling i Norge, selv om de dels indirekte er berørt i forbindelse med diskusjoner av midlertidige vedtak, jf. *Oppedal*, Akutthjemlene i barnevernloven.

### **7.4.3 Har barneverntjenesten en plikt til å gripe inn?**

Etter BK art. 19 skal staten verne barn mot uforsvarlige oppvekstforhold. Art. 9(1) slår fast at atskillelse av barn og foreldre kan være nødvendig i særlige tilfeller, for eksempel ved mishandling eller vanskjøtsel. BK bygger altså på et syn om at myndighetene har rett til å gripe inn. Spørsmålet er om de også har en inngrepsplikt i den forstand at manglende tiltak kan føre til erstatningsansvar (eventuelt at barn kan få dom for urettmessig passivitet fra myndighetenes side).

---

<sup>452</sup> Se foran under pkt. 3 om betydningen av komitéuttalelser.

Som fremhevet foran har Barnekomiteen inntatt en restriktiv holdning til omsorgsovertakelser. I den generelle kommentaren om barns rett til vern mot kroppslig avstraffelse heter det:<sup>453</sup>

«Children's dependent status and the unique intimacy of family relations demand that decisions to prosecute parents, or to formally intervene in the family in other ways, should be taken with very great care. ... It is the Committee's view that prosecution and other formal interventions (for example, to remove the child or remove the perpetrator) should only proceed when they are regarded both as necessary to protect the child from significant harm and as being in the best interests of the affected child.»

Komiteen utelukker ikke her omsorgsovertakelse som et nødvendig virkemiddel, men betoner at tiltaket bare er aktuelt for å beskytte barn mot alvorlig skade («significant harm»). Verken denne eller andre komitéuttalelser gir grunnlag for å statuere en plikt for myndighetene til å gripe inn, men dette kan dels skyldes at komiteen ikke har hatt foranledning til å ta stilling til problemstillingen.

EMD har i flere saker vært nødt til å avgjøre hvorvidt manglende inngripen fra myndighetenes side overfor barn som er mishandlet eller vanskjøttet av egne foreldre er en krenkelse av barns vern etter EMK.<sup>454</sup> Det rettslige grunnlaget har vært EMK art. 3 som setter opp et vern mot tortur og annen umenneskelig behandling. Etter etablert doktrine har staten også et ansvar for å gripe inn der hvor borgere begår overgrep mot hverandre, og vurderingstemaet for når myndighetene plikter å gripe inn har EMD formulert slik:<sup>455</sup>

«The question therefore arises whether the local authority ... was, or ought to have been, aware that the applicants were suffering or at risk of abuse and, if so, whether they took steps reasonably available to them to protect them from that abuse.»

EMD stiller ikke her opp et uttrykkelig krav om alvorlighet, men den rettslige konstruksjonen forutsetter en viss terskel før inngrepsplikt er aktuelt, fordi overgrepene må være av så alvorlig karakter at vernet etter art. 3 utløses (umenneskelig behandling). En kan også tenke seg at myndighetene er ansvarlig for mindre alvorlige situasjoner som faller innenfor art. 8.<sup>456</sup>

Statens forpliktelse etter art. 3 er å treffe tiltak som effektivt verner barna mot umenneskelig behandling. Selv om EMD ikke i klartekst har uttalt at staten kan være

---

<sup>453</sup> General Comment no. 8 (2006), avsn. 41.

<sup>454</sup> Se *Z. m.fl., E. m.fl., og D.P. og J.C.*, alle mot Storbritannia. Om problemstillingen og utfordringer for norsk rett, se bl.a. *Andreassen*, TFE 2004 s. 272–278 og *Søvig*, FAB 2005 s. 59–71.

<sup>455</sup> *E. m.fl. mot Storbritannia*, avsn. 92.

<sup>456</sup> Se *Jankovic mot Kroatia* (voksnes vern). Se også i *D.P. og J.C. mot Storbritannia*, avsn. 115–119 (barns vern) og diskusjonen hos *Søvig*, NOU 2008:9 (vedlegg 2), s. 117–118.

forpliktet til å treffe tvangstiltak overfor foreldrene, er det vanskelig å komme uten om at omsorgsovertakelse vil være det eneste aktuelle virkemiddelet der hvor hjemforholdene er graverende.<sup>457</sup>

Spørsmålet har også vært oppe for norske domstoler. Den sentrale høyesterettsavgjørelsen er Rt. 2003 s. 1468A. En kommune var saksøkt for unnlatt omsorgsovertakelse etter barnevernloven av 1953 på grunnlag av det alminnelige skyldansvaret. Høyesterett frifant kommunen og understreket at vurderingen måtte skje ut fra at omsorgsovertakelse var et alvorlig inngrep. Slik saken lå an, var det ikke nødvendig å diskutere nærmere hvor alvorlige forholdene måtte være for at myndighetene hadde en plikt til å gripe inn.

Fra lagmannsrettenes praksis, se bl.a. dom av 13. feb. 2004 (LA-2004-2277) hvor kommunen ble pålagt å betale ménerstatning, men frifunnet for krav om oppreisning; RG 2005 s. 1307 (Hålogaland) hvor retten konkluderte med at kommunen hadde handlet uaktsomt, men frifant på grunn av foreldelse; dom av 31. mars 2006 (LE-2005-67170) hvor retten (dissens 2-1) konstaterte erstatningsansvar for manglende inngripen overfor fosterforeldre; dom av 18. des. 2007 (LB-2006-171370) hvor kravet ble forkastet på grunn av foreldelse. Se også gjennomgangen hos *Stang*, Det er barnets sak s. 384–386.

I norsk juridisk litteratur har ulike forfattere diskutert hvorvidt barn har en rett til tvangstiltak etter barnevernloven. Gudrun Holgersen mener en ikke bør bruke begrepet «rettigheter» om denne typen situasjoner,<sup>458</sup> mens andre er mer positive til å bruke en slik betegnelse.<sup>459</sup> Langt på vei er denne diskusjonen et spørsmål om ordvalg, siden myndighetenes potensielle erstatningsansvar er ubestridt.

De rettslige argumentene for å avklare rekkevidden av erstatningsansvaret må først og fremst hentes fra nasjonal rett og fra EMDs praksis. BK art. 19 med tilhørende praksis spiller så langt en beskjeden rolle.<sup>460</sup> Et uavklart spørsmål er hvor alvorlige hjemforholdene må være før myndighetene plikter å gripe inn. Barnekomiteens praksis under BK art. 19 tilsier at hjemforholdene må være graverende for at staten skal ha rett til å gripe inn. En nær tilsvarende terskel følger av EMK art. 3,<sup>461</sup> men til gjengjeld er statens handleplikt her udiskutabel. Et

---

<sup>457</sup> Sml. *Z. m.fl. mot Storbritannia*, avsn. 74 hvor omsorgsovertakelse blir fremhevet, men uten at EMD klart angir at dette var myndighetenes eneste handlingsalternativ.

<sup>458</sup> *Holgersen*, Rettigheter og rettslige forpliktelser, særlig s. 119–120.

<sup>459</sup> *Sandberg*, Tilbakeføring s. 272–280, *Stang*, Det er barnets sak s. 375–378 og *Oppedal*, Akutthjemlene s. 48–69.

<sup>460</sup> Etter mitt skjønn går *Sandberg*, Tilbakeføring s. 96–97 og *Stang*, Det er barnets sak bl.a. s. 396 for langt i å bruke BK art. 19 som rettslig argument for å statuere handleplikt for staten, gitt Barnekomiteens generelle restriktive holdning til omsorgsovertakelse.

<sup>461</sup> Også *Stang*, Det er barnets sak s. 393 og *Sandberg*, Tilbakeføring s. 280 fremhever at terskelen er høy.

usikkerhetsmoment er hvorvidt EMK art. 8 kan statuere handleplikt også ved mindre graverende hjemforhold, men denne vil neppe rekke så langt som å pålegge myndighetene å bruke omsorgsovertakelse som virkemiddel.

Etter mitt skjønn er det grunn til å understreke at terskelen må vurderes opp mot hensynet til å gi barn et effektivt vern. Grove overgrep er erfaringsvis vanskelig å bevise. Skal staten være forhindret fra å gripe inn når vold mot barn er konstatert, men ikke anses som graverende, vil barn stå i fare for å ha et mangelfullt vern. Samtidig er det viktig å gi myndighetene et akseptabelt handlingsrom mellom når omsorgsovertakelse er rettmessig og når unnlatte inngrep leder til erstatningsansvar.

Til nå har problemstillingen stort sett vært diskutert i et etterhåndsperspektiv, hvor den rettslige konstruksjonen har vært ansvar for mangelfull inngripen. Spørsmålet kan også oppstå i en nå-situasjon, og en har diskutert hvorvidt barn kan begjære overprøving av fylkesnemndens avgjørelse av ikke å fatte vedtak om omsorgsovertakelse. Tradisjonelt sett har holdningen til en slik prøvelse av «negative vedtak» vært negativ, jf. diskusjonen hos *Stang*, Det er barnets sak s. 394–395. Hun viser til Borgarting lagmannsretts dom av 15. juli 2004 (LB-2004-25674) hvor en gutt på 15 år ikke ble gitt anledning til å anlegge søksmål over et fylkesnemndsvedtak som forkastet kommunens begjæring om omsorgsovertakelse (saken ble brakt inn for Høyesterett, men gutten trakk kjæremålet). Høyesteretts ankeutvalg tok stilling til et nærliggende spørsmål i Rt. 2009 s. 411U. I motsetning til fylkesnemnden, tilkjente tingretten moren samværsrett, og jenten på 16 år påanket dommen til lagmannsretten. Lagmannsretten nektet anket fremmet under henvisning til at tingrettens dom ikke gikk ut på tvang som ikke var vedtatt av fylkesnemnden, jf. tvisteloven § 36-10(3)d. Ankeutvalget bemerket at mye taler for at «tvang» i tvisteloven § 36-10(3)d sikter vedtaket mot foreldrene, men at en slik begrensning ikke bør legges i loven. Barnet kan være like berørt av vedtaket som foreldrene, og barns styrkede prosessuelle posisjon tilsa at også barn kunne begjære overprøving av vedtak som de opplevde som en økning av deres byrder. Jenten vant likevel ikke frem, siden den feile lovforståelsen ikke hadde påvirket resultatet. Begrunnelsen for kjennelsen er interessant, og resonnementet til ankeutvalget om barns styrkede rettsstilling vil også kunne brukes som argument i spørsmålet om barn har en rett til overprøving av fylkesnemndsvedtak som forkaster kommunens begjæring om omsorgsovertakelse.

## **7.5 Konklusjoner og anbefalinger**

Etter mitt skjønn er det ikke grunnlag for å konkludere med at dagens norske regelverk som er gjennomgått i kap. 7 er klart i strid med BK art. 19. På noen punkt kan det være grunnlag for å vurdere regelendringer, i første rekke vedrørende dødsstedsundersøkelser. Det vil være i samsvar med målene og verdiene bak BK art. 19 å *vurdere* om disse undersøkelsene skal være obligatoriske (etter nærmere utredninger av forholdet til Grunnloven § 102 og EMK art. 8) og *vurdere* en utvidelse av virkeområdet til situasjoner hvor barn utsettes for alvorlig helsefare.

En anbefaling som går på strukturelle forhold er å styrke «meldeplikt-kulturen» blant ansatte og yrkesutøvere som arbeider med barn. Dette

kan både skje i form av opplæringstiltak på grunn- og videreutdanning, og ved å opprette «team» som disse kan ta kontakt med for å diskutere under anonymitet om meldeplikten inntreffer (slike tiltak er opprettet i flere kommuner).<sup>462</sup> Etter mitt skjønn er slike strukturelle tiltak å foretrekke fremfor en strafferettslig tilnærming.

For så vidt gjelder barnehager har departementet nylig tatt grep gjennom å utarbeide en veileder om samhandling mellom barneverntjenesten og barnehager (Q-1162B), men det gjenstår å se om denne eller andre igangsatte tiltak fører til atferdsendringene blant de voksne som jobber med utsatte barn.

---

<sup>462</sup> Se *Backe-Hansen*, Å sende en bekymringsmelding s. 42 og 55. Hennes undersøkelse viser at arenaer for anonyme diskusjoner er viktige for styrerne av barnehagene.



## 8 Barns rett til beskyttelse mot (egen)eksponering

### 8.1 Vernet etter BK art. 16

En problemstilling som har fått økt aktualitet i forbindelse med utviklingen av Internett og andre elektroniske kommunikasjonsformer er barns rett til beskyttelse mot eksponering som enten på formidlingstidspunktet eller senere oppleves negativt av barnet. Den aktuelle bestemmelsen er BK art. 16:

- «1. No child shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his or her privacy, family, or correspondence, nor to unlawful attacks on his or her honour and reputation.
2. The child has the right to the protection of the law against such interference or attacks.»

Bestemmelsen beskytter bl.a. barns rett til privatliv («privacy»), som igjen inkluderer vern av personligheten og personopplysninger.

Som så ofte under utarbeidelsen av BK var stridstemaene preget av den kalde krigens fronter, hvor vestlige land ønsket et sterkt vern om politiske rettigheter, mens østblokklandene fremhevet nødvendighetene av beskyttelse av barns sosiale rettigheter.<sup>463</sup> Utfallet ble en bestemmelse nær likelydende med SP art. 17 («[n]o one»/«[e]veryone» byttet ut ned «child» og bestemmelsen ble gjort kjønnsnøytral: «his or her»). På samme måte som SP art. 17 har BK art. 16 også et slektskap med EMK art. 8, men unntaksklausulen, jf. EMK art. 8(2), har en annen utforming enn BK art. 16(2) og SP art. 17(2).<sup>464</sup> Dersom en står overfor ytringer av seksuell karakter, kan vernet etter BK art. 34 aktualiseres. I tillegg regulerer BK art. 17 barn og massemediene, og etter art. 17(e) oppfordres statene til å utvikle egnede retningslinjer for å beskytte barn mot informasjon og stoff som er skadelig for barns velferd.<sup>465</sup>

En konsekvens av den rettslige transplantasjonen fra SP art. 17 til BK art. 16 er at sistnevnte dermed er formulert til å gi barnet individuelle rettigheter.<sup>466</sup> Nær likelydende ordlyd fører til at praksis omkring SP art. 17 også må være relevant for tolkingen av BK art. 16. FNs menneskerettighetskomité ga i 1988 ut en generell

---

<sup>463</sup> *Detrick*, *Travaux Préparatoires* s.258–259 og *UNHCHR*, *Legislative History* s. 473–479.

<sup>464</sup> Om forskjellene mellom SP art. 17 og EMK art. 8, se bl.a. *Nowak*, *CCPR Commentary* s. 381.

<sup>465</sup> Se komiteens kritikk til Danmark for manglende beskyttelse på dette punkt, jf. *CRC/C/DNK/CO/3*, avsn. 29–30. Se også merknadene til Sverige, jf. *CRC/C/SWE/CO/4*, avsn. 30–31 hvor Sverige fikk honnør for arbeidet med å beskytte barn skadelig påvirkning fra Internett (se også tidligere kritikk til Sverige, jf. *CRC/C/15/Add.248*, avsn. 25–26 og avsn. 44(a)).

<sup>466</sup> *van Bueren*, *Law on the Rights of the Child* s. 79 er skeptisk til at BK art. 16 ble utformet med SP art. 17 som forbilde (fordi hun mener BK dermed bare har en negativ funksjon, dvs. å beskytte mot statlige inngrep).

kommentar til bestemmelsen. Denne inneholder noen passasjer om ulike former for elektronisk kommunikasjon, men har naturligvis ingen uttalelser knyttet til utfordringer ved bruk av Internett. Derimot understreker den statens ansvar for å treffe effektive tiltak for å hindre at borgerne krenker hverandres privatliv.<sup>467</sup>

Barnekomiteens diskusjonsdag («Day of General Discussion») i 1996 var viet barn og mediene, herunder Internett. Komiteen tok opp spørsmål knyttet til hvordan barn skulle beskyttes mot skadelig påvirkning, men ga ikke føringer for hvilke tiltak statene skulle sett i verk.<sup>468</sup> I sine konkluderende observasjoner i tilknytning til de enkelte lands rapporter har komiteen tidvis tatt opp barns manglende rettsvern. I anledning Storbritannias konsoliderte 3. og 4. rapport anbefalte komiteen:<sup>469</sup>

- «(a) Ensure, both in legislation and in practice, that children are protected against unlawful or arbitrary interference with their privacy, including by introducing stronger regulations for data protection;
- (b) Intensify its efforts, in cooperation with the media, to respect the privacy of children in the media, especially by avoiding messages publicly exposing them to shame, which is against the best interests of the child;
- (c) Regulate children's participation in TV programmes, notably reality shows, as to ensure that they do not violate their rights.»

Anbefalingen går dels på særegne britiske forhold, men uttalelsen viser at komiteen er opptatt av temaet, og dette er et område hvor en må påregne en dynamisk rettsutvikling.

EMK art. 8 verner enhver rett til privatliv, også barns. Av særlig interesse for problemstillingen her er *K.U. mot Finland*. Ukjente personer hadde publisert en kontaktannonse på Internett i navnet til en 12 år gammel gutt, uten hans viten. Annonsen ga tilkjenne at han ønsket intim kontakt med gutter i samme aldersgruppe eller eldre, og den var lenket opp til guttens egen hjemmeside. Guttens far henvendte seg til politiet. Fordi internettleverandøren viste til sin taushetsplikt fikk ikke politiet opplysninger om identiteten til innehaveren av den aktuelle IP-adressen. Politiet gikk til domstolene, men vant ikke frem med sin begjæring. På grunn av foreldelse kunne ikke klager rette krav mot internettleverandøren for medvirkning til ærekrenkelsen som den falske annonsen innebar. EMD konstaterte enstemmig krenkelse av guttens rett til privatliv etter EMK art. 8, men uten å trekke BK art. 16 inn i drøftelsen. EMD fremhevet nasjonale myndigheters positive plikter til å hindre at borgerne begikk privatlivskrenkelser mot hverandre. Barn var en sårbar gruppe som hadde et særskilt beskyttelsesbehov (avsn. 41 og 46), og i denne saken var lovgivningen mangelfull ved at klager var uten mulighet til å oppnå reaksjoner overfor den originære ytreren. Den finske lovgivningen var senere endret, og EMD bemerket kort at denne endringen kom for sent for klagers del.

---

<sup>467</sup> CCPR General Comment no. 16 (1988), avsn. 1 og 9. Derfor deler jeg ikke van Buerens bekymring, jf. forrige note.

<sup>468</sup> Day of General Discussion on The Child and the Media (1996), avsn. 254.

<sup>469</sup> CRC/C/GBR/CO/4, avsn. 37.



## 8.2 utfordringer for Norge

Personvern for barn og unge var et særskilt tema i Personvernkommissjonens mandat, og kommisjonen mente dagens rettslige regulering hadde klare svakheter.<sup>470</sup> Innenfor rammen av denne utredningen har det ikke vært mulig å foreta en gjennomgripende analyse, men to eksempler fra siste års medieoppslag kan gi indikasjoner på hvilke utfordringer som oppleves som mest presserende i Norge:<sup>471</sup>

På videonettstedet Youtube ligger flere videoer som viser barn som blir hentet av barnevernet.<sup>472</sup> Disse er lagt ut av foreldrene, ofte med navn, og for personer som kjenner familiene er det uansett lett å identifisere barna. Datatilsynet har ikke grepet inn mot denne formen for publisering fordi foreldrene i kraft av foreldreansvaret har samtykket på vegne av barna til at materialet legges ut.<sup>473</sup>

En 13 år gammel jente opptrådte naken for to gutter via webkamera. Guttene tok opptak og filmsnutten spredte seg.<sup>474</sup> Belastningen ble etter hvert så stor at jenten måtte skifte skole og bytte navn. Hun gikk til sivilt søksmål, og partene inngikk rettsforlik hvor guttene må betale jenten kr. 60 000,-.

Både de nevnte eksemplene og saksforholdet i *K.U. mot Finland* illustrerer utfordringer som følger med den teknologiske utviklingen. Den rettslige reguleringen er kompleks. Utgangspunktet er et krav om samtykke for innhenting og bruk av personopplysninger om andre eller annet gyldig rettsgrunnlag, jf. personopplysningsloven §§ 8 og 9.<sup>475</sup> Begrepet «samtykke» er legaldefinert i lovens § 2 nr. 7. I forarbeidene legger departementet til grunn at for mindreårige må samtykket gis av vergen (ikke de med foreldreansvaret),<sup>476</sup> og legger underforstått til grunn at dette gjelder for alle mindreårige. I tråd med hva som gjelder på andre rettsområder er det imidlertid grunn til på ulovfestet grunnlag å gi eldre barn

---

<sup>470</sup> NOU 2009:1 s. 145, jf. s. 12 og s. 129 om mandatet. Se også Justiskomiteens bekymring om tematikken, jf. Innst. O. 73 (2008–09) s. 28.

<sup>471</sup> For en presentasjon av tiltak som er satt i verk for å hindre Internettrelaterte overgrep, se Norges 4. rapport, avsn. 530–532.

<sup>472</sup> Se oppslag på VGs nettsider 8. mai 2008 (<http://www.vg.no/teknologi/artikkel.php?artid=514701>).

<sup>473</sup> Se referat av Datatilsynets standpunkt i NOU 2009:1 s. 138.

<sup>474</sup> Se oppslag på Datatilsynets nettsider 6. mai 2009 ([http://www.datatilsynet.no/templates/Page\\_\\_\\_\\_2697.aspx](http://www.datatilsynet.no/templates/Page____2697.aspx)).

<sup>475</sup> Se nærmere NOU 1997:19 s. 138–139 og Ot.prp. 92 (1998–99) s. 108–112, jf. også NOU 2009:1 s. 131 (om barn og unge spesielt).

<sup>476</sup> Ot.prp. 92 (1998–99) s. 103.

samtykkekompetanse for opplysninger om dem selv.<sup>477</sup> Når selvbestemmelsesretten inntreffer vil i utgangspunktet bero på konkrete vurderinger ut fra barnets alder, modenhet og hva slags opplysninger det er snakk om. Datatilsynet og Forbrukerombudet har utarbeidet en veiledning om barn og unges samtykkekompetanse.<sup>478</sup> Denne tar utgangspunkt i at mindreårige som har fylt 15 år selv samtykker til innhenting og bruk av egne personopplysninger om seg selv, men gjør unntak for sensitive opplysninger (jf. legaldefinisjonen i personopplysningsloven § 2 nr. 8) hvor grensen settes til 18 år. En rettslig utfordring er knyttet til ulike regler som setter bestemte aldersgrenser for barns samtykke, jf. f. eks. helsepersonelloven § 22(2) som gir pasienter over 16 år rett til å råde over egne helseopplysninger. En kan argumentere for at en naturlig konsekvens av slike lovfaste regler er at de også skal være retningsgivende for når barnet selv kan råde over den videre informasjonsflyten, også når den skjer gjennom elektroniske medier.

Personopplysningsloven § 28(3) gir den registrerte krav på at opplysninger som er «sterkt belastende» for ham eller henne skal sperres eller slettes, dersom slettingen ikke strider mot annen lov og er forsvarlig ut fra en helhetsvurdering. Dersom personopplysninger er brukt uten samtykke fra den registrerte vil dette være et sterkt argument for sletting, men ikke nødvendigvis avgjørende.<sup>479</sup> Et kompliserende forhold i en del saker som gjelder barn og unge er forholdet til personopplysningsloven § 7 om behandling av personopplysninger til opinionsdannende formål. For denne typen ytringer gjelder ikke § 28. Personvernemnden har behandlet to saker som gjaldt foreldre som hadde publisert sensitiv informasjon om sine barn i etterkant av en omsorgsovertakelse.<sup>480</sup> Nemnden konkluderte med at nettsidene falt innenfor § 7, og dermed utenfor Datatilsynets kompetanse til å pålegge sletting. Konkret gjaldt sakene klager fra voksne (ansatte/fosterforeldre) på egne vegne, men løsningen måtte blitt tilsvarende om klagen hadde kommet fra barna eller deres representanter.

Strafferettslig har barn det samme vernet som voksne mot personvern- og integritetskrenkelser. I tillegg kommer særlige regler som gir barn økt beskyttelse, både ved å straffelegge seksuelle handlinger overfor barn under 16 år, jf. bl.a.

---

<sup>477</sup> Jf. også NOU 2009:1 s. 131–132 og s. 136 som slutter seg til Datatilsynets praksis på dette punkt.

<sup>478</sup> «Barn og unges personopplysninger: Retningslinjer for innhenting og bruk». Publisert på [http://www.datatilsynet.no/templates/article\\_892.aspx](http://www.datatilsynet.no/templates/article_892.aspx) (2009).

<sup>479</sup> Sml. Ot.prp. 92 (1998–99) s. 125. Se også s. 104 og s. 108 om tilbaketrekking av samtykke.

<sup>480</sup> Sakene (PVN-2005-3 og PVN-2007-5) er referert i NOU 2009:1 s. s. 106–107 og s. 139.

straffeloven § 195 (seksuell omgang med barn under 14 år), § 196 (seksuell omgang med barn under 16 år), § 199 (seksuell omgang med bl.a. foster-, ste- og pleiebarn); § 200 (seksuelle handling med barn under 16 år) og 201a (avtale med barn under 16 år med sikte på å begå nærmere bestemte seksuelle handlinger, såkalt «grooming»<sup>481</sup> Barn under 18 år har også en særlig beskyttelse i form av forbud mot fremvisning av seksuelle overgrep mot barn eller fremvisning som seksualiserer barn, jf. § 204a («barnepornografi»<sup>482</sup> Samlet sett må barn sies å ha et tilfredsstillende strafferettslig vern mot seksuelle overgrep, selv om en på enkelte punkt kan diskutere om den rettslige beskyttelsen er fullt utviklet.<sup>483</sup>

I straffeloven av 1902 er ærekrenkelser nærmere regulert i §§ 246 flg. Straffeloven av 2005 avkriminaliserer brudd på personers æresfølelse og omdømme, og overlater denne typen forgåelser til sivilrettslige reaksjoner.<sup>484</sup> Vernet mot privatlivskrenkelser består, jf. straffeloven § 390a (straffeloven (2005) § 267). På dette punkt har barn samme vern som voksne.

For å kunne rette krav mot den originære ytrer – enten av strafferettslig eller sivilrettslig art – er barnet avhengig av å kjenne vedkommendes identitet, jf. saksforholdet i *K.U. mot Finland*. Loven om elektronisk kommunikasjon (EKOM-loven) § 2-9 fastsetter at tjenesteleverandører har taushetsplikt som bl.a. vil omfatte IP-adresser, men denne er ikke til hinder for at det gis opplysninger til politi eller påtalemyndighet, jf. § 2-9(3). Hvorvidt private personer kan få adgang til slike opplysninger i saker som politiet ikke prioriterer, er et omdiskutert spørsmål.<sup>485</sup>

Et tilsvarende saksforhold som i *K.U. mot Finland* ville vært straffbart etter norsk rett (straffeloven § 390a), slik at politiet ville kunne fått ut aktuelle opplysninger for å kunne identifisere den originære ytreren.<sup>486</sup> En annen sak er om politiet ville prioritert denne typen kriminalitet.

Spørsmålet for norsk retts del er om lovverket gir barn tilstrekkelig beskyttelse mot personvernkrænkelser som publiseres på Internett eller andre elektroniske

---

<sup>481</sup> Se straffeloven (2005) §§ 299–309.

<sup>482</sup> Se straffeloven (2005) §§ 310–311.

<sup>483</sup> Se *Hennum, i Høstmølingen m.fl.*, Barnekonvensjonen s. 273.

<sup>484</sup> Se diskusjonen i Ot.prp. 22 (2008–09) s. 165–168.

<sup>485</sup> Se Stavanger tingretts kjennelse av 4. mai 2009 (foreløpig ikke offentlig). Saken gjelder uautorisert distribuering av en kopi av filmen «Max Manus», og spørsmålet er hvorvidt rettighetshaveren kan få opplyst den aktuelle IP-adressen av tjenesteleverandøren. Kjennelsen er anket.

<sup>486</sup> Se NOU 2009:1 s. 137 som referer et temmelig parallelt tilfelle fra Norge, men tilfellet var grovere (oppgift at jenta ønsket å bli voldtatt av voksne menn), og ble politianmeldt.

kommunikasjonsfora. Etter mitt skjønn fortjener særlig tre tema nærmere oppmerksomhet.

(1) Avkriminaliseringen av æresvernet for voksne kan ha gode grunner for seg, uten at denne diskusjonen skal forfølges her. BK art. 16 fordrer at barn har et vern mot personlighetskrenkelser gjennom rettsordenen. Bestemmelsen stiller ikke krav til hvorvidt vernet skal være sivil- eller strafferettslig, men krever at den rettslige beskyttelsen skal være effektiv. På det rettspolitiske plan er det grunn til å diskutere om barn burde hatt et særskilt strafferettslig omdømmevern ut over det som fremgår av straffebudet om privatlivskrenkelser, jf. straffeloven (1902) § 390a (straffeloven (2005) § 267). Dersom det viser seg at manglende straffereaksjoner også leder til at barn reelt sett får en svak beskyttelse, kan en også diskutere om rettstilstanden etter straffeloven av 2005 er forenlig med vernet etter BK art. 16.

Avkriminaliseringen av æresvernet har også prosessuelle konsekvenser.<sup>487</sup> Når denne typen krenkelser ikke lenger rammes av straffelovgivningen er det uklart om barna selv kan kreve utlevert opplysninger som kan avsløre identiteten til de som har begått personvernkrænkelser. Uansett får barn en tyngre vei å gå ved at de selv må rette sine krav i sivilrettslige former. På denne bakgrunn mener jeg at en kan stille spørsmålstegn ved om barns vern mot personlighetskrenkelser er tilstrekkelig ivaretatt.

(2) Når det gjelder eksponering av seksuell karakter gir lovgivningen etter mitt skjønn et godt vern, og de strafferettslige reglene beskytter barn under 18 år fra offentliggjøring av bilder av seksuell karakter på Internett. Samtidig er en også her avhengig av at politiet har ressurser til å forfølge krenkelser. Illustrerende i så måte er hvordan jenten som hadde latt seg avbilde, selv måtte gå til sivil søksmål mot de som hadde lagt ut filmsnutten på Internett.

For så vidt gjelder andre typer krenkelser av ikke-seksuell karakter, oppstår mange spørsmålet knyttet til samtykke. Hvilken grense gjelder for når barn selv kan samtykke til å eksponere seg selv? På den ene side skal samfunnet anerkjenne barn som selvstendige individer med rett til å treffe valg på egne vegne, samtidig som barn skal ha en rimelig grad av beskyttelse mot å treffe beslutninger som de vanskelig kan overskue konsekvensene av. Vi kan for eksempel tenke oss at en 14 år gammel gutt har samtykket til at noen venner legger ut en filmsnutt som viser hans første møte med alkoholens virkninger på maveinnholdet. Etter at filmen er sett av

---

<sup>487</sup> Datatilsynet har uttrykt bekymring for barns rettsvern, jf. brev av 30. jan. 2009 (08/01597-5/1) til Fornyings- og administrasjonsdepartementet.

mange klassekamerater angret seg. En kan da stille spørsmål om offentliggjøringen av materiale fra først av var lovlig ved å basere seg på guttens samtykke.

Et annet spørsmål er hvilken råderett foreldrene skal ha. I saker hvor foreldre har lagt ut materiale i tilknytning til barnevernsaker har Datatilsynet akseptert offentliggjøringen på bakgrunn av foreldrenes rett til å samtykke på vegne av egne barn. Denne rettsoppfatningen kan diskuteres, særlig fra et rettspolitisk ståsted.

(3) Personopplysningsloven § 28 setter opp en relativt høy terskel for når materiale skal kunne kreves slettet.<sup>488</sup> Mange barn kan ha samtykket til offentliggjøring, men angret seg når det viser seg at publisiteten blir for omfattende. En kan stille spørsmålsteget ved om ikke barn på dette punktet burde hatt et bedre vern enn voksne i form av en lavere terskel for sletting.

### **8.3 Avsluttende diskusjoner**

Problemstillingen i dette kapitlet har vært begrenset på mange vis. Jeg har bare sett på deler av vernet etter BK art. 16, og jeg har trukket frem Internett blant mange andre kommunikasjonskanaler. Siktemålet har ikke vært å gi noen form for uttømmende analyse, men å prøve å identifisere noen utviklingstrekk og kommende konvensjonsrettslige utfordringer.

Så langt har diskusjonene i dette kapitlet dessuten vært endimensjonal, ved at jeg alene har sett på vernet etter BK art. 16. I avslutningen skal jeg trekke frem to forhold som kompliserer bildet. Det *første* forholdet er av rettslig art. Ytringsfriheten er også en menneskerettighet (BK art. 13, SP art. 19 og EMK art. 10), og ofte må personvernet veies mot ytringsfriheten.<sup>489</sup> Det *andre* forholdet er av faktisk art. Selv om barnet har rettighetene på sin side, kan de være vanskelig å realisere. Er informasjonen først lagt ut på Internett eller andre kanaler, kan det være vanskelig å få den fjernet, selv om nettstedet som opprinnelig la ut materialet trekker det tilbake. Dessuten kan materialet være kopiert over til servere under utenlandsk jurisdiksjon. Selv om staten etter BK art. 16 har et ansvar for å gi barns personlighet et effektivt vern, vil statens maktmidler i en del tilfeller være begrensede.

---

<sup>488</sup> Se Ot.prp. 92 (1998–99) s. 125 som fremhever den høye terskelen (departementet høynet terskelen i forhold til lovutvalgets forslag).

<sup>489</sup> Innenfor EMK-systemet er denne konflikten det beste eksempelet på kolliderende rettigheter, jf. f. eks. *von Hannover mot Tyskland* («Caroline-dommen»), og for norske forhold *A. mot Norge* («Fædrelandsvennen»).

For å bøte på de personvernmessige utfordringene som følger med den teknologiske utviklingen har Fornyings- og administrasjonsdepartementet besluttet å opprette en hjelpelinje for nettkrenkelse.<sup>490</sup> Tiltaket kommer i kjølvannet av Personvernkommisjonens arbeid,<sup>491</sup> og skal være et «lavterskeltilbud» uten formelle reaksjonsmuligheter.

Personvernkommisjonen tok også opp barn og unges personvern, og sammenfattet de sentrale utfordringene slik.<sup>492</sup>

«Det største problemet er kanskje at regler om personvern og personopplysningsvern ikke er utarbeidet med tanke på barn og unges spesielle situasjon. De er av generell karakter, og det er få holdepunkter i forarbeider til lovene for hvordan disse reglene skal anvendes overfor den sårbare gruppen som barn og unge representerer. Dette skaper dårlig forutsigbarhet og tilgjengelighet for både barna og deres foreldre. Mye av denne usikkerheten bør avklares gjennom rettsreglene.»

Selv om mange av vår tids personvernutfordringer ikke kan løses gjennom rettsregler, er det i alle fall rom for mer spesifikk regulering rettet mot barn og unge.

## **8.4 Konklusjoner og anbefalinger**

BK art. 16 verner barns rett til privatliv, herunder personlighetsvern. Bestemmelsen har i begrenset grad vært nærmere utpenslet gjennom Barnekomiteens arbeid, men ventelig er dette et område som kommer til å være gjenstand for en dynamisk fortolkning. Barn i Norge har et godt strafferettslig vern mot integritetskrenkelser av seksuell karakter, men en kan stille spørsmålsteget ved om omdømmevernet er godt nok etter straffeloven av 2005. Den sivilrettslige reguleringen tar i liten grad opp særskilte spørsmål knyttet til barn, og det er en mangel at lovgivningen ikke setter opp skranker for hvilke opplysninger om sine barn foreldrene kan legge ut på Internett.<sup>493</sup>

Etter mitt skjønn gir ikke diskusjonene i dette kapitlet grunnlag for å konkludere med at lovgivningen klart er i strid med BK, men det er all grunn til å følge opp Personvernkommisjonens anbefaling om en gjennomgang av dagens regelverk knyttet til personopplysninger om barn og unge.

---

<sup>490</sup> <http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/pressesenter/pressemeldinger/2009/hjelp-til-a-slette-krenkende-opplysninge.html?id=561445> (2009).

<sup>491</sup> NOU 2009:1, se om dette tiltaket s. 146.

<sup>492</sup> NOU 2009:1 s. 145, se også s. 138.

<sup>493</sup> Jf. også Lucy Smith slik hun er referert i NOU 2009:1 s. 138.

## 9 Atskillelse av søsken

### 9.1 Problemstillingen og den norske reguleringen

En problemstilling som har vært aktuell ved omsorgsovertakelser er hvorvidt atskillelse av søsken er konvensjonsmessig, f. eks. ved at de blir plassert i forskjellige fosterhjem. Tilsvarende spørsmål kan oppstå når foreldrenes samliv opphører, og retten eller foreldrene bestemmer at søsken ikke skal ha fast bosted hos de samme foreldrene. Temaet i det følgende er hvorvidt søsken har en rett til å bo under samme tak eller å ha jevnlig kontakt, og om myndighetene eventuelt kan avskjære denne retten.<sup>494</sup>

Ved omsorgsovertakelse etter barnevernloven skal fylkesnemnden foreta individuelle vurderinger av hvert enkelt barn, men regelmessig vil dette skje i ett vedtak. Undertiden splittes søsken gjennom selve plasseringsvedtaket, ved at barneverntjenesten overtar omsorgen for noen av søsknene, mens andre blir boende i foreldrehjemmet. I tillegg kan omsorgsovertakelse være uaktuelt fordi deler av søskenflokken er over 18 år. Når barneverntjenesten overtar omsorgen, skal plasseringssted velges ut fra hensynet til barnets egenart, jf. nærmere regler i barnevernloven § 4-15. Utgangspunktet tør være at det er til de respektive søskens beste at de plasseres samlet, men undertiden vil så ikke være tilfellet. I tillegg kan det være umulig å finne plasseringssteder som kan ta imot en hel søskenflokk. I situasjoner hvor søsken splittes, inneholder ikke § 4-19 noen uttrykkelig regel om at de har rett til samvær med hverandre, men også her vil utgangspunktet være at det er til de respektive søskens beste at de har samvær med hverandre.<sup>495</sup>

I tvister mellom foreldrene om hvor barn skal bo fast etter barneloven, er det ifølge Smith og Lødrup en klar tendens i rettspraksis til ikke å dele en søskenflokk.<sup>496</sup> De setter imidlertid spørsmålsteget ved om rettspraksis har lagt for stor vekt på at søsken ikke skal skilles. I situasjoner hvor søskenflokker splittes, inneholder ikke barneloven eksplisitte regler om reguleringen av samvær mellom søsken.

---

<sup>494</sup> Om noen prosessuelle spørsmål, se pkt. 4.4 foran, særlig pkt. 4.4.4 om betydningen av EMK art. 13.

<sup>495</sup> Sml. *Haugli*, Samværsrett s. 369, men fremstillingen er skrevet før § 4-19 ble endret slik at det normalt bare er foreldre som har et uberettiget krav på at fylkesnemnden fastsetter samvær.

<sup>496</sup> *Smith/Lødrup*, Barn og foreldre s. 151–152. Se også forarbeidenes føringer i NOU 1977:35 s. 63 og diskusjoner hos *Skjorten*, Samlivsbrudd og barnefordeling s. 85–90 (som gjennomgår lagmannsrettspraksis), *Kjølberg/Johansen*, Barnefordelingstvister s. 71, *Haugli*, JV 2007 s. 368 og *Backer*, Barneloven s. 343–344.

Inngrep i søskenrelasjoner kan også være aktuelt på andre områder, f. eks. ved tvangsplassering etter barnevernloven § 4-24 (ungdom med atferdsvansker) eller i forbindelse med vedtak om utvisning. Også denne typen saksforhold må løses i tråd med de retningslinjene som presenteres nedenfor, men regelmessig vil andre tvistetema da stå mer sentralt enn splittelsen av søskenflokk.

## 9.2 Nærmere om BK art. 16

### 9.2.1 Familielevsbegrepet

BK art. 9(3) sikrer barn en rett til regelmessig kontakt med foreldre etter omsorgsovertakelse, men inneholder ingen regulering av søskenkontakt. BK art. 16 sikrer barns rett til familie («family»). Spørsmålet er om begrepet også omfatter søsken, og hvor vidtfavnende det eventuelt er med hensyn til ste- og fostersøsken. Sentralt i denne sammenhengen står BK art. 5. Direkte gjelder art. 5 statens forpliktelse til å respektere foreldrenes ansvar, rettigheter og forpliktelser, men den likestiller den utvidete familien («extended family») med foreldre, der hvor dette følger av stedlig skikk («local custom»). Den siste reservasjonen gir rom for variasjoner i familiebegrepet ut fra nasjonale forhold, men søskenrelasjonen er såpass universell at lokal tilpasning har mindre betydning.

I sin praksis har Barnekomiteen anvendt et vidt familiebegrep.<sup>497</sup> Under henvisning til fortalens (femte og sjette strekpunkt) betoning av familien som grunnleggende enhet i samfunnet, har komiteen betont familiebegrepets variasjoner:<sup>498</sup>

«The Committee recognizes that "family" here refers to a variety of arrangements that can provide for young children's care, nurturance and development, including the nuclear family, the extended family, and other traditional and modern community-based arrangements ...»

I den samme kommentaren om gjennomføring av barns rettigheter i tidlig barndom skriver komiteen (avsn. 19):

«The Committee notes that in practice family patterns are variable and changing in many regions, as is the availability of informal networks of support for parents, with an overall trend towards greater diversity in family size, parental roles and arrangements for bringing up children. These trends are especially significant for young children, whose physical, personal and psychological development is best provided for within a small number of consistent, caring relationships. Typically, these relationships are with some combination of mother, father, siblings, grandparents and other members of the extended family, along with professional caregivers specialized in childcare and education. The Committee acknowledges that each of

---

<sup>497</sup> Jf. også *Hodgkin/Newell*, Implementation Handbook s. 210, jf. s. 76 og *Detrick*, A Commentary s. 273.

<sup>498</sup> General Comment no. 7 (2006), avsn. 15.



these relationships can make a distinctive contribution to the fulfilment of children's rights under the Convention and that a range of family patterns may be consistent with promoting children's well-being.»

Også her tar komiteen til orde for en vid forståelse. Samtidig er det er grunn til å understreke at i begge de to sitatene er begrepet brukt i en relativt rettslig uforpliktende sammenheng, hvor siktemålet mer er å fremheve familiens betydning for barna, enn å foreta en tolking av et konvensjonsbegrep.

Slik sett er komiteens generelle merknad om enslige mindreårige utenfor eget hjemland mer relevant. Her skriver komiteen at prinsippet om familiens enhet tilsier at søsken skal holdes samlet («siblings should be kept together»)<sup>499</sup> Selv om uttalelsen spesielt gjelder mindreårige som kommer til fremmete land, har den overføringsverdi til andre situasjoner.

Ved tolkingen av familiebegrepet i BK art. 16 vil Barnekomiteen i tråd med sine etablerte rettskildепrinsipper også trekke inn hvordan tilsvarende begrep er forstått i andre menneskerettighetsinstrumenter. SP art. 17 har en nær tilsvarende formulering som BK art. 16,<sup>500</sup> og bruker begrepet «familieliv» (family life»). FNs menneskerettighetskomité har i sin generelle kommentar til bestemmelsen uttalt at familiebegrepet må forstås vidt, men uten å foreta konkrete diskusjoner med hensyn til søskenrelasjoner.<sup>501</sup> EMK art. 8 verner retten til bl.a. familieliv («family life»). EMD har i flere avgjørelser tatt stilling til rekkevidden av begrepet og har foretatt en temmelig differensiert tilnærming. Illustrerende i så måte er følgende passasje fra *I. og U. mot Norge* (silingsavgjørelse):

«The Court reiterates that the notion of "family life" under Article 8 of the Convention encompasses marriage-based relationships, albeit not being confined to such relationships, and that a child born out of a marriage is ipso iure part of that "family" unit from the moment and by the very fact of its birth (see *Keegan v. Ireland*, judgment of 26 May 1994, Series A no. 290, p. 17, § 44, *Elsholz v. Germany* [GC], no. 25735/94, ECHR 2000-VIII, § 43, and *Yousef v. the Netherlands*, no. 33711/96, § 51, ECHR 2002-VIII). However, mere biological kinship, without any further legal or factual elements indicating the existence of a close personal relationship, is not sufficient to attract the protection of Article 8 (see also *Lebbink v. the Netherlands* judgment, no. 45582/99, §§ 35-37, 1 June 2004 ).»

---

<sup>499</sup> General Comment no. 6 (2005), avsn. 40.

<sup>500</sup> Se pkt. 8.1 foran om forhistorien til BK art. 16 og slektskapet med SP art. 17.

<sup>501</sup> General Comment no. 16 (1988), avsn. 5. Se også diskusjonen hos *Nowak*, CCPR Commentary s. 393–399, men heller ikke han foretar differensierte drøftelser ut fra ulike søskenrelasjoner.

Saken gjaldt avskjæring av samvær mellom helsøsken, og EMD uttrykte tvil om en sto overfor et familieforhold mellom disse.<sup>502</sup> Utgangspunktet etter EMK art. 8 er altså en konkret vurdering, hvor biologiske relasjoner, rettslige bånd og sosial kontakt er sentrale moment. Selv om familielivsbegrepet også her favner vidt, har det betydning for rekkevidden av statens forpliktelse hvorvidt en befinner seg i randsonen, ved at staten da har større anledning til å gripe inn.<sup>503</sup> Et kompliserende element ved EMK art. 8 er at privatliv («private ... life») rekker videre enn familielivsbegrepet, slik at en kan være vernet av bestemmelsen selv om relasjonen ikke klassifiseres som familiær.<sup>504</sup>

Etter mitt skjønn må utgangspunktet etter BK art. 16 være at familielivsbegrepet dekker både hel- og halvsøsken (inkludert søskenrelasjoner skapt gjennom adopsjon), med mulig unntak for situasjoner hvor de har liten eller ingen sosial kontakt. Også stesøsken og fostersøsken kan omfattes, men da etter en konkret vurdering hvor spørsmålet om personlig kontakt står sentralt. I det følgende vil jeg for enkelthets skyld bare bruke betegnelsen søsken, og ikke foreta differensierte vurderinger ut fra hvor nær relasjonen er i sosial, rettslig eller biologisk forstand.

### 9.2.2 Når kan staten gripe inn i familielivet?

I den grad det foreligger et familieliv, blir spørsmålet i hvilken utstrekning myndighetene kan gripe inn i dette. BK art. 16 forbyr vilkårlig («arbitrary») eller («ulovlig») inngrep i barns familieliv. FNs menneskerettighetskomité har utdypet tvillingvilkårene i SP art. 17 slik:<sup>505</sup>

«The term "unlawful" means that no interference can take place except in cases envisaged by the law. Interference authorized by States can only take place on the basis of law, which itself must comply with the provisions, aims and objectives of the Covenant. ... The expression "arbitrary interference" is also relevant to the protection of the right provided for in article 17. In the Committee's view the expression "arbitrary interference" can also extend to interference provided for under the law. The introduction of the concept of arbitrariness is intended to guarantee that even interference provided for by law should be in accordance with the provisions, aims and objectives of the Covenant and should be, in any event, reasonable in the particular circumstances.»

---

<sup>502</sup> Juridisk teori går undertiden for langt i å konstatere at søskenrelasjoner uten videre må anses som familieliv, jf. f. eks. *Ovey/White*, European Convention s. 247 og *Harris m.fl.*, European Convention s. 374.

<sup>503</sup> *Harris m.fl.*, European Convention s. 374.

<sup>504</sup> Se f. eks. *Mikulic mot Kroatia*, avsn. 48–55.

<sup>505</sup> General Comment no. 16 (1988), avsn. 3 og 4.

I mangel av nærmere generelle kommentarer fra Barnekomiteen om emnet, må denne uttalelsen fra FNs menneskerettighetskomité også være retningsgivende for forståelsen av BK art. 16.<sup>506</sup>

Ved vurderingen av om inngrepet er nødvendig, kan det være naturlig å skille mellom ulike typetilfeller. Dersom søsken skal ha to ulike bosted, men ha samvær, vil atskillelsen være mindre drastisk enn der hvor samvær også avskjæres. En må også se på myndighetenes begrunnelse for atskillelse. Er årsaken forhold på barnets side, f. eks. særlige omsorgsbehov på grunn av funksjonshemming, er den lettere å akseptere enn der hvor den skyldes praktiske vansker med å finne ett fosterhjem som kan ta imot hele søskenflokk. Imidlertid må også denne typen begrunnelser kunne aksepteres, men terskelen er høyere enn der hvor hensynet til barnets beste tilsier separasjon av søsknene.

Ved den nærmere vurderingen av om tiltaket er nødvendig vil det i mangel av nærmere holdepunkter i Barnekomiteens praksis være relevant å ta utgangspunkt i EMDs praksis etter EMK art. 8 ved forståelsen av BK art. 16.<sup>507</sup> Samtidig må en også her ha i mente at rettsutviklingen er drevet frem gjennom foreldrenes klager, jf. diskusjonen under pkt. 7.3.3 foran.

EMD art. 8(2) gir staten adgang til å gripe inn i familielivet. Sentralt i vurderingen står spørsmålet om inngrepet er nødvendig i et demokratisk samfunn («necessary in a democratic society»). I *Olsson [I] mot Sverige* konstaterte EMD krenkelse av foreldrenes rettigheter etter art. 8 fordi søsknene var plassert i forskjellige fosterhjem, dels langt fra hverandre og foreldrene.<sup>508</sup> I *I. og U. mot Norge* aksepterte EMD at to søstre ikke fikk samvær med sin lillesøster som var ca. 10 år yngre enn dem (saken var fremmet av foreldrene på barnas vegne).<sup>509</sup> Foreldrene ble fratatt omsorgen straks lillesøsteren ble født, og de to eldste hadde da vært under offentlig omsorg i fire år. EMD la blant annet vekt på at lillesøsteren ikke hadde uttrykt noe ønske om å få treffe sine søsken. Mens *Olsson*-dommen gjaldt forskjellig bosted, men med samværsrett, var inngrepet mot de norske søstrene mer vidtrekkende ved at samvær ble avskåret. To sentrale forskjeller mellom saksforholdene synes å være utslagsgivende for resultatet. For det første var gjenforening det primære siktemålet i *Olsson*-dommen, hvilket legger en særlig

---

<sup>506</sup> Jf. *Hodgkin/Newell*, Implementation Handbook s. 206 og *Detrick*, A Commentary s. 272.

<sup>507</sup> Jf. *Detrick*, A Commentary s. 172–178 og *Doek*, i *Alén*, A Commentary (Article 8/9) s. 26–29 for så vidt gjelder den tilsvarende problemstillingen etter BK art. 9(3).

<sup>508</sup> *Olsson [I] mot Sverige*, avsn. 81, jf. avsn. 18.

<sup>509</sup> For en nærmere diskusjon av dommen, se *Søvig*, FAB 2005 s. 123–130.

aktivitetsplikt på myndighetene, men omsorgsplasseringen sannsynligvis ville være varig i I. og U.-dommen. For det *annet* hadde ikke de to norske jentene etablert noen personlig relasjon med sin lillesøster, mens Olsson-barna hadde bodd under samme tak frem til omsorgsovertakelsen.

EMD har så langt ikke tatt stilling til klager over splittelsen av søskenflokker som springer ut av nasjonale barnefordelingstvister eller saker om internasjonal barne bortføring. Disse må løses i tråd med den tilnærmingen som er foretatt i barnevernsaker, men med tilpasning ut fra sakens karakter.

### **9.3 Avsluttende diskusjon**

Utgangspunktet etter BK art. 16 er at mindreårige søsken bør bo i samme familie og ha samvær med hverandre. Om myndighetene gjør inngrep i søskenrelasjonen, enten i form av ulike bosted eller restriksjoner i samværet, må tiltaket være nødvendig. I denne vurderingen vil et sentralt moment være hensynet til barnets beste. Dersom restriksjoner er nødvendige på grunn av en av søsknenes individuelle behov, vil tiltaket regelmessig være rettmessig. Der hvor manglende kontakt skyldes andre forhold kan tiltaket også være akseptabelt etter BK art. 16, men terskelen høynes i forhold til saker hvor barnets beste er den bærende begrunnelsen. Dersom inngrepet i søskenrelasjonen skjer i form av at foreldrene holder søsken fra hverandre etter foreldrenes samlivsbrudd, må de konvensjonsrettslige utgangspunktene være de samme. Samtidig må staten ha et noe større handlingsrom her, siden de aktive tiltakene er truffet av foreldrene.

Diskusjonene om atskillelse av søsken er interessant ved at den illustrerer de strukturelle forskjellene mellom BK og EMK. På grunn av den individuelle klageretten må EMD ta stilling til konkrete relasjoner og vil måtte foreta temmelig differensierte vurderinger. Systemperspektivet etter BK gjør at Barnekomiteen alene må foreta generelle vurderinger (foreløpig mangler en generell kommentar til BK art. 16), og vil da ikke henfalle til detaljer og subsumsjon. Samtidig er det gjennom å ta stilling til enkeltsaker at en del nyanser kommer frem, som det er umulig å fremskape på et generelt nivå.

### **9.4 Konklusjoner og anbefalinger**

Norsk regelverk og praktiseringen av dette er etter mitt skjønn innenfor rammene av BK art. 16 for så vidt gjelder avskjæring av samvær mellom søsken, men en kan stille spørsmål ved om det vil være bedre i samsvar med konvensjonens mål og verdier om barnevernloven og barneloven får uttrykkelige reguleringer av søskensamvær.

## 10 Barnets rettigheter på barnets premisser

### 10.1 Emnevalg for avslutningen

I utredningen så langt har BK vært gullstandarden som det norske lovverket har vært satt opp mot. I dette avsluttende kapittelet vil jeg prøve å gjøre få noen refleksjoner knyttet til målestokken.

### 10.2 BKs styrke: Systemperspektivet

I motsetning til EMK, SP og ØSK (tilleggsprotokoll av 10. des. 2008) er det ikke knyttet noen individuell klagerett til BK. Mange vil hevde at manglende mulighet for individklager fører til at BK har begrenset rekkevidde sammenlignet med sine folkerettslige søsken. I denne sammenhengen vil jeg betone de positive sidene ved at tilsynet med medlemsstatene dermed må fokusere på systemet, fremfor konkrete klagesaker.

Manglende individuell klagerett fører til at Barnekomiteen selv må definere hva som er de sentrale konvensjonsrettslige utfordringene i de enkelte landene, hvilket gir en systematisk tilnærming til barns rettstilling. Komiteen kan også uten videre ta opp problemstillinger knyttet til særskilt sårbare grupper av barn, som ikke nødvendigvis ville utnyttet noen eventuell klageadgang.

Barnekomiteen har gjennom sine avsluttende merknader til medlemslandene lagt seg på en linje preget av dialog,<sup>510</sup> hvor språkføringen mer er preget av henstillinger til medlemslandene enn pålegg. Komiteen har også først og fremst fokusert på mer generelle spørsmål, og en ser f. eks. sjelden kritikk av enkeltavgjørelser truffet av nasjonale domstoler.<sup>511</sup> Også saksbehandlingsmåten er rettet mot mer allmenne problemstillinger, hvor komiteen blant annet trekker inn NGO-er i tilknytning til behandlingene av medlemslandenes rapporter. Systemperspektivet viser seg også ved at Barnekomiteen i sine merknader fokuserer på hele spekteret av virkemidler som statene har til rådighet, og dermed får frem

---

<sup>510</sup> Se Smith, i *Høstmølingen m.fl.*, Barnekonvensjonen s. 20.

<sup>511</sup> Se til illustrasjon den såkalte KRL-dommen (Rt. 2001 s. 1006A), som gjaldt livssynsundervisning i skolen. ØSK-komiteen tok opp dommen og kom med «mild kritikk» av Høyesteretts vegring mot å gi konvensjoner med vage rettigheter umiddelbar gjennomslagskraft, jf. E/C.12/Add.109, avsn. 29. Barnekomiteen (CRC/C/15/Add.263, avsn. 20) nøyde seg med å vise til behandlingen under SP, jf. rapport av 3. nov. 2004 (CCPR/C/82/D/1155/2003)). Sakskomplekset var også oppe for EMD, hvor Storkammeret under dissens 9-8 konstaterte krenkelse av TP 1-2, jf. *Folgerø mot Norge*.

samvirket mellom lovgivning, forvaltningsmessig styring og håndheving og ressursbruk.

Om denne systemorienteringen uten mulighet til rettslig bindende pålegg skal lede til substansielle endringer av barns stilling, fordrer den at de nasjonale myndighetene tar kritikken på alvor. Jevnt over må en kunne si at norske myndigheter har vært lydhøre overfor den kritikken som Barnekomiteen har kommet med.<sup>512</sup>

Den mest effektive kontrollen med at statene etterlever sine folkerettslige forpliktelser finnes i EU-/EØS-retten. Her er håndhevingen sammensatt, og går både på systemnivå (gjennom Kommisjonen/ESA) og gjennom individuelle saker (nasjonale rettstvister som forelegges EF-/EFTA-domstolen til uttalelse). Sammenlignet med Barnekomiteen har EU-/EØS-organene både ressursmessig og rettslig mye mer vidtgående kontrollmuligheter.

### **10.3 Er stadig mer finmaskete rettigheter til barnets beste?**

Et hovedsiktemål ved BK var å tydeliggjøre at barn er selvstendige individer, som kan hevde rettigheter på egne vegne. Denne grunnholdningen er det etter mitt skjønn ingen grunn til å sette spørsmålstegn ved, men det kan være grunn til å reflektere over utviklingen på enkelte punkt. Jeg har tidligere diskutert i hvilken grad barn og unge gjøres til eget rettssubjekt i tvister som verserer mellom foreldrene, eventuelt foreldre og det offentlige, jf. pkt. 4.4 foran. Selv om en slik tilnærming tidvis er nødvendig for å oppnå en reell involvering av barna, er det også en fare for at barna i for stor grad trekkes inn i konflikter av de voksne, og utsettes for lojalitetskonflikter og utilbørlig påvirkning. Økt grad av selvbestemmelse medfører også at unge må ta konsekvensene av egne valg, jf. pkt. 4.5 foran. Også her er jeg grunnleggende positivt stemt til rettsutviklingen, samtidig som jeg mener det er nødvendig å diskutere hvilke avgjørelser barn og unge selv bør treffe.

Den siste maktutredningen tok opp problemstillinger knyttet til rettsliggjøring, og hevdet blant annet at internasjonalisering av jussen var en fare for demokratiet.<sup>513</sup> Denne tilnærmingen ble møtt med kritikk.<sup>514</sup> Et stadig mer finmasket

---

<sup>512</sup> Se f. eks. endringen av opplæringsloven (pkt. 6.2.2.5 foran), opphevingen av reglene om anonym sæddonasjon (se Søvig, NOU 2009:5, vedlegg 1 s. 157–158 med videre henvisninger) og økt fokus på barns rettsstilling i den nye utlendingsloven, jf. også flere eksempler under pkt. 3.3.2 foran. Den sittende regjering har som uttalt målsetning aktivt å følge opp anbefalingene fra Barnekomiteen, jf. sitatet fra «Soria-Moria-erklæringen» ved note 61 foran.

<sup>513</sup> NOU 2003:19 s. 30–32.

<sup>514</sup> Se flere bidrag i *Kinander (red.)*, Makt og rett og diskusjonene i St.meld. 17 (2004–05) s. 52–75.

folkerettslig regelverk som håndheves av internasjonale domstoler er en del av vår tids rettslige utvikling. For BKs del er utviklingen preget av komiteens dialoglinje, kombinert med at den ikke avgir rettslig bindende uttalelser. Dermed vil regelutviklingen ikke bli like finmasket som innen EU-/EØS-retten og EMK-feltet. Likevel kan en på enkelte punkt også under BK stille spørsmålstegn ved om en er i ferd med å gå for langt i å rettsliggjøre familiekonflikter og overføre dem til domstolene. En kan f. eks. tenke seg at barn i fremtiden ønsker å gå til rettsapparatet for å nekte sine foreldre å ta inn en ny partner i familien, og påberoper seg retten til familieliv etter BK art. 16.<sup>515</sup> Noen vil mene at en slik rettsliggjøring er ønskelig – for å gjøre eksempelet mer egnet kan en tenke seg at mors potensielle samboer har kommet med slibrige bemerkninger til tenåringen – men etter mitt skjønn bør denne konfliktypen også i fremtiden løses utenfor rettssalene.

På noen punkt har Barnekomiteen etter mitt skjønn gått for langt i å gjøre mer samfunnspolitiske spørsmål til konvensjonsrettslige problemstillinger. Illustrerende i så måte er etter mitt skjønn komiteens kritikk knyttet til forekomsten av barn med overvekt, jf. CRC/C/C/15/Add.263, avsn. 14–15 (Norge), CRC/C/DNK/CO/3, avsn. 40–41 (Danmark) og CRC/C/SWE/CO/4, avsn. 44–45 (Sverige). Selv om overvekt er et stort helseproblem, er det ikke opplagt at løsningen ligger i rettsliggjøring. Jeg er også skeptisk til komiteens kritikk til Sverige for manglende tilgang til alternativ medisinsk behandling, jf. CRC/C/SWE/CO/4, avsn. 42–43, men til komiteens forsvar kan en si at den svenske lovgivningen selv hadde rettsliggjort spørsmålene ved å innføre restriksjoner på denne typen behandling av barn.

#### **10.4 Går Barnekomiteen for langt i sin kritikk?**

Som alle internasjonale håndhevingsorganer blir også Barnekomiteen møtt med kritikk fra ulike hold. Enkelte mener komiteen går for langt i å kritisere forhold i medlemsstatene som de ikke har grunnlag for å uttale seg om, mens andre mener at de i skarpere ordelag og i større monn burde kritisert medlemsstatene.

For egen del mener jeg Barnekomiteen jevnt over har lagt seg på en fornuftig, dialogpreget linje, men på enkelte punkt mener jeg det er grunn til å sette spørsmålstegn ved tilnærmingen som de har valgt. Jeg har i løpet av utredningen kommet med noen kritiske merknader, bl.a. under pkt. 7.3.2 (restriktiv holdning til påtale når foreldre utøver vold) og pkt. 7.4.2 (reservasjon mot bruk av omsorgsovertakelse). På sistnevnte punkt har Norge også fått kritikk av ØSK-

---

<sup>515</sup> Takk til Mons Oppedal for interessante diskusjoner med utgangspunkt i dette eksempelet (som kommer fra ham).

komiteen,<sup>516</sup> og det kan derfor være grunn til å dvele litt nærmere ved disse innvendingene. Begge komiteene tar opp tematikken i relativt kortfattede passasjer og er bekymret over den høye frekvensen av omsorgsovertakelser. En svakhet ved kritikken er at den ikke går inn i saksfeltet og foretar nærmere analyser og påpeker konkret når myndighetene bør avstå fra omsorgsovertakelse i forhold til dagens praksis. Når kritikken er såpass kortfattet og i begrenset grad underbygget med analyser, har den etter mitt skjønn begrenset gjennomslagskraft.

### **10.5 Kommer foreldrenes ansvar i for stor grad i bakgrunnen?**

Et gjennomgangstema under prosessen frem mot vedtakelsen av BK var foreldrenes stilling, og løsningen ble art. 5 som fastsetter at statene skal respektere det ansvar og de rettighetene som foreldrene (eller andre omsorgspersoner) har overfor barnet.

Barnekomiteens praksis består av deres konkluderende merknader til medlemslandenes rapporter, i tillegg til generelle kommentarer («General Comments») og diskusjonsdager («Days of Generell Discussion»). Da kommer naturlig nok statens ansvar i fokus, siden forpliktelsene etter konvensjonen påhviler statene. Staten er ansvarlig for handlinger og unnlaterer begått av offentlige myndigheter og som krenker barns rettigheter etter BK. Samtidig vokser langt de fleste norske barn opp hos foreldrene og tilbringer mesteparten av tiden her. Foreldrene og andre primære omsorgspersoner er barnas største ressurs, samtidig som de for noen barn også utgjør den største trussel mot liv, helse og utvikling. Staten kan være ansvarlig etter menneskerettighetskonvensjonene også for private handlinger, jf. foran under pkt. 7.4.3. Selv om foreldrene selvsagt ofte er fremme i Barnekomiteens praksis,<sup>517</sup> kunne komiteen etter mitt skjønn i enda større grad gått inn og diskutert hvordan staten skal opptre for å sikre barn gode oppvekstvilkår i foreldrehjemmet.

### **10.6 Viktigheten av at barns rettigheter er utformet med et barneperspektiv**

BK var en folkerettslig nyvinning ved å anerkjenne barns menneskerettigheter. En utfordring er å sikre at barns rettigheter ikke bare blir en blåkopi av voksnes

---

<sup>516</sup> E/C.12/1/Add.109, avsn. 14 og 32.

<sup>517</sup> Se f. eks. General Comment no. 12 (2009), avsn. 90–96.



rettigheter, men blir rettigheter på barns premisser og tilpasset barns særlige situasjon. I forbindelse med barns uttalerett har Barnekomiteen fremholdt:<sup>518</sup>

«it is not simply about extending to children access to adult processes»

Komiteen betoner her nødvendigheten av å se barns rettigheter som noe kvalitativt annet enn voksnes rettigheter og har gjentatte ganger understreket nødvendigheten av en barneorientert tilnærming («child-focused and child-sensitive»)<sup>519</sup> Utfordringen fremover for norsk rett er etter mitt skjønn ikke bare å utvide barns rettigheter, men å se til at regler om barn utformes og praktiseres med et barneperspektiv.

---

<sup>518</sup> General Comment no. 5 (2003), avsn. 29.

<sup>519</sup> Se bl.a. General Comment no. 5 (2003), avsn. 9 og General Comment no. 6 (2005), avsn. 74–75.



## **Vedlegg - Oversikt over rettsvitenskapelig forskning om BK**

Ifølge mandatet pkt. 2 skal utredningen også inneholde en oversikt over «rettsvitenskapelig forskning om barnekonvensjonen og norsk lov, herunder foreliggende vitenskapelige arbeider og igangværende forskningsprosjekter». Nedenfor følger en slik oversikt.

Jeg har tatt med masteravhandlinger, med mindre disse er publiserte, men et par er nevnt i selve utredningen og tatt med til kilderegisteret til denne. Jeg har heller ikke tatt med offentlige utredninger som omhandler BK eller vedlegg til disse. Endelig har jeg utelatt korte arbeider, som mer er debattinnlegg enn forskningsprosjekter, slik som lederartikler.

### **Allmenne fremstillinger og diskusjoner knyttet til inkorporering**

Backer, Inge Lorange: Om gjennomføring av barnekonvensjonen i norsk rett, i Kirsti Strøm Bull m.fl., *Bonus pater familias*, festskrift til Peter Lødrup (Oslo. Gyldendal 2002) s. 69–88

Bratholm, Anders: FNs konvensjon om barns rettigheter og konsekvensene for Norge, *LoR* 1993 s. 219–234.

Grøslund, Anne Margrete: *Barnekonvensjonen. Rettigheter for barn i Norge* (Oslo. Tano/Redd Barna 1993).

Høstmælingen, Njål; Kjørholt, Elin Saga; Sandberg, Kirsten (red.): *Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge* (Oslo. Universitetsforlaget 2008).

Kapitler fra denne boken er også ført opp under ulike delemner nedenfor.

Høstmælingen, Njål og Nystuen, Gro, *Usynlig barnekonvensjon?, Mennesker og rettigheter* 2001 s. 79–83.

Sandberg, Kirsten: *Inkorporeringen av FNs barnekonvensjon i norsk rett*, *Kritisk Juss* 2004 s. 316–329.

Scheie, Martine: *FNs barnekonvensjon – Fra visjon til kommunal virkelighet* (Oslo. Norsk senter for menneskerettigheter 2005).

Smith, Lucy: *FNs konvensjon om barnets rettigheter*, i *Høstmælingen m.fl., Barnekonvensjonen* (2008) s. 15–27.

Smith, Lucy: *Barn, foreldre og menneskerettigheter*, *Jussens Venner* 1991 s. 101–122.

Wille, Peter F.: *FNs konvensjon om barnets rettigheter med protokoller*, i *Mary-Ann Hedlund (red.), Barnerett – i et internasjonalt perspektiv* (Bergen. Fagbokforlaget 2008) s. 129–178.

Wille, Peter F.: Oversikt over internasjonale rettskilder og aktiviteter med fokus på barn og barns rettigheter, i Mary-Ann Hedlund (red.), *Barnerett – i et internasjonalt perspektiv* (Bergen. Fagbokforlaget 2008) s. 179–187.

### **Barnets beste og andre generelle normer**

Haugli, Trude: Barns rettssikkerhet, i *Retts hjelp fra kyst til vidde, Festskrift til Jusshjelpe i Nord-Norge 20 år* (Oslo. Gyldendal 2009) s. 173–184.

Haugli, Trude: Det mangfoldige barnets beste, i Kirsti Strøm Bull m.fl., *Bonus pater familias, festskrift til Peter Lødrup* (Oslo. Gyldendal 2002) s. 313–326.

Haugli, Trude: Hensynet til barnets beste, i *Høstmælingen m.fl., Barnekonvensjonen* (2008) s. 46–62.

Haugli, Trude: Til barnets beste. Familiebilder - familiemønstre i endring, *Kirke og kultur* 2004 s. 345–360.

Heyerdal, Frøydis: Retten til ikke-diskriminering, i *Høstmælingen m.fl., Barnekonvensjonen* (2008) s. 28–45.

Høstmælingen, Njål: Sivile rettigheter og friheter, i *Høstmælingen m.fl., Barnekonvensjonen* (2008) s. 97–115.

Köhler-Olsen, Julia: Forholdet mellom barns selvbestemmelsesrett og kulturelle og religiøse normer.

Pågående doktorgradsprosjekt (UiO).

Kjørholt, Elin Saga: Prinsippet om barnets rett til liv, overlevelse og optimal utvikling, i *Høstmælingen m.fl., Barnekonvensjonen* (2008) s. 63–77.

### **Barns uttalerett**

Sandberg, Kirsten: Barns rett til å bli hørt, i *Høstmælingen m.fl., Barnekonvensjonen* (2008) s. 77–96.

Smith, Lucy: Barnets beste og barns uttalerett, *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål* 2004 s. 223–231.

Stang, Elisabeth Gording: Barns rett til deltakelse i barnevernsaker, *Kritisk Juss* 2007 s. 36–56.

### **Barns rett til omsorg, vern mot overgrep og spørsmål knyttet til barnevern, barnefordeling og internasjonal barnebortføring**

Andersen, Njål Wang: Tvang mot mindreårige i helse- og sosialinstitusjoner.

Pågående doktorgradsprosjekt, Det juridiske fakultet, Universitetet i Bergen.

Backer, Inge Lorange: Kan foreldrene gi barna en «lett klaps»? i dog fred er ej det Bedste, festskrift til Carl August Fleischer, red. Ole Kristian Fauchald, Henning Jakhelln og Aslak Syse (Oslo. Universitetsforlaget 2006) s. 57–75.

Bendiksen, Lena R. L.: Barn i langvarige fosterhjempllasseringen – foreldreansvar og adopsjon (Bergen. Fagbokforlaget 2008).

Haugli, Trude: Samværsrett i barnevernsaker (Oslo. Universitetsforlaget. 2. utg. 2000).

Hennum, Ragnhild: Retten til beskyttelse mot vold, overgrep og utnyttelse, i Høstmælingen m.fl., Barnekonvensjonen (2008) s. 254–276.

Kortner, Hilde Weik: Tvangsadopsjon – etter inkorporeringen av EMK og FNs barnekonvensjon, Kritisk Juss 2004 s. 330–344.

Kvisberg, Torunn E.: Internasjonale barnefordelingssaker, internasjonal barnebortføring (Oslo. Gyldendal 2009).

Kvisberg, Torun E.: Internasjonal barnebortføring, i Mary-Ann Hedlund (red.) Barnerett - i et internasjonalt perspektiv (Bergen. Fagbokforlaget 2008). s. 73–113.

Lassen, Rikke og Stang, Elisabeth Gording: Barns rett til familie og omsorg, særlig om barnevernet, i Høstmælingen m.fl., Barnekonvensjonen (2008) s. 131–153.

Oppedal, Mons: Akutthjemlene i barnevernloven (Oslo. Gyldendal 2008).

Oppedal, Mons: Vold og seksuelle overgrep som argument i avgjørelser etter barneloven, FAB 2008 s. 107–122

Sandberg, Kirsten: Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse (Oslo. Gyldendal 2003).

Sigurdson, Randi: Rettssikkerhet ved tvungne tiltak overfor barn.

Pågående doktorgradsprosjekt, Det juridiske fakultet, Universitetet i Tromsø.

Smith, Lucy: Norsk barnevernlovgivning og internasjonale menneskerettighetsstandarder, Mennesker og rettigheter 1999 s. 357–366.

Stang, Elisabeth Gording: Det er barnets sak, Barnets rettsstilling i sak om hjelpetiltak etter barnevernloven § 4-4 (Oslo. Universitetsforlaget 2007).

Aasen, Henriette Sinding: Menneskerettslige aspekter knyttet til kjønnslemlestelse og helseundersøkelser (Oslo. Institutt for offentlig retts skriftserie nr. 5/2008).

### **Barns rett til helse- og sosiale tjenester**

Halvorsen, Marit: Barns rett til helsetjenester, i Høstmælingen m.fl., Barnekonvensjonen (2008) s. 154–167.

Oppedal, Mons: Retten til materiell velferd, i Høstmælingen m.fl., Barnekonvensjonen (2008) s. 190–204.

Syse, Aslak: Rettigheter for barn med funksjonshemming, i Høstmælingen m.fl., Barnekonvensjonen (2008) s. 168–189.

### **Barns rett til opplæring**

Collin-Hansen, Ragnhild: Barnets rett til opplæring og til vern mot marginalisering i skolen (Bergen. Avhandling for graden dr. juris (UiB) 2007).

Helgeland, Geir: Retten til utdanning, i Høstmælingen m.fl., Barnekonvensjonen (2008) s. 205–218.

Høstmælingen, Njål: Kristendomsfaget og menneskerettighetene – i dårlig harmoni, Mennesker og rettigheter 1998 s. 137–146.

### **Kulturelle rettigheter**

Kjørholt, Anne Trine: Retten til lek og fritid, i Høstmælingen m.fl., Barnekonvensjonen (2008) s. 219–231.

### **Utlendingsfeltet**

Einarsen, Terje: Barnekonvensjonens status og rolle i asylsaker, Mennesker og rettigheter 1998 s. 157–163.

Einarsen, Terje: Barns rettsstilling i utlendingsretten – et domstolsperspektiv, i Mary-Ann Hedlund (red.) Barnerett - i et internasjonalt perspektiv (Bergen. Fagbokforlaget 2008) s. 11–34.

Hubert, Claire og Graver, Ane Broch: Barnekonvensjonen – ballongen som sprakk, Barnekonvensjonen i forhold til norsk praksis i familiegjenforeningssaker, i Juss-Buss, Tvers igjennom lov til seier (Oslo. Unipax 2001) s. 63–69.

Røsæg, Erik: Asylsøkerbarns sosiale rettigheter, LoR 1998 s. 141–159.

Sandberg, Kirsten: Flyktningbarns rettigheter, i Høstmælingen m.fl., Barnekonvensjonen (2008) s. 232–253.

Stang, Elisabeth Gording: Barnekonvensjonens artikkel 3 nr. 1 i asylsaker, Kritisk Juss 2008 s. 116–124.

Artikkelen er dels basert på hennes arbeid: Barn, tortur og retur: den rettslige betydningen av barnespesifikk tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling i asylsaker, herunder barns returvern (Oslo, Institutt for offentlig retts skriftserie nr. 4/2008).

## **Barn og urfolk**

Lile, Hadi: Barn av minoriteter og urfolk, i Høstmælingen m.fl., Barnekonvensjonen (2008) s. 277–289.

Lile, Hadi Khosravi: Barnekonvensjonen og samiske barn i Norge, Gáldu Čála – Tidsskrift for urfolks rettigheter nr. 1/2009

Artikkelen er et forprosjekt til forfatterens pågående doktorgradsarbeid, Norsk senter for menneskerettigheter, Universitetet i Oslo.

Susann Skogvang: Samiske barnevernsbarns rettigheter – Noen betraktninger om retten til språk og kultur, i Rettshjelp fra kyst til vidde, Festskrift til Jusshjelpa i Nord-Norge 20 år (Oslo. Gyldendal 2009) s. 283–308.

## **Barns vern i strafferettspleien og ved annen frihetsberøvelse**

Fornes, Ingunn: Varetektsfengsling av barn, Kritisk Juss 2006 s. 87–107.

Larsen, Mette Yvonne: Barn som aktører i straffesakskjeden – et internasjonalt perspektiv, i Mary-Ann Hedlund (red.), Barnerett – i et internasjonalt perspektiv (Bergen. Fagbokforlaget 2008) s. 115–130.

Larsen, Mette Yvonne: Rettigheter for barn i konflikt med loven, i Høstmælingen m.fl., Barnekonvensjonen (2008) s. 116–129.





## **Sammendrag for barn og unge**

FNs barnekomité (mer om denne nedenfor) har oppfordret voksne som skriver om barns rettigheter til å gjøre tekstene tilgjengelige for barn og unge. Sammendraget nedenfor er et forsøk på å svare på disse utfordringer. Egentlig burde jeg skrevet flere sammendrag beregnet på ulike aldersgrupper, men jeg har bare hatt tid til å skrive ett. Derfor vil noen synes at jeg skriver for enkelt, mens andre vil synes at det jeg skriver er for vanskelig. Mitt håp er at barn og unge som måtte lese dette sammendraget blir inspirert til å lese mer om Barnekonvensjonen og diskutere hvilke rettigheter barn bør og skal ha.

### **Hva er FNs barnekonvensjon? Hvilken betydning har den for Norge?**

FN har mange forskjellige oppgaver. En av disse er å sette opp forskjellige avtaler mellom verdens land (med formelle ord kalles disse konvensjoner eller traktater). Nesten alle land i verden (unntatt USA og Somalia) er med på en avtale om hvilke rettigheter som barn har og hvordan myndighetene skal behandle barn. Denne avtalen heter FNs barnekonvensjon. Den ble vedtatt av FNs generalforsamling 20. november 1989 og feirer 20-årsjubileum i år. Ved å gå med på avtalen forplikter medlemslandene seg til å behandle barn i samsvar med de reglene som følger av konvensjonen.

Stortinget har bestemt at FNs barnekonvensjon skal gjelde som norsk lov og gå foran andre lover som Stortinget har laget. Tenker en seg det norske lovverket som en pyramide, er Grunnloven fra 1814 på toppen, deretter kommer FNs barnekonvensjon og fire andre konvensjoner, og etter disse kommer «vanlige» lover vedtatt av Stortinget. I tilfelle de ulike reglene bestemmer forskjellige ting for samme spørsmål, går de øverste delene av pyramiden foran lavere deler.

Lovparagrafer og regler kan være mer eller mindre presise. Lover for eksempel et barn til foreldrene sine å komme hjem før det blir «kveld», har ikke barn og foreldre avtalt ett bestemt klokkeslett. Hva som er «kveld» vil både bero på årstiden og hva som er vanlig for den aktuelle familien å kalle «kveld». Sier derimot barna at de vil være hjemme «klokken sju», har de et eksakt tidspunkt å holde seg til. Norske lover og regler blir presisert både av Stortinget som lager reglene og andre. Er det tvil om hvordan lovene skal forstås har domstolene – med Høyesterett på toppen – siste ordet.

Er noen usikre på hvordan FNs barnekonvensjon skal forstås har FNs barnekomité en viktig oppgave. Barnekomiteen består av 18 voksne. Deres viktigste

oppgave er å se til at statene oppfyller de forpliktelsene som de har tatt på seg overfor barna ved å underskrive Barnekonvensjonen. Derfor må alle land sende inn en rapport over hva de har gjort, og så kommer komiteen med kritikk eller forslag til forbedringer. Norge har sendt inn fire slike rapporter. Som alle andre land har også Norge fått kritikk, selv om forholdene for barn i Norge generelt er gode. I tillegg til å gå gjennom landenes rapporter, kommer Barnekomiteen med utredninger om hvordan de ulike uttrykkene og begrepene i Barnekonvensjonen skal tolkes.

Barnekonvensjonen består av 54 forskjellige bestemmelser (artikler). De fleste av disse sier noe om hvilke rettigheter barn har, mens andre har regler om hvem som skal sitte i Barnekomiteen, hvordan landene skal sende inn sine rapporter og lignende. I tillegg til Barnekonvensjonen kommer to etteravtaler («tilleggsprotokoller»). Den første gjelder barns rettigheter i væpnet konflikt («krig»). Den andre skal verne barn mot salg av barn, barneprostitusjon og barnepornografi.

Barnekomiteen har sagt at Barnekonvensjonen har fire hovedprinsipper:

- Barnets rett til ikke-diskriminering, jf. Barnekonvensjonen artikkel 2.
- Barnets beste som et grunnleggende hensyn i alle avgjørelser som berører barn, jf. Barnekonvensjonen artikkel 3.
- Barnets rett til liv og utvikling, jf. Barnekonvensjonen artikkel 6.
- Barns rett til medvirkning og til å uttale seg, jf. Barnekonvensjonen artikkel 12.

### **Nærmere om denne utredningen**

Barne- og likestillingsdepartementet har spurt meg å gjøre en utredning om rettslige spørsmål som oppstår i møtet mellom Barnekonvensjonen og norske lover og regler. Mange spørsmål og problemer kunne ha vært diskutert, men jeg har vært nødt til å velge ut noen. Jeg har prøvd å finne spørsmål som gjelder mange barn eller som er viktige fordi de barna som opplever det kan ha det vondt. Utredningen består av ti deler (kapitler). I de tre første kapitlene gir jeg en oversikt over hva departementet har spurt meg om å gjøre og prøver å fortelle om hva Barnekonvensjonen går ut på og hvilken betydning den har for Norge. I de siste seks delene diskuterer jeg nærmere noen spørsmål som kan ha betydning for barn i Norge. Nedenfor skal jeg prøve å forklare disse nærmere.

### **Barns rett til å få uttale seg (kapittel 4)**

En viktig rettighet for barn er å få lov til å si sin mening i saker som gjelder dem. Denne retten står i Barnekonvensjonen artikkel 12. Denne sier at barn skal få komme med sine synspunkter i alle saker som vedgår dem. Dessuten setter den opp særlige

regler om hvordan barn skal få komme til orde i rettssaker eller tvister som blir avgjort av myndighetene og som involverer barn. Artikkel 12 gir bare barn en rett til å få si sin mening om saker som gjelder dem selv. Den gir ikke barn en rett til å bestemme over seg selv. Derimot har vi en rekke paragrafer i norske lover som gir barn en rett til å bestemme over seg selv i enkelte saker, selv om de ennå ikke har fylt 18 år og er blitt «voksne» (myndige).

I forskjellige norske lover er det mange bestemmelser som setter opp bestemte aldersgrenser for når voksne skal spørre barn hva de mener om saken, før voksne kan gjøre avgjørelser på vegne av barna. Disse lovbestemmelsene setter opp mange forskjellige aldersgrenser. For eksempel må voksne spørre barn om de vil melde seg inn eller ut av kirken når barna er 12 år eller eldre. Andre lover bruker 7 år som aldersgrense, eller er uten aldersgrense. Jeg mener derfor at departementene bør gå igjennom lovene som de er ansvarlige for og vurdere å endre og samordne aldersgrensene. Barnekomiteen har i tillegg anbefalt at landene ikke opererer med aldersgrenser, men foretar vurderinger ut fra det enkelte barns evne til å forstå hva saken gjelder.

Mange barn opplever at foreldrene går fra hverandre. I de fleste sakene klarer foreldrene å ta barna med på råd og bli enige om hvor barna skal bo. Blir ikke foreldrene enige, kommer saken for domstolene. Domstolene må også avgjøre saker om barn som bor hjemme, men hvor barnevernet mener at foreldrene oppfører seg på en slik måte at barna ikke har det bra nok hjemme. Når domstolene skal avgjøre saker om hvor barn skal bo er barna hovedpersonen. Da er det viktig at barna får fortelle om hvordan de opplever saken, enten til dommeren eller til noen andre voksne som kan fortelle om barnas syn videre til dommeren. Norske lover og regler forteller dommeren når og hvordan han eller hun skal gå frem overfor barn. På noen punkt kan vi likevel i Norge bli flinkere til å bruke Barnekonvensjonen artikkel 12, slik at de voksne på en god måte lytter til barn og tar deres synspunkter på alvor.

Barnekonvensjonen artikkel 12 bestemmer at barn skal høres i saker som gjelder dem. Barnekomiteen har bestemt at artikkel 12 ikke bare gjelder for enkeltbarn, men også for barn som gruppe. I Norge har vi derfor mange regler som bestemmer at barn skal få uttale seg i saker som er viktige for barn som gruppe, for eksempel bygging av lekeplasser.

### **Forskjellige tilbud til barn som bor i ulike deler av landet (kapittel 5)**

Det «offentlige» er som et troll med mange hoder. Vi har staten, kommunene og fylket. Staten har for eksempel ansvar for sykehusene, og politikerne ønsker at alle

skal få lik rett til sykehusbehandling uansett hvor de bor. Mange av områdene av samfunnet er kommunene ansvarlige for. Selv om kommunene også er en del av det «offentlige», har de stor rett til å bestemme over seg selv. Staten kan ikke uten videre bestemme hva kommune skal gjøre. Men på mange områder har politikerne vedtatt lover som sier at kommunene plikter å gi bestemte tjenester eller ytelser til borgerne, for eksempel tak over hodet på hodet på de som ikke klarer seg selv.

Barnekomiteen har flere ganger kritisert Norge for at barn og familier med barn får forskjellig hjelp i ulike deler av landet. For eksempel kan barn med funksjonshemninger få tilbud i én kommune, som de ikke får i nabokommunen. I utredningen diskuterer jeg forskjellige måter vi kan bruke for å få til mindre forskjeller mellom kommunene.

I mange norske lover står det at borgerne har rett til å få hjelp fra staten eller kommunene om vi av forskjellige grunner trenger hjelp. For eksempel står det i lovene at vi har rett til å komme til lege om vi blir syke. For barn som trenger hjelp av barnevernet står det i loven at kommunen skal gi de hjelp, men det står ikke at barna har rett til hjelp. Etter Barnekonvensjonen artikkel 4 skal staten gjøre alt den kan for å gi barn så god hjelp som mulig. Jeg mener at Barnekonvensjonen gjør at politikerne på Stortinget bør endre loven, slik at barn som trenger hjelp fra barnevernet har krav på hjelp fra kommunen de bor i.

### **Hjelp til barn som ikke har rett til å være i Norge (kapittel 6)**

Hvert år kommer det mange barn til Norge fra andre land som søker om å få lov til å bo her. De fleste barna kommer sammen med foreldrene sine, men noen kommer også alene. Det er myndighetene (Utlendingsdirektoratet) som bestemmer hvem som får lov til å flytte til Norge. Mange av barna som ønsker å bli i Norge får nei på søknaden sin om å få bli boende her. Når barn og foreldre har fått et slikt nei, skal de etter loven dra fra Norge, men mange velger å bli værende her. De som er i Norge uten tillatelse kalles med stikkord som «personer uten lovlig opphold». I utredninger drøfter jeg hvilke rettigheter barn uten lovlig opphold har.

For eksempel har barn uten lovlig opphold etter opplæringsloven (§ 2-1) rett og plikt til å gå i grunnskolen, men de har ikke rett til å gå på videregående skole. I utredningen diskuterer jeg om det er i tråd med Barnekonvensjonen å nekte barn uten lovlig opphold videregående opplæring. Barnekonvensjonen bestemmer i artikkel 4 at myndighetene skal gjøre alt de kan for å gi barn i landet en god oppvekst. Artikkel 2 slår fast at statene blant annet ikke gjøre forskjell på barn på grunn av nasjonalitet. Etter min mening er det ikke i samsvar med disse to

bestemmelsene i Barnekonvensjonen å nekte barn uten lovlig opphold videregående opplæring.

### **Barns rett til en god oppvekst og vern mot overgrep (kapittel 7)**

Det er vanskelig å si at noen rettigheter i Barnekonvensjonen er viktigere enn andre. Jeg mener likevel at noen bestemmelser betyr mer enn andre. Den mest sentrale rettigheten er etter min mening retten til en trygg oppvekst. Barnekonvensjonen artikkel 6 sier at alle barn har rett til livet og artikkel 19 sier at barn skal ha gode oppvekstvilkår. De fleste barn i Norge har det godt og trygt, men noen bor hos voksne som ikke klarer å ta godt nok vare på dem. Mange lover og regler tar sikte på å verne og beskytte barn. Barneloven bestemmer hvordan foreldre og andre voksne skal være mot barn. Den (§ 31) sier blant annet at ingen skal slå barn og heller ikke klaps eller andre former for maktbruk for å straffe barn er lov. Barnevernloven (§ 4-12) gir barnevernet mulighet til å gripe inn og overta omsorgen for barn som foreldre ikke klarer å ta seg av. Om leger, lærere eller ansatte i barnehagene har mistanke om at barn ikke har det godt hjemme, har de en plikt til å gi beskjed til barnevernet. Straffeloven har forskjellige regler som setter straff for de som på en grov måte gjør ulovlige ting mot barn.

Jevnt over kan vi si at norske lover og regler gir barn en god beskyttelse, men på noen punkter kan lovene bli enda bedre. I utredningen diskuterer jeg hvordan vi kan forandre enkelte deler av lovene for å gi barna ennå bedre rettslig beskyttelse i samsvar med bestemmelsene i Barnekonvensjonen.

### **Barns vern mot krenkelser på Internett (kapittel 8)**

Internett er en av de viktigste måtene for barn – og voksne – å kommunisere på. De fleste oppfører seg på en god måte, men noen legger ut privat informasjon (for eksempel bilder) uten tillatelse fra de som er involvert eller sprer usanne rykter om navngitte personer.

Barnekonvensjonen (artikkel 16) bestemmer at barn har en rett til privatliv, og denne gir også et vern mot at barn opplever at privat eller usann informasjon spres på Internett eller andre steder. Samtidig har den som legger ut informasjon – enten det er barn eller voksne – en ytringsfrihet (for barn vernet i artikkel 13).

Internett er spesielt ved at dataverdenen er grenseløs, i den forstand at den strekker seg over hele verden. Det kan derfor være vanskelig for myndighetene å finne gode reguleringer. De har likevel et klart ansvar, og vi har etter hvert en lang rekke lover og regler for ytringer på Internett. Disse er i liten grad rettet spesielt mot

barn. I utredningen diskuterer jeg derfor om Stortinget i større grad bør vedta egne regler som gir barn en særskilt beskyttelse, for å gi barn et godt nok vern i samsvar med Barnekonvensjonen artikkel 16.

### **Rett til samvær mellom søsken (kapittel 9)**

De fleste ganger bor barn som har samme mor og/eller far i samme hus. Noen ganger kan ikke søsken bo sammen, for eksempel fordi mor og far går fra hverandre og søsken blir boende forskjellige steder. Det kan også hende at barnevernet må ta omsorgen for barna og søsken blir boende i forskjellige fosterhjem.

Barnekonvensjonen artikkel 16 verner barns rett til familieliv. Muligheten til å ha kontakt med egne søsken er en del av familielivet. Retten er likevel ikke ubegrenset. Domstolene kan for eksempel bestemme at lillebror skal bo hos mor og storesøster hos far uten å gjøre noe som er ulovlig etter artikkel 16, men det skal veldig mye til før en domstol kan bestemme at to søsken ikke skal ha rett til å besøke hverandre.

I dag inneholder ikke de norske lovene noen paragrafer som sier at søsken skal ha rett til samvær med hverandre. Likevel har de en slik rett, fordi regler ikke bare består av hva som står i lovboken, men også av prinsipper som ikke er skrevet. Jeg mener likevel det vil være en fordel og bedre i samsvar med Barnekonvensjonen artikkel 16 om de norske lovbestemmelsene får egne regler om samvær mellom søsken.

### **Avsluttende diskusjoner (kapittel 10)**

I utredningen diskuterer jeg mange spørsmål. I kapittel 10 prøver jeg å samle tråde og gjøre noen mer sammenfattende refleksjoner. Et hovedpoeng er etter mitt syn at barn barns rettigheter må tilpasses barn, og bare være en kopi av de voksnes rettigheter.

### **Aktuelle nettsider til kilder for mer informasjon om Barnekonvensjonen:**

Barnekomiteen - <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/index.htm>

Barnekomiteen er ansvarlig for å føre tilsyn med at medlemslandene følger opp sine forpliktelser etter Barnekonvensjonen.

Barneombudet - <http://www.barneombudet.no/>

Barneombudet har blant annet som ansvar å se til at norske myndigheter opptrer i samsvar med Barnekonvensjonen.

Barne- og likestillingsdepartementet -

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/bld.html?id=298>

Barne- og likestillingsdepartementet er ansvarlig departement for barns situasjon i Norge og har egne nettsider om Barnekonvensjonen.

Lovdata – <http://www.lovdata.no>

Her finnes alle norske lover, i tillegg er Barnekonvensjonen tatt inn i norsk oversettelse og i engelsk originaltekst (under «Menneskerettsloven»).





# **Kilderegister**

## ***Materiale fra Barnekomiteen***

### **Generelle merknader (General Comments)**

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

General Comment no. 2 (2002): The role of independent national human rights institutions in the promotion and protection of the rights of the child (CRC/GC/2002/2).

General Comment no. 3 (2003): HIV/AIDS and the rights of the child (CRC/GC/2003/3).

General Comment no. 4 (2003): Adolescent health and development in the context of the Convention on the Rights of the Child (CRC/GC/2003/4).

General Comment no. 5 (2003): General measures of implementation for the Convention on the Rights of the Child (CRC/GC/2003/5).

General Comment no. 6 (2005): Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin (CRC/GC/2005/6).

General Comment no. 7 (2005): Implementing child rights in early childhood (CRC/C/GC/7/Rev.1).

General Comment no. 8 (2006): The right of the child to protection from corporal punishment and other cruel or degrading forms of punishment (CRC/C/GC/8).

General Comment no. 9 (2006): The rights of children with disabilities (CRC/C/GC/9).

General Comment no. 10 (2007): Children's rights in juvenile justice (CRC/C/GC/10).

General Comment no. 11 (2009): Indigenous children and their rights under the Convention (CRC/C/GC/11).

General Comment no. 12 (2009): The right of the child to be heard (CRC/C/GC/12).

### **Generelle diskusjonsdager (Days of General Discussions)**

The Child and the Media (1996).

State Violence against Children (2000).

The Right of the Child to be heard (2006).

Children without parental care (2006).

Resources for the Rights of the Child - Responsibility of States (2007).

## ***Materiale fra andre håndhevingsorganer***

### **FNs komité for økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter**

General Comment no. 8 (1997): The relationship between economic sanctions and respect for economic, social and cultural rights (E/C.12/1997/8)

General comment no. 9 (1998): The domestic application of the Covenant (E/C.12/1998/24)

General Comment no. 13 (1999): The right to education (E/C.12/1999/10)

General Comment no. 14 (2000): The right to the highest attainable standard of health (E/C.12/2000/4)

General Comment no. 20 (2009): Non-Discrimination in Economic, Social and Cultural Rights (E/C.12/GC/20)

### **FNs menneskerettighetskomité**

General Comment no. 16 (1988): The right to respect of privacy, family, home and correspondence, and protection of honour and reputation.

## ***Offentlige utredninger og andre offentlige dokument***

### **Norges offentlige utredninger (NOU)**

Forvaltningskomiteen    Innstilling fra komiteen for å utrede spørsmålet om mer betryggende former for den offentlige forvaltning (Forvaltningskomiteen), avgitt 13. mars 1958.

NOU 1972:16    Gjennomføring av lovkonvensjoner i norsk rett

NOU 1977:35    Lov om barn og foreldre

NOU 1985:18    Lov om sosiale tjenester m.v.

NOU 1993:18    Lovgivning om menneskerettigheter

NOU 1995:18    Ny lovgivning om opplæring

NOU 1997:19    Et bedre personvern

NOU 2000:12    Barnevernet i Norge

NOU 2001:32    Rett på sak

NOU 2003:19    Makt og demokrat. Sluttrapport fra Makt- og demokratiutredningen

- NOU 2003:31 Retten til et liv uten vold. Menns vold mot kvinner i nære relasjoner
- NOU 2004:16 Vergemål
- NOU 2004:18 Helhet og plan i sosial- og helsetjenestene
- NOU 2008:9 Med barnet i fokus
- NOU 2008:14 Samstemt for utvikling?
- NOU 2008:15 Barn og straff
- NOU 2009:1 Individ og integritet. Personvern i det digitale samfunnet
- NOU 2009:5 Farskap og annen morskap. Fastsettelse og endring av foreldreskap

### **Odelstingsproposisjoner (Ot.prp.)**

- Ot.prp. 27 (1967–68) Om lov om trossamfunn m.m.
- Ot.prp. 8 (1986–87) Om lov om endring i barneloven § 30 (vold og annen mishandling av barn)
- Ot.prp. 51 (1987–88) Om lov om endringer i plan- og bygningsloven 14. juni 1985 nr. 77 og i visse andre lover om arealdisponering
- Ot.prp. 29 (1990–91) Om lov om sosiale tjenester m.v. (sosialloven)
- Ot.prp. 44 (1991–92) Om lov om barneverntjenester (barnevernloven)
- Ot.prp. 59 (1992–93) Om tilpasningen av særlovgivningen til ny kommunelov
- Ot.prp. 46 (1997–98) Om lov om grunnskolen og den videregående opplæringa (opplæringslova)
- Ot.prp. 3 (1998–99) Om lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)
- Ot.prp. 12 (1998–99) Lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven)
- Ot.prp. 92 (1998–99) Om lov om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven)
- Ot.prp. 99 (1998–99) Om lov om endringer i lov 19. november 1982 nr. 66 om helsetjenesten i kommunene og i visse andre lover (fastlegeordningen)

- Ot.prp. 66 (2000–01) Om lov om helseforetak m.m.
- Ot.prp. 29 (2002–03) Om lov om endringer i barneloven mv
- Ot.prp. 45 (2002–03) Om lov om endring i menneskerettsloven mv. (innarbeiding av barnekonvensjonen i norsk lov)
- Ot.prp. 35 (2004–05) Om lov om endringer i likestillingsloven mv. (Gjennomføring av Europaparlaments- og rådsdirektiv 2002/73/EF og innarbeiding av FN-konvensjonen om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner med tilleggsprotokoll i norsk lov)
- Ot.prp. 41 (2004–05) Om lov om norsk statsborgerskap (statsborgerloven)
- Ot.prp. 64 (2004–05) Om lov om endringer i lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester og lov 13. desember 1991 nr. 81 om sosiale tjenester (sosialtjenesteloven) m.v.
- Ot.prp. 72 (2004–05) Om lov om barnehager (barnehageloven)
- Ot.prp. 103 (2004–05) Om lov om endringer i barnelova mv. (omfang av samvær, styrking av meklingsordningen, tiltak for å beskytte barn mot overgrep, foreldreansvar etter dødsfall, tilbakebetaling av barnebidrag mv.)
- Ot.prp. 8 (2007–08) Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 mv. (skjerpene og formildende omstendigheter, folkemord, rikets selvstendighet, terrorhandlinger, ro, orden og sikkerhet, og offentlig myndighet)
- Ot.prp. 11 (2007–08) Om lov om endringer i straffeprosessloven mv. (styrket stilling for fornærmede og etterlatte)
- Ot.prp. 22 (2008–09) Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 (siste delproposisjon – slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning)
- Ot.prp. 32 (2007–08) Om lov om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven) (plandelen)
- Ot.prp. 69 (2008–09) Om lov om endringer i barnevernloven
- Ot.prp. 93 (2008–09) Om lov om endringer i menneskerettsloven mv. (inkorporering av kvinnediskrimineringskonvensjonen)

Ot.prp. 104 (2008–09) Om lov om endringer i barnelova mv.

### **Innstillinger til Odelstinget (Innst. O)**

- Innst. O. 20 (1986–87) Innstilling fra justiskomiteen om lov om endring av barneloven § 30 (vold og annen mishandling av barn)
- Innst. O. 9 (1991–92) Innstilling fra sosialkomiteen om lov om sosiale tjenester mv. (sosialloven)
- Innst. O. 80 (1991–92) Innstilling fra forbruker og administrasjonskomiteen om lov om barneverntjenester (barnevernloven)
- Innst. O. 91 (1998–99) Innstilling fra sosialkomiteen om lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven)
- Innst. O. 35 (2005–06) Innstilling fra familie- og kulturkomiteen om lov om endringer i barnelova mv. (omfang av samvær, styrking av meklingsordningen, tiltak for å beskytte barn mot overgrep, foreldreansvar etter dødsfall, tilbakebetaling av barnebidrag mv.)
- Innst. O. 73 (2008–09) Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 mv. (siste delproposisjon – slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning)
- Innst. O. 121 (2008–09) Innstilling fra familie- og kulturkomiteen om lov om endringer i barnevernloven

### **Stortingsmeldinger (St. meld)**

- St.meld. 40 (2001–02) Om barne- og ungdomsvernet
- St.meld. 45 (2002–03) Betre kvalitet i dei kommunale pleie- og omsorgstenestene
- St.meld. 17 (2004–05) Makt og demokrati
- St.meld. 25 (2005–06) Mestring, muligheter og mening. Framtidas omsorgsutfordringer
- St.meld. 33 (2007–08) Eit sterkt lokaldemokrati

### **Stortingsdokument (St. dok)**

- St.dok. 3:5 (2000–01) Riksrevisjonens undersøkelse om tildeling og utmåling av hjelpestønad til barn og unge under 18 år
- St.dok. 3:10 (2002–03) Riksrevisjonens undersøkelse av oppfølging og tilsyn i barnevernet
- St.dok. 3:10 (2005–06) Riksrevisjonens undersøkelse av opplæringen i grunnskolen
- St.dok. 3:7 (2006–07) Riksrevisjonens undersøkelse av tilbudet til barn og unge med psykiske problemer

### **Stortingsproposisjoner (St.prp.)**

- St.prp. 104 (1989–90) Om samtykke til ratifikasjon, med visse forbehold, av De Forente nasjoners Konvensjon av 20. november 1989 om barnets rettigheter
- St.prp. 2 (2007–08) Om samtykke til ratifikasjon av Europarådets konvensjon 3. mai 2005 om tiltak mot menneskehandel

### **Innstillinger til Stortinget (Innst. S.)**

- Innst. S. 7 (1990–91) Innstilling fra utenriks- og konstitusjonskomiteen om samtykke til ratifikasjon, med visse forbehold, av De Forente Nasjoners Konvensjon av 20. november 1989 om barnets rettigheter
- Innst. S. 121 (2002–03) Innstilling fra familie-, kultur- og administrasjonskomiteen om barne- og ungdomsvernet
- Innst. S. 163 (2008–09) Innstilling fra kommunal- og forvaltningskomiteen om eit sterkt lokaldemokrati

### **Rundskriv**

- I-42/98 Tilleggsrundskriv til rundskriv I-1/93 til lov om sosiale tjenester m v
- Rundskriv til kontantstøtteleven av 15. jan. 2001 nr. 11 (Rikstrygdeverket)

- I-34/2001 Sosialtjenesteloven kapittel 5
- U-2/2002 Tilleggsrundskriv til rundskriv I-34/2001
- I-8/2003 Kosmetisk kirurgi – fortolkning av relevant regelverk (Helsedepartementet. Juni 2003).
- IS 12-2004 Lov om pasientrettigheter (Sosial- og helsedirektoratet. Juli 2004).
- IS-1415 Dødsstedsundersøkelser ved plutselig uventet barnedød. Vurdering av forslag fra Barnedødsårsaksprosjektet (Sosial- og helsedirektoratet. November 2006).
- A-3/2006 Retningslinjer for hvem som skal gis midlertidig botilbud i asylmottak etter endelig avslag på søknad om asyl
- I-2/2008 Utgifter ved helsehjelp i norske helseinstitusjoner under den offentlige spesialisthelsetjenesten blant annet for personer som ikke er bosatt i Norge
- A-44/2008 Statlege rettleiande retningslinjer for utmåling av økonomisk stønad til livsopphald
- IS-1663 Migrasjon og helse – utfordringer og utviklingstrekk (Helsedirektoratet. Mai 2009)

### **Veiledere og rundskriv fra Barne- og likestillingsdepartementet**

- Q-1162B Til barnets beste – samarbeid mellom barnehagen og barneverntjenesten (Barne- og likestillingsdepartementet og Kunnskapsdepartementet. August 2009)
- Q-11/2006 Barnevernets ansvar for mindreårige som er utsatt for menneskehandel og samarbeid med andre etater (Barne- og likestillingsdepartementet. Juli 2006)
- Q-1121B Veileder om barnevernets rolle ved mistanke om overgrep under samvær (Barne- og likestillingsdepartementet. Juli 2006)
- Q-1106B Artikkelsamling: Samtaler med små barn i saker etter barneloven (Barne- og likestillingsdepartementet. Juni 2006)
- Q-27/  
2006B Deltakelse og innflytelse fra barn og ungdom – informasjon og veiledning for arbeidet i kommunene (Barne- og

likestillingsdepartementet 2006)

Q-24/2005 Barnevernet og taushetsplikten, opplysningsretten og opplysningsplikten (Barne- og likestillingsdepartementet. Mars 2005)

Q-15/2004 Om saksbehandlingsregler i barnefordelingsaker for domstolene og høring av barn (Barne- og likestillingsdepartementet. Mars 2004)

### **Rapporter fra Statens helsetilsyn**

Rapport 4/2007 Ikkje likeverdige habiliteringstenester til barn. Oppsummering av landsomfattande tilsyn med habiliteringstenester til barn 2006 (Statens helsetilsyn. Mars 2007)

Rapport 5/2009 Oppsummering av landsomfattande tilsyn i 2008 med kommunale helse-, sosial og barneverntjenester til utsatte barn. Utsatte barn og unge – behov for bedre samarbeid (Statens helsetilsyn. Mars 2009)

### **Høringsnotat**

Innarbeiding av Barnekonvensjonen i norsk lov : høringsnotat, Justis- og politidepartementet, 14. feb. 2001 (S nr. 01/1694 EO)

Høringsnotat om forslag til endringer i forskrift 4. desember 1992 nr. 915 til lov om sosiale tjenester m.v. kapittel 1 Utenlandske statsborgeres rett til sosialhjelp, Sosialdepartementet, 25. mars 2004 (SOS 200301958-/CSH)

Høring – forslag til endring barneloven § 30 tredje ledd (fysisk avstraffelse av barn), Barne- og likestillingsdepartementet, 21. nov. 2008 (200804119-/KSSS)

Høring om arbeid og omsorg – Forslag til lovendringer med sikte på å bedre mulighetene til å kombinere arbeid med pleie- og omsorgsoppgaver, Arbeids- og inkluderingsdepartementet, 8. des. 2008 (200806068-/GJS)

Høringsforslag – Forslag til kapittel 4, 17, 18 og 20 i ny utlendingsforskrift. Arbeids- og inkluderingsdepartementet, 24. mars 2009 (200901648-/KEAB)

Høringsnotat med forslag til endringer i forskrift 21. desember 2000 nr. 1378 om leges melding til politiet om unaturlig dødsfall og lignende. Obligatorisk tilbud om dødsstedsundersøkelse i regi av helsetjenesten der barn i alderen 0 til 3 år dør plutselig og uventet. Helse- og omsorgsdepartementet, 13. mai 2008 (200802045-/ASD)



## **Litteraturliste**

### **Alen m.fl., A Commentary =**

André Alen m.fl. (red), *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child* (Leiden/Boston. Martinus Nijhoff Publishers 2005–).

### **Alston (red.), The Best Interests of the Child =**

Philip Alston, *The Best Interests of the Child: Reconciling Culture and Human Rights* (Oxford. Oxford University Press 1994).

### **Andenæs m.fl., Alminnelig strafferett =**

Johs. Andenæs, Magnus Matningsdal og Fredrik Rieber-Mohn, *Alminnelig strafferett* (Oslo. Universitetsforlaget 5. utg. 2004).

### **Andenæs/Bayegan, Juristkontakt 5/2009 =**

Kristian Andenæs og Charlotte Bayegan, *Rett til helsehjelp for personer uten lovlig opphold i Norge*, *Juristkontakt 5/2009* s. 55–57.

### **Andenæs/Fliflet, Statsforfatningen =**

Johs. Andenæs og Arne Fliflet, *Statsforfatningen i Norge* (Oslo. Universitetsforlaget. 10. utg. 2006).

### **Andersson (red.), Kunnskapsstatus om det samlede tjenestetilbudet til barn og unge =**

Helle Wessel Andersson m.fl. (red.), *Kunnskapsstatus om det samlede tjenestetilbudet til barn og unge*, SINTEF Helse, rapport 03/05 (Trondheim. SINTEF 2005).

### **Andreassen, TFE 2004 =**

Pål M. Andreassen, *Erstatningsansvar for unnlatt omsorgsovertakelse i barnevernet – intern norsk rett og EMK/EMD*, *TfE 2004* s. 272–278.

### **Archard, Children =**

David Archard, *Children. Rights and childhood* (London/New York. Routledge. 2. utg. 2004).

### **Archard/Skivenes, IJCR 2009 =**

David Archard og Marit Skivenes, *Balancing a Child's Best Interests and a Child's Views*, *International Journal of Children's Rights* 2009 s. 1–21.

### **Backer, Barneloven =**

Inge Lorange Backer, *Barneloven* (Oslo. Universitetsforlaget. 2. utg. 2008).

### **Backer, FS-Fleischer =**

Inge Lorange Backer, *Kan foreldrene gi barna en «lett klaps»?*, Ole Kristian Fauchald m.fl., *dog er Fred ej det Bedste ...*, festskrift til Carl August Fleischer (Oslo. Universitetsforlaget 2006).

### **Backer, FS-Lødrup =**

Inge Lorange Backer, *Om gjennomføringen av barnekonvensjonen i norsk rett*, Kirsti

Strøm Bull m.fl., *Bonus Pater Familias*, festskrift til Peter Lødrup (Oslo. Gyldendal 2002).

**Backe-Hansen, Å sende en bekymringsmelding =**

Elisabeth Backe-Hansen, Å sende en bekymringsmelding – eller la det være? En kartlegging av samarbeidet mellom barnehage og barnevern NOVA Notat 6/2009 (Oslo. Norsk institutt for forskning om oppvekst, velferd og aldring 2009).

**Baldersheim m.fl., Kommunalt selvstyre i velferdsstaten =**

Harald Baldersheim m.fl., *Kommunalt selvstyre i velferdsstaten* (Oslo. Tano Aschehoug 1997).

**Bernt, FS-Jussformidlingen =**

Jan Fridthjof Bernt, *Sosialomsorgen – en historie om løftebrudd og lovbrudd*, i *Festskrift til Jussformidlingen*, red. Thomas Eeg (Bergen 2008). Utgitt som Det juridiske fakultets skriftserie nr. 114.

**Boele-Woelki m.fl., Principles of European Family Law =**

Katharina Boele-Woelki m.fl., *Principles of European Family Law regarding Parental Responsibilities* (Antwerpen/Oxford. Intersentia 2007).

**Borgen, MR 1999 =**

Marianne Borgen, *Barnekonvensjonen bør bli norsk lov*, *Mennesker og Rettigheter* 1999 s. 73–74.

**Bratholm, LoR 1992 =**

Anders Bratholm, *FNs konvensjon om barns rettigheter og konsekvensene for Norge*, *LoR* 1992 s. 219–234.

**Breen, Age Discrimination and Children's Rights =**

Claire Breen, *Age Discrimination and Children's Rights. Ensuring Equality and Acknowledging Difference* (Leiden/Boston. Martinus Nijhoff Publishers 2006).

**Bårdsen, Krenkelser og klager =**

Arnfinn Bårdsen, *Krenkelser og klager* (Oslo. Universitetsforlaget 1999).

**Carter, IJCR 2006 =**

Mark Carter, *Corporal punishment and prosecutorial discretion in Canada*, *The International Journal of Children's Rights* 2004 s. 41–70.

**Clausen/Kristofersen, Barnevernsklinter i Norge =**

Sten-Erik Clausen og Lars B. Kristofersen, *Barnevernsklinter i Norge 1990–2005. En longitudinell studie*, NOVA-rapport 3/2008 (Oslo. Norsk institutt for forskning om oppvekst, velferd og aldring 2008).

**Collin-Hansen, Barnets rett til opplæring =**

Ragnhild Collin-Hansen, *Barnets rett til opplæring og til vern mot marginalisering i skolen* (Bergen. Avhandling for graden dr. juris (UiB) 2007).

**Craig/Búrca, EU Law =**

Paul Craig og Gráinne de Búrca, EU Law. Text, cases and Materials (Oxford. Oxford University Press. 4. utg. 2007).

**Detrick, A Commentary =**

Sharon Detrick, A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child (Haag/Boston/London. Martinus Nijhoff Publishers 1999).

**Detrick, Travaux Préparatoires =**

The United Nations Convention on the Rights of the Child. A guide to the "Travaux Préparatoires", samlet og redigert av Sharon Detrick med bidrag fra Jaap Doek og Nigel Cantwell (Dordrecht/Boston/London. Martinus Nijhoff Publishers 1992).

**Eckhoff/Smith, Forvaltningsrett =**

Torstein Eckhoff og Eivind Smith, Forvaltningsrett (Oslo. Universitetsforlaget. 8. utg. 2006).

**Eide m.fl., Economic Social and Cultural Rights =**

Asbjørn Eide, Catarina Krause og Allan Rosas, Economic Social and Cultural Rights. A textbook (Dordrecht/Boston/London. Martinus Nijhoff Publishers. 2. utg. 2001).

**Einarsen, MR 1998 =**

Terje Einarsen, Barnekonvensjonens status og rolle i asylsaker, Mennesker og rettigheter 1998 s. 157–163.

**Eriksen m.fl., NOVA-rapport 11/03 =**

John Eriksen m.fl., Omsorgslønn til foreldre med funksjonshemmede barn. Lønn, påskjønnelse eller avlat?, NOVA Rapport 11/2003/ØF-Rapport nr. 9/2003 (Østlandsforskning og Norsk institutt for forskning om oppvekst, velferd og aldring. Oslo 2003).

**Fottrell (red.), Revisiting Children's Rights =**

Deidre Fottrell, Revisiting Children's Rights. 10 years of the UN Convention on the Rights of the Child (Haag. Kluwer 2000).

**Freeman, The moral status =**

Michael Freeman, The Moral Status of Children. Essays on the Rights of the Child (Haag. Martinus Nijhoff Publishers 1997).

**Gisholt, Barns rett til å bli hørt =**

Marianne Aasland Gisholt, Barns rett til å bli hørt i saker om omsorgsovertakelse (Masteroppgave. Universitetet i Oslo. 2007). Tilgjengelig på [www.duo.uio.no](http://www.duo.uio.no).

**Graver, Forvaltningsrett =**

Hans Petter Graver, Almennelig forvaltningsrett (Oslo. Universitetsforlaget. 3. utg. 2007).

**Harris m.fl., European Convention =**

David Harris, Michael O'Boyle og Colin Warbrick, Law of the European Convention on Human Rights (Oxford. Oxford University Press. 2. utg. 2009).

**Haugli, FAB 2003 =**

Trude Haugli, Partsrettigheter i barnevernssaker når andre enn foreldrene krever samværsrett, FAB 2003 s. 48–59.

**Haugli, FS-Lødrup =**

Trude Haugli, Det mangfoldige barnets beste, i Bull m.fl., Bonus Pater Familias, festskrift til Peter Lødrup (Oslo. Gyldendal 2002) s. 313–326.

**Haugli, JV 2007 =**

Trude Haugli, Lov om barn og foreldre, Jussens Venner 2007 s. 325–388.

**Haugli, Samværsrett =**

Trude Haugli, Samværsrett i barnevernssaker (Oslo. Universitetsforlaget. 2. utg. 2000).

**Hedlund (red.), Barnerett =**

Mary-Ann Hedlund (red.), Barnerett – i et internasjonalt perspektiv (Bergen. Fagbokforlaget 2008).

**Hubert/Graver, Barnekonvensjonen =**

Claire Hubert og Ane Broch Graver, Barnekonvensjonen – ballongen som sprakk, Barnekonvensjonen i forhold til norsk praksis i familiegjennforeningssaker, i Juss-Buss, Tvers igjennom lov til seier (Oslo. Unipax 2001) s. 63–69.

**Hodgkin/Newell, Implementation Handbook =**

Rachel Hodgkin og Peter Newell, Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child (Geneve/New York. UNICEF 3. edn. 2007).

**Hollander m.fl., Barn och rätt =**

Anna Hollander m.fl., Barn och rätt: bidrag från forskarkolleger tillägnade Åke Saldeen (Uppsala. Iustus 2004).

**Holmboe, LoR 2009 =**

Morten Holmboe, Hjemmesoning, foreldreansvar og barnerett, LoR 2009 s. 64–65.

**Holgensen, Barnerett =**

Gudrun Holgensen, Barnerett (Kristiansand. Høyskoleforlaget 2008).

**Holgensen, Rettigheter og rettslige forpliktelser =**

Gudrun Holgensen, Rettigheter og rettslige forpliktelser i barnevernet. Det juridiske fakultets skriftserie nr. 81 (Bergen. 2000).

**Hvinden, Velferd 2009 =**

Mot en ny mer samordnet EU-politikk om innvandring: «Festning Europa» eller vekt på menneskerett og likebehandling? Velferd - Magasinet for arbeid, velferd og helse, 98(2) s. 32–33 (2009).

**Høstmælingen m.fl., Barnekonvensjonen =**

Njål Høstmælingen (red.) m.fl., Barnekonvensjonen – Barns rettigheter i Norge (Oslo. Universitetsforlaget 2008).

**Høstmælingen, Internasjonale menneskerettigheter =**

Njål Høstmælingen, Internasjonale menneskerettigheter (Oslo. Universitetsforlaget 2003).

**Høstmælingen/Nystuen, Usynlig barnekonvensjon?, MR 2001 =**

Njål Høstmælingen og Gro Nystuen, Usynlig barnekonvensjon?, Mennesker og rettigheter 2001 s. 79–83.

**Johnsen, Tfr 2006 =**

Hva ble Norge dømt for i Strasbourg?, Tfr 2006 s. 1–70.

**Jørgensen, Barns rett til å bli hørt =**

Bethina Jørgensen, Barns rett til å bli hørt i saker etter barnevernloven (Masteroppgave. Universitetet i Oslo. 2007). Tilgjengelig på [www.duo.uio.no](http://www.duo.uio.no).

**Jørgensen, Børns rettigheter i socialrettlige og familieretlige saker, TFA 2007 =**

Stine Jørgensen, Børns rettigheter i socialrettlige og familieretlige saker, Tidsskrift for familie- og arveret 2007 s. 325–332.

**Ketscher, Børns menneskerettigheter =**

Kirsten Ketscher, Børns menneskerettigheter. Om FNs børnekonvention i dansk ret, i Stine Jørgensen m.fl. (red.), Nye rettlige design. Dansk ret under konkurrence (København. Jurist- og Økonomforbundets forlag 2003) s. 7–26.

**Kilkelly, The Child and the European Convention =**

Ursula Kilkelly, The Child and the European Convention on Human Rights (Ashgate/Dartmouth, Aldershot m.fl. 1999).

**Kinander (red.), Makt og rett =**

Morten Kinander, Makt og rett, Om Makt- og Demokratiutredningens konklusjoner om rettsliggjøring av politikken og demokratiets forvitring (Oslo. Universitetsforlaget 2005).

**Kjellevold, MR 2006 =**

Alice Kjellevold, Sosiale menneskerettigheter – av betydning for norsk helse- og sosialrett, Nordisk tidsskrift for menneskerettigheter 2006 s. 301–317.

**Kjønstad m.fl., Sosial trygghet og rettssikkerhet =**

Asbjørn Kjønstad m.fl., Sosial trygghet og rettssikkerhet – under sosialtjenesteloven og barneverntjenesten (Bergen. Fagbokforlaget 2. utg. 2000).

**Kjølberg/Johansen, Barnefordelingstvister =**

Gunn-Mari Kjølberg og Sigrid Redse Johansen, Barnefordelingstvister. Håndbok i barnerettslige emner (Bergen. Fagbokforlaget 2006).

**Kjønstad/Syse, Velferdsrett I =**

Asbjørn Kjønstad og Aslak Syse, Velferdsrett I (Oslo. Gyldendal. 4. utg. 2008).

**Knapstad, KJ 2007 =**

Lene Knapstad, Barn som vitne i straffesak mot nærstående – vitnefritak, KJ 2007 s. 9–31.

**Kvilhaug, Atskillelse av barn og foreldre =**

Sverre Kvilhaug, Atskillelse av barn og foreldre (Isdalstø. Cita forlag 2005).

**Lidén/Rusten, Children & Society 2007 =**

Hilde Lidén og Hilde Rusten, Asylum, Participation and the Best Interests of the Child: New Lessons from Norway, Children & Society 2007 s. 273–283.

**Lindboe, Barnevernrett =**

Knut Lindboe, Barnevernrett (Oslo. Universitetsforlaget. 5. utg. 2008).

**Moldestad m.fl., Barnets talsperson =**

Bente Moldestad, Toril Havik, Elisabeth Backe-Hansen Barnets talsperson: en evaluering av ordningen med barnets talsperson (Bergen. Barnevernets utviklingscenter på Vestlandet 1998).

**Myhre, Rett til omsorgslønn =**

Helene Myhre, Rett til omsorgslønn (Masteroppgave. Universitetet i Bergen 2008). Tilgjengelig på [www.ub.uib.no/bora/](http://www.ub.uib.no/bora/).

**Nowak, CCPR Commentary =**

Manfred Nowak, U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary (N. P. Engel. Kehl/Strasbourg/Arlington. 2. utg. 2005)

**Ofstad/Skar, Barnevernloven =**

Kari Ofstad og Randi Skar, Barnevernloven med kommentarer (Oslo. Gyldendal. 5. utg. 2009).

**Oppedal, Akutthjemlene =**

Mons Oppedal, Akutthjemlene i barnevernloven (Oslo. Gyldendal 2008).

**Oppedal, FAB 2008 =**

Mons Oppedal, Vold og seksuelle overgrep som argument i avgjørelser etter barneloven, FAB 2008 s. 107–122.

**Overå/Bernt, Kommuneloven**

Oddvar Overå og Jan Fridthjof Bernt, Kommuneloven med kommentarer (Oslo. Kommuneforlaget. 2. utg. 2006).

**Ovey/White, European Convention =**

Clare Ovey og Robin C. A. White, Jacobs & White, The European Convention on Human Rights (Oxford. Oxford University Press. 4. utg. 2006).

**Rasmussen, Kommunikasjonsrett og taushetsplikt =**

Ørnulf Rasmussen, Kommunikasjonsrett og taushetsplikt i helsevesenet (Ålesund. Borgund 1997).

**Røsæg, LoR 1998 =**

Erik Røsæg, Asylsøkerbarns sosiale rettigheter, LoR 1998 s. 141–159.

**Sandberg, KJ 2004 =**

Kirsten Sandberg, Inkorporeringen av FNs barnekonvensjon i norsk rett, Kritisk Juss 2004 s. 316–329.

**Sandberg, Tilbakeføring =**

Kirsten Sandberg, Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse (Oslo. Gyldendal 2003).

**Schei m.fl., Tvisteloven =**

Tore Schei m.fl., Tvisteloven. Kommentartutgave, bind II (Oslo. Universitetsforlaget 2007).

**Skivenes, Retfærd 2003 (102) =**

Marit Skivenes, Biologi og barnets beste i barneverntjenesteloven, Retfærd 2003 (102) s. 73–88.

**Skivenes, Norges barnevern 2003 =**

Marit Skivenes, Et innlegg mot det biologiske prinsipp i barneverntjenesteloven, Norges barnevern 2003 nr. 1 s. 23–25.

**Skjørten, Samlivsbrudd og barnefordeling =**

Kristin Skjørten, Samlivsbrudd og barnefordeling (Oslo. Gyldendal 2005).

**Smith/Lødrup, Barn og foreldre =**

Lucy Smith og Peter Lødrup, Barn og foreldre (Oslo. Gyldendal 7. utg. 2006).

**Smith, FAB 2004 =**

Lucy Smith, Barnets beste og barnets uttalerett, FAB 2004 s. 223–231.

**Smith, FAB 2008 =**

Lucy Smith, Nyere utvikling i barneretten FAB 2008 s. 84–94.

**Smith = Foreldremyndighet og barnerett**

Lucy Smith, Foreldremyndighet og barnerett (Oslo. Universitetsforlaget 1980).

**Smith, JV 1991 =**

Lucy Smith, Barn, foreldre og menneskerettigheter, Jussens Venner 1991 s. 101–122.

**Smith, MR 1999 =**

Lucy Smith, Norsk barnevernlovgivning og internasjonale menneskerettighetsstandarder, Mennesker og Rettigheter 1999 s. 357–366.

**Stang, Det er barnets sak =**

Elisabeth Gording Stang, Det er barnets sak. Barnets rettsstilling i sak om hjelpetiltak etter barnevernloven § 4-4 (Oslo. Universitetsforlaget 2007).

**Strandbakken, LoR 2003 =**

Asbjørn Strandbakken, Simpson i Strasbourg, LoR 2003 s. 231–248.

**Sund, IJCR 2006 =**

Lars-Göran Sund, The Rights of the Child as Legally Protected Interests, The International Journal of Children's Rights 2006 s. s. 327–337.

**Syse, Abortloven =**

Aslak Syse, Abortloven. Juss og verdier (Oslo. Ad Notam Gyldendal 1993).

**Syse, LoR 2004 =**

Aslak Syse, Ulovlig i Norge – og uten menneskerettigheter, LoR 2004 s. 577–578.

**Syse, Pasientrettighetsloven =**

Aslak Syse, Pasientrettighetsloven med kommentarer (Oslo. Gyldendal. 3. utg. 2009).

**Søvig, FAB 2003 =**

Karl Harald Søvig, Forholdet mellom mor og barn under gjennomføring av fengselsopphold («Kvinnefengsel-saken»), FAB 2003 s. 134–141.

**Søvig, FAB 2005 s. 59-71=**

Karl Harald Søvig, Statens ansvar for unnlatte barnevernstiltak, FAB 2005 s. 59-71.

**Søvig, FAB 2005 s. 123-130 =**

Avskjæring av samvær mellom søsken, FAB 2005 s. 123-130.

**Søvig, JV 2006 =**

Karl Harald Søvig, Minstestandarder og universalitet i norsk helse- og sosialrett, sett i lys av FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, Jussens Venner 2006 s. 36-56.

**Tjomsland (red.), Barnevern og omsorgsovertakelse =**

Steinar Tjomsland (red.), Barnevern og omsorgsovertakelse (Oslo. Kommuneforlaget. 2. utg. 2003).

**Tolonen, KJ 2008 =**

Paula Tolonen, Irregulære migranter – de papirløse, Kritisk Juss 2008 s. 125–134.

**van Bueren, Law on the Rights of the Child =**

Geraldine van Bueren, The International Law on the Rights of the Child (Dordrecht/Boston/London. Martinus Nijhoff Publishers 1995).

**UNHCHR, Legislative History =**

Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Legislative History of the Convention on the rights of the child, vol. I og II (HR/PUB/07/1. New York/Geneve 2007).

**Zhang, Methods for determining the number of unauthorized foreigners =**

Li-Chun Zhang, Developing methods for determining the number of unauthorized foreigners in Norway, rapport 11/2008 (Oslo. Statistisk sentralbyrå 2008).

**Ytrehus, Fattige barn i Norge =**

Siri Ytrehus, Fattige barn i Norge. Hvem er de og hvor bor de?, FAFO-rapport 445 (Oslo. 2. rev. utg. 2004).



**Aall, LoR 2003 =**

Jørgen Aall, Uskyldspresumsjonen etter frifinnende dom, LoR 2003 s. 249–256.

**Aall, Rettsstat og menneskerettigheter =**

Jørgen Aall, Rettsstat og menneskerettigheter (Bergen. Fagbokforlaget. 2. utg. 2007).

**Aasen, FAB 2008 =**

Henriette Sinding Aasen, Barns rett til selvbestemmelse og medbestemmelse i beslutninger om helsehjelp, FAB 2008 s. 4–27.

**Nasjonale rettsavgjørelser****Høyesterettsavgjørelser**

Kjennelse 27. mars 2001; HR-2001-321-U (Barnevern. Barns partsrettigheter).....	62
Dom 3. juni 2009; HR-2009-1129-A (Arbeidsrett).....	23
Dom 5. juni 2009; HR-2009-1151-A (Utlendingsrett. Utvisning ved omsorgsansvar).....	23
Dom 29. juni 2009; HR-2009-1360-A (Straffutmåling for barn).....	23
Beslutning 3. april 2009, HR-2009-762-U (Uttransportering av mindreårig).....	37
Rt. 1989 s. 320A (Barnefordeling. Bosted).....	146; 147
Rt. 1990 s. 239U (Barnefordeling. Samvær).....	146; 147
Rt. 1990 s. 874A («Fusa-dommen»).....	100; 102
Rt. 1993 s. 811A (Opplæringsrett. Spesialundervisning).....	87
Rt. 1993 s. 1591U (Utlendingsrett. Bortvisning av mindreårige).....	23; 26; 115
Rt. 1994 s. 940U (Barnefordeling. Samvær).....	146
Rt. 1994 s. 1244A («Kvinnefengsel I»).....	40; 65
Rt. 1994 s. 1394A (Barnefordeling. Samvær).....	146
Rt. 1995 s. 40A (Straffutmåling for barn).....	24
Rt. 1995 s. 139U (Utlendingsrett. Prosess).....	23
Rt. 1995 s. 149U (Utlevering. Omsorgsansvar).....	26
Rt. 1995 s. 1071U (Barnefordeling).....	25
Rt. 1995 s. 1152U (Barnefordeling. Samvær).....	146
Rt. 1995 s. 1815U (Utlendingsrett. Utvisning ved omsorgsansvar).....	23
Rt. 1996 s. 398A (Barnefordeling. Foreldreansvar, bosted og samvær).....	146
Rt. 1996 s. 473U (Frihetsberøvelse av barn etter utlendingsloven).....	24
Rt. 1996 s. 551A (Utlendingsrett. Utvisning ved forsørgeransvar).....	23
Rt. 1996 s. 568 (Utlendingsrett. Utvisning ved forsørgeransvar).....	23
Rt. 1996 s. 1510A (Utlendingsrett. Utvisning ved omsorgsansvar).....	23; 27
Rt. 1996 s. 1684A (Barnevern. Omsorgsovertakelse og samvær).....	158
Rt. 1997 s. 422U (Farskap).....	26
Rt. 1997 s. 678U (Varetekt. Forsørgeransvar).....	23

Rt. 1997 s. 877A (Omsorgslønn. «Tolga-dommen») .....	87; 101
Rt. 1998 s. 4A (Straffutmåling for barnefar).....	23
Rt. 1998 s. 562U (Barnefordeling. Samvær).....	146
Rt. 1998 s. 899U (Farskap) .....	26
Rt. 1998 s. 1190A («Kvinnefengsel II») .....	26; 27; 65
Rt. 1998 s. 1471U (Barnevern. Barns partsrettigheter).....	62
Rt. 1998 s. 1592U (Barnevern. Hjelpeintervensjon).....	62
Rt. 1998 s. 1702A (Barnevern. Omsorgsovertakelse) .....	158
Rt. 1999 s. 490U (Barnevern. Partsrettigheter).....	63; 73
Rt. 1999 s. 1183U (Barnefordeling. Midlertidig avgjørelse. Barns uttalerett).....	83
Rt. 1999 s. 1883A (Barnevern. Omsorgsovertakelse) .....	158
Rt. 2000 s. 358U (Barnevern. Barns partsstilling) .....	62
Rt. 2000 s. 874U (Barnefordeling. Midlertidig avgjørelse. Barns uttalerett).....	83
Rt. 2000 s. 1811P («Finanger I») .....	21; 32
Rt. 2001 s. 146U (Barnefordeling. Hjelpeintervensjon fra barn).....	64
Rt. 2001 s. 733A (Straffutmåling for barn).....	24
Rt. 2001 s. 937U (Barnefordeling. Samvær).....	146
Rt. 2001 s. 1006A (KRL-faget) .....	25; 29; 30; 35; 181
Rt. 2002 s. 557P (Dobbeltforfølging. Tilleggsatt) .....	38
Rt. 2002 s. 875A (Barnevern. Omsorgsovertakelse og samvær).....	159
Rt. 2002 s. 908A (Barnevern. Avskjæring samvær).....	147
Rt. 2002 s. 1187A (Straffutmåling. Besittelse av barnepornografi) .....	24
Rt. 2003 s. 301A (Barnevern. Prosess. Fortidige rettsforhold) .....	40
Rt. 2003 s. 359P (Dobbeltforfølging. Tilleggsatt).....	38
Rt. 2003 s. 433A (Barns erstatningsansvar. Forsikringsrett) .....	50
Rt. 2003 s. 1468A (Erstatningskrav for unnlatt omsorgsovertakelse) .....	163
Rt. 2003 s. 1827A (Tvangsplassering. Bvl. § 4-24. Dobbeltforfølging).....	23
Rt. 2004 s. 545U (Varetektsfengsling av barn).....	24
Rt. 2004 s. 804A (Straffutmåling for barn).....	23
Rt. 2004 s. 811A (Barnefordeling. Barns uttalerett).....	25; 38; 79; 83
Rt. 2004 s. 999A (Barnevern. Omsorgsovertakelse) .....	158
Rt. 2004 s. 1046A (Barnevern. Avskjæring av samvær).....	23; 147; 158
Rt. 2004 s. 1580A (Besittelse av barnepornografi. Lovandendelse og straffutmåling) .....	25
Rt. 2004 s. 1653U (Straffeprosess. Motkjæremål) .....	23
Rt. 2004 s. 1655U (Varetektsfengsling av barn) .....	24
Rt. 2005 s. 1U (Fravikelse av asylmottak).....	122
Rt. 2005 s. 29A (Straffutmåling for barn).....	23
Rt. 2005 s. 33A (Straffutmåling for barn).....	23
Rt. 2005 s. 229A (Utlendingsrett. Utvisning ved omsorgsansvar).....	23

Rt. 2005 s. 358U (Varetektsfengsling av barn).....	23
Rt. 2005 s. 466U (Barnefordeling. Barns uttalerett).....	25
Rt. 2005 s. 624A (Barnevern. Omsorgsovertakelse).....	158
Rt. 2005 s. 833P (Uskyldspresumsjonen. Seksuell omgang med barn).....	24; 38
Rt. 2005 s. 1096A (Straffutmåling for barn).....	24
Rt. 2005 s. 1293A (Straffeprosess. Fritak for forklaringsplikt for barn).....	25; 55; 74
Rt. 2005 s. 1567A («Klapsesaken»).....	20; 24; 37; 38; 137; 139; 142
Rt. 2005 s. 1693U (Barnefordeling. Barns uttalerett).....	25; 83
Rt. 2006 s. 1308A (Barnevern. Omsorgsovertakelse).....	158
Rt. 2006 s. 1396U (Varetektsfengsling av barn).....	24
Rt. 2006 s. 1638U (Seksuell omgang mellom barn. Straffeprosess).....	23
Rt. 2006 s. 1672A (Barnevern. Omsorgsovertakelse og samvær).....	73
Rt. 2007 s. 234A (Forvaltningsrett. Avskjæring av domstolskontroll).....	21; 88
Rt. 2007 s. 333A (Straffutmåling. Varetektsurrogat for barn).....	24
Rt. 2007 s. 561A (Barnevern. Adopsjon).....	25; 158
Rt. 2007 s. 772U (Seksuell omgang mellom barn. Straffeprosess).....	23
Rt. 2007 s. 1573A (Utlendingsrett. Utvisning ved omsorgsansvar).....	23
Rt. 2008 s. 290U (Barnevern. Foreldres overprøvingsadgang).....	41
Rt. 2008 s. 513A (Utlendingsrett. Utsatt uttransportering. «Dar»-saken).....	19; 35
Rt. 2008 s. 560A (Utlendingsrett. Innreiseforbud ved omsorgsansvar).....	23
Rt. 2008 s. 849A (Barnevernprosess).....	23
Rt. 2008 s. 1764S (Straffeprosess. Manglende begrunnelse ved ankenektelse).....	36; 37
Rt. 2009 s. 334U (Barnevern. Ankenektelse).....	26
Rt. 2009 s. 411U (Barnevern. Barnets partsrettigheter).....	25; 26; 28; 63; 164
Rt. 2009 s. 534A (Utlendingsrett. Utvisning ved omsorgsansvar).....	22; 27; 35; 37; 115
Rt. 2009 s. 560A (Barnevern. Kommunens plikt til å fremme sak).....	26

## **Underrettsavgjørelser**

Dom 13. feb. 2004; LA-2004-2277 (Erstatningskrav for unnlatt omsorgsovertakelse).....	163
Dom 15. juli 2004; LB-2004-25674 (Barnevern. Barns partsstilling).....	164
RG 2005 s. 1307; Hålogaland (Erstatningskrav for unnlatt omsorgsovertakelse).....	163
Dom 31. mars 2006; LE-2005-67170 (Erstatningskrav for unnlatt inngripen overfor fosterforeldre).....	163
Dom 18. des. 2007; LB-2006-171370 (Erstatningskrav for unnlatt omsorgsovertakelse).....	163
Dom 22. des. 2008; LB-2008-81478 (Utlendingsrett. Mindreårig asylsøker).....	22; 37
Kjennelse 4. mai 2009; Stavanger tingrett («Max Manus»).....	171

## **Internasjonale rettsavgjørelser**

### **Avgjørelser fra EMD**

A. mot Norge, klagenr. 28070/06, dom. 9. apr. 2009, forel. upubl. ....	173
D.P. og J.C. mot Storbritannia, klagenr. 38719/97, dom 10. okt. 2002, upubl.....	162
Darren Omoregie m.fl. mot Norge, klagenr. 265/07, dom av 31. juli 2008, upubl. ....	115
E. m.fl. mot Storbritannia, klagenr. 33218/96, dom 26. nov. 2002, upubl. ....	162
E.B. mot Frankrike, klagenr. 43546/02, dom 22. jan. 2008 (Storkammer), upubl.....	19
Elsholz mot Tyskland, klagenr. 25735/94, dom 13. juli 2000 (GC), RJD 2000-VIII .....	144; 177
Eriksson mot Sverige, klagenr. 11373/85, dom 22. juni 1989, Serie A 156 .....	64
Folgerø mot Norge, klagenr. 15472/02, dom 29. juni 2007 (GC), upubl.....	181
I. og U. mot Norge, klagenr. 75531/01, beslutning 21. okt. 2004, upubl. ....	65; 177; 179
Jankovic mot Kroatia, klagenr. 38478/05, dom 5. mars 2009, forel. upubl. ....	162
Johansen mot Norge, klagenr. 17383/90, dom 7. aug. 1996, RJD-1996-III.....	42; 147
K.A. mot Finland, klagenr. 27751/95, dom 14. jan. 2003, upubl.....	145
K.T. mot Norge, klagenr. 26664/03, dom 25. sept. 2008, upubl.....	43; 149
K.U. mot Finland, klagenr. 2872/02, dom 2. des. 2002, upubl. ....	168; 171
Keegan mot Irland, klagenr. 16969/90, dom 26. mai 1994, Serie A 290.....	177
Kleuver mot Norge, klagenr. 45837/99, beslutning 30. apr. 2002, upubl.....	26; 64
Kutzner mot Tyskland, klagenr. 46544/99, dom 26. feb. 2002, RJD 2002-I .....	70
L. mot Finland, klagenr. 25651/94, dom 27. apr. 2000, upubl.....	145
Lebbink mot Nederland, klagenr. 45582/99, dom 1. juni 2004, RJD-2004-IV .....	177
Mikulic mot Kroatia, klagenr. 53176/99, dom 7. feb. 2002, RJD 2002-I .....	178
Nielsen mot Danmark, klagenr. 10929/84, dom 28. nov. 1988, Serie A 144.....	67
Olsson [I] mot Sverige, klagenr. 10465/83, dom 24. mars 1988, Serie A 130 .....	179
Olsson [II] mot Sverige, klagenr. 13441/87, dom 27. nov. 1992, Serie A no. 250.....	22
S. m.fl. mot Storbritannia, klagenr. 30562/04 m.fl., dom 4. des. 2008 (GC), forel. upubl.....	43
Sahin mot Tyskland, klagenr. 30943/96, dom 8. juli 2003 (GC), upubl. ....	70; 144
Sanchez Cardenas mot Norge, klagenr. 12148/03, dom 4. okt. 2007, upubl.....	145
Scozzari m.fl. mot Italia, klagenr. 39221/98 m.fl., dom 13. juli 2000 (GC), RJD 2000-VIII.....	64
Sommerfeld mot Tyskland, klagenr. 31871/96, dom 8. juli 2003 (GC), RJD 2003-VIII.....	144
Süss [I] mot Tyskland, klagenr. 40324/98, dom 10. nov. 2005, upubl.....	144
Tyrer mot Storbritannia, klagenr. 5856/72, dom 25. apr. 1978, Serie A no. 26 .....	19
von Hannover mot Tyskland, klagenr. 59320/00, dom 24. juni 2004, RJD 2004-VI.....	173
Üner mot Nederland, klagenr. 46410/99, dom 18. okt. 2006 (GC), upubl. ....	115
Yousef mot Nederland, klagenr. 33711/96, dom 5. nov. 2002, RJD 2002-VIII .....	177
Z. m.fl. mot Storbritannia, klagenr. 29392/95, dom 10. mai 2001 (GC), RJD 2001-V .....	162; 163

## **EF-domstolen**

Sak C-2000/02, dom av 19. okt. 2004, Saml. 2004 s. I-9925 («Zhu og Chen») ..... 44