



**U i T**

**NORGES  
ARKTISKE  
UNIVERSITET**

Det juridiske fakultet

# **Barns rett til nødvendig hjelp etter barnevernloven**

---

**Benedikte Liljedal Kristoffersen**

*Masteroppgave i rettsvitenskap, desember 2017*



# Innholdsfortegnelse

1	Innledning .....	1
1.1	Tema og problemstilling .....	1
1.2	Historisk tilbakeblikk .....	2
1.3	Metoder og kilder .....	4
1.4	Et barnerettslig bakteppe .....	5
1.4.1	Innledning .....	5
1.4.2	Barnets beste .....	6
1.4.3	Barnets rett til omsorg .....	7
1.4.4	Barns selvbestemmelsesrett .....	9
1.5	Veien videre .....	10
2	Rettighetsbegrepet .....	11
2.1	Innledning .....	11
2.2	Å ha en rett til ytelser – en individuell rett .....	12
2.3	Rettighetsbegrepet i velferdsretten .....	16
2.4	Særlige utfordringer ved barn som rettighetsinnehaver .....	17
2.5	”Rett til tvang” .....	20
3	Har barn rettskrav på hjelp etter gjeldende rett? .....	22
3.1	Innledning .....	22
3.2	Kan det utledes en rett til hjelp etter barnevernloven? .....	23
3.2.1	Innledning .....	23
3.2.2	Frivillige tiltak .....	24
3.2.3	Tvangstiltak .....	29
3.3	Prosessuelle rettigheter .....	32
3.3.1	Innledning .....	32
3.3.2	Saksbehandlingsregler og rettslig overprøving .....	32
3.3.3	Erstatning for unnlatt iverksettelse av omsorgsovertakelse .....	35

3.4	Konklusjon.....	37
4	Forslaget om barns rett til nødvendige barnevernstiltak.....	38
4.1	Innledning .....	38
4.2	Bakgrunn for lovforslaget.....	39
4.3	Hvilke tiltak skal rettighetsfestes etter departementets forslag?.....	40
4.3.1	Innledning .....	40
4.3.2	Frivillige tiltak .....	41
4.3.3	Tvangstiltak.....	43
4.4	Vilkårene for tiltak må være oppfylt.....	44
4.5	Nødvendighetskriteriet.....	45
4.6	Rettighetsbestemmelsens generelle utforming .....	48
4.7	Adgangen til å håndheve rettigheten.....	48
5	Rettighetsfesting- forbedring av barns rettslige posisjon?.....	49
5.1	Innledning .....	49
5.2	Foreldrenes rett eller en rett for barnet?.....	50
5.3	Kan en skjønnsmessig bestemmelse gi rettigheter?.....	51
5.4	Vil rettighetsbestemmelsen kunne håndheves av rettighetsinnehaveren? .....	54
5.5	Helhetlig vurdering av departementets lovforslag.....	54
	Kildeliste.....	56

# 1 Innledning

## 1.1 Tema og problemstilling

Tema for avhandlingen er barns rett til nødvendig hjelp etter barnevernloven.<sup>1</sup> Det som skal drøftes er hvilken rett barn har til hjelp etter gjeldende rett. I tillegg skal et forslag om å endre barnevernloven slik at loven blir en rettighetslov for barn, fremstilles og vurderes. Spørsmålet er om dette lovforslaget vil medføre realitetsendringer for barn.

Utgangspunktet er at foreldrene har det primære ansvaret for å sørge for at barns nødvendige omsorgsbehov blir dekket.<sup>2</sup> Alle foreldre klarer imidlertid ikke å gi barn god nok omsorg. I slike situasjoner faller ansvaret på staten, fordi Norge har forpliktet seg til å sørge for at barn gis tilstrekkelig grad av omsorg. Staten kan dermed sies å ha et subsidiært ansvar.<sup>3</sup> Statens og kommunens ansvar fremgår av formålet med barnevernloven, som er å sikre at *”barn og unge som lever under forhold som kan skade deres helse og utvikling, får nødvendig hjelp og omsorg til rett tid”*, jf. bvl. § 1-1. Videre skal barnevernloven bidra til at *”barn og unge får trygge oppvekstvilkår”*. For å oppfylle formålet med loven kan det iverksettes en rekke tiltak etter barnevernlovens kapittel 4. Disse tiltakene er utformet som plikter til barnevernet og fylkesnemnda.<sup>4</sup> Barnevernloven inneholder imidlertid ingen direkte formuleringer eller bestemmelser som gir barn rettigheter. Dette var et bevisst valg fra lovgiver.<sup>5</sup> I litteraturen er det imidlertid stilt spørsmål til om barnevernloven likevel gir visse rettigheter til barn. Noen har pekt på at barns rett til omsorg taler for at loven gir barn rettigheter, mens andre peker på at særlig bvl. §§ 4-4 andre ledd og 4-6 første ledd gir tydelige rettighetslementer.<sup>6</sup> Andre mener det er vanskelig å se forbi lovgivers klare standpunkt om at loven ikke skal forstås

---

<sup>1</sup> Lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester (Barnevernloven), heretter bvl.

<sup>2</sup> Barns grunnleggende rett til omsorg vil bli behandlet i punkt 1.4.3.

<sup>3</sup> Randi Sigurdson, ”Rett til barneverntjenester. Vil rettskrav styrke barns rettsstilling?”, *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2015 s. 316-346 (336).

<sup>4</sup> Dette blir fremstilt nærmere i avhandlingens kapittel 3.

<sup>5</sup> Se Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) om lov om barneverntjenester (barnevernloven), s. 6-7.

<sup>6</sup> Elisabeth Gording Stang, *Det er barnets sak. Barnets rettsstilling i sak om hjelpetiltak etter barnevernloven § 4-4*, Oslo 2007, Kirsten Sandberg, *Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse*, Oslo 2003, og Gudrun Holgersen, *Rettigheter og rettslige forpliktelser i barnevernet*, Det juridiske fakultets skriftserie nr. 81, Bergen 2000.

slik.<sup>7</sup> Spørsmålet om barns rett til nødvendig hjelp har fått fornyet aktualitet ved fremstillingen av nytt lovforslag i NOU 2016:16 og Prop. 169 L (2016-2017).<sup>8</sup>

Avhandlingen tar sikte på å drøfte spørsmålet om en eventuell rettighetsfesting av barns rett til nødvendig hjelp vil føre til en realitetsendring for barn. Spørsmålet reiser flere problemstillinger. Barn er mindreårige, og av denne grunn kan det stilles spørsmål til om barn kan ha rettigheter og hvilke problemer det kan skape når barnet blir rettighetsinnehaver. Videre inneholder barnevernloven frivillige tiltak og tvangstiltak. Det vil dermed være et særlig spørsmål om det er mulig å gi rett til tvang. Ytterligere vil det kunnes stilles spørsmål til om loven i dag inneholder rettigheter for barn og om en lovendring vil ha noen realitet for barns rettslige posisjon. Disse spørsmålene vil bli drøftet i avhandlingen.

## 1.2 Historisk tilbakeblikk

Spørsmålet om barns rett til nødvendig hjelp skal lovfestes har vært gjenstand for en pågående debatt. Flere utredninger har foreslått å endre barnevernloven slik at også denne loven gir individuelle rettigheter.<sup>9</sup> Spørsmålet er imidlertid blitt avvist fra departementshold. Det er derfor nødvendig å foreta et tilbakeblikk på hvilke argumenter som ble benyttet ved de tidligere drøftelsene rundt temaet. Herunder hvorfor argumentene ikke har fått gjennomslag.

Når barnevernloven i 1992 skulle vedtas, ble det stilt spørsmål om loven skulle inneholde en rettighetsbestemmelse for barn.<sup>10</sup> Departementet konkluderte med at barnevernloven ikke skulle være en rettighetslov for barn.<sup>11</sup> En av grunnene for departementets syn var at det var unaturlig å gi rett til tvang.<sup>12</sup> En annen grunn for departementets standpunkt var at det ville være vanskelig å fastslå innholdet i retten, fordi barnevernloven er svært skjønnsmessig.<sup>13</sup> Dermed ville det være vanskelig å forutse hva rettskravet skulle bestå av.

---

<sup>7</sup>Se eksempelvis Mons Oppedal, *Akutthjemlene i barnevernloven*, Oslo 2008.

<sup>8</sup> NOU 2016:16 Ny barnevernslov. Sikring av barns rett til omsorg og beskyttelse, og Prop. 169 L (2016-2017) Endringer i barnevernloven mv. (bedre rettssikkerhet for barn og foreldre).

<sup>9</sup> Både innenfor trygderetten, helseretten og sosialretten er det blitt vanlig å gi individuelle rettigheter, se nærmere om dette i avhandlingens kapittel 2.

<sup>10</sup> Se Ot.prp.nr. 44 (1991-1992) s. 6-7.

<sup>11</sup> Op.cit s. 7.

<sup>12</sup> Op.cit s. 6-7.

<sup>13</sup> Op.cit s. 6.

Spørsmålet ble igjen drøftet i NOU 2000: 12, avgitt av det såkalte Befringutvalget.<sup>14</sup> Utvalget argumenterte for at det forelå et behov for å rettighetsfeste barns rett til nødvendig hjelp.<sup>15</sup> Bakgrunnen var at en rettighetsbestemmelse ville sette barns og unges interesser og behov i fokus.<sup>16</sup> Videre ble det pekt på at rettighetsfestingen ville harmonere med velferdsretten for øvrig.<sup>17</sup> Utvalget konkluderte med at det forelå et behov for å rettighetsfeste barns rett til nødvendig hjelp, men at det kanskje burde gjøres en reservasjon mot rett til tvang.<sup>18</sup> Spørsmålet om rettighetsfestingen ble imidlertid avvist av barne- og familiedepartementet, med bakgrunn i at kommunenes plikter i tilstrekkelig grad sørget for å gi barn nødvendig hjelp til rett tid.<sup>19</sup> Det ble også pekt på at en rettighetstilnærming ville innebære at loven måtte detaljreguleres, noe som ikke ville være heldig innenfor barnevernrettens område. I tillegg mente departementet at innholdet i hjelpen ikke kunne fastslås like klart som innenfor andre rettighetslover som for eksempel kommunehelsetjenesteloven og sosialtjenesteloven.<sup>20</sup>

Rettighetsspørsmålet ble på nytt tema i 2008, nå av Flatøutvalget.<sup>21</sup> Utvalget la frem forslag om å endre formålsbestemmelsen i barnevernloven slik at barnevernloven var å forstå som en rettighetslov for barn. Flatøutvalget argumentert for at en rettighetsfesting kunne bidra til å senke terskelen for kontakten med barnevernet, at en rettighetsfesting ville harmonisere med andre lover innenfor velferdsretten, at en rettighetsfesting ville gjenspeile utviklingen i synet på barn og at det kunne gi mulighet for tidligere tiltak.<sup>22</sup>

---

<sup>14</sup> Utredningen fikk sitt navn etter utvalgets leder Edvard Befring, se NOU 2000:12, Barnevernet i Norge.

Tilstandsvurderinger, nye perspektiver og forslag til reformer.

<sup>15</sup> Op.cit s. 219.

<sup>16</sup> L.c.

<sup>17</sup> L.c.

<sup>18</sup> L.c.

<sup>19</sup> Jf. St.meld. nr. 40 (2001-2002) Om barne- og ungdomsvernet, s. 188-189.

<sup>20</sup> Disse to lovene utgjør i dag helse- og omsorgstjenesteloven, jf. Prop. 91 L (2010-2011) Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m (helse- og omsorgstjenesteloven).

<sup>21</sup> NOU 2009:22 Det du gjør, gjør det helt. Bedre samordning av tjenester for utsatte barn og unge, punkt 6.6. Utvalget har fått navnet Flatøutvalget, etter utvalgets leder Lars Erik Flatø.

<sup>22</sup> Op.cit s. 91-92.

De samme momentene som var trukket frem i Flatøutvalget ble fremmet i NOU 2012:5.<sup>23</sup> Utvalget sluttet seg til Flatøutvalget med henstilling til departementet om å rettighetsfeste barnevernloven. Både Flatøutvalget og Rundalenuutvalget ble tatt opp i Prop. 106 L (2012-2013), hvor departementet fastslo at det ikke var behov for å rettighetsfeste barns rett til nødvendig hjelp.<sup>24</sup> Departementet at den plikten barneverntjenesten allerede hadde var tilstrekkelig for å sikre nødvendig vern og beskyttelse av barn.

Til nå har spørsmålet om lovfesting av barns rett til nødvendig hjelp blitt avvist. Hovedargumentene synes å være at ordningen med klage og barnevernets plikter er tilstrekkelig til å sørge for at barnet får nødvendig omsorg og beskyttelse. Spørsmålet om rettighetsfesting ble på nytt tatt opp i NOU 2016:16.<sup>25</sup> Forslaget ble fulgt opp av departementet som høsten 2017 fremmet forslag om å rettighetsfeste barns rett til hjelp, dette drøftes nærmere i avhandlingens kapittel 4.<sup>26</sup>

### 1.3 Metoder og kilder

Avhandlingen kan inndeles i en rettsdogmatisk del og en rettspolitisk del. I den rettsdogmatiske delen vil gjeldende rett fremstilles. Gjeldende rett vil være den *”til enhver tid gyldige rett slik den forstås og praktiseres i samfunnet”*.<sup>27</sup> For å kunne vurdere hva som er gjeldende rett, benyttes den alminnelige juridiske metode, hvor relevante rettskilder veies opp mot hverandre.<sup>28</sup> Barnevernloven vil være utgangspunktet for drøftelsen, men både forarbeid og juridisk litteratur vil være viktige kilder.<sup>29</sup> På grunn av avhandlingens teoretiske preg vil rettspraksis spille en mindre rolle ved vurderingen av gjeldende rett. I tillegg er ikke lovforslaget vedtatt og naturligvis finnes det derfor ikke rettspraksis tilknyttet rettighetsbestemmelsen. Videre vil både Barnekonvensjonen og EMK være sentrale

---

<sup>23</sup> Se NOU 2012:5 Bedre beskyttelse av barns utvikling. Ekspertutvalgets utredning om det biologiske prinsipp i barnevernet, kapittel 13. Utvalget ble ledet av Magne Raundalen, og utvalget kalles derfor Raundalenuutvalget.

<sup>24</sup> Se Prop. 106 L (2012-2013) Endringer i barnevernloven, s. 81.

<sup>25</sup> Se NOU 2016:16 kapittel 6.

<sup>26</sup> Se Prop. 169 L (2016-2017) kapittel 5.

<sup>27</sup> Jan Fridthjof Bernt og David R. Doublet, *Vitenskapsfilosofi for jurister. En innføring*, 6. utgave, Bergen 2008 s. 18.

<sup>28</sup> Jan Fridthjof Bernt og Synne Sæther Mæhle, *Rett, samfunn og demokrati*, Oslo 2007 s. 38.

<sup>29</sup> Listen over relevante rettskildefaktorer er blant annet fremstilt i Bernt og Mæhle (2007) s. 217-220.

rettskilder.<sup>30</sup> Barnekonvensjonen er særlig viktig da den er den eneste konvensjonen som særlig tar sikte på å fremstille barns rettigheter. Begge konvensjonene er inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettighetsloven § 2.<sup>31</sup> Av mrl. § 3 fremgår det at dersom nasjonal lovgivning strider med Barnekonvensjonen og EMK, vil disse gå fremfor nasjonal lovgivning. Konvensjonene har dermed en sterk stilling i norsk rett. Barnekomiteen utarbeider også General comments, jf. BK art. 45. Disse generelle kommentarene bidrar til hvordan de ulike artiklene i konvensjonen skal forstås. Kommentarene skal tillegges vekt, men hvilken vekt disse kommentarene skal ha er omdiskutert.<sup>32</sup> Det er likevel ikke tvilsomt at de generelle kommentarene er veiledende, og de vil derfor benyttes når Barnekonvensjonens bestemmelser skal tolkes.

I den rettspolitiske delen, vil det foretas en vurdering av om barne- og likestillingsdepartementets forslag om å rettighetsfeste barns rett til hjelp vil gi barn bedre beskyttelse enn barn har etter gjeldende rett. Den rettspolitiske drøftelsen er en vurdering av hvordan retten bør være.<sup>33</sup>

## **1.4 Et barnerettslig bakteppe**

### **1.4.1 Innledning**

Barnevernretten er en del av velferdsretten og har som mål å beskytte barn og unge, slik at de får nødvendig hjelp og omsorg.<sup>34</sup> Ved avgjørelsen av om barnevernstiltak skal iverksettes og hvilke tiltak som eventuelt skal benyttes, vil flere sentrale prinsipper være av betydning. Temaet for avhandlingen er knyttet til barns rett til nødvendig hjelp og omsorg, og det vil derfor bare gis en nærmere redegjørelse for de prinsippene som har særlig betydning for avhandlingens tema.

---

<sup>30</sup> FNs konvensjon for barns rettigheter (Barnekonvensjonen) av 20. november 1989, og Den europeiske menneskerettskonvensjonen (heretter EMK) av 4. november 1950.

<sup>31</sup> Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven), heretter mrl.

<sup>32</sup> For en nærmere redegjørelse for de generelle kommentarenes vekt vises til Randi Sigurdsen, ”Den rettskildemessige betydningen av Barnekomiteens generelle kommentarer”, *Retfærd nr.1*, 2014 s. 43-60.

<sup>33</sup> Bernt og Doublet (2008) s. 13.

<sup>34</sup> Jf. formålsparagrafen i bvl. § 1-1.



Barnets beste er et viktig prinsipp som vil ha betydning for oppgavens tema, både for drøftelsen i kapittel 3, 4 og 5. Prinsippet vil bli nærmere redegjort for i punkt 1.4.2. Videre fremgår det av formålsbestemmelsen til barnevernloven at barn skal sikres nødvendig hjelp og omsorg. Omsorgsbegrepet står dermed sentralt for avhandlingens tema, og vil bli drøftet i punkt 1.4.3. Et annet viktig utgangspunkt for avhandlingen, er adgangen til selv å kunne avgjøre om en rettighet skal benyttes eller ikke. Dette omtales som selvbestemmelsesretten. Barn står her i en særstilling og barns selvbestemmelsesrett i barnevernretten vil derfor drøftes i punkt 1.4.4.

## 1.4.2 Barnets beste

Prinsippet om barnets beste innebærer at i saker som omhandler barnet, skal den løsningen som gagnar det konkrete barnet best, velges. Prinsippet fremgår av GrL § 104 andre ledd slik:

*”Ved handlinger og avgjørelser som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn”.*<sup>35</sup>

Prinsippet ble grunnlovsfestet ved grunnlovsreformen i 2014, om styrking av menneskerettighetene. Bakgrunnen for at prinsippet om barnets beste ble grunnlovsfestet, var at det ble ansett som en svakhet ved Grunnloven at loven ikke gjenspeilet det særlige vern barn har i norsk og europeisk rett.<sup>36</sup> Bestemmelsen har en parallell til barnekonvensjonens art. 3.<sup>37</sup>

Barnets beste er ett av fire grunnprinsipper i Barnekonvensjonen, og som de øvrige bestemmelsene i barnekonvensjonen skal sees i lys av.<sup>38</sup> Hva som nærmere inngår i vurderingen av barnets beste, kan ikke fastslås generelt. Prinsippet knytter seg til alle barn, i alle aldre og da vil det være vanskelig å fastsette et konkret innhold av bestemmelsen.<sup>39</sup> Barnekomiteen har imidlertid fastsatt noen nærmere vurderinger som bør vektlegges når

---

<sup>35</sup> Kongeriket Norges Grunnlov 17. mai 1814.

<sup>36</sup> Innst. 186 S (2013-2014) s. 29.

<sup>37</sup> Dok. nr. 16 (2011-2012) s. 192.

<sup>38</sup> Trude Haugli, ”Hensynet til barnets beste”, i Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.), *Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge*, 3. utgave, Oslo 2016 s. 50. De andre tre grunnprinsippene er retten til ikke-diskriminering i BK art. 2, retten til liv i BK art. 6, og barns rett til å bli hørt i BK art. 12.

<sup>39</sup> Haugli (2016) s. 52.

hensynet til barnets beste skal vurderes.<sup>40</sup> Det skal blant annet legges vekt på barnets egne synspunkter, barnets identitet, bevaring av familiemiljø og opprettholdelse av relasjoner, omsorg, beskyttelse og sikkerhet for barnet, barnets særlige sårbare situasjon, retten til helse og retten til utdanning. Barnekomiteen har presisert at alle momentene ikke er relevante i alle situasjoner. Den overordnede vurderingen er hvilken løsning som er til barnets beste.<sup>41</sup>

Prinsippet om barnets beste fremgår også uttrykkelig av bvl. § 4-1 første ledd. Her fremgår det at ved anvendelse av bestemmelsene om tiltak i barnevernlovens kapittel 4, ”*skal det legges avgjørende vekt på å finne tiltak som er til beste for barnet*”. Det er altså barnets behov som skal vektlegges, ikke voksnes behov.<sup>42</sup>

### **1.4.3 Barnets rett til omsorg**

Alle mennesker har rett til liv, jf. GrL. § 93 og EMK art. 2. Retten til liv er en forutsetning for å kunne inneha rettigheter. Retten beskytter borgernes liv, samt at den forbyr å ta liv. Barn er også beskyttet etter Grunnloven og EMK, men på grunn av at barn utgjør en sårbar gruppe er barns rett til liv også kommet direkte til uttrykk i BK art. 6. For at barn skal kunne leve, trenger barn omsorg. Uten omsorg vil ikke barn kunne overleve og vokse opp. Omsorg er derfor en forutsetning for barns rett til liv.<sup>43</sup> Retten til omsorg er også en forutsetning for barns rett til beskyttelse av integritet og verdighet, som følge av at barn ikke er i stand til å ta alle typer avgjørelser selv.<sup>44</sup> Det kan derfor legges til grunn at barn har rett til omsorg.<sup>45</sup>

Barns rett til omsorg fremgår altså indirekte av BK art. 6, men retten er også kommet mer eksplisitt til uttrykk i Barnekonvensjonen. Det fremgår blant annet av innledningen til Barnekonvensjonen at ”*childhood is entitled to special care and assistance*”. Videre fremgår det at barn på grunn av sin ”*physical and mental immaturity, needs special safeguards and*

---

<sup>40</sup> Listen fremgår av General Comment No. 14 (2003) on the right of the child to have his or her best interest taken as a primary consideration (art. 3, para.1) avsnitt 52-79, heretter GC 14.

<sup>41</sup> Se GC 14 avsnitt 80-84.

<sup>42</sup> Se Kari Ofstad og Randi Skar, *Barnevernloven med kommentarer*, 6. utgave, Oslo 2015 s. 66.

<sup>43</sup> Lena R. L Bendiksen, *Barn i langvarige fosterhjems plasseringer. Foreldreansvar og adopsjon*, Bergen 2008 s. 100.

<sup>44</sup> L.c.

<sup>45</sup> Dette er også lagt til grunn av Elisabeth Gording Stang, ”Barns rett til familie og omsorg, særlig om barnevernet” i Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red), 3. utgave, Oslo 2016 s. 165, Bendiksen (2008) s. 97-108, og Sandberg (2003) s. 79-98.

*care, including appropriate legal protection, before as well as after birth*". I tillegg er retten til omsorg kommet til uttrykk i BK art. 3 nr. 2, hvor det fremgår at Norge er forpliktet til å sikre barn *"such protection and care as is necessary for his or her well-being"*. Staten er også forpliktet etter BK art. 19 til å beskytte barn mot skadevoldende handlinger. Bestemmelsen kan sees på som en presisering av den generelle omsorgsretten som fremgår av BK art. 3 nr. 2.<sup>46</sup>

Det er vanskelig å gi omsorgsbegrepet et konkret innhold fordi barnets behov for omsorg vil variere ut fra barnets alder, egenskaper og egenart.<sup>47</sup> Da omsorgsretten er en forutsetning for barnets liv, integritet og verdighet, tilsier dette at omsorgen må oppfylle disse kriteriene. Likevel er det store variasjoner i barnets behov for omsorg, for eksempel vil ikke to åtteåringer nødvendigvis ha samme omsorgsbehov. Videre vil ikke et spedbarn ha det samme omsorgsbehovet som en tenåring. I vurderingen av hvilket behov barnet har, vil barnets beste være veiledende, jf. BK art. 18 nr. 1. Omsorgen kan sies å ha en nedre grense mot omsorgssvikt.<sup>48</sup> Omsorgen må således være forsvarlig, og dersom omsorgen ikke kan sies å være forsvarlig vil det kunne foreligge omsorgssvikt.<sup>49</sup> I noen tilfeller er det ikke tvil om at omsorgen anses å være tilstrekkelig eventuelt utilstrekkelig. I andre tilfeller er dette mer tvilsomt, for eksempel i tilfeller hvor barnets kosthold medfører fedme hos barnet. Det kan i slike tilfeller være mer problematisk å vurdere om det foreligger omsorgssvikt, fordi barnet får dekket et grunnleggende behov men likevel gis et utilfredsstillende kosthold. Det er vanskelig å trekke en eksakt grense for hvor langt foreldrenes omsorgsplikt strekker seg fordi det må vurderes konkret og avhenge av en rekke ulike forhold, slik som eksempelvis økonomi.

I utgangspunktet er det foreldrene som skal gi barn den nødvendige omsorgen.<sup>50</sup> I tilfeller hvor foreldrene ikke klarer å gi barnet tilstrekkelig grad av omsorg, vil staten ha et subsidiært ansvar for å oppfylle barnets rett til omsorg. Dette fremgår av forpliktelsene i blant annet BK art. 3 nr. 2 og BK art. 19. Retten til omsorg anses å være en absolutt rett, da den er grunnlaget

---

<sup>46</sup> Stang (2007) s. 371.

<sup>47</sup> Bendiksen (2008) s. 104.

<sup>48</sup> Op.cit s. 105.

<sup>49</sup> Op.cit s. 106.

<sup>50</sup> Jf. BK art. 18 og Lov 8. april 1981 om barn og foreldre (barnelova) § 30, heretter bl.

for barns rett til liv. Både BK art. 3 nr. 2 og BK art. 19 er formulert som plikter til staten, men i litteraturen er bestemmelsene tolket slik at de også skal gi barn en rett.<sup>51</sup>

#### 1.4.4 Barns selvbestemmelsesrett

Med selvbestemmelse siktes det til en persons adgang til å treffes beslutninger om seg selv.<sup>52</sup> En slik rett forutsetter at vedkommende har en evne til å bestemme over seg selv. I dette ligger at vedkommende må kunne treffe rasjonelle valg.<sup>53</sup> Ut fra denne teorien, som blir kalt viljesteorien, vil ikke små barn kunne anses å ha selvbestemmelsesrett, og således ikke kunne ha rettigheter.<sup>54</sup> Fremveksten av interesseteorien medførte at også barn kunne tildeles rettigheter fordi barn gis en interesse som skal respekteres og beskyttes.<sup>55</sup> Teorien kan kritiseres fordi den forutsetter at det alltid er enighet mellom den som skal ivareta barnets interesser og barnet selv, samt at det foreligger enighet om hva som er til barnets beste. Denne diskusjonen tas opp i avhandlingens kapittel 2.

Barns grunnleggende rett til omsorg innebærer at barnets integritet og verdighet skal respekteres.<sup>56</sup> Dette medfører at barnet ikke kan gå fra det ene ytterpunktet til det andre. Det ville medført at barnet ikke er i stand til å ta vare på seg selv når barnet blir myndig. Det fremgår derfor av bl. § 33 at foreldrene skal gi barnet ”*stendig større sjølvråderett med alderen og fram til det fyller 18 år*”. Foreldrene skal således øke barns selvbestemmelse etterhvert som barnet blir eldre, ut fra barnets forutsetninger.

---

<sup>51</sup> Se eksempelvis Stang (2007) s. 371 og Sandberg (2003) s. 96. I General Comment No. 8 (2006) fremgår det også av tittelen ”*The right of the child to protection*”, at BK. art 19 skal forstås som en rettighet for barnet, se CRC/C/GC/8.

<sup>52</sup> Se Sandberg (2003) s. 89.

<sup>53</sup> Op.cit. s. 90.

<sup>54</sup> Kristin Skjørten, ”Mellom beskyttelse og selvbestemmelse. Barns rettigheter i foreldretvister om bosted og samvær”, i Ingunn Ikdahl og Vibeke Blaker Strand (red), *Rettigheter i velferdsstaten. Begreper, trender, teorier*, Oslo 2016 s. 168.

<sup>55</sup> L.c.

<sup>56</sup> Se avhandlingens punkt 1.4.3.

I noen tilfeller er barn tildelt selvbestemmelse før fylte 18 år, slik som i bvl. § 6-3 andre ledd.<sup>57</sup> Sett bort fra slike unntak, er barnet gitt en medbestemmelsesrett, snarere enn en selvbestemmelsesrett. Medbestemmelsesretten går i hovedsak ut på at i saker som angår barnet, skal barnet gis anledning til å uttale seg. Medbestemmelsesretten fremgår av Grl. § 104 første ledd, og er kommet direkte til uttrykk i BK art. 12. Videre fremgår medbestemmelsesretten av bvl § 6-3 første ledd, og bl. 31. Hvor mye vekt barnets mening skal tillegges vil variere ut fra barnets modenhet og alder, se eksempelvis bvl. § 6-3 første ledd. Det har imidlertid vist seg at barnets mening ikke alltid blir trukket frem, noe som er problematisk da barnets mening er en viktig kilde til å finne ut hva barnet selv ønsker.<sup>58</sup> Når barnet ikke er gitt selvbestemmelsesrett, vil medbestemmelse også være viktig for barnet da dette er barnets mulighet til å fremme sine synspunkter.

## 1.5 Veien videre

Avhandlingen består av 5 kapitler, hvor kapittel 1 utgjør innledningen. I avhandlingens kapittel 2 vil rettighetsbegrepet innhold og omfang drøftes. Rettighetsbegrepet står sentralt i avhandlingens tema, da avhandlingen omhandler barns rett til nødvendig omsorg. For å kunne si noe om denne retten, er det en nødvendig forutsetning at rettighetsbegrepet er definert og avklart. Herunder er det nødvendig å fremstille de særlige utfordringene som kan oppstå når barnet er rettighetsinnehaver. I avhandlingens kapittel 3 vil barns rett til hjelp etter gjeldende rett drøftes. Dette er en nødvendig forutsetning for å kunne vurdere om og i tilfelle hvordan en eventuell lovendring vil endre barns rettslige posisjon. Videre vil det være nødvendig å foreta en nærmere fremstilling av hva det nye lovforslaget innebærer, og lovforslaget skal dermed i kapittel 4 fremstilles og vurderes. Til sist vil det i kapittel 5 foretas en rettspolitisk drøftelse hvor fremstilling av gjeldende rett sammenlignes med fremstillingen av lovforslaget, hvor den overordnede problemstillingen er om lovforslaget vil medføre en realitetsendring for barnet.

---

<sup>57</sup> For andre eksempler kan det vises til lov 26. mars 2010 nr. 9 om vergemål (vergemålsloven) § 10, heretter vgml, som gir barn rett til å ta arbeid. Det kan også vises til bl. § 32, om barns rett til å velge utdanning og å melde seg inn og ut av foreninger.

<sup>58</sup> Se stang (2007) s. 125- 131, se også Prop. 169 L (2016-2017) s. 43.

## 2 Rettighetsbegrepet

### 2.1 Innledning

Rettighetstenkningen fikk sitt inntog ved trygdellovgivningen fra slutten av 1800-tallet, og ble etter hvert også vanlig i både helsesektoren og skolesektoren.<sup>59</sup> I dag foreligger det et omfattende lov- og forskriftsverk som angir vilkår for og rettigheter til, ulike ytelser på velferdsrettens område. Hovedformålet med velferdsretten er at den som fyller vilkårene for ytelsen, selv skal ha mulighet til å avgjøre om han eller hun ønsker å benytte seg av ytelsen.<sup>60</sup>

Retten til velferdsgoder fremstilles således som et tilbud til den enkelte. Velferdsretten kan dermed sies å bygge opp om frivillighet, men også tvang blir benyttet. Adgangen til å benytte tvang begrenses av legalitetsprinsippet, som legger til grunn at inngrep ikke kan foretas uten hjemmel i lov.<sup>61</sup>

Rettighetsbegrepet står sentralt ved drøftelsen av om barnevernloven skal være en rettighetslov for barn. Det er derfor nødvendig å redegjøre for hva som menes med en rettighet, både på generelt plan og særlig innenfor velferdsrettens område. I punkt 2.2 drøftes derfor innholdet av rettighetsbegrepet generelt, mens rettigheter i velferdsretten drøftes særskilt i punkt 2.3. Et annet sentralt spørsmål er hvilken betydning rettighetsbegrepet vil ha for barn. Barn utgjør et aldersspenn fra 0-18 år, og det kan derfor stilles spørsmål til i hvilken grad barnet selv kan gjøre rettigheter gjeldende.<sup>62</sup> Det anses ikke tvilsomt at små barn, og i noen tilfeller større barn, står i et avhengighetsforhold til voksne. Rettighetsbegrepet vil derfor kunne stå i en særstilling hva gjelder barn. I punkt 2.4 vil særlig utfordringer ved barn som rettighetsinnehaver drøftes, mens temaet i punkt 2.5 er de særlige utfordringene ved å gi rett til tvang.

---

<sup>59</sup> Asbjørn Kjønstad, Aslak Syse og Morten Kjelland, *Velferdsrett I. Grunnleggende rettigheter, rettssikkerhet og tvang*, 6. utgave, Oslo 2017 s. 107.

<sup>60</sup> Op.cit s. 69.

<sup>61</sup> Jf. GrL. § 113.

<sup>62</sup> Hvem som regnes som barn fremgår av BK art. 1 jf. vgml. § 2 første ledd litra a.

## 2.2 Å ha en rett til ytelser – en individuell rett

Hva som inngår i rettighetsbegrepet har vært et sentralt tema på velferdsrettens område. Flere forfattere har diskutert innholdet av rettighetsbegrepet.<sup>63</sup> Begrepet kan forstås på flere måter, hvor det går et hovedskille mellom slik rettighetsbegrepet benyttes i velferdsretten og slik rettighetsbegrepet blir benyttet i de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene.<sup>64</sup> I norsk velferdsrett er det vanlig å se rettighetsbegrepet som en individuell rett. Den individuelle retten går ut på at kravet kan håndheves av en domstol.<sup>65</sup> I internasjonale menneskerettskonvensjoner har begrepet et mer upresist innhold, og det fremgår ofte som plikter som påhviler statene.<sup>66</sup> I det følgende er det rettighetsbegrepet slik det fremgår i velferdsretten det tas sikte på når begrepet rettighet benyttes.

Rettighetsbestemmelsene i velferdsretten benyttes som et rettslig virkemiddel for å dekke borgernes nødvendige behov.<sup>67</sup> Noen rettigheter tar sikte på å komme hele befolkningen til gode. Disse rettighetene blir omtalt som universelle, eller allmenne rettigheter.<sup>68</sup> Retten til pensjon er en slik allmenn- eller universell rettighet.<sup>69</sup> Når en person når pensjonsalder, vil pensjonen inntre uavhengig av hvor mange andre som pensjoneres samme år. Dette anses å være en sterk rettighet, da det offentlige ikke kan nekte å utbetale pensjon som følge av dårlig økonomi. I andre tilfeller er rettighetsbestemmelsen formulert som en behovsprøvd rettighet. Ved behovsprøvd rettigheter vil retten først inntre når rettighetsinnehaveren etter en vurdering av hans eller hennes behov, har behov for tjenesten eller ytelsen.<sup>70</sup> Vurderingen av

---

<sup>63</sup> Se eksempelvis Stang (2007) punkt 6.6, Holgersen (2000) kapittel. 5; Kjønstad, Syse og Kjelland (2017) kapittel. 2; Aslak Syse, ”En tradisjonell forståelse av materielle rettigheter i velferdsretten” i Ingunn Ikdahl og Vibeke Blaker Strand (red.), *Rettigheter i Velferdsstaten. Begreper, trender, teorier*, Oslo 2016 s. 36-56; Ståle Eskeland, ”Rettsikkerhet og andre verdier i sosialretten”, i Ståle Eskeland (red.), *Hvor gikk sosialomsorgen?*, Oslo 1993 s. 41-65.

<sup>64</sup> Stang (2007) s. 363, hvor hun gjør rede for begrepet i nasjonal tilnærming, og s. 367, hvor hun gjennomgår den internasjonale menneskerettighetstilnærmingen. Det kan også vises til NOU 2016:16 s. 67, hvor skille trekkes frem.

<sup>65</sup> Stang (2007) s. 363-367, og NOU 2016:16 s. 67.

<sup>66</sup> Stang (2007) s. 367-369, og NOU 2016: 16 s. 68.

<sup>67</sup> Kjønstad, Syse og Kjelland (2017) s. 108.

<sup>68</sup> L.c.

<sup>69</sup> Se lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd (folketrygdloven) § 3-2.

<sup>70</sup> Kjønstad, Syse og Kjelland, (2017) s. 109.

om vedkommende har et slikt behov bero på skjønn fordi den enkeltes behov ikke kan avgjøres ut fra konkrete angitte vilkår. Problemet med slike behovsprøvde ytelser, er at det er vanskeligere å fastslå hva retten vil innebære. Behovsprøvde ytelser kan derfor sees på som en svakere rettighet enn de allmenne rettighetene. Et eksempel på behovsprøvde ytelser, vil være retten til økonomisk stønad ved sykdom. Her vil det bero på en nærmere vurdering av om arbeidsuførheten kan vise tilbake til en funksjonsnedsettelse som klart skyldes sykdom eller skade.<sup>71</sup>

Dersom en bestemmelse er ment å gi borgerne rettskrav, kan det spørres hvilke fordeler dette medfører for borgerne eller mer presist, hvorfor ønskes det at bestemmelser formuleres som et rettskrav? En fordel med rettighetsbestemmelser, er slik det ble nevnt innledningsvis at slike krav kan håndheves av en domstol. Muligheten til å kunne håndheve sin rett, henger nært sammen med borgernes rettssikkerhet. Det er en generell oppfatning om at en sterk rettighetspreget lov, også gir bedre rettssikkerhet.<sup>72</sup> Dette henger sammen med at jo sterkere rettighetspreg loven har, jo lettere er det for borgerne å forutse hvilke rettigheter som foreligger. Dersom kravet blir avslått av staten, vil en rettighet også innebære at kravet kan fremsettes for en domstol. Dersom domstolen kommer til at det foreligger en rett, må staten oppfylle kravet. Det vil imidlertid være en forskjell på sterke og svake rettigheter når det kommer til hvilken overprøvingsadgang domstolene har. Rettigheter som gir forvaltningen adgang til å benytte skjønnsmessige vurderinger, anses å være svake rettigheter fordi det vil være vanskelig å etterprøve forvaltningens vurdering.<sup>73</sup>

En annen fordel med å gi rettighetsbestemmelser, er at retten vil foreligge uavhengig av kommunens ressursituasjon. Det vil si at dårlig økonomi ikke kan bli benyttet som argument for ikke å tildele ytelsen eller tiltaket som vedkommende har rettskrav på. En seksåring har både rett og plikt til å begynne på skolen, jf. oppl. § 2-1.<sup>74</sup> Kommunen kan derfor ikke nekte en førsteklasing å begynne på skolen grunnet dårlig økonomi.

---

<sup>71</sup> Jf. folketrygdloven § 8-4.

<sup>72</sup> Se Sigurdsen (2015) s. 319.

<sup>73</sup> Holgersen (2000) s. 48-50.

<sup>74</sup> Lov 17. juli 1998 nr. 61 om opplæring i grunnskolen og den videregående opplæringa (opplæringslova).



Videre skilles det mellom ytelser som borgerne har rettskrav på og ytelser som borgerne kan konkurrere om å få.<sup>75</sup> I noen lover fremgår det klart av bestemmelsene at loven er ment å gi borgerne rettskrav. Dette blir ofte formulert som en rett til, eller krav på, se eksempelvis pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1a første ledd hvor pasient- og brukeren har ”rett til øyeblikkelig hjelp fra kommunen”.<sup>76</sup> Skille mellom konkurrerende rettigheter og rettskrav vil ikke alltid være like klart, og det vil bero på en nærmere analyse av lovbestemmelsen om den er ment å gi borgerne et rettskrav eller det er tale om en konkurrerende rettighet. I teorien er det utviklet en analysemodell som er veiledende i vurderingen av om den aktuelle bestemmelsen er en konkurrerende rettighet eller gir et rettskrav.<sup>77</sup> Modellen baserer seg på en helhetsvurdering av ulike momenter. Disse momentene vil bli gjennomgått i det følgende.

Det første momentet er om loven selv formulerer en rett-plikt-relasjon. Dette momentet sikter til lovens ordlyd. Det vil dermed være relevant om loven benytter uttrykk som ”rett til” eller ”krav på”.<sup>78</sup> Dersom slike uttrykk er benyttet, vil det gi en klar anvisning på at loven er ment å gi borgerne rettskrav. Benytter loven uttrykk som ”kan gis” eller ”kan fås” og lignende formuleringer, vil det bli ansett som uttrykk for at bestemmelsen er ment å gi konkurrerende ytelser.<sup>79</sup> I en mellomstilling står bestemmelser som benytter uttrykk som ”gis” eller at tjenesten ”ytes”.<sup>80</sup> Da vil det måtte bero på en nærmere vurdering om bestemmelsen skal anses å være en rettighet eller konkurrerende rettighet. I vurderingen av om loven er ment å være en rettighetslov, vil uttalelser i forarbeidene være relevante da det her kan fremgå hvordan bestemmelsen er ment å forstås.<sup>81</sup>

Et annet moment som skal vektlegges ut fra analysemodellen, er i hvilken utstrekning loven benytter konsise ord og uttrykk, eller om det benyttes mer generelle og vage formuleringer. For å kunne vurdere bestemmelsens innhold, må den aktuelle bestemmelsen tolkes. I denne tolkningen vil en rekke momenter være av betydning for om bestemmelsen kan sies å

---

<sup>75</sup> Kjøenstad, Syse og Kjelland, (2017) s. 109.

<sup>76</sup> Lov 2. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven), heretter pbrl.

<sup>77</sup> Analysemodellen er fremstilt i Kjøenstad, Syse og Kjelland, (2017) s. 110-111, og i Syse (2016) s. 42-45. Analysemodellen blir også benyttet i NOU 2016:16 s. 68.

<sup>78</sup> Se Kjøenstad, Syse og Kjelland, (2017) s. 110.

<sup>79</sup> L.c.

<sup>80</sup> L.c.

<sup>81</sup> L.c.

inneholde konsise-, eller vage og generelle ord og utrykk. Det kan blant annet legges vekt på hvem som er forpliktet til å yte tjenesten, hvem som har rett til ytelsen, hvilke vilkår som gir grunnlag for retten, og hva som skal ytes.<sup>82</sup> Dersom momentene klart angir hvem som skal yte, hvem som skal få, og hva som skal ytes, vil bestemmelsen kunne sies å inneholde konsise ord og uttrykk. Et eksempel på en slik lov, er barnetrygdloven.<sup>83</sup> Motsatt vil vilkårene være vage og generelle dersom det ikke klart følger av loven om disse momentene er oppfylt. For eksempel vil det etter pbrl. § 2-1 a andre ledd bero på skjønn når vedkommende skal ansees å ha et nødvendig behov, og det vil være skjønnsmessig hva vedkommende har behov for.

Det tredje momentet er om økonomiske forhold kan vektlegges ved avgjørelsen av om en ytelse skal gis. Spørsmålet er hvilken betydning det har for borgerne at økonomiske forhold ikke kan vektlegges. I slike tilfeller vil ikke kommunen kunne gå under en minstestandard når det skal avgjøres om vedkommende får ytelsen. Dette kan utledes av Fusa-dommen, hvor Høyesterett uttaler at *”Vedtaket innebar en vesentlig reduksjon av de ytelser som A tidligere hadde hatt, og det var åpenbart at det ikke tilfredsstilte hennes helt livsviktige behov for stell og pleie. Et slikt vedtak kan etter min mening ikke forsvares ut fra hensyn til kommunens økonomi”*.<sup>84</sup>

Et fjerde moment knytter seg til hvilke rettssikkerhetsgarantier som gjelder for at en person skal få realisert sine rettigheter. Dersom forvaltningslovens saksbehandlingsregler gjelder, vil den private part ha større mulighet til å håndheve retten enn hvis disse reglene ikke gjelder.<sup>85</sup> Det er reglene om klage, som er viktigst.<sup>86</sup> Klagereglene gir vedkommende mulighet for å håndheve sin rett, noe som anses å være grunnleggende for å ha en rett. Videre må det skilles mellom de tilfellene hvor det overordnede organet har full overprøvningsrett, og de tilfeller hvor prøvningsretten er begrenset. Det er klart at rettssikkerheten er best ivaretatt når klageinstansen har full overprøvningsrett. Dersom overprøvningsretten er mer begrenset, vil det ha betydning om det foreligger en minstestandard som kommunen ikke kan gå under.

---

<sup>82</sup> Se Kjønstad, Syse og Kjelland, (2017) s. 110, og Syse (2016) s. 43.

<sup>83</sup> Lov 8. mars 2002 nr. 4 om barnetrygd (barnetrygdloven) § 2.

<sup>84</sup> Rt. 1990 s. 874 (Fusa-dommen) s. 888.

<sup>85</sup> Kjønstad, Syse og Kjelland, (2017) s. 111. Se lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) kapittel 3 og kapittel 6, heretter fvl.

<sup>86</sup> Kjønstad, Syse og Kjelland, (2017) s. 111.

Foreligger denne minstestandarden vil det være lettere å avgjøre om vedtaket skal oppheves eller fastholdes.

Et siste moment som skal vektlegges ut fra analysemodellen, er om forvaltningsvedtaket kan bringes inn for de ordinære domstolene til overprøving og hvor omfattende domstolens kompetanse er. Rettighetsterminologien benyttes normalt ikke hvis domstolene er helt avskåret fra å overprøve vedtaket. Hvis overprøvningsmuligheten er begrenset vil det kunne være tale om en rettighet.<sup>87</sup>

### 2.3 Rettighetsbegrepet i velferdsretten

Som vist i forrige punkt kan innholdet i rettighetsbegrepet variere, og en analysemodell kan bidra til å slå fast om det er tale om en konkurrerende rettighet eller et rettskrav. I tillegg til slike generelle rettighetstrekk er det nødvendig å drøfte særlige rettighetstrekk ved velferdsretten.

Rettighetsbegrepet i velferdsretten benyttes til å gi borgerne individuelle rettigheter.<sup>88</sup> Det vil si at borgerne skal gis mulighet til selv å kreve de ytelsene som loven tilbyr. I dette ligger at den som søker om å få tilkjent ytelsen eller tjenesten, selv kan avgjøre om vedkommende ønsker denne ytelsen eller tjenesten. Utgangspunktet i velferdsretten bygger således på frivillighet.<sup>89</sup> Som vist innledningsvis, vil tvang likevel kunne benyttes. Det er flere lover innenfor velferdsretten som gir mulighet for å benytte tvang ovenfor borgerne, se eksempelvis psykisk helsevernloven kapittel 3 og barnevernlovens kapittel 4.<sup>90</sup> Da velferdsretten bygger på et utgangspunkt om frivillighet, skal ikke tvang benyttes før tvangen anses nødvendig. I psykisk helsevernloven fremgår det for eksempel i § 3-3 første ledd nr. 1 at frivillig psykisk helsevern må ha *”vært forsøkt, uten at dette har ført fram, eller det er åpenbart formålsløst å forsøke dette”*. I barnevernloven fremgår det eksempelvis av bvl. § 4-12 andre ledd at dersom frivillige tiltak er tilstrekkelige skal disse benyttes. Barnevernlovens § 4-12 gir derfor uttrykk

---

<sup>87</sup> Kjønstad, Syse og Kjelland, (2017) s. 111.

<sup>88</sup> L.c.

<sup>89</sup> Op.cit s. 69.

<sup>90</sup> Lov 2. juli 1999 nr. 62 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykisk helsevernloven), heretter phvl.

for at frivillige tiltak må ha vært vurdert, før det kan avgjøres om tvang skal benyttes.<sup>91</sup> Bruk av tvang kompliserer spørsmålet om hvorvidt ytelsen kan sees på som en rettighet. Dette spørsmålet vil bli drøftet nærmere i punkt 2.5.

Forutsetningen for at ytelsen skal ansees å være frivillig, er at borgerne har muligheten til å akseptere eller avslå ytelsen. For eksempel vil en borger som har mistet jobben, kunne kreve å få dagpenger etter folketrygdlovens kapittel 4. Dagpenger er ikke en pålagt ytelse, men en ytelse som kan gis dersom vedkommende ønsker ytelsen. Grunnlaget for at borgerne selv kan gjøre rettigheter gjeldende, er at borgerne har selvbestemmelsesrett.<sup>92</sup> De fleste voksne har selvbestemmelsesrett, og dermed muligheten til å foreta avgjørelser om dem selv.<sup>93</sup>

Det kan videre spørres om hvem som skal ha rett til ytelsen. Normalt vil det være den som søker om å få tilkjent for eksempel dagpenger, som også er den som får tilkjent dagpenger. Det vil således være søkeren som anses å være rettighetssubjektet. Spørsmålet om hvem som anses å være rettighetsinnehaver på barnevernrettens område vil ikke alltid være like klart. Barnevernretten omhandler tiltak som både retter seg mot foreldrene og barnet, det er dermed to private parter i stedet for en. Barnet er den som tilsynelatende har en rettighet, men som det vil bli drøftet nærmere i punkt 2.4 kan det stilles spørsmål til barnets adgang til selv å kreve rettigheten.

Velferdssystemet skal dermed først og fremst fungere som et trygghetsnett for borgerne. Borgerne gis rettskrav på ytelser, som de kan kreve oppfylt. Dette fordrer to ting. For det første må rettighetene være kjent for borgerne, slik at de kan gjøre rettigheten gjeldende. For det andre må borgerne ha selvbestemmelsesrett slik at de kan kreve å få tilkjent godet, og ved et eventuelt brudd håndheve kravet. Disse forutsetningene vil bli utfordret når det i neste punkt skal tas stilling til barn som rettighetsinnehavere.

## **2.4 Særlige utfordringer ved barn som rettighetsinnehaver**

I det følgende er det særlige utfordringer ved barn som rettighetsinnehavere som skal drøftes. Spørsmålet er om det vil være forskjell mellom barnet som rettighetsinnehavere

---

<sup>91</sup> Ofstad og Skar (2015) s. 152.

<sup>92</sup> Hva selvbestemmelse innebærer fremgår av avhandlingens punkt 1.4.4.

<sup>93</sup> se vgml. § 2 første ledd litra a jf. § 20.

sammenlignet med voksne, og om dette eventuelt påvirker en rettighetsfesting i barnevernloven.

Myndighetsalderen etter norsk rett er 18 år, jf. vgml. § 2 første ledd litra a. Dette innebærer at barn utgjør en persongruppe fra 0 år til og med 18 år, og at voksne utgjør personer over 18 år.<sup>94</sup> Utfordringer ved å gi barn rettigheter er at rettighetene må tilpasses dette aldersspennet. Problemet knytter seg til at barn er under stadig utvikling, og derfor har ulike forutsetninger for å kunne gjøre rettigheter gjeldende. Det er klart at et spedbarn har andre forutsetninger og behov enn et barn på 12 år. Spørsmålet er dermed om en rettighetsbestemmelse som tar sikte på alle barn i de ulike alderstrinnene, kan formuleres slik at den gir reelle rettigheter for alle barn.

En rettighet innebærer at borgerne får en individuell rett som kan håndheves gjennom klage eller ved domstolskontroll.<sup>95</sup> Muligheten til selv å avgjøre om retten skal benyttes, fordrer to ting.<sup>96</sup> For det første må rettighetsinnehaveren ha personlige forutsetninger for å utøve rettigheten. Dette knytter seg til selvbestemmelsesretten. Den andre forutsetningen er at friheten som tildeles ved å kunne avgjøre om rettigheten skal benyttes, ikke kan stride mot andre grunnleggende rettigheter. Begge disse forutsetningene kan være problematiske når barn er rettighetsinnehaver, og disse forutsetningene skal dermed drøftes nærmere.

Den første forutsetningen knytter seg til om rettighetsinnehaveren har selvbestemmelsesrett. Som vist i avhandlingens punkt 1.4.4, er barns selvbestemmelsesrett begrenset. Det er i stor grad foreldrene som skal avgjøre spørsmål som angår barn. Dette fremgår av foreldreansvaret, jf. bl. § 30. Barn er tildelt flere rettigheter, eksempelvis fremgår det av oppl. § 5-1 at barn ”*har rett til spesialundervisning*”. For å kunne kreve spesialundervisning, vil barnet imidlertid være avhengig av at foreldrene fremsetter kravet på barnets vegne. Dersom barnet skal få retten oppfylt, er barnet avhengig av at foreldrene ser at barnet har et slikt behov. Dersom foreldrene ikke mener barnet har et slikt behov, vil barnet miste sin rett. I barnevernretten vil dette innebære at dersom barn gis en rett, vil foreldrene kunne avslå eller akseptere et tilbud om hjelp. Foreldrene kan dermed stoppe tiltak som barneverntjenesten

---

<sup>94</sup> Under forutsetning av at den voksne ikke er umyndiggjort jf. vgml. § 20.

<sup>95</sup> Se avhandlingens punkt 2.2 og 2.3.

<sup>96</sup> Se Sigurdson (2015) s. 332.

mener barnet har behov for.<sup>97</sup> Dette innebærer at tiltak ikke iverksettes så tidlig som ønskelig, og at dersom barn skal sikres hjelp må det foreligge en viss alvorlighetsgrad slik at tvangstiltak kan iverksettes.

At barn selv ikke har mulighet til å håndheve sine rettigheter kan dermed sies å være problematisk i de tilfellene hvor foreldrene og barnet ikke har sammenfallende interesser. At barn er tildelt en medbestemmelsesrett, bidrar ikke til å forbedre barns situasjon. I hvilken grad barnets mening blir innhentet eller vektlagt, vil bero på hva foreldrene tillater. I bl. § 33 er det ikke gitt noen veiledning på når barnet skal gis medbestemmelse, og det er heller ikke sagt noe om hvor mye barnet skal få bestemme. Dette vil bero på barnets alder og modenhet, samtidig som det er foreldrene som avgjør om barnets mening skal tillegges vekt. I barnevernssaker fremgår det av bvl. § 6-3 at barnets mening skal tillegges vekt ut fra barnets modenhet og alder, men det blir ikke spesifisert om barnets mening skal være avgjørende eller veiledende. Altså vil barns rett til å bli hørt også i noen tilfeller være avhengig av foreldrenes vilje. I tillegg vil små barn i liten grad få gjennomslag for sine meninger etter bvl. § 6-3.

Den andre forutsetningen knytter seg til spørsmålet om en selvbestemmelsesrett for barn vil krenke andre grunnleggende rettigheter som barn er tildelt. Etter EMK art. 8 nr. 1 fremgår det at *"Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence"*. Inngrep i denne retten krever hjemmel i lov, samt at inngrepet må være nødvendig. Dette innebærer at det skal noe til for at andre kan gripe inn og bestemme over valg den enkelte har foretatt om seg selv. Barn er også beskyttet av EMK art. 8, men som vist i avhandlingens punkt 1.4.3, har barn også en grunnleggende rett til omsorg. Denne retten er absolutt, og retten etter EMK art. 8 må dermed vike dersom denne rettigheten kommer i konflikt med retten til omsorg.<sup>98</sup> Barns rett til omsorg anses å være en beskyttelsesrettighet.<sup>99</sup> I dette ligger at barn skal beskyttes mot sine egne valg, men også at barn skal beskyttes mot andre.<sup>100</sup> Dersom barn skulle bli tildelt samme rettigheter som voksne, altså en frihet til selv å avgjøre spørsmål som angår dem, ville dette innebære at barn blir gitt ansvaret for sitt eget

---

<sup>97</sup> Sigurdsen (2015) s. 334.

<sup>98</sup> Se Sandberg (2003) s. 98.

<sup>99</sup> Se Sigurdsen (2015) s. 340.

<sup>100</sup> Se Sandberg (2003) s. 83.

liv. Dette vil være klart i strid med barns grunnleggende rett til omsorg. Barn har særlig behov for omsorg for å overleve og vokse opp, og kan dermed ikke ha ansvar ovenfor sitt eget liv.

Ut fra drøftelsen ovenfor er det en del særlige utfordringer som gjør seg gjeldende når barn er rettighetsinnehaver. Når det gjelder rett til tiltak etter barnevernloven vil barnets rett til de frivillige tiltakene avhenge av foreldrenes samtykke. Barnet og foreldrenes interesser vil ikke alltid være sammenfallende. For tvangstiltakene vil barnets rett, og eventuelle rett til å avslå, kunne komme i konflikt med andre absolutte rettigheter barn har. Det kan være vanskelig å finne et balansepunkt mellom selvbestemmelse og beskyttelseshensyn. Ytterligere vil aldersspennet barn utgjør komplisere hvordan en rettighetsbestemmelse bør utformes.

## 2.5 ”Rett til tvang”

Det fremgår av punkt 2.3 at velferdsretten i utgangspunktet baserer seg på frivillighet. Frivillighet omtales ofte som handlinger styrt av samtykke, altså et valg mellom flere alternativer.<sup>101</sup> For tvang finnes det ingen entydig definisjon.<sup>102</sup> Tvang kan likevel anses å være motstykke til frivillighet, altså handlinger som gjennomføres uten hensyn til om det foreligger samtykke.<sup>103</sup> Det må derfor spørres om det er mulig å oppstille et rettskrav for tiltak som baserer seg på tvang. Dette spørsmålet omtales som ”rett til tvang”.<sup>104</sup>

Når spørsmålet om rett til hjelp etter barnevernloven skal drøftes vil spørsmål om rett til tvang være relevant. Barnevernloven inneholder en rekke bestemmelser om tvang, se eksempelvis bvl. § 4-12. Ett av argumentene for at departementet ikke ønsket å rettighetsfeste barns rett til hjelp, var blant annet at det ville være ”unaturlig å definere noe som en rettighet dersom det ikke er klart at rettighetshaveren (barnet), oppfatter rettigheten som et gode”.<sup>105</sup> Et gode er noe som ansees å være positivt.<sup>106</sup> Da departementet anser det som problematisk at rettighetsinnehaveren ikke oppfatter rettigheten som et gode, kan det være hensiktsmessig å se

---

<sup>101</sup> Elisabeth Gording Stang, ”Kan barnevernet bruke frivillig tvang?”, *Norges barnevern nr. 2*, 2008 s. 39-41 (s. 39).

<sup>102</sup> Se Randi Sigurdsen *Tvangsplassering av barn med utfordrende adferd. En sammenligning av regler i barnevernloven, helse- og omsorgstjenesteloven og psykisk helsevernloven*, Bergen 2015 s. 98.

<sup>103</sup> Se Aslak Syse, ”Tvang og tilsyn i private hjem”, *Lov og rett*, 2002 s. 82-102 (s.84).

<sup>104</sup> Se blant annet Sigurdsen (2015) s. 322-333, Stang (2016) s. 183-184 og Holgersen (2000) s. 112-123.

<sup>105</sup> Jf. Ot.prp.nr. 44 (1991-1992) på s. 6-7. Det samme ble lagt til grunn i St.meld.nr. 40 (2001-2002) s. 189.

<sup>106</sup> Se Holgersen (2000) s. 114.

hen til andre deler av velferdsretten. Det kan særlig vises til helserettens område, hvor det ganske klart foreligger en rett til tvang. Etter helsepersonelloven § 7 fremgår det at helsepersonell skal utøve nødvendig hjelp, selv om pasienten motsetter seg slik hjelp.<sup>107</sup> Helsepersonelloven må sees i sammenheng med pasientens og brukerens rett til å få nødvendig helsehjelp, etter pbrl. § 2-1a andre ledd. Innenfor helseretten er det således ikke problematisk å oppstille en rett til tvang og det kan stilles spørsmål til hvorfor dette er problematisk innenfor barnevernretten.

Utfordringene ved barnevernretten er at tiltaket medfører inngrep i både foreldrenes og barnets rettigheter. Dette skiller seg fra helseretten hvor den som har retten også er den som tvangen rettes mot. I barnevernretten vil både foreldrene og barnet oppleve tvang, men tvangen kan oppleves ulikt. For foreldrene kan tvangen oppleves som noe negativt, fordi foreldrene mister sin rett til familieliv med barnet. Barnet kan også oppleve tvangen som negativt fordi barnet mister den daglige omgangen med foreldrene, men et viktig poeng er at barnet også kan se på tvangen som noe positivt fordi barnet får forbedret sin omsorgssituasjon. Barnevernloven tar sikte på å gi barn bedre omsorg og beskyttelse mot overgrep, noe som taler for at foreldrenes oppfatning av tvangen bør nedtones. Problemet med tvang er at rettighetsinnehaveren ikke har mulighet til å velge om tiltaket skal avslås eller aksepteres. Barn som er rettighetsinnehavere har imidlertid ikke adgang til selv å samtykke, fordi samtykkekompetansen er lagt til foreldrene. Et annet poeng er at tvangen ikke er ment å være negativt for barnet. På sikt skal inngrepet bidra til positiv endring av barnets omsorgsbehov. Tvangen vil dermed kunne ansees som noe som vurderes positivt, og dermed som et gode.<sup>108</sup> At foreldrene og barnet ikke opplever dette som positivt, kan dermed være av mindre betydning. Barnevernets plikt inntreer når foreldrene ikke utfører forsvarlig omsorg. Det kan derfor ikke legges til grunn at de private partene alltid innser at de har behov for hjelp, noe som kan tale for at det kan gis rett til tvang.<sup>109</sup> Trepartsforholdet utfordrer måten å tenke om tvang på, fordi partene som tvangen er rettet mot opplever tvangen ulikt.<sup>110</sup>

---

<sup>107</sup> Lov av 2. Juli 1999 nr. 64 om helsepersonell m.v. (helsepersonelloven).

<sup>108</sup> Se bvl. § 1-1.

<sup>109</sup> Se Holgersen (2000) s. 117.

<sup>110</sup> Se også Stang (2016) s. 184.



### 3 Har barn rettskrav på hjelp etter gjeldende rett?

#### 3.1 Innledning

Staten er forpliktet til å beskytte barn og unge mot skadevoldende handlinger og til å sørge for at barn får nødvendig omsorg.<sup>111</sup> Denne plikten overholdes ved barnevernets oppgaver, og plikten er kommet eksplisitt til uttrykk i barnevernlovens formålsbestemmelse.

For å oppfylle barnevernlovens formål, er både kommunene og staten pålagt plikter etter loven. Kommunens plikter fremgår eksempelvis av bvl. § 4-2 og 4-3, hvor det fremgår at barnevernet ”skal” vurdere innkomne meldinger og snarest undersøke forholdet. Kommunens plikt er knyttet til ordet ”skal”.<sup>112</sup> Statens ansvar fremgår i hovedsak av barnevernlovens kapittel 5. I dette kapitlet er det kommunens ansvar som vil være gjenstand for drøftelsen fordi rettighetsspørsmålet knytter seg de tiltak etter loven som det kommunale barnevernet har ansvaret for.<sup>113</sup>

Barnevernloven pålegger kommunene og staten plikter, uten at det gis en uttrykkelig korresponderende rettighet til å motta tiltakene. I forarbeidene til barnevernloven fremgår det at loven ikke skal være en rettighetslov for barn.<sup>114</sup> Det kan likevel spørres om lovens utforming er av en slik karakter at det er naturlig å snakke om rettigheter etter loven. Spørsmålet er altså om og i hvilken grad, barn har rett til hjelp etter barnevernloven i dag. Dette har igjen betydning for om det er et behov for å rettighetsfeste barns rett til hjelp og eventuelt hvordan en slik rett bør utformes.

I det følgende drøftes først spørsmålet om det kan utledes en rett til hjelp etter barnevernloven. Dette spørsmålet deles inn i frivillige tiltak og tvangstiltak, fordi barnevernloven skiller mellom disse to typer tiltak. Deretter skal de prosessuelle rettighetene drøftes, siden disse vil ha betydning for om det foreligger ett rettskrav.

---

<sup>111</sup> Jf. BK art. 19 nr. 1 og BK art. 3 nr. 2.

<sup>112</sup> Se eksempelvis Stang, (2007) s. 383.

<sup>113</sup> Arbeidsfordelingen mellom staten og kommunene fremgår av barnevernlovens kapittel 2.

<sup>114</sup> Det fremgår blant annet av Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 6-7, og St.meld. nr. 40 (2001-2002) s. 180.

## **3.2 Kan det utledes en rett til hjelp etter barnevernloven?**

### **3.2.1 Innledning**

I vurderingen av om barnevernloven gir barn rettskrav på hjelp, er det bestemmelsene i kapittel 4 som er relevante å drøfte. Barnevernlovens kapittel 4 fremstiller de tiltak som kan iverksettes for å forbedre barns omsorgssituasjon, og knytter seg derfor direkte opp mot rettighetsspørsmålet. Kapittel 4 inneholder både frivillige tiltak og tvangstiltak. Spørsmålet om hvorvidt barn har rett til hjelp etter barnevernloven, vil derfor bli drøftet ut fra henholdsvis de frivillige tiltakene og tvangstiltakene.

I vurderingen av om de frivillige tiltakene gir barn rett til hjelp, vil bvl. §§ 4-4 og 4-6 bli drøftet. Disse bestemmelsene utgjør tiltak som er knyttet opp mot det enkelte barnet og barnets familie. Verken bvl. § 4-1 eller bvl. §§ 4-2 og 4-3 vil bli drøftet. Disse bestemmelsene gir ikke grunnlag for å stille spørsmål til om det foreligger noen rettighet fordi disse bestemmelsene ikke hjemler tiltak som iverksettes ovenfor konkrete barn og foreldre.

For tvangsbestemmelsene vil det ikke tas utgangspunkt i en konkret bestemmelse. At tvangsbestemmelsene behandles mer generelt, skyldes at barnevernloven inneholder mange svært ulikartede typer tvangstiltak. I bvl. §§ 4-10 og 4-11 kan fylkesmannen vedta tvungen medisinsk undersøkelse og behandling av barn som har særlige behandlings- og opplæringsbehov. Etter bvl. § 4-12 fremgår hovedbestemmelsen om omsorgsovertakelse, og i bvl. § 4-20 fremgår vilkårene for fratakelse av foreldreansvaret samt vilkårene for adopsjon. I tillegg har loven bestemmelser om tvangstiltak i akutte situasjoner, jf. bvl. §§ 4-6 andre ledd, 4-9 og 4-25. En siste bestemmelse som kan trekkes frem er bvl. § 4-24, som hjemler tvangsplassering og tilbakehold i institusjon uten samtykke. Dersom hver og en av disse tvangsbestemmelsene skulle blitt behandlet like grundig, ville dette overskride avhandlingens rammer. Det vil derfor i det videre foretas en mer generell analyse av om tvangstiltakene kan sies å gi rettigheter til barn etter gjeldende rett.

Målet med dette kapittelet er å foreta en nærmere analyse av om barnevernloven gir barn en rett til hjelp. I denne vurderingen benyttes analysemodellen som ble fremstilt i avhandlingens punkt 2.2. Det vil derfor bli drøftet om barnevernloven selv formulerer en rett-plikt-relasjon, om det benyttes klare og konsise ord og uttrykk og om økonomiske hensyn kan vektlegges ved avgjørelsen av om en ytelse skal gis. Først drøftes dette med hensyn til de frivillige tiltakene, deretter tvangstiltakene. Saksbehandlingsreglene og klageadgangen vil ikke bero på en

tolkning av bestemmelsene i barnevernlovens kapittel 4, men fremgår av andre bestemmelser i barnevernloven. Disse to punktene i analysemodellen blir derfor drøftet særskilt i avhandlingens punkt 3.3.

### 3.2.2 Frivillige tiltak

Det fremgår av bvl. § 4-4 første ledd at barneverntjenesten *”skal bidra til å gi det enkelte barn gode levevilkår og utviklingsmuligheter ved råd, veiledning og hjelpetiltak”*.

Bestemmelsen kan ikke sies å gi noe konkret rett, og lite tyder på at den gir en indirekte rett. Det fremgår ikke konkrete vilkår for når retten inntreffer, men det pålegges en overordnet plikt til å sørge for gode levevilkår og utviklingsmuligheter for barn. Plikten fremstår mer som en henstilling om at alle barn skal beskyttes, enn som en plikt knyttet til det enkelte barnet. Bestemmelsen er ment å gi råd og veiledning, og kan derfor vanskelig anses å gi barn en individuell rett.<sup>115</sup> Det vil heller ikke bli truffet noe vedtak etter bestemmelsen.

Barnevernloven § 4-4 første ledd vil ikke kunne anses å gi barn en individuell rett til hjelp.

Spørsmålet er om det kan utledes en rett til hjelp etter bvl. § 4-4 andre ledd. I bvl. § 4-4 andre ledd, fremgår det at barneverntjenesten *”skal”* sørge for å sette i verk hjelpetiltak for barnet og familien, når vilkårene for dette er oppfylt. En naturlig forståelse av *”skal”* er at barneverntjenesten har en plikt til å gjennomføre tiltak når lovens vilkår er oppfylt. En slik forståelse av ordlyden er også lagt til grunn i forarbeidene og juridisk litteratur.<sup>116</sup>

Da barneverntjenesten skal sette i verk hjelpetiltak, vil barneverntjenesten være pliktsubjektet etter loven. Spørsmålet er imidlertid hva som nærmere inngår i barnevernets plikter. At barnevernet er pålagt en plikt taler for at det ikke foreligger en valgmulighet for barneverntjenesten om tiltaket skal iverksettes eller ikke. Plikten innebærer altså at barnevernet skal sette i verk tiltaket når vilkårene for dette er oppfylt. Spørsmålet er imidlertid hvilket hjelpetiltak barnet kan få rett til. Hva som anses å være hjelpetiltak er ikke nærmere definert i loven. Tidligere inneholdt bvl. § 4-4 andre ledd en liste over tiltak som kunne bidra positivt til barnets eller familiens situasjon.<sup>117</sup> Denne listen ble tatt ut av bestemmelsen fordi

---

<sup>115</sup> Se Innst. O. nr. 80 (1991-1992) om lov om barneverntjenester s. 15-16. Det kan også vises til Stang (2007) s. 154-157.

<sup>116</sup> Se NOU 2016:16 s. 69-70. Se også Stang (2007) s. 383.

<sup>117</sup> Se bvl. § 4-4 andre ledd før lovendringen av 1. januar 2014.

listen kunne virke bindende for barneverntjenesten slik at andre tiltak ikke ble vurdert.<sup>118</sup> Dette medfører imidlertid at det er vanskeligere for barn og foreldre å vite hvilke tiltak som kan iverksettes. Momentene i listen kan likevel være veiledende, men dette fordrer at listen er tilgjengelig noe som igjen ikke samsvarer med bakgrunnen for at listen ble tatt ut av loven. Etter bvl. § 4-4 første ledd annet punktum er formålet med hjelpetiltakene å *”bidra til positiv endring hos barnet eller i familien”*. Hjelpetiltakene skal bidra til at forholdene i hjemmet eller hos barnet endrer seg positivt. Hjelpetiltaket må således avgrenses til tiltak som kan hjelpe barnet på en positiv måte. Avgrensningen vil likevel være noe upresis da dette i stor grad vil bero på en skjønnsmessig vurdering. Prinsippet om barnets beste i bvl. § 4-1 første ledd, og forsvarlighetskravet etter bvl. § 1-3, kan også gi veiledning for hvilke tiltak som kan iverksettes. Likevel vil også disse momentene være basert på skjønn, og således ikke kunne gi noe klart svar på hvilke tiltak som iverksettes.

Bestemmelsen gir heller ikke anvisning på hvor lenge tiltaket skal opprettholdes. Etter ordlyden vil grunnlaget for tiltaket foreligge så lenge barnet har *”særlig behov for”* hjelpetiltaket. At det er usikkert hva barnet får rett til, og usikkert hvor lenge retten består, taler mot at bestemmelsen kan anses å være en rettighetsbestemmelse.

Et annet spørsmål er i hvilken grad økonomiske hensyn kan benyttes som begrunnelse for å iverksette, eventuelt ikke iverksette et tiltak.<sup>119</sup> Etter bvl. § 9-1 første ledd skal kommunen sørge for at bevilgninger som er nødvendige for å yte tjenester og tiltak som de har ansvaret for, er tilstrekkelige til å utføre plikten de har etter loven. Kommunen kan derfor ikke velge å bevilge mindre midler til barneverntjenesten, enn hva som er forsvarlig. Dette medfører at kommunene må holde seg innenfor en minstestandard. Barneverntjenesten kan altså ikke begrunne manglende iverksettelse av hjelpetiltak i økonomiske hensyn når vilkårene for hjelpetiltaket er oppfylt.

Et annet spørsmål er om økonomiske hensyn kan påvirke hvilket tiltak eller hvor omfattende tiltak som kan iverksettes. Barnevernloven § 9-1 gir ikke veiledning på dette punkt. Heller ikke forarbeidene sier noe om dette spørsmålet. Det kan pekes på at barnevernet har en plikt til å iverksette tiltak som kan avhjelpe situasjonen barnet befinner seg i. Ut fra barnevernets

---

<sup>118</sup> Se Prop. 106 L (2012-2013) s. 150.

<sup>119</sup> Dette var ett av momentene i analysemodellen, se avhandlingens punkt 2.2.

plikt kan det argumenteres for at barnevernet ikke kan velge et tiltak som ikke er egnet til å hjelpe barnet. Barnevernet kan ikke sies å ha oppfylt sin plikt dersom det vedtas et tiltak som ikke gir barnet hjelp. Dette må også gjelde til tross for at det ene tiltaket er mer økonomisk enn det andre tiltaket. Derimot vil økonomiske hensyn kunne være relevant dersom kommunen står mellom ulike alternativer som er like godt egnet til å oppfylle barnets behov for hjelp, men det ene tiltaket vil være dyrere enn det andre.

Rettighetssubjektet vil være barn som på *”grunnlag av forholdene i hjemmet eller av andre grunner har særlig behov for det”*, jf. bvl. § 4-4 andre ledd. Hvilke barn som omfattes av bestemmelsen vil dermed måtte bero på en skjønnsmessig vurdering av vilkårene for hjelpetiltakene. Det kan dermed sies at rettighetssubjektet vil være noe upresist da det ikke klart fremgår av loven hvilke barn som oppfyller vilkårene. Dette taler mot at bestemmelsen ikke anses å være en rettighetsbestemmelse for barnet. I alle fall må det være tale om en svak rettighet.

Vilkårene for når barnet vil ha en rett, beror på en skjønnsmessig vurdering av om *”forholdene i hjemmet”* eller barnet har et *”særlig behov”* for at tiltak iverksettes. Vilkårenes skjønnsmessige preg taler mot at bestemmelsen kan anses å være en rettighetsbestemmelse. Skjønnsmessige bestemmelser angir ikke konkret hva retten inneholder, og det gir forvaltningen stor mulighet til å styre vurderingene. Dersom bestemmelsen kan sies å gi rettighet til barn, vil dette derfor være en svak rettighet.<sup>120</sup>

Hva som inngår i vurderingen av *”særlig behov”* kan imidlertid gjennom tolkning presiseres noe. Etter en naturlig språklig forståelse av *”særlig behov”* vil barnet måtte være i en situasjon som andre barn ikke befinner seg i. Ordlydsfortolkningen styrkes av forarbeidene hvor det uttales at *”særlig behov innebærer at det enkelte barn må ha et behov utover det barn i alminnelighet vil ha”*.<sup>121</sup> Det fremgår videre at nedsatt funksjonsevne hos barnet ikke i seg selv medfører at barneverntjenesten har grunnlag for å iverksette et hjelpetiltak etter loven. Barnet må ha et behov utover selve den nedsatte funksjonsevnen som ikke andre barn i samme situasjon har. At barnet må ha et *”særlig behov”* avgrenser dermed hvilke barn som skal gis hjelp. Spørsmålet er imidlertid når barnet kan sies å ha et *”særlig behov”*. Dette vil

---

<sup>120</sup> Se Sigurdson (2015) s. 330-332.

<sup>121</sup> jf. Prop. L 106 (2012-2013) på s. 148.

bero på en konkret vurdering av det enkelte barnets behov, noe som vil innebære betydelig grad av skjønn. Momenter som kan inngå i denne vurderingen vil eksempelvis være *”svake sosiale ferdigheter hos barnet, tilpasningsproblemer på skole, barnehage eller hjemme, psykiske problemer, konsentrasjonsvansker, manglende tilhørighet, manglende nettverk, emosjonelle problemer eller atferdsvansker”*.<sup>122</sup> Hva som anses å være et *”særlig behov”* vil ut fra dette kunne avgrenses noe, men vurderingen av om barnet har et særlig behov, vil fortsatt innebære betydelig grad av skjønn. Det kan derfor ikke sies å være et vilkår som klart gir uttrykk for når barnet vil ha en rettighet. Dersom barnet kan sies å ha en rett vil det derfor være en svak rettighet.

Et annet vilkår for at barneverntjenesten skal iverksette tiltak etter bvl. § 4-4 andre ledd er at foreldrene må samtykke, med mindre barnet ikke er over 15 år.<sup>123</sup> Kravet til samtykke fremgår ikke eksplisitt av bestemmelsen, men det følger for det første av at det er barneverntjenesten som har kompetanse til å iverksette tiltak. Barneverntjenesten har ikke kompetanse til å vedta tvangstiltakene. Dette fremgår uttrykkelig av bestemmelsene om tvangstiltak, hvor kompetansen uttrykkelig er gitt til fylkesmannen. For det andre følger det av forarbeidene at hjelpetiltakene skal skje i samarbeid med familien og at gjennomføringen mot foreldrenes vilje vil kunne være problematisk.<sup>124</sup> I de tilfellene hvor foreldrene og barnet har motstridende interesser vil det at samtykkekompetansen er lagt til foreldrene kunne medføre at barn under 15 år ikke får rett til hjelpetiltaket. Foreldrene kan da avslå et tiltak som barnet selv mener det har behov for og ønsker. Dersom barnet da skal få hjelp må situasjonen være så alvorlig at barnevernet kan gripe inn med tvang.

Ut fra drøftelsen over synes det klart at bvl. § 4-4 andre ledd inneholder elementer av rettigheter, slik at de i beste fall kan utledes en svak rett til hjelpetiltak. Vilkårene for tiltaket er skjønnsmessige, og det vil i stor grad være opp til barneverntjenesten å bestemme hvilket tiltak som skal iverksettes og hvor lenge tiltaket skal vare. Kravet til barnets beste og forsvarlighetskravet vil imidlertid sette noen grenser for barnevernets skjønn. Den største utfordringen for å si at bvl. § 4-4 andre ledd gir barn et rettskrav på hjelpetiltak, er imidlertid at bestemmelsen forutsetter foreldrenes samtykke. Dersom foreldrene ikke gir sitt samtykke,

---

<sup>122</sup> Opplistingen fremgår av Stang (2007) s. 174.

<sup>123</sup> Barns partsstatus vil bli nærmere drøftet i punkt 3.3.2.

<sup>124</sup> Se Ot.prp.nr 44 (1991-1992) s. 32.

har ikke barnet krav på hjelpetiltak. Ut fra dette er det vanskelig å konkludere med at barn har rett til hjelpetiltak etter bvl. § 4-4 andre ledd.

Det kan videre stilles spørsmål til om barn kan sies å ha rett til frivillig plassering utenfor hjemmet etter bvl. § 4-4 sjette ledd. Vilklårene for slik frivillig plassering er at *"vilkårene i annet ledd er til stede"* og at *"behovene ikke kan løses ved andre hjelpetiltak"*, jf. bvl. § 4-4 sjette ledd. Utfordringene ved å si at bvl. § 4-4 andre ledd innebærer en rettighet til barn, gjør seg dermed gjeldene også for sjette ledd. Videre inneholder ikke sjette ledd en like klar pliktregel som andre ledd, da barneverntjenesten etter sjette ledd "kan" iverksette tiltak. Det vil dermed vanskelig kunne sees som en rett for barnet å bli plassert utenfor hjemme etter bvl. § 4-4 sjette ledd.

Barnevernloven § 4-6 første ledd hjemler også frivillige hjelpetiltak. Spørsmålet blir derfor om det kan utledes en rett for barn til tiltak etter denne bestemmelsen. Det fremgår av bestemmelsen at når barn er *"uten omsorg fordi foreldrene er syke eller barnet er uten omsorg av andre grunner, skal barneverntjenesten sette i verk"* nødvendige hjelpetiltak. Barnevernet pålegges en plikt, jf. ordet "skal". Videre er det klart at bestemmelsen tar sikte på barn som er uten omsorg. Forarbeidene gir eksempler på situasjoner hvor barn vil være uten omsorg.<sup>125</sup> Kriteriet vil i mindre grad enn etter bvl. § 4-4 andre ledd bero på tvil, noe som taler for at bestemmelsen kan anses å gi barn en rett til tiltak. Problemet er imidlertid at slike tiltak ikke kan opprettholdes uten foreldrenes samtykke. Dersom foreldrene motsetter seg tiltaket vil foreldrene, slik som ved hjelpetiltak etter § 4-4 andre ledd og sjette ledd, forhindre at barn får hjelp.<sup>126</sup>

De frivillige tiltakene kan således anses å inneholde elementer av rettigheter. For hjelpetiltak etter bvl. § 4-4 andre ledd vil vilklårene for tiltak være skjønnsmessige og derfor angi en svak rettighet for barn. Vilklårene etter bvl. § 4-6 kan sies å være mye mer presise og således angi en klarere rettighetsposisjon for barn. På den andre siden har foreldrene blitt tildelt en vesentlig rolle ved disse tiltakene, ved at foreldrene avgjør om barnet skal gis hjelp eller ikke. Dette taler sterkt mot at bestemmelsene gir barn rettigheter, i alle fall i de tilfeller hvor det foreligger motstridende interesser.

---

<sup>125</sup> Se Ot.prp.nr. 44 (1991-1992) s. 34.

<sup>126</sup> Op.cit s. 108

### 3.2.3 Tvangstiltak

De frivillige tiltakene er i utgangspunktet utformet som klare pliktbestemmelser, da bestemmelsene benytter ordet ”skal”. Tvangsbestemmelsene er ikke utformet like klart. Tvangsbestemmelsene er utformet som kan- regler, se eksempelvis bvl. § 4-12 hvor det fremgår at fylkesnemnda ”kan” iverksette omsorgsovertakelse. Den samme formuleringen benyttes i bvl. § 4-10 om vedtak om medisinsk undersøkelse og behandling, og bvl. § 4-20 om fratakelse av foreldreansvaret samt samtykke til adopsjon. Spørsmålet er da om ”kan” skal forstås på samme måte som ”skal”, altså om også tvangsbestemmelsene også gir uttrykk for å gi barn rettigheter.

Felles for tvangsbestemmelsene er at de medfører inngrep i den private sfære og dermed er i legalitetsprinsippets kjerne.<sup>127</sup> Departementet har ved lovfesting av barnevernloven tatt uttrykkelig avstand fra å rettighetsfeste barnevernloven.<sup>128</sup> Departementets klare synspunkt taler sterkt mot at barnevernloven kan forstås som en rettighetslov. Den negative holdning til å lovfeste en rett til tvang, kan også anses å være en av grunnen til at bestemmelsene om tvang ikke er utformet som en ”skal” bestemmelse, men i stede benytter ordet ”kan”.

Spørsmålet er som nevnt, om tvangstiltakene likevel kan sies å gi barn rett til hjelp. Dette må bero på en tolkning av ordet ”kan”, samt utformingen av lovens vilkår og de menneskerettslige forpliktelsene som blant annet følger av Barnekonvensjonen.

En naturlig ordlydstolkning av ”kan” taler for at fylkesnemnda kan velge om vedtak om tvang skal iverksettes eller ikke, når vilkårene for tiltaket er oppfylt. Denne tolkningen støttes av litteraturen hvor det ved tolkningen av bvl. § 4-12 uttrykkes at ”kan” innebærer at barnevernet ikke har noen plikt til å fatte vedtak om omsorgsovertakelse.<sup>129</sup> At bvl. § 4-12 skal tolkes slik, taler for at de øvrige tvangsbestemmelsene skal forstås på samme måte, da også de øvrige tvangsbestemmelsene ”kan” iverksettes. En annen forståelse ville medført ulikhet i spørsmålet om tvangsbestemmelsene skulle benyttes. Gode grunner taler for at alle bestemmelsene om tvang i barnevernloven burde tolkes på samme måte, på grunn av deres inngripende karakter.

---

<sup>127</sup> Jf. GrL. § 113.

<sup>128</sup> Se Ot.prp.nr. 44 (1991-1992) s. 6-7. Det samme ble lagt til grunn i St.meld.nr 40 (2001- 2002) s. 189.

<sup>129</sup> Ofstad og Skar (2015) s. 142.



Det neste spørsmålet som kan stilles, er om fylkesnemnda står fritt til å bestemme om et vedtak skal vedtas eller ikke. Vil det for eksempel være adgang til ikke å iverksette omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-12 dersom vilkårene i bestemmelsen er oppfylt? Etter bvl. § 4-12 andre ledd, fremgår det at tiltaket som iverksettes må være nødvendige og til barnets beste. Andre ledd kan forstås slik at dersom omsorgsovertakelsen vil være til barnets beste og er nødvendig for å sikre barnet tilstrekkelig omsorg, vil barnevernet likevel ha en plikt til å iverksette tiltak. Barnets beste er et overordnet hensyn for tiltakene i barnevernlovens kapittel 4, og barnets beste kan således tale for at det foreligger en plikt til å iverksette tvangstiltak dersom vilkårene for dette ellers er oppfylt. Det er også presisert i bvl. § 4-20 tredje ledd litra b, at samtykke til adopsjon bare kan skje dersom adopsjonen vil være til barnets beste. Ut fra nødvendighetskravet og barnets beste, vil ikke fylkesnemnda stå fritt til å bestemme om vedtaket skal iverksettes eller ikke.

Som vist i avhandlingens punkt 1.4.3, har barn en grunnleggende rett til omsorg. Denne retten taler klart for at i de tilfeller hvor foreldrene ikke overholder sitt ansvar om å gi barn tilstrekkelig omsorg, vil staten måtte gripe inn. Retten til omsorg er absolutt, da den er en forutsetning for barnets rett til liv etter BK art. 6. Dersom barneverntjenesten ikke iverksetter et tiltak som barnet har behov for, vil dette kunne stride mot statens plikt etter BK art. 3 nr. 2 og BK art. 19 nr. 1.<sup>130</sup> Ut fra statens forpliktelse etter menneskerettighetene, synes det å foreligge en rett til for eksempel omsorgsovertakelse i de tilfellene hvor vilkårene for omsorgsovertakelse er oppfylt. Videre må det også kunne foreligge en slik rett når barnet ikke blir tatt til legen når det har en livstruende eller annen alvorlig sykdom eller skade, jf. bvl. § 4-10. Dette taler for at dersom vilkårene for et tiltak er oppfylt, at tiltaket er nødvendig og til barnets beste men ikke iverksettes, vil det foreligge brudd på plikten til å sørge for barnets grunnleggende rett til omsorg. Ut fra en slik tolkning vil ikke barnevernet kunne sies å ha en valgfrihet.<sup>131</sup>

Utgangspunktet for tiltak som iverksettes ved bruk av tvang er at vilkårene må være klare og konsise. Dette fordi tvangstiltakene gjør inngrep i den private sfære og er i kjernen av

---

<sup>130</sup> Se avhandlingens punkt 1.4.3.

<sup>131</sup> Sandberg (2003) trekker også frem barns grunnleggende rett til omsorg som argument for at barn har rett til omsorgsovertakelse, se s. 275, Samme argument benyttet i Trude Haugli, "Rettsikkerhet for barn og unge i sårbare situasjoner", i Edvard Befring, Ivar Frønes og Mari- Anne Sørli (red), *Sårbar unge*, Oslo 2010 s. 55.

legalitetsprinsippet, jf. GrL. § 113. Vilkårene for når tvangsvedtak kan iverksettes er noe ulikt utformet. Likevel kan det vises til at bestemmelsene er nokså skjønnsmessige. Overordnet knytter tvangsbestemmelsene seg til hva som er grensen for god nok omsorg. Eksempelvis fremgår det av bvl. § 4-4 tredje ledd at tiltaket må være nødvendig for å sikre barn *"tilfredsstillende omsorg"*. Etter bvl. § 4-12 benyttes vilkår som *"alvorlige mangler"*, *"særlige behov"*, *"alvorlig overgrep"* og *"alvorlig skadd"*. Om tvangstiltaket skal iverksettes beror dermed på spørsmålet om hva som anses som tilstrekkelig omsorg. I de tilfellene hvor barnet blir vanskjøttet er det ganske klart at barnet ikke får tilfredsstillende omsorg. Derimot vil det være et definisjonsproblem i tilfeller hvor barnet er overvektig. Et annet eksempel er hvor familien er svært religiøs, og disse religiøse verdiene påvirker foreldrenes syn på akseptabel omsorg på en måte som er skadelig for barnet. Når omsorgen befinner seg i gråsonene av hva som kan anses som forsvarlig omsorg, vil vurderingen bero på skjønn. Dette taler for at tvangsbestemmelsene ikke kan anses å være rettighetsbestemmelser, eller i alle fall ikke gir mer enn et svakt rettighetsvern.

Analysemodellen fremhevet videre økonomi som et moment av betydning for om det foreligger et rettskrav.<sup>132</sup> Spørsmålet er om økonomiske hensyn kan vektlegges ved avgjørelsen av å iverksette et tvangstiltak. Etter bvl. § 9-1 første ledd "skal" kommunen bevilge nok midler til barnevernet slik at kommunen kan oppfylle sine plikter etter barnevernloven.<sup>133</sup> Dette taler for at kommunen ikke kan benytte økonomiske hensyn som argument for ikke å iverksette tiltak etter loven, når tiltaket er nødvendig for å gi barnet et tilstrekkelig vern. Barnets grunnleggende rett til omsorg taler også for en slik tolkning. Retten til omsorg er absolutt. Dersom kommunen ikke iverksetter tiltak som er egnet til å hjelpe barn, vil det kunne foreligge brudd på BK art. 19 nr. 1. Bestemmelsen gir barn en rett til beskyttelse mot vold og overgrep, og dersom barn blir utsatt for omsorgssvikt vil barnevernet således ha en plikt til å hjelpe barnet.

Ut fra det som er diskutert ovenfor kan det vanskelig sies at det foreligger et klart rettskrav på tvang. Lovgiver har uttrykkelig lagt til grunn at loven ikke skal tolkes på denne måten. Barns menneskerettslige vern kan imidlertid tale for at når vilkårene for det enkelte tiltaket er oppfylt og tiltakene er til barnets beste samt i samsvar med det mildeste inngreps prinsipp, så

---

<sup>132</sup> Se avhandlingens kapittel 2.2 hvor analysemodellen er fremstilt.

<sup>133</sup> Se avhandlingens punkt 3.2.2 for en nærmere redegjørelse av bestemmelsens ordlyd.

vil barnevernet ikke kunne velge å ikke gjennomføre tiltaket. Dermed foreligger det en viss rett til tvangstiltak etter barnevernloven, men det er i så fall tale om en rettighet av svak karakter.

### **3.3 Prosessuelle rettigheter**

#### **3.3.1 Innledning**

Hvilke muligheter rettighetsinnehaveren har til å håndheve sitt krav, anses å være en viktig del av å ha et rettskrav.<sup>134</sup> I dette punktet skal derfor spørsmålet om barn har mulighet til å håndheve vedtak etter barnevernloven drøftes.

Saksbehandlingsreglene er fremstilt i barnevernlovens kapittel 6 og 7. Videre vil saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven gjelde så langt disse passer, jf. bvl. § 6-1. At forvaltningslovens regler kommer til anvendelse, tyder på at rettighetsinnehaveren har gode muligheter til å håndheve en eventuell rett. Spørsmålet knytter seg til om barnet har mulighet til å håndheve retten, og dette vil bli drøftet i punkt 3.3.2.

En særlig saksbehandlingsregel, gjelder fylkesnemndas adgang til å ilegge barneverntjenesten mulkt etter bvl. § 6-9 tredje ledd i tilfeller hvor barnevernet ikke overholder fristene fremsatt i bvl. §§ 4-2 og 4-3. Mulkt vil imidlertid ikke være en håndhevingsmulighet for barn. Det er fylkesmannens kontrollmulighet ved at barneverntjenesten overholder de plikter som følger av bvl. § 4-2 og 4-3.<sup>135</sup> Barnevernloven § 6-9 tredje ledd knytter seg således til forsvarlig saksdrift, og gir ikke hjemmel for å sanksjonere manglende iverksettelse av tiltak. Bestemmelsen vil derfor ikke bli videre drøftet.

Et annet særlig spørsmål som skal drøftes nærmere er om en eventuell mulighet til å kreve erstatning kan tale for at barn har krav på barnevernstiltak. Dette spørsmålet vil bli drøftet i punkt 3.3.3.

#### **3.3.2 Saksbehandlingsregler og rettslig overprøving**

Barn har slik som alle andre, anledning til å kontakte barneverntjenesten etter bvl. § 4-2. Barneverntjenesten har plikt til å vurdere meldingen, men bestemmelsen kan ikke sies å gi

---

<sup>134</sup> Dette fremgår av analysemodellens punkt 4 og 5, se Kjørstad, Syse og Kjelland (2017) s. 111.

<sup>135</sup> Jf. Ot.prp.nr. 44 (1991-1992) s. 86.

barn en håndhevingsmulighet. På dette stadiet er det ikke fattet noe enkeltvedtak, og partsrettighetene vil derfor ikke komme til anvendelse.<sup>136</sup> Dette innebærer at barn ikke kan klage på barnevernets beslutning om ikke å undersøke situasjonen nærmere.

Adgangen til å håndheve et vedtak, er noe ulikt alt etter som det er snakk om et tvangstiltak eller et hjelpetiltak. For hjelpetiltak følger det av bvl. § 6-5, at fylkesmannen er klageinstans. Klage på barnevernets tiltak, fremsettes for barnevernet. Barnevernet skal da selv avgjøre om de skal omgjøre vedtaket. Dersom barnevernet ikke omgjør vedtaket, skal vedtaket oversendes fylkesmannen for overprøving jf. fvl. § 33 fjerde ledd. Fylkesmannen er tildelt full overprøvsingsrett, jf. bvl. § 6-6.

For tvangstiltakene er det tingretten som har overprøvsingsadgangen, jf. bvl. § 7-24.

Spørsmålet i det følgende er hvilke vedtak som kan bringes inn for tingretten. Det fremgår av bvl. § 7-24 at ”*Nemndas vedtak*” kan bringes inn for tingretten. En naturlig ordlydsfortolkning av ”vedtak” taler for at både negative og positive vedtak kan overprøves. Bestemmelsen skal imidlertid ikke forstå slik. De private partene har ikke adgang til å reise søksmål når vedtaket er positivt for partene.<sup>137</sup> Det vil si at det ikke kan reises søksmål om fylkesnemndas vedtak om opphevelse av et tvangstiltak, eller vedtak om ikke å ta forslag til tvang til følge. Derimot vil avvisning av en sak kunne være gjenstand for rettslig overprøving.<sup>138</sup>

Det vil således vær mulighet å få både tvangstiltak og hjelpetiltak overprøvd, noe som klart taler for at barn har rettigheter etter barnevernloven. Problemet knytter seg imidlertid til hvem som har kompetansen til å klage på vedtakene om hjelpetiltak eller tvangstiltak. Etter fvl. § 2 første ledd litra e, vil en part i saken være den som saken ”*retter seg mot eller som saken ellers direkte gjelder*”. Barn vil etter forvaltningsloven alltid være part i barnevernssaker. I barnevernssaker gjelder det imidlertid en særregel, som innskrenker partsbegrepet.<sup>139</sup> Det fremgår av bvl. § 6-3 andre ledd at bare barn som er fylt 15 år, og som forstår hva saken gjelder, vil være part i barnevernssaken. Barn over 15 år har derfor de samme partsrettighetene som voksne, og kan derfor benytte seg av partsrettigheter slik som klage. I

---

<sup>136</sup> Hva som anses som et enkeltvedtak fremgår av fvl. § 2 første ledd litra b.

<sup>137</sup> Ofstad og Skar (2015) s. 434.

<sup>138</sup> Jf. Ot.prp.nr. 76 (2005-2006) Om lov om endringer i barnevernloven og sosialtjenesteloven mv. (saksbehandlingsregler for fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker mv.), s. 65.

<sup>139</sup> Forvaltningsloven må vike for særreglene som er fremstilt i barnevernloven, jf. bvl. § 6-1.

”særskilte tilfeller” kan fylkesnemnda innvilge partsrettigheter til barn under 15 år. Etter ordlyden ”særskilt” vil det bare i unntakstilfeller tildeles partsrettigheter til barn under 15 år.<sup>140</sup> Barn vil imidlertid alltid være part i tilfeller hvor tiltak retter seg mot barn med atferdsvansker, eller tiltak for barn som utsettes for menneskehandel, jf. bvl. § 6-3 andre ledd siste punktum. Barn som er under 15 år, vil ikke ha de samme mulighetene til å gjøre partsrettigheter gjeldende. Dette innebærer at barn som ikke er over 15 år er avhengig av at andre håndhever retten for dem. Dette i seg selv taler mot at barn har rett til tiltak etter barnevernloven, fordi barnet selv ikke kan håndheve sine interesser. Det er den eller de som er verge for barnet, som vil ha ansvaret for å påklage vedtaket etter bvl. §§ 6-5 og 7-24.<sup>141</sup>

Klageadgangen for både hjelpetiltak og tvangstiltak forutsetter således at foreldrene ivaretar barnets interesser, og at det dermed ikke foreligger motstrid mellom foreldrenes og barnets interesser. En slik forutsetning kan vanskelig opprettholdes i barnevernssaker. Ikke alle foreldre vil innse at de har behov for hjelp, og er heller ikke i stand til å se at barnet ikke har det bra.<sup>142</sup> Barnets interesse knytter seg til behovet for *”den fysiske, mentale og følelsesmessige stimulans, og for den omsorg, det vern og de tiltak og praktiske ordninger som er nødvendige for at barnet skal kunne realisere sine utviklingsmuligheter på en god måte”*.<sup>143</sup> Barnets interesser kan sees i sammenheng med barnets beste.<sup>144</sup> I de tilfeller hvor far slår barn i oppdragelsesøyemed, vil ikke han ivareta barnets beste, og dermed heller ikke ivareta barnets interesser. I slike tilfeller må barnevernet sørge for barnets interesser. Det kan derfor ikke legges til grunn at foreldre og barn alltid vil ha sammenfallende interesser. Det er en grunn for at barnevernet blir kontaktet, og i tilfeller hvor foreldrene ikke ønsker å samarbeide, vil det ofte foreligge en motstridende interesse mellom barnet og foreldrene. Situasjonen etter gjeldende rett er at små barn er avhengig av at foreldrene håndhever deres rett. I de tilfeller hvor det foreligger motstridende interesser, vil barnet miste sin mulighet til å

---

<sup>140</sup> Se også Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 81, hvor departementet begrunner hvorfor de mener 12 år er for lav alder for å inneha partsrettigheter.

<sup>141</sup> Vergens ansvar fremgår av vgml. §§ 16 og 17.

<sup>142</sup> Se Stang (2007) s. 98-101.

<sup>143</sup> Op.cit s. 96.

<sup>144</sup> L.c.

håndheve sin rett.<sup>145</sup> Det kan derfor vanskelig sies at barn i tilstrekkelig grad kan håndheve sin rett.

### 3.3.3 Erstatning for unnlatt iverksettelse av omsorgsovertakelse

Spørsmålet i det følgende er om barn kan kreve erstatning i tilfeller hvor barneverntjenesten har forsømt sine plikter etter barnevernloven.

Barnevernloven inneholder ingen bestemmelser som gir barn muligheten til å kreve erstatning. Det er likevel både ved nasjonal og internasjonal rettspraksis lagt til grunn at barn kan kreve erstatning fra det offentlige. Det kan vises til tre type tilfeller som kan lede til erstatningsansvar.<sup>146</sup> For det første vil utsettelse for overgrep og omsorgssvikt mens barnet er under barnevernets omsorg kunne føre til erstatning. Et annet tilfelle er hvor barneverntjenesten har foretatt uhjemlede eller feilaktige tvangsanbringelser. Et tredje tilfelle som kan føre til erstatningsansvar for kommunen, er tilfeller hvor barnevernet har utvist kritikkverdig passivitet eller unnlattelse av å åpne undersøkelser, eller å iverksette tiltak som for eksempel omsorgsovertakelse når de faktiske forhold tilsa at omsorgsovertakelse var nødvendig. For avhandlingens tema er det den siste mulighet for erstatning som vil bli drøftet videre.

For at det skal kunne kreves erstatning, må de alminnelige erstatningsrettslige vilkårene være oppfylt. Dette innebærer at det må foreligge ansvarsgrunnlag, økonomisk tap og årsakssammenheng.<sup>147</sup> I de nasjonale sakene hvor spørsmålet om erstatning for barnevernets passivitet har vært drøftet, er det skadeerstatningslovens § 2-1 om arbeidsgiveransvar som er blitt benyttet, se eksempelvis Rt. 2003 s. 1468 avsnitt 34.<sup>148</sup> I de internasjonale sakene, er det særlig EMK art. 3 som er blitt benyttet som grunnlag for erstatning. Det kan vises til saken *Z m.fl. mot Storbritannia* hvor fire barn ble tilkjent erstatning.<sup>149</sup>

En sentral avgjørelse som omhandler spørsmålet om kommunen kan bli erstatningsansvarlig for unnlatt omsorgsovertakelse, er Rt. 2003 s. 1468. Saken gjaldt spørsmålet om de skadene

---

<sup>145</sup> Sigurdson (2015) s. 333-334.

<sup>146</sup> Knut Lindboe, *Barnevernrett*, 6. utgave, Oslo 2012 s. 248.

<sup>147</sup> Stang (2007) s. 384.

<sup>148</sup> Lov 13. juli 1969 nr. 26 om skadeserstatning (skadeserstatningsloven).

<sup>149</sup> Dom avsagt av EMD 10. mai 2001, appl. No. 2939/95.

og psykiske lidelsene en gutt på 17 år hadde pådratt seg, kunne tilbakeføres til mangelfull omsorg i barndommen og om det var uaktsomt av barneverntjenesten ikke å overta omsorgen for gutten. Barnevernet hadde iverksatt hjelpetiltak, men omsorgsovertakelse ble ikke foretatt. Barnet ble senere innlagt i psykiatrisk sykehus ved flere anledninger. Etter hvert fikk barnet diagnosen schizofreni. I vurderingen av om kommunen kunne bli erstatningsansvarlig, pekte Høyesterett først på alvorligheten ved å benytte tvangstiltak. I avsnitt 36 fremgår det at *”tvangsovertakelse av omsorg for et barn er et særdeles inngripende tiltak, som bare må benyttes når mindre inngripende tiltak er utilstrekkelige”*. Videre fremhevet Høyesterett at nemnda må kunne bebreides for ikke å ha grepet inn med tvang. Vurderingen av nemndas handlinger *”må foretas under hensyn til at omsorgsovertakelse innebærer et alvorlig inngrep, både for barnet og for familien for øvrig”*, jf. avsnitt 37. Uttalelsene må tolkes slik at det skal noe til før kommunen kan bli erstatningsansvarlig for unnlatt omsorgsovertakelse. Det vil dermed bare kunne tilkjennes erstatning i saker hvor det foreligger grov omsorgssvikt.<sup>150</sup> I dommen ble ikke kommunen erstatningsansvarlig fordi Høyesterett mente kommunen ikke var å bebreide.

Etter dommen fra 2003, har ikke spørsmålet om unnlatt omsorgsovertakelse kan lede til erstatningskrav vært behandlet av Høyesterett. Det kan imidlertid vises til en rekke lagmannsrettsdommer hvor spørsmålet har vært behandlet. Det kan eksempelvis vises til LG-2016-10915, hvor lagmannsretten kom frem til at kommunen var erstatningsansvarlig.<sup>151</sup> Bakgrunnen for at kommunen ble ansvarlig, var at barneverntjenesten kunne bebreides for at det ikke ble iverksatt utredning på et tidligere tidspunkt, en utredning som det var grunn til å tro kunne ha ledet til en nødvendig omsorgsovertakelse. Dersom dette hadde vært gjort kunne A unngått den situasjonen som forelå, og dette kunne hindret den atferd som har ført til at A nå har personlighetsforstyrrelser med engstelige og emosjonelt ustabile trekk, sosial fobi, panikkelidelse, somatisering, ADHD og depresjon. A fikk flere søsken som gjorde at spørsmålet om omsorgsovertakelse på nytt ble aktuelt. Lagmannsretten mente det var klanderverdig og klart uaktsomt at barneverntjenesten ikke grep inn med nødvendige tiltak for å utrede saken.

---

<sup>150</sup> Se Stang (2007) s. 393.

<sup>151</sup> Det kan for øvrig vises til RG-2005-1307, og LF-2016-208883 hvor spørsmålet har vært behandlet.

At listen for kommunens erstatningsansvar legges høyt, medfører at det skal noe til før barn som utsettes for omsorgssvikt kan få tilkjent erstatning. At kommunen har blitt pålagt erstatningsansvar, viser imidlertid at barnevernet har et ansvar overfor det enkelte barnet. Dersom kommunen kan bebreides for ikke å ha iverksatt nødvendig omsorgsovertakelse, vil kommunen ha et ansvar ovenfor barnet. Dette taler for at barnet har en rett til omsorgsovertakelse etter barnevernloven.

### **3.4 Konklusjon**

Barnevernloven inneholder ingen bestemmelser som uttrykkelig gir barn rett til tiltak etter loven. Departementet har ikke ønsket å gi loven en slik formulering.<sup>152</sup> Til tross for at loven ikke er ment å gi barn rett til tiltak, vil flere av tiltakene i barnevernlovens kapittel 4 likevel inneholde elementer av rettigheter. Flere av bestemmelsene gir barnevernet en klar plikt til å iverksette tiltak, og plikten eksisterer uavhengig av kommunens pengemangel. Videre kan bestemmelsene synes å ha en bestemt persongruppe, da det er det konkrete barnet som har behovet for tiltaket som vil være rettighetsinnehaver. Rettighetselementet styrkes av at det foreligger klageadgang og mulighet for rettslig overprøving.

At loven inneholder elementer av rettigheter til barn, kan ikke anses å være tilstrekkelig for å si at loven gir barn rettigheter. Rettighetselementene viser imidlertid at det tidvis foreligger en plikt for det offentlige til å yte tiltak ovenfor barn som blir utsatt for omsorgssvikt. I noen tilfeller kan det være to sider av samme sak. Særlig vil dette ved at barn kan ha krav på erstatning for mangelfull inngripen fra det offentlige statuere en klar plikt for det offentlige til å gi barn et tilstrekkelig vern. I tillegg vil erstatningsplikten kunne medføre at barneverntjenesten tar plikten etter loven på alvor, slik at det ikke blir pålagt erstatningsansvar. Dette vil igjen kunne ha positiv virkning for barn, da en eventuell unnlattelse vil medføre konsekvenser for barnevernet.

Likevel vil kravet om at foreldrene skal samtykke til hjelpetiltakene medføre at retten til hjelp etter dagens lov ikke er særlig tilfredsstillende. Dette gjelder også hva angår klage og rettslig overprøving. Bare barn over 15 år anses som part i en barnevernssak og dermed er tildelt partsrettigheter. Barn under 15 år er derfor avhengig av at foreldrene taler deres sak. Så lenge ordningen er slik vil ikke barnets rettigheter etter loven være reell. Et problem med

---

<sup>152</sup> Se Ot.prp.nr. 44 (1991-1992) s. 6-7.



barnevernretten er nettopp at det ikke kan legges til grunn at barn og foreldre alltid har sammenfallende interesser. Det er en grunn til at barnevernet griper inn i foreldreansvaret, og det er en grunn for at det foreligger et behov for å ha et barnevern.

## 4 Forslaget om barns rett til nødvendige barnevernstiltak

### 4.1 Innledning

På bakgrunn av barnevernslovutvalgets utredning i NOU 2016:16, la barne- og likestillingsdepartementet frem et forslag til endring av barnevernloven 1. september 2017. Forslaget fremgår av Prop. 169 L (2016-2017). Proposisjonen inneholder flere forslag til endringer av barnevernloven. Generelt tar loven sikte på å forbedre barnets og foreldrenes rettssikkerhet i barnevernssaker, blant annet ved å foreslå en rett for barnet til nødvendige barneverntiltak og en rett for barnet til å medvirke i saker som angår dem.<sup>153</sup> Det foreslås også endringer som skal bidra til bedre dokumentasjon i barnevernet og endringer som skal forenkle og klargjøre reglene om opplysningsplikt.<sup>154</sup> Avhandlingen knytter seg til barnets rett til nødvendige barneverntiltak, og det er derfor kun forslaget om å gjøre barnevernloven til en rettighetslov som vil bli behandlet nærmere.

Departementet foreslår en rettighetsbestemmelse som skal lyde slik:

*”Barn har rett til nødvendige tiltak etter loven når vilkårene for tiltaket er oppfylt”.*

Lovforslaget er fremstilt på bakgrunn av NOU 2016: 16. I punkt 4.2 skal bakgrunnen for lovforslaget drøftes. Departementets forslag til rettighetsbestemmelsen er generelt utformet. Dette medfører at det må foretas en redegjørelse for hva forslaget innebærer. Forslaget gir barn en rett til tiltak etter loven. Hva som menes med *”tiltak etter loven”* drøftes i punkt 4.3. Videre er rettighetsbestemmelsens to vilkår vagt utformet. Bestemmelsen gir bare en rett til tiltak dersom vilkårene for tiltaket er oppfylt, og dersom tiltaket ansees nødvendig. Hva som nærmere ligger i disse kriteriene vil bli drøftet i punkt 4.4 og 4.5. Begge vilkårene er utformet slik at de åpner for betydelig grad av skjønn. Det kan da stilles spørsmål til om det finnes grenser for skjønnet, eller om barneverntjenesten står fritt når de skal avgjøre om et tiltak skal iverksettes. Dette spørsmålet drøftes i punkt 4.6. Videre innebærer forslaget at barn gis en rett

---

<sup>153</sup> Se Prop. 169 L (2016-2017) s. 5 og 6.

<sup>154</sup> Op.cit s. 5.

til hjelp og en viktig del av å ha en rett, er muligheten til å håndheve kravet. Det er derfor av betydning hvilken adgang barn har til å håndheve rettskravet, og dette drøftes i punkt 4.7.

## 4.2 Bakgrunn for lovforslaget

Barnevernslovutvalget la i NOU 2016:16 frem en anbefaling om å rettighetsfeste barns rett til hjelp etter barnevernloven. Utvalgets mål var at rettighetsfestingen skulle medføre en positiv effekt for barns rettigheter.<sup>155</sup> Utvalget mente rettighetsfestingen kunne føre til en styrking av barns rettigheter, i tillegg til at det kunne øke barns kontakt med barnevernet. Videre ville lovfestingen kunne ha en symbolsk, pedagogisk og psykologisk effekt. En annen grunn til at utvalget mente det var behov for en rettighetsfesting, var hensynet til hvordan velferdsretten for øvrig er formulert.<sup>156</sup> I avhandlingens kapittel 2 ble det vist til at det er vanlig å formulere rettighetsbestemmelser på velferdsrettens område. I barnevernretten er ikke tiltakene formulert som rettigheter til barn, og utvalget mente derfor at en rettighetsfesting også ville føre til en harmonisering med velferdsretten for øvrig.

Utvalget mente at en av de rettslige virkningene rettighetsbestemmelsen ville ha, var at barn ville få en rett til å få et krav om tiltak etter loven vurdert av barneverntjenesten.<sup>157</sup> En annen rettslig følge av rettighetsbestemmelsen, er at barns rett til omsorg og beskyttelse vil bli tydeliggjort. I tillegg mente utvalget at en rettighetsbestemmelse ville bidra til å styrke barns rett til omsorg.<sup>158</sup>

Å rettighetsfeste barns rett til hjelp har vært fremmet flere ganger, se punkt 1.2. Likevel er det først i NOU 2016 at det gis et konkret forslag til hvordan en slik rettighetsbestemmelse kan formuleres. Utvalgets forslag er formulert slik:

*”Barnet har rett til nødvendige tjenester og tiltak etter denne loven når vilkårene for det er oppfylt”.*

Når ordlyden i forslaget fremstilt av departementet sammenlignes med utvalgets forslag, er de svært like. Ut over noen språklige forskjeller er den eneste forskjellen at

---

<sup>155</sup> Se NOU 2016:16 s. 74.

<sup>156</sup> Op.cit s. 76.

<sup>157</sup> Op.cit s. 81.

<sup>158</sup> Op.cit s. 75 og s. 81.

barnevernslovutvalgets forslag benytter både ”*tjenester og tiltak*”, mens forslaget i proposisjonen kun omhandler rett til ”*tiltak*”. Det må stilles spørsmål til hva som er begrunnelsen for denne endringen, samt om det utgjør en forskjell. Barnevernloven inneholder ingen definisjon av hva som menes med ”*tjenester*”. Dersom rettighetsbestemmelsen skulle gitt en rett til tjenester, ville dette kunne føre til uklarheter i hva som inngår i begrepet. Tiltak på den andre siden er klart avgrenset, og det gis en klar oversikt i barnevernlovens kapittel 4 om hvilke tiltak som kan benyttes. Det vil således være mer presist å gi rett til tiltak. På denne bakgrunnen besluttet departementet at rettighetsbestemmelsen bare skulle omhandle tiltak etter loven.<sup>159</sup>

Bakgrunnen for at også departementet så behovet for å rettighetsfeste barns rett til hjelp var blant annet slik som fremhevet av utvalget, at en rettighetsfesting ville medføre at barn i større grad anses som selvstendige individer med egne rettigheter etter barnevernloven<sup>160</sup>. Departementet hevdet også at barnets stilling i barnevernssaker vil bli styrket ved en rettighetsfesting, blant annet ved at et mer positivt syn på barnevernet kunne bidra til at flere melder fra til barneverntjenesten slik at flere barn kan få riktig hjelp til rett tid.<sup>161</sup>

### **4.3 Hvilke tiltak skal rettighetsfestes etter departementets forslag?**

#### **4.3.1 Innledning**

I lovforslaget, er det ”*tiltak etter loven*” det gis en rett til. En naturlig tolkning av ordet ”tiltak”, er at det viser til de handlingsalternativer som finnes i barnevernloven. Ordlyden taler dermed for at ”*tiltak etter loven*” er ment å forstås slik at det omhandler alle tiltak som omfattes av loven. At bestemmelsen ikke inneholder noen nærmere begrensinger for hva som inngår i ”tiltak”, taler i samme retning.

De tiltakene som kan benyttes ovenfor barn og deres foreldre, fremgår av barnevernlovens kapittel 4. Tiltakene etter kapittelet vil både være frivillige tiltak og tvangstiltak. Det kan derfor stilles spørsmål til om det skal gjøres et skille mellom de frivillige tiltakene og tvangstiltakene, eller om rettighetsbestemmelsen er ment å omfatte begge formene for tiltak.

---

<sup>159</sup> Jf. Prop. 169 L (2016-2017) s. 36.

<sup>160</sup> Op.cit s. 5.

<sup>161</sup> Op.cit s. 35-36.

Ordlyden taler for at departementet har ment at rettighetsbestemmelsen skal gjelde både for de frivillige tiltakene og tvangstiltakene. Det sies uttrykkelig i forslaget at barn skal ha rett til *”tiltak etter loven”*. Det er ikke tatt forbehold mot tvangstiltak.<sup>162</sup> Departementet foretar ingen nærmere drøftelse av hvorfor det ikke burde gjøres et slikt skille, men legger til grunn at barnevernloven er en viktig særlov for å sikre barn nødvendig omsorg og beskyttelse og at det derfor ikke skulle gjøres noe skille.<sup>163</sup> Utvalget foretok imidlertid en nærmere vurdering av hvorfor det ikke burde skilles mellom frivillige tiltak og tvangstiltak. Det er særlig to grunner til at utvalget mente et slikt skille ikke ville være en god løsning. For det første pekte utvalget på at det i barnevernssaker foreligger et trepartsforhold.<sup>164</sup> I dette ligger at både foreldrene og barnet er private parter i en barnevernssak, og de private partene vil ikke alltid ha sammenfallende interesser. Da vil det bli et spørsmål om hvem tiltaket skal ansees frivillig for. Den andre grunnen var at det ville virke urimelig for barnet om barnet bare skulle få rett til hjelpetiltak og ikke tvangstiltak.<sup>165</sup> Barnet ville da få en mindre rett til hjelp når foreldrene svikter mest. Forslaget må derfor forstås slik at den gir rett til begge formene for tiltak.

I det følgende er det spørsmålet om hvilken rett som følger av *”tiltak etter loven”* som skal drøftes. Spørsmålet vil være noe ulikt for frivillige tiltak og tvangstiltak, og disse formene for tiltak behandles derfor hver for seg.

### **4.3.2 Frivillige tiltak**

De frivillige tiltakene er først og fremst hjemlet i bvl. § 4-4 første, andre og sjette ledd. Frivillige tiltak kan vedtas når *”barnet på grunn av forholdene i hjemmet eller av andre grunner har særlig behov for det”*, jf. bvl. § 4-4 andre ledd. Det skal ikke gis en nærmere redegjørelse for vilkårene her, men vises til avhandlingens punkt 3.2.2.

De frivillige tiltakene kjennetegnes først og fremst ved deres frivillige karakter. Med det menes at tiltakene ikke kan settes i verk med mindre de private partene samtykker til tiltaket. I barnevernssaker er det både foreldrene og barnet som utgjør de private partene. Det må derfor spørres hvem av de private partene som skal samtykke til tiltaket. I avhandlingens punkt 1.4.4 ble det lagt til grunn at barn ikke har en selvstendig samtykkekompetanse. Utgangspunktet er

---

<sup>162</sup> Jf. Prop. 169 L (2016-2017) s. 37.

<sup>163</sup> Op.cit. 36.

<sup>164</sup> Se NOU 2016:16 s. 80.

<sup>165</sup> L.c.

derfor at foreldrene skal samtykke til tiltaket barneverntjenesten ønsker å iverksette. Forslaget til rettighetsbestemmelsen er imidlertid ment å gi barn en rett til tiltak etter loven. Dette fremgår klart av ordlyden til bestemmelsen, hvor det uttrykkelig fremgår at ”*barn har rett til*”. Foreldrene er ikke gitt denne retten, og det må derfor stilles spørsmål til om rettighetsbestemmelsen er ment å gi barn samtykkekompetanse.

At rettighetsbestemmelsen er ment å gi barn et rettskrav etter barnevernloven taler for at barnet selv må få samtykkekompetanse. En rett innebærer som vist i avhandlingens kapittel 2, normalt også en rett til å avstå fra å motta noe. Det vil for barn dermed si en rett til å nekte, eventuelt en rett til å samtykke om foreldrene nekter. Departementets forslag gir imidlertid ikke grunnlag for at det skal skje en slik forskyvning av samtykkekompetansen. I proposisjonen fremgår det at i de tilfellene at barnet og foreldrene har motstridende interesser og foreldrene ikke samtykker til tiltaket, vil barnets rett bortfalle.<sup>166</sup> Etter departementets vurdering er det derfor ikke ment å gjøre endringer i hvem som kan samtykke til tiltak, og barnets situasjon med hensyn til samtykkekompetansen skal derfor være den samme som etter gjeldende rett. Denne tolkningen styrkes av at det ikke er foretatt endringer i bvl. § 4-4 andre ledd, som gir grunnlag for å tolke bestemmelsen slik at barnet er gitt samtykkekompetanse.

I tilfeller hvor flere tiltak oppfyller vilkårene i forslagetets rettighetsbestemmelse, vil det være et spørsmål om de private partene selv kan velge hvilket tilbud som ønskes. Rettighetsbestemmelsen er ment å innebære at barnevernloven blir en rettighetslov. Som vist i punkt 2.2, vil et rettskrav normalt anses som et tilbud til den som er rettighetsinnehaver. Dette taler for at det må kunne velges mellom flere ulike aktuelle tiltak. En lik forståelse ville lede til at barneverntjenesten må tilby flere ulike aktuelle tiltak, mens rettighetshaveren får velge blant dem. Dette blir problematisk når rettighetsinnehaveren er barnet, mens samtykkekompetansen ligger hos foreldrene. Barnet vil da være avhengig av at foreldrene velger et tiltak som passer for barnet, noe som igjen avhenger av at foreldrene ser hva som vil være til barnets beste. I barnevernssaker kan det ikke legges til grunn at en slik enighet foreligger, fordi det er en grunn til at barnevernet må gripe inn. Ytterligere kan en slik forståelse lede til en slags ”bestilling” av konkrete tiltak, hvor det ikke nødvendigvis vil være det tiltaket som etter fagpersonenes mening best vil hjelpe barnet, som blir mest ”etterspurt”. At det er barnevernet som er best egnet til å vurdere hva som vil være det beste tiltaket, taler

---

<sup>166</sup> Se Prop. 169 L (2016-2017) s. 37.

dermed mot at rettighetsbestemmelsen skal innebære en form for valgfrihet med hensyn til type tiltak. Dette støttes i departementets vurdering. I proposisjonen fremgår det at det er opp til barneverntjenesten å avgjøre hvilket hjelpetiltak som skal iverksettes.<sup>167</sup> Når barneverntjenesten har bestemt hvilke tiltak de mener egner seg best, vil foreldrene kunne bestemme om de ønsker dette tiltaket eller ikke. Situasjonen vil således ikke være annerledes enn slik situasjonen er etter gjeldende rett.

At det ikke er foretatt endringer i barnets samtykkekompetanse, medfører at barnet fremdeles er avhengig av at foreldrene samtykker til tiltaket. utfordringer kan derfor oppstå i de tilfeller hvor barnet og foreldrene har motstridende interesser. I slike situasjoner vil barnets rett til hjelp for det første avhenge av om foreldrene samtykker. For det andre vil barnets rett til hjelp, i tilfeller hvor foreldrene ikke samtykker, være avhengig av at vilkårene for tvang er oppfylt. Det kan derfor stilles spørsmål til hvilken rett barnet egentlig er tildelt, når barnets rett til hjelpetiltak er avhengig av at foreldrene er enig i at barnet har behov for hjelp, og villige til å gå med på det aktuelle tiltaket. Dette vil bli nærmere drøftet i avhandlingens kapittel 5.

### **4.3.3 Tvangstiltak**

Etter departementets lovforslag, vil rettighetsbestemmelsen også gi barn en rett til tvang. Dette innebærer at i de tilfeller hvor vilkårene for tvangstiltakene er oppfylt, vil barn eksempelvis gis en selvstendig rett til hjelp i akutsituasjoner. Barn vil videre få en rett til omsorgsovertakelse når barnet eksempelvis blir utsatt for alvorlig omsorgssvikt, og barn vil ha en rett til tvangsopphold på institusjon når vilkårene for dette er oppfylt.<sup>168</sup> En rett til slike tiltak innebærer at foreldrene ikke kan nekte barnet å få tiltaket, fordi tiltakene ikke er avhengig av samtykke.

Ved å gi en rett til tvang, vil altså barn få en rett til noe verken de eller foreldrene behøver å samtykke til. Som pekt på i avhandlingens punkt 2.5 kan det være problematisk å gi rett til noe som rettighetsinnehaveren ikke kan samtykke til. Barnevernretten inneholder imidlertid en del særtilfeller som kan begrunne behovet for å gi en eksplisitt rett til tvang. Denne

---

<sup>167</sup> Se Prop. 169 L (2016-2017) s. 36.

<sup>168</sup> Vilkårene for når barnet kan bli plassert på institusjon uten samtykke fremgår av bvl. §§ 4-24 og 4-25.

problematikken ble tatt opp i avhandlingens punkt 2.5 og det vil ikke gis en nærmere redegjørelse for dette her.

Det kan imidlertid stilles spørsmål ved om en rett til tvang innebærer at de private partene gis anledning til å akseptere eller avslå tiltaket. Som nevnt i forrige punkt og i punkt 2.2, er dette en viktig del av å ha en rett. Dersom vilkårene i for eksempel bvl. § 4-12 om omsorgsovertakelse er oppfylt, vil det være et spørsmål om rettighetsbestemmelsen medfører at barnet kan velge ikke å motta tiltaket. Altså takke nei til tiltaket om omsorgsovertakelse. Dersom rettskravet skal tolkes slik, vil det være problematisk i forhold til barns rett til omsorg. Barns rett til omsorg innebærer blant annet at barnet ikke skal være ansvarlig for eget liv.<sup>169</sup> Ved at barnet kan motsette seg et tiltak som omsorgsovertakelse vil barnet bli satt i den posisjon at barnet kan motsette seg forsvarlig omsorg. Dette ville medført at barnet blir ansvarlig for sitt eget liv, og da vil det foreligge brudd ved forpliktelsene etter Barnekonvensjonen. Dette taler mot at rettighetsbestemmelsen skal forstås slik. En slik tolkning av bestemmelsen støttes av proposisjonen som legger til grunn at barnevernloven er den viktigste særloven for å gi barn nødvendig omsorg og beskyttelse, og at bestemmelsen derfor også skal omhandle tvangstiltak.<sup>170</sup>

Ut fra drøftelsen over, må det konkluderes med at rettighetsbestemmelsen ikke medfører at de private partene får anledning til å velge hvilket tvangstiltak som skal iverksettes.

#### **4.4 Vilråene for tiltak må være oppfylt**

For at barn ut fra forslaget skal få rett til tiltak etter loven, må ”*vilkårene for tiltaket*” være oppfylt. Spørsmålet som skal drøftes nå er hva ”*vilkårene for*” innebærer.

En naturlig språklig forståelse av ”*vilkårene for*”, er at bestemmelsen henviser til de særskilte vilråene i de bestemmelsene som hjemler de ulike tiltakene. En slik forståelse av ”*vilkårene for*” medfører at i vurderingen av om det foreligger et rettskrav, er det de ulike vilråene for de tiltak som kan iverksettes som må vurderes. For å vite hva rettskravet går ut på, vil det derfor være nødvendig å se hen til tiltakene som er fremstilt i barnevernlovens kapittel 4. Denne måten å formulere et rettskrav på, kan skape problemer i forståelsen av hvilken rett som foreligger. At rettighetsbestemmelsen henviser videre til andre skjønnsmessige vilkår, gir

---

<sup>169</sup> Se punkt 1.4.3.

<sup>170</sup> Jf. Prop. 169 L (2016-2017) s. 36.

et uoversiktlig bilde av hva rettskravet innebærer. At rettighetsbestemmelsen ikke selv angir noen konkrete vilkår for når det foreligger et rettskrav, har likevel sammenheng med at alle tiltakene i loven er omfattet. Vilkårene for disse er svært skjønnsmessige og det hadde ikke vært mulig å samle alle de ulike bestemmelsene i en felles formulering i rettighetsbestemmelsen. Bestemmelsen er bygget opp på samme måte som blant annet pbrl. § 2-1 a andre ledd og pbrl. § 2-1 b andre ledd, som gir rett til nødvendig helsehjelp. Heller ikke etter disse bestemmelsene er det nærmere definert hvilke tiltak retten innebærer, og det gis således bare en generell rett til helse- og omsorgstjenester og spesialtjenester. I proposisjonen er det også lagt til grunn at rettighetsbestemmelsen skal forstås slik at den henviser til de ulike tiltakene.<sup>171</sup> I proposisjonen fremgår det uttrykkelig at barnet vil få en rett når vilkårene for tiltaket er oppfylt, og at det ikke er gjort endringer i vilkårene.

#### 4.5 Nødvendighetskriteriet

Det andre vilkåret som må være oppfylt for at barnet skal ha rettskrav på tiltak etter loven, er at tiltaket må være ”nødvendig”. En naturlig språklig forståelse av ”nødvendig”, er at behovet for det tiltaket som iverksettes må være av en slik karakter at barnets situasjon ikke vil bli bedre uten at tiltaket iverksettes. Vurderingen av om barn har en rettighet, knytter seg dermed til om barnet har et behov for dette tiltaket, samt hva dette behovet skal gå ut på. Hvilke vurderinger som fører til at tiltaket anses nødvendig, er ikke nærmere definert i loven. Det vil således være en skjønnsmessig vurdering om tiltaket anses nødvendig eller ikke. Når bestemmelsen ikke selv inneholder retningslinjer for hva som nærmere ligger i nødvendighetskriteriet, blir det et spørsmål om hva nødvendighetskriteriet innebærer.

Det første spørsmålet som kan stilles, er om nødvendighetskriteriet medfører at alle situasjoner skal behandles likt. Vil det som er nødvendig i en situasjon være det samme i en tilsvarende situasjon? Utdfordringene ved barnevernretten er at barnets situasjon vil variere fra barn til barn, og fra familie til familie. Typetilfellene vil være de samme, men situasjonene barn befinner seg i, vil ikke kunne løses på samme måter. Derfor vil innholdet i hva barn har krav på, være avhengende av det konkrete barnets situasjon og behov.<sup>172</sup> Det vil således være vanskelig å stille opp et minstekrav til hvilken situasjon barn må befinne seg i, fordi barns

---

<sup>171</sup> Se Prop. 169 L (2016-2017) s. 36.

<sup>172</sup> L.c.



behov vil være svært variable.<sup>173</sup> Noen barn trenger mer hjelp enn andre. Dette henger sammen med at barn er selvstendige individer med ulike forutsetninger og behov.

Et annet spørsmål er hvem som skal vurdere hvilke tiltak som er nødvendige. Spørsmålet knytter seg til om det er rettighetsinnehaveren selv, altså barnet, som skal vurdere hva som er nødvendig, eller om vurderingen skal foretas av barneverntjenesten. Dette spørsmålet er delvis drøftet i avhandlingens punkt 4.3.2 og 4.3.3. Etter drøftelsen i disse punktene ble det lagt til grunn at barnet ikke selv kunne velge hvilke tiltak som skulle iverksettes, men at denne vurderingen skulle foretas av barneverntjenesten. I dette punktet skal konsekvensen av at barnevernet skal velge hvilket tiltak som er nødvendig, drøftes.

Når rettighetsinnehaveren ikke selv får velge hvilke tiltak som skal anses å være nødvendig, gir dette barneverntjenesten et handlingsrom ved valg av tiltak og tiltakets omfang.<sup>174</sup> Denne måten å gi rettskrav på følger også av pbrl. § 2-1a andre ledd. Etter pbrl. § 2-1a andre ledd har pasient og bruker rett til "*nødvendige helse- og omsorgstjenester fra kommunen*". Selv om det etter loven gis rettskrav på nødvendige helse- og omsorgstjenester, innebærer dette ikke at vedkommende har krav på en bestemt type tjeneste fra kommunen.<sup>175</sup> Videre uttales det at det er kommunen som må vurdere, og i utgangspunktet beslutte hva slags hjelp som skal tilbys. Lovforslaget om å gi barn rett til nødvendige tiltak etter barnevernloven, samsvarer med rettighetsbegrepet slik det er benyttet i pbrl. § 2-1a andre ledd. Konklusjonen er derfor at barnet selv ikke kan velge hvilket tiltak som skal benyttes, det vil bero på en barnevernfaglig kompetanse.

Spørsmål er dermed om barneverntjenesten står fritt i sin vurdering av hvilke tiltak som skal anses nødvendige. Dette er også et spørsmål om hvor mye rettskravet innebærer når det uansett er barneverntjenesten og fylkesnemnda som avgjør hvilket tiltak som barnet eventuelt kan ha krav på. For barneverntjenesten vil forsvarlighetskravet sette rammer for barnevernets adgang til å vurdere hva som skal anses nødvendig. Det følger av bvl. § 1-4 at tiltakene etter loven "*skal være forsvarlige*". Hva som vil være forsvarlig vil bero på hva som kan anses som en god barnevernfaglig praksis.<sup>176</sup> I dette ligger at forsvarlighetsvurderingen knytter seg

---

<sup>173</sup> St.meld. nr. 40 (2001-2002) s. 46.

<sup>174</sup> Jf. Prop. 169 L (2016-2017) s. 36.

<sup>175</sup> Se Prop. 91 L (2010-2011) s. 515.

<sup>176</sup> Jf. Prop. 106 L (2012-2013) s. 209.

til de alminnelige krav som stilles til vurderinger av innkommende meldinger og gjennomføringer av undersøkelser, samt overholdelse av frister og tilstrekkelig dokumentasjon osv. Ytterligere vil barnets grunnleggende krav til omsorg ut fra de kunnskaper vi har om barns behov og utvikling være veiledende.<sup>177</sup> Den samme forståelsen er lagt til grunn i Prop. 91 L (2012-2013) s. 264, hvor departementet fremhever at forsvarlighetskravet innebærer at tiltaket må *”holde tilfredsstillende kvalitet, ytes i tide og i tilstrekkelig omfang”*. For barneverntjenesten vil også barnets beste være en viktig begrensning for barneverntjenesten når vurderingen av hva som er nødvendig skal foretas. Etter bvl. § 4-1 første ledd skal barnets beste tillegges *”avgjørende vekt”* når det skal vurderes hvilke tiltak som skal benyttes. Det vil medføre at dersom et tiltak fremstår som mer egnet for barnet, bør dette tiltaket velges. Konsekvensen av å ikke benytte det tiltaket som fremstår som best for barnet, er at tiltaket ikke kan ansees å være forsvarlig.<sup>178</sup>

I vurderingen av hva som anses å være en forsvarlig vurdering, vil det bli et spørsmål om barneverntjenesten har anledning til å vektlegge økonomiske hensyn. I avhandlingens kapittel 2 ble det vist til at et rettskrav ikke vil være reelt dersom kommunen kan legge vekt på økonomiske hensyn. Når forslaget til ny bvl. § 1-5 er ment å skulle gi barn et rettskrav på tiltak, taler dette for at barneverntjenesten ikke kan beslutte at et nødvendig tiltak ikke skal iverksette på grunnlag av økonomiske hensyn. Det kan imidlertid stilles spørsmål til om bestemmelsen skal tolkes så strengt i alle tilfeller. I situasjoner hvor flere typer tiltak oppfyller vilkårene for tiltak, og flere tiltak er like godt egnet, taler dette for at kommunen kan vektlegge økonomiske hensyn. Det vil ikke kunne ansees å være uforsvarlig å legge vekt på økonomiske hensyn når flere tiltak er like gode. Denne tolkningen er også lagt til grunn i Prop. 169 L (2016-2017) s. 36. Det er også lagt til grunn i forarbeidene til pbrl. § 2-1a andre ledd at økonomiske hensyn kan vektlegges.<sup>179</sup> Dersom det ene tiltaket vil være mer i samsvar med barnets beste enn det andre tiltaket, taler prinsippet om barnets beste for at tiltaket som er

---

<sup>177</sup> Elisabeth Gording Stang, ”Forslaget til ny barnevernlov. Rettighetsfesting, strukturendring og språkrevisjon”, *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2017 s. 191-212 (s. 193).

<sup>178</sup> Se Prop. 106 L (2012-2013) s. 82, og avhandlingens punkt 1.4.2.

<sup>179</sup> Se Prop. 91 L (2010-2011) s. 514.

mer i samsvar med barnets beste benyttes. I proposisjonen presiseres det at økonomiske hensyn kan være relevante, det innebærer at andre hensyn også skal vektlegges.<sup>180</sup>

#### **4.6 Rettighetsbestemmelsens generelle utforming**

Rettighetsbestemmelsen er som det fremgår av punkt 4.1 generelt utformet. Dette innebærer at vilkårene som oppstilles i forslaget, ikke inneholder presise og konkrete vilkår, men vilkår som gir rom for en skjønnsmessig vurdering.

Når bestemmelsen har et så generelt preg, blir spørsmålet hvilken rettighet som egentlig fremgår av bestemmelsen. En rettighetsbestemmelse som ikke angir klare retningslinjer for når vilkårene i bestemmelsen er oppfylt, gjør det vanskelig å se hvilken situasjon som skal utløse rettigheten og hva retten består i. Dette argumentet ble benyttet mot å rettighetsfeste barns rett til hjelp i Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 6-7. Når rettighetsbestemmelsen i forslaget fremstilt i Prop. 169 L (2016-2017) utformes generelt, taler dette for at det gis en svak rettighet. Rettigheten vil ha et svakt preg fordi den i høy grad beror på skjønn, og fordi det derfor vil være vanskelig å se hva som vil lede til et rettskrav.<sup>181</sup>

Et annet spørsmål er hvilke problemer den skjønnsmessige utformingen kan medføre. Dersom rettighetsbestemmelsen skal gis et så stort rom for skjønn, taler det for å kunne stille strengere krav til barneverntjenestens kompetanse. Når rettighetsbestemmelsen åpner opp for betydelig grad av skjønn, bør kompetansen til barneverntjenesten være likt. Dersom kompetansen varierer fra sted til sted, vil også barnets rettskrav avhenge av hvor barnet bor i landet. Dette vil være utfordrende for en rettighetsbestemmelse som er men å skulle gi en lik rett til alle barn. Dette problemet vil bli drøftet nærmere i avhandlingens kapittel 5.

#### **4.7 Adgangen til å håndheve rettigheten**

Forslaget til rettighetsbestemmelsen gir bare anvisning på at det gis en rett til tiltakene i barnevernlovens kapittel 4. Bestemmelsen tar dermed ikke utgangspunkt i saksbehandlingen. Hvordan barn skal kunne håndheve sin rett, fremgår derfor ikke av bestemmelsen. Det kan dermed stilles spørsmål til hvordan barn skal kunne håndheve retten. Spørsmålet knytter seg til om gjeldende saksbehandlingsregler fremdeles skal gjelde, eller om det er foretatt

---

<sup>180</sup> Se Prop.169 L (2016-2017) s. 36.

<sup>181</sup> Sigurdsen fremhevet også denne synsvinkelen i Sigurdsen (2015) s. 320.

endringer i håndhevingsadgangen. Dersom saksbehandlingen etter gjeldende rett skal gjelde, også for rettighetsbestemmelsen, vil barn være avhengig av at foreldrene ivaretar barnets interesser.<sup>182</sup> Utvalget foreslo endringer i saksbehandlingen, blant annet ved å senke barns partsstatus fra 15 år til 12 år.<sup>183</sup> Departementet mente imidlertid at en slik ordning måtte undersøkes nærmere, og at gjeldende saksbehandling fremdeles må komme til anvendelse.<sup>184</sup> Forslaget medfører derfor ingen endring av situasjonen slik den er etter gjeldende rett, og barnet vil dermed være avhengig av at foreldre fremmer kravet på deres vegne. En slik rettighetsbestemmelse anses å være problematisk fordi rettighetsinnehaveren ikke selv kan gjøre rettigheten gjeldende, dette vil bli drøftet nærmere i punkt 5.4.

## **5 Rettighetsfesting- forbedring av barns rettslige posisjon?**

### **5.1 Innledning**

I dette kapittelet skal det foretas en rettspolitisk drøftelse av om lovforslaget vil bidra til en realitetsendring for barn. Bakgrunnen for at departementet ønsket å lovfeste barns rett til hjelp var i hovedsak å forbedre barnets rettslige posisjon.<sup>185</sup> Barnekomiteen har kritisert Norge flere ganger for at tjenestetilbudet til barn er ulikt ut fra hvilken kommune barnet bor i.<sup>186</sup> Barnekomiteen har pekt på at barns grunnleggende rettigheter bør rettighetsfestes.<sup>187</sup> En lovfesting av barns rett til nødvendige barnevernstiltak kan dermed være en måte å etterkomme barnekomiteens råd og veiledning. Spørsmålet er dermed om forslaget om å rettighetsfeste barns rett til hjelp vil oppfylle målet om å gi barn et bedre vern. Det er flere punkter ved forslaget som kan problematiseres. Foreldrene tildeles fremdeles en stor rolle ved avgjørelse av om hjelpetiltak blir iverksatt, og problemet rundt dette skal drøftes nærmere i punkt 5.2. Lovforslaget inneholder videre to skjønnsbaserte vilkår, og det kan dermed stilles

---

<sup>182</sup> Håndhevingsadgangen etter gjeldende rett ble fremstilt i avhandlingens punkt 3.3.2.

<sup>183</sup> NOU 2016:16 s. 81.

<sup>184</sup> Se Prop. 169 L (2016-2017) s. 38.

<sup>185</sup> Op.cit s. 35.

<sup>186</sup> Se Karl Harald Søvig, "Barnekomiteens kritikk av Norge", *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2011 s. 1-5 (1).

<sup>187</sup> Søvig (2011) s. 1, se også barnekomiteens merknader til Norges fjerde rapport fra 21. januar 2010 (CRC/C/NOR/CO/4). Barnekomiteen har gitt uttrykk for å lovfeste barns rett til omsorg i General Comment no. 13 (2011), the right of the child to freedom from all forms of violence, GC-2011-13-CRC, avsnitt 59.

spørsmål til om bestemmelsen er egnet til å gi barn rettigheter. Dette vil bli drøftet i punkt 5.3. Videre vil foreldrenes rolle også ha innvirkning på adgangen til å håndheve rettigheten, og denne problematikken skal derfor drøftes i punkt 5.4. Til sist vil det i punkt 5.5 foretas en helhetlig vurdering av om bestemmelsen faktisk vil medføre noen realitet.

## 5.2 Foreldrenes rett eller en rett for barnet?

Som drøftelsen i kapittel 4 viser har ikke departementet foreslått å endre foreldrenes samtykkekompetanse. Tiltak etter barnevernloven skal dermed i samme grad som i dag avhenge av foreldrene. Når det ikke er foretatt endringer i foreldrenes rolle, kan det stilles spørsmål til om barnet kan sies å ha en rett. For at barns rettigheter skal bli ivaretatt, er barnet avhengig av at foreldrene ivaretar barnets interesser.<sup>188</sup> Som pekt på i avhandlingens punkt 2.4 er dette utgangspunktet problematisk på barnevernrettens område fordi det ikke kan legges til grunn at foreldrene er i stand til å ivareta barnets interesser.

Etter gjeldende rett er de frivillige tiltakene basert på samtykke fra de private partene, noe som medfører at foreldrene i stor grad har adgang til å avgjøre om barnet skal få hjelp fra barnevernet. Gjennom lovendringen som trådte i kraft fra 2016, ble adgangen til å pålegge hjelpetiltak utvidet.<sup>189</sup> Endringen medfører at i de tilfeller hvor foreldrene ikke aksepterer hjelpetiltak fra barneverntjenesten, kan disse tiltakene pålegges foreldrene. Bestemmelsen vil således kunne bidra til at foreldrene i mindre grad kan forhindre at barn får nødvendig hjelp. Dette var også ett av argumentene for å senke terskelen for å pålegge hjelpetiltak.<sup>190</sup>

Problemene med denne ordningen er imidlertid at når foreldrene motsetter seg pålegg om hjelpetiltak, vil det ikke medføre noen sanksjoner for foreldrene. Politibistand skal ikke kunne benyttes fordi dette ikke vil være til barnets beste.<sup>191</sup> Barnevernet kan imidlertid tydeliggjøre ovenfor foreldrene at manglende samarbeid kan føre til mer inngripende tiltak. Dette forutsetter at vilkårene for slike mer ”drastiske tiltak” er oppfylt. Vilkårene for å gi pålegg om hjelpetiltak er mildere enn vilkårene som fremgår av eksempelvis bvl. § 4-12. Når vilkårene for å gi pålegg om hjelpetiltak er mildere enn bvl. § 4-12, innebærer det at det skal noe til før

---

<sup>188</sup> Se punkt 1.4.4.

<sup>189</sup> Lovendring ved Endringslov 7. august 2015 nr. 81 om endring i barnevernloven.

<sup>190</sup> Jf. Prop. 72 L (2014-2015) Endringer i barnevernloven. Utvidet adgang til å pålegge hjelpetiltak, s. 1, og s. 29.

<sup>191</sup> Op.cit, s. 26.

barnevernet kan benytte disse ”drastiske tiltakene”, og at det derfor skal noe til før barnevernet kan tydeliggjøre dette ovenfor foreldrene. Pålegg om hjelpetiltak kan dermed gi barn et økt vern, samtidig som foreldrenes samarbeidsvilje har stor betydning for om barnet får den hjelpen de trenger. Dersom barnets posisjon skal bli bedre, må det derfor foretas endringer som medfører at foreldrene ikke har en like stor adgang som i dag til å hindre barn i å få hjelp. Hjelpetiltak er ment å ivareta barnets og foreldrenes interesser i å ha et familieliv og hjelpetiltak vil ikke omhandle svært inngripende tiltak, noe som taler for at barneverntjenesten i større grad bør kunne få håndheve pålegg om hjelpetiltak.

Det synes noe betenkelig å basere barns rett til hjelp etter barnevernloven på at foreldrene ivaretar barnets interesser. Dersom foreldrene hadde gitt barn nødvendig omsorg, ville ikke barnevernet vært kontaktet i utgangspunktet. Konsekvensen av at departementet ikke har foreslått å endre foreldrenes rolle ved hjelpetiltak, er at barn gis en rettighet de i liten grad har mulighet til å benytte seg av.

### **5.3 Kan en skjønnsmessig bestemmelse gi rettigheter?**

Slik drøftelsen i punkt 4.6 viser, er det ikke tvilsomt at forslaget til rettighetsbestemmelsen er utformet skjønnsmessig. Dette innebærer at bestemmelsen i stor grad beror på en barnevernfaglig vurdering. Utfordringene ved en skjønnsmessig bestemmelse er todelt. For det første vil det være vanskelig å fastslå når retten vil inntre. For det andre forutsetter slike skjønnsmessige bestemmelser at det foreligger konsensus om hvordan kriterier bestemmelsen skal vurderes ut fra, slik at vurderingene vil være noenlunde lik og dermed bidra til forutberegnelighet.<sup>192</sup>

Problemet innenfor barnevernretten er at bestemmelsene og forarbeidene i liten grad gir veiledning for hvilke vurderinger som er omfattet. Om barnet eksempelvis vil ha et ”*særlig behov*” etter bvl. § 4-4 andre ledd beror i stor grad på det konkrete barnets behov. Det vil være vanskelig å fastslå konkret hvilke situasjoner som gir særlig behov fordi dette vil variere ut fra hvilket barn saken gjelder. Videre er det usikkert hvilke tiltak barnet vil ha krav på. Som vist i punkt 3.2.2 inneholder ikke bvl. § 4-4 andre ledd en liste over hvilke tiltak som kan iverksettes og barnet vil dermed ikke kunne forutse hvilke tiltak som iverksettes, eller hvor lenge slike tiltak vil vare. I tillegg er det en utfordring ved tvangstiltakene at de ikke er

---

<sup>192</sup> Sigurdsen (2015) s. 329.

utformet som klare plikt-regler. Eksempelvis følger det av bvl. § 4-12 at fylkesnemnda ”kan” vedta omsorgsovertakelse. Videre er det ikke klart at retten vil inntre dersom vilkårene i bvl. § 4-12 er oppfylt. Dette må bero på en vurdering av barnets beste samt forsvarlighetskravet.<sup>193</sup> Om tiltaket skal være til barnets beste vil videre basere seg på hva voksne syns er best for barnet og ikke hva barnet selv mener. Dette kan være en utfordring når barnet er rettighetsinnehaver. Når bestemmelsen ikke klart angir innholdet av vurderingene vil det kunne virke uforutsigbart og være forvirrende for barnet å vite når vedkommende tilsynelatende har en rett, men hvor dette i realiteten ikke er en rettighet. Det vil dermed være svært vanskelig for barnet å kunne forutse når retten til tiltaket inntre.

For å svare på spørsmålet i overskriften, er det i utgangspunktet ikke noe som forhindrer en skjønsmessig bestemmelse i å være en rettighet. I pbrl. § 2-1 a andre ledd er det gitt en lignende bestemmelse som departementets forslag. Etter pbrl. § 2-1a andre ledd gis det en rett til ”nødvendige helse-og omsorgstjenester” uten at det er spesifisert nærmere når nødvendighetskriteriet er oppfylt, eller hvilke tjenester det gis en rett til. På helseretten er det over lang tid bygget opp kunnskap som bidrar til å klargjøre når det etter god praksis foreligger behov for nødvendig helsehjelp.<sup>194</sup> Likevel bidrar ikke dette til full likebehandling, og rettigheten anses derfor å være svak. Det kan sies at ”*verdien av en rettighetsbestemmelse svekkes desto større grad av usikkerhet det er med hensyn til hva som følger av rettigheten*”.<sup>195</sup> Utfordringene ved barnevernretten er at det ikke foreligger like klare oppfatninger av hva som er en god barnevernfaglig beslutning som innenfor helseretten. Kompetansen innenfor barnevernretten har vært kritisert over lengre tid, hvor kritikken omhandler den store variasjonen mellom utdanningene som kvalifiserer til arbeid i barnevernet.<sup>196</sup> Konsekvensen av variasjonen i utdanningsløpene medfører at barn og unge ikke alltid får den nødvendige hjelpen de har behov for, og det kan bli vedtatt feile tiltak eller

---

<sup>193</sup> Se bvl. § 4-12 andre ledd.

<sup>194</sup> Sigurdsen (2015) s. 330.

<sup>195</sup> L.c.

<sup>196</sup> Se Prop. 106 L (2012-2013) kapittel 7 hvor barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet drøfter den barnefaglige kompetansen. Det kan også vises til Marit Hoff, ”En utdanning som kommer til kort”, *Tidsskriftet Norges barnevern*, 2016 s. 356-365, hvor Hoff diskuterer hva som kan gjøres for at kompetansen skal bli bedre. Hun retter særlig søkelyset mot utdanningen. Spørsmålet om kompetansekravet ble også tatt opp i NOU 2016:16 kapittel 5.

at hjelpen kommer for sent.<sup>197</sup> Når det ikke foreligger klare retningslinjer for den barnevernfaglige vurderingen, og at kompetansenivået ikke er likt, vil dette ha innvirkning for vurderingene i rettighetsbestemmelsen. For at en rettighet skal sies å være reell, må tilbudet være likt uansett hvor barnet bor. En rettighet foreligger fordi vedkommende oppfyller kravene i rettighetsbestemmelsen, noe som fordrer at det foreligger enighet eller i noen grad kan sies å foreligge en lik oppfatning av når rettighetsinnehaveren oppfyller kravene. Når forslaget til rettighetsbestemmelsen er utformet skjønnsmessig og det foreligger utfordringer ved den barnevernfaglige kompetansen, vil en rettighet innenfor barnevernretten kunne stå svakere enn innenfor helseretten hvor det foreligger større grad av konsensus i vurderingene.

At rettighetsbestemmelsen er formulert som en skjønnsmessig regel, er med på å minske rettighetens styrke. Det må derfor spørres om det er mulig å formulere bestemmelsen annerledes. Utfordringen med rettighetsbestemmelsen, er at den skal omfatte alle tiltakene som oppstilles i barnevernlovens kapittel 4. Alle tiltakene er utformet forskjellig med ulike vilkår. En for detaljert lovgivning vil kunne medført at enkelte tilfeller havner utenfor bestemmelsens anvendelsesområde. Dersom flere typetilfeller havner utenfor ordlyden i bestemmelsen, ville det kunne medført at barn som ikke fyller lovens kriterier, ikke vil få den hjelpen de har behov for. Hjelp gis ikke som et automatisk svar på en bestemt situasjon eller tilstand hos barnet. Det må gjøres en totalvurdering av barnets situasjon, og dette taler for at bestemmelsen må gi rom for skjønn. Likevel kunne bestemmelsen vært formulert slik at skjønnnet hadde vært mer kontrollert, eller slik at bestemmelsen klarere og tydeligere ga uttrykk for hvilke kriterier det gis rett til. I NOU 2016: 16 ble det stilt spørsmål om å lovfeste et kompetansekrav i bvl. § 1-4, men dette ble avvist fordi det allerede foreligger et kompetansekrav i forsvarlighetsvurderingen.<sup>198</sup> Når det likevel foreligger uenighet om kompetanse, kunne en slik regel bidratt til å avklare vurderinger av hva en god barnevernfaglig vurdering burde inneholdt. Arbeidet med kompetansehevingen av barnevernet vil derfor kunne bidra til å forbedre barnets rettslige stilling.<sup>199</sup>

---

<sup>197</sup> Se Prop. 106 L (2012-2013) s. 52.

<sup>198</sup> Se NOU 2016:16 s. 63.

<sup>199</sup> Det foreligger et arbeid om å øke kompetansenivået i barnevernet, se Prop. 73 L (2016-2017) Endringer i barnevernloven (barnevernsreform) kapittel 7.



## **5.4 Vil rettighetsbestemmelsen kunne håndheves av rettighetsinnehaveren?**

En viktig side ved å ha en rettighet, er å kunne håndheve denne.<sup>200</sup> Som vist i avhandlingens kapittel 3, er barn avhengig av at foreldrene fremsetter klage på vedtak fra barneverntjenesten eller fylkesnemnda. Departementet har ikke foreslått noen endringer i saksbehandlingsreglene.<sup>201</sup> Dette innebærer at rettighetsbestemmelsen ikke kan håndheves av barnet selv, og at barnet derfor fremdeles er avhengig av at foreldrene foretar klage på vegne av barnet. Det er lagt til grunn at en slik enighet mellom barnet og foreldrene ikke alltid vil foreligge. Barnet vil således få en rett til noe som de ikke selv har muligheten til å kreve oppfylt. Rettighetsbestemmelsen vil derfor ikke kunne håndheves av rettighetsinnehaveren. Etter analysemodellen vil det dermed i liten grad kunne anses å være en rettighet.

Utfordringene ved barnevernretten er at barn ikke skal gis det fulle ansvar for sitt eget liv, da dette vil kunne stride med barns grunnleggende rett til omsorg.<sup>202</sup> En løsning på problemet kunne vært å opprette en tillittperson for barnet, som er uavhengig av foreldrene. Dette vil kunne bidratt til at foreldrene tildeles en mindre rolle, samtidig som at barnet ikke selv får alt ansvaret. Videre vil det å senke terskelen for barns partstatus fra 15 år til 12 år kunne bidra til at flere barn får muligheten til selv å håndheve sine rettigheter.<sup>203</sup>

## **5.5 Helhetlig vurdering av departementets lovforslag**

Det kan altså knyttes en del spørsmål til om rettighetsbestemmelsen vil medføre endringer i barns rettslige posisjon. Så lenge foreldrene har anledning til å avgjøre om barnet skal få hjelpetiltak eller ikke, må barn tross en rettighetsfesting anses å ha en svak rettighet. Det er videre en utfordring å angi en rettighet som klargjør rettsstillingen på en tilfredsstillende måte innenfor barnevernretten. Dette henger sammen med at utformingen av rettighetsbestemmelsen er svært skjønnsmessig og i stor grad vil bero på en barnevernfaglig kompetanse. At barn heller ikke er gitt adgang til å kunne håndheve sin rett tilstrekkelig, viser

---

<sup>200</sup> Dette fremgår av analysemodellen fremstilt i avhandlingens punkt 2.2.

<sup>201</sup> Se avhandlingens punkt 4.7.

<sup>202</sup> Se avhandlingens kapittel 1.4.3.

<sup>203</sup> NOU 2016:16 fremla et slikt forslag, se s. 221-222. Forslaget ble ikke tatt til følge av Prop. 169 L (2016-2017) s. 37.

også at det i liten grad kan sies å foreligge en rett for barnet. Ut fra dette kan det synes som om at lovforslaget ikke vil medføre endringer i barnets rettslige og faktiske posisjon.

Det må likevel ikke utelukkes at rettighetsfestingen kan medføre positive endringer for barnet. Eksempelvis kan rettighetsbestemmelsen bidra til å avklare at barn har en rett til omsorg, fordi det klart fremgår av bestemmelsen at barn skal ha en slik rett. Videre vil det gi en symbolsk betydning ved at barn anerkjennes som selvstendige individ med egne rettigheter. Likevel vil rettighetsbestemmelsen slik den er formulert i departementets lovforslag, ikke gi noen egentlig rett for barnet og noen realitetsendring gir det i liten grad. Dersom en rettighetsbestemmelse skal ha noe effekt, må det kunne foretas en kompetanseøkning i barnevernet slik at en eventuell rettighet vil bli likt overholdt. Ytterligere bør foreldrenes adgang til å avgjøre om tiltak skal akseptere nedtones, slik at det i større grad er barnevernet som foretar avgjørelsene.

# Kildeliste

## Lover

Grunnloven	Kongeriket Norges Grunnlov 17. mai 1814
Barnevernloven	Lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester
Barnelova	Lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre
Barnetrygdloven	Lov 8. mars 2002 nr. 4 om barnetrygd
Endringslov til barnevernloven	Lov 7. juli 2015 nr. 81 om endringer i barnevernloven (utvidet adgang til å pålegge hjelpetiltak)
Folketrygdloven	Lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd
Forvaltningsloven	Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker
Helsepersonelloven	Lov av 2. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell m.v.
Menneskerettighetsloven	Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett
Opplæringslova	Lov 17. juli 1998 nr. 61 om opplæring i grunnskolen og den videregående opplæringa
Pasient- og brukerrettighetsloven	Lov 2. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter
Psykisk helsevernloven	Lov 2. juli 1999 nr. 62 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern
Skadeerstatningsloven	Lov 13. juli 1969 nr. 26 om skadeserstatning
Vergemålsloven	Lov 26. mars 2010 nr. 9 om vergemål

## **Konvensjoner**

EMK	Convention for the protection of Human Rights and Fundamental Freedoms 4 November 1950/ Den europeiske menneskerettskonvensjon
BK	Convention on the Rights of the Child 20 November 1989/ FNs konvensjon om barnets rettigheter

## **Forarbeider**

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

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

NOU 2009:22 Det du gjør, gjør det helt. Bedre samordning av tjenester for utsatte barn og unge

NOU 2000:12, Barnevernet i Norge. Tilstandsvurderinger, nye perspektiver og forslag til reformer.

St.meld. nr. 40 (2001-2002) Om barne- og ungdomsvernet.

Prop. 169 L (2016-2017) Endringer i barnevernloven mv. (bedre rettssikkerhet for barn og foreldre)

Prop. 73 L (2016-2017) Endringer i barnevernloven (barnevernsreform)

Prop. 72 L (2014-2015) Endringer i barnevernloven. Utvidet adgang til å pålegge hjelpetiltak

Prop. 106 L (2012-2013) Endringer i barnevernloven

Prop. 91 L (2010-2011) Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven)

Ot.prp.nr. 76 (2005-2006) Om lov om endringer i barnevernloven og sosialtjenesteloven mv. (saksbehandlingsregler for fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker mv)

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

Innst. 186 S (2013-2014) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag fra Per-Kristian Foss, Martin Kolberg, Marit Nybakk, Jette F. Christensen, Anders Anundsen, Hallgeir H Langeland, Per Olaf Lundteigen, Geir Jørgen Bekkevold og Trine Skei Grande om grunnlovfesting av sivile og politiske menneskerettigheter, med unntak av romertall X og XXIV

Innst. O nr. 80 (1991-1992) om lov om barneverntjenester

Dok. nr. 16 (2013-2014) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven

### **Høyesterettsavgjørelser**

Rt. 2003 s. 1468

Rt. 1990 s. 874 (Fusa-dommen)

### **Underrettspraksis**

LF-2016-208883

LG-2016-10915

RG-2005-1307

### **EMD- avgjørelser**

Z m fl. mot England, 10. mai 2001, appl.no. 2939/95.

### **Barnekomiteens uttalelser**

Barnekomiteens general  
comment No. 14

Committee on the rights of the child, general comment  
No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her  
best interests taken as a primary consideration (ar.3,  
para. 1) (UN. doc. CRC/C/GC/14)

Barnekomiteens general  
comment No. 13

General Comment No. 13 (2011), The right of the child  
to freedom from all forms of violence (UN. doc.  
CRC/C/GC/13)

Barnekomiteens general comment No. 8	Committee on the rights of the child, general comment No. 8 (2006), The right of the child to protection from corporal punishment and other cruel or degrading forms of punishment, (UN. doc. CRC/C/GC/8)
Barnekomiteens 4. rapport til Norge	Concluding Observations: Norway (UN. doc. CRC/C/NOR/CO/4.), 21. januar 2010

### **Juridisk litteratur**

Bendiksen (2008)	Bendiksen, Lena R. L, <i>Barn i langvarige fosterhjems plasseringer. Foreldreansvar og adopsjon</i> (Bergen 2008).
Bernt og Mæhle (2007)	Bernt, Jan Fridthjof og Synne Sæther Mæhle, <i>Rett, samfunn og demokrati</i> (Oslo 2007).
Bernt og Doublet (2008)	Bernt, Jan Fridthjof og David R. Doublet, <i>Vitenskapsfilosofi for jurister. En innføring</i> , 6. utgave (Bergen 2008).
Eskeland (1993)	Eskeland, Ståle, ”Rettsikkerhet og andre verdier i sosialretten”, i Ståle Eskeland (red.), <i>Hvor gikk sosialomsorgen?</i> (Oslo 1993).
Haugli (2010)	Haugli, Trude, ”Rettsikkerhet for barn og unge i sårbare situasjoner”, i Edvard Befring, Ivar Frønes og Mari- Anne Sørli (red), <i>Sårbare unge</i> (Oslo 2010).
Haugli (2016)	Haugli, Trude, ”Hensynet til barnets beste”, i Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.), <i>Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge</i> , 3. utgave (Oslo 2016).

- Holgersen (2000) Holgersen, Gudrun, *Rettingheter og rettslige forpliktelser i barnevernet*, Det juridiske fakultets skriftserie nr. 81 (Bergen 2000).
- Hoff (2016) Hoff, Marit, ”En utdanning som kommer til kort”, *Tidsskriftet Norges barnevern*, 2016 s. 356-365.
- Kjønstad, Syse og Kjelland (2017) Kjønstad, Asbjørn, Aslak Syse og Morten Kjelland, *Velferdsrett I. Grunnleggende rettingheter, rettssikkerhet og tvang*, 6. utgave (Oslo 2017).
- Lindboe (2012) Lindboe, Knut, *Barnevernrett*, 6. utgave (Oslo 2012).
- Ofstad og Skar (2015) Ofstad, Kari, og Randi Skar, *Barnevernloven med kommentarer*, 6. utgave (Oslo 2015).
- Oppedal (2008) Oppedal, Mons, *Akutthjemlene i barnevernloven* (Oslo 2008).
- Sandberg (2003) Sandberg, Kirsten, *Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse* (Oslo 2003).
- Sigurdsen (2014) Sigurdsen, Randi, ”Den rettskildemessige betydningen av Barnekomiteens generelle kommentarer”, *Retfærd nr.1*, 2014 s.43-60.
- Sigurdsen (2015a) Sigurdsen, Randi, *Tvangsplassering av barn med utfordrende adferd. En sammenligning av regler i barnevernloven, helse- og omsorgstjenesteloven og psykisk helsevernloven* (Bergen 2015).
- Sigurdsen (2015) Sigurdsen, Randi, ”Rett til barneverntjenester. Vil rettskrav styrke barns rettsstilling?”, *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*”, 2015 s. 316-346.

- Skjørten (2016) Skjørten, Kristin, ”Mellom beskyttelse og selvbestemmelse. Barns rettigheter i foreldretvister om bosted og samvær”, i Ingunn Ikdahl og Vibeke Blaker Strand (red), *Rettigheter i velferdsstaten. Begreper, trender, teorier*, (Oslo 2016).
- Stang (2016) Stang, Elisabeth Gording, ”Barns rett til familie og omsorg, særlig om barnevernet” i Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.), *Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge*, 3. utgave (Oslo 2016).
- Stang (2007) Stang, Elisabeth Gording, *Det er barnets sak. Barnets rettsstilling i sak om hjelpetiltak etter barnevernloven § 4-4* (Oslo 2007).
- Stang (2017) Stang, Elisabeth Gording, ”Forslaget til ny barnevernlov. Rettighetsfesting, strukturendring og språk revisjon”, *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2017 s. 191-212.
- Stang (2008) Stang, Elisabeth Gording, ”Kan barnevernet bruke frivillig tvang?”, *Norges barnevern nr. 2*, 2008 s. 39-41.
- Syse (2016) Syse, Aslak, ” En tradisjonell forståelse av materielle rettigheter i velferdsretten” i Ingunn Ikdahl og Vibeke Blaker Strand (red), *Rettigheter i velferdsstaten. Begreper, trender, teorier* (Oslo 2016)
- Syse (2002) Syse, Aslak, ”Tvang og tilsyn i private hjem”, *Lov og rett*, 2002 s. 82-102.
- Søvig (2011) Søvig, Karl Harald, ”Barnekomiteens kritikk av Norge” i *tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2011 s. 1-5.



