

Ungdoms rett til selvbestemmelse og medvirkning

**Under plasseringssaken og under opphold i helse- og
sosialinstitusjon**

Innholdsfortegnelse

1 INNLEDNING – EN REDEGJØRELSE FOR UTREDNINGENS RAMMER OG PROBLEMSTILLINGER.....4

1.1	INNLEDNING	4
1.2	BEGREPSAVKLARING.....	5
1.2.1	Helse- og sosialinstitusjonen	5
1.2.2	Nærmere om begrepene selvbestemmelsesrett og medvirkningsrett	8
1.3	PROBLEMORIENTERING	9
1.3.1	Utredningens hovedfokus	9
1.3.2	Grunnleggende hensyn og argumenter i debatten om barns rett til medvirkning og selvbestemmelse	11
1.3.3	Rettslige utgangspunktet og problemstillinger.....	14

2 BARNETS SELVBESTEMMELSES- OG MEDBESTEMMELSESRETT – BARNEKONVENSJONEN SOM DET MENNESKERETTSLIGE UTGANGSPUNKT 15

2.1	INNLEDNING – PRESENTASJON AV BARNEKONVENSJONEN OG DENS ART. 12 ...	15
2.2	BARNEKONVENSJONEN ART 12 GIR BARN EN UTTALERETT	16
2.3	VEIEN VIDERE	18
2.4	TILSYN MED STATENES GJENNOMFØRING.	19
2.5	NÆRMERE OM BARNEKONVENSJONENS BETYDNING FOR NORSK LOVGIVNING OG NORSKE DOMSTOLER.....	20
2.6	RELEVANTE ARGUMENTASJONSKILDER VED TOLKNINGEN AV BK ART. 12	21

3 NÆRMERE OM BARNETS SELVBESTEMMELSESRETT INNENFOR DE SAKSOMRÅDER SOM UTREDNINGEN BEHANDLER.22

3.1	INNLEDNING	22
3.2	BARNET SELVBESTEMMELSESRETT I PLASSERINGSSAKENE	22
3.2.1	Barnets rett til å fravelge å la seg institusjonsplassere	22
3.2.2	Reguleringen av barnets rett til å fravelge å la seg institusjonsplassere innenfor de saksområder som utredningen behandler.....	23

3.2.3	Banets rett til å velge å la seg institusjonsplassere.	27
3.3	BARNETS SELVBESTEMMELSE RETT UNDER INSTITUSJONSOPPHOLDET	30
4	NÆRMERE OM BARNETS UTTALERETT INNENFOR DE SAKSOMRÅDER SOM UTREDNINGEN BEHANDLER.....	33
4.1	INNLEDNING	33
4.2	ALDER OG MODNING SOM VILKÅR FOR BARNETS UTTALERETT	34
4.2.1	Vilkåret for uttalerett i barnkonvensjonen art 12	34
4.2.2	Vilkårene for barns uttalerett i den interne lovgivningen innenfor de saksområder som utredningen behandler.	35
4.3	ER BARNETS UTTALERETT ABSOLUTT? RT 2004 s. 811.....	36
4.4	VEKTEN AV BARNETS UTTALELSER.....	40
4.4.1	Barnekonvensjonen art 12	41
4.4.2	Reguleringen av spørsmålet i den interne lovgivningen	42
4.4.3	Høyesterettspraksis om vekten av barnets uttalelser	43
4.5	GJENNOMFØRINGEN AV UTTALERETTEN.....	45
4.5.1	Barnekonvensjonen art. 12	45
5	NÆRMERE OM BARNETS PARTSSTILLING I PLASSERINGSSAKENE .	49
5.1	INNLEDNING	49
5.2	HVA INNEBÆRER DET Å VÆRE PART I ET MEDVIRKNINGSPERSPEKTIV?	49
5.3	VILKÅRENE FOR AT BARNET SKAL FÅ PARTSRETTIGHETER.....	50
5.4	HVILKE PLASSERINGSAVGJØRELSER ER ENKELTVEDTAK?	50
5.5	BARNETS PARTSTATUS	52
5.5.1	Barnets partsstilling ved plassering i barneverninstitusjoner og rusinstitusjoner	54
5.5.1.1	Barn over 15 år	56
5.5.1.2	Barn under 15 år	57
5.5.1.3	Nærmere om hva det innebærer at barn under 15 år ikke kan gjøre partsrettigheter gjeldende.....	58
5.5.1.4	En sammenfattende diskusjon om hovedreglen i bvl. § 6-3 andre ledd første setning.....	61
5.5.2	Kompetansen til å innvilge barn under 15 år partsrettigheter ”i særskilte tilfeller”.....	64

1 Innledning – en redegjørelse for utredningens rammer og problemstillinger

1.1 Innledning

Ungdommens maktutredning, som denne juridiske utredningen inngår som den del av, har som mandat å se på myndiggjøring av ungdom. I et rettighetsperspektiv er debatten om myndiggjøring av ungdom, knyttet til spørsmålet om hvilken rett ungdom skal ha til å bestemme over eller medvirke i saker som angår ungdommen selv. Jeg har fått i oppdrag å skrive en utredning som behandler problemstillinger knyttet til ungdoms rett til selvbestemmelse og medvirkning i forbindelse med plassering i helse- og sosialinstitusjoner. Utredningen har således fokus på spørsmålet om ”myndiggjøring av unge i en vanskelig livssituasjon.”

I henhold til maktutredningens mandat omfatter ungdomsbegrepet personer i aldersgruppen 12-26 år. I denne utredningen vil jeg fokusere på selvbestemmelsesretten og medvirkningsretten til ungdom i aldersgruppen 12-18 år. Dette fordi spørsmålet om selvbestemmelsesrett og medvirkningsrett oftest kommer på spissen i forhold til denne aldersgruppen. Grunnen til dette er at ungdom i denne aldersgruppen formelt sett regnes som ”barn”. Etter gjeldende rett omfatter barnebegrepet alle mennesker under 18 år. Det skilles ikke mellom spedbarn, barn i skolealder (6-12 år) og ungdom (12-18 år). Mennesker som defineres som barn, har en annen rettslig status enn voksne. For voksne er selvbestemmelsesrett et rettslig utgangspunkt. Barn er derimot underlagt vergens myndighet i økonomiske spørsmål og den foreldres ansvarliges myndighet i personlige spørsmål.¹ At spedbarn er gitt en annen rettslig status enn voksne, er ukontroversielt. Spedbarn og voksne avviker definitivt på en relevant måte. Det samme gjelder til en viss grad barn i skolealderen (6-12 år). Det er imidlertid ikke like klart at barn i aldersgruppen 12-18 år skal ha en svakere rett til selvbestemmelse og medvirkning enn det voksne har i alle spørsmål som berører dem. I regelverket har man forsøkt å bøte på de urettferdigheter som denne 18 års grensen kan skape, ved å gi barn økt selvbestemmelse og medvirkning i takt med økt alder og modenhet. Reglene er imidlertid komplekse, og det kan ofte oppstå tvil om hvilken selvbestemmelsesrett og medvirkningsrett barnet har. Dette gjelder særlig reglene som regulerer barnets rett til selvbestemmelse og medvirkning i for-

¹ Som regel vil barnets foreldre også være barnets verger.

bindelse med plassering i helse- og sosialinstitusjoner. Grunnen til at disse reglene er så komplekse, er at saker om institusjonsplassering av barn har et saksforhold med tre parter. Dette trepartsforholdet består av barnet selv, foreldrene og det offentlige helse- og omsorgsapparatet. Reglene må således både regulere spørsmålet om barnets rett til selvbestemmelse og medvirkning vis a vis egne foreldre og spørsmålet om barnets selvbestemmelsesrett og medvirkningsrett vis a vis det offentlige helse- og omsorgsapparatet. Det er disse reglene jeg vil analysere i denne utredningen.

1.2 Begrepsavklaring

For letthets skyld, vil jeg i det følgende bruke betegnelsen ”barn” på ungdom mellom 12 og 18 år. En slik begrepsbruk er i samsvar med regelverkets terminologi, og rent fremstillingsmessig vil det være enklere å holde seg til denne terminologien.

I denne utredningen vil jeg behandle spørsmålet om hvilken rett barn mellom 12 og 18 år har til selvbestemmelse og medvirkning i forbindelse med plassering i helse- og sosialinstitusjoner.

Temaet fordrer en nærmere avklaring av begrepene ”selvbestemmelse” og ”medvirkning” og av begrepet ”helse- og sosialinstitusjoner”.

1.2.1 Helse- og sosialinstitusjonen

Innenfor helse- og sosialsektoren er det et stort mangfold av institusjoner, som har som formål å gi omsorg og ulike former for opplæring og behandling til barn.

For det første har vi barneverninstitusjonene. Med barneverninstitusjoner sikter jeg for det første til institusjoner med døgnopphold som er etablert og drevet av statlig regional barnevernsmyndighet etter barnevernloven § 5-1. For det annet sikter jeg til private og kommunale institusjoner med døgnopphold som er godkjent av statlig regional barnevernsmyndighet etter barnevernloven § 5-8. Fosterhjem og fosterhjem med særlige forutsetninger faller utenfor institusjonsbegrepet.

Plassering av barn i barneverninstitusjoner reguleres av barnevernloven.² Det er også barnevernloven og den tilhørende rettighetsforskriften som regulerer barnets opphold i institusjonen.³ For letthets skyld, vil barnevernloven i det følgende forkortes til bvl.

Barnevernloven skiller mellom to plasseringsgrunner. Det ene er foreldrenes manglende omsorgsevne. Det andre er barnets atferdsvansker. Barn som plasseres etter atferdbestemmelsene er i hovedsak over 12 år.⁴ Skillet mellom plasseringer grunnet omsorgsevne og plasseringer grunnet atferdsvansker, er prinsipielt sett et viktig skille. I det første tilfellet er plasseringen formelt sett begrunnet i at foreldrene svikter sitt omsorgsansvar overfor barnet. I det andre tilfellet er plasseringen formelt sett begrunnet i negative forhold ved barnet selv.

Som mindretallet i *sosiallovutvalget* presiserte, er imidlertid:

”... grensen mellom disse årsakene temmelig flytende. I mange tilfeller av atferdsvansker, vil det ligge en forhistorie om omsorgssvikt. Og under enhver omstendighet vil mange foreldre finne det vanskelig å utøve den dagelige omsorgen når atferdsvanskene først har manifestert seg.”⁵

For det annet har vi barne- og ungdomspsykiatriske institusjoner. Med barne- og ungdomspsykiatriske institusjoner sikter jeg for det første til institusjoner med døgnopphold som er drevet av de regionale helseforetakene. For det annet sikter jeg til institusjoner som har inngått avtale om salg av tjenester med regionale helseforetak. Institusjonene er godkjent av sosial- og helsedirektoratet for å drive psykisk helsevern for barn og ungdom, jf. forskrift om godkjenning av tvunget psykisk helsevern.⁶

Plassering av barn i psykiatriske institusjoner reguleres av psykisk helsevernloven.⁷ Det er også psykisk helsevernloven med tilhørende forskrifter som regulerer barnets opphold i

² Se Lov om barneverntjenester av 17. juli 1991 nr. 15.

³ Se Forskrift om rettigheter og bruk av tvang under opphold i barneverninstitusjon av 12. desember 2002 nr. 1594. Forskriften er under revisjon.

⁴ Se Askeland- utvalget: Utredning av de faglige forutsetninger for arbeid med ungdom plassert etter lov om barneverntjenester §§ 4-24 og 4-26 s. 13.

⁵ Se NOU 1985:18 s. 151.

⁶ Forskrift om godkjenning av institusjoner som skal ha ansvar for tvunget psykisk helsevern av 11. mars 2000 nr. 1098.

⁷ Se Lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern av 2. juli 1999 nr. 62.

institusjonen. For letthets skyld, vil psykisk helsevernloven i det følgende forkortes til phlsvl. Spørsmålet om barnets rett til medvirkning og selvbestemmelse i selve plasseringssaken og under institusjonsoppholdet, reguleres ikke bare av phlsvl. Bestemmelsene i phlsvl må suppleres med bestemmelsene i pasientrettighetsloven.⁸ For letthets skyld, vil denne loven i det følgende forkortes til pasrl. I det følgende vil bruke uttrykket ”helselovgivning” når jeg både refererer til pasrl. og phlsvl.

Barne- og ungdomspsykiatriske institusjoner mottar, i likhet med barneverninstitusjoner, barn som kan sies å ha atferdsvansker. De psykiatriske institusjonene har imidlertid ansvar for å gi et behandlingstilbud der barnets alvorlige atferdsvansker ikke bare skyldes mangel på kvalifisert omsorg og opplæring, men også er utslag av en psykisk lidelse.

Enkelte barn med atferdsvansker vil både oppfylle plasseringskriteriene i barnevernloven og innleggelseskriteriene i psykisk helsevernlov.

I disse tilfellene kan det være nokså tilfeldig om barnet havner i en barneverninstitusjon eller en barne- og ungdomspsykiatrisk institusjon, fordi man er usikker på hvilket institusjonstiltak som er hensiktsmessig.

Mye kan tyde på at barnet i mange tilfeller vil bli plassert i en barneverninstitusjon. Dette gjelder selv om barne- og ungdomspsykiatriske institusjoner anses som best egnet til å behandle den mindreåriges problemer. Dette kan forklares med at barne- og ungdomspsykiatrien har få plasser. *Riedl* har pekt på at ulikheter i beslutningsprosessen ved plassering også kan ha betydning⁹

Det er grunn til å tro at gruppen av barn som havner i gråsonen mellom barnevernloven og psykisk helsevernlov ikke er ubetydelig. *Larsen* hevder at de vanskeligheter som barnet sliter med stor sett er de samme uansett om barnet er plassert i en barneverninstitusjon eller en barne- og ungdomspsykiatrisk institusjon.¹⁰

For det tredje har vi rusinstitusjonene. Plassering av barn i rusinstitusjoner reguleres av sosialtjenesteloven.¹¹ Det er også sosialtjenesteloven med den tilhørende

⁸ Se Lov om pasientrettigheter av 2. juli 1999 nr. 63.

⁹ Se *Riedl*: ”Markedstilpasning” i skjæringspunktet mellom barnevernloven og psykisk helsevernloven s. 8-18.

¹⁰ Se *Larsen*: Miljøterapi med barn og unge s. 18.

¹¹ Se Lov om sosiale tjenester m.v. av 13. desember 1991 nr. 81.

sosialtjenesteforskriften som regulerer barnets opphold i institusjonen.¹² For letthets skyld, vil sosialtjenesteloven i det følgende forkortes til sotjl.

Oppholdsbestemmelsene i sotjl. suppleres av bestemmelsen i spesialisthelsetjenesteloven § 3-14.¹³

Det er ikke bare rusinstitusjonene etter sosialtjenesteloven som tar i mot barn med rusproblemer. Barneverninstitusjoner tar også imot barn med rusproblemer, og det kan således være nokså tilfeldig om barnet havner i en barneverninstitusjon som reguleres av barnevernloven eller en rusinstitusjon som reguleres av sosialtjenesteloven.

1.2.2 Nærmere om begrepene selvbestemmelsesrett og medvirkningsrett

Begrepet selvbestemmelse er noenlunde selvforklarende – det innebærer at man har det avgjørende ordet i beslutninger som berører enn selv. Barn som har full selvbestemmelsesrett kan bestemme alene eventuelt motsette seg beslutninger som tas av foreldre eller offentlige myndigheter. Full selvbestemmelsesrett for barnet i barnevernsaker innebærer at barnet har rett til å velge eller fravelge et tilbud om barnevernstiltak – et hjelpetiltak i foreldrehjemmet eller et tiltak om bortplassering i fosterhjem eller barneverninstitusjon.

Hva som ligger i retten til medvirkning er mer uklart.

Ordet medvirkning er et flertydig ord, og i faglitteraturen og politiske dokumenter er medvirkning definert på ulike måter. Det er imidlertid enighet om at begrepet medvirkning er knyttet til det å kunne påvirke og ha innflytelse i egen sak. Begrepet innflytelse indikerer at medvirkning ikke innebærer at man har det avgjørende ordet i saken. Således skiller retten til medvirkning seg fra retten til selvbestemmelse. Lovverket skiller mellom to typer av medvirkningsrettigheter. Henholdsvis informasjons- og uttaleretten på den ene siden og retten til å opptre som part og gjøre partsrettigheter gjeldende på den andre siden. Av disse to medvirkningsrettighetene, er det retten til å opptre som part som gir størst mulighet til å få øvet påvirkning på saken. Retten til å opptre som part sikrer ikke bare at man får en informasjons- og uttalerett. Man får også prosessuell handleevne Dvs. rett til å foreta

¹² Se Forskrift til lov om sosiale tjenester mv. av 4. desember 1992 nr. 915.

¹³ Se Lov om spesialisthelsetjenester m.m. av 2. juli 1999 nr.61.

prosesshandlinger, slik som å klage på en forvaltningsavgjørelse eller anlegge sak for en domstol.

Medvirkningen kan være direkte eller indirekte. Indirekte medvirkning har vi når den medvirkendes ønsker og behov blir lagt frem av andre på vegne av den medvirkende – av en verge eller en fullmektig.

Medvirkning har blitt et hovedprinsipp i velferdsretten. I offentlige dokumenter fremheves det som et ideal at brukerne av velferdstjenester skal ha innflytelse på spørsmålet om hvorvidt det skal iverksettes velferdstiltak og på spørsmålet om hvordan velferdstiltaket skal utformes. Medvirkningsidealet er sterkest vektlagt i forbindelse med velferdstiltak som brukeren mottar frivillig (hjelpetiltak), men blir også fremhevet i forbindelse med velferdstiltak som er påtvunget brukeren.

1.3 Problemorientering

1.3.1 Utredningens hovedfokus

Spørsmålet om barnets rett til selvbestemmelse og medvirkning oppstår både i selve plasseringssaken og under barnets opphold i institusjonen. I denne utredningen vil begge problemkompleksene bli behandlet. Utredningen vil imidlertid ha hovedfokus på barnets rett til selvbestemmelse og medvirkning i selve plasseringssaken. Grunnen til dette er at reglene som regulerer barnets rett til selvbestemmelse og medvirkning under opphold i barneverninstitusjoner, er under revisjon.

Spørsmålet om hvilke rett barnet har til selvbestemmelse i plasseringssakene, er et spørsmål om hvilke rett barnet har til å velge eller til å fravelge å la seg institusjonsplassere. Det er et grunnleggende utgangspunkt i vårt rettssystem at en privatperson kan fravelge et foreslått offentlig velferdstiltak – i dette tilfellet et bortplasseringstiltak - med mindre det foreligger lovhjemmel for å gjennomføre tiltaket med tvang. Barnevernloven og sosialtjenesteloven har lovbestemmelser som gir hjemmel for å tvangsplassere barn i henholdsvis barneverninstitusjoner og rusinstitusjoner. Psykisk helsevernloven har også en

lovbestemmelse i § 3-3 som i prinsippet gir hjemmel for å tvangsplassere barn i psykiatriske institusjoner.

Tvangsplassering av barn i psykiatrisk institusjon etter psykisk helsevernloven er imidlertid lite aktuelt. Grunnvilkåret for slik tvungen innleggelse er ”alvorlig sinnslidelse”, jf psykisk helsevernloven § 3-3 første ledd nr. 3. Dette er en juridisk term som ikke motsvares av noen medisinsk diagnose. Det er imidlertid lagt til grunn at termen i det alt overveiende sikter til psykoser. I psykiatrien er man svært tilbakeholden med å stemple barn som psykotisk.

I de tilfeller der det foreligger en lovhjemmel for tvangsmessig plassering, vil barnet ikke ha noen rett til å fravelge institusjonsplassering. I så måte stiller ikke barn i noe annen stilling enn voksne. I en tvangssak er det et grunnleggende premiss at den private part ikke har det avgjørende ordet i spørsmålet om hvorvidt han skal bortplasseres eller ikke. I disse sakene blir det således medvirkningsspørsmålet, og ikke spørsmålet om barnets selvbestemmelsesrett som blir det sentrale. Nærmere bestemt om plasseringsorganet plikter å la barnets mening inngå i beslutningsgrunnlaget, og eventuelt hvilke vekt plasseringsorganet pliktet å tillegge barnets syn.

Spørsmålet om barnets rett til å fravelge å la seg institusjonsplassere oppstår i de plasseringssakene som formelt sett regnes som frivillige. En frivillig plassering forstås normalt som en plassering som hviler på et samtykke fra den som skal plasseres. For barn er imidlertid utgangspunktet at den foreldreansvarlige kan foreta valg på vegne av barnet. Barn skal imidlertid gis økt selvbestemmelse i takt med økt alder og modenhet. Spørsmålet som da oppstår er om foreldre kan velge å la barn mellom 12 og 18 år bli institusjonsplassert mot barnets vilje. Dersom foreldrene har myndighet til å foreta et slikt valg på vegne av barnet oppstår spørsmålet om hvilke rett barnet har til å medvirke i plasseringssaken.

I sakene om frivillig plassering blir det ikke bare et spørsmål om barnets rett til å fravelge å la seg plassere. Et annet spørsmål som oppstår, er hvilken rett barnet har til å velge å la seg plassere mot foreldrenes vilje. Dersom foreldrene kan fravelge plassering mot barnets samtykke, blir det neste spørsmålet hvilken rett barnet har til å medvirke i plasseringssaken.

I denne utredningen vil jeg behandle disse spørsmålene i relasjon til plasseringssaker etter henholdsvis barnevernloven, sosialtjenesteloven, og psykisk helsevernloven.

Spørsmålet om barnets rett til selvbestemmelse og medvirkning oppstår ikke bare i selve plasseringssakene. Spørsmålet oppstår også der barnet er plassert i en barneverninstitusjon, rusinstitusjon eller en psykiatrisk institusjon. Spørsmålet om barnets selvbestemmelsesrett under institusjonsoppholdet, er blant annet et spørsmål om hvilke selvbestemmelsesrett barnet har i dagligdagse spørsmål (spørsmål om pleie, kost, orden og innretning etc.). Det er også et spørsmål om hvilke særlige restriksjoner institusjonspersonalet kan iverksette overfor barnet. Følgende restriksjoner kan tenkes iverksatt under barnets institusjonsopphold.

- 1) Barnet forbys å bevege seg (i eller utenfor institusjonen),
- 2) Barnet påbys å motta behandling,
- 3) Barnet forbys å ha kontakt med en eller flere personer,
- 4) Barnet må tåle kontrolltiltak (ransaking, kroppsvisitasjon, korrespondansekontroll, urinprøver)
- 5) Bruk av tvang mot barnet for å gjennomføre de påbud og forbud som er rettet mot barnet.

1.3.2 Grunnleggende hensyn og argumenter i debatten om barns rett til medvirkning og selvbestemmelse

I dag er det et klart utgangspunkt at barn er likestilt med voksne i den forstand at de regnes som selvstendige rettssubjekter, og således kan ha individuelle rettigheter og plikter etter en rettsregel. *Holthe* fremhever at formaliseringen av barns rettigheter har skjedd parallelt med at samfunnet har gjennomgått en omfattende humaniserings, demokratiserings- og individualiseringsprosess.¹⁴ Betraktet med norske øyne er det grunnlag for å hevde at barn opplever rene gullalderen når det gjelder deres rettighetsstatus.

Den mest autoritative bekreftelse på rettighetsbarnets eksistens er utvilsomt FNs barnekonvensjon.¹⁵ Konvensjonen gjelder for alle ”barn”, ethvert menneske under 18 år, jf. konvensjonens art. 1

Barnerettighetene i konvensjonen spenner vidt, og kan sammenfattes i fire grunnprinsipper: 1) ikke-diskriminering (art. 2), 2) barnets beste (art.3), 3) barnets rett til liv og utvikling (art. 6),

¹⁴ Se Holthe i Sagberg og Steinsholt (red): *Barnet* (2003) s. 101.

¹⁵ Vedtatt av De forente nasjoner den 20. november 1989.

og 4) barnets uttalerett i saker som angår barnet selv (art.12). Konvensjonen ble vedtatt av FNs generalforsamling den 20. november 1989, og trådte i kraft den 2. september 1990 i samsvar med konvensjonens art. 49. Norge ratifiserte konvensjonen den 8. Januar 1991,¹⁶ og konvensjonen trådte i kraft for Norge 7. februar 1991.¹⁷ Konvensjonen ble innkorporert i norsk rett gjennom menneskerettighetsloven § 2 nr. 4, jf. lovendring av 1. august 2003 nr. 86.

Historisk sett har det vært to retninger i bevegelsen for å fremme barns interesser og rettigheter. Den ene retningen har hatt hovedvekt på barnets sårbarhet og manglende selvbestemmelsesevne. Denne retningen har hatt hovedfokus på å få tilkjent barn velferdsrettigheter som kan beskytte barnet mot omsorgssvikt og sosial marginalisering. Barnets rett til selvbestemmelse og medvirkning har kommet i bakgrunnen. Grunnholdningen til denne retningen har vært at det barn mangler av selvbestemmelse og påvirkningsmuligheter, får de igjen i velferd og sosiale goder ellers. Denne retningen anlegger det man kan kalle et velferdspaternalistisk perspektiv. Den andre retningen har hatt hovedvekt på barns evne til å gjøre seg opp egne meninger. Denne retningen har hatt hovedfokus på å få tilkjent barn rett til selvbestemmelse og medvirkning i saker som angår barnet selv. Man kan således si at denne retningen anlegger et myndiggjøringsperspektiv. Barnekonvensjonen, med dets grunnleggende prinsipper om barnets beste og barnets uttalerett, ivaretar begge disse perspektivene, i alle fall til en viss grad.

Spørsmålet om hvilke rett et barn skal ha til selvbestemmelse og medvirkning i saker som angår barnet selv, er et viktig spørsmål uavhengig av hvor bagatellmessig saken er.

Retten til å bestemme over, eller medvirke i, saker som angår en selv blir i utgangspunktet ansett som en positiv verdi av fundamental betydning for mennesker. De fleste mennesker vil føle at de både har en moralsk rett og de beste forutsetninger for å selv bestemme hvilket liv man vil leve. Uansett hvor bagatellmessig saken er, vil muligheten til å utøve selvbestemmelse og medvirkning være viktig for den enkeltes selvrespekt og selvutvikling. Det å frata et annet menneske retten til å bestemme over sitt eget liv anses således som en krenkelse av den personlige integritet, verdighet og selvrespekt. I saker om institusjonsplassering av barn vil retten til selvbestemmelse og medvirkning, være særlig

¹⁶ Se St.prp.nr.104 (1989-1990) og Innst S.nr.7 (1990-1991)

¹⁷ I dag er konvensjonen ratifisert av alle verdens stater unntatt Somalia og USA, men enkelte stater har, i motsetning til Norge, tatt omfattende forbehold.

viktig. De valgene som gjøres i disse sakene vil få særlig dramatiske konsekvenser for barnets livssituasjon. Dersom barnet institusjonsplasseres, vil barnet flyttes ut fra sin vante tilværelse i foreldrehjemmet og plasseres i et fremmed miljø. Bortplasseringen løser opp barnets tidligere bånd til foreldre, venner og nærmiljø. Barnet må tilpasse seg en helt ny tilværelse, og må bygge opp nye relasjoner. I tillegg mister barnet mye av det privatlivet det hadde i foreldrehjemmet.

Nettopp det forhold at de avgjørelsene som tas i disse sakene vil ha så store konsekvenser for barnets livssituasjon, gjør at selvbestemmelses- og medvirkningsspørsmålet blir særlig viktig og vanskelig. Spørsmålet berører spenningsforholdet mellom det velferdspaternalistiske perspektivet og myndiggjøringsperspektivet. Ut fra et myndiggjøringsperspektiv kan det anføres at viktigheten av å ha selvbestemmelse og medvirkning i en sak er større for den enkelte jo større konsekvenser saksutfallet vil få for vedkommendes livssituasjon. Dette taler for at barnets rett til selvbestemmelse og medvirkning bør stå sterkt i helse- og sosialsaker som gjelder bortplassering av barnet.

Ut fra et velferdspaternalistisk perspektiv kan det imidlertid fremheves at retten til selvbestemmelse innebærer at man sitter med risikoen for dårlige valg på egne vegne. Det er således viktig at selvbestemmelsen gjelder avgjørelser som den enkelte har forutsetninger for å beherske. Den selvrespekten som ligger i å bestemme i personlige spørsmål, vil lett bli snudd til avmakt og mindreverdiget dersom det i ettertid viser seg at man ikke hadde oversikt over konsekvensene av sitt syn. Dette gjelder særlig når det er snakk om avgjørelser som har så store konsekvenser for ens egen livssituasjonen. Saker om plassering av barnet i institusjon kjennetegnes nettopp ved at de har store konsekvenser for barnet og ved at de er kompliserte. På denne bakgrunnen kan det argumenteres for at det er et for stort ansvar å legge på barn som er i en vanskelig situasjon at de skal velge selv.

Det er ikke bare det forhold at disse sakene er kompliserte som kan gi grunnlag for å argumentere med at det er et for stort ansvar å legge på barnet at det skal velge selv. Barn som står midt i en sak om bortplassering i institusjon grunnet foreldrenes omsorgsvikt kan oppleve en belastende konflikt mellom ønsket om å være lojal mot egne foreldre på den ene siden og ønsket om å få ivaretatt sine egne behov på den andre siden.

1.3.3 Rettslige utgangspunktet og problemstillinger

I sitt forsøk på å balansere myndiggjøringsargumentene og de velferdspaternalistiske argumentene, som henholdsvis taler for og mot å gi barnet rett til selvbestemmelse og medvirkning, har lovgiver gjennomgående falt ned på lovregler som fastsetter barnets alder og modning som en hovedledetråd ved vurderingen av hvilke selvbestemmelsesrett og medvirkningsrett barnet skal gis. Det rettslige utgangspunktet for reguleringen av rettsforholdet mellom barnet og dets foreldre, er at barnets foreldre har rett til å bestemme over barnet i alle spørsmål som angår barnet. Det er også foreldrene som representerer barnet utad overfor offentlige myndigheter, slik som barnevernsmyndigheter og helsemyndigheter. De sentrale rettslige figurene i så måte, er foreldreansvaret og vergemålet. Foreldreansvaret gir en forelder rett til å bestemme over barnet, og en representasjonsrett utad, i personlige spørsmål som angår barnet, jf. barneloven § 33. Vergemålet gir en forelder rett til å bestemme over barnet, og en representasjonsrett utad, i økonomiske og prosessuelle spørsmål som angår barnet, jf. vergemålsloven § 1. Barneloven § 33 fastsetter imidlertid at ”foreldra skal gje barnet stendig større sjølvråderett med alderen og fram til det er myndig”. Barnevernloven, sosialtjenesteloven og helselovgivningen har også regler som bygger på en økt rett til selvbestemmelse og medvirkning for barnet ut fra et alder- og modenhetsperspektiv.

At alder- og modenhetsperspektivet må være en hovedledetråd ved vurderingen av hvilke selvbestemmelsesrett og medvirkningsrett barnet skal gis, er ganske selvsagt og ukontroversielt. I likhet med den norske lovgivningen, bygger også barnekonvensjonen på et slikt alder- og modningsperspektiv. Etter hver som barnet utvikler større modenhet i takt med alderen, vil barnets få bedre oversikt over konsekvensene av sitt syn og de mothensyn som gjør seg gjeldende. Barnet vil også være bedre rustet til å takle lojalitetskonflikter.

Dersom man går dypere ned i materien, støter man imidlertid på mange kontroversielle spørsmål. Et sentralt og kontroversielt spørsmål er om man skal utforme lovregler som stiller opp en fast aldersgrense for når barnets selvbestemmelsesrett eller medvirkningsrett skal inntre, eller om man skal utforme mer skjønnsmessige regler som legger opp til en konkret vurdering av barnets modenhet. Dersom man utformer lovregler som stiller opp en fast aldersgrense, oppstår det spørsmål om hvor aldersgrensen skal settes.

I denne utredningen vil jeg redegjøre for hvilke løsninger lovgiver har falt ned på i saker om plassering i henholdsvis 1) barneverninstitusjoner etter barnevernloven, 2) rusinstitusjoner etter sosialtjenesteloven og 3) psykiatriske institusjoner etter helselovgivningen. Jeg vil analysere hvilke grunner som har vært motiverende for lovgivers valg, og analysere om de løsninger som lovgiver har valgt er i tråd Barnekonvensjonen. I de tilfeller der reguleringen av barnets rettigheter i de ulike plasseringssakene skiller seg fra hverandre, vil jeg foreta en vurdering av om det er gode grunner for å ha en ulik regulering. Utgangspunktet må her være at reguleringen bør være lik. Dette fordi barn som plasseres i de tre institusjonstypene som behandles i denne utredningen som regel vil være i samme problemsituasjon. Det kan således være tilfeldig hvilke institusjonstype barnet havner i.

2 Barnets selvbestemmelses- og medbestemmelsesrett – Barnekonvensjonen som det menneskerettslige utgangspunkt

2.1 Innledning – presentasjon av Barnekonvensjonen og dens art. 12

Barnekonvensjonen (BK) er det mest autoritative uttrykk for hvilke rettigheter barn er tilkjent, herunder hvilke rett barn har til å bestemme over seg selv og til å medvirke i egen sak.

Konvensjonen ble signert av Norge 26. januar 1990 og ratifisert 8. januar 1991 med Stortingets samtykke.¹⁸ I forbindelse med ratifikasjonen ble konvensjonen oversatt til norsk. Konvensjonen ble innkorporert i norsk rett gjennom menneskerettighetsloven § 2 nr. 4, jf. lovendring av 1. august 2003 nr. 86.

Spørsmålet om barns rett til selvbestemmelse og medvirkning i saker som angår dem selv, reguleres av BK art. 12. Konvensjonsbestemmelsen fastsetter en uttalerett for barn, og marker med dette at barn skal betraktes som et eget subjekt, og ikke som et objekt for voksnes beslutninger. Konvensjonens rettighetsfesting av barns uttalerett har sin bakgrunn i at barnets

¹⁸ Se St.prp. nr.104 (1989-1990).

rett til deltagelse ”participation” ble ansett som en av konvensjonens tre pilarer.¹⁹ Barnets uttalerett anses nå som ett av fire grunnprinsipper i konvensjonen.²⁰

Den norske oversettelsen av artikkel 12 lyder som følger:

1. Partene skal garantere et barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter, retten til fritt å gi uttrykk for disse synspunkter i alle forhold som vedrører barnet, og tillegge barnets synspunkter behørig vekt i samsvar med dets alder og modenhet.
2. For dette formålet skal barnet særlig gis anledning til å bli hørt i enhver rettslig og administrativ saksbehandling som angår barnet, enten direkte eller gjennom en representant eller et eget organ, på en måte som er i samsvar med saksbehandlingsreglene i nasjonal rett.

2.2 Barnekonvensjonen art 12 gir barn en uttalerett

Bestemmelsens første avsnitt fastslår at medlemsstatene, herunder Norge, har en generell forpliktelse til å sikre at barn blir involvert i de beslutningsprosesser som angår dem selv, uavhengig av livsområde. Forpliktelsen er todelt. For det første skal det sikres at barnet får mulighet til å uttrykke sitt syn i saken dersom barnet selv ønsker det.²¹ For det andre skal barnets syn tillegges behørig vekt i samsvar med dets alder og modenhet.

Bestemmelsens andre avsnitt er rettet spesielt mot rettslige prosesser (sivile saker og straffesaker for domstolene) og forvaltningsprosesser (forvaltningssaker) som angår barnet. Bestemmelsen pålegger medlemsstatene å sikre at barnet får mulighet til å uttrykke sitt syn i slike saker dersom barnet ønsker det. Saker som omhandler spørsmålet om hvorvidt et barn skal eller ikke skal institusjonsplasseres i en helse- og sosialinstitusjonen, er forvaltningssaker som reguleres av dette avsnittet. Det samme gjelder saker som berører barnets livssituasjon under et eventuelt institusjonsopphold. For at barnet skal få en uttalerett er det tilstrekkelig at saken ”angår” barnet. Dette fremstår ikke som noe strengt krav. Begrepet er nærmere omtalt

¹⁹ De andre pilarene er barnets rett til beskyttelse og ytelse. Pilarene ble blant annet identifisert på barnetoppmøte 8-10 mai 2002.

²⁰ De andre tre prinsippene som konvensjonen hviler på er: 1) barnets rett til ikke-diskriminering, jf. art 2, 2) barnets beste som grunnleggende hensyn i alle saker som berører barn, jf art. 3. 3) barnets rett til liv og utvikling, jf. art 6. De fire hovedprinsippene i barnekonvensjonen er identifisert av barnkomiteen. Prinsippene ble første gang presentert som etablerte prinsipper i General Comment no. 1 (2001) avsnitt 6 og gjentatt senest i General Comment no. 12 (2009) avsnitt 2. I General Comment no.5 (2006) er det gitt en mer utførlig omtale av de fire prinsippene.

²¹ Barn har ingen plikt til å uttale seg i de saker som angår dem selv, jf. General Comment no. nr. 12 (2009) avsnitt 16. og 22.

av barnekomiteen.²² I teorien er det lagt til grunn at det er tilstrekkelig at saken har en eller annen virkning for barnet.²³ At bestemmelsen gir barnet en uttalerett i en sak om institusjonsplassering av barnet og i saker som berører barnets livssituasjon under selve institusjonsoppholdet, er utvilsomt.

I motsetning til første avsnitt, slår ikke andre avsnitt fast at barnets syn skal tillegges behørlig vekt i samsvar med barnets alder og modenhet. Av innledningsordene til andre avsnitt ”for dette formål” fremgår det imidlertid at første og andre avsnitt henger sammen. Dette betyr at forpliktelsen til å tillegge barnets syn behørlig vekt i samsvar med barnets alder og modenhet også gjelder i de rettslige og forvaltningsmessige prosesser som reguleres av andre avsnitt.²⁴

Ordlyden i BK art 12 første og andre avsnitt fasetter ikke noen rett for barnet til å få informasjon om saken som uttaleretten er knyttet til. Det er imidlertid meningsløst å skulle uttrykke et syn uten tilflyt av den informasjon som er nødvendig for å ha tilstrekkelig kjennskap til saken. For at uttaleretten skal bli reell, må det således innfortolkes en informasjonsrett.

Barnekonvensjonen Art. 12 første og andre avsnitt gir barnet en informasjons- og uttalerett, men går etter sin ordlyd ikke så langt som å gi barnet selvbestemmelsesrett eller partsrettigheter i de saker barnet er involvert i. Denne tolkningen av bestemmelsen er lagt til grunn av en samlet juridisk teori.²⁵

Barnekonvensjonen bygger imidlertid på et grunnsyn om at barn skal anses som selvstendige individer med egne rettigheter. Barnekomiteen har ved flere anledninger uttalt at et barn skal anses som et selvstendig subjekt i de saker han eller hun er involvert i. Komiteen uttaler at:

²² Se General Comment no. 12 (2009) avsnitt 32-33.

²³ Se Hodgkin og Newell: Implementation Handbook (2007) s. 155-156, Sandberg i Høstmælingen mfl: Barnekonvensjonen (2008) s. 85.

²⁴ Jeg forstår Sandberg dit hen at hun også legger dette til grunn, se Sandberg i Høstmælingen mfl. Barnekonvensjonen (2008) s. 83.

²⁵ Se Hodgkin og Newell: Implementation Handbook (2007) s. 150, Sandberg i Høstmælingen mfl: Barnekonvensjonen (2008) s. 77-78, Søvig: Barnets rettigheter på barnets premisser s. 47. Smith: Nyere utvikling i barneretten FAB (2008) s. 89. Hun skriver at barnets manglende selvbestemmelsesrett er en svakhet ved Barnekonvensjonen.

“The Convention asserts the status of the child as an individual person and holder of human rights. The child is not a possession of parents, nor of the State, nor simply an object of concern.”²⁶

Videre uttaler komiteen at:

“The Convention recognize the child as a subject of rights....”²⁷

I konvensjonens grunnsyn om at barn skal anses som selvstendige individer, ligger det en forutsetning om at et barn skal gis anledning til å treffe beslutninger i saker som barnet selv spiller hovedrollen i, forutsatt at barnet har utviklet en tilstrekkelig modenhet. Siden konvensjonen ble vedtatt har samfunnsutviklingen gradvis gått i retning av å gi barn mer selvstendige rettigheter. Man kan således vente at barnekomiteen på sikt vil innfortolke partsrettigheter og rett til selvbestemmelse for barn i saker som har stor betydning for barnet, jf. prinsippet om en dynamisk tolkning av konvensjonen.²⁸ Det er likevel grunn til å tro at komiteen vil være varsom med å innfortolke slike rettigheter for barnet i saker som er sammensatte og kompliserte. Det vil si saker der det vil være vanskelig for barnet å se konsekvensene av sitt syn, og styrken i de mothensyn som gjør seg gjeldende. Det er således vanskelig å spå hvordan barnekomiteen vil se på spørsmålet om selvbestemmelsesrett og partsrettigheter for barn i saker om plassering i helse- og sosialinstitusjoner.

2.3 Veien videre

I utredningens neste hovedpunkt, punkt 3, vil jeg analysere barnets uttalerett i selve plasseringssakene og under barnets institusjonsopphold. Barnets uttalerett må fastlegges på bakgrunn av en tolkning av barnekonvensjonen art. 12 og de norske lovreglene.

Før jeg går i gang med dette, vil jeg imidlertid avklare forholdet mellom konvensjonen og norsk rett. Dette må gjøres for å forstå hvilken betydning BK art. 12 har for den norske lovreguleringen av barnets rett til selvbestemmelse og medvirkning.

²⁶ Se General Comment no. 8 (2006) avsnitt 47.

²⁷ Se General Comment no.12 (2009) avsnitt 18.

²⁸ Slik også Søvig: Barnets rettigheter på barnets premisser s. 48.

2.4 Tilsyn med statenes gjennomføring.

Norge er folkerettslig forpliktet til å overholde konvensjonens bestemmelser. Etter BK art. 4 skal statene treffe alle egnede lovgivningsmessige, administrative og andre tiltak for å gjennomføre de rettigheter, herunder medvirkningsretten, som er fastsatt i konvensjonen. Barnekonvensjonens art. 42 forplikter statene til å gjøre rettighetene og prinsippene i konvensjonen kjent for barn og voksne gjennom hensiktsmessige aktive tiltak, mens BK art 5 forplikter staten til å gi foreldrene hensiktsmessig veiledning om barns rettigheter. Barnekomiteen har understreket statens plikt til å gjøre barn og foreldre oppmerksomme på barnets medvirkningsrett etter art. 12.

I medhold av barnekonvensjonen er det opprettet en overvåkningskomite (FNs barnekomite) som skal føre tilsyn med at statene gjennomfører sine forpliktelser etter konvensjonen. Komiteens tilsynsvirksomhet er forankret og regulert i BK art. 43-45. Tilsynet skjer først og fremst gjennom en behandling av rapporter fra statene. Rapporteringssystemet består i at den enkelte stat blir eksaminert i møte med komiteen. Etter eksaminasjonen blir komiteens konklusjoner offentliggjort i form av såkalte "Concluding observations". Komiteen vedtar også såkalte "General Comments" som inneholder komiteens syn på hvordan konvensjonens bestemmelser skal forstås. Disse tolkningsuttalelsene gir informasjon til statene om hvordan de skal opptre for å overholde sine forpliktelser etter konvensjonen. Barnekonvensjonen inneholder ingen bestemmelser som gir barnet eller dets verger rett til å klage på brudd på konvensjonsbestemmelsene. Mange av konvensjonens bestemmelser er såpass vagt utformet at det ville vært vanskelig for et klageorgan å fastslå om konvensjonsbestemmelsen er krenket av staten. Innholdet i barnets uttalerett etter BK art 12 er imidlertid ganske utpenslet gjennom barnekomiteens tolkningsuttalelser, og det ville således vært mulig å knytte en individuell klagerett til denne bestemmelsen. Når dette ikke er gjort, er det nok blant annet på bakgrunn av en anerkjennelse av at barn selv vil ha få muligheter for å klage. Det er heller ingen god mulighet å gi barnets verger, i de fleste tilfeller foreldrene, klagerett. I mange av de sakene der spørsmålet om barnets uttalerett kommer opp, vil barnet og dets foreldre ha motstridene interesser.

2.5 Nærmere om barnekonvensjonens betydning for norsk lovgivning og norske domstoler

Barnekonvensjonen ble innkorporert i norsk rett gjennom menneskerettighetsloven § 2 nr. 4. Dette innebærer at konvensjonen gjelder som norsk lov. Inkorporasjonen har medført at konvensjonen har fått en sterkere formell stilling og økt oppmerksomhet i norsk rett. Konvensjonen stilling er ytterligere styrket ved at den er gitt en høyere rang enn formelle lover som er gitt av Stortinget i samsvar med reglene i Grl. § 76-78. Dette følger av menneskerettighetsloven § 3 som slår fast at konvensjonens bestemmelser skal gå foran annen norsk lovgivning dersom det foreligger motstrid. Konvensjonens trinnhøyde over annen norsk lovgivning har betydning for den norske lovgivningen så vel som for norske domstoler og forvaltningsorganer. For lovgiver innebar inkorporeringen av barnekonvensjonen at den norske lovgivningen måtte gjennomgås på ny. Ved inkorporeringen ble det foretatt en rekke lovendringer for å styrke barnets rettsstilling og synliggjøre barnekonvensjonens bestemmelser. Barnekonvensjonen art 12 om barnets uttalerett var motiverende for mange av de lovendringene som ble foretatt. Alle lovendringene gikk i retning av å styrke barnets rett til medvirkning i saker som angår barnet selv.²⁹

Inkorporeringen av barnekonvensjonen og bestemmelsen om dens trinnhøyde over annen norsk lovgivning, har også betydning for norske domstoler og forvaltningsorganer.

Dersom konvensjonen gir barnet sterkere rettigheter enn det som følger av norsk lovgivning, herunder en sterkere utalerett, er utgangspunktet at det er konvensjonsbestemmelsen, og ikke den norske lovbestemmelsen, skal legges til grunn av norske domstoler og forvaltningsorganer.³⁰

Mange av barnekonvensjonens bestemmelser kan likevel ikke anvendes direkte av norske domstoler og forvaltningsorganer fordi de er vage og gir relativt lite veiledning i en konkret sak. I den juridiske teori benevner man disse konvensjonsbestemmelsene som bestemmelser

²⁹ For en redegjørelse for disse lovendringene viser jeg til Ot.prp.nr.45 (2002-2003).

³⁰ Barnekonvensjonen hadde også stor gjennomslagskraft før inkorporeringen i norsk rett. Frem til inkorporeringen berodde dens gjennomslagskraft på presumpsjonsprinsippet. Prinsippet er en ulovfestet regel, utpenslet av Høyesterett, som går ut på at norske regler, om mulig, skal tolkes slik at de samsvarer med våre folkerettslige forpliktelser, se Bl.a. Høyesterettsdom inntatt i Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I).

uten selvkraft.³¹ Barnekonvensjonen art 12 om barns uttalerett er imidlertid ikke en av disse. Konvensjonsbestemmelsens innhold er rimelig godt utpenslet, og den kan således anvendes som et selvstendig rettslig grunnlag ved tvistesaker for norske domstoler og forvaltningsmyndigheter.

I forbindelse med inkorporeringen av barnekonvensjonen i norsk rett forutsetter departementet at rettsanvenderne vil legge seg på løsningen i norsk lovgivning dersom den ligger innenfor rammene av en rimelig tolkning av en vag konvensjonsbestemmelse. Departementet skriver:

”Departementet antar at norske domstoler vil være varsomme med å overprøve lovgivers tolkning av konvensjonen, så lenge de norske lovbestemmelsene bygger på en forsvarlig tolkning av de relevante konvensjonsbestemmelsene”³²

2.6 Relevante argumentasjonskilder ved tolkningen av BK art. 12

I norsk rett er det vanlig å søke til lovens forarbeider (først og fremst NOUen og odelstingsproposisjonen) når man skal finne ut hvordan en lovbestemmelse som har en vag eller flertydig ordlyd, skal forstås. Barnekonvensjonen ble forberedt av en åpen arbeidsgruppe. FNs sekretariat har utarbeidet referat fra disse møtene, men disse er summariske, og det kan være tilfeldig hva som er inntatt i referatene. Dessuten er alt som er inntatt i referatet basert på konsensus i arbeidsgruppen. Det er således ikke mye i disse referatene som kan kaste lys over forståelsen av barnekonvensjonens bestemmelser.

Den sentrale argumentasjonskilden for forståelsen av barnekonvensjonens bestemmelser er barnekomiteens praksis. Barnekomiteen utarbeider tre typer dokumenter.

Henholdsvis Barnekomiteens 1) ”Concluding observations” 2) ”General Comments”, og 3) ”Days of General discussions”. De tolkningsuttalelser som komiteen måtte komme med i disse dokumentene er ikke rettslig bindende for statene, men blir i praksis tillagt stor vekt av blant annet Norge. Barnekomiteens ”General Comments” må normalt gis særlig stor vekt ved

³¹ Søvig kritiserer denne benevnelsen, se Søvig: Barnets rettigheter på barnets premisser (2009) s. 30-33.

³² Se Ot.prp.nr.45 (2002-2003) s. 16 og s. 26.

tolkningen av barnekonvensjonens bestemmelser. De fleste av disse kommentarene blir til i samarbeid med UNICEF og andre organisasjoner, og etter en meget bred høringsprosess. Den nærmere vektningen av en tolkingsuttalelse i ”General Comment” må imidlertid bero på en vurdering av hvor utfyllende og overbevisende argumentasjonen er.

3 Nærmere om barnets selvbestemmelsesrett innenfor de saksområder som utredningen behandler.

3.1 Innledning

I det følgende vil jeg behandle enkelte problemstillinger knyttet til barnets selvbestemmelsesrett i plasseringssakene og i saker som oppstår under institusjonsoppholdet. Deretter vil jeg (i punkt 4, 5 og 6) behandle spørsmål knyttet til barns rett til medvirkning innenfor de saksområder som utredningen behandler. Selvbestemmelsesretten skiller seg som nevnt fra medvirkningsrettighetene ved at den gir rettighetshaveren det avgjørende ordet i saken.

Den interne norske lovreguleringen av selvbestemmelsesspørsmålet er delt opp etter institusjonstype. Barnevernloven regulerer sakene som omhandler barneverninstitusjonene, sosialtjenesteloven regulerer sakene som omhandler rusinstitusjonene, mens helselovgivningen regulerer sakene som omhandler de psykiatriske institusjonene.

3.2 Barnet selvbestemmelsesrett i plasseringssakene

Spørsmålet om hvilken rett barnet har til selvbestemmelse i plasseringssakene er et spørsmål om hvilke rett barnet har til å velge og til å fravelge å la seg institusjons plassere.

3.2.1 Barnets rett til å fravelge å la seg institusjons plassere

Et grunnleggende utgangspunkt er at en privat part kan fravelge et foreslått offentlig velferdstiltak – i dette tilfellet et bortplasseringstiltak - med mindre det foreligger lovhjemmel for å gjennomføre tiltaket med tvang, jf. legalitetsprinsippet. Barnevernloven har en rekke

lovbestemmelser som gir hjemmel for å bortplassere et barn i barneverninstitusjon med tvang. I sosialtjenesteloven § 6-2 er det hjemmel for å bortplassere et barn i en rusinstitusjon med tvang. Psykisk helsevernloven § 3-3 inneholder en hjemmel for tvangsmessig innleggelse i psykiatrisk institusjon. Der det foreligger hjemmel for tvang, vil barnet ikke ha rett til å fravelge å la seg institusjonsplassere. I så måte stilles ikke barn i noen annen rettslig stilling enn voksne.

Der det ikke foreligger en lovhjemmel for å gjennomføre en tvangsplassering, er utgangspunktet at den private part kan fravelge det foreslåtte plasseringstiltaket. For voksne er dette den klare hovedregel. Unntak fra denne hovedregelen kan bare tenkes i rene nødssituasjoner.

For barns vedkommende kan imidlertid dette utgangspunktet om selvbestemmelsesrett bli modifisert av foreldreansvaret. Enkelte plasseringsbestemmelser gir foreldre myndighet til å akseptere en bortplassering av barnet på barnets vegne. Loven regner da en plassering som er basert på foreldresamtykke som en frivillig plassering, selv om plasseringen skjer mot barnets vilje. Barnet vil være tvunget til å være i institusjon inntil foreldrene eventuelt trekker tilbake sitt samtykke til bortplassering. I det følgende vil jeg gjennomgå disse bestemmelsene i henholdsvis barnevernloven, psykisk helsevernloven og sosialtjenesteloven.

3.2.2 Reguleringen av barnets rett til å fravelge å la seg institusjonsplassere innenfor de saksområder som utredningen behandler.

Barnevernloven § 4-4 femte ledd fastslår at et barn kan plasseres i en barneverninstitusjon som et frivillig hjelpetiltak. Et frivillig tiltak forstås normalt som et tiltak som hviler på et samtykke fra den som skal motta tiltaket. Bortplassering av barnet etter bvl. § 4-4 femte ledd regnes formelt sett som et foreldrestøttende tiltak. Formålet er å hjelpe foreldre som ikke klarer sine omsorgsoppgaver overfor barnet. I forarbeidene til loven, la således både sosiallovutvalget og departementet til grunn at et barn ikke kan plasseres etter denne bestemmelsen uten samtykke fra foreldrene.³³ Et vedtak om bortplassering vil imidlertid også rette seg mot barnet. Det er barnet som må forlate hjemmet, og som vil oppleve de største endringene i sin livstilværelse. Spørsmålet blir således om det ikke bør kreves samtykke av

³³ Se Henholdsvis NOU 1985:18 s. 147 og Ot.prp.nr.44 (1991-1992) s. 31.

barnet også. Dette spørsmålet ble ikke undergitt noen nærmere drøftelse i forarbeidene til barnevernloven, og loven inneholder ingen regulering av spørsmålet. Imidlertid har departementet i sine tolkningsuttalelser uten videre lagt til grunn at barnevernlovens regulering av barnets partsstilling i barnevernsaker i bvl. § 6-3 andre ledd, også må være bestemmende for barnets rett til å fravelge å la seg plassere. Dette innebærer at det gjøres et skille mellom barn som er under og barn som er over 15 år. For å bortplassere et barn over 15 år etter bvl. § 4-4 femte ledd, kreves det samtykke fra barnet selv. Dersom barnet nekter å la seg plassere, må det treffes vedtak om tvangsmessig plassering. For å bortplassere et barn under 15 år etter bvl. § 4-4 femte ledd, kreves det derimot bare samtykke fra foreldrene. Plasseringen etter bvl. § 4-4 femte ledd kan således gjennomføres mot barnets vilje.

Den rettslige konstruksjonen som departementet har lagt til grunn i relasjon til bvl. § 4-4 femte ledd, innebærer et vesentlig skår i rettssikkerheten til barn under 15 år.

Ellers i barnevernretten er det etablert en rekke rettssikkerhetsgaranter knyttet til tvangstiltak. Etter barnevernloven skal de formelle tvangssakene behandles av fylkesnemnda. Opprettingen av fylkesnemnda krever blant annet at det må legges opp til en saksbehandling hvor partene møter med hver sine representanter, og hvor saken behandles og avgjøres etter de grunnregler for god saksbehandling som gjelder for de ordinære domstolene, jf. bvl. § 7-3 flg. Fylkesnemnda er sammensatt slik at man best mulig kan kombinere juridisk og faglig innsikt og legmannskjønn, jf. bvl. § 7-2. Departementets fortolkning innebærer imidlertid at et barn under 15 år som motsetter seg en bortplassering etter bvl. § 4-4 femte ledd ikke får nytte godt av de rettssikkerhetsgarantiene som er knyttet til tvangssakene. Ettersom plasseringer etter bvl. § 4-4 femte ledd formelt sett regnes som frivillige, behandles de rent administrativt.

Den rettslige konstruksjonen (15- årsregelen) som departementet har lagt til grunn i relasjon til bvl. § 4-4 femte ledd, avviker fra barnevernlovens system ved behandling av saker om bortplassering etter § 4-26. Den avviker også fra sosialtjenestelovens system ved behandling av saker om bortplassering etter § 6-3. Etter disse bestemmelsene må barnet alltid samtykke til bortplasseringen, for at plasseringen skal kunne regnes som en frivillig plassering som kan behandles rent administrativt. Dette gjelder uavhengig av barnets alder. Dersom barnet motsetter seg plassering, må plasseringssaken behandles som en tvangssak etter henholdsvis bvl. § 4-24 og sotjl § 6-2. Dette innebærer fylkesnemndsbehandling med fulle rettssikkerhetsgarantier.

Til støtte for den ulike reguleringen i henholdsvis bvl. § 4-4 femte ledd på den ene siden og bvl. § 4-26 og sotjl § 6-3 på den andre siden, kan det anføres en todelt begrunnelse. For det første vil en plassering av barnet etter bvl. § 4-26 eller sotjl § 6-3 være med dramatisk for barnet enn en plassering etter bvl. § 4-4 femte ledd. Barnevernloven § 4-4 femte ledd vil som regel bare gi grunnlag for kortvarige bortplasseringer av barnet. Av ordlyden i bestemmelsen fremgår det at tvungen omsorgsovertakelse bør vurderes dersom det ”må forutsettes at foreldrene i lengre tid ikke vil kunne gi barnet forsvarlig omsorg.” Av lovens forarbeider fremgår det bvl. § 4-4 femte ledd først og fremst er tenkt benyttet der foreldrene rent midlertidig er ute av stand til å dra omsorg for barnet, som for eksempel ved forbigående sykdommer eller andre vanskeligheter.³⁴ En plassering av barnet etter bvl. § 4-26 eller sotjl § 6-3 kan derimot vare adskillig lengre. I bvl. § 4-26 andre ledd og sotjl. § 6-3 andre ledd åpnes det for at det kan avtales en tvungen tilbakeholdsrett som enten vil gjelde tre uker fra inntaket, eventuelt i tre uker fra samtykket blir trukket tilbake hvor det er snakk om plasseringer som er ment å vare lengre enn tre måneder, jf. denne forskjellen i andre ledd. Videre vil en plassering etter bvl. § 4-4 femte ledd ikke gi institusjonen en større myndighet over barnet enn det foreldre har i medhold av foreldreansvaret. Barn som er institusjonsplassert etter bvl. § 4-26 eller sotjl. § 6-3 kan derimot underlegges mer dramatiske restriksjoner under oppholdet enn det en foreldre har adgang til å underlegge sine egne barn. Det kan være tale om mer omfattende begrensninger av barnets bevegelsesfrihet og barnets korrespondanse med omverdenen. En plassering etter bvl. § 4-26 kan således vanskelig bygge på et foreldresamtykke alene, jf. prinsippet om at ingen kan overdra større myndighet enn de selv har.³⁵

For det andre vil en plassering etter bvl. § 4-26 eller sotjl. § 6-3 formelt sett være begrunnet i negative forhold ved barnet, nærmere bestemt barnets atferdsvansker etter bvl. § 4-26 (kriminalitet, rusmisbruk) og barnets rusmiddelmisbruk etter sotjl § 6-3. Plasseringer etter bvl. § 4-4 femte ledd vil derimot være begrunnet i foreldrenes manglende omsorgsevne. For de fleste eldre barn vil det nok oppleves mer stigmatiserende å bli plassert på grunnlag av egne atferdsvansker enn på grunnlag av foreldrenes omsorgssvikt. Dette taler for å kreve barnets

³⁴ Se NOU 1985:18 s. 148.

³⁵ Se NOU 1985:18 s. 150-151.

samtykke ved plasseringer etter bvl. § 4-26 og sotjl. § 6-3, men ikke nødvendigvis for plasseringer etter bvl. § 4-4 femte ledd.

15-årsregelen som er stilt opp i bvl. § 4-4 femte ledd har blitt møtt med kritikk i den juridiske teori. *Stang* uttaler at:

”Et utgangspunkt bør være at det skal mye til før man kan akseptere at frivillige tiltak iverksettes mot barnets vilje når barnet er nær 15 år i alder. Barneloven § 31 1. ledd og prinsippet bak barnekonvensjonen artikkel 12, om barnets økende medbestemmelse og selvbestemmelse, bør danne tolkningsbakgrunn for barnevernlovens bestemmelser.”³⁶

Etter min men mening bør 15-årsregelen i bvl. § 4-4 femte ledd utredes nærmere. Spørsmålet er om man ikke ville oppnå en større harmoni i regelverket dersom man flyttet aldersgrensen til 12 år, slik at man ikke ville akseptere at frivillig tiltak iverksettes mot et 12 årig barns vilje. En slik sak ville da måtte behandles som en tvangssak med fulle rettssikkerhetsgarantier. En slik 12-årsregel ville være bedre i samsvar med barneloven.

Alternativt kunne man tenke seg et system med en kontrollkomisjons-vurdering der et barn mellom 12 og 15 år nekter å la seg plassere, tilsvarende det vi har etter psykisk helsevernloven, se nedenfor.

Den rettslige konstruksjonen (15-årsregelen) som departementet har lagt til grunn i relasjon til bvl. § 4-4 femte ledd, avviker også fra systemet etter psykisk helsevernloven. Barnets selvbestemmelsesrett i forbindelse med plassering i psykiatrisk institusjon, reguleres av pasientrettighetsloven § 4-4, jf psykisk helsevernloven § 2-1 første ledd. Etter pasientrettighetsloven § 4-4 første ledd er det barnets foreldre som samtykker til helsehjelp for barn under 16 år. Dette innebærer at barn under 16 år kan plasseres i en psykiatrisk institusjon etter bestemmelsen om frivillig plassering i lovens § 2-1 mot sitt eget samtykke. Forutsetningen er at foreldrene samtykker. Plasseringssaken behandles rent administrativt av den faglig ansvarlige. Barn som er fylt 15 år har etter dette en svakere rettslig stilling i sak om plassering etter psykisk helsevernloven § 2-1 enn de har i sak om plassering etter barnevernloven § 4-4 femte ledd. For barn over 12 år har man imidlertid bygd inn en rettssikkerhetsgaranti som går ut på at plasseringssaken skal bringes inn for

³⁶ Se *Stang: Det er barnets sak* (2007) s. 345.

kontrollkommisjonen dersom banet selv ikke er enig i plasseringen, jf. psykisk helsevernloven § 2-1 andre ledd. Kommisjonen behandler ikke sakene etter en domstolsprosess, slik som fylkesnemnda, men kommisjonen er sammensatt slik at man best mulig kan kombinere juridisk og faglig innsikt og legmannsskjønn, jf. psykisk helsevernloven § 6-2 første ledd. Barn mellom 12 og 15 år, har således en sterkere rettslig stilling i sak om plassering etter psykisk helsevernloven § 2-1 enn etter barnevernloven. § 4-4 femte ledd. Et problem med kommisjonsordningen etter psykisk helsevernloven § 2-1 er imidlertid at bestemmelsen ikke angir hva det er som er kommisjonens vurderingstema når kommisjonen skal ta stilling til om barnet skal innlegges mot sin vilje eller ikke. Dette er heller ikke fastsatt i lovens § 6-4, som regulerer saksbehandlingen for kommisjonen. I § 6-4 femte ledd står det bare at kommisjonen skal ”prøve alle sider av saken”. Helt klart er det at kommisjonen ikke skal prøve om vilkårene for tvungen innleggelse etter lovens § 3-3 er til stede. Dette følger av lovens system. Etter loven regnes innleggelsen fortsatt som frivillig selv den må skje mot barnets vilje. Hva det er kommisjonen skal vurdere, er mindre klart. Det er naturlig å tenke seg at kommisjonene foretar en helhetsvurdering av om det er faglig forsvarlig å innlegge barnet tross barnets motvilje. I en slik vurdering vil man nok både se hen til sykdommens art, muligheten for å gjøre barnet motivert til behandling, samt hvor krenkende det vil være overfor barnet å innlegge han eller hun mot sin egen vilje. Det er imidlertid også mulig at kommisjonene ser hen til foreldrenes interesse av å få barnet innlagt.

Etter min mening, er det et rettssikkerhetsproblem at kommisjonens vurderingstema ikke er lovregulert. Dette fører til en ulik praksis fra kommisjon til kommisjon.

3.2.3 Banets rett til å velge å la seg institusjonsplassere.

Barnevernloven § 4-4 femte ledd åpner for at institusjonsplassering kan velges frivillig med den konsekvens at saksbehandlingen forenkles. Etter denne bestemmelsen kan imidlertid ikke barnet velge å la seg institusjonsplassere mot foreldrenes vilje. Dette gjelder uavhengig av barnets alder og modenhet. Denne reglen er ikke fastsatt direkte i lovteksten, men følger klart av lovens forarbeider. I forarbeidene til loven, la både sosiallovutvalget og departementet til grunn at et barn ikke kan plasseres etter denne bestemmelsen uten samtykke fra foreldrene.³⁷

³⁷ Se Henholdsvis NOU 1985:18 s. 147 og Ot.prp.nr.44 (1991-1992) s. 31.

Barnevernloven § 4-4 femte ledd skiller seg således fra bestemmelsen i bvl. § 4-26. Etter denne bvl. § 4-26 kan barnet velge å la seg institusjonsplassere mot foreldrenes vilje etter fylte 15 år, jf. bestemmelsens første ledd. Et spørsmål som umiddelbart oppstår er hvorfor man har valgt en ulik regulering i en og samme lov.

Sosiallovutvalgets flertall ga en todelt begrunnelse for hvorfor et barn bør ha rett til å samtykke til å la seg institusjonsplassere etter bvl. § 4-26. For det første viste utvalget til at plasseringsgrunnlaget etter denne bestemmelsen er atferdsvansker hos barnet, og ikke omsorgssvikt hos foreldrene. For det andre ble det vist til at en plassering på dette grunnlaget gir institusjonen en større myndighet over barnet enn det foreldre har i medhold av foreldreansvaret.³⁸ I det første delen av begrunnelsen ligger det at en plassering etter bvl. § 4-26 først og fremst er begrunnet i barnets forhold. Det er barnets atferdsvansker, og ikke foreldrenes omsorgssvikt, som defineres å være det problemet plasseringen skal løse. Når plasseringen ikke anses å innebære en konstatering av sviktende omsorgsevne hos foreldrene, vil plasseringen oppleves mindre stigmatiserende for foreldrene. Følgelig er det mindre problematisk å la barnet velge å la seg plassere mot foreldrenes vilje.

Her ligger noe av forklaringen på hvorfor reguleringen i bvl. § 4-4 femte ledd og bvl. § 4-26, er avvikende. Etter bvl § 4-4 femte ledd er det foreldrenes manglende omsorgsevne som er grunnen til plasseringen.

Sosiallovutvalgets mindretall mente at flertallet la for stor vekt på skillet mellom omsorgssvikt hos foreldrene og atferdsvansker hos barnet. Mindretallet understreket at omsorgssvikt og atferdsvansker ofte er nært knyttet til hverandre, og at lovens klare skille mellom disse plasseringsårsakene i mange tilfeller kan fortone seg som et oppkonstruert skille. På denne bakgrunn mente mindretallet at det er vanskelig å bruke det formelle innleggelsesgrunnlaget som argument for å skille mellom barnets rett til å samtykke til insitusjonsplassering etter henholdsvis bvl. § 4-4 femte ledd og bvl. § 4-26. Mindretallet uttaler at:

”En viktig grunn for mindretallet til å velge en felles regel for når det kreves samtykke fra barnet uavhengig av plasseringsgrunn, er at grensen mellom disse årsakene er temmelig flytende. I mange tilfeller av atferdsvansker

³⁸ Se NOU 1985:18 s. 150-151.

vil det ligge en forhistorie om omsorgssvikt. Og under enhver omstendighet vil mange foreldre finne det vanskelig å utøve den daglige omsorgen når atferdsvanskene først har manifestert seg. En regel som innebærer at det blir ulike aldersgrenser for betydningen av barnets samtykke, kan lett bli praktisk verdiløs som en rettssikkerhetsgaranti også for barn med atferdsvansker, fordi foreldrene så lett kan begrunne plasseringen med omsorgssvikt.”³⁹

Verken sosiallovutvalgets flertall eller utvalgets mindretall problematiserte spørsmålet om barnets rett til å velge å la seg plassere mot foreldrenes vilje etter bvl. § 4-4 femte ledd noe nærmere. Sosiallovutvalget uttalte at dette spørsmålet: ”Knytter seg [...] svært nær til spørsmålet om foreldrenes generelle adgang til å bestemme over barnets oppholdssted, og bør antagelig løses innenfor rammen av barneloven.”⁴⁰ Problemet er at barneloven ikke løser dette spørsmålet, noe som også ble påpekt av utvalget. Utvalget uttaler at:

”Spørsmålet om foreldrenes rett til å bestemme hvor barnet skal være, er ikke direkte regulert i barneloven. Det må nok legges til grunn at foreldrene kan bestemme at barnet skal bo hjemme opp til barnet har fylt 18 år. Retten til å bestemme at barnet skal oppholde seg utenfor hjemmet – hos fosterforeldre eller i institusjon – er ikke like klart. Her vil barnets alder og tiltakets bakgrunn og innhold få betydning.”⁴¹

Utvalget ser med dette ut til å åpne for at barn som har nådd en viss alder, kan velge å la seg plassere mot foreldrenes vilje etter bvl. § 4-4 femte ledd. Dette på bakgrunn av en konkret og skjønnsmessig vurdering. Vurderingstemaet måtte da blant annet bli barnets modenhet. *Stang* peker på at en slik vurdering også kunne inneholde momenter som hvor vanskelig forholdene i hjemmet oppleves for barnet og hvor varig plasseringen er tenkt å være.⁴² Andre steder i NOUen uttaler imidlertid utvalget at barn ikke kan plasseres etter bvl. § 4-4 femte ledd uten samtykke fra foreldrene. Dette er også lagt til grunn av departementet i den etterfølgende proposisjonen.⁴³

Etter at loven ble vedtatt har departementet opprettholdt dette standpunktet. I en tolkningsuttalelse uttaler departementet at:

³⁹ Se NOU 1985:18 s. 151. Det siste argumentet til mindretallet fremstår ikke som særlig praktisk. Det er nok de færreste foreldre som vil påberope seg egen omsorgssvikt som årsak til institusjonsplassering, heller enn barnets atferdsvansker. De fleste foreldre vil nok oppleve bortplassering av eget barn grunnet barnets atferdsvansker som mindre stigmatiserende enn en bortplassering grunnet egen omsorgssvikt.

⁴⁰ Se NOU 1985:18 s. 151.

⁴¹ Se NOU 1985: 18 s. 149.

⁴² Se Stang: Det er barnets sak (2007) s. 347.

⁴³ Se Henholdsvis NOU 1985:18 s. 147 og Ot.prp.nr.44 (1991-1992) s. 31.

”Lovens § 4-4 inneholder ingen tilsvarende hjemmel [som den i bvl. § 4-26] til å plassere barnet utenfor hjemmet mot foreldrenes samtykke. Plassering av barn utenfor hjemmet mot foreldrenes samtykke utover de tilfeller som er omhandlet i lovens § 4-26, forutsetter derfor, slik vi ser det, at det treffes tvangstiltak mot foreldrene [...]”⁴⁴

Et spørsmål som oppstår er om departementets tolkningsstandpunkt er i tråd med prinsippet bak BK art. 12 om barnets økende medbestemmelse og selvbestemmelse og prinsippet om barnets beste i BK art 3. Er det for eksempel i tråd med barnekonvensjonen å se bort fra en 15 årings ønske om å bortplasseres fra et hjem som han selv opplever det som vanskelig å bo i. Spørsmålet er uavklart fordi barnkomiteen ikke har tatt et slikt spørsmål opp til behandling. Problemstillingen kompliseres ytterligere av bestemmelsen om foreldres rett til familieliv i den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) art. 8. Spørsmålet er om det vil stride mot EMK art. 8 å gi barn rett til å velge å la seg institusjonsplassere mot foreldrenes vilje. EMK er, i likhet med BK, inkorporert i norsk rett i medhold av menneskerettsloven. Etter menneskerettsloven § 3 skal EMK, i likhet med BK, gå foran annen norsk lovgivning. Disse spørsmålene bør utredes nærmere.

3.3 Barnets selvbestemmelsesrett under institusjonsoppholdet

Barnevernloven § 5-9 regulerer barnets rettsstilling under opphold i barneverninstitusjon. Bestemmelsens første ledd slår fast at barneverninstitusjoner ”skal drives slik at barna selv kan bestemme i personlige spørsmål og ha det samvær med andre som de ønsker...” Det er rimelig å lese bestemmelsen slik at muligheten til å bestemme i personlige spørsmål er en rettighet for barnet, og ikke en begunstigelse som institusjonen kan nekte barnet på fritt grunnlag, jf. ”skal”. Bestemmelsen fastsetter imidlertid ikke en ubetinget selvbestemmelsesrett for barnet. Av bestemmelsen følger det at barnets rett til å bestemme i personlige spørsmål bare gjelder så langt dette er forenelig med [1] barnets alder og modenhet [2] med formålet med oppholdet, og [3] med institusjonens ansvar for driften, herunder ansvar for trygghet og trivsel.”

Barnevernloven § 5-9 tredje ledd bokstav a) fastsetter et absolutt forbud mot å refse barnet fysisk under institusjonsoppholdet. I tredje ledd bokstav b) slås det fast at innelåsing i enerom

⁴⁴ Se brev fra BFD til advokat Knut Lindboe av 10. november 1994.

og lignende tvangstiltak bare kan benyttes når det er tillatt i forskrift som nevnt i fjerde ledd bokstav a). I tredje ledd bokstav c) slås det fast at det bare kan føres kontroll med barnets korrespondanse der det er tillatt i forskrift som nevnt i fjerde ledd bokstav b).

Sosialtjenesteloven § 7-11 som regulerer barns rettigheter, herunder selvbestemmelsesrett, under opphold i en rusinstitusjon, har en nær sagt likelydende ordlyd som bvl. § 5-9. Grunnen til dette er at bvl. § 5-9 bygger på sotjl. § 7-11.

Bestemmelsene om barnets selvbestemmelsesrett i henholdsvis bvl. § 5-9 og sotjl. § 7-11, er omfattende rent tekstmessig, men bestemmelsene er egentlig ganske innholdsløse. For med unntak av det absolutte forbudet mot å refse barnet fysisk, er bestemmelsene i virkeligheten vide fullmakter til institusjonene og til departementet til selv å fastsette beboerens selvbestemmelsesrett i det enkelte tilfellet eller i regler.⁴⁵

Fullmaktene til departementene som forvalter forskriftsverkene til henholdsvis bvl. § 5-9 og sotjl § 7-11, er fastsatt i bestemmelsenes fjerde ledd. I henholdsvis bvl. § 5-9 og sotjl § 7-11 bokstav a) gis departementet en generell fullmakt til å gi utfyllende forskrifter ”herunder om bruk av tvangsmidler”. I sotjl. § 7-11 bokstav b) gis departementet fullmakt til å gi forskrifter om bruk av urinprøver. I henholdsvis bvl. § 5-9 bokstav b) og sotjl. § 7-11 bokstav c) gis departementet fullmakt til å gi forskrifter ”med sikte på å hindre at rusmidler eller farlige gjenstander bringes inn i institusjonen”. I henholdsvis bvl. § 5-9 bokstav c) og sotjl. § 7-11 bokstav d) gis departementet fullmakt til å gi forskrifter ”om forvaltning av barnets midler”.

Lovbestemmelsene i bvl. § 5-9 og sotjl. § 7-11 kan kritiseres fordi de overlater for mye av reguleringen av barnets selvbestemmelsesrett til de enkelte institusjonene og til departementene.

Det norske legalitetsprinsippet bygger på en tanke om at private ikke skal behøve å finne seg i at forvaltningen – departementet og institusjonene- normerer deres rettsposisjon på egen hånd. Begrunnelsen er hensynet til å sikre at regler som begrenser selvbestemmelsesretten til barn i institusjoner og andre private, har demokratisk legitimitet. Forskriftshjemler gitt av forvaltningen vil ikke ha den samme demokratiske legitimiteten som inngrepshjemler gitt av Stortinget selv. Riktignok vil selve delegasjonen fra Stortinget gi forskriftshjemlene en viss

⁴⁵ Dette er også påpekt av Eskeland, Se Eskeland (red): Hvor gikk sosialomsorgen? s. 109.

demokratisk legitimitet. En forskriftshjemmel har imidlertid ikke vært gjenstand for en bred politisk og offentlig debatt i Stortinget. Forskriftshjemler gitt av forvaltningen vil således mangle den demokratiske legitimitet som følger med en slik Stortingsbehandling. At regler som begrenser selvbestemmelsesretten til barn i institusjoner undergis en bred politisk debatt, er særlig viktig. Spørsmålet om hvilke rett et barn skal ha til selvbestemmelse under institusjonsoppholdet, er ikke et spørsmål som kun lar seg besvare ved hjelp av faglig kunnskap og teoretisk innsikt. Dette er prototypiske politiske spørsmål, og det er spørsmål som det ofte vil være uenighet om.

Søvig kritiserer sotjl. § 7-11. Han fremhever at inngrepshjemlene i større grad bør innarbeides i selve loven fordi: ” De som skal håndheve regelverket innen rusomsorgen er regelmessig ikke- jurister, og for dem er lovteksten normalt lettere tilgjengelig enn forskriftene. Dessuten har formelle lover erfaringsmessig et høyere presisjonsnivå enn forskrifter, og saksbehandlingen er grundigere.”⁴⁶

Etter mitt skjønn bør en større del av reguleringen av barns selvbestemmelsesrett under institusjonsoppholdet foretas av Stortinget som lovgiver.

Barne- likestillings- og inkluderingsdepartementet forvalter forskriftsverkt til barnevernloven. Departementet har vedtatt den såkalte rettighetsforskriften i medhold av delegasjonsfullmakten i bvl. § 5-9.⁴⁷ I rettighetsforskriften er det gitt nærmere bestemmelser som gir hjemmel til postkontroll (§ 8), som gir hjemmel til gjennom søking av rom og eiendeler (§ 16), og som gir hjemmel til kroppsvistasjon (§ 14). Det er også gitt bestemmelser om at det kan gjennomføres urinprøvekontroll av beboere som er plassert etter bvl. § 4-24 og 4-26 (§ 24).

Rettighetsforskriften er under revisjon, og vil ikke bli nærmere behandlet i denne utredningen. I stedet vil jeg knytte noen kommentarer til tilsynet med barneverninstitusjonene. Tilsynet skal føre kontroll med at institusjonspersonalet i barneverninstitusjonene respekterer den

⁴⁶ Se *Søvig*: Tvang overfor rusmiddelavhengige s. 195.

⁴⁷ Se Forskrift av 12. desember 2002 om rettigheter og bruk av tvang under opphold i barneverninstitusjon.

selvbestemmelsesrett som er fastsatt for barnet i bvl. § 5-9 og rettighetsforskriften. Tilsynet er nærmere regulert i tilsynsforskriften. Forskriften fastsetter at tilsyn som minimum skal skje to ganger i året, og fire ganger i året ved atferdsinstitusjonene. Tilsynet skal imidlertid skje oftere dersom forholdene tilsier det, eller dersom det foreligger en klage på forholdene i institusjonen.

Etter mitt skjønn, fremstår ikke minimumstilsynet som ofte nok til å sørge for at tilsynet blir effektivt. Et effektivt tilsyn forutsetter at tilsynspersonalet har en relasjon til de institusjonsplasserte barna. Mange barn vil nok vegre seg mot å snakke om sine opplevelser på institusjonen med tilsynspersoner som de oppfatter som ”fremmede.” Jeg har vansker for å se at tilsynspersonalet kan klare å bygge relasjoner til de institusjonsplasserte barna basert på to tilsyn i året. Særlig med tanke på at det kan være stor ”turn over” hos tilsynsmyndigheten. Etter min mening bør man derfor vurdere om minimumstilsynet skal økes.

4 Nærmere om barnets uttalerett innenfor de saksområder som utredningen behandler.

4.1 Innledning

I det følgende vil jeg gå nærmere inn på spørsmålet om innholdet i barnets uttalerett i selve plasseringssakene og under barnets institusjonsopphold. Den interne lovreguleringen av dette spørsmålet er delt opp etter institusjonstype. Barnevernloven regulerer sakene som omhandler barneverninstitusjonene, sosialtjenesteloven regulerer sakene som omhandler rusinstitusjonene, mens helselovgivningen regulerer sakene som omhandler de psykiatriske institusjonene.

I analysen av innholdet i barnets uttalerett i selve plasseringssakene og under barnets institusjonsopphold, må man imidlertid ta utgangspunkt i barnekonvensjonens regulering av spørsmålet, og ikke den interne norske lovgivningen. Grunnen til dette er at det følger av menneskerettighetsloven § 3 at barnekonvensjonens bestemmelser skal gå foran annen norsk lovgivning dersom det foreligger motstrid.

Spørsmålet om hvilke innhold barnets uttalerett har i disse sakene kan deles inn i tre underspørsmål. Det første spørsmålet er hvilke nærmere vilkår som må være oppfylt for at

uttaleretten skal inntre. Det andre spørsmålet er hvilken vekt barnets mening skal gis i de ulike sakene. Det tredje spørsmålet er hvordan uttaleretten skal gjennomføres.

4.2 Alder og modning som vilkår for barnets uttalerett

4.2.1 Vilkåret for uttalerett i barnkonvensjonen art 12

Barnekonvensjonen art 12 stiller ikke opp noen nedre aldersgrense for barnets rett til å uttale seg. I stedet legger konvensjonsbestemmelsen opp til en skjønnmessig vurdering av om barnet ”er i stand til å danne seg egne synspunkter (capable of forming his or her own views)”. Hvorvidt et barn er i stand til å danne seg egne synspunkter i en sak, vil avhenge av hvor komplisert saken er. Sakene som handler om hvorvidt barnet skal eller ikke skal plasseres i en institusjon (barneverninstitusjon, rusinstitusjon, eller psykiatrisk institusjon), er både sammensatte og vanskelige. Det kan være vanskelig for et barn å ha oversikt over konsekvensene av sitt syn og de mothensyn som gjør seg gjeldene, enten barnet ønsker eller ikke ønsker å bortplasseres. Saker som oppstår under institusjonsoppholdet, vil ha en varierende vanskelighetsgrad. Saker under oppholdet, kan dreie seg om alt fra hverdagslige ting til spørsmål om medisinsk behandling av barnet.

Barnekomiteen har presisert at inngangsvilkåret for uttalerett ikke er at barnet har evne å danne seg synspunkter om selve det spørsmålet som skal avgjøres. Det er tilstrekkelig at barnet har evne til å mene noe av betydning i saken. Eksempelvis vil et barn i en sak om bortplasserings grunnet omsorgssvikt, kunne belyse saken gjennom å uttale seg om sitt syn på sine foreldre og en eventuell institusjonstilværelse. I det hele skal kriteriet ”er i stand til å danne seg egne synspunkter” ikke anses som et vilkår som kan begrense uttaleretten til barn, men heller som en forpliktelse til statene om sørge for en effektiv gjennomføring av uttaleretten, tilpasset det enkelte barns modningsnivå.⁴⁸ Barnekonvensjonen legger med dette opp til et system der alle barn skal gi anledning til å uttale seg plasseringssaker og saker under institusjonsoppholdet.

⁴⁸ Se General Commnet nr.12 (2009) avsnitt 20.

4.2.2 Vilkårene for barns uttalerett i den interne lovgivningen innenfor de saksområder som utredningen behandler.

I det følgende vil jeg behandle inngangsvilkårene for barnets uttalerett i henholdsvis barnevernloven, sosialtjenesteloven og psykisk helsevernloven. Som det vil fremgå nedenfor, utløser inngangsvilkårene ikke noen særlige problemstillinger for den aldergruppen som omhandles i denne utredningen. Jeg vil derfor nøye meg med å gi en kort oversikt over inngangsvilkårene i de tre lovene.

Barnevernloven § 6-3 første ledd regulerer barnets informasjons- og uttalerett i saker som gjelder plasseringen og oppholdet i en barneverninstitusjon. Bestemmelsen slår fast at: ”barn som er fylt 7 år, og yngre barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter” skal gis informasjon og rett til å uttale seg i saker som berører barnet.

Bestemmelsen avviker fra BK art 12 ved at den setter opp en nedre aldersgrense for når informasjons- og uttaleretten er absolutt (når den i alle fall inntreffer). Dette er imidlertid uproblematisk i forhold til konvensjonen, så lenge bestemmelsen sikrer at også barn under den nedre aldersgrensen får uttale seg i samsvar med sin modenhet.⁴⁹

Sosialtjenesteloven § 8-3 første ledd regulerer barnets informasjons- og uttalerett i saker som gjelder plasseringen og oppholdet i en rusinstitusjon. Bestemmelsen slår fast at: ”barn under 18 år skal tas med på råd når barnets utvikling og modning og sakens art tilsier det.” Pasientrettighetsloven § 3-1 regulerer pasienters, herunder pasienter under 18 år, sin rett til å få informasjon og til å få uttale seg i saker om helsehjelp. Bestemmelsen regulerer med dette barns informasjons- og uttalerett i saker som gjelder plasseringen og oppholdet i en psykiatrisk institusjon. Etter bestemmelsen har alle pasienter rett til medvirkning uavhengig av alder.

I pasientrettighetsloven § 4-4 tredje ledd er det en særregulering av barns uttalerett der barnet gis helsehjelp på grunnlag av foreldrenes samtykke. Bestemmelsen vil også gjelde der barnet

⁴⁹ Se Day of General Discussion (2006) avsnitt 51. Se også General Comment no.12 (2009) avsnitt 21 hvor barnekomiteen likevel fraråder medlemsstatene å operer med nedre aldersgrenser i lovverket og rettspraksis.

plasseres i en psykiatrisk institusjon på grunnlag av foreldresamtykke. Bestemmelsen slår fast at: ”Når barnet er fylt 12 år, skal det få si sin mening i alle spørsmål som angår egen helse”.

4.3 Er barnets uttalerett absolutt? Rt 2004 s. 811

I Høyesterettsdom inntatt i Rt 2004 s. 811 kom Høyesterett til at et barns uttalerett i en rettssak om omfanget av samværsrett etter barneloven, måtte vike for hensynet til barnets beste. I dommen er det barnets absolutte uttalerett etter barneloven § 31, som tolkes innskrenkende. Som jeg vil komme tilbake til senere, må det imidlertid kunne legges til grunn at dommen også er et relevant argument for å tolke den absolutte uttaleretten etter bvl. § 6-3 første ledd innskrenkende i tråd med domsbegrunnelsen. Nærmere bestemt er dommen et argument for å tolke den absolutte uttaleretten i bvl § 6-3 første ledd innskrenkende i saker om institusjonsplassering av barn grunnet foreldrenes omsorgssvikt.

Spørsmålet i saken for Høyesterett var om det var en saksbehandlingsfeil at et tolv år gammelt barn ikke var blitt gitt anledning til å uttale seg i en sak for lagmannsretten om omfanget av farens samværsrett.⁵⁰ Rettssaken var en følge av foreldrenes tvist om hvor deres barn (født 1991 og 1996), skulle bo fast etter deres samlivsbrudd. Foreldrene var imidlertid enige om at den som ikke vant frem med bostedskravet skulle ha rett til samvær. Den detaljerte utformingen av samværet overlot foreldrene til rettens skjønn. Lagmannsretten fastsatte i 2002 at begge barna skulle bo fast hos sin mor, mens barnas far skulle ha rett til samvær med barna. Barnas far anket dommen til Høyesterett, men Høyesteretts kjæremålsutvalg nektet anken fremmet. En uke etter kjæremålsutvalgets ankenektelse fremmet faren et nytt søksmål med krav om en mer omfattende samværsrett enn det lagmannsretten hadde fastsatt. En slik revidering av samværsretten kan finne sted dersom det foreligger ”særlege grunner” for det, jf. nå barneloven § 64 andre ledd. Imidlertid kan domstolene avsi dom uten hovedforhandling dersom det er ”openbart” at det ikke foreligger slike ”særlege grunner”, jf. nå barneloven § 64 tredje ledd. Både tingretten og lagmannsretten avsa dom uten hovedforhandling. Den eldste gutten, som på tidspunktet for lagmannsrettens dom var 12 år, fikk ikke anledning til å uttale seg. Ettersom det like forut for nytt søksmål var tatt stilling til hvor barnet skulle ha sitt bosted

⁵⁰ Det er bare fødeåret som fremkommer av de anonymiserte, offentlig tilgjengelige versjonene av dommene. Ettersom lagmannsrettsdommen ble avsagt i november, hadde gutten høyst sannsynlig fylt 12 år før denne ble avsagt.

og hvilken samværsordning den andre forelder skulle ha, var det kjent for domstolene hvilken mening barnet hadde i saken. Det ble imidlertid anført fra farens side at barnet nå hadde ytterligere opplysninger i saken.

Spørsmålet om det utgjorde en saksbehandlingsfeil når lagmannsretten ikke lot gutten få anledning til å uttale seg, ble regulert av dagjeldende barneloven § 31 andre ledd. Bestemmelsens ordlyd fastsatte en absolutt uttalerett for barn som er fylt 12 år, som det ikke kan gjøres unntak fra.⁵¹ Dette kommer særlig klart frem når man ser andre ledd i sammenheng med første ledd. I den juridiske litteratur ble det konkludert med at bestemmelsen måtte tas på ordet.⁵² FNs barnekonvensjon og dens artikkel 12 om barns utalerett, var inkorporert i norsk rett på domstidspunktet. Ordlyden i BK art. 12 gjør det vanskelig å innfortolke et unntak i barnets uttalerett.

En enstemmig høyesterett kom likevel til lagmannsrettens saksbehandling var tråd med regelverket. Førstvoterende trekker innledningsvis frem barneloven § 31 og BK art 12. I tillegg viser han til prinsippet om barnets beste. Dette prinsippet fremgår både av BK art 3 og dagjeldende barneloven § 44 a. Førstvoterende fremholdt at:

”Det er ingen tvil om at utgangspunktet etter så vel barnelova § 31 som barnekonvensjonen artikkel 12 er at C [den 12 år gamle gutten] skulle høyrast. Etter mitt syn står likevel ikkje dette synspunktet så sterkt der det er tale om endring av samværsordninga i ein ny dom, som det ville ha stått ved den opphavelege prøvinga. Saka må også i alle tilfelle vurderast i lys av det grunnleggjande prinsippet om barnets beste, slik det er slått fast både i barnelova og barnekonvensjonen.”⁵³

Førstvoterende og resten av høyesterett forfektet med dette at uttaleretten etter bl. § 31 ikke er absolutt slik lovens ordlyd tilsier. Uttaleretten må ”i alle tilfelle” prøves mot prinsippet om barnets beste, uttaler høyesterett. Høyesterett legger med dette til grunn at hensynet til barnets beste kan begrunne en innskrenkende tolkning av uttaleretten etter bl. § 31.

⁵¹ Barneloven § 31 ble endret ved lov av 20. juni 2003, som trådte i kraft 1. april 2004. I den någjeldende barneloven § 31 er aldersgrensen for når et barn har rett til å uttale seg senket til 7 år. Grensen på 12 år for når barnets mening skal tillegges stor vekt, er beholdt. I tillegg har bestemmelsen fått en tilføyelse, i samsvar med BK art. 12, om at barnets mening skal tillegges vekt alt etter hvor gammelt og modent barnet er. Disse endringene i barneloven var foretatt på det tidspunktet lagmannsretten avsa sin dom, men de var ikke trådt i kraft. Følgelig måtte Høyesterett løse spørsmålet om uttalerett etter den gamle loven.

⁵² Se Sandberg: barnets beste (1990) s. 34 og Smith/Lødrup: Barn og foreldre (2004) s. 96. Backer uttaler imidlertid at det ”kan nok tenkes unntak”, se Backer: Barneloven (1982) s. 197.

⁵³ Se avsnitt 47.

Når Høyesterett senere uttaler seg om en uttalerett var til den 12 år gamle guttens eget beste, legger Høyesterett avgjørende vekt på hensynet til å beskytte et sårbart barn mot en ny og kanskje langvarig prosess. Det blir fremholdt at en uttalelse fra gutten ville kunne føre til en unødig opprapping av den betente konflikten mellom foreldrene. Det fremgår av lagmannsrettens dom at faren fra før av hadde trukket gutten sterkt inn i hans konflikt med moren. En ytterligere opptrapping av konflikten ville utgjøre en tilleggsbelastning for gutten. Det fremkommer både mellom linjene og direkte i Høyesterettsdommen at gutten var en sårbar 12 åring, som hadde behov for stabilitet og trygghet. I dommen fremheves det også at bare det å ta standpunkt til om han burde eller måtte uttale seg, vil være vanskelig for gutten. Han ville bli utsatt for press, og komme i en vanskelig lojalitetskonflikt.

På bakgrunn av legger Høyesterett til grunn at hensynet til barnets beste, nærmere bestemt hensynet til å beskytte barnet slik at han ikke kom i en vanskelig og ubehaglig lojalitetskonflikt, talte for å sette uttaleretten til side. Konklusjonen ble således at lagmannsretten hadde foretatt en forsvarlig saksbehandling i tråd med regelverket, når den avsa dom i samværssaken uten å innhente uttalelse fra barnet.

Høyesterett legger her til grunn at uttaleretten for barn over 12 år etter dagjeldende barneloven § 31 andre ledd ikke er en absolutt rett, men i alle tilfeller må prøves opp mot prinsippet om barnets beste. Høyesterett gjør ingen reservasjoner for saken art, jf. ”alle tilfeller”. Videre legger Høyesterett til grunn at saksutfallet ville blitt det samme etter den någjeldende regelen i barneloven § 31. Dette selv om det i forarbeidene til barnelovens endringslov er fremhevet at den någjeldende barneloven § 31 gir en ”ubetinget rett” til å uttale seg.⁵⁴

Selv om dommen gjaldt barnets uttalerett etter barneloven, vil dommen også være et relevant argument for å tolke barnets absolutte uttalerett i bvl. § 6-3 første ledd innskrenkende. Nærmere bestemt i saker om institusjonsplassering av barn i barneverninstitusjoner grunnet foreldrenes omsorgssvikt. I dommen viser Høyesterett til at uttaleretten kan tolkes innskrenkende når hensynet til barnets beste tilsier det. I dommen fremheves det at bare det å ta standpunkt til om han burde eller måtte uttale seg, vil være vanskelig for gutten. Han ville

⁵⁴ Se Ot.prp.nr.29 (2002-2003) s. 61.

bli utsatt for press, og komme i en vanskelig lojalitetskonflikt. En uttalerett var således ikke til barnets beste. Barn som er midt i en sak om bortplassering fra foreldrehjemmet grunnet foreldrenes omsorgssvikt, vil også kunne befinne seg i en slik vanskelig lojalitetskonflikt. Barnet vil kunne oppleve at det er splittet mellom ønsket om å være lojal mot egne foreldre på den ene siden og ønsket om å få ivaretatt sine egne behov på den andre siden. Høyesteretts argumentasjon kan således også begrunne en innskrenkende tolkning av uttaleretten etter bvl. § 6-3 første ledd i disse plasseringssakene. Saken er særlig interessant for denne utredningen fordi gutten var over 12 år gammel.

Domsresultatet – og særlig måten det er begrunnet på- har blitt møtt med kritikk av en nær sagt samlet juridiske teori.⁵⁵

Smith argumenterer for at Høyesterett legger til grunn en rettssetning som er uforenlig med BK art. 12 når de uttaler at uttaleretten i alle tilfeller må vurderes i lys av hensynet til barnets beste. Hun viser i denne forbindelse til at ordlyden i BK art. 12 gjør det vanskelig å innfortolke et unntak i barnets uttalerett. Videre viser hun til *The Implementation Handbook*, som bygger på uttalelser fra FNs barnekomite. Her fastslås det at: ”States cannot quote the best interests principle to avoid fulfilling their obligations under article 12”⁵⁶

Barnekomiteen har identifisert barnets uttalerett som et selvstendig grunnprinsipp ved siden av hensynet til barnets beste. Noe som skulle tilsi at prinsippet om barnets beste ikke kan sette barnets uttalerett til side. Barnekomiteens uttalelse i *General Comment no. 12 (2009)* kan også tolkes dit hen at komiteen mener at art. 12 aldri kan fravikes. Komiteen uttaler at:

”In fact, there can be no correct application of article 3 if the components of article 12 are not respected”⁵⁷

⁵⁵ Se *Smith*: Barnets beste og barnets uttalerett, *FAB* (2004) s. 223-231, *Søvig*: barnets rettigheter på barnets premisser (2009) s. 83-84, *Stang*: Det er barnets sak (2007) s. 306, *Holgensen*: Barnerett (2008) s. 295-296 og *Sandberg*, i *Høstmælingen m.fl. Barnekonvensjonen* (2008) s. 86-87 og *Backer*: Barneloven (2008) s. 297. *Backer* er mer positiv til begrunnelsen, men også han mener at Høyesterett gikk for langt i å redusere uttaleretten til en underordnet norm. Se derimot *Kjølberg/Johansen*: *Barnefordelingstvister* (2006) s. 201-202, som stiller seg positiv til både begrunnelsen og domsresultatet.

⁵⁶ Se *Hodgkin og Newell*: *Implementation Handbook* (2002)

⁵⁷ Avsnitt 74.

For min egen del, har jeg ikke vansker med å forstå at det kan være en stor belastning for et barn å uttale seg i en sak der han er splittet mellom sin lojalitet til en forelder og andre hensyn. Spørsmålet er imidlertid om dette i seg selv er et tilstrekkelig tungtveiende argument for å sette til side barnets uttalerett. Som et motargument kan det anføres at uttaleretten nettopp er en rett, og ingen plikt. Barnet står således fritt til å la være å komme med synspunkter. Uttalerettsordningen forutsetter at det skal gjøres klart for barnet at han eller hun ikke behøver å uttale seg, og det skal ikke legges føringer i retning av at barnet bør uttale seg. Ordningen med uttalerett legger også opp til at barnet kan uttale seg om saken, uten å si noe om hva han eller hun vil at saksutfallet skal bli. Imidlertid vil nok en uttalerett likevel kunne oppleves belastende for barnet. Når barnet har en uttalerett vil barnet kunne føle en forventning om at han eller hun uttaler seg. For foreldre som står i fare å bli fratatt sitt barn med manglende omsorgsevne som begrunnelse, vil det stå mye på spill. En bortplassering vil kunne oppleves traumatisk og stigmatiserende. Det er således grunn til å tro at mange foreldre vil forsøke å presse barnet til å uttale seg fordelaktig om deres omsorgsevne.

Det er nok likevel tvilsomt om Høyesterettsdommen inntatt i Rt. 2004 s. 811, kan begrunne en innskrenkende fortolkning av uttaleretten i sakene om plassering av barn grunnet foreldrenes omsorgssvikt. Selv om Høyesteretts uttalelse om at uttaleretten i alle tilfeller må prøves opp mot prinsippet om barnets beste, er helt generelt formulert, er det spesielle forhold ved saksforholdet i dommen som tilsier at dommen må gis begrenset generell relevans. Et viktig premiss for domsresultatet ser ut til å ha vært at det var kjent for domstolene hvilken mening barnet hadde i saken. Dette selv om det ble anført fra farens side at barnet nå hadde ytterligere opplysninger i saken. I alle andre saker, der barnets mening ikke er kjent, vil barnets uttalerett stå sterkere.

Hertil kommer at barnekonvensjonen synes å være klar på at barnets uttalerett er absolutt, jf. ovenfor. Etter min mening bør spørsmålet om forholdet mellom barnets uttalerett og det overordnede prinsippet om barnets beste utredes nærmere.

4.4 Vekten av barnets uttalelser

At barnet har rett til å uttale seg er ikke det samme som at barnet skal ha det avgjørende ordet i saken. Et viktig spørsmål blir da hvilken betydning barnets uttalelse skal få for avgjørelsen.

4.4.1 Barnekonvensjonen art 12

Av BK art 12 nr. 1 følger det at barnets mening skal tillegges behørig vekt i samsvar med barnets alder og modenhet ("given due weight in accordance with the age and maturity of the child"). Alder alene skal ikke være avgjørende for vekten, men kombineres med en vurdering av barnets modenhet.⁵⁸ Barnekomiteen har presisert at uttrykket "modenhet" fastsetter at barnets mening skal tillegges vekt på bakgrunn av en vurdering av "the capacity of the child to express her or his views on issues in a reasonable and independent manner".⁵⁹ Komiteen sier ikke noe mer om hva som er vurderingstemaet når man skal vurdere om barnet har kapasitet til å fremsette fornuftige "reasonable" og selvstendige "independent" meninger. Når det gjelder fornuftsvurderingen, er det naturlig å legge til grunn at man må undersøke om barnet er i stand til å overskue konsekvensene av sitt eget syn, og hvilke mothensyn som gjør seg gjeldende. Det er altså barnets evne til å foreta et informert valg som må vurderes. Når det gjelder selvstendighetsvurderingen, er det naturlig å legge til grunn at man må vurdere om barnets meninger er totalt dominert av egne drifter, for eksempel rusmiddelmissbruk, eventuelt om barnets meninger er totalt dominert av omsorgsautoriteter, slik som barnets foreldre.

BK art 12 fastsetter bare at barnets kapasitet til å foreta informerte og selvstendige valg er et relevant moment ved vurderingen av hvilken vekt man skal tillegge barnets mening. Bestemmelsen sier ikke at dette er det eneste relevante momentet i vektvurderingen. At også andre momenter er relevante i vektvurderingen, er åpenbart. For det første må det ses hen til hvor sterk og vedvarende barnets mening er. For det andre må det ses hen til styrken av argumenter mot barnets syn. De momentene som er nevnt ovenfor handler om vekten av barnets syn isolert sett. Dette kan kalles "egenvekten" av barnets mening. Samtidig er det klart at styrken i argumentene mot barnets syn, vil ha betydning i vurderingen av hvilken endelig vekt barnets syn skal gis. Dersom disse er sterke, kan det føre til redusert vekt på barnets mening.⁶⁰

⁵⁸ Se General Comment no.12 (2009) avsnitt 29.

⁵⁹ Se General Comment no.12 (2009) avsnitt 28 og 30.

⁶⁰ Dette skillet mellom egenvekten av barnets mening og den endelige vekten (relative vekten) i den konkrete vurderingen, er fremhvet av Sandberg, se Sandberg: Barnets beste (1990) s. 65.

4.4.2 Reguleringen av spørsmålet i den interne lovgivningen

Barnevernloven § 6-3 første ledd slår, i likhet med BK art. 12, fast at barnets mening skal tillegges vekt ”i samsvar med barnets alder og modenhet.” I sotjl. § 8-1 første ledd og pasrl. § 4-4 tredje ledd er det stilt opp likelydende regler. I likhet med BK art. 12 åpner også disse bestemmelsene for at det legges vekt på andre momenter enn barnets kapasitet til å foreta informerte og selvstendige valg. I vurderingen av egenvekten av barnets mening kan det ses hen til hvor sterk og vedvarende barnets mening er. Videre må det foretas en vurdering av hvor sterkt de argumenter som taler mot barnets syn gjør seg gjeldende.

I barneloven § 31 andre ledd, som regulerer barnets uttalerett i familiesaker, har vi en regel om at barnets mening skal tillegges stor vekt etter det er fylt 12 år. Bestemmelsen må anses å styrke uttaleretten for barn over 12 år i forhold til hva som følger av BK art. 12. Hensynet til et konsekvent regelverk, krever en særskilt begrunnelse for hvorfor barnet er gitt en sterkere uttalerett i familiesakene enn i saker om plassering og opphold i helse- og sosialinstitusjoner.

Etter mitt skjønn er det fornuftig at man ikke har en regel om stor vekt i saker om plassering i helse- og sosialinstitusjoner. Plasseringssakene er som oftest mer kompliserte, med alternativer som det er langt vanskeligere for barnet å overskue konsekvensene av, enn familiesakene etter barneloven. Det kan være særlig problematisk å ha en regel om at barnets mening skal tillegges stor vekt i saker som gjelder plassering av barnet grunnet foreldrenes omsorgssvikt. Mange barn vil føle en sterk lojalitet til sine egne foreldre. Dessuten kan det være vanskelig for et barn å overskue de langsiktige konsekvensene av å være under omsorgen til foreldre som mangler tilstrekkelig omsorgsevne. Når det gjelder saker under barnets opphold i institusjonen, er bildet mer sammensatt. Saker om medisinsk behandling av barnet, kan være kompliserte. Saker som gjelder dagligdagse spørsmål (kost, orden innretning), vil imidlertid som regel være ukompliserte saker som de fleste barn vil kunne ha en informert og selvstendig mening i. Hensynet til institusjonsdriften, kan imidlertid tale for at barnets mening gis begrenset vekt. Alle institusjoner er avhengig av å etablere en viss mengde faste rutiner for å få en enhetlig praksis for hva som skal aksepteres innenfor institusjonens rammer og for hvordan institusjonshverdagen skal legges opp (når det skal være matserving etc). Dette gjelder også i familiehjemmet, men på en institusjon må det aksepteres at disse rutineene blir noe fastere og mer nødvendig å etterleve.

4.4.3 Høyesterettspraksis om vekten av barnets uttalelser

Den høyesterettspraksis vi har om vekten av barnets uttalelser innenfor de saksområder utredningen behandler, dreier seg i all hovedsak om hvilke vekt barnets uttalelser skal tillegges i saker om tvangsplassering av barnet grunnet foreldrenes omsorgssvikt og saker om tilbakeføring etter en slik tvangsplassering. Praksis viser at Høyesterett i stor grad ser hen til barnets alder når spørsmålet om vekten av barnets uttalelser skal vurderes.⁶¹ I Høyesterettsdom inntatt i Rt. 2006 s. 1308 uttalte høyesterett at: ”det [må] legges *stor* vekt på [min kursivering]” barnets oppfatning fordi barnet i denne saken snart ville fylle 15 år.⁶² Saken handlet om tilbakeføringen av barnet til barnets mor etter en tvangsmessig bortplassering grunnet morens omsorgssvikt. I denne saken legger høyesterett til grunn at egenvekten av meningen til et barn på snart 15 år må være stor. Grunnen til dette er at et barn vil oppnå partsrettigheter ved fylte 15 år etter barnevernloven. Høyesterett viste imidlertid til at barnevernloven ikke har en tilsvarende bestemmelse som barneloven 31 andre ledd, og uttalte at dette: ”nok [er] begrunnet i ulikheten mellom det de to lovene regulerer. Når vilkårene for omsorgsovertakelse etter barnevernloven er til stede, er situasjonen for barnet en annen enn når det ved samlivsbrudd er tvist om hvem av foreldrene som skal ha den daglige omsorgen for barnet”.⁶³ I helhetsvurderingen måtte barnets mening ”..holdes opp mot en vurdering av den risiko hun utsettes for ved at omsorgen for henne overlates til mor.”⁶⁴ Høyesterett kom på denne bakgrunn til at barnet fortsatt måtte være under barnevernets omsorg.

Høyesterettspraksis viser for øvrig at Høyesterett ser hen til om barnets mening er skiftende når retten skal vurdere vekten av barnets uttalelser⁶⁵ Der barnets skiftende mening tolkes som at barnet ikke har noen fast mening om spørsmålet, brukes dette som et argument for å redusere egenvekten av barnets uttalelser. Det at barnets mening er konstant, brukes som et argument for å styrke egenvekten av barnets uttalelser.

⁶¹ Se Rt. 1996 s. 1684, Rt. 2006 s. 1308, Rt. 2005 s. 624.

⁶² Se avsnitt 60.

⁶³ Se avsnitt 59.

⁶⁴ Se avsnitt 60.

⁶⁵ Se Rt. 2006 s 1308, Rt 1996 s. 1684, Rt 2005 s. 624.

Et særlig spørsmål som oppstår i saker om plassering av barn i helse- og sosialinstitusjoner, er hvilken betydning det skal ha for vektleggingen av barnets mening at barnet ytrer betydelig motstand mot plasseringen. Dersom barnet motsetter seg plasseringen, kan det være ekstra vanskelig for barnet å tilpasse seg den nye institusjonshverdagen, og barnet kan utvikle nye problemer. I de tilfeller der plasseringsformålet er å gi barnet behandling for atferdsvansker eller psykisk sykdom, vil barnets motstand kunne medføre en fare for at man ikke oppnår formålet med plasseringen. Det er klart at behandlingsmotivasjon er viktig for å kunne oppnå behandlingsresultater i relasjon til psykisk sykdom og atferdsvansker.

I Høyesterettsdom inntatt i Rt. 2004 s. 999 tok høyesterett stilling til spørsmålet i relasjon til en sak om tilbakeføring av en 12 år gammel gutt med alvorlige atferdsvansker. Gutten var i sin tid blitt tvangsmessig plassert grunnet morens omsorgssvikt. I saken kom det frem at gutten hadde et sterkt ønske om å bo hos moren. Høyesterett fant svakheter ved morens omsorgsevne, men konkluderte likevel med at moren skulle få tilbake omsorgen. Førstvoterende, som resten av Høyesterett sluttet seg til, henviste til bvl. § 6-3 første ledd, og uttalte at:

”Jeg er enig med barneverntjenesten i at det kan stilles spørsmål ved grunnlaget for [guttens] standpunkt- dels fordi han synes sterkt påvirket av morens holdning, og dels fordi han ikke innser hennes svakheter som omsorgsperson. Men selv om dette reduserer den selvstendige vekt av hans standpunkt, har standpunktet likevel stor betydning for om det er forsvarlig å opprettholde omsorgsovertakelsen. Med morens påvirkningskraft på ham er det liten utsikt til at standpunktet blir endret. Dermed er det en betydelig fare for at hans motstand mot omsorgsovertakelsen vil øke i styrke, slik at situasjonen lett vil bli stadig verre jo lenger fosterhjems plasseringen består.”⁶⁶

I denne dommen la Høyesterett stor vekt på barnets motstand. Selv om dette vil ha betydning for vektingen av barnets motstand i fremtidige rettslige avgjørelser, må det presiseres at det kan være tilfeller der hvor andre særlig tungtveiende argumenter taler for at et plasseringstiltak likevel må gjennomføres mot barnets vilje.

⁶⁶ Se avsnitt 54.

Etter mitt skjønn er den interne lovgivningen og Høyesterettspraksis om vekten av barnets uttalelser, i tråd med BK art. 12. Spørsmålet er om barnevernsforvaltningen, sosialforvaltningen og helseforvaltningen praktiserer regelverket i tråd med dets intensjoner. *Gisholt* har foretatt en begrenset undersøkelse av fylkesnemndas praksis i saker om tvungen omsorgsovertakelse.⁶⁷ Hennes undersøkelse viser at fylkesnemndene foretar en reell og konkret vurdering av barnets mening i den enkelte sak, i tråd med barnevernlovens intensjoner. Barnets alder og evne til å foreta et informert og selvstendig valg, brukes som momenter til styrking av barnets uttalelser. At det ligger en risiko for formålsforfeiling i å gå imot barnets mening, brukes også gjennomgående som et moment som styrker vekten av barnets uttalelser. Barnets skiftende standpunkter, brukes som et argument til svekkelse av barnets uttalelser der hvor standpunktskiftet tolkes som at barnet ikke har noen fast mening. Det brukes imidlertid som et argument for å styrke vekten av barnets siste uttalelse dersom standpunktskiftet viser at barnet har fått en ny innsikt. Barnets lojalitet til egne foreldre, er et argument som utelukkende benyttes for å svekke vekten til barnets uttalelser.

Undersøkelsen til *Gisholt*, er begrenset til saker om tvangsplassering av barnet grunnet omsorgssvikt. Etter hva jeg vet, finnes det ingen tilsvarende undersøkelse av barneverntjenestenes praksis ved frivillige plassering etter barnevernloven. Det finnes heller ikke noen undersøkelser om praktiseringen av barnets uttalerett i saker om plassering og opphold i rusinstitusjoner eller psykiatriske institusjoner. Slike undersøkelser ville gitt nyttig kunnskap om hvorvidt regelverket praktiseres i samsvar med dets intensjoner.

4.5 Gjennomføringen av uttaleretten.

4.5.1 Barnekonvensjonen art. 12

Barnekonvensjon art. 12 stiller opp tre valgmuligheter med henhold til hvem som skal høre barnets uttalelser. Banet kan enten utale seg direkte, ved en representant eller gjennom et

⁶⁷ Se *Gisholt: Barns rett til å bli hørt ved omsorgsovertakelse* (2007). Hun har gjennomgått 70 saker fra nemnda som omhandler omsorgsovertakelse.

egnet organ. ”Direkte” vil si at barnet snakker med en eller flere som sitter i det organet som skal avgjøre saken, enten det er saksbehandlere i et forvaltningsorgan eller dommerne i en domstol. Ut fra ordlyden i konvensjonsteksten kan det syns om valget mellom de tre kommunikasjonsformene overlates til det enkelte lands rett, jf. koblingen til det enkelte lands nasjonale saksbehandlingsregler i siste del av art. 12 nr. 2. Denne tolkningen er også lagt til grunn i juridisk teori.⁶⁸ I en generell kommentar om art. 12 og barns rett til å bli hørt, tolker imidlertid barnekomiteen ordlyden dit hen at valgretten ikke tilkommer det enkelte land, men barnet selv. Komiteen uttaler at:

After the child has decided to be heard, he or she will have to decide how to be heard: “either directly, or through a representative or appropriate body”. The committee recommends that, wherever possible, the child must be given the opportunity to be directly heard in any proceeding.⁶⁹

Av uttalelsen følger det at komiteen ikke legger til grunn en absolutt valgrett for barnet. For de tilfeller der barnet ønsker å uttale seg direkte anbefaler (”recommends”) komiteen at barnet gis anledning til dette dersom det er mulig (”possible”). At uttalelsen om direkte uttalelse for barnet er formulert som en anbefaling og inneholder en reservasjon (”possible”), taler for at komiteen innrømmer det enkelte land en viss skjønnsmargin med hensyn til hvem som skal høre barnets uttalelse.

At komiteen ikke anser at barn har en absolutt rett til å velge å uttale seg direkte, fremkommer også mer indirekte i barnkomiteens kommentarer ved at komiteen vier mye oppmerksomhet til spørsmålet om hvordan representanten som skal høre barnet skal opptre.⁷⁰

Ut over reglene om hvem som skal høre barnets uttalelse, inneholder BK art. 12 ingen egne regler om hvordan samtalen med barnet skal foregå, men sier at uttaleretten skal gjennomføres i samsvar med saksbehandlingsreglene i det enkelte lands rett. Barnekomiteen har likevel gjennom sin praksis lagt føringer for hvilke fremgangsmåte som kan velges i den nasjonale retten. I sin generelle kommentar om barnets uttalerett foretar komiteen en femdeling av de saksbehandlingsgarantier som må stilles opp i den nasjonale retten for å sikre en

⁶⁸ Se Sandberg i Høstmølingen m.fl: Barnekonvensjonen (2008) s. 89.

⁶⁹ Se General Comment no.12 (2009) avsnitt 35.

⁷⁰ Se General Comment no.12 (2009) avsnitt 36-37.

effektiv gjennomføring av uttaleretten etter art.12.⁷¹ Dette er saksbehandlingsgarantier knyttet til:

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

Det følger imidlertid forutsetningsvis at den nasjonale retten ikke kan ha saksbehandlingsregler som i realiteten undergraver barnets rett til å uttale seg. Dette vil være i strid med konvensjonen art. 4 om gjennomføringen av konvensjonens bestemmelser.

For komiteen er det sentralt at uttaleretten mister sin realitet for barnet dersom barnet ikke blir forberedt på en god måte og får tilstrekkelig informasjon. Et sentralt krav er således at den nasjonale retten inneholder saksbehandlingsgarantier som sikrer at barnet får tilstrekkelig informasjon om saken forut for sin uttalelse. Denne koblingen mellom uttalerett og forutgående informasjon er også inntatt i flere konvensjonstekster fra Europarådet.⁷² I kravet om at barnet skal bli informert ligger det at informasjonen må være tilpasset barnets modningsnivå.

Den norske lovbestemmelsen om uttalerett i barnevernloven § 6-3 første ledd, gir etter sin ordlyd barnet rett til forutgående informasjon. I forarbeidene til endringsloven av 1. august 2003 nr. 86 om inkorporering av barnekonvensjonen i norsk rett, legges det til grunn at det gjelder i en slik informasjonsrett knyttet til uttaleretten etter barnvernloven § 6-3.⁷³ Sosialtjenesteloven § 8-3 og pasientrettighetsloven 4-4 tredje ledd gir etter sin ordlyd ikke noe rett til forutgående informasjon.⁷⁴ Det er imidlertid klart at en slik informasjonsrett må innfortolkes i samsvar med barnekonvensjonen art.12

⁷¹ Se General Comment no.12 (2009) avsnitt 40-47.

⁷² Se Convention on the Exercise of Children's Rights av 25.januar 1996 art 3(a) og art. 6 (b). Se også Convention on Contact concerning Children av 15.mai 2003 art. 6 (1).

⁷³ Se Ot.prp.nr.45 (2002-2003) s. 29.og s. 32.

⁷⁴ I forarbeidene til disse lovbestemmelsene ble informasjonsspørsmålet i forbindelse med uttaleretten ikke tatt opp

Både sosialtjenesteloven § 8-3 første ledd og pasientrettighetsloven § 4-4 tredje ledd er utformet etter modell av barneloven § 31. I forarbeidene til endringsloven til barneloven § 31 uttales det at:

”En forutsetning for å kunne delta og uttrykke sine synspunkter er at barnet får tilstrekkelig og relevant informasjon. Departementet legger til grunn at den som hører barnet etter barneloven § 31 gir barnet slik informasjon som anses tilrådelig og nødvendig for å gjennomføre en formålstjenelig samtale. Opplysningene må tilpasses barnets alder og forståelse.”⁷⁵

Når det gjelder selve gjennomføringen av høringen av barnet, har barnekomiteen fremhevet viktigheten av å ha et samtaleperspektiv. Komiteen uttaler at:

“Experience indicates that the situation should have the format of a talk rather than a one sided examination.”⁷⁶

Videre har komiteen fremhevet viktigheten av at barnet kan uttale seg i omgivelser hvor barnet føler seg respektert og fri til å fremsette sin egentlige mening. Det blir også fremhevet av komiteen at de som hører barnet har tilstrekkelig kompetanse.⁷⁷

Etter bvl. § 7-9 kan fylkesnemnda oppnevne en talsperson for barnet ved behandling av saker om tvungen plassering etter barnevernloven. Undersøkelser viser at dette i stor grad gjøres i saker om omsorgsovertakelse.⁷⁸ Av forskrift om barnets talsperson følger det at talspersonen kan tas fra en liste over spesielt egnede personer, eller i særlige tilfeller være en person som barnet har et spesielt tillitsforhold til. Ordningen med barnets talsperson må anses å tilfredsstillende konvensjonens krav.

⁷⁵ Se Ot.prp.nr.29 (2002-2003) s. 62.

⁷⁶ Se General Comment no. 12 (2009) avsnitt 43.

⁷⁷ Se General Comment no. 12 (2009) avsnitt 23 og 34 henholdsvis. .

⁷⁸ Se Grisholt: Barnets rett til å bli hørt ved omsorgsovertakelse (2007).

5 Nærmere om barnets partsstilling i plasseringssakene

5.1 Innledning

I Norge er institusjonsomsorg overfor barn et offentlig ansvar. Ansvaret er delt mellom stat og kommune.

At det offentlige har ansvaret for institusjonsplasseringene for barnets opphold i institusjon, innebærer at forvaltningsloven både gjelder i plasseringssakene og i saker som oppstår under institusjonsoppholdet. Forvaltningsloven inneholder en rekke bestemmelser som skal sikre at privatpersoner får ivaretatt sin rettsikkerhet, og at de får mulighet til medvirkning i møte med det offentlige forvaltningsapparatet. Medvirkningsrettighetene er knyttet til det å være part i en forvaltningssak som gjelder enkeltvedtak. I det følgende vil jeg redegjøre for barnets partsrettigheter i plasseringssakene etter barnevernloven, sosialtjenesteloven og psykisk helsevernloven. Partsrettighetene spiller en mindre rolle under barnets institusjonsopphold. Mange av avgjørelsene som treffes under oppholdet er ikke regnet som enkeltvedtak, og barnet er av den grunn avskåret fra å gjøre partsrettigheter gjeldende. Hertil kommer at mange av partsrettighetene vil være uten praktisk betydning for de fleste av de avgjørelser som regnes som enkeltvedtak. I relasjon til avgjørelser som treffes under barnets institusjonsopphold, er det utformet egne saksbehandlingsregler som skal sikre barns medvirkning og rettssikkerhet. Da mange av disse reglene er under revisjon, vil jeg ikke komme inn på disse reglene i denne utredningen.

5.2 Hva innebærer det å være part i et medvirkningsperspektiv?

Etter forvaltningsloven innebærer partsstatus at man får mange prosessuelle rettigheter (rettigheter i forbindelse med saksbehandlingen) i saker som omhandler enkeltvedtak.

Disse rettighetene er henholdsvis: 1) Retten til varsel og underretning om saken, jf. fvl. § 16 første ledd og fvl. § 17 andre og tredje ledd, 2) Retten til å bli gjort kjent med sakens opplysninger, jf. fvl. 18 første ledd 3) Retten til å få underretning om vedtaket (avgjørelsen), begrunnelsen og klageretten, jf. fvl. §§ 27 og 24 andre ledd tredje setning, og 4) Retten til å klage på vedtaket, jf. fvl. § 28.

De prosessuelle partsrettighetene som er stilt opp i forvaltningsloven gir parten stor mulighet til å øve innflytelse på saksutfallet. Mens informasjons- og uttaleretten er en passiv form for medvirkning, gir partsrettighetene parten en mulighet til å være et aktivt handlende individ med innflytelse på prosess og resultat. Informasjons- og uttaleretten gir bare barnet en rett til å være en informant for forvaltningsorganene når de planlegger og tar beslutninger.

5.3 Vilkårene for at barnet skal få partsrettigheter

For at barnet skal få partsrettigheter under plasseringsprosessen, må to vilkår være oppfylt. For det første må barnet regnes som ”part” i saken. For det andre må den avgjørelsen som skal treffes i saken være et ”enkeltvedtak”. I det følgende vil jeg redegjøre for disse vilkårene i relasjon til plasseringsakene. Jeg vil starte med å redegjøre for enkeltvedtaks-vilkåret.

5.4 Hvilke plasseringsavgjørelser er enkeltvedtak?

Enkeltvedtaksbegrepet defineres i fvl. § 2 første ledd bokstav b), jf. bokstav a). For at en avgjørelse skal regnes som et enkeltvedtak, må den etter bokstav a) treffes ”under utøving av offentlig myndighet” og være ”bestemmende for rettigheter eller plikter til private personer”. Videre må den etter bokstav b) gjelde rettighetene eller pliktene til ”bestemte personer”. Bestemmelsen legger opp til en to-leddet vurdering. Det første vurderingstemaet er om saken er alvorlig nok til at parten har en berettiget interesse i å øve innflytelse på saksutfallet. Partens interesse i å øve innflytelse på saksutfallet i en alvorlig sak, blir deretter veid opp mot hensynet til å gi forvaltningen armslag til å handle raskt, målrettet, og kostnadseffektivt. Vurderingen av om enkeltvedtaksvilkåret er oppfylt, er således en materiell vurdering av selve avgjørelsen som skal tas i saken. Dette i motsetning til vurderingen av om partsvilkåret er oppfylt, som er en personell vurdering av om privatpersonen har så store interesser i saken at han bør gis mulighet til å øve innflytelse på saksutfallet.

Når det gjelder selve plasseringssakene etter barnevernloven og sosialtjenesteloven, er rettstilstanden klar. Alle realitetsavgjørelser som tas i plasseringssakene regnes som enkeltvedtak. Det har altså ingen betydning om avgjørelsesorganet velger eller fravelger å

plassere barnet i institusjon. Begge avgjørelsene regnes som enkeltvedtak. Det har heller ingen betydning om det er en sak om tvungen eller frivillig institusjonsplassering.

Når det gjelder fylkesnemndas behandling av saker om tvangsplassering av barn i henholdsvis barneverninstitusjoner etter barnevernloven og rusinstitusjoner etter sosialtjenesteloven, følger det direkte av enkeltvedtaksdefinisjonen i fvl. § 2 første ledd bokstav b), jf. a) at realitetsavgjørelsene er enkeltvedtak.⁷⁹ At den faglig ansvarliges behandling av saker om tvangsplassering av barn i psykiatriske institusjoner, regnes som en sak om enkeltvedtak følger også av enkeltvedtaksdefinisjonen i fvl. § 2 første ledd bokstav b), jf. a).

I alle saker som behandles for fylkesnemnda har partene krav på fri rettshjelp etter rettshjelpsloven § 22 (i rettshjelpsloven kalles det fri saksførsel), jf. rettshjelpsloven § 17 nr. 2. Følgelig vil en part ha krav på fri rettshjelp i alle saker om tvangsplassering i enten barneverninstitusjon eller rusinstitusjon, ettersom disse sakene behandles av nemnda. Parter har også krav på fri rettshjelp i alle saker for kontrollkommisjonen, jf. rettshjelpsloven § 17 nr. 3. Fri rettshjelp skal gis av fylkesmannen av eget tiltak og uten noe behovsprøving, verken når det gjelder sakens vanskelighetsgrad eller økonomiske forhold hos partene.

Saker om frivillig institusjonsplassering av barn i henholdsvis barneverninstitusjoner og rusinstitusjoner, er ikke enkeltvedtak etter enkeltvedtaksdefinisjonen i fvl. § 2 første ledd bokstav b), jf. a). Disse plasseringene bygger på samtykke fra parten, og ikke på offentlig myndighetsutøvelse. Barnevernloven § 6-1 andre ledd, slår imidlertid fast at "[a]vgjørelser som gjelder tjenester og ytelser etter denne loven skal regnes som enkeltvedtak". Bestemmelsen omfatter også tjeneste i form av frivillig institusjonsplassering i barneverninstitusjon.

Sosialtjenesteloven § 8-1 andre ledd har en likelydende bestemmelse som omfatter frivillig plassering i rusinstitusjon. Bestemmelsen slår fast at "[a]vgjørelser om tildeling av sosiale tjenester skal regnes som enkeltvedtak".

Psykisk helsevernloven har ingen likelydende bestemmelse. Man må således falle tilbake på hovedregelen om at en frivillig plassering basert på samtykke fra parten, ikke regnes som et enkeltvedtak. Følgelig vil saker som gjelder frivillig plassering av et barn i en psykiatrisk

⁷⁹ For barnevernsakenes vedkommende er dette uttrykkelig presisert i Innst.O.nr.80 (1991-1992) s. 34.

institusjon ikke regnes som en sak om enkeltvedtak.⁸⁰ Dette vil innebære at barn er avskåret fra å gjøre partsrettigheter gjeldende i en sak om frivillig institusjonsplassering etter psykisk helsevernloven. Umiddelbart kan dette virke uproblematisk. I en sak om frivillig plassering vil en part normalt bare ha interesse av å gjøre en partsrettighet, slik som for eksempel klageretten, gjeldende der han ikke blir institusjonsplassert. Normalt vil jo grunnlaget for en sak om frivillig plassering være at parten selv vil ønske å bli plassert. For et barn, kan imidlertid dette stille seg annerledes. Etter psykisk helsevernloven § 2-2, jf. pasientrettighetsloven § 4-4 vil en vil plassering av et barn under 16 år i en psykiatrisk institusjon formelt sett regnes som frivillig dersom barnets foreldre samtykker til plasseringen. Dette gjelder selv om barnet motsetter seg plasseringen. Et barn vil således kunne ha en interesse i å påklage en plassering selv om plasseringen formelt sett regnes som frivillig.

Det kan anføres at det ikke er behov for å gi barn over 12 år partsrettigheter i de frivillige plasseringssakene etter psykisk helsevernloven, ettersom en beslutning om plassering skal bringes inn for en kontrollkommisjon dersom et barn er fylt 12 år og selv motsetter seg plasseringen. Spørsmålet er imidlertid om denne kommisjonsprøvingen er en tilstrekkelig rettssikkerhetsgaranti for barnet. Dette er et spørsmål som bør utredes nærmere. Særlig med tanke på at det ikke fremkommer av psykisk helsevernloven hva det er som er vurderingstemaet ved kommisjonens prøving.

5.5 Barnets partstatus

Det at en sak regnes som en sak om enkeltvedtak er en nødvendig, men ikke tilstrekkelig, betingelse for barnets rett til å gjøre partsrettigheter gjeldende. Barnet må i tillegg anses som part.

Forvaltningsloven definerer hvem som er part i en forvaltningssak.

Etter fvl. § 2 første ledd bokstav e) er for det første den som ”avgjørelse[n] retter seg mot” part i saken. Dette må forstås som en ren formell avgrensning. Det avgjørende må være hvem det er som får sin rettsstilling fastlagt i henhold til ordlyden i vedtaket. For det andre er den som ”saken ellers direkte gjelder” part etter fvl. § 2 første ledd bokstav e). Dette kriteriet

⁸⁰ Det stiller seg dog annerledes dersom det stilles vilkår om tilbakehold etter phvl. § 2-2. Det vises til Ot.prp.nr.11 (1998-1999) for nærmere redegjørelse om disse spørsmålene.

legger opp til en personell vurdering av om privatpersonen som ønsker partsrettigheter har så store interesser i saken at han bør gis mulighet til å øve innflytelse på saksutfallet.

Posisjonen som part gjelder uavhengig av alder, og også barn vil være part i en forvaltningssak så fremt saken ”retter seg mot” barnet eller ”direkte gjelder” barnet. Etter dette vil et barn alltid være part i en plasseringssak etter den alminnelige partsdefinisjonen i fvl. § 2 første ledd bokstav e).

I prosessretten er det ikke slik at status som part nødvendigvis innebærer at man kan utøve partsrettigheter på egne vegne.

I sivilprosessen skilles det mellom det å ha partsevne (retten til å være et selvstendig rettighets- og pliktsubjekt i saken) og prosessdyktighet (ha evne til å opptre på egne vegne), jf. henholdsvis § 2-1 og § 2-2 i tvisteloven.⁸¹ Partsevne er uavhengig av alder, mens prosessdyktighet er aldersbetinget. Barn – alle personer under 18 år - har partsevne, men vil mangle prosessdyktighet. Den prosessuelle handleevnen er lagt til barnets verger, jf. tvisteloven § 2-4 første ledd. Som regel vil vergemålet innehas av barnets foreldreansvarlige etter barneloven, jf. vergemålsloven (2010) § 16 og vergemålsloven (1927) § 3 første ledd.

Det er altså vergen som representerer barnet og utøver de prosessuelle rettighetene på vegne av barnet.

Barn over 15 år har imidlertid rett til å bli varslet om rettsmøte, og har rett til å delta disse møtene. Han skal meddeles prosesskriv samtidig med vergen, jf. tvisteloven § 2-4 andre ledd.

I forvaltningsloven gjøres det imidlertid ikke en slik distinksjon mellom det å ha partsevne og det å være prosessdyktig.⁸² Så lenge man er ”part” etter lovens definisjon, kan man gjøre lovens partsrettigheter gjeldende. Noe tilleggsvilkår om prosessdyktighet stiller loven ikke opp. Forvaltningskomiteen som forberedte forvaltningsloven la til grunn at hovedregelen likevel må være at vergen opptrer sammen med barnet i forvaltningssaken. Komiteen åpner imidlertid for at barn kan gis rett til å gjøre gjeldende partsrettigheter dersom man ut fra en konkret vurdering kommer til at barnet har ”rettshandelsevne”.⁸³ Begrepet ”rettshandleevne”

⁸¹ Se *Skoghøy: Tvisteløsning* (2010) s. 201.

⁸² Forvaltningskomiteen ønsket ikke å regulere spørsmålet om prosessdyktighet, se forvaltningskomiteens innstillings s. 153-154.

⁸³ Se Forvaltningskomiteens innstilling s. 153.

er lånt fra sivilprosessen. En person har rettshandleevne dersom han har evne til å forstå hva saken gjelder. Komiteens standpunkt om at det ikke kan utelukkes at barn selv kan gjøre partsrettigheter gjeldende, ble fulgt opp av Justisdepartementet. Under behandlingen av proposisjonen, uttalte departementet at man i forvaltningsretten ikke kan oppstille en regel om at personer ikke kan utøve partsrettigheter før de har oppnådd myndighetsalderen.⁸⁴

I forbindelse med innarbeidingen av FNs barnekonvensjon i norsk rett la departementet til grunn at hovedregelen er at det er barnets verge som utøver partsrettighetene på veggen av barnet.⁸⁵

Den alminnelige partsdefinisjonen i forvaltningsloven gjelder bare så langt ikke annet følger av særlovgivningen, jf. fvl. § 1 (lex specialis- prinsippet).

I det følgende vil jeg gå nærmere inn på reguleringen av barnets partsstatus i henholdsvis barnevernloven og sosialtjenesteloven. Det er ikke interessant å drøfte barnets partsstatus i relasjon til saker om plassering av barnet i en psykiatrisk institusjon etter psykisk helsevernloven. Saker om frivillig plassering i disse institusjonene regnes ikke som enkeltvedtak, og tvangsplassering av barn i slike institusjoner er upraktisk. I det følgende vil jeg derfor begrense meg til å drøfte barns partsstatus i relasjon til plasseringssakene etter barnevernloven (sak om plassering i barneverninstitusjon) og barnets partsstatus i relasjon til plasseringssakene etter sosialtjenesteloven (sak om plassering av barnet i rusinstitusjon).

5.5.1 Barnets partsstilling ved plassering i barneverninstitusjoner og rusinstitusjoner

Barnevernloven har en særregel om barns partsstilling i barnevernsaker i § 6-3 andre ledd, mens sotjl. har en særregel om barns partsstilling i § 8-3 andre ledd. Disse bestemmelsene går foran forvaltningslovens partsdefinisjon ved motstrid, jf. henholdsvis bvl. § 6-1 første ledd og sotjl. § 8-1 første ledd.

Barnevernloven. § 6-3 andre ledd er en generell bestemmelse som inneholder en uttømmende regulering av barnets partsstilling i alle typer barnevernsaker. Både spørsmålet om barnets

⁸⁴ Se Ot.prp.nr.27 (1968-1969) s. 43.

⁸⁵ Se Ot.prp.nr.45 (2002-2003) s. 37.

partsstatus i saker om frivillig plassering i barneverninstitusjon og i saker om tvungen plassering, reguleres av denne bestemmelsen. Bestemmelsen i sotjl. § 8-3 andre ledd inneholder en uttømmende regulering av barnets partstilling i alle saker etter sosialtjenesteloven. Den regulerer både spørsmålet om barnets partsstatus i saker om frivillig plassering i rusinstitusjon og i saker om tvungen plassering.

Bestemmelsene i bvl. § 6-3 og sotjl § 8-1 er ikke bare styrende for barnets rett til å gjøre gjeldende partsrettigheter i den verserende plasseringssaken, men også for barnets rett til å kreve domstolsprøving av plasseringsvedtaket, jf. bvl. § 7-24 første ledd tredje setning.⁸⁶

Sosialtjenesteloven § 8-3 andre ledd fastslår at barnet alltid skal regnes som part i saker om plassering (frivillig eller tvungen) av barnet i en rusinstitusjon.

Barnevernloven § 6-3 andre ledd gjør et skille mellom plasseringssaker som er forårsaket av foreldrenes omsorgssvikt og plasseringssaker som er forårsaket av barnets egne atferdsvansker. Dersom plasseringssaken er forårsaket av barnets atferdsvansker, er regelen den samme som etter sosialtjenesteloven § 8-3. Barnet skal alltid regnes som part i saker om plassering (frivillig eller tvungen) i barneverninstitusjoner grunnet atferdsvansker, jf. andre ledd tredje setning. Dersom plasseringssaken er forårsaket av foreldrenes omsorgssvikt er imidlertid hovedregelen at "[e]t barn kan opptre som part i en sak og gjøre partsrettigheter gjeldende dersom det har fylt 15 år og forstår hva saken gjelder", jf. andre ledd første setning. Lovens ordlyd taler for en motsetningsslutning: Dersom barnet ikke har fylt 15 år, vil barnet ikke kunne "opptre som part i en sak og gjøre partsrettigheter gjelde." I mangel av andre holdepunkter, må det legges til grunn en slik motsetningsslutning. Barn som er under 15 år kan bare få partsrettigheter etter den snevre unntaksregelen i bvl. § 6-3 andre ledd andre setning. Denne unntaksbestemmelsen gir fylkesnemnda kompetanse til å innvilge partsrettigheter til barn under 15 år "i særskilte tilfeller." Et barn som er fylt 15 år vil derimot kunne gjøre partsrettigheter gjeldende dersom det "forstår hva saken gjelder".

Bestemmelsen om barnets partstilling i plasseringssaker som er forårsaket av foreldrenes omsorgssvikt, avviker fra forvaltningslovens bestemmelse om partsrettigheter ved at den trekker et skille mellom barn som er under og barn som er over 15 år. I det følgende vil jeg

⁸⁶ Se Kjennelse fra Høyesteretts kjæremålsutvalg av 27. mars 2001 (HR-2001-321-U).

foreta en nærmere analyse av reglene om barnets partsstilling i plasseringssaker som er forårsaket av foreldrenes omsorgssvikt.

5.5.1.1 Barn over 15 år

Etter hovedregelen i bvl. § 6-3 andre ledd første setning har barn over 15 år rett til å gjøre partsrettigheter gjeldende dersom ”de forstår hva saken gjelder”. Barnet har etter bestemmelsen ingen plikt til å gjøre partsrettigheter gjeldende, og kan således velge å avstå fra å opptre som part.

Loven bygger på at barn over 15 år normalt vil ha evne til å forstå hva saken gjelder. Som regel vil det nok også være slik. Alder er imidlertid ikke noe annet enn en indikasjon på barnets forståelsehorisont. Som påpekt av FNs barnekomite, vil andre faktorer enn alder være like viktig for utviklingen av barnets modning.⁸⁷ For eksempel kan barn med psykisk utviklingshemmet eller har alvorlige sinnslidelser, ha vansker med å skjønne hva saken gjelder. I hovedregelen har lovgiver tatt høyde for dette ved å fastslå at barn over 15 år ikke har noen ubetinget rett til å gjøre partsrettigheter gjeldende. Det organet innenfor barnevernsforvaltningen som behandler saken, må foreta en konkret vurdering av om barnet ”forstår hva saken gjelder” før partsrettigheter innvilges.

Vurderingskriteriet for når barnet skal gis partsrettigheter ”forstår hva saken gjelder” er det samme som etter forvaltningsloven, selv om kriteriene er ulikt formulert. Når man etter forvaltningsloven skal vurdere om barnet har ”rettshandleevne”, er det nettopp spørsmålet om hvorvidt barnet forstår hva saken gjelder, som skal vurderes. Hovedreglen legger således opp til at barn over 15 år har samme rettslige stilling i barnevernsaker som det barn har i andre forvaltningssaker. Som nevnt gjør imidlertid barnevernloven § 6-3 andre ledd to unntak fra sin egen hovedregel. Det ene av disse unntakene medfører at barn over 15 år får styrket sin rettslige stilling i forhold til hva som følger av forvaltningsloven. Dette unntaket finner vi i bvl. § 6-3 andre ledd tredje setning. Bestemmelsen slår fast at: ”I sak som gjelder tiltak for barn med atferdsvansker skal barnet alltid regnes som part”. Bestemmelsen avviker fra hovedregelen ved at det i slike saker skal det ikke gjøres noe vurdering av om barnet forstår

⁸⁷ Se General Comment no.12. (2009) avsnitt 29.

hva saken gjelder. Barnet er part uavhengig av egen forståelseshorisont. Bestemmelsen avviker også fra hovedregelen ved at barnet ikke kan velge å avstå fra å opptre som part, jf formuleringen ”skal alltid regnes som part”. Unntaket i bvl. § 6-3 andre ledd andre setning er avgrenset til tiltak for ”barn med atferdsvansker”. I alle andre barnevernsaker gjelder hovedreglen i bestemmelsens første setning.

5.5.1.2 Barn under 15 år

Hovedreglen om barnets partsrettigheter i bvl. § 6-3 andre ledd første setning setter opp en nedre aldersgrense (15 år) for når barn kan gjøre partsrettigheter gjeldende.

Etter forvaltningsloven vil spørsmålet om hvorvidt et barn skal ha rett til å gjøre partsrettigheter gjeldende bero på en konkret vurdering av om barnet har ”rettshandlevne”. Etter hovedregelen i bvl. § 6-3 andre ledd første setning, er det imidlertid utelukket at et barn under 15 år kan gjøre partsrettigheter gjeldende, selv om barnet skulle forstå hva saken gjelder. Barn har således som hovedregel en svakere rettslig stilling i plasseringssakene grunnet omsorgssvikt enn de har i andre forvaltningssaker.

Den 15 års-grensen som vi har i barnevernloven, ble inntatt av departementet etter at lovforslaget til barnevernloven hadde vært sent ut på høring.

Departementet begrunnet ikke noe nærmere hvorfor det valgte å utforme en regel med en fast aldersbetingelse (15 år) for partsrettigheter i barnevernsaker, i stedet for en regel som lar innvilgelsen av partsrettigheter være beroende av en skjønnsmessig vurdering av barnets evne til å forstå hva saken gjelder.

Tanken om en fast aldersgrense stammer fra lovforslaget som sosiallovutvalget overrakte departementet. Sosiallovutvalget gikk imidlertid inn for en lavere aldersgrense enn det departementet falt ned på. Det opprinnelig lovforslaget til sosiallovutvalget gikk ut på at et barn skal ha rett til å gjøre partsrettigheter gjeldende fra fylte 12 år dersom barnet forstår hva saken gjelder. Forslaget ble begrunnet som følger:

”[partsrettigheter] kan nok i første rekke tenkes benyttet av 15-, 16- og 17-åringer, men etter utvalget mening er det heller ikke grunn til å stille seg avvisende til noe yngre barn når de fremmer en søknad eller et krav, og viser

selvinnssikt og forståelse. Utvalget foreslår at partsrettigheter skal kunne gjøres gjeldende av barn som har fylt 12 år og forstår hva saken gjelder.”⁸⁸

Departementet gikk i høringsutkastet inn utvalgets forslag.⁸⁹ Imidlertid gikk departementet inn for 15 årsgrensen etter at 8 responderende høringsinstanser av i alt 119, mente at aldersgrensen på 12 år var for lav. Ingen av de responderende høringsinstansen ga noe nærmere begrunnelse for hvorfor de mente 12 års grensen var for lav. Departementet begrunnet endringen av sitt standpunkt med at:

”Etter departementets oppfatning vil det bare rent unntaksvis være tilrådelig å la så unge barn få fulle partsrettigheter, fordi barnets oppfatning ofte vil være preget av omgivelsene, herunder foreldre og fosterforeldres oppfatning av saken. En slik bestemmelse forutsetter etter dette en svært vanskelig skjønsmessig vurdering.”⁹⁰

I den juridiske teori har *Stang* kritisert hevingen av aldersgrensen fra 12 til 15 år.⁹¹ Denne krikken vil jeg komme tilbake til senere. Her vil jeg nøye meg med å bemerke at Departementets standpunktendring har medført at vi har fått en ulik regulering av barnets rett til å gjøre partsrettigheter gjeldende i henholdsvis barnevernloven og sosialtjenesteloven. Etter sosialtjenesteloven § 8-3 andre ledd kan barnet gjøre partsrettigheter gjeldende når det ”har fylt 12 år og forstår hva saken gjelder”. I sosialtjenesteloven har man altså holdt seg til sosiallovutvalgets forslag.⁹²

5.5.1.3 Nærmere om hva det innebærer at barn under 15 år ikke kan gjøre partsrettigheter gjeldende

Ordlyden i bvl. § 6-3 andre ledd første setning taler om at barn under 15 år ”ikke kan opptre som part” og ikke ”gjøre partsrettigheter gjeldende”. Spørsmålet er om bestemmelsen med dette fratar barn under 15 år partsevne eller om bestemmelsen bare sier at barn under 15 år

⁸⁸ Se NOU 1985:18 s. 270.

⁸⁹ Se Ot.prp.nr.44 (1991-1992) s. 80.

⁹⁰ Se Ot.prp.nr.44 (1991-1992) s. 81.

⁹¹ Se Stang: Det er barnets sak (2007) s. 109-110.

⁹² Sosiallovutvalget foreslo at ny barnevernlov skulle være et kapittel i en ny samlet sosialtjenestelov. Sosiallovutvalget så således for seg at 12 års-grensen både skulle gjelde i barnevernsaker og andre sosialsaker.

ikke er prosessdyktig. Hvilke tolkning man legger til grunn vil ha stor betydning for barnet. Dersom barnet er part, men ikke prosessdyktig, vil en verge eller setteverge kunne gjøre partsrettigheter gjeldende på vegne av barnet. Han vil kunne kreve dokumentinnsyn, klage på vedtaket til overordnet forvaltningsorgan evt. bringe saken inn for domstolen. Dersom barnet ikke er part, vil derimot ingen av disse rettighetene kunne gjøres gjeldende på barnets vegne. En slik tolkning vil innebære et klart brudd med rettstenkningen i forvaltningsretten ellers. Isolert sett er det naturlig å forstå passussene ”opptre som part” og ”gjøre partsrettigheter gjeldende” som en referanse til prosessdyktighet. Dersom bestemmelsen bare begrenser prosessdyktigheten til barn under 15 år, vil dette i så fall bety at barn under 15 år i prinsippet er part i barnvernssaken, men at det er vergen eller eventuelt en setteverge gjør gjeldende barnets partsrettigheter på barnets vegne.⁹³ Ikke bare lovens ordlyd, men også lovens forarbeider, trekker i retning av å tolke bvl. § 6-3 andre ledd første setning dit hen at den bare begrenser prosessdyktigheten, men ikke partsevnen, til barn under 15 år.

Sosiallovutvalget syntes å forutsette at barn som faller utenfor vilkårene i bvl. § 6-3 i prinsippet er parter, men ikke prosessdyktig. Utvalget henviser til partsdefinisjonen i forvaltningsloven.⁹⁴ Under stortingsbehandlingen syntes man også å forutsette at bvl. § 6-3 supplerer, ikke begrenser, den partsstilling som barnet ellers ville hatt etter forvaltningslovens partsdefinisjon. *Forbruker- og administrasjonskomiteen* skriver at:

”Komiteen vil påpeke at hvem som er part i en forvaltningssak og hva dette innebærer av rettigheter og plikter i utgangspunktet følger av forvaltningslovens bestemmelser. I en barnevernsak *suppleres* [min kursivering] forvaltningsloven av bestemmelser om dette i barnevernloven.”⁹⁵

Høyesteretts kjæremålsutvalg har imidlertid tolket bestemmelsen dit hen at den også begrenser partsevnen til barn under 15 år, med den konsekvens at et barn under denne alderen ikke har den partstilling i barnevernsaker som det ellers ville hatt dersom man la forvaltningslovens partsdefinisjon til grunn. Denne tolkningen ble lagt til grunn i kjennelse

⁹³ Søvig legger også til grunn en slik tolkning av bvl. § 6-3 andre ledd første setning, se Søvig: Barnets rettigheter på barnets premisser s. 64.

⁹⁴ Se NOU 1985:18 s. 270.

⁹⁵ Se Innst.O.nr.80 (1991-1992) s.32.

inntatt i Rt. 2000 s. 358.⁹⁶ Saken kjæremålsutvalget tok stilling til gjaldt spørsmålet om hvorvidt et barn under 15 år, som var representert med en setteverge, hadde adgang til å kreve domstolsprøving av fylkesnemndas vedtak om tilbakeføring av omsorg til foreldrene. Saken er spesiell fordi det ikke var barnet selv, men den kommunale barnevernadministrasjonen som hadde initiert oppnevningen av settevergen som representerte barnet. Grunnen til dette var at kommunen, var avskåret fra å kreve domstolsprøving etter de regler som gjaldt da nemndsvedtaket ble fattet i 1997. Nemndsvedtaket kunne bare kreves overprøvet av barnet selv så fremt barnet hadde partsstatus, jf. bvl. § 7-1 bokstav i).

Settevergen hevdet at barnet måtte regnes som part etter de alminnelige reglene i fvl. § 2 første ledd bokstav e), og at settevergen selv kunne utøve de prosessuelle rettighetene på vegne av barnet etter dagjeldende tvistemålsloven § 37.

Kjæremålsutvalget kom til at det ikke kunne kreves domstolsprøving og skriver i denne forbindelse at: ”Det følger av ordlyden i bestemmelsen [bvl. § 6-3] at barn under 15 år ikke har partsevne i forhold til fylkesnemndas vedtak.”⁹⁷ Kjæremålsutvalget bemerket deretter at det i 1999 fant sted en lovendring som har medført at kommunen nå kan kreve domstolsprøving av nemndas vedtak.

Kjæremålsutvalget knytter med dette partsevnen i barnevernretten til alder (15 år), og ikke til prosessdyktighet. Denne rettslige konstruksjonen var nødvendig for å avskjære domstolsprøving i den aktuelle saken. Fordi barnet hadde fått setteverge i denne saken, kunne ikke domstolsprøving avvises under henvisning til at barnet manglet prosessdyktighet. Settevergen som representerte barnet hadde utvilsomt prosessdyktighet. Jeg har forståelse for saksutfallet i saken. Kommunen hadde prøvd å omgå det dagjeldende regelverket ved å oppnevne setteverge for barnet. Dette kunne vanskelig aksepteres. Kjæremålsutvalgets generelle tolkning av bvl. § 6-3, er imidlertid mer problematisk.

⁹⁶ Den juridiske teori har etter kjæremålsutvalgets kjennelse gått inn for en tilsvarende tolkning av bvl. § 6-3 andre ledd, se Ofstad/Skar: Barnevernloven og Stang: Det er barnets sak (2007) s. 107, hun argumenter imidlertid mot denne tolkningen på et rettspolitisk grunnlag på s. 109.

⁹⁷ Se s. 360.

5.5.1.4 En sammenfattende diskusjon om hovedreglen i bvl. § 6-3 andre ledd første setning

Dersom man legger til grunn kjæremålsutvalgets forståelse av hovedregelen i bvl. § 6-3 andre ledd første setning, aksepterer man en rettslig konstruksjon for barnevernsretten som ikke bare er ukjent ellers i forvaltningsretten og i sivilprosessen, men også innenfor alle andre rettsområder der barn er involvert. Innenfor andre rettsområder er alder irrelevant for partsevnen. Aldersbetingelsen er her knyttet til prosessdyktigheten. Barn som på grunn av sin alder ikke er prosessdyktig, vi representeres av vergen (den foreldreansvarlige). Dersom barnet og foreldrene har motstridende interesser i saken, for eksempel en arvesak, vil det oppnevnes en setteverge som overtar vergeoppgaven i den aktuelle saken.

Hensynet til et konsistent regelverk krever en særskilt begrunnelse for hvorfor man skal operere med en rettslig konstruksjon innenfor barnevernsretten som avviker fra alle andre rettsområder der barn er involvert. Kravet til en særskilt begrunnelse følger også av barnekonvensjonen. Det at man innenfor barnevernsretten ikke anser barn under 15 år som parter i saker som retter seg mot dem, er i utgangspunktet problematisk i forhold til konvensjonens grunnsyn om at alle barn er selvstendige subjekter, se bl.a. BK art 12. Videre er det etter barnekonvensjonen i utgangspunktet problematisk at barn under 15 år gis en dårligere formell posisjon innenfor dette rettsområdet enn innenfor andre rettsområder. Spesielt med tanke på at det her er snakk om saker der barnet må anses som hovedpersonen. Etter barnekonvensjonen aksepteres det at barn gis ulike rettigheter fra rettsområde til rettsområde, men dette må begrunnes i hensynet til barnets beste.

Spørsmålet blir således hvilke spesielle forhold kan begrunne og rettferdiggjøre at barn gis enn svakere formell posisjon innenfor barnevernsretten enn innenfor andre rettsområder. Vurderingstemaet når man skal vurdere om den rettslige konstruksjonen som gjelder innenfor barnevernsretten kan rettferdiggjøres holdt opp mot barnekonvensjonen art. 12, må være om denne konstruksjonen innebærer at barnets interesser reelt sett blir dårligere ivaretatt.

Ved vurderingen av om det kan begrunnes at hovedreglen i bvl. § 6-3 andre ledd tolkes dit hen at barn under 15 år ikke bare mangler prosessdyktighet, men også partsevne, må man ha i bakhodet at denne hovedreglen bare gjelder saker om bortplassering av barnet grunnet

omsorgsvikt fra foreldrenes side. I saker der bortplasseringen er begrunnet i barnets atferdsvansker, vil barnet alltid ha partsrettigheter. I disse omsorgssakene som hovedregelen i bvl. § 6-3 andre ledd første setning gjelder for, vil den reelle konflikten være mellom barnet og dets foreldre. Et system der barn under 15 år gis partstatus og foreldrene gis den prosessuelle handleevnen som verger, vil således ikke være formålstjenlig. Etter min mening er det heller ikke rettslig adgang til en slik foreldrerepresentasjon i omsorgssviktsakene. Det vil her være riktig å anvende habilitetsreglene i vergemålsloven (1927) § 15 og vergemålsloven (2010) § 34. I omsorgssviktsaken er det klart at foreldrene "har en interesse" i saken som "strider mot" barnets interesser.

Innenfor andre rettsområder oppnevnes det setteverge for barnet der barn og foreldre har motstridende interesser. Setteverge skal oppnevnes når vergen er inhabil, jf. vergemålsloven § 15 andre ledd.

Det er ikke noe formelt til hinder for å oppnevne setteverge også i en barnevernsak.

I barnevernsakene er det imidlertid den kommunale barneverntjenestens oppgave å ivareta barnets interesser der barnet og foreldrene har motstridende interesser. Det er imidlertid klart at et barn vil kunne ha andre interesser i en slik sak enn det barneverntjenesten har. Ut fra dette kan det virke problematisk at barn under 15 år ikke gis partsevne og således heller ikke har mulighet til å få sine interesser varetatt av en setteverge. Et system med setteverge for barnet i barnevernsakene, vil imidlertid heller ikke være uproblematisk. Dersom man utformer en regel om settevergerepresentasjon for barn under 15 år, oppstår det to problematiske spørsmål. Det første spørsmålet som oppstår er hvem som skal ha settevergeoppgavene i disse sakene. Her er det to muligheter. Enten oppnevner man en nærstående av barnet til å ivareta settevergeoppgavene, eller så lar man en advokat ivareta settevergeoppgavene. Det er åpenbart at det kan være problematisk å la en nærstående ivareta settevergeoppgavene i omsorgsovertakelsessakene. Personer som står barnet nært, vil som regel også stå foreldrene nært. I disse tilfellene vil den nærståendes lojalitet kunne ligge hos foreldrene. Det er heller ikke uproblematisk å la en advokat ivareta settevergeoppgavene. Advokaten vil lett bli beskyldt for å tale enten foreldrenes eller barneverntjenestens sak. Det andre spørsmålet som oppstår er hvilke rolle settevergen skal spille under sakens gang.

Et spørsmål som kan stilles, er imidlertid om hovedregelen bør åpne for at barn under 15 år kan gjøre partsrettigheter gjeldende på egen hånd. Dersom man åpner for at barn under 15 år

kan ha prosessdyktighet i de tilfeller der de har egne interesser i saken som går på tvers av de øvrige partene, unngår man settevergeproblematikken.

I den juridiske litteraturen har *Stang* tatt til orde for at barn ned i 12 års alderen, ikke bare bør gis partsevne, men også prosessuell handleevne. Hun stiller seg kritisk til departementets synspunkt om at en 12 åring som regel vil være preget av omgivelsene, og at det derfor bare rent unntaksvis vil være tilrådelig å gi disse fulle partsrettigheter. *Stang* uttaler følgende:

”Det er vanskelig å forstå hvorfor en 12-åring ikke skal ha partsrettigheter – som innebærer mer enn å få uttale seg – hovedsakelig av den grunn at hennes oppfatning kan bli ”preget av omgivelsene”.... Jeg har vanskelig for å akseptere at eventuell påvirkning i forhold til en 12 årings meninger skal være noe argument for å hindre at barnet får prosessuelle rettigheter og rettshjelp.”⁹⁸

Stang utdyper ikke noe nærmere hvorfor hun er så kritisk til departementets standpunkt. Etter mitt skjønn er problemet med departementets resonnement at det legges for mye vekt på alder. Det er nok riktig, som departementet fremhever, at yngre barn som regel vil være mindre motstandsdyktig mot påvirkning fra foreldre og omgivelsene enn hva et barn på 15 år og oppover vil være. Alder vil imidlertid aldri være noe annet enn en indikasjon på barnets motstandsdyktighet. Som påpekt av FNs barnekomite, vil andre faktorer enn alder være like viktig for utviklingen av barnets modning og selvstendighet.⁹⁹

I de tilfellene der et barn under 15 år har egne synspunkter i saken, er det viktig at barnet får mulighet til å delta og å komme til ordet under saksprosessen. Dette er imidlertid ikke noe tung innvending mot regelen i bvl. § 6-3 andre ledd første setning. Denne bestemmelsen fratrar barn under 15 år retten til å gjøre partsrettigheter gjeldende, men den fratrar ikke barnet retten til å uttale seg. Denne retten følger av bvl. § 6-3 første ledd, og gjelder uavhengig av om barnet har partsstatus i saken eller ikke. Selv om barnet ikke har partsstatus, har det således likevel en omfattende rett til å si sin mening. Det er i tillegg etablert en egen ordning med talsperson for barnet, jf. bvl. § 7-9.¹⁰⁰ Antagelig er barnets uttalerett etter bvl. 6-3 første ledd alene nok til å oppfylle barnekonvensjonen art. 12. Etter BK art. 12 er det graden av deltagelse, og ikke barnets formelle posisjon i saksprosessen, som er det avgjørende for om

⁹⁸ Se *Stang*: Det er barnets sak (2007) s. 109.

⁹⁹ Se General Comment no.12. (2009) avsnitt 29.

¹⁰⁰ Se *Ofstad/Skar*: Barnevernloven (2009) s. 314.

konvensjonen er oppfylt. Videre inneholder bvl. § 6-3 andre ledd et unntak fra sin egen hovedregel, som åpner for å innvilge partsrettigheter til barn under 15 år.

5.5.2 Kompetansen til å innvilge barn under 15 år partsrettigheter ”i særskilte tilfeller”

Etter bvl. § 6-3 andre ledd andre setning har fylkesnemnda kompetanse til å innvilge ”barn under 15 år partsrettigheter i særskilte tilfeller.” Bestemmelsen kom først inn under behandling av loven i Stortingets forbruker- og administrasjonskomitee.¹⁰¹ Forarbeidene gir ingen nærmere anvisning på bestemmelsens innhold. Det må imidlertid være klart at bestemmelsen gir nemnda kompetanse til å innvilge barnet partsrettigheter i alle saker som hører inn under fylkesnemndas saksområde. Dette vil være sakene som gjelder ordinære vedtak tvangsplassering etter bvl. §§ § 4-12 (omsorgsovertakelse) og 4-24 (plassering grunnet alvorlige atferdsvansker hos barnet). Siden barnet uansett alltid skal regnes som part i saker om atferdstiltak, vil nemndas kompetanse til å innvilge partsrettigheter bare ha praktisk betydning i sakene om omsorgsovertakelse.

Etter bvl. § 6-3 andre ledd andre setning er det bare fylkesnemnda som er gitt kompetanse til å innvilge partsrettigheter for barn under 15 år. Selv om det ikke kommer klart fram av lovens ordlyd, må det være klart at nemndas innvilgelseskompetanse er begrenset til saker som hører inn under nemndas saksområde.¹⁰² Av lovens følger det såldes at barn under 15 år aldri kan innvilges partsrettigheter saker om frivillig plassering av barnet etter bvl. § 4-4. Disse sakene hører under den kommunale barneverntjenesten, og ikke nemnda, sitt saksområde. I forarbeidene gis det ingen nærmere begrunnelse for denne avgrensningen. En mulig begrunnelse er at disse plasseringssakene er mindre alvorlige og dramatiske for barnet. I den juridiske teori, har *Søvig* har tatt til ordet for å tolke bvl. § 6-3 andre ledd andre setning dit hen at også barnevernadministrasjonen må kunne innvilge partsrettigheter i en sak om frivillig plassering. Han uttaler at:

¹⁰¹ Se Innst.O.nr.80 (1991-1992) s. 33.

¹⁰² Denne tolkningen er lagt til grunn av departementet, se bl.a. Brev 22.10.93 ref.93/03628 fra BFD til NN.

”Etter mitt skjønn bør praksis legge seg på en liberal linje, særlig hvor partsstatus er nødvendig for å sikre en reell involvering av barnet i samsvar med BK art. 12.”¹⁰³

Jeg er enig med *Søvig*. Etter mitt skjønn vil det være et åpenbart behov for å kunne gi barn under 15 år partsrettigheter i en sak etter bvl. § 4-4 der hvor barnets interesser går på tvers av foreldrenes interesser. Etter bvl. § 4-4 femte ledd, kan et barn aldri velge å la seg institusjonsplassere mot foreldrenes vilje. Videre legger bestemmelsen opp til at et barn under 15 år kan plasseres mot sin vilje, så lenge foreldrene samtykker. Dette selv om plasseringer etter bestemmelsen formelt sett regnes som frivillige. Når bestemmelsen legger opp til at foreldrene kan sette barnets vilje til side, vil partsrettighetene (og uttaleretten) være barnets eneste mulighet til å påvirke saksutfallet.

Etter min mening bør det derfor foretas en lovendring der det presiseres at også den kommunale barneverntjenesten kan innvilge partsrettigheter til barn under 15 år i saker som hører inn under barneverntjenestens saksområde.

Etter bvl. § 6-3 andre ledd andre setning skal partsrettigheter bare innvilges til barn under 15 år i ”særskilte tilfeller”. Bestemmelsen legger opp til en skjønnsmessig vurdering av om barnet skal innvilges partsrettigheter, men angir at terskelen for innvilgelse skal være høy.¹⁰⁴ Utrykket ”særskilte tilfeller” må forstås dit hen at situasjonen klart må skille seg fra det ordinære, dersom et barn under 15 år skal gis partsrettigheter. Det er således snakk om et snevert unntak fra normalordningen. Hvilke momenter som skal ha betydning i vurderingen av om man står overfor et særskilt tilfelle, fremgår verken av lovbestemmelsens ordlyd eller av lovens forarbeider. At lovens ordlyd ikke inneholder noen veiledning til fylkesnemndene om hvilke momenter de skal vektlegge ved vurderingen, er en klar svakhet ved bestemmelsen.

Formålet med bestemmelsen gir en viss veiledning om hva det skal legges vekt på ved vurderingen av om barnet skal gis partsrettigheter. Bestemmelsens formål er å sikre at barnets interesser blir ivaretatt i den verserende barnevernsaken. Dette skulle tale for at barnet som regel bør innvilges partsrettigheter der barnet har interesser som går på tvers av de øvrige

¹⁰³ Se *Søvig*: Barnets rettigheter på barnets premisser s. 65.

¹⁰⁴ Dette er også lagt til grunn av Høyesterett kjæremålsutvalg i kjennelse inntatt i Rt. 1999 s. 490.

partene i saken (henholdsvis foreldrene og den kommunale barneverntjenesten). Dette er også lagt til grunn i NOU 2005:9.

I Høyesterettskjennelse inntatt i Rt. 1998 s. 1592 la imidlertid høyesteretts kjæremålsutvalg seg på en mer restriktiv linje mht. når et barn under 15 år skal innvilges partsrettigheter. I denne kjennelsen forkastet Høyesteretts kjæremålsutvalg en anke fra et barn på 14 år som ønsket å opptre som hjelpeintervent i en sak om omsorgsovertakelse. Forutsetningen for barnets rett til å opptre som hjelpeintervent i en sak om overprøving av fylkesnemndas vedtak, var etter dagjeldende tvistemålsloven § 75, jf. § 79 at barnet kunne hatt partsrettigheter for nemnda, jf. bvl. § 6-3, jf. bvl. § 7-1 bokstav i). Fordi barnet var under 15 år, og saken ikke handlet om atferdstiltak, måtte det foreligge et "særskilt tilfelle" for at barnet skulle innvilges partsrettigheter. Kjæremålsutvalget sluttet seg både til Lagmannsrettens vurdering av hvilke behov som kan medføre at det foreligger et særskilt tilfelle, og til lagmannsrettens konklusjon. Uttalelsen fra forberedende dommer for lagmannsretten lød som følger:

"A har ennå ikke fylt 15 år. Det kreves derfor at man står overfor et "særskilt tilfelle" for at partsrettigheter skal innrømmes for fylkesnemnda, jf. barnevernloven § 6-3 annet ledd. Det antas at det samme må gjelde for domstolsbehandling og barnets adgang til å hjelpeintervenerere.

Det er særlig hensynet til at barnet egen mening skal komme klart til uttrykk som taler for at barnet bør gis partsrettigheter. A har etter det jeg forstår sammenfallende interesser med sin mor. Hans syn vil komme klart frem gjennom de sakkyndiges samtaler med ham, og han vil få anledning til å møte som vitne for lagmannsretten og det må antas at morens prosessfullmektig gjennom å ivareta morens interesser også ivaretar As interesser."¹⁰⁵

Det avgjørende for kjæremålsutvalget var altså ikke om barnet hadde interesser som gikk på tvers av de øvrige partene, men om barnets mening ville komme "klart til uttrykk" på andre måter enn ved innvilgelse av partsrettigheter. Kjæremålsutvalget bemerket at barnets syn ville komme klart frem gjennom de sakkyndiges samtaler med ham, og at barnet vil få anledning til å møte som vitne for lagmannsretten.

I barnevernsaker vil barnet alltid ha rett til å uttale seg, jf. bvl. § 6-3 første ledd. Således kan man si at barnet syn alltid vil komme klart til uttrykk i en barnevernsak, uavhengig av om barnet har partsrettigheter eller ikke. Ut fra kjæremålsutvalgets fortolkning av bestemmelsen, kan det således være vanskelig å se hva som skulle kunne kvalifisere som et "særskilt tilfelle".

¹⁰⁵ Se s. 1592.

En mulighet er at det kan anses som et ”særskilt tilfelle” der barnet selv uttrykker et ønske og behov for å ha partsrettigheter i saken. At dette skulle være et moment av betydning, ble imidlertid forkastet av Høyesteretts kjæremålsutvalg i Høyesterettskjennelse inntatt i Rt. 1999 s. 490. Her uttaler Kjæremålsutvalget at det ved vurderingen av om kriteriet ”særskilt tilfelle” er oppfylt, ikke skal ”legges avgjørende vekt på barnets ønske og det behov barnet selv mener å ha for partsrettigheter.”¹⁰⁶

Når man ser de overnevnte kjennelsene i sammenheng, er det vanskelig å tenke seg tilfeller der kriteriet ”særlike tilfelle” skulle være oppfylt. Etter mitt skjønn bør lovgiver her komme på banen og klargjøre meningsinnholdet i kriteriet ”særlike tilfeller”. Lovgiver bør stille opp de momenter som det skal legges vekt på i vurderingen, og gjerne også si noe om den innbyrdes vektingen av disse momentene.

¹⁰⁶ Se s.