

FAB 2015-4

Rett til barneverntjenester

Vil rettskrav styrke barns rettsstilling?

[side 316]

Randi Sigurdson

Randi Sigurdson, cand.jur. 2000, ph.d. i rettsvitenskap 2013. Hun er ansatt som førsteamanuensis ved Det juridiske fakultet, UiT Norges arktiske universitet. Tidligere har hun arbeidet hos Fylkesmannen i Telemark og i Statens helsetilsyn.

Lovutvalget som er oppnevnt for å komme med forslag til en mer tidsriktig barnevernlov, er blant annet bedt om å ta stilling til spørsmålet om barnevernloven bør formuleres som en rettighetslov. I artikkelen blir det foretatt en oppsummering av tidligere diskusjon med hensyn til om barn bør få rettskrav på barneverntjenester. Med bakgrunn i kunnskapen om hvordan bestemmelser som gir rettskrav på andre typer velferdstjenester er utformet og virker, blir det argumentert for at rettighetsfesting ikke vil styrke barns rettslige stilling. Barn har grunnleggende rettigheter som staten er forpliktet til å beskytte. Det er et statlig ansvar å finne et balansepunkt mellom de ulike rettigheter barn har. For å styrke barns rettslige stilling bør blant annet pliktene til kommunalt og statlig barnevern tydeliggjøres, den barnevernfaglige kompetansen må styrkes og barns prosessuelle rettigheter må forbedres.

1 Innledning

1.1 Aktualitet og hovedproblemstilling

I en årrekke har det vært debattert om barnevernloven burde formuleres som en rettighetslov. Argumentene for rettighetsfesting er blitt møtt med en rekke motargumenter [side 317] fra departementshold. Debatten har fått fornyet aktualitet, fordi lovutvalget som er oppnevnt for å komme med forslag til utforming av en mer tidsriktig barnevernlov, også har fått i oppdrag å vurdere spørsmålet om rettighetsfesting. Gjennom denne artikkelen ønsker jeg å gi et bidrag til denne diskusjonen, ved å vurdere om en lovreguleringsmåte som normalt er rettet mot voksne, har den samme positive rettslige betydningen for barn.

Velferdsstatens grunnleggende idé er å sikre alle levekår over et visst minimumsnivå. Ett av virkemidlene som er tatt i bruk, er å gi enkeltpersoner rettskrav på enkelte typer ytelser og tjenester. Det har vært en forholdsvis bred politisk støtte for denne utviklingen. Rettskravstenkningen er utvidet til nye rettsområder og for flere grupper av befolkningen. At debatten nå omfatter barn som kan trenge bistand fra barneverntjenesten, er en naturlig følge av utviklingen. Dessuten har den sammenheng med utviklingen i retning av stadig styrking av barns rettigheter. For barn gjelder normalt andre utfordringer enn for voksne, som følge av deres mindreårighet og avhengighet av voksne. Derfor er det behov for å

vurdere kritisk om rettslig regulering i form av rettskrav vil være fordelaktig for barn. Den overordnede problemstillingen er følgelig om barns rettslige stilling styrkes ved at de får rettskrav på barneverntjenester.

1.2 Gjeldende rett

Barn har en rekke rettigheter. Mange av disse er av grunnleggende karakter. Retten til omsorg og beskyttelse mot overgrep og forsømmelig behandling, er å anse som så grunnleggende at de ville gjelde selv om de ikke kom til positivt uttrykk i lovbestemmelser. Imidlertid er dette rettigheter og verdier som følger av Grunnloven [§ 104](#) tredje ledd så vel som av Barnekonvensjonen, særlig [artikkel 6](#) og [artikkel 19](#). Barns «rett til vern» av sin personlige integritet etter Grunnloven [§ 104](#) tredje ledd, innebærer en aktivitetsplikt for statlige myndigheter til å sørge for et regelverk som gir barn et slikt vern. Dessuten må statlige myndigheter sikre at regelverket blir gjennomført på en slik måte at barns rettigheter oppfylles. Denne plikten fremgår [**side 318**] også av barnekonvensjonen [artikkel 4](#). Følgelig er det ingen tvil om barn har rett til grunnleggende omsorg og beskyttelse. Det er heller ikke et diskusjonstema her. Spørsmålet er hvordan lovverket skal være utformet for at barnets rettigheter skal være tilstrekkelig sikret.

Ifølge gjeldende barnevernlov har i første rekke kommunene flere (beskrevne) plikter med hensyn til å sikre at barn får nødvendig hjelp og omsorg i rett tid. Dette rettslige utgangspunktet ses i lovens formålsbestemmelse, jf. [§ 1-1](#), og er fulgt opp bl.a. i bestemmelsene om barneverntjenestens plikter til å ta imot bekymringsmeldinger og gjennomføre undersøkelser, se §§ [4-2](#) og [4-3](#), vedta og iverksette hjelpetiltak, fremme saker for fylkesnemnda, jf. [§ 4-4](#) og §§ [4-12](#) flg., samt å følge opp iverksatte tiltak, se §§ [4-5](#) og [4-16](#). Statlig barnevernmyndighet skal bl.a. sikre at barn får forsvarlig omsorg når de er plassert i institusjon, se [§ 5-1](#), jf. [§ 5-10](#). For det tilfelle at kommunene ikke utfører plikter de er pålagt etter lovens [§ 6-9](#), er det adgang til å ilegge mulkt. Uten å gå nærmere inn på spørsmålet her, vil jeg konstatere at det på det generelle plan ikke er motstrid mellom barnevernloven og Barnekonvensjonen.

For at barn skal være sikret nødvendig omsorg og beskyttelse, har staten dels gitt kommunene plikter og dels seg selv plikter. I motsetning til andre velferdslover er det imidlertid ingen speiling av pliktene mot rettigheter. For eksempel har ikke barn rett til å kreve at det blir startet undersøkelsessak, selv om kommunen plikter å iverksette undersøkelser hvis det er «rimelig grunn til å anta at det foreligger forhold» som gir grunnlag for barneverntiltak, jf. [§ 4-3](#) første ledd. Dette til tross for at barna her er i en rettighetsposisjon i den forstand at om kommunen [**side 319**] har misligholdt sine plikter, kan det lede til at kommunen blir erstatningsansvarlig overfor barnet.

Forenklet fremstilt er barns rettslige stilling slik at barn har passive rettigheter etter barnevernloven, ettersom offentlige myndigheter er pålagt plikter som skal oppfylles og hvis ikke, vil barnet kunne få rett til erstatning. Dette er imidlertid en rettighetsposisjon som tidsmessig inntreer senere, enn om barnet hadde hatt en aktiv rettighet til å fremsette krav.

2 Styrken med rettsregler utformet som rettskrav

Fremveksten av rettighetslovgivningen må ses i sammenheng med utviklingen av velferdsstaten. For å skape forutsigbarhet og likebehandling, er det gitt rettsregler som er slik utformet at når noen oppfyller nærmere vilkår, utløses en rettighet. Rettighetstenkningen har gradvis vunnet innpass på helse- og sosialrettens område, først når det gjelder tildeling av pengeytelser, og senere for tjenester og tiltak som skal dekke basale behov. Det har vært en generell oppfatning om at den enkeltes rettssikkerhet blir

styrket jo sterkere rettighetspreg regelverket har. Endringen har gått i retning ifra at borgerne har rett til å konkurrere om ytelser og/eller tjenester som er av et begrenset omfang, til at rettighetene har fått form av rettskrav. Dermed er det blitt en korresponderende linje mellom de plikter offentlige organer er pålagt gjennom lov og de rettigheter enkeltpersoner har. Det er her styrken i rettskravstenkningen ligger; hvis rettighetene ikke blir oppfylt, så kan de kreves gjennomført ved å reise sak for domstolene – derav begrepet rettskrav. Dersom domstolen kommer til at det foreligger et rettskrav, så er det beskyttet – det skal gjennomføres uten hensyn til ressurser.

Å gi borgerne rettskrav på grunnleggende tjenester, er dermed et fundament for at norske borgere skal ha livsvilkår over et visst minimum. Med grunnleggende tjenester sikter jeg til tjenester som skal dekke basale behov for omsorg, fysisk og psykologisk. Til tross for de åpenbare fordeler rettskravstenkningen har for å ivareta [side 320] den enkeltes integritet, for å skape forutsigbarhet og likeverdighet, så har det på helse- og sosialrettens område vært, og er til dels fortsatt, skepsis mot å innføre rettigheter. Til dels har det også vært skepsis mot å innføre forvaltningsrettslig terminologi på velferdsrettens område. Dette er brytninger som vi kan se ved utarbeidelsen av ny lovgivning og som også kommer til syne i debatten om barn skal ha rettskrav på barneverntjenester. Fordelene med rettskrav kan sammenfattes under paraplyen «rettssikkerhet». Ettersom det normalt er en oppfatning om at rettssikkerhet er et gode, er det av interesse å se hvilke motargumenter som er fremført for at barn ikke skal ha rettskrav på barneverntjenester. Et formål med å identifisere hovedargumentene mot å rettighetsfeste barnevernlovgivningen, er å undersøke holdbarheten i argumentasjonen. Dersom den ikke er holdbar, er det spørsmål om argumentasjonen kan vendes om og være til barnets fordel. Det leder imidlertid til spørsmålet om barns rettslige stilling i så tilfelle vil bli styrket eller om det foreligger andre faktorer som må vurderes nærmere.

3 Fremførte argumenter mot rettighetsfesting av barneverntjenester

3.1 Innledning

I dette punktet vil jeg klargjøre argumentene som har vært benyttet mot rettighetsfesting og vurdere deres rettslige styrke. Etter å ha gjennomgått forarbeidene til barnevernloven, inkludert forarbeider til endringslover, stortingsmeldinger og utredninger som offentlige utvalg har avgitt som omhandler barnevernområdet, fremtrer et tydelig skille. Nesten uten unntak kommer argumentene mot rettighetsfesting fra departementsnivå. Offentlig oppnevnte utvalg har derimot ment at det er behov for å gi barn rettskrav på barneverntjenester. I tillegg er det fra juridiske og andre fagmiljøer argumentert for rettighetsfesting. Argumentene mot rettighetsfesting har jeg plassert i fire hovedgrupper; hensynet til det kommunale selvstyret, at rettighetsfesting kan bety «rett til tvang», at «sterke barn» vil trumfe behovene til barn som er svakere stilt, og at rettsregelen vil ha en skjønsmessig utforming.

[side 321]

3.2 Hensynet til kommunene

Det foreligger en åpenbar spenning mellom enkeltpersoners rettskrav på kommunale tjenester og det kommunale selvstyret. På den ene siden er velferdsordningene basert på at det skal være en nærhet mellom tjenesteyternivået og tjenestemottaker, noe som taler for at det er kommunene som skal ha ansvar for å tildele og utføre tiltak til personer som har rettskrav på tjenester. Det er kommunene som

lettest kan få oversikt over de generelle oppvekstforholdene for barn, og som kan iverksette tiltak for å hindre at barn blir utsatt for omsorgssvikt eller at det oppstår rus- eller kriminelle miljøer som tiltrekker seg barn, se barnevernloven [§ 3-1](#). På den andre siden betyr flere pålagte kommunale plikter at kommunens handlefrihet innskrenkes. Fra statlig side kan det være ønske om å skape likeartede tjenester som samsvarer med kvalitets- og kvantitetsstandarder. I så tilfelle må kommunene pålegges plikter gjennom lov, noe som begrenser kommunenes generelle mulighet til å gjøre prioriteringer og til å gjøre det de mener er nødvendig av lokale tilpasninger. Som en direkte virkning av de statlige forpliktelser som følger av Grunnloven og Barnekonvensjonen, kan ikke kommunene ha fullstendig handlefrihet når det gjelder tiltak overfor barn. Utfordringen er å finne en balanse mellom oppnåelse av statlige forpliktelser og målsettinger, og at kommunenes selvstyre ikke begrenses unødvendig.

Barne- og familiedepartementet har i Stortingsmelding om barne- og ungdomsvernet fra 2002 vist til at kommunene har behov for å gjøre prioriteringer. Ut fra den sammenhengen uttalelsen er gitt i, er det ikke klart om prioriteringsproblematikken inntre i spørsmålet om det skal iverksettes tiltak overfor barn, og/eller om det gjelder spørsmålet om *hvilke* tjenester som skal gis. Det er heller ikke klart om økonomiske prioriteringsbehov er innbefattet. Imidlertid er det ikke vanskelig å se at kommunenes ønske om å foreta prioriteringer kan foreligge i flere sammenhenger. Økonomiske hensyn har imidlertid begrenset gyldighet, fordi staten har et ansvar for å gjennomføre rettigheter barn har etter Grunnloven og Barnekonvensjonen. Derfor må staten stille visse krav til kommunenes utføring av barneverntjenester, men samtidig må staten bidra til at kommunene har økonomisk styrke til å gjennomføre forpliktelsene.

[side 322]

Et ønske om å gjøre økonomiske prioriteringer, bunner normalt i et ønske om å holde kostnadene nede. At departementet fremhever kommunenes prioriteringsbehov, gir usikkerhet med hensyn til om kommunenes stemme har overdøvet hensynet til å sikre barn nødvendige barneverntjenester på en så rettslig effektiv måte som mulig. Tilsvarende argumentasjon fra departementet er ikke benyttet de senere årene.

3.3 «Rett til tvang»

Barneverntiltak kan bety inngrep i rettigheter. For eksempel er det inngrep i retten til familieliv og barns rett til å vokse opp med sine foreldre som nærmeste omsorgspersoner, når barnevernet overtar den daglige omsorgen for et barn. Det samme gjelder når et barn blir tvangsplassert på grunn av alvorlige atferdsvansker. Daværende Barne- og familiedepartementet har vært av den oppfatning at det er unaturlig å gi rettskrav på tjenester som kan medføre bruk av tvang. Å gi rettskrav på tjenester som i neste omgang kan føre til at tjenestene blir gitt med tvang, er altså etter departementets oppfatning en selvmotsigelse. Rettskrav på tjenester er et gode, mens tvang er å anse som et negativt rettslig fenomen. Denne argumentasjonen gir grunn til å se hen til andre deler av velferdslovgivningen.

En person kan ha rettskrav på spesialisthelsetjenester, men ønsker ikke den type helsetjeneste som helsepersonell mener det er behov for. Rettskravsposisjonen forhindrer ikke tvungen innleggelse i psykisk helsevern, eller at en som er frivillig innlagt i psykisk helsevern blir møtt med tvangsmidler. Ei heller er rettskrav på kommunale helse- og omsorgstjenester til hinder for at tvangstiltak **[side 323]** blir benyttet overfor personer uten samtykkekompetanse som motsetter seg helsehjelp. Videre er det grunn til å peke på at lovgiver ikke en gang anser det for å være tvang om et barn under 16 år blir innlagt i psykisk helsevern mot barnets vilje, fordi det rettslige grunnlaget for innleggelsen er foreldrenes

samtykke. Det er dermed ikke stringens i lovgivers argumentasjon. For et barn gir det høyere grad av forutsigbarhet og vern mot urettmessige inngripende tiltak, om lovgiver stiller opp materielle vilkår for inngrep i en rettighet, enn om inngrep kan bli gjort uten nærmere vilkår.

Befring-utvalget foreslo at rettskrav kun skulle gjelde for frivillige tjenester. Reguleringsmåten i andre deler av velferdslovgivningen, taler som vist ovenfor, mot et slikt skille. Dessuten er det et spørsmål om på hvem sin hånd frivilligheten skal ligge. Barnevernsaker har tre parter; barnet, foreldrene og barneverntjenesten. Foreldrene og barnet har nødvendigvis ikke sammenfallende oppfatning av tiltakets godhet. Det som er et gode for den ene, kan være et inngrep for den andre. Derfor er det lite formålstjenlig å skape et skille mellom frivillige og tvungne tiltak når det gjelder rettskrav på denne typen tjenester. Av hensyn til både foreldrenes og barnets rettsikkerhet er det derimot vesentlig hvilke materielle og prosessuelle betingelser som er stilt, for å demme opp for spenningen mellom barnets rettigheter og foreldrenes. Dette må lovgiver ta hensyn til i sin utforming av rettsreglene. Problematikk er så vidt jeg kan se, ikke diskutert av lovgiver i sammenheng med spørsmålet om det skal gis rettskrav på barneverntjenester.

3.4 «Sterke barn» kontra ressursvake barn

Med «sterke barn» sikter jeg til barn som evner å argumentere for sin sak og som derved kan tydeliggjøre sitt behov for barneverntiltak. Noen barn stiller med et dårligere utgangspunkt i så måte, enten på grunn av alder, umodenhet eller fordi livsbetingelsene de har levd under gjør at de ikke har forutsetninger for å se alternative omsorgsformer. Barne- og familiedepartementet har hevdet at en rettighetsfesting kan føre til at de mest ressurssterke av barnevernets barn vinner frem, [side 324] mens de mest vanskeligstilte kommer dårligst ut. Det er en argumentasjon som i utgangspunktet er vanskelig å forstå. Dersom et barn oppfyller vilkårene for å ha rettskrav på tjenester, er det uten betydning om barnet er såkalt ressurssterkt eller tilhører de mest vanskeligstilte. Et annet spørsmål er hvordan et rettskrav skal fremmes, og hvem som skal fremme det – barnet eller foreldrene. Dette spørsmålet kommer jeg tilbake til i [punkt 4](#).

Også i denne sammenheng kan det være nyttig å trekke en parallell til andre deler av velferdslovgivningen. Det er åpenbart at personer som har rettskrav på kommunale helse- og omsorgstjenester eller spesialisthelsetjenester fra de statlige helseforetakene, har høyst varierende personlige forutsetninger. Lovgiver har ikke sett det som hinder for rettighetslovgivning, tvert imot – rettighetslovgivning betyr at den enkelte ikke skal kjempe for sin rett.

3.5 En skjønnsmessig regel

Fra lovgiverhold har et tilbakevendende argument mot rettighetsfesting vært at rettsregelen ikke kan formuleres entydig. Allerede Sosiallovutvalget påpekte dette i de første forarbeidene til barnevernloven av 1992. Utvalget mente at det er vanskelig å gi rettskrav på tjenester når det er problematisk å angi kriteriene for når kravet inntrer, men kom likevel til at rett til visse typer sosiale tjenester burde lovfestes. Utvalgets diskusjon omfattet imidlertid ikke barns rett til barneverntiltak. I den første proposisjonen til barnevernloven kom det daværende Sosialdepartementet til at rettsikkerhetshensyn talte for rettighetsfesting for personer som ikke kan dra omsorg for seg selv, men viste til utfordringen med skjønnsmessige kriterier. Departementet avgrenset denne gruppen til de som har behov for sosial hjelp; praktisk og økonomisk. At hensyn til barns rettsikkerhet kan tale [side 325] for rettighetsfesting av barneverntjenester, er ikke berørt. Daværende Barne- og familiedepartementet foretok i sin

proposisjon til barnevernloven en ny vurdering av om det skulle gis rett til tjenester. Igjen ble det vist til problemet med at kriteriene vil være skjønnsmessige, og at det vil være vanskelig å si hva rettskravet skal bestå i. Departementet har fastholdt sitt syn både i senere stortingsmelding og i proposisjon til endringer i barnevernloven.

På departementsnivå er det skepsis mot rettighetsfesting fordi rettsregelens vilkårs- og virkningsside vil forde utøving av skjønn. Til tross for disse gjennomgående problemene som foreligger når det skal gis rettskrav på tjenester, har lovgiver kommet til at rettssikkerhetshensyn tilsier at visse grupper skal ha rettskrav på ytelser eller tiltak.

Det kan synes som om det er trukket et uartikulert skille mellom barn og voksne, til tross for at begge kan være i et avhengighetsforhold for å få omsorg. Styrken i departementets argumentasjon svekkes av deres eget argument om at rettssikkerhetshensyn taler for at person som ikke kan dra omsorg for seg selv, bør være i en rettighetsposisjon. Det er vanskelig å se for seg at noen er uenig i at små barn ikke kan ta ansvar for egen omsorg, og dermed står i et avhengighetsforhold til voksne ansvarlige personer. Men det samme kan gjelde større barn. Barn trenger ikke bare omsorg for å få dekket sine basale fysiologiske behov, men også for å oppnå en personlig utvikling som gir dem mulighet for et selvstendig liv som voksne, noe som er av klar samfunnsmessig interesse. Dessuten er det grunn til **[side 326]** å peke på at også barn kan ha rett til kommunale helse- og omsorgstjenester og spesialisthelsetjenester, selv om disse rettighetsbestemmelsene er skjønnsmessige både hva gjelder tildeling og utmåling. For barn med funksjonsnedsettelse er det aktuelt å tilby kommunale omsorgstjenester, jf. helse- og omsorgstjenesteloven [§ 3-2](#) første ledd nr. 6. Dette er tjenester som tildeles fordi barnets omsorgsbehov atskiller seg fra jevngamles behov, hvilket gir foreldrene en merbelastning. Dette er imidlertid også tjenester som blir tildelt som følge av at foreldrene ikke evner å utøve normal omsorg for sitt barn, selv om tjenestene iverksettes med foreldrenes samtykke. Barn kan dermed ha rettskrav på omsorg etter ett regelverk, men ikke etter det regelverket hvis formål er å sikre at barn får nødvendig hjelp og omsorg til rett tid.

3.6 Oppsummering og videre problemstilling

De foregående punktene viser at argumentene mot rettighetsfesting av barneverntjenester har begrenset styrke. Det er for mange eksempler i andre deler av velferdslovgivningen på at tilsvarende argumenter ikke har forhindret at andre persongrupper er tildelt rettskrav på tjenester. Betydningen av det siste argumentet, at en rettighetsbestemmelse vil være en skjønnsmessig bestemmelse, er det grunn til å se noe nærmere på. Departementet har trukket frem en vesentlig problemstilling, men har utforsket den ufullstendig. Blant de spørsmål som det er grunn til å stille, er hvilke andre forutsetninger som må være til stede for at en skjønnsmessig rettighetsbestemmelse skal nå sitt formål. Og hvordan disse forutsetningene påvirkes dersom et barn er innehaver av rettigheten.

4 Regelverkskonstruksjonen

4.1 Rett til «nødvendige» barneverntjenester, en svak rettighet

Departementet har uten videre diskusjon eller eksempelbruk lagt til grunn at en «rett til»-bestemmelse vil ha en skjønnsmessig karakter. Med unntak av Flatø-utvalget har jeg ikke funnet noen som har kommet med et konkret forslag til regelutforming. Flatø-utvalget foreslo å gjøre loven til en rettighetslov ved å endre **[side 327]** ordlyden i formålsbestemmelsen. Ifølge barnevernloven [§ 1-1](#) første strekpunkt

er lovens formål å sikre at barn «får nødvendig hjelp og omsorg til rett tid». En omformulering av denne ordlyden til en «rett til»-bestemmelse, vil gi en bestemmelse med stor likhet med rettighetsbestemmelsene i pasient- og brukerrettighetsloven.

I henhold til pasient- og brukerrettighetsloven [§ 2-1 a](#) andre ledd og [§ 2-1 b](#) andre ledd har en person rett til henholdsvis «nødvendige helse- og omsorgstjenester» fra kommunen og «nødvendig helsehjelp» fra spesialisthelsetjenesten. Begge bestemmelsene er aldersnøytrale. Barn har dermed i utgangspunktet samme rettigheter som voksne.

Bestemmelsene er utformet slik at det er behovet, derav ordlyden «nødvendig(e)», som er det avgjørende vurderingskriteriet. Vurderingstemaet som følger av ordet «nødvendig(e)» er viser både til *om* det foreligger en rettighetsposisjon og *hva* som skal utmåles av tiltak. Spørsmålet er dermed hvilket behov personen har for tjenester, og hvilke tjenester og hvilket omfang det er behov for. At dette er en bestemmelse med stort skjønnsrom hva gjelder rettsanvendelses- så vel som forvaltningsskjønnet, er det lite tvil om. Riktignok følger det av pasient- og brukerrettighetsloven [§ 2-1 b](#) andre ledd andre setning nærmere vilkår for å inneha et rettskrav. Dessuten er det gitt bestemmelser i forskrift som ytterligere trekker opp grensen mellom de som omfattes av rettigheten og de som faller utenfor. Ved at lovgiver har angitt flere vurderingsmomenter i grensedragningen, ligger det an til større grad av likebehandling og forutsigbarhet enn hva som følger av tvillingbestemmelsen i samme lov [§ 2-1 a](#) andre ledd.

Imidlertid er det spørsmål om flere vurderingsmomenter medfører at det er enklere å avklare om det foreligger rettighetsposisjon overfor spesialisthelsetjenesten enn overfor kommunal sektor. Med andre ord er det spørsmål om vurderingsmomentene leder til at spesialisthelsetjenestens skjønnsrom innsnevres på en måte som styrker pasienten/barnets rettslige stilling. Formålet med de utfyllende reglene er flerdelt. Fra lovgivers side har det vært et ønske å styrke pasienters posisjon overfor helsetjenesten, ved at særlig svake grupper skal få klarhet i sine rettigheter. Dessuten er et uttalt formål å fordele det godet helsehjelp er. Etterspørselen [**side 328**] etter helsetjenester er stor og det er nødvendig å foreta prioriteringer. Dette er en problemstilling som ikke bare gjelder for helsetjenester, men for velferdstjenester generelt. All den tid de utfyllende reglene har en dobbel funksjon, kan funksjonen med hensyn til fordeling lett få en dominerende stilling i en situasjon med press på tjenestene. Følgelig kan vi ikke uten videre legge til grunn at om barnevernloven får en rettighetsbestemmelse med et nødvendighetsvilkår, eventuelt i kombinasjon med andre vurderingsmomenter, så vil det lede til at barn får en sterk rettslig stilling overfor barneverntjenesten.

Tvert imot er det grunn til å tro at en rettighetsbestemmelse utformet som «rett til» nødvendige tjenester, må karakteriseres som en svak rettighet. Dette synspunktet er også hevdet av flere juridiske forfattere som har påpekt at en rettsregel som innebærer skjønnsutøvelse både på vilkårs- og utmålingssiden, gir svake rettigheter. En annen utfordring med en rettighetsbestemmelse av stor skjønnsmessig karakter, er at den må være slik at den ivaretar befolkningens tillit til tjenestene og fremtrer som etisk holdbar. Med andre ord at befolkningen har tillit til at de som faktisk har behov for tiltak, får sitt behov dekket.

Barns rett til opplæring, jf. opplæringsloven [§ 2-1](#) fremstår umiddelbart som en sterk individuell rettighet. Det er ingen vurdering av om barnet har en rettighet, noe som er en direkte følge av at barn ikke bare har «rett», men også «plikt» til opplæring. Når det gjelder innholdet i rettigheten, er den nærmere utdypet i lovens [§ 2-3](#) første ledd, av forskrift, av nasjonale læreplaner og av kommunale planer. I utgangspunktet har dermed barn en sterk rettighet. Hvis barnet derimot har behov for det loven omtaler som spesialundervisning, se opplæringsloven [§ 5-1](#) første ledd, er det mer uklart hva den individuelle rettigheten består av. Det må fremsettes krav og det skal gjøres en skjønnsmessig vurdering

av om det foreligger en rettighet og hva denne i så fall inneholder. Opplæringsloven [§ 5-1](#) andre ledd angir flere vurderingsmomenter til den skjønsmessige vurderingen.

Bildet som avtegner seg er at de delene av velferdslovgivningen (pasient- og brukerrettighetsloven og opplæringsloven) som gir individuelle rettigheter til barnegrupper som er i en mer utsatt posisjon enn andre som følge av sykdom eller funksjonsnedsettelse, i stor grad inneholder bestemmelser av skjønsmessig karakter. Dette medfører at rettighetene forutsetter et omfattende forvaltningsskjønn. Dertil er det begrensninger i muligheten for overprøving av forvaltningsskjønnet. Det gjelder **[side 329]** både myndigheten til statlige klageorgan og domstolene. Det understreker at en «rett til»-tiltak fra barneverntjenesten kan bli en svak rettighet.

Det er nærliggende å anta at en rett til barneverntjenester vil få en utforming som den som er skissert ovenfor, all den tid det er denne lovgivningsformen som er benyttet andre steder i velferdslovgivningen og det er vanskelig å se for seg en bestemmelse som klart avgrenser barn som har rettskrav på tiltak fra barneverntjenesten. I så fall vil det være en kasuistisk lovbestemmelse, noe det ikke er praksis for i norsk rett, på grunn av de åpenbare svakheter. Følgelig foreligger det begrensede valg med hensyn til hvordan regelen kan være utformet, slik at departementet må sies å ha rett i sin påstand om at en rettighetsbestemmelse vil være lite klargjørende.

4.2 Rett til «nødvendige» tjenester – den faktiske siden

Begrepet «nødvendig» har en rettslig og faktisk side. Den rettslige siden er omtalt i forrige punkt. Når det gjelder den faktiske vurderingen av hva som er «nødvendig» hjelp og omsorg for et barn, beror den i stor grad på en barnevernfaglig vurdering. Det fordrer at det foreligger solid barnevernfaglig kompetanse og at det er konsensus om denne. Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet har imidlertid uttalt at kompetansen i barnevernet er for svak, og at det påvirker vurderingene av når tiltak skal igangsettes og hvilke tiltak som skal anvendes. Mangelen på forskningsbasert kunnskap leder til at det er stor variasjon mellom hvilken opplæring som blir gitt ved institusjonene som utdanner ansatte i barneverntjenesten. Dermed er det sprikende kunnskap og kunnskapsnivå hos dem som skal foreta de skjønsmessige vurderingene.

Avgjørelsen av om et barn har «rett til» «nødvendige» barneverntjenester skal tas etter en individuell og konkret barnevernfaglig vurdering. Når det generelle kunnskapsgrunnlaget er mangelfullt, påvirker det muligheten for å oppnå likebehandling og forutsigbarhet. Dermed er det grunn til å anta at det på barnevernområdet **[side 330]** vil være vanskeligere å oppnå en tilsvarende målsetting som lovgiver vektla ved rettighetsfesting av helse- og omsorgstjenester. Et argument som kan tale mot rettighetsfesting, er følgelig det svake barnevernfaglige kunnskapsgrunnlaget.

Den faktiske bedømmelsen av hva som følger av nødvendighetsvilkåret, står dermed svakere sammenlignet med for eksempel helsetjenesten der det over lengre tid er bygd opp kunnskap, og der denne bidrar til å klargjøre når god praksis tilsier at det er «nødvendig» med helsehjelp. Til tross for at rettighetsbestemmelsen i pasient- og brukerrettighetsloven [§ 2-1 b](#) andre ledd første setning, er nærmere normert, og det medisinske fagmiljøet har utarbeidet faglige retningslinjer som skal anvendes når det tas stilling til om en pasient har rett til helsehjelp, er det klare forskjeller i vurderingen av rettighetsspørsmålet. Forskning har vist at verken en nærmere rettslig normering eller faglig normering, bidrar til den grad av likebehandling som kunne forventes. Lovgivers målsetting om å skaffe befolkningen lik tilgang til grunnleggende helsetjenester, nås ikke fullt ut med regelverksutforming basert på et nødvendighets-kriterium. Rettigheten forblir svak til tross for helsefaglig normering av

innslagspunktet for rettigheten. Disse forskningsfunnene indikerer at verdien av en rettighetsbestemmelse svekkes desto større grad av usikkert det er med hensyn til hva som følger av rettigheten.

4.3 Virkninger av skjønnsmessig rettighetsbestemmelse

Som følge av at det fra barnevernfaglig side vil være liten grad av hjelp til å normere innholdet i kriteriet, gir det begrunnet frykt for at en slik rettighetsbestemmelse vil være svakere enn hva som gjelder for helse- og omsorgstjenester med tilsvarende utforming.

Departementet har i sin argumentasjon mot rettighetsfesting av barneverntjenester verken kommentert rettslige eller faktiske sider av en bestemmelse som gir «rett til» «nødvendige» barneverntjenester. Sammenhengen mellom forsømmelsen [**side 331**] av å utvikle et faglig fundert barnevern og vanskene med å virkeliggjøre barns rett til omsorg og utvikling, blir dermed ikke påpekt. For barn gir det dobbel negativ effekt – manglende kompetanse hos tilsatte i barnevernet fører til at grunnlaget for rettighetsfesting er svekket. Departementets begrunnelse for at en rettighetsbestemmelse vil være så skjønnsmessig at den ikke løfter barns rettslige stilling i nevneverdig grad, er følgelig korrekt. Et mangelfullt faglig kunnskapsgrunnlag, kan videre medføre at departementet har rett i sin bekymring om at en skjønnsmessig rettighetsbestemmelse er egnet til å gi «sterke barn» et fortrinn. Uklarhet med hensyn til når barn har rett til nødvendige barneverntiltak og hvilke tiltak som i så tilfelle er nødvendige, kan bety at det er desto viktigere hvordan det blir argumentert for barnets behov. Barn som ikke selv kan fremme sin sak eller som ikke har en egnet representant, står i fare for å komme dårlig ut.

Et vidt skjønnssrom er dessuten egnet til å kamuflere hvilke hensyn som det blir lagt vekt på, slik at rettigheten svekkes. I den forvaltningsmessige prosessen frem til en konklusjon med hensyn til om det foreligger «rett til» barneverntjenester, foreligger det rettssikkerhetsmessige utfordringer. Selv om det gjelder både ulovfestede og lovfestede regler for hvilke hensyn som det lovlig kan legges vekt på, sikrer ikke det alene mot at det blir lagt vekt på hensyn uten tilstrekkelig faglig relevans. Den ulikhet som foreligger mellom hvordan kommunene tolker og anvender barnevernloven, vil ikke forhindres ved en skjønnsmessig rettskravsbestemmelse. Erfaringen som er gjort på helse- og omsorgsfeltet tilsier det. Barneverntjenestene har ikke bare en utfordring med hensyn til at det er mangel på kvalifisert barnevernfaglig personell, men også fordi de i mange tilfeller er små virksomheter. Det gir en begrenset diskusjonsarena og utfordringer med hensyn til faglig utvikling. En faglig lite robust tjeneste står i fare for å komme dårlig ut når det skal gjøres økonomiske prioriteringer mellom alle de oppgaver kommunene er tildelt. Uansett om barn får tildelt en materiell rettighet av skjønnsmessig karakter, vil kommunen fortsatt gjøre sine prioriteringer. Det påvirker hvilke tjenester barn får og i hvilket omfang.

Ett av de hensyn som skal trekke opp rammen for skjønnsutøvelsen, er det overordnede kravet til forsvarlighet, se barnevernloven [§ 1-4](#). I fagmiljøet må det være enighet om hvordan den minstenormen som forsvarlighetskravet utgjør, skal trekkes og det kan by på utfordringer med begrensninger i den barnevernfaglige kunnskapen. En videre følge av at det ikke er en entydig faglig oppfatning om rammene for de barnevernfaglige vurderingene, er at det heller ikke er klart hva [**side 332**] som kan etterprøves. Skjønnsvurderingen kan dermed få karakter av en lukket prosess, noe som en kommune kan gjemme seg bak. Den åpenhet som normalt etterstrebes ut fra rettssikkerhetshensyn, kan være begrenset.

Ut fra et velferdspolitisk ønske om å fremheve og trygge barns grunnleggende rett til omsorg, og rettssikkerhetshensyn om å skape likhet og forutsigbarhet, vil rettighetsfesting være en gevinst.

Imidlertid er det berettiget å stille spørsmål ved om en rettsregel konstruert på den antydende måten, reelt vil styrke barns rettslige stilling. Når rettighetsbestemmelsen i seg selv er svak, leder det til et spørsmål om gjennomføring av rettigheten som avhenger av hvordan rettighetshaveren ivaretar sin rettslige posisjon.

4.4 Rettskrav – en individuell rettighet

En virkning av endringen fra en plikttilnærming til et rettsbeskyttet krav, er friheten til å avgjøre om rettigheten skal benyttes. Å ha en rettighet gir en frihet til å takke ja eller nei til den materielle rettigheten. Hvis ikke denne friheten foreligger, er det ingen rettighet. Ved å gi individuelle rettigheter flyttes vekten fra det offentlige plikter til en frihet for individet selv til å avgjøre om rettigheten skal benyttes. Det er i tråd med et liberalistisk, men også humanistisk perspektiv der respekten for individets selvbestemmelsesrett er grunnleggende. Barn har imidlertid ingen generell selvbestemmelsesrett, selv om de skal ha innflytelse over sitt liv.

Utgangspunktet om at rettighetsinnehaveren har anledning til selv å avgjøre om rettigheten skal kreves oppfylt, reiser to problemstillinger av grunnleggende karakter. Det ene er at det blir lagt til grunn at rettighetsinnehaveren har personlige forutsetninger for å utøve rettigheten, hvilket i utgangspunkt fordrer at det foreligger en selvbestemmelsesrett. Dernest er det spørsmål hvorvidt den frihet barn her kunne bli tildelt, ville krenke andre barnerettigheter. Dette spørsmålet drøftes i [punkt 5.2](#).

Når det gjelder forutsetningen om at en rettighetshaver selv tar stilling til hvordan rettigheten skal utnyttes, så inntreder det åpenbart andre rettslige spørsmål for barn enn for voksne. Det er i utgangspunktet ikke problematisk når et barn ber om å få iverksatt tiltak. Et barn som selv opplever sin livssituasjon slik at det er behov for støttende omsorgstiltak, har anledning til å be barneverntjenesten om at det gjennomføres tiltak. Denne adgangen foreligger etter dagens lovgivning. En henvendelse fra et barn er å anse som en melding etter barnevernloven [§ 4-2](#). [side 333] Barneverntjenesten har den samme plikt til å følge opp denne meldingen som hvilken som helst annen melding. Det som derimot er en ulempe med dagens lovgivning, er at barneverntjenestens avgjørelse om hvorvidt meldingen skal følges opp med en undersøkelsessak, jf. lovens [§ 4-3](#), ikke er ansett for å være et enkeltvedtak. Tilsvarende gjelder for det tilfellet at barneverntjenesten foretar undersøkelser, men ikke finner grunnlag for å igangsette tiltak. Dermed bortfaller den alminnelige klagerett som følger av barnevernloven [§ 6-5](#), ettersom den er knyttet til at det foreligger et enkeltvedtak. Imidlertid må barn både kunne anmode kommunen om ny vurdering og bringe spørsmålet inn for Fylkesmannen i dens funksjon som tilsynsmyndighet overfor kommunen. På dette punktet ivaretar ikke dagens lovverk barns rettssikkerhet på en tilfredsstillende måte.

En styrke ved at barn har rettskrav på barneverntiltak såfremt barnet selv ber om barneverntiltak, er at barnet vil være part i saken med derav følgende rettigheter. Imidlertid foreligger et skjær i sjøen – barnet kan ha behov for bistand til å utøve sine partsrettigheter. Som følge av sakens karakter vil ikke foreldrene, som i utgangspunktet er barnets rettslige representanter, uten videre være egnet for oppgaven.

Den mer problematiske situasjonen inntreder imidlertid når barn ikke ber om bistand til tross for at barnet etter en faglig vurdering, har behov for det, eller at barnet motsetter seg tiltak. Spørsmålet er dermed om barns rettslige stilling forbedres ved en bestemmelse om rettskrav på barneverntjenester. For det tilfellet at et barn ikke evner å se at det har et udekket omsorgsbehov eller at det ikke ønsker barnevernets involvering, så vil, slik dagens lovgivning er, i utgangspunktet barnets rettslige og faktiske

situasjon avhenge av hvordan foreldrene håndterer sitt foreldreansvar og rollen som barnets rettslige representant. Ved å gi barn rettskrav på tjenester og i forlengelsen av det, barnet frihet til å avgjøre om rettigheten skal kreves oppfylt eller ikke, reiser det spørsmål om foreldrene skal ha ansvar for å fremsette krav på vegne av barnet. Hvis verken barnet eller foreldrene tar initiativ overfor barneverntjenesten, aktualiserer det spørsmålet om involvering fra barneverntjenesten er å anse som en begrensning i den rettigheten barnet er tildelt. Med andre ord om barnevernets etablering av sak, uansett er å anse som et inngripende tiltak som derved fordrer et rettslig grunnlag.

Vi står altså overfor spørsmålet om det foreligger inngrep i en rettighet. Normalt utløser det en plikt til å balansere det som er formålet med inngrepet og de **[side 334]** virkemidler som benyttes. Ikke et hvert inngrep vil være berettiget. Den rettslige situasjonen kan dermed få likhetspunkter med hva som er situasjonen i dag, når foreldre ikke samtykker til barneverntiltak. I en situasjon der barneverntjenesten mener det er behov for tiltak, men foreldrene benytter seg av sin frihet til å takke nei, kan det stoppe barneverntiltak. Dermed iverksettes ikke tiltak så tidlig som ønskelig. Situasjonen må altså nå et alvorlighetsnivå for å gjøre inngrep i den frihet som følger av et rettskrav.

Grunnloven [§ 104](#) og bestemmelser i Barnekonvensjonen pålegger staten ansvar for å sikre at alle barn får faglig forsvarlig omsorg og beskyttelse, ikke bare de som selv ønsker det. I fall en barnevernfaglig vurdering tilsier at det er behov for tiltak, vil gjennomføring av tiltak mot barnets ønske, bety en krenkelse av den frihet barnet i utgangspunktet er tildelt. Det aktualiserer spørsmålet om når det foreligger tvang overfor barn og dermed hvilke krav som må stilles til hjemmelsgrunnlaget for å iverksette tiltak som barn selv ikke ønsker. Denne situasjonen leder inn på det som departementet har omtalt som «rett til tvang». Gjeldende barnevernlov skiller mellom frivillige og tvungne tiltak, men det er foreldrenes holdning som er avgjørende for spørsmålet. Barnets motstand mot iverksettelse av hjelpetiltak eller omsorgsovertakelse, har ingen rettslige virkninger. Kun når barnet har alvorlige atferdsvansker, er det av direkte rettslig betydning om barnet samtykker til eller motsetter seg tiltak. Departementets synspunkt anskueliggjør dermed en problematikk som vi kan komme til å stå overfor. Intensjonen med barnevernet som institusjon er å sikre alle barn nødvendig omsorg. Hva barnet selv mener om sin situasjon, er av essensiell betydning, men skal ikke være avgjørende for om barneverntiltak er berettiget. Barn har ikke generell selvbestemmelsesrett med hensyn til om barneverntiltak skal gjennomføres, fordi velferds- og beskyttelseshensyn har forrang. Å tilføre barn individuelle rettigheter kan dermed lede til at velferds- og beskyttelseshensyn får en mindre fremtredende stilling, til tross for at det er disse hensynene som det er ønske om å styrke. En debatt som er velkjent fra andre rettsområder der det foreligger rettskrav på tjenester, er hvor minstenormen skal **[side 335]** ligge. Kommunepolitikerne skal forholde seg til økonomiske rammer og ønsker derfor ofte å holde tjenestene på et minstenivå. Gjeldende barnevernlov pålegger kommunen plikt til å sørge for å utføre de oppgaver som følger av loven, se [§ 2-1](#) første ledd. Innfallsvinkelen til en ressursdebatt kan bli endret hvis det blir en rettighetslov, noe som også er egnet til å svekke velferds- og beskyttelseshensynene.

At barn får rettskrav på barneverntjenester, forhindrer dermed ikke fullt ut dagens utfordring ved at barn ikke får rett barneverntiltak til rett tid. Ei heller forhindrer en materiell rettighet, en interessekonflikt mellom barn og foreldre. Sammenlignet med barns rettskrav på helse- og omsorgstjenester etter pasient- og brukerrettighetsloven, foreligger en annen faktisk situasjon. Normalt sørger foreldre for at barn får dekket sine omsorgsbehov. Dersom barnets behov for helse- og omsorgstjenester fordrer mer enn hva foreldrene er kvalifisert for eller har kapasitet til å yte, sørger foreldrene for at barnet får oppfylt sine rettigheter etter helse- og omsorgslovgivningen. Gjør de ikke det, kan det gi grunnlag for barneverntiltak. Barnevernloven derimot bygger på en presumsjon om at foreldrene av en eller annen

grunn ikke gir barnet nødvendig omsorg, se lovens formålsbestemmelse, [§ 1-1](#) første strekpunkt. Det er mer påregnelig at det foreligger en konflikt mellom barnets og foreldrenes interesser når det gjelder tiltak fra barneverntjenesten, enn hva som er tilfellet etter den øvrige velferdslovgivningen, der interessekonflikten er mindre fremtredende.

4.5 Terskelen for god nok omsorg

Barneverntjenestens ansvar for å yte tiltak til barn inntreer når foreldrene ikke gir barna tilstrekkelig omsorg. Såfremt foreldrene ivaretar sitt foreldreansvar, inntreer ikke barneverntjenestens subsidiære ansvar. Det må legges til grunn at en «rett til» barneverntjenester følgelig vil aktualiseres når foreldrenes omsorg er under et visst minstenivå. Videre må det legges til grunn at det gjelder uansett om foreldrene samtykker til at det iverksettes tiltak eller ikke. Tiltak som gjennomføres med foreldrenes samtykke og uten at deres omsorg ligger under et definert minstenivå, vil rokke ved oppfatningen om at forvaltningen av offentlige ressurser skal fordeles etter likhetsprinsipper og at offentlige utgifter skal begrenses. Barns «rett til» barneverntjenester forutsetter dermed at foreldrene ikke klarer å gi tilstrekkelig og **[side 336]** forsvarlig omsorg. Utfordringen ligger i å trekke grensen mellom den forsvarlige og uforsvarlige foreldreomsorgen. Forsvarlighetsnormen er primært knyttet til de tiltak barnevernet gjennomfører, se § 1-4. Imidlertid har den også betydning for klargjøringen av når barnevernets tiltak er berettiget.

Dersom foreldreomsorgen holder en viss minstestandard, er den forsvarlig og barneverntiltak er irrelevante. Barneverntiltak må i utgangspunktet være nødvendige fordi barnet lever under uforsvarlig omsorg, hvis ikke vil de være i strid med retten til beskyttelse av familielivet etter EMK [artikkel 8](#). Det essensielle er derfor å klargjøre om omsorgssituasjonen er over eller under et visst minstenivå, for dermed å ta stilling til om barneverntiltak er nødvendige. Hvor denne grensen ligger, er ikke enkelt å besvare, ettersom dette ikke er en grense som er trukket i autoritative rettskilder. I lovteksten er det benyttet meget skjønnsmessige formuleringer, se eksempelvis [§ 4-4](#) andre ledd. Her følger det at hjelpetiltak kan igangsettes «når barnet på grunn av forholdene i hjemmet eller av andre grunner har særlig behov for det». Etter [§ 4-12](#) første ledd bokstav a kan en omsorgsovertakelse gjennomføres når «det er alvorlige mangler ved den daglige omsorgen barnet får». Den som skal anvende de siterte bestemmelsene, står overfor en tolkningsutfordring dersom barn får «rett til» tiltak og loven har uendret eller likeartet ordlyd. Forarbeidene til gjeldende barnevernlov inneholder ingen diskusjoner av hvordan grensen skal trekkes. Derimot er det sagt at det er begrenset hvor langt vilkårene som følger av lovteksten kan ivareta barn og foreldres rettssikkerhet. For å kompensere for denne svakheten er det blitt lagt vekt på å utforme saksbehandlingsregler som skal ivareta de private parters interesse. Så langt har ikke Høyesterett hatt til behandling denne type barnevernsspørsmål. Å trekke grensen for når foreldrenes omsorg er av en så dårlig kvalitet at minstenivået ikke overholdes, og at barnet dermed kan ha «rett til» tiltak, er overført til en barnevernfaglig og ikke primært rettslig vurdering. Hva en slik situasjon kan innebære, er beskrevet i [punkt 4.3](#).

[side 337]

I mange tilfeller er det klart hva som er uforsvarlig omsorg og tilsvarende hva som er alminnelig god omsorg. Men det er mange tvilstilfeller. Hvilke krav kan stilles til det kostholdet foreldrene tilbyr barnet? Er det en alvorlig mangel ved den daglige omsorgen om kostholdet fører til fedme og at barnet blir inaktivt? Og svikter foreldrene i sin daglige omsorg av barnet dersom foreldrene eksponerer barna sine på sosiale medier på en måte som barnet finner krenkende? Skal dårlige spisevaner og uvetting bruk av sosiale medier gi barnet «rett til» bistand fra barneverntjenesten? Også i dag kan barn henvende seg

til barnevernet og be om hjelp til å endre foreldrenes atferd. Problemet inntreer når foreldrene ikke frivillig vil etterkomme barneverntjenestens råd og veiledning. I motsetning til når personer har rett til helse- og omsorgstjenester, er det ikke bare det offentlige som er motpart. At barnet får «rett til» tiltak fra barnevernet, kan bety at det skal gjøres inngrep overfor foreldrene. Barnets «rett til» kan dermed ikke inntre før foreldrenes rett til beskyttelse av sitt familieliv ikke lenger har krav på vern, jf. EMK [artikkel 8](#) nr. 2. Barnets rettslige stilling vil følgelig ikke være vesentlig annerledes enn hva den er per i dag, muligens med unntak av på ett punkt. Slik gjeldende rett er, tilligger ansvaret for å følge med på barns oppvekstforhold generelt og spesielt til det kommunale barnevernet. En endring til at barn får en rettighetsposisjon, kan føre til at barneverntjenesten i større grad vil avvente en fremsettelse av krav om å få gjennomført en rettighet, slik hovedregelen er for helse- og omsorgstjenesten. Det kan bety en faktisk svekkelse av barnets rettslige stilling.

Utforming av individuelle rettigheter for barn byr på andre utfordringer enn hva som er tilfellet for voksne, særlig når det er en potensiell konflikt mellom barnets og foreldrenes interesser. Barns rettigheter skal ikke fremstå som proformarettigheter. Den rettslige posisjonen til barn skal bli reelt styrket. Usikkerheten knytter seg til om det best gjøres ved å tilkjenne individuelle rettigheter eller ved å styrke barns rettigheter på andre måter.

5 Barns rettigheter

5.1 Rett til omsorg og beskyttelse

En endring av barnevernloven til en regelverkskonstruksjon som den som er skissert foran, innebærer en annen balansering mellom kommunens plikter og barns rettigheter. Nåværende *plikttilnærming* blir redusert på bekostning av en *rett til* tilnærming. Følgelig er det tale om å gi en mer omfattende rettighet, enn å konkurrere **[side 338]** om ytelser. Ifølge gjeldende lovgivning har kommunen plikt til å identifisere når deres plikter overfor det enkelte barn inntreer på bakgrunn av den informasjon de mottar eller aktivt innhenter. Det følger av bestemmelsene i barnevernloven §§ [4-2](#) og [4-3](#). Kommunen står ikke fritt til å avgjøre innslagspunktet for når det skal ytes tiltak til barn, noe som er slått fast ved at flere kommuner er blitt pålagt erstatningsansvar som følge av mangelfull gjennomføring av tiltak. Til tross for at barn nå mangler en materiell rettighet som gir dem et rettsbeskyttet krav på barneverntjenester, så foreligger det en *rett* til omsorg og beskyttelse fra barneverntjenesten. Den rettigheten det er tale om, går utover en rett til å konkurrere om ytelser – kommunen har plikt til å iverksette tiltak når lovens vilkår er oppfylt. Lovens vilkår for når tiltak skal iverksettes, er imidlertid ikke tydelig formulert. Det gjelder særlig formuleringen i barnevernloven [§ 4-4](#) andre ledd:

«Barneverntjenesten *skal*, når barnet på grunn av forholdene i hjemmet eller av andre grunner har særlig behov for det, sørge for å sette i verk hjelpetiltak for barnet og familien.» (Min utheving.)

Mangelfull klarhet i når kommunen skal iverksette hjelpetiltak, er en virkning av at hjelpetiltak som hovedregel skal være basert på frivillighet fra foreldrenes side. I motsetning til omsorgsovertakelse som er regulert i [§ 4-12](#), der det følger langt klarere angivelse av barneverntjenestens plikter, så stiller legalitetskravet begrensede krav til regelens utforming. Det er når et tiltak er definert som et inngrep i rettigheter, at det stilles krav om hjemmel i lov og videre krav til hjemmelens klarhet. All den tid barn ikke er i besittelse av generelle selvstendige rettigheter, så vil iverksetting av tiltak for å bedre barns omsorgssituasjon, være et inngrep i foreldrenes rettigheter når de ikke samtykker til tiltaket. Det er bl.a. en følge av at retten til familieliv er beskyttet, jf. EMK [artikkel 8](#). Barn har imidlertid også rett til den samme respekt for sitt familieliv etter EMK [artikkel 8](#), i tillegg til den beskyttelse som følger av

Barnekonvensjonen [artikkel 16](#). Likevel kan barns [side 339] rettslige stilling vise seg å være svak i en kollisjon med foreldrenes rettigheter. Å gi barn materielle rettigheter for at de skal få et rettsbeskyttet krav på barneverntjenester, omhandler således ikke bare styrkning av barns rettslige posisjon overfor det offentlige, men også overfor foreldrene. Hvordan barns rettigheter skal balanseres mot foreldrenes rettigheter og det offentliges plikter, er det dog ikke et entydig svar på.

At barn har visse selvstendige rettigheter som staten er forpliktet til å beskytte, er klart. Det følger både av Grunnloven, særlig [§ 104](#), og av Barnekonvensjonen, se [artikkel 4](#) om statens ansvar for å gjennomføre de rettigheter som følger av konvensjonen. Blant de selvstendige rettigheter barn har, er retten til omsorg og beskyttelse, se Grunnloven [§ 104](#) tredje ledd og Barnekonvensjonen [artikkel 6](#). Statens ansvar inntreer når foreldrene svikter i sitt primære ansvar. Ordlyd og andre rettskilder peker i retning av at staten har en utvilsom plikt til å virkeliggjøre barns rettigheter ved å benytte ulike virkemidler. Det kan gjøres gjennom eksempelvis å gi lover som gir pålegg om at definerte institusjoner skal igangsette tiltak overfor barn når nærmere angitte vilkår knyttet til barnets situasjon foreligger. Det er ingen holdepunkter for at staten må gi barna materielle rettigheter. Tvert imot tilsier Grunnloven [§ 104](#) og Barnekonvensjonen [artikkel 6](#) at det dreier seg om overordnede rettigheter som er gitt fordi barn er i en mer sårbar rettslig og faktisk stilling enn voksne, og av den grunn skal staten sikre at disse rettighetene blir oppfylt. I det ligger at barn ikke selv skal fremsette krav om rettighetsoppfyllelse, det er statens ansvar å se til at barn får oppfylt sine rettigheter. Barns rettigheter har således noen andre karakteristika sammenlignet med voksnes rettigheter.

[side 340]

5.2 Barns rettigheter – noen særtrekk

5.2.1 Barns grunnleggende rettigheter

At barns rettigheter må ha en annen utforming enn voksnes rettigheter for reelt å styrke barns rettslige stilling, er en følge av det aldersmessige spennet «barn» utgjør. Med mindre annet følger av lov, er alle personer mellom 0 og 18 år barn i rettslig forstand. Dersom samme rettighetsbestemmelse skal ivareta rettighetene i aldersspennet mellom det sårbare og helt avhengige barnet, til det meget kompetente barnet, vil det påvirke utformingen av en rettighetsbestemmelse. Barns rett til omsorg og beskyttelse og gode utviklingsmuligheter, gjelder uavhengig av barnets alder og personlige kompetanse. Noen barn har innsikt i at deres situasjon bør endres, mens andre mangler det. I denne sammenhengen er ikke det avgjørende, men det er av betydning.

Barns grunnleggende rettigheter slik de følger av Barnekonvensjonen, kan inndeles i tre hovedgrupper; rett til omsorg og beskyttelse, rett til utvikling og rett til innflytelse. Tradisjonelt har barns rettigheter vært utformet som beskyttelsesrettigheter. Erkjennelsen av at barn også er kompetente og at så kan være tilfelle fra tidlig alder alt etter hva saken gjelder, har ført til at barn også er blitt tildelt utøvende rettigheter. I hvilken grad barn får utøve sin rett til innflytelse, avhenger normalt av barnets alder og modenhet. Av disse hovedgrupper av grunnleggende rettigheter, er retten til omsorg og beskyttelse den mest basale. Sammen med retten til utvikling kan disse rettighetene omtales som velferds- eller beskyttelsesrettigheter, [side 341] mens retten til innflytelse er en frihetsrettighet eller en utøvende rettighet. Ved en transformering av beskyttelses- eller velferdsrettigheter til frihetsrettigheter, forutsetter det at beskyttelses- eller velferdsrettighetene ikke svekkes. Følgelig er utfordringen ved utformingen av barnevernlovens bestemmelser å ta hensyn til at barn skal ha økende innflytelse på sitt liv, uten at det kommer i konflikt med andre av deres grunnleggende rettigheter.

Når en person når myndighetsalder, skjer det en vektforskyvning fra beskyttelses- og velferdsrettighetene til frihetsrettighetene. Retten til selvbestemmelse, også retten til å ta avgjørelser som utfra en faglig, objektiv vurdering fremstår som feilaktige, holdes høyt i et liberalt, demokratisk samfunn. Voksne personer har «rett» til å ta avgjørelser som svekker deres utviklingsmuligheter. Tilsvarende frihetsrettighet har ikke barn og skal heller ikke ha, fordi den fulle frihet til å velge bort omsorg og utviklingsmuligheter, betyr at barnet har fått overført hele ansvaret for eget liv, noe som strider mot barns særskilte menneskerettslig vern. Av Grunnloven [§ 104](#) første ledd første setning følger det at barn har krav på respekt for sitt menneskeverd. Det er en henvisning til at barn har den samme verdi som voksne. At barn har samme verdi, betyr imidlertid ikke at barn skal behandles likt med voksne. Tvert imot er det en henvisning til at barn har særlige behov som atskiller seg fra behovene til de fleste voksne. Som følge av at barn skal ha respekt for sitt menneskeverd og sin integritet, setter det rammer for lovgiver. Verdimeessig likestilling av barn og voksne betyr at de skal ha samme grunnleggende sivile og sosiale menneskerettigheter, men lovgivningen som sådan kan ikke være lik. Balansepunktet mellom barns velferdsrettigheter og frihetsrettigheter må derfor være annerledes enn for voksne. Å finne dette rette balansepunktet [side 342] er krevende som følge av det aldersmessige spennet som regelverket skal operere innenfor. På den ene siden skal barnets nåværende- og fremtidige situasjon trygges og på den andre siden skal barn respekteres fordi de blir eldre og mer innsiktsfulle. Men inntil barn blir myndige, er det ikke tvil om at staten har plikt til å trygge først og fremst de aller mest grunnleggende rettigheter barn har. Uten dette utgangspunktet står de mer grunnleggende rettighetene i fare for å bli diskriminert.

Barns rettigheter styrkes altså ikke ved at de får de samme rettigheter som voksne, og det er frihetsrettighetene som setter de klare begrensningene. Flere barnerettsforskere har påpekt dette. At barn har rettigheter, er et konsept som innebærer at barn skal få være barn. Å gi rettigheter som kan lede til ansvar, kan være en krenkelse av barnet.

5.2.2 Hensynet til barnets beste

Når lovgivning som retter seg direkte mot barns rettslige stilling skal utformes, er lovgiver forpliktet til å ta hensyn til barnets beste. Dette overordnede kravet til lovgivningen følger direkte av ordlyden i Barnekonvensjonen [artikkel 3](#). Ifølge [artikkel 3](#) nr. 1 skal hensynet til barnets beste være et grunnleggende hensyn for de lovgivende organer og etter nr. 2 skal staten foreta alle egnede lovmessige tiltak for å sikre barn beskyttelse og omsorg. Også formuleringen i Grunnloven [§ 104](#) andre ledd der det henvises til at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn ved alle handlinger og avgjørelser som gjelder barn, underbygger dette utgangspunktet. [side 343] Prinsippet om at det må tas hensyn til barnets beste, gir imidlertid ikke noe svar på hvordan lovgivningen skal være utformet. Prinsippet sentrale funksjon er å promotere barns grunnleggende rettigheter i møte med voksnes rettigheter. Dessuten har prinsippet en side mot barnet selv, ved at lovgiver skal sikre at barn ikke undergraver andre av sine rettigheter. Det er en konsekvens av at det ikke er noen hierarkisk ordning mellom rettighetene som følger av konvensjonen, alle rettighetene skal respekteres for å sikre barns integritet. Hensynet til barnets beste tilsier dermed at lovgivning som gjelder barn må utformes på en annen måte enn den som gjelder voksne. En lovgivning som direkte retter seg til barns situasjon, slik som barnevernlovgivningen, må dermed være utformet på en måte som sikrer oppfyllelse av alle rettigheter uten hensyn til hvordan barnet stiller seg. Dersom en lovgivning skal være utformet slik at det avgjørende for oppfyllelse av en rettighet er at det blir fremsatt krav om oppfyllelse, må det foretas en forholdsmessighetsvurdering. Begrunnelsen for at barn gis en frihetsrettighet som kan kollidere med beskyttelsesrettighetene, må ha desto større tyngde, jo større interesse som er knyttet til omsorg og beskyttelse. Dermed kan ikke barns

fremtidige utvikling bli satt i fare ved at barn selv kan påvirke om barneverntiltak skal gjennomføres. Et alternativ for å fremme barnets økende personlige kompetanse, kan være å innføre en regel som gir barn rettigheter etter en «objektiv» vurdering av deres personlige kompetanse. En slik rettsregel er imidlertid egnet til å by på konfliktsituasjoner. Alder og modenhet følger ikke alltid samme utviklingskurve. Det kan være vanskelig å forsvare at ett barn har kompetanse til å avgjøre om krav om barneverntjenester skal fremsettes, mens et annet barn ikke har det. Selv om et barn objektivt fremstår som tilstrekkelig modent til å utøve en slik frihetsrettighet, vil barnet normalt være i et avhengighetsforhold til voksne. Følgelig er det ikke sikkert at det er barnets egen frie mening som kommer til uttrykk. En av årsakene til at det må utvises forsiktighet med å gi barn frihetsrettigheter når det gjelder vurderingen av omsorgsnivået er at forholdet mellom barn og foreldre er så nært sammenvevd.

[side 344]

6 Styrking av retten til omsorg uten å formulere den som et rettskrav

Å gi den private part en materiell rettighet i form av rettskrav, vil normalt styrke den rettslige stillingen overfor det offentlige. Dette kan betegnes som den *individuelle* siden av problemstillingen. Den private parts stilling er sterkest når den materielle rettigheten er utformet på en klar og tilgjengelig måte som gir forutsigbarhet og som bidrar til likebehandling. Respekten for den personlige integritet tilsier at den private part selv avgjør om rettigheten skal forfølges og for det tilfellet at det er konflikt mellom flere rettigheter, hvilken som skal prioriteres. Når det er vanskelig å angi en rettighet på en måte som klargjør rettsstillingen, peker det i retning av en svak rettslig stilling. Tilsvarende er tilfellet fordi barn i utgangspunktet ikke har rett til å avgjøre om det skal fremsettes krav om gjennomføring av en rettighet. Ei heller er det barnet som rettighetshaver som avgjør hvordan en situasjon med kollisjon mellom rettigheter, skal håndteres. Spørsmålet som ble stilt innledningsvis om barns rettslige stilling vil styrkes ved en rettighetsfesting av barneverntjenester, bør derfor besvares med nei. Imidlertid eksisterer fortsatt den faktiske og rettslige årsaken til at spørsmålet ble stilt. Det gjenstående spørsmålet er derfor *hvordan* barns rettigheter skal være utformet for reelt å styrke barns rettslige stilling.

Diskusjonen må ta utgangspunkt i at barn har rettigheter, noe som fremgår av Grunnloven og i konvensjoner inntatt i menneskerettsloven. At dette er reelle rettigheter, følger av statens plikt til å oppfylle disse. Dette kan betegnes som den *kollektive* siden av problemstillingen. Den rettslige utfordringen ligger i hvordan rettighetene mest mulig effektivt skal styrkes og beskyttes. Det er av betydning for gjennomføringen av det individuelle barns rettigheter, men også for samfunnet som fellesskap. Samfunnet, i alle fall et velferdssamfunn, er avhengig av at alle borgerne bidrar i utviklingen av samfunnet. Derfor er det vesentlig å unngå at personer havner i en stilling der de ikke er i stand til å yte en innsats som de i utgangspunktet har personlige forutsetninger for å yte.

Når lovgiver skal ta stilling til hvordan barns rettigheter skal styrkes, må det gjøres på bakgrunn av den grunnleggende forutsetning av at barn trenger beskyttelse. Det er hovedbegrunnelsen for at vi opererer med et skille mellom [side 345] «umyndige» (barn) og «myndige» (voksne). Det er politisk korrekt å argumentere for at barn skal ha samme typer av rettigheter som voksne. Intensjonen er å argumentere for at barns rettigheter ikke skal være svekket som følge av deres mindreårighet, altså en diskrimineringstilnærming. Det er behov for å minske forskjellen mellom rettighetene til voksne og barn samt minske maktubalansen mellom voksne og barn. Likevel må vi ikke tape av syne at det er forskjeller mellom barn og voksne. Rettslig like muligheter til å få oppfylt grunnleggende rettigheter,

oppnås ikke automatisk ved en lik lovkonstruksjon. En årsak til det, er at barn har rett til å bli beskyttet både mot voksnes og egne avgjørelser og handlinger. En særskilt utfordring foreligger når det er motstrid mellom barnets og foreldrenes rettigheter og krav.

Ansvar for å finne frem til et balansepunkt mellom de ulike rettigheter barn har, ligger hos staten ved lovgiver. Etersom lovgiver skal sikre gjennomføringen av barns rettigheter, er det nærliggende å ta utgangspunkt i at pliktene som følger av ansvaret må tydeliggjøres. Gjennom lovgivningsmyndigheten kan det klargjøres hvem som har plikter, når pliktene inntreffer, hvordan pliktene skal gjennomføres osv. Med andre ord kan barns rettslige stilling klargjøres og forsterkes uten at det gjøres gjennom en individualisering av rettigheter. Samtidig skal barn gis økt innflytelse i sitt eget liv, noe som taler for at selv om materielle rettigheter ikke skal utløses av barnets krav, kan likevel barnets prosessuelle stilling styrkes. Derfor bør barnevernlovgivningen gjennomgå med tanke på hvordan de prosessuelle reglene kan forbedres i lys av barns rettigheter.

Dessuten er det vesentlig for realiseringen av barns rettigheter at lovgivningen har en form som ivaretar grunnleggende forvaltningsmessige verdier. Det gjelder ikke minst likebehandling, tilgjengelighet til tjenester og saklighet i prosessen. Jeg har vanskelig for å se at det bidrar til å styrke forvaltningsmessige idealer at barn får et større ansvar for å igangsette en prosess om barneverntiltak. Tvert imot kan det gå i retning av at de «sterke» får et fortrinn foran de «svake».

I en prosess som omhandler barns rettigheter, skal det tas hensyn til barnets beste. Det gjelder ikke bare i en prosess som retter seg mot situasjonen for et individuelt barn, men også i lovgivningsprosesser som påvirker barns rettslige stilling. Ved endringen av Grunnloven i 2014 ble det lagt til grunn at Grunnloven [side 346] § 104 andre ledd om barnets beste, skal tolkes i samsvar med Barnekonvensjonens bestemmelse, ettersom det ble valgt en likartet ordlyd. Selv om prinsippet om at det skal tas hensyn til barnets beste, er et av de mest sentrale prinsipper når det gjelder barns rettslige stilling, så er det ikke enkelt å klarlegge substansen i prinsippet. I internasjonal barnerettslitteratur er prinsippet kritisert, men det er heller ikke presentert et alternativ til prinsippet. En svakhet med prinsippet er at argumentasjonen som blir knyttet til det, ikke alltid fremstår som gjennomslutning og etterprøvbart. En styrke er at det gir uttrykk for et optimaliseringsprinsipp. Barnets beste er et konsept som fremhever barnet – at barn har samme menneskeverd som voksne, at barn har rett til respekt for sin integritet og at de derav har rettigheter. I det ligger en rett til beskyttelse av de grunnleggende rettigheter. All den tid det ikke foreligger et teoretisk grunnlag for å hevde at barns rettslige stilling blir forbedret gjennom individuelle rettigheter, så er det grunn til å holde fast ved prinsippet om barnets beste og den funksjon det også har som en prosessuell rettesnor.

Barns rettslige stilling i en barnevernprosess bør følgelig styrkes ved å pålegge enda tydeligere plikter til kommunalt og statlig barnevern, forbedre meldeordninger, styrke tilsynet med barneverntjenesten, styrke den barnevernfaglige kompetansen i alle ledd og gi barn forbedrede prosessuelle rettigheter, både selvstendige rettigheter og forbedrede representasjonsordninger.