

# Inkorporeringen av FNs barnekonvensjon i norsk rett

Av KIRSTEN SANDBERG<sup>1</sup>

*Inkorporeringen av FNs barnekonvensjonen i menneskerettsloven har gitt den større rettskildemessig vekt, og den binder nå kommunene på en annen måte enn tidligere. Den økte rettskildevekten innebærer at det generelt må legges større vekt på barns interesser og synspunkter i alle saker som angår barn. Konvensjonen dekker alle livsområder. Mulighetene for å bruke den som rettslig argument er dermed nærmest ubegrenset.*

*Denne artikkelen tar særlig for seg to aktuelle virkninger av inkorporasjonen: Barnevernets forhold til mindreårige asylsøkere, og ulikheten i tjenestetilbudet til alle barn kommunene imellom. Enkelte sider ved forholdet mellom barnekonvensjonen og EMK behandles også.*

## 1 INNLEDNING

I siste halvdel av 1900-tallet ble barn i økende grad anerkjent som personer med selvstendige rettigheter. Den første internasjonale erklæringen om barnets rettigheter ble vedtatt av Folkeforbundet i 1924, den neste av FN i 1959. Som oppfølging av FNs internasjonale barneår i 1979 begynte arbeidet med en barnekonvensjon, som ble vedtatt av FN 20. november 1989. Norge ratifiserte konvensjonen 8. januar 1991. Den er nå ratifisert av alle land i verden bortsett fra USA og Somalia.

Barnekonvensjonen ble inkorporert i menneskerettsloven ved endringslov av 1. august 2003 nr 86, med virkning fra 1. oktober 2003. Den ble dermed gjort til norsk lov i sin helhet, på linje med annen lovgivning og med forrang ved motstrid. Inkorporeringen har ikke bare rettslig betydning, men også politisk og pedagogisk. Politisk viser betydningen seg både nasjonalt og internasjonalt. Innad i Norge har det barnepolitiske feltet fått økt interesse og tyngde

---

<sup>1</sup> Kirsten Sandberg er dr.juris og førsteamanuensis i rettsvitenskap ved Institutt for offentlig rett ved Universitet i Oslo. E-post: kirsten.sandberg@jus.uio.no.

i løpet av 1990-tallet og fram til nå, men inkorporeringen innebærer at barns interesser må komme fram på flere områder, og at de vanskeligere kan settes til side. Internasjonalt har det en viktig signaleffekt at Norge har tatt konvensjonen inn i lovverket i sin helhet.

Den pedagogiske betydningen av inkorporeringen kan neppe overvurderes. Denne innarbeidingsmåten synliggjør konvensjonen i sin helhet og gir den mer oppmerksomhet enn den alternative metoden for innarbeiding, som gikk ut på å ta enkelte av bestemmelsene inn i ulike lover der de passet. Dette er nå gjort i tillegg. Antakelig har inkorporeringen vært det støtet som skulle til for at barnekonvensjonen i praksis skal få den rettslige betydningen den hele tiden skulle hatt. De frivillige organisasjonene har alt lenge benyttet den i sin argumentasjon for å bedre barns stilling, men det vil nå være vanskeligere for myndigheter og andre å lukke øynene for den. Konvensjonen har fått styrket sin plass i det offentlige rom. Advokater må forventes å ta konvensjonen i bruk som argument i større grad. Domstoler og forvaltning vil måtte ta stilling til konvensjonens bestemmelser, og dens rettslige innhold og betydning under norske forhold vil etter hvert bli klarere.

Rettslig sett har barnekonvensjonen vært en relevant rettskilde siden ratifikasjonen. Med inkorporasjonen har den imidlertid fått langt større rettskildemessig vekt. Et poeng er dessuten at den i lovs form binder kommunene på en annen måte enn tidligere. Dette vil bli behandlet nærmere nedenfor.

Denne artikkelen omhandler betydningen av inkorporeringen for barns rettslige stilling i Norge. Den økte rettskildevekten innebærer at det generelt må legges større vekt på barns interesser og synspunkter i alle saker som angår barn. Konvensjonen dekker alle livsområder. Mulighetene for å bruke den som rettslig argument er dermed nærmest ubegrenset.

Det vil føre for langt å behandle inkorporeringens virkninger i sin fulle bredde i denne artikkelen. Jeg vil begrense fremstillingen til barnekonvensjonens betydning på enkelte områder som etter mitt syn har særlig aktualitet. Det ene er barnevernets forhold til barn som kommer til landet som asylsøkere, enten de kommer alene eller sammen med foreldrene. Det andre er noen problemstillinger knyttet til kommunale tjenester, såvel ulikheten i tjenestetilbudet kommunene imellom, som den til dels mangelfulle koordineringen av de ulike kommunale tjenestene til barn. Jeg vil også drøfte noen spørsmål knyttet til prinsippet om barnets beste.

Av andre interessante temaer kan nevnes at det fra menneskerettshold har vært reist tvil om det obligatoriske KRL-faget i den norske skolen er i tråd med barns rett til religionsfrihet etter barnekonvensjonen artikkel 14.<sup>2</sup> Utfordringene knyttet til praktiseringen av den nye syvårsgrensen for barnets rett til å bli hørt i det norske lovverket, kunne også fortjene en nærmere behandling. Av plasshensyn er fremstillingen likevel begrenset til de ovennevnte temaene.

<sup>2</sup> Høstmælingen, Njål «The teaching of religion in primary and secondary schools in Norway», *Family life and human rights* Lødrup & Modvar red. (2004) side 291–304.

## 2 ASYLSØKENDE BARN

### 2.1 Ikke-diskriminering

Etter barnekonvensjonen artikkel 2, diskrimineringsforbudet, gjelder konvensjonens bestemmelser for alle barn innenfor statens jurisdiksjon. Av dette følger at alle barn som befinner seg på norsk jord, har rettigheter etter konvensjonen, også besøkende, flyktninger og de som oppholder seg her ulovlig.<sup>3</sup>

I praksis har det vist seg at mindreårige asylsøkere ikke får de samme rettigheter som norske barn. De er i en spesiell situasjon i vårt land, og det kan se ut til at de av den grunn også anses å stå i en særstilling i forhold til deler av lovverket. Diskrimineringsforbudet gir grunn til å se nærmere på forholdet mellom barnevernloven og utlendingsloven for denne gruppen barn. Her tenkes det på både enslige mindreårige asylsøkere og de som kommer til landet sammen med foreldrene. Det som skal behandles her, er barnevernlovens anvendelse på barn som bor i statlige mottak.

Artikkel 2 innebærer at barnevernet skal yte den samme hjelp til disse barna som til norske barn. Det samme følger av barnevernloven § 1-2, hvor det heter at loven gjelder for alle barn som oppholder seg i Norge. Etter utlendingsloven § 3 er det bare de med lovlig opphold som har de samme rettigheter og plikter som norske statsborgere, men bestemmelsen kan ikke brukes til å tolke barnevernloven innskrenkende så lenge barnekonvensjonen ikke gir adgang til å diskriminere på dette grunnlag. Prinsippet er understreket av FN-komiteen for barnets rettigheter i kommentarene til Norges første rapport, der det heter at også barn som har fått sine søknader avslått, skal ha rett til ulike tjenester.<sup>4</sup> I Norges tredje rapport til FN-komiteen aksepterer norske myndigheter at barnevernloven gjelder enten oppholdet er lovlig eller ulovlig.<sup>5</sup>

### 2.2 Rundskriv og praksis

Det rettslige utgangspunktet er dermed klart. Spørsmålet blir hvordan dette følges opp i praksis. UDI gjør det i ulike rundskriv og retningslinjer klart at barnevernet har det samme ansvar for barn i asylmottak som for andre barn i Norge.<sup>6</sup> Mottaket skal derfor rutinemessig varsle barneverntjenesten om ankomst av nye enslige mindreårige. Videre heter det at mottakene skal melde fra til barnevernet hvis de mener at barnet har behov for hjelpetiltak etter barnevernloven § 4-4, og det gjøres oppmerksom på opplysningsplikten som inntreffer etter barnevernloven § 6-4 hvis barnet viser alvorlige atferdsvansker eller utsettes for alvorlig omsorgssvikt.

<sup>3</sup> UNICEF *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child* (1998) side 26.

<sup>4</sup> FN-komiteens sluttkommentarer 25/04/2004, CRC/C/15/Add. 23, punkt 12

<sup>5</sup> Norges tredje rapport til FN's komité for barnets rettigheter, punkt 113.

<sup>6</sup> UDIs rundskriv nr. 9/1999 INA om melde- og ansvarsrutiner i forbindelse med barns ankomst og opphold i statlige mottak punkt 5 b, 7 og 9 og UDIs faglige retningslinjer for arbeidet med enslige mindreårige i statlig mottak punkt 6.4.1.

I Barne- og familiedepartementets rundskriv Q-0982 om hjelpetiltak etter barnevernloven § 4-4 heter det:

Mindreårige flyktninger og asylsøkere som bor i statlige mottak, uavhengig av om barna er enslige eller bor sammen med foreldrene, vil presumptivt ha en slik omsorgssituasjon at de sjelden vil ha behov for hjelp etter *barnevernloven*. Det er fordi mottaket har et ansvar for å ivareta det enkelte barns behov når det oppholder seg der. Dersom barneverntjenesten på stedet unntaksvis likevel mener at konkrete hjelpetiltak bør settes inn mens barnet bor på mottaket, har barneverntjenesten plikt til å iverksette nødvendige tiltak.<sup>7</sup>

Praksis på dette området viser seg å være meget varierende.<sup>8</sup> Det gjelder både hva og hvor mye mottakene melder til barnevernet, og hva barnevernet da gjør. Enkelte ansatte i barnevernet mener at de får altfor mange meldinger fra mottak, mens andre etterlyser flere meldinger. Når meldinger kommer inn, går barnevernet i noen kommuner inn i saken på vanlig måte med undersøkelser og eventuelt tiltak, mens andre ikke i særlig grad følger opp slike meldinger. Vergemålsutvalget har henvendt seg til barneverntjenesten i de kommunene som har mottak for enslige mindreårige, og har fått svar fra seks av seksten. Tilbakemeldingene viser at det i svært liten grad iverksettes barneverntiltak overfor enslige mindreårige som bor på mottak.<sup>9</sup>

Uttalelsen i rundskrivet om hjelpetiltak og den nevnte praksis med manglende innsats fra barnevernet i mange tilfeller, bygger på det såkalte sektoransvaret i norsk offentlig forvaltning. Disse barna plasseres i statlige mottak, og det er følgelig mottaket som har ansvaret for å gi barna den omsorg de trenger. Dette er i orden som et utgangspunkt, ut fra det offentliges behov for å organisere sin virksomhet på en hensiktsmessig måte. Sektoransvaret kan likevel ikke begrunne en innskrenkning av det ansvaret barnevernet har etter barnevernloven for denne gruppen barn. Dette understrekes av diskrimineringsforbudet i barnekonvensjonen artikkel 2.

### 2.3 Tilfredsstillende omsorgssituasjon?

I rundskrivet forutsettes det at disse barna som gruppe har en tilfredsstillende omsorgssituasjon fordi de bor i statlige mottak. Det er feilaktig i forhold til barnevernloven av to grunner. For det første krever barnevernloven at det skal foretas en konkret vurdering av det enkelte barns situasjon. Dette gjøres for norske barn; de vurderes ikke gruppevis i forhold til behovet for tiltak fra

<sup>7</sup> Med endringer gitt i Q-9/00.

<sup>8</sup> Muntlige opplysninger fra ansatte ved mottak og i barnevernet på etterutdanningskurs om «Etnisitet og barnevern» ved Høgskolen i Oslo i 2003 og 2004.

<sup>9</sup> Utkast av desember 2003 til *innstilling fra vergemålsutvalget om enslige mindreårige asylsøkere* side 15 (mottatt og referert med tillatelse fra utvalgets leder Peter Lødrup).

barnevernet. Følgelig kan man heller ikke for barn i asylmottak gå ut fra at omsorgen er god nok selv om staten har ansvaret for dem, men må vurdere det konkret.

Hvis det i det hele tatt skulle være noe utgangspunkt, tilsier disse barnas faktiske situasjon for det andre at utgangspunktet heller burde være det motsatte. Barna har vært utsatt for sterke og skremmende opplevelser både i landet de kom fra og under reisen hit, og de befinner seg fortsatt i en meget spesiell livssituasjon her. Man kunne derfor tenke seg at de alle må antas å ha et særlig behov for hjelp, jfr barnevernloven § 4-4 om hjelpetiltak. Dette gjelder iallfall for de som kommer hit som enslige, og særlig når man vet at det er relativt få voksne og liten barnefaglig kompetanse på mange av mottakene.

En slik gruppepresumsjon for hjelpetiltak er imidlertid en uvant tanke i barnevernet, hvor det nettopp legges vekt på å vurdere det enkelte barns behov for hjelp. Det er grunn til å holde fast ved at hvert tilfelle skal vurderes for seg. Likevel kan en tenke seg som en mildere form som samtidig er mer i tråd med lovens opplegg, at varselet fra mottaket til barnevernet om et ankommet barn rutinemessig anses som en bekymringsmelding til barnevernet. Barnevernets undersøkelsesplikt etter barnevernloven § 4-3 ville i så fall bli utløst. På den måten ville barnevernet få et ansvar for å følge med i situasjonen til alle de barn som ankommer landet enten alene eller sammen med familien, og måtte foreta en konkret vurdering av om det er grunn til å sette inn hjelpetiltak. Dette ville oppfylle plikten etter barnekonvensjonen artikkel 2 til ikke-diskriminering av disse barna i forhold til norske barn. I tillegg ville det følge opp plikten etter artikkel 19 til å beskytte barnet mot enhver form for omsorgssvikt. Barn må antas å ha en grunnleggende rett til omsorg,<sup>10</sup> og det vil også være brudd på denne om barn på mottak lever under utilfredsstillende forhold og ikke får oppfylt sine omsorgsbehov.

I et nytt rundskriv Q-17-2004 fra barne- og familiedepartementet om barneverntjenestens ansvar for enslige mindreårige sier departementet derimot uttrykkelig at det rutinemessige varselet fra mottaket til barnevernet ikke er å anse som en bekymringsmelding. Det kreves en egen melding for at barnevernets handleplikt skal utløses. Rundskrivet gir lite rom for å hevde synspunktet ovenfor som gjeldende rett, og ansvaret ligger fortsatt på mottaket for å melde fra om spesielle forhold for den enkelte mindreårige.

#### 2.4 Behov for endringer

Det kunne vært ønskelig at barnevernet hadde et større ansvar for å følge med i asylbarnas situasjon. Det er ikke tilstrekkelig at rundskriv Q-17-2004 presiserer at barneverntjenesten skal følge opp bekymringsmeldinger fra mottak på samme måte som for andre barnevernsaker. Rundskriv Q-0982 om hjelpetiltak står fortsatt uendret. For å oppfylle Norges internasjonale forpliktelser bør

<sup>10</sup> Kirsten Sandberg *Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse* (2003) side 93–98.

Barne- og familiedepartementet rette opp den misvisende uttalelsen i rundskrevet og påse at ikke bare saksbehandlingen, men også den reelle vurderingen av disse barnas hjelpebehov blir den samme som for norske barn. Kommunene har for sin del et selvstendig ansvar for å endre praksis. Videre må UDI påse at retningslinjene til mottak om melding til barnevernet følges opp i praksis.

### 3 ULIKHET I KOMMUNALE VELFERDSTJENESTER

#### 3.1 FNs barnekomité

FNs komité for barnets rettigheter har uttrykt bekymring over forskjellene i tjenestetilbudet til barn og unge i ulike kommuner i Norge, som følge av betydelige forskjeller i økonomiske ressurser, ulike prioriteringer og forskjeller i systemene for å vurdere behov og tildele hjelp. Barn med funksjonshemninger blir spesielt fremhevet i den forbindelse. Komiteen har innstendig anmodet Norge om å vurdere hvordan alle barn kan sikres lik adgang til et likeverdig tjenestetilbud, uansett hvor de bor.<sup>11</sup> Komiteens uttalelser er ikke rettslig bindende, men det er ønskelig at statene respekterer dem og søker å rette opp de forholdene som påpekes.

Regjeringen har svart med å vise til inntektssystemet for kommunene, som skal sette dem i stand til å gi innbyggerne et likeverdig tjenestetilbud. Det vises videre til at rammefinansieringssystemet legger til grunn en desentralisering av oppgavene. Kommunene skal gjennom lokalt selvstyre selv prioritere mellom oppgavene og på den måten sikre en fordeling av tjenester tilpasset lokale behov.<sup>12</sup> Spesielt med tanke på funksjonshemmede barn har regjeringen uttalt at lovverket gir store muligheter for å utforme fleksible løsninger som er tilpasset den enkelte.<sup>13</sup>

#### 3.2 Likhet og kommunalt selvstyre

Det ligger et grunnleggende dilemma i ønsket om et likeverdig tjenestetilbud, samtidig som fordelingen skal være «tilpasset lokale behov». Uttalelsen fra regjeringen rommer motstridende hensyn, uten å ta stilling til hvordan disse skal avveies. Lokale behov er noe annet og videre enn «den enkeltes behov». Den enkeltes behov kan i prinsippet defineres likt og oppfylles på samme måte over hele landet. Hvis dette skjedde, ville tilbudet være likeverdig. Fleksibiliteten i lovverket gir muligheter men ikke plikter for kommunen i den retning. Den gir altså ingen garanti for at ulikheten i velferdstilbudet reduseres; tvert

<sup>11</sup> Komiteens sluttkommentarer til Norges andre rapport, 28/06/2000 CRC/C/15/Add.126 punkt 16–17. Barnekomiteen har ikke plassert sin kommentar om den kommunale ulikheten under artikkel 2 om ikke-diskriminering, men under avsnittet om generelle tiltak til gjennomføring av konvensjonen. Jeg går derfor ikke inn i spørsmålet om dette også er å anse som konvensjonsstridig diskriminering.

<sup>12</sup> Norges tredje rapport punkt 25.

<sup>13</sup> Ibid punkt 310.

imot åpner fleksibiliteten nettopp for at den enkelte kommune selv kan tilpasse tilbudet til sin økonomiske situasjon og sine politiske prioriteringer, som er de lokale behovene det er tale om. I hvilken grad kommunene skal stå fritt i oppfyllelsen av enkeltpersoners velferdsbehov, er tema for en stadig pågående diskusjon. Dilemmaet mellom likhet på tvers av kommunegrenser og det lokale selvstyret har ikke minst kommet opp i forbindelse med krav om rettighetslovgivning på ulike velferdsrettslige områder.

Det kommunale selvstyret er foreløpig ikke grunnlovfestet i Norge, men er en grunnleggende del av vårt styringssystem, som Norge dessuten er internasjonalt forpliktet til å opprettholde. Det følger av Europarådskonvensjonen av 15. oktober 1985 om lokalt selvstyre, som vi har ratifisert.<sup>14</sup>

Skal kommunene pålegges plikter, må det skje i lovs form, siden regjeringen som følge av det kommunale selvstyret ikke har instruksjonsmyndighet over kommunene. En ratifisert konvensjon er et viktig rettskildeargument ved tolkingen av regelgrunnlaget også i den kommunale virksomhet, men den forplikter ikke kommunene på samme måte som staten, fordi det er staten som har forpliktet seg internasjonalt. I forhold til kommunene har det følgelig spesielt stor betydning at barnekonvensjonen er gjort til norsk lov. Etter inkorporeringen er kommunene forpliktet av barnekonvensjonen på linje med annen norsk lov. De har blant annet en lovbestemt plikt til å sørge for at det ikke skjer diskriminering av enkelte barn eller grupper av barn, jfr diskrimineringsforbudet i barnekonvensjonen artikkel 2.

Hvor langt lovgiveren kan og bør gå i å fremme andre interesser på tvers av det kommunale selvstyre, er et uavklart spørsmål. Likevel kunne det ventes at regjeringen på noen områder tok klarere stilling til avveiningen, blant annet i forhold til barn med særlige behov.

### 3.3 Styringsmidler

Staten kan ta i bruk ulike virkemidler for å styre kommunenes innsats i retning av oppfyllelse av komiteens oppfordring.<sup>15</sup> Et relativt drastisk middel er rettighetslovgivning som ikke følges av midler til oppfyllelse av rettighetene, fordi det binder opp midler som kommunen kunne ønsket å disponere annerledes. Dette er samtidig det som best sikrer at den enkelte får dekket sitt behov. En kvalitativ minstestandard er en avdempet form av dette, idet den gir den enkelte en rett ikke til et bestemt resultat, men iallfall til en ytelse over et visst minimum. Dette kan være et viktig virkemiddel, særlig hvis dette minimum ikke begrenses til dekning av de helt livsviktige behov, som i Fusa-dommen.<sup>16</sup> Det kan isteden knyttes til dekning av grunnleggende velferdsbehov. I Norges tredje rapport nevnes som kommentar til den kommunale ulikheten at kommu-

<sup>14</sup> Se St.prp. nr 19 (1988–89) og Innst. S. nr 110 (1988–89).

<sup>15</sup> Se også NOU 2000: 22 *Om oppgavefordelingen mellom stat, region og kommune* punkt 7.1.2.

<sup>16</sup> Rt. 1990 side 874.

nehelstjenesteloven gir den enkelte rett til nødvendig helsehjelp. Selv om det ikke er klare regler for hva dette innebærer, har den enkelte rett til en minstandard på helsetjenestene, som kommunen ikke kan gå under.<sup>17</sup> Nivået på minstestandarden kan det som nevnt være grunn til å se nærmere på, for å etablere likhet mellom kommunene på et høyere nivå enn eksistensminimum.

Øremerking av midler til bestemte formål vil også redusere kommunens handlefrihet, men bindingen er knyttet sammen med tilførsel av midler. En fjerde og mildere form for styring er veiledende retningslinjer fra staten. Norges tredje rapport nevner at Sosialdepartementet i 2001 har fastsatt veiledende satser for utmåling av stønad til livsopphold etter sosialtjenesteloven, med egne satser for barn, med det formål å skape en mer ensartet praksis. Dette er i tråd med FN-komiteens anbefaling, som nevner landsdekkende standarder som en mulighet for å bedre likheten. Øremerking av midler til gjennomføring av konvensjonens bestemmelser for velferdstjenestenes del, nevnes også i Norges rapport.<sup>18</sup>

Staten har følgelig gjort noe for å bedre situasjonen på dette området. Men for ytelser til funksjonshemmede meldes det fortsatt om at svært mange kommuner i liten grad prioriterer disse, at tilbudet i stor grad varierer mellom kommunene og at svært mange brukere får liten tilgang til tjenestene.<sup>19</sup> Dette er ikke bare et spørsmål om likhet mellom kommuner, men også om oppfyllelse av konvensjonens artikkel 23 om funksjonshemmede barns rett til et fullverdig og anstendig liv. Rekkevidden av det kommunale selvstyre er som nevnt et uavklart tema, men iallfall for særlig utsatte grupper som funksjonshemmede barn må individets rettigheter kunne gå foran hensynet til lokalt selvstyre i større grad enn i dag.

### 3.4 Organisering av velferdstilbudet

Det har vært foreslått at overføringer bør følge det enkelte barn som har store behov. Hvert barns behov kan etter ulike kriterier utløse statlige overføringer til den enkelte kommune, og kommunene vil dermed få statlige midler til dekning av de kommunale velferdstjenestene barna har behov for.<sup>20</sup> Denne modellen flytter i realiteten det økonomiske ansvaret for funksjonshemmede barn fra kommunen og over til staten, mens det praktiske ansvaret for å tilby tjenestene, fortsatt ligger hos kommunen.<sup>21</sup> Det siste vil antakelig være nødvendig fordi barnet er avhengig av å få dekket sine behov lokalt, og det er kommunen som disponerer det aktuelle tjenesteapparatet. For kontroll med kommunens bruk av de midler som overføres, vil en statlig tilsynsordning være påkrevet.<sup>22</sup> Model-

<sup>17</sup> Norges tredje rapport punkt 28.

<sup>18</sup> *Ibid* punkt 30.

<sup>19</sup> Forum for barnekonvensjonen *Supplerende rapport* (2004) side 19.

<sup>20</sup> *Ibid* side 6.

<sup>21</sup> Staten har allerede i dag det økonomiske ansvaret for ytelser til det enkelte barn og dets familie som overstiger kr. 800 000 per år. Dette gjelder et fåtall barn med meget omfattende behov.

<sup>22</sup> Dette nevnes også i Forum for barnekonvensjonen side 6.



len løsriver dette velferdstilbudet fra kommunens økonomi for øvrig. Den går dermed i mindre grad på bekostning av kommunens selvvråderett over egen økonomi.

Samtidig vil det være vanskelig å tenke seg en slik ordning innført kun for tjenester til funksjonshemmede barn. De samme hensyn vil gjøre seg gjeldende for andre tjenester til barn, samt for velferdstjenester til voksne, så vel funksjonshemmede som andre. I realiteten kunne det være spørsmål om hele det kommunale tilbudet til dekning av den enkeltes velferdsmessige behov skulle underlegges det samme regimet. Også fra annet hold har spørsmålet om å ta ut velferdsoppgavene fra kommunenes ansvarsområde, vært reist.<sup>23</sup> Det ville utgjøre en ganske stor del av de oppgavene kommunene utfører og som de i dag har det økonomiske ansvaret for.<sup>24</sup> Hvis dette feltet ble holdt utenfor kommuneøkonomien, ville det innebære en innskrenkning av området for lokaldemokratiet. Kommunene måtte sørge for tjenestene, men ville ikke sitte med ansvaret for prioriteringene og for den økonomiske siden. Den praktiske gjennomførbarheten av en slik ordning måtte drøftes nærmere.

Valget av modell for organisering av velferdstilbudet er i det hele tatt gjenstand for en omfattende diskusjon, som det er vanskelig å føre isolert for tjenester til funksjonshemmede barn. En grunn til likevel å drøfte temaet spesielt i denne sammenheng, er nettopp barnekonvensjonens artikkel 2 om ikke-diskriminering og artikkel 23 om retten til et fullverdig og anstendig liv. De gir rettigheter til funksjonshemmede barn, som kan begrunne at de stilles i en særstilling. En endring som prøves ut for denne gruppen barn, kunne for øvrig ha overføringsverdi også til andre grupper.

En annen mulighet for å oppnå målet om større grad av likhet mellom kommunene i praksis, er at kommunene selv inngår et forpliktende samarbeid om å sikre en viss standard på tjenestetilbudet til barn og unge. Det forutsetter en politisk vilje og en forståelse av at barnekonvensjonen forplikter kommunene, og da ikke bare den enkelte kommune internt, men også kommunene i fellesskap på landsbasis.

#### 4 KOORDINERING AV KOMMUNALE TJENESTER

Ovenfor behandles ulikheten mellom kommunene i velferdstilbudet til barn. En annen side ved dette tilbudet er den manglende koordineringen av tjenestene internt i en del kommuner. Et par eksempler skal nevnes.

Når et barn er funksjonshemmet, men det ikke er noe å si på foreldrenes omsorgsevne, er det ikke barneverntjenestens oppgave å sørge for støttetiltak

<sup>23</sup> Se Alice Kjellevoid «Verdier og konflikter i sosialtjenesten» Kjønsstad og Syse red. *Velferdsrett II* (2003) side 347.

<sup>24</sup> Det knytter seg spenning til hva Bernt-utvalget, som forventes å legge fram sin innstilling i nær framtid, vil si om dette.

for barnet og familien. Det følger av lovenes og forvaltningens system; det offentlige apparatet er organisert slik at støttetiltakene hører under sosialkontorets ansvarsområde. Hvis sosialkontoret likevel ikke yter den hjelpen barnet og familien trenger, kan barnet og familien i dag risikere å bli stående uten den nødvendige støtte. Det barneverntjenesten kan gjøre, er å bistå familien med å søke hjelp og øve påtrykk på de rette instanser. I denne situasjonen har kommunen et overordnet ansvar for å sørge for at signaler om mangelfulle ytelser blir fulgt opp, slik at barnet og familien får den nødvendige hjelp. Dersom kommunen ikke plasserer hovedansvaret for tjenester og tiltak til barn hos et bestemt kontor eller etat og sørger for en samordning av tilbudet, vil den ikke oppfylle barnekonvensjonens krav i forhold til funksjonshemmede og andre spesielt hjelpetrengende barn. En unnlattelse av å gjøre dette vil være i strid med barnets beste, jfr artikkel 3.

Et annet tilfelle er der barnet har atferdsvansker uten at foreldrene kan sies å gi mangelfull omsorg. Her vil det i noen kommuner være uklart om de hører under barnevernet eller sosialkontoret. Følgelig risikerer barna og familiene å falle mellom to stoler. Heller ikke dette er til barnets beste, og kommunen har et selvstendig ansvar for å koordinere tjenestene også her.

For barn og unge med psykiske problemer er det store variasjoner med hensyn til samarbeidet internt i den enkelte kommune. Et landsomfattende tilsyn utført i 2002 viste at i noen kommuner inngår de aktuelle samarbeidsparter i et nettverk og har tydelig ansvarsfordeling, mens andre steder mangler formelle samarbeidsstrukturer, relasjonene mellom partene er dårlige, og ansvarsdelingen er uklar. De fleste kommunene ligger mellom ytterpunktene. Det mangelfulle samarbeidet fører til at en stor del av barn og unge som antas å ha behov for tjenester, ikke blir fanget opp og tilbudt et fullgodt behandlingstilbud.<sup>25</sup>

Gjennom media ser vi stadig slike og lignende eksempler på at barn med ulike behov ikke får den hjelpen de trenger, fordi velferdstjenestene til barn og deres familier ikke er tilstrekkelig koordinert. Regjeringen har nylig uttalt at det i dag ikke er noen spesielle tjenester eller etater som har et hovedansvar for å samordne tiltak til utsatte barn og unge, og at dette er meget uheldig.<sup>26</sup> Ut fra hensynet til det kommunale selvstyre kvier staten seg likevel for å pålegge kommunene å plassere ansvaret, men har kommet med en sterk anbefaling om å gjøre dette. Også i Norges tredje rapport fremheves betydningen av en lokal organisering som sikrer det tverrfaglige samarbeidet.<sup>27</sup>

Etter inkorporeringen av barnekonvensjonen i norsk rett kan ikke kommunene tillate seg å la saker som gjelder barn flyte rundt i systemet uten at noen

<sup>25</sup> Rapport fra Helsetilsynet 4/2003 punkt 4.2.1 side 10.

<sup>26</sup> Rapport fra Regjeringshøringen om barns rettigheter i Norge 2003, se også Forum for barnekonvensjonen side 18.

<sup>27</sup> Norges tredje rapport punkt 32.

tar ansvar for dem.<sup>28</sup> Kommunen har et lovpålagt ansvar for å påse at barnets beste ivaretas i alle beslutninger som gjelder barn, jfr artikkel 3. Det gjelder ikke bare materielle beslutninger om hvilke ytelser som skal gis eller ikke gis, men også oppgavefordelingen og ansvarsplasseringen internt i kommunen. Unnlattelse av ansvarsplassering og samordning vil som nevnt være i strid med artikkel 3 om ivaretagelse av barnets beste, og for funksjonshemmede barn også med artikkel 23 som spesielt omhandler deres rett til et fullverdig og anstendig liv.

## 5 FORHOLDET MELLOM BARNEKONVENSJONEN OG EMK

### 5.1 Generelt

Individuell klagerett er det ikke etter barnekonvensjonen. Likevel kan konvensjonen få innflytelse i enkeltsaker også på det internasjonale plan, ved at Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) bruker den som tolkingsmoment i forhold til EMK. I sin praksis trekker EMD inn andre internasjonale menneskerettsinstrumenter, og i de senere år er barnekonvensjonen brukt som argument i flere saker om ungdomskriminalitet og fysisk avstraffelse.<sup>29</sup> Artikkel 8 om retten til familieliv beskytter etter sin ordlyd foreldrene i vel så stor grad som barna, men EMD har uttrykkelig lagt vekt på hensynet til barnets beste i disse dommene. Det blir i den internasjonale menneskerettslitteratur hevdet å være klart at den økende oppmerksomhet rundt barns rettigheter, spesielt fokusert gjennom barnekonvensjonen, har innflytelse på hvordan barnesaker drøftes og avgjøres av EMD.<sup>30</sup> Barnekonvensjonen må følgelig også kunne trekkes inn i tolkingen av EMK på det nasjonale plan.

Etter artikkel 3 nr 1 skal barnets beste være et grunnleggende hensyn («a primary consideration») ved alle handlinger som angår barn, i offentlig forvaltning, domstoler og velferdsorganisasjoner. Det antas i teorien at konvensjonsbestemmelsen må tolkes som om det sto at barnets beste skal være det viktigste hensynet («*the primary consideration*»). Grunnen til at formuleringen ikke ble slik, var muligheten for at det i enkelte tilfeller kan være andre hensyn som bør gå foran. Dette var likevel bare ment som en ren unntaksmulighet.<sup>31</sup>

### 5.2 Adopsjon i barnevernsaker

I norsk rettspraksis rundt barn er det særlig i barnevernsaker om omsorgsovertakelse og adopsjon at EMK har vært brukt som argument av retten. Våre regler om omsorgsovertakelse og tilbakeføring er av Høyesterett ansett for å

<sup>28</sup> Det er håp om at Bernt-utvalgets utredning om samordning av tjenester i helse- og velferdssektoren, som snart fremlegges, vil føre til en bedring.

<sup>29</sup> Ursula Kilkelly «Effective protection of children's rights in family cases: An international approach» Lødrup og Modvar side 347–362 på side 349.

<sup>30</sup> Ibid side 361.

<sup>31</sup> Sharon Detrick *A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child* (1999) side 91.

være i tråd med EMK, se Rt. 2002 side 875, mens rettspraksis i adopsjonsaker er blitt påvirket av EMK i en strengere retning, se Rt. 2001 side 14. I adopsjonsdommen innfortolket flertallet EMDs krav fra Adele Johansen-saken om «ekstraordinære tilfeller» i kravet etter norsk rettspraksis om sterke reelle grunner, og krevde dermed enda mer enn tidligere for å godta adopsjon.<sup>32</sup> Adopsjon ble i dommen fra 2001 nektet fordi det ikke var sterke reelle grunner som tilsa adopsjon, utover det som ville gjelde i andre saker hvor spørsmålet kommer opp. Slike spesielle grunner ble krevd til tross for at jenta i denne saken ikke hadde hatt mye samvær med sin mor og at argumentene mot adopsjon følgelig ikke var særlig sterke. Mindretallet frigjorde seg derimot fra kravet om ekstraordinære tilfeller ved å vise til at foreldrene ifølge EMD iallfall ikke kan kreve noe som vil være til skade for barnet. Ettersom gjenforening ville være til skade for barnet i dette tilfellet, måtte gjenforeningskravet fra EMDs praksis forlates, og spørsmålet måtte ifølge mindretallet avgjøres ut fra hva som klart ville være til barnets beste. Denne tolkingen av EMK og EMDs praksis harmonerer etter mitt syn bedre med barnekonvensjonens krav om at avgjørelser skal treffes ut fra barnets beste. Hvis adopsjon klart vil være til barnets beste, vil et krav om ekstraordinære tilfeller kunne føre til en løsning som er i strid med barnets beste. Selv om andre hensyn unntaksvis kan gå foran etter artikkel 3, er adopsjon en beslutning som til de grader er avgjørende for et barns liv at hensynet til barnets interesser må være det helt sentrale.

### 5.3 *Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse*

Den norske regelen om tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse er som nevnt funnet å oppfylle EMKs krav. Men regelen er streng, i den forstand at det skal mye til for å nekte foreldrene å få barnet tilbake fra fosterforeldrene hvis de nå kan gi barnet forsvarlig omsorg. Tilbakeflytting må påføre barnet alvorlige problemer, jfr § 4-21 annet punktum. Hvis det etter en helhetsvurdering vil være best for barnet å bli der det er, må det likevel flytte tilbake til de biologiske foreldrene hvis det ikke kan påvises at flyttingen kan føre til alvorlige problemer. Dette tolkes som psykiske skadevirkninger av betydning på lengre sikt, noe som kan sies å være en relativt streng tolking. Ordlyden muliggjør en mer åpen holdning til hva som kan utgjøre nektelsesgrunn, idet «alvorlige problemer» språklig sett også må kunne omfatte de inngripende virkningene det vil ha for hele barnets dagligliv å flytte. Et barn som har tilbrakt flere år hos fosterforeldre fra han eller hun var ganske liten, vil ha hele sin erfaringsbakgrunn derfra. En flytting som barnet ikke selv har valgt, kan føles som et så dramatisk oppbrudd at barnet ikke bør utsettes for det, uansett om det antas å føre til betydelige skadevirkninger eller ikke. Barnet lever sitt liv her og nå, og

<sup>32</sup> Fra tidligere praksis, se særlig Rt. 1997 side 534. Adopsjon i barnevernsaker er nærmere behandlet i en annen artikkel i dette nummeret av *Kritisk Juss*.

de umiddelbare konsekvensene av en slik hendelse kan ikke overses. Hvis barnet likevel flyttes tilbake, vil ikke barnets beste ha vært det grunnleggende hensynet.<sup>33</sup> Andre interesser enn barnets beste, for eksempel foreldrenes, kan etter barnekonvensjonen som nevnt bare unntaksvis gå foran.

I § 4-21 har lovens biologiske utgangspunkt gitt seg utslag i kravet om alvorlige problemer. Det er klart at det biologiske prinsipp også kan ha en verdi for barnet, men det har neppe den samme store, forutbestemte verdi for alle barn. Når bestemmelsen ikke åpner for en konkret vurdering av dette prinsippets verdi for det enkelte barn, er det nærliggende å mene at det strenge kravet først og fremst ivaretar foreldrenes interesser. For å være i tråd med barnekonvensjonens krav bør kriteriet tolkes lempeligere og mer åpent, eller endres til et åpent barnets beste-kriterium. I den vurderingen må det samtidig kreves at verdien av det biologiske forholdet tas i betraktning.

Retten til familieliv etter EMK artikkel 8 tilgodeser først og fremst den biologiske familien. Men den har også i noen tilfeller vært utvidet til å omfatte den sosiale familien. At barnet har rett til familieliv etter denne artikkelen, er hevet over tvil. Veien er ikke lang til å mene at barnet også kan ha en rett til familieliv med sin sosiale familie, hvis det er til denne han eller hun har sine sterkeste bånd. Dette støttes av barnekonvensjonen artikkel 16, som stadfester barnets rett til familieliv. I forhold til tilbakeføringssaker vil det kunne føre til at utgangspunktet snus; barnet kan ha en rett til å bli der det er, og det er en tilbakeflytting som må begrunnes. Så langt er nok ennå ikke EMD kommet, men det bør være mulig å argumentere i denne retningen for å påvirke rettsutviklingen.

#### 5.4 *Kommentar*

Den dynamiske tolkingen av EMK som EMD har lagt seg på, åpner for at argumenter til fordel for barnet med støtte i barnekonvensjonen kan få økt fotfeste i EMDs argumentasjon. Inkorporeringen av barnekonvensjonen i norsk rett innebærer at den stilles på lik linje med EMK i tolkingen av vår nasjonale lovgivning. Selv om argumentasjonen fra EMD er mer konkret, og myndighetene risikerer å få enkeltsaker overprøvd der, skal argumenter hentet fra barnekonvensjonen ha like stor vekt i den rettslige argumentasjonen for våre domstoler. Dette bør også tjene til å styrke den barnerettslige siden i norske saker som kommer opp for EMD.

## 6 AVSLUTNING

For at barn i Norge skal oppnå sine rettigheter etter barnekonvensjonen, er det i liten grad lovgivningen som kommer til kort. Inkorporeringens rettslige betydning ligger snarere i at praksis på en del felter må endres. Det er ovenfor

<sup>33</sup> For en grundigere diskusjon av dette, se Sandberg side 424–431.

vist eksempler på dette så vel for domstoler og fylkesnemnder som fra sentral- og kommunalforvaltning.

Oppsummeringsvis har myndighetene som følge av barnekonvensjonen en plikt til å sørge for en bedre behandling av barn og unge som kommer hit som asylsøkere, for ikke å bli rammet av diskrimineringsforbudet i artikkel 2. Dette gjelder først og fremst utlendingsmyndighetene, som har det primære ansvaret for barn og unge i statlige mottak. Men plikten retter seg også mot det kommunale barnevernet.

Gjennom inkorporeringen har barnekonvensjonen i det hele tatt fått langt større gjennomslagskraft i kommunene enn tidligere. Barnets rettigheter etter konvensjonen er lovfestet, og dermed er også kommunen forpliktet til å oppfylle dem. Ovenfor er søkelyset satt på plikten til å minske ulikhetene mellom kommunene i tilbudet til funksjonshemmede barn, jfr artikkel 2, samt plikten til å sørge for en forsvarlig koordinering av velferdstjenester og tiltak rettet mot barn og unge innen den enkelte kommune, jfr artikkel 3 om barnets beste.

Også i domstols- og fylkesnemndspraksis er det naturlig at argumenter fra barnekonvensjonen får innpass, ovenfor eksemplifisert ved barnevernsaker om adopsjon og tilbakeføring.

Dette er et utvalg av tilfeller hvor det er mulig å si at barnekonvensjonen må, bør eller kan få rettslige virkninger. Nye sider ved barnekonvensjonens rettslige betydning vil ganske sikkert vise seg etter hvert. Et hovedpoeng ved at konvensjonen er innarbeidet i sin helhet og ikke bare gjennom endringer i de aktuelle lover, er at man ikke er prisgitt lovgiverens forutseenhet, fantasi og vilje med hensyn til konvensjonens bruksmuligheter.