

UiO • Det juridiske fakultet

Om barnets stilling i saker om avlastningsbolig og barnebolig for barn med nedsatt funksjonsevne

En utredelse av gjeldende rett

Kandidatnummer: 723

Leveringsfrist: 25.04.2014

Antall ord: 17395



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Tema for avhandlingen.....	1
1.2	Bakgrunn	2
1.3	Avgrensning	4
1.4	Fremstilling videre	5
2	RETTSKILDER OG METODE	5
2.1	Internasjonal rett.....	5
2.2	Nasjonalt utformet rett.....	7
3	MATERIELLE RETTIGHETER	8
3.1	Innledning.....	8
3.2	Plikt til å gi omsorg	9
3.2.1	Sammenfatning og egne betraktninger	10
3.2.2	Vurdering av nasjonalt utformet rett.....	11
3.3	Plikt til å verne familielivet og bosituasjonen	11
3.3.1	Familieliv	11
3.3.2	Familieliv med foreldre.....	14
3.3.3	Bosted.....	14
3.3.4	Sammenfatning og egne betraktninger	15
3.3.5	Vurdering av nasjonalt utformet rett.....	16
3.4	Plikt til å tilby alternative tiltak	16
3.4.1	Atskillelse.....	17
3.4.2	Alternative tiltak	19
3.4.3	Sammenfatning	26
3.4.4	Vurdering av nasjonalt utformet rett.....	26
3.5	Plikt til å tilrettelegge for god helsestandard.....	28
3.5.1	Sammenfatning og egne betraktninger	29
3.5.2	Vurdering av nasjonalt utformet rett.....	29
3.6	Plikt til å vektlegge foreldrenes rettigheter	29

3.6.1	Sammenfatning	30
4	PROSESSUELLE KRAV	31
4.1	Innledning.....	31
4.2	Plikt til å vektlegge barnets beste	31
4.2.1	Krav om prosedyre.....	33
4.2.2	Som hovedhensyn	35
4.2.3	Sammenfatning og egne betraktninger	37
4.2.4	Vurdering av nasjonalt utformet rett.....	39
4.3	Plikt til å gi opplysninger	40
4.3.1	Kunnskap hos den ansatte	40
4.3.2	Opplysning	41
4.3.3	Sammenfatning og egne betraktninger	43
4.3.4	Vurdering av nasjonalt utformet rett.....	43
4.4	Plikt til å la barnet medvirke	43
4.4.1	Kommunikasjon	44
4.4.2	Hvorvidt barnet skal høres	45
4.4.3	Vekten av barnets mening.....	50
4.4.4	Sammenfatning og egne betraktninger	52
4.4.5	Vurdering av nasjonalt utformet rett.....	53
5	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER	53
6	REFERANSER.....	57
6.1	Litteratur.....	57
6.2	Offentlige dokumenter	59
6.3	Tolkningspraksis	60
6.3.1	Høyesterettsdommer	60
6.3.2	Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD).....	61
6.3.3	Internasjonale instrumenter.....	61
6.4	Lovregister.....	62
6.4.1	Lover	62
6.4.2	Konvensjoner	63
6.5	Personlig meddelelse.....	63

1 Innledning

1.1 Tema for avhandlingen

Temaet for avhandlingen er vedtak som gjøres av kommunen om avlastningsbolig og barnebolig. Disse tjenestene er to former for tjenester som kommunen har plikt til å tilby.¹ Tjenestene faller også innunder fellesbetegnelsen avlastningstiltak.² En forelder til et barn med nedsett funksjonsevne kan søke kommunen om tjenestene.³ Barnets stilling i slike saker er lite belyst. Jeg ønsker å belyse denne i avhandlingen.

Avlastningstiltak er tilbud til personer og familier med særlig tyngende omsorgsarbeid.⁴ Tilbudet anses som viktig for å hindre overbelastning av pårørende og sikre dem nødvendig fritid og ferie samt mulighet til å delta i vanlige samfunnsaktiviteter.⁵ Det er altså foreldrene som er tjenestemottakeren, og det er de som kan søke om tilbudet.⁶ Videre er kommunen tjenesteyteren som mottar og behandler søknaden.⁷ Barnet er altså ikke automatisk en del av prosessen. Når foreldrene søker om avlastningstiltak er det fordi de ønsker å motta en tjeneste. Det er imidlertid ikke gitt at foreldrene har et ønske om at barnet skal bo borte. Foreldrenes vilje kan avhenge av kommunens øvrige tilbud, slik at dersom foreldrene hadde mottatt andre former for tjenester fra kommunen, ville de ikke søkt om avlastningstiltak. Kommunen må på sin side forholde seg til sine inntekter, samt tilgjengelige tjenester. Forholdet mellom kommunen og foreldrene er altså dynamisk.

Målet med avhandlingen er for det første å utrede hva gjeldende rett sier om barnets stilling i tilfeller der foreldrene søker om tjenestene avlastningsbolig eller barnebolig. Avhandlingen skal belyse de materielle og de prosessuelle rettighetene barnet har, med utgangspunkt i at

¹ Helse- og omsorgsdepartementet (2011) (FOR-2011-12-16-1254) § 1 (a)

² Helsedirektoratet (2014)

³ Kjellevold (2012) note 24

⁴ Ibid

⁵ Ibid

⁶ Drammen kommune (2013)

⁷ Se punkt 1.2

tjenestene innebærer en omsorgsovertakelse eller en omsorgstjeneste.⁸ For det andre skal avhandlingen ha et kritisk blikk, og vurdere om gjeldende rett kommer tilstrekkelig til uttrykk i den nasjonalt utformede lovgivningen. Dette fordi det er nødvendig å synliggjøre og konkretisere konvensjonenes generelle bestemmelser i nasjonal lovgivning for å bidra til en god gjennomføring av bestemmelsene i praksis, herunder gi den større gjennomslagskraft.

1.2 Bakgrunn

I en barnebolig utføres den daglige omsorgen på vegne av foreldrene på permanent basis.⁹ Barnas faste bopel er i barneboligen. Det finnes omtrent 250 barneboligplasser i landet.¹⁰ I motsetning til en barnebolig der barnet har fast bopel, er avlastningsbolig et tilbud om avlastning til familier med hjemmeboende barn.¹¹ Barnas faste bopel er i disse tilfellene fremdeles hos foreldrene. Avlastningsboligen ivaretar i kortere eller lengre perioder foreldrenes daglige omsorgsoppgave ved at barna flytter inn i denne. Det finnes omtrent 1000 avlastningsboligplasser i landet.¹²

Det samme regelverket kommer til anvendelse ved vedtak om de to tjenestene.¹³ I en konkret vurdering kan skjønnsutøvelsen være ulik, men de samme saksbehandlingsreglene kommer til anvendelse. Videre drives begge tjenestene av kommunens midler. Kommunene skal dekke utgiftene for den helsetjenesten den har ansvaret for.¹⁴ Kommunen skal således både dekke utgiftene til barneboliger og avlastningsboliger. Kommunens inntekter kommer i hovedsak fra staten gjennom rammetilskudd og øremerkede tilskudd.¹⁵ Rammetilskuddet sammen med skatteinntekter kalles for kommunens frie inntekter.¹⁶ Rammetilskuddet kan disponeres fritt innenfor gjeldende lov- og regelverk.¹⁷ Det er de frie inntektene som i hovedsak finansierer

⁸ Se punkt 1.2

⁹ Prop. 91 L (2010–2011) s. 150

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid.

¹² Ibid.

¹³ Se punkt 2

¹⁴ Helse- og omsorgstjenesteloven (2011) § 11-1

¹⁵ Kommunal- og moderniseringsdepartementet (2011)

¹⁶ Ibid.

¹⁷ NOU 1997:8 s. 116

kommunens helse- og sosialtjenester.¹⁸ Statens midler er altså ikke øremerket til å dekke tjenestene. En barnebolig og en avlastningsbolig kan anses for å være en institusjon. Begrepet ”institusjon” benyttes ikke lenger i dagligtalen om barneboliger og avlastningsboliger i Norge. Helse- og omsorgstjenesteloven benytter imidlertid begrepet institusjon. Etter forskrift skal barnebolig og avlastningsbolig dekkes av dette begrepet.¹⁹ Også når internasjonale kilder benytter begrepet ”institution” må dette anses å dekke barneboliger og avlastningsboliger, da hensynene bak er de samme.

Når et barn flytter inn i en barnebolig finner det altså sted en omsorgsovertakelse, både formelt og reelt.²⁰ Et vedtak om omsorgsovertakelse er på barnevernsområdet sett på som et meget inngripende tiltak.²¹ Barnets posisjon ved vedtak om barnebolig er derfor interessant. Når et barn i perioder bor i avlastningsbolig er det derimot ikke snakk om omsorgsovertakelse.²² Vedtaket innebærer like fullt at barnet tilbringer deler av oppveksten på institusjon med andre omsorgspersoner enn sine foreldre. Videre innebærer det at barnet når det er på avlastning ikke får ta del i familiens hverdag. Avlastningsbolig kan kalles en omsorgstjeneste. Et vedtak om avlastningsbolig må altså anses for å være inngripende for barnet, og det er grunn til å undersøke barnets posisjon også ved disse vedtakene.

Det er aktuelt å belyse disse sakene for å hindre velferdsflyktninger. I forarbeidene til helse- og omsorgstjenesteloven vektlegges pårørendes omsorgsinnsats som en stor samfunnsøkonomisk ressurs, og det fremheves at det offentlige må støtte opp om den frivillige omsorgsinnsatsen ved å gi avlastning, informasjon og veiledning om individuelt tilpassede løsninger.²³ Videre heter det at det er viktig at tjenesten organiserer seg inn mot – og ikke ut av familie og lokalsamfunn.²⁴ Likevel finnes det familier som ser seg nødt til å flytte til andre kommuner

¹⁸ Prop. 91 L (2010-2011) s. 427

¹⁹ Helse- og omsorgsdepartementet (2011) (FOR-2011-12-16-1254) § 1 (a)

²⁰ Se over

²¹ Barnevernloven (1992) § 4-12

²² Se over

²³ Prop. 91 L (2010-2011) s. 187

²⁴ Ibid.

for å kunne opprettholde den bosituasjonen de mener er den beste for barnet.²⁵ Politikere har i disse dager satt søkelyset på denne problemstillingen.²⁶

Uloba er et samvirke som eies av 800 funksjonshemmede.²⁷ Uloba arbeider for at personer med assistansebehov skal få leve et fritt og selvstendig liv med borgerstyrt personlig assistanse.²⁸ I loven kalles dette for brukerstyrt personlig assistanse.²⁹ Samvirket er størst og eldst på borgerstyrt personlig assistanse i Norge, og er arbeidsgiver for ca. 5 000 assistenter over hele landet.³⁰ Uloba gir ut magasinet *Selvsagt*. I utgave nr. 6 fra 2013 finnes artikkelen *De rettsløse barna*.³¹ Her setter Helga Brun og Ann Kristin Krokan fokus på at barn med nedsatt funksjonsevne kan plasseres på institusjon mot deres egen vilje, basert på et enkeltvedtak gjort av en saksbehandler i kommunen.

1.3 Avgrensning

Det følger av vergemålsloven at barn er personer under 18 år.³² Dette samsvarer med definisjonen i FNs barnekonvensjon.³³ Avhandlingen benytter samme definisjon.

Avhandlingen avgrenses mot barnevernlovens område, og tilfeller hvor det foreligger omsorgssvikt i hjemmet. Avhandlingen forutsetter således at foreldrene er skikket til å ha barnet hjemme.

Avhandlingen er normativ. Den vurderer ikke om saksbehandlerens praksis tilfredsstillende.

²⁵ Aftenposten (A) (2014)

²⁶ Aftenposten (B) (2014)

²⁷ Uloba BA. *Om oss*

²⁸ Ibid.

²⁹ Helse- og omsorgstjenesteloven (2011) § 3-8

³⁰ Ibid.

³¹ Uloba BA (B) (2013). *Selvsagt* s. 60

³² Vergemålsloven (2010) § 2 bokstav a

³³ BK art. 1

1.4 Fremstilling videre

Punkt 2 gir en oversikt over hvilke rettskilder avhandlingen benytter, samt en kort redegjørelse av disse. Avhandlingens hoveddel finnes i punkt 3 og 4. Disse punktene behandler fem materielle krav og tre prosessuelle krav som stilles til staten. Hvert krav behandles i et underpunkt, som først behandler gjeldende rett, før det gis en kort sammenfatning samt egne betraktninger. Underpunktet avsluttes med en vurdering av om gjeldende rett kommer tilstrekkelig til uttrykk i nasjonalt utformet rett. I punkt 5 gis noen avsluttende bemerkninger til, og betraktninger om, den nasjonalt utformede retten.

2 Rettskilder og metode

Avhandlingen behandler både nasjonalt utformet lovgivning og internasjonal rett. Den internasjonale retten som behandles er også gjeldende rett i Norge.³⁴ Barnets rettsstilling er således den som følger av disse sett under ett, og avhandlingen vil derfor behandle nasjonalt utformet lovgivning og internasjonal rett samlet. Avhandlingen vil i tillegg analysere den nasjonalt utformede lovgivningen, og gi en vurdering av om gjeldende rett kommer klart nok til uttrykk i denne. Under følger en gjennomgang av de ulike rettskildene avhandlingen vil benytte. I punkt 2.1 behandles de internasjonale rettskildene. I punkt 2.2 behandles de nasjonalt utformede rettskildene.

2.1 Internasjonal rett

I sentrum for oppgaven er FNs barnekonvensjon (BK) og FNs konvensjon om rettighetene til personer med nedsatt funksjonsevne. Da det ikke finnes en formell forkortelse til sistnevnte konvensjon på norsk, vil avhandlingen benytte den engelske forkortelsen CRPD. Da disse konvensjonene er i sentrum, vil avhandlingen ved behandlingen av internasjonal rett i hovedsak se til disse konvensjonene. Der det er relevant for å belyse rettsstillingen ytterligere vil også andre konvensjoner trekkes inn. Disse er Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK), FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) og Den internasjonale konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK). Avhandlingen vil i tillegg se hen til FNs verdenserklæring om menneskerettigheter (Verdenserklæringen). Selv om den-

³⁴ Se punkt 2.1

ne i utgangspunktet ikke er rettslig bindende, slår den fast helt grunnleggende verdier som Norge anerkjenner.

BK er inkorporert i nasjonalt utformet rett gjennom menneskerettsloven.³⁵ Det vil si at den gjelder på lik linje med annen nasjonalt utformet rett. Ved motstrid skal den også gå foran annen lovgivning.³⁶ CRPD ble ratifisert av Norge i 2013.³⁷ Konvensjonen er ikke inkorporert i nasjonalt utformet rett slik som BK. Norsk lov anses imidlertid for å være i samsvar med konvensjonen.³⁸ Der ordlyden i norsk lov er uklar skal den videre etter presumpsjonsprinsippet tolkes slik at den er i samsvar med konvensjonenes bestemmelser, med mindre det er en villet motstrid fra lovgivers side. Også Grunnloven § 110 c pålegger myndighetene å sikre og respektere menneskerettighetene.³⁹ Dette styrker også presumpsjonsprinsippet for menneskerettighetenes vedkommende.⁴⁰ Formålet med CRPD er blant annet å fremme, beskytte og sikre fullstendig og lik glede av alle menneskerettighetene for alle mennesker med nedsatt funksjonsevne.⁴¹ Det er imidlertid grunn til å understreke at de øvrige konvensjonene gjelder på lik linje for mennesker med nedsatt funksjonsevne.⁴²

Ved tolkning av konvensjoner er det den naturlige forståelse av ordene som er det klare utgangspunktet.⁴³ Den sentrale rettskilden for tolkning av traktater er Wien-konvensjonen, særlig art. 31-33.⁴⁴ Selv om Norge ikke er tilsluttet konvensjonen er den i stor grad å anse som folkerettslig sedvanerett, og er dermed likevel bindende.⁴⁵ Ordlyden skal tolkes i samsvar med konvensjonens gjenstand og formål.⁴⁶ Konvensjonens forarbeider og forhistorie er kun supplerende tolkningsmomenter.⁴⁷

³⁵ Menneskerettsloven (1999) § 2 punkt 4

³⁶ Ibid. § 3

³⁷ Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet (2013)

³⁸ Ibid.

³⁹ Grunnloven (1814) §110 c

⁴⁰ Sandberg (2003) s. 168

⁴¹ CRPD art.1

⁴² EMK art. 14, BK art. 2

⁴³ Smith i Høstmælingen (2012) s. 24

⁴⁴ Wien-konvensjonen art. 31-33

⁴⁵ Ruud (2006) s. 74

⁴⁶ Wien-konvensjonen art. 31

Wien-konvensjonen gir ikke en uttømmende liste av tolkningsmomenter, og for en bredere forståelse av konvensjonene er det vanlig å benytte tolkninger gjort av FNs egne organer. I sin kommentar til SP trekker for eksempel Nowak frem menneskerettighetskomiteens uttalelser som kilder av stor verdi.⁴⁸ Avhandlingen benytter generelle kommentarer og konkluderende observasjoner fra FNs komiteer knyttet til de ulike konvensjonene. Disse belyser og utdyper hva statene har forpliktet seg til gjennom konvensjonene. I de generelle kommentarene gis blant annet tolkninger for hvordan konvensjonsteksten skal forstås. Høyesterett benytter de generelle kommentarene, og anser disse for å ha betydelig vekt som rettskilde.⁴⁹ Også forarbeidene om endringer i barneloven legger vekt på at komiteen er et ekspertorgan, og at det bør legges relativt stor vekt på deres uttalelser, slik som de generelle kommentarene.⁵⁰ De konkluderende observasjonene avgis av komiteene etter at statene har sendt inn sine periodiske rapporter om de tiltak de har iverksatt for å virkeliggjøre rettighetene etter konvensjonen. Disse gis altså konkret til en stat, og kan ikke tillegges vekt på samme måte som generelle kommentarer. Avhandlingen benytter disse likevel for å belyse hva komiteen har lagt vekt på at statene bør gjennomføre. Der disse er gitt til Norge belyser de hva FN-komiteene mener at Norge må gjøre, og dermed hva som bør forventes av Norge. Avhandlingen benytter videre rettspraksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD). Disse tolker konvensjonstekstene, og belyser dermed hvordan de må forstås.

2.2 Nasjonalt utformet rett

Barnebolig og avlastningsbolig hører under den ikke klart avgrensede kategorien ”omsorgstjenester”, og brukernes rettigheter til slike tjenester følger av pasient- og brukerrettighetsloven.⁵¹ Kommunens ansvar er regulert i helse- og omsorgstjenesteloven.⁵² Forvaltningsloven gjelder for kommunens saksbehandling og tildeling av tjenestene.⁵³ Det er utarbeidet en veile-

⁴⁷ Ruud (2006) s. 93

⁴⁸ Nowak (2005) introduksjonen pkt. 21

⁴⁹ Rt 2008 1764 premiss 81

⁵⁰ Ot.prp. nr 104 (2008-2009) s. 26

⁵¹ Pasient- og brukerrettighetsloven (1999) § 2-1 (a)

⁵² Helse- og omsorgstjenesteloven (2011) §3-2 nr. 6 bokstav d

⁵³ Pasient- og brukerrettighetsloven (1999) § 2-7 annet ledd

der for saksbehandling og dokumentasjon for pleie- og omsorgstjenestene (IS-1040).⁵⁴ Den er imidlertid fra før helse- og omsorgstjenesteloven, og skal revideres i løpet av året.⁵⁵ Mer detaljert regulering finnes ikke.⁵⁶ Barneloven gir imidlertid generelle regler for vedtak som omhandler barn. Avhandlingen vil således se hen til pasient- og brukerrettighetsloven, helse- og omsorgsloven, forvaltningsloven og barneloven. I tillegg vil den benytte menneskerettsloven som gjør enkelte av konvensjonene gjeldende som norsk rett.

Avhandlingen ser også hen til barnevernloven. Denne kommer ikke direkte til anvendelse på problemstillingen, da avhandlingen avgrenses mot tilfeller hvor det foreligger omsorgssvikt. Det er likevel interessant å belyse enkelte momenter ved å se hvordan øvrig nasjonalt utformet rett har regulert andre tilfeller der omsorg for barn ikke lenger skal utøves av foreldrene. Også folketrygdloven benyttes til å peke på konkret hjemlede tilbud.

Videre vil avhandlingen trekke inn norsk rettspraksis som bidrar til å kaste lys over lovbestemmelsenes innhold. For samme formål benyttes også juridisk litteratur. Utgivelser fra ulike organisasjoner er benyttet ved mangel på andre kilder. De er likevel vurdert til å være seriøse og gode kilder. Det samme gjelder ulike nettsider. Videre benytter avhandlingen ulike offentlige dokumenter som forskrifter, høringsnotater, høringsuttalelser, rundskriv og veiledere for å utdype poenger.

3 Materielle rettigheter

3.1 Innledning

Etter BK art. 6 skal statene respektere barnets iboende rett til livet.⁵⁷ For å kunne leve kreves et minimum av mat, klær og kvalitet på bolig. Et verdig liv stiller imidlertid et krav til mer enn dette, da minimum levestandard må ses i sammenheng med barnets helse og velvære.⁵⁸

⁵⁴ Helsedirektoratet (2014)

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ BK art. 6

⁵⁸ Verdenserklæringen art. 25 nr. 1

Barnet må blant annet i tillegg få kjærlighet og nærhet for å kunne leve.⁵⁹ Barnekonvensjonens innledning legger vekt på anerkjennelsen av den iboende verdigheten hos alle mennesker, og troen på alle menneskers verdi.⁶⁰ Retten til verdighet og integritet kan sies å ha særlig betydning for barn, da de ikke har full evne til selvbestemmelse.⁶¹ Barnet har altså rett til en viss levestandard, kjærlighet og nærhet, samt anerkjennelse av dets verdighet og integritet. Disse er grunnleggende materielle rettigheter som skal bli tatt til følge i saker om avlastningsbolig og barnebolig.

I det følgende belyses hvilke andre materielle rettigheter som er aktuelle i saker om avlastningsboliger og barneboliger, og hva som er gjeldende rett. Det vurderes så om den nasjonalt utformede retten tilstrekkelig gir uttrykk for gjeldende rett. Avhandlingen tar utgangspunkt i statens, herunder kommunens, korresponderende plikter. Først behandles plikten til å gi omsorg, deretter plikten til å verne familielivet og bosituasjonen. Så følger plikten til å tilby alternative tiltak og plikten til å tilrettelegge for god helsestandard. Til slutt behandles plikten til å vektlegge foreldrenes rettigheter.

3.2 Plikt til å gi omsorg

Kjernen i tjenestene avlastningsbolig og barnebolig er hvem som yter omsorg. Det er derfor av betydning hva gjeldende rett sier om plikten til å gi omsorg. Innledningen til BK understreker at barn har et behov for å motta særlig omsorg.⁶² Dette følger også av Verdenserklæringen.⁶³ Barnets rett til omsorg følger også av barneloven § 30. Bestemmelsens første punktum lyder:

Barnet har krav på omsorg og omtanke fra dei som har foreldreansvaret.

⁵⁹ Sandberg (2003) s. 94

⁶⁰ BK innledning pkt. 1

⁶¹ Sandberg (2003) s. 94

⁶² BK innledning pkt. 6

⁶³ Verdenserklæringen art. 25 nr. 2

Det er altså de med foreldreansvaret, og dermed i all hovedsak foreldrene, som er pliktsubjektet. Retten til omsorg må altså sees i sammenheng med retten til et familieliv.⁶⁴ ØSK art. 10 nr.1 lyder:

Vern og bistand bør i størst mulig utstrekning ytes familien, som er den naturlige og grunnleggende samfunnsenhet, og da særlig i forbindelse med dens stiftelse og mens den er ansvarlig for omsorgen for og utdanningen av barn som ikke forsørger seg selv.

Bestemmelsen legger særlig vekt på tilfeller hvor det foreligger omsorg for barn. Staten har altså en plikt til å legge til rette for barnets omsorg ved å respektere familielivet, mens ansvaret primært ligger hos foreldrene. BK art 3 nr. 2 lyder:

Partene påtar seg å sikre barnet den beskyttelse og omsorg som er nødvendig for barnets trivsel, idet det tas hensyn til rettighetene og forpliktelsene til barnets foreldre, verger eller andre enkeltpersoner som har det juridiske ansvaret for ham eller henne, og skal treffe alle egnede, lovgivningsmessige og administrative tiltak for dette formål.

Bestemmelsen gir en positiv plikt for staten til å sikre barnets nødvendige omsorg. Plikten er likevel subsidiær til foreldrenes plikt. Staten skal sikre at foreldrene utøver omsorgen. Etter SP art. 24⁶⁵ har barnet rett til slike beskyttelsestiltak som dets stilling som mindreårig krever, både fra foreldrene og fra staten. Det må foreligge en plikt for staten til å gripe inn dersom barnet ikke får den omsorgen den har krav på fra sine foreldre, og staten må derfor anses for å være et subsidiært pliktsubjekt.⁶⁶

3.2.1 Sammenfatning og egne betraktninger

Barn har krav på omsorg. Primært er det foreldrenes plikt å yte denne omsorgen. Barn vil i de fleste tilfeller motta den omsorgen de har krav på fra sine foreldre. Det er først når barnet ikke får denne omsorgen at staten har en plikt til å gripe inn. Staten har av denne grunn ikke en

⁶⁴ Se punkt 3.3

⁶⁵ SP art. 24

⁶⁶ Sandberg (2003) s. 95

omsorgsplikt i saker om avlastningsbolig og barnebolig. Det er reglene i barnevernloven som regulerer tilfeller hvor det foreligger omsorgssvikt.⁶⁷

3.2.2 Vurdering av nasjonalt utformet rett

Gjeldende rett må anses for å komme til uttrykk i den nasjonalt utformede retten gjennom barneloven og barnevernloven.

3.3 Plikt til å verne familielivet og bosituasjonen

I perioden et barn er i avlastningsbolig eller bor i barnebolig har tjenesten en innvirkning på familielivet og bosituasjonen til barnet. Den nasjonalt utformede retten har få bestemmelser om vernet av familielivet og bosituasjonen. Flere internasjonale konvensjoner legger imidlertid vekt på dette.

Vernet om familielivet kan betraktes på to måter. Det kan for det første betraktes som ervervet og bevaringen av identitet, og være nødvendig for at barnet skal kjenne sin bakgrunn. BK bestemmer for eksempel at et nyfødt barn skal registreres, få et navn og et statsborgerskap, samt kjenne sine foreldre.⁶⁸ Den andre delen omhandler retten til å *utøve* et familieliv. EMK art. 8 hjemler for eksempel retten til respekt for sitt privatliv og sitt familieliv.⁶⁹ Det er denne delen av vernet om familielivet dette punktet skal behandle.

3.3.1 Familieliv

Innledningen til BK refererer til familien som den grunnleggende gruppen i samfunnet, og det naturlige stedet for utvikling og trivsel, særlig for barna.⁷⁰ Også SP og ØSK ser på familien som en naturlig og grunnleggende samfunnsenhet.⁷¹ BK art. 16 nr. 1 lyder:

Ingen barn skal utsettes for vilkårlig eller ulovlig innblanding i sitt privatliv, sin familie, sitt hjem (...).

⁶⁷ Barnevernloven (1992) § 1-1

⁶⁸ BK art. 7 nr.1

⁶⁹ EMK art.8 nr.1

⁷⁰ BK innledning pkt. 5

⁷¹ SP art.23 nr.1, ØSK art.10 nr.1

Staten skal altså også verne om barnets familieliv. CRPD art 23 lyder:

States Parties shall take effective and appropriate measures to eliminate discrimination against persons with disabilities in all matters relating to marriage, family, parenthood and relationships, on an equal basis with others, (...).

CRPD forplikter altså statene til å sikre at barn med nedsatt funksjonsevne ikke diskrimineres i relasjon til sitt familieliv. Statens plikt til å verne om barnets familieliv kommer også frem av EMD sin praksis. Den har hatt en økende tendens til å trekke BK inn i tolkningen av EMK.⁷² Dette viser at barnets stilling i familien skal vernes like mye som de voksnes, og de har like stor rett på beskyttelse mot innblanding i sitt familieliv. Irland ble i en sak dømt for brudd på artikkel 8, da det hadde blitt bestemt at et nyfødt barn skulle adopteres bort selv om den biologiske faren ikke ønsket dette.⁷³ Barnets mor hadde arrangert adopsjonen uten å involvere barnefaren. EMD uttalte:

(...) the State must act in a manner calculated to enable that tie (familiebåndet) to be developed and legal safeguards must be created that render possible as from the moment of birth the child's integration in his family.⁷⁴

Årsaken til at Irland ble dømt var altså at konvensjonen måtte tolkes slik at staten var forpliktet til å legge forholdene til rette for at et barn kan integreres i familien fra fødselen av, slik at familiebånd kan skapes. I en sak mot Sverige la EMD vekt på at familiebåndene måtte opprettholdes selv om det var foretatt omsorgsovertakelse.⁷⁵ Sverige ble dømt fordi tre barn ble plassert i tre separate fosterhjem med stor avstand mellom seg. Det var selve avstanden som var problematisk. EMD uttalte:

⁷² Stang i Høstmølingen (2012) s. 162

⁷³ Keegan v. Ireland

⁷⁴ Ibid. pkt. 50

⁷⁵ Olsson v. Sweden

(...) it is not to be excluded that the failure to establish a harmonious relationship was partly due to the distances involved.⁷⁶

Barnas mulighet til å etablere et harmonisk forhold seg i mellom var altså ansett som så viktig at andre, og kanskje mindre egnede på andre måter, fosterhjem skulle vært benyttet. EMD uttalte videre:

Examination of the Government's arguments suggests that it was partly administrative difficulties that prompted the authorities' decisions; yet, in so fundamental an area as respect for family life, such considerations cannot be allowed to play more than a secondary role.⁷⁷

EMD uttrykker altså at respekten for familielivet er fundamental, og må gå foran administrative problemer.

Det følger altså som nevnt over av BK art.16 nr. 1 at en eventuell innblanding i familielivet ikke skal være vilkårlig eller ulovlig. En atskillelse av foreldre og barn må sees i sammenheng med familiens tilbud fra kommunen om alternative tiltak.⁷⁸ Atskillelsspørsmålet vil derfor behandles under i punkt 3.4 om statens plikt til å tilby alternative tiltak.

Barnets rett til et familieliv er etter dette vernet i gjeldende rett. Det kan anføres at et barn kan skape en familie også i en avlastningsbolig eller en barnebolig, og leve i et familieliv med de andre i samme husstand. FN skiller imidlertid mellom begrepene husstand og familie.⁷⁹ En familie er definert som medlemmene av en husstand som er i slekt gjennom blod, adopsjon eller ekteskap.⁸⁰ Denne definisjonen må legges til grunn ved tolkningen av konvensjonene. Det er altså barnets familieliv med personer det er i slekt med som er vernet i konvensjonstekstene.

⁷⁶ Ibid. pkt. 81

⁷⁷ Ibid. pkt. 82

⁷⁸ Se punkt 1.3

⁷⁹ The United Nations Statistics Division (2013)

⁸⁰ Ibid.

3.3.2 Familieliv med foreldre

BK art.18 nr. 1 lyder:

Partene skal bestrebe seg på å sikre anerkjennelse av prinsippet om at begge foreldre har et felles ansvar for barnets oppdragelse og utvikling. Foreldre, eventuelt verger, har hovedansvaret for barnets oppdragelse og utvikling. Barnets beste skal for dem komme i første rekke.

Bestemmelsens klare utgangspunkt er at barnet skal vokse opp hos foreldrene sine. Dette forutsettes også i den nasjonalt utformede retten.⁸¹ Barnekomiteen mener at foreldre har en rett til, og et ansvar for, å oppdra barnet sitt.⁸² De er sine barns første lærere, og BK vektlegger respekten for foreldrenes ansvar.⁸³ Barnekomiteen har utarbeidet en generell kommentar om realiseringen av barnas rettigheter i tidlig barndom.⁸⁴ Den understreker viktigheten av at realiseringen skjer tidlig. Komiteen uttaler at små barn utvikler sterk følelsesmessig kontakt med sine foreldre, og det er disse de søker og behøver fostring, omsorg, oppdragelse og beskyttelse fra.⁸⁵ Det er de første årene som legger grunnlaget for deres psykiske og mentale helse, følelsesmessige sikkerhet, og kulturelle og personlige identitet.⁸⁶ Barns utvikling formes av deres aktive rolle i familien.⁸⁷ Komiteen viser videre til undersøkelser som viser at barns trivsel og utvikling er avhengig av, og bygger på, nære relasjoner.⁸⁸ Disse relasjonene er normalt med foreldrene, og bør i hvert fall være med et lite antall av sentrale personer.⁸⁹

3.3.3 Bosted

I CRPD legges det stor vekt på boforholdene til personer med nedsatt funksjonsevne. Det heter i art. 19 at personer med nedsatt funksjonsevne skal ha mulighet til å velge bosted, hvor og

⁸¹ Barnelova (1981) § 36

⁸² CRC, General Comment nr. 4 pkt. 7

⁸³ CRC, General Comment nr. 7 pkt. 29

⁸⁴ CRC, General Comment nr. 7

⁸⁵ CRC, General Comment nr. 7 pkt. 6 bokstav b

⁸⁶ Ibid. bokstav e

⁸⁷ Ibid. bokstav g

⁸⁸ CRC, General Comment nr. 7 pkt. 8

⁸⁹ Ibid.

med hvem de vil bo med, på lik linje med andre.⁹⁰ Videre understrekes at de ikke skal måtte bo i en bestemt boform.⁹¹ Personer med nedsatt funksjonsevne skal videre ha tilgang til ulike støttetjenester i eget hjem, og personlig bistand som er nødvendig for å kunne bo og delta i samfunnet.⁹² Dette skal gjøres for at de skal bli fullt inkludert og ha de samme valgmuligheter som andre i samfunnet.

Konvensjonens klare utgangspunkt er at måten man bor på har stor innvirkning på livskvaliteten. Det kan ikke være tvil om at dette også gjelder for barn, og kanskje også i enda større grad for barn enn voksne. Det er også grunn til å tenke at barn som har bodd hjemme hele livet har større mulighet til å fortsette å bo utenfor institusjon senere i livet. Ved behandlingen av Spanias første rapport til FN om oppfølging av CRPD understreket komiteen ved behandlingen av art. 19 viktigheten av å bruke nok midler til at personer med nedsatt funksjonsevne kan velge hvor de vil bo, slik at de kan integreres i samfunnet.⁹³

3.3.4 Sammenfatning og egne betraktninger

Gjeldende rett verner om retten til å utøve et familieliv. Barnets rett til familieliv har et like stort vern som de voksnes, og tjenestene avlastningsbolig og barnebolig skal ikke benyttes vilkårlig eller ulovlig. Utgangspunktet er at et barn skal vokse opp hos sine foreldre, og oppdras av disse. Barnets trivsel og utvikling, samt personlighet skapes i de nære relasjonene og gjennom dets rolle i familien. Et barn på avlastning eller som bor i en barnebolig vil forholde seg til mange personer, også i løpet av ett døgn. Bor barnet hjemme har det større mulighet til å bygge en nær relasjon med sine foreldre.

En nær relasjon, god oppdragelse og en følelse av beskyttelse forutsetter likevel at foreldrene er i stand til, og har tid til, å gi dette. Dagligdagse oppgaver som stell, bespisning, påkledning osv. kan kreve mange ganger tiden, kanskje største delen av døgnet, å gjennomføre dersom barnet har nedsatt funksjonsevne. Dette kan igjen medføre liten tid til å hjelpe barnet med å bygge sin kulturelle og personlige identitet. I tillegg kommer hensynet til foreldrene selv og

⁹⁰ CRPD art. 19 (a)

⁹¹ Ibid.

⁹² Ibid. (b)

⁹³ CRPD Committee, Concluding observations : Spain (2011), pkt. 40

deres liv.⁹⁴ Hensynene nevnt over for hvorfor barnet bør vokse opp med foreldrene kan etter dette altså falle bort, og heller tale for å bo i avlastningsbolig eller barnebolig. Vurderingen henger igjen tett sammen med kommunens tilbud om alternative tiltak.⁹⁵ For at boforholdene skal øke livskvaliteten, er det nødvendig at hjemmet er i stand til å yte maksimal innsats. Det kan etter dette, i en konkret vurdering, være hensyn som taler for at barnet får økt livskvalitet og i større grad oppfylt sine behov i en avlastningsbolig eller en barnebolig.

Retten til å velge bosted har et sterkt vern. Ordlyden gjør det rimelig å tenke at disse bestemmelsene er ment å gjelde for voksne mennesker med nedsatt funksjonsevne. Det er likevel interessant at det legges så stor vekt på boforholdene. Barnet skal motta støttetjenester som gjør det mulig å bo hjemme.

3.3.5 Vurdering av nasjonalt utformet rett

Selve vernet av familielivet kommer ikke frem på samme måte i den nasjonalt utformede retten som i den internasjonale. Det at familien er den grunnleggende samfunnsenhet, og at vernet om denne må gå foran andre viktige behov er vanskelig å lese ut av den nasjonalt utformede retten. Heller ikke kravene som stilles til boforholdene kan utledes her. Utgangspunktet om at barnet skal vokse opp hos sine foreldre kan leses ut av den nasjonalt utformede retten, men bare forutsetningsvis.

3.4 Plikt til å tilby alternative tiltak

Når foreldrene søker om avlastningstiltak er det fordi de ønsker å motta en tjeneste som avhjelper deres situasjon. Foreldrenes ønske om avlastning kan avhenge av kommunens øvrige tilbud, slik at dersom foreldrene mottar alternative tiltak, kan ønske om avlastning bortfalle. Et spørsmål om atskillelse av barn og foreldre må også fra kommunens side vurderes ut ifra hvilke andre tiltak som har vært forsøkt, eller bør forsøkes.

⁹⁴ Se punkt 3.6

⁹⁵ Se punkt 3.3

3.4.1 Atskillelse

Da familielivet nyter et sterkt vern må en atskillelse av et barn og dets foreldre kreve en hjemmel. Det er av interesse å undersøke hva som skal til for at et barn skal kunne skilles fra sine foreldre, og være på opphold i en avlastningsbolig eller bo i en barnebolig. En atskillelse må sees i sammenheng med statens plikt til å tilby alternative tiltak. Dersom alternative tiltak avhjelper situasjonen kan en atskillelse være unødvendig.

BK art. 9 nr. 1 lyder:

Partene skal sikre at et barn ikke blir skilt fra sine foreldre mot deres vilje, unntatt når kompetente myndigheter, som er underlagt rettslig prøving, i samsvar med gjeldende lover og saksbehandlingsregler, beslutter at slik atskillelse er nødvendig av hensyn til barnets beste. Slik beslutning kan være nødvendig i særlige tilfeller som f.eks. ved foreldres mishandling eller vanskjøtsel av barnet, eller dersom foreldrene lever atskilt og det må treffes en avgjørelse om hvor barnet skal bo.

Formuleringen *mot deres vilje* sikter både til foreldrenes og barnets vilje.⁹⁶ Det gjelder altså strenge regler for atskillelse av barn og foreldre, og det kan bare gjøres dersom det er til det beste for barnet. Bestemmelsen gir eksempler på når en beslutning kan være nødvendig av hensyn til barnets beste. Tilfellene som ramses opp omhandler ikke tilfeller der barnet har nedsatt funksjonsevne. Listen er ment som eksempler og er ikke uttømmende, men den er likevel interessant da et naturlig tredje tilfelle kunne vært tilfeller der barnet har nedsatt funksjonsevne. Det er dermed interessant at det er utelatt.

Barnekomiteen uttaler:

(...) A child may not be separated from his or her parents on the grounds of a disability of either the child or his or her parents. Separation may be considered only in cases where the necessary assistance to the family to preserve the family unit is not effective

⁹⁶ Stang i Høstmælingen (2012) s. 164

enough to avoid a risk of neglect or abandonment of the child or a risk to the child's safety.⁹⁷

En atskillelse skal altså bare skje når andre tiltak ikke hindrer mulighet for forsømmelse av barnet, eller når det er fare for barnets sikkerhet. Barnekomiteen understreker at små barn er spesielt sårbare for ugunstige konsekvenser, og de er mindre kapable til å forstå omstendighetene.⁹⁸ Barnekomiteen trekker frem forhold som kan gjøre at det er negativt for barnet å bo hjemme.⁹⁹ Disse er utelukkende tilfeller hvor forholdene rundt foreldrene er problematiske. Også i slike tilfeller anmoder komiteen statene om å ta alle nødvendige skritt for å sikre at foreldrene blir i stand til å ta ansvaret for barnet.¹⁰⁰ Det må etter dette i hvert fall gjelde krav om å gjøre foreldrene i stand til å ha barnet hjemme der det ikke er forholdene rundt foreldrene som er problematiske.

Målet må være å minimalisere antall barn som bor andre steder enn hjemme, bortsett fra de tilfellene hvor det er absolutt nødvendig og til barnets beste. Barnekomiteen understreker flere ganger og i ulike generelle kommentarer at statene er forpliktet til ikke å skille barn fra deres foreldre med mindre det er til det beste for barnet.¹⁰¹ Når det gjøres vurderinger om hva som er best for barnet er kvaliteten på forholdet mellom foreldre og barna et moment som er understreket av komiteen.¹⁰² I nasjonalt utformet rett er det kun barnevernloven som har bestemmelser om hensyn som skal vektlegges i saker om atskillelse. Det finnes altså ikke bestemmelser rundt atskillelse i tilfeller der barnet har nedsatt funksjonsevne i den nasjonalt utformede retten.

Siden det å bo hjemme med foreldrene er det helt klare utgangspunktet, og det som i all hovedsak er ansett for å være det beste for barnet, skal altså løsninger som gjør dette mulig å oppnå forsøkes. En atskillelse skal ikke skje hvis mindre inngripende steg kan avhjelpe situa-

⁹⁷ CRC, General Comment nr. 14 pkt. 63

⁹⁸ CRC, General Comment nr. 7 pkt. 18

⁹⁹ CRC, General Comment nr. 14 pkt. 61

¹⁰⁰ Ibid.

¹⁰¹ CRC, General Comment nr. 7 pkt. 18, nr. 9 pkt. 47, nr. 14 pkt. 58, se punkt 4.2

¹⁰² CRC, General Comment nr. 14 pkt. 48

sjonen.¹⁰³ Andre tiltak som forøker familiens kapasitet til å ta vare på barnet må derfor forsøkes først. Økonomiske årsaker kan ikke rettferdiggjøre en atskillelse.¹⁰⁴ Ved behandlingen av Paraguays første rapport til FN om oppfølgingen av CRPD, oppfordrer CRPD-komiteen til å gi finansiell støtte til familier med barn med nedsatt funksjonsevne, slik at barnet kan bo med familien og være aktive samfunnsdeltakere.¹⁰⁵ Barnekomiteen understreker også at finansiell og materiell fattigdom aldri skal være den eneste årsaken til å flytte et barn fra dets foreldre.¹⁰⁶ I tilfeller hvor slik fattigdom er årsaken til søknader om alternative omsorgsboliger, skal det heller anses som et tegn på at det er nødvendig å tilføre tilstrekkelig støtte til familien.¹⁰⁷ Støtte er et eksempel på alternative tiltak. Undersøkelser viser at dersom det innvilges mer offentlig støtte på lokalt nivå, vil færre foreldre søke om avlastningstiltak.¹⁰⁸

3.4.2 Alternative tiltak

BK art. 27 nr. 2 og 3 lyder:

Foreldre (...) har det grunnleggende ansvaret for å sikre, innen sine evner og økonomiske muligheter, de levevilkår som er nødvendige for barnets utvikling.

I samsvar med nasjonale forhold og innenfor rammen av sine midler, skal partene treffe egnede tiltak for å hjelpe foreldre (...) til å virkeliggjøre denne rettighet, og de skal ved behov *sørge for materiell hjelp og støttetiltak, særlig med hensyn til mat, klær og bolig.*¹⁰⁹

Barnekomiteen understreker at å realisere barnets rettigheter avhenger av tilgjengelige ressurser for foreldrene.¹¹⁰ Det trekkes frem at støtte som indirekte fremmer barnets beste bør tilbys, som tilfredsstillende bolig og bidrag som medfører at arbeidstiden til foreldrene kan kortes

¹⁰³ CRC, General Comment nr. 14 pkt. 61

¹⁰⁴ Ibid.

¹⁰⁵ CRPD Committee, Concluding observations : Paraguay (2013), pkt. 56

¹⁰⁶ CRC, General Comment nr. 14 pkt. 62

¹⁰⁷ Ibid.

¹⁰⁸ Herr (2003) s. 422

¹⁰⁹ Min kursivering

¹¹⁰ CRC, General Comment nr. 7 pkt. 20

ned.¹¹¹ Komiteen har også uttalt at barn med nedsatt funksjonsevne har rett på tilfredsstillende spesialisert assistanse, herunder støtte til foreldrene.¹¹² Dette må bety at assistansen skal være tilpasset det konkrete barnet. Også i barnekomiteens generelle kommentar nr. 9 om rettighetene til barn med nedsatt funksjonsevne understreker komiteen at barn med nedsatt funksjonsevne best blir tatt vare på og fostret opp i deres egen familie, men bare dersom familien får den nødvendige støtten.¹¹³ Slik støtte omfatter undervisning for foreldre og søsken om funksjonsnedsettelsen og det individuelle barnets behov, psykologisk støtte og veiledning i hjelpemidler. Videre omfattes materiell støtte som pengebidrag og utstyr som er nødvendig for at barnet skal kunne leve et verdig liv og bli en fullverdig del av familien og samfunnet. Pleieassistanse og dagsenter som er lett tilgjengelig omfattes også.¹¹⁴ Det må vurderes hvilke tiltak som kan avhjelpe den individuelle situasjonen.

3.4.2.1 Økonomiske tiltak

I den nasjonalt utformede retten tilbys en rekke ulike tiltak. For det første har folketrygdloven flere rettighetsfestede ordninger. Et barn med nedsatt funksjonsevne kan for eksempel motta støtte i form av hjelpemidler.¹¹⁵ Folketrygdloven § 10-6 første og annet ledd lyder:

Når et medlem har fått sin funksjonsevne i dagliglivet vesentlig og varig nedsatt på grunn av sykdom, skade eller lyte, ytes det stønad (...).

Stønaden ytes i forbindelse med tiltak som er nødvendige og hensiktsmessige for å bedre medlemmets funksjonsevne i dagliglivet eller for at vedkommende skal kunne bli pleid i hjemmet.

Hjelpen er nødvendig og hensiktsmessig dersom den kan medføre at barnet slipper å flytte på institusjon, og hjelpemidler som benyttes av den som utfører pleien i hjemmet omfattes også.¹¹⁶ De aktuelle stønadsformene er listet opp i loven.¹¹⁷

¹¹¹ Ibid.

¹¹² CRC, General Comment nr. 7 pkt. 36 (d)

¹¹³ CRC, General Comment nr. 9 pkt. 41

¹¹⁴ Ibid.

¹¹⁵ Folketrygdloven (1997) § 10-7 bokstav a

Folketrygdloven hjemler videre retten til hjelpestønad.¹¹⁸ Denne støtten skal dekke utgifter til tilsyn og pleie som gis av familiemedlemmer eller andre private hjelpere. Det er et vilkår¹¹⁹ for rett til hjelpestønad at hjelpebehovet har et omfang som kan svare til et vederlag på minst samme nivå som den fastsatte satsen for hjelpestønad, som for 2014 utgjør kr. 14.052.¹²⁰ Pengene trenger ikke å benyttes som vederlag for hjelpen. Dersom pleiere utfører ubetalt arbeid er det i orden.¹²¹ Det er også mulig å søke om forhøyet hjelpestønad dersom dette gir barnet bedre muligheter til å bli boende i hjemmet.¹²² Forhøyet hjelpestønad utgjør 2, 4 eller 6 ganger ordinær hjelpestønad,¹²³ og innvilges etter en konkret vurdering av behov, hvor omfattende oppgaven er mm.¹²⁴ Folketrygdloven hjemler også retten til pleiepenger.¹²⁵ Disse ytes til foreldre som må være hjemme fordi barnet trenger kontinuerlig tilsyn og pleie, og et vilkår er at barnets tilstand er svært alvorlig.¹²⁶ Utgangspunktet er likevel at det ikke utbetales pleiepenger ved varig pleiebehov hos barnet.¹²⁷

Foreldrene kan videre søke kommunen om omsorgslønn.¹²⁸ Kommunen treffer vedtak om eventuell innvilgelse og utmåling, og det er åpnet for stor grad av skjønn i denne vurderingen.¹²⁹

Videre kan foreldrene søke Husbanken om tilskudd til tilpasning av boligen.¹³⁰ Å tilpasse en bolig innebærer å gjøre den bedre egnet til å ivareta spesielle behov for personer med nedsatt

¹¹⁶ Holgersen (2014) note 703

¹¹⁷ Folketrygdloven (1997) § 10-7

¹¹⁸ Ibid. § 6-4

¹¹⁹ Ibid. tredje ledd

¹²⁰ Holgersen (2014) note 483

¹²¹ Ibid. note 484

¹²² Folketrygdloven (1997) § 6-5

¹²³ Ibid. annet ledd

¹²⁴ Ibid. tredje ledd

¹²⁵ Folketrygdloven (1997) § 9-11

¹²⁶ Ibid.

¹²⁷ Bakke (2014) note 678

¹²⁸ Helse- og omsorgstjenesteloven (2011) § 3-6

¹²⁹ Kjellevoid (2012) note 32

funksjonsevne. De fleste boliger i dag er ikke tilrettelagt for rullestol og andre hjelpemidler, selv om dette nå er et krav ved oppførelse av nybygg.¹³¹ Tidligere kunne man søke om særfradrag på skatten for slik boligtilpasning. Denne fradragsretten falt bort i 2012.¹³² Husbanken oppfordrer kommunene til å prioritere familier med funksjonshemmede barn ved tildeling av tilskudd.¹³³ Det er likevel opp til kommunen å forvalte pengene.

3.4.2.2 Brukerstyrt personlig assistanse

3.4.2.2.1 Innledning

Støtteordningene nevnt over vil i mange tilfeller ikke være nok til å dekke de mange utgiftene som tilfaller familier med barn med nedsatt funksjonsevne. Videre vil de ikke alltid gi foreldrene mulighet til egen utfoldelse.¹³⁴ Barnekomiteen understreker i sin generelle kommentar om gjennomføring av barns rettigheter i tidlig barndom, at barn med nedsatt funksjonsevne skal ha lik mulighet til å delta i samfunnet som andre barn.¹³⁵ BK art. 23 nr. 1 lyder:

Partene anerkjenner at et barn som er psykisk eller fysisk utviklingshemmet, bør ha et fullverdig og anstendig liv under forhold som sikrer verdighet, fremmer selvstendighet og bidrar til barnets aktive deltakelse i samfunnet.

Økonomiske støtteordninger vil heller ikke i seg selv være tilstrekkelig for å oppfylle kravet om at barn med nedsatt funksjonsevne skal kunne delta i samfunnet på en aktiv måte. Det kan på bakgrunn av dette være nødvendig med ytterligere alternative tiltak for at den individuelle situasjonen skal avhjelpe, og en atskillelse hindres.

Ved behandlingen av Australias første rapport til FN om oppfølging av CRPD understreker komiteen at personer med nedsatt funksjonsevne har rett på nødvendig støtte uansett hvor de

¹³⁰ Husbanken (A) (2013) s. 3

¹³¹ Kommunal- og moderniseringsdepartementet (2010) (FOR-2010-03-26-489) § 12-7

¹³² Skatteetaten (2012)

¹³³ Husbanken (B) (2013)

¹³⁴ Se punkt 3.6

¹³⁵ CRC, General Comment nr. 7 pkt. 36 (d)

bor.¹³⁶ Ved behandlingen av Spanias første rapport trekker komiteen frem nødvendigheten av personlig assistanse for å kunne bo hvor man vil.¹³⁷ Brukerstyrt personlig assistanse (BPA) er en form for slik personlig assistanse, som innebærer at tjenestemottakeren er leder for sine egne assistenter.¹³⁸ Dette gir selvbestemmelse og kontroll over eget liv og hverdag. Tjenestemottaker bestemmer selv hvem den vil ha som assistenter, hvilke kvalifikasjoner disse skal ha og hvilke arbeidsoppgaver de skal utføre.¹³⁹ Den bestemmer også hvor, hvordan og til hvilke tider assistansen skal utføres.¹⁴⁰ Barn kan ikke lede sin egen assistanseordning, og trenger derfor en fungerende arbeidsleder som kan ta arbeidslederrollen for seg. En fungerende arbeidsleder er typisk en forelder.¹⁴¹ BPA-ordningen er etter gjeldende regelverk ikke begrenset til bestemte aldersgrupper eller typer funksjonsnedsettelse eller diagnoser.¹⁴²

BPA-ordningen er en tjenesteform som muliggjør at barnet har et familieliv, og får bo hjemme.¹⁴³ Når assistenter hjelper til med de krevende dagligdagse oppgavene, har foreldrene tid til å skape en nær relasjon til barnet sitt, oppdra det, samt bygge dets kulturelle og personlige identitet.¹⁴⁴ I tillegg ivaretar ordningen foreldrenes personlige behov.¹⁴⁵ BPA-ordningen er den eneste tjenesteformen som er hjemlet i nasjonalt utformet rett, hvor dette muliggjøres på en slik måte.

3.4.2.2.2 Lovfesting av tjenesten

BPA ble først lovfestet i sosialtjenesteloven, og trådte i kraft 1. mai 2000.¹⁴⁶ BPA skulle anses for å være en måte å organisere praktisk bistand og opplæring på. Dette omfattet både hus-

¹³⁶ CRPD Committee, Concluding observations : Australia (2013), pkt. 42

¹³⁷ CRPD Committee, Concluding observations : Spain (2011), pkt. 40

¹³⁸ Uloba BA (2012)

¹³⁹ Ibid.

¹⁴⁰ Ibid.

¹⁴¹ Ibid., Helse- og omsorgsdepartementet (2005) 15/2005

¹⁴² Uloba BA (2012)

¹⁴³ Se punkt 3.3

¹⁴⁴ Se punkt 3.3

¹⁴⁵ Se punkt 3.6

¹⁴⁶ Sosialtjenesteloven (1991) § 4-2 (a)

holdsoppgaver og direkte personlig bistand som for eksempel påkledning, hygiene og mat.¹⁴⁷ Lovfestingen medførte en plikt for kommunene til å *vurdere* BPA som tjenesteform i alle tilfeller der en bruker fikk innvilget mottak av tjenester. Lovfestingen medførte således ingen individuell rett for brukere som ønsket dette. Lovens formål var blant annet å bidra til at den enkelte fikk mulighet til å leve og bo selvstendig og til å ha en aktiv og meningsfylt tilværelse i fellesskap med andre.¹⁴⁸ Forarbeidene til bestemmelsen om BPA fremhever at intensjonen med brukerstyring er oppfylt når assistentene *i tillegg til* (min kursivering) de tjenester som tradisjonelt tilligger hjemmehjelp- og støttekontakttjenestene, har mer utradisjonelle oppgaver som daglige ærender, transport, feriereiser, turer, organisasjonsarbeid, trening, diverse småarbeid i hus og hage.¹⁴⁹

Sosialtjenesteloven ble sammen med kommunehelsetjenesteloven erstattet av helse- og omsorgstjenesteloven som trådte i kraft 1. januar 2012. BPA ble da videreført uten endringer, men i en egen bestemmelse.¹⁵⁰ Retten til å få vurdert tjenesten BPA er hjemlet i pasient- og brukerrettighetsloven.¹⁵¹ Det er slått fast i forarbeidene at den nye formuleringen ikke er ment å endre vurderingens innhold, men kun være en videreføring av tidligere lovgivning.¹⁵² Brukeren bestemmer selv hvordan fordelingen av de innvilgede timene skal benyttes.¹⁵³ Det er kommunen som brukeren oppholder seg i som skal tilby ytelsene.¹⁵⁴ Kommunens rett til å velge tjenesteform er også ment videreført i den nye lovgivningen. Fremdeles foreligger derfor ingen rett til å velge BPA for brukeren.

3.4.2.2.3 *Praksis i kommunene*

En forskningsrapport utarbeidet av Askheim i 2013 redegjør for eksisterende kunnskap om BPA i Norge.¹⁵⁵ Den tar for seg resultatet av ulike undersøkelser av blant annet kommuners

¹⁴⁷ Ot.prp. nr 8 (1999-2000) s. 6

¹⁴⁸ Sosialtjenesteloven (1991) § 1-1b

¹⁴⁹ Ot.prp. nr 8 (1999-2000) s. 3-5

¹⁵⁰ Helse- og omsorgstjenesteloven (2011) § 3-8

¹⁵¹ Pasient- og brukerrettighetsloven (1999) § 2-1 (a) annet ledd

¹⁵² Prop. 91 L (2010-2011) s. 514

¹⁵³ Helse- og omsorgsdepartementet (2013)

¹⁵⁴ Helse- og omsorgstjenesteloven (2011) § 3-1

¹⁵⁵ Askheim (2013)

praksis ved tildeling av BPA. Den ulike praksisen kan skyldes for få føringer fra staten. Det er fra staten utgitt målformuleringer for tjenesten i form av to rundskriv. I det første rundskrivet legger departementet vekt på at BPA bør tildeles der det ansees som den mest hensiktsmessige måten å yte praktisk bistand på.¹⁵⁶ Videre trekkes brukere med sammensatte og omfattende tjenestebehov frem, samt brukere som har ressurser til aktivt liv i og utenfor boligen. Departementet legger også vekt på samordning av ulike tiltak for at brukeren skal få færre personer å forholde seg til. Det andre rundskrivet åpner for tildeling av BPA til brukere som trenger bistand til å ivareta lederrollen, herunder barn.¹⁵⁷

Forskningsrapporten trekker frem store ulikheter i praksisen til kommunene tross lojalitet til statens føringer.¹⁵⁸ Guldvik og Andersens undersøkelse fra 2013 viste at mange kommuner la vekt på at BPA skulle fremstå som mest hensiktsmessig, og at tilbudet ikke kunne dekkes på en tilfredsstillende måte med de tradisjonelle tjenestene. Undersøkelsen peker likevel på at det er vanskelig å si hva som ligger i en slik formulering, og at terskelen for å få innvilget BPA syntes å variere mellom kommunene. Det pekes videre på at det i enkelte kommuner kan virke som om saksbehandler kun forholder seg til de som eksplisitt søker BPA, og ikke selv trekker inn tjenesten i generelle søknader om praktisk bistand. Rambølls undersøkelse fra 2012 viser variasjon i kommunenes forståelse av hvem BPA egner seg for og hvilke kriterier og hensyn som bør legges til grunn utover det som fremgår av gjeldende føringer. Den viser at friheten kommunene har fører til ulikheter mellom kommunene, særlig på grunn av ulik vektlegging av aspekter ved BPA. Noen vektla de ideologiske aspektene ved ordningen, som selvstendighet og selvbestemmelse, mens andre la mer vekt på det praktiske behovet til brukeren. Videre var det ulikheter ved vektlegging av alder og livssituasjon. Forskningsrapporten peker videre på at de færreste kommunene hadde utarbeidet skriftlige retningslinjer for vurderingen. Statens målformuleringer åpner altså for, og medfører, svært ulik praksis mellom kommunene. Dette medfører videre velferdsflyktninger.¹⁵⁹

¹⁵⁶ Helse- og omsorgsdepartementet (2000)

¹⁵⁷ Helse- og omsorgsdepartementet (2005)

¹⁵⁸ Askheim (2013)

¹⁵⁹ Se punkt 1.2

3.4.2.2.4 Rettssikkerhet

Pasient- og brukerrettighetsloven § 3-1 annet ledd som omhandler brukerens rett til medvirkning lyder:

Tjenestetilbudet skal så langt som mulig utformes i samarbeid med pasient og bruker. Det skal legges stor vekt på hva pasienten og brukeren mener ved utforming av tjenestetilbud (...).

Brukeren har altså rett til å medvirke, og dermed ytre et ønske om for eksempel BPA-tjenesten. Det skal legges stor vekt på hva brukeren mener. Et vedtak fra kommunen om BPA er et enkeltvedtak,¹⁶⁰ og kan påklages til Fylkesmannen.¹⁶¹ Pasient- og brukerrettighetsloven § 7-6 første ledd siste setning lyder:

For øvrige kommunale vedtak skal klageinstansen legge stor vekt på hensynet til det kommunale selvstyre ved prøving av det frie skjønn.

Medvirkningsbestemmelsen i § 3-1 og overprøvningsretten i § 7-6 står i et slags motsetningsforhold. Kommunen skal legge stor vekt på hva brukeren mener i vurderingen av tjenesteform, men i en eventuell klageomgang skal Fylkesmannen på sin side legge stor vekt på hensynet til det kommunale selvstyret. Dette kan være problematisk for rettssikkerheten til brukeren.

3.4.3 Sammenfatning

Det er klart at en atskillelse av barn og dets foreldre bare skal skje når det er absolutt nødvendig og til barnets beste. En atskillelse skal ikke skje hvis mindre inngripende steg kan avhjelpe situasjonen, og andre tiltak som forøker familiens kapasitet til å ta vare på barnet skal søkes først. Disse andre tiltakene kan kalles alternative tiltak. Et alternativt tiltak kan være finansiell støtte.

¹⁶⁰ Helse- og omsorgstjenesteloven (2011) § 2-2, Kjellevold (2012) note 5

¹⁶¹ Pasient- og brukerrettighetsloven (1999) § 7-2

3.4.4 Vurdering av nasjonalt utformet rett

Den nasjonalt utformede retten har ingen bestemmelser som direkte regulerer terskelen for atskillelse av barn og foreldre i tilfeller hvor barnet har nedsatt funksjonsevne. Det er barnevernloven som gjelder ved omsorgsovertakelse, og denne får som kjent ikke anvendelse på disse tilfellene. Dette er en svakhet. Hensyn og veiledende bestemmelser til vurdering av en atskillelse bør finnes i særlovgivning. Terskelen for atskillelse vil kunne være forskjellig ved tilbud om avlastningsbolig enn ved barnebolig, da omfanget av atskillelsen for disse er ulik.

Den nasjonalt utformede retten har flere bestemmelser om alternative tiltak. Særlig er det hjemlet mange ulike finansielle støtterordninger. Disse avhjelper imidlertid ikke foreldrene i de daglige oppgavene, og gir heller ikke foreldrene frihet til å ivareta alle egne behov. BPA-ordningen er en tjenesteform hjemlet i nasjonalt utformet rett som avhjelper disse utfordringene. Tjenesten gjør at Norge oppfyller sine forpliktelser til i stor grad å finne andre løsninger enn avlastningsbolig og barnebolig, og til å gi ulike former for støtte som muliggjør for barnet å bo hjemme. Særlig gjelder dette da kommunen selv er pliktet til å vurdere tjenesten, og undersøke om mer støtte kan avhjelpe situasjonen, når foreldrene søker om avlastningsbolig eller barnebolig.

Det kan imidlertid diskuteres om BPA-ordningen er tilfredsstillende når det er opp til kommunens skjønn om en bruker skal få innvilget tjenesten eller ikke. Særlig er den innsnevrede muligheten til å få gjennomslag ved en klage problematisk. Videre gir den store ulikheten mellom kommunenes praksis grunn til å betvile tjenestens betydning. Det har lenge vært kritisert av brukere og interesseorganisasjoner at BPA ikke er lovregulert som en individuell rettighet.¹⁶² I mai legges et lovforslag frem for Stortinget om en rettighetsfestelse av BPA. Det er imidlertid uklart hvor mange som vil omfattes av en slik rettighet, og hvilke vilkår som vil stilles. BPA-ordningen må utvikles og utvides for at den nasjonalt utformede retten skal oppfylle kravene etter internasjonal rett om å ta alle nødvendige skritt for å sikre at foreldrene blir i stand til å ta ansvaret for barnet sitt, og kun gjennomføre en atskillelse når det er absolutt nødvendig og til barnets beste.

¹⁶² Uloba BA (A) (2013)

3.5 Plikt til å tilrettelegge for god helsestandard

Helse er et vidt begrep, og det er grunn til å undersøke om barnets helse, utover dets nedsatte funksjonsevne, skal være en del av vurderingen ved vedtak om avlastningsbolig og barnebolig.

BK art. 24 nr. 1 lyder:

Partene anerkjenner barnets rett til å nyte godt av den høyest oppnåelige helsestandard (...).

Helsebegrepet i BK må tolkes vidt, og er beslektet med definisjonen av helse fra innledningen til Verdens Helseorganisasjons konstitusjon fra 1948.¹⁶³ Her slås det fast at helse er en tilstand av komplett fysisk, mental og sosial trivsel, og ikke bare fraværet av sykdom og svakhet.¹⁶⁴ For eksempel har barnekomiteen i forbindelse med helse trukket inn barn som lever under fattigdomsgrensen.¹⁶⁵ Barnekomiteen har videre i sin generelle kommentar om ungdoms helse og utvikling uttalt at helse og utvikling er sterkt knyttet til omgivelsene barnet lever i.¹⁶⁶ ØSK art. 12 nr. 1 lyder:

Konvensjonspartene anerkjenner retten for enhver til den høyest oppnåelige helsestandard både fysisk og psykisk.

I sin generelle kommentar til art. 12 uttaler FNs komité for økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter at retten til helse er tett beslektet med og avhengig av realiseringen av andre rettigheter, herunder bolig, privatliv og verdighet.¹⁶⁷ Barnets helse er altså nært knyttet opp til hvilken bosituasjon det har, og mulighet til å ha et privatliv samt beholde sin verdighet.

¹⁶³ Halvorsen og Aasen i Høstmølingen (2012) s. 188

¹⁶⁴ Ibid.

¹⁶⁵ Ibid.

¹⁶⁶ CRC, General Comment nr. 4 pkt. 14

¹⁶⁷ E, General Comment nr. 14 pkt. 3

3.5.1 Sammenfatning og egne betraktninger

Barnet har krav på høyeste oppnåelige helsestandard. Videre er barnets bosituasjon, privatliv og verdighet ansett for å være nært knyttet opp til helse. Helse må dermed også være en del av vurderingen ved vedtak om avlastningstiltak og barnebolig. Dersom barnets beste bosituasjon er hjemme, kan det være at også barnets helsestandard er høyest hvis det bor hjemme. Kan dette oppnås ved alternative tiltak må disse tiltakene, også på bakgrunn av hensynet til helse, prioriteres.

3.5.2 Vurdering av nasjonalt utformet rett

Det finnes ingen definisjon av *helse* i den nasjonalt utformede retten. Den knytter heller ikke realiseringen av andre rettigheter som bolig, privatliv og verdighet opp til helse. Det er dermed vanskelig å utlede at helse skal være en del av vurderingen ved vedtak om avlastningstiltak og barnebolig.

3.6 Plikt til å vektlegge foreldrenes rettigheter

Prinsippet om barnets beste¹⁶⁸, og barnets rettigheter generelt, kan komme i konflikt med andres interesser eller rettigheter. En aktuell konflikt i saker om avlastningsbolig og barnebolig oppstår i møte med foreldrenes interesser og rettigheter. Rimmerman skriver om denne konflikten, hvor barnets rett til å bo med sine foreldre kan være i konflikt med foreldrenes rett til å søke om plass for barnet i en alternativ bolig for å opprettholde sin egen velferd.¹⁶⁹ Rimmerman trekker frem spørsmålet om på hvilken bekostning man skal bevare familiebåndet. Rimmerman skriver:

Parents and other family members, for example, may face a loss of opportunity costs when they provide care under stress and difficult circumstances. It is not easy for parents to make placement decisions when the current view is family preservation at all cost.¹⁷⁰

¹⁶⁸ Se punkt 4.2

¹⁶⁹ Rimmerman i Herr (2003) s. 425

¹⁷⁰ Ibid.

Det er uheldig dersom foreldre føler seg presset til å ha et barn med nedsatt funksjonsevne hjemme, dersom de egentlig ikke mestrer dette. I sin generelle kommentar om barnets beste trekker barnekomiteen frem den samme konflikten.¹⁷¹ Komiteen uttaler at en konflikt mellom ulike interesser må løses konkret i hver sak, hvor de ulike interessene blir veid mot hverandre, og man finner et passende kompromiss. Komiteen uttaler videre:

If harmonization is not possible, authorities and decision-makers will have to analyse and weigh the rights of all those concerned, bearing in mind that the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration means that the child's interests have high priority and not just one of several considerations. Therefore, a larger weight must be attached to what serves the child best.¹⁷²

Barnekomiteen understreker altså at barnets beste også i slike konflikter skal være et hovedhensyn det legges stor vekt på. Dette må gjelde selv om hensynene til foreldrene taler imot. Rimmermans løsning på konflikten er at det må bli lettere for foreldrene å søke om og motta alternative tiltak.¹⁷³ På denne måten kan både foreldrenes og barnas interesser ivaretas.

3.6.1 Sammenfatning

Det er klart at det må foretas en interesseavveining og en konkret vurdering av foreldrenes rettigheter i saker om avlastningstiltak. Barnets beste må i en slik vurdering tillegges stor vekt, og være et hovedhensyn. En løsning på konflikten kan være å tilby tilstrekkelige alternative tiltak slik at det ikke lenger er en konflikt. At barnets beste er et så tungtveiende hensyn taler for at dette må forsøkes.

¹⁷¹ CRC, General Comment nr. 14 pkt. 39

¹⁷² Ibid.

¹⁷³ Rimmerman i Herr (2003) s. 425, se punkt 3.4

4 Prosessuelle krav

4.1 Innledning

I saksbehandlingen ved vedtak om avlastningstiltak har kommunen et selvstendig ansvar for å få saken så godt opplyst som mulig.¹⁷⁴ Dette er en grunnleggende regel som må danne utgangspunktet i enhver vurdering. Det er videre et grunnleggende utgangspunkt at barn med nedsatt funksjonsevne ikke skal sees på som en gruppe, men at de skal få utfolde seg som enkeltindivider.¹⁷⁵ Dette må bety at kommunen må sette seg inn i hvilket individ saken angår, ikke bare vedkommende sin diagnose og komplikasjonene denne medfører. Videre skal hver sak behandles konkret, og gis en skjønsmessig vurdering. Dette følger blant annet av lovens habilitetsregler¹⁷⁶, som hadde vært unødvendige dersom rettigheter etter loven ble tilkjent automatisk. I det følgende behandles plikten til å vektlegge barnets beste, plikten til å gi opplysninger og plikten til å la barnet medvirke. For hvert emne behandles gjeldende rett, før det gis en vurdering av om nasjonalt utformet rett tilstrekkelig gir uttrykk for gjeldende rett.

4.2 Plikt til å vektlegge barnets beste

Barnets beste er et hensyn i saker som angår barn. Når uttrykket anvendes fremgår det ofte, eksplisitt eller av sammenhengen, at hensynet skal tillegges stor eller avgjørende vekt.¹⁷⁷ I slike tilfeller kan hensynet heller omtales som et prinsipp. Når prinsippet kommer til anvendelse betyr det at man skal velge den løsningen som best tjener barnets interesser.¹⁷⁸ Dersom prinsippet kommer til anvendelse ved vedtak om avlastningsbolig eller barnebolig skal altså barnets interesser være i sentrum.

BK art. 3 nr. 1 lyder:

¹⁷⁴ Forvaltningsloven (1967) § 17

¹⁷⁵ CRPD art. 3

¹⁷⁶ Forvaltningsloven (1967) kap. 2

¹⁷⁷ Sandberg (2003) s. 50

¹⁷⁸ Ibid.

Ved alle handlinger som berører barn, enten de foretas av offentlige eller private velferdsorganisasjoner, domstoler, administrative myndigheter eller lovgivende organer, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.

CRPD art 7 nr. 2 lyder:

In all actions concerning children with disabilities, the best interests of the child shall be a primary consideration

Barnets beste skal altså være hovedhensynet ved alle handlinger som angår barnet. Barnets beste er ansett for å være et av barnekonvensjonens grunnprinsipper.¹⁷⁹ De andre grunnprinsippene er retten til ikke-diskriminering, retten til liv og utvikling og barnets medvirkning.¹⁸⁰ Det at det er et grunnprinsipp gjør at prinsippet utgjør en kjerneverdi som må tas i betraktning ved tolkning og anvendelse av de andre bestemmelsene i konvensjonen.¹⁸¹ Det skal altså alltid trekkes inn i alle vurderinger som en avveiningsnorm. Barnets beste anses likevel også for å være en selvstendig rettighet.¹⁸² At barnets beste er en selvstendig rettighet betyr at art.3 har en egenverdi. Den er altså ikke avhengig av at de øvrige artiklene kommer til anvendelse for å være av betydning. Den skal vurderes på selvstendig grunnlag.

Barnets beste skal både forstås som en materiell- og en prosessuell rettighet.¹⁸³ Barnekomiteen uttaler om forståelsen som en materiell rettighet:

The right of the child to have his or her best interests assessed and taken as a primary consideration when different interests are being considered in order to reach a decision on the issue at stake, and the guarantee that this right will be implemented whenever a decision is to be made concerning a child, a group of identified or unidentified children

¹⁷⁹ Heyerdahl i Høstmælingen (2012) s. 32

¹⁸⁰ Ibid.

¹⁸¹ Haugli i Høstmælingen (2012) s. 52

¹⁸² Heyerdahl i Høstmælingen (2012) s. 32

¹⁸³ CRC, General Comment nr. 14 pkt. 6 (a) og (c)

or children in general. Article 3, paragraph 1, creates an intrinsic obligation for States, is directly applicable (self-executing) and can be invoked before a court.¹⁸⁴

Prinsippet legger altså føringer for det konkrete innholdet i en enkeltsak. Barnet har en selvstendig rett, og kan kreve at prinsippet trekkes inn. Om den prosessuelle forståelsen uttaler barnekomiteen:

Whenever a decision is to be made that will affect a specific child, an identified group of children or children in general, the decision-making process must include an evaluation of the possible impact (positive or negative) of the decision on the child or children concerned. Assessing and determining the best interests of the child require procedural guarantees. Furthermore, the justification of a decision must show that the right has been explicitly taken into account. In this regard, States parties shall explain how the right has been respected in the decision, that is, what has been considered to be in the child's best interests; what criteria it is based on; and how the child's interests have been weighed against other considerations, be they broad issues of policy or individual cases.

BK stiller altså et krav til saksbehandlingen ved saker som vedrører barnet. I slike saker skal det alltid foretas en grundig og etterviselig vurdering av hva som er til det beste for barnet. Aspekter ved prinsippet om barnets beste behandles i punkt 4.2.1 og 4.2.2 nedenfor. Avhandlingen behandler ikke enkeltsaker, men ønsker som utgangspunkt å belyse hvordan prinsippet spiller inn prosessuelt. Da den materielle rettigheten henger tett sammen med den prosessuelle kan det likevel være nyttig å se hen til denne for å få en helhetlig forståelse av prinsippet. Avhandlingen vil derfor også drøfte enkelte aspekter ved rettighetens innhold.

4.2.1 Krav om prosedyre

Det at barnets beste er et prinsipp gjør at det kreves aktive tiltak fra forvaltningen.¹⁸⁵ Forvaltningen skal foreta en systematisk vurdering av hvordan barns rettigheter og interesser vil bli

¹⁸⁴ Ibid. (a)

¹⁸⁵ Haugli i Høstmølingen (2012) s. 55

påvirket av deres avgjørelser.¹⁸⁶ Barnekomiteen legger vekt på at det ved avgjørelser som har stor innvirkning på et barn skal være et høyt nivå av beskyttelse og detaljerte prosedyrer til å vurdere barnets beste.¹⁸⁷ Komiteen har lagt frem en konkret prosedyre som den anbefaler å benytte for å finne ut hva som er til det beste for det individuelle barnet.¹⁸⁸ Prosedyren går ut på å finne ut hvilke elementer som er relevante, gi disse et konkret innhold for den individuelle situasjonen, og veie elementene mot hverandre. Komiteen peker videre på relevante elementer.¹⁸⁹ Disse er:

Barnets synspunkt. Barnets identitet. Familiemiljøet og opprettholdelse av relasjoner. Omsorg, beskyttelse og sikkerhet for barnet. Sårbare situasjoner. Barnets rett til helse. Barnets rett til utdanning.¹⁹⁰

Komiteen understreker at ikke alle elementene vil være relevante i alle tilfeller. Også vekten av elementene vil variere.

Komiteen trekker videre frem ulike metoder som anbefales brukt i karleggingen av de ulike elementene.¹⁹¹ Først og fremst må man kommunisere med barnet. Barnet må både få uttrykke sine tanker, men også motta informasjon om prosessen og ulike løsninger og tjenester. Videre må det samles inn faktaopplysninger og informasjon tilknyttet det aktuelle tilfellet, for eksempel ved å intervju personer som treffer barnet i det daglige.¹⁹² For å finne all nødvendig informasjon, og for å vurdere hvilke elementer som er relevante, må det benyttes profesjonelle aktører.¹⁹³

Det er etter dette tydelig at komiteen ønsker en grundig gjennomgang av den konkrete situasjonen, og at det skal foretas en helhetsvurdering basert på alle nødvendige elementer for å

¹⁸⁶ Ibid.

¹⁸⁷ CRC, General Comment nr. 14 pkt. 20

¹⁸⁸ CRC, General Comment nr. 14 kap. V

¹⁸⁹ Ibid.

¹⁹⁰ Ibid.

¹⁹¹ Ibid.

¹⁹² Ibid.

¹⁹³ Ibid. pkt. 92

finne den løsningen som er best for barnet. For å finne denne løsningen kreves også deltakelse fra barnet. Det er altså ikke tilstrekkelig å kun vurdere den løsningen som ved første øyekast virker mest hensiktsmessig. I helhetsvurderingen skal det også legges vekt på barnets utvikling.¹⁹⁴ Det er viktig å finne løsninger som kan endres i fremtiden dersom det kan tenkes å være bedre for barnet da. Samtidig er det ansett som til barnets beste å finne en løsning som gir kontinuitet og stabilitet.¹⁹⁵

4.2.2 Som hovedhensyn

I den nasjonalt utformede retten er det særlig i barnevernloven at barnets beste er artikulert beskyttet. Her skal prinsippet generelt trekkes inn som en avveiningsnorm.¹⁹⁶ Barnevernloven får ikke direkte anvendelse på avhandlingens problemstilling, og behandles således ikke her.¹⁹⁷ Barnets beste er også tatt inn i barneloven. Barneloven § 48 lyder:

Avgjerder om foreldreansvar, om kvar barnet skal bu fast og om samvær, og handsaminga av slike saker, skal først og fremst rette seg etter det som er best for barnet.

Bestemmelsen omhandler altså avgjørelser om hvor barnet skal bo fast. Den er utarbeidet med tanke på barnefordelingssaker, og gjelder både når foreldrene lager en privat avtale og når retten avsier en dom.¹⁹⁸ I forarbeidene peker departementet på at BK bestemmer at barnets beste skal komme i første rekke ved alle handlinger som gjelder barn.¹⁹⁹ Videre slår departementet fast at barnets beste er et grunnleggende prinsipp, og foreslår derfor at prinsippet blir slått fast i innledningsbestemmelsen for å fremheve at den gjelder generelt.²⁰⁰ Det er likevel uklart om denne bestemmelsen skal komme til anvendelse når det gjøres vedtak om avlastningsbolig og barnebolig. Dette har lite trolig vært departementets mening. Det er likevel klart at departementet fremhever at prinsippet skal komme i første rekke ved alle handlinger som gjelder barn, og således er barneloven § 48 også av interesse for disse tilfellene.

¹⁹⁴ Ibid. pkt. 84

¹⁹⁵ Ibid.

¹⁹⁶ Barnevernloven (1992) § 4-1

¹⁹⁷ Se punkt 5

¹⁹⁸ Ot.prp. nr 29 (2002-2003) s. 26

¹⁹⁹ Ibid.

²⁰⁰ Ibid.

Ved behandlingen av Norges fjerde rapport til FN om oppfølging av barnekonvensjonen, uttrykte komiteen bekymring over at prinsippet om barnets beste som hovedhensyn ikke er implementert i alle områder som berører barn.²⁰¹ Den trekker frem saker om omsorg for barn som et eksempel. Videre uttrykker komiteen bekymring over at de som er ansvarlige for å trekke inn prinsippet i en konkret vurdering, ikke alltid har tilstrekkelig opplæring i å foreta en grundig og konkret vurdering av hva som er det beste for barnet.²⁰² Barnekomiteen uttrykker også bekymring for store variasjoner på landsbasis, som følge av det kommunale selvstyret.²⁰³ Komiteen anbefaler å videreføre og styrke arbeidet med å sikre barnets beste i premisene for administrative beslutninger, herunder de familierelaterte.²⁰⁴

Prinsippet må i barneloven § 48 anses for å være en avveiningsnorm, jf. ordlyden *først og fremst*. Prinsippet utelukker altså ikke at andre hensyn kan veie tyngre, selv om det er lite rom for dette. Andre hensyn er heller ikke eksplisitt nevnt i loven. Det er videre antatt at det kun er momenter som er av betydning for barnet som skal være gjeldende. Sosiallovutvalget har blant annet uttalt at det ikke skal legges vekt på hensynet til foreldrene, samt at det ikke skal søkes løsninger som tjener foreldrene eller lokalmiljøet på barnets bekostning.²⁰⁵

Barnekomiteen har uttalt at ”handlinger” i BK art. 3 første ledd ikke bare omfatter beslutninger, men også alle forslag og metoder, samt oppførsel.²⁰⁶ Videre har komiteen uttalt at ”berører” både omfatter direkte og indirekte handlinger som påvirker barnet. Begrepet skal tolkes veldig bredt.²⁰⁷ ”Skal” betyr i denne sammenhengen at det ikke skal foreligge en skjønnsmessig vurdering av om barnets beste skal legges vekt på, jf. barnekomiteen.²⁰⁸ Det skal alltid

²⁰¹ CRC Committee, Concluding observations : Norway (2010), pkt. 22

²⁰² Ibid.

²⁰³ CRC Committee, Concluding observations : Norway (2010), pkt. 15, 16, 37, 39, gjengitt av Haugli i Høstmølingen (2012) s. 71

²⁰⁴ CRC Committee, Concluding observations : Norway (2010), pkt. 23

²⁰⁵ Sandberg (2003) s. 60

²⁰⁶ CRC, General Comment nr. 14 pkt. 19

²⁰⁷ Ibid.

²⁰⁸ CRC, General Comment nr. 14 pkt. 36-37

være ”primary consideration”.²⁰⁹ I dette ligger at barnets beste er et hovedhensyn som veier tyngre enn andre hensyn.²¹⁰ Ordlyden ”grunnleggende” åpner likevel for en viss fleksibilitet, og andre hensyn kan derfor i en konkret sak anses som viktigere. Det er likevel antatt at den som vil la andre hensyn gå foran må ha en viss bevisbyrde for å vise at det ikke finnes andre gjennomførbare og akseptable løsninger.²¹¹

Det er det individuelle barnets beste som er aktuelt, ikke hva som generelt anses best for barn, jf. barnekomiteen i tolkningen av ”children”.²¹² Det skal derfor tas utgangspunkt i det konkrete barnet. Hva som generelt oppfattes som det beste for et barn vil kunne være av interesse, og vil kunne være opplysningene det i praksis er mulig å ta utgangspunkt i. Barnets personlige situasjon og behov må likevel trekkes inn. Barnets situasjon avhenger igjen av karakteristikker ved barnet.²¹³ Eksempler her kan være barnets alder, kjønn, tidligere erfaringer, barnets forhold til sine foreldre osv. Målet er å finne de karakteristikkene som gjør barnet unikt. Barnekomiteen anbefaler at det opprettes en generell liste med karakteristikker som kan være av interesse ved et barn.²¹⁴ I den konkrete vurderingen skal hele listen vurderes, men kun de relevante punktene i den konkrete situasjonen skal trekkes inn i avveiningen.²¹⁵ For å finne ut hva som er det individuelle barnets beste må barnets mening trekkes inn. Barnekomiteen understreker at det faktum at barnet er veldig ungt eller har en funksjonsnedsettelse ikke skal medføre at vekten som legges på deres mening, i vurderingen av hva som er best for barnet, reduseres.²¹⁶ Barnets medvirkning behandles i punkt 4.4.

4.2.3 Sammenfatning og egne betraktninger

Prinsippet om barnets beste gjelder for tilfeller ved vedtak om avlastningsbolig og barnebolig. Det kan ikke være tvil om at vedtak om avlastningsbolig og barnebolig faller innunder ordly-

²⁰⁹ Ibid.

²¹⁰ Ibid.

²¹¹ Haugli i Høstmælingen (2012) s. 55

²¹² CRC, General Comment nr. 14 pkt. 24

²¹³ CRC, General Comment nr. 14 kap. V

²¹⁴ Ibid.

²¹⁵ Ibid.

²¹⁶ CRC, General Comment nr. 14 pkt. 54

den ”handling som berører barn”. Barnets beste skal således i disse sakene være et hovedhensyn når saksbehandleren fatter vedtak.

Saksbehandleren skal ta utgangspunkt i det individuelle barnet. Barnets situasjon og karakter skal vurderes. Det må være opplagt at det har stor innvirkning på et barn dersom det tilbringer tid i avlastningsbolig eller flytter i barnebolig. Det skal derfor benyttes en detaljert prosedyre, som skal anvendes på det konkrete tilfellet. Den detaljerte prosedyren innebærer at saksbehandleren skal benytte profesjonelle aktører. Det er altså ikke bare foreldrenes oppgave å legge frem informasjon om barnet. Kommunen skal også selv, ved hjelp av utdannede personer, finne ut alt som er nødvendig for å kalle avgjørelsen kunnskapsbasert. Dette omfatter blant annet innhenting av aktuell forskning, studier og statistikk.²¹⁷ Videre skal det utarbeides en generell elementliste som skal benyttes konkret i det individuelle tilfellet. Det settes store krav til den endelige helhetsvurderingen. Det skal være en grundig gjennomgang hvor det foreslås å trekke inn uavhengige personer til å belyse situasjonen. Dersom andre hensyn har vært utslagsgivende må saksbehandleren uoppfordret gi en begrunnelse for hvorfor dette er tilfellet. Til slutt skal det tas en avgjørelse om hva som er det beste for det konkrete barnet.

Hva som er til beste for barn fremgår ikke av BK art. 3 og er heller ikke definert ellers i konvensjonen. Det er vanskelig å finne noe entydig svar på hva som er barnets beste. Det vil være kulturavhengig og variere med tid og sted.²¹⁸ Det er mulig å hente kunnskap fra ulike fagområder som psykologi, sosiologi og antropologi.²¹⁹ Også grunnleggende forskjeller i verdisyn vil spille inn. I tillegg vil det avhenge av det individuelle barnet.²²⁰ Det er likevel det alminnelige antatte utgangspunktet at det er best for barn å vokse opp hos sine biologiske foreldre.²²¹ Barnekomiteen understreker også dette utgangspunktet, med den forutsetning at foreldrene får de ressursene og den støtten som er nødvendig.²²² Komiteen åpner likevel for muligheten for at det i enkelte tilfeller kan være best for barnet å bo på institusjon.²²³

²¹⁷ Haugli i Høstmælingen (2012) s. 53

²¹⁸ Sandberg (2003) s. 64

²¹⁹ Ibid.

²²⁰ Ibid.

²²¹ Funksjonshemmedes fellesorganisasjon (2012) Pkt. 5.9.

²²² CRC, General Comment nr. 9 pkt. 41

²²³ CRC, General Comment nr. 9 pkt. 47

Da det i en helhetsvurdering må tas hensyn til at mange barn med nedsatt funksjonsevne vil ha en tilstand som utvikler seg, slik at behovet for tiltak blir større, kan det argumenteres for at det er best for barnet å vende seg til avlastningstiltak og boliger fra tidlig alder. Det samme argumentet kan gjelde for større barn som skal flytte for seg selv når de blir voksne. Videre krever barn med store behov for hjelp og stell mer tid og omsorg enn andre barn. Dette kan tale for at det har det best i en avlastningsbolig eller en barnebolig. I en helhetsvurdering må det likevel vurderes om det er best for barnet om behovene dekkes på andre måter. Dersom det er det skal dette være utslagsgivende. Barn med nedsatt funksjonsevne kan ofte kommunisere på andre måter enn normalt fungerende barn. Dette kan innebære signaler som foreldrene er nærmest til å forstå, og som det for andre voksne er vanskelig å fange opp. Dette vil tale for at det er best for barnet å være i nærheten av sine foreldre selv om andre helsearbeidere kan utføre helsearbeidet bedre.

4.2.4 Vurdering av nasjonalt utformet rett

Barneloven § 48 kan ikke anvendes ved vedtak om avlastningsbolig og barnebolig, men kun belyse at lovgiver mener at prinsippet er av stor betydning i liknende tilfeller. Prinsippet om barnets beste er ikke tatt inn i helse- og omsorgstjenesteloven, verken som et eget vilkår eller som en generell avveiningsnorm. Det samme gjelder for pasient- og brukerrettighetsloven. Det følger heller ikke av forvaltningsloven at prinsippet skal tillegges vekt, og Stortinget har ikke utgitt noe rundskriv med retningslinjer for vektlegging av prinsippet om barnets beste i saker om avlastningsbolig og barnebolig. Den nasjonalt utformede retten beskytter således ikke verken den materielle- eller den prosessuelle retten ”barnets beste”.

Det bør tydeliggjøres i den nasjonalt utformede retten at barnets beste både er en materiell- og en prosessuell rettighet i saker om avlastningsbolig og barnebolig. Det er i denne sammenheng interessant å sitere Haugli:

La oss ta et konkret eksempel som avlastningstiltak for barn med funksjonshemninger, (...). Er det hensynet til barnets beste, herunder barnets behov for stabilitet, kontinuitet og medvirkning (som er utslagsgivende), eller overstyres dette av for eksempel hensynet til kommuneøkonomien og de ansettes interesser? En henvisning til at hensynet til barnets beste skal være et grunnleggende hensyn, burde ha kommet direkte til uttrykk i

den nylig vedtatte helse- og omsorgsloven, også som et pedagogisk virkemiddel for å minne om denne forpliktelsen som følger av konvensjonen.²²⁴

4.3 Plikt til å gi opplysninger

Barnekomiteen har uttalt at det er nødvendig å gi informasjon til rettighetsyttere og rettighets-
havere om rettigheter for at de skal bli realisert.²²⁵ BK art. 42 lyder:

Partene forplikter seg, gjennom egnede og aktive tiltak, til å gjøre konvensjonens prinsip-
per og bestemmelser alminnelig kjent både for voksne og barn.

Komiteen understreker at voksne må forstå hvilke implikasjoner konvensjonen har for at bar-
na skal kunne få utbytte av rettighetene.²²⁶ En opplysningsplikt må sees i forbindelse med
kunnskap om rettigheter. Dette fordi det er vanskelig å se hvordan rettigheter kan bli realisert
dersom ingen har kunnskap om dem.

4.3.1 Kunnskap hos den ansatte

For at rettigheter skal bli realisert er det etter dette nødvendig at staten sikrer kunnskap om
barns rettigheter hos dem som gjør vedtak om barn. Barnekomiteen har i en generell kommen-
tar om barn med nedsatt funksjonsevne understreket at kunnskap om konvensjonens bestem-
melser om barn med nedsatt funksjonsevne, er et nødvendig og kraftfullt redskap i arbeidet
for å sikre at disse barnas rettigheter blir realisert.²²⁷ Komiteen oppfordrer til å spre slik kunn-
skap bl.a. gjennom systematiske bevisstgjøringskampanjer.²²⁸ Ved behandlingen av Norges
fjerde rapport til FN om oppfølging av barnekonvensjonen, uttrykker komiteen bekymring for
at ansatte i kommunene som er ansvarlige for barn, ikke vet nok om rettighetene nedfelt i
BK.²²⁹

²²⁴ Haugli i Høstmølingen (2012) s. 71

²²⁵ CRC, General Comment nr. 5 pkt. 66

²²⁶ Ibid

²²⁷ CRC, General Comment nr. 9 pkt. 26

²²⁸ Ibid

²²⁹ CRC Committee, Concluding observations : Norway (2010), pkt. 17

CRPD art. 4 bokstav i lyder:

States Parties undertake (...) to promote the training of professionals and staff working with persons with disabilities in the rights recognized in this Convention so as to better provide the assistance and services guaranteed by those rights.

Staten skal altså sørge for at personer som arbeider med barn får kunnskap om rettighetene i BK. Videre skal de som arbeider med barn med nedsatt funksjonsevne få opplæring i rettighetene som følger av CRPD.

4.3.2 Opplysning

Den som arbeider med barn med nedsatt funksjonsevne må videre gi informasjon om kunnskapen sin, slik at rettighetene kan bli realisert.²³⁰ CRPD art. 4 bokstav h lyder:

States Parties undertake (...) To provide accessible information to persons with disabilities about mobility aids, devices and assistive technologies, including new technologies, as well as other forms of assistance, support services and facilities;

Informasjonen som skal gis er altså variert og omfattende. Den skal både være om apparater og utstyr, og annen form for assistanse som støttetjenester. Dette må også omfatte alternative tiltak.²³¹ Informasjonen skal således gi et oversiktlig bilde av hvilke tilbud som finnes. Også forvaltningsloven bestemmer at forvaltningsorganene har en alminnelig veiledningsplikt.²³²

Oppvekstvilkårene, herunder bostedet, til barnet er nært knyttet opp til barnets helse.²³³ ØSK art. 12 bestemmer at barn har krav på høyest mulig helsestandard.²³⁴ ØSK-komiteen har i sin generelle kommentar til ØSK art. 12 understreket at retten til helse er nært knyttet opp til rea-

²³⁰ Se over

²³¹ Se punkt 3.4

²³² Forvaltningsloven (1967) § 11

²³³ Se punkt 3.5

²³⁴ ØSK art. 12 (a)

liseringen av tilgang på informasjon.²³⁵ Barnekomiteen har i sin generelle kommentar om helse og utvikling understreket barnets rett til tilgang på informasjon som er viktig for deres helse og utvikling, og at staten er pliktet til å sikre denne tilgangen.²³⁶ Helse- og omsorgstjenesteloven § 3-3 bestemmer at kommunen skal fremme helse ved å gi opplysning, råd og veiledning.²³⁷ Pasient- og brukerrettighetsloven § 3-2 siste ledd lyder:

Brukere skal ha den informasjon som er nødvendig for å få tilstrekkelig innsikt i tjenestetilbudet og for å kunne ivareta sine rettigheter.

Brukeren har altså krav på en innsikt i det totale tjenestetilbudet. Det skal gis opplysninger som gjør at brukeren forstår hvilke rettigheter vedkommende har, også til andre tjenester enn den har søkt om. Brukeren skal kunne forstå hvilke muligheter som foreligger. Pasient- og brukerrettighetsloven stiller også krav til informasjonens form.²³⁸ Den skal være tilpasset brukers forutsetninger, og den skal gis på en hensynsfull måte.²³⁹ Informasjonen skal altså tilrettelegges, og dette gjelder også for barn med nedsatt funksjonsevne.²⁴⁰

Forvaltningsloven hjemler en veiledningsplikt som har til formål å gi parter adgang til å på best mulig måte ivareta sin tarv.²⁴¹ Også pasient- og brukerrettighetsloven krever at informasjonen gir tilstrekkelig innsikt i tjenestetilbudet til å kunne ivareta sine rettigheter.²⁴² Informasjonen må således være tilstrekkelig til at brukeren kan ivareta sine interesser, og sin rett til å medvirke.²⁴³

²³⁵ E, General comment nr. 14 pkt. 3

²³⁶ CRC, General Comment nr. 4 pkt. 26, 39 (b)

²³⁷ Helse- og omsorgstjenesteloven (2011) § 3-3.1 annet punktum

²³⁸ Pasient- og brukerrettighetsloven (1999) § 3-5 første ledd

²³⁹ Ibid.

²⁴⁰ Syse (2012) note 81

²⁴¹ Forvaltningsloven (1967) § 11 annet punktum

²⁴² Pasient- og brukerrettighetsloven (1999) § 3-2 siste ledd

²⁴³ Syse (2012) note 74, se punkt 4.4

4.3.3 Sammenfatning og egne betraktninger

En saksbehandler som skal gjøre vedtak om avlastningsbolig eller barnebolig må ha kunnskap om rettighetene barnet har til tjenesteytelser, samt gi tilpasset informasjon til barnet. Barnet skal gis et oversiktlig bilde av hvilke tilbud som finnes. Informasjonen må være tilstrekkelig til at barnet kan medvirke på en slik måte som følger av loven.²⁴⁴ Hensikten er at barnet og dets foreldre ved hjelp av informasjon skal kunne ta veloverveide valg, herunder om andre tjenester er å foretrekke.

4.3.4 Vurdering av nasjonalt utformet rett

Forvaltningsloven hjemler den alminnelige veiledningsplikten. Da avlastningsbolig og barnebolig faller innunder helserettens område er retten til informasjon godt beskyttet. Helse- og omsorgstjenesteloven skal fremme helse ved å gi informasjon, og pasient- og brukerrettighetsloven hjemler retten til innsikt i det totale tjenestetilbudet som tilbys. Videre hjemles retten til å få informasjonen tilrettelagt, samt at den skal være tilstrekkelig til at barnet kan ivareta sine interesser. Opplysningsplikten følger således av den nasjonalt utformede retten på lik linje som av den internasjonale retten. Det er imidlertid viktig at det tydeliggjøres at bestemmelsene på helseområdet gjelder for disse sakene.

4.4 Plikt til å la barnet medvirke

Medvirkningen omtales også som plikten til å *høre* barnet og *barnets mening*. Kravet til å la barnet medvirke må sees i sammenheng med prinsippet om barnets beste, og statlige organers opplysningsplikt.²⁴⁵ For å kunne vurdere hva som er til det beste for barnet er det nødvendig å kommunisere med barnet, og forsøke å finne ut hva barnet selv mener. Videre kan ikke barnet danne seg en overveid mening uten opplysninger, da det må ha tilstrekkelig informasjon for å vite hva det mener. Det er altså interessant å undersøke hvilke krav som stilles til prinsippet om barnets medvirkning når det gjøres vedtak om avlastningsbolig og barnebolig, fordi prinsippet gir en helhetlig saksbehandling. Barnets medvirkning er som barnets beste ansett for å være et generelt prinsipp i BK.²⁴⁶ Barnets mening skal derfor, når det kommer til anvendelse,

²⁴⁴ Se punkt 4.4

²⁴⁵ Se Punkt 4.2 og punkt 4.3

²⁴⁶ Sandberg i Høstmælingen (2012) s. 90

være en del av en helthetsvurdering og prinsippet skal trekkes inn i gjennomføringen av de andre bestemmelsene i konvensjonene. Det er viktig å understreke at barnets medvirkning kun hjemler kravet til å *la* barnet medvirke. Prinsippet medfører ingen plikt for barnet til å uttale seg.²⁴⁷

4.4.1 Kommunikasjon

For at barnet skal kunne medvirke må man kommunisere med det. Å kommunisere med barn er imidlertid annerledes enn å kommunisere med voksne. Barnekomiteen har uttalt at retten til å medvirke også gjelder for de yngste barna.²⁴⁸ Det legges vekt på at små barn ofte kommuniserer følelser, ønsker og ideer på andre måter enn gjennom språk. Dette er også en form for medvirkning.²⁴⁹ Barnekomiteen legger videre vekt på at barnet må kommuniseres med på dets premisser.²⁵⁰ I dette ligger at når det blir gitt informasjon til barnet må det gis på et språk de forstår. Hensynet bak dette må være at barnet skal forstå informasjonen. I tilfeller der barnet ikke forstår beskjeder gitt på normal måte må det derfor kunne forventes at det blir benyttet andre metoder, slik at barnet oppnår størst mulig forståelse. Sakkyndig bistand kan brukes både til å samtale med barnet, å foreta observasjoner og til å utrede saken nærmere.²⁵¹ Det er ikke nødvendig at barnet har evne til å danne seg synspunkter om selve spørsmålet som skal avgjøres.²⁵² Barnet trenger bare å ha evne til å mene noe som har betydning i den sammenheng.²⁵³ CRPD art. 7 nr. 3 som omhandler barn med nedsatt funksjonsevne lyder:

(...) and to be provided with disability and age-appropriate assistance to realize that right.

Barn med nedsatt funksjonsevne skal altså tilbys assistanse som avhjelper deres funksjonsnedsettelse og eventuelt lave alder, slik at retten til å få uttrykt sin mening realiseres. I dette må det ligge et krav om tilgang til sakkyndige personer og hjelpemidler. CRPD-komiteen har

²⁴⁷ Ot.prp. nr 29 (2002-2003) s. 62

²⁴⁸ CRC, General Comment nr. 7 pkt. 14

²⁴⁹ Ibid.

²⁵⁰ CRC, General Comment nr. 14 pkt. 15 (g)

²⁵¹ Haugli i Høstmælingen (2012) s. 65

²⁵² Sandberg i Høstmælingen (2012) s. 99

²⁵³ Ibid.

uttrykt bekymring for ulike forhold i Spania som hindrer barn med nedsatt funksjonsevnes mulighet til å fullt ut uttrykke sine meninger.²⁵⁴ Et av forholdene som trekkes frem er mangelen på informasjon, slik at barna kan uttrykke en overveid mening. I forlengelsen av dette understreker komiteen viktigheten av å etablere programmer som vil sikre barn med nedsatt funksjonsevne muligheten til å uttrykke sitt syn.²⁵⁵ Barnekomiteen har videre uttrykt bekymring for det faktum at barn med nedsatt funksjonsevne ofte ikke blir hørt i prosesser før vedtak om bruk av institusjon.²⁵⁶ Denne situasjonen er altså konkret trukket frem, og viser at det anses som viktig at barnet blir hørt ved vedtak om avlastningsbolig og barnebolig.

Barnets rett til å bli hørt kan sees på som et ledd i barnets rett til respekt og verdighet.²⁵⁷ Respekt for barnets menneskeverd må også innebære en respekt for barnets personlighet, ideer og ønsker. Respekterer man barnet bygger man også opp barnets verdighet. Forskning viser at barnet ikke nødvendigvis ønsker å velge selv, men å delta.²⁵⁸

Barnets medvirkning har to aspekter. Først må det vurderes om barnet skal høres i utgangspunktet. Dersom barnet høres, må det deretter vurderes hvor stor vekt det skal legges på barnets mening. Det vil både forekomme tilfeller der barnet har sterke meninger, og tilfeller der barnet ikke ønsker å bli hørt eller ikke har noen sterk mening. Avhandlingen vil i det følgende behandle disse aspektene hver for seg.

4.4.2 Hvorvidt barnet skal høres

BK art. 12 første ledd lyder:

Partene skal garantere et barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter, retten til fritt å gi uttrykk for disse synspunkter i alle forhold som vedrører barnet, (...).

²⁵⁴ CRPD Committee, Concluding observations : Spain (2011), pkt. 24 (b)

²⁵⁵ Ibid.

²⁵⁶ CRC, General Comment nr. 9 pkt. 48

²⁵⁷ Sandberg (2003) s. 91

²⁵⁸ Ibid.

Statene skal altså sikre at barn *med evne til* å danne egne synspunkter fritt får uttrykke disse i alle situasjoner som berører dem. Det stilles dermed et krav til barnets modenhet. Ordlyden forutsetter at barnets mening ikke er bestemmende. Bestemmelsen oppstiller videre ingen aldersgrense. I UNICEFs håndbok for gjennomføring av BK understrekes det at barn danner seg synspunkter svært tidlig, og at BK ikke støtter aldersgrenser fastsatt i nasjonalt lovverk.²⁵⁹ Om kravet til å danne eget synspunkt understreker håndboken at det kun er der barnet helt klart er ute av stand til å danne et eget synspunkt det er aktuelt å ikke la barnet medvirke.²⁶⁰ Vurderingen som skal gjøres er om barnet er *i stand til* å danne seg egne synspunkter om den konkrete saken. Barnet trenger altså ikke å allerede ha dannet seg synspunkter. Det avgjørende er om barnet med hjelp har mulighet til dette. Ordlyden tilsier at det ikke trenger å være et fastsatt tidspunkt barnet blir i stand til dette, men at det er en evne som utvikler seg over tid. Et yngre barn kan ha meninger om deler av saken, mens et eldre barn kan ha meninger om saken i en større sammenheng. Barnet skal få uttale seg om det det kan danne seg synspunkter om.

CRPD art. 7 nr. 3 lyder:

States Parties shall ensure that children with disabilities have the right to express their views freely on all matters affecting them, (...).

Bestemmelsen hjemler den samme retten som BK, og bare understreker at statene skal sikre at den også kommer til anvendelse for barn med nedsatt funksjonsevne. Det må antas at prinsippet er ment å gjelde på lik linje som etter BK. Det kan ikke være tvil om at et avlastningstiltak er et forhold som vedrører barnet, og BK og CRPD må derfor anses for å komme til anvendelse.

BK art. 12 annet ledd lyder:

For dette formål skal barnet særlig gis anledning til å bli hørt i enhver rettslig og administrativ saksbehandling som angår barnet,

²⁵⁹ UNICEF (2007) s. 153

²⁶⁰ Ibid.

Konvensjonen bestemmer altså at det spesielt skal sørges for at barnet får muligheten til å uttale seg i saksbehandlingen, jf. *særlig*. Det følger av forvaltningsloven at forvaltningsorganet før vedtak treffes skal påse at mindreårige parter har fått mulighet til å gi uttrykk for sitt syn, i den grad de er i stand til å danne seg egne synspunkter på det saken gjelder.²⁶¹ Det følger av forarbeider at forvaltningen må vurdere konkret i forhold til sakens art i hvilken grad barnet kan være i stand til å danne seg egne synspunkter.²⁶² Forvaltningsloven åpner altså for en skjønnsmessig vurdering av om barnet skal høres i saksbehandlingen, mens BK understreker at det i disse tilfellene er spesielt viktig at barnet blir hørt.

Barneloven har tilnærmet lik ordlyd som BK, og anses i forarbeidene for å være i tråd med denne.²⁶³ Barneloven § 31 annet ledd første punktum lyder:

Eit barn som er fylt sju år, og yngre barn som er i stand til å danne seg egne synspunkt, skal få informasjon og høve til å seie meininga si før det blir teke avgjerd om personlege forhold for barnet, mellom anna om foreldreansvaret, kvar barnet skal bu fast og samvær.

Ordlyden *teke avgjerd* gjør det rimelig å anta at bestemmelsen gjelder for domstoler samt ved utenrettslig mekling, da det forutsettes at noen tar avgjørelser. I forarbeidene slås det fast at spørsmålet om barnet bør høres av offentlige myndigheter etter departementets mening bør reguleres i særlovgivningen, slik at eventuelle aldersgrenser kan tilpasses sakens art.²⁶⁴ Barnevernloven er et eksempel på slik særlovgivning, og må betraktes som *lex specialis* for tilfeller som faller innunder barnevernet. Andre tilfeller, som vedtak om avlastningstiltak, er usikre, da lovgiver ikke har regulert forholdet i annen særlovgivning. Forarbeidene utelukker imidlertid ikke at den fastsatte aldersgrensen i barneloven § 31 annet ledd, i mangel av særregler på et felt, kan være veiledende i saker som angår barnet direkte og personlig. Det er etter dette grunn til å anta at barneloven § 31 annet ledd kan være veiledende ved vedtak om

²⁶¹ Forvaltningsloven (1967) § 17 første ledd annet punktum

²⁶² Ot.prp. nr 45 (2002-2003)

²⁶³ Ot.prp. nr 29 (2002-2003) s. 61

²⁶⁴ Ibid.

avlastningstiltak. Det gjelder i så tilfelle en ubetinget rett for barn over syv år til å si sin mening før disse vedtakene gjøres. For barn under syv år gjelder det samme som etter BK. Selv om bestemmelsen ikke hindrer barn under syv år å uttale seg, kan en fastsatt aldersgrense oppfattes som veiledende. Ordlyden kan gjøre det lettere å la være å høre barn under aldersgrensen. BK støtter som nevnt over ikke fastsettelse av aldersgrenser, og det er derfor vanskelig å se at barneloven § 31 annet ledd er i fullt overenstemmelse med BK.

I proposisjonen om innarbeiding av barnekonvensjonen i norsk lov uttaler departementet at det ofte vil være tilstrekkelig at barnets syn er innhentet via den som representerer barnet i forvaltningssaken.²⁶⁵ Departementet mener at dette må tilpasses vedtakets art, og barnets alder og utvikling. Dersom det foreligger interessekonflikt er forvaltningen imidlertid oppfordret til å innhente synspunkter direkte fra barnet.²⁶⁶ BK art. 12 annet ledd om administrativ saksbehandling lyder:

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

BK åpner således for at barnet i forvaltningssaker blir hørt gjennom en representant. Ved behandlingen av Norges fjerde rapport til FN om oppfølging av barnekonvensjonen, uttrykker komiteen bekymring over at barnets rett til medvirkning ikke fullt ut effektivt praktiseres i alle avgjørelser om og ordninger for barnets liv.²⁶⁷ Komiteen anbefaler Norge å styrke denne retten ved å fremme den og sørge for effektiv gjennomføring, samt sikre at barnets mening tillegges behørig vekt.²⁶⁸ Det er vanskelig å se at BK åpner for en utbredt praktisering av bruk av representanter. Ordlyden i BK åpner ikke for denne tolkningen, og bekymringen til komiteen tilsier at en bør være forsiktig med å benytte slike metoder. I hvert fall må det være problematisk at departementet benytter uttrykket *ofte* om hvor utbredt denne praktiseringen bør

²⁶⁵ Ot.prp. nr 45 (2002-2003) s. 61

²⁶⁶ Ibid.

²⁶⁷ CRC Committee, Concluding observations : Norway (2010), pkt. 24

²⁶⁸ CRC Committee, Concluding observations : Norway (2010), pkt. 25

være. Videre vil begrensningen i representasjonsmuligheten ved interessekonflikter sjelden komme til anvendelse i saker om avlastningsbolig og barnebolig, da det i disse sakene vil være vanskelig å påpeke direkte interessekonflikt. Det er alminnelig å anta at både foreldrene og barnet er interessert i å finne den beste løsningen, og således ikke er i en direkte konflikt.

Også pasient- og brukerrettighetsloven bestemmer at foreldrene kan fungere som representanter. Lovens § 3-1 annet ledd siste punktum bestemmer at barn under 18 år skal tas med på råd når barnets utvikling og modning samt sakens art tilsier det. Det er imidlertid vanskelig å se betydningen av denne bestemmelsen. I pasient- og brukerrettighetsloven § 4-4 hjemles retten foreldre har til å samtykke i helsehjelp for sine barn under 16 år. Barn over 16 år har i all hovedsak rett til å samtykke til helsehjelp selv, jf. § 4-3 første ledd bokstav b. Det følger videre av § 4-4 siste ledd at barnet skal høres før samtykke gis på vegne av det, etterhvert som barnet utvikles og modnes. Samme bestemmelse bestemmer at når barnet er fylt 12 år skal det alltid få si sin mening. Syse mener at bestemmelsen i pasient- og brukerrettighetsloven § 3-1 annet ledd siste punktum må ansees for å være en inkurie.²⁶⁹ Utgangspunktet om foreldrenes samtykke, og barnets rett til å bli hørt i denne sammenheng, må etter dette være avgjørende. Plikten til å høre barnet før samtykke gis, må være rettet mot foreldrene. Forvaltningen har dermed etter denne bestemmelsen ingen kontroll med at barn under 12 år har blitt hørt. Barnekomiteen har ved behandlingen av Norges fjerde rapport til FN stilt seg negativ til at kun barn over tolv år er sikret retten til medvirkning i helsespørsmål.²⁷⁰ Det kan etter dette ikke være i tråd med BK at forvaltningen ikke har et selvstendig ansvar for å la barnet bli hørt i disse sakene. Pasient- og brukerrettighetsloven kan etter dette ikke være i samsvar med gjeldende rett etter BK, forvaltningsloven og barneloven.

Barnets rett til medvirkning er videre ikke tatt inn i helse- og omsorgstjenesteloven. Stortinget har ikke gitt noe rundskriv med retningslinjer om barnets rett til å bli hørt i saker om avlastningsbolig og barnebolig. I helsedirektoratets veileder i saksbehandling og dokumentasjon for pleie- og omsorgstjenestene vises det kun til lovens generelle bestemmelser nevnt ovenfor.

²⁶⁹ Syse (2012) note 64

²⁷⁰ CRC Committee, Concluding observations : Norway (2010), pkt. 24

4.4.3 Vekten av barnets mening

Bk art. 12 første ledd lyder avslutningsvis:

(...) og tillegge barnets synspunkter behørig vekt i samsvar med dets alder og modenhet.

Vekten av barnets mening skal altså avhenge av alder og modenhet. Forvaltningsloven har en tilsvarende ordlyd.²⁷¹ Barnets mening skal tas i betraktning og være en del av en helhetsvurdering der andre hensyn også trekkes inn. Følgelig er barnets mening ikke bestemmende. Det skal legges mer og mer vekt på meningen jo eldre og mer modent barnet er. I praksis må dette bety at barnets faktiske alder er utgangspunktet for vekten, og at modenhetsnivået er ment som en ytterligere dirigering. Utgangspunktet vil da være barnets faktiske alder, og så vil dette modereres med barnets modenhet. For normalt fungerende barn vil modereringen sjelden, eller kanskje aldri, hindre at eldre barns mening blir tillagt vekt. Det vil for eksempel være vanskelig å argumentere for at et normalt fungerende barn på femten år er så umodent at deres mening om bosted ikke skal tillegges vekt. For barn med nedsatt funksjonsevne kan modereringen få større utslag. I enkelte tilfeller vil barn i helt opp mot myndighetsalder kunne anses for å ha et så lavt modenhetsnivå at dets mening ikke bør tillegges vekt. CRPD hjemler tilsvarende rett som BK.²⁷²

Barneloven § 31 annet ledd annet og siste punktum lyder:

Meininga til barnet skal bli vektlagt etter alder og modning. Når barnet er fylt 12 år, skal det leggjast stor vekt på kva barnet meiner.

Denne bestemmelsen er veiledende for vedtak om avlastningstiltak.²⁷³ Vekten av barnets mening skal altså avhenge av barnets alder og modenhet. Videre skal det legges stor vekt på hva et barn over 12 år mener. Heller ikke når barnet er fylt 12 trenger barnets mening å bli ut-

²⁷¹ Forvaltningsloven (1967) § 17 tredje punktum

²⁷² CRPD art. 7 nr. 3

²⁷³ Se pkt. 4.4.2

slagsgivende, men det skal sterkere grunner til for ikke å følge den.²⁷⁴ Til dette kommer det som tidligere er nevnt om fastsettelse av aldersgrenser. Den kan være villedende selv om den ikke utelukker vektleggelse av yngre barns mening.

Barnet trenger ikke eksplisitt å uttale seg om sakens forhold for at dets mening skal vektlegges. Dersom denne meningen tydelig fremkommer av barnets oppførsel eller andre reaksjoner, så kan dette være tilstrekkelig til å legge stor vekt på det. I en sak for høyesterett ble det lagt avgjørende vekt på endret adferd, oppfattet av to sakkyndige, hos et barn på åtte år. Saken omhandlet hvorvidt barnet skulle tilbakeføres til sin mor, eller forbli hos fosterforeldrene hun hadde vokst opp hos. Den endrede adferden hos barnet ble tolket dit at barnet ikke ønsket en omsorgsovertakelse.²⁷⁵ Høyesterett uttaler at det helt dominerende spørsmål er hvilke konsekvenser en separasjon fra fosterfamilien vil få for barnet.²⁷⁶ Saken hørte innunder barnevernlovens område, men illustrerer godt hvilken vekt barnets mening skal ha. Den europeiske menneskerettighetsdomstolen har også i en sak lagt avgjørende vekt på reaksjoner fra barnet som tydet på at det ikke ønsket omsorgsovertakelse.²⁷⁷ I avveiningen av jentas ønske om å bli boende hos sin fosterfamilie, og de biologiske foreldrenes ønske om å ha henne boende hos seg, mente retten at barnets vilje måtte veie tyngst.²⁷⁸ Det er grunn til å anta at det er lettere for høyesterett å ta hensyn til barnets ønske når ikke problemene ligger i omsorgsevnen til foreldrene.²⁷⁹ Dette taler for at det ikke skal legges mindre vekt på barnets mening i saker om avlastningstiltak enn i barnevernssaker.

Er ikke barnet hørt i en sak hvor det skulle vært hørt, er det en saksbehandlingsfeil som kan føre til opphevelse av den rettslige avgjørelsen.²⁸⁰ Barne- og familiedepartementet gav i 2004 ut en veileder om saksbehandlingsregler i barnefordelingssaker etter barneloven, for domstolene.²⁸¹ I dokumentets punkt 6 gis det veiledning om høring av barn. Veilederen peker på ut-

²⁷⁴ Sandberg (2010) note 78, 80

²⁷⁵ Rt 1986 946

²⁷⁶ Ibid. s. 949

²⁷⁷ Bronda v. Italy

²⁷⁸ Ibid. pkt. 62

²⁷⁹ Sandberg (2003) s. 267

²⁸⁰ Rt 1999 1183

²⁸¹ Barne- og familiedepartementet (2004)

fordringene med å finne barnets mening, og er ment å bevisstgjøre de som hører barnet. Barne-loven tar hensyn til disse utfordringene og åpner i § 61 nr. 4 for at retten kan oppnevne en sakkyndig til å samtale med barnet under saksforberedelsene. Dette kan særlig være relevant der det er usikkerhet knyttet til modenhetsnivået til barnet.²⁸² Det er viktig at også saksbehandleren som gjør vedtak om avlastningstiltak merker seg disse utfordringene og forsøker å avhjelpe dem.

4.4.4 Sammenfatning og egne betraktninger

Gjeldende rett bestemmer at barn ved vedtak om avlastningstiltak fritt skal få uttale seg, dersom det kan danne seg egne synspunkter. Barnet trenger ikke allerede ha dannet seg en mening, kravet er bare at det har evne til det dersom det mottar informasjon og blir kommunisert med. Det er heller ikke nødvendig at barnet har evne til å danne seg synspunkter på selve spørsmålet som skal avgjøres, det trenger bare å ha evne til å mene noe som har betydning i den sammenheng, eller deler av saken. Det kan være utfordringer med å kommunisere med barn med nedsatt funksjonsevne. Dersom barnet ikke klarer å kommunisere via språk, skal det avhjelpes med hjelpemidler samt sakkyndige, og assisteres på en måte som gjør at retten blir oppfylt på deres premisser. Barnets mening må i hovedsak hentes inn direkte fra barnet selv, og er det over syv år har det en ubetinget rett til å si sin mening. Barnets mening er ikke avgjørende, men en del av en helhetsvurdering. Vekten av barnets mening skal avhenge av barnets alder og modenhet. Er barnet over 12 år skal det imidlertid legges stor vekt på hva barnet mener. Selv om barnets modenhet tilsier at det bør skje en moderering av hvor stor vekt som skal tillegges barnets mening, er utgangspunktet likevel at det skal legges behørig vekt på barnets mening. Dette må bety at selv om vekten blir betydelig lavere, vil den fremdeles være tilstede og ha en viss vekt. Selv der barnet ikke uttrykker sin mening gjennom språk kan barnets adferd kunne tillegges avgjørende vekt i saken.²⁸³ I saker om avlastningstiltak er ikke omsorgssvikt årsaken til en eventuell omsorgsovertakelse. Det vil av denne grunn være lettere å tillegge barnets mening vekt.²⁸⁴

²⁸² Rt 2004 1046

²⁸³ Se punkt 4.4.3

²⁸⁴ Se punkt 4.4.3

4.4.5 Vurdering av nasjonalt utformet rett

Etter BK skal barn fritt få uttale seg i saker om avlastningstiltak dersom de er i stand til å danne seg et synspunkt. Dette er også utgangspunktet i forvaltningsloven, men her åpnes det for en større konkret vurdering enn i BK. Det er videre problematisk at forvaltningsloven skal tolkes dit at det ofte er nok med representasjon fra foreldrene. Det er heller ingen reell begrensning i at representasjon ikke skal skje ved interessekonflikt, da det er vanskelig å påpeke dette i saker om avlastningstiltak. Det er på samme måte problematisk at pasient- og brukerrettighetsloven åpner for at foreldrene kan samtykke i disse sakene, uten at forvaltningen har kontroll med at barna har fått uttale seg.

Barneloven § 31 annet ledd må i mangel på særlovgivning gjelde analogisk i saker om avlastningstiltak. Aldersgrensene som fastsettes her er problematisk da disse kan legge uønskede føringer. Dette må gjelde selv om ordlyden åpner for den samme vurderingen av alder og modenhet som etter BK for de yngre barna.

Det er klart at intensjonen til lovgiver har vært at den nasjonalt utformede retten skal samsvare med BK. Jeg mener likevel at kravet til å høre barnets mening ikke følger av nasjonalt utformet rett på lik linje som etter BK. Det er videre svært problematisk at det finnes flere lover som må anses å gjelde for forholdet, uten at ordlyden i noen av lovene tilsier at de er ment å regulere saker om avlastningstiltak. Særlig er pasient- og brukerrettighetsloven § 3-1 annet ledd misvisende og skaper et rotete rettskildebilde. Når departementet i forarbeidene uttaler at særlovgivning bør regulere i hvilken grad offentlige myndigheter skal høre barnet, er det etter min mening klart at saker om avlastningstiltak bør reguleres konkret. Barnekomiteen understreker viktigheten av å tilrettelegge slik at barnet klarer å kommunisere. Dette kravet burde synliggjøres i nasjonalt utformet rett.

5 Avsluttende bemerkninger

Hovedproblemstillingen i avhandlingen har vært hvilken stilling barnet har i saker om avlastningsbolig og barnebolig. Avhandlingen har behandlet gjeldende rett, samt vurdert om gjeldende rett kommer tilstrekkelig til uttrykk i den nasjonalt utformede retten. Avslutningsvis vil jeg trekke frem det jeg mener er de største svakhetene med den nasjonalt utformede retten.

Det helt grunnleggende utgangspunktet om retten til å utøve et familieliv, og at barnet skal vokse opp hos sine foreldre, kommer ikke godt nok frem av den nasjonalt utformede retten. Dette bør hjemles også der. Betydningen av familielivet er svært sentralt i den internasjonale retten, og en tilsvarende vektlegging i nasjonalt utformet rett vil kunne sørge for et utgangspunkt mer tilsvarende det som følger av gjeldende rett. I forlengelsen av dette er det stor kontrast mellom nasjonalt utformet rett og internasjonal rett om terskelen for atskillelse. Denne er svært høy i internasjonal rett, mens det i nasjonalt utformet rett mangler retningslinjer for hvilke hensyn som skal tillegges vekt. Det bør komme tydelig frem av nasjonalt utformet rett hva som skal til for at en atskillelse skal kunne finne sted. Selv om det er klart at det må foretas en interesseavveining av foreldrenes og barnets interesser, må barnets beste i en slik vurdering tillegges stor vekt, og være et hovedhensyn.

Videre må det tydeliggjøres i nasjonalt utformet rett at alternative tiltak skal forsøkes og tilbys før tjenestene avlastningsbolig og barnebolig innvilges. For at den nasjonalt utformede rettens tilbud skal tilfredsstillende gjeldende rett må også BPA-ordningen slik den er nå utvikles og utvides. Retningslinjer for hvem som skal tilbys tjenesten vil kunne medføre likere praksis i kommunene.

Kommunens opplysningsplikt er i utgangspunktet tatt inn i den nasjonalt utformede retten på en tilfredsstillende måte. Det kan imidlertid være vanskelig å se at bestemmelsene kommer til anvendelse i saker om avlastningsbolig og barnebolig. Det bør tydeliggjøres at disse bestemmelsene gjelder for saker om avlastningstiltak. Også plikten til å la barnet medvirke i saker om avlastningstiltak er hjemlet i nasjonalt utformet rett. Retten er imidlertid svakere da det åpnes for en større konkret vurdering av om barnet skal få medvirke, og en videre mulighet for foreldrene til å representere barnet. Videre er rettskildebildet rotete da flere bestemmelser om barnets medvirkning er gjeldende, og bestemmelsene regulerer retten ulikt. Opplysningsplikten og plikten til å la barnet medvirke i saker om avlastningstiltak bør tydeliggjøres i nasjonalt utformet rett.

Barnets beste skal være et hovedhensyn og et utgangspunkt, og gjeldende rett stiller krav til en omfattende prosedyre for å sikre at prinsippet blir tillagt rimelig vekt. Likevel er det ikke mulig å utrede av nasjonalt utformet rett at prinsippet om barnets beste skal trekkes inn i saker om avlastningstiltak, verken som en materiell rett eller som en prosessuell rett. Da prinsippet

er så grunnleggende i den internasjonale retten, bør det også komme frem av nasjonalt utformet rett at det skal gjelde i disse sakene.

Det er etter dette klart at den nasjonalt utformede retten ikke fullt ut samsvarer med internasjonale menneskerettigheter i saker om avlastningsbolig og barnebolig. Rettskildebildet er rotete, og de klare utgangspunktene kommer ikke frem. Dette er uheldig når det er snakk om saker som kan være av svært inngripende art for barn, og omhandle full omsorgsovertakelse. Det er naturlig å trekke en sammenlikning til nasjonalt utformet rett i barnevernssaker, som er det andre tilfellet hvor omsorgen for barnet blir overtatt av andre enn barnets foreldre. Barnevernloven har strenge bestemmelser om når det kan gjøres inngrep som medfører at barn atskilles fra foreldrene.²⁸⁵ Det oppstilles grunnvilkår om alvorlig omsorgssvikt²⁸⁶ og det minste inngreps prinsipp.²⁸⁷ Inngrepet må i tillegg være til barnets beste.²⁸⁸ Loven oppstiller også regler om hvilken saksbehandling dette krever.²⁸⁹ Dette er i tråd med BK, og også med annen nasjonalt utformet lovgivning som stiller strenge krav ved inngripende tiltak. Det mest interessante i mine øyne er barnets stilling i disse sakene. Den er hevet over foreldrenes. Dette gjenspeiles i praksis hos høyesterett.²⁹⁰ Høyesterett understreker at foreldrenes rett til vern av privatlivet, herunder retten til omsorgen for barnet, ikke kan gjelde der den er i strid med barnets helse og utvikling.²⁹¹ Barnets beste går her foran foreldrenes rett. Det er vanskelig å se at hensynet til barnets beste skal stå i en annen stilling i saker om avlastningstiltak og barnebolig.

Jeg ønsker å sette situasjonen på spissen. Det følger av barnevernloven at dersom foreldrene ikke sørger for at et barn med nedsatt funksjonsevne får dekket sitt særlige behov for behandling, kan vedtak om å overta omsorgen for et barn treffes.²⁹² Primæransvaret for å sikre et barn med nedsatt funksjonsevne forsvarlig omsorg er altså lagt på foreldrene, med støtteord-

²⁸⁵ Barnevernloven (1992) § 4-12

²⁸⁶ Ibid. (a)

²⁸⁷ Ibid. annet ledd

²⁸⁸ Ibid. § 4-1

²⁸⁹ Stang i Høstmølingen (2012) s. 164

²⁹⁰ Rt 2001 14

²⁹¹ Ibid.

²⁹² Barnevernloven (1992) § 4-12 (b)

ninger fra kommunen for å muliggjøre dette. Dersom foreldrene ikke sikrer at barnets særskilte behov blir dekket, kan omsorgsansvaret bli overført til barnevernet.²⁹³ Da kommer barnevernlovens bestemmelser til anvendelse, da et vedtak om omsorgsovertakelse blir sett på som et svært inngripende vedtak, og forvaltningslovens legalitetsprinsipp står sentralt.²⁹⁴ Dermed er det slik at dersom foreldrene lar være å søke om avlastningstiltak, og dette medfører en omsorgssvikt, så stiller den nasjonalt utformede retten strengere krav til en omsorgsovertakelse enn hvis foreldrene søkte om omsorgsovertakelsen selv på et tidligere tidspunkt. Etter nasjonalt utformet rett skal det altså mer til for å atskille barnet fra foreldre som ikke yter omsorg for det, enn i saker hvor foreldrene i utgangspunktet yter god omsorg til barnet.

Det er vanskelig å se at et vedtak om omsorgsovertakelse grunnet at barnet har nedsatt funksjonsevne skal stå i en helt annen stilling enn saker i barnevernstjenesten. Det er klart at saker om avlastningsbolig og barnebolig skiller seg fra saker i barnevernstjenesten, da foreldrene i disse sakene ikke selv søker om en atskillelse. Videre er det særlig i saker om avlastningsbolig naturlig at det foretas en annen vurdering, da det ikke søkes om full omsorgsovertakelse. Mange av hensynene er likevel de samme i disse sakene, og en så ulik beskyttelse i nasjonalt utformet rett kan ikke begrunnes.

Det bør etter min mening gis særlovgivning for saker om avlastningstiltak, som sikrer barnets stilling. Gjennom avhandlingen har jeg vist at internasjonale menneskerettigheter som gjelder som norsk rett stiller strenge krav til barnets stilling i saker om avlastningsbolig og barnebolig. Særlovgivning vil tydeliggjøre denne rettsstillingen i nasjonalt utformet rett, og sikre rett og lik vurdering av slike saker i kommunene.

²⁹³ Syse i Høstmælingen (2012) s. 224

²⁹⁴ Hove (2011) note 155

6 Referanser

6.1 Litteratur

- Aftenposten (A) (2014) *Jakten på omsorgen* (2014) 22. februar 2014.
<http://www.aftenposten.no/nyheter/iriks/Jakten-pa-omsorgen-7478713.html#.UyDG2OewZQd> (Sisert 12.03.2014)
- Aftenposten (B) (2014) *-Ansatte som truer med barnevernet bør få sparken.* (2014) 28. februar 2014. <http://www.aftenposten.no/nyheter/--Ansatte-som-truer-med-barnevernet-bor-fa-sparken-7485342.html#.UyDH2eewZQd> (Sisert 12.03.2014)
- Askheim, Ole-Petter (2013) *Brukerstyrt personlig assistanse- Kunnskapsstatus.*
http://brage.bibsys.no/hil/bitstream/URN:NBN:no-bibsys_brage_45888/1/Forskningsrapport%20157%202013.pdf
- Bakke, Olaug Kristine (2014) Kommentar til folketrygdloven. I: Norsk lovkommentar nettversjon. (Sisert 30.03.2014)
- Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet (2013) *FN-konvensjon om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne* <http://www.regjeringen.no/nb/dep/bld/tema/likestilling-og-diskriminering/funksjonsnedsettelse/fn-konvensjon-om-rettighetene-til-mennes.html?id=511768> (Sisert 10.02.2014)
- Drammen kommune (2013) *Avlastning - under 18 år.* 12. mars 2013.
<http://www.drammen.kommune.no/no/Tjenester/Barn-og-familie/Stotte-og-avlastning---barn-med-nedsatt-funksjonsevne/Avlastning---under-18-ar/> (Sisert 10.03.2014)
- Funksjonshemmedes fellesorganisasjon (2012) *Jungelhandboka 2012.* <http://www.ffe.no/no/Jungelhandboka-2012/Jungelhandboka/7-Barneverntjenesten/?all=1> (Sisert 03.02.2014)
- Herr, Stanley S., Lawrence O. Gostin og Harold Hongju Koh (2003) *The human rights of persons with intellectual disabilities.* Storbritannia, 2003.
- Holgersen, Gudrun (2014) Kommentar til folketrygdloven. I: Norsk lovkommentar nettversjon. (Sisert 30.03.2014)

- Hove, Harald (2011) *Kommentar til barnevernloven*. I: Norsk lovkommentar nettversjon. (Sisert 07.02.2014)
- Husbanken (A) (2013) *Tilpasning av bolig Finansieringsmuligheter*. April 2013.
[http://regelverk.husbanken.no/regelvrk/hb-nr.nsf/C55FA5566EEC574FC1257B4A00287B0D/\\$FILE/8e11.pdf](http://regelverk.husbanken.no/regelvrk/hb-nr.nsf/C55FA5566EEC574FC1257B4A00287B0D/$FILE/8e11.pdf)
 (Sisert 30.03.2014)
- Husbanken (B) (2013) *Tilskudd til tilpasning av egen bolig*
<http://www.husbanken.no/tilskudd/tilskudd-tilskudd-til-enkeltpersoner/tilskudd-tilpasning/>
- Høstmælingen, Njål, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.) (2012) *Barnekonvensjonen Barns rettigheter i Norge*. 2. utg. Oslo, 2012.
- Kjellevoid, Alice (2012) *Kommentar til helse-og omsorgstjenesteloven*. I: Norsk lovkommentar nettversjon. (Sisert 16.01.2014)
- Kommunal- og moderniseringsde- (2011) *Utgiftskorrigerede frie inntekter*. 17. mars 2011.
 partementet <http://www.regjeringen.no/nn/dep/kmd/Tema/kommuneekonomi/inntektssystemet-/utgiftskorrigerede-frie-inntekter.html?id=547765> (Sisert 17.01.2014)
- Nowak, Manfred U.N. (2005) *Covenant on Civil and Political Rights CCPR Commentary*. 2. utg. Tyskland, 2005.
- Ruud, Morten og Geir Ulfstein (2006) *Innføring i folkerett*. 3. utg. Oslo, 2006.
- Sandberg, Kirsten (2003) *Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse*. 1. utg. Oslo, 2003.
- Sandberg, Kirsten (2010) *Kommentar til barnelova*. I: Norsk lovkommentar nettversjon. (Sisert 20.02.2014)
- Skatteetaten (2012) *Særfradrag for store sykdomsutgifter fases ut fra og med inntektsåret 2012*.
<http://www.skatteetaten.no/Person/Selvangivelse/Fradrag/Vilkar-for-akreve-sarfradrag-for-store-sykdomsutgifter/Sarfradraget-for-store-sykdomsutgifter-fases-ut-fra-og-med-inntektsaret-2012/>
- Uloba BA (2012) *Frihet, selvstendighet og full samfunnsdeltakelse med Borgerstyrt Personlig Assistanse*. Mai 2012.
<http://www.uloba.no/Om%20oss/brosjyrer/Documents/Uloba%20Infobr>

- osjyre%20-%20privatpersoner%202012.pdf
- Uloba BA *Om oss.* <http://www.uloba.no/Om%20oss/Sider/default.aspx> (Sitert 10.02.2014)
- Uloba BA (A) (2013) *Rettighetsfesting.*
<http://www.uloba.no/politikk/Sider/Rettighetsfesting-av-BPA.aspx> (Sitert 25.01.2014)
- Uloba BA (B) (2013) *Selvsagt.* <http://www.uloba.no/politikk/Documents/Selvsagt-0113-Nett.pdf>
- UNICEF (2007) *Implementation Handbook*
http://www.unicef.org/publications/files/Implementation_Handbook_for_the_Convention_on_the_Rights_of_the_Child_Part_1_of_3.pdf

6.2 Offentlige dokumenter

- Barne- og familie- (2004) Veileder Q-15/2004 *Om saksbehandlingsregler i barneforde-*
departementet *lingssaker for domstolene og høring av barn.*
http://www.regjeringen.no/upload/kilde/bfd/bro/2004/0005/ddd/pdfv/203406-veiledning_q15-041.pdf
- Helse- og om- (2000) Rundskriv nr. 20 *Til lov om sosiale tjenester mv. Brukerstyrt*
sorgsdepartementet *personlig assistanse.*
<http://www.regjeringen.no/nb/dep/hod/dok/rundskriv/2000/i-202000.html?id=445628>
- Helse- og om- (2005) Rundskriv nr. 15 *Brukerstyrt personlig assistanse (BPA) – utvi-*
sorgsdepartementet *delse av målgruppen.*
<http://www.regjeringen.no/nb/dep/hod/dok/rundskriv/2005/I-152005.html?id=445639>
- Helse- og om- (2011) *Forskrift om kommunal helse- og omsorgsinstitusjon (FOR-*
sorgsdepartementet *2011-12-16-1254)*
- Helse- og om- (2013) *Høringsnotat. Endringer i pasient- og brukerrettighetsloven –*
sorgsdepartementet *rett til brukerstyrt personlig assistanse (BPA).*
<http://www.regjeringen.no/pages/38274013/Horingsnotat.pdf>

Kommunal- og moderniseringsdepartementet	(2010) <i>Forskrift om tekniske krav til byggverk (Byggteknisk forskrift) (FOR-2010-03-26-489)</i>
NOU 1997:8	<i>Om finansiering av kommunesektoren. I: Lovdata.</i>
Ot.prp. nr 8 (1999-2000)	<i>Om lov om endring i lov 13. desember 1991 nr. 81 om sosiale tjenester mv. (brukerstyrt personlig assistanse) I: Lovdata</i>
Ot.prp. nr 29 (2002-2003)	<i>Om lov om endringer i barneloven mv. (Nye saksbehandlingsregler i barnefordelingssaker for domstolene mv.) I: Lovdata</i>
Ot.prp. nr 45 (2002-2003)	<i>Om lov om endring i menneskerettsloven mv. (innarbeiding av barnekonvensjonen i norsk lov)</i>
Ot.prp. nr 104 (2008-2009)	<i>Om lov om endringer i barnelova mv. (flytting, delt bosted, samvær, vold mv.)</i>
Prop. 91 L (2010-2011)	<i>Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. I: Lovdata</i>

6.3 Tolkningspraksis

6.3.1 Høyesterettsdommer

Rt-1986-946

Rt-1999-1183

Rt-2001-14

Rt-2004-1046

Rt-2008-1764

6.3.2 Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD)

- Bronda v. Italy The European Court of Human Rights, Strasbourg, Case of Bronda v. Italy, 9. juni 1998
- Keegan v. Ireland The European Court of Human Rights, Strasbourg, Case of Keegan v. Ireland, 26. mai 1994
- Olsson v. Sweden The European Court of Human Rights, Strasbourg, Case of Olsson v. Sweden, 24. mars 1988

6.3.3 Internasjonale instrumenter

- CRC Committee on the Rights of the Child, *Consideration of reports submitted by States parties under article 44 of the Convention, Concluding observations : Norway* (CRC/C/NOR/CO/4-2010), Fifty-third session, 11-29 January 2010
- CRC Committee on the Rights of the Child, General comment No. 4: *Adolescent health and development in the context of the Convention on the Rights of the Child* 01.07.2003
- CRC Committee on the Rights of the Child, General comment No. 5: *General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child (arts. 4, 42 and 44, para. 6)* 27.11.2003
- CRC Committee on the Rights of the Child, General comment No. 7: *Implementing child rights in early childhood*. 20.09.2006.
- CRC Committee on the Rights of the Child, General comment No. 9: *The rights of children with disabilities*. 27.02.2007.
- CRC Committee on the Rights of the Child, General comment No. 14: *On the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1)* 29.05.2013

CRPD	Committee on the Rights of Persons with Disabilities, <i>Concluding observations on the initial report of Australia, adopted by the Committee at its tenth session, Concluding observations : Australia</i> (CRPD/C/AUS/CO/1), Tenth session, 2-13 September 2013
CRPD	Committee on the Rights of Persons with Disabilities, <i>Concluding observations on the initial report of Paraguay, adopted by the Committee at its ninth session, Concluding observations : Paraguay</i> (CRPD/C/PRY/CO/1), Ninth session, 15–19 April 2013
CRPD	Committee on the Rights of Persons with Disabilities, <i>Consideration of reports submitted by States parties under article 35 of the Convention, Concluding observations : Spain</i> (CRPD/C/ESP/CO/1), Sixth session, 19–23 September 2011
E	Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General comment No. 14: <i>The right to the highest attainable standard of health (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)</i> 11.08.2000
The United Nations Statistics Division	(2013) <i>Households and families</i> http://unstats.un.org/unsd/demographic/sconcerns/fam/fammethods.htm (Sitert 18.03.2014)

6.4 Lovregister

6.4.1 Lover

1814	Kongeriget Norges Grundlov (Grunnloven) av 17. mai 1814
1967	Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) av 10. februar 1967
1981	Lov om barn og foreldre (barnelova) av 8. april 1981 nr. 7
1991	Lov om sosiale tjenester m.v. (sosialtjenesteloven) <i>Opphevet</i> av 13. de-

	seember 1991 nr.81
1992	Lov om barneverntjenester (barnevernloven) av 17. juli 1992 nr. 100
1997	Lov om folketrygd (folketrygdloven) av 28. februar 1997 nr. 19
1999	Lov om pasient- og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven) av 2. juli 1999 nr. 63
1999	Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr. 30
2010	Lov om vergemål (vergemålsloven) av 26. mars 2010 nr, 9
2011	Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven) av 24. juni 2011 nr. 30

6.4.2 Konvensjoner

BK	FNs konvensjon om barnets rettigheter, 20. november 1989
CRPD	FNs konvensjon om rettighetene til personer med nedsatt funksjonsevne, 13. desember 2006
EMK	Den europeiske menneskerettskonvensjon, 4. november 1950
SP	FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter, 16. desember 1966
Verdenserklæringen	FNs verdenserklæring om menneskerettigheter, Paris, 10. desember 1948
Wien-konvensjonen	Vienna Convention on the Law of Treaties, Wien, 23. mai 1969
ØSK	Den internasjonale konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, 16. desember 1966

6.5 Personlig meddelelse

Helsedirektoratet	(2014) E-post. 24. februar 2014
-------------------	---------------------------------