

Vedtak om undersøkelse, behandling og opplæring av barn etter barnevernloven §§ 4-10 og 4-11

Hensynet til barnets beste sett opp mot hensynet til foreldrenes
bestemmelsesrett

Kandidatnr: 400

Veileder: Kirsten Sandberg

Leveringsfrist: 25.11.04

Til sammen 17 765 ord

06.12.2004

Innholdsfortegnelse

1	<u>INNLEDNING</u>	1
1.1	INTRODUKSJON TIL OPPGAVENS TEMA	1
1.2	OVERSIKT OVER BARNEVERNENSLOVENS INNGREPSBESTEMMELSER	2
1.3	RETTSKILDESITUASJONEN VEDRØRENDE BVL. §§ 4-10, 4-11	3
1.4	FREMSTILLINGEN VIDERE	5
2	<u>HENSYNENE BAK PÅLEGG ETTER § 4-10 OG § 4-11</u>	7
2.1	INNLEDNING	7
2.2	HENSYNET TIL BARNETS BESTE	8
2.3	DET BIOLOGISKE PRINSIPP	9
2.4	MINSTE INNGREPS PRINSIPP	10
2.5	FORELDRENE BESTEMMELSESETT	10
2.6	LEGALITETSPRINSIPPET	11
2.7	OPPSUMMERING	11
3	<u>FELLESVILKÅRENE</u>	12
3.1	HVEM OMFATTES AV UTTRYKKET ”FORELDRE”	12
3.2	KRAVET OM AT FORELDRENE ”IKKE SØRGER FOR” TILTAK	14
3.2.1	INNLEDNING	14
3.2.2	FORELDERANSVARETS MATERIELLE INNHOLD	15
3.3	SAMTYKKEKRAVET	17
3.3.1	INNLEDNING	17
3.3.2	SAMTYKKE TIL HELSEHJELP	17
3.4	FORELDRENE SAMTYKKEKOMPETANSE	21
3.4.1	SAMTYKKE TIL BEHANDLING AV BARN	21
3.4.2	KRAV TIL FORESATTES SAMTYKKE FOR OPPLÆRING AV BARN	24
3.5	HVILKE TILTAK KAN FYLKESNEMNDA PÅLEGG FORELDRENE	26
3.5.1	BEHANDLINGSTILTAK	26
3.5.2	OPPLÆRINGSTILTAK	27
4	<u>BARNEVERNENSLOVENS § 4-10</u>	28

4.1	INNLEDNING	28
4.2	VILKÅRET ”PÅTRENGENDE NØDVENDIG” HELSEHJELP JF. HLSPL. § 7	29
4.3	VILKÅRET ”ALVORLIG SINNSLIDELSE” JF. PHLSVL. § 3-3 FØRSTE LEDD	31
4.4	DEN NEDRE GRENSEN FOR UTTRYKKET ”ALVORLIG” I BVL. § 4-10	33
4.4.1	INNLEDNING	33
4.4.2	UTTALELSER FRA FORARBEIDENE	34
4.4.3	TOLKNINGSALTERNATIVER	35
4.4.4	ROM FOR UTVIDENDE TOLKNING	38
4.4.5	VURDERINGSGRUNNLAGET FOR TOLKNINGEN	42
4.4.6	BETINGELSEN OM TILSTREKKELIG SKADEVIRKNING	42
4.4.7	MOMENTER FOR PÅLEGG	43
4.4.8	MOMENTER MOT PÅLEGG	44
4.4.9	AVVEININGEN	45
4.4.10	KRAV VED PÅLEGG OM UNDERSØKELSE	46
5	<u>BARNEVERNENSLOVENS § 4-11</u>	46
5.1	INNLEDNING	46
5.1.1	HVEM SOM OMFATTES AV BESTEMMELSEN	47
5.1.2	VURDERINGSGRUNNLAGET	50
5.1.3	VURDERINGSMOMENTER	51
6	<u>GRENSEN MOT OMSORGSOVERTAKELSE, BVL. § 4-12.</u>	53
7	<u>ADGANGEN TIL Å FREMME SAK FOR FYLKESNEMNDA</u>	55
7.1	BARNEVERNETS UNDERSØKELSESPLIKT	55
7.2	BARNEVERNTJENESTENS INFORMASJONSADGANG	56
7.3	FYLKESNEMNDAS KOMPETANSE ETTER AT SAKEN ER FORBEREDT AV BARNEVERNTJENESTEN	57
7.4	KLAGEORDNINGEN	57
7.5	ADGANGEN TIL DOMSTOLSPRØVING	58
8	<u>OPPSUMMERING - DE LEGE FERENDA</u>	59
8.1	INNLEDNING	59

8.2 SPØRSMÅLET OM HVORFOR HJEMMELSGRUNNLAGENE BENYTTES I SÅ LITEN GRAD 61

9 RETTSKILDER 65

9.1 LOVER 65

9.2 OFFENTLIGE DOKUMENTER M.M. 66

9.3 RETTSPRAKSIS 66

9.4 ANDRE AVGJØRELSER 67

9.5 LITTERATUR 67

1 Innledning

1.1 Introduksjon til oppgavens tema

Utgangspunktet i norsk rett er at barnet er umyndig og følgelig ikke har noen selvbestemmelsesrett, jf. vergemålslovens¹ § 1. Hovedregelen er derfor at det er foreldrene eller andre med foreldreansvaret som har myndighet til å bestemme over barnets ve og vel frem til barnet har fylt 18 år, jf. barneloven² § 30 1. ledd annet pkt..

Det er i lovs form oppstilt en rekke tiltakshjemler for å sikre at barnets behov blir ivaretatt under oppveksten. Noen tiltak gis som tilbud, andre er lovpålagte. Grunnet foreldrenes bestemmelsesrett er det i utgangspunktet foreldrene som står fritt til å akseptere eller avslå tilbudene. I de tilfeller barnets interesser er skadelidende har imidlertid lovgiver gitt tvangshjemler som kan tilsidesette foreldrenes rett til å bestemme over barnet.

Et særlig tilfelle gjør seg gjeldende der barnet blir skadelidende som følge av at foreldrene ikke sørger for, medvirker eller samtykker til at nødvendige tiltak iverksettes overfor barnet. Dette kan for eksempel skyldes at foreldrene er uenige i helsepersonellens faglige oppfatning av hva som er det beste tiltaket for barnet. Uenigheten kan videre skyldes at foreldrene har en religiøs eller etisk overbevisning som ikke deles av fagpersonellet, eller at barnets interesser rett og slett neglisjeres.

Denne oppgaven tar for seg det offentliges mulighet til å tilsidesette foreldrenes bestemmelsesrett over barnet i de tilfeller foreldrene nekter, eller ikke gir et tilfredsstillende samtykke til særlige tiltak, nærmere bestemt fylkesnemdas kompetanse til å gi foreldrene pålegge om undersøkelse, behandling og opplæring av barn etter barnevernlovens³ §§ 4-10 og 4-11 (bvl.).

¹ Lov om vergemål for umyndige av 22. april nr. 2 1927.

² Lov om barn og foreldre av 8. april nr.7. 1981

³ Lov om barnevernstjenester av 17. juli. nr. 100. 1992..

Bestemmelsene ble inntatt på oppfordring fra Barne- og Familiedepartementet for å sikre adgang til slike nødvendige tiltak uten at foreldreansvaret ble fratatt foreldrene etter omsorgsovertakelse, noe som i utgangspunktet var en betingelse for slike tiltak etter den gamle barnevernloven av 17. juli. 1953. Nr. 14.⁴

1.2 Oversikt over barnevernslovens inngrepsbestemmelser

Reglene i bvl. kap. 4 gir bestemmelsene om det individuelle barnevernet, og inneholder både de enkelte inngrepskriterier og de aktuelle tiltak.

Bvl. §§ 4-10 og 4-11 er sammen med bvl. § 4-4 fjerde ledd, som gjelder pålegg om opphold i barnehage eller andre egnede dagtilbud, de eneste bestemmelsene som hjemler pålegg når barna bor hjemme hos foreldrene. Det går derfor et viktig skille mellom disse bestemmelsene og tiltak som forutsetter at barna midlertidig eller permanent atskilles fra foreldrene, se bvl. § 4-12, § 4-20, § 4-24 og § 4-26.

I en mellomstilling står hjemler for midlertidige og foreløpige vedtak etter § 4-6, § 4-8, § 4-9 og § 4-25. Det samme gjelder § 4-4 femte ledd og § 4-7 som er regler om plassering av barn utenfor hjemmet, men med foreldre som ansvarlige for plasseringen.

Barneverntjenesten har ellers, på selvstendig grunnlag, kompetanse til å iverksette enkelte hjelpetiltak for barnet og familien jf. bvl. § 4-4 andre ledd.

Det er likevel slik at selv om bestemmelsene gjelder for pålegg mens barnet bor i hjemmet, kommer bestemmelsene også til anvendelse etter at omsorgen er fratatt foreldrene og barna ikke bor hos foreldrene. Grunnen til dette er at foreldrene fortsatt har foreldreansvaret om dette ikke er fratatt med hjemmel i bvl. § 4-20 første ledd.

⁴ Se Ot.prp. nr. 44 (91-92) s. 39, kap. 4.9. Se NOU 1985:18 kap. 11.5.7.3 s. 153 til tidligere bvl. § 18 første ledd litra e jf. første ledd som åpnet for pålegg om pleie og behandling uten at den ble benyttet i praksis. Foreldreansvaret ble heller fratatt foreldrene for en kortere eller lengre periode jf. bvl. § 20.

Det foreligger da som hovedregel fortsatt et krav om samtykke for at tiltak skal kunne iverksettes. Bvl. §§ 4-10 og 4-11 sitt anvendelsesområde gjelder således også om barnet ikke bor hos foreldrene.

Unntaket fra hovedregelen vedrørende krav om foreldrenes samtykke til tiltak også etter omsorgsovertakelse følger av pasientrettighetsloven⁵ § 4-4 andre ledd (pasl.).

Bestemmelsen slår fast at barneverntjenesten etter omsorgsovertakelse med hjemmel i bvl. § 4-12 kan samtykke til helsetjenester på vegne av barn under 16 år selv om foreldrene fortsatt har foreldreansvaret.

Barnevernets samtykkekompetanse etter omsorgsovertakelse gjelder trolig ikke for frivillig psykisk helsevern jf. psykisk helsevernloven⁶ (phlsvl.) § 2-1, jf. § 1-5 som henviser til pasl. § 4-1 og § 4-2, men ikke henviser til pasl. § 4-4 som nettopp gjelder samtykke på vegne av barn.⁷ Bestemmelsene har således relevans også etter omsorgsovertakelse.

Når det gjelder barnets rett til å motsette seg tiltaket, uttaler departementet i forarbeidene at dette spørsmålet må avgjøres etter de regler som gjelder barnets medbestemmelsesrett i forhold til det tiltaket det er tale om.⁸ Dette betyr at bestemmelsene, til tross for ordlyden, i utgangspunktet ikke er ment som tvangshjemler overfor barnet selv, sml. pasl. § 4-4 siste ledd, og § 4-5 siste ledd.

1.3 Rettskildesituasjonen vedrørende bvl. §§ 4-10, 4-11

Barnerett er et stort fagområde som generelt omfatter de nasjonale og internasjonale rettsgrunnlag som direkte eller indirekte ivaretar barns rettigheter. Barneretten går på tvers av det juridiske landskap og berører blant annet både offentlig rett, privatrett, strafferett og internasjonal rett.

⁵ Lov om pasientrettigheter 2. juli. nr.63. 1999

⁶ Lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern 2. juli. nr. 62. 1999

⁷ Se Ot. prp. nr. 12 (98-99) s. 143, s. 52. Se kommentarutgaven til loven "Psykisk helsevernloven med innledning og kommentarer", Hagen, Riedl og Østbøl s. 122.

⁸ Se Ot. prp. nr. 44 (91-92) s. 40 andre avsnitt. Saml. Ot prp nr 12 (98-99) s. 85 kap. 6.7.3.2. andre avsnitt annet punktum.

Det er følgelig utgitt mye litteratur om barns rettigheter som inngående tar for seg de ulike perspektivene⁹, men svært lite litteratur som direkte berører oppgavens tema. Det er også truffet mange avgjørelser både for de ordinære domstolene og for fylkesnemndene for sosiale saker angående spørsmål om hjelpetiltak.

Forarbeidene til barnevernloven, lovendringer og tilstandsvurderinger gir også mye materiale rundt problemstillingen generelt sett.¹⁰

Når det gjelder konkrete uttalelser om bestemmelsene gis det en kort utredning i forarbeidene.¹¹

En rettskilde som gir relevante argumenter for hvordan bestemmelsene kan forstås er barnekonvensjonen.¹² Konvensjonen styrker inntrykket av at lovgiver setter hensynet til barnets beste i høysetet.

Det som gjør oppgavens tema særlig interessant er at ingen rettskilder, så langt jeg kan se, bruker nevneverdig tid på spørsmålet vedrørende vilkårene for pålegg om undersøkelse, behandling og opplæring, eller om funksjonaliteten av påleggshjemlene sett i en større sammenheng. Rettskildemateriale rundt bvl. §§ 4-10 og 4-11 er nærmest ikke-eksisterende.

Den relevante juridiske teori og de rettslige avgjørelsene vedrørende tvangsinngrep gjelder hovedsaklig spørsmål rundt tvungen omsorgsovertakelse enten uten samtykke eller etter at samtykke er trukket tilbake. Grunnlaget for omsorgsovertakelse er da først og fremst alvorlig omsorgssvikt fra foresattes side med hjemmel i bvl. § 4-12 litra a. Rettskildematerialet viser en overvekt av vurderinger om og rundt tyngre inngrep som omsorgsovertakelse og adopsjon, eller på den andre siden mindre tyngende tiltak som pålegg om plass i barnehage og andre egnede dagtilbud etter bvl. § 4-4 fjerde ledd.

Se eks. Asbjørn Kjønsstad (red) m.fl. Barnevern, fylkesnemnder og rettssikkerhet : rettssikkerheten ved fylkesnemndenes behandling av tvangssaker etter barnevernloven (2001), se Haga, Arne, Barnevernloven i praksis : en kommentarutgave og lærebok for barnevernarbeidere, studenter og andre ikke-jurister : med fortolkninger og nyanseringer for advokater og jurister som arbeider med barnevernssaker (2001).

¹⁰ Se oppregning av relevante forarbeider under kildematerialet, sist i oppgaven.

¹¹ Se NOU 1985:18 kapittel 11.5, og i Ot. prp. nr. 44 (91-92) kapittel 4.9 og 4.10. Befringutvalget i dets NOU:2000:2 tar ikke opp spørsmålet oppgaven reiser.

¹² FNs konvensjon om barnets rettigheter med protokoller, vedlegg 8, lov av 21. mai. nr. 30. 1999

Fylkesnemnda i Oslo har truffet to avgjørelser med hjemmel i bvl. §§ 4-10, 4-11 som kunne ha vært interessant for oppgaven. Etter råd fra departementet besluttet nemnda at avgjørelsene grunnet personvern hensyn ikke kunne meddeles undertegnede selv etter anonymisering. En av fylkesnemndas ledere var likevel behjelpelig med å gi en kort gjennomgang av den juridiske vurderingen i avgjørelsene, uten å gå inn på faktum.¹³ Ingen av avgjørelsene ga noen nærmere opptegning av vurderingsgrunnlaget for bestemmelsene.

Videre har verken forespørsler til erfarne advokater eller andre med særlige kunnskaper innen barneretten gitt noen resultater vedrørende mer inngående behandlinger av temaet.

Slik bestemmelsene står i dag, foreligger det mest trolig ingen mer inngående tilnærming til vurderingsgrunnlaget, eller ytterligere dokumentasjon av hvordan hjemmelen virker i praksis.

Det eksisterer med stor sannsynlighet flere fylkesnemndsavgjørelser og mulige rettskilder som er relevante for oppgavens tema enn det jeg har fått tilgang til.

Grunnene til dette kan være flere. For det første er det verd å merke seg at nemndenes søkesystem for egne saker (iallfall i Oslo) ikke er særlig effektive slik at det er tidkrevende å finne tidligere relevante vedtak. For det andre må sakene anonymiseres, noe som kan ta lang tid. For det tredje blir kun en av fem fylkesnemndsavgjørelser lagt ut på lovdata. Spørsmålet om hvorfor bestemmelsene anvendes i så liten grad kommer jeg nærmere inn på i det avsluttende kapittelet.

1.4 Fremstillingen videre

¹³ Randi Skar bidro med synspunkter sett fra nemndas side. Hun har sammen med Kari Ofstad skrevet en kommentarutgave til bvl. ("Barnevernloven – kommentarutgave", (Oslo, 1994)).

Oppgavens hovedtema er hovedsakelig en analyse for å kartlegge bestemmelsenes virkeområde, herunder de materielle, prosessuelle og personelle spørsmål hjemmelsgrunnlagene reiser. Det vil således bli foretatt en tolkning av vilkårene, en redegjørelse for hvem som kan forelegge sak for fylkesnemnda, og en gjennomgang av hvordan saksbehandlingsreglene i dag er.

Oppgaven vil videre vise at bestemmelsene etter 12 år tilnærmedesvis er ubenyttede. Spørsmålet om hvorfor reglene rent faktisk ikke blir benyttet i større grad er et større rettsosociologisk spørsmål som det ville føre for langt å behandle utfyllende i denne oppgaven. Spørsmålet vil av hensyn til oppgavens helhet likevel bli reist og drøftet kort i oppgavens avsluttende kapittel.

Bestemmelsenes materielle anvendelsesområde følger av en tolkning av vilkårene. Fellesvilkåret er at "foreldrene ikke sørger for" at tiltak iverksettes. Arten og nødvendigheten av tiltakene fremkommer noe forskjellig i bestemmelsene. Bvl. § 4-10 gjelder pålegg om undersøkelse og behandling når barnet har en "livstruende" eller "alvorlig" sykdom eller skade. Bvl. § 4-11 gjelder pålegg om behandling og opplæring av et "funksjonshemmet" eller "spesielt hjelpetrengende" barn som har et "særlig behov" for slike tiltak. Fremstillingen av disse vilkårene vil utgjøre hoveddelen av oppgaven.

Bestemmelsenes personelle og prosessuelle anvendelsesområde følger blant annet av barnevernlovens bestemmelser og vil bli behandlet i et eget kapittel.

Behandlingen av disse spørsmålene vil samlet gi en oversikt over bestemmelsenes rettslige anvendelsesområde. Oppgavens konklusjoner vil bli reist i det avsluttende kapittel og gi grunnlag for en kort analyse av årsakene til at hjemmelsgrunnlagene anvendes i så liten grad.

Oppgavens formål er på dette grunnlaget å klargjøre bestemmelsenes innhold og ved dette vise reglens praktiske anvendelsesområde, om bestemmelsene er uten praktisk anvendelsesområde er formålet å belyse et mulig behov for lovendringer.

2 Hensynene bak pålegg etter § 4-10 og § 4-11

2.1 Innledning

Ved anvendelsen av barnevernlovens § 4-10 og § 4-11 forutsettes det fra lovgivers side at avgjørelsesorganet, herunder fylkesnemndene eller domstolene, skal utvise skjønn både i forhold til valg av tiltakshjemmel, jf. ordlyden ”kan”, og i forhold til tolkningen av de skjønsmessige uttrykkene.

Spørsmålet som reises i dette kapitlet er hvilke hensyn som *typisk* er relevante ved tolkningen av bestemmelsenes vilkår og hensynenes vekt i denne forbindelse, og om det bør velges alternative tiltak. Hensynene er også relevant for barnevernet og fylkesmannens avgjørelser under hele den forberedende prosessen¹⁴.

Bvl. §§ 4-10 og 4-11 bygger etter forarbeidene¹⁵ på prinsippet om foreldrenes bestemmelsesrett over egne barn, prinsippet om at barn som hovedregel skal vokse opp hos sine biologiske foreldrene, prinsippet om at det offentlige trenger hjemmel i lov for å gripe inn i individets rettsfære, og prinsippet om at det offentlige må velge det tvangstiltak som er minst inngripende overfor individet.¹⁶

¹⁴ Dette gjelder for barnevernets vurdering av om det foreligger en ”rimelig grunn” til å undersøke forholdet jf. bvl. § 4-3 første ledd, om barnevernet bør forberede sak for nemnda jf. bvl. § 7-3 første ledd, hvor rask saksgangen i det enkelte tilfelle bør være, og hvor stor uenigheten mellom fylkesmannen og barnevernet bør være for at fylkesmannen ”selv”, evt. etter klage, forbereder sak for nemnda jf. § 7-3 siste ledd.

¹⁵ Se NOU 1985:18 kap. 11.5.7.3 andre avsnitt – ”Som utgangspunkt må foreldrene også ha rett til å bestemme om legeundersøkelse og behandling av deres barn”. Se også Ot. prp. nr. 44 (91-92) kap. 4.9 tredje avsnitt for bvl. § 4-10, jf. henvisningen til dette utgp. i kap. 4-10 første avsnitt for bvl. § 4-11.

¹⁶ For en nærmere gjennomgang av hensynet til barnets beste m.v. se ”Barnets beste” Om barnefordeling, rettspraksis og rettferdighet, 1990, av Kirsten Sandberg.

2.2 Hensynet til barnets beste

Det overordnede prinsipp ved anvendelsen av barnevernlovens inngrepsbestemmelser er hensynet til ”barnets beste”, jf. bvl. § 4-1.¹⁷ Herunder skal det legges vekt på å gi barnet stabil og god voksenkontakt og kontinuitet i omsorgen.

Prinsippet har for det første betydning for myndighetens skjønnsutøvelse ved valg av tiltakshjemmel, ved at det skal legges ”avgjørende vekt” på hensynet til barnets beste, se § 4-1 første pkt. Ordlyden må også forstås slik at hensynet må få stor betydning også ved tolkningsspørsmål av den enkelte bestemmelses vilkår, herunder bvl. § 4-10 og § 4-11.

§ 4-1 ble tatt inn i den nye barnevernsloven på oppfordring fra Sosiallovutvalget siden det lenge hadde vært ønske om en egen formålsparagraf¹⁸.

Utvalget uttrykte at hensynet til barnet er et grunnleggende prinsipp. Prinsippet fremkom i den gamle lov § 17 der det sto at man skulle ha ”barnets beste for øyet”. Utvalget tolket dette som at kun momenter av betydning for barnet skulle tillegges vekt, og at man eksempelvis ikke kunne legge vekt på hensynet til foreldrene.

Utvalget ønsket videre en bestemmelse som åpnet opp for at også andre momenter kunne tillegges vekt i de tilfeller man er i tvil om hva som bør bli resultatet, og man ikke lengre kan finne veiledning i å spørre om hva som er det beste for barnet. I disse tilfellene skulle så også andre hensyn ha vekt, også hensynet til foreldrene.

Departementet var enig i dette, men tilførte den presisering at det skal legges ”avgjørende” vekt på barnets beste ved valg av tiltak etter loven, se Ot. prp. nr. 44 (91-92) s. 28 kap. 4.1 andre spalte if.

¹⁷ At barnets beste er et grunnleggende hensyn uttrykkes også, som nevnt over, i barnevernkonvensjonen art. 3 nr. 1.

¹⁸ Se NOU 1985:18 kap. 11.5.2 s. 145, andre spalte, jf. utvalgets forslag i §6-2 første punktum, jf. Ot.prp. nr. 44 (1991-92) kap. 1.1 s. 16.

Hensynet til barnets beste nevnes ofte i rettspraksis, men det kan synes som hensynet har liten selvstendig betydning ved usikre alternativer da det foretas en helhetsvurdering, se eksempelvis Rt. 1995 s. 447, Rt. 1996 s. 1203, Rt. 1996 s. 1684, Rt. 1999 s. 1883.

2.3 Det biologiske prinsipp

Med det biologiske prinsipp menes hensynet til at barnet skal få lov til å vokse opp hos sine biologiske foreldre eller andre slektninger.

I Rt. 1999 s. 1883 uttaler førstvoterende støttet av en samlet Høyesterett følgende:

«Etter barnevernsloven § 4-1 skal barnevernsmyndighetene ved anvendelsen av bestemmelsene om tiltak etter lovens kapittel 4 legge ”avgjørende vekt på å finne tiltak som er til beste for barnet”. Det følger av denne bestemmelse at en avgjørelse om at det offentlige skal overta omsorgen for et barn, må være begrunnet med at dette er til barnets beste. Men det er ikke tilstrekkelig for at det offentlige skal overta omsorgen i slike tilfeller som barnevernsloven regulerer, at dette etter en totalvurdering fremstår som best for barnet. Som Høyesterett har påpekt i flere tidligere avgjørelser, bygger barnevernsloven på at barn normalt skal vokse opp hos foreldrene. Vilkårene for at det offentlige skal kunne overta omsorgen, er derfor strenge.»

Uttalelsen viser at hensynet til barnets beste i utgangspunktet skal tillegges stor vekt ved vurderingen av hvilken tiltakshjemmel som skal anvendes. Hensynet til at barnet skal vokse opp hos foreldrene kan imidlertid ha så stor vekt at det overgår hensynet til barnets beste. Forutsetningen er at hensynet til barnets beste allikevel blir tilstrekkelig ivaretatt.

Selv om det ikke er eksplisitt uttrykt taler avgjørelsen også for at nemnda ved valg av tiltakshjemmel skal velge det inngrepet som er minst belastende for barnet og foreldrene, se kap. 2.4.

For anvendelsen av § 4-10 og § 4-11 sitt vedkommende vil dette ha den betydning at nemnda bør strekke seg langt for å anvende påleggshjemlene i bvl. § 4-10 og § 4-11, fordi det eneste alternativet for å sikre at tiltak iverksettes er vedtak om omsorgsovertagelse etter § 4-12.

2.4 Minste inngreps prinsipp

Det minste inngreps prinsipp tilsier at der forvaltningen står ovenfor flere alternative tvangshjemler, skal som utgangspunkt det tiltak som er minst inngripende overfor individet velges¹⁹. I forhold til valg av hjemmel og valg av tiltak etter § 4-10 og § 4-11 bør det derfor vurderes om bestemmelsene i tilstrekkelig grad ivaretar hensynet til barnet slik at mer inngripende tiltak enn det som er nødvendig kan unngås.

Av alle offentliggjorte avgjørelser, enten fra domstolene eller fra nemnda for sosiale saker i tidsrommet 2002 til 2004, nevner kun 10 avgjørelser²⁰ bvl. § 4-10 og § 4-11 og da i forbindelse med minste inngreps prinsipp. Hensynet blir således nevnt hyppig av fylkesnemndene som en del av avgjørelsesgrunnlaget før vedtak fattes.

2.5 Foreldrenes bestemmelsesrett

Når det gjelder vekten av hensynet til foreldrenes bestemmelsesrett etter bvl. §§ 4-10 og 4-11 er sosiallovutvalgets uttalelse i forbindelse med spørsmålet om hjelpetiltak burde kunne pålegges generelt, av interesse.²¹ Utvalget uttalte følgende:

«En slik mangel på valgfrihet er imidlertid neppe i seg selv urimelig overfor foreldrene. Mangel på samarbeidsvilje kan ikke i seg selv føre til at de blir fratatt foreldreansvaret. (...) Dessuten er ikke hjelpetiltak av en slik art at de kan anses som et vesentlig inngrep i foreldrenes integritet. Her må det imidlertid tas reserverasjoner for de hjelpetiltak som innebærer at barnet blir skilt fra foreldrene og plassert hos fosterforeldre eller i barnevernsinstitusjon. I disse tilfellene skapes en faktisk atskillelse og faktisk begrensning av foreldreansvaret som ligner den situasjonen som skapes ved tvangsvedtak om overtakelse av forelderansvaret. Dette gir grunn til ettertanke.»

Uttalelsene viser at hensynet til foreldrenes bestemmelsesrett ikke nødvendigvis har noen tungtveiende vekt forutsatt at pålegg om hjelpetiltaket ikke er særlig inngripende og hensynet til barnets beste tilsier at tiltak iverksettes. Uttalelsen har betydning både

¹⁹ Se eks. NOU 2000:12 kap. 15.2 s. 180 andre spalte nest siste avsnitt.

²⁰ Avgjørelsene som nevner §§ 4-10, 4-11 uten å behandle dem er: Fylkesnemnda for sosiale saker- Agder, vedtak 2004-06-21, Møre og Romsdal, vedtak 2004-06-08 og vedtak 2004-03-31, Hordaland/Sogn og Fjordane, vedtak 2003-10-13, Sør og Nordtrøndelag, vedtak 2003-06-22, Rogaland med følgende vedtak, 2003-06-02, 2003-01-28, 2002-10-18, 2002-03-08, 2002-02-22.

²¹ Se NOU 1985:18 kap. 11.5.4 s. 147 andre spalte sjuende avsnitt.

for skjønnsutøvelsen vedrørende valg av hjemmel og vedrørende hensynets vekt ved tolkningen av vilkårene. Konkret for bvl. §§ 4-10 og 4-11 taler uttalelsen for at lovgiver ikke anser hensynet til foreldrenes bestemmelsesrett som særlig viktig om tiltakets karakter ikke er særlig inngripende og barnets interesser er skadelidende.

2.6 Legalitetsprinsippet

Når det gjelder prinsippet om at inngrep i borgernes rettssfære krever klar hjemmel i lov foreligger i utgangspunktet ingen konflikt om inngrepet er lovhjemlet²².

Imidlertid vil legalitetsprinsippet kunne være et argument mot utvidende eller analogisk tolkning av bestemmelsene til byrde for foreldrene. Poenget er at prinsippets vekt etter rettspraksis er relativt alt etter hvor inngripende tiltaket faktisk er, og hvilke mothensyn som reiser seg.

Legalitetsprinsippets vekt ved anvendelse av bvl. §§ 4-10, og 4-11 vil derfor være relativt alt etter hvor inngripende tiltaket faktisk er, hvor sterkt hensynet til foreldrenes bestemmelsesrett bør være, og om det kan fattes vedtak etter mindre inngripende bestemmelser, sett opp mot hensynet til barnets beste.

2.7 Oppsummering

Sammenfatningsvis viser behandlingen at hensynet til barnets beste er tungtveiende ved skjønnsutøvelsen vedrørende om vedtak bør fattes, og likeledes relevant under tolkningen av bestemmelsene.

Hensynet til minste inngreps vei og det biologiske prinsipp er også først og fremst relevante ved valget av hjemmelsgrunnlag ved at tiltak etter bvl. §§ 4-10 og 4-11 bør velges fremfor omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-12, men hensynene er også relevante ved tolkningen.

²² Se eks. Kjønstad, Asbjørn "Velferdsrett I : grunnleggende rettigheter, rettssikkerhet, tvang.

Hensynet til foreldrenes bestemmelsesrett er et argument for å velge påleggshjemlene, og hensynet har relativ vekt alt etter hvor inngripende tiltaket er. Legalitetsprinsippet er også relevant både ved skjønnsutøvelsen og for tolkningen, men først og fremst i de tilfeller det oppstår spørsmål vedrørende ordlydens mer usikre meningsinnhold.

Ved tvilsspørsmål vedrørende valget av tiltakshjemmel og den nærmere opptegningen av vilkårenes grense vil hensynene komme inn som vektige argumenter ved rettsanvendelsen. Grunnen til dette er at alternativet til pålegg etter § 4-10 og 4-11 når barnet trenger hjelp, som regel er vedtak om omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-12.

3 Fellesvilkårene

Dette kapitlet tar for seg de vilkår som er felles for anvendelsen av bvl. § 4-10 og § 4-11.

3.1 Hvem omfattes av uttrykket "foreldre"

Med "foreldre" menes i utgangspunktet biologiske foreldre med foreldreansvaret for barnet. Foreldreansvaret er ikke uttømmende definert i norsk rett, men det har sin forankring i barnelovens femte kapittel.

Biologisk mor har automatisk foreldreansvaret noe også far har om foreldrene er gifte jf. bl. § 34 første ledd. Om foreldrene ikke er gifte må mor og far sende inn et eget skjema for at far skal få foreldreansvaret bl. § 35 andre ledd. I tillegg har adoptivforeldre

foreldreansvaret jf. adopsjonsloven.²³ Hvem som faktisk har foreldreansvaret for barnet fremkommer blant annet av folkeregisteret.

Det kan oppstå spørsmål om uttrykket foreldrene også er ment å favne over steforeldre og andre som tar seg av barnet. Grunnen til dette er at uttrykket etter vanlig språkbruk også gjelder for steforeldre. Det vil kunne tenkes tilfeller der det vil være hensiktsmessig for nemnda å kunne gi et pålegg også overfor andre enn dem som omfattes av foreldreansvaret, eksempelvis ved vedvarende motstand fra en stefar mot gjennomføringen av et tiltak som foreldrene har samtykket i.

Betydningen av en slik utvidende tolkning er imidlertid ikke så stor. Grunnen til dette er at det som utgangspunkt kun er dem som formelt har foreldreansvaret som kan samtykke til tiltak på vegne av barnet. Om samtykke ikke foreligger, kan ikke tiltaket iverksettes. Men om samtykke foreligger, kan tiltaket iverksettes uavhengig av at andre foresatte uten foreldreansvaret motsetter seg dette. Tiltaket kan da gjennomføres med hjelp av politiet.²⁴

På den andre siden er det ingen umiddelbare hensyn som taler mot pålegg også overfor andre foresatte, eksempelvis steforeldre, forutsatt at tiltaket ikke medfører større anstrengelser fra deres side. Hensynet til barnets beste taler med tyngde for at andre foresatte enn foreldrene bør kunne pålegges å sikre gjennomføringen av tiltaket. Disse argumenter og det faktum at brudd på pålegget først og fremst går utover barnet og dem med det formelle foreldreansvaret, tilsier samlet sett at det i enkelttilfeller er rom for en utvidende tolkning av uttrykket foreldre.

²³ Se lov om adopsjon 28. feb. Nr. 8. 1986. Se også bvl. § 4-20 andre ledd vedrørende fylkesnemndas samtykkekompetanse til adopsjon etter omsorgsovertakelse og fratakelse av foreldreansvaret.

²⁴ Uavhengig av sanksjonshjemler kan politiet, med hjemmel i politiloven 4. aug. Nr. 53. 1995 § 7 nr. 2 og 3, gripe inn for å ivareta enkeltpersoners sikkerhet eller for å avverge eller stanse lovbrudd.

3.2 Kravet om at foreldrene "ikke sørger for" tiltak

3.2.1 Innledning

Fellesbetingelsen for at vedtak med hjemmel i §§ 4-10 eller 4-11 skal kunne fattes av nemnda er at foreldrene "ikke sørger for" nødvendig undersøkelse, behandling eller opplæring av barnet. Vilkåret er forankret i foreldrenes grunnleggende rett etter forelderansvaret til å ta avgjørelser for barnet.

Ordlyden åpner for at manglende evne til oppfølging fra foreldrenes side er tilstrekkelig. Dette har støtte i Ot. prp. nr. 44. (91-92) kap. 4.10 på s. 41 der departementet uttalte at:

«Det er først når foreldrene ikke makter eller evner å ivareta sin foreldrefunksjon at barneverntjenestens ansvar inntreffer.»

Departementet slår videre fast at:

«Bestemmelsen gir barneverntjenesten hjemmel til å fatte vedtak [...] i de tilfeller barnets foreldre av ulike årsaker ikke tar initiativ til, eller medvirker til at barnet får dekket slike behov.»

Uttalelsene peker mot at foreldrenes manglende oppfølging av at barnet får gjennomført tiltak vil innbefattes av uttrykket "ikke sørger for". Pålegg vil derfor kunne gis om erfaring viser at foreldre ikke tar nok hensyn til barnets behov slik at det på forhånd er ønskelig å oppstille faste rammer for tiltaket. Det kan også være ønskelig å forsikre seg om at et behandlingsopplegget ikke skal kunne avbrytes ved at foreldrene trekker samtykket tilbake. Pålegg kan derfor være et alternativ til å opprettholde vedtak om omsorgsovertakelse, eller som et alternativ til omsorgsovertakelse. Om pålegget blir brutt er det lettere å argumentere for at forelderens fikk en tydelig og uomtvistelig sjanse til å bevise skikkethet slik at omsorgsovertakelse nå et nødvendig tiltak.

At manglende samtykke er uttrykkets praktiske meningsinnhold støttes av at tilbud om undersøkelse, behandling eller opplæring enten gis direkte av helsetjenesten, eller skoletjenesten, eller etter oppfordring fra barnevernet jf. bvl. § 4-4 første ledd. Som vi skal se oppstilles det som hovedregel krav om gyldig samtykke fra foreldrenes side for at tilbud skal anses som akseptert slik at tiltak på dette grunnlag kan iverksettes.

Det vil i det følgende med utgangspunkt i det alminnelige foreldreansvaret bli gitt en oversikt over hvilke tiltak som krever samtykke fra foreldrene. Lovpålagte tiltak vil i utgangspunktet falle utenfor §§ 4-10 og 4-11 forutsatt at vedtak etter disse bestemmelsene ikke er nødvendig for å sikre at foreldrene sørger for gjennomføring av tiltaket.

Bvl. §§ 4-10 og 4-11 vil i utgangspunktet kunne anvendes overfor alle relevante tiltak for å sikre at foreldrene sørger for gjennomføringen.

3.2.2 Forelderansvarets materielle innhold

Foreldreansvaret er generelt foreldrenes ansvar for barnets ve og vel, og retten til å ta avgjørelser for barnet frem til det er myndig jf. barneloven av 8. april. Nr.7. fra 1981 (bl.) § 30 første ledd. Bestemmelsesretten fremkommer av de bestemmelser som oppstiller krav om foreldrenes samtykke for tiltak.

Når det gjelder ansvarets innhold, har det som nevnt sin forankring i bl. kapittel 5. nærmere bestemt i § 30, og med visse begrensninger i §§ 31 til 33, der det gis generelle regler om hvordan forelderansvaret skal utøves.

Forelderansvaret skal utøves ut fra barnets interesser og behov. Barnet skal videre gis en forsvarlig oppdragelse, og muligheter til utdanning etter barnets egne evner og muligheter. Barnets psykiske og fysiske helse skal vernes ved at det ikke utsettes for vold eller annen adferd som kan være til skade for barnet, og foreldrene skal videre ta hensyn til barnets egne synspunkter i stigende grad frem til myndighetsalder.

I bl. §§ 34 og 35 oppstilles de nevnte bestemmelser om hvem som har foreldreansvaret for barnet.

Etter gjeldende teori og rettspraksis har det ikke vært ønskelig å gi noen uttømmende regler om hvilke plikter og rettigheter forelderansvaret gir.

Bl. gir derfor ingen uttømmende henvisning til de rettsgrunnlag som enten gir utvidede plikter eller begrensede rettigheter for foreldrene, og dermed retten til å bestemme over barnet. Bl. er heller ikke særlig egnet som grunnlag for å få stadfestet og gjennomført barnets rettigheter for domstolene.²⁵ Loven gir først og fremst generelle regler for løsningen av konfliktspørsmål mellom de foresatte.

Bl. gir ingen sanksjonsregler for foreldre som ikke overholder de lovbestemte pliktene. Sanksjonene er hovedsaklig å finne i bvl. og straffeloven.

Om foreldrene har felles foreldreansvar og bor fra hverandre, gir ikke retten til den daglige omsorgen noen særlig utvidet rett til å ta avgjørelser for barnet i §§ 4-10 og 4-11 tilfeller. Grunnen til dette er, som jeg kommer tilbake til, at begge foreldrene som hovedregel må samtykke for at tiltak skal kunne iverksettes.

Det å ha den daglige omsorgen utvider forelderens bestemmelsesrett slik at denne bestemmer i de dagligdagse spørsmål og om barnet skal gå i barnehage. Videre gir daglig omsorg rett til å flytte med barnet hvor som helst i landet. Når det gjelder flytting ut av landet og alle spørsmål vedrørende barnets behov for behandling, eller særlig opplæring, da kreves det som utgangspunkt samtykke fra begge foreldrene.

Vanlig legekonsultasjon faller som utgangspunkt innenfor hva den med daglig omsorg kan beslutte uten å hente samtykke fra den andre forelder med forelderansvaret, grensen kan her tenkes ved gjentatte legeundersøkelser.

Når vi nå nærmer oss det generelle kravet til at begge foreldrene må gi sitt samtykke til behandling og opplæring av barn, da er det interessant å observere at en så viktig hjemmel ikke er positivt oppregnet i bl. Som vi skal se i det følgende er en av forutsetningene for et gyldig samtykke til behandling og opplæring at det gis av begge foreldrene.

²⁵ Et unntak kan være bl. § 32 som gir barnet en klar selvbestemmelsesrett vedrørende utdanning etter fylte femten år, eller § 30 tredje ledd vedrørende fysisk og psykisk misshandling. I det siste tilfellet vil uansett hovedgrunnlaget ligge i straffelovens

3.3 Samtykkekravet

3.3.1 Innledning

Kravet til samtykke følger generelt av legalitetsprinsippet. Det offentlige må i mangel av tvangshjemmel innhente samtykke fra dem som tar avgjørelser for barnet for å kunne iverksette undersøkelse, behandling eller opplæring.

Samtykkereglene stiller både krav til hvem som kan kreve samtykke, hvem som har samtykkekompetanse, hva som formelt er et gyldig samtykke, og hvordan samtykke skal gis.

I det følgende vil det nå bli redegjort for de hjemmelsgrunnlag som stiller krav om foresattes samtykke, først for behandling og deretter for opplæring.

3.3.2 Samtykke til helsehjelp

I pasl. kapittel 4, fra §§ 4-1 til 4-5, oppstilles de relevante hjemmelsgrunnlag vedrørende kravene til samtykke til helsehjelp. Det vil først bli redegjort for de formelle krav til gyldig samtykke for myndige personer generelt sett, jf. pasl. § 4-1, jf. § 4-2.²⁶ Grunnen er at kravene til formelt riktig samtykke er de samme for foresatte når de samtykker på vegne av barn jf. pasl. § 4-4 første ledd.

bestemmelser og barnets rettigheter vil kunne ivaretas av påtalemyndigheten som da kan ha en plikt til å påtale forholdet.

²⁶ Den helserettslige myndighetsalderen kan suspenderes etter bestemmelser i særlovgivningen, se f.eks. steriliseringsloven § 2 (25 år) og transplantasjonsloven § 1 annet ledd (18 år). Det kan tenkes personlige helseanliggender som bør tilhøre en normalt utviklet ungdoms rådighetssfære også før fylte 16 år.

Deretter vil de særlige spørsmål vedrørende kravet til foresattes samtykke, på vegne av barn under 16 år og ungdom over 16 år uten samtykkekompetanse, behandles.

Hovedregelen i pasl. § 4-1 første ledd oppstiller to hovedbetingelser for at pasientens samtykke til helsehjelp skal regnes som gyldig, forutsatt at det ikke foreligger annet hjemmelsgrunnlag.²⁷

For det første er det et krav at det på forhånd skal være gitt nødvendig informasjon om pasientens helsetilstand og innholdet i helsehjelpen. For det andre stilles det krav til selve samtykket.

Vedrørende kravene til nødvendig informasjon etter pasl. § 3-2 må pasienten ha fått fyllestgjørende underretning om formålet, metoder, ventede fordeler og mulige farer i forbindelse med tiltaket. Informasjonen må tilpasses den enkelte pasient, inngrepets art og konsekvenser og omstendigheter forøvrig jf. pasl. § 3-5 første ledd. Kravet om nødvendig informasjon er skjønnspreget og viser at informasjonsplikten vil variere etter inngrepets karakter og alvorlighet, hastepreget i situasjonen mv.²⁸

Når det gjelder kravene til gyldig samtykke oppstilles det både formelle krav og personelle krav.

Det formelle kravet til samtykke fremkommer av pasl. § 4-2 første ledd. Samtykke er etter bestemmelsen også gyldig om det etter en samlet vurdering er sannsynlig at det er gitt stilltiende. Pasienten eller foreldrene kan således tilkjenne ved sin handlemåte at det samtykkes til helsehjelpen. En faktisk handling kan innebære et samtykke, f.eks. at

²⁷ Krav om samtykke er nå lovfestet som det alminnelige rettsgrunnlag for å yte helsehjelp. Dette er en videreføring av tidl. rett, se Rt. 1993 s. 1169. Unntak kan framgå av særlovgivning, se f.eks. lov 5. august 1994 nr. 55 om vern mot smittsomme sykdommer kap. 5 og lov 2. juli 1999 nr. 62 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern kap. 3. Også krav til helsepersonell om å gripe inn i nødrettslignende situasjoner, kan føre til inngrep uten samtykke, se lov 2. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell m.v. § 7. Det er lovfestet visse unntak fra denne nødrettsplikten i § 4-9.

²⁸ Plikten til å gi informasjon påhviler det helsepersonell som har det faglige ansvaret for helsehjelpen, se helsepersonelloven § 10. Se også lov 2. juli 1999 nr. 61 om spesialisthelsetjenesten m.m. § 3-7 der det kan gis forskrifter om pasientansvarlig lege som vil ha ansvaret for å gi informasjon til pasienten som en viktig arbeidsoppgave, bl.a. for å sikre pasientmedvirkning til behandlingsopplegget. I rettspraksis er informasjonskravet blitt skjerpet fram mot den informasjonsplikten som nå er lovfestet, se Rt. 1998 s. 1538.

foreldrene ikke motsetter seg at barnet svelger kontrastmiddel for å ta visse røntgenundersøkelser. Dersom foreldrene etter å ha fått tilstrekkelig informasjon ikke motsetter seg tiltaket, må helsepersonellet kunne legge til grunn at det foreligger stilltiende samtykke. Dersom undersøkelsen eller behandlingen er spesielt smertefull eller kan medføre en risiko for barnet, må helsepersonellet forsikre seg om at samtykket også dekker denne situasjonen. I slike tilfeller kan det være hensiktsmessig å innhente et uttrykkelig samtykke.

Om det på forhånd er gitt tilstrekkelig informasjon foreligger det således ikke et krav om skriftlighet på den ene siden, eller en positiv handling på den andre siden for at samtykket formelt sett skal regnes som gyldig. Forutsetningene er at det ikke er gitt særlige formkrav fra departementets side med hjemmel i pasl. § 4-2 andre ledd.²⁹

Samtykkekravet gjelder for alle sider av helsemessig virksomhet som pasienter underlegges eller medvirker til, dvs. pleie, omsorg, undersøkelse, innleggelse og behandling, jf. pasl. § 1-3 litra c, om det ikke foreligger tvangsgrunnlag.

Vedrørende de personelle krav fremkommer det i pasl. § 4-3 første ledd litra b at barn over 16 år som utgangspunkt har egen samtykkekompetanse. Unntak vil kunne forekomme om annet følger av særlige lovbestemmelser eller av tiltakets art.

Unntaket vedrørende særlig lovbestemmelse sikter hovedsaklig til pasl. § 4-3 andre ledd, og særlige tvangsgrunnlag se eks. pshvl. kap 3, og hlspl. § 7. Når det gjelder det generelle kravet om tilregnelighet i pasl. § 4-3 andre ledd vil dette også gjelde overfor foreldrenes samtykkekompetanse.

Ordlyden i pasl. § 4-3 andre ledd uttrykker at det stilles krav til årsak for bortfall av pasientens samtykkekompetanse; bare dersom pasienten på grunn av sinnslidelse,

²⁹ Etter særlovgivningen foreligger enkelte krav om skriftlighet som gjelder uavhengig av § 4-2, se f.eks. lov 9. februar 1973 nr. 6 om transplantasjon, sykehusobduksjon og avgivelse av lik m.m § 1. Forskrifter om krav til skriftlig samtykke kan ellers være aktuelt ved diagnostiske prosedyrer eller behandling som kan være forbundet med alvorlige komplikasjoner eller behandling som reiser verdspørsmål av etisk komplisert karakter.

fysiske eller psykiske forstyrrelser, senil demens eller psykisk utviklingshemming ikke er i stand til å forstå begrunnelsen, bortfaller samtykkekompetansen. Bestemmelsen gir en uttømmende oppregning av årsaker som grunnlag for å nekte samtykke. Dette vil si at en mindre psykisk reduksjon i forstandsevnene, herunder lettere alderdomsvekkelse, som utgangspunkt ikke er tilstrekkelig. For at pasienten skal bli fratatt kompetansen, kreves det at vedkommende åpenbart ikke er i stand til å forstå begrunnelsen for at helsehjelpen blir gitt og hva et samtykke vil omfatte, dvs. tiltakets art og de nærmere implikasjoner av helsehjelpen. Som sagt vil disse kravene også gjelde for at foreldrenes samtykke på barnets vegne skal kunne regnes som gyldig.

Når det gjelder ungdom under 18 år, men over 16 år, oppstilles det en ytterligere begrensning i deres samtykkekompetanse jf. pasl. § 4-3 første ledd litra b i de tilfellene ”tiltakets art” tilsier at samtykke fra foresatte likevel bør kreves.

Uttrykket henspeiler på at det må foretas en helhetsvurdering der blant annet de belastende konsekvensene av inngrepet vedrørende behandlingstid, smerte, og varige fysisk forandring sett i sammenheng med at gjeldende kulturelle og sosiale fordommer bør vektlegges.

Disse momentene må så veies opp mot blant annet pasientens egen motivasjon for gjennomføringen, tidsperspektivet og intensiteten for tiltaket, og de positive konsekvenser av inngrepet for pasienten selv, eller andre. Vurderingsgrunnlaget forutsetter at det i enkelte tilfeller vil være behov for en omstendelig kartlegging av ungdommens begrunnelse og motivasjon for tiltaket, og utvidede behov for informasjon om tiltakets konsekvenser.

Den konkrete vurderingen og grensdragningen vil blant annet bero på helsepersonellens egne etiske verdigrunnlag, og den gjeldende etiske debatten rundt det konkrete tiltaket eks. kjønnskifteoperasjoner og omskjæring. Om samtykke fra ungdommen ikke er tilstrekkelig, da har foreldrene eller andre med foreldreansvaret rett til å samtykke for barnet jf. pasl. § 4-5.

3.4 Foreldrenes samtykkekompetanse

Først vil samtykkebestemmelsene for behandling gjennomgås, deretter behandles opplæringslovgivningens samtykke bestemmelser.

3.4.1 Samtykke til behandling av barn

Som nevnt i innledningen følger det av pasl. § 4-4 andre ledd at barnevernet kan samtykke til helsehjelp om det er fattet vedtak om omsorgsovertakelse.³⁰

Det ble også nevnt at det er usikkert om barnevernet kan samtykke til frivillig psykiatrisk behandling på vegne av barn under 16 år jf. phlsvl. § 2-1 fjerde ledd.

Det nevnes også at bvl. § 4-26 jf. første ledd annet punktum gir hjemmel for at barn med alvorlige atferdsvansker etter fylte 15 år selv kan samtykke til behandling i godkjente institusjoner.

Når det gjelder foresattes samtykke på vegne av barn under 16 år er det rettslige grunnlaget pasl. § 4-4 første og tredje ledd.

Utgangspunktet er at det kreves gyldig samtykke fra den eller de som er foreldre eller andre med foreldreansvaret for at barnet skal kunne motta helsehjelp³¹. Dette kravet gjelder generelt, men prinsippet fremkommer blant annet av ordlyden i pasl. § 4-4 første ledd og phlsvl. § 2-1 fjerde ledd.³²

Dette betyr at om barnet har en forelder, eller omsorgen er overtatt av barnevernet etter bvl. § 4-8, eller 4-12, da er det tilstrekkelig at samtykke gis enten av forelderens, eller av barnevernet, iallfall ved somatisk helsehjelp.

³⁰ Denne bestemmelsen som griper inn i forelderansvaret, burde kanskje vært inntatt i barnevernloven og ikke i pasientrettighetsloven.

³¹ Det er ingen formelle aldersgrenser for å oppsøke helsetjenesten eller helsepersonell for veiledning, råd og informasjon.

³² Se eks. forslag til høringsnotater Ot. prp. nr. 12 (1998-99) kap. 6.5 s. 79 første avsnitt.

En forelder som ikke har del i forelderansvaret, kan derfor ikke samtykke på vegne av barnet. Foreldre som har felles foreldreansvar, må ta avgjørelser om helsehjelp i fellesskap, og i utgangspunktet kreves samtykke fra begge foreldrene. Dersom en av foreldrene nekter, foreligger ikke gyldig samtykke.

Den forelder som har daglig omsorg for barnet kan likevel beslutte ordinært legebesøk. Avgjørelser om alvorligere medisinske tiltak som f.eks. operasjoner krever begge foreldrenes samtykke. Ønsker ikke foreldrene å bidra til nødvendig undersøkelse eller behandling, og forutsatt at tiltaket ikke faller innenfor nødrettsbestemmelser eller andre tvangshjemler, så kan slik helsehjelp kun foretas etter vedtak med hjemmel i bvl. §§ 4-10 og 4-11. Dersom barnets medisinske behov ikke ivaretas av foreldrene, kan omsorgen også overtas etter barnevernloven § 4-12 litra b.³³

Man ser altså at selv om barnets interesser er forsøkt ivaretatt gjennom bl. sine bestemmelser under kapittelet om forelderansvaret, kan foreldrene i stor grad ta avgjørelser i strid med barnets beste ved å nekte å gi samtykke til tiltak.

Når det gjelder barnets egne synspunkter skal disse tillegges vekt alt etter barnets modning jf. § 4-4 tredje ledd første og tredje punktum. Det fremkommer videre i tredje ledd andre punktum at barnet etter fylte 12 år skal få si sin mening i alle spørsmål som angår helse.

Bestemmelsen kan gi et inntrykk av at det foreligger ”delt samtykkekompetanse” mellom foreldre/foresatte og barn mellom 12 og 16 år. Men det er ikke tvilsomt at om det foreligger uenighet mellom barnet og foreldrene, skal i utgangspunktet foreldrenes syn legges til grunn.³⁴

Det er også grunn til å nevne at pasl. § 4-1 andre ledd gir hjemmel for at samtykket kan trekkes tilbake. Foresatte kan ha ulike grunner til å trekke et samtykke tilbake, f.eks. kan svært smertefull undersøkelse, krevende psykiatrisk behandling, eller endret syn på

³³ Det er strenge vilkår for å overta omsorgen jf. eks. Rt. 1996 s. 1203, Rt. 1999 s. 1883.

³⁴ Sml. bl. § 31 annet ledd annet punktum ved ordlyden ”skal det leggjast stor vekt på”. Unntak kan også tenkes vedrørende spørsmål om prevensjon mv. Ungdom under 16 år må f.eks. kunne samtykke selvstendig til gynekologisk undersøkelse, se A. Syse (1997).

risikoer man er villig til å ta på barnets vegne, endre viljen til å gjennomføre et behandlingstiltak selv om informasjon om slike byrder eller ulemper er gitt.

Helsepersonell har etter pasl. § 4-1 andre ledd annet punktum plikt til å gi foresatte informasjon om følgene av at behandlingen må avsluttes fordi samtykket trekkes. Hvis avbrytelse av behandling kan føre til svært alvorlige helsemessige følger for barnet, må helsepersonellet vurdere å fortsette helsehjelpen med hjemmel i nødrettsbestemmelsen i helsepersonelloven § 7.

Angående ”undersøkelse” nevnes lovpålagt helsekontroll³⁵ etter pasl. § 6-1, jf. khl. § 2-2 første ledd,³⁶ undersøkelser av barnevernet ved antagelser om grunnlag for tiltak etter bvl. jf. bvl. § 4-3 første og tredje ledd, og undersøkelse ved tvunget psykisk helsevern jf. phlsvl. § 3-5.

I de tilfeller tilstrekkelig samtykkekompetanse ikke foreligger skal det gis en skriftlig begrunnelse til foreldrene eller dem med foreldreansvaret jf. pasl. § 4-3 tredje ledd.

Informasjon skal derfor gis til den nærmeste som kan bidra til gyldig samtykke på vegne av pasienten. Om det foreligger felles forelderansvar, da skal begge informeres om at samtykke ikke gis og konsekvensene av dette.

Når det gjelder pasl. § 4-5 og samtykke til ungdom som ikke har samtykkekompetanse kan samtykke fra pasientens nærmeste pårørende legges til grunn som pasientens eget, m.a.o. et representert samtykke.

³⁵ Begrensningen av foresattes bestemmelsesrett i khl. § 2-2 andre ledd, vedrørende plikt til å godta helsekontroll, gir det offentlige innsyn i barnets mulige behov for behandling jf. bvl. § 6-4 andre og tredje ledd jf. hlspl. § 33. Bestemmelsen er således en forsikring om at det offentlige skal kunne få kunnskap om eksempelvis mulige behandlings eller opplæringsbehov, og den er en av flere forutsetninger for at barneverntjenesten skal kunne ivareta barnets interesser.

³⁶ Se departementets kompetanse til å gi forskrifter med hjemmel i khl. § 1-3a jf. khl. § 1-3 andre ledd nr. 1 litra b og c vedrørende helsekontroll før, etter og under barne- og ungdomsskolen

Hvor langt plikten til å informere foreldre eller andre med foreldreansvaret går i det konkrete tilfellet kan det vedrørende barn over tolv år stilles spørsmål ved jf. eks. pasl. § 3-4 annet ledd.³⁷

På denne bakgrunn er konklusjonen at foresattes samtykke i utgangspunktet er en betingelse for behandling om barnet er under 16 år.

3.4.2 Krav til foresattes samtykke for opplæring av barn

Når det gjelder grunnskoleopplæring generelt har barnet etter oppl. § 2-1 jf. friskolelova § 3-2 både en rett og en plikt til å delta i undervisningen fra det er 6 år til det har fullført det tiende skoleåret. Ungdom over 15 år avgjør etter bl. § 32 selv valg av utdanning og oppstiller derfor en begrensning i foreldrenes bestemmelsesrett over barnet.

Samtykkebestemmelsene følger av oppl. § 5-4 andre ledd første punktum, jf. oppl. § 5-7 andre ledd første punktum. Bestemmelsene gjelder spesialundervisning før og etter skolepliktig alder. Det er ikke nødvendig å sondre mellom bestemmelsene i det kravet til samtykke, uttrykt i oppl. § 5-4 andre ledd første punktum, også gjelder før skolepliktig alder. Bestemmelsen gjelder også for friskolene jf. friskolelova § 3-6 første ledd.

Det skal innhentes samtykke fra eleven eller fra foreldrene før det fattes vedtak om spesialundervisning, og før det blir gjort sakkyndige vurderinger som i utgangspunktet foretas av den pedagogisk-psykologiske tjenesten.³⁸

³⁷ Av pasl. § 3-4 annet ledd går det fram at foreldre til mindreårige mellom 12 og 16 år ikke nødvendigvis skal informeres når ungdom ikke ønsker dette av "grunner som bør respekteres". Det må være rimelig å innfortolke en samtykkerett til helsehjelp av mindre inngripende karakter i bestemmelsen for å få sammenheng mellom de tilsvarende reglene i kap. 3 og kap. 4. Se A. Syse (2001) s. 200 flg.

³⁸ Etter oppl. § 5-6 skal hver kommune og fylkeskommune ha en pedagogisk-psykologisk tjeneste. Organet er pliktige til å hjelpe skolene med kompetanse og organisasjonsutvikling for å tilrettelegge opplæring for elever med særlige behov. Oppl. § 5-7 første ledd gir også anvisning om at tjenesten skal gi spesialpedagogisk hjelp, også for barn under opplæringspliktig alder, om dette er nødvendig. Videre er tjenesten ansvarlig for de sakkyndige vurderinger som kreves etter loven, se eks. oppl. § 5-3.

Bestemmelsen kan forstås slik at det alternativt kan innhentes samtykke kun fra eleven selv uavhengig av barnets alder. Selv om grunnskoleundervisning er lovpålagt jf. oppl. § 2-1 første ledd må det riktige være at elevens eget samtykke er tilstrekkelig etter fylte 15 år jf. bl. § 32, da ungdommen etter loven selv avgjør spørsmål både vedrørende utdanning og spesialpedagogisk hjelp. Se Kommentartutgave til opplæringslova, Geir Helgeland (2001) s. 189.

Loven oppstiller ingen formelle krav til samtykke, men det må være sikker rett at samtykke kan gis stilltiende. Det kan stilles spørsmål ved hvor den eksakte grensen går, men det må være forsvarlig å oppstille en lik vurdering som for samtykke til helsehjelp. Det generelle ulovfestede kravene til informasjon vil også kunne gjøre seg gjeldende på opplæringslovgivningens område siden kravet følger generelt av rettspraksis sml. Rt. 1993 s. 1169 som riktignok gjaldt informasjon for helsehjelp der det forelå betydelige risikomomenter.

Det er imidlertid en vesensforskjell ved at opplæring kan avbrytes fortløpende, mens et medisinsk inngrep kan føre til varig skade. Kravet til informasjon vil uansett i begge tilfeller hovedsaklig være relevant ved et senere erstatningskrav.

Ved at tiltak etter oppl. som regel er en mindre inngripende integritetskrenkelse enn helsehjelp, taler dette for at kravene til gyldig samtykke ikke er like strenge i spesialundervisningstilfellene. Videre følger det generelt av forelderansvaret at samtykke må gis av begge foreldrene om barnet ikke er myndig.

Det er ikke gitt særlige bestemmelser for at barnevernet kan samtykke etter omsorgsovertakelse, kfr. pasl. § 4-4 andre ledd og § 4-5 andre ledd. Dette betyr at foreldre med forelderansvar må samtykke selv om omsorgen er overtatt av barnevernet etter §§ 4-8 eller 4-12.

Alt i alt oppstiller loven et absolutt samtykkekrav fra foresatte med forelderansvar før sakkyndig vurdering og spesialundervisning av barn under 15 år kan iverksettes.

3.5 Hvilke tiltak kan fylkesnemnda pålegge foreldrene

3.5.1 Behandlingstiltak

Etter bvl. § 4-10 kan det gis pålegg om undersøkelse eller behandling ved ”sykdom” eller ”skade”. Også etter bvl. § 4-11 kan det pålegges behandling. Ordlyden tilkjennegir at tiltakene gjelder somatisk eller psykiatrisk undersøkelse eller behandling.

Tilbudene om slike tiltak gis først og fremst av det offentlige helsevesen som er delt inn i to virksomhetsområder. Det er allmennhelsetjenesten som reguleres av kommunehelsetjenesteloven³⁹ som primærkommunene har hovedansvaret for.⁴⁰ (khl.) Og det er sykehusene og den øvrige spesialisthelsetjenesten som reguleres av spesialisthelsetjenesteloven⁴¹ og som fylkeskommunen har hovedansvaret for.⁴² (sphsl.)

I tillegg til denne lovgivningen foreligger spesiallovgivning vedrørende undersøkelse og behandlingstilbud ved somatisk og psykiatrisk helsehjelp, dette er; helsepersonelloven (hlspl.)⁴³, psykisk helsevernloven (phlsvl.)⁴⁴, og tannhelsetjenesteloven (tannhl.)⁴⁵.

Det er i dag først og fremst pasl. som oppstiller hjemmelsgrunnlaget for individets rett til helsehjelp og herunder rett til undersøkelse og behandling.

Den generelle retten til nødvendig helsehjelp gjelder overfor primærhelsetjenesten, spesialisthelsetjenesten og tannhelsetjenesten jf. § 1-3 litra d, og retten gjelder bare om pasienten kan ha forventet nytte av helsehjelpen og kostnadene står i rimelig forhold til tiltakets effekt jf. pasl. § 2-1 tredje ledd.

³⁹ Lov om helsetjenesten i kommunen 19. nov. nr. 66. 1982.

⁴⁰ Khl. § 1-1 pålegger kommunen å sørge for de nødvendige helsetjenester jf. khl. § 2-1 første ledd.

⁴¹ Lov om spesialisthelsetjenesten m.m. 2. juli. Nr. 61. fra 1999.

⁴² Se fylkeskommunens ansvarsområde i sphsl. § 2-1jf. sphsl. § 3-1 første ledd annet punktum. At behandling og undersøkelse faller innunder helselovgivningen fremkommer av pasl. § 1-3 litra c, som uttrykker at helsehjelp er handlinger som har forebyggende, diagnostiske, behandlende, helsebevarende, rehabiliterende eller pleie og omsorgsformål utført av helsepersonell.

⁴³ Lov om helsepersonell 2. juli. nr. 64. 1999.

⁴⁴ Lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern 2. juli. nr. 62. 1999.

⁴⁵ Lov om tannhelsetjenesten 3. juni. nr. 54. 1983

Dette samsvarer med kommunehelsetjenestens plikter vedrørende primærhelsetjenesten som blant annet er å sikre tilbud om helsestasjoner, hjelpetjeneste, allmennlegetjeneste, jordmortjeneste, mv. jf. khl. § 1-3. Statens plikter er typisk å sikre rett til sykehustjeneste både ved somatiske og psykiatrisk behandling, akuttberedskapstjenesten og ambulansetjenesten mv. jf. sphlsl. § 2-1-a.

Helsehjelpen kan gjelde alt fra behandling i institusjon eksempelvis operasjoner, psykiatrisk behandling, og utenfor institusjon som eksempel ved konsultasjon med psykolog, behandling i hjemmet av sykepleier eller lege, fysioterapi, kiropraktikk, tannlegeinngrep mv.

Behandlingstilbudet kan gis av det offentlige selv eller andre som har konsesjon til å gi behandling på det offentliges vegne se hlspl. §§ 48 og 49 jf. § 3 nr. 1. Plikten gjelder i utgangspunktet uavhengig av pasientens nasjonalitet eller bostedsadresse.⁴⁶

3.5.2 Opplæringstiltak

Vedrørende opplæring er de relevante lover opplæringslova⁴⁷ (oppl.)⁴⁸, og friskolelova.⁴⁹ Det er kommunen som er ansvarlig for både grunnskoleopplæringen og spesialpedagogisk hjelp jf. oppl. § 13-1.

Lovverket dekker over alle opplæringstiltak som er relevante for § 4-11 vedtak, og lovene inneholder også de relevante hjemmelsgrunnlag vedrørende krav om foreldrenes samtykke.

⁴⁶ Dette følger av forarbeidene og blant annet pasientrettighetsloven § 2-1 jf. § 1-3 og § 1-2. Unntak kan gis av Kongen ved forskrifter jf. pasl. § 1-2 første ledd. Også nødvendig helsehjelp med hjemmel i khl. § 2-1 første ledd skal gis til alle som oppholder seg i kommunen uavhengig av vedkommendes alder og nasjonalitet.

⁴⁷ Lov om grunnskolen og den videregående opplæringa 17. juli. nr. 61. 1998.

⁴⁸ Hovedregelen er gitt i oppl. § 2-1 jf. friskolelova § 3-2 som uttrykker at barnet har rett og plikt til grunnskoleopplæring fra det er 6 år til det har fullført det tiende skoleåret. Plikten gjelder alle barn når det er mest sannsynlig at oppholdet i Norge vil overstige 3 måneder. Etter pasl. § 6-4 første ledd gjelder rettigheten også ved opphold i helseinstitusjon. Vedrørende rettighetens innhold se §§ 2-2, 2-3, jf. 1-2. Når det gjelder ungdommers rett til videregående opplæring er hjemmelsgrunnlaget oppl. § 3-1 flg. jf. friskolelova § 3-2.

De relevante tiltak etter bvl. § 4-11 gjelder tre grupper barn. For det første har sterkt svaksynte og blinde elever rett til nødvendig opplæring i blindeskrift mv. jf. oppl. § 2-14. For det andre har loven særlige bestemmelser for rett til spesialundervisning i de tilfeller barn etter skolepliktig alder ikke har eller ikke kan få tilfredstillende utbytte av det ordinære undervisningstilbudet jf. oppl. §§ 5-1 flg. For det tredje gir oppl. § 5-7 også barn under opplæringspliktig alder rett til spesialundervisning.

Opplæringen kan også gis for å beherske hjelpemidler eller innta medikamenter. Eksempler på dette kan være opplæring for å benytte en mekanisk rullestol. Slik opplæring regnes vanligvis under tilbud fra helsetjenesten ved at det gis i forbindelse med behandlingstilbudet.

4 Barnevernslovens § 4-10

4.1 Innledning

I § 4-10 stilles det krav om at ”sykdommen” eller ”skaden” må være ”livstruende”, eller iallfall ”alvorlig” for at pålegg overfor foreldrene skal kunne fattes av nemnda. Sykdom og skade omfatter alle somatiske tilfeller som er alvorlige nok. I tillegg favner uttrykket ”sykdom” også over de psykiatriske tilfellene.

Det forhold at fylkesnemnda har avgjørelsesmyndigheten, og at det ikke er åpnet adgang for at barneverntjenesten gjør hastevedtak⁵⁰ innebærer at bestemmelsen ikke kan anvendes i akutt situasjoner.⁵¹

⁴⁹ Lov om frittstående skolar 4. juli. nr. 84. 2003

⁵⁰ Se motsatt bvl. § 4-6 som åpner for hastevedtak.

⁵¹ Forarbeidene viser her til nødrettsbetraktninger jf. hlspl. § 7, se prp. nr. 44 s. 40. Dette er neppe heldig, se Sandberg 1996 s. 306. Nødrett må her kunne anvendes både av lege og barneverntjeneste.

Selv om vilkårene i bvl. § 4-10 er alternative fremkommer den nedre grensen ved vilkåret ”alvorlig” som favner videre enn uttrykket ”livstruende”. Om sykdommen er livstruende, er vi klart innenfor kravet og vilkåret er i utgangspunktet oppfylt. Ved livstruende sykdom vil det således sjelden være grunn til å la være å gi pålegg, så lenge en er innen faglig medisinsk skjønn. I de øvrige tilfellene må en kanskje vise noe større tilbakeholdenhet med å gjøre inngrep i forelderansvaret, f.eks. dersom det er tale om å foreta risikoavveininger, og kanskje særlig dersom behandlingen også vil kunne foretas etter at barnet er fylt 18 år.

Som utredningen foran viser er det generelt et krav om foreldrenes samtykke for all helsehjelp. Om det ikke oppstilles krav om foreldrenes samtykke for tiltaket, da er man i utgangspunktet utenfor § 4-10 og § 4-11 sitt anvendelsesområde vedrørende undersøkelse og behandling. Forutsetningen er at de aktuelle tvangshjemler har tilstrekkelig sanksjonshjemmel slik at tiltaket faktisk gjennomføres. § 4-10 vil typisk være anvendelig ved behandling som pågår over tid, eller som må skje frem i tid på et bestemt tidspunkt eksempelvis grunnet venteliste.

Før den nærmere tolkningen av uttrykket ”alvorlig” i § 4-10 er det av to grunner likevel nødvendig å si noe om nødrettsbestemmelsen i hlspl. § 7 og tvungen psykisk helsevern i phlsvl. kap 3. Grunnen er for det første at det likevel kan være behov for å anvende bvl. § 4-10. For det andre er vilkårene for at nødrettsbestemmelsene kommer til anvendelse relevante av to årsaker. Den ene årsaken er at de tilfeller som omfattes av nødrettsbestemmelsene gir eksempler på hva som faller klart innenfor § 4-10, og § 4-11. Den andre årsaken er at vilkårene i seg selv kan si noe om hva som gjenstår av anvendelsesområdet vedrørende uttrykket ”livstruende” i § 4-10 tilfellene. Det sistnevnte er interessant for spørsmålet om hva som var bestemmelsens forutsatte virkeområde.

4.2 Vilkåret ”påtrengende nødvendig” helsehjelp jf. hlspl. § 7

Den ene bestemmelsen som det i utgangspunktet kan avgrenses mot angående ”behandling” etter § 4-10, og som omfatter tilfeller som klart faller innenfor § 4-10 sitt anvendelsesområde, er nødrettsbestemmelsen i øyeblikkelig hjelp tilfellene jf. hlspl. § 7.

Om helsehjelpen er ”påtrengende nødvendig” har alle som regnes som helsepersonell etter hlspl. § 3 første ledd en plikt til å yte helsehjelp. Tiltaket skal utføres selv om pasienten motsetter seg det, eller nekter å samtykke til helsehjelpen. Unntakene etter pasl. § 4-9 gjelder ikke for mindreårige under 18 år jf. siste ledd.

Det er ikke tvilsomt at bestemmelsen også gjør inngrep i det alminnelige forelderansvar og derved foreldrenes rett til å nekte barnet slik helsehjelp. Hjemmelen er en nødrettsbestemmelse og uttrykket ”påtrengende nødvendig” forutsetter at det foretas en skjønnsmessig vurdering av om helsehjelpen kan utsettes uten at det medfører for alvorlige konsekvenser for pasienten. Pasientens selvbestemmelsesrett, og ved dette foreldrenes bestemmelsesrett over barn, kan således tilsidesettes om behandlingen er ”påtrengende nødvendig”.

Hvor alvorlige konsekvensene må være for at plikten kan tilsidesettes beror på flere forhold. Klart innenfor faller i utgangspunktet all livreddende behandling. Det kan av dette sluttes at uttrykket ”livstruende” i bvl. § 4-10 i stor grad subsumeres av den helsehjelp helsepersonell er pliktige til å gi.

Ved at prosessen for å få gjennomført tiltak hjemlet i bvl. § 4-10 er tidkrevende taler dette for at uttrykket ”livstruende” i utgangspunktet er uten praktisk anvendelsesverdi. På den annen side kan det tenkes tilfeller der sykdommen eller skaden er livstruende uten av det er grunnlag for inngrep etter hlspl. § 7. Eksempelvis kan nødvendig stråling eller cellegift i kreft tilfeller være en sannsynlig betingelse for at barnet vil overleve uten at behandlingen der og da er ”påtrengende nødvendig”.

Før behandlingen fortsetter, er det interessant å se på hva som ligger innenfor den nedre grensen av ”påtrengende nødvendig” etter hlspl. § 7 siden disse tilfellene også faller innenfor vilkårene i bvl. § 4-10.

Som et alminnelig utgangspunkt omfatter plikten til å gi øyeblikkelig hjelp som er ”påtrengende nødvendig” de situasjoner hvor det oppstår akutt behov for undersøkelse og behandling, bl.a. for å gjenopprette og/eller vedlikeholde vitale funksjoner og for å forhindre eller begrense alvorlig funksjonsnedsettelse som følge av skade eller sykdom. Men en alvorlig smertetilstand kan også omfattes av plikten til øyeblikkelig hjelp slik at

plikten favner videre enn uttrykket "livstruende" i bvl. § 4-10. Det samme vil gjelde ved store smerter i eksempelvis testiklene som kan skyldes komplikasjoner som vil kunne føre til manglende fruktbarhet.

Det som skiller uttrykket "alvorlig" fra uttrykket "påtrengende nødvendig" er således først og fremst tidsperspektivet og alvorlighetsgraden. I begge tilfeller må sykdommen eller skaden være alvorlig, men de tilfeller som ikke forutsetter at tiltak må igangsettes snarest faller som utgangspunkt utenfor hlspl. § 7.

Den nedre grensen for "påtrengende nødvendig" går således ved vurderingen av om det er fare for liv eller fare for alvorlig forverring av helsetilstanden som kan føre til varige og alvorlige følger. Om barnet har hjernehinnebetennelse eller alvorlig lungebetennelse vil forholdet falle innenfor uttrykket og også omfattes av uttrykket "livstruende" i bvl. § 4-10.

Nødrettsbestemmelsen i hlspl. § 7 favner således i utgangspunktet videre enn uttrykket "livstruende" og omfatter øvre del av uttrykket "alvorlig" i bvl. § 4-10. Samtidig har uttrykket "livstruende" fortsatt et praktisk anvendelsesområde ved sykdommer som kan føre til død, men der behandlingen ikke må igangsettes umiddelbart.

4.3 Vilkåret "alvorlig sinnslidelse" jf. phlsvl. § 3-3 første ledd

Når det gjelder tvunget psykiatrisk helsevern jf. phlsvl. kapittel 3 følger det av vilkårene i § 3-3 første ledd jf. litra a og b at pasienter med "alvorlig sinnslidelse", som enten uten behandling får sin utsikt til helbredelse eller vesentlig bedring i betydelig grad redusert, eller det er stor sannsynlighet for at vedkommende i meget nær framtid får sin tilstand vesentlig forverret, eller at pasienten utgjør en nærliggende og alvorlig fare for eget eller andres liv eller helse, kan tvangsbehandles.

I tillegg stilles det krav til forsøk på frivillig behandling om dette ikke åpenbart er formålsløst jf. prinsippet om minste inngreps vei, eller om tiltaket etter en helhetsvurdering likevel finnes å være for inngripende for vedkommende jf. phlsvl. § 3-3 tredje og fjerde ledd.

Vedrørende vilkåret om ”livstruende” sykdom etter bvl. § 4-10 vil tvangsvedtak etter phlsvl. § 3-3 litra b angående nærliggende og alvorlig fare for eget liv subsumere uttrykket i psykiatritilfellene. Uttrykket har således ikke noe aktuelt anvendelsesområde i disse tilfellene heller. Når det gjelder fare for andre er uttrykket ”livstruende” ikke dekkende siden det peker mot barnets eget sykdomsbilde.

Tvunget psykisk helsevern kan besluttes uavhengig av barnets og foreldrenes samtykke jf. phlsvl. § 3-1 første ledd annet punktum. Bestemmelsen er derfor en begrensning i foreldrenes bestemmelsesrett på et selvstendig grunnlag uten at det er nødvendig å fatte bvl. § 4-10 vedtak.

Ved at hovedbetingelsen for tvangsvedtak er at det må foreligge en diagnose om at barnet har en ”alvorlig sinnslidelse”, og at minst et av lovens tilleggsvilkår må være oppfylte for tvangsinnleggelse vil det kun unntaksvis være behov for tvangsbehandling av mindre barn. Eksempler kan være mentalt syke barn som har tendenser til pyromani, selvskading, reelle selvmordstanker, eller ellers er truende til å påføre seg selv eller andre alvorlige skader.

Det kan også foretas tvungen undersøkelse etter phlsvl. § 3-5, og i begge tilfeller foreligger sanksjonshjemmel ved bistand fra politiet jf. phlsvl. §§ 3-1 første ledd annet punktum og 3-5 første ledd annet punktum.

Uttrykket ”alvorlig sinnslidelse” er av interesse vedrørende tolkningen av uttrykket ”alvorlig” i bvl. § 4-10. Når det gjelder hva som kreves for at betingelsen om ”alvorlig sinnslidelse” skal være oppfylt følger det av rettspraksis at personer med klare, aktive psykoser samt visse svært manifesterede avvikstilstander av ikke-psykotisk karakter der funksjonssvikten er like stor som den man ser ved psykoser faller innenfor vilkåret. Og i tillegg vil personer med en kronisk psykosesykdom, som også i symptomfrie perioder, når symptomfriheten settes i sammenheng med antipsykotisk medikasjon, være er å regne som alvorlige sinnslidende.⁵²

⁵² Se Rt. 1987 s. 1495 på s. 1502, Rt. 1988 s. 634 (huleboerdommen), Rt. 1993 s. 249, og Rt. 2001 s. 1481.

Hovedvilkåret for tvangsbehandling etter phlsvl. § 3-3, som er ”alvorlig sinnslidelse” viser således at disse tilfellene for det første faller klart innenfor bvl. § 4-10 vedrørende ”alvorlig” sykdom, og for det andre ikke oppstiller den nedre grensen for uttrykket ”alvorlig” i bvl. § 4-10.

Grunnen til dette er at pålegg etter bvl. § 4-10 både kan være mindre inngripende enn tvangsinnleggelse, og ved at det ikke er ment å gjelde overfor barnet selv som kan motsette seg tiltaket.

Pålegget har også det formål å ivareta hensynet til barnets beste uten at det fattes vedtak om omsorgsovertakelse. I bvl. § 4-10 tilfeller peker disse hensynene mot at uttrykket ”alvorlig” ikke er ment å være så strengt at det forutsettes psykoselignende symptomer.

4.4 Den nedre grensen for uttrykket ”alvorlig” i bvl. § 4-10

Så langt er det slått fast at vilkåret ”livstruende” i bvl. § 4-10 kun unntaksvis har selvstendig betydning sett opp mot plikten til ”påtrengende nødvendig” helsehjelp etter hlspl. § 7, og etter phlsvl. § 3-3 første ledd jf. litra b vedrørende tvungen psykiatrisk behandling ved alvorlige sinnslidelser som er til fare for eget eller andres liv.

Det er også ved behandlingen av disse bestemmelsene gitt eksempler på hva som faller klart innenfor uttrykket ”alvorlig” i bvl. § 4-10 både vedrørende somatisk og psykiatrisk helsehjelp.

Spørsmålet er nå hvor den nedre grensen for alvorlighetsvilkåret i bvl. § 4-10 går vedrørende somatisk og psykiatrisk helsehjelp.

Vurderingen er skjønnsmessig, og ved at det ikke foreligger noen presedens for tolkningen er den også utfordrende. Den juridiske teori på området bidrar i beskjeden grad til grensedragningen. Usikkerheten rundt grensedragningen er kanskje en av flere grunner for bestemmelsens hviletilstand.

4.4.1 Innledning

Med ”alvorlig” forutsettes det av ordlyden at det skal noe til før vedtak skal kunne fattes. Det må i utgangspunktet være tale om en sykdom eller skade som har store konsekvenser for barnet dersom den ikke undersøkes og behandles. Dette inntrykket forsterkes ved at uttrykket ”livstruende” henspeler mot at bestemmelsens anvendelsesområde er de mest alvorlige tilfellene.

4.4.2 Uttalelser fra forarbeidene

Ved tilnærmingen til tolkningen er det først hensiktsmessig og spørre hvordan ordlyden ble tolket etter forarbeidene. Som nevnt innledningsvis var det departementet som ønsket bestemmelsen inntatt siden det var unødig tungvint å frata foreldrene foreldreansvaret for å sikre barn nødvendig undersøkelse og behandling, se Ot. prp. nr. 44 (91-92) s. 39 kap. 4.9 første og andre avsnitt. Dette var i samsvar med Sosiallovutvalgets forslag jf. utvalgets pkt. 11.5.7.3.

Vedrørende departementets oppfatning av bestemmelsens anvendelsesområde ble det i Ot. prp. nr. 44 (91-92) kapittel 4.9 tredje avsnitt uttalt følgende:

«Departementet mener i utgangspunktet at foreldre må ha rett til å bestemme når det gjelder legeundersøkelse og behandling av sine barn, men mener samtidig at det kan være nødvendig å gripe inn når foreldrenes standpunkt er en fare for barnets helse.»

Uttalelsen gir inntrykk av at departementet tolket bestemmelsen slik at foreldreansvaret i utgangspunktet skal stå sterkt og kun innskrenkes når det er fare for barnets helse.

Uttalelsen vitner om at hovedvurderingen er en veiing av hensynet til barnets beste opp mot hensynet til foreldrenes bestemmelsesrett. Det kan se ut som om departementet tar utgangspunkt i at det kan foretas en fremtidsrettet prognose for konsekvensen av manglende inngrep ved uttrykket ”fare”.

Dette er ikke en lett forståelig tolkning av bvl. § 4-10 ved at ordlyden ”lider av” forutsetter at det foreligger en faktisk og beviselig sykdom eller skade som er alvorlig på avgjørelsestidspunktet slik at det må foretas en nåtidsvurdering.

Når det gjelder beviskravet og uttrykket ”er grunn til å tro” kan dette heller ikke tolkes opp mot ”lider av” slik at det etter ordlyden kan være grunn for å inkludere også mindre sannsynlig fremtidige lidelser som ennå ikke har realisere seg. Uttrykket synes mer å hensepeile mot sykdommen i seg selv slik at det må være grunn til å tro at skaden eller sykdommen på avgjørelsestidspunktet i det minste er ”alvorlig”.

Som støtteargument til dette følger det av sikker rett at bvl. § 4-12 litra a der ordlyden er ”alvorlige mangel” forutsetter at det foreligger alvorlige mangler ved foreldrenes omsorgsevne på vedtakelsestidspunktet jf. Rt.1986 s. 1189 og Rt. 1991 s. 1355.

I tillegg viser bvl. § 4-12 første ledd litra d ved setningen; overveiende sannsynlig at barnets helse ”kan bli” alvorlig skadd på grunn av manglende omsorgsevne fra foreldrenes side, hvordan bestemmelsen er formulert når det kan tas utgangspunkt i en fremtidsrettet prognose. Lovens ordlyd avgrenser derfor i utgangspunktet mot en fremtidsrettet vurdering.

Når dette er sagt er det ikke sikkert at lovens ordlyd skal få avgjørende vekt for tolkningen av om uttrykket ”alvorlig” er nåtids eller fremtidsrettet, eller om farekriteriet etter departementets uttalelse er synonymt med hva som menes med ”alvorlig” i bvl. § 4-10.

Nå var det riktignok slik at det etter gjeldende rett da forarbeidene ble skrevet var et krav om at barnets fysiske og/eller fysiske helse eller utvikling ble utsatt for ”skade eller alvorlig fare” for at det skulle kunne fattes vedtak om omsorgsovertakelse, jf. Ot. prp. nr. 44 (91-92) s. 41 kap. 4.11 tredje avsnitt. Vurderingen bygget således både på en nåtids og en framtidsvurdering. På det tidspunktet departementets uttalelse ble gitt kunne således språkbruken ha vært grunnen for en uoverveid uttalelse, eller så kunne uttalelsen vært gitt på bakgrunn av en overbevisning om at bestemmelsens ordlyd i § 4-10 faktisk dekket over et større anvendelsesområde enn det som følger av ordlyden selv.

4.4.3 Tolkningalternativer

Følgende argumenter taler for at departementet og utvalget oppfattet ordlyden mildere enn det som umiddelbart følger av lovens tekst.

For det første uttaler departementet vedrørende høringen i Ot. prp. nr. 44 (91-92) kap. 4.9 s. 40 følgende:

«Langt de fleste høringsinstanser har støttet forslaget, men enkelte påpeker at det på grunn av tidsaspektet også bør gis hjemmel for å fatte midlertidig vedtak i disse situasjonene.» (Videre.) »Barne- og familiedepartementet skal bemerke; Barne- og familiedepartementet mener det er viktig å beholde muligheten for å kunne sikre at barnet får den medisinske hjelp det har behov for enten årsaken er sykdom eller skade. Departementet mener at dette ivaretas gjennom forslaget til bestemmelse.»

Denne siste uttalelsen vitner om at departementet har en forståelse av at § 4-10 sitt anvendelsesområde er videre enn det som følger av den intuitive tolkningen av ordlyden, ved at bestemmelsene antas å sikre barnets behov for hjelp. Etter ordlyden gjelder som nevnt bestemmelsen ved undersøkelse og behandling i de mer alvorlige tilfeller der symptomkravet må være oppfylt på vedtakelsestidspunktet slik at bestemmelsen da har et begrenset anvendelsesområde.

Når det gjelder departementets bruk av uttrykket medisinsk hjelp avgrenser dette ikke mot psykiatrisk behandling. Dette kommer klart til uttrykk i departementets innledning til bvl. § 4-10 i Ot. prp. nr. 44 (91-92) kap. 4.9 s. 39.

Departementet uttaler videre

«Departementet har imidlertid ikke sett det som nødvendig å gi særskilt hjemmel for å kunne fatte midlertidige vedtak om medisinsk undersøkelse og behandling av barn. Her mener departementet at det må være tilstrekkelig med den mulighet for inngrep i akuttsituasjoner som ligger i de alminnelige regler om nødrett. (...) Departementet vil foreslå en bestemmelse som i hovedsak er i samsvar med høringsutkastet, jf. § 4-10.»

Se sosiallovutvalgets drøftelse i NOU 1985:18 kapittel 11.5.7.3.

Den siste kommentaren var ment som et motargument på den kritikk som kom fra enkelte av høringsinstansene angående tidsaspektet. Departementet tilbakeviser behov for at hjemmelen også burde dekke midlertidige vedtak ved at slike akuttiltak allerede er dekket av nødrettsbestemmelsene. Departementets uttalelse vitner igjen om en oppfatning av at bvl. § 4-10 favner over et større område enn hva den faktisk gjør etter ordlyden.

Uttalelsen peker mot at departementet er av den formeningen at nødrettsbestemmelsene er betydelig strengere enn det som følger av ordlyden i § 4-10. På dette grunnlaget gir departementet uttrykk for at uttrykket ”livstruende” ikke tilnærmedesvis subsumeres av nødrettsbestemmelsene slik behandlingen over viser, og at bestemmelsens anvendelsesområde fortsatt er betryggende stort vedrørende tilfeller som faller utenfor nødrettsbestemmelsene.

Til dette siste kommenteres det at departementet heller ikke så det som innskrenkende for barnets rettssikkerhet at det i praksis tar alt fra 14 dager til 2 mnd. for barnevernet å få prøvet en sak for fylkesnemnda (Informasjon fra fylkesnemnda i Oslo). I tillegg må barnevernets saksbehandlingstid medregnes slik at det i realiteten kan ta opp til 8 mnd. før vedtak fattes, forutsatt at ikke saksbehandlingen går utover det lovpålagte, og det er da ikke tatt betraktning i forsinkelser før barnevernet får forelagt saken.

Dette kan oppfattes slik at den tidkrevende prosessen ikke ble sette på som noen betydelig begrensning vedrørende bvl. § 4-10 sitt anvendelsesområde. I denne forbindelse viser høringen angående bvl. § 4-11 som også gjelder pålegg om behandling, at det rådet en ganske betydelig optimisme vedrørende bestemmelsenes anvendelsesområde.

I Ot. prp. nr. 44 (91-92) i kap. 4.10 s. 40 annen spalte femte avsnitt som gjelder § 4-11 uttaler fylkesmannen i Buskerud følgende:

«Til § 4-10 har fylkesmannen registrert at barnevernet tillegges ansvar også for barn med funksjonshemninger eller annet behov for hjelp. Dette vil måtte føre til en markant økning av antall klienter.»

Bekymringen gjaldt kommunens eventuelle økonomiske og personellmessige ansvar vedrørende tiltak under barneverntjenesten som i utgangspunktet ligger under staten. Departementet forsikrer fylkesmannen om at bestemmelsens formål ikke er å gi barnevernet ansvaret for slike tiltak, men at ansvaret først inntreer når foreldrene av ulike årsaker ”ikke makter eller evner” å ivareta sin foreldrefunksjon. Og øverst på s. 41 ”ikke tar initiativet til, eller medvirker til,” at barnet får dekket slike behov.

Samtykkekravet faller således etter hvert på plass, men inntrykket av at departementet har forventninger om at bestemmelsen har et større anvendelsesområde enn det som følger av ordlyden og den lange prosessadgangen, opprettholdes.

Uttalelsene taler samlet sett for at bvl. § 4-10 ble tolket utvidende av departementet på to måter.

For det første åpner uttalelsene for at det tiltenkte vurderingstemaet var om det foreligger en fare for barnets helse. Dette står i motsetning til uttrykkene ”livstruende” og ”alvorlig” som peker mot sykdommen eller skaden og samlet gir et inntrykk av at kun de mest alvorlige og eksisterende tilfellene dekkes av bestemmelsen.

For det andre taler uttalelsene for at det var tiltenkt at bestemmelsen kunne åpne for en fremtidsrettet vurdering. Det må således ikke foreligge en faktisk skade eller sykdom på vedtakelsestidspunktet, men det er tistrekkelig at det foreligger en fremtidig fare for skade eller sykdom.

Betydningen av slik utvidet tolkning av ordlyden medfører at et barn som uten psykologisk veiledning vil kunne få alvorlige psykologiske problemer senere i livet, vil kunne subsumeres under bestemmelsen, siden foreldrenes standpunkt da er en fare for barnets helse.

Ved at bestemmelsen er ment å ivareta både hensynet til barnets beste og hensynet til foreldrenes bestemmelsesrett er dette tolkningsalternativet mer i overensstemmelse med bestemmelsens formål enn det som umiddelbart fremkommer av ordlyden selv.

4.4.4 Rom for utvidende tolkning

Flere argumenter taler for at bestemmelsen var ment å utelukkende dekke foreliggende og mer ”alvorlige” sykdommer eller skader på vedtakelsestidspunktet.

For det første var en av hovedhensiktene med loven å styrke barns rettssikkerhet. Lovens formål er etter § 1-1 å sikre at barn og unge som lever under forhold som kan

skade deres helse og utvikling får nødvendig hjelp og omsorg til rett tid. Se NOU 2000:12 kap. 15.2 s. 180. Bvl. § 4-10 var således en forutsetning for å styrke dette formålet ved at det ikke lengre var nødvendig å frata foreldrene omsorgen eller forelderansvaret for å sikre barnets behov for tiltak.

Mot dette taler legalitetsprinsippet som etter gjeldende rett er et moment mot utvidende tolkning om dette ikke kan forankres i ordlyden. På den annen side er bestemmelsens karakter spesiell siden tiltaket som er ment å ivareta hensynet til barnet kan være et moment mot at legalitetsprinsippet skal få noen tungtveiende vekt ved tolkningen. Grunnen til dette er at påleggets grad av urimelighet herunder styrke er relativt alt etter; hvilke begrunnelse foreldrene har for å nekte tiltaket, hvilke innskrenkning tiltaket medfører for forelderansvaret objektivt sett, behandlingssted, tiltakets art og varighet, og tiltakets trolige positive effekt for barnet. Således kan hovedhensynet bak legalitetsprinsippet, nemlig å beskytte individet mot overgrep, i det enkelte tilfellet veies opp mot hensynet til å unngå overgrep av den svake part, nemlig barnet.

Dette sistnevnte har støtte i NOU 1985:18. I kap. 11.5.4 s. 147 andre spalte sjuende avsnitt sitert foran der utvalget uttaler følgende vedrørende hjelpetiltak generelt:

«En slik mangel på valgfrihet er imidlertid neppe i seg selv urimelig overfor foreldrene. (...) Dessuten er ikke hjelpetiltak av en slik art at de kan anses som et vesentlig inngrep i foreldrenes integritet. Her må det imidlertid tas reservasjoner for de hjelpetiltak som innebærer at barnet blir skilt fra foreldrene og plassert hos fosterforeldre eller i barnevernsinstitusjon. I disse tilfellene skapes en faktisk atskillelse og faktisk begrensning av foreldreansvaret som ligner den situasjonen som skapes ved tvangsvedtak om overtakelse av forelderansvaret. Dette gir grunn til ettertanke.»

Uttalelsene viser at hensynet til legalitetsprinsippet og foreldrenes bestemmelsesrett ikke nødvendigvis har noen tungtveiende vekt om ikke hjelpetiltaket er særlig inngripende. Uttalelsen peker mot at mindre inngripende pålegg ikke ble ansett som noe stort inngrep overfor foreldrene. På denne bakgrunn synes utvalget og departementet ikke å forutsette at det foreligger gode argumenter mot tiltak om pålegget i seg selv ikke er særlig inngripende.

For det andre var nittitallet en revolusjon vedrørende styrkning av individets rettighet. Gro Harlem Bruntland som var statsminister fra høsten 1990 satte "barn" som en av regjeringens hovedsatsningsområder jf. Ot. prp. nr. 44 (91-92) s. 10 kap. 2 andre spalte. Arbeiderpartiet hadde en overvekt av stortingsrepresentanter den gang loven ble vedtatt slik at mye taler for at lovgivers vilje var å styrke barnets rettigheter i betydelig grad.

En av regjeringens bidrag til styrkingen av individets og barnets rettigheter var lovforslaget om endring av grunnloven. Grunnlovens § 110 c som var ment å styrke menneskerettighetenes betydning i norsk rett ble innført i 1994. I 1999 ble videre et betydelig antall konvensjoner, på bakgrunn av regjeringen Bruntlands forberedelse, innkorperert i norsk rett. De innkorpererte menneskerettighetene ble ytterligere styrket av menneskerettighetsloven 21. mai. Nr. 30. 1999 § 3 ved forrangsprinsippet.

En interessant synsvinkel både som støtte for at lovgiver mente å styrke barnets rettsposisjon, og som støtte for en utvidende tolkning av bvl. § 4-10, følger av barnekonvensjonens 21. mai. Nr. 30. 1999 vedlegg 8.

I artikkel 3 nr. 1 pålegges det offentlige å la hensynet til barnets beste være et grunnleggende hensyn ved alle handlinger som berører barn. Etter art. 19 skal barnet beskyttes mot "forsømmelig behandling" mens en eller begge av foreldrene har omsorg for barnet. Etter art. 24 nr. 1 anerkjenner partene barns rett til å nyte godt av den høyst oppnåelige helsestandard og det beste behandlingstilbud for sykdom og rehabilitering. Det offentlige skal videre bestrebe seg på å sikre at ingen fratras sin rett til adgang til slike helsetjenester. I nr. 2 godtar parter som ratifiserer avtalen videre at de skal jobbe for gjennomføring av denne rettigheten. Det følger av art. 26 nr. 1 at partene skal treffe nødvendige tiltak for at barnet oppnår fulle rettigheter i samsvar med landets lovgivning, men etter nr. 2 skal det også tas hensyn til foreldrene.

Barnerettskonvensjonen er i stor grad en proklamaerklæring sett på bakgrunn av den vage ordlyden eks. "bestrebe seg" mv. Dette medfører at det er vanskelig å se at bvl. § 4-10 er i konflikt med bestemmelsene i konvensjonen ved at det også kan tas hensyn til foreldrene.

På den andre siden styrker konvensjonens bestemmelser det inntrykk at lovgiver både den gang barnevernloven ble vedtatt, og i ettertid, har tillagt hensynet til barnet

betydelig vekt. Dette fremkommer blant annet ved at konvensjonen pålegger det offentlige å beskytte barnet mot ”forsømmelig behandling”. Dette vitner om at manglende omsorg for barnets ve og vell ikke skal gå upåaktet hen av lovgiver eller barneverntjenesten. Bestemmelsene er et argument for å velge det utvidende tolkningsalternativ.

Man skal merke seg at hensynet til foreldrenes bestemmelsesrett i liten eller ingen grad er drøftet i forarbeidene. Det følger av sikker rett og forarbeidene at hensynet til at barnet skal bo hjemme hos sine egne foreldre, det biologiske prinsipp, har betydelig vekt i norsk rett se NOU 1985 : 18 pkt. 11.5.8.2. og Rt. 1996 s. 1203, Rt. 1999 s. 1883, men dette betyr ikke at gjeldende rett i alle tilfeller tillegger foreldrenes bestemmelsesrett stor vekt. Iallfall ikke om dette medfører fare for barnets ve og vell.

Man skal også huske at avgjørelsesorganets oppgave blant annet er å hindre overgrep samt å finne de beste løsningene for alle parter, og spesielt den svake parts rettigheter. Det er ikke tvilsomt at barnet er den svake part i § 4-10 tilfellet, og at hensynet til foreldrenes bestemmelsesrett kan stå både sterkt og svakt.

Et annet tungtveiende argument er at konsekvensen av at tiltak ikke igangsettes kan være katastrofalt. Vanligvis argumenteres det med at lovens ordlyd ikke bør strekkes begrunnet i hensynet til forutberegnelighet, og at det derfor bør være lovgivers oppgave å forandre lovteksten etter at domstolene eller andre har gitt tilbakemelding om at bestemmelsen ikke er dekkende eller at den er urimelig i praksis. Når det gjelder tiltak overfor barn går barnets utvikling raskt og manglende tiltak i de kritiske periodene kan føre til uoverskuelige skadevirkninger.

Skadevirkningene vil ikke bare begrense seg til å gjelde barnet. Forskning viser at manglende ivaretagelse av barn både fører til økt kriminalitet, manglende tilpassingsevne og derav manglende utdanning og arbeidsevne, og behov for psykiatrisk behandling, sosialhjelp og trygdeytelser mv.

I tillegg viser forskningen at sosiale og personlige problemer går i arv slik at også neste generasjon belastes ved foreldrenes problemer, se eksempelvis en interessant sammenfatning av årsak virkning i NOU 2000:12 s. 34 punkt 3.3.4.

Hensynet til forutberegnelighet kan heller ikke sies å stå særlig sterkt all den tid rettshjemmelen vanskelig vil kunne tenkes å være av særskilt betydning for valget av om samtykke gis eller ikke gis, eller om foreldrene ellers velger å ikke sørge for tiltak.

Argumentet for lovgiverlojal tolkning står således svakt i barneretten vedrørende bestemmelser som kan få alvorlige konsekvenser for barnet.

Argumentene taler for at det kan åpnes for en utvidende tolkning av uttrykket alvorlig forutsatt at det ikke foreligger tungtveiende mothensyn i det enkelte tilfellet.

4.4.5 Vurderingsgrunnlaget for tolkningen

Blant annet på denne bakgrunn må så bvl. § 4-10 tolkes og den nedre grensen av uttrykket ”alvorlig” oppstilles. Den samlede vurderingen så langt viser at det finnes sterke argumenter for å tolke bestemmelsen utvidende til å gjelde både fremtidig og mindre alvorlige tilfeller. Man skal merke seg at norsk rett ikke er fremmed for slike utvidende eller analogiske tolkninger på legalitetsprinsippets område. Høyesterett har blant annet på strafferettens område vist at ordlyden i enkelte tilfeller kan strekkes svært langt om retten finner tilstrekkelig begrunnelse for dette.⁵³

Det skjønnsmessige uttrykket ”alvorlig” forutsetter at en rekke momenter er relevante for vurderingen av om vilkåret er oppfylt. Momentenes relevans avhenger av om de på den ene siden har tilknytning til hensynet til barnet, eller på den andre siden har tilknytning til foreldrenes bestemmelsesrett.

4.4.6 Betingelsen om tilstrekkelig skadevirkning

Det må først oppstilles den betingelse at det foreligger en sykdom eller skade som vil kunne gi mulige og tilstrekkelig alvorlige skadevirkninger. Det naturlige utgangspunktet

⁵³ Se eks. den kjente sjarkdommen Rt 1966 side 916, videre Rt 1973 side 433 (Passbåt som skip) og Rt. 1995 s. 1734 (Elvebåt ikke skip). Se også hønsehaukdommen Rt. 1997 s. 1341.

må være den legefaglige vurderingen av sykdommen eller skadens objektive alvorlighet, og på denne bakgrunn tiltakets nødvendighet. Om dette kan dokumenteres, da bør dette tale sterkt for pålegg etter § 4-10.

Om sykdommen eller skaden i seg selv normalt ikke er alvorlig, eller om den kan være alvorlig i unntakstilfeller kan ikke være avgjørende for om betingelsen er oppfylt. Også en hypotetisk mulighet for alvorlig skade bør kunne være tilstrekkelig i enkelttilfeller. Men selv om betingelsen er oppfylt vil inngrepets alvorlighet overfor foreldrene være et moment mot pålegg iallfall i tvilstilfeller.

4.4.7 Momenter for pålegg

Når det gjelder tvilstilfellene vil blant annet følgende momenter forankret i hensynet til barnets beste være relevante ved vurderingen.

Barnets egen sårbarhet er av betydning for om den konkrete sykdom eller skade er alvorlig for barnet selv. Dette vil også fremkomme av sakkyndige vurderinger, men momentet bør ikke ha nevneverdig vekt, sett opp mot objektive skadevirkninger, siden barnets manglende sårbarhet ikke bør være en ulempe for å få de samme tiltak som andre og mer sårbare barn. Barnets reelle sårbarhet kan være en helt annen når det sitter alene for seg selv, enn hva barnet viser i tryggere omgivelser.

Når det gjelder barnets sårbarhet må det tas hensyn til barnets alder. På den ene siden er alderen et moment for sårbarhet og i tillegg relevant for behandlingens effekt, på den andre siden kan en alder opp mot myndighetsalderen tale for at tiltaket kan utsettes.

Fremtidige og hypotetisk følger av at tiltak ikke gjennomføres bør kunne tillegges vekt om det kan argumenteres sterkt nok for at konsekvensene vil kunne bli tilstrekkelig alvorlige.

Konsekvensene av manglende tiltak vil også måtte tas i betraktning for å unngå videreføring av problemer både overfor individet selv, dets venner og fremtidige familie, og samfunnet generelt.

Barnets egen mening må videre tillegges vekt jf. bl. § 31 og bvl. § 6-3. På den ene siden er det i utgangspunktet en forutsetning for tiltaket at barnet ikke motsetter seg det. På den andre siden vil barnets ønske og forklaring for og imot tiltaket være relevant både for den skjønsmessige vurderingen av om alvorlighetsvilkåret er oppfylt, og som et grunnlag for å avgjøre hvor inngripende tiltaket er for foreldrene og hvilke konsekvenser det vil kunne ha for barnet at det går imot foreldrene.

I tillegg vil tiltakets forventede effekt være av betydning både vedrørende normaleffekten og i tillegg den hypotetiske effekten for det enkelte barn. Det foreligger generelt en plikt til at tiltak kun kan iverksettes om det foreligger tilstrekkelig gode behandlingstilbud jf. eks. phlsvl. § 3-2.

4.4.8 Momenter mot pålegg

De momenter som er relevante vedrørende hensynet til foreldrenes bestemmelsesrett, og dermed mot pålegg, er for det første tiltakets karakter.

Det må da spørres om tiltaket er av en slik type at lovgiver forutsatte at det burde være opp til foreldrene å avgjøre om inngrep skal skje i det konkrete tilfellet.

Dess større risiko for feilbehandling og/eller skadelige bivirkninger behandlingen kan medføre dess større grunn er det til å legge vekt på foreldrenes synspunkt, siden disse i utgangspunktet er nærmest til å beskytte barnets interesser.

Tiltakets alminnelige aksept innenfor skolemedisinen sett opp mot aksepten av den alternative medisinen er et relevant moment. I tillegg vil også foreldrenes egne kunnskaper om barnets medisinske historie og/eller generelle kunnskaper på det medisinske området behandlingen gjelder være et moment av en viss vekt.

Den psykiske belastning pålegget medfører for foreldrene må ha en viss vekt, herunder å tåle tiltaket og eventuell sosiale stigmatisering som følge av et eventuelt pålegg fra myndighetenes side.

Videre vil som nevnt tiltakets faktiske inngrep i foreldrenes rettssfære være relevant i medhold av legalitetsprinsippet, herunder om behandlingen skjer hjemme eller på institusjon, om foreldrene må bidra i betydelig grad for gjennomføringen, og om tiltakets har en lengre varighet eller en større hyppighet.

Foreldrenes begrunnelse sett på bakgrunn av deres modenhet og generelle vurderingsevne vil være et relevant moment både angående etiske, kulturelle og religiøse årsaker vedrørende hvor beskyttelsesverdig hensynet til foreldrenes bestemmelsesrett bør være i det konkrete tilfelle.

Videre vil foreldrenes og omgangskretsens etiske, kulturelle og religiøse overbevisninger kunne føre til at barnet ekskluderes om tiltaket gjennomføres ved pålegg. Hvor beskyttelsesverdige overbevisningene er, må i utgangspunktet vurderes opp mot samfunnets etiske og vitenskaplige normaloppfatning.

4.4.9 Avveiningen

Avveiningen må foretas ved å oppstille momentene for at tilfellet er alvorlig opp mot momentene som taler mot at alvorlighetskravet er oppfylt.

Om pålegg skal fattes i det konkrete tilfellet må avgjøres på bakgrunn av at det skal gode grunner til for at foreldrenes bestemmelsesrett skal kunne tilsidesettes jf. det generelle foreldreansvaret og legalitetsprinsippet.

Dette må ses opp mot hensynet til hvor nødvendig tiltaket er for barnet. Således kan et tiltak enten være så lite inngripende overfor foreldrene at vilkåret dermed anses oppfylt, eller så kan foreldrenes begrunnelse for at de ikke sørger for tiltaket være så mangelfull og lite tungtveiende at det skal lite til for at alvorlighetskravet er oppfylt.

Noe mer eksakt kan det neppe sies om denne vurderingen enn at ordlyden åpner for en betydelig tilsidesettelse av foreldrenes rett til å nekte tiltaket om tiltakets karakter ikke er særlig inngripende, og foreldrenes begrunnelse ikke er særlig beskyttelsesverdig.

Således vil den nedre grensen i enkelttilfellet kunne settes lavt om ingen gode grunner taler mot pålegg.

4.4.10 Krav ved pålegg om undersøkelse

Når det gjelder undersøkelse taler overfor nevnte argumenter for at det da må foreligge sterke grunner mot pålegg siden en undersøkelse oftest er svært lite inngripende, og i tillegg en forutsetning for å kunne få klargjort barnets behov for hjelp.

Unntaket er selvsagt svært risikable undersøkelser som ryggmargsprøver, der undersøkelsens karakter tilsier at vurderingen blir samsvarende med gjennomgangen over og sammenlignbar med de mer inngripende behandlingstiltak.

5 Barnevernslovens § 4-11

5.1 Innledning

I § 4-11 stilles det krav om at barnet enten må være ”funksjonshemmet” eller ”spesielt hjelpetrengende”, og at det må foreligge ”særlige behov” for at det kan fattes tvangsvedtak om behandling eller opplæring.

§ 4-10 sitt anvendelsesområde gjelder etter ordlyden de mer alvorlige somatiske og psykologisk tilfellene, mens § 4-11 henspiller mot mindre alvorlige tilfeller der det etter ordlyden er tilstrekkelig at barnet er spesielt hjelpetrengende og at det foreligger et særlig behov. Inngrep etter bestemmelsen er således ikke tiltenkt å være særlig inngripende overfor foreldrene.

Det at § 4-11 etter ordlyden subsumerer hele § 4-10 med unntak fra at det ikke er positiv hjemmel angående tvungen undersøkelse oppstiller et spørsmål om hvilke tiltak bestemmelsen er ment å dekke. Når det gjelder undersøkelse er det uansett sikker rett at når forvaltningen i dette tilfellet kan fatte vedtak om det mer, nemlig å gi behandling og

opplæring, så kan de også fatte et mindre inngripende vedtak med samme formål, nemlig å beslutte tvungen undersøkelse. Undersøkelse vil uansett være det første steg i en behandling slik at alt i alt subsumerer § 4-11 hele § 4-10.

For at bestemmelsen skal få et forståelig meningsinnhold sett opp mot bvl. § 4-10 må tiltaket etter bestemmelsen særlig være slik behandling som ikke er knyttet til medisinsk undersøkelse og behandling. Det kan f.eks. være behandling som tar sikte på å styrke barnets funksjonsevne. Det er likevel ikke lett å se hva bestemmelsen er ment å dekke vedrørende behandlingstiltak sett opp mot § 4-10.

Opplæring vil dekke både ordinær opplæring og særskilt opplæring som barnet trenger. Det vises forøvrig til gjennomgangen i forrige kapittel av de bestemmelsene som klart faller innenfor § 4-10. Disse bestemmelsene vil også falle innenfor § 4-11 vedrørende behandlings tiltak.

Vedrørende vilkårene i § 4-11 må det foretas en skjønnsmessig vurdering av om vilkårene er oppfylte. Etter ordlyden må barnet på den ene siden være i en sårbar situasjon slik at det er et tilstrekkelig behov for tiltak. Dette uttrykkes ved at loven stiller krav om at barnet enten er ”funksjonshemmet” eller ”spesielt hjelpetrengende”. Med funksjonshemmet menes manglende psykisk eller fysisk varig eller forbigående funksjonsevne. Begrepet forutsetter at barnet mangler normale funksjoner. Det er likevel ikke alltid slik at funksjonshemmede barn nødvendigvis er i en sårbar situasjon. Barnet kan være mer rustet en andre barn til å takle livets utfordringer. Begrunnelsen for at uttrykket er eksplisitt uttalt i loven synes å være et ønske om å ivareta en gruppe som uansett skal dekkes av bestemmelsen uavhengig av at barnet i det konkrete tilfellet er ”spesielt hjelpetrengende”.

5.1.1 Hvem som omfattes av bestemmelsen

Det må således først klargjøres om bestemmelsen avgrenser mot en spesiell gruppe barn som er spesielt hjelpetrengende, eller om bestemmelsen er skjønnsmessig og gjelder alle barn med et ”særlig behov”.

Det er således to hovedspørsmål det må tas stilling til vedrørende bestemmelsen. For det første må det klargjøres hva som menes med ”spesielt hjelpetrequende” sett opp mot uttrykket ”særlig behov”. For det andre må den nedre grensen for vedtak etter bestemmelsen opptegnes.

Til dette første spørsmålet er det naturlige utgangspunkt forarbeidene. I Ot. prp. nr. 44 (91-92) på s. 40 kapittel 4.10 uttaler departementet følgende:

«Problemet er av samme art som nevnt under merknadene til § 4-10 i pkt. 4.9, [behovet for å anvende bestemmelsen] kan oppstå for barn med fysiske eller psykiske funksjonshemninger. Om dette sier Sosiallovutvalget blant annet under pkt. 11.5.7.3: ”Det forekommer at foreldrene ikke innser at barnet har et særlig opplærings- eller behandlingsbehov, eller at det på grunn av mistro til sakkyndige ikke vil medvirke til de nødvendige tiltak. [...] Også for de barn som her er omtalt, bør en bruke det opplegg som er skissert foran for barn som kan være særlig behandlingstrengende på grunn av sykdom, [...]. Dette betyr at det kan treffes vedtak om at barnet skal bringes under behandling eller opplæring – i institusjon eller på annen måte. Foreldrene beholder foreldreansvaret med de begrensninger som med nødvendighet følger av vedtaket.”»

Det følger av uttalelsen at departementet tolket bestemmelsen slik at den skal gjelde for de barn som enten har fysiske eller psykiske funksjonshemninger, eller som grenser opp mot slike tilfeller.

Ordlyden går imidlertid videre enn til at det må foreligge en funksjonshemning, og dette er det interessante med uttalelsen. Grunnen er at det er vanskelig å få noen god forståelse av hva bestemmelsen skal dekke når man forholder seg til ordlyden. Det er mulig å tolke bestemmelsen slik at det utelukkende er barn som har fysiske og psykiske avvik som grenser opp mot funksjonshemning som skal omfattes av bestemmelsen. At departementet holder seg til funksjonshemmede barn er således ikke så uforståelig. Det er nemlig vanskelig å finne eksempler på barn med et ”særlig behov” for behandling eller opplæring som ikke er spesielt hjelpetrequende. Av dette er det lett å slutte at bestemmelsen kun omfatter barn som nærmest er funksjonshemmede.

På den andre siden er det tungtveiende grunner mot at bestemmelsen er ment utelukkende å omfatte en spesiell gruppe barn som kjennetegnes ved at de nærmest er fysisk eller psykisk funksjonshemmede.

Det er for det første vanskelig å tenke seg at pålegg om behandling og opplæring utelukkende var ment å gjelde for barn som grenser opp mot funksjonshemming. Dette ville talt for at andre barn med særlige behov for disse tiltakene ikke kunne få hjelp om foreldrene motsatte seg dette.

For det andre vitner følgende uttalelse fra Sosiallovutvalget om at bestemmelsen ikke er begrenset til en fastsatt gruppe av barn. Utvalget uttalte at:

«Det forekommer at foreldrene ikke innser at barnet har et særlig opplærings- eller behandlingsbehov, (...) »

Uttalelsen vitner om at bestemmelsen også gjelder barn som ikke nærmest er funksjonshemmet, ved at selv ikke foreldrene kan innser at noe er galt.

Det er nok utvalgets uttalelse videre om at. ”Også for de barn som her er omtalt ...” som har fått departementet til å tolke bestemmelsen innskrenkende til at den kun gjelder barn som nærmest er funksjonshemmet ved at uttalelsen kan gi inntrykk av at bestemmelsen gjelder utelukkende denne bestemte gruppe barn.

For det tredje dekker bestemmelsen også andre forhold enn § 4-10 ved at behandlingen ikke er begrenset til sykdom eller skade, og når som sagt opplæring også kan pålegges taler dette samlet for at utvalget så et behov for å åpne for behandling utover det som følger av § 4-10, og i tillegg åpne for tvangsvedtak ved de nødvendige opplæringstilfellene.

For det fjerde uttaler departementet selv i Ot. prp. nr. 44 (91-92) s. 40, kap. 4.10 andre spalte under ”Barne- og familiedepartementet skal bemerke” at:

«Både når det gjelder funksjonshemmede og friske barn, er barneverntjenestens ansvar at

(..)»

Uttalelsen ble gitt som forklaring på konsekvensene av at barneverntjenesten ville bli ansvarlig for slike hjelpetiltak og er mer i overensstemmelse med argumentasjonen for det sistnevnte tolkningsalternativ. Uttalelsen taler for at departementet også hadde en viss forståelse av at bestemmelsen favner over alle barn som har et "særlig behov" for behandling eller opplæring uavhengig av om de nesten er funksjonshemmet eller ikke.

For det fjerde taler sterke grunner for at bestemmelsen skal tolkes utvidende til å gjelde alle barn med et "særlige behov" for behandling eller opplæring. Grunnen til dette er både at opplæringspålegg som regel vil være lite inngripende overfor foreldrene - de fleste opplæringstilbud vil bli gitt i skoletiden, og hensynene til barnets beste som ble gjennomgått i drøftelsen over.

For det femte taler uttrykket "særlig behov" i bvl. § 4-4 fjerde ledd som gjelder pålegg om plass i barnehage eller andre lignende dagtilbud for at uttrykket er ment å gjelde for alle barn som har et særlig behov for det konkrete hjemlede tiltak.

Samlet sett åpner ordlyden for at bestemmelsen gjelder alle barn som har et "særlig behov" for behandling eller opplæring.

5.1.2 Vurderingsgrunnlaget

Når det gjelder vurderingen av bestemmelsens nedre grense er denne å finne med forankring i uttrykket "særlig behov".

Ved fremgangsmåten for vurderingen uttalte utvalget som nevnt over at det må foretas en liknende vurdering som i § 4-10. Dette betyr at hovedproblemstillingen i § 4-11 er om barnets behov for tiltak er såpass nødvendig at det er grunnlag for å begrense foreldrenes bestemmelsesrett over barnet. Men det er viktig å merke seg at bestemmelsen ikke oppstiller krav om at manglende tiltak må medføre en alvorlig konsekvens for barnet slik som det oppstilles i § 4-10. Det er tilstrekkelig at det foreligger et "særlig behov". Således vil eksempelvis opplæring til å klare seg selv i hverdagen kunne omfattes av bestemmelsen jf. Barnevernloven Kommentert ut fra praksis, Arne Haga (2001) s. 81.

Ved at uttrykket er betydelig mildere enn uttrykket ”alvorlig” i § 4-10 vitner dette om at bestemmelsens anvendelsesområde gjelder mindre inngripende tiltak enn den medisinske og den psykiatriske.

Det er for det første en bekreftelse på resultatet av drøftelsen foran vedrørende at tiltakets karakter av tvangsinngrep var betydningsfullt for hvor alvorlig skaden eller sykdommen måtte være.

For det andre er dette en tolkning som medfører at begge bestemmelsene får et fornuftig og nødvendig virkeområde.

Spørsmålet blir så hvor den nedre grensen skal trekkes. Når det gjelder betingelsen om kravet til objektiv og subjektiv nødvendighet er terskelen lavere enn for § 4-10. Et ”særlig behov” forutsetter ikke nødvendigvis at manglende tiltak er ”alvorlig” for barnet, og det må være tilstrekkelig at barnets nytte av tiltaket vil kunne dekke opp for behovene. Eksempelvis vil opplæringstiltak som øker barnets livskvalitet selv om utbyttet er heller beskjedent kunne falle innenfor ”særlig behov”.

5.1.3 Vurderingsmomenter

Når det gjelder momentene for vurderingen er disse de samme som ved den skjønnsmessige vurderingen i bvl. § 4-10. Således vil tiltakets karakter, herunder effekt, etisk aksept, tid for gjennomføring, behandlingssted, hyppighet mv. være relevante momenter, det vises forøvrig til drøftelsen overfor til § 4-10.

Det skal etter bestemmelsens ordlyd lite til for at det kan pålegges tvangstiltak overfor foreldrene, dette skyldes at behandling og opplæringstiltak er lite inngripende overfor dem. Det må etter bestemmelsens formål og nevnte uttalelser i forarbeidene være tilstrekkelig at manglende behandling eller opplæring vil kunne føre til at barnet vil kunne få unødvendige og uoversiktlige problemer hvis hensynet til foreldrenes bestemmelsesrett ikke er særlig tungtveiende.

Det kan ikke sies å være særlig inngripende at barnet eksempelvis får muligheter til spesialundervisning eller ukentlige samtaler med psykolog om foreldrene ikke har noen egentlig begrunnelse for å nekte barnet tiltaket. Eksempelvis vil et barn som har gjennomgått en belastende skilsmisse og som derfor sliter med tilpasningsproblemer kunne regnes for å ha et "særlig behov" til ukentlige samtaler med en psykolog.

Det bør være tilstrekkelig at det er mer enn en fjerntliggende mulighet for at tiltaket vil kunne oppfylle mer nødvendige behov for behandling eller opplæring for at behovet skal kunne regnes som "særlig". Grunnen til dette er at konsekvensen av manglende hjelp kan være katastrofal, men konsekvensen av for mye hjelp vil som regel være ubetydelig.

Om eksempelvis en far ikke ønsker å samtykke til behandling begrunnet i et ønske om å lage vanskeligheter for barnets mor, da må hensynet til farens bestemmelsesrett måtte sies å stå særdeles svakt. Om skolen i tillegg sender bekymringsmelding til barnevernet vedrørende adferdsvansker eller frykt for suicidal adferd, da må vilkåret være klart oppfylt slik at faren kan pålegges å godta nødvendig oppfølging fra eksempelvis psykolog.

Det er lett å stoppe vurderingen med grunnlag i lovens ord. Når det er fare for at barn kan bli unødvendig skadelidende er det imidlertid nødvendig å gå dypt inn i materien for å klargjøre om lovens ord er gitt på bakgrunn av en klar lovgivervilje, eller om lovteksten er mer tilfeldig satt opp i overbevisning om at den vil dekke de nødvendige tilfeller.

Man skal huske på at alternativet til §§ 4-10, og 4-11 som regel enten er at barnet ikke får nyte godt av lovbestemte rettigheter eller at det besluttes omsorgsovertakelse. Det har formodningen mot seg at bestemmelsene kun har vært ment å være anvendelige i de mer ekstreme tilfeller der barnet helt klart må få hjelp. Dette vil i bestefall gi uttrykk for en helt annen verdioppfatning enn ønsket om å ivareta hjelpetrengende barns behov for hjelpetiltak.

6 Grensen mot omsorgsovertakelse, bvl. § 4-12.

En annen konstruksjon som det må tas hensyn til vedrørende de tilfeller som faller innenfor bvl. § 4-10 og § 4-11 er muligheten til å fatte vedtak om omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-12 første ledd litra a, b, og d, om vilkårene forøvrig er oppfylte.

Videre er det § 4-12 også relevant vedrørende vurderingen av om omsorgen bør tilbakeføres til foreldrene jf. bvl. § 4-21 om det er tilstrekkelig med §§ 4-10, eller 4-11 vedtak.

En tredje grunn til at § 4-12 er relevant er at nemnda selv har mulighet til å nedsubsumere til §§ 4-10, 4-11 selv om barnevernet forbereder et § 4-12 vedtak.

Vedrørende vurderingen av relevansen av § 4-12 må det avgrenses mot de tilfeller der barnet ikke har behov for behandling eller opplæring, men omsorgsovertakelsen må vedtas av andre grunner jf. litra a og c. Men som sagt vil nedsubsumering og tilbakeføring vurderes med utgangspunkt i disse omsorgsovertakelsesgrunnlagene.

Angående grensen opp mot bvl. § 4-12 er det litra b og d som etter ordlyden angir kontaktflate ned mot §§ 4-10, 4-11. Ordlyden i litra b er identisk med ordlyden i § 4-11 og ordlyden i litra d er i stor grad dekkende for bvl. § 4-10.

Når det gjelder vilkåret om foreldrenes manglende omsorgsevne som grunnlag for at det kan fattes vedtak om omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-12 a, tilsier den strenge ordlyden og praksis at det skal en del til, se eksempelvis Rt. 1996 s. 1203, og Rt. 1999 s. 1883. I Rt. 1996 s. 1203 som gjaldt spørsmål om vilkårene for tilbakeføring til foreldrene var oppfylte uttalte førstvoterende under dissens 3-2 vedrørende kravene til omsorgsovertakelse følgende:

«Barnevernloven bygger på en forutsetning om at det normalt vil være til barnets beste å vokse opp hos foreldrene. Dette fremgår blant annet av de strenge vilkår for omsorgsovertakelse i barnevernloven § 4-12 og også av det som sies i forarbeidene til § 4-21, Ot prp nr 44 (1991-92) side 54 - "utgangspunktet er at barn skal vokse opp hos sine foreldre".»

Det er likevel ikke nødvendigvis slik at vilkårene for omsorgsovertakelse er de samme ved vurdering av om vedtak om omsorgsovertakelse kan opphøre⁵⁴, men utgangspunktet om at det skal mye til følger av sikker rettspraksis.

Med henhold til vedtak om omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-12 litra b som er identisk med ordlyden i bvl. § 4-11, og litra d som generelt gjelder manglende ivaretagelse av barnets helse eller utvikling og som dermed har likhetstrekk til bvl. §§ 4-10, 4-11, så må følgende bemerkes.

Det er ikke slik at likheten vedrørende ordlyden tilsier at det skal tilnærmelsesvis like mye til for omsorgsovertakelse etter § 4-12, som for pålegg om behandling og opplæring etter §§ 4-10, 4-11. Grunnene til dette er flere.

For det første følger det av sikker rett at hensynet til barnet ikke er avgjørende sett opp mot hensynet til at barnet skal vokse opp hos sine egne foreldre, også kalt det biologiske prinsipp⁵⁵. Dette taler for at det skal mye til før omsorgsovertakelse kan velges om det er grunnlag for pålegg slik at barnet kan bo hjemme, selv om hensynet til barnets beste ikke absolutt ivaretas.

For det andre skjerper prinsippet om minste inngreps vei kravene til omsorgsovertakelse om undersøkelse, behandling eller opplæring kan foretas uten omsorgsovertakelse, eller fratakelse av foreldreansvaret.

For det tredje følger det av § 4-12 andre ledd at vedtak om omsorgsovertakelse kun kan treffes når det er nødvendig ut fra den situasjon barnet befinner seg i, og det i tillegg ikke kan skapes tilfredsstillende forhold for barnet ved hjelpetiltak etter § 4-4 eller ved tiltak etter § 4-10 eller § 4-11.

⁵⁴ Vedrørende oppheving av vedtak om omsorgsovertakelse etter nåværende § 4-21 i bvl. kan det se ut som kravene til omsorgsevnen senkes noe der alternativene er usikre/dårlige og barnet har et sterkt ønske om komme hjem, se eksempelvis Rt. 1995 s. 447 som gjaldt en gutt på 13 og 1/2 år, og Rt. 1999 s. 1883 som gjaldt to barn nær 10 og 12 år. Disse momentene inngår ikke bare i helhetsvurderingen, men er også med på å påvirke kravene til omsorgsevnen.

Ved vurderingen av grenseskillet mellom §§ 4-10, 4-11 og § 4-12 vil en rekke momenter være relevante for valg av tvangsinngrep.

Den vesentligste forskjellen sett opp mot vurderingen i §§ 4-10, 4-11 er at man etter § 4-12 i større grad fokuserer på foreldrenes omsorgsevne. Etter Killèn, 1994 jf. NOU 2000:12 s. 33 kap. 3.3.2 første avsnitt if. finnes det for alle former for omsorgssvikt felles elementer som gjelder med varierende styrke, "[d]isse handler om mangel på erkjennelse av og respekt for barnets behov, om avvisning og likegyldighet, og om ikke å prioritere barnets mest grunnleggende behov framfor egne." Dette tilsier at årsaken til foreldrenes manglende samtykke og barnets behov for hjelp i større grad er i fokus ved § 4-12 litra b og d vurderinger, mens det i §§ 4-10, 4-11 vedtak fokuseres på hensynet til foreldrenes bestemmelsesrett sett opp mot hensynet til barnets beste.

Hovedvurderingen etter § 4-12 kan således sies å være i hvor stor grad foreldrene er skikket til å ivareta barnets interesser. Om det er "alvorlige mangler" ved omsorgsevnen da er man utenfor § 4-10, 4-11 tilfellene. Men om man er i tvil om vilkårene etter § 4-12 er oppfylte, da må §§ 4-10, 4-11 velges om betingelsene forøvrig er oppfylte.

7 Adgangen til å fremme sak for fylkesnemnda

7.1 Barnevernets undersøkelsesplikt

Barneverntjenesten har både en rett og en plikt til å foreta undersøkelser om det er en rimelig grunn⁵⁶ for å avdekke behov for eventuelle hjelpetiltak jf. bvl. § 4-3 første ledd.

⁵⁵ Se Rt. 1999 s. 1883.

⁵⁶ Med rimelig grunn skal det med bakgrunn i lovens hovedformål, nemlig å ivareta hensynet til barnets beste, ikke mye til. Et uttrykk som overveiende sannsynlig vil kanskje til og med være for strengt. Et uttrykk som en viss sannsynlighet, eller tilstrekkelig grunn passer da kanskje bedre enn overveiende sannsynlig.

Undersøkelsene skal foretas snarest og innen tre måneder jf. bvl. § 6-9, se også bvl. § 4-2, og tiltakets art avhenger av forholdets alvorlighet.

Vedtak om forberedelse til nemnda skal fattes av barnevernet snarest mulig og senest innen tre måneder etter at undersøkelse er foretatt, i særlige tilfeller kan forberedelse til nemnda gis innen seks måneder jf. § 7-3 første ledd siste punktum.

Endelig vedtak fra nemnda gjennomføres av barneverntjenesten og/eller politiet med hjemmel i bvl. § 6-8, om vilkårene for tvangstiltak forøvrig er til stede.

7.2 Barneverntjenestens informasjonsadgang

For at barnevernet skal kunne ha mulighet til å forberede saken til avgjørelse for nemnda må barnevernet kjenne til at barnet ikke får nødvendig undersøkelse, behandling eller opplæring. Barnevernet er derfor etter bvl. § 3-1 pålagt å følge nøye med i de forhold barn lever under og et spesielt ansvar for å søke å avdekke mulige behov for tiltak. Videre skal barnevernet etter bvl. §§ 3-2 og 3-3 samarbeide med forvaltningen ellers og andre frivillige organisasjoner som arbeider med barn og unge for å avdekke mulige behov for tiltak.

For at barneverntjenesten skal kunne få inn informasjon om behov for tiltak, foreligger det også en generell meldeplikt⁵⁷ fra offentlige myndigheter og en del andre yrkesgrupper, jf. bvl. § 6-4 andre og andre tredje ledd. Bvl. §§ 4-10 og 4-11 er uttrykkelig nevnt i bestemmelsen som pålegger at bekymringsmelding skal gis uoppfordret om det er grunn til å tro at barnet blir misshandlet eller om annen omsorgssvikt kan foreligge, saml. helsepersonelloven 2. juli. Nr. 64. 1999 § 33⁵⁸ (hlspl.). Det er selvsagt også mulighet for enhver å gi bekymringsmelding til barnevernet om man mener at det er grunnlag for tiltak etter bvl.

⁵⁷ Antagelig vil all informasjon som gis av utenforstående være meldinger så lenge informasjonen er rimelig konkret.

⁵⁸ Etter hlspl. § 33 er helsepersonell forpliktet til å informere barnevernet om forhold som kan begrunne vedtak om behandlingstiltak og evt. omsorgsovertakelse.

7.3 Fylkesnemndas kompetanse etter at saken er forberedt av barneverntjenesten

Det er fylkesnemnda, se kap. 7, etter bvl. § 7-2 som har vedtaksmyndigheten etter bvl. §§ 4-8, 4-12, 4-19, 4-20, 4-21, og 4-24, samt myndighet til å gi pålegg etter § 4-4 fjerde ledd, § 4-10 og § 4-11. Barneverntjenesten har stort sett den øvrige vedtaksmyndighet, herunder til å treffe midlertidige og foreløpige vedtak etter § 4-6 og § 4-9.

Tvangsvedtaket kan som utgangspunkt fattes av fylkesnemnda⁵⁹ etter at saken er forberedt og fremlagt av barneverntjenesten jf. bvl. § 7-3 første ledd. Nemnda kan også etter sikker rett på selvstendig grunnlag nedsubsumere eller oppsubsumere til bvl. §§ 4-10, 4-11 uavhengig av hvilket hjemmelsgrunnlag barneverntjenesten mener er det riktige.

7.4 Klageordningen

Vedrørende klageordningen er det fylkesmannen som er overordnet klageinstans for barnevernets avgjørelser jf. § 7-3 siste ledd⁶⁰ jf. § 6-5, forutsatt at klagen ikke skal behandles av nemnda med hjemmel i § 7-2 litra g og h. Dette betyr at om barnevernet ikke vil forberede en sak for nemnda, da er det fylkesmannen som er klageinstans. Foresatte, eller andre, har således ingen rett til å kreve behandling for nemnda, og det foreligger således kun et overordnet klageorgan i disse tilfellene.

⁵⁹ Fylkesnemndene er domstollignende organ som administrativt er underlagt Barne- og Familiedepartementet. Vedrørende fylkesnemndas sammensetning mv. se bvl. § 7-1 som henviser til lov om sosiale tjenester 13. desember. Nr. 81. 1999 kapittel 9.

⁶⁰ Bvl. § 7-3 kommenteres i Ot.prp.nr.44 (91-92) s. 118 første avsnitt. Forarbeidene vektlegger at bestemmelsen om fylkesmannens adgang til å fremme sak for nemnda skal komme til anvendelse i situasjoner der det er kvalifisert uenighet mellom den kommunale barneverntjenesten og fylkesmannen om behovet for tiltak. Ved at det etter forarbeidene kreves kvalifisert uenighet skal det altså mer til for at saken kan prøves for nemnda.

Om vedtak skal fattes av nemnda etter at det er forberedt av barnevernet jf. § 7-3 første ledd, da kan barnet få en egen talsperson, jf. § 7-4⁶¹, og den private part har krav på å få oppnevnt advokat jf. sosialtjenesteloven 13. des. Nr. 81. 1991 § 9-5 (sotjl.).

7.5 Adgangen til domstolsprøving

Fylkesnemndas vedtak kan prøves for domstolene etter reglene i tvistemålsloven 13. aug. Nr. 6. 1915 kap. 33 (tvml), jf. Rt. 1995 s. 1097 og Rt. 1995 s. 1099.

Krav om overprøving av tingretten kan fremsettes både av den private part eller kommunen jf. bvl. § 7-1 litra i) jf. sotjl. § 9-10 første ledd flg., og ankeadgangen går helt til Høyesterett slik at det da foreligger en fireinstans behandling.

Når det gjelder klageberettigedes adgang til å kreve pålegg fra domstolene oppstår et interessant spørsmål. Tilfellet kan tenkes om moren krever pålegg overfor faren som ikke vil gi sitt samtykke til tiltaket. Om så barnevernet ikke finner grunnlag for å forberede saken for nemnda, og fylkesmannen etter klage heller ikke finner grunnlag for å bringe saken inn for nemnda, da er eneste mulighet å forsøke spørsmålet prøvet for domstolene.

Etter tvml. § 475 andre led må som hovedregel klageadgangen være uttømt. I tillegg må det etter tvml. § 474 foreligge et ”særskilt lovføresegn” for at saken skal kunne reises mot offentlige myndigheter, og søksmålet må videre gjelde et vedtak om ”frihetstap” eller andre ”administrative tvangsinngrep”.

Angående klageadgangen forutsettes denne uttømt. Vedrørende vilkåret om ”særskilt lovføresegn” er utgangspunktet er at det må foreligge et vedtak fra nemnda for at saken skal kunne bringes inn for tingretten. Dette følger av barnevernloven § 7-1 bokstav i) ved at § 9-10 i lov om sosiale tjenester gjelder tilsvarende ved overprøving av fylkesnemndas vedtak, hvilket innebærer at nemndas vedtak kan bringes inn for

⁶¹ Se forskrift 22. des. 1993 nr. 1430, samt også retningslinjer fra BFD 5. jan. 1994

domstolene til behandling etter de særlige regler i tvistemålsloven kapittel 33. I slike saker har domstolene full prøvelsesrett, jf. tvistemålsloven § 482.

Det foreligger derfor ingen lovbestemte hjemmelsgrunnlag for å overprøve manglende forberedelse fra barnevernets side. Når det gjelder dette særlige tilfellet er det imidlertid spørsmål om ikke hensynet til barnets rettssikkerhet tilsier at saken likevel bør prøves for domstolene. En av domstolenes hovedoppgaver er å ivareta de grunnleggende rettssikkerhetsprinsipper. Om sterke rettssikkerhetshensyn tilsier at saken bør prøves for domstolene må prinsippet i seg selv kunne tenkes som ”et særskilt lovføresegn”. I tillegg vil barnets manglende mulighet til å få undersøkelse, behandling og opplæring kunne ses som et ”frihetstap” ved at det kan være svært inngripende overfor barnet og moren.

Det er nok tvilsomt at domstolene ville valgt en slik utvidende eller analogisk tolkning, og enda mer tvilsomt om vedtaket da ville vært gjenstand for full overprøving, men drøftelsen viser likevel to ting. Det foreligger ved søksmål muligheter for en fireinstansbehandling ved pålegg etter bvl. §§ 4-10 og 4-11. Men det foreligger ingen lovhjemmel for å få prøvet saken for domstolene om barnevernet og fylkesmannen ikke fremmer sak for nemnda.

8 Oppsummering - de lege ferenda

8.1 Innledning

Som vist skal det mye til for at fylkesnemnda i det hele tatt skal kunne igangsette en vurdering av om det foreligger grunnlag for vedtak etter barnevernslovens § 4-10 og § 4-11.

Barneverntjenesten har etter bvl. § 7-3 første ledd i utgangspunktet en eksklusiv kompetanse til å fremme forslag for nemnda. Unntaket er fylkesmannens selvstendige

kompetanse etter bvl. § 7-3 fjerde ledd jf. § 6-5 forutsatt at det foreligger kvalifisert uenighet⁶² med barnevernet. Underforstått er observasjonen at foresatte eller andre med klageinteresse ikke har noen mulighet til å kreve å få saken ført verken for nemnda eller for domstolene.

Behandlingen viser videre at prosessen kan ta lang tid det tar å få et endelig vedtak av nemnda i normaltilfellet og i klagetilfeller.

I tillegg viser oppgaven generelt at bvl. §§ 4-10 og 4-11 benyttes i så liten grad at det er problematisk å finne rettskilder som er relevante vedrørende hjemmelsgrunnlaget.

Det fremkommer videre under tolkningen av hovedvilkåret i bvl. § 4-10 at ordlyden er streng, og antakeligvis ikke angir bestemmelsens tiltenkte meningsinnhold.

Videre skaper ordene ”funksjonshemmede” eller ”spesielt hjelpetrengende” i bvl. § 4-11 uklarhet ved at det fremgår av tolkningen at bestemmelsen gjelder for alle barn med et særlig behov for behandling eller opplæring.

Begge bestemmelsene kunne med hell ha vært omformulert på to måter. For det første kunne bestemmelsene åpnet for at det også ville vært anledning til å legge til grunn en fremtidsrettet prognose av mulige skadevirkninger. For det andre bør bestemmelsen få en annen ordlyd som uttrykker at hovedvurderingen er å sikre barnets behov i størst mulig grad uten at dette virker for inngripende overfor foreldrene. Det er tross alt foreldrenes rett til å nekte barnet de rettigheter barnet har etter loven som tilsidesettes, ikke foreldrenes rett til å bestemme over barnet ellers.

Når det gjelder andre observasjoner nevnes følgende.

- Hovedregelen om at begge foreldrene må samtykke til tiltak som tilbys av det offentlige skulle ha vært stadfestet i bl.

⁶² Se departementets uttalelse om dette i Ot. prp. nr. 44 (91-92) s. 118 andre avsnitt. Det kan ikke sies å følge av ordlyden. Ordlyden er for det første ikke så streng og for det andre skal også nye forhold kunne føre til at Fylkesmannen fremmer sak direkte for nemnda uten å gå omveien om barnevernet.

- Etter pasl. § 4-4 andre ledd kan barnevernet samtykke til helsehjelp om det er fattet vedtak om omsorgsovertakelse det er imidlertid usikkert om barnevernet kan samtykke til frivillig psykiatrisk behandling på vegne av barn under 16 år jf. phlsvl. § 2-1 fjerde ledd.
- Barnevernet har ikke hjemmel til å samtykke til spesialundervisning etter omsorgsovertakelse som for helsehjelp.

8.2 Spørsmålet om hvorfor hjemmelsgrunnlagene benyttes i så liten grad

Rettsapparatet har til nå tilnærmedesvis utelukkende benyttet hjemlene som en påminnelse om at minste inngreps vei er lovens utgangspunkt. Av alle offentliggjorte avgjørelser, enten fra domstolene eller fra nemnda for sosiale saker i tidsrommet 2002 til 2004, nevner kun 10 avgjørelser⁶³ de nevnte lovhjemlene. Men hjemlene ble utelukkende nevnt som et argument for at minste inngreps vei skal være retningsgivende vedrørende valget av tvangsinngrep, uten at det ble foretatt nedsubsumeringer.

Grunnene til bestemmelsenes dvaletilstand, og trolig på denne bakgrunn den mangelfulle rettskildesituasjonen, kan være flere.

For det første kan det oppstilles en hovedhypotese om at det hører til sjeldenheten at foresatte ikke sikrer sine barn undersøkelse, behandling og/eller opplæring når de trenger dette, slik at hjemmelsgrunnlagene ikke har noe faktisk anvendelsesområde.

Forklaringen kan være plausibel, men både barnevernets omfattende saksmengde⁶⁴, vitenskapelige undersøkelser⁶⁵ vedrørende barns generelle behov for psykiatrisk hjelp,

⁶³ Avgjørelsene som nevner §§ 4-10, 4-11 uten å behandle dem er: Fylkesnemnda for sosiale saker- Agder, vedtak 2004-06-21, Møre og Romsdal, vedtak 2004-06-08 og vedtak 2004-03-31, Hordaland/Sogn og Fjordane, vedtak 2003-10-13, Sør og Nordtrøndelag, vedtak 2003-06-22, Rogaland med følgende vedtak, 2003-06-02, 2003-01-28, 2002-10-18, 2002-03-08, 2002-02-22.

⁶⁴ Etter Statistisk sentralbyrå mottok 23.400 barn hjelpetiltak i 1998.

⁶⁵ Se <http://www.legeforeningen.no/index.gan?id=11889>

og den almene fornuft tilsier at et stort antall barn trenger enten somatisk, psykiatrisk, eller annen effektiv behandling og opplæring, og at slike tiltak kunne ha vært gitt i større grad ved §§ 4-10, 4-11 vedtak.

Ifølge Statistisk Sentralbyrå (kilde 1999 tabell 3.1) var det i 1998 i Norge 4198 barn i fosterhjem etter omsorgsovertakelse, og 424 barn i barnevernsinstitusjon etter omsorgsovertakelse. Alt i alt mottok 24.300 barn hjelpetiltak, og 5800 av hjelpetiltakene gjaldt omsorgsovertakelse. Det har formodningen mot seg at ingen av omsorgsovertakelsene eller hjelpetiltakene kunne vært gitt med hjemmel i bvl. §§ 4-10 eller 4-11.

I St. meld 25 (1996-97) er det redegjort for en undersøkelsen som viser at det er anslått at 10% av ungdom utvikler eksternaliserende atferdsproblemer (atferdsforstyrrelser, rusproblemer), hvor mange som utvikler internaliserende problemer (angst, depresjon, psykosomatiske lidelser) er det vanskelig å anslå. Det er stor grad av enighet mellom forskere og klinikere at om lag 5% av barnebefolkningen har behov for spesialisert psykiatriske hjelp. Dette viser at det iallfall er et betydelig antall barn som trenger psykiatrisk hjelp.

En annen begrunnelse for at det ikke i større grad fattes §§ 4-10, 4-11 vedtak kan være at barnevernet ikke ønsker å gripe inn i tvilstilfeller. Grunnen til dette kan som behandlingen viser være at vurderingen her er vanskelig. Man tenker seg da enten at tilfellene faktisk sett innbyr til kompliserte vurderinger, eller at lovens ord selv skaper usikkerhet. Om barnevernstjenesten generelt er usikker på bestemmelsene medfører deres nærmest eksklusive kompetanse til å fremlegge sak for fylkesnemnda at få saker kommer til nehandling. Når det råder usikkerhet vil vurderingene bli mer tidkrevende og hensynet til effektivitet kan også tale mot anvendelse av bestemmelsene.

Til støtte for at barnevernet foretar en slik prioritering basert på effektivitetshensyn, og en mulig manglende hjemmelsforståelse er å finne i en drøftelse av Renate S. Lien (1999) som behandler flere forhold knyttet til den prosessuelle rettssikkerheten i nemnda, samt spenningen mellom barnevernet og jus, og forholdet mellom ungdommenes autonomi og deres behandlingsbehov.

Studiet gjelder spesielt rusproblematikken og på dette grunnlag vedtak etter bvl § 4-24, men behandlingen er også relevant som en avkrefteelse av hovedhypotesen om at det faktisk ikke er større grunnlag for §§ 4-10, 4-11 vedtak. Drøftelsens vekt styrkes ved at den er benyttet som analysegrunnlag for Befringutvalgets tilstandsvurdering av barneverntjenesten i NOU 2000:12 kapittel 16.7.3 på s. 194 flg., og at studiet er et av prosjektene knyttet til evalueringen av barnevernloven, og at evaluering videre bygger på et omfattende analysemateriale av 123 barnevernsaker som ble behandlet av nemnda i 1995-1996.

Forfatteren konkluderer for det første med at det er stor harmoni mellom den offentlige parts argumentasjon og nemndas vurdering. Lien hevder at det umiddelbare problemet i forhold til fylkesnemnda som beslutningssystem er om saken kommer til behandling i fylkesnemnda eller ikke. Hun hevder at det bare er de sakene hvor kommunen føler seg svært trygge på å få medhold i saken som fremmes til fylkesnemnda. Det krever store økonomiske og personalmessige ressurser å fremme en sak for nemnda, og Lien mener flere utenomrettslige og ikke-faglige forhold har betydning for hvorvidt en sak havner i fylkesnemnda. Lien finner ikke at barnevernet har en generell skepsis til å gjennomføre tvangstiltak, men hun ser manglende juridisk og barnefaglig kompetanse som et hinder for å fremme en sak.

Riktigheten av Liens analyse har jeg ikke grunnlag for å uttale meg om. Det vesentlige er at hennes analyse viser at det kan være grunnlag for å kritisere ordningen vedrørende barnevernets eksklusive kompetanse til å få presentert saken for fylkesnemnda. I tillegg viser analysen at det iallfall kan være grunnlag for å tro at barnevernet unngår tilfeller som er mer usikre, enten på bakgrunn av et komplisert faktum, ressursproblematikk eller usikkerhet rundt tolkningen av hjemmelsgrunnlaget.

En annen begrunnelse for den manglende hjemmelsanvendelsen kan, som nevnt, være foresattes manglende mulighet til å kreve §§ 4-10, 4-11 vedtak vurdert av fylkesnemnda. Tilfellet kan være slik at begge foreldrene har forelderansvaret og mor har daglig omsorg. Om så barnet trenger profesjonell veiledning av psykolog og faren ikke gir sitt samtykke, kanskje på grunn av konfliktnivået mellom foreldrene, da har moren ingen mulighet til selv å kreve saken prøvd for fylkesnemnda, men må gå via barnevernstjenesten. Moren må gjennomgå en langtekkelig saksbehandling der guttens

ve og vell analyseres, tilbud gis eksempelvis av barnepsykologisk avdeling og avslås av faren, barnevernet selv vurderer behandlingsbehovet uten å konkludere med grunnlag for vedtak av fylkesnemnda, og moren må så klage til fylkesmannen. Om fylkesmannen ikke finner klagen berettiget, da vil spørsmålet ikke komme opp for fylkesnemnda. Det er da forvaltningen selv som virker som endelig avgjørelsesorgan selv om lovgiver generelt har lagt til grunn en fireinstansbehandling for de tilfeller der barneverntjenesten selv velger å gjennomføre tvangstiltak.

Barnet med foresatt har således ingen rett til å få saken sin prøvet for fylkesnemnda når det er, eller kan være, behov for behandling, og barneverntjenesten samt fylkesmannen er uenig i at det foreligger et slikt behov. Ordningen er da en mulig forklaring på hvorfor hjemmelsgrunnlaget ikke anvendes.

Et annet argument for den manglende regelanvendelsen kan være tidsaspektet. Det kan ta lang tid å få en endelig avklaring på at en eller begge foreldrene nekter å gi sitt samtykke. Samtykke kan bli gitt for så å bli trukket tilbake. Svaret kan være klart på telefon, men vagt ved senere forespørsel. Helsetjenesten eller skolevesenet kan på dette grunnlaget være tilbakeholden med å påbegynne et tiltak som kanskje så blir avbrutt, og som ikke kan fortsettes før etter lengre tid. Og om barnevernet begynner å rasle med sablene etter en lengre undersøkelse, da kan enten samtykke til slutt bli gitt, behovet tilsynelatende være borte, eller situasjonen så forverret at det kreves omsorgsovertakelse for å ivareta hensynet til barnets beste. Den lange saksbehandlingen kan være et argument for at vedtak fattes så sjeldent.

Det er ganske sikkert flere argumenter som kan begrunne den manglende regelanvendelsen og fraværet av rettskilder. Analysen over kan gi en pekepinne om at hjemlene kunne og burde vært benyttet i større grad.

Konklusjonen er på dette grunnlag, etter forfatterens mening, den at bvl. §§ 4-10 og 4-11 for det første har et praktisk anvendelsesområde via tolkning, men at ordlyden kan gi inntrykk av at bestemmelsen har et mindre anvendelsesområde.

Videre er den tidkrevende saksbehandlingen og barnevernets nærmest eksklusive kompetanse til å fremlegge saken for nemnda trolig hovedbegrensningen for at bestemmelsen ikke anvendes i større grad.

På dette grunnlaget kan det fra lovgivers side være hensiktsmessig å klargjøre ordlyden og foreta undersøkelser av om påleggshjemlene kunne og burde vært benyttet i større grad.

9 Rettskilder

9.1 Lover

Lov om vergemål for umyndige av 22. april nr. 2 1927.

Lov om barn og foreldre av 8. april nr.7. 1981

Lov om tannhelsetjenesten 3. juni. nr. 54. 1983

Lov om adopsjon 28. feb. nr. 8. 1986

Lov om barnevernstjenester av 17. juli. nr. 100. 1992..

Lov om grunnskolen og den videregående opplæringa 17. juli. nr. 61. 1998.

lov om pasientrettigheter 2. juli. nr.63. 1999

Lov om helsepersonell Lov om helsepersonell 2. juli. nr. 64. 1999.

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

FNs konvensjon om barnets rettigheter med protokoller 21. mai. Nr. 30. 1999 vedlegg 8

Lov om frittstående skolar 4. juli. nr. 84. 2003

9.2 Offentlige dokumenter m.m.

Innstiling til Odelstinget

Innst. O. nr. 80 s. 12

Odelstingsproposisjoner

Ot. prp. nr. 44 (1991-92)

Ot. prp. nr. 12 (1998-99)

Stortingsmeldinger

St. meld. 25 (1996-97)

Norges offentlige utredninger

NOU 1985:18

NOU 1990:5

NOU 2000:12

9.3 Rettspraksis

Høyesterettsdommer

Rt 1966 s. 916

Rt 1973 s. 433

Rt. 1986 s. 1189

Rt. 1987 s. 1495

Rt. 1988 s. 634

Rt. 1990 s. 874

Rt. 1991 s. 1335

Rt. 1993 s. 243

Rt. 1993 s. 1169

Rt. 1995 s. 447

Rt. 1995 s. 1734

Rt. 1996 s. 1203

Rt. 1996 s. 1684

Rt. 1997 s. 1341

Rt. 1998 s. 1538

Rt. 1999 s. 1883

Rt. 2001 s. 752

Rt. 2001 s. 1481

9.4 Andre avgjørelser

Fylkesnemda for sosiale saker:

Agder, vedtak	2004-06-21
Møre og Romsdal, vedtak	2004-06-08, 2004-03-31
Hordaland/Sogn og Fjordane, vedtak	2003-10-13
Sør og Nordtrøndelag, vedtak	2003-06-22
Rogaland, 2003-06-02, 2003-01-28, 2002-10-18, 2002-03-08, 2002-02-22	

9.5 Litteratur

Syse, Aslak, *Pasientrettighetsloven: med kommentarer* Oslo 2004

Ofstad, Kari og Skar, Randi, *Barnevernloven – kommentarutgave*, Oslo 1994

Holgensen, Gudrund, *Barnet og loven* 1995

Sandberg, Kirsten, *Barnets beste*, Oslo 1990

Hagen, Riedl og Østbøl, *Psykisk helsevernloven med innledning og kommentarer*

Kjønstad, Asbjørn (red) m.fl., *Barnevern, fylkesnemnder og rettssikkerhet mv.*, 2001

Haga, Arne, *Barnevernloven i praksis mv.* Narvik 2001

Befring, Anne Kjersti og Ohnstad, Bente, *Helsepersonelloven* 2001

Helgeland, Geir, *Opplæringslova, Kommentatutgave* 2001

Grøslund, Anne Margrete, *Barnekonvensjonen* 1993

Tjomsland, Steinar, *Barnevern og omsorgsovertakelse* Oslo 1997

Boe, Erik, *Den enkeltes rettssikkerhet* Oslo 1990

