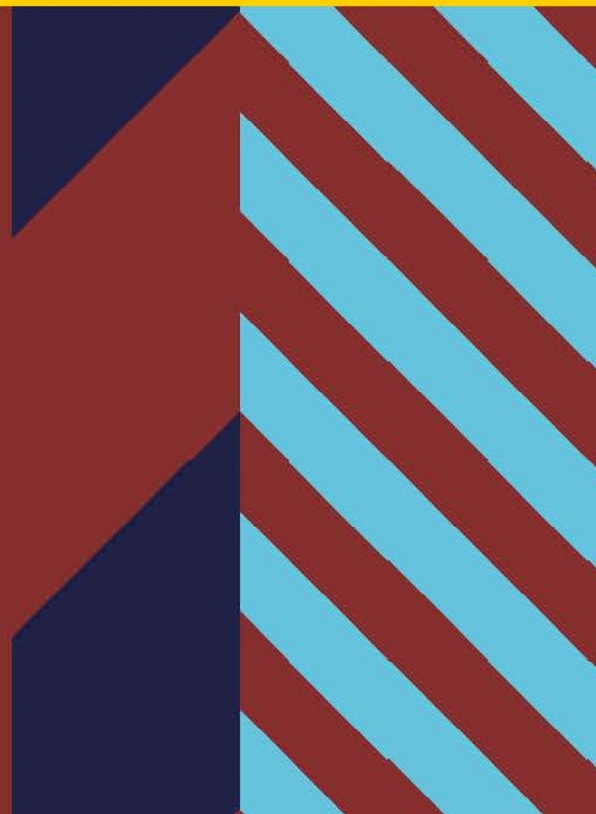


Menneskerettslig handlerom – «Når barn trenger mer»

**Utredning av barns rettigheter i barnevernsinstitusjoner på vegne
av Barne- og familiedepartementet**

Merete Havre

Skriftserie 2023 nr 17



Menneskerettslig handlerom

– «Når barn trenger mer»

Utredning av barns rettigheter i barnevernsinstitusjoner på vegne av
Barne- og familiedepartementet

Førsteamanuensis Merete Havre (Ph.d. i rettsvitenskap)

Fakultet for samfunnsfag, Institutt for sosialfag

OsloMet – storbyuniversitetet

2023

CC-BY-SA versjon 4.0

OsloMet Skriftserie 2023 nr 17

ISSN 2535-6984 (trykt)

ISSN 2535-6992 (online)

ISBN 978-82-8364-558-3 (trykt)

ISBN 978-82-8364-559-0 (online)

OsloMet – storbyuniversitetet

Universitetsbiblioteket

Skriftserien

St. Olavs plass 4,

0130 Oslo,

Telefon (47) 64 84 90 00

Postadresse:

Postboks 4, St. Olavs plass

0130 Oslo

Trykket hos Byråservice

Trykket på Scandia 2000 white, 80 gram på materiesider/200 gram på coveret

Rapporten er kvalitetssikret av Mathias Lia Nordmoen.

Godkjent av Erik Børve Rasmussen, Institutt for sosialfag, Fakultet for samfunnsvitenskap.

Forord

Utredningen er finansiert av, og utarbeidet på oppdrag fra, Barne- og familiedepartementet i perioden mai 2022 til 1. juni 2023. Undertegnede har i samme periode som denne rapporten ble utarbeidet, deltatt i forskningsprosjektet «Enetiltak og rustiltak i barnevernet» ved Nova, OsloMet-storbyuniversitetet, finansiert av Bufdir.

Analysene er utarbeidet selvstendig, og dens faglige innhold og anbefalinger følger forskningsetiske prinsipper, og er uten påvirkning fra departementet. En foreløpig rapport ble overlevert BFD 9. juni 2023 (JussForsk). Denne endelige versjonen som nå blir publisert har gjennomgått språklige endringer, og er tilført et sammendrag og et oppsummerende kapittel hvor konklusjoner og anbefalinger fremgår samlet. Der det er gjort mindre endringer og tilføyelser av innholdsmessig betydning, er dette angitt i fotnoter.

Takk til advokatfullmektig Julie Langeland, som har innhentet og kontrollert kilder som er brukt i prosjektet. Takk også til faglige rådgivere i institusjonsgruppen i Barne- og familiedepartementet for godt samarbeid, og til fagfelle for kontroll og gjennomgang av om rapporten. Eventuelle feil er likevel mitt fulle ansvar.

Takk til institutt for sosialfag, OsloMet-storbyuniversitetet, for økonomisk støtte til språkvask, og fagfelle før denne utgivelsen, og til leder av faggruppen tjenesteutvikling og innovasjon, Erik Børve Rasmussen, for tilrettelegging og støtte.

Oslo, 30. November 2023

Merete Havre

Innholdsfortegnelse

Forord	1
Innholdsfortegnelse	2
Sammendrag	8
DEL I: Bakgrunn for oppdraget, innledning og metodiske og etiske betraktninger	10
Kap. 1 Menneskerettslig handlerom «Når barn trenger mer»	11
1.1 Oppdragsbeskrivelse	11
1.2 Begrepsbruk	12
1.3 Rettskildematerialet	13
1.4 Noen særskilte metodiske spørsmål	16
1.4.1 Særlige rettskildeprinsipper i barnevernsretten	16
1.4.2 Generelle kommentarer fra FNs barnekomité	17
1.4.3 Bruk av rettskildematerialet mot voksne	17
1.4.4 Bruk av rettskildematerialet som gjelder frihetsberøvelser	18
1.4.5 Motstrid mellom BK og EMK	18
1.4.6 Dynamisk rettsområde og «case»- basert praksis fra EMD	18
1.4.8 EMD og statens skjønnsmargin	19
1.4.9 Torturforebyggingskomiteens (CPT) og Sivilombudets praksis	19
Kap. 2 Etske betraktninger	20
2.1 Utvidede hjemler kan aldri erstatte ressurser og kompetanse	20
2.2 Manglende helsehjelp kan være brudd på torturforbudet	21
2.3 Barnevern og samfunnsvern – baklengs inn i fremtiden?	23
Kap. 3 Generelt om det menneskerettslige vernet	25
3.1 Nærvær av goder og fravær av inngrep	25
3.2 Individuelle menneskerettigheter	26
3.3 Materielle og prosessuelle menneskerettigheter	26
3.4 Menneskerettighetenes grenser	27

3.5 Risiko for menneskerettsbrudd i «to leire»	27
Kap. 4. Fellesspørsmål ved alle inngrep i grunnleggende rettigheter	29
4.1 Inngrep som kan legitimeres	29
4.2 Den menneskerettslige fremgangsmåten som må brukes	29
4.2.1 Tre ulike betingelser må være oppfylt dersom det foreligger et «inngrep» i en «rettighet»	29
4.2.2 Kravet om tilstrekkelig presist og tilgjengelig hjemmelsgrunnlag	30
4.2.3 Kravet om legitimt formål med inngrepene	31
4.2.4 Kravet om proporsjonalitet	32
4.3 Oppsummert: Den menneskerettslige fremgangsmåten som må følges ved inngrep	35
Kap. 5 Rapportens inndeling	35
DEL II: OMSORG OG BESKYTTELSE	37
Kap.6 Barns rett til beskyttelse og omsorg	38
6.1 Barnevernets plikt, og rett, til å beskytte barn	38
6.2 Paternalistisk omsorg	39
6.3 Det menneskerettslige omsorgsansvarets grenser	40
6.4 Er det grunn for å skille mellom atferd og omsorg?	40
Kap. 7 Omsorgsforpliktelsens nærmere innhold	41
7.1 Det menneskerettslige omsorgsbegrepet	41
7.1.1 Barnevernets legitime grunnlag for inngrep	41
7.1.2 Prinsippet om barnets beste i BK art. 3 nr. 1	41
7.1.3 Rett til omsorg og beskyttelse, BK art. 3 nr. 2	43
7.1.4 Plikten til å sikre barnets utvikling i BK art. 6 nr. 2	44
7.1.5 Plikten til å beskytte barn mot farer som kan skade deres utvikling	45
7.2. Oppsummert: Bygge et bærekraftig liv for seg selv	47
DEL III: FRIHET OG BEVEGELSE	48
Kap. 9 Vern om den personlige frihet	49
9.1. Frihetsberøvelser og frihetsbegrensninger	49

9.2 Formålet med bestemmelsene: Hindre vilkårlige frihetsberøvelser	49
9.3 EMK art. 5 og BK art. 37b	50
Kap.10 Når vil et institusjonsopphold utgjøre en frihetsberøvelse?	51
10.1 Frihetsberøvelsesbegrepet	51
10.2 Lukkede institusjoner	51
10.3 Er åpne institusjoner å regne som frihetsberøvelse?	52
10.4 Grensen mellom frihetsberøvelser og frihetsbegrensninger	54
10.5 Kan samtykke fritta for vernet i EMK art. 5?	57
10.6 Årsaken til at barnet må bo i institusjon er uten betydning	58
10.7 Prosessuelle krav ved en frihetsberøvelse	59
10.8 Oppsummering og anbefaling frihetsberøvelse	61
Kap. 11 Menneskerettslige materielle begrensninger for frihetsberøvelser	62
11.1 Tre grunnleggende krav ved inngrep i menneskerettigheter	62
11.2 Kravet om presist og forutsigbart hjemmelsgrunnlag	63
11.3 Legitimt formål – for the purpose of educational supervision	65
11.4 Proporsjonalitetsvurderingen for frihetsberøvelser med omsorgsformål	69
11.4.1 Forholdet mellom størrelser	69
11.4.2 Konkretisering av inngrepsintensitet	70
11.4.3 Konkretisering av inngrepsbehovet	71
11.4.4 Institusjonen må være egnet til å nå målet	72
11.4.5 Behov for å bruke en frihetsberøvelse for å nå målet	73
11.4.6 Inngrepsbehovet må stå i et rimelig forhold til inngrepsintensiteten	75
11.5 Konklusjoner og anbefalinger proporsjonalitetsvurderingen	77
DEL IV Vern av psykisk og fysisk integritet	79
Kap. 12 Retten til vern om psykisk og fysisk integritet	80
12.1 Øvre og nedre grense ved vern av fysiske og psykisk integritet	80
12.2 Fremstillingen videre	80
Kap. 13 Nedre grense: Grensetting under omsorgsansvaret	81

13.1 Grensen mellom begrensende omsorgshandlinger og omsorgsinngrep	81
13.2 Omsorgshandlinger mot barnets vilje – begrensende omsorgshandlinger	81
13.2.1 Rettigheter som forutsetning for rettighetsvern	81
13.2.2 Inngrep som forutsetning for menneskerettslig vern	85
13.2.3 Noen grensespørsmål – disiplinærreaksjoner som begrensende omsorgshandling	87
13.3 Oppsummert: Tredelt omsorgsbegrep	89
Kap. 14 Omsorgsinngrep i retten til respekt for privatliv	90
14.1 Retten til vern av respekt for privatlivet i EMK art. 8 må balanseres mot retten til omsorg og beskyttelse - omsorgsinngrep	90
14.2 Handlinger som etter sin art er omfattet av EMK art. 8	90
14.3 Inngrep må følge de menneskerettslige begrensingene	92
14.3. Det legitime formålet: barns omsorg og beskyttelse(omsorgsinngrep)	92
14.4 Proporsjonalitetsvurderingen etter EMK art. 8(2)	93
14.4.1 Fastlegging av inngrepsbehov og inngrepsintensitet	93
14.4.2 Faktorer som vil påvirke inngrepsintensiteten	93
14.4 Vurdering av noen handlinger som etter sin art og omfang er beskyttet	98
14.4.1 Kommunikasjonskontroll	98
14.4.2 Kroppsvisitasjoner	99
14.4.3 Fysisk makt ved forsøk på rømning, og tilbakeføring etter rømning	100
14.4.4 Ulike skjermingstiltak hvor barnet er alene med voksne over noe tid	100
14.5 Oppsummert omsorgsinngrep	101
Kap. 15 Absolutte forbudte handlinger: Torturforbudet	101
15.1 Forbudet mot tortur, umenneskelig, nedverdiggende behandling og straff	101
15.2 Torturforbudets innhold	104
15.2.1 Torturbegrepet som overordnet begrep	104
15.2.1 Konkret helhetsvurdering av alle forhold sett under ett	105
15.3.2 Terskelen for at handlinger rammes av torturforbudet er høy	105
15.3.4 Utover den nedverdiggelse som ligger i frihetsberøvelsen i seg selv	107

15.3.5	Praksis fra EMD som gjelder barn og torturforbudet	108
15.3	Ulike handlinger som kan aktualisere torturforbudet i barnevernsinstitusjoner	110
15.4	Særlig om isolasjon som del av torturbegrepet	112
15.3.1	Isoasjon som del av torturbegrepet	112
15.3.2	EMDs praksis om isolasjon	112
15.3.3	Isoasjon i norsk barnevernsinstitusjoner?	114
15.3.4	Oppsummering og anbefaling	116
Kap. 16	Oppsummert vernet om psykisk og fysisk integritet	117
Del V	Konklusjoner og oppsummering	118
Kap. 17	Konklusjoner til de ulike spørsmålene i oppdraget	118
17.1	Menneskerettslig handlerom mellom nærvær av goder og fravær av tvang	118
17.2	Adgangen til å innføre tilsvarende bruk av tvang overfor barn i omsorgsinstitusjoner som det som i dag gjelder overfor barn i adferdsinstitusjoner	119
17.3	Adgangen til å innføre bestemmelser som gir rom for bruk av tvang utover det dagens regler åpner for	119
17.4	Adgangen til å etablere «lukkede institusjoner» i barnevernet	120
17.5	Adgangen for utvidelse av dagens tidsbegrensning ved atferdsplasseringer	120
17.6	Prosessuelle krav ved utvidelser i adgangen til bruk av tvang	121
Kap. 18	Anbefalinger samlet	122
18.1	Generelle anbefalinger – barnevernets formål	122
18.2	Anbefaling for begrensende omsorgshandlinger	122
18.3	Anbefalinger institusjonsplasseringer generelt	123
18.4	Anbefalinger atferdstiltak og frihetsberøvelser	123
18.5	Anbefalinger inngrep (omsorgsinngrep/tvang/tortur)	124
	Referanser og litteratur	126
	Tabeller diverse søk	140

Sammendrag

Rapporten utreder det menneskerettslige handlerommet for å begrense barn i barnevernsinstitusjoner sine rettigheter og frihet, særlig etter den Europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK), som gjelder som norsk lov.

Når det gripes inn i frihetsrettigheter overfor barn i barnevernsinstitusjoner, skjer dette for å beskytte barnet selv, eller de andre barna i institusjoner, som også er en menneskerettslig plikt etter FNs barnekonvensjon.

Barnevernsfeltet står da i et spenn mellom ulike menneskerettslige vern, hvor barnet ikke må gis større rettigheter og friheter enn plikten til å gi barnet forsvarlig omsorg og beskyttelse tilsier. Om barnet får for store friheter, vil det kunne utgjøre et brudd på FNs barnekonvensjon. Om det gripes inn for mye, vil det kunne utgjøre et brudd på bl.a. den europeiske menneskerettskonvensjonen.

Rettslig har konvensjonene som skal sikre barnets frihetsrettigheter, og konvensjonen som skal sikre barnet nærvær av goder og rettigheter, samme rang, og begge skal gå foran reglene i barnevernsloven ved motstrid. Det positive menneskerettsvernet, retten til nærvær av goder, må rettslig sett forsøkes harmonisert med det negative menneskerettsvernet, retten til fravær av tvang. Utredningen viser disse spenningene, og viser hvordan det er mulig å harmonisere rettighetsvernet innenfor det menneskerettslige handlerommet, og kommer med konkrete anbefalinger til lovbestemmelser som vil hensynta begge sider i vurderingene.

Det foreligger ikke tidligere rettslige analyser av de hensyn og spenninger som oppstår i institusjoner på barnevernsfeltet, og slike var ikke en del forarbeidene frem til ny barnevernslov i 2021. For å kunne ta stilling til de konkrete rettsspørsmålene som departementet ønsket å få utredet, har det vært nødvendig med rettsvitenskapelige analyser av sentrale menneskerettslige begrep av betydning for arbeidet i barnevernsinstitusjoner.

I utredningen analyseres det menneskerettslige omsorgsbegrepet etter FNs barnekonvensjon, og innholdet i de plikter staten har til å beskytte barn og gi dem forsvarlig omsorg, særlig når de er under barnevernets omsorg i barnevernsinstitusjoner. Det konkluderes med at barnevernsloven går for langt når den tilkjenner barna i barnevernsinstitusjoner selvbestemmelse som en rettighet, selv om denne ikke gjelder ubegrenset.

Videre analyseres det menneskerettslige tvangsbegrepets, øvre og nedre grense. I den nedre grensen etableres et skille mellom henholdsvis begrensende omsorgshandlinger som ligger utenfor det menneskerettslig beskyttede, og omsorgsinngrep som er menneskerettslig beskyttet. I den øvre grensen diskuteres når handlinger går over fra å være handlinger som kan legitimeres som inngrep i frihetsrettigheter, går over til absolutte forbudte handlinger fordi de vil nærmere seg det menneskerettslige torturforbudet.

Dette er nødvendige analyser for å ta stilling til spørsmålet om det vil være adgang til å utvide dagens tvangshjemler overfor barn i barnevernsinstitusjoner, og også anvende samme hjemler overfor barn som bor i institusjon som omsorgstiltak, som dem man tillater overfor barn som bor i institusjon som atferdstiltak.

Et av hovedspørsmålene som ble ønsket utredet, spørsmålet om det kan tillattes lukkede barnevernsinstitusjoner, krever en analyse av det menneskerettslige frihetsbegrepet, hvor det etableres et skille mellom frihetsbegrensende, og – berøvende tiltak. Dette er nødvendige analyser for å ta stilling til om institusjonstiltakene i dag er å regne som frihetsberøvelser, og om det eventuelt er mulighet for utvidelse av dagens regler innenfor det menneskerettslige handlerommet.

Både ved nye lovbestemmelser, og ved dagens lovgivning er det et krav at de menneskerettslige begrensingene for inngrep følges, særlig det menneskerettslige proporsjonalitetsprinsippet, som er en av hovedgrunnene til at Norge dømmes i brudd på EMK i den Europeiske menneskerettsdomstolen i Strasbourg i andre deler av barnevernsretten. Det redegjøres derfor for dette prinsippet, og vises hvordan lovreglene må utformes for at barnevernslovens regler skal kunne harmoniseres med kravene etter de gjeldende menneskerettskonvensjonene.

Det konkluderes med at dagens regler i all hovedsak ligger innenfor det menneskerettslige handlerommet, og at det også vil være muligheter til noen utvidelser. I noen tilfeller vil det kunne være en menneskerettslig plikt å utvide handlingsrommet for å oppfylle de positive forpliktelsene etter FNs barnekonvensjon.

Det finnes imidlertid noen svakheter i dagens lovgivning som vil kunne føre til menneskerettsbrudd dersom lovgiver ikke tetter disse hullene. Det gis konkrete forslag til forbedringer av dagens regelverk som vil være nødvendige for at barnevernslovens regler er i harmoni med menneskerettighetene.

DEL I: Bakgrunn for oppdraget, innledning og metodiske og etiske betraktninger

Ved alle handlinger som berører barn, enten de foretas av offentlige eller private velferdsorganisasjoner, domstoler, administrative myndigheter eller lovgivende organer, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn (BK art 3)

Kap. 1 Menneskerettslig handlerom «Når barn trenger mer»

1.1 Oppdragsbeskrivelse

Oppdraget fra Barne- og Familiedepartementet gikk overordnet ut på å kartlegge, og vurdere, handlingsrommet for begrensninger for barn i barneverninstitusjoner i lys av Norges menneskerettslige forpliktelser. Det kom frem av oppdragsbeskrivelsen at de ønskede analysene innebærer en vurdering av muligheten for å fastsette begrensninger som går lenger enn barnevernsloven av 2021 (bvl.).¹ Utredningen skulle omfatte både atferdstiltak og omsorgstiltak.

I oppdragsbeskrivelsen ble det særlig bedt om å få vurdert følgende problemstillinger:

1. Adgangen til å innføre bestemmelser som gir rom for bruk av tvang i barnevernsinstitusjoner utover det dagens regler åpner for. Departementet ønsket særlig å få vurdert adgangen til å etablere «lukkede institusjoner» i barnevernet.
2. Adgangen til å innføre tilsvarende bruk av tvang overfor barn i omsorgsinstitusjoner som det som i dag gjelder overfor barn i atferdsinstitusjoner.
3. Adgangen for utvidelse av dagens tidsbegrensning ved atferdsplasseringer.
4. Prosessuelle krav ved utvidelser i adgangen til bruk av tvang etter punkt 1, 2 og 3.

Det ble videre sagt at oppdraget skulle gi departementet et grunnlag for de menneskerettslige vurderingene i den varslede gjennomgangen av regelverket for tvang og rettigheter på institusjon, jf. Prop. 133 L (2020-2021).

Til oppdragsbeskrivelsen var følgende vedlagt:

- 1) bakgrunn for oppdraget basert på Helsetilsynets rapport 9/2019 «Når barn trenger mer»
- 2) Bufdirs anbefalinger til endring av regelverk og rammer for barn i barneverninstitusjoner som har store og komplekse utfordringer, og som kan være til fare for seg selv og andre på institusjonen av 12. april 2021
- 3) oppdragsbestilling fra Barne- og familiedepartementet til Bufdir

¹ Lov 18 juni 2021 om barnevern (barnevernsloven). I kraft 1.1.2023

Sammen med oppdragsbeskrivelsen ble det opplyst at Barne- og familiedepartementet har gitt Bufdir i oppdrag å utarbeide et helhetlig kunnskapsgrunnlag om tvang og rettigheter på barnevernsinstitusjon, hvor følgende temaer var sentrale:

- Definisjoner og forståelser av tvangsbegrepet, herunder forholdet mellom tvang og utøvelsen av omsorgsansvaret.
- Behovet for bruk av tvang i institusjon, både for å gi barn god omsorg og behandling og ivareta trygghet og sikkerhet for beboere og ansatte.
- Effekten av inngrep i barnets integritet i behandling og omsorgs- og endringsarbeid.

1.2 Begrepsbruk

I utredningen brukes følgende begreper:

Tvang: Menneskerettslig brukes ikke tvangsbegrepet i noen sammenheng. Tvangsbegrepet brukes her kun til å beskrive inngrep med samfunnsbeskyttende mål.

Inngrep brukes om det som ofte blir beskrevet som tvang, da dette er det menneskerettslige begrepet, jf. bl.a. EMK art.8, og GrL. § 113.

Omsorgsformål: I barnevernssammenheng skal alle inngrep skje ut fra hensynet til barna, og inngrepene har dermed en individbeskyttende målsetting. Omsorgsformål brukes overordnet for barnevernets virksomhet, der målet er å gi barn og unge omsorg og beskyttelse.

Inngrep med omsorgsformål: Handlinger mot barns vilje som er underlagt menneskerettslige begrensninger, omtales som inngrep med omsorgsformål i denne rapporten.

Omsorgshandling brukes om handlinger som er sammenfallende med barnets frie vilje (autonome).

Begrensende omsorgshandling brukes om handlinger som skjer mot barnets vilje, men som ikke er omfattet av menneskerettslige bestemmelser.

Frihetsberøvelse med omsorgsformål brukes om frihetsberøvelser i barneverninstitusjoner.

Frihetsberøvelse brukes der tiltaket er omfattet av EMK art. 5.

Frihetsbergrensende brukes der tiltaket er omfattet av fjerde tilleggsprotokoll til EMK art. 2.

Integritetskrenkelser brukes overordnet om handlinger som berører barnets fysiske og psykiske integritet.

Fysisk makt brukes om fysisk integritetskrenkelse.

Sosial isolasjon brukes om situasjoner der barnet er avskåret fra sosial kontakt med jevnaldrende innenfor og utenfor institusjonen.

Atferdstiltak brukes overordnet om tiltak der barn bor i institusjon med grunnlag i bvl. kap. 6.

Omsorgstiltak brukes overordnet om tiltak der barn bor i institusjon med grunnlag i omsorgstiltak eller omsorgsvedtak mot foreldrene.

Bo i institusjon brukes istedenfor å bli plassert eller *institusjonsplassering*, uavhengig av det rettslige grunnlaget for at barnet bor i institusjon.

Kontaktbegrensende tiltak brukes som en samlebetegnelse for restriksjoner i sosial omgang (besøk, mobil, internett, brev mv.)

Skjerming brukes om bevegelsesbegrensninger i egen enhet i en kortere periode.

Alenetiltak brukes om tiltak der barnet bor som eneste barn i institusjoner som er godkjent for flere.

Enetiltak brukes om tiltak der barnet bor som eneste barn i en institusjon som kun er godkjent for ett barn.

Samtykkebasert brukes for å angi at barnet og/eller foreldrene har samtykket til tiltaket, men sier ikke noe om verken barnets eller foreldrenes frie vilje.

Barnevernet brukes overordnet til å beskrive barnevernet i vid forstand, og inkluderer barnevernsinstitusjoner (offentlige og private), barnevernstjenesten kommunalt og statlige barnevernsmyndigheter i de tilfeller der det ikke er rettslig grunn til å skille mellom dem. Begrepet inkluderer også barneverns- og helsenemnda (tidligere fylkesnemnda).

1.3 Rettskildematerialet

Det er særlig Den Europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) med gjeldende tilleggsprotokoller² og FN-konvensjonen om barns rettigheter (BK)³ som vil bli gjenstand for

² FNs konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (EMK) (1950)

³ FNs konvensjon om barns rettigheter (BK) (1989)

analyser i rapporten. FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP)⁴ vil bare bli trukket inn der denne kan tenkes å innsnevre handlingsrommet ytterligere. Disse tre konvensjonene gjelder som norsk lov.⁵

For noen av spørsmålene som berøres i utredningen (frihetsberøvende og isolerende tiltak), er det er også aktuelt å se på de menneskerettslige begrensningene som ligger i FN-konvensjonene «Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment» (CAT)⁶ og European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT)⁷, selv om disse ikke gjelder som norsk lov. Det vil også sees hen til JDL-reglene for behandling av barn som er berøvet sin frihet. Selv om disse ikke er rettslig bindende, har Justis- og beredskapsdepartementet ved lovregulering på andre områder uttalt at disse legger føringer for lovgiver, slik at bestemmelsene bør sees hen til.⁸

Påståtte brudd på EMK kan bringes inn for Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD), mens det er FNs menneskerettskomité (CCPR) som behandler saker om brudd på SP.⁹ Det finnes også en individklageadgang til FNs barnekomité for brudd på kravene i BK. Denne ble vedtatt 19. desember 2011 og ble åpnet for signering i februar 2012.¹⁰ Norske myndigheter har imidlertid ikke ønsket å vedta denne protokollen, slik at barn i Norge per i dag ikke kan få saker om brudd på FNs barnekonvensjon prøvd ved et internasjonalt klageorgan (CRC). Dette medfører at det kun finnes domsavgjørelser fra internasjonale håndhevsorgan om frihetsrettigheter, og ikke om de positive menneskerettslige forpliktelsene etter BK. Ved tolkning av rettighetene i BK er det de generelle kommentarene fra FNs barnekomité (CRCP, GC) som er de sentrale, sammen med rapporter til de ulike landene etter periodisk kontroll av landets oppfyllelse av barnekonvensjonen. FNs menneskerettskomité avgir generelle kommentarer (CCPR, GC).

⁴ FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) (1966)

⁵ Lov 21 mai 1999 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

⁶ FNs konvensjon mot tortur og annen grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff (CAT) (1984)

⁷ Europarådets konvensjon om forebygging av tortur og umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff (CPT) (1987)

⁸ Departementet i Prop. 135 L (2010-2011)

⁹ Valgfri protokoll til den internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter, art. 1.

¹⁰ A/RES/66/138 (2011)

For alle spørsmålene som skal utredes, foreligger det et rettskildemessig underskudd av domstolspraksis, både i nasjonale og internasjonale domstoler. Saker om brudd på barns menneskerettigheter i norske barneverninstitusjoner har ikke nådd domstolsapparatet i Norge.¹¹ Det er derfor heller ingen norske saker som er brakt inn for menneskerettsdomstolen i Strasbourg (EMD). Det finnes imidlertid et rikholdig domsmateriale i EMD mot andre land, selv om det er få saker som gjelder barn. Det er søkt i databasen HUDOC med søkeordene «minor», «deprivation of liberty», «open prison», «restrictions», «consent» og «child» i saker som gjelder EMK art. 5 nr. 1 bokstav d og e og EMK art. 8. Det er ikke funnet saker med søkeordene «personal autonomy and child», «personal autonomy of children», «personal autonomy of a minor».

Avgjørelser i individklagesaker i FNs barnekomité (CRC) mot andre land kan ha overføringsverdi til norsk rett, og dermed være en relevant kilde i tolkningen av konvensjonen.¹² Alle disse sakene er gjennomgått, uten at det er funnet avgjørelser av direkte relevans for tematikken i denne rapporten.

Det finnes lite juridisk teori knyttet til barns menneskerettsvern i barnevernsinstitusjoner.¹³ Frihetsberøvelser av barn er utførlig behandlet av Sigurdsen i hennes doktoravhandling «Tvangsplassering av barn med utfordrende atferd».¹⁴ Av særlig betydning for noen av de rettsvitenskapelige analysene er også Horns doktoravhandling «Fullstendig isolasjon ved risiko for bevisforspillelse», selv om denne gjelder straffeprosessuelle frihetsberøvelser.¹⁵ Det gjør også min egen doktoravhandling «Varetektsfengsling og proporsjonalitetsprinsippet», men den generelle forståelsen av det menneskerettslige proporsjonalitetsprinsippet vil også være av betydning for forståelsen av de velferdsrettslige inngrepene.

¹¹ Det er ingen treff i den databasen i LovdataPro. Dette utelukker ikke helt at det kan finnes tingrettsdommer på dette området som ikke er tilgjengelig i databasen.

¹² Martnes, Mona: «Barnets beste – rettighetens innhold i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning» (2021) s. 34

¹³ Jeg har tidligere sett på noen elementer av det menneskerettslige vernet i; Havre, Merete: «Nyanser av grått. Hjemmelskrav for tvangsbruk med omsorgsformål i barneverninstitusjoner» (2016) og Havre, Merete: «Legitimt och illegitimt tvång. En kritisk granskning av norska institutioner utifrån ett rättighetsperspektiv» (2018)

¹⁴ Sigurdsen, Randi: «Tvangsplassering av barn med utfordrende atferd - en sammenligning av regler i barnevernloven, helse- og omsorgstjenesteloven og psykisk helsevernloven» (2015)

¹⁵ Horn, Thomas: «Fullstendig isolasjon ved risiko for bevisforspillelse» (2017)

1.4 Noen særskilte metodiske spørsmål

1.4.1 Særlige rettskildепrinsipper i barnevernsretten

I rettskildelæren spørres det etter hva man kan bygge på, og hvordan man resonnerer når man tar stilling til rettsspørsmål *de lege lata*.¹⁶ Det jurister kan bygge sine argumenter på, er rettskildefaktorer og rettskildепrinsippene som sier noe om hvordan vi kan resonnerer.¹⁷ Rettskildепrinsippene sier noe om ulike rettskildefaktorers relevans og vekt, og hva som kan slutes av ulike faktorer.

Overalt der offentlige myndigheter gjør inngrep overfor borgerne, stilles det krav om at det rettslige grunnlaget kun kan være lovbestemmelser, jf. GrL. § 113, og det stilles særskilte krav til tolkingen av lovbestemmelser enn utenfor legalitetsprinsippets virkeområde. Legalitetsprinsippet er relativt, dvs. at det stilles strengere krav når inngrepene overfor borgerne er sterke, enn når inngrepene er svakere.

På menneskerettighetenes område er det lovfestet et eget rettskildепrinsipp i menneskerettsloven § 3, hvor det bestemmes at menneskerettigheter som gjelder som norsk lov, ved motstrid skal gå foran norsk lov. EMK og BK vil derfor gå foran barnevernslovens regler dersom det er motstrid mellom dem og loven.

Både BK art. 3 og GrL. § 104 krever at reglene tolkes barnesensitivt når det er barn som berøres av handlingene. Også EMD krever barnesensitiv fortolking.¹⁸ At BK art. 3 også er et rettskildепrinsipp, fremgår klart av den generelle kommentaren fra FNs barnekomité.¹⁹ På barnevernsinstitusjonsområdet er det imidlertid slik at hensynet til barnet kommer inn i tolkingen på begge sider av vurderingen. Det er barnet som skal beskyttes og gis omsorg gjennom barnevernets handlinger, og det er barnets frihetsrettigheter det gripes inn i for å oppnå målet. Det er derfor ikke mulig å kun ta med hensynet til barnet på den ene siden i vurderingen, som for eksempel ved tolking og forståelse av inngrepsbegrensningene etter EMK; man må også ta med at det er hensynet til barnet som legitimerer de ulike barnevernsinngrepene. Om hensynet til barnet ikke kommer inn på begge sider i vurderingen,

¹⁶ Eckhoff, Torstein: «Rettskildelære» (2007)

¹⁷ Ibid

¹⁸ Prop. 135 L (2010-2011) s.65 og 149-150

¹⁹ General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration, avsnitt 6

vil analysene komme skjevt ut. Hensynet til barnet kan i disse sakene tale både for og mot at det skal gripes inn i grunnleggende rettigheter. Dette er det viktig å huske på ved lesing av rapporter som kun har mandat til å foreta vurderinger av den ene siden av det menneskerettslige vernet.²⁰

Barnets beste i GrL § 104 og BK art. 3 er også et vektprinsipp som sier noe om hvilken vekt hensynet til barnet skal gis i en avveining mot andre hensyn. BK art. 3 og GrL § 104 slår fast at «barnets beste [skal] være et grunnleggende hensyn», slik at hensynet til barnet skal vektes tyngre i en avveining.

1.4.2 Generelle kommentarer fra FNs barnekomité

De generelle kommentarene fra FNs barnekomité er ansett å være autoritative rettskilder.²¹ Høyesterett har i storkammersak fra 2020 uttalt: «Høyesterett har anvendt barnekonvensjonen i mange saker, og det er lagt stor vekt på Barnekomiteens generelle kommentarer.»²² Vekten som skal legges på uttalelsene, vil variere ut fra «hvor godt de er forankret i konvensjonsteksten», og om de er tolkningsuttalelser, eller om de bare «må sees som en tilråding om optimal praksis på konvensjonens område».²³

1.4.3 Bruk av rettskildematerialet mot voksne

Mye av rettskildematerialet fra menneskerettsdomstolen i Strasbourg (EMD) omhandler voksne. Alle avgjørelser i EMD er individuelle og knyttet til faktum i den konkrete saken. Dette betyr at saker med noe annet faktum vil kunne komme annerledes ut. Det vil derfor ikke være mulig å legge til grunn at en sak med en voksen vil komme likt ut som en sak der inngrepet skjer overfor ett barn.²⁴ Når EMD-dommer tolkes i et barnesensitivt lys, vil slike saker komme ut med annet resultat i begge retninger; tiltak som tillates overfor voksne, vil kunne være forbudt overfor barn, og tiltak som ikke tillates overfor voksne, vil kunne tillates

²⁰ Slik som f.eks. Sivilombudets forebyggingsmandat som utelukkende er en vurdering av menneskerettslige frihetsrettigheter (fravær av inngrep), og ikke en vurdering av den menneskerettslige plikten til å beskytte barn etter FNs barnekonvensjon

²¹ HR-2018-2096 avsnitt 14

²² HR-2020-661-S avsnitt 80

²³ HR-2018-2096-A avsnitt 14

²⁴ Slik som f.eks. Sivilombudets forebyggingsenhet sin bruk av dommen *Munjaz mot Storbritannia*, dom avsagt 17. juni 2012, gjør i besøksrapport etter besøk i Klokkargårdenkollektivet, 6-8 juni 2017.

overfor et barn, fordi barn er en sårbar gruppe som trenger ekstra beskyttelse mot handlinger som kan være skadelige for dem (se del II).

1.4.4 Bruk av rettskildematerialet som gjelder frihetsberøvelser

Rettskildematerialet om frihetsberøvelser etter EMK art. 5, og betydningen av at noen er berøvet sin frihet for inngrep i EMK art. 8, kan heller ikke overføres direkte, uten at det tas stilling til om barnet i norske barnevernsinstitusjoner er frihetsberøvet eller ikke. De fleste sakene i EMD-materialet gjelder frihetsberøvelser i lukkede institusjoner, mens det i dag ikke finnes barnevernsinstitusjoner hvor barna fysisk er sperret inne.

1.4.5 Motstrid mellom BK og EMK

De to konvensjonene, BK og EMK, kan også stride mot hverandre. Verken menneskerettsloven eller folkerettens tolkingsregler har regler om hvordan kollisjon mellom menneskerettigheter skal løses.

I de fleste tilfeller vil det være mulig å legge til grunn en harmonisert forståelse av de to konvensjonene, der en eventuell motstrid mellom dem harmoniseres på faktornivå. I utredningen tilstrebes en slik harmonisering, slik at de enkelte rettsreglene ivaretar både EMK-vernet og vernet etter BK. Der det ikke er mulig med en slik harmonisering på faktornivå, får vi en regelmotstrid, hvor de to konvensjonene gir ulike svar på hvilke menneskerettigheter barnet har. Det må da skje en harmonisering på regelnivå. Menneskerettsloven har ingen tolkingsregel som løser dette rettskildespørsmålet. Gitt at både Grl. § 104 og BK art. 3 slår fast at barnets beste skal være et avgjørende hensyn, og gitt rettskildeprinsippet om at spesielle lover skal gå foran generelle lover (*lex specialis*), er det naturlig at BK går foran EMK og SP ved motstrid.

1.4.6 Dynamisk rettsområde og «case»- basert praksis fra EMD

EMDs praksis er dynamisk og utvikler seg i takt med samfunnsutviklingen, og man vil aldri kunne helgardere seg mot fremtidige domfellelser i EMD basert på materialet på et gitt tidspunkt. Fordi det er tale om et dynamisk rettsområde, vil søkelyset i utredningen ligge på de prinsippene som legges til grunn når det skal tas stilling til hvilke menneskerettslige begrensninger som gjelder. EMD starter alle sine dommer med å vise til de overordnede

prinsippene for de vurderingene som må foretas etter rettigheten saken gjelder. Rettskildemessig er disse prinsippene av større betydning enn det konkrete resultatet i hver sak – fordi menneskerettsvernet må avgjøres individuelt.

1.4.8 EMD og statens skjønnsmargin

EMD gir statene en skjønnsmargin i enkelte saker til å selv foreta den endelige vurderingen av om forholdet som prøves, ligger innenfor eller utenfor den aktuelle menneskerettsbestemmelsen. Dette er tilfelle på områder hvor det ikke finnes en felles europeisk konsensus, og i saker der inngrepene det er snakk om, ikke er blant de sterkeste. I saker der det er tale om sterke inngrep i grunnleggende rettigheter, vil statenes skjønnsmargin være sterkt begrenset eller fraværende. EMD uttaler bl.a. i *Munjaz mot Storbritannia*: «Moreover, the importance of the notion of personal autonomy to Article 8 and the need for a practical and effective interpretation of private life demand that, when a person's personal autonomy is already restricted, greater scrutiny be given to measures which remove the little personal autonomy that is left.»²⁵ Det siterte utsagnet viser at EMD vil foreta en mer intens prøving (scrutiny), også ved inngrep etter EMK art. 8. Ved inngrep etter EMK art. 3 og 5 tilkjennes statene ikke en slik skjønnsmargin. Skjønnsmarginen er egentlig ikke et metodisk prinsipp, og heller ikke et materielt eller prosessuelt prinsipp. Skjønnsmarginen handler om forholdet mellom et europeisk fellesorgans myndighet og nasjonalstatenes suverenitet. Skjønnsmarginen sier ikke i seg selv noe om hvordan den menneskerettslige normen best oppfylles, kun at statene selv kan foreta en balansert avveining av de ulike hensynene i saken, uten at EMD går inn i denne vurderingen. Skjønnsmarginen gjelder kun innenfor det ytre sett proporsjonale resultat – dvs. innenfor rammene av de prinsippene som oppstilles i konvensjonen.²⁶

1.4.9 Torturforebyggingskomiteens (CPT) og Sivilombudets praksis

Noen av spørsmålene som utredningen reiser, krever analyse av torturforebyggingskomiteens rapporter (CPT). Disse er ikke rettslig bindende, men vil gi informasjon om hvordan man best forebygger tortur og umenneskelig og nedverdiggende

²⁵ *Munjaz mot Storbritannia*, dom avsagt 17. juni 2012, avsnitt 80

²⁶ Havre, Merete (2015). «Domstolens prøving av forvaltningsvedtaks forholdsmessighet i menneskerettslig sammenheng», *Retfærd*. Nordisk Juridisk Tidsskrift.

behandling. Det er viktig å vær klar over at normen etter forebyggingsperspektivet er langt videre enn den rettslige menneskerettslige normen for hva som faktisk er å regne som tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling eller straff etter bl.a. EMK. CPT er ikke er et rettslig organ, og det foretar ikke noen rettslig vurdering av om ulike praksiser er i strid med torturforbudet.²⁷ Siktemålet med konvensjonen og mandatet er å hjelpe landene med å utvikle best mulig regler og best mulig praksis innenfor konvensjonens område.²⁸ Rapportene vil slik ikke kunne brukes som en rettslig kilde for tolkingen av hva som faller innenfor eller utenfor de menneskerettslige konvensjonene.

Det samme må man ha i bakhodet når man ser på praksis og rapporter fra Sivilombudets forebyggingsenhet. EMD anser seg heller ikke bundet av CPTs rapporter, og det finnes flere saker i EMD hvor CPT har ment at tilfellet dekkes av torturforbudet i EMK art. 3, uten at EMD har funnet at bestemmelsen er krenket.²⁹

Det er også viktig ved lesing av rapportene å være klar over at CPT og Sivilombudet her kun forvalter en del av barnas menneskerettsvern, og ikke Norges positive forpliktelser til å beskytte barn og gi dem forsvarlig omsorg etter BK, slik både Stortinget og forvaltningen er forpliktet til, jf. mrl. § 2 og 3.

Kap. 2 Etske betraktninger

2.1 Utvidede hjemler kan aldri erstatte ressurser og kompetanse

Innledningsvis minnes det om at utvidede hjemler aldri kan erstatte ressurser og kompetanse og den menneskerettslige plikten etter FNs barnekonvensjon til å tilby barn under offentlig omsorg forsvarlig omsorg og behandling.³⁰ Etter barnekonvensjonens krav skal ressurssituasjonen sees opp mot det enkelte lands økonomiske kapasitet.³¹ Dette stiller et strengere krav til Norge enn til andre land. Kravet er ytterligere forsterket i tilfeller der barn er under barnevernets omsorg. I Barn og straff-utredningen heter det om barn i fengsel: «Enda

²⁷ Horn, Thomas: «Hvilken rettspolitisk betydning bør kritikk fra CPT ha for norske regler om isolasjon ved varetektsfengsling?» (2011), s. 336

²⁸ Ibid s. 334

²⁹ *Ramirez Sanchez mot Frankrike*, dom avsagt 4. juli 2006 avsnitt 145

³⁰ Særlig BK art. 3 og 6

³¹ Se BK art. 4

viktigere enn lovendringer er det, etter utvalgets mening, at kriminalomsorgen og dens samarbeidspartnere tilføres tilstrekkelige ressurser til å ivareta barns behov under fengselsoppholdet».³² Det samme legges til grunn for analysene i denne rapporten.

2.2 Manglende helsehjelp kan være brudd på torturforbudet

Oppdraget gjelder barnevernets rettigheter og plikter etter barnevernsloven. Barna som tiltakene skal rette seg mot har behov for langt større hjelp fra velferdsstaten enn det som er barnevernets formål, jf. bvl. § 1-1. Det er en risiko ved utvidede hjemler at barnevernet både blir helsevern og barnevern og eneansvarlig for barn med store og komplekse vansker. Det er derfor særdeles viktig ved innføring av nye hjemler å sørge for at barn som har behov for andre velferdstjenester, får disse tjenestene fra det offentlige velferdsapparatet. EMD har i flere saker kommet til at manglende helsehjelp i institusjoner er brudd på EMK art. 3. Saken *Blokhin mot Russland* gjaldt en gutt med ADHD som ikke fikk tilfredsstillende psykologisk og nevrologisk oppfølging mens han, i 3 uker, var frihetsberøvet under offentlig omsorg.

EMD uttalte i denne saken:

«On the whole, the Court reserves sufficient flexibility in defining the required standard of health care, deciding it on a case-by-case basis. That standard should be 'compatible with the human dignity' of a detainee but should also take into account 'the practical demands of imprisonment' [...] When dealing with children, the Court considers that, in line with established international law, the health of juveniles deprived of their liberty shall be safeguarded according to recognised medical standards applicable to juveniles in the wider community [...]»³³. The authorities should always be guided by the child's best interests, and the child should be guaranteed proper care and protection. Moreover, if the authorities are considering depriving a child of his or her liberty, a medical assessment should be made of the

³²Prop. 135 L (2010-2011), punkt 11.9.2 Utvalgets forslag

³³ Med henvisning til blant annet CM/Rec(2008)11 on the European Rules for juvenile offenders subject to sanctions or measures (2008) avsnittene 57, 62.2, 62.5, 69.2, og 73 (d), BK artikkel 3, og Havanna-reglene, avsnittene 79, 81 og 87

child's state of health to determine whether or not he or she can be placed in a juvenile detention centre».³⁴

At barn med store psykiske vansker ikke får tilfredsstillende helsehjelp mens de bor i barneverninstitusjoner, vil derfor innebære en risiko for at Norge dømmes for brudd på torturforbudet i EMK art. 3. Plikten til å sikre helsehjelp følger også flere bestemmelser i FNs barnekonvensjon. I BK art. 3 nr. 3 heter det:

«States Parties shall ensure that the institutions, services and facilities responsible for the care or protection of children shall conform with the standards established by competent authorities, particularly in the areas of safety, health, in the number and suitability of their staff, as well as competent supervision. »

I BK artikkel 26 nr. 2 heter det:

«The benefits should, where appropriate, be granted, taking into account the resources and the circumstances of the child and persons having responsibility for the maintenance of the child, as well as any other consideration relevant to an application for benefits made by or on behalf of the child.»

I BK art. 27 heter det:

«States Parties recognize the right of every child to a standard of living adequate for the child's physical, mental, spiritual, moral and social development.» Og videre: «The parent(s) or others responsible for the child have the primary responsibility to secure, within their abilities and financial capacities, the conditions of living necessary for the child's development. »

Det er ikke tvilsomt at staten som sådan har en forpliktelse etter menneskerettighetene til å sikre barn forsvarlig helsehjelp, både innenfor og utenfor barnevernsinstitusjoner. FNs barnekomité påpeker også at barn under barnevernets omsorg generelt har dårligere muligheter til å nyttiggjøre seg av utviklingsfremmende tiltak, og at det

³⁴ *Blokhin mot Russland*, dom avsagt 23. mars 2016, avsnitt 138

derfor er særskilt viktig at denne allerede sårbare gruppen barn tilbys alle muligheter for å kunne klare seg senere i voksenlivet.³⁵

Før det vurderes om det er nødvendig med utvidede hjemler til inngrep overfor barn i barnevernsinstitusjoner, vil det være grunn til å se nærmere på om ikke spesialisthelsetjenesten skal ha denne samme plikten som barnevernet har, til å ta imot barn til behandling som er psykisk og/eller nevrologisk syke, og som skader sin helse og utvikling gjennom selvmedisinering, rus, spiseforstyrrelser o.l. I særdeleshet bør dette gjelde der det offentlige har omsorgsansvaret for barn som bor i barnevernsinstitusjoner. Plikten til å ta imot barn må gjelde uavhengig av om barnet samtykker til behandling eller ikke.

Det anbefales

- at spesialisthelsetjenesten gis en plikt til å ta imot barn i barnevernsinstitusjoner til behandling selv om barnet ikke samtykker til behandling

2.3 Barnevern og samfunnsvern – baklengs inn i fremtiden?

Ett av spørsmålene det skal tas stilling til i denne rapporten, er om det kan brukes lukkede institusjoner for barn i barnevernsinstitusjoner. Uavhengig av hvilket menneskerettslig handlerom som finnes, er det grunn til å minne om at spørsmålet om lukkede institusjoner også ble diskutert i forbindelse med ny barnevernslov av 2021. Professor Aslak Syse skrev i sin lederartikkel i Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål at bruken av lukkede institusjoner gir grunn til bekymring for om barnevernet likevel blir et samfunnsvern.³⁶ Barneombudet gikk også hardt ut mot regjeringens forslag om lukkede barnevernsinstitusjoner. I Aftenposten 9. mai 2019 kritiserte Barneombudet forslagene om de lukkede barneverninstitusjonene og stilte spørsmålet: «Hva skal man gjøre bak den låste døren, hvordan få dem til å endre adferd, hva slags hjelp skal de få?» Hun understreket at det er mulig å «ha mange høyt kvalifiserte voksne rundt barnet eller ungdommen istedenfor økt

³⁵ CRC General Comment No. 20 (2016) on the implementation of the rights of the child during adolescence, avsnitt 52 til 54

³⁶ Syse, Aslak: «Barnevern og samfunnsvern» (2019)

bruk av låste dører».³⁷ I generell kommentar nr. 24 (2019) fremhever for eksempel FNs barnekomité at frihetsberøvelser påfører barn så store lidelser at det er nødvendig med en global forpliktelse om å begrense bruken av dette som virkemiddel. Det heter:

«States parties should immediately embark on a process to reduce reliance on detention to a minimum. Nothing in the present general comment should be construed as promoting or supporting the use of deprivation of liberty, but rather as providing correct procedures and conditions in the minority of cases where deprivation of liberty is deemed necessary. »³⁸

Det er ikke mulig, på generelt grunnlag, å legge til grunn at en frihetsberøvelse i barneverninstitusjon er et mildere inngrep enn frihetsberøvelse i fengsel. En frihetsberøvelse er en frihetsberøvelse, uansett hvor den utholdes, og uansett hva formålet er. Slik vi kjenner norske barneverninstitusjoners innretning og organisering i dag, der fokuset er omsorg fremfor straff, og der institusjonene ikke er lukkede, kan det trolig differensieres. Men dersom man tenker en annen organisering, for eksempel etter mønster av Sverige, med store lukkede institusjoner for barn, med gjerder med piggråd og vakthold, hjelper det lite å kalle institusjonen for en barneverninstitusjon i stedet for et fengsel.

Det er betimelig å spørre om man ikke går baklengs inn i fremtiden ved først å ha fått ned antall barn i fengsel for deretter igjen å ønske å frihetsberøve disse barna i barnevernet. Det er en risiko for at utvidede hjemler på barnevernets område i realiteten også er et skjult samfunnsvern.³⁹ At barnevernet brukes som et samfunnsvern, er forbudt etter det menneskerettslige forbudet mot dobbeltstraff.⁴⁰ At barnevernet ikke er, og ikke skal være, et samfunnsvern, men et individvern, kommer også tydelig til uttrykk i barnevernlovens bestemmelser, og også i forarbeidene til ny barnevernslov.⁴¹

Det anbefales

³⁷ Inga Bejer Engh i Aftenposten 9. mai 2019. [Barneombudet: – Å sperre ungdom inne får ikke ned ungdomskriminaliteten \(aftenposten.no\)](https://www.aftenposten.no/nyheter/indiana/Barneombudet:-A-sperre-ungdom-inne-far-ikke-ned-ungdomskriminaliteten)

³⁸ CRC General Comment No. 24 (2019) on children's rights in the child justice system, avsnitt 82, 83 og 84, se også United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty (Havanna-reglene) (1990) punkt 2 og punkt 9.g

³⁹ Elisabeth Sørli i Aftenposten 25. mai 2023. [Barnevernet skal gi ungdommer behandling, ikke beskytte samfunnet fra dem \(aftenposten.no\)](https://www.aftenposten.no/nyheter/indiana/Barnevernet-skal-gi-ungdommer-behandling-ikke-beskytte-samfunnet-fra-dem)

⁴⁰ Jf. EMK tilleggsprotokoll nr. 7 artikkel 4

⁴¹ Prop. 133 L (2020-2021) 7.1.4.3

- at det det går klart av barnevernsloven at barnevernstiltak ikke kan skje for å beskytte samfunnet

Kap. 3 Generelt om det menneskerettslige vernet

3.1 Nærvær av goder og fravær av inngrep

Menneskerettigheter deles inn i *positive* rettigheter, som skal sikre nærvær av visse goder (frihet *til*), og *negative* frihetsrettigheter, som skal sikre at staten ikke griper inn i individenes rettigheter på andre måter eller i større utstrekning enn det som er tillatt etter konvensjonene (frihet *fra* statlige inngrep). Rettighetene som skal sikre barn nærvær av visse goder, er hovedsakelig å finne i FNs barnekonvensjon. Det finnes i barnekonvensjonen en rekke positive rettigheter for barna som skal virke utviklingsfremmende (omsorg), og som skal sikre at barnet ikke hemmes i sin utvikling (beskyttelse). Barnekonvensjonen inneholder også negative frihetsrettigheter.

Den europeiske menneskerettskonvensjonen og FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter inneholder i all hovedsak negative frihetsrettigheter. De negative frihetsrettighetene deles inn i *absolutte* rettigheter og *relative* rettigheter. De absolutte rettighetene kan det aldri gjøres unntak fra. De relative rettighetene kan det kan gjøres unntak fra, under forutsetning av at inngrepene kan legitimeres.

Det er særlig fraværet av tortur og umenneskelig og nedverdiggende behandling i EMK art. 3, vernet mot vold i BK art. 19 og retten til liv i EMK art. 2 som er absolutte rettigheter av betydning for barn i barnevernsinstitusjoner. Disse rettighetene er beskyttet i alle de tre konvensjonene. De relative rettighetene deles inn i to grupper: rettigheter der formålene som kan legitimere inngrep, er uttømmende angitt i bestemmelsen, og rettigheter der inngrep kan legitimeres dersom de følger videre angitte unntakskriterier. Til den første gruppen hører retten til personlig frihet, som bl.a. er vernet i EMK art. 5, til den andre hører retten til respekt for privatliv i EMK art. 8 og retten til bevegelsesfrihet i fjerde tilleggsprotokoll artikkel 2.

Rettighetsvernet kan illustreres slik:

Absolutte rettigheter	Relative rettigheter	Relative rettigheter
Kan aldri skje inngrep	Unntak etter strengt definerte regler	Unntak dersom 1) hjemmel 2) legitimt formål 3) nødvendig i et demokratisk samfunn
Torturforbudet Retten til liv	Frihetsberøvelser	Respekt for familieliv og privatliv Rett til fri bevegelse

3.2 Individuelle menneskerettigheter

Menneskerettigheter er individuelle. Det betyr at et inngrep som kan tillates for noen barn, ikke kan tillates overfor andre barn. Hvorvidt inngrepet kan legitimeres eller ikke, må avgjøres etter en konkret vurdering i den enkelte sak. At vurderingene ikke er foretatt konkret og individuelt ut fra barnets behov for hjelp, er en av hovedårsakene til at Norge dømmes for brudd på EMK art. 8 i barnevernssaker ved inngrep i familielivet.⁴² Vurderingen av hva som er «barnets beste», skal også foretas individuelt og konkret, jf. BK art. 3. FNs barnekomité presiserer i sin generelle kommentar at vurderingen av barnets beste bør starte med en vurdering av de konkrete omstendighetene som gjør barnet unikt.⁴³

3.3 Materielle og prosessuelle menneskerettigheter

Menneskerettigheter må også deles mellom rettigheter som er prosessuelle, og rettigheter som er materielle. De materielle rettighetene tilfører barnet noe innholdsmessig – for eksempel retten til å ha kontakt med jevnaldrende. De prosessuelle rettighetene angir hvordan prosessen og systemet må innrettes for at barna ikke bare skal være innehaver av en rettighet som gir dem noe, men også faktisk få denne rettigheten gjennomført i systemet.

⁴² Se bl.a. storkammersaken *Strand-Lobben mot Norge*, dom avsagt oktober 2019

⁴³ CRC General Comment nummer 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration, avsnitt 49.

3.4 Meneskerettighetenes grenser

Hvilke handlingsrom ansatte i barnevernsinstitusjoner har en menneskerettslig grense nedad mot omsorgshandlinger, og en grense oppad mot de absolutt vernede verdiene tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling og straff. Dette gir følgende inndeling i tre kategorier:

OMSORGSHANDLINGER	OMSORGSINNGREP	TORTUR
-------------------	----------------	--------

Rettsvirkningen i de tre kategoriene er ulike. Er handlingen en omsorgshandling, vil ikke de menneskerettslige begrensningene for inngrep gjelde. Faller handlingen innenfor det som overordnet betegnes som torturforbudet, vil den aldri kunne tillates, heller ikke gjennom lov. Er handlingen et inngrep i en grunnleggende menneskerettighet, må de menneskerettslige begrensningene for inngrep følges.

3.5 Risiko for menneskerettsbrudd i «to leire»

Staten er menneskerettslig forpliktet overfor barn i barnevernsinstitusjoner i to retninger: til å beskytte barn og gi dem forsvarlig omsorg etter FNs barnekonvensjon⁴⁴ og til å avstå fra inngrep i grunnleggende menneskerettigheter etter SP, BK og EMK. Det vil være en risiko for menneskerettsbrudd i begge retninger; det kan både gripes inn for mye og for lite. Oppfyllelsen av barnekonvensjonens krav vil i praksis likevel kunne få en slagside, ved at de negative forpliktelsene gis en forrang, mens de positive forpliktelsene blir underordnet. Dette kan henge sammen med at Norge ikke har undertegnet tilleggsprotokollen til BK hvor barn kan klage staten inn for FNs barnekomité, slik at Norge ikke kan dømmes for brudd på BK i individualsaker. Muligheten for at Norge dømmes i individualsaker, finnes imidlertid både for EMK og SP. Norge er også dømt av bl.a. menneskerettsdomstolen i Strasbourg for brudd på EMK i en rekke saker. Mange av disse domfellelsene gjelder barnevern.⁴⁵ I tillegg har Sivilombudets forebyggingsenhet et særskilt ansvar for å følge opp tilfeller for å forebygge tortur og

⁴⁴ Også EMD viser til den positive plikten statene har til å gripe inn for å beskytte barn, jf. EMK art. 1, *D.L mot Bulgaria*, dom avsagt 19. mai 2016 avsnitt 81 med videre henvisning til bl.a. *X. og Y. mot Nederland*, dom avsagt 26. mars 1985 avsnitt 21 til 27, og BK artikkel 19 og 37

⁴⁵ For en oversikt over EMD sine domfellelser i perioden 2017-2022, se Havre, Merete: Kommentarer til barnevernloven av 1992 [opphevet] (2022)

umenneskelig og nedverdiggende behandling. Summen av disse korrektivene kan føre til at de negative frihetsrettighetene tar fokuset bort fra de positive beskyttelsespliktene. Staten er imidlertid like forpliktet til å følge begge konvensjonene.

Kap. 4. Fellesspørsmål ved alle inngrep i grunnleggende rettigheter

4.1 Inngrep som kan legitimeres

Når det gjelder rettigheter det kan skje inngrep i (relative rettigheter), oppstår det en rekke felles menneskerettslige begrensninger som gjelder uavhengig av hvilke rettigheter som vernes. De relative rettighetene det skal tas stilling til, er primært de menneskerettslige bestemmelsene om frihet og bevegelse, og bestemmelsene om retten til respekt for privatlivet. Felles for alle rettighetene er at inngrepene i barnevernet skal ha individuelle, ikke samfunnsmessige målsettinger. De menneskerettslige vurderingene vil derfor være ulike etter hvilke formål inngrepet skal tjene, men vil ellers følge en felles struktur.

4.2 Den menneskerettslige fremgangsmåten som må brukes

4.2.1 Tre ulike betingelser må være oppfylt dersom det foreligger et «inngrep» i en «rettighet»

For å ta stilling til de menneskerettslige kravene – både i en lovgivningssituasjon og i en konkret rettsanvendelse, oppstiller den europeiske menneskerettskonvensjonen en systematikk som må følges for å sikre oppfyllelse av menneskerettslig forpliktelser. Denne systematikken fremgår tydeligst i bestemmelsene i EMK art. 8-11, men de samme kravene følger også for inngrep i frihetsrettighetene etter EMK art. 5.⁴⁶

Det må da først spørres om det foreligger en menneskerettslig beskyttet *rettighet*. Dette er et spørsmål om hvorvidt det foreligger en vernet verdi som gjennom konvensjonen er gjort til en rettighet i juridisk forstand. Dersom det foreligger en rettighet, må det spørres om det kan gjøres unntak fra denne rettigheten, eller om rettigheten er absolutt. Er det en rettighet det kan gjøres unntak fra, vil det måtte spørres om handlingen er «inngrep» i menneskerettslig forstand, jf. bl.a EMK art. 8(2). Dersom handlingen er av en slik art og grad at det foreligger et inngrep, må tre grunnleggende menneskerettslige begrensninger følges:

⁴⁶ Havre, Merete: «Varetektsfengsling og proporsjonalitetsprinsippet – en balansetest» (2015)

- ✓ Inngrepet må ha hjemmel (i lov etter legalitetsprinsippet, jf. Grl. § 113).
- ✓ Inngrepet må skje for å beskytte et anerkjent legitimt formål (formålsprinsippet).
- ✓ Inngrepet må være nødvendig i et demokratisk samfunn (proporsjonalitetsprinsippet).

De samme kravene følger også av FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter. Menneskerettskomiteen (CCPR) legger blant annet til grunn at begrepet «vilkårlighet» i SP art. 9 «includes elements of inappropriateness, injustice, lack of predictability and due process of law, as well as elements of reasonableness, necessity and proportionality».⁴⁷

4.2.2 Kravet om tilstrekkelig presist og tilgjengelig hjemmelsgrunnlag

Det første kravet som må være oppfylt for at et inngrep i grunnleggende menneskerettigheter skal kunne legitimeres, er at inngrepet har hjemmel i lov. EMK krever ikke formell lovgivning som hjemmelsgrunnlag, men det gjør den norske grunnloven, jf. Grl. § 113. Etter EMDs praksis stilles det krav til hjemmelsgrunnlagenes *kvalitet* når det er tale om inngrep i grunnleggende menneskerettigheter. Også menneskerettskomiteen stiller krav til hjemmelsgrunnlagets «predictability». Om kvalitetskriteriene uttaler EMD i saken *Munjaz mot Storbritannia* at spørsmålet er om inngrepet kan møte «the ‘quality of law’ test as set out in the Court’s case-law».⁴⁸ Lovbestemmelsene må være tilgjengelige og forutsigbare, og være tilstrekkelig presise til at individene kan forutberegne sin egen rettslige stilling.⁴⁹ Om skjønsmessige bestemmelser i lovgivningen heter det i *Munjaz-dommen* at «the law must indicate the scope of any such discretion conferred on the competent authorities and the manner of its exercise with sufficient clarity to give the individual adequate protection against arbitrary interference».⁵⁰ Både det menneskerettslige hjemmelskravet og det grunnlovfestede legalitetsprinsippet er relativt. At hjemmelskravet er relativt, og at det settes strengere krav til lovens kvaliteter der det er tale om et av de sterkeste inngrepene –

⁴⁷ Se Ragnar Nordeide, Karnov lovkommentar til SP art. 17 som viser til A.B. mot Canada, CCPR-2014-238, «Views» 2016, avsnitt 8.7

⁴⁸ *Munjaz mot Storbritannia*, dom avsagt 17. juni 2012 avsnitt 87

⁴⁹ *Ibid*, avsnitt 88

⁵⁰ *Ibid*, avsnitt 87, og 88 med videre henvisninger

frihetsberøvelse – kommer blant annet til uttrykk i saken *Gabrowski mot Polen*, som gjaldt lovligheten av en frihetsberøvelse av et barn, hvor det heter:

«"Quality of the law" in this sense implies that where a national law authorizes deprivation of liberty it must be sufficiently accessible, precise and foreseeable in its application, in order to avoid all risk of arbitrariness [...] Where deprivation of liberty is concerned, it is essential that the domestic law define clearly the conditions for detention. »⁵¹

Hensynet til barnets beste i Grl. § 104 og BK art. 3 gjør at det kreves enda sterkere legalitetskrav ved lovhjemler som berører dem.⁵² Det er derfor viktig at lovgiver sikrer disse kravene i barnevernslovgivningen. Det vil i rapporten påpekes lovhjemler som i dag, ikke nødvendigvis oppfyller disse i dag, og gis forslag til formuleringer som på en bedre måte oppfyller kravene.

4.2.3 Kravet om legitimt formål med inngrepene

Det neste kravet som må være oppfylt for at et inngrep i grunnleggende menneskerettigheter skal kunne legitimeres, er at inngrepet har et anerkjent legitimt formål. Her er de ulike bestemmelsene som er aktuelle for barnas menneskerettsvern, ulikt bygget opp. Bestemmelsen som vernet den personlige frihet i EMK art. 5 har de ulike formålene som kan legitimere inngrep uttømmende regulert gjennom de ulike alternativene for inngrep i EMK art. 5, nr. 1 bokstavene a-f. Ett av disse legitime formålene er formålet som kan legitimere inngrep overfor barn «educational supervision», jf. EMK art. 5, nr. 1 bokstav d. Etter EMK art. 8(2) er formålene angitt bredere, hvor det særlig er hensynet til å beskytte barnets helse, eller for å beskytte andres sikkerhet, som er de aktuelle legitime formålene for inngrep overfor barn i barnevernsinstitusjoner. De menneskerettslige forpliktelsene til å gi barna omsorg og beskyttelse etter FNs barnekonvensjon vil inngå som de legitime formålene for å gripe inn overfor barna, jf. BK art. 3(2) og 6(2). Fordi barnevern ikke skal være et samfunnsvern, jf. bvl. § 1-1 og § 10-1, vil ikke dette være legitime hensyn som kan begrunne inngrep verken i retten etter EMK art. 5 eller EMK art. 8(2).

⁵¹ *Gabrowski mot Polen*, dom avsagt 30. juni 2015 avsnitt 46

⁵² Slik også Martnes, Mona: «Barnets beste - rettighetens innhold i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning», (2021) s. 98

De legitime formålene med inngrepene bør gjenspeiles i lovgivningen. Dette er også nødvendig av hensyn til oppfyllelse av det tredje menneskerettslige kriteriet for inngrep.

4.2.4 Kravet om proporsjonalitet

Dersom et inngrep har tilstrekkelig grunnlag i lov og inngrepet skjer for å beskytte et anerkjent legitimt formål, må det tredje kravet, om at inngrep i grunnleggende menneskerettigheter må være *proporsjonale*, også være oppfylt for at inngrepet skal kunne skje.⁵³ Proporsjonalitetsprinsippet brukes av EMD bl.a. når det skal tas stilling til om et inngrep er «nødvendig i et demokratisk samfunn», jf. blant annet EMK art. 8 nr. 2, og fjerde tilleggsprotokoll art. 2. Grl. § 102 skal forstås med samme begrensninger som menneskerettskonvensjonene.⁵⁴ For frihetsberøvelser kommer kravet direkte til uttrykk i Grl. § 94, hvor det heter: «Ingen må fengsles eller berøves friheten på annen måte uten i lovbestemte tilfeller og på den måte som lovene foreskriver. Frihetsberøvelsen må være nødvendig og ikke utgjøre et uforholdsmessig inngrep.»

Det er manglende anvendelse og forståelse av det menneskerettslige proporsjonalitetsprinsippet som fører til de mange domfellelsene av Norge i menneskerettsdomstolen i Strasbourg.⁵⁵ Selv om domfellelsene gjelder brudd på EMK art. 8 som følge av inngrep i barnets og foreldrenes rett til respekt for familielivet, er det det samme prinsippet, og de samme begrensningene, når det gripes inn i barnets privatliv og familieliv i barnevernsinstitusjoner, og der det gripes inn i barnets fysiske frihet vernet i EMK art.5 og i fjerde tilleggsprotokoll art. 2, slik at også praksis fra andre vernede verdier vil tilføre kunnskap om de menneskerettslige normene, selv om det nærmere innholdet i proporsjonalitetsnormen må utvikles på hvert enkelt område. EMD uttrykker ofte proporsjonalitetskravet i sine dommer slik at midlene som tas i bruk for inngrepet, må være «relevant and sufficient for the purposes».⁵⁶ Dette betyr at midlene som brukes, må stå i *forhold* til målet med inngrepet. Det skal altså foretas en mål–middel-analyse.

⁵³ For tolkingen av SP art. 17 se f.eks. *A.B. mot Canada*, CCPR-2014-2387 «Views», 15. Juli 2016: «as well as elements of reasonableness, necessity and proportionality» (avsnitt 8.7)

⁵⁴ Rt. 2015 s. 93 (Maria-dommen) avsnitt 57

⁵⁵ Havre, Merete. «Kommentarer til barnevernloven §§ 4-12-4-21, og 4-24-2-25, samt kap. 5 og 7» (2022)

⁵⁶ Strand-Lobben mot Norge, dom avsagt 10. september 2019 avsnitt 203, med videre henvisning til blant annet, Paradiso and Campanelli mot Italia, dom avsagt 27. januar 2017 avsnitt 179

Som tittelen på min doktoravhandling viser, er proporsjonalitetsprinsippet er et *balanseringsprinsipp*.⁵⁷ Også Sørensen viser til at menneskerettighetene søker å finne en rimelig balanse mellom samfunnets interesse og beskyttelse av de individuelle rettighetene.⁵⁸ Det er vanlig i barnevernsrettslig litteratur å oppstille hensynet til barnet i en slags trekantmodell, hvor a) samfunnet b) barnet og c) foreldrene inngår.⁵⁹ Dette er imidlertid ikke nødvendig for å foreta en proporsjonalitetsvurdering, og vil også kunne føre avveien galt av sted. På barnevernets område, og også generelt innenfor velferdsretten, er det ikke riktig å oppstille proporsjonalitetsprinsippet som en avveining mellom *samfunnets* interesse og individets interesse. Barnevernet har ikke noen egeninteresse i barnevernssaker, verken der det gripes inn med omsorgstiltak mot foreldrene, eller der det gripes inn overfor barnet selv. Det er derfor ikke *samfunnets* interesser som skal vernes. Det er *hensynet til barnet* som utgjør det statlige legitimeringsgrunnlaget i alle barnevernssaker, og ikke samfunnsvern slik som ved straff, utvisning mv.⁶⁰ Der det skjer inngrep overfor barnet selv, utgjør hensynet til barnets vernede verdier den ene siden i avveien. Hensynet til barnets behov for beskyttelse og omsorg utgjør den statlige interessen (i visse tilfeller også en statlig plikt) til inngrep i den vernede verdien. Statens interesse er derfor sammenfallende med det barnevernet mener er til dette barnets beste. Hensynet til barnet er derfor en del av begge sider i vurderingen.

Statens interesse	Barnets interesse
Beskytte barnet og gi det forsvarlig omsorg	At det ikke gripes inn uten at det er legitimt grunnlag for dette, og ikke mer enn nødvendig

Proporsjonalitet viser, som betegnelsen tilsier, til at noe skal sees *i forhold* til noe annet. Prinsippet er slik en test på forholdet mellom målet som søkes nådd, og middelet som brukes for å nå dette målet. *Målet* med inngrepet må derfor defineres og begrunnes konkret

⁵⁷ Havre, Merete: «Varetektsfengsling og proporsjonalitetsprinsippet – en balansetest» (2015). Slik også tittelen på Jonas Christoffersen sin doktoravhandling «Fair balance: proportionality, subsidiarity and primarity in the European Convention on Human Rights» (2009) viser

⁵⁸ Sørensen, Christian Børge: «Barnevern og menneskerettighetene», del 4 til NOU 2016:16 (2016) s. 316

⁵⁹ Ibid

⁶⁰ I saker som gjelder inngrep i foreldrenes og barnas rettigheter til respekt for familieliv, er dette den individuelle interessen, mens hensynet til barnet rett til omsorg og beskyttelse utgjør den statlige interessen (i visse tilfeller også en statlig plikt) til inngrep i den vernede verdien

(hva som er barnevernets mål med å tilføre barnet dette godet). *Middelet* som brukes for å nå målet om beskyttelse og omsorg, fratrar barnet visse goder som er menneskerettslig beskyttet. Barnevernet har etter barnevernsloven ulike midler til rådighet for å gi barnet den omsorg og beskyttelse barnevernet mener at barnet behøver, fra hjelpetiltak i hjemmet til institusjonsplasseringer (bvl. kapitlene 3, 4,5 og 6), og ulike midler til rådighet inne i institusjoner (bvl. kap. 10).

For at målet skal gi legitimt grunnlag for inngrep, må det konkretiseres i hver enkelt sak, og begrunnes og forankres faglig.

Midlene som settes inn, må konkret angis, og det må kunne begrunnes og forankres faglig hva man ønsker å oppnå med dette middelet for å nå målet.

Når målet og middelet er klart definert i den enkelte sak, kan *avveilingen* mellom størrelsene ta til. For å foreta denne avveilingen fordrer proporsjonalitetsprinsippet at det tas stilling til følgende:

- 1) Er middelet *egnet* til å nå målet?
- 2) Er det *behov* for å bruke akkurat dette middelet for å nå målet?
- 3) Er det et *rimelig* forhold mellom mål og middel?

De to første testene – egnethet og behov, etterspør rasjonale mellom mål og middel, og er slik en årsak–virkning-vurdering.

I den tredje testen – rimelighet – etterspørres inngrepets rettferdighet. Denne vurderingen betegnes ofte som proporsjonalitet *in strictu sensu* – proporsjonalitet i snever forstand. Jeg kaller denne vurderingen i mine arbeider for en avveiling mellom statens *inngrepsbehov* (her barns beskyttelse) og den *inngrepsintensiteten* middelet utgjør i den vernede menneskerettslige rettigheten.⁶¹ Mens de to første vurderingene gjelder en avveiling mellom sammenlignbare størrelser som lar seg dokumentere og begrunne faglig, må det i den siste avveilingen foretas en verdiavveiling mellom størrelser som ikke er sammenlignbare. Rasjonale må hentes i alminnelige rettferdighetsbetraktninger, og i etiske betraktninger.⁶²

⁶¹ Havre, 2015, kap. 3 og 4

⁶² Om velferd og rasjonell omsorg, se bla. Darwell, Stephan: «Welfare and rational care» (2002)

Om man i lovgivningen velger å lovfeste de tre enkeltkomponentene hver for seg, eller om man velger å oppstille et skille mellom nødvendighet og forholdsmessighet for å vise at det er ulike vurderinger, eller for å lovfeste kravet til proporsjonalitet som overordnet betegnelse, vil være opp til lovgiver. Det viktige er at alle de *tre* delene av proporsjonalitetskravet må gjenspeiles i lovgivningen for alle inngrep i grunnleggende menneskerettigheter. Det vil underveis i rapporten påpekes hvilken lovgivning som skal til for å kunne tilfredsstille den menneskerettslige proporsjonalitetsnormen.

4.3 Oppsummert: Den menneskerettslige fremgangsmåten som må følges ved inngrep

Dersom det foreligger en menneskerettslig beskyttet rettighet, og det gjøres inngrep i denne, må inngrepene for å kunne legitimeres, være a) hjemlet i lov, b) skje for å beskytte et anerkjent legitimt formål, og c) være i samsvar med proporsjonalitetsprinsippet.

Kap. 5 Rapportens inndeling

For å ta stilling til det menneskerettslige handlerommet for utvidede hjemler, er det nødvendig med grundige menneskerettslige analyser av ulike vernede verdier som settes i spill. Det vil fortløpende gis anbefalinger til hvordan regelverket bør utformes med tanke på å oppfylle menneskerettsvernet knyttet til den aktuelle vernede verdien.

I del II analyseres den positive menneskerettslige plikten staten har til å beskytte barn og gi barn forsvarlig omsorg. Disse analysene vil samlet definere det menneskerettslige *omsorgsbegrepet* – og danne grunnlaget for diskusjonen i del III og del IV av hva som er legitime formål med å gripe inn i ulike menneskerettslig beskyttede frihetsrettigheter.

I del III analyseres statens negative plikt til ikke å gripe inn i barnets fysiske frihet. I denne delen tas det stilling til om det er menneskerettslig handlerom for å tillate låste institusjoner, og om barn kan frihetsberøves i lengre tid enn to år, som er dagens regel.

I del IV analyseres barns rett til vern om sin fysiske og psykiske integritet, fra den nedre grensen mot begrensende omsorgshandlinger, til den øvre grensen mot det

menneskerettslige torturforbudet.⁶³ I denne delen vil ulike skjermingstiltak, fysisk tilbakeholdelse ved forsøk på rømning og fysisk tilbakeføring ved rømning bli vurdert. Denne delen av utredningen vil sammen med del I også svare på om det også når barna bor på institusjon som omsorgstiltak, vil være adgang til besøksrestriksjoner, inndragning og kontroll av mobil og elektroniske kommunikasjonsmidler, og rusmiddeltesting. Delen gir også kunnskap om hvilke absolutte forbud som bør lovfestes i barnevernsloven for å hindre at barn i norske barnevernsinstitusjoner utsettes for tortur eller umenneskelig eller nedverdiggende behandling. Det skal i denne delen særlig sees på isolerende og kontaktbegrensende tiltak mot barn, samt bruk av enkelte tvangsmidler. Det sees både på materielle og på prosessuelle menneskerettslige begrensninger i alle delene. I rapportens del V svares de konkrete spørsmålene i oppdraget ut samlet.⁶⁴

Rapporten er delt inn i tre hoveddeler etter hvilke verdier de ulike menneskerettighetene skal sikre:

Rett til omsorg og beskyttelse – del II	Rett til frihet og bevegelse – del III	Rett til vern av fysisk og psykisk integritet – del IV		
Handlinger som er nødvendige for å sikre barns rett, og statens plikt til å beskytte barn og gi dem forsvarlig omsorg etter FNs barnekonvensjon	Handlinger som begrenser barnets fysiske frihet, kan skje på visse vilkår	Handlinger som kan tillattes som del av omsorgsansvaret	Omsorgs-inngrep (tvang)	Handlinger som vil kunne være umenneskelig, nedverdiggende, eller tortur
		Ikke menneskerettslig beskyttet	Kan legitimeres innenfor menneskerett svernet	Absolutt forbudte

⁶³ I den opprinnelige innleverte rapporten til departementet, ble begrensende omsorgshandlinger behandlet sammen med omsorgsforpliktelsene i kap. 7, mens vernet etter EMK art. 8 ble behandlet i del IV, og torturforbudet i del V. Disse er nå samlet fordi de verner samlet i del IV fordi de verner den samme interessen. Endringen har ikke innholdsmessig betydning.

⁶⁴ Dette kapittelet er tilføyd etter innlevering til departementet, men har ikke innholdsmessig betydning

DEL II: OMSORG OG BESKYTTELSE

Partene påtar seg å sikre barnet den beskyttelse og omsorg som er nødvendig for barnets trivsel, idet det tas hensyn til rettighetene og forpliktelsene til barnets foreldre, verger eller andre enkeltpersoner som har det juridiske ansvaret for ham eller henne, og skal treffe alle egnede, lovgivningsmessige og administrative tiltak for dette formål (BK art. 3 nr. 2)

Kap.6 Barns rett til beskyttelse og omsorg

6.1 Barnevernets plikt, og rett, til å beskytte barn

Staten har en plikt etter FNs barnekonvensjon til å gi barn den beskyttelse og omsorg de trenger, jf. BK art. 3. Dette sekundære omsorgsansvaret vil gi barnevernet ikke bare en rett, men også en plikt til å gripe inn der det er nødvendig. FNs barnekomité understreker at også mangel på tiltak eller unnlatelser, som for eksempel saker der barnevernet ikke klarer å iverksette tiltak for å beskytte barn, også kan utgjøre brudd på BK art. 3.⁶⁵ Barnevernets eneste formål er, som begrepet barnevern tilsier, å verne barn. Det kommer frem av barnevernslovens § 1-1 at «[l]oven skal sikre at barn og unge som lever under forhold som kan skade deres helse og utvikling, får nødvendig hjelp, omsorg og beskyttelse til rett tid». For institusjonenes del fremgår det samme av bvl. § 10-1 med litt andre formuleringer. Alle begrensninger som settes i barnevernsinstitusjoner, utenfor i akutte faresituasjoner, skal ha vern av barn som sitt eneste formål. Barnevernet har, i motsetning til andre velferdsinstitusjoner, en plikt til å ta imot barn og gi dem hjelp og beskyttelse, også når barnet ikke ønsker denne hjelpen. Barnevernet er verken et samfunnsvern eller et helsevern. Barnevernet er sekundær omsorgsgiver i tilfeller der foreldrene av ulike grunner ikke klarer å håndtere barnas problemer (bvl. kap. 6), eller der foreldrene har utsatt barnet for alvorlige former for omsorgssvikt (bvl. kap.5). Barnevernets formål er derfor sammenfallende med den menneskerettslige plikten til å beskytte barn og gi dem omsorg etter FNs barnekonvensjon, jf. art. 3 nr. 2, og BK art. 6⁶⁶

At formålet med begrensningene som settes overfor barn i barnevernsinstitusjoner, for eksempel inndragning av mobil, skal være beskyttelse og omsorg, bør fremgå tydeligere av barnevernslovens kap. 10. Det bør også fremgå av alle hjemlene i kap. 10 hva som konkret søkes oppnådd med begrensningene. Dagens regler inneholder ingen slike formålskrav, men slike formålskrav er nødvendig, både for å sikre at det ikke gripes inn overfor barna med andre formål enn barnevern, for eksempel samfunnsvern, og fordi en konkretisering av det legitime

⁶⁵ CRC General Comment no. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration, avsnitt 18

⁶⁶ Havre og Køhler-Olsen «Taking care of you- of yourself?», Oslo Law Review, 2023(under publisering)

formålet er en nødvendig del av de vurderingene som skal foretas etter EMK art. 8 nr. 2, og etter EMK art. 5.

Det anbefales:

- at alle hjemlene for inngrep i bvl. kap. 10 spesifiseres med hva konkret som søkes oppnådd, innenfor rammen av barns behov for omsorg og beskyttelse

6.2 Paternalistisk omsorg

Fordi det overordnede målet med alle tiltak innenfor barnevernet er at barna skal gis omsorg og beskyttelse, er det mer naturlig å beskrive handlingene i barnevernsinstitusjoner som omsorgshandlinger enn som tvangshandlinger.⁶⁷ Målet skal verken være å tvinge eller å straffe. At noen handlinger skjer mot barnets vilje, rokker ikke ved forutsetningen om at målet er å hjelpe barnet.

Omsorgshandlinger mot noens vilje er det som i velferdsretten kalles paternalistiske handlinger. Paternalisme kommer fra det latinske ordet *pater* («far») og beskriver forholdet mellom den styrende og den styrte, der den styrende står for en nærmest faderlig omsorg og kontroll av den styrte, som får en mindre selvstendig rolle.⁶⁸ Den amerikanske filosofen Gerald Dworkin definerer paternalisme slik: «Paternalism is the interference of a state or an individual with another person, against their will, and defended or motivated by a claim that the person interfered with will be better off or protected from harm.»⁶⁹ Kjennetegnet ved en paternalistisk handling er at den det gripes inn overfor (i vårt tilfelle barnet), også er den som skal beskyttes med handlingen (dvs. barnet). Barnet som utsettes for en handling mot sin vilje, er både rettighetssubjekt – mottaker av retten til omsorg og beskyttelse – og inngrepsobjekt – den som får sine rettigheter begrenset.⁷⁰

⁶⁷ Se tilsvarende Syse, Aslak, som i artikkelen «Huleboerdommen – feil navn og uklart innhold?» (2011) viser til at det er riktigere å kalle Høyesteretts dom i Rt. 2010 s. 2016 sårstelldommen enn tvangsvaskedommen, siden formålet er et gode.

⁶⁸ Havre, Merete og Langeland, Julie: «Med lov skal pasientene pleies? – Legalitetsprinsippet ved begrensende omsorgshandlinger i helseretten» (under publisering 2023)

⁶⁹ Dworkin, Gerald: «Paternalism» (2020)

⁷⁰ Havre, Merete og Langeland, Julie: «Med lov skal pasientene pleies? – Legalitetsprinsippet ved begrensende omsorgshandlinger i helseretten» (under publisering 2023)

6.3 Det menneskerettslige omsorgsansvarets grenser

Det menneskerettslige omsorgsansvaret er negativt avgrenset mot handlinger som utsetter barnet for alle former for vold (BK art. 19), og som ellers er å regne som umenneskelig eller nedverdiggende handlinger og torturhandlinger (BK art. 37a, EMK art. 3). Disse grensene utgjør absolutte forbud mot inngrep. Det er heller ikke aktuelt å legitimere frihetsberøvelser av barn som del av omsorgsforpliktelsen når barnevernet igangsetter tiltak.

6.4 Er det grunn for å skille mellom atferd og omsorg?

Menneskerettslig skilles det ikke mellom atferd og omsorg, slik barnevernsloven gjør. Skillet i barnevernsloven retter fokus mot årsaken til at barnet bor i institusjon – *bakover i tid*. De menneskerettslige normene er rettet inn mot formålet med, og behovet for, tiltak fra barnevernstjenesten – *fremover i tid*.

Menneskerettighetene deles inn etter rettighetenes karakter, og etter hvilken verdi som berøres av det offentliges handlinger. Det sentrale er at verdiene ikke skal krenkes, uavhengig av årsaken til at barnet bor i institusjon. Barn på atferdstiltak har den samme retten til og det samme behovet for omsorg som barn som bor i institusjon som omsorgstiltak. Barn som bor i institusjon som omsorgstiltak, vil også kunne ha det samme behovet for beskyttelse som barn som bor i atferdstiltak. Dette medfører at barna, uavhengig av om tiltaket er et omsorgstiltak eller et atferdstiltak, kan beskyttes gjennom ulike inngrep i deres grunnleggende frihetsrettigheter. Prosessuelt er det heller ikke en menneskerettslig forskjell mellom omsorg og atferd, men det stilles ulike prosessuelle krav etter inngrepets art. Skillet mellom omsorg og atferd tilfører ikke noe selvstendig for den menneskerettslige reguleringen, og det kan spørres om skillet tilslører mer enn det gagnar. Det vil være mulig, og muligens også nødvendig for å sikre barns positive menneskerettsvern, at skillet mellom atferd og omsorg løses opp.

Det anbefales

- at skillet mellom atferd og omsorg tas ut av barnevernsloven, og at lovreguleringen retter seg mot barnas behov for de ulike tiltakene

Kap. 7 Omsorgsforpliktelsens nærmere innhold

7.1 Det menneskerettslige omsorgsbegrepet

7.1.1 Barnevernets legitime grunnlag for inngrep

Statens omsorgsforpliktelse etter FNs barnekonvensjon må analyseres nærmere, både fordi det er viktig å fastslå hvor grensen går mellom handlinger som alene kan begrunnes under omsorgsansvaret, og handlinger som ikke kan det, og fordi innholdet i omsorgsansvaret vil utgjøre barnevernets *legitime grunnlag* for å foreta handlinger overfor barna, enten handlingene er inngrep i menneskerettslige rettigheter eller ikke. Hvis handlingen er et inngrep underlagt menneskerettslig vern, vil statens positive plikt til å beskytte barn utgjøre det legitime formålet med inngrepet, jf. EMK art. 8 nr. 2.

7.1.2 Prinsippet om barnets beste i BK art. 3 nr. 1

Omsorgsansvaret følger overordnet av prinsippet om at alle tiltak skal være til «barnets beste», jf. BK art. 3 nr. 1 og GrL. § 104. FNs barnekomité har uttalt at BK art. 3 nr. 1 både er en rettighet, et prinsipp og en prosedyreregel.⁷¹ BK art. 3 nr. 1 vil sammen med art. 2, art. 3 nr. 2, og art. 6, utgjøre barnekonvensjonens prinsipper som skal brukes til tolking av de andre bestemmelsene i konvensjonen.⁷²

Prosessuelt krever BK art. 3 at det skal finnes effektive rettsikkerhetsgarantier.⁷³ En selvstendig vernet prosessuell rettsikkerhetsgaranti er barnets rett til å bli hørt i BK art. 12. Barn har en rett til å være en aktiv deltaker i sin egen sak. Foruten å vise til barnets rett til å gi uttrykk for sine egne synspunkter viser Barnekomiteen i en generell kommentar til BK art. 3 til at fakta og informasjon som er relevant for en bestemt sak, må innhentes av godt utdannede

⁷¹ CRC General Comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration, 1 A

⁷² General Comment No. 5 (2003) General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child, avsnitt 12

⁷³ CRC General Comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration, avsnitt 86

fagfolk, slik at alle elementer skisseres opp som er nødvendige for vurderingen av barnets beste.⁷⁴

Som del av barnets beste som prosessuelt prinsipp viser komiteen også til at prosessen må skje hurtig, og hurtigere enn for voksne. Grunnen til det er at barn har en annen tidsoppfatning enn voksne, og at forlengede beslutningsprosesser har negativ effekt på barn i utvikling. Alle beslutninger må derfor også følges opp regelmessig.⁷⁵ Personer som arbeider med barn, må ha tilstrekkelig faglig kompetanse, og så langt som mulig bør det være et tverrfaglig team av fagfolk involvert i vurderingen av barnets beste.⁷⁶

Det fremgår også klart i den generelle kommentaren at enhver beslutning både må være begrunnet og forklart, og at alle de faktiske forholdene som er funnet relevante i vurderingen, og hvilken vekt disse er gitt, må fremgå av begrunnelsen. Dersom vedtaket avviker fra barnets synspunkter, bør årsaken til dette komme klart frem.⁷⁷

Hensyn som eventuelt går foran hensynet til barnet, må spesifiseres eksplisitt, og grunnen til at de blir mer vektlagt i den aktuelle saken, skal forklares, slik at begrunnelsen på en troverdig måte viser hvorfor hensynet til barnet måtte vike. Barnekomiteen oppstiller videre et krav om at det skal finnes klage- og ankemuligheter, og at disse mulighetene må være kjent for barna.⁷⁸

Som en materiell rettighet skal bestemmelsen i BK art. 3 sikre at beslutninger som tas, er til «barnets beste», jf. nr. 1. Hva som er til et barns «beste», sier ikke bestemmelsen i BK art. 3, nr. 1 noe nærmere om. «Barnets beste» er det som kalles for en rettslig standard, som viser til en norm som ligger utenfor standarden selv.⁷⁹ Dette gjør at «barnets beste» er

⁷⁴ Ibid, avsnitt 89 flg.

⁷⁵ Ibid

⁷⁶ CRC General Comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration, avsnitt 95 hvor det fremgår at vurderingen av konsekvensene av alternative løsninger må baseres på generell kunnskap (dvs. innen jus, sosiologi, utdanning, sosialt arbeid, psykologi, helse osv.

⁷⁷ Den samme retten til både konkrete og individuelle begrunnelser, hvor både hensynet til barnets beste og andre hensyn som eventuelt går foran hensynet til barnet, fremgår av begrunnelsene, følger også av den menneskerettslige proporsjonalitetsvurderingen, se bl.a. storkammersakene fra Høyesterett ved tolkingen av EMK art. 8(2), HR-2020-661-S, HR-2020-621-S, HR-2020-663-S

⁷⁸ CRC General Comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration, avsnitt 98

⁷⁹ Knoph, Ragnar: «Rettslige standarder: særlig grunnlovens 97, Grøndahl, Oslo (1948)

fleksibelt og tilpasningsdyktig ulike situasjoner, og i ulike tider.⁸⁰ At prinsippet om barnets beste er et dynamisk begrep som er i kontinuerlig utvikling, understrekes også av FNs barnekomité i deres generelle kommentar til BK art. 3.⁸¹ Hva som er til et barns beste, er også individuelt, og det må konkret fastlegges fra sak til sak, ut fra barnets personlige kontekst, situasjon og behov.⁸² Fordi barn også er i konstant utvikling, kan det heller ikke avgjøres en gang for alle hva som er dette barnets beste. Barnekomiteen understreker at det ved vurderingen ikke bare skal tas hensyn til barnets behov på vedtakstidspunktet, men at man også skal legge vekt på mulige scenarier for barnets utvikling på lang sikt.⁸³ Komiteen mener det er nyttig at statene utarbeider en ikke-uttømmende og ikke-hierarkisk liste over elementer som kan inngå i en barnets beste-vurdering av enhver beslutningstaker.⁸⁴ Lovgiver bør sørge for å oppstille kriterier for i hvilke situasjoner man mener at det er til et barns beste å for eksempel få inndratt mobiltelefon i en barnevernsinstitusjon. Listen skal etter Barnekomiteens mening gi konkret veiledning, men likevel være fleksibel.⁸⁵ Hva som er et barns beste, vil typisk bygge på barnevernsfaglige, psykologiske og etiske vurderinger, og er ikke en rettslig, men en faktisk vurdering.⁸⁶ Den rettslige vurderingen av barnets beste i BK art. 3 nr. 1 er først og fremst en vurdering av hvilken vekt hensynet til barnet skal ha i en avveining mellom ulike hensyn. BK art. 3 og Grl. 104 viser til at hensynet til barnet skal vektes mer enn andre hensyn, jf. «grunnleggende» i bestemmelsene.⁸⁷

7.1.3 Rett til omsorg og beskyttelse, BK art. 3 nr. 2

Den overordnede normen som kan gi nærmere innhold til hva som ligger i statens omsorgsansvar etter FNs barnekonvensjon, er å finne i BK art. 3 nr. 2. Her heter det:

«States Parties undertake to ensure the child such protection and care as is necessary for his or her well-being, taking into account the rights and duties of his or her parents,

⁸⁰ CRC General Comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration, avsnitt 32

⁸¹ Ibid, avsnitt 11

⁸² Ibid, avsnitt 79 og 80 og avsnitt 32

⁸³ Ibid, avsnitt 84

⁸⁴ Ibid, avsnitt 50

⁸⁵ Ibid.

⁸⁶ Jerkø, Markus «Skal ikke «barnets beste» leses bokstavelig? – En kritikk av HR-2017-2015-A «Jakob-saken»», Lov og rett, Vol.57, utgave 2, s-112 -128 (2018)

⁸⁷ Ibid.

legal guardians, or other individuals legally responsible for him or her, and, to this end, shall take all appropriate legislative and administrative measures.»

Statens forpliktelse er å gi barn nødvendig *beskyttelse* og *omsorg*. Formuleringene i bestemmelsen er vide, og viser til at det overordnede er å sikre barns «well-being».⁸⁸ De øvrige bestemmelsene i FNs barnekonvensjon presiserer nærmere hva som ligger i omsorgs- og beskyttelsesforpliktelsen i BK art. 3. Barnekonvensjonens regler kan deles inn i bestemmelser som skal virke utviklingsstøttende, og bestemmelser som skal virke beskyttende. Av betydning for barnevernsinstitusjonenes arbeid er særlig følgende plikter:

Utviklingsstøttende plikter	Beskyttende plikter
<p>Barnets rett til</p> <ul style="list-style-type: none"> • helse og sosiale ytelser, levekår (BK art. 24, 25 og 27) • utdanning/skole (BK art. 28 og 29) • lek, hvile og fritid (BK art. 31) • fysisk og psykisk rehabilitering (BK art. 39) 	<p>Barnets rett til beskyttelse mot</p> <ul style="list-style-type: none"> • tortur og umenneskelig og nedverdiggende behandling (BK art. 6, 19 og 37a) • alle former for vold, også skader barnet påfører seg selv (BK art. 19)⁸⁹ • økonomisk utnyttning og farlig arbeid (BK art. 32) • narkotika/alkohol (BK art. 33) • seksuell utnyttning, prostitusjon, menneskehandel og annen utnyttning, (BK art. 34, 35 og art. 36)

7.1.4 Plikten til å sikre barnets utvikling i BK art. 6 nr. 2

Det *utviklingsfremmende* prinsippet kommer til uttrykk i BK art. 6 nr. 2, som krever at staten skal sikre, i så stor grad som mulig, at barnet overlever og får utvikle seg.⁹⁰ FNs

⁸⁸ CRC General Comment No 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration, avsnitt 71

⁸⁹ CRC General Comment no. 13 (2011) on the right of the child to freedom from all form of violence, avsnitt 28

⁹⁰ Den norske ordlyden er oversatt fra «development of the child» til å sikre at barnet «overlever». Dette er ikke en helt treffende oversettelse.

barnekomité krever at statene tolker utvikling på bredest mulig måte, slik at barnets fysiske, mentale, åndelige, moralske, psykologiske og sosiale utvikling også inngår i vurderingen.⁹¹

Av de utviklingsstøttende pliktene er retten til utdanning og helsehjelp av særlig betydning.⁹² FNs barnekomité beskriver skolegang som «an indispensable tool for her or his efforts to achieve in the *course of her or his life* [min utheving].»⁹³ Også EMD viser til at begrepet «educational purposes» i tillegg til et skoletilbud skal inneholde en opplæring i «life skills and social skills».⁹⁴ Utdanningen skal ikke bare sikre faktiske kunnskaper, men også livsvisdom og andre egenskaper som gir barna *de verktøy det trenger for å håndtere livet*, som evnen til å ta balanserte valg, til å velge en helsebringende livsstil, til å utvikle gode sosiale relasjoner, til å håndtere konflikter og til å utøve kritisk tenking.⁹⁵ Barnekomiteen peker på at bestemmelsene som skal sikre barns helse og utvikling, også er skal sikre at barnas egen personlighet realiseres, og at barna utvikler seg til sosiale, ansvarsfulle, og aktivt deltagende individer i samfunnet.⁹⁶

7.1.5 Plikten til å beskytte barn mot farer som kan skade deres utvikling

I tillegg til den positive plikten til å sette inn tiltak som kan virke utviklingsfremmende, har staten som del av omsorgsforpliktelsen også en plikt til å sette inn tiltak som kan virke utviklingshemmende, jf. BK art. 3 nr. 2. Plikten til å beskytte barn omfatter både en plikt til å beskytte barnet mot skader fra andre og en plikt til å hindre at barna utsetter seg selv for fare og skade, samt en plikt til å forebygge risiko for skader fremover i tid.⁹⁷ Barnekomiteen viser til at barnet har rett til beskyttelse mot alle former for fysisk eller psykisk vold, skade eller misbruk, seksuell trakassering, gruppepress, mobbing og nedverdiggende behandling, seksuell, økonomisk og annen utnyttning, narkotika, utnyttning som arbeidskraft, væpnet konflikt osv.⁹⁸

⁹¹ CRC General Comment No. 5 (2003) General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child, avsnitt 12

⁹² CRC General Comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration, avsnitt 79

⁹³ CRC General Comment No. 1 (2001) Article 29 (1): The Aims of Education, avsnitt. 3

⁹⁴ Koniarska mot Storbritannia, dom avsagt 12. oktober 2000, pkt. 1 avsnitt 14

⁹⁵ Ibid, avsnitt. 1 til 4

⁹⁶ CRC General Comment No. 13 (2011) on the right of the child to freedom from all forms of violence, avsnitt 13; CRC General Comment No. 1 (2001) Article 29 (1): The Aims of Education, avsnitt 2

⁹⁷ Ibid.

⁹⁸ Ibid, avsnitt 77

Det vises også til at staten har en plikt til å sørge for at alle unge har tilgang på tilstrekkelig informasjon som er viktige for deres helseatferd.⁹⁹

Plikten til å beskytte barn gjelder også, og trolig særlig, i ungdomstiden. FNs barnekomité karakteriserer ungdomstiden som en periode med økende muligheter, kapasitet, energi og kreativitet, men også som en tid med særlig sårbarhet.¹⁰⁰ Barnekomiteen uttaler derfor: «Adolescence is a valuable period of childhood in its own right but is also a critical period of transition and opportunity for improving life chances.»¹⁰¹ Plikten til å beskytte barnet gjelder også som en rett for barn i institusjoner til ikke å bli utsatt for vold og skadelig atferd i barnevernsinstitusjonene fra andre barn.

Det anbefales

- at det gis hjemler til å bruke ulike tiltak for å beskytte andre barn i institusjonen mot vold og annen skadelig atferd

⁹⁹ Ibid.

¹⁰⁰ CRC General Comment No. 20 (2016) on the implementation of the rights of the child during adolescence, avsnitt 11

¹⁰¹ CRC General Comment No. 20 (2016) on the implementation of the rights of the child during adolescence, avsnitt 11

7.2. Oppsummert: Bygge et bærekraftig liv for seg selv

Samlet kan statens omsorgsansvar oppsummeres som et ansvar for å gi barn en mulighet til å bygge et bærekraftig liv for seg selv.¹⁰² Det poengteres av FNs barnekomité at barn som vokser opp under offentlig omsorg, har større risiko for ikke å klare å bygge dette livet for seg selv, og at det derfor må sørges for at barn i institusjoner gis de samme mulighetene som barn utenfor institusjoner.¹⁰³ Dersom et barn ikke klarer å bygge et bærekraftig liv for seg selv, og også utsetter sin egen helse og utvikling for alvorlig fare, vil det ikke bare ha en rett til å bli tatt vare på, men barnevernet vil også ha en plikt til å forsøke å hindre negativ utvikling og fremme positiv utvikling gjennom grensesetting.¹⁰⁴ Manglende grensesetting og beskyttelse vil innebære brudd på FNs barnekonvensjon.

Staten har en plikt til å foreta alle administrative og lovgivningsmessige tiltak som kreves for å sikre barns rettigheter, jf. BK art. 3. For å sikre at barn i barnevernsinstitusjoner blir beskyttet mot handlinger som kan skade deres helse og utvikling, og for å sikre at barn i barnevernsinstitusjoner får muligheter til å kople seg på et bærekraftig liv for seg selv, bør omsorgs- og beskyttelsesplikten tydeliggjøres i barnevernslovens kap. 10. Det bør også vurderes om det skal inntas en bestemmelse i barnevernslovens kap. 10 som gir barn i barnevernsinstitusjoner en plikt til å delta i skoletilbud, og/eller andre egnede dagtilbud.

Det anbefales at det lovfestes i bvl. kap. 10

- at institusjonen har plikt til å sette inn tiltak for å hindre at barnet utsetter sin egen helse og utvikling for skade, og til å sette inn utviklingsfremmende tiltak
- at barn i barnevernsinstitusjoner har en plikt til å ta del i skoletilbud eller annet dagtilbud
- at formålene med tiltakene som settes inn, er å beskytte barn og gi barn forsvarlig omsorg

¹⁰² Havre og Köhler-Olsen, «Taking care of you- of yourself? » (Oslo Law Review 2023)

¹⁰³ CRC General Comment No. 20 (2016) on the implementation of the rights of the child during adolescence, avsnitt 52 til 54

¹⁰⁴ I ulike rapporter vises det til at barnevernsinstitusjonene ikke har klart å gi barna denne beskyttelsen, se f.eks. «Gjennomgang av barnevernets oppfølging av de to jentene som var plassert på Vestlundveien ungdomssenter og som senere døde», Helsetilsynet, (2020), «Internett et stort mørkt rom – Håndtering av risiko for seksuell utnytting over internett på barnevernsinstitusjon», Redd Barna, (2020), og kronikk fra en mor hvis barnets eneste ønske var å ruse seg til døde, NRK, (2023).

DEL III: FRIHET OG BEVEGELSE

Ethvert barn som er berøvet friheten, skal behandles med menneskelighet og med respekt for menneskets iboende verdighet og på en måte som tar hensyn til barnets behov i forhold til dets alder (BK art. 37 bokstav c)

Kap. 9 Vern om den personlige frihet

9.1. Frihetsberøvelser og frihetsbegrensninger

I oppdraget er det bedt om en vurdering av

- 1) om lukkede barnevernsinstitusjoner kan legitimeres
- 2) om frihetsberøvelser kan opprettholdes ut over dagens lengde på maksimal to år
- 3) om også barn som bor i institusjon grunnet vedtak mot foreldrene, kan frihetsberøves

Når det skal tas stilling til barns menneskerettslige beskyttelse av den fysiske friheten, må det skilles mellom frihetsberøvelser og frihetsbegrensninger. EMK oppstiller et skille, ved at *frihetsberøvelser* reguleres av EMK art. 5, mens det jeg kaller *frihetsbegrensende* tiltak reguleres av fjerde tilleggsprotokoll til EMK art. 2 (TP4 art. 2) gjennom retten til fri bevegelse. EMK fjerde tilleggsprotokoll art. 2 verner også retten til fritt å velge bosted. Øvrige inngrep i barns rett til privatliv er også omfattet av EMK art. 8, som vil få betydning for spørsmålet om hvorvidt dagens institusjonsplasseringer uten barnets samtykke er omfattet av EMK art. 5 eller av EMK art. 8. Materielt er grensen mellom frihetsberøvelse og frihetsbegrensning et spørsmål om grad og omfang. Prosessuelt er det et spørsmål om hvem som har avgjørelseskompetansen, jf. EMK art. 5, nr. 4.

9.2 Formålet med bestemmelsene: Hindre vilkårlige frihetsberøvelser

Rett til beskyttelse av den personlige frihet er vernet i EMK art. 5, SP art. 9, BK art. 37b og Grunnloven § 94. Det overordnede målet med alle de menneskerettslige bestemmelsene som beskytter den personlige frihet, er å hindre *vilkårlige* frihetsberøvelser, selv om bestemmelsene er dels ulikt bygget opp.¹⁰⁵ Frihetsberøvelser kan imidlertid legitimeres så lenge de strengt definerte menneskerettslige begrensningene følges.

¹⁰⁵ F.eks. I D.L mot Bulgaria heter det: « [...] but it also requires that any deprivation of liberty should be in keeping with the purpose of Article 5, namely, to protect the individual from arbitrariness.»

9.3 EMK art. 5 og BK art. 37b

EMK art. 5 har en særskilt bestemmelse om frihetsberøvelse av barn med omsorgsformål, jf. EMK art. 5 nr. 1, bokstav d. BK art. 37b har ikke en tilsvarende bestemmelse som eksplisitt regulerer frihetsberøvelser i barnevernsinstitusjoner. I BK art. 37 b brukes begrepene «arrest, detention or imprisonment». Om man også ser på sammenhengen med de øvrige formuleringene i barnekonvensjonens artikkel 37, brukes begrepet «deprived of liberty» i bestemmelsens bokstav c, som er et videre begrep. Den språklige forskjellen er i konvensjonsordlyden bevisst valgt, da enkelte stater mente at frihetsberøvelser av barn med omsorgsformål ikke skulle inngå.¹⁰⁶ At dette er en riktig forståelse av reglene, er kritisert av flere.¹⁰⁷ FNs barnekomité har derfor uttrykt at rettighetene til barn som er frihetsberøvet, både gjelder for barn som er i konflikt med loven, og for «children placed in institutions for the purposes of care, protection or treatment, including mental health, educational, drug treatment, child protection or immigration institutions».¹⁰⁸ Hvorvidt BK art. 37b gjelder eller ikke, er imidlertid ikke av så stor betydning for det menneskerettslige vernet, fordi det som nevnes her, uansett er omfattet av både GrL § 94 og EMK art. 5. BK art. 37b ville eventuelt kunne tilføre elementet at frihetsberøvelse kun kan brukes «som siste utvei», og «for kortest mulig tidsrom», noe som ikke kommer direkte frem verken av EMK art. 5, SP art. 9 eller GrL § 94. Begrensningene gjelder imidlertid på samme måte gjennom det menneskerettslige proporsjonalitetsprinsippet.¹⁰⁹ At hensynet til barnet også er en sentral del av proporsjonalitetsvurderingen etter EMK art. 5, er fremhevet av EMD, blant annet i saken *D.L mot Bulgaria*. I denne ble det fremhevet som et essensielt kriterium for proporsjonalitetsvurderingen etter EMK art. 5 at frihetsberøvelsen var siste utvei, at

¹⁰⁶ Sovjetunionen, Senegal, USA og DDR skal i forbindelse med vedtakelsen av Barnekonvensjonen ha uttalt at «their preference for a more specific language instead of a general reference such as 'deprivation of liberty' since this term could also cover educational and other types of deprivation of liberty applied to minors besides detention, arrest, or imprisonment», Detrick 1992 s. 477, hentet fra NOU 2008:15 s. 105–106, hvor det legges til grunn at dette tyder på at barnekonvensjonens krav om «frihetsberøvelse» som siste utvei kun gjelder innenfor straffepoleien og ikke utenfor denne.

¹⁰⁷ Schabas, William., Sax, Helmut og Alen, Andre: «A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Article 37: Prohibition of Torture, Death Penalty, Life Imprisonment and Deprivation of Liberty» (2006) s. 84, med henvisning til Van Beuren, Geraldine: «The International Law on the Rights of the Child» (1998) s. 211

¹⁰⁸ CRC General comment No. 10 (2007): Children's rights in juvenile justice, note 1 til avsnitt 11

¹⁰⁹ Havre, Merete: «Varetektsfengsling og proporsjonalitetsprinsippet» (2015), hvor det i kapittel 3 redegjøres generelt for proporsjonalitetsnormens relativitet

frihetsberøvelsen var begrunnet i barnets interesse, og at formålet med frihetsberøvelsen var å hindre «serious risks for the child's development».¹¹⁰

Det legges derfor til grunn at analyser av EMK art. 5, tolket i et barneperspektiv, vil romme de menneskerettslige begrensningene for de barnevernrettslige frihetsberøvelsene med omsorgsformål.

Kap.10 Når vil et institusjonsopphold utgjøre en frihetsberøvelse?

10.1 Frihetsberøvelsesbegrepet

EMK artikkel 5 inneholder ikke en nærmere definisjon av frihetsberøvelsesbegrepet. Fordi bevegelsesfriheten er selvstendig vernet i en egen tilleggsprotokoll, jf. TP4 art. 2, vil bevegelsesbegrensningene si noe om den nedre grensen for hva som regnes som vernet etter EMK art. 5.¹¹¹ Institusjonstiltak uten samtykke vil også være vernet etter EMK art. 8, og både med og uten samtykke av TP4 art. 2 om retten til fritt velge bosted.

For å finne ut hvilke tiltak som nærmere bestemt er omfattet av EMK art. 5, vil det måtte foretas en analyse av EMDs praksis.

10.2 Lukkede institusjoner

I oppdraget spørres det om det er menneskerettslig handlerom til å frihetsberøve barn i lukkede barnevernsinstitusjoner. En lukket barneverninstitusjon med låste dører vil klart være å regne som en frihetsberøvelse både etter EMK art. 5 og etter GrI. § 94. Den totale frihetsberøvelsen skjer bak låste dører og murer, der individet ikke kan forlate stedet uten etter tillatelse, eller med følge. En slik «strict arrest» er kjernen i vernet etter EMK art. 5.¹¹² Om vurderingen av frihetsberøvelse uttaler Bartlett mfl.:

«The fact that the individual is accommodated on a locked unit in the institution would be a strong indicator that he or she is detained. Similarly, if managers of such institutions require residents to spend the night in the institution and require residents

¹¹⁰ *D.L. mot Bulgaria*, dom avsagt 19. mai 2016 avsnitt 74

¹¹¹ Protokoll nr. 4 til EMK (1963) art. 2

¹¹² *Guzzardi mot Italia*, dom avsagt 6. november 1980 avsnitt 92

to ask permission to leave during the day, the circumstances strongly suggest detention.»¹¹³

Dersom – men bare dersom – frihetsberøvelsen er innenfor de menneskerettslige begrensningene for inngrep, vil en frihetsberøvelse i lukket institusjon *kunne* legitimeres innenfor de menneskerettslige begrensningene i EMK art. 5.¹¹⁴

10.3 Er åpne institusjoner å regne som frihetsberøvelse?

Det finnes i dag ikke barnevernsinstitusjoner i Norge som er lukkede i den forstand at barna er låst inne under hele oppholdet og kun kan forlate institusjonen etter søknad eller med følge. Likevel legges det ofte til grunn at en atferdsplassering etter bvl. § 6-2 (tidligere bvl. § 4-24) er en frihetsberøvelse.¹¹⁵ Det er grunn til å differensiere dette utgangspunktet.

Spørsmålet er om det også er å regne som en frihetsberøvelse, underlagt av de samme bestemmelsene, når institusjonen er åpen og barnet i utgangspunktet kan bevege seg fritt innenfor og utenfor institusjonen, slik systemet er i dagens barnevernslov, jf. bvl. § 10-2 og 10-9.

For at et institusjonsopphold skal kunne regnes som en frihetsberøvelse etter EMK art. 5, kreves det et objektivt element (at personen er innesperret i et begrenset område i et ikke ubetydelig tidsrom) og et subjektivt element (at personen ikke har samtykket til innesperringen).¹¹⁶

Av FNs regler for beskyttelse av mindreårige som er fratatt friheten (Havanna-reglene), fremgår det en definisjon av frihetsberøvelse som eksplisitt kun viser til det subjektive elementet. Dette blir i teorien tolket slik at det er tilstrekkelig for å klassifisere som en frihetsberøvelse at individet ikke er «permitted to leave at will, by order of any judicial,

¹¹³ Bartlett, P., Lewis, O., Thorold., O.: «Mental Disability and the European Convention on human rights» (2006) s. 36

¹¹⁴ En lukket barnevernsinstitusjon for barn som bor alene, bør ikke legitimeres, fordi det kan tendere mot torturforbudet, se Havre «Menneskerettslig og rettssikkerhetsmessig analyse av ene- og alenetiltak» i; Gundersen mfl. NOVA, 2023.

¹¹⁵ FNV-2017-1700-AGD; Bendiksen, Lena R.L., og Haugli, Trude: «Sentrale emner i barneretten» 3. utgave (2018), s. 283; HR-2021-640-A avsnitt 51, slik jeg også gjør i Havre, Merete: «Kommentarer til barnevernloven §§ 4-12 til 4-21» (2022) og i Havre, Merete: «Legitimt och illegitimt tvång. En kritisk granskning av norska instituioner utifrån ett rättighetsperspektiv» (2018)

¹¹⁶ *Stanev mot Bulgaria*, dom avsagt 17. januar 2012 avsnitt 117

administrative or other public authority», altså at det er tilstrekkelig med det subjektive elementet for å klassifisere tiltaket som en frihetsberøvelse.¹¹⁷

Om denne forståelsen legges til grunn, vil dagens regel i bvl. § 6-2 være å regne som en frihetsberøvelse etter Havanna-retningslinjene. Havanna-reglene bruker imidlertid også begrepene «detention», eller «imprisonment», og «custodial setting».¹¹⁸ Det er vanskelig å se at bruken av disse begrepene ikke skulle tilføre objektive elementer. Uansett er vernet etter EMK art. 5, som er rettslig bindende for staten, snevrere enn dette, og krever et objektivt element i tillegg. Det vil være mulig å tenke seg at det kan vedtas at barnet må bo i en åpen institusjon over tid mot egen vilje slik bvl. § 6-2 legger opp til i dag, uten at det er å regne som en menneskerettslig frihetsberøvelse.

Inngrepet vil fortsatt være underlagt menneskerettslige begrensninger, men ikke nødvendigvis som en frihetsberøvelse etter EMK art. 5. Det kan være det, men det trenger ikke å være det. En institusjonsplassering vil alltid innebære en plikt for barnet til opphold på et bestemt bosted, og derfor være underlagt menneskerettslig vern, uavhengig av grunnlaget for at barnet bor der. Når det er det offentlige som bestemmer hvilken adresse barnet skal bo på, vil barnet være vernet av fjerde tilleggsprotokoll i EMK art. 2 (TP 4 art. 2), som gjelder retten til selv å velge bosted. Menneskerettslig vil derfor det at det offentlige bestemmer bosted, være et inngrep i en rettsbeskyttet rettighet, og det vil derfor alltid måtte treffes enkeltvedtak om institusjonsplasseringer. Dette gjelder også etter forvaltningsloven, fordi det gis et pålegg om bestemt adresse, jf. fvl. § 2, 1. ledd bokstav a og b. En tvangsplassering i barnevernsinstitusjon vil også være et inngrep i den rettsbeskyttede rettigheten til respekt for privatliv i EMK art. 8.

Vedtak om institusjonsplassering må derfor følge de menneskerettslige begrensningene for inngrep, jf. EMK art. 8(2) og tilsvarende i TP 4 art. 2. For at vernet i EMK art. 5 ikke skal inntreffe, må institusjonen være åpen, og det kan muligens heller ikke være anledning til å begrense barnets bevegelser, slik bvl. § 10-9 i dag gir anledning til i dag.

¹¹⁷ FNs regler for beskyttelse av mindreårige som er fratatt friheten («Havanna-reglene»), 14. desember 1990. Sigurdson, Randi: «Tvangsplassering av barn med utfordrende atferd» (2015) s. 106, med videre henvisninger til Liefaard, Tom: «Deprivation of Liberty of Children in Light of International Human Rights Law and Standards» (2008) s. 155; Detrick, Sharon L. de: «A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child (1999) s. 629

¹¹⁸ Ibid.

For å sikre at det er et tilstrekkelig behov for at barnet bor i institusjon, anbefales det at nemnda i alle tilfeller treffer vedtak om institusjonsplasseringer mot barnets vilje, selv om det ikke gjelder et slikt kompetansekrav etter EMK art. 8, og heller ikke etter TP4 art. 2.

10.4 Grensen mellom frihetsberøvelser og frihetsbegrensninger

Når barnet er fysisk forhindret fra å forlate institusjonen gjennom låste dører eller murer, vil de objektive kriteriene etter EMK art. 5 være oppfylt. Det er imidlertid ikke kun der det er slike fysiske hindre, at EMD legger til grunn at tiltaket er en frihetsberøvelse etter EMK art. 5. Også åpne institusjoner med bevegelsesforbud eller sterke bevegelsesrestriksjoner, og åpne institusjoner der barnet faktisk er berøvet sin frihet grunnet institusjonens lokasjon, vil kunne omfattes av vernet i EMK art. 5. Dersom bevegelsesrestriksjonene ikke er så sterke at de når opp til terskelen, vil de uansett være underlagt menneskerettslige begrensninger gjennom TP4 art. 2. Det blir også et spørsmål om barn som i dag bor i institusjon grunnet omsorgsovertakelse mot foreldrene, rent faktisk kan sies å være frihetsberøvet. Det kan de være dersom de fysisk blir hindret i å forlate stedet, eller dersom institusjonen ligger geografisk slik til at barnet er forhindret fra å fysisk bevege seg bort fra stedet.¹¹⁹ Menneskerettslig sees det hen til de *faktiske* omstendighetene barnet er underlagt, når det skal tas stilling til om barnet er frihetsberøvet eller ikke. Et institusjonsopphold etter reglene i bvl. § 5-2 vil derfor også kunne være å regne som en menneskerettslig beskyttet frihetsberøvelse.

EMD kom tidlig i sin praksis med en presisering av frihetsberøvelsesbegrepet, i saken *Engel mfl. mot Nederland*, hvor det fremgår at om det foreligger en frihetsberøvelse eller ikke, beror på en vurdering av inngrepets *art, virkning, varighet og gjennomføringsmåte* (Engel-kriteriene).¹²⁰ EMD har i flere saker senere uttalt at «[t]he difference between deprivation of and restriction upon liberty is nonetheless merely one of degree or intensity, and not one of nature or substance.»¹²¹ Det er derfor ikke av avgjørende betydning at institusjonen som sådan er lukket eller åpen. Det må foretas en konkret vurdering i den enkelte situasjon basert

¹¹⁹ Slik også Sigurdson, Randi legger til grunn i sin doktoravhandling, «Tvangsplassering av barn med utfordrende atferd» (2015), s.106. Se også Havre «Menneskerettslig og rettssikkerhetsmessig analyse av ene- og alenetiltak» i; Gundersen mfl. NOVA, 2023(Gundersen mfl.2023)

¹²⁰ *Engel mfl. mot Nederland*, dom avsagt 8. juni 1976 avsnitt 59

¹²¹ *Guzzardi mot Italia*, dom avsagt 6. november 1980 avsnitt 93, *Ashingdane mot Storbritannia*, dom avsagt 28. mai 1985 avsnitt 41

på i *hvilken grad og i hvilket omfang* barnets bevegelser er begrenset. Også åpne soningsformer blir regnet som frihetsberøvelser etter EMK art. 5. I *Guzzardi-dommen* kom EMD til at opphold på en øy var en frihetsberøvelse etter EMK art. 5, selv om vedkommende fikk bevege seg fritt på denne øya. Overvåking og påbud om å bosette seg i et bestemt geografisk område var i denne saken ikke i seg selv nok til at tiltaket var å anse som en frihetsberøvelse, men de totale omstendighetene i saken gjorde likevel at EMD kom til at forholdet var omfattet av EMK art. 5.¹²² Restriksjonene man er ilagt, kan imidlertid, for voksne, være svært omfattende uten at EMD kommer til at rammes av EMK art. 5. I saken *De Tommaso mot Italia (GC)* ble en mann gitt husarrest innenfor et angitt tidsrom. EMD uttalte her at husarrest i utgangspunktet ikke er å anse som en frihetsberøvelse etter EMK art. 5. I denne saken kunne Tommaso forlate hjemmet på dagtid uten restriksjoner. Til tross for at han hadde portforbud mellom 22.00 og 06.00 hver natt over lang tid, ble ikke dette regnet som en frihetsberøvelse etter EMK art. 5, men som en bevegelsesbegrensning etter fjerde tilleggsprotokoll art. 2.¹²³ Husarrest har imidlertid i andre dommer vært ansett som en frihetsberøvelse ut fra inngrepets styrke, som i *Korban mot Ukraina*.¹²⁴ EMD kom i *D.D. mot Litauen* kommet til at tvangsinnleggelsen av en kvinne i en psykiatrisk institusjon var å regne som en frihetsberøvelse, selv om klageren ikke var fysisk innelåst.¹²⁵ Frihetsberøvelsen var her langvarig. Det ble vektlagt at institusjonen hadde utøvd fullstendig og effektiv kontroll over kvinnen gjennom medisiner, behandling og bosted, og at hun ikke fikk gå utenfor institusjonen uten tillatelse.¹²⁶ Det samme var tilfelle i *Stanev mot Bulgaria (GC)*, som gjaldt en delvis umyndiggjort mann med schizofreni som i ti år hadde vært innlagt i en helseinstitusjon.¹²⁷ EMD uttalte i denne saken at en person kan anses å ha vært berøvet sin frihet selv i et åpent sykehus med fri bevegelse på sykehusets område og med muligheter til å bevege seg utenfor sykehuset.¹²⁸ Foruten lengden av oppholdet ble det i denne saken sett hen til at institusjonen hadde så lav standard at den ikke kunne tilby Stanev tilfredsstillende behandling, slik at formålskravet, som er en nødvendig forutsetning for at frihetsberøvelser

¹²² *Guzzardi mot Italia*, dom avsagt 6. november 1980 avsnitt 95

¹²³ *De Tommaso mot Italia*, dom avsagt 23. februar 2017 avsnitt 85 til 89

¹²⁴ *Korban mot Ukraina*, dom avsagt 4. juli 2019 avsnitt 138

¹²⁵ *D.D mot Litauen*, dom avsagt 14. februar 2012 avsnitt 146 og 150

¹²⁶ Det ble imidlertid ikke brudd på EMK art. 5 her fordi frihetsberøvelsen var lovlig, proporsjonal og nødvendig, se dommens avsnitt 146 til 150.

¹²⁷ *Stanev mot Bulgaria*, dom avsagt 17. januar 2012

¹²⁸ *Stanev mot Bulgaria*, dom avsagt 17. januar 2012 avsnitt 116

skal kunne legitimeres, ikke var oppfylt.¹²⁹ Lengden på tiltaket vil være av stor, men ikke avgjørende betydning. EMD har regnet det som frihetsberøvelse av barn etter EMK art. 5 når det har vært tale om flere korte frihetsberøvelser, jf. *Bouamar mot Belgia*.¹³⁰ I denne saken ble et barn fengslet ni ganger i et tidsintervall på opptil 15 dager, som følge av at myndighetene ikke klarte å finne en annen tilfredsstillende institusjon for gutten på grunn av adferdsproblemene han hadde. Dette førte til at gutten ble flyttet til og fra fengsel, uten kontakt med personale med pedagogisk utdanning. I saken fremholdt EMD at myndighetene har en plikt til å opprette egnede institusjoner dersom staten først velger å bekjempe ungdomskriminalitet med «educational supervision».¹³¹ Når det skal tas stilling til barns menneskerettslige beskyttelse av den fysiske friheten, må det skilles mellom frihetsberøvelser og frihetsbegrensninger. Frihetsberøvelser er underlagt EMK art. 5, mens det jeg kaller *frihetsbegrensende* tiltak faller inn under fjerde tilleggsprotokoll til EMK art. 2 (TP4 art. 2) gjennom retten til fri bevegelse. Materielt er skillet mellom frihetsberøvelser og frihetsbegrensninger et spørsmål om *grad*. En delvis bevegelsesbegrensning mot et barn som bor i institusjon mot sin vilje, for eksempel etter klokken 21.00 i helger etter bvl. § 10-9, vil ikke nødvendigvis nå opp til terskelen for en frihetsberøvelse, men være underlagt menneskerettslige begrensninger som en bevegelsesbegrensning. Frihetsberøvelsesbegrepet etter EMK art. 5 er imidlertid relativt, ved at vurderingen også tar i betraktning subjektive momenter, slik at det som vil være å regne som frihetsberøvelse overfor ett individ, ikke behøver å regnes som en frihetsberøvelse overfor et annet individ. Grl. § 104 og BK art. 3 krever at det anlegges et barneperspektiv på analysen, slik at det legges en lavere terskel til grunn også når man skal vurdere om tiltaket er en frihetsberøvelse etter EMK art. 5 eller ikke. Det er den totale situasjonen barnet er underlagt, som vil være avgjørende for å bestemme om vernet etter EMK art. 5 inntreffer eller ikke.¹³²

Det er tre forhold som vil kunne føre til at dagens plasseringer etter bvl. § 6-1 og bvl. § 6-2 vil kunne sies å være en frihetsberøvelse. For det første er det ikke satt noen materielle lengdebegrensninger for bevegelsesbegrensninger i bvl. § 10-9. For det andre er det mulighet

¹²⁹ Ibid, avsnitt 206 til 210

¹³⁰ *Bouamar mot Belgia*, dom avsagt 27. juni 1988

¹³¹ Ibid, avsnittene 50–53.

¹³² *Guzzardi mot Italia*, dom avsagt 6. november 1980 avsnitt 95: «It is admittedly not possible to speak of "deprivation of liberty" on the strength of any one of these factors taken individually, but cumulatively and in combination they certainly raise an issue of categorisation from the viewpoint of Article 5 (art. 5).»

til tilbakeføring ved rømning, om nødvendig med politimakt, jf. bvl. § 10-12. Denne bestemmelsen gjelder både barn som bor i institusjon grunnet atferdstiltak, og barn som bor i institusjon grunnet omsorgstiltak. Rømningen er et uttrykk for barnets subjektive vilje til å være et annet sted enn ved den bestemte institusjonen. For det tredje vil summen av alle begrensningene og kravene barna kan utsettes for i institusjoner, kunne føre til at EMD kommer til at det også per i dag er å regne som frihetsberøvelse. Dette vil særlig kunne gjelde tilfeller der oppholdet er av lengre varighet, og der barnets bevegelsesfrihet også rettslig eller faktisk er begrenset. Det er også naturlig å tenke at EMD vil strekke frihetsberøvelsesbegrepet lenger når barn bor i institusjoner alene, enten i enetiltak eller i alenetiltak. En frihetsberøvelse i en åpen institusjon vil derfor kunne falle innenfor vernet etter EMK art. 5, men vil også kunne vurderes å ligge utenfor.

10.5 Kan samtykke frita for vernet i EMK art. 5?

Selv om både EMK art. 5 og BK art. 37b krever et objektivt og et subjektivt element, vil det bli et spørsmål om et barn kan samtykke til en frihetsberøvelse etter bvl. § 6-1, slik at de prosessuelle og materielle begrensningene i EMK art. 5 ikke vil gjelde.

Barnevernslovens § 6-1 bestemmer at barn over 15 år, og barn under 15 år sammen med foreldre, kan samtykke til institusjonsplassering dersom vilkårene i bvl. § 6-2 er oppfylt. Barnets samtykke skal være skriftlig og skal gis til institusjonsledelsen senest når oppholdet begynner. Institusjonen kan sette som vilkår at barnet kan holdes tilbake i institusjonen i inntil tre uker fra det har flyttet inn. Dersom oppholdet i institusjonen er ment å gi behandling eller opplæring i minst tre måneder, kan det også settes som vilkår at barnet kan holdes tilbake i inntil tre uker etter at samtykket uttrykkelig er trukket tilbake. Dersom barnet rømmer, men blir brakt tilbake til institusjonen innen tre uker, kan det holdes tilbake i tre uker fra det tidspunktet det ble brakt tilbake til institusjonen.

Bårdsen ser ut til å mene at et samtykke til en frihetsberøvelse som et atferdstiltak etter den gang bvl. § 4-26, nå bvl. § 6-1, skal være tilstrekkelig til at vernet i EMK art. 5 ikke inntreffer, dersom samtykket er informert.¹³³ Jeg er ikke nødvendigvis enig i dette.

¹³³ Bårdsen, Arnfinn: «Retten til erstatning for ulovlig frihetsberøvelse etter EMK art. 5 (5) og SP art. 9 (5)» (2002) s. 53–54

For det første er det trolig vanskelig å snakke om et informert samtykke her, all den stund de objektive elementene som vil føre til at tiltaket er å regne som en frihetsberøvelse, først inntreffer i ettertid, inne på institusjonen, jf. bvl. § 10-9. Det er ikke gitt at barnet hadde samtykket dersom det hadde visst at det kunne ilegges totalt bevegelsesforbud. For det andre er det vanskelig å snakke om et frivillig samtykke, slik at det subjektive elementet i bestemmelsen er oppfylt, all den stund alternativet for barnet er at det kan treffes et tvangsvedtak. Når det subjektive elementet trekkes frem i EMDs praksis, er det tale om frivillige innleggelses, der individet selv kommer for å be om et av velferdsstatens tilbud for å få hjelp med sitt problem. Så lenge barnet er inne i et barnevernssystem som både har formelle tvangshjemler og er i en overordnet maktposisjon, er det ikke tale om en reelt frivillig situasjon. Som oftest kommer nok disse tiltakene i stand ved at barnevernet initierer tiltaket, og at det informeres om at det vil fremmes sak for nemnda om man ikke selv samtykker. Dessuten er det lite trolig at barnet har full kjennskap til alle begrensningene det kan utsettes for inne på institusjonen, når samtykket avgis. Barn som har samtykket til et atferdstiltak, vil også kunne ilegges de strengeste restriksjonene inne på institusjonen etter bvl. § 10-9. De kan dessuten også holdes tilbake i institusjonen i inntil tre uker dersom de trekker samtykket. Dersom spørsmålet om samtykke kommer til prøving i EMD, vil det, etter min mening, kunne bli konstatert brudd på EMK art. 5 om ikke de materielle og prosessuelle begrensningene i EMK art. 5 er fulgt.

10.6 Årsaken til at barnet må bo i institusjon er uten betydning

Det er formålet med institusjonsoppholdet som kan legitimere en frihetsberøvelse, ikke årsaken til at barnet har behov for et pedagogisk opplæringstilbud. Dette betyr at dersom barnet ikke kan hjelpes på annen måte enn gjennom et frihetsberøvende tiltak, vil det være uten betydning om barnet bor i institusjon som omsorgstiltak eller som atferdstiltak. Dette forutsetter at både de materielle og de prosessuelle kravene i EMK art. 5 er oppfylt. Det er derfor mulig å frihetsberøve barn i barnevernsinstitusjoner, uavhengig av om barnet bor i institusjon som et omsorgstiltak (kap. 5) eller som et atferdstiltak (kap. 6).

10.7 Prosessuelle krav ved en frihetsberøvelse

Fordi frihetsberøvelser er sterke inngrep, vil det stilles strengere prosessuelle krav til frihetsberøvelser enn til andre inngrep. Prosessuelt skilles det mellom frihetsberøvelser og frihetsbegrensninger. Mens frihetsberøvelser skal kunne prøves for en domstol raskt, jf. EMK art. 5 nr. 4, stilles det ikke krav til slik prøving for bevegelsesbegrensninger. I dagens lovgivning er det institusjonen selv som har kompetanse til å bestemme at barnet skal ilegges bevegelsesforbud, jf. bvl. § 10-9. Fordi bevegelsesforbud, særlig flere etterfølgende vedtak, og sterke bevegelsesbegrensninger, vil kunne føre til at institusjonsoppholdet skifter karakter til en frihetsberøvelse etter EMK art. 5, anbefales det at barneverns- og helsenemnda gis denne kompetansen. Det anbefales også at det settes en klar yttergrense materielt for bevegelsesforbud, og ikke kun prosessuelt som i dag. Dersom man mener at barn ikke skal kunne frihetsberøves, må det settes materielle begrensninger for lengden og omfanget av bevegelsesforbud og sterke bevegelsesbegrensninger i barnevernslovens § 10-9.

Det stilles direkte krav både i Grl. § 94 og i EMK art. 5 nr. 4 om at frihetsberøvelser kun kan skje dersom «the lawfulness of his detention» blir prøvd «speedily by a court and his release ordered if the detention is not lawful.» Det samme fremgår av BK art. 37 bokstav d, hvor det heter at alle barn som er frihetsberøvet, skal ha rett til «prompt access to legal and other appropriate assistance, as well as the right to challenge the legality of the deprivation of his or her liberty before a court or other competent, independent and impartial authority, and to a prompt decision on any such action».

Frihetsberøvelsene er også underlagt de krav til begrunnelse og dokumentasjon som, i varierende grad etter inngrepets styrke, gjelder for alle menneskerettslige inngrep. At barna skal høres i alle saker som gjelder dem, er en generell prosessuell rettighet i alle spørsmål som gjelder barn, og gjelder selvsagt også for frihetsberøvelser, jf. Grl. § 104 og BK art. 12.

Det vil etter EMK, BK art. 37 bokstav b og SP art. 9 være et krav om at barna gis en mulighet til å få vurdert spørsmålet om frihetsberøvelser lovlighet regelmessig.

FNs menneskerettskomité uttaler om SP art. 9: «Deprivation of liberty must be reevaluated at appropriate intervals with regard to its continuing necessity.»¹³⁴ Om

¹³⁴ CCPR General Comment no. 35 (2014) Article 9 (Liberty and security of person), avsnitt 19

spørsmålet ikke blir vurdert jevnlig, vil det være risiko for at barnet holdes frihetsberøvet lenger enn nødvendig. Menneskerettslig skal ethvert vedtak stoppes dersom det ikke lenger tilfredsstillter kravene i EMK art. 5, også før tidspunktet for en periodisk vurdering. Også FNs menneskerettskomité fremholder ved sine tolkinger av SP art. 9 at personer som er frihetsberøvet, bør være vernet av en rekke prosessuelle sikkerhetsmekanismer:

«Detainees should be held only in facilities officially acknowledged as places of detention. A centralized official register should be kept of the names and places of detention, and times of arrival and departure, as well as of the names of persons responsible for their detention, and made readily available and accessible to those concerned, including relatives. Prompt and regular access should be given to independent medical personnel and lawyers and, under appropriate supervision when the legitimate purpose of the detention so requires, to family members. Detainees should be promptly informed of their rights, in a language they understand;(…) Independent and impartial mechanisms should be established for visiting and inspecting all places of detention, including mental-health institutions.»¹³⁵

Etter bvl. § 6-2 kan barneverns- og helsenemnda vedta at et barn skal plasseres i institusjon uten samtykke fra barnet selv eller fra de som har foreldreansvar, dersom barnet har vist alvorlige atferdsvansker. Det er lite i denne bestemmelsen som viser til at nemnda skal ta stilling til om barnet kan berøves sin frihet eller ikke. Nemnda tar heller ikke stilling til spørsmålet om frihetsberøvelser, fordi kompetansen til å begrense barnets fysiske frihet skjer etter plasseringen, og fordi kompetansen til å ilegge slike begrensninger er tillagt institusjonen, ikke nemnda, jf. bvl. § 10-9. Det er derfor vanskelig å se at dagens barnevernslov tilfredsstillter kravet i EMK art. 5 nr. 4 om domstolsprøving.

¹³⁵ For eksempel *D.L. mot Bulgaria*, dom avsagt 19. mai 2016 avsnitt 74

10.8 Oppsummering og anbefaling frihetsberøvelse

Innenfor EMK ligger det en mulighet til en gradert forståelse av frihetsberøvende og frihetsbegrensende barnevernstiltak. Det vil være mulig å tenke seg tre ulike former for institusjoner:

1) lukkede institusjoner; uansett om barnet bor i institusjonen med eller uten samtykke, og uansett hva årsaken er til at barnet bor i institusjon, ligger slike institusjoner klart innenfor vernet i EMK art. 5

2) åpne institusjoner med mulighet for bevegelsesforbud/restriksjoner; uansett om barnet bor i institusjonen med eller uten samtykke, og uansett hva årsaken er til at barnet bor i institusjon, vil slike institusjoner kunne ligge innenfor eller utenfor vernet i EMK art. 5

3) åpne institusjoner uten mulighet for frihetsbegrensende tiltak; uansett om barnet bor i institusjonen med eller uten samtykke, og uansett hva årsaken er til at barnet bor i institusjon, vil slike institusjoner ligge utenfor EMK art. 5. De vil uansett være underlagt det menneskerettslige vernet i EMK art. 8 og TP4 art. 2.

I den første kategorien institusjoner *må* vedtakene som minimum treffes av barneverns- og helsenemnda, i den andre *bør* vedtakene treffes av nemnda, og i den tredje behøver vedtakene ikke å treffes av nemnda, jf. EMK art.5 nr. 4.

I alle tilfeller vil begrensninger i den fysiske friheten være et inngrep overfor barna som er underlagt det menneskerettslige vernet i EMK art. 8 og TP4 art. 2.

Alle kategoriene kan legitimeres uavhengig av årsak til at barnet bor i institusjon, og kan derfor brukes både overfor barn som i dag bor i institusjon som atferdstiltak, og overfor barn som bor i institusjon som omsorgstiltak. Det er heller ikke av betydning om barnet samtykker eller ikke.

Alle institusjonsplasseringer er inngrep i TP4 art. 2, og det må derfor treffes vedtak for å sikre at de menneskerettslige begrensningene følges.

Det anbefales

- at nemnda tar stilling til alle frihetsberøvelser, også i tilfeller der barnet samtykker
- at nemnda tar stilling til alle institusjonstiltak hvor barnet skal kunne ilegges sterke bevegelsesbegrensninger

- at adgangen til institusjonsopphold deles i ulike kategorier
- at skillet mellom omsorgstiltak og atferdstiltak oppheves
- at det treffes vedtak for alle avgjørelser om opphold i institusjon
- at det tas inn en bestemmelse i barnevernsloven om at nemnda uttrykkelig må ta stilling til om barnet skal kunne frihetsberøves eller ikke

Selv om frihetsberøvelser kan legitimeres etter EMK art. 5, gjelder dette kun dersom de menneskerettslige materielle og prosessuelle begrensningene er oppfylt. De tre kategoriene har ulik inngrepsintensitet, noe som vil få betydning for den konkrete proporsjonalitetsvurderingen som må foretas for å kunne legitimere inngrep i den personlige friheten etter EMK art. 5.

Kap. 11 Menneskerettslige materielle begrensninger for frihetsberøvelser etter EMK art. 5

11.1 Tre grunnleggende krav ved inngrep i menneskerettigheter

En frihetsberøvelse må oppfylle tre materielle begrensninger for å kunne legitimeres etter EMK art. 5. For det første må frihetsberøvelsen ha et tilstrekkelig *hjemmelsgrunnlag*. Dette kravet kommer klart frem i EMK art. 5, hvor det heter: «No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law.» Kravet gjentas også i de ulike alternative formålene, hvor det vises til at frihetsberøvelse kun kan skje gjennom en «lawful order», se bl.a. bokstav d. At frihetsberøvelser må ha et tilstrekkelig og presist formulert hjemmelsgrunnlag, følger også av det grunnlovfestede legalitetsprinsippet, jf. Grl. § 113. Fordi en frihetsberøvelse er et sterkt inngrep, vil det stilles strenge krav til lovens forutsigbarhet og presisjon. Etter Grl. § 113 må hjemmelen være forankret i formell lov vedtatt av Stortinget. For det andre må frihetsberøvelsen skje ut fra et anerkjent *legitimt formål*. Når det gjelder inngrep i rettigheter etter EMK art. 5, er det uttømmende regulert i bestemmelsen hva som er *legitimt formål*.¹³⁶ Frihetsberøvelser av barn

¹³⁶ *D.G mot Irland*, dom avsagt 16. mai 2002 avsnitt 74, med videre henvisning tilbake til *Guzzardi mot Italia*, dom avsagt 6. november 1980 avsnitt 96, 98 og 100

innenfor barnevernssystemet kan skje dersom formålet er «educational supervision», jf. EMK art. 5 nr. 1 bokstav d. Det tredje kravet til inngrep i grunnleggende menneskerettigheter – *proporsjonalitetskravet*, er ikke like tydelig i EMK art. 5, men gjelder klart etter denne bestemmelsen også.¹³⁷ Dette kommer blant annet klart til uttrykk i saken *D.L. mot Belgia*, hvor det heter:

«Where the detention concerns a minor, as in the present case, the Court considers, in the light of the relevant international standards, that an essential criterion for the assessment of proportionality is whether the detention was ordered as a last resort, in the child's best interests, and was aimed at preventing serious risks for the child's development. When this criterion is no longer fulfilled, the basis for the deprivation of liberty ceases to exist.»¹³⁸

I saken *D.G mot Irland* heter det: «In this respect, there must be a relationship between the ground of permitted deprivation of liberty relied on and the conditions of detention.» Også dette er et uttrykk for et proporsjonalitetskrav.¹³⁹ Av de tre menneskerettslige begrensningene er det særlig kravet om legitimt formål og kravet om proporsjonalitet det er av betydning å se nærmere på opp mot barnevernslovens nåværende regulering, og eventuelt opp mot utvidede hjemler i fremtiden. Det er også grunn til å knytte noen merknader til kravet om tilstrekkelig og presist hjemmelsgrunnlag.

11.2 Kravet om presist og forutsigbart hjemmelsgrunnlag

Det fremgår ikke noe sted i barnevernsloven at barn skal kunne frihetsberøves i institusjoner. I tillegg til at manglende bruk av begrepet frihetsberøvelse i lovteksten har en prosessuell side opp mot EMK art. 5, nr. 4, har det også en materiell side opp mot legalitetsprinsippets krav, jf. GrL. § 113. EMK stiller ikke noe krav om formell lov, noe GrL. § 113

¹³⁷ At det også gjelder et proporsjonalitetskrav etter SP art. 9, er fremhevet av FNs menneskerettskomité hvor det heter: «A decision to deprive a child of liberty must be subject to periodic review of its continuing necessity and appropriateness» (CCPR General Comment no. 35 (2014), Article 9 (Liberty and security of person) avsnitt 62, med henvisninger til A/HRC/38/36: Report of the Special Rapporteur). Proporsjonalitetsprinsippet ble også ved grunnlovsendringen i 2014 tatt inn i grunnlovens § 94, hvor det nå heter at frihetsberøvelsen må være «nødvendig og ikke utgjøre et uforholdsmessig inngrep».

¹³⁸ *D.L. mot Bulgaria*, dom avsagt 19. mai 2016 avsnitt 74

¹³⁹ *D.G mot Irland*, dom avsagt 16. mai 2002 avsnitt 75 med videre henvisning til *Aerts mot Belgia*, dom avsagt 30. juli 1998 avsnitt 46

derimot gjør. Etter EMDs praksis stilles det krav til hjemmelsgrunnlagenes *kvalitet* når det er tale om inngrep i grunnleggende menneskerettigheter. Også menneskerettskomiteen stiller krav til hjemmelsgrunnlagets «predictability». EMD uttaler i saken *Munjaz mot Storbritannia* at spørsmålet om kvalitet er et spørsmål om hvorvidt inngrepet kan møte «the ‘quality of law’ test as set out in the Court’s case-law».¹⁴⁰ Lovbestemmelsene må være tilgjengelige og forutsigbare, og være tilstrekkelig presise, slik at individene kan forutberegne sin egen rettslige stilling.

Både etter EMK art. 5 og etter Grl. § 113 har barnet en rett til at hjemmelsgrunnlagene skal være tilstrekkelig klare og presise, slik at barnet kan forutberegne sin rettslige stilling. Legalitetsprinsippet er også et prinsipp som skal hindre vilkårlige frihetsberøvelser. Prinsippet står i forhold til inngrepets styrke. Det vil si at det stilles strengere krav til lovens klarhet og presisjon der det er frihetsrettighetene som står på spill, enn ved andre inngrep, selv om kravet også gjelder her. Når inngrepet gjelder barn, vil legalitetsprinsippet også innebære ekstra strenge krav, jf. Grl. § 104 og BK art. 3. Barnevernsloven § 6-2 bruker begrepet «plassering» i institusjon. Plasseringsbegrepet ble diskutert i forbindelse med vedtakelse av ny barnevernslov, særlig fordi noen barn opplevde at begrepet reduserer dem til et objekt – noen som skal «plasseres».¹⁴¹ Det ble imidlertid ikke vurdert opp mot EMK art. 5 og kravet til hjemmelsgrunnlagets klarhet. EMK art. 5 bruker begrepene «arrest» og «detention» knyttet til vern av den personlige friheten (right to liberty). Det å «plassere» barn i institusjon er et mildere uttrykk enn «å bli arrestert» eller «berøvet sin frihet». Ordlyden i bvl. § 6-2 viser ikke på noen måte at frihetsberøvelse er et sterkt inngrep. Dersom lovgiver faktisk mener at barn skal kunne frihetsberøves i barnevernsinstitusjoner, må dette komme klart til uttrykk i lovteksten. Det er grunn til å tro at grunnen til at departementet har valgt å ikke bruke begrepet frihetsberøvelse, er at det her er snakk om en velferdsrettslig og ikke en strafferettslig frihetsberøvelse, og at tiltaket derfor har et annet formål (barnevern, ikke samfunnsvern). Det å bruke begrepet «plassering» endrer likevel ikke realiteten – at barnet berøves sin frihet. Sammenblanding kan unngås ved at det inkluderes i ordlyden at det er tale om et frihetsberøvende omsorgstiltak.

¹⁴⁰ *Munjaz mot Storbritannia*, dom avsagt 17. juni 2012 avsnitt 87

¹⁴¹ NOU 2016:16, kap. 4.4.4

Det anbefales

- at ordlyden «plasseres» i bvl. § 6-2 erstattes med «berøves sin frihet», dersom man ønsker å gi hjemmel til frihetsberøvelser

11.3 Legitimt formål – for the purpose of educational supervision

En frihetsberøvelse av et barn i barnevernsinstitusjon kan kun skje dersom den skjer «for the purpose of educational supervision [...]», jf. EMK art. 5, nr. 1, bokstav d. Med «educational» i EMK art. 5 menes ikke tradisjonell skole i klasseromsundervisning, men at institusjonens formål må tjene barnets utviklingsbehov. Det heter i dommen *D.G mot Irland*, som dreide seg om frihetsberøvelsen til en 17 år gammel gutt:

«It is also accepted that, in the context of the detention of minors, the words ‘educational supervision’ must not be equated rigidly with notions of classroom teaching: in the context of a young person in local authority care, educational supervision must embrace many aspects of the exercise, by the local authority, of parental rights for the benefit and protection of the person concerned.»¹⁴²

I storkammersaken *Blokhin mot Russland (GC)*, som dreide seg om frihetsberøvelse av en 13 år gammel gutt, vises det også at det ikke er tilstrekkelig at det finnes et skoletilbud, som også tilbys barn i fengsel.¹⁴³ EMD uttaler i denne dommen:

«[...] that some schooling was provided in the centre, it considers that this does not substantiate the Government’s argument that the applicant’s placement was ‘for the purpose’ of educational supervision. On the contrary, the centre was characterised by its disciplinary regime rather than by the schooling provided.»¹⁴⁴

I tillegg til at institusjonen ikke kan være preget av et disiplinært regime, viser denne saken også at EMD ikke godtar at atferdskorrigerende som legitimeringsgrunnlag. EMD uttaler:

«Further, detention for educational supervision pursuant to Article 5 § 1 (d) must take place in an appropriate facility with the resources to meet the necessary educational

¹⁴² *D.G. mot Irland*, dom avsagt 16. mai 2002, avsnitt 80, med videre henvisning til *Koniarska mot Storbritannia*, dom avsagt 12. oktober 2000

¹⁴³ *Blokhin mot Russland*, dom avsagt 23. mars 2016, avsnitt 166

¹⁴⁴ *Ibid*, avsnitt 170

objectives and security requirements. [...] However, none of these grounds is relevant in the present case since the applicant's placement was for the purpose of 'correcting his behaviour».

[...]

The Court further considers it to be of importance that none of the domestic courts examining the applicant's detention order stated that the placement was for educational purposes. Instead, they referred to 'behaviour correction' and the need to prevent him from committing further delinquent acts, neither of which is a valid ground covered by Article 5 § 1 (d) of the Convention.»¹⁴⁵

Det samme ble lagt til grunn av EMD i saken *Blokhin mot Russland*.¹⁴⁶ At formålet med tiltaket må være individbeskyttende, er lagt til grunn i flere dommer fra EMD. I saken *D.L mot Bulgaria* ble det slått fast at formålet med frihetsberøvelsen hadde vært å hindre «serious risks for the child's development», og frihetsberøvelsen ble dermed ansett å ligge innenfor kravet i EMK art. 5 nr. 1 bokstav d.¹⁴⁷ I *Koniarska mot Storbritannia* ble institusjonen godtatt som egnet til å nå målet om å være «educational», fordi den var et spesialtilpasset botilbud for ungdom med alvorlige problemer hvor det ble tilbudt et bredt spekter av utdanningsprogram og kurs.¹⁴⁸ Det var uten betydning at jenta var 17 år og ikke lenger i skolepliktig alder, og saken endte opp med å bli avvist til behandling i EMD.¹⁴⁹ Det ble vist til at institusjonen i tillegg til et skoletilbud tilbød opplæring i «life skills and social skills».¹⁵⁰ Formålet med frihetsberøvelser som barnevernstiltak må derfor være begrunnet i barnets behov for hjelp i sin utvikling, slik også FNs barnekonvensjon sitt omsorgsbegrep. Jeg bruker begrepet frihetsberøvende *omsorgsinngrep* for å minne om den individbeskyttende målsettingen.¹⁵¹

Summen av de menneskerettslige formålkravene i både FNs barnekonvensjon og i EMK art. 5 beskrives best som et (sosial-) pedagogisk tiltak for å hjelpe barnet å bygge et «bærekraftig liv for seg selv». Formålkravet i bvl. § 6-2 er ikke klart angitt, men det vises både

¹⁴⁵ Ibid, avsnitt 171

¹⁴⁶ *Blokhin mot Russland*, dom avsagt 23. mars 2016, avsnitt 167 og 168

¹⁴⁷ *D.L. mot Bulgaria*, dom avsagt 19. mai 2016, avsnitt 74

¹⁴⁸ *Koniarska mot Storbritannia*, dom avsagt 12. oktober 2000

¹⁴⁹ Ibid, pkt. 1 avsnitt 11 til 15

¹⁵⁰ *Koniarska mot Storbritannia*, dom avsagt 12. oktober 2000, pkt. 1 avsnitt 14

¹⁵¹ Om begrepsbruken se også Havre, Merete og Langeland, Julie, «Med lov skal pasienten pleies? – Legalitetsprinsippet ved begrensende omsorgsinngrep» (under publisering 2023).

til at formålet er «behandling», og til at barnet må ha vist «alvorlige atferdsvansker», noe som kan gi inntrykk av at formålet med tiltaket er atferdskorrigerings.

Dersom man tenker at formålet med atferdstiltakene i kap. 6 er å gi «behandling», for eksempel rusbehandling, treffer ikke dette med formålsangivelsene i EMK art. 5 nr. 1 bokstav d. Det er innført kompetansekrav for dem som skal arbeide i barnevernsinstitusjoner. I barnevernsloven av 2021 fremkommer det i § 10-16 tredje ledd at institusjonen skal ha en leder og en stedfortreder for lederen, som fra 2031 skal ha barnevernsfaglig mastergrad eller annen relevant utdanning på tilsvarende nivå.¹⁵² I bvl. § 10-16 annet ledd stilles det krav om minst relevant bachelorutdanning for øvrig faglig personell. En barnevernsfaglig master er ikke en helsefaglig utdanning, men en samfunnsfaglig/sosialfaglig utdanningsretning. Selv om det også åpnes for annen kompetanse, vil trolig hovedvekten av dem som ansettes fremover, være barnevernspedagoger og sosionomer med bachelorgrad, og ledere vil trolig ha master i barnevern eller barnevernsarbeid.¹⁵³ Det er ingen av disse utdanningsretningene som er innrettet mot helsefaglig behandling, som er det man vanligvis mener med «behandling». Barnevernutdanningen er, slik begrepet *barnevernspedagog* viser, en sosialpedagogisk utdanning, hvor hovedfokus for arbeid i barnevernsinstitusjoner er et pedagogisk endringsarbeid i barnets eget miljø.¹⁵⁴ Det kan derfor ikke forventes at barn skal gis helsefaglig *behandling* i en barnevernsinstitusjon. Helsedirektoratet påpekte i høringen til ny barnevernslov at det var et behov for å «omtale nærmere hva som ligger i bruk av begrepet 'behandling', sett i forhold til helsehjelp og den mulighet som regelverket har for sektorovergripende plasseringer».¹⁵⁵ Helsedirektoratet og Bufdir, med støtte fra Bufetat, påpekte at begrepet «behandling», som var foreslått videreført i ny barnevernslov, burde endres, eller presiseres. Bufdir foreslo å erstatte begrepet «behandling» med «systematisk endringsarbeid», eventuelt «barnevernsfaglig behandling» for å skille dette fra «helsefaglig behandling».¹⁵⁶ Dette vil være en lovformulering som både vil være i tråd med de positive

¹⁵² Kompetansekravet er oppfylt også for ledere og stedfortredende ledere som har relevant bachelorutdanning, og som innen 1. januar 2031 har gjennomført relevant videreutdanning med minst 30 studiepoeng.

¹⁵³ Om disse utdanningene se FOR-2021-04-09-1147 (Forskrift om nasjonal retningslinje for masterutdanning i barnevern), og FOR-2021-04-09-1148 (Forskrift om nasjonal retningslinje for masterutdanning i barnevernsarbeid).

¹⁵⁴ Storø, Jan: «Sosialpedagogisk praksis – det handler om hva du gjør» (2008)

¹⁵⁵ Prop. 133L (2020-2021), kap. 12.1.3

¹⁵⁶ Prop. 133L (2020-2021), kap. 12.1.3

forpliktelsene Norge har etter FNs barnekonvensjon, og kravene etter EMK art. 5 nr. 1. bokstav d. Departementet var imidlertid av den oppfatning at det ikke var nødvendig å innta en presisering av behandlingsbegrepet i barnevernsloven, fordi det etter deres mening fulgte implisitt av loven og selve formålet med atferdsplasseringer at den barnevernsfaglige behandlingen som utføres i barnevernet, skiller seg fra helsefaglig behandling.¹⁵⁷ Gitt det klare materielle vilkåret om at formålet skal være «educational», og gitt kravet etter både EMK art. 5 og Grl. § 113 om at hjemmelsgrunnlaget skal være presist angitt og forutsigbart, vil dette etter min mening være for svakt. For å sikre oppfyllelse av EMK art. 5 anbefales det at dette begrepet byttes ut, og at det klart angis at et pedagogisk endringsarbeid er målet med tiltakene i barnevernsinstitusjoner. Også atferdsbegrepet ble diskutert i forbindelse med ny lovgivning, hovedsakelig fordi noen barnevernsbarn påpekte at det var stigmatiserende.¹⁵⁸ Det ble derfor i NOU 2016:16 foreslått at atferdsbegrepet skulle tas ut av loven og erstattes med ordlyden «når dette er nødvendig fordi barnet utsetter sin helse eller utvikling for alvorlig fare.»¹⁵⁹

Heller ikke atferdsbegrepet ble diskutert opp mot de menneskerettslige begrensningene i EMK art. 5. Begrepet «atferd» koples raskt til et strafferettslig siktemål gjennom kriminalitetsbekjempelse. Når lovgivningen bruker dette begrepet, vil det kunne være vanskeligere å legitimere at det ikke er et samfunnsvern som reelt er siktemålet med bestemmelsen. EMD har i flere saker uttalt at atferdskorrigerende og disiplinering ikke kan danne grunnlag for frihetsberøvelser etter EMK art. 5 nr. 1 bokstav d.¹⁶⁰ Det bør, også av denne grunn, vurderes å bruke et annet begrep til å beskrive problematikken som gjør at barnet frihetsberøves. Forslaget som ble fremmet i NOU 2016:16, vil, etter min vurdering, passe godt både til oppfyllelse av forpliktelsene til omsorg og beskyttelse etter FNs barnekonvensjon og til formålet med frihetsberøvelser etter EMK art. 5, nr. 1 bokstav d. Med en slik ordlyd rettes søkelyset mer mot *behovet* for beskyttelse mot å skade sin egen helse og utvikling, enn mot årsaken til at barnet har behov for denne beskyttelsen. En annen ordlyd vil

¹⁵⁷ Prop. 133L (2020-2021), kap. 12.1.4

¹⁵⁸ NOU 2016:16, kap. 4.4.4

¹⁵⁹ NOU 2016:16, forslag til lovbestemmelser, § 20. Departementet, på sin side, mente at begrepet burde videreføres for å sikre at virkeområdet for tvangsplasseringer etter bvl. § 6-2 ikke ble utvidet, og også gav grunnlag til tvangsplasseringer av det som blir beskrevet som mer introverte atferdsproblemer som spiseforstyrrelser/selvskading mv., som man også mener hører hjemme i helsetjenesten og ikke i barnevernstjenesten. Prop. 133L (2020-2021), kap. 12.1.2.2

¹⁶⁰ F.eks. Blokhin mot Russland, dom avsagt 23. mars 2016, avsnitt 171

også i større grad enn i dag forhindre at barnevernstiltak brukes som kamouflerte samfunnstiltak, og skape renere linjer mellom straffesporet og velferdssporet.¹⁶¹

For å sikre at det menneskerettslige legitimeringsgrunnlaget for å frihetsberøve barn er i samsvar med EMK art. 5 nr. 1 bokstav d, bør det gjøres flere endringer i dagens lovgivning. Dette er nødvendig for at man skal kunne tillate lukkede barnevernsinstitusjoner, og for å sikre at barn som bor i åpne barnevernsinstitusjoner, ikke blir berøvet sin frihet vilkårlig. Det er også nødvendig for å sikre at barnevernet ikke blir et samfunnsvern eller gis ansvar for behandling av barn som tilhører andre sektorer. Formålet går ikke klart frem av bvl. § 6-2 i dag. Formålkravet etter EMK art. 5 peker fremover i tid – på hva som skal oppnås med tiltaket – mens dagens lovgivning peker *bakover* og vektlegger årsaken til at barnet har behov for hjelp. Det legitime formålet i EMK art. 5 nr. 1 bokstav d er ikke bare et materielt vilkår for frihetsberøvelse i seg selv, men det vil også danne grunnlaget for den proporsjonalitetsvurderingen som skal foretas etter EMK art. 5. Uten et klart definert formål med tiltaket er det en risiko for at Norge dømmes for brudd på EMK art. 5.

Det anbefales

- at det gjøres helt klart i barnevernsloven at formålet med tiltaket er individbeskyttende, og at institusjonen skal tilby (sosial-) pedagogisk opplæring
- at behandlingsbegrepet tas ut av loven
- at atferdsbegrepet erstattes med formuleringer om barn som utsetter sin egen helse og utvikling for alvorlig fare

11.4 Proporsjonalitetsvurderingen for frihetsberøvelser med omsorgsformål

11.4.1 Forholdet mellom størrelser

Proporsjonalitetsprinsippet handler om forholdet *mellom* størrelser. Det skal være et rimelig forhold mellom målet med institusjonsplasseringen og middelet som brukes for å nå dette målet, og mellom inngrepsbehovet og inngrepsintensiteten. Målet med institusjonsoppholdet

¹⁶¹ Om man mener at de mer introverte formene for skadelige handlinger, som spiseforstyrrelser mv. ikke skal gi grunnlag for frihetsberøvelser, slik det legges til grunn i Prop. 133 L (2020 -2021) kap. 12.1.2.2, vil det være mulig å unnta dette i forarbeider, eller også i lovttekst, gjennom å beholde de underkategoriene i bokstavene – c slik de er i dag, for å vise hvilke typer skadelig utvikling man ønsker å beskytte mot.

må etter EMK art. 5 bokstav d være en nødvendig opplæring i å bygge det jeg kaller et bærekraftig liv for seg selv (se kap.7). I en proporsjonalitetsvurdering skal det skje en balansert avveining mellom det jeg, i mine arbeider, kaller inngrepsbehov og inngrepsintensitet.¹⁶² Men før det kan foretas en slik avveining, må de to størrelsene konkretiseres. Alle menneskerettslige vurderinger skal foretas konkret og individuelt med tanke på akkurat dette barnet. Konkretiseringen må inneholde en vurdering av hvilket hjelpebehov barnet har, og hvor sterkt dette hjelpebehovet er. Det er i all hovedsak grunnet manglende forståelse og etterlevelse av proporsjonalitetsprinsippet behovskrav Norge dømmes i EMD når landet bringes inn for brudd på EMK art. 8 i saker om fratakelse av foreldreansvar og samvær etter omsorgsovertakelser.¹⁶³ For å hindre at Norge ikke også dømmes for brudd på proporsjonalitetskravet etter EMK art. 5, er det viktig at regelverket i tilstrekkelig grad tar inn de begrensningene som prinsippet inneholder. Når avveiningen mellom størrelsene tar til, må det foretas en treleddet vurdering, hvor det spørres om frihetsberøvelsen er *egnet* til å nå målet, og om det er *behov* for å bruke en frihetsberøvelse for å nå dette målet.¹⁶⁴ Dersom det foreligger en slik årsakssammenheng mellom målet som skal nås, og frihetsberøvelse som middel, skal det til slutt foretas en vurdering av om det alt i alt er *rimelig* at barnet må tåle å være berøvet sin frihet for å hjelpes og beskyttes. Alle tre kravene vil måtte være oppfylt dersom en frihetsberøvelse skal kunne legitimeres etter EMK art. 5 nr. 1 bokstav d. Det er gjennom proporsjonalitetsbegrensningene man vil kunne ta stilling til om frihetsberøvelser i lukkede institusjoner kan legitimeres, og hvor lange frihetsberøvelsene eventuelt kan være.

11.4.2 Konkretisering av inngrepsintensitet

Når det skal tas stilling til hvilken styrke et inngrep har, vil de ulike midlene som står til rådighet, ha ulik inngrepsintensitet. Når man skal vurdere inngrepsintensitet, må man både vurdere momenter som gjelder for alle barn som frihetsberøves (objektiv vurdering), og

¹⁶² Begrepene ble utviklet i min doktoravhandling, Havre, Merete: «Varetektsfengsling og proporsjonalitetsprinsippet – en balansetest» (2015).

¹⁶³ Norge er dømt i EMD for brudd på art. 8 i en rekke barnevernssaker i perioden 2017–april 2023, se bla. Havre, Merete: «Kommentarer til barnevernloven §§ 4-12-4-21, og 4-24-2-25, samt kap. 5 og 7» (2022), for en oversikt, og vurdering av dommene.

¹⁶⁴ Havre, Merete: «Varetektsfengsling og proporsjonalitetsprinsippet – en balansetest» (2015), kap. 3 med videre henvisninger

momenter som medfører at tiltaket blir ekstra tyngende for akkurat dette barnet (subjektiv vurdering).

De ulike alternative midlene som barnevernet har til rådighet, kan objektivt graderes etter inngrepsintensitet slik:

Nivå 14: Frihetsberøvelse i lukket institusjon i enetiltak/alenetiltak
Nivå 13: Frihetsberøvelse i lukket institusjon
Nivå 12: Samtykkeplassert frihetsberøvelse i lukket institusjon
Nivå 11: Frihetsberøvelse i åpen institusjon i enetiltak/alenetiltak
Nivå 10: Frihetsberøvelse med sterke bevegelsesbegrensninger
Nivå 9: Tvangsplassering i ene-/alenetiltak med bevegelsesbegrensninger utover det ordinære innenfor omsorgsansvaret
Nivå 8: Tvangsplassering i institusjon med bevegelsesbegrensninger utover det ordinære (tvang)
Nivå 7: Samtykkeplassering i ene-/alenetiltak med bevegelsesbegrensninger utover det ordinære (tvang)
Nivå 6: Samtykkeplasseringer i institusjon med bevegelsesbegrensninger utover det ordinære (tvang)
Nivå 5: Institusjonsplassering i ene-/alenetiltak med ordinære bevegelsesbegrensninger (grensesetting under omsorgsansvaret)
Nivå 4: Tvangsplassering i institusjon med ordinære bevegelsesbegrensninger (grensesetting under omsorgsansvaret)
Nivå 3: Samtykkebaserte institusjonsplassering med ordinære bevegelsesbegrensninger
Nivå 2: Institusjonsplassering på omsorgsgrunnlag med ordinære bevegelsesbegrensninger
Nivå 1: Hjelpetiltak utenfor institusjon

En frihetsberøvelse i en lukket institusjon vil være et strengere tiltak enn en frihetsberøvelse i en åpen institusjon, selv om bevegelsesbegrensningene også kan bli langvarige og tyngende. Institusjonstiltak mot barnets vilje uten frihetsberøvelser er også sterke inngrep, men mindre inngripende enn de frihetsberøvende tiltakene. De øvrige mindre inngripende midlene ligger utenfor institusjonsområdet, og vil være ulike hjelpetiltak mens barnet fortsatt bor hjemme eller mens barnet bor i fosterhjem.

11.4.3 Konkretisering av inngrepsbehovet

Når inngrepsintensiteten er tatt stilling til, må det, for at det skal kunne foretas en avveining mellom størrelsene (etter proporsjonalitetsprinsippet), tas stilling til

inngrepsbehovet. Nødvendigheten av inngrepet vil her måtte begrunnes i barnets behov for omsorg og beskyttelse. Barnets behov for omsorg og beskyttelse må både fastlegges individuelt og konkretiseres og dokumenteres tilstrekkelig, slik EMD etterlyser i sine vurderinger i saker der Norge dømmes for brudd på EMK art. 8. Det vil inngå ulike momenter i en slik vurdering, som er en faktisk og faglig begrunnet vurdering av barnets behov for et institusjonsopphold. I tilfeller der barnet skader sin egen helse og utvikling på en alvorlig måte, for eksempel gjennom prostitusjon og bruk av sterke rusmidler, vil inngrepsbehovet være større enn i tilfeller der barnet bruker mindre sterke rusmidler og det ikke foreligger noen annen tilleggsproblematikk. I EMDs praksis legitimeres frihetsberøvelser dersom det foreligger sterke behov for omsorg og beskyttelse. I saken *D.L. mot Bulgaria* la EMD vekt på jentas manglende samarbeidsevne, aggressive atferd og gjentatte rømningsforsøk. Frihetsberøvelse var nødvendig for å forhindre at hun ble utsatt for prostitusjon.¹⁶⁵ I saken *Koniarska mot Storbritannia* ble en jente plassert på en høysikkerhetsinstitusjon som følge av alvorlige adferdsproblemer og psykiske lidelser. Ingen tidligere tiltak hadde hatt effekt, og hun ble vurdert å utgjøre en fare for både seg selv og andre.¹⁶⁶

11.4.4 Institusjonen må være egnet til å nå målet

Den første vurderingen som skal foretas etter proporsjonalitetsprinsippet, er vurderingen av om frihetsberøvelsen i en konkret institusjon er *egnet* til å hjelpe barnet med å bygge et bærekraftig liv for seg selv. Dette innebærer at vilkårene for tiltaket må samsvare med grunnlaget for å tillate frihetsberøvelse som påberopes etter artikkel 5.¹⁶⁷ Dette er også et krav etter SP art. 9 nr. 1, der menneskerettskomiteen har uttalt: «States parties must offer to institutionalized persons programmes of treatment and rehabilitation that serve the purposes that are asserted to justify the detention.»¹⁶⁸

EMD påpeker i alle sine saker om frihetsberøvelse av barn at institusjonen må ha ressurser til å oppfylle barnets behov for utdanning. I *Bouamar mot Belgia* heter det at dersom staten først velger å bekjempe ungdomskriminalitet med «educational supervision», krever bestemmelsen at staten oppretter egnede institusjoner for dette. Det fremgår av denne

¹⁶⁵ Videre la retten stor vekt på at plasseringen på oppdragsessenteret hadde gitt jenta mulighet til å følge ordinær skolegang og at individuelle tiltak hadde blitt truffet for å møte hennes behov.

¹⁶⁶ *Koniarska mot Storbritannia*, dom avsagt 12. oktober 2000, pkt. 1 avsnitt 14

¹⁶⁷ *Aerts mot Belgia*, dom avsagt 30. juli 1998

¹⁶⁸ CCPR General Comment no. 35 (2014) Article 9 (Liberty and security of person) nr. II

dommen at frihetsberøvelsen må skje «in a setting (open or closed) designed and with sufficient resources for the purpose».¹⁶⁹

Institusjonens ansatte må ha kompetanse til å drive (sosial-) pedagogisk utviklingsarbeid og en individuelt tilpasset plan for å få barnet med på dette endringsarbeidet. Det må også være en sammenheng mellom grunnlaget for plasseringen og behovet for pedagogiske tiltak. I en sak var formålet med plasseringen å hindre at en jente på 14 år tok abort. Dette ble ikke godtatt som en begrunnelse av en frihetsberøvelse med sikte på pedagogisk endringsarbeid, og Polen ble her naturlig nok dømt for brudd på EMK art. 5.¹⁷⁰

Egnethetskravet i EMK art. 5 nr. 1 bokstav d vil medføre at frihetsberøvelse i opplæringsøyemed ikke kan være et passivt oppbevaringstiltak, men at det arbeides på en pedagogisk måte i institusjonen.¹⁷¹ Kravet i henhold til proporsjonalitetsprinsippet egnethetskrav om at det skal være samsvar mellom mål og middel, kommer også til uttrykk i barnevernslovens § 6-2 fjerde ledd, som er krav om at institusjonen må være faglig og materielt i stand til å tilby barnet «forsvarlig hjelp» [min kursivering].¹⁷² Etter EMK art. 5 er det forholdet mellom middelet, her frihetsberøvelsen, og målet med «educational supervision» for det aktuelle barnet som skal vurderes. Bvl. § 6-2 bør imidlertid utformes i samsvar med EMK art. 5. EMD vil etter denne bestemmelsen vurdere om institusjonen er en pedagogisk institusjon ved at det finnes personell med pedagogisk kompetanse, og ved at det tilbys et pedagogisk program som gir faglig opplæring og opplæring i det EMD kaller «life skills and social skills».¹⁷³ Etter en proporsjonalitetsvurdering vil grunnene (inngrepsbehovet) måtte være sterkere ved frihetsberøvelse enn ved tiltak av lavere intensitet (inngrepsintensiteten).

11.4.5 Behov for å bruke en frihetsberøvelse for å nå målet

Selv om institusjonen er egnet, er det likevel ikke sikkert at en frihetsberøvelse kan skje. Det må også foretas en vurdering av om inngrepsbehovet (barnets hjelpebehov), kun kan løses gjennom en frihetsberøvelse, eller om det finnes mindre inngripende tiltak som vil oppfylle behovet på en tilstrekkelig måte. Det menneskerettslige behovskravet stiller krav om at det ikke finnes mindre inngripende tiltak enn frihetsberøvelse som kan brukes (krav om

¹⁶⁹ *Bouamar mot Belgia*, dom avsagt 27. juni 1988 avsnitt 50–52

¹⁷⁰ *P. og S. mot Polen*, dom avsagt 30. oktober 2012

¹⁷¹ *D.G mot Irland*, dom avsagt 16. mai 2002, avsnitt 84

¹⁷² HR-2021-640-A – hvor det mangler årsakssammenheng

¹⁷³ *Koniarska mot Storbritannia*, dom avsagt 12. oktober 2000, pkt. 1 avsnitt 14

siste utvei), og om at frihetsberøvelsen opphører når den ikke lenger er nødvendig (krav om kortest mulig tidsrom), enten fordi barnets behov kan ivaretas med mindre inngripende tiltak, eller fordi barnet kan klare seg uten tiltak fra barnevernet. Når det skal tas stilling til om det er *behov* for frihetsberøvelse, og om frihetsberøvelse er siste utvei, må det foretas en vurdering av forholdet mellom barnets inngrepsbehov og frihetsberøvelse som ønsket middel for å dekke dette behovet. Dersom barnets behov kan dekkes med mindre inngripende midler enn en frihetsberøvelse (se de ulike alternative midlene i figur), skal dette alternativet velges, og frihetsberøvelsen vil da ikke lenger være siste utvei, slik også BK art. 37 bokstav b krever. Det er ikke tillatt å gå lenger opp på stigen enn det som er nødvendig i det enkelte tilfellet. EMD må bli overbevist om at dette barnets behov ikke kan løses med det mindre inngripende midler, dersom frihetsberøvelsen skal kunne legitimeres innenfor EMK art. 5 nr. 1 bokstav d. Barnevernstjenesten vil derfor ha en plikt etter EMK art. 5 til å lette på restriksjonene dersom de ikke lenger er nødvendige for å nå målet. Minstemiddelkravet betyr ikke at man har en plikt til å starte med det mildeste inngrepet og gå oppover på en trappetige dersom det mildere tiltaket ikke fungerer. Behovskravet er et krav om at man skal finne det tiltaket som konkret er nødvendig, og aldri gå høyere opp på maktmiddelstigen enn dette.

Behovskravet får også innvirkning på lengden av tiltaket. Tiltak etter EMK skal aldri vare lenger enn nødvendig. Det betyr at en frihetsberøvelse skal opphøre før lengstefristen dersom den ikke lenger står i forhold til barnets behov. For hver dag et barn er underlagt en frihetsberøvelse, blir inngrepet mer tyngende. I barnevernslovens § 6-2 angis det at barn kan institusjonsplasseres i 12 måneder, men i særlige tilfeller i inntil 2 år. Tvangstiltak etter bvl. § 6-2 må opphøre når barnet fyller 18 år, jf. bvl. § 1-2 Det er da kun barn som senest blir institusjonsplassert før 16-årsdagen som kan få hjelp av barnevernet på denne måten i hele den to år lange perioden. Det finnes ingen absolutte lengdebegrensninger for frihetsberøvelse, verken i EMK, BK eller SP, men det fremgår av BK art. 37a at frihetsberøvelser skal være for kortest mulig tidsrom. EMD har heller ikke satt noen slike absolutte lengdebegrensninger. Etter EMK art. 5 vil lengden følge kravet om proporsjonalitet, dvs. stå i forhold til behovet for inngrepet. Jo sterkere behovet er for at barnet skal kunne holdes frihetsberøvet, jo lengre frihetsberøvelser vil kunne tillates. Det er den tiden som konkret er nødvendig for akkurat dette barnet, som til enhver tid må vurderes. Dersom omstendighetene er slik at barnet fortsatt har et sterkt behov for hjelp etter en tid i institusjon, fordi det fortsatt

utsetter sin egen helse og utvikling for alvorlig fare, vil lengre frihetsberøvelser kunne tillates. Det er derfor ikke mulig å si at 24-månedersregelen i dag er innenfor EMK art. 5, eller at lengre opphold vil kunne legitimeres på generelt grunnlag. Lengden på frihetsberøvelsen må avgjøres konkret ut fra det individuelle behovet og ut fra virkningene den har på barnet. I sakene om frihetsberøvelse etter EMK art. 5 nr. 1 bokstav d som har vært prøvd for EMD, har det vært godtatt frihetsberøvelse av en jente på 13 år med alvorlig og sammensatt problematikk (ustabilt familieliv, gjentatte rømningsforsøk og fare for prostitusjon) i saken *D.L mot Bulgaria*. Jenta hadde her vært frihetsberøvet i ett år og ni måneder på tidspunktet for EMDs dom, og målet med plasseringen var å hindre henne fra en alvorlig utviklingsrisiko.¹⁷⁴ EMDs flertall kom til at et tiltak av denne lengden var proporsjonalt. Alternative tiltak var i denne saken forsøkt. Mindretallet på én dommer mente at det forelå et brudd på EMK art. 5 nr. 1 bokstav d fordi det ikke var satt en sluttdato for jentas opphold på institusjonen.¹⁷⁵ Saken viser at EMD er villige til å godta lange opphold selv i tilfeller der det er tale om en total frihetsberøvelse, og selv når barnets alder er lav, så lenge behovet er sterkt og institusjonen er egnet til å hjelpe. Behovskravet tilsier imidlertid at tiltaket skal gå lenger ned på maktmiddelstigen (se tabell) dersom det ikke lenger er grunnlag for det sterkeste tiltaket frihetsberøvelse, og ut av institusjonstiltak dersom det ikke lenger er behov for institusjonsplassering. Dersom man tenker seg et gradert system, vil det kunne være mulig at tiden barnet må bo i institusjon mot sin vilje, er lengre enn i henhold til dagens regler, men dette forutsetter at barnet bor i institusjon uten de strengeste restriksjonene i deler av oppholdstiden. Jeg anbefaler derfor at om frihetsberøvelser i lukket institusjon skal kunne tillates, kan ikke frihetsberøvelsen opprettholdes i mer enn seks måneder. Den neste perioden må være i en åpen institusjon, men kan ha muligheter til restriksjoner som i dag, og frihetsberøvelsen bør ikke opprettholdes i mer enn to år, fortrinnsvis kortere. Den tredje perioden barnet skal kunne måtte bo i institusjon, må være uten andre restriksjoner.

11.4.6 Inngrepsbehovet må stå i et rimelig forhold til inngrepsintensiteten

Det siste spørsmålet som må stilles etter en proporsjonalitetsvurdering, er om det er rimelig at barnet må tåle en frihetsberøvelse for at det skal kunne hjelpes.

¹⁷⁴ I saken *D.L mot Bulgaria*, dom avsagt 19. mai 2016

¹⁷⁵ *D.L. mot Bulgaria*, dom avsagt 19. mai 2016 avsnitt 18–20

Proporsjonalitetsvurderingen tilsier at jo sterkere inngrep er, jo sterkere må grunnene for inngrepene være. I *D.L. mot Bulgaria* ble terskelen for legitimering satt til å skulle være å hindre «serious risks for the child’s development».¹⁷⁶ En frihetsberøvelse er, også for voksne, å regne som et av de sterkeste inngrepene man kan utsettes for.¹⁷⁷ Blant annet på grunn av barns tidsopplevelse, samt behovet for sosialisering med jevnaldrende, er frihetsberøvelser å regne som enda sterkere inngrep overfor et barn. Grl. § 104 og BK art. 3 krever at det anlegges et barneperspektiv på analysen.

Det spesielle med frihetsberøvelsene med omsorgsformål er at hensynet til barnet kommer inn på begge sider i vurderingen. Det er barnet selv som skal gis bedre muligheter gjennom frihetsberøvelsen, og det er også barnet som må tåle det inngrepet som en frihetsberøvelse innebærer. Omsorgsinngrepene vil derfor komme annerledes ut i en proporsjonalitetsvurdering enn frihetsberøvelser med et samfunnsbeskyttende mål.¹⁷⁸ Fordi barnevernet ikke skal være et samfunnsvern, har ikke staten noen egen interesse i en slik avveiing. For de frihetsberøvende omsorgsinngrepene vil statens behov være sammenfallende med det som fastlegges som barnets behov.

Statens inngrepsbehov	Inngrepsintensitet overfor barnet
Styrken av barnets behov for hjelp og beskyttelse	Hvor tyngende tiltaket er, og blir, for det konkrete barnet

Rimelighetsvurderingen skal også skje i forholdet mellom de to størrelsene som skal prøves. Et inngrep kan være forholdsmessig dersom behovet for frihetsberøvelse som omsorgstiltak er sterkt, mens det kan være uforholdsmessig dersom behovet for tiltaket er mindre. Og grunnlaget for frihetsberøvelse på nivå 13 og 14 i tabellen – dvs. tiltak med høy intensitet – vil måtte være sterkere enn for ordinær tvangsplassering på nivå 8 og 9, og langt sterkere enn for tiltak på nivå 2 og 3. Hvorvidt tiltaket er forholdsmessig, vil avgjøres etter en konkret vurdering av behovet for inngrepet holdt opp mot inngrepsintensiteten objektivt sett,

¹⁷⁶ *D.L. mot Bulgaria*, dom avsagt 19. mai 2016, avsnitt 74

¹⁷⁷ Dette kommer blant annet til uttrykk gjennom plasseringen av frihetsinngrepene i konvensjonens i artikkel 5, etter retten til liv (EMK art. 2), og forbudet mot tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling i EMK art. 3.

¹⁷⁸ Slik som f.eks. i varetektssaker, hvor målet er effektiv kriminalitetsbekjempelse – for samfunnets skyld, Havre, Merete: «Varetektsfengsling og proporsjonalitetsprinsippet – en balansetest» (2015)

men det skal nå legges til subjektive forhold som gjør inngrepet ekstra tyngende for akkurat dette barnet. Inngrepsintensiteten vil påvirkes av barnets alder, modenhet, robusthet, kultur, språk, traumer, psykisk helse og andre individuelle forutsetninger. I vurderingen av rimeligheten etter EMK art. 5 nr. 1 bokstav d vil det også kunne sees hen til om det foreligger brudd på andre bestemmelser, slik mindretallet gjorde i saken *DL mot Bulgaria*.¹⁷⁹Også rimelighetsvurderingen av proporsjonalitetsvurderingen må synliggjøres i barnevernsloven. Lovgivningen må også gjenspeile graderingen av inngrepsbehovet for å kunne tillate sterkere inngrep i frihetsrettighetene. Bvl. § 6-2 gjør til en viss grad dette, når det slås fast at nemnda kun i *særlige tilfeller* kan forlenge et institusjonsopphold mot barnets vilje utover ett år. Dette er imidlertid et for svakt krav, og må endres. Det settes heller ikke noe krav til inngrepsbehovet for de første tolv månedene, slik at det ikke er mulig å se i lovgivningen at inngrepsbehovet har økt. For kortere opphold kreves mindre sterke grunner. Lengre opphold krever sterkere grunner. Alle frihetsberøvelser er sterke inngrep og krever tilsvarende sterke grunner for å kunne legitimeres. Dersom frihetsberøvelser i lukkede institusjoner skal kunne legitimeres, må det kreves at barnets problematikk er særdeles alvorlig og sammensatt. Om reglene opprettholdes som i dag, må det kreves at barnets problematikk er alvorlig og sammensatt, mens en institusjonsplassering uten restriksjoner kan skje når et barn har sammensatte behov som nødvendiggjør at barnet må bo i institusjon.

11.5 Konklusjoner og anbefalinger proporsjonalitetsvurderingen

Samlet kan de krav som kommer frem av EMK art. 5, kunne oppsummeres som at barn som utsetter sin egen helse og utvikling for alvorlig fare eller skade, kan frihetsberøves i en barnevernsinstitusjon dersom formålet er å gi barnet et (sosial-) pedagogisk opplæringstilbud. Institusjonen må tilby systematisk endringsarbeid som er egnet til at barnet kan bygge et bærekraftig liv for seg. Dersom barnet skal kunne frihetsberøves, kan det ikke finnes mindre inngripende midler som vil kunne beskytte barnet på samme måte. Dersom barnet skal kunne frihetsberøves, må det foretas en avveining mellom barnets behov for beskyttelse og bruken av frihetsberøvende tiltak. For de strengeste frihetsberøvende tiltakene må inngrepsbehovet være tilsvarende sterkt. Dersom behovet for tiltaket er særlig sterkt, vil også låste institusjoner kunne tillates en periode. Lengden av tiltaket vil også måtte avgjøres konkret ut fra hvor sterkt

¹⁷⁹ Mindretallet i *D.L mot Bulgaria*, dom avsagt 19. mai 2016

barnets behov for inngrepet er. Proporsjonalitetsvurderingene fordrer gradering av inngrepsbehovet; inngrepet kan være av en slik intensitet at det møter behovet, men ikke gå lenger enn dette. Proporsjonalitetsvurderingene er lite synlige i barnevernslovens bestemmelser i dag.

Det anbefales

- at det inntas en bestemmelse i bvl. § 6-2 om at institusjonen må kunne tilby barnet et pedagogisk opplæringsprogram som er *egnet* til å hjelpe barnet med å bygge et bærekraftig liv for seg selv
- at målet med institusjonsoppholdet kommer klart frem i lovgivningen
- at inngrepsbehovet graderes i lovgivningen holdt opp mot inngrepets styrke
- at lukkede barnevernsinstitusjoner kun godtas der barnets behov for tiltakene er særlig sterkt

DEL IV Vern av psykisk og fysisk integritet

Ingen barn skal utsettes for vilkårlig eller ulovlig innblanding i sitt privatliv, sin familie, sitt hjem eller sin korrespondanse, eller for ulovlige angrep mot sin ære eller sitt omdømme (BK art. 16)

Intet barn utsettes for tortur eller annen grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff (BK art. 37)

Partene skal treffe alle egnede lovgivningsmessige, administrative, sosiale og opplæringsmessige tiltak for å beskytte barnet mot alle former for fysisk eller psykisk vold, skade eller misbruk, vanskjøtsel eller forsømmelig behandling, mishandling eller utnytting, herunder seksuelt misbruk, mens en eller begge foreldre, verge(r) eller eventuell annen person har omsorgen for barnet (BK art. 19)

Kap. 12 Retten til vern om psykisk og fysisk integritet

12.1 Øvre og nedre grense ved vern av fysiske og psykisk integritet

I denne delen er det barns rett til vern om sin personlige integritet som berører barnet fysisk og psykisk som skal behandles. Etter EMK vil slike integritetskrenkende handlinger være vernet av bestemmelsen i EMK art. 8 om retten til respekt for privatliv, og i EMK art. 3 som gjelder forbudet mot tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling og straff. Barns fysiske og psykiske integritet er også vernet i GrL § 104. BK art. 19 gir rett til vern mot fysisk eller psykisk vold, skade eller misbruk, vanskjøtsel eller forsømmelig behandling, mishandling eller utnytting, enten de er under foreldrenes eller barnevernets omsorg. Alle handlinger mot noens vilje vil berøre dets integritet. Menneskerettsvernet har imidlertid en grense nedad mot begrensende omsorgshandlinger. Menneskerettsvernet har også en grense oppad mot handlinger av en slik art og grad at de bryter med det absolutte torturforbudet i EMK art. 3. I mellomkategorien finnes det et menneskerettslig handlerom til å gripe inn dersom begrensningene etter EMK art. 8(2) er oppfylte. Dette gir en slik inndeling:

Begrensende omsorgshandlinger	Omsorgsinngrep	Umenneskelig, nedverdiggende, tortur
Ikke omfattet av art. 8	Omfattet av EMK art. 8	Omfattet av EMK art. 3

Skillet mellom de ulike kategoriene vil være et spørsmål om art og grad av handlingene.

12.2 Fremstillingen videre

I kapittel 13 vil det redegjøres for handlinger som vil kunne falle utenfor det menneskerettslige vernet. I kapittel 14 redegjøres det for handlinger som er menneskerettslig vernet, men som det kan gripes inn i dersom de menneskerettslige begrensningene for inngrep følges, mens det i kapittel 15 redegjøres for de handlinger som vil være absolutte forbudte handlinger. I kapittel 16 tas samlet stilling til spørsmålene om fysisk makt ved forsøk på

rømning, og ved tilbakeføring etter rømning, om ulike skjermingstiltak kan legitimeres og om besøksforbud, og andre kontaktbegrensende tiltak kan legitimeres.¹⁸⁰

Kap. 13 Nedre grense: Grensetting under omsorgsansvaret

13.1 Grensen mellom begrensende omsorgshandlinger og omsorgsinngrep

Den nedre grensen for barns menneskerettslige vern av den psykiske og fysiske integritet, følger tiltak som ikke kan sies å være inngrep i en rettsbeskyttet rettighet. Alle handlinger som ansatte foretar seg overfor barna i institusjoner, skal skje av hensynet til barnet selv, eller av hensyn til de andre barna i institusjoner, og vil slik overordnet inngå som del av omsorgsansvaret institusjonen utøver overfor barnet. Det menneskerettslige omsorgsbegrepet vil positivt være regulert gjennom barnekonvensjonens krav om barns rett til omsorg og beskyttelse (kap. 7). Dersom barnet ønsker den beskyttelsen og omsorgen som barnevernet og barnevernsinstitusjonen tilbyr, vil barnevernets tilbud være et rent velferdsrettslig tilbud til barnet. Denne klare omsorgshandlingen ligger i kjernen av omsorgsbegrepet. Dersom barnet ikke ønsker denne beskyttelsen og omsorgen som tilbys fra de ansatte, vil omsorgsbegrepet også ha en negativ side, beskyttet av de sivile og politiske frihetsrettighetene i SP, BK og EMK. Spørsmålet i dette kapitlet blir om også handlinger *mot* barnets vilje – en *paternalistisk* omsorgshandling – kan legitimeres innenfor omsorgsansvaret og derfor ligger utenfor de menneskerettslige begrensningene. Jeg kaller disse for begrensende omsorgshandlinger (grensesetting under omsorgsansvaret). De menneskerettslig beskyttede omsorgshandlingene kaller jeg for omsorgsinngrep, og behandles i kap. 14.

13.2 Omsorgshandlinger mot barnets vilje – begrensende omsorgshandlinger

13.2.1 Rettigheter som forutsetning for rettighetsvernⁱⁱ

Grunnloven § 113 oppstiller et krav om at alle «inngrep» som det offentlige foretar seg, må ha hjemmel i lov. Etter EMK art. 8 nr. 2 kreves det at menneskerettslige begrensninger

¹⁸⁰ I den opprinnelige rapporten ble det tatt stilling til disse spørsmålene under hver av de vernede verdiene. Det er kun foretatt strukturelle, ikke innholdsmessige endringer.

inntreffer dersom det skjer en «interference by a public authority with the exercise of this right [...]». ¹⁸¹ Språklig vil det kun være mulig å snakke om et «inngrep» eller «interference» der det skjer en handling som berører noens rettigheter. Det er slik EMK art. 8 er bygget opp – som et vern mot inngrep i retten til «respekt for privatlivet», jf. EMK art. 8(1). Også GrL § 113 krever at det skjer et inngrep i vernede rettsgoder, selv om det ikke kommer til uttrykk direkte i ordlyden.¹⁸² Dersom det menneskerettslige vernet skal inntreffe, må det altså foreligge en rettsbeskyttet rettighet. Hvilke rettigheter som etter sin art og omfang er beskyttet av EMK art. 8, tas det stilling til i kap. 14. Dersom alle handlinger mot barnets frie vilje, skal omfattes av menneskerettsvernet, må det foreligge en menneskerettslig beskyttet rett til selvbestemmelse – en selvbestemmelsesrett, og denne rettigheten må også innebærer en frihet til å ta valg for seg selv som kan skade egen helse og utvikling.

Ingen av konvensjonene oppstiller noen selvbestemmelsesrett som en vernet rettighet, verken for voksne eller barn. Det kan diskuteres om en slik rett til selvbestemmelse følger av retten til respekt for privatliv i EMK art. 8(1). Retten til å ta beslutninger som kan skade ens egen helse, og som til og med kan være dødelige, som beslutninger om selvvalgt livsavslutning og om å nekte blodoverføring, har for *voksne* vært anerkjent å falle inn under retten til respekt for privatlivet i EMK art. 8.¹⁸³ Dette gjelder imidlertid kun dersom manglende selvbestemmelse vil utgjøre et inngrep i en annen rettsbeskyttet rettighet eller sentral verdi i menneskerettskonvensjonen. I saken *Pretty mot Storbritannia* (GC, 2002) ville manglende selvbestemmelse gi kvinnen, som led av en nevrologisk lidelse, et uverdigg liv. EMD viser til at «the very essence of the Convention is respect for human dignity and human freedom».¹⁸⁴ Kvinnen hadde derfor et vern etter EMK art. 8 nr. 1, fordi retten til verdighet er en sentral verdi av konvensjonen. I saken *Jehovas vitner i Moskva mot Russland* (2010), hvor retten til å nekte blodoverføring ble ansett vernet av EMK art. 8, var det retten til religionsfrihet som var den vernede rettigheten.¹⁸⁵ Dommene kan ikke tas til inntekt for en generell

¹⁸¹ Høyesterett har i Maria-dommen (Rt. 2015 s.93) lagt til grunn at GrL § 102 skal fortolkes med de samme begrensningene som EMK art. 8 nr. 2.

¹⁸² Dok. nr.16 (2011–2012) s. 249

¹⁸³ *Pretty mot Storbritannia*, dom avsagt 29. april 2002 og *Jehovas vitner i Moskva mot Russland*, dom avsagt 10. juni 2010

¹⁸⁴ *Pretty mot Storbritannia*, dom avsagt 29. april 2002 avsnitt 65

¹⁸⁵ *Jehovas vitner i Moskva mot Russland*, dom avsagt 10. juni 2010 avsnitt 136 til 142

selvbestemmelsesrett vernet av EMK art. 8 nr. 1.¹⁸⁶ Barnets valg om handlinger som kan skade deres helse og utvikling, som rusmiddelbruk, skadelig seksuell atferd mv, og barnets valg om å velge bort tiltak som fremmer deres utvikling, bl.a. gjennom utdanning, skole, søvn mv., vil, for barn, tvert imot ha en rettslig beskyttelse den andre veien, gjennom FNs barnekonvensjon. Det er vanskelig å se for seg at EMD skulle sette til side hensynet til barns beskyttelsesbehov for å tilkjenne dem en selvbestemmelsesrett.

Det kan heller ikke utledes noe generelt vern av en selvbestemmelsesrett etter SP art. 17. Bestemmelsen omfatter blant annet muligheten til å uttrykke sin identitet,¹⁸⁷ vern mot fysisk¹⁸⁸ og psykisk integritet,¹⁸⁹ lagring av personopplysninger,¹⁹⁰ og seksuell orientering.¹⁹¹ Det er heller ikke ved tolking av denne bestemmelsen lagt til grunn at individene har en generell selvbestemmelsesrett, men også her er voksne tilkjent en slik rett på noen begrensede områder.¹⁹²

Barnekonvensjonen har heller ingen regler om selvbestemmelse. Tvert imot viser art. 12, som slår fast at barnets mening skal tillegges større og større vekt etter hvert som barnet blir eldre og modnere, at barn *ikke* har noen generell selvbestemmelsesrett. FNs barnekomité påpeker at de ulike landene bør innføre aldersgrenser som gjør at barn gis gradvis større ansvar for seg selv og sine egne beslutninger som en del av det «livskurset» ungdomstiden er, og at denne transformeringen fra en situasjon hvor barnet er avhengig av de voksnes beslutninger, til en situasjon hvor barnet har større ansvar, skal komme til uttrykk i lovgivningen.¹⁹³ Barnekomiteen viser til at lovgivningen skal anerkjenne at ungdom tar mer og mer ansvar for sine egne handlinger og valg. Lovreglene skal balansere barns rett til beskyttelse og respekten for ungdommers «evolving capacity», jf. BK art. 3 nr. 2 og 6 nr. 2.¹⁹⁴

¹⁸⁶ Slik også Havre og Langeland (2023 – under publisering) og Havre og Køhler-Olsen (2023 – under publisering) med videre henvisninger

¹⁸⁷ Nordeide, Ragnar: Karnov lovkommentar til SP art. 17, (2022) med henvisning til G. mot Australia, «Views» 17. mars 2017 avsnitt 7.2

¹⁸⁸ Som for eksempel intime kroppslige forhold ved kroppsvisitasjoner, se Nordeide, Ragnar: Karnov lovkommentar til SP art. 17 (2022) med henvisning til Boodoo mot Trinidad og Tobago, «Views» 2. april 2002.

¹⁸⁹ Ibid med henvisning til Mellet mot Irland, «Views» 31. mars 2016

¹⁹⁰ CCPR General Comment No. 16 (1988): Article 17 (Right to Privacy) The right to respect of privacy, family, home and correspondence, and protection of honour and reputation, avsnitt 10

¹⁹¹ Toonen mot Australia, «Views» 31. mars 1994

¹⁹² Som for eksempel hovedregelen om samtykke til helsehjelp etter pasient- og brukerrettighetsloven § 4-1.

¹⁹³ CRC General Comment No. 20 (2016) on the implementation of the rights of the child during adolescence, avsnitt 39

¹⁹⁴ Ibid avsnitt 18 til 20, 22 og 39 til 40

Barnekomiteen anbefaler at det bestemmes en alder hvor barn kan ta medisinske beslutninger, samtykke til adopsjon, samtykke til navnebytte, ta valg om egen seksualitet og velge høyere skole. Slike regler er også statuert i ulike deler av nasjonal lovgivning.¹⁹⁵ På noen områder begrenses imidlertid statens adgang til å gi barn selvbestemmelsesrett, for eksempel om inngåelse av ekteskap, militær deltakelse, skadelig arbeid, ved at det ikke kan settes en lavere aldersgrense enn 18 år, jf. BK art. 3 nr. 2 og art. 6 nr. 1. Det er derfor klart at barn på noen områder aldri kan gis en rett til å bestemme selv. Barns selvbestemmelse som en del av utviklingen er ellers knyttet til betydningen av å ta ansvar for egne valg på veien til voksenlivet.¹⁹⁶ Hovedregelen etter BK er derfor motsatt: Barn har *ikke* en generell selvbestemmelsesrett, men kan etter en balansert avveining av hensynet mellom autonomi og beskyttelse tilkjennes selvbestemmelse på noen områder.

Så lenge det ikke finnes noen rettsbeskyttet rett til selvbestemmelse, vil det menneskerettslige vernet kun inntreffe der rettighetene er uttrykkelig fastsatt som rettsbeskyttede goder, enten nasjonalt eller gjennom menneskerettskonvensjonene.

I bvl. § 10-2 heter det imidlertid: «Barn skal kunne bestemme i personlige spørsmål, bevege seg fritt innenfor og utenfor institusjonens område, fritt kommunisere med andre, herunder bruke elektroniske kommunikasjonsmidler og motta besøk» Selv om denne rettigheten ikke gjelder ubegrenset, og det er anledning til å sette begrensinger for barnet som del av omsorgsansvaret også i dag, kan det stilles spørsmål ved om det å angi selvbestemmelse som hovedregel, vil kunne stride mot FNs barnekonvensjon.¹⁹⁷

For å sikre oppfyllelse av den menneskerettslige plikten til å beskytte barn og gi barn forsvarlig omsorg etter BK bør derfor bestemmelsen om barns rett til å bestemme selv tas ut av loven. Plikten til å beskytte barnet fra skader og farer, og til å sette i verk utviklingsfremmende tiltak overfor barnet etter BK, vil uansett gå foran bvl. § 10-2, jf. mrl. § 2 og 3. Det kan stilles spørsmål ved om dagens lovgivningsteknikk med fastlegging av en rettighet, og en vid unntaksbestemmelse ut fra alder og modenhet, er en bestemmelse som gir uheldige signaler til barna, og som kan føre til unødige konfliktsituasjoner med de voksne.

¹⁹⁵ Ibid avsnitt 39 til 40, jf. trossamfunnsloven § 2, straffeloven § 304, og pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 første ledd

¹⁹⁶ CRC General Comment No. 20 (2016) on the implementation of the rights of the child during adolescence, avsnitt 39 til 40

¹⁹⁷ Havre og Køhler- Olsen(2023)

Bestemmelsen er ikke nødvendig for å sikre barns frihetsrettigheter etter EMK, Grunnloven og BK.

Det anbefales

- at barns rett til å selv bestemme i personlige spørsmål tas ut av barnevernsloven § 10-2

13.2.2 Inngrep som forutsetning for menneskerettslig vernⁱⁱⁱ

Selv om man har en rettsbeskyttet rettighet vernet av menneskerettskonvensjonene, vil ikke rettigheten være menneskerettslig beskyttet før terskelen for «inngrep» nås, jf. EMK art. 8 nr. 2 og Grl. § 113. Det må derfor tas stilling til om den begrensende omsorgshandlingen påvirker en individbeskyttet rettighet på en slik måte og i en slik grad at den faller innenfor bestemmelsens virkeområde. Substantivet «inngrep», som brukes i Grunnloven, og den engelske versjonen «interference», som kommer fra verbet «å gripe inn», viser til en aktiv handling. «Inngrep» viser til negative begrensninger, som å hindre, forstyrre, regulere eller kontrollere andre.¹⁹⁸ Positive begrensninger som å hjelpe og beskytte vil derfor ikke normalt regnes som inngrep. Dette endrer likevel karakter når barnet ikke ønsker denne omsorgen eller hjelpen. Begrepet «inngrep» er et sterkere uttrykk enn begrepet «offentlige handlinger», og viser rent språklig til at ikke enhver offentlig handling er underlagt Grl. § 113 og EMK art. 8. Menneskerettighetsutvalget la til grunn at det må foreligge *kvalifiserte forhold* som rammer den enkelte, dersom en handling skal regnes som et inngrep i grunnlovens forstand.¹⁹⁹ Heller ikke alle begrensninger med negative virkninger for en persons integritet blir ansett som en «interference» etter EMK art. 8, nr. 2.²⁰⁰ Det finnes ikke noen generell uttalelse fra EMD om hva som er den nedre grensen for å regne noe som en «interference», men dette må begrunnes konkret ut fra det enkelte saksforholdet og handlingens art og grad.²⁰¹ Saken *Costello-Roberts mot Storbritannia* (1993) dreide seg om en elev som etter å ha brutt skolens

¹⁹⁸ Ordnett.no, søk 13.09.2022

¹⁹⁹ Dok. nr. 16 (2011-2012) s. 247

²⁰⁰ Aasen, Henriette Sinding: «Pasienters rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling», (2000) s. 325.

²⁰¹ Stub, Marius: «§102» (2021) s. 1150. At også Høyesteretts dom sårsteldommen må forstås i lys av en konkretisering av inngrepets art og grad, er lagt til grunn av Havre, Merete i «Nyanser av grått. Hjemmelskrav for tvangsbruk med omsorgsformål i barneverninstitusjoner» (2016), og i Havre, Merete og Langeland, Julie: «Med lov skal pasientene pleies? – Legalitetsprinsippet ved begrensende omsorgshandlinger i helseretten» (under publisering 2023).

regler ble utsatt for fysisk refselse av en ansatt på skolen. Den fysiske refselsen besto i at eleven ble slått tre ganger over baken med en gummisko. Til tross for at det var på det rene at refselsen innebar et visst inngrep i retten til fysisk integritet, kom domstolen til at den ikke medførte et «inngrep», og det ble dermed ikke konstatert krenkelse. EMD la i denne sammenhengen vekt på at handlingen eleven ble utsatt for, «did not *entail adverse effects* for his physical or moral integrity sufficient to bring it within the scope of the prohibition contained in Article 8» [min kursivering].²⁰² Standpunktet i *Costello-Roberts mot Storbritannia* er bekreftet i *Bensaid mot Storbritannia* (2000). Retten uttalte i denne sammenheng at «[n]ot every act or measure which *adversely affects* moral or physical integrity will interfere with the right to respect to private life guaranteed by Article 8» [min kursivering].²⁰³ Enda et eksempel på at inngrepskriteriet møter en terskel, er avvisningsavgjørelsen i *Berlinski mot Polen* (2001). I dette tilfellet ble en poliklinisk, psykiatrisk undersøkelse ikke ansett for å være tilstrekkelig inngripende til at klageren var vernet etter EMK art. 8. Selv om retten anerkjente at den pålagte psykiatriske undersøkelsen forårsaket pasienten en viss «inconvenience», la retten avgjørende vekt på at «there is no evidence that the sources of this inconvenience *were sufficient to raise an issue* of failure to respect private life under paragraph 1 of Article 8 [min kursivering]». ²⁰⁴ Dette betyr at det finnes et skjønnsmessig handlerom både for lovgiver og for barnevernsinstitusjonene til å utøve sin plikt etter FNs barnekonvensjon til å beskytte barn og gi dem forsvarlig omsorg uten at de menneskerettslige begrensningene i frihetsrettighetene inntreffer. EMD har også eksplisitt godtatt at frihetsberøvede, mer sårbare individers behov for rettsikkerhet, også må kunne avveies mot profesjonenes behov for å vurdere hva som er best i den enkelte sak. I saken *Munjaz mot Storbritannia* heter det:

«In the Court's view, determining the appropriate degree of discretion in this area is essentially one of balance between two competing considerations. On the one hand, the State must be alive to the fact that people who are detained because they suffer from mental health problems – whether dangerous or not – are particularly vulnerable detainees. Seclusion, even when clinically justified, puts them in an even more

²⁰² *Costello-Roberts mot Storbritannia*, dom avsagt 25. mars 1993 avsnitt 36

²⁰³ *Bensaid mot Storbritannia*, dom avsagt 25. januar 2000 avsnitt 46

²⁰⁴ *Berlinski mot Polen*, dom avsagt 18. januar 2001 avsnitt 8

vulnerable position than normal since they are, as the applicant has observed, at the mercy of those responsible for their care [...]. On the other hand, there is a need for appropriate deference to be accorded to expert mental health practitioners. At the operational level, it must be for practitioners to decide when seclusion will be the necessary and appropriate form of treatment for a particular patient. At the policy level, there will be a need to take into account the fact that not all hospitals will have the same type of patient or security classification. A degree of flexibility rather than excessive rigidity will be required in such a difficult and sensitive area of public health.

».²⁰⁵

13.2.3 Noen grensespørsmål – disiplinærreaksjoner som begrensende omsorgshandling

Det er klart at de ansatte i barnevernsinstitusjoner både har en rett, og en plikt til å sette grenser for barna, slik at barna ikke skader sin egen helse og utvikling, mens barna bor i institusjoner. Dette innebære bl.a. at det kan settes krav til at barna deltar i dagtilbud, utfører nødvendige oppgaver, får nok søvn, gjør skolearbeid, avstår fra rusmidler, ikke pleier omgang med andre barn eller voksne som er uheldig for dem, eller som også vil kunne være farlige for dem mv. At kravene kan settes som del av omsorgsansvaret, og utenfor det menneskerettslige vernet må være klart. Spørsmålet blir om hva som kan skje dersom barnet ikke følger kravene de voksne setter. Det er trolig vanlig i alminnelig barneoppdragelse og innenfor sosialpedagogikk og atferdsteori at det settes konsekvenser for brudd på regler, for eksempel at barnet må være på rommet sitt, eller ikke får delta i fritidsaktiviteter dersom det ikke går på skole, at det ikke får gå ut med venner på ettermiddager dersom det ikke går på skole, at det trekkes i ukelønn om man ikke gjør oppgavene sine, at man får ukelønn der man gjør oppgaver mv. I fengsler og også i barnevernsinstitusjoner, kanskje særlig i de kollektivistiske institusjonene, brukes gjerne ulike trinnsystemer, hvor barna får flere og flere goder etter hvert som de viser at regler overholdes, og mister slike goder igjen dersom reglene ikke overholdes. Det rettslige spørsmålet blir om man også innenfor omsorgsansvaret, vil kunne sette slike konsekvenser, uten at de menneskerettslige begrensningene i EMK art. 8(2)

²⁰⁵ *Munjaz mot Storbritannia*, dom avsagt 17. juli 2012, avsnitt 90

inntreffer. Dersom barnet er tvangsplassert i institusjon, legger EMD til grunn at en del av disiplineringen allerede ligger i tvangsgrunnlaget med det å bo i en institusjon, slik at det av denne grunn ikke alltid oppstår et nytt menneskerettslig spørsmål etter EMK art. 8 for disse konsekvensene som settes.²⁰⁶ Dersom barnet ikke er tvangsplasserte, eller uavhengig av tvangsgrunnlag, vil det følge av menneskerettighetenes nedre grense, at heller ikke alle konsekvenser for brudd på de kravene som oppstilles, vil være menneskerettslig vernet. Det at barnet må oppholde seg på rommet sitt den dagen det ikke går på skolen, og det ellers har sine eiendeler og kommunikasjonsmidler på rommet, vil trolig ikke nå opp til terskelen «inngrep» i EMK art. 8(2). Dersom dette skjer hyppig og etterfølgende vil det imidlertid bli sterkere og sterkere handlinger, og vernet i EMK art. 8 vil inntreffe. Om barnet i tillegg isoleres, gjennom å fratas alle kommunikasjonsmidler vil samme tiltak også kunne nærmere seg den absolutte forbudsgrensen i EMK art. 3.

I disiplineringstiltak ligger det at man vil påvirke handlingsmønsteret, og at barna da, så lenge reglene er kjent, også kan ta et valg om å for eksempel delta i skole istedenfor å bli ilagt disiplinærreaksjonen, som for eksempel kan være å måtte oppholde seg på rommet. Slike disiplineringstiltak gjennom å miste goder, godtas av CPT, som har en kontrollfunksjon med tanke på forebygging av tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling, også der det barnet ellers er frihetsberøvet.²⁰⁷ Det blir mindre inngripende der barna, slik som hovedregel etter barnevernsloven tilsier, ikke vanligvis er berøvet sin frihet. CPT påpeker derimot i noen av sine rapporter at disiplinærreaksjoner ikke må medføre at frihetsberøvede barn, fratas *alle* goder – altså settes i null, for eksempel fratas muligheten til sosialisering, se på TV, trene, delta i fritidsaktiviteter mv. Dette vil da utløse både et vern etter EMK art. 8, og vil kunne nærme seg vernet etter EMK art. 3. At barnet må være på rommet sitt uten andre restriksjoner, med alle sine personlige eiendeler, med tilgang til både mobil og internett, setter ikke barnet i null. Andre disiplineringstiltak som å ta barna ut av institusjoner, og med på turer av lenger varighet borte fra det som er hjemmet deres, vil trolig bevege seg over i inngrep som er menneskerettslig beskyttet etter EMK art. 8(2).

²⁰⁶ Blant annet *D.G. mot Irland*, dom avsagt 16. mai 2002 avsnitt 105 med videre henvisninger

²⁰⁷ CPT/Inf (2020) 18: Report on the visit to The United Kingdom, avsnitt 134

13.3 Oppsummert: Tredelt omsorgsbegrep

Menneskerettsvernet følger ikke autonomibegrepet i den forstand at «alt som ikke er frivillig, er tvang», men følger rettighetsbegrepet og inngrepskriteriet.²⁰⁸ Dette fører til at det finnes et tredelt omsorgsbegrep for ansattes handlinger overfor barna i institusjoner:

Rene omsorgshandlinger (autonome)	Begrensende omsorgshandlinger (paternalistiske)	Omsorgsinngrep (paternalistiske)
	Krever ikke menneskerettslige begrensninger	Krever at de menneskerettslige begrensningene følges

Selv om det ikke er en menneskerettslig plikt til dette, bør de begrensende omsorgshandlingene ikke stå helt uten rettssikkerhetsgarantier. I et tidligere arbeid har jeg utledet en norm for å sikre de begrensende omsorgshandlingene, basert på Høyesterett sin dom i Rt. 2010 s. 612 i 2016 (sårstelldommen).²⁰⁹

Normen tilsier

- at begrensende omsorgshandlinger uten hjemmel i lov kan kun tillates der det foreligger et klart omsorgsformål
- at begrensende omsorgshandlinger uten hjemmel i lov kun kan tillates der handlingens art og grad tillater det
- at begrensende omsorgshandlinger uten hjemmel i lov kun kan tillates der handlingen ligger innenfor en profesjonsetisk faglig standard

Det anbefales

- at en slik norm for begrensende omsorgshandlinger lovfestes i barnevernsloven.

²⁰⁸ Havre, Merete og Langeland, Julie: «Med lov skal pasienten pleies? – Legalitetsprinsippet ved begrensende omsorgsbehandling i helseretten» (under publisering 2023)

²⁰⁹ Havre, Merete, «Nyanser av grått»- hjemmelskrav for tvangsbruk med omsorgsformål i barnevernsinstitusjoner (2016).

Departementet, eller direktoratet bør i rundskriv til enhver tid gi uttrykk for den profesjonsfaglige og etiske normen om hvilke handlinger som anses å kunne skje uten lovhjemmel. På denne måten vil det være muligheter for å justere praksis etter for eksempel den digitale utviklingen, der ulike digitale flater gir muligheter for skadelige handlinger som ikke var påtenkt på lovgivningstidspunktet, slik som det blant annet ble vist til i Redd Barnas rapport «Internett – et stort mørkt rom».²¹⁰ Det bør også vurderes om de begrensende omsorgshandlingene også skal protokollføres, begrunnes og sendes til statsforvalteren selv om de ikke faller inn under rettighetsbegrepet i forvaltningslovens § 2, for å hindre vilkårlighet og misbruk av det profesjonsbestemte skjønnet. Fra disse handlingene som vil kunne tillattes innenfor omsorgsansvaret, og utenfor de menneskerettslige begrensningene, vil handlingens art og grad møte en grense for når en integritetskrenkende handling vil være vernet av bestemmelsen i EMK art. 8. Overgangen mellom dem er ikke entydig fastlagt.

Kap. 14 Omsorgsinngrep i retten til respekt for privatliv

14.1 Retten til vern av respekt for privatlivet i EMK art. 8 må balanseres mot retten til omsorg og beskyttelse - omsorgsinngrep

Dersom de integritetskrenkende handlingene mot barnas vilje, er av en slik art og grad at de vil utgjøre et inngrep i den beskyttede rettigheten til vern om respekt for barnas privatliv i EMK art. 8, vil det menneskerettslige vernet inntreffe.

14.2 Handlinger som etter sin art er omfattet av EMK art. 8

EMK art. 8 verner ulike typer begrensninger som etter sin art ikke er gitt et særskilt vern i de andre bestemmelsene i EMK. Dette betyr at frihetsinngrep som det er gitt et særskilt vern etter EMK art. 5 (frihet) og EMK fjerde tilleggsprotokoll art. 2 (bevegelse og fritt bosted), ikke også er omfattet av EMK art. 8. Retten til respekt for privatliv i EMK art. 8 (1) verner både kroppslige inngrep, fysiske inngrep, og andre integritetskrenkende handlinger.²¹¹ Vernet i EMK art. 8, må også suppleres med vernet i BK art. 16 som verner barns rett til «privacy».

²¹⁰ Rapport fra Redd Barna: «Internett – et stort mørkt rom» (2020)

²¹¹ For eksempel i *X. og Y. mot Nederland*, dom avsagt 26. mars 1985 avsnitt 22

Begrepet «private life» i EMK art. 8 nr. 1 er et vidt begrep som ikke kan gis en uttømmende definisjon.²¹² EMD viser til at begrepet kan omhandle aspekter av fysisk og sosial identitet – typisk spørsmål om kjønnsidentitet, navn, seksuell orientering og seksualliv, som en del av den personlige sfæren.²¹³ Artikkel 8 beskytter også retten til personlig utvikling, og utvikling av relasjoner med andre mennesker utenfor landegrensene.²¹⁴ Det heter f.eks. i *Munjaz mot Storbritannia*: «The notion of private life is a broad concept and covers, *inter alia*, the physical and psychological integrity of a person, the right to personal development and the right to establish and develop relationships with other human beings and the outside world». Selv om selvbestemmelse, i seg selv, ikke er en rettsbeskyttet rettighet etter EMK art. 8, heter det videre i dommen at «the notion of personal autonomy is an important *principle* underlying the interpretation of the guarantees of Article 8 [...] » [min utheving].²¹⁵ Retten til respekt for privatliv omfatter videre et kroppslig integritetsvern, slik også EMK art. 3 beskytter mot de alvorligste tilfellene av integritetskrenkende handlinger uten legitimt formål. Dersom tiltaket ikke når opp til terskelen i EMK art. 3, vil det kunne være omfattet av EMK art. 8. Dette gjelder både bruk av fysisk makt, kroppsvisitasjoner og ulike former for rusmiddeltesting. Fysisk maktbruk utenfor i akutte faresituasjoner vil etter sin art alltid måtte anses som omfattet av EMK art. 8.²¹⁶ Retten til privatliv i EMK art. 8 nr. 1 inneholder en rett til kontakt med andre, også der man er berøvet sin frihet. EMD har derfor behandlet flere saker om isolasjon av frihetsberøvede etter EMK art. 8, se kap. 15. Retten gjelder også vern av kontroll av kommunikasjon med andre (kommunikasjonskontroll), slik også BK art. 16 direkte uttrykker gjennom begrepet korrespondanse, jf. nr. 1. Det vil særlig være spørsmål om handlinger som gjør at det må brukes fysisk makt, at barnet begrenses i sin kontakt med andre jevnaldrende, og at barna på ulike måter skjermes fra de andre beboerne i institusjonen, som vil være aktuelle handlinger mot barna i barnevernsinstitusjoner som etter sin art er vernet av EMK art. 8(1).

²¹² *Niemietz mot Tyskland*, dom avsagt 16. desember 1992, avsnitt 29

²¹³ For eksempel i *B. mot Frankrike*, dom avsagt 25. mars 1992, avsnitt 63, *Burghartz mot Sveits*, dom avsagt 22. februar 1994, avsnitt 24, *Dudgeon mot Storbritannia*, dom avsagt 22. oktober 1981, avsnitt 41, og *Laskey, Jaggard og Brown mot Storbritannia*, dom avsagt 19. februar 1997, avsnitt 36

²¹⁴ *Niemietz mot Tyskland*, dom avsagt 16. desember 1992, avsnitt 29, og *Botta mot Italia*, dom avsagt 24. februar 1998, avsnitt 32

²¹⁵ Med videre henvisninger til *Pretty mot Storbritannia*, dom avsagt 29. april 2002, avsnitt 61.

²¹⁶ Havre, Merete: «Nyanser av grått - hjemmelskrav for tvangsbruk med omsorgsformål i barnevernsinstitusjoner» (2016)

14.3 Inngrep må følge de menneskerettslige begrensningene og være konkret begrunnet

Vernet om psykisk og fysisk integritet, er etter EMK art. 8, i motsetning til vernet i EMK art. 3 ikke av absolutt karakter. Det kan gjøres inngrep i disse dersom de menneskerettslige begrensningene følges, jf. EMK art. 8(2). Inngrepet må da ha hjemmel i lov, og skje for å beskytte anerkjente legitime formål, og følge proporsjonalitetsprinsippet, jf. EMK art. 8(2), se kap. 4. Begrensinger som skal settes i barnets rett til respekt privatliv etter EMK art. 8(2) må være konkret begrunnet, og kan ikke skje rutinemessig. I saken *D.L. mot Bulgaria*, hvor det var det tale om en jente som var frihetsberøvet i en barneverninstitusjon, kom EMD til at kontroll av jentas kommunikasjon var i strid med EMK art. 8 fordi det ikke fantes en konkret grunn for inngrepet.²¹⁷

14.3. Det legitime formålet med inngrepene: barns omsorg og beskyttelse(omsorgsinngrep)

Det anerkjente legitime formålet for omsorgsinngrep etter EMK art. 8 nr. 2 er at inngrepene skjer for å beskytte «health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others», jf. EMK art. 8 nr. 2. Dette passer også med de krav BK stiller om beskyttelse av barn mot å skade sin egen helse og utvikling som del av BK art.3, 6 og 19.²¹⁸ Fordi det eneste tillatte formålet med inngrep etter barnevernslovens § 1-1 er å beskytte barn, kaller jeg disse inngrepene for omsorgsinngrep. Menneskerettskonvensjonene bruker ikke tvangsbegrepet, men bruker begrepet «inngrep». Når det gripes inn for å beskytte barns rett til omsorg og beskyttelse etter BK, må dette forsøkes harmonisert med de menneskerettslige begrensningene i EMK. Begge konvensjonene gjelder som norsk lov, og må oppfylles, jf. mrl. § 2. Det betyr at barnet ikke må gis større rettigheter enn det som sikrer barnas rett til omsorg og beskyttelse. Om barnet får for store friheter, vil det kunne utgjøre et brudd på FNs barnekonvensjon. Om det gripes inn for mye, vil det kunne utgjøre et brudd på EMK.

Det anbefales

- at det fremgår tydelig av barnevernsloven at inngrep i barnas menneskerettigheter skal skje etter en forsvarlig avveining mellom hensynet til barnets frihetsrettigheter og behovet for å sikre barnas rett til omsorg og beskyttelse

²¹⁷ Ibid.

²¹⁸ Havre og Køhler-Olsen Taking care of you- of yourself, Oslo Law Review, 2023(under publisering). Se nærmere om dette i rapportens del II

- at det i barnevernslovens kap. 10 vises til formålet med inngrepet for hver enkelt inngrepshjemmel

14.4 Proporsjonalitetsvurderingen etter EMK art. 8(2)

14.4.1 Fastlegging av inngrepsbehov og inngrepsintensitet

Når det skal foretas en proporsjonalitetsvurdering i forholdet mellom inngrepsbehovet og inngrepsintensiteten etter EMK art. 8(2), vil det måtte tas utgangspunkt hvor alvorlig omstendighetene rundt det enkelte barnet er (inngrepsbehovet), og hvor sterkt inngrepet blir for akkurat dette barnet (inngrepsintensiteten). Dette vil få betydning for både spørsmålet om inngrepet kan legitimeres, og for hvor lenge dette kan opprettholdes. Inngrepsintensiteten vil alltid være sterkere overfor barn, enn voksne, og skal hensyntas i vurderingen, jf. BK art. 3 og Grl. § 104. I tillegg til de subjektive omstendighetene rundt akkurat dette barnet, vil det også være flere objektive omstendigheter som vil påvirke inngrepsintensiteten.

Det anbefales

- at proporsjonalitetsbegrensningene fremgår av hver enkelt bestemmelse som gir hjemmel for inngrep i rettigheter

14.4.2 Faktorer som vil påvirke inngrepsintensiteten

Det er flere faktorer som vil være med å påvirke inngrepsintensiteten. For det første vil det få en betydning at barnet ilegges flere restriksjoner etterfølgende og på samme tid. Dagens lovgivning setter ingen forbud mot kombinasjoner av ulike begrensninger, og har heller ikke maksimale lengdebegrensninger angitt for tiltakene. Det er kun prosessuelle plikter til å vurdere inngrepet på nytt som er inntatt i dagens barnevernslov. Summen av restriksjoner barnet ilegges etterfølgende og på samme tid vil imidlertid påvirke inngrepets styrke, og vil kunne føre til at nye tiltak ikke møter proporsjonalitetsstandarder i EMK art. 8(2). Inngrepsintensiteten øker i slike tilfeller, og inngrepene vil da kun kunne opprettholdes dersom inngrepsbehovet er tilsvarende sterkt. Summen av restriksjoner både i omfang og i lengde, vil også kunne føre situasjonen over i en situasjon som vil kunne nærme seg det absolutte forbudet i EMK art. 3, se kap. 15. Dagens regelverk fanger ikke i tilstrekkelig grad

opp de menneskerettslige begrensningene etter EMK art. 8 nr. 2. Det er særlig betydningen av at barnet ilegges flere restriksjoner samtidig og etterfølgende, som ikke kommer til uttrykk i lovgivningen. Det anbefales at det fremgår av barnevernsloven kap. 10 at det i proporsjonalitetsvurderingen skal foretas en vurdering av alle forholdene sett under ett, hvilke andre restriksjoner barnet har eller vil bli ilagt, og hvilke virkninger restriksjonene får for dette konkrete barnet ut fra barnets sårbarhetsbetingelser. Et sentralt element etter den menneskerettslige proporsjonalitetsvurderingen er å vurdere *inngrepsintensiteten* konkret akkurat for dette barnet. Inngrepsintensiteten vil påvirkes av summen av ulike tiltak, og av tiltakenes lengde. Det er kombinasjonen av ulike tiltak, og/eller etterfølgende tiltak, som vil føre til at et inngrep vil bli uforholdsmessig tyngende, og dermed være i strid med EMK art. 8 nr. 2.²¹⁹ Startpunktet for vurderingen forskyves dersom barnet er berøvet sin frihet, og det forskyves dersom barnet er i enetiltak. Uten disse faktorene er utgangspunktet for vurderingen av inngrepsintensiteten lavere. Inngrepsintensiteten påvirkes også av inngreps art og lengde. Proporsjonalitetsvurderingen vil ta utgangspunkt i den helhetlige situasjonen for barnet, ikke i ett og ett vedtak for seg. Der det er tale om mange begrensninger på samme tid og barnet blir ilagt etterfølgende begrensninger, kreves det sterkere grunner enn der det er tale om et enkeltstående, kortvarig vedtak om slike begrensninger. Det bør også vurderes om frihetsberøvede skal kunne fratas mobil og internett samtidig, og settes strenge vilkår for at dette skal kunne skje. Lovgiver bør sette forbud mot kombinasjoner av visse tvangsmidler brukt på samme tid, og også vurdere å fastsette lengdebegrensninger for å hindre flere etterfølgende vedtak som i sum gjør inngrepet svært byrdefullt. Som minimum må det kreves at totaliteten i restriksjonene inngår i hvert enkelt vedtak, og at det kommer frem av hvert enkelt vedtak hvor mange restriksjoner barnet er ilagt på samme tid, og hvor mange restriksjoner det tidligere har vært underlagt.

Det anbefales

- at lovgiver setter forbud mot kombinasjoner av visse tvangsmidler brukt på samme tid
- at det settes lengdebegrensninger for å hindre flere etterfølgende vedtak

²¹⁹ Slik også Østenstad, Bjørn Henning: «Forholdsmessigvurderinga ved fleire tvangstiltak overfor same person», kap. 6 i *Menneskerettigheter i helse- og omsorgstjenesten* (2022)

- at totaliteten av begrensninger barnet er underlagt, og har vært underlagt, kommer frem av hvert enkelt vedtak

Proporsjonalitetsvurderingen må både foretas i den enkelte situasjonen, og den må fremgå av begrunnelsene i vedtakene. Prosessuelt bør det ved hvert nytt vedtak alltid fremgå av begrunnelsen hvilke restriksjoner barnet tidligere har vært underlagt, og hvor lange disse har vært, samt hvilke andre restriksjoner barnet vil bli ilagt samtidig. Det bør fremgå tydelig av barnevernsloven at summen av tiltak og tiltakets lengde vil kunne føre til at inngrepet blir uforholdsmessig tyngende, og at det dersom barnet er frihetsberøvet eller ilagt sterke bevegelsesbegrensninger, skal mindre til før inngrepet blir uforholdsmessig tyngende.

Det anbefales

- at det fremgår av barnevernsloven at begrunnelser må skje i henhold til den menneskerettslige proporsjonalitetsnormen
- at klage- og tilsynsmyndighet gis en særskilt plikt til å se på summen av og lengden på restriksjoner barnet er ilagt

Summen av flere restriksjoner på samme tid og etter hverandre kan være menneskerettslig problematisk etter EMK art. 8. I noen tilfeller vil summen av slike restriksjoner også kunne tendere mot torturforbudet i EMK art.3, se kap. 15. For det andre får det en betydning for vurderingen av inngrepsintensiteten om barnet i tillegg er frihetsberøvet. Barn i norske barnevernsinstitusjoner, er i dag ikke frihetsberøvet, i betydningen av at de er lukket inne på låste institusjoner, se kap. 10. Barna kan imidlertid i dag også være låst inne i institusjonen, jf. bvl. § 10-9, og vil kunne være ilagt bevegelsesforbud eller sterke bevegelsesbegrensninger etter samme bestemmelse. Barna kan også rent faktisk være berøvet sin frihet. Dersom det også nå vil tillattes lukkede institusjoner, slik denne utredningen tar sikte på å utrede, er det viktig å være oppmerksomme på at frihetsberøvelse får betydning for tiltakene som kan ilegges inne i institusjonen etter EMK art. 8 på to måter:

- 1) ved at visse restriksjoner allerede ligger i frihetsberøvelsen
- 2) ved at det blir strengere krav til hvilke restriksjoner som kommer i tillegg til frihetsberøvelsen, enn dersom barnet ikke er frihetsberøvet

Dersom barnet er frihetsberøvet på legitimt grunnlag gjennom oppfyllelse av EMK art. 5, vil visse restriksjoner allerede ligge i frihetsberøvelsen. Dette gjelder alle restriksjoner som berører barnets fysiske frihet, som adgangen til å bruke lukkede institusjoner, adgangen til å begrense barnets bevegelser utenfor institusjonen (bevegelsesforbud/restriksjoner, tett voksenfølge mv.) og spørsmålet om tilbakeholdelse ved forsøk på rømning, og tilbakeføring ved rømning. EMD uttaler at de begrensninger og også den disiplinering som normalt følger av å være berøvet sin frihet, allerede ligger i vernet etter EMK art. 5, og slik ikke utløser et nytt vern etter EMK art. 8. EMD uttaler i saken *D.G mot Irland*, hvor en gutt var frihetsberøvet i fengsel:

«It is true that the notion of private life may, depending on the circumstances, cover the moral and physical integrity of the person which in turn may extend to situations covering deprivations of liberty. There may therefore be circumstances in which Article 8 could be regarded as affording protection in respect of conditions of detention which do not attain the level of severity required by Article 3. However, normal restrictions and limitations consequent on prison life and discipline during lawful detention are not matters which would constitute a violation of Article 8 either because they are considered not to constitute an interference with the detainee's private and family life». ²²⁰

I den konkrete saken ble den disiplineringen gutten ble utsatt for, og bruk av håndjern utenfor institusjonen, sagt å ligge innenfor frihetsberøvelsen som sådan, og å ikke være underlagt et særskilt vern etter EMK art. 8. Dette endrer likevel ikke at alle som er frihetsberøvet, skal behandles humant og med respekt for sin iboende verdighet, som også er særskilt beskyttet i BK art. 37. Det finnes imidlertid noen tiltak som etter sin art ikke er underlagt vernet etter EMK art. 5, men som er selvstendig regulert i EMK art. 8. Bruk av *fysisk makt* for å hindre rømning vil imidlertid etter sin art fortsatt være omfattet av EMK art. 8. Det samme gjelder *isolasjon* mens man er frihetsberøvet, se kap. 15. EMD uttaler i slike saker at frihetsberøvede fortsatt skal kunne «enjoy all the fundamental rights and freedoms guaranteed under the Convention save for the right to liberty» [...], og videre at «any restriction on those rights must

²²⁰ *D. G. mot Irland*, dom avsagt 16. mai 2002, avsnitt 105 med videre henvisninger

be justified in each individual case».²²¹ Rettigheter som er vernet av EMK art. 8, og som går *utover* det som allerede ligger i en frihetsberøvelse, vil for en frihetsberøvet være beskyttet av EMK art. 8, og det må treffes særskilte vedtak for å legitimere disse inngrepene, på samme måte som dersom barnet ikke er frihetsberøvet. Dersom barnet er frihetsberøvet, vil disse inngrepene etter EMK art. 8 komme *i tillegg* til den allerede belastende situasjonen det er for et barn å være berøvet sin fysiske frihet. EMD foretar i slike tilfeller en mer intensiv prøving av om restriksjonene ligger innenfor det proporsjonale resultatet. I saken *Munjaz mot Storbritannia* uttrykket domstolen det slik:

«[W] hen a person's personal autonomy is already restricted, greater scrutiny [will] be given to measures which remove the little personal autonomy that is left.»²²²

Det sentrale med denne dommen er at frihetsberøvelsen gjør at vurderingen av inngrep i vernet etter EMK art. 8 får et annet startpunkt enn i tilfeller der barnet ikke er frihetsberøvet. Dette vil også naturlig følge av det menneskerettslige proporsjonalitetsprinsippet, fordi inngrepsintensiteten er tyngre når barnet er frihetsberøvet enn når det ikke er det, jf. EMK art. 8 nr. 2. Dersom barnet er frihetsberøvet, skal det også mindre til for at ytterligere tiltak fører til at forbudet mot tortur og umenneskelig og nedverdiggende behandling etter EMK art. 3 brytes.

Det anbefales

- at det gjenspeiles i barnevernsloven kap. 10 at ytterligere restriksjoner for frihetsberøvede bare kan ilegges der det foreligger særlig sterke grunner

For det tredje vil det at barnet bor alene i en institusjon, også forskyve startpunktet for vurderingen etter EMK art. 8 nr. 2. Det at barnet bor alene i institusjon, vil ikke, *i seg selv*, være menneskerettslig problematisk. At barnet bor alene, vil likevel føre til at det er vanskeligere å legitimere ytterligere inngrep etter EMK art. 8 nr. 2.²²³ Alle inngrep i barnets mulighet til å sosialisere med jevnaldrende, gjennom skole, fritid, besøk og kommunikasjonskontakt, vil være mer inngripende tiltak dersom barnet bor alene (inngrepsintensitet). Det må da, etter

²²¹ *Munjaz mot Storbritannia*, dom avsagt 17. juni 2012, avsnitt 79, med videre henvisning til *Dickson mot Storbritannia*, dom avsagt 18. april 2006, avsnitt 68

²²² *Munjaz mot Storbritannia*, dom avsagt 17. juni 2012, avsnitt 80

²²³ Om de rettslige vurderingene av ene- og alenetiltak, se Havre i Gundersen mfl. (2023)

proporsjonalitetsvurderingen, være sterkere grunner for å gripe inn med restriksjoner enn i tilfeller der barnet kan sosialisere med jevnaldrende inne i institusjonen (inngrepsbehovet), jf. EMK art. 8 nr. 2. Dersom barnet som bor alene, også er frihetsberøvet, faktisk eller rettslig, og inngrepene i sum fører til en sosial isolasjon fra jevnaldrende, vil forholdet raskt kunne tendere mot torturforbudet i EMK art. 3. Enetiltak vil derimot innebære en risiko for at barn i en sårbar situasjon *rent faktisk* blir berøvet sin frihet, ilagt bevegelsesforbud/restriksjoner og isolert fra sine jevnaldrende.

Det anbefales

- at restriksjoner for barn i ene- og alenetiltak fastsettes særskilt

14.4 Vurdering av noen handlinger som etter sin art og omfang er beskyttet etter EMK art. 8(2)

14.4.1 Kommunikasjonskontroll

Inndragning av mobiltelefoner og andre eiendeler vil være vernet etter EMK art. 8, men en inndragning innebærer ikke i seg selv en kommunikasjonskontroll. Inndragning med kommunikasjonskontroll innebærer at det nå gripes inn i to vernede verdier: Den begrenser den sosiale kontakten som mobil og internett muliggjør, og den gir mulighet for å innhente informasjon om barnet som barnet selv ikke ønsker å dele. Fordi dette er et nytt inngrep, i en egen beskyttet rettighet – vernet om «privacy», jf. BK art. 16, må slik kommunikasjonskontroll, både av elektroniske kommunikasjonsmidler, og fysiske brev, pakker og eiendeler ha et eget hjemmelsgrunnlag. Kontroll av kommunikasjon er også et mer inngripende tiltak enn det nekt eller inndragning av kommunikasjonsmidler i seg selv innebærer, fordi det også berører retten til konfidensialitet – privacy, slik BK art. 16 også verner.²²⁴ Det må derfor være sterke grunner for at man skal kunne foreta en slik kontroll. I en generell kommentar til BK art. 16 legger komiteen til grunn at dersom et inngrep i retten til «privacy» skal kunne legitimeres, må inngrepet ha hjemmel i lov, oppfylle et legitimt formål, understøtte prinsippet om dataminimering, være proporsjonalt, ta i betraktning hensynet til barnets beste og ikke være

²²⁴ D.L. mot Bulgaria, dom avsagt 19. mai 2016, avsnitt 115

i konflikt med bestemmelsene i eller formålet med konvensjonen.²²⁵ Når det gjelder muligheter for teknologisk sporing av barn, vil slik sporing kreve at EUs personvernsforordning mv. er oppfylt, og dette vil kreve en egen utredning. Barnekomiteen har i generell kommentar nr. 25 om barnets rettigheter i relasjon til det digitale miljøet, se CRC/C/GC/25, kommet med en rekke anbefalinger, for eksempel om krav til informert og fritt samtykke til behandling av personopplysninger, om krav som bør stilles til overvåkningsteknologi, om foreldre og andre omsorgspersoners adgang til å anvende datateknologi som gir mulighet for sporing og overvåkning av barn, og om forholdet mellom slik bruk og barns rett til privatliv og beskyttelse. Kommunikasjonskontroll bør derfor begrenses til tilfeller hvor det er konkret mistanke om at barnet gjennom mobil og internett eller andre teknologiske nyvinninger utsetter sin egen helse og utvikling for alvorlig fare.

14.4.2 Kroppsvisitasjoner

Kroppsvisitasjoner er også sterke inngrep, som kan være særlig byrdefulle for barn som har opplevd alvorlig omsorgssvikt, og bør kun tillates brukt der det foreligger sterke grunner av hensynet til barnet selv, eller sikkerheten for de andre på institusjonene, for eksempel ved mistanke om farlige gjenstander. Det er her viktig å minne om at barnevernet ikke har en samfunnsbeskyttende målsetting, og at det derfor ikke kan utføres kroppsvisitasjoner eller ransaking av eiendeler på jakt etter for eksempel tyvegods. Bruk av ulike mekaniske tvangsmidler må etter barnekomiteens tolkning av konvensjonen «be under close and direct control of a medical and/or psychological professional. It must never be used as a means of punishment».²²⁶ Når det gjelder kroppsvisitasjoner, har FNs menneskerettighetskomité (CCPR) under henvisning til SP art. 17 påpekt at effektive tiltak bør sikre at slike visitasjoner utføres på en måte som er i tråd med verdigheten til personen som blir utsatt for visitasjonen. Når det gjelder offentlige tjenstepersoners utførelse av kroppsvisitasjoner, bør tjenstepersonene kun visitere personer av samme kjønn.²²⁷ Høyesterett har også lagt til grunn at nakenvistasjoner bryter med torturforbudet i EMK art. 3, se del. 4.

²²⁵ Kvalø, Kirsten Kolstad: Karnov lovkommentar til BK art. 16 (2021) med henvisning til CRC General Comment No. 25 (2021) avsnitt 69

²²⁶ CRC General Comment No. 10 (2007): Childrens Rights in Juvenile Justice, avsnitt 89

²²⁷ CCPR General Comment No. 16 (1988): Article 17 (Right to Privacy), The Right to Respect of Privacy, Family, Home and Correspondence, and Protection of Honour and Reputation, avsnitt 8

14.4.3 Fysisk makt ved forsøk på rømning, og tilbakeføring etter rømning

Også fysisk maktbruk ved forsøk på rømning, og ved tilbakeføring etter rømning bør anses beskyttet særskilt av EMK art. 8, selv om det er en naturlig konsekvens av det å være frihetsberøvet, eller ved at det ligger i tvangsgrunnlaget i seg selv. Dette fordi det følger av JDL-reglene at bruk av fysisk makt eller instrumenter for tilbakehold skal være forbudt, med unntak av i særlige tilfeller der barnet er en fare for seg selv eller andre, eller der det er fare for at barnet utøver alvorlig skade på eiendom, jf. artikkel 63 og 64. Bestemmelsene i JDL krever en svært restriktiv bruk av slike fremgangsmåter. Det er derfor kun i akutte faresituasjoner en slik maktbruk vil kunne tillates, slik også dagens bvl. § 10-8 legger opp til. JDL-reglene er ikke rettslig bindende, selv om Barnekomiteen har gitt uttrykk for at den anser retningslinjene i The United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty (JDL-reglene) for å være relevante i tolkningen av barnekonvensjonen.²²⁸ Reglene gjelder frihetsberøvede barn, som normalt er lukket inne i institusjoner. Det må eventuelt vurderes av lovgiver om man skal tillate fysisk tilbakeholdelse fremfor bruk av lukkede og låste institusjoner. Dette må også sees opp mot barnekonvensjonens plikt til å beskytte barna mot, gjennom rømningen, å utsette sin egen helse og utvikling for alvorlig fare.

14.4.4 Ulike skjermingstiltak hvor barnet er alene med voksne over noe tid

Dersom barnet er inne i negativ periode, hvor det f.eks. ruser seg hyppig, stadig er i konflikter med de andre på institusjonen, er voldelig, eller tiltaksløs, mv. kan det tenkes at det å ta barnet ut av institusjonene, f.eks. ved å dra til en hytte sammen med barnet, vil kunne være hensiktsmessig. Mens slike kortere skjerminger på rommet, vil kunne falle utenfor det menneskerettslige vernet, vil slike lengre turer, som gjør at barnet mister muligheten til sosial omgang med jevnaldrende på institusjonen, trolig måtte regnes som menneskerettslig beskyttede inngrep etter EMK art. 8, og må derfor ha lovhjemmel. Så lenge barnet ikke totalt isoleres fra all kontakt med jevnaldrende på denne turen, men fortsatt får beholde mobil og internett – tilgang, vil slike inngrep kunne legitimeres innenfor grensen av EMK art. 8(2). Dersom barnet blir totalt isolert, eller det ellers brukes som metoder for å få barna med på

²²⁸Prop. 135 L (2010-2011) pkt. 2.3

disse turene som er umenneskelig, vil tiltakene kunne nærme seg en absolutt forbudsgrense, slik også ene- og alenetiltakene er vurdert, se kap. 15.

14.5 Oppsummert omsorgsinngrep

Dersom handlingen mot barnas vilje er av en slik art, og grad at den ikke kan legitimeres som en begrensende omsorgshandling utenfor menneskerettsvernet, vil de menneskerettslige begrensningene for inngrep inntreffe. Alle handlinger som skal foretas overfor barnet må da ha hjemmel i lov, jf. GrL. § 113, skje for å beskytte barnet selv, eller andres rettigheter, og må være nødvendige i et demokratisk samfunn. I denne nødvendighetsvurderingen skal det foretas en proporsjonalitetsvurdering i forholdet mellom inngrepsbehovet i saken og inngrepsintensiteten. Fastleggingen av inngrepsintensiteten vil bl.a. påvirkes av om barnet ilegges flere restriksjoner etterfølgende og på samme tid, om barnet er frihetsberøvet, og om barnet bor alene i barnevernsinstitusjoner. Den materielle proporsjonalitetsnormens innhold gjenspeiles ikke i dagens barnevernslov og foreslås lovfestet på ulike måter. Handlinger som etter sin art kan være tillatte etter EMK art. 8, vil på grunn av sitt omfang, eller måten disse blir utført, kunne rammes av det absolutte forbudet mot tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling og straff, jf. EMK art.3.

Kap. 15 Absolutte forbudte handlinger: Torturforbudet

15.1 Forbudet mot tortur, umenneskelig, nedverdiggende behandling og straff

Den absolutte forbudsgrensen for handlinger som berører barns psykiske og fysiske integritet går ved handlinger vil være i strid med de menneskerettslige torturforbudene, som kommer frem i EMK art. 3, BK art. 37a, og SP art. 7. Torturforbudet uttrykker en av de mest fundamentale verdiene i et demokratisk samfunn.²²⁹ Overordnet handler torturforbudet om å behandle mennesker humant og med verdighet. Det går frem av FNs menneskerettskomité's generelle kommentar at formålet med SP art. 7 er:

²²⁹ *Kudla mot Polen*, dom avsagt 26.oktober 2000, avsnitt 90

«to protect both the dignity and the physical and mental integrity of the individual. It is the duty of the State party to afford everyone protection through legislative and other measures as may be necessary against the acts prohibited by article 7, whether inflicted by people acting in their official capacity, outside their official capacity or in a private capacity. The prohibition in article 7 is complemented by the positive requirements of article 10, paragraph 1, of the Covenant, which stipulates that ‘All persons deprived of their liberty shall be treated with humanity and with respect for the inherent dignity of the human person.’»²³⁰

I BK art. 19 vernes også barns rett til fravær av fysisk eller psykisk vold, skade eller misbruk, vanskjøtsel eller forsømmelig behandling, mishandling eller utnytting, herunder seksuelt misbruk. Statenes plikt gjelder særlig når barnet er under offentlig omsorg.²³¹ Barnekomiteen har kommet med en felles generell kommentar til BK art. 19 og BK art. 37 bokstav a, som vil være styrende for barns menneskerettsvern på dette området.²³² Om handlingen faller innenfor handlerommet i EMK art. 8, eller om det vil rammes av EMK art. 3 er et spørsmål om handlingens art og grad.²³³ Statene har både plikt til å påse at individer ikke utsettes for slik behandling fra andre individer, og en plikt til å påse at den offentlige omsorgen ikke utsetter barna for umenneskelig, nedverdiggende behandling eller tortur.²³⁴

De internasjonale håndhevingsorganene overlater ingen skjønnsmargin til statene i spørsmål om krenkelse av torturforbudet. Det betyr at sakene prøves fullt ut etter en felles standard.²³⁵

En formålsrettet tolkning av barnekonvensjonens torturforbud tilsier at terskelen for å anse forbudet som overtrådt er lavere i tilfeller der behandlingen retter seg mot barn, enn i tilfeller der den retter seg mot voksne.²³⁶Også EMD legger til grunn at terskelen for hva som

²³⁰ CCPR General Comment No. 20 (1992) Article 7 (Prohibition of torture or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment), avsnitt 2

²³¹ Se CRC General Comment No. 13 (2011) on the right of the child to freedom from all forms of violence, blant annet avsnitt 3, 26, 32 og 36, og *Mayeka og Mitunga mot Belgia*, dom avsagt 12. januar 2007, avsnitt 53 til 55.

²³² CRC General Comment No. 8 (2006) on the right of the child to protection from corporal punishment and other cruel or degrading forms of punishment

²³³ For eksempel *Lopez Ostra mot Spania*, dom avsagt 9. desember 1994, avsnitt 58 til 60, *Smith and Grady mot Storbritannia*, dom avsagt 27. september 1999, avsnitt 112 og 122

²³⁴ Sandvig, Jenny: Karnov lovkommentar til EMK art. 3 (2021)

²³⁵ *Evans mot Storbritannia*, dom avsagt 10. april 2007, avsnitt 77

²³⁶ Prop. 135 L (2010–2011) side 149

er å anse som tortur, skal være annerledes når torturen utføres mot barn, enn når handlingene skjer mot voksne.²³⁷ Det generelle vernet for barn er også poengtert av FNs menneskerettskomité, som poengterer at kroppslige refselsler vil inngå i torturforbudet, særlig der det er tale om barn.²³⁸

Norge har også underskrevet torturkonvensjonen (CAT)²³⁹ og tilleggskonvensjonen OPCAT om forebyggingsansvar. FNs torturkomité overvåker partenes gjennomføring av konvensjonen, særlig med utgangspunkt i statenes periodiske rapporter. Rapportbehandlingen resulterer i anbefalinger fra torturkomiteen til den enkelte statspart. Komiteen kan også iverksette granskninger av eget tiltak, dersom den mottar pålitelig informasjon om at tortur systematisk blir praktisert på en statsparts område. Videre kan den behandle klager fra stater eller individer mot statsparter som har godtatt valgfrie bestemmelser om dette. Norge har anerkjent komiteens kompetanse til å behandle stats- og individklager, og leverte sin niende periodiske rapport til FNs torturkomité i mai 2022. I FNs torturkonvensjon, som Norge ratifiserte i 1986, forplikter partene seg til å treffe effektive lovgivningsmessige, forvaltningsmessige, rettslige eller andre tiltak for å forhindre torturhandlinger og andre former for grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff på noe område under deres jurisdiksjon. Det samme oppfølgingsansvaret følger også av den gjeldende barnekonvensjonens artikkel 4 og art. 19 nr. 2. I 1987 fikk Europa en egen forebyggingskonvensjon og et eget forebyggingsorgan kalt CPT. Norge har undertegnet denne konvensjonen, men den er heller ikke gjort til norsk lov. I 2013 gav Norge også sin tilslutning til tilleggsprotokollen til FNs torturkonvensjon (OPCAT), som forplikter medlemsstatene til å forebygge torturhandlinger.²⁴⁰ Nyvinningen ved tilleggsprotokollen var i all hovedsak at den forplikter medlemsstatene til å opprette eller å utnevne en nasjonal forebyggende mekanisme, som skal besøke steder for frihetsberøvelse regelmessig, og være et effektivt vern mot tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling eller straff, og skal ha et forebyggende perspektiv i nært samarbeid med FNs torturkomité (CPT). I Norge har

²³⁷ Blant annet *Mayeka og Mitunga mot Belgia*, dom avsagt 12. januar 2007, avsnitt 53 til 55 og *A.B. og andre mot Frankrike*, dom avsagt 12. juli 2016, avsnitt 109

²³⁸ CCPR General Comment no. 20 (1992) Article 7 (Prohibition of torture or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment), avsnitt 5

²³⁹ Konvensjon mot tortur og annen grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff av 1984 (CAT)

²⁴⁰ Optional Protocol to the Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, A/RES/57/199 (2002) (OPCAT)

Sivilombudet mandat til å forebygge tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling, jf. sivilombudsloven § 3.²⁴¹ Det generelle mandatet til Sivilombudet er å føre kontroll med den offentlige forvaltningen og alle i dens tjeneste for å hindre at det øves urett mot den enkelte, og for å bidra til at forvaltningen respekterer og sikrer menneskerettighetene.²⁴² Sivilombudet avlegger rapporter etter sine besøk, og har besøkt flere barnevernsinstitusjoner de senere årene.²⁴³

15.2 Torturforbudets innhold

15.2.1 Torturbegrepet som overordnet begrep

Verken EMD eller FNs menneskerettskomité skiller eksplisitt mellom de ulike delene av de respektive torturbestemmelsene, og det vil også kunne være en glidende overgang mellom dem. Det er derfor vanlig å bruke «torturforbudet» som en overordnet samlebetegnelse.²⁴⁴ I Generell kommentar nr. 20 til SP artikkel 7 heter det at «[...] the distinctions depend on the nature, purpose and severity of the treatment applied».²⁴⁵ Det vil derfor være et spørsmål om art, grad og formål med handlingen: om handlingen faller utenfor bestemmelsene eller faller innenfor det strengeste (tortur), det mellomste (umenneskelig), eller det svakeste uttrykket (nedverdiggende). Et tilfelle som starter som grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling, kan over tid gå over til å kvalifisere som tortur. Innholdsmessig vil all tortur være umenneskelig og nedverdiggende, og all umenneskelig behandling vil være nedverdiggende, men nedverdiggende behandling vil ikke uten videre være umenneskelig.²⁴⁶ Det beror på handlingens art, formål og alvorlighet om den faller inn under det strengeste begrepet, «tortur», eller det mildeste begrepet i bestemmelsene, «nedverdiggende behandling».²⁴⁷ EMK regulerer ikke ulike handlinger som kan aktualisere

²⁴¹ Lov 18. juli 2021 nr. 121 om Stortingets ombud for kontroll med forvaltningen (sivilombudsloven) § 3

²⁴² Sivilombudsloven § 1

²⁴³ [Besøk og besøksrapporter - Sivilombudet](#)

²⁴⁴ EMD bruker ofte «ill-treatment» som samlebetegnelse.

²⁴⁵ CCPR General Comment No. 20 (1992) Article 7 (Prohibition of torture or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment), avsnitt 4

²⁴⁶ Sandvig, Jenny: Karnov lovkommentar til EMK art. 3 (2021), med henvisning til *Raninen mot Finland*, dom avsagt 16. desember 1997

²⁴⁷ CCPR General Comment No. 20 (1992) Article 7 (Prohibition of torture or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment), avsnitt 2 og 4

torturforbudet i artikkel 3. BK art. 37 bokstav a og SP art. 6 nevner noen tilfeller som skal sees på som en del av det overordnede torturbegrepet.

15.2.1 Konkret helhetsvurdering av alle forhold sett under ett

Om det foreligger et brudd på torturforbudet, må avgjøres i hvert enkelt tilfelle ut fra forholdene under ett.²⁴⁸ Det vil derfor være lettere å konstatere krenkelse etter bestemmelsene i tilfeller der også forholdene på institusjonen generelt er dårlige, og der individet utsettes for flere tilfeller av umenneskelig og nedverdiggende behandling. At det også er konstatert krenkelse av andre menneskerettsbestemmelser, kan inngå i vurderingen i tilfeller der torturforbudet også tilfører egne elementer.²⁴⁹ FNs menneskerettskomité viser til at det ikke ønskelig og heller ikke nødvendig å gi en opplisting av hvilke handlinger som er forbudte.²⁵⁰ Menneskerettskonvensjonene er levende instrumenter som utvikles i takt med samfunnsutviklingen, slik at handlinger som i dag ikke er ansett å falle inn under forbudet, vil kunne gjøre det senere.²⁵¹ Terskelen for hva som når opp minstenivået av bestemmelsene, avhenger av sakens omstendigheter. Blant annet vil lengden av behandlingen, handlingens fysiske og psykiske virkninger og, i noen tilfeller, offerets alder, kjønn og helsetilstand være momenter som er av betydning for om handlingen rammes av EMK art. 3.²⁵² Terskelen vil derfor være en annen i tilfeller der et barn blir utsatt for handlinger, enn i tilfeller der en voksen blir utsatt for det samme, slik også BK krever, jf. BK art. 3.

15.3.2 Terskelen for at handlinger rammes av torturforbudet er høy

Terskelen for hva som inngår i torturforbudet, er i alle konvensjonene satt høyt. *Tortur* defineres i Torturkonvensjonen (CAT) slik:

²⁴⁸ *Ramirez Sanchez mot Frankrike*, dom avsagt 4. juli 2006 avsnitt 120

²⁴⁹ Slik som *P. og S. mot Polen*, dom avsagt 30. oktober 2012

²⁵⁰ CCPR General Comment no. 20 (1992) Article 7 (Prohibition of Torture, or Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment) avsnitt 4, der det heter: «The Covenant does not contain any definition of the concepts covered by article 7, nor does the Committee consider it necessary to draw up a list of prohibited acts [...]»

²⁵¹ Se f.eks. Sørensen, Christian Børge: «Barnevern og menneskerettighetene», vedlegg 4 i NOU 216:16 (2016) s. 310, med henvisning til *Tyrer mot Storbritannia*, dom avsagt 25. april 1978, avsnitt 31 og CRC General Comment No. 8 (2006) The right of the child to protection from corporal punishment and other cruel or degrading forms of punishment, avsnitt 20.

²⁵² *Mursic mot Kroatia*, dom avsagt 20. oktober 2016, avsnitt 97, se også *P. og S. mot Polen*, dom avsagt 30. oktober 2012, avsnitt 158.

«Any act by which *severe pain or suffering*, whether physical or mental, is *intentionally* inflicted on a person for such *purposes* as obtaining from him or a third person information or a confession, punishing him for an act he or a third person has committed or is suspected of having committed, or intimidating or coercing him or a third person, or for any reason based on discrimination of any kind, when *such pain or suffering* is inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity [mine uthevinger].»²⁵³

EMD har definert «tortur» som «deliberate inhuman treatment causing very serious and cruel suffering.»²⁵⁴ Også i EMDs praksis må lidelsen ha vært påført med vilje og i den hensikt å fremskaffe bevis, straffe eller ydmyke, for at handlingen skal regnes som tortur.²⁵⁵ For å nå opp til tersklene for tortur må handlingen ha påført individet alvorlig og sterk smerte eller lidelse,²⁵⁶ og handlingen må ha vært utført i den hensikt å oppnå mål som er illegitime. Handlinger som er påført utelukkende for å utsette et individ for smerte og lidelse (uten et legitimt mål), eller handlinger som er utført for å oppnå mål som er forbudte, for eksempel presse frem tilståelser, vil omfattes av forbudet. EMD legger i alle sine dommer til grunn at handlingen må overstige en «minimum level of severity» for at den skal falle innenfor bestemmelsen.²⁵⁷ For å klassifisere noe som «tortur» krever EMD at handlingen har medført «very serious and cruel suffering» [min utheving].²⁵⁸ For å nå opp til umenneskelig behandling vil handlingen som oftest inneholde konkret kroppsskade, eller *intens* fysisk eller psykisk lidelse – som også er en høy terskel.²⁵⁹ Handlingen må også for det svakeste kriteriet ha påvirket individets fysiske eller psykiske helse «adversely»²⁶⁰ Selv om handlingen som sådan kan være nedverdiggende eller umenneskelig, og selv om handlingen har skjedd med hensikt, vil det være en terskel for å nå opp til bestemmelsen i EMK art. 3. EMD har ansett behandling

²⁵³ CAT (1984), artikkel 1

²⁵⁴ *Irland mot Storbritannia*, dom avsagt 20. mars 2018, avsnitt 167

²⁵⁵ *Ilhan mot Tyrkia*, dom avsagt 27. juni 2000, avsnitt 85

²⁵⁶ I CCPR General Comment No. 20 (1992) Article 7 (Prohibition of Torture, or Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment) heter det: «5. The prohibition in article 7 relates not only to acts that cause physical pain but also to acts that cause mental suffering to the victim.»

²⁵⁷ Se f.eks. *Kudla mot Polen*, dom avsagt 26. oktober 2000, avsnitt 91, *P. og S. mot Polen*, dom avsagt 30. oktober 2012, avsnitt 157, *Blokhin mot Russland*, dom avsagt 23. mars 2016, avsnitt 135, og *Rooman mot Belgia*, dom avsagt 31. januar 2019, avsnitt 141.

²⁵⁸ Se blant annet *Irland mot Storbritannia*, dom avsagt 20. mars 2018, avsnitt 167.

²⁵⁹ *Kudla mot Polen*, dom avsagt 26. oktober 2000, avsnitt 92; *Gäfgen mot Tyskland*, dom avsagt 1. juni 2010, avsnitt 108; *Irland mot Storbritannia*, dom avsagt 20. mars 2018, avsnitt 167

²⁶⁰ *Raninnen mot Finland*, dom avsagt 16. desember 1997, avsnitt 58, hvor det ikke ble konstatert krenkelse selv om handlingen i seg selv kunne være nedverdiggende

som «umenneskelig» i tilfeller der det er utført handlinger med hensikt, i timer i strekk og enten med fysisk skade eller med intens psykisk virkning.²⁶¹ At handlingen vekker frykt, angst og følelse av mindreverdiget hos ofrene slik at den er i stand til å ydmyke og nedverdige dem eller få dem til å utføre en handling de ellers ikke ville gjort, er tatt inn som en del av «nedverdiggende behandling».²⁶² Det kan også ha betydning om behandlingen finner sted offentlig under andres påsyn.²⁶³ Et formål om å nedverdige eller ydmyke er også her en relevant faktor, men fravær av et slikt formål utelukker ikke at det er tale om nedverdiggende behandling, dersom det også finnes andre sterke nok grunner for at handlingen rammes av forbudet.²⁶⁴ Ved den laveste terskelen, «nedverdiggende», er det tilstrekkelig at handlingen fremkaller frykt eller angst, eller at handlingen er egnet til å bryte ned individet fysisk og psykisk, selv om det ikke foreligger fysisk eller psykisk skade.²⁶⁵ I tilfeller der det foreligger legitime formål, for eksempel beskyttelse av individet selv eller av andre, har EMD en høy terskel for å konstatere krenkelse av art. 3. EMD har for eksempel godtatt at en innsatt i fengsel ble holdt isolert fra andre innsatte i over åtte år fordi handlingen hadde til formål å ivareta legitime hensyn.²⁶⁶ Det ble i denne dommen også vektlagt at den innsatte var ved god helse. Det er ikke sikkert at EMD ville ha kommet til samme resultat dersom isolasjonen hadde påført psykisk skade, og neppe dersom et barn hadde vært holdt isolert så lenge.

15.3.4 Utover den nedverdiggelse som ligger i frihetsberøvelsen i seg selv

EMD har gjentatt i så nær alle sine dommer til art. 3 at lidelsen og nedverdiggelsen som påføres, må gå utover det uunngåelige element av lidelse og nedverdiggelse som allerede ligger i det å bli underlagt lovlig behandling eller straff.²⁶⁷ Dette fremkommer også av torturkonvensjonens definisjon, hvor det heter: «It does not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to lawful sanctions».²⁶⁸ I saken *Kudla mot Polen*, der en svært psykisk syk mann ble holdt i fengsel, kom EMD til at EMK art. 3 ikke var krenket, til tross for at psykiatere hadde uttalt at fengsling ville være å gamble med mannens liv, og til tross for

²⁶¹ *Kudla mot Polen*, dom avsagt 26. oktober 2000, avsnitt 92

²⁶² *Kudla mot Polen*, dom avsagt 26. oktober 2000, avsnitt 92

²⁶³ *Sandvig, Jenny*: Karnov lovkommentar til EMK art. 3 (2021)

²⁶⁴ *V. mot Storbritannia*, dom avsagt 16. desember 1999, avsnitt 71, se også *P. og S. mot Polen*, dom avsagt 30. oktober 2012, avsnitt 160, der sykehuset utførte en helsepolitisk målsetning om å forhindre abort.

²⁶⁵ *Kudla mot Polen*, dom avsagt 26. oktober 2000, avsnitt 98

²⁶⁶ *Ramirez Sanchez* mot Frankrike, dom avsagt 4. juli 2006, avsnitt 137

²⁶⁷ *Kudla mot Polen*, dom avsagt 26. oktober 2000, avsnitt 92 til 94

²⁶⁸ CAT (1984) art.1

at han også forsøkte å ta livet sitt flere ganger under soningen og ble påført psykisk og fysisk skade.²⁶⁹ Hovedpoenget i denne saken var at det ikke var påført handlinger utover det frihetsberøvelsen *i seg selv* representerte av skaderisiko.²⁷⁰ Dersom handlingen skal kunne krenke forbudet i art. 3, må det skje handlinger *i tillegg* til det ulike institusjonsopphold ellers innebærer av skadepotensial. Det er ikke sikkert at dette alltid kan opprettholdes når saken gjelder et barn og barnet påføres skade eller utsettes for stor risiko for slik skade, enten fysisk eller psykisk, gitt EMDs relative terskel for hva som omfattes av bestemmelsene.

15.3.5 Praksis fra EMD som gjelder barn og torturforbudet

EMD har behandlet 39 saker der det har vært påstand om brudd på EMK art. 3 mot mindreårige i ulike institusjoner. Av disse er det ni saker som gjelder barn som har vært frihetsberøvet i barneverntiltak («educational purpose»)²⁷¹ EMD har konstatert krenkelse av EMK art. 3 i to av disse sakene. EMD har funnet krenkelse av art. 3 i saken *Blokhin mot Russland* (GC), hvor en 14 år gammel gutt ikke fikk tilstrekkelig medisinsk behandling og oppfølging for sin ADHD-lidelse mens han var frihetsberøvet i en barneverninstitusjon.²⁷² Som følge av den manglende behandlingen ble gutten innlagt i psykiatrien i tre uker etter utskrivning fra institusjonen. I den helhetlige vurderingen ble hans unge alder og diagnose lagt vekt på som særlige sårbarhetsbetingelser for at torturforbudet var overtrådt.²⁷³ EMD har også konstatert krenkelse av EMK art. 3 i saken *P og S mot Polen*, der en jente på 14 år ble tvangsplassert på et sykehus for å hindre henne i å ta abort.²⁷⁴ På sykehuset ble jenta utsatt for press på ulike måter, av leger og prester, og fra abortmotstandere. Jenta ble også skremt med at en abort ville kunne føre til hennes død. Etter en samlet vurdering der det ble tatt hensyn til alle hendelsene hun hadde vært utsatt for, hvor ung hun var, og at hun var blitt gravid etter voldtekt, kom EMD til at det forelå et brudd på EMK art. 3.²⁷⁵ I saken *D.G mot Irland* ble det

²⁶⁹ *Kudla mot Polen*, dom avsagt 26. oktober 2000, avsnitt 99

²⁷⁰ *Kudla mot Polen*, dom avsagt 26. oktober 2000 avsnitt 92.

²⁷¹ *Reist mot Sveits*, dom avsagt 20. oktober 2020, *Koniarska mot Storbritannia*, dom avsagt 12. oktober 2000, *Blyudik mot Russland*, dom avsagt 25. juni 2019, *Grabowski mot Polen*, dom avsagt 30. juni 2015, *P og S mot Polen*, dom avsagt 30. oktober 2012, *D.L. mot Bulgaria*, dom avsagt 19. mai 2016, *D.G. mot Irland*, dom avsagt 16. mai 2002, *Blokhin mot Russland*, dom avsagt 23. mars 2016, *Bouamar mot Belgia*, dom avsagt 27. juni 1988.

²⁷² *Blokhin mot Russland*, dom avsagt 26. mars 2016.

²⁷³ *Ibid.*, avsnitt 148, hvor det heter: «on account of the lack of necessary medical treatment at the temporary detention centre for juvenile offenders, having regard to his young age and particularly vulnerable situation, suffering as he was from ADHD»

²⁷⁴ *P og S mot Polen*, dom avsagt 30. oktober 2012

²⁷⁵ *Ibid.* avsnitt 167 til 169

påberopt brudd på EMK art. 3 i en sak om en gutt på 17 år som hadde vært under barnevernets omsorg siden han var to år, og som nå var blitt berøvet sin frihet i et fengsel i mangel på et egnet barneverntiltak. Det ble påstått krenkelse av EMK art. 3 1) fordi gutten var plassert i et fengsel når han egentlig behøvde medisinsk behandling, 2) fordi han i fengselet ble utsatt for hets, trusler og misbruk fra andre innsatte, og 3) fordi han ble ført i håndjern til alle rettsmøter. EMD kom i denne saken til at artikkel 3 ikke var krenket, da tiltakene hadde som formål å beskytte hans egen og andres sikkerhet, og var satt i verk som en følge av guttens historikk både med selvskading og skading av andre.²⁷⁶ Det at han var plassert i en straffeinstitusjon i stedet for i en behandlingsinstitusjon, var ikke i seg selv tilstrekkelig til at det kunne konstateres brudd på EMK art. 3, men førte til krenkelse av EMK art. 5 nr. 1.²⁷⁷ Det ble videre lagt vekt på at gutten var i et ungdomsfengsel, at de andre som bodde der, var på samme alder, og at fengselet var tilpasset unge, både med hensyn til skole- og fritidstilbud. Heller ikke det at gutten ble utsatt for et fengselsdisiplinært regime, var i seg selv nok til å konstatere krenkelse, fordi regimet var nødvendig for hans egen og de andres sikkerhet i lys av guttens historikk.²⁷⁸ Det var heller ingenting som tydet på at gutten hadde tatt noen skade av oppholdet utover det som en frihetsberøvelse i seg selv kan medføre, og han hadde tidligere sonet straff samme sted han nå var plassert, og hadde hatt godt utbytte av dette. At han ble utsatt for hets og mishandling fra de andre innsatte, kunne ikke bevises. At han ble holdt i håndjern til og fra rettslokalene, var også rimelig ut fra hans tidligere adferd, og kunne også legitimeres. Det ble derfor ikke konstatert krenkelse av EMK art. 3.²⁷⁹

EMD har også avvist å behandle en sak med påstand om brudd på EMK art. 3. I saken *Koniaraska mot Storbritannia* ble det påberopt at en jente på 17 år led av «intense mental suffering» under et fengselsopphold.²⁸⁰ EMD viste til sin egen praksis i tidligere saker, hvor «ill-treatment must attain a minimum level of severity if it is to fall within the scope of Article

²⁷⁶ *D.G mot Irland*, dom avsagt 16. mai 2002 avsnitt 96, hvor det heter: «The Court accepts that the intent of the High Court, in ordering the applicant's detention, was protective and that, without more, it could not be concluded that it constituted 'punishment' within the meaning of that term in Article 3.»

²⁷⁷ *Ibid.* avsnitt 97, hvor det heter: «Neither does the Court consider that the evidence submitted supports a conclusion that his detention (as a minor, not charged or convicted of any offence) in a penal institution could, of itself, constitute 'inhuman or degrading' treatment».

²⁷⁸ *D.G. mot Irland*, dom avsagt 16. mai 2002, avsnitt 96 flg.

²⁷⁹ Men det ble konstatert krenkelse av art. 5.

²⁸⁰ *Koniaraska mot Storbritannia*, dom avsagt 12. oktober 2000

3».²⁸¹ EMD uttalte i avvisningskjennelsen: «The Court can accept that the applicant was not very happy to be returned to Glenthorne, but finds nothing in the case-file or in the applicant's submissions which could indicate that the minimum level of severity was reached at which Article 3 applies.»²⁸²

15.3 Ulike handlinger som kan aktualisere torturforbudet i barnevernsinstitusjoner

I tillegg til at det vil kunne ansees som brudd på EMK art. 3 at barn i barnevernsinstitusjoner ikke får tilfredsstillende medisinsk behandling, vil det være noen andre lovregler og praksiser som det også er av interesse å se opp mot torturforbudet i menneskerettskonvensjonene. *Kroppslig refselse* («corporal punishment») ilagt som straff, som ledd i utdanning eller som disiplinærtiltak er omfattet av torturbegrepet i SP artikkel 7.²⁸³ Det fremheves av komiteen at dette særlig gjelder barn, elever og pasienter i opplæringsinstitusjoner og sykehus.²⁸⁴ Dette samsvarer også med BK sitt torturbegrep. På samme måte som torturkonvensjonen gjelder torturforbudet etter EMK art. 3 og SP art. 7 både fysisk og psykisk tortur.²⁸⁵ Frykt frembrakt ved trusler om tortur kan i seg selv utgjøre «mental torture».²⁸⁶ Også enkeltstående tilfeller av tortur omfattes av begrepet.²⁸⁷ I en kommentar til SP art. 6 har FNs menneskerettskomité (CCPR) inkludert langvarig *isolasjon* som mulig krenkelse av torturforbudet.²⁸⁸ Norge er blant annet kritisert for sin bruk av isolasjon i fengsler.²⁸⁹ I dette kapittelet vil særlig isolasjonsbruk i barnevernsinstitusjoner bli analysert. FNs barnekomité slår også fast at det å bruke tortur eller annen grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling for å *presse frem en innrømmelse eller tilståelse* i

²⁸¹ *Koniarska mot Storbritannia*, dom avsagt 12. oktober 2000, avsnitt 2 med videre henvisninger til *Irland mot Storbritannia*, dom avsagt 18. januar 1978, avsnitt 162

²⁸² *Koniarska mot Storbritannia*, dom avsagt 12. oktober 2000, avsnitt 2

²⁸³ CCPR General Comment no. 20 (1992) Article 7 (Prohibition of Torture, or Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment) avsnitt 5; *Osbourne mot Jamaica*, «Views» 13. april 2000 avsnitt 9.1; Nordeide, Ragnar: Karnov lovkommentar til SP art. 17 (2022)

²⁸⁴ *Ibid.* It is appropriate to emphasize in this regard that article 7 protects, in particular, children, pupils and patients in teaching and medical institutions.

²⁸⁵ CCPR General Comment No. 20 (1992) Article 7 (Prohibition of Torture, or Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment) avsnitt 5

²⁸⁶ *Gäfgen mot Tyskland*, dom avsagt 1. juni 2010, avsnitt 108.

²⁸⁷ *M.S.S. mot Belgia og Hellas*, dom avsagt 21. januar 2011 avsnitt 255

²⁸⁸ CCPR General Comment no. 20 (1992) Article 7 (Prohibition of Torture, or Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment) avsnitt 6

²⁸⁹ Menneskerettskomiteens avsluttende merknader til Norges syvende periodiske rapport, 2018, avsnitt 24 til 25

straffesammenheng vil innebære en alvorlig krenkelse av barns rettigheter.²⁹⁰ Barnekomiteen har kritisert konvensjonsstater for brudd på torturforbudet ved at de ikke har hatt tilfredsstillende forhold under frihetsberøvelse, herunder behandlet innsatte under 18 år på en måte som kan medføre fare for psykisk skade, ved at de bruker isolasjon og fysisk avstraffelse, og ved at det forekommer politivold.²⁹¹ CPT har i sine rapporter etter besøk i ulike fengsler for å forebygge tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling og straff blant annet vært opptatt av at barn i fengsel ikke skal være innelåst på egen celle størsteparten av dagen, at barna skal få delta i et fullverdig utdanningsprogram, yrkesopplæring, idrett og andre rekreasjonstilbud og sosiale aktiviteter minst åtte timer hver dag, aller helst mer. Det kreves at barna skal være minst to timer ute i frisk luft.²⁹² England får blant annet kritikk for at halvparten av de innsatte barna i et fengsel ikke har fått vært ute av cellen mer enn 5–6 timer på ukedager; i helgene var de ute kun 2 timer, slik at de nesten var total isolert.²⁹³ I tillegg til at barna tilbragte mye tid innelåst alene på cellen, var telefon og dusj felles og kun tilgjengelig for bruk etter reservasjon og ned til så få som tre ganger i uken for noen av barna.²⁹⁴ Undervisningstilbudet ble også ofte avlyst, og det var også svært lav faktisk deltakelse.²⁹⁵ Når idrettstilbudet var lagt til skoletiden, mistet de som ikke deltok på skole, også mulighet til å utøve idrett.²⁹⁶ Muligheten til frisk luft var også begrenset til en halvtime daglig, som CPT beskriver som utilstrekkelig, og det var også noen som ikke fikk gå ut daglig i det hele tatt, men kun fikk tilbud om frisk luft 2–3 dager i uken.²⁹⁷ CPT uttaler da at å nekte barn og unge tilgang til frisk luft mer enn 24 timer er uakseptabelt.²⁹⁸ Såkalte intensivbaserte (konsekvenspedagogiske) regimer, hvor barna mister goder som er opparbeidet dersom de bryter avtaler som er inngått, kan være hensiktsmessige for å få barna til å følge normer, men dersom konsekvensene medfører at barnet står igjen helt uten noen form for goder, kan situasjonen «quickly reach a level of deprivation which is incompatible with minimum requirements».²⁹⁹ CPT har også vært opptatt av at det må settes inn tilstrekkelige tiltak og

²⁹⁰ CRC General comment no. 24 (2019) on children's rights in the child justice system, avsnitt 58

²⁹¹ Prop. 135 L (2010-2011) s. 148

²⁹² Se f.eks. CPT/Inf (2020) 18: CPT report on the visit to the United Kingdom, avsnitt 128.

²⁹³ CPT/Inf (2020) 18: CPT report on the visit to the United Kingdom, avsnitt 128 og 129

²⁹⁴ Ibid.130

²⁹⁵ CPT/Inf (2020) 18: CPT report on the visit to the United Kingdom, avsnitt 131

²⁹⁶ Ibid avsnitt 132

²⁹⁷ Ibid avsnitt 133

²⁹⁸ Ibid avsnitt 134

²⁹⁹ CPT/Inf (2015) 1-part rev1: Extract from the 24th General Report of the CPT (2015), avsnitt 112

ressurser for å forhindre selvmord blant barn i fengsel, blant annet gjennom tilstrekkelig helsetilbud.³⁰⁰ Videre har CPT i flere av landene fokusert på at barn ikke skal nakenvisiteres.³⁰¹ At nakenvisitasjoner, også overfor voksne, er i strid med torturforbudet, er også slått fast av Høyesterett i 2021.³⁰²

Det anbefales

- at bvl. § 10-5 opprettholdes

15.4 Særlig om isolasjon som del av torturbegrepet

15.3.1 Isolasjon som del av torturbegrepet

Isolasjon under frihetsberøvelser er satt i sammenheng med torturforbudet både av FNs menneskerettskomité og av Den europeiske torturforebyggingskomiteen (CPT). Menneskerettskomiteen har uttalt at langvarig bruk av isolasjon generelt kan være i strid med SP artikkel 7.³⁰³ Norges bruk av total isolasjon i fengsel har vært kritisert av den europeiske torturovervåkingskomiteen (CPT), også ved siste besøk i 2018.³⁰⁴ Det må derfor sees særskilt på muligheten for at barn i norske barnevernsinstitusjoner, kan være isolerte.

15.3.2 EMDs praksis om isolasjon

EMD har uttalt at en segregering (isolasjon) ikke i seg selv er tilstrekkelig for å nå opp til terskelen i EMK art. 3, og har hittil ikke konstatert krenkelse av art. 3 ved isolasjon, selv i en sak der en innsatt hadde vært holdt isolert fra andre innsatte i fengsel i over åtte år.³⁰⁵ EMD har slått fast at slik langvarig isolasjon kun kan godtas «exceptionally and after every

³⁰⁰ CPT/Inf (2011) 3: CPT report on the visit to Ireland, avsnitt 57. CPT/Inf (2009) 30: CPT report on the visit to the United Kingdom, avsnitt 97

³⁰¹ CPT/Inf (2009) 30: CPT report on the visit to the United Kingdom, avsnitt 106

³⁰² Se HR-2021-1155-A

³⁰³ CRC General Comment nr. 20 (2016) on the implementation of the rights of the child during adolescence, avsnitt 6

³⁰⁴ CPT/Inf (2019) 1: CPT report on the visit to Norway, s. 5. Thomas Horn redegjør i sin doktoravhandling for det menneskerettslige torturforbudet, og rettspolitiske vurderinger av fullstendig isolasjon ved bevisforspillelse i straffeprosessen. Avhandlingen tilfører også kunnskap om de menneskerettslige mekanismene i de internasjonale organene, som kan være viktig for den rettskildemessige forståelsen, se Horn, Thomas: «Fullstendig isolasjon ved risiko for bevisforspillelse» (2017).

³⁰⁵ *Ramirez Sanchez mot Frankrike*, dom avsagt 4. juli 2006, avsnitt 138

precaution has been taken».³⁰⁶EMD vektlegger at selv om isolasjonen i mange tilfeller har vart svært lange, slik som i storkammersaken *Ramirez Sanchezz mot Frankrike* fra 2006 (GC), der en terrordømt mann var blitt holdt isolert i åtte år, vil det at isolasjonen tjener et legitimt formål og derfor ikke har som formål å oppnå noe illegitimt, gjøre at isolasjon kan tillates.³⁰⁷ I den konkrete saken hadde isolasjonen funnet sted for å beskytte både den innsatte selv og de andre innsatte. EMD ser hen til lengden på isolasjon i fengsel,³⁰⁸ slik også FNs menneskerettskomité gjør.³⁰⁹ EMD har imidlertid godtatt svært lange isolasjonsopphold uten at det er konstatert krenkelse av EMK art. 3. I storkammersaken *Ramirez Sanchezz mot Frankrike* (GC) 2006 var det tale om isolasjon i 8 år og 2 måneder.³¹⁰ EMD legger i sine saker stor vekt på om det er tale om total isolasjon, eller om den innsatte har vært i delvis isolasjon og hatt mulighet til faktisk kontakt med ansatte og med regelmessig besøk av for eksempel lege.³¹¹ Dessuten sees det hen til om den om den innsattes fysiske og psykiske helse har blitt negativt påvirket av isolasjonen, og om vedkommende har fått god oppfølging av sin helsetilstand.³¹² Det legges også vekt på om man har forsøkt andre muligheter, men at dette ikke er mulig av hensyn til den innsatte selv eller av hensyn til andre innsattes sikkerhet.³¹³ EMD uttaler imidlertid at selv en relativ isolasjon ikke kan opprettholdes i det uendelige.³¹⁴ Selv om en isolasjon ikke har vært ansett å være brudd på EMK art. 3, har EMD i noen saker kommet til at isolasjon av innsatte har vært en krenkelse av EMK art. 8. Det generelle utgangspunktet om at terskelen for krenkelse blant annet avhenger av barnets alder, vil trolig føre til at EMD vil konstatere krenkelse av artikkel 3 dersom tilsvarende saker som de mest alvorlige sakene mot voksne blir brakt inn for domstolen.³¹⁵ Som det også er påpekt i forarbeidene til lovendringer rundt barn og straff i 2012, skal det mindre til for at isolasjon av

³⁰⁶ *Ramirez Sanchez mot Frankrike*, avsnitt 137 til 139

³⁰⁶ *Ramirez Sanchezz mot Frankrike*, dom avsagt 4. juli 2006, avsnitt 138, med videre henvisning til regel nummer 53.1 i Prison Rules (2006)

³⁰⁷ *Ramirez Sanchezz mot Frankrike*, dom avsagt 4. juli 2006, avsnitt 46 til 47

³⁰⁸ *Ramirez Sanchezz mot Frankrike*, dom avsagt 4. juli 2006, avsnitt 120

³⁰⁹ *Ensslin, Baader and Raspe mot Tyskland*, Commission decision (1978), Decisions and Reports 14, s. 64

³¹⁰ I sakene *Messina mot Italia*, dom avsagt 26. februar 1993 (isolasjon i 4,5 år) og *Öcalan mot Tyrkia*, dom avsagt 12. mai 2005 (mer enn seks år i isolasjon) kom EMD til at det ikke forelå brudd på artikkel 3 fordi de konkrete omstendighetene i disse sakene ikke oppnådde den tilstrekkelige alvorlighetsgraden for å falle inn under art. 3.

³¹¹ Dette var et av hovedpoengene i vurderingen av at den 8 år lange isolasjonen i saken *Ramirez Sanchezz mot Frankrike*, dom avsagt 4. juli 2006, var i strid med EMK art. 3, se dommens avsnitt 136.

³¹² *Ramirez Sanchezz mot Frankrike*, dom avsagt 4. juli 2006, avsnitt 140 til 144

³¹³ *Ramirez Sanchezz mot Frankrike*, dom avsagt 4. juli 2006, avsnitt 150

³¹⁴ *Ramirez Sanchezz mot Frankrike*, dom avsagt 4. juli 2006, avsnitt 145

³¹⁵ Som i *Ramirez Sanchez mot Frankrike*, dom avsagt 4. juli 2006.

barn ansees som uakseptabelt, enn for at isolasjon av voksne innsatte skal anses som uakseptabelt.³¹⁶

Barn som er frihetsberøvet bør, ifølge CPT, ikke bli utelukket fra fellesskap med andre barn gjennom innelåsning på egen celle eller eget rom.³¹⁷ CPT legger til grunn i sine rapporter at alle former for isolasjon av barn kan ha «an even more detrimental effect on the physical and/or mental well-being of juveniles».³¹⁸ Det vises også til den nye bestemmelsen i det europeiske regelverket for fengslede.³¹⁹ Barn har etter barnekonvensjonen rett til utvikling, lek og sosial omgang, jf. BK art. 31. Tidsopplevelsen for barn er annerledes for barn enn for voksne, noe som blant annet begrunner at fengselsstraffer mot barn skal være kortere. Barns særskilte behov for forutsigbarhet, gjør også at tidsubestemte reaksjoner mot barn kun skal kunne brukes svært begrenset og kun i de mest alvorlige situasjonene. Formålet vil være av betydning for vurderingen av om isolasjon ligger innenfor eller utenfor det menneskerettslige torturbegrepet i EMK art. 3.

15.3.3 Isolasjon i norsk barnevernsinstitusjoner?

I barnevernslovens § 10-5 er det satt et absolutt forbud mot isolasjon, utenom i akutte faresituasjoner, se bvl. § 10-7. Slik regelen er utformet i barnevernloven, med kortvarig innlåsing i akutte faresituasjoner i et egnet rom, også med tilsyn av en voksen i samme rom eller i tilgrensende rom, er bestemmelsen, gitt at den praktiseres på denne måten, trolig ikke menneskerettslig problematisk. Det menneskerettslige isolasjonsbegrepet er imidlertid også noe mer og annet enn en innlåsing i et eget rom. Det menneskerettslige isolasjonsbegrepet er et begrep om grad av kontakt med andre mennesker, både innenfor og utenfor institusjonen.

Det er derfor grunn til å vurdere adgangen til utelukkelse fra fellesskapet gjennom skjermingstiltak og ene- og alenetiltak, samt hjemlene om kontakt- og bevegelsesbegrensende tiltak, opp mot det menneskerettslige torturbegrepet. Dette gjelder særlig tilfeller der barn er frihetsberøvet, enten juridisk eller rent faktisk, se kap. 10. Som hovedregel har barn i barneverninstitusjoner rett til å bevege seg fritt, både innenfor og utenfor institusjonene, jf. bvl. § 10-2. Barn i barneverninstitusjoner har som utgangspunkt tilgang til egen telefon og til

³¹⁶ Prop. 135 L (2010-2011) s. 149 til 150

³¹⁷ CPT/Inf (2008) 25: CPT 18th General report, avsnitt 26

³¹⁸ F.eks. i CPT/Inf (2021) 8: CPT Report on the visit to North Macedonia, avsnitt 116

³¹⁹ This is now also reflected in the new Rule 60.6.a of the European Prison Rules (2020), punkt 116.

internett, jf. bvl. § 10-2. I flere av rapportene fra CPT beskrives det at ungdommene kun har tilgang til telefon i fellesarealer og til bestemte tider, slik at dette ikke nødvendigvis er sammenlignbart.³²⁰ Barn i norske barnevernsinstitusjoner kan ilegges bevegelsesforbud innenfor og utenfor institusjonen, jf. bvl. § 10-9. I tillegg kan barnet også ilegges en rekke besøks- og kontaktbegrensende tiltak, jf. bvl. § 10-9. I sum vil dette kunne føre til at barnet avsondres fra kontakt med jevnaldrende. Dersom barnet utsettes for flere restriksjoner, samtidig og etterfølgende, vil det menneskerettslige torturforbudet stå i fare for å bli krenket.

Særlig gjelder dette der barnet er frihetsberøvet og ene- og alenetiltakene medfører at barna ikke har andre barn inne på institusjonen, og der de på hjemmebane derfor er sosialt isolert fra jevnaldrende. Dersom barna også nektes besøk av jevnaldrende i hjemmet sitt, og fratas mulighet til bruk av mobil og internett inne på institusjoner, vil barna kunne blir fullstendig isolert fra jevnaldrende.³²¹ Et eksempel hvor barnet i realiteten er isolert, kommer frem i en sak fra fylkesnemnda (nå barnevern- og helsenemnda) fra 2018. I denne saken ble en gutt på 17,5 år avsondret fra all kontakt med omverden mens han bodde i enetiltak.³²² Miljøarbeideren i institusjonen beskrev tiltaket som «et fengsel uten andre innsatte og uten luftegård»; hverdagen bestod i «å gå å sulle inne huset i 24 timer». Gutten hadde bodd i enetiltaket i ni måneder. Gutten hadde selv isolert seg sosialt, men ble også ilagt en rekke sterke restriksjoner av de ansatte. Bevegelsesbegrensningene han var ilagt, ser ut til å ha vært så omfattende at de i dette tilfellet må ha vært å anse som en frihetsberøvelse som falt innenfor vernet etter EMK art. 5. Han ble også nektet bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler inne på institusjonen. I tillegg til at han i lengre perioder var avsondret fra all kontakt med omverden, hadde isolasjonen også gitt gutten psykiske skadevirkninger som resulterte i flere selvmordsforsøk. At man er påført skadevirkninger, er et annet kriterium det legges vekt på i vurderingen av om EMK art. 3 er brutt.³²³ Tiltaket ble også sett på som en oppbevaring, uten pedagogisk innhold, slik EMK art. 5 nr. 1 bokstav d krever. Selv om EMD for voksne ikke har kommet til at artikkel 3 er krenket også i tilfeller der isolasjoner har vært svært

³²⁰ Blant annet CPT/Inf (2020) 18: Report on the visit to The United Kingdom, avsnitt 130, og CPT/Inf (2007) 28: Report on the visit to Spain, avsnitt 147

³²¹ Fylkesnemndas (nå barnevern- og helsenemnda) vedtak i FNV-2018-219-OSL

³²² Fylkesnemndas (nå barnevern- og helsenemndas) vedtak FNV-2018-219-OSL

³²³ Blant annet *Blokhin mot Russland*, dom avsagt 26. mars 2016, avsnitt 138, og *Irland mot Storbritannia*, dom avsagt 20. mars 2018, avsnitt 167

langvarige,³²⁴ er det etter min mening grunn til å tro at Norge ville kunne dømmes for brudd på forbudet i EMK art. 3 i denne konkrete fylkesnemndssaken. Rettslig sett er det ikke ene- eller alenetiltaket i seg selv som vil føre til en eventuell isolasjon, men hvilke restriksjoner barnet blir underlagt inne på institusjonen. Dette gjør systemet sårbart for at barn i ene- og alenetiltak isoleres fra jevnaldrende.³²⁵

15.3.4 Oppsummering og anbefaling

Isolasjon av barn i norske barnevernsinstitusjoner er mulig fordi barnevernsloven ikke har noe forbud mot kombinasjoner av ulike inngrep, slik at ulike inngrep kan ilegges til samme tid. Det finnes heller ikke noen absolutte grenser for hvor lenge et barn kan være underlagt slike begrensninger. Det finnes heller ikke noe forbud mot at barn i ene- og alenetiltak ilegges de samme begrensningene som barn som bor med jevnaldrende i institusjoner. Det finnes ikke noe forbud i barnevernsloven mot etablering av institusjoner uten infrastruktur. Det finnes heller ikke noen rett til å gå på skole utenfor institusjonen. Dessuten finnes det ikke regler som pålegger kompenserende tiltak dersom barnet blir fratatt mulighet til besøk og kontakt med omverden. Dette vil kunne føre oss over i situasjoner der barn i norske barnevernsinstitusjoner utsettes for umenneskelig og nedverdiggende behandling, i verste fall tortur. Særlig gjelder dette i de tilfellene der barna er frihetsberøvet og/eller i ene- og alenetiltak.

Lovgiver bør derfor tette disse hullene.

Det anbefales

- at det settes forbud mot samtidig bruk av ulike bevegelses- og kontaktbegrensende tiltak, også etterfølgende
- at kontakt- og besøksbegrensende tiltak der barnet er frihetsberøvet kun skjer der behovet for å beskytte barna er særlig stort
- at det settes forbud mot inndragning og nekt av kommunikasjonsmidler for barn som bor alene i institusjon
- at formålene med tiltakene kommer tydelig frem i alle lovhjemler

³²⁴ *Ramirez Sanchez mot Frankrike*, dom avsagt 4. juli 2006

³²⁵ Om de rettslige vurderingene av ene- og alenetiltak se nærmere Havre (2023) i Gundersen mfl. (2023)

- at barn i barnevernsinstitusjoner gis en ubetinget rett til å gå på skole/annet dagtilbud utenfor institusjonen
- at det lovfestes at det skal settes inn tiltak for å hindre skadevirkninger av isolasjon dersom denne unntaksvis skjer

Kap. 16 Oppsummert vernet om psykisk og fysisk integritet

For handlinger som berører barnets fysiske og psykiske integritet, vil spørsmålet om det er adgang til å innføre bestemmelser som gir rom for bruk av tvang utover det dagens regler åpner for, måtte vurderes ulikt, alt etter om handlingen er av en slik art, og grad, at den faller utenfor det menneskerettslige vernet, og dermed er, det jeg kaller en begrensende omsorgshandling, eller om den faller innenfor det menneskerettslige vernet i EMK art. 8, eller om handlingens art og grad gjør at handlingen vil være absolutt forbudt etter EMK art. 3, og dermed bør forbys i barnevernsloven. Grensene mellom dem er flytende, og vil det vil bero på handlingens art og grad om den faller i den nedre eller øvre grense av menneskerettsvernet.

Det er konkludert med at summen av restriksjoner som ilegges barn som samtidig bor alene, eller skjermes fra andre barn i institusjonen, vil kunne nærmere seg grensen for et absolutt forbud, og bør forbys i barnevernsloven. Skjerminger, alene/ og ene- tiltak er ikke i seg selv er i strid med torturforbudet, og vil kunne lovfestes, men at de kun kan legitimeres dersom begrensingene i EMK art. 8(2) følges. Det er ellers konkludert med at det finnes svakheter i dagens lovgivning for oppfyllelse av det menneskerettslige proporsjonalitetsprinsippet i EMK art. 8(2), og at disse hullene bør tettes i lovgivningen. I den nedre grensen er det påpekt at barnevernslovens regler går lenger enn det som er menneskerettslig nødvendig når barn tilkjennes en rett til selvbestemmelse, og det foreslås at det heller en lovfestes en norm for vurderinger av om handlingen faller utenfor eller innenfor det menneskerettslig beskyttede området.

Del V Konklusjoner og oppsummering

Kap. 17 Konklusjoner til de ulike spørsmålene i oppdraget

17.1 Menneskerettslig handlerom mellom nærvær av goder og fravær av tvang

I oppdraget er det spurt om det menneskerettslige handlerommet for å kunne begrense barn sine rettigheter, og det er konkludert med at det finnes en mulighet for å gå lenger enn dagens regelverk for å beskytte barns rett til omsorg og beskyttelse. Det er også konkludert med at dagens lovgivning ikke i stor nok grad fanger opp de menneskerettslige begrensingene, og at det må skje en rekke lovendringer/presiseringer for å hindre menneskerettsbrudd. Fordi menneskerettigheter er minimumsrettigheter, og statene kun er forpliktet til å oppfylle dette minstevernet, vil et slikt handlingsrom kunne bli videre enn det som er etisk forsvarlig og ønskelig. Det vil være opp til politikerne å bestemme om dette handlingsrommet skal tas i bruk eller ikke. Politikerne har imidlertid også en plikt til å oppfylle FNs barnekonvensjon, jf. mrl. § 2. Der unnlatelse av inngrep vil stride mot oppfyllelse av barns rett til omsorg og beskyttelse etter BK, vil det være en plikt til å utnytte dette handlingsrommet. Analysene må leses med det for øye at det ikke finnes andre, og mer treffende måter å sikre oppfyllelse av barna sine rettigheter, blant annet gjennom et psykisk helseverns tilbud, og tilbud om rusbehandling i helsevesenet. Dersom barna ikke får den behandlingen de faktisk trenger, men at barna skyves ut fra helsehjelp i spesialisthelsetjenesten, og over i barnevernet, vil det kunne stride både mot BK, og EMK art. 5, ved at tilbudet ikke er egnet til å oppfylle målet, og vil i ytterste konsekvens også kunne stride mot torturforbudet i EMK art. 3. I oppdraget er det kun spurt etter barnevernets ansvar og handlerom, og ikke andre etaters ansvar for å sikre barn nødvendig behandling og hjelp. Dersom barna ikke får den hjelpen de trenger fra andre deler av velferdsapparatet, vil dette også utgjøre brudd på det sekundære ansvaret staten har for å sørge for at barn gis den beskyttelse og omsorg det trenger. Staten vil derfor ikke kunne fritas fra ansvar ved å tilby et barnevernstiltak, der barnet er i behov at et annet tiltak. Barnet vil likevel kunne ha sin omsorgsbasis i barnevernsinstitusjoner, mens det mottar nødvendig helsehjelp og behandling fra spesialisthelsetjenesten, i eller utenfor institusjonene. Tilbudene kan selvsagt også samordnes slik at barn også får den behandlingen de trenger fra barnevernsinstitusjonen, ved

å tilføre barnevernsinstitusjoner nødvendig helsefaglig kompetanse til å gi barnet den behandlingen det trenger. Det kan også stilles spørsmål ved om det ikke er en menneskerettslig plikt etter FNs barnekonvensjon til å gi barn, særlig barna under barnevernets omsorg, til å gi barn en ubetinget rett til helsehjelp fra spesialisthelsetjenester, slik at disse ikke kan avslå å ta imot barna til behandling. Menneskerettslig er det er staten som sådan som er ansvarlig for å oppfylle det menneskerettslige pliktene. Det er derfor ikke mulig for staten å komme seg unna en menneskerettslig forpliktelse ved å henvise til at ansvaret internrettslig ligger i et annen del av den offentlige forvaltningen.

17.2 Adgangen til å innføre tilsvarende bruk av tvang overfor barn i omsorgsinstitusjoner som det som i dag gjelder overfor barn i adferdsinstitusjoner

For spørsmålet om det vil være en adgang til å innføre tilsvarende bruk av tvang overfor barn i omsorgsinstitusjoner som i dag gjelder overfor barn i adferdsinstitusjoner, er dette besvart bekreftende. Menneskerettslig skilles det ikke mellom årsaken til at barn bor i institusjoner, men det skilles ut fra ulike handlingers art og grad. I den konkrete proporsjonalitetsvurderingen for legitimering av de ulike inngrepene skal det imidlertid tas individuelle hensyn, hvor både barnets alder og sårbarhet vil være momenter av betydning for om inngrep kan legitimeres. Dersom det er tale om frihetsberøvelser vil det være krav til domstolsprøving etter EMK art, 5, nr. 4. Fordi det er en glidende overgang mellom sterke bevegelsesbegrensinger og frihetsberøvelser, er det anbefalt at nemnda også alltid tar stilling til hvorvidt barn i barnevernsinstitusjoner skal kunne ilegges bevegelsesbegrensinger. Det er argumentert for at alle institusjonsplasseringer er menneskerettslig vernet gjennom TP art. 4 uavhengig av om barn bor i institusjon grunnet vedtak mot foreldre, eller i institusjon grunnet vedtak mot barnet selv, fordi barnet blir pålagt et oppholdssted på en bestemt adresse.

17.3 Adgangen til å innføre bestemmelser som gir rom for bruk av tvang utover det dagens regler åpner for.

Dersom de menneskerettslige grensene følges vil det kunne være adgang til å innføre bestemmelser som gir rom for bruk av tvang utover det dagens regler åpner for. Dersom tiltakene er nødvendig for å beskytte barna, eller for å gi dem forsvarlig omsorg, kan det sågar

være en menneskerettslig plikt til å sette inn slike tiltak. Dette gjelder bl.a ulike former for skjermingsturer utenfor institusjonen, og andre former for konsekvenspedagogiske virkemidler. Noen tiltak vil sågar ligge utenfor det menneskerettslige vernet, men det anbefales likevel at det lovfestes en norm for skjønnsutøvelsen og at noen prosessuelle rettigheter medfølger. Om det gis utvidede hjemler er det viktig at den menneskerettslige proporsjonalitetsnormen gjenspeiles i barnevernsloven. Det må også sørges for at det ved inngrep som er sårbare for misbruk, og sårbare for at det menneskerettslige torturforbudet trås for nære, ledsages av ulike rettssikkerhetsgarantier.

17.4 Adgangen til å etablere «lukkede institusjoner» i barnevernet.

Lukkede institusjoner, hvor både de subjektive og objektive vilkårene for frihetsberøvelser er oppfylt, vil være vernet av EMK art. 5, og BK art. 37b. Etter en gjennomgang av EMDs praksis etter EMK art. 5, nr. 1, bokstav d, sammenholdt med BK art. 37b, konkluderes det med at det vil være adgang til å etablere lukkede institusjoner i barnevernet, utover det dagens regler legger opp til, hvor bevegelsesbegrensinger med låste dører, etter bvl. § 10-9 kun kan ilegges i konkrete situasjoner, og for en kort begrenset periode. Det er imidlertid en klar forutsetning at dette skjer med omsorgsformål, og ikke av samfunnsbeskyttende hensyn. Målet med inngrepet etter EMK art. 5, nr. 1, bokstav d, må være å ivareta barnets behov for å kunne bygge det jeg benevner som et «bærekraftig liv». Fordi EMK art. 5, nr. 1, bokstav d gjelder «minors», vil en frihetsberøvelse måtte opphøre når barnet fyller 18 år, slik også bvl. § 6-2 krever. Det argumenteres for at også samtykkebaserte institusjonsopphold etter bvl. § 6-1 vil kunne være å regne som frihetsberøvelser etter EMK art. 5, nr. 1, bokstav d, og e. Det samme gjelder dersom barn som bor i institusjoner som omsorgstiltak mot foreldrene, rent faktisk er berøvet sin frihet. Dersom adgangen til å frihetsberøve tas i bruk, må de prosessuelle kravene i EMK art. 5, nr. 4 følges. Det må også være adgang til full domstolsprøving, jf. EMK art 6.

17.5 Adgangen for utvidelse av dagens tidsbegrensning ved atferdsplasseringer.

Det er ingen absolutte lengdebegrensninger for hvor lenge en frihetsberøvelse etter EMK art. 5, nr. 1, bokstav d, og BK art. 37b, kan opprettholdes. Dette avgjøres etter en konkret og individuell proporsjonalitetsvurdering, og kommer i BK art. 37b til uttrykk gjennom

formuleringen for kortest mulig tidsrom. Ut fra EMDs praksis er det anbefalt at frihetsberøvelse i lukket institusjon har en maksimal lengde på seks måneder, og at forlengelser ut over dette kun tillattes med konkrete bevegelsesbegrensinger slik dagens regler legger opp til (bvl. § 10-9). Dersom det ikke er en frihetsberøvelse vernet etter EMK art. 5, vil det være bestemmelsen som verner fysisk og psykisk integritet i EMK art. 8, der det ikke ilegges bevegelsesbegrensinger, og EMK fjerde tilleggsprotokoll art. 2 der det ilegges bevegelsesbegrensinger i tillegg til selve plasseringen. Dersom det ikke er frihetsberøvelser som vernes av EMK art. 5, vil plasseringer i institusjoner mot barnas vilje kunne opprettholdes i lenger tid. Også dette vil følge en proporsjonalitetsvurdering, slik at jo mer alvorlig barnets problematikk er, dess lenger tiltak vil kunne legitimeres. Det er derfor ikke gitt at tiltakene må opphøre etter 2 år, slik som dagens regler legger opp til (bvl. § 6-2), dersom barnets problematikk er omfattende, og barnet har et sterkt behov for beskyttelse og omsorg for å kunne kople seg på et bærekraftig liv for seg selv.

17.6 Prosessuelle krav ved utvidelser i adgangen til bruk av tvang

Prosessuelt vil det menneskerettslig måtte skilles mellom frihetsberøvelser vernet etter EMK art. 5, og inngrep som ikke er frihetsberøvelser. Alle frihetsberøvelser skal kunne prøves raskt for en domstol, jf. EMK art. 5, nr. 4. Fordi det er en glidende overgang mellom bevegelsesbegrensinger og frihetsberøvelser, anbefales det at institusjonen selv ikke skal kunne ilegge bevegelsesbegrensinger, men at denne kompetansen bør ligge til nemnda. Dersom barnet er frihetsberøvet på feilaktig grunnlag, har det en ubetinget rett til erstatning etter EMK art. 5, nr. 5. Barnet har også rett til full domstolsprøving i domstolene, jf. EMK art. 6. Der det er tale om tvangsinngrep som ikke er frihetsberøvelser, er det krav om hjemmelsgrunnlag for alle inngrepene. Grl. § 113 krever hjemmel i formell lov. Loven må også utformes klart og presist og må være tilgjengelig. For at EMD skal kunne kontrollere om det menneskerettslige proporsjonalitetsprinsippet etter bestemmelsene er oppfylt, må begrunnelsen for alle vedtak være konkret angitt, og individuelt begrunnet ut fra akkurat dette barnet. Begrunnelsesplikten er relativ, dvs. at jo sterkere inngrepet er, jo mer utførlig må begrunnelsen være. Begrunnelsesplikten følger således den menneskerettslige materielle proporsjonalitetsnormen.

Kap. 18 Anbefalinger samlet

18.1 Generelle anbefalinger – barnevernets formål

Det anbefales at det fremgår av barnevernsloven:

- at spesialisthelsetjenesten gis en plikt til å ta imot barn i barnevernsinstitusjoner til behandling selv om barnet ikke samtykker til behandling
- at det det går klart av barnevernsloven at barnevernstiltak ikke kan skje for å beskytte samfunnet
- at alle hjemlene for inngrep i bvl. kap. 10 spesifiseres med hva konkret som søkes oppnådd, innenfor rammen av barns behov for omsorg og beskyttelse
- at skillet mellom atferd og omsorg tas ut av barnevernsloven, og at lovreguleringen retter seg mot barnas behov for de ulike tiltakene
- at det gis hjemler til å bruke ulike tiltak for å beskytte andre barn i institusjonen mot vold og annen skadelig atferd
- at institusjonen har plikt til å sette inn tiltak for å hindre at barnet utsetter sin egen helse og utvikling for skade, og til å sette inn utviklingsfremmende tiltak
- at barn i barnevernsinstitusjoner har en plikt til å ta del i skoletilbud eller annet dagtilbud
- at formålene med tiltakene som settes inn, er å beskytte barn og gi barn forsvarlig omsorg

18.2 Anbefaling for begrensende omsorgshandlinger

Det anbefales at det gjøres følgende endringer i barnevernsloven:

- at barns rett til å selv bestemme i personlige spørsmål tas ut av barnevernslovens § 10-2, annet ledd
- at det tas inn i bvl. § 10-2:
 - ✓ at begrensende omsorgshandlinger uten hjemmel i lov kan kun tillates der det foreligger et klart omsorgsformål

- ✓ at begrensede omsorgshandlinger uten hjemmel i lov kun kan tillates der handlingens art og grad tillater det
- ✓ at begrensede omsorgshandlinger uten hjemmel i lov kun kan tillates der handlingen ligger innenfor en profesjonsetisk faglig standard

18.3 Anbefalinger institusjonsplasseringer generelt

Det anbefales at det tas inn i barnevernsloven:

- at nemnda tar stilling til alle frihetsberøvelser, også i tilfeller der barnet samtykker
- at nemnda tar stilling til alle institusjonstiltak hvor barnet skal kunne ilegges sterke bevegelsesbegrensninger
- at adgangen til institusjonsopphold deles i ulike kategorier
- at skillet mellom omsorgstiltak og atferdstiltak oppheves
- at det treffes vedtak for alle avgjørelser om opphold i institusjon
- at nemnda uttrykkelig må ta stilling til om barnet skal kunne frihetsberøves eller ikke

18.4 Anbefalinger atferdstiltak og frihetsberøvelser

Det anbefales følgende endringer i barnevernsloven:

- at ordlyden «plasseres» i bvl. § 6-2 erstattes med «berøves sin frihet», dersom man ønsker å gi hjemmel til frihetsberøvelser
- at det gjøres helt klart i barnevernsloven at formålet med tiltaket er individbeskyttende, og at institusjonen skal tilby (sosial-) pedagogisk opplæring
- at behandlingsbegrepet tas ut av loven
- at atferdsbegrepet erstattes med formuleringer om barn som utsetter sin egen helse og utvikling for alvorlig fare
- at det inntas en bestemmelse i bvl. § 6-2 om at institusjonen må kunne tilby barnet et pedagogisk opplæringsprogram som er *egnet* til å hjelpe barnet med å bygge et bærekraftig liv for seg selv
- at målet med institusjonsoppholdet kommer klart frem i lovgivningen
- at inngrepsbehovet graderes i lovgivningen holdt opp mot inngrepets styrke

- at lukkede barnevernsinstitusjoner kun godtas der barnets behov for tiltakene er særlig sterkt

18.4 Anbefalinger inngrep (omsorgsinngrep/tvang/tortur)

Det anbefales at det går tydelig frem av barnevernsloven:

- at inngrep i barnas menneskerettigheter skal skje etter en forsvarlig avveining mellom hensynet til barnets frihetsrettigheter og behovet for å sikre barnas rett til omsorg og beskyttelse (proporsjonalitetsprinsippet)
- hva som er formålet med inngrepet for hver enkelt inngrepshjemmel
- at inngrepsintensiteten må sees i forhold til inngrepsbehovet(proporsjonalitetsprinsippet)
- kombinasjoner av visse tvangsmidler brukt på samme tid blir forbudt
- at det settes lengdebegrensninger for å hindre flere etterfølgende vedtak som i sum blir for belastende
- at det settes krav om at totaliteten av begrensninger barnet er underlagt, og har vært underlagt, skal komme frem av hvert enkelt vedtak
- at det fremgår av barnevernsloven at begrunnelser må skje i henhold til den menneskerettslige proporsjonalitetsnormen
- at klage- og tilsynsmyndighet gis en særskilt plikt til å se på summen av og lengden på restriksjoner barnet er ilagt
- at det gjenspeiles i barnevernsloven kap. 10 at ytterligere restriksjoner for frihetsberøvede bare kan ilegges der det foreligger særlig sterke grunner
- at restriksjoner for barn i ene- og alenetiltak fastsettes særskilt
- at det settes forbud mot samtidig bruk av ulike bevegelses- og kontaktbegrensende tiltak, også etterfølgende
- at kontakt- og besøksbegrensende tiltak der barnet er frihetsberøvet kun skjer der behovet for å beskytte barna er særlig stort
- at det settes forbud mot inndragning og nekt av kommunikasjonsmidler for barn som bor alene i institusjon
- at formålene med tiltakene kommer tydelig frem i alle lovhjemler

- at barn i barnevernsinstitusjoner gis en ubetinget rett til å gå på skole/annet dagtilbud utenfor institusjonen
- at det lovfestes at det skal settes inn tiltak for å hindre skadevirkninger av isolasjon dersom denne unntaksvis skjer

Referanser og litteratur

Litteraturliste

Lover og forskrifter

- 1814 Kongeriget Norges Grundlov 17. mai 1814 (Grunnloven)
- 1981 Lov 22. Mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven)
- 1998 Lov 17. juli 1998 nr. 61 om grunnskolen og den videregående opplæringa (opplæringslova)
- 1999 Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)
- 1999 Lov 2. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven)
- 2005 Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven)
- 2008 Lov 15. Mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)
- 2020 Lov 24. april 2020 nr. 31 om tros- og livssynssamfunn (trossamfunnsloven)
- 2021 Lov 18. juni 2021 nr. 97 om barnevern (barnevernsloven)
- 2021 Lov 18. Juli 2021 nr. 121 om Stortingets ombud for kontroll med forvaltningen (sivilombudsloven)
- 2021 FOR-2021-04-09-1147 Forskrift om nasjonal retningslinje for masterutdanning i barnevern.
- 2021 FOR-2021-04-09-1148 Forskrift om nasjonal retningslinje for masterutdanning i barnevernsarbeid

Traktater og andre internasjonale rettskilder

- BK FNs konvensjon om barns rettigheter. New York 11. november 1989. [Norsk oversettelse]
- CAT FNs konvensjon mot tortur og annen grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff. New York 10. desember 1984. [Norsk oversettelse]

- CPT Europeisk konvensjon om forebyggelse av tortur og umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff – ETS nr. 126. Strasbourg, 26. november 1987. [Norsk oversettelse]
- EMK FNs konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter. Roma 4. november 1950. [Norsk oversettelse]
- Protokoll nr. 4 til Konvensjon om beskyttelse av menneskerettigheter og grunnleggende friheter, om beskyttelse av visse rettigheter og friheter som ikke allerede omfattes av konvensjonen og av første tilleggsprotokoll til konvensjonen ETS nr. 46. Strasbourg 16. september 1963. [Norsk oversettelse]
- Protokoll nr. 7 til Konvensjon om beskyttelse av menneskerettigheter og grunnleggende friheter ETS nr. 117. Strasbourg 22. November 1984. [Norsk oversettelse]
- SP FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter. New York 16. desember 1966. [Norsk oversettelse]
- Valgfri protokoll til den internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter. 16. desember 1966. [Norsk oversettelse]
- 1990 JDL. United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty, General Assembly resolution 45/113, 14 December 1990
- 2003 OPCAT. Optional Protocol to the Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, The fifty-seventh session of the General Assembly of the United Nations by resolution A/RES/57/199, 9 January 2003
- 2006 European Prison Rules. Recommendation Rec(2006)2 of the Committee of Ministers to member states on the European Prison Rules. *Adopted by the Committee of Ministers on 11 January 2006 at the 952nd meeting of the Ministers' Deputies.*
- 2008 European Rules for juvenile offenders subject to sanctions or measures. Recommendation CM/Rec(2008)11 of the Committee of Ministers to member states on the European Rules for juvenile offenders subject to sanctions or measures. *Adopted by the Committee of Ministers on 5 November 2008 at the 1040th meeting of the Ministers Deputies*
- 2011 Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure, *The sixty-sixth session of the General Assembly of the United Nations by resolution A/RES/66/138*, 19 December 2011
- 2015 “Nelson Mandela Rules”. United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners, A/RES/70/175, Resolution adopted by the General Assembly on 17 December 2015

2020 European Prison Rules. Recommendation Rec (2006)2-rev of the Committee of Ministers to member States on the European Prison Rules. *Adopted by the Committee of Ministers on 11 January 2006, at the 952nd meeting of the Ministers Deputies, and revised and amended by the Committee of Ministers 1 July 2020 at the 1380th meeting of the Ministers Deputies*

Forarbeider

NOU 2008:15 (2008) Barn og straff – utviklingsstøtte og kontroll

Prop. 135 L (2010–2011) Endringer i straffeloven, straffeprosessloven, straffegjennomføringsloven, konfliktrådsloven m.fl. (barn og straff)

Dok. nr.16 (2011–2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven

FOR-2014-06-20-778 (2014) Kunngjøring av Stortingets vedtak 27. Mai 2014 om redigert versjon av Grunnloven kapittel E. og F. som følge av vedtatte grunnlovsforslag om menneskerettigheter, Justis og beredskapsdepartementet

NOU 2016:16 (2016) Ny barnevernslov – Sikring av barnets rett til omsorg og beskyttelse

NOU 2019:14 (2019) Tvangsbegrensningsloven – forslag til felles regler om tvang og inngrep uten samtykke i helse- og omsorgstjenesten

Prop. 133 L (2020-2021) Lov om barnevern (barnevernsloven) og lov om endringer i barnevernloven

Lovvedtak 106 (2020-2021) til Lov om Stortingets ombud for kontroll med forvaltningen (sivilombudsloven)

Høringsnotat (2010), Revidering av forskrift om rettigheter og bruk av tvang under opphold i barnevernsinstitusjon, Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet.

Rettsavgjørelser

Rt. 2010 s. 612 (sårstelledommen)

Rt. 2012 s. 1051

Rt. 2015 s. 93 (Maria-dommen)

HR-2018-2096

HR-2020-660-S

HR-2020-661-S

HR-2020-662-S

HR-2021-640-A

HR-2021-1155-A

Vedtak fra Fylkesnemnda

FNV-2018-219-OSL

FNV-2017-1700-AGD

Avgjørelser fra EMD

Case of Engel and others v. The Netherlands, no. 5100/71;5101/71;5102/71;5354/72;5370/72, 08 June 1976

Case of Tyrer v. The United Kingdom, no. 5856/72, 25 April 1978

Case of Winterwerp v. The Netherlands, no. 6301/73, 24 October 1979

Case of Guzzardi v. Italy, no. 7367/76, 06 November 1980

Case of Dudgeon v. The United Kingdom, no. 7525/76, 22 October 1981

Case of X and Y v. The Netherlands, no. 8978/80, 26 March 1985

Case of Ashingdane v. The United Kingdom, no. 8225/78, 28 May 1985

Case of Bouamar v. Belgium, no. 9106/80, 27 June 1988

Case of Nielsen v. Denmark, no. 10929/84, 28 November 1988

Case of Soering v. The United Kingdom, no. 14038/88, 07 July 1989

Case of B v. France, no. 13343/87, 25 March 1992

Case of Herczegfalvy v. Austria, no. 10533/83, 24 September 1992

Case of Niemietz v. Germany, no. 13710/88, 16 December 1992

Case of Messina v. Italy, no. 13803/88, 26 February 1993

Case of Costello-Roberts v. The United Kingdom, no. 13134/87, 25 March 1993

Case of Burghartz v. Switzerland no. 16213/90, 22 February 1994

Case of Ostra v. Spain, no. 16798/90, 09 December 1994

Case of Laskey, Jaggard and Brown v. The United Kingdom, no. 21627/93;21826/93;21974/93, 19 February 1997

Case of Raninen v. Finland, no. 20972/92, 16 December 1997

Case of Botta v. Italy, no. 21439/93, 24 February 1998

Case of Aerts v. Belgium, no. 25357/94, 30 July 1998

Case of Osman v. The United Kingdom, no. 23452/94, 28 October 1998

Case of Smith and Grady v. The United Kingdom, no. 33985/96;33986/96, 27 September 1999

Case of V. v. The United Kingdom, no. 24888/94, 16 December 1999

Case of Bensaid v. The United Kingdom, no. 44599/98, 25 January 2000

Case of Labita v. Italy, no. 26772/95, 06 April 2000

Case of K. and T. v. Finland, no. 25702/94, 27 April 2000

Case of Ilhan v. Turkey, no. 22277/93, 27 June 2000

Case of Koniarska v. The United Kingdom, no. 33670/96, 12 October 2000

Case of Kudla v. Poland, no. 30210/96, 26 October 2000

Case of Berlinski v. Poland, no. 27715/95, 30209/96, 18 January 2001

Case of Z. and others v. The United Kingdom, no. 29392/95, 10 May 2001

Case of Pretty v. The United Kingdom, no. 2346/02, 29 April 2002

Case of D.G v. Ireland, no. 39474/98, 16 May 2002

Case of Christine Goodwin v. The United Kingdom, no. 28957/95, 11 July 2002

Case of Bati and others v. Turkey, no. 33097/96;57834/00, 03 June 2004

Case of Shamayev and others v. Georgia and Russia, no. 36378/02, 12 April 2005

Case of Öcalan v. Turkey, no. 46221/90, 12 May 2005

Case of Rohde v. Denmark, no. 69332/01, 21 July 2005

Case of Dickson v. The United Kingdom, no. 44362/04, 18 April 2006

Case of Mayeka and Mitunga v. Belgium, no. 13178/03, 12 October 2006

Case of Ramirez Ranchez v. France, no. 59450/00, 04 July 2006

Case of Evans v. The United Kingdom, no. 6339/05, 10 April 2007

Case of C.G. and Others v. Bulgaria, no. 1365/07, 24 April 2008

Case of Liberty and others v. The United Kingdom, no. 58243/00, 01 July 2008

Case of Al-Saadoon and Mufdhi v. The United Kingdom, no. 61498/08, 02 March 2010

Case of Gäfgen v. Germany, no. 22978/05, 01 June 2010

Case of Jehovah's witnesses of Moscow v. Russia, no. 302/02, 10 June 2010

Case of M.S.S. v. Belgium and Greece, no. 30696/09, 21 January 2011

Case of A. and others v. Bulgaria, no. 51776/08, 29 November 2011

Case of Stanev v. Bulgaria, no. No. 36760/06, 17 January 2012

Case of D.D. v. Lithuania, no. 13469/06, 14 February 2012

Case of Munjas v. The United Kingdom, no. 2913/06, 17 July 2012

Case of P. and S. v. Poland, no. 57375/08, 30 October 2012

Case of El-Masri v. "The Former Yugoslav Republic of Macedonia", no. 39630/09, 13 December 2012

Case of Nencheva and others v. Bulgaria, no. 48609/06, 18 June 2013

Case of O'Keefee v. Ireland, no. 35810/09, 28 January 2014

Case of Neshkov and others v. Bulgaria, no. 36925/10;21487/12;72893/12;73196/12;77718/12;9717/13, 27 January 2015

Case of Grabowski v. Poland, no. 57722/12, 30 June 2015

Case of A.L. (X.W.) v. Russia, no. 44095/14, 29 October 2015

Case of Blokhin v. Russia, no. 47152/06, 23 March 2016

Case of D.L v. Bulgaria, no. 7472/14, 19. May 2016

Case of A.B and others v. France, no. 11593/12, 12 July 2016

Case of Mursic v. Croatia, no. 7334/13, 20 October 2016

Case of Paradiso and Campanelli v. Italy, no. 25358/12, 24 January 2017

Case of De Tomasso v. Italy, no. 43395/09, 23 February 2017

Case of Ireland v. The United Kingdom, no. 5310/71, 20 March 2018

Case of Rooman v. Belgium, no. 18052/11, 31 January 2019

Case of Blyudik v. Russia, no. 46401/08, 25 June 2019

Case of Korban v. Ukraine, no. 26744/16, 04 July 2019

Case of Strand Lobben and Others v. Norway, no. 37283/13, 10 September 2019

Case of Reist v. Switzerland, no. 39246/15, 27 October 2020

Case of Vlasov v. Russia, no. 14390/11, 15 June 2021

«Views», Commission Decisions and Concluding observations

Toonen v. Australia, [CCPR-1992-488], “Views”, 31 March 1994

Osbourne v. Jamaica, [CCPR-1997-759], “Views”, 13 April 2000

Boodoo v. Trinidad and Tobago, [CCPR-1996-721], “Views”, 2 April 2002

Mellet v. Ireland, [CCPR-2013-2324], “Views”, 31 March 2016

A.B. v. Canada, [CCPR-2014-2387], “Views”, 15 July 2016

G. v. Australia, [CCPR-2012-2172], “Views”, 17 March 2017

Ensslinn, Baader and Raspe v. Germany, no. 7572/76, 7586/76 and 7587/76, Commission Decision 8 July 1978, Decisions and Reports (DR) 14

X. v. The United Kingdom, no. 9054/80, Commission Decision 8 October 1982, Decisions and Reports (DR) 30

Wakefield v. The United Kingdom, no. 15817/89, Commission Decision 1 October 1990, Decision and Report (DR) 66

CCPR/C/NOR/CO/7 Human Rights Committee, Concluding observation on the seventh periodic report of Norway, 25. April 2018

General comments

1988 CCPR General Comment No. 16: Article 17 (Right to Privacy), The Right to Respect of Privacy, Family, Home and Correspondence, and Protection of Honour and Reputation, 8 April 1988

1989 CCPR General Comment no. 17: Article 24 (Rights of the Child), 7 April 1989

- 1992 CCPR General Comment No. 20: Article 7 (Prohibition of Torture, or Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment), 10 March 1992
- 2001 CRC General Comment No. 1: Article 29 (1), The Aims of Education, 17 April 2001, CRC/GC/2001/1
- 2003 CRC General Comment No. 5 (2003): General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child, 27 November 2003, CRC/GC/2003/5
- 2006 CRC General Comment No. 8 (2006): The right of the child to protection from corporal punishment and other cruel or degrading forms of punishment (arts. 19; 28, para. 2; and 37, inter alia), 2 March 2007, CRC/C/GC/8
- 2007 CRC General Comment No. 10 (2007): Childrens Rights in Juvenile Justice, 25 April 2007, CRC/C/GC/10
- 2011 CRC General Comment No. 13 (2011): The right of the child to freedom from all forms of violence, 18 April 2011, CRC/C/GC/13
- 2013 CRC General Comment No. 15 (2013) on the right of the child to the enjoyment of the highest attainable standard of health (art. 24), 17 April 2013, CRC/C/GC/15
- 2013 CRC General Comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interest taken as a primary consideration (art. 3, para 1), 29 May 2013, CRC/C/GC/14
- 2014 CCPR General Comment No. 35 (2014) Article 9 (Liberty and security of person), 16 December 2014, CCPR/C/GC/35
- 2016 CRC General Comment No. 20 (2016) on the implementation of the rights of the child during adolescence, 6 December 2016, CRC/C/GC/20
- 2019 CRC General comment No. 24 (2019) on children`s rights in the child justice system, 18 September 2019, CRC/C/GC/24

2021 CRC General Comment No. 25 (2021) on children's rights in relation to the digital environment, CRC/C/GC/25

Juridisk litteratur

Aasen, Henriette Sinding. «Pasienters rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling». 1.utg., Fagbokforlaget 2000.

Bartlett, P., Lewis, O., Thorold, O. «Mental Disability and the European Convention on human rights». Martinus Nijhoff Publishers, International studies in Human Rights, vol. 90, 2006

Bendiksen, Lena R.L. og Haugli, Trude. «Sentrale emner i barneretten»

Bårdsen, Arnfinn. «Retten til erstatning for ulovlig frihetsberøvelse etter EMK art. 5 (5) og SP art. 9 (5)». 2002

Christoffersen, Jonas. «Fair balance: A study of Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights». Martinus Nijhoff Publishers 2009

Darwell, Stephan. «Welfare and rational care» i Harry Frankfurt (red.). *Princeton monographs in philosophy*. Princeton University Press 2002

Detrick, Sharon. «A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child», Haag 1999

Dworkin, Gerald. «Paternalism», *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, først publisert 06.11.2002; vesentlig revisjon 09.09.2020. [Paternalism \(Stanford Encyclopedia of Philosophy\)](#)

Eckhoff, Torstein og Helgesen, Jan E. «Rettskildelære». 1. utg., Universitetsforlaget 2007

Ellingsen, Dag., og Gundersen, Tonje. «Enetiltak – kartlegging av tilbud og bruk av tvang». Velferdsforskningsinstituttet NOVA, Notat 2/2021. [NOVA Notat 2/21 \(oslomet.no\)](#)

Fause, Anett Beatrix Osnes. Kravet til legalitet, nødvendighet og proporsjonalitet når det utøves polisiær eller påtalemessig myndighet som griper inn i vernet etter EMK art. 8 nr. 1. Tidsskrift for strafferett vol. 14, utg.1, 26. februar 2014, s. 46–60

Gundersen, T., Havre, M., Neumann, C.E.B., Fugletveit, R. & Jevne, K.S. (2023). Enetiltak og alenetiltak i barnevernet. Et nødvendig botilbud til barn og ungdom. NOVA Rapport 9/23, OsloMet, Oslo, Norge

Havre, Merete «Domstolens prøving av forvaltningsvedtaks forholdsmessighet i menneskerettslig sammenheng», *Retfærd*. Nordisk Juridisk Tidsskrift, 2015.

Havre, Merete. «Nyanser av grått. Hjemmelskrav for tvangsbruk med omsorgsformål i barneverninstitusjoner.» I Reidun Førde, Morten Kjelland og Ulf Stridbeck (red.). *Cand.mag., cand.med., cand.jur., cand.alt: Festskrift til Aslak Syse 70 år*. 1.utg., Oslo: Gyldendal Juridisk 2016, s. 177–189.

Havre, Merete. «Legitimt och illegitimt tvång. En kritisk granskning av norska institutioner utifrån ett rättighetsperspektiv». I Enell, Sofia; Gruber, Sabine; Vogel, Maria A (red.). *Kontrollerade Unga. Tvångspraktiker på institution*. Studentlitteratur AB 2016, s. 255–282

Havre, Merete. «Varetektsfengsling og proporsjonalitetsprinsippet – en balansetest». Cappelen Damm Akademisk 2015

Havre, Merete. Kommentarer til barnevernloven §§ 4-12–4-21, og 4-24–4-25, samt kap. 5 og 7. Gyldendal rettsdata, nyskrevet mai 2022

Havre, Merete og Holte, Lina. «Med en fot i hvert spor – harmonisering av barneverntiltak og straffetiltak ved fastlegging av straff». *Tidsskrift for strafferett*, Oslo 2023

Havre, Merete og Køhler-Olsen, Julia. «Taking care of you – of yourself?». (Oslo Law Review Under publisering 2023)

Havre, Merete. «Menneskerettslig og rettssikkerhetsmessig analyse av ene- og alenetiltak» i Gundersen, T., Havre, M., Neumann, C.E.B., Fugletveit, R. & Jevne, K.S. (2023). «Enetiltak og alenetiltak i barnevernet. Et nødvendig botilbud til barn og ungdom.» NOVA Rapport 9/23, OsloMet, Oslo, Norge.

Havre, Merete og Langeland, Julie. «Med lov skal pasientene pleies? – Legalitetsprinsippet ved begrensede omsorgshandlinger i helseretten». (Under publisering 2023)

Horn, Thomas. «Hvilken rettspolitisk betydning bør kritikk fra CPT ha for norske regler om isolasjon ved varetektsfengsling?». *Med loven mot makta – Jubileumsskrift til Jussbuss*, Novus Forlag 2011, s. 326–340

Horn, Thomas. «Fullstendig isolasjon ved risiko for bevisforspillelse». Fagbokforlaget 2017

Knoph, Ragnar. «Knophs oversikt over Norges rett». 15. utg., Universitetsforlaget AS 2019

Kvalø, Kirsten Kolstad. Karnov lovkommentar til BK art. 16, publisert 19. november 2021

Liefaard, Ton. «Deprivation of Liberty of Children in Light of International Human Rights Law and Standards», Intersentina; første utg., 28. oktober 2008.

Martnes, Mona. «Barnets beste – rettighetens innhold i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning». Universitetsforlaget 2021

Nordeide, Ragnar. Karnov lovkommentar til SP art. 17, publisert 28. april 2022

Sandvig, Jenny. Karnov lovkommentar til EMK art. 3: Prohibition of Torture, publisert 25. oktober 2021

Sandsberg, Hans-Olav. «Rett og urett: Asylsuverenitet», Tidsskriftet den norske lægeforeningen 121:1297, utgave 10., 20. april 2001

Schabas, William., Sax, Helmut., Alen, Andre. «Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Article 37: Prohibition of Torture, Death Penalty, Life Imprisonment and Deprivation of Liberty, Brill Academic Publishers, 15. mars 2006

Sigurdson, Randi. «Tvangsplassering av barn med utfordrende atferd – en sammenligning av regler i barneloven, helse- og omsorgstjenesteloven og psykisk helsevernloven», 1. utg., Fagbokforlaget 2015

Storø, Jan. «Sosialpedagogisk praksis – det handler om hva du gjør» Universitetsforlaget 2008

Stub, Marius. «§102.» I Ola Mestad og Dag Michalsen (red.). *Grunnloven: Historisk kommentarutgave 1814-2020*. 1.utg., Universitetsforlaget 2021, s. 1138–1163

Syse, Aslak. «Barnevern og samfunnsvern», Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål, vol. 17, utg. 3., 4. november 2019, s. 201–204

Syse, Aslak. «Det menneskerettslige vernet mot frihetsberøvelse og tvang i behandlingsøyemed innenfor psykiatrien». Nordisk tidsskrift for menneskerettigheter, vol. 24, utg. 4, 20. desember 2006, s. 318–342

Syse, Aslak. «Huleboerdommen - feil navn, uklart innhold?», Lov og Rett, vol. 50, utg. 10, 22. desember 2011, s. 628–637

Sørensen, Christian Børge. «Barnevern og menneskerettighetene», vedlegg 4 i Utredning til Barnevernslovutvalget, NOU:2016 16 Ny barnevernslov, 2016

Søvig, Karl Harald. «Tvang overfor gravide rusmiddelbrukere», 1999

Van Bueren, Geraldine. «The International Law on the Rights of the Child», Martinus Nijhoff Publishers; 1. utg., 1. januar 1998

Østenstad, Bjørn Henning. «Heimelsspørsmål i behandling og omsorg overfor psykisk utviklingshemma og aldersdemente. Rettslege og etiske problemstillinger ved bruk av tvang og inngrep utan gyldig samtykke», 2009

Østenstad, Bjørn Henning. «Rettstryggleik ved tvangsinngrep mot barn», Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål, vol. 12, utg. 4, 30. mars 2016

Østenstad, Bjørn Henning. «Forholdsmessighetsvurderinga ved fleire tvangstiltak overfor same person» i *Menneskerettigheter i helse- og omsorgstjenesten*, Aasen, Henriette Sinding og Bahus, Marianne Klungland (Red.). Universitetsforlaget 2022

Rapporter

A/HRC/28/68: United Nations, Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, 5 March 2015

A/HRC/38/36: UN Human Right Council. Report of the Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health, Note by the Secretariat, 10 April 2018.

CPT/Inf (2007) 28: European Committee for the Spanish Government on the visit to Spain carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Strasbourg 10 July 2007. [1680697e8c \(coe.int\)](#)

CPT/Inf (2008) 25: European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment. 18th Report on the CPT's activities, Strasbourg 18 September 2008. [18th General Report on the CPT's activities \(coe.int\)](#)

CPT/Inf (2009) 30: Report to the Government of The United Kingdom on the visit to the United Kingdom carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Strasbourg 8 December 2009. [1680698700 \(coe.int\)](#)

CPT/Inf (2011) 3: Report to the Government of Ireland on the visit to Ireland carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Strasbourg 10 February 2011. [1680696c98 \(coe.int\)](#)

CPT/Inf (2015) 1-part rev1: Juveniles deprived of their liberty under criminal legislation. Extract from the 24th General Report of the CPT, published in 2015.

CPT/Inf (2019) 1: Report to the Norwegian Government on the visit to Norway carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT), Strasbourg 17 January 2019. [1680909713 \(coe.int\)](#)

CPT/Inf (2020) 18: Report to the United Kingdom Government on the visit to the United Kingdom carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT), Strasbourg 30 April 2020. [16809e4404 \(coe.int\)](#)

CPT/Inf (2021) 8: Report to the authorities of North Macedonia on the visit to North Macedonia carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT), Strasbourg 11 May 2021. [1680a26b8f \(coe.int\)](#)

CPT/Inf (2021) 27: Report to the Spanish Government on the visit to Spain carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT), Strasbourg 9 November 2021. [1680a47a76 \(coe.int\)](#)

Helsetilsynet. *Gjennomgang av barnevernets oppfølging av de to jentene som var plassert på Vestlundveien ungdomssenter og som senere døde.* 28.01.2020.

<https://www.helsetilsynet.no/publikasjoner/andre-publikasjoner/gjennomgang-av-barnevernets-oppfolging-av-de-to-jentene-som-var-plassert-pa-vestlundveien-ungdomssenter-og-som-senere-dode/>

Liv Finstad, mfl. «Politikorrupsjon - lederskap, risikokjennelse og læring». Rapport fra evalueringsutvalget etter Borgarting Lagmannsretts dom av 19. juni 2020. Oslo 26. mai 2021. [politikorrupsjon-lederskap-risikoerkjennelse-og-laering.pdf](#)

Rapporter fra Sivilombudets forebyggingsenhet: [Besøk og besøksrapporter – Sivilombudet](#)

Redd barna. «Internett et stort mørkt rom – Håndtering av risiko for seksuell utnytting over internett på barnevernsinstitusjon». Oslo: 2020. <https://resourcecentre.savethechildren.net/document/internett-er-et-stort-morkt-rom-handtering-av-risiko-seksuell-utnytting-over-internett-pa/>.

Sivilombudets forebyggingsenhet. *Besøksrapport Akershus ungdoms- og familiesenter, avdeling Sole*. 15.02.2017. [Avdeling-Sole-besøksrapport-2016.pdf \(sivilombudet.no\)](#)

Sivilombudets forebyggingsenhet. *Besøksrapport Klokkergårdenkollektivet*. 07.11.2017. [Besøksrapport-Klokkergårdenkollektivet.pdf \(sivilombudet.no\)](#)

Sivilombudsmannen. *Skjerming i psykisk helsevern – risiko for umenneskelig behandling*. Temarapport 2018. [Temarapport-2018 Skjerming-i-psykisk-helsevern.pdf \(sivilombudet.no\)](#)

Nyhetsartikler

NRK. «Rett til å ruse seg til døde» NRK, 10.04.2023. [Rett til å ruse seg til døde – Ytring \(nrk.no\)](#)

Aftenposten. Elisabeth Sørli. «Barnevernet skal gi ungdommer behandling, ikke beskytte samfunnet fra dem», 25. mai 2023. [Barnevernet skal gi ungdommer behandling, ikke beskytte samfunnet fra dem \(aftenposten.no\)](#)

Aftenposten. Inga Bejer Engh. «Barneombudet: - Å sperre ungdom inne får ikke ned ungdomskriminaliteten», 9. mai 2019. [Barneombudet: – Å sperre ungdom inne får ikke ned ungdomskriminaliteten \(aftenposten.no\)](#)

Tabeller diverse søk

Navn	Sammendrag	Varighet	Brudd på	Ikke brudd på	Funn i HUDOC-søkeord
Blokhin v. Russia (2016)	<p>Gutt ble flyttet til ungdomsfengsel pga. mistanke om kriminalitet.</p> <p>Artikkel 5 nr. 1 bokstav d – plassering med formål om atferdskorrigerende omfattet ikke, educational purposes må være hovedformålet.</p> <p>Artikkel 3 – ikke sikret helsehjelp, ADHD-lidelse, innleggelse på psykiatrisk sykehus i etterkant.</p>	30 dager	<p>Artikkel 5 nr. 1 bokstav d</p> <p>Artikkel 3</p>	Artikkel 8	EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav d
Bouamar v. Belgium (1988)	Barn ni ganger fengslet i fengsel fordi atferden hans gjorde at myndighetene ikke hadde mulighet for å finne en annen institusjon for ham.	9 ganger i opptil 15 dager.	Artikkel 5 nr. 1 bokstav d	Artikkel 3 og 8.	Art. 5 nr. 1 bokstav d.

	<p>Holdt isolert uten kontakt med personale med pedagogisk utdannelse.</p> <p>Art. 5 nr. 1 bokstav d innebærer krav om egnet institusjon. Midlertidig plassering må «be speedily followed by» plassering på slik institusjon. Avsnitt 50-53.</p> <p>FORMÅLET</p>				
D.G v. Ireland (1998)	<p>Barn plassert i ungdomsfengsel (kriminalitet/atferd)</p> <p>Pønal institusjon med disiplinært regime, brudd på artikkel 5 nr. 1 bokstav d fordi det ikke var en egnet institusjon (ikke noe sted i Irland, så kunne heller ikke anses som midlertidig forvaring).</p>	Ca. 1 mnd.	Art. 5 nr. 1 bokstav d	Art. 3 og 8	Art. 5 nr. 1 bokstav d.
Nielsen v.	12 år gammel gutt som ble innlagt på psykiatrisk sykehus	5,5 mnd.	X	Art. 3,5, 8	Key words: Deprivation

<p>Denmark (1988)</p>	<p>etter beslutning fra mor som var den eneste med foreldreansvaret (innleggelse i strid med fars ønske).</p> <p>Mulig pga. adferdsproblemer ved at gutten flyktet med sin far.</p> <p>Kom til at artikkel 5 ikke kom til anvendelse, pga. mors rettmessige utøvelse av sitt foreldreansvar jf. avsnitt 63–73.</p>			<p>Dissens 9-7.</p>	<p>AND liberty AND minor</p> <p>Complaints: 5-1-d</p>
<p>D.L. v. Bulgaria (2016)</p>	<p>Jente (14 år) plassert på «correctional boarding school» (i etterkant av plassering på åpent kriesesenter) pga. atferd (rømningsforsøk + fare for prostitusjon).</p> <p>Ikke brudd på art. 5 nr. 1 bokstav d, fordi tiltaket hadde «educational purposes».</p>	<p>ca. 1 år og 9 mnd. (muligens lengre)</p> <p>(lengde problematisert særlig av mindretallet, ikke satt en sluttdato for oppholdet i det hele tatt)</p>	<p>Art. 8.</p>	<p>Art. 5 nr. 1 bokstav d (Tiltaket ble vurdert som proporsjonalt fordi det var prøvd mange andre løsninger,)</p> <p>(Dissens 6-1)</p>	<p>Art. 5 (1) d.</p>

<p>P and S v. Poland (2012)</p>	<p>14 år gammel jente plassert på ungdomshjem for å forhindre abort.</p> <p>Formål etter art. 5 nr. 1 bokstav d = må være forhold mellom grunnlaget for frihetsberøvelse som påberopes, og vilkårene for forvaring.</p>	<p>10 dager</p>	<p>Art. 5 (1) d, art. 3, 8</p>	<p>X</p>	<p>Art. 5 nr. 1 bokstav d.</p>
<p>Gabrowski v. Poland</p>	<p>En 17 år gammel gutt ble plassert i et ungdomshjem etter rettens beslutning som følge av kriminalitet og atferdsvansker.</p> <p>Beslutningen gikk ut på at gutten skulle bli i ungdomshjemmet i 3 måneder, men oppholdet vedvarte, uten beslutning fra retten og uten lovhjemmel. Dette var i strid med kravet om hjemmel i lov etter artikkel 5 nr. 1 bokstav d.</p>	<p>8 mnd.</p>	<p>Artikkel 5 nr. 1 bokstav d</p>	<p>Ikke anført</p>	<p>Art. 5 nr. 1 bokstav d</p>

<p>Blyudik v. Russia (2019)</p>	<p>Jente ble plassert i lukket utdanningsinstitusjon for mindreårige etter beslutning fra tingretten som følge av atferdsproblemer.</p> <p>Beslutningen gikk ut på at hun skulle være i institusjonen i to år og fem måneder.</p> <p>Frihetsberøvelsen ikke hjemlet i loven, derfor brudd på EMK art. 5 nr. 1 bokstav d.</p> <p>Brudd på artikkel 8 fordi plasseringen ikke var hjemlet.</p>	<p>Ca. 7 mnd.</p>	<p>Artikkel 5 og 8.</p> <p>Brudd på art. 5 blir konstatert, uten nærmere begrunnelse om lengde mv.</p> <p>Rett til korrespondanse mv. ikke behandlet av retten.</p>	<p>Ikke anført</p>	<p>Art. 5 nr. 1 bokstav d</p>
<p>Koniarska v. The United Kingdom (2000)</p>	<p>Saken dreide seg om en 17 år gammel jente som ble plassert på en høysikkerhetsinstitusjon som følge av en beslutning fra domstolen pga. atferd.</p>	<p>Litt over 5 mnd.</p>	<p>X</p>	<p>Art. 5 nr. 1 + 8</p> <p>Art. 8:</p> <p>Myndighetene overtatt omsorgsansvaret etter samtykke</p>	<p>X</p>

	<p>EMD kom i denne saken til at det ikke forelå brudd på EMK art. 5 nr. 1 bokstav d, fordi institusjonen var et spesialbotilbud for ungdom med alvorlige problemer. På institusjonen ble det tilbudt et bredt spekter av utdanningsprogrammer og kurs, og domstolen fant at jenta hadde hatt nytte av dette tilbudet til en viss grad.</p>			<p>fra foreldrene.</p>	
<p>Guzzard i v. Italia (1980)</p>	<p>Voksen mann plassert i varetekt i 2 år pga. dom for mafiavirksomhet, for så å bli flyttet til en øy når 2 år var gått.</p> <p>EMD uttaler at tiltak må sees i sammenheng for å avgjøre om artikkel 5 kommer til anvendelse.</p> <p>Bestemmelsen kom til anvendelse i</p>	<p>16 mnd.</p>	<p>Art. 5 nr. 1</p> <p>(Unntakene ikke kom til anvendelse på disse sakene.)</p>	<p>Art. 3, art. 8 (Kone og sønn bodde med ham på øya i 14 av de 16 mnd. han var der, årsaken til 2 mnd. avvik var at han hadde glemt å sende inn ny søknad for fornyelse.)</p>	<p>«Deprivation of liberty» AND «open prison»</p>

	denne saken, til tross for at fengselsoppholdet lignet et åpent fengsel.				
De Tomasi v. Italia (2017)	<p>Pålagt særlig oppfølging fra politiet og husarrest i to år, pga. kriminalitet. Pålagt ukentlig rapportering til politiet, å bli boende i Casamassima og ikke endre bosted, å leve et ærlig og lovlydig liv, ikke å forlate hjemmet mellom kl. 22.00 og 06.00, ikke å bære våpen og ikke å benytte mobiltelefoner eller annet telekommunikasjon utstyr.</p> <p>Anførsel om at oppfølging fra politiet og husarrest var i strid med art. 5</p>	2 år	TP4 art. 2 (bevegelsesfrihet)	Art. 5 ikke anvendelig	X
D.D v. Litauen (2012)	En kvinne med store psykiske problemer, i form av schizofreni ble innlagt på	Over 7 år	Art. 5 nr. 4	Art. 5 nr. 1 bokstave (ansett som «lawful»)	«Deprivation of liberty»

	<p>institusjon etter ønske fra vergen.</p> <p>På institusjonen ble hun overvåket og utsatt for tvang. Hun hadde aldri samtykket til denne frihetsberøvelsen.</p>				
Korban v. Ukraina (2019)	<p>En kjent politiker ble pågrepet i sitt hjem. Fristen for pågrep uten rettslig avgjørelse gikk ut. Søkeren ble løslatt. Han ble imidlertid arrestert på nytt to minutter senere. Søkeren klaget blant annet over at disse arrestasjonene hadde vært ulovlige og vilkårlige.</p>	X	X	Art. 5 og 13	«Deprivation of liberty» AND «open prison»
Stanev v Bulgaria (2012)	<p>Mann som var delvis umyndiggjort som følge av schizofreni.</p> <p>Mannen ble innskrevet på psykiatrisk pleiehjem av sin verge uten å samtykke.</p>	<p>Ca. 8 år</p> <p>(NB: Se rettens bemerkelse i avsnitt 129).</p>	Art. 5 nr. 1, art. 3	Ikke separat problem etter art. 8 sett i sammenheng med brudd på art. 3, 5, 6 og 13	EMK art. 5 (1) e + «minor»

	Etter hvert ble institusjonens direktør vergen til klageren.				
HM mot Sveits (2002)	Eldre kvinne hadde samtykket til å bli plassert i et pleiehjem for å sikre medisinsk hjelp og tilfredsstillende boforhold mv. I saken kom retten til at dette ikke kunne sies å være en frihetsberøvelse som falt inn under artikkel 5, som følge av kvinnens samtykke og gjentatte uttalelser om at hun var villig til å bo her, selv uker etter at hun var innlagt.	X	X	Ikke brudd på art. 5, fordi det forelå samtykke, og fordi dette var et tiltak gjort av myndighetene for å ivareta kvinnens egen interesse, ble tiltaket ikke regnet som frihetsberøvelse.	Art. 5 nr. 1 bokstav e.
Reist v. Switzerland (2020)	Selve dommen er kun tilgjengelig på HUDOC på fransk og tysk. Har lagt til sammendrag under dommer i art. 5. Mindreårig midlertidig plassert i en «open facility».	3 måneder	X	Ikke brudd på art. 5, fordi art. 5 nr. 1 a var oppfylt.	Art. 5 nr. 1 bokstav d

	Spørsmålet var om frihetsberøvelsen var i tråd med bokstav a, ved at den var basert på en «conviction».				
Vavříčk a and Others v. the Czech Republi c	Spørsmålet i saken var om det var brudd på art. 8 å ilegge foreldre bot for ikke å ha etterkommet pålegget om å vaksinere barna sine. Spørsmål også om det var brudd på art. 8 at disse barna ble utvist fra førskolen pga. manglende vaksinasjon.	X	X	Ikke brudd på art. 8 nr. 2 fordi kravene her var oppfylt.	Art. 8 + «minor»
Maslov v. Austria	Saken dreide seg om et barn som ble utvist av landet ved fylte 18 år på bakgrunn av en rekke kriminelle handlinger han hadde gjort som barn.	X	Brudd på art. 8.	X	Art. 8 + «minor»
Söderm an v. Sweden	Saken dreide seg om en 14 år gammel jente som ble filmet	X	Brudd på art. 8 (6-1)	X	Art. 8 + «minor»

	<p>av stefaren når hun var på badet.</p> <p>Retten anså det klart at filmingen var et brudd på jentas rett til «personal integrity», og spørsmålet i saken var om Sverige hadde sikret en effektiv beskyttelse av jentas rettigheter ved å ha tilstrekkelig klare lovbestemmelser for kriminalisering av slike typer handlinger.</p>				
Darboe and Camara v. Italy	<p>Manglende oppfølging og sikring av privatlivet til en enslig asylsøker, som i tillegg var et barn. Barnet ble plassert på asylsenter sammen med voksne.</p>	X	Brudd på art. 8	X	EMK art. 8 + restrictions AND minor
Neuling er and Shuruk v. Switzerland	<p>Far krevde barnet sitt returnert til Israel, selv om barnet var sveitsisk statsborger. Moren hadde flyktet med barnet til Sveits for</p>	X	Brudd på art. 8	X	EMK art. 8 + restrictions AND child

	<p>å unngå at gutten ble inkorporert i et ortodokst samfunn.</p> <p>Begge foreldrene hadde foreldreansvar. Sveitsisk rett hadde besluttet at gutten skulle returneres til Israel.</p>				
<p>Strand Lobben mfl. v. Norway (2013)</p>	<p>Mor ble fratatt foreldreansvar, og det ble gitt samtykke til adopsjon.</p> <p>Brudd fordi norsk rett ikke hadde vurdert omstendighetene i saken på en ordentlig måte.</p> <p>Tar for seg de prosessuelle sidene ved art. 8, jf. Prop. 133 L (2020-2021) punkt 20.7.1.1.</p>	X	<p>Brudd på art. 8. Retten kom til at fratakelse av foreldreansvaret og adopsjon ikke var i tråd med «necessary in a democratic society».</p>	X	
<p>Z and others v. The United Kingdo</p>	<p>Saken dreide seg om fire søsken som ble utsatt for psykisk og fysisk mishandling av sine foreldre. Retten</p>	X	<p>Brudd på art. 3 og art. 6.</p>	<p>Ikke brudd på art. 8 fordi det ikke reiste seg noen tilleggsprobl</p>	<p>Funnet via sivilombudsmanens rapport for avdeling Sole i 2016</p>

m (2001)	kom til at det forelå brudd på art. 3 fordi myndighetene ikke hadde beskyttet dem mot inhuman og nedverdiggende behandling.			emer etter denne bestemmels en.	

Negative funn:

Søkeord HUDOC
EMK art. 5-1-e + «child»
EMK art. 5-1-e + «best interest of the child»
EMK art. 5-1-e + «the childs best interest»
EMK art. 5-1-d + art. 5-1-e
EMK art. 5-1-d + «consent» (fikk opp allerede dommer som allerede er funnet via andre søkeord)
«Personal autonomy» AND «child»
EMK art. 8 + «personal autonomy of children»
EMK art. 8 + «personal autonomy of a minor»

BK art. 37 an og b + art. 16

Land/dato	Sammendrag	Avgjørelse
<p>S.T.P v. France</p> <p>Sendt inn som klage: 10.11.2020</p> <p>Avgjort: 08.02.2022</p> <p>Artikkel klagd inn: bl.a. CRC 37 bokstav a</p>	<p>Saken dreide seg om en gutt med autisme, som ble plassert i en spesialisert institusjon i 2020 etter en kjennelse fra den franske domstolen. Årsaken til plasseringen var at gutten hadde utviklingsproblemer og tydelig var påvirket av mors forventninger, og at mor hindret barnevernets arbeid (blant annet med å skape en bedre relasjon med faren).</p> <p>Den 15. juli 2021 kom den franske domstolen til at plasseringen i den spesialiserte institusjonen skulle avsluttes. Dommeren vurderte at plasseringen ikke hadde ført til bedre kontakt mellom barnet og faren, og at tiltaket var kontraproduktivt for barnet, som trengte kontinuerlig støtte og særlig oppmerksomhet og omsorg. Den 20. juli og 7. oktober bekreftet mor at sønnen hadde blitt tilbakeført til henne.</p>	<p>Avslutningsvedtak (Discontinuance decision)</p>
<p>M.K.A.H v. Switzerland</p> <p>Sendt inn som klage: 27.08.2019</p> <p>Avgjort: 22.09.2021</p> <p>Artikler klagd inn: bl.a. CRC 37 og CRC 16</p>	<p>Saken dreide seg om en statsløs gutt, som moren flyktet til Bulgaria sammen med som følge av væpnet konflikt i Syria.</p> <p>I flyktningleiren ble mor og barn utsatt for nedverdiggende behandling og fremmedfiendtlige utsagn. Barnet fikk heller ikke muligheten til å gå på skole mens de befant seg her.</p> <p>Derfor reiste mor og barn til Sveits, der de hadde familie. Søknaden om asyl i Sveits ble avslått som følge av at mor og barn hadde</p>	<p>Retten kom til at staten måtte foreta en ny vurdering søknaden om asyl, da en retur av mor og barn til Bulgaria ville utgjøre brudd på blant annet art. 16 og 37. Komiteen kom til at fakta i saken tilsa at det forelå brudd på art. 3 og 12 når det gjaldt behandlingen av mor og barn i flyktningleiren i Bulgaria.</p> <p>(Adoption of views)</p>

	fått midlertidig beskyttelse i Bulgaria, og Sveits anmodet om deres retur hit.	
<p>M.W v. Germany</p> <p>Sendt inn som klage: 18.01.2019</p> <p>Avgjort: 31.05.2021</p> <p>Artikler klagd inn: bl.a. art. 16</p>	<p>Saken gjaldt manglende håndheving av samvær mellom far og datter. Faren klagde inn saken og hevdet blant annet at hans tilstedeværelse i barnets liv ville bidra til barnets beskyttelse og utvikling, jf. BK art. 16 og 9. Han hevdet at mor, ved ikke å muliggjøre samværet, foretok en vilkårlig innblanding i barnets rett til familieliv.</p> <p>Komiteen la avgjørende vekt på at datteren helt siden februar 2018 gjentatte ganger hadde sagt at hun ikke ønsker å ha kontakt med sin far. Da datteren nå var 13 år, måtte hennes syn på saken tillegges stor vekt.</p> <p>I saken var det også spørsmål om det kunne tillates ytterligere undersøkelse i saken, ved at far handlet på datters vegne, selv om datteren ikke hadde samtykket til dette. Komiteen kom til at det med rimelighet kunne antas at datteren ikke hadde samtykket til at faren hadde sendt inn klagen på hennes vegne, og saken ble derfor avvist.</p>	<p>Avvisningskjennelse</p> <p>(Inadmissability decision)</p>
<p>D.R v. Switzerland</p> <p>Sendt inn som klage: 15.05.2019</p> <p>Avgjort: 31.05.2021</p>	<p>Saken gjaldt en familie som fikk avslag på søknad om asyl i Sveits. Barnet hadde en medfødt diagnose, og foreldrene hevdet at barnet ville lide uopprettelig skade ved en deportasjon til Sri Lanka.</p> <p>Komiteen kom til at Sri Lanka også hadde tilgjengelig behandling for barnet, og at det ikke forelå brudd på CRC i denne saken.</p>	<p>Kom til at det ikke forelå brudd.</p> <p>(Adoption of views)</p>

<p>Artikkel: CRC 37 bokstav a</p>		
<p>R.S v. Spain</p> <p>Sendt inn som klage: 28.02.2019</p> <p>Avgjort: 04.02.2021</p> <p>Artikkel: art. 16</p>	<p>Fastsettelse av alderen på en enslig migrant som kunne være en mindreårig. Komiteen fant det bevist at klager var barn på tidspunktet da hun søkte om asyl i Spania.</p> <p>Komiteen fant at den aldersbestemmelsesprosedyren som klageren gjennomgikk, ikke var ledsaget av de garantier som var nødvendige for å beskytte hennes rettigheter etter konvensjonen. I dette tilfellet – særlig i lys av undersøkelsen som ble brukt til å fastslå klagerens alder, og fraværet av en representant til å bistå henne i denne prosessen – fant komiteen at barnets beste ikke hadde vært et hovedhensyn i aldersbestemmelsesprosedyren, og at prosedyren, siden hun var utsatt for seksuelle overgrep, innebar en ulovlig innblanding, i strid med artikkel 3, 12 og 16 i konvensjonen.</p>	<p>Kom til at det forelå brudd, og at klager skulle gis erstatning.</p> <p>(Adoption of views)</p>
<p>A.B v. Finland</p> <p>Sendt inn som klage: 27.06.2018</p> <p>Avgjort: 04.02.2021</p> <p>Artikkel: CRC art. 16</p>	<p>Saken dreide seg om en familie som søkte om asyl i Finland på bakgrunn av diskriminering og risiko for forfølgelse i Russland som følge av foreldrenes legning. Barnet hadde blitt utsatt for mobbing og diskriminering i barnehagen fordi han hadde lesbiske foreldre. Finland avsto søknaden om asyl.</p> <p>Komiteen kom til at det ikke var sannsynliggjort at det forelå brudd på art. 16, men kom til at det forelå brudd på art.</p>	<p>(Adoption of views)</p>

	3, 19 og 22 i BK. A.B. ble derfor tilkjent erstatning.	
M.A.A v. Spain Sendt inn som klage: 05.10.2015 Avgjort: 30.09.2016 Artikkel: 16	Saken dreide seg om en tante som hadde blitt forhindret fra å ha kontakt med sin niese. Komiteen kom til at det ikke var sannsynliggjort at det forelå brudd etter konvensjonen.	Inadmissability decision
S.C.S v. France Sendt inn som klage: 05.01.2017 Avgjort: 25.01.2018 Artikkel: 37 bokstav a	Saken dreide seg om en utkastelse av en familie fra en romleir i Frankrike. Klagen gikk blant annet ut på at datteren ikke lenger hadde mulighet til å gå på skolen, da utkastelsen førte til at hun ikke lenger hadde noen til å kjøre henne til skolen. Videre hevdet mor at familien nå bodde uten vann, strøm eller toalett som en følge av utkastelsen fra leiren. Klagen ble avvist som følge av at de faktiske forholdene fant sted før den valgfrie tilleggsprotokollen trådte i kraft i Frankrike.	Inadmissability decision
J.S.H.R v. Spain	Saken dreide seg om at en kvinne, klagerens ekskone, hadde flyttet med sine og klagerens to barn fra Sveits til Spania uten farens samtykke.	Inadmissability decision

<p>Sendt inn som klage: 20.09.2016</p> <p>Avgjort: 15.05.2019</p> <p>Artikkel: 16</p>	<p>Faren saksøkte mor, og krevde at barna skulle flyttes tilbake til Sveits. Ankedomstolen i Spania konkluderte med at siden mor hadde foreldreansvaret for barna, forelå det ikke noe rettslig grunnlag for å kreve at barna ble flyttet tilbake til Sveits.</p> <p>I denne saken bemerker komiteen at forfatterepåstander om den påståtte bortføringen av barna hans og mangel på kontakt med dem ble gjenstand for en detaljert analyse av de spanske domstolene. Utvalget mener at forfatteren ikke har påvist at den rettslige undersøkelsen av fakta og bevis ved de ulike domstolene var åpenbart vilkårlig eller utgjorde en rettsnektelse.</p>	
<p>D.N. v. Switzerland</p> <p>Sendt inn som klage: 22.11.2018</p> <p>Avgjort: 31.05.2019</p> <p>Artikkel: 16</p>	<p>Saken dreide seg om familiegjenforening mellom barn og far. Barna og mor hadde fått innvilget asylsøknadene sine i Sveits, mens fars søknad om asyl ble avvist. Barna hevdet at dette utgjorde et brudd på deres rettigheter etter bl.a. artikkel 16 i konvensjonen.</p> <p>Den 23. februar 2019 informerte klagerne komiteen om at deres far hadde fått oppholdstillatelse i Sveits</p>	<p>Avslutningsvedtak (Discontinuance decision)</p>
<p>MH v. Finland</p> <p>Sendt inn som klage: 29.03.2017</p>	<p>Saken dreide seg om en gutt som ble omskåret uten at moren visste om dette eller hadde samtykket til inngrepet. Faren kun ble dømt til å betale en mindre bot, og legen unngikk domfellelse.</p>	<p>Inadmissability decision</p>

<p>Avgjort: 03.02.2020</p> <p>Artikkel: 16</p>	<p>Klagen ble avvist som følge av at de faktiske forholdene fant sted før den valgfrie tilleggsprotokollen trådte i kraft i Finland.</p>	
<p>EHRS v. Argentina</p> <p>Sendt inn som klage: 05.07.2019</p> <p>Avgjort: 28.10.2020</p> <p>Artikkel: 16</p>	<p>Saken dreide seg om et utvisningsvedtak mot en kvinne, som i påvente av endelig avgjørelse hadde født tre barn.</p> <p>Den 13. juni 2020 opplyste klagerne om at mor nå var blitt gitt oppholdstillatelse i landet, og at utvisningsvedtaket hadde blitt suspendert.</p>	<p>Avslutningsvedtak (Discontinuance decision)</p>
<p>JA v. Switzerland</p> <p>Sendt inn som klage: 03.08.2018</p> <p>Avgjort: 28.09.2020</p> <p>Artikkel: 16 og 37 bokstav a</p>	<p>Saken dreide seg om et vedtak om utvisning av to barn til Nigeria.</p> <p>Klagen ble avvist som følge av at de faktiske forholdene fant sted før den valgfrie tilleggsprotokollen trådte i kraft i Sveits.</p>	<p>Inadmissability decision</p>
<p>JJ v. Finland</p> <p>Sendt inn som klage: 28.05.2019</p> <p>Avgjort: 28.09.2020</p>	<p>Saken dreide seg om en mann som hadde søkt om oppholdstillatelse i 2017 basert på at han var gift med en finsk statsborger. Søknaden om oppholdstillatelse ble avvist av samtlige instanser i Finland.</p> <p>Saken ble avsluttet som følge av at far i 2019 hadde sendt inn en ny søknad om oppholdstillatelse basert på sitt farskap til</p>	<p>Avslutningsvedtak (Discontinuance decision)</p>

Artikkel: 16	J.J. I 2019 hadde far blitt innvilget midlertidig oppholdstillatelse med mulighet for fornyelse, og derfor ble saken avsluttet.	
<p>RN v. Finland</p> <p>Sendt inn som klage: 15.08.2019</p> <p>Avgjort: 28.09.2020</p> <p>Artikkel: 16 og 37 bokstav a</p>	<p>Mor sendte inn en klage som en følge av at finske domstoler hadde truffet kjennelse om at deres felles barn skulle bo hos far. Mor hevdet at finske myndigheter hadde ignorert hennes uttalelser om at far var voldelig og manipulerende, og at de hadde lagt for stor vekt på barnets eget ønske når barnet egentlig var manipulert av far til å ønske å bo hos ham. Til støtte for dette viste hun blant annet til at barnet, etter å ha bodd hos far i ca. 1 år, begynte å utagere så kraftig på skolen at barnevernstjenesten besluttet å flytte barnet til et familiestøttesenter i 2 måneder før han ble returnert til far igjen. Mor hevdet også at far stadig brøt samværsavtalen og nektet å levere barnet når han skulle, uten at dette ble tatt tak i av barnevernet.</p> <p>Siden mor hadde delt foreldreansvar og det ikke var noen indikasjoner på at klagen var klart i strid med barnets beste, bemerket komiteen bemerket at mor hadde anledning til å klage på barnets vegne, selv om det ikke forelå noe samtykke fra barnet selv..</p> <p>Komiteen viste til at klager ikke hadde bevist at de finske myndigheters vurdering av faktum og bevis, herunder barnets beste og barnets ønsker, ikke var klart vilkårlig eller innebar en fornektelse av rettferdighet. Komiteen avviste derfor</p>	Inadmissability decision

	saken ut fra at klagen var åpenbart dårlig begrunnet.	
UG v. Belgium Sendt inn som klage: 24.06.2017 Avgjort: 28.09.2020 Artikkel: 37 bokstav b og 16	Saken dreide seg om E.S., som kom til Belgia da hun var 14 år i 2013 som følge av at hun hadde giftet seg. E.S. hadde adferdsvansker og stjal fra sine svigerforeldre. I 2016 ble E.S. midlertidig plassert i en institusjon for ungdom, og ble da skilt fra datteren, som ble født året før. I 2016 ble E.S. dømt for tyveri og idømt 36 måneder i fengsel i ungdomsinstitusjonen. Saken ble avvist som følge av at E.S. ikke hadde samtykket til klagen. Det var en tidligere verge som hadde klaget på hennes vegne. E.S. selv var nå myndig og hadde forlatt Belgia sammen med sin datter.	Inadmissability decision

ⁱ Denne delen bygger på de analyser som fremkommer i Havre og Køhler-Olsen, *Taking care of you – of yourself*, Oslo Law Review, 2023(under publisering), som er arbeidet med parallelt med dette utredningsarbeidet.

ⁱⁱ Denne delen bygger på de analyser som fremkommer i Havre og Køhler-Olsen (2023)

ⁱⁱⁱ Denne delen bygger på de analysene som fremkommer i Havre og Langeland *Med lov skal pasienten pleies – legalitetsprinsippet ved omsorgshandlinger i helse retten*, 2023(under publisering), som er arbeidet med parallelt med dette utredningsarbeidet.

POSTADRESSE:

OsloMet – storbyuniversitetet
Pilestredet 46
Postboks 4, St. Olavs Plass
0130 Oslo

OsloMet Skriftserie 2023 nr 17

ISSN 2535-6984 (trykt)
ISSN 2535-6992 (online)
ISBN 978-82-8364-558-3 (trykt)
ISBN 978-82-8364-559-0 (online)