

Juridisk utredning

Lovregulering av mindreåriges samtykkekompetanse til dopingkontroll i idrett

Utført av Advokatfirmaet Wiersholm AS
v/ partner Georg A. Engebretsen og advokat Erlend A. Methi
på oppdrag fra Kultur- og likestillingsdepartementet

Innhold

1.	INNLEDNING	4
1.1	Utredningens bakgrunn og formål	4
1.2	Oppsummering	6
1.3	Om arbeidet	7
2.	RETTLIGE UTGANGSPUNKTER OG RETTLIG PLASSERING	8
2.1	Innledning	8
2.2	Forholdet til menneskerettighetene	8
2.3	Barns samtykkekompetanse etter dagens alminnelige lovregulering	8
2.4	Forskjellene mellom selvbestemmelsesrett, vettorett og medbestemmelsesrett	10
2.5	Rekkevidden av barneloven § 32	11
3.	OVERORDNET OM ANTIDOPINGREGELVERKET OG FORHOLDET TIL IDRETTE	12
3.1	Innledning	12
3.2	Om antidopingregelverket	12
3.3	Formålet bak antidopingregelverket	13
3.4	Antidopingregelverkets virkeområde og rettslige grunnlag	14
3.5	Dopingkontroll og brudd på antidopingregelverket	14
3.6	Gjennomføring av dopingkontroll, herunder særlige regler for mindreårige	15
3.7	Konsekvenser av brudd på antidopingregelverket	15
4.	VURDERING AV ANTIDOPINGREGELVERKETS INNGRIPENDE KARAKTER	17
4.1	Dopingkontroll – belastning og konsekvenser	17
4.2	Særlig om forskjellen mellom toppidrettsutøvere og breddeidrettsutøvere	17
4.3	Betenkeligheter knyttet til rettssikkerhet, personvern mv.	18
5.	MENNESKERETTLIGE RAMMER	20
5.1	Innledning	20
5.1.1	Overordnet om menneskerettighetene	20
5.1.2	Virkning og sikringsplikt	20
5.1.3	Inngrepsadgang, balansering av rettigheter og skjønnsmargin	20
5.1.4	Overordnet om barns menneskerettslige stilling	22
5.2	Overordnet om aldersgrenser og selvbestemmelsesrett	23
5.3	Retten til personlig integritet og retten til privatliv	24
5.3.1	Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8	24
5.3.2	Barns særlige vern	24
5.3.3	Inngrep og begrensninger	25
5.3.4	Særlig om vern av personopplysninger	26
5.4	Prinsippet om barnets beste	27
5.5	Barnets rett til å bli hørt og medbestemmelse	28
5.6	Beskyttelse, utvikling, foreldremyndighet mv.	29
5.7	Foreldrenes selvstendige rettigheter	31
5.8	Organisasjons- og foreningsfrihet og retten til fritid	32
5.9	Beskyttelse mot ulovlig bruk av narkotika	34
5.10	Vernet mot diskriminering	34
6.	KONKRET VURDERING OG DRØFTELSE	34
6.1	Vurdering av menneskerettslige rammer	34
6.2	Hensynet til FNs barnekomité's tilrådninger	35
6.3	Hensynet til organisasjonsfrihet, retten til fritid og yrkeskarriere	36
6.4	Sammenhengen med øvrig lovgivning om aldersgrenser	36
6.5	Behovet for beskyttelse – belastningen ved dopingkontroller og regelverket	38
6.6	Oppsummering	39

7.	VURDERING AV SÆRLIGE SPØRSMÅL KNYTTET TIL EN EVENTUELL LOVREGULERING	40
7.1	Fast aldersgrense og/eller kriterium om toppidrettsutøver?	40
7.1.1	Innledning	40
7.1.2	Kriterium: toppidrettsutøver?	40
7.1.3	Fast aldersgrense supplert av konkret vurdering?	41
7.1.4	Oppsummering – hensynet til forutberegnelighet, retstekniske hensyn mv.	41
7.2	Hva bør eventuelt en aldersgrense for samtykkekompetanse være?	42
7.3	Alternativer til selvstendig samtykkekompetanse	42
7.3.1	Vetorett / delt samtykkekompetanse	42
7.3.2	Konsultasjonsrett for foreldre	43
7.4	Krav til et eventuelt samtykke	43
7.4.1	Innledning og rettslige utgangspunkter	43
7.4.2	Informert samtykke	44
7.4.3	Frivillig samtykke	45
7.4.4	Formkrav og innhold	45
7.5	Hvor skal en hjemmel eventuelt innføres?	47
7.6	Avsluttende refleksjoner om eventuelle fordeler ved lovreguleringsprosess	47

1. Innledning

1.1 Utredningens bakgrunn og formål

Kultur- og likestillingsdepartementet (KUD) har engasjert Advokatfirmaet Wiersholm AS (Wiersholm) til å utføre en juridisk utredning av lovregulering av mindreåriges samtykkekompetanse til dopingkontroll i idrett. Oppdraget ble gitt etter anbudskonkurranse og meddelt Wiersholm i brev av 24. oktober 2022. Deretter ble oppdragsavtale inngått.

Oppdragets formål, bakgrunn og nærmere beskrivelse fremgår av oppdragsavtalens bilag 1 ("Kundens beskrivelse av oppdraget"). Bilag 1 gjengis i sin helhet i det følgende for nærmere å belyse utredningens bakgrunn og formål:

"Formålet med den juridiske utredningen

Kultur- og likestillingsdepartementet (KUD) utreder nå behovet for og konsekvensene av å lovregulere mindreåriges selvstendige samtykkekompetanse til dopingtesting i idrett. Formålet med oppdraget er å få et godt beslutningsgrunnlag for den videre behandlingen av dette spørsmålet.

Bakgrunn

Antidopingarbeidet i norsk idrett skal drives i samsvar med det internasjonale antidopingregelverket utarbeidet av World Anti-Doping Agency (WADA). Norges idrettsforbund (NIF) og Antidoping Norge (ADNO) har begge underskrevet på WADA-koden.

ADNO er Norges nasjonale antidopingorganisasjon. De ble etablert i 2003 av NIF og KUD for å sikre at kontroll- og påtalearbeidet drives uavhengig av NIF og staten. ADNO skal, i medhold av NIFs lov og avtale med NIF, arbeide for formålet blant alle NIFs organisasjonsledd og medlemmer.

WADAs regelverk er implementert i NIFs antidopingregelverk. Regelverket gjelder for alle utøvere som er medlemmer i et idrettslag i NIF. I henhold til § 5.2.2 kan ADNO kreve at enhver utøver avgir en dopingprøve til enhver tid og på ethvert sted.

De siste par årene har ADNO og NIF tatt opp spørsmålet om et rettslig grunnlag for dopingtesting av mindreårige utøvere. Barne- og familiedepartementet (BFD) har konkludert med at barneloven § 32 ikke gir et rettslig grunnlag for å dopingteste mindreårige uten foreldres samtykke. De vektlegger at dopingtesting er et inngripende tiltak, og at det ikke kan utledes av barnets rett til å melde seg inn i og ut av foreninger at barnet selv kan samtykke til å la seg dopingteste. Med mindre det foreligger annet rettslig grunnlag, vurderer BFD at det kreves foreldres samtykke til dopingkontroll av mindreårige.

ADNO, NIF og KUD kom 1. september 2022 med en felles uttalelse om hvordan det skal arbeides med løsninger for testing av mindreårige på kort og lang sikt Felles uttalelse fra ADNO, NIF og KUD | Antidoping Norge. Partene er enige om å sikre et godt og effektivt norsk antidopingarbeid som bidrar til en ren idrett, samtidig som vi ivaretar forpliktelsene i det internasjonale antidopingregelverket.

For å sikre at norsk idrett og ADNO opererer i tråd med WADAs regelverk, har ADNO, i samarbeid med NIF, utarbeidet et regelverk for innhenting av samtykke til dopingkontroll fra foresatte for mindreårige utøvere. Regelverket er gitt med hjemmel i NIFs antidopingregelverk. Formålet er å sikre at alle mindreårige toppidrettsutøvere er omfattet av regler og prosedyrer for dopingkontroll som forutsetning for deres deltakelse i toppidretten.

I den felles uttalelsen 1. september 2022 heter det at myndighetene skal vurdere mulige løsninger for at utøvere i aldersgruppen 15 til 18 år skal kunne samtykke til dopingtesting alene. Dette inkluderer en vurdering av ny lovgiving.

Om oppdraget

I utredningen skal en mulig lovregulering av mindreåriges samtykkekompetanse til dopingtesting drøftes med utgangspunkt i grunnleggende barnnerettslige prinsipper og hensyn, herunder hensynet til barnets beste og barnets rett til å bli hørt. Spørsmålet må også vurderes opp mot menneskerettighetene. Med utgangspunkt i idrettens antidopingregelverk og dopingkontrollers inngripende karakter, skal utredningen synliggjøre de prinsipper og hensyn som må veies opp mot hverandre når lovregulering av mindreåriges samtykkekompetanse på dette området skal vurderes. En dopingkontroll vil kunne gjøre det nødvendig å dele for eksempel helseopplysninger.

Utredningen skal belyse og drøfte aktuelle problemstillinger og konsekvenser av å lovregulere mindreåriges samtykkekompetanse til dopingtesting. Utredningen bør ta utgangspunkt i aktuelle bestemmelser i vergemålsloven, barneloven og annen relevant lovgivning, herunder personvernregelverket, som regulerer eller har betydning for mindreåriges samtykkekompetanse på andre fagområder.

Vergemålsloven §§ 8 og 9 fastsetter at personer som ikke har fylt 18 år er mindreårige, og de kan ikke selv foreta rettslige handlinger med mindre noe annet er særlig bestemt. Samtidig gir vergemålsloven § 17 en plikt for vergen til å høre den mindreårige før det treffes avgjørelser. Barneloven § 33 sier også at foreldre skal gi barnet stadig økende selvråderett med alderen og frem til fylte 18 år.

Fra denne hovedregelen finnes det flere unntak, og mindreårige er gitt rettslig handleevne på ulike områder.

Helselovgivningen er blant de rettsområdene hvor selvbestemmelsesretten inntreffer før alminnelig myndighetsalder. I helserettslige spørsmål har mindreårige i utgangspunktet selvbestemmelsesrett fra fylte 16 år.

Barneloven § 32 sier at barn som har fylt 15 år selv avgjør spørsmål om å melde seg inn i eller ut av foreninger. Alle som er medlemmer i et idrettslag i NIF er underlagt NIFs antidopingregelverk. Brudd på antidopingregelverket kan sanksjoneres i tråd med bestemmelsene. Utredningen bør drøfte i hvilken grad koblingen mellom idrettsdeltakelse (medlemskap i NIF) og antidopingregelverkets krav får betydning for vurderingen av om mindreårige skal gis selvstendig samtykkekompetanse til dopingtesting.

Utredningen bør også drøfte og ta stilling til hvilke betingelser som må være oppfylt for at innhentet samtykke fra mindreårige til dopingtesting skal være gyldig.

Regelverket som ADNO nå har utarbeidet legger til grunn at det skal innhentes forhåndssamtykke fra foresatte til mindreårige toppidrettsutøvere for at dopingtesting skal kunne gjennomføres. Det er ønskelig at det i utredningen drøftes i hvilken grad de rettslige vurderingene påvirkes av hvorvidt den mindreårige er toppidrettsutøver eller breddeidrettsutøver.

Det er ikke en forventning om at utredningen skal munne ut i en entydig anbefaling. Formålet er å belyse sentrale problemstillinger og drøfte de hovedhensyn som er knyttet til en eventuell lovregulering av mindreåriges samtykkekompetanse til dopingtesting, slik at departementet har et godt beslutningsgrunnlag for den videre behandlingen av dette spørsmålet.

Utredningen skal resultere i en rapport som overleveres oppdragsgiver ved oppdragets avslutning."

1.2 Oppsummering

Wiersholms vurderinger og utredningens hovedpunkter er sammenfattet som følger:

- Selv om barn som et utgangspunkt, som alle andre mennesker, har en rett til frihet og til å utøve innflytelse over eget liv, så vil barns rett til beskyttelse samtidig innebære at barn må tåle en betydelig innskrenkning av sin autonomi, og tåle at foreldrene tar beslutninger på deres vegne. Hvor store innskrenkninger vil særlig avhenge av barnets alder og utvikling. Dette utgangspunktet følger både av norsk alminnelig lovgivning og av de menneskerettslige rammene.
- Utredningens problemstilling er ikke unik, men inngår i en større problemstilling om mindreåriges samtykkekompetanse. Problemstillingen har sider til en rekke menneskerettigheter. Det er likevel lite direkte veiledning å finne i reguleringene om når et barn bør ha selvstendig samtykkekompetanse versus når dette bør ligge til foreldrene. Det er lite, om noe, rettspraksis som belyser problemstillingen.
- Myndighetene vil menneskerettslig sett ha en vid skjønnsmargin (eller lovgivningsmessig handlingsrom) når det kommer til vurderingen av om det er den mindreårige eller foreldrene som skal ha samtykkekompetanse til dopingkontroll i idretten. Dette innebærer at både en løsning der samtykkekompetansen ligger til den mindreårige, og der den ligger til foreldrene, som et utgangspunkt vil ligge innenfor de menneskerettslige rammene, noe avhengig av utforming, begrunnelse, hvilken aldersgrense som settes mv.
- Fra utgangspunktet i norsk rett om at mindreårige ikke har samtykkekompetanse, foreligger det en rekke unntak og modifikasjoner, for eksempel på helseområdet. Samtidig så er lovreguleringen av barns samtykkekompetanse fragmentert.
- Utviklingen i lovgivningen går generelt i retning av at barn gis økt selvbestemmelsesrett og samtykkekompetanse. Den samme utviklingen ser en igjen i offentlige utredninger, juridisk teori og kommentarer fra FNs barnekomité. FNs barnekomité tilrår at barn gis selvbestemmelsesrett på ulike områder og ved ulike aldersgrenser før fylte 18 år. Vurderingen av dette skal gjøres under hensyn til barnets krav på beskyttelse, prinsippet om barnets beste og barnets gradvise utvikling.
- Vurderingen av hvem som skal ha samtykkekompetanse kan oppsummeres som en helhetlig og sammensatt vurdering av å finne en rimelig balanse mellom respekten for barns selvstendige autonomi, utvikling og egne rettigheter på den ene siden *versus* barns behov for beskyttelse på den andre. Sistnevnte innebærer at noen avgjørelser bør og må tas av voksenpersoner inntil barnet er modent nok selv. Barnets alder og utvikling er viktig i avveilingen.
- I denne avveilingen står hensynet til barnet og barnets beste sentralt. Hensynet til foreldremyndigheten og foreldrenes selvstendige rettigheter vil komme i bakgrunnen når det gjelder utredningens problemstilling etter vårt syn.
- Antidopingarbeid er basert på et etablert system med stor internasjonal oppslutning, og hviler på flere legitime formål og hensyn. Samtidig er dopingkontrollen og antidopingregelverket/-systemet for øvrig, inngripende. Hvor inngripende det oppleves vil nok variere fra person til person, og eksempelvis kunne avhenge av om en er toppidrettsutøver eller breddeidrettsutøver. Av flere grunner kan det gå en skillelinje mellom disse to kategoriene.
- Det er ikke bare selve dopingkontrollen og eventuelle sanksjoner/konsekvenser ved brudd, som kan være inngripende. Det er et til dels omfattende system når det kommer til etterforskning, påtale, domssystem, behandling av personopplysninger mv., samt egne reguleringer av skyld- og beviskrav, og regelverket har et bredt virkeområde.
- I tilknytning til et nytt lovforslag om behandling av personopplysninger for antidopingformål, har Datatilsynet stilt spørsmål ved at det ikke skilles tydeligere mellom konkurranseidrett og breddeidrett, og ansett forslaget for å utgjøre et uforholdsmessig inngrep i personvernet. Behandlingsgrunnlaget for personopplysninger skal etter lovforslaget baseres på lov. Dette er et viktig bakteppe for herværende utredning, ettersom et eventuelt samtykke fra

mindreårige til dopingkontroll altså *ikke* skal fungere som et behandlingsgrunnlag etter GDPR.

- For å drive med organisert idrett så må en være tilsluttet antidopingregelverket. Den klare koblingen mellom idrettsdeltakelse og antidopingregelverket medfører at en for rigid regulering av barns samtykkekompetanse til dopingkontroller, kan ende opp med å uthule barns organisasjons- og foreningsfrihet. Dette vil være inngripende for den mindreårige, uavhengig av om en er toppidrettsutøver eller breddeidrettsutøver. For toppidrettsutøvere vil mangel på selvstendig samtykkekompetanse også kunne ha en side til deres mulighet til for eksempel arbeid.
- På flere områder har mindreårige i dag samtykkekompetanse etter alminnelig norsk lovgivning, eller mindreåriges handlinger er underlagt regelverk som kan gi betydelige konsekvenser. Etter Wiersholms syn er flere av disse områdene som et utgangspunkt mer omfattende/inngripende enn det dopingkontroll og tilslutning til antidopingregelverket vil innebære.
- Oppsummert er Wiersholms vurdering at sammenhengen med øvrig lovverk, rettsutviklingen, kildene og øvrige hensyn trekker i retning av en samtykkekompetanse for mindreårige på dette området. Samtidig understrekes det at skjønnsmarginen er vid.
- Dersom en skal lovregulere en samtykkekompetanse for barn, åpner dette for særlige spørsmål. Et overordnet spørsmål er om barns selvbestemmelsesrett til dopingkontroll skal følge en fast aldersgrense for alle barn, eller bygge på mer konkrete vurderinger eller andre kriterier. Wiersholm har særlig drøftet om det er grunn til å skille mellom toppidrettsutøvere og breddeidrettsutøvere når det gjelder samtykkekompetanse.
- Selv om det er motargumenter, er Wiersholms vurdering at en fast aldersgrense, som gjelder likt for alle barn uavhengig av om en er toppidrettsutøver eller ikke, har flest grunner for seg, f.eks. av hensyn til forutberegnelighet, retstekniske og praktiske hensyn, diskrimineringsvernet mv. Hvis en går for en fast aldersgrense, synes enten 15 år eller 16 år å være aldersgrensene som utkrystalliserer seg, basert på bl.a. harmoni med dagens øvrige lovregulering av mindreåriges samtykkekompetanse. Av disse to synes førstnevnte etter vårt syn å ha flest grunner for seg.
- Det er ingen konkrete rettslige krav eller generell lovbestemmelse som regulerer når et samtykke kan anses gyldig, ei heller knyttet til et samtykke gitt av mindreårige. Hva som kreves kan variere både ut fra rettsområde og situasjon. Basert på andre lovreguleringer av samtykkekrav og generelle føringer fra f.eks. EMD og FNs barnekomité, kan det være rimelig å kreve at et samtykke på dette området skal være informert, fritt og utvetydig. For informasjonens del er det viktig å ta hensyn til at målgruppen er barn. Det sentrale er at den mindreårige gjennom informasjonen har fått et forsvarlig grunnlag til å ta et informert valg og forstå konsekvensene av hva en samtykker til.
- Dersom en skal lovregulere barns samtykkekompetanse, blir spørsmålet hvor og hvordan. Barnelovutvalget har tatt til orde for at lovreguleringer av samtykkekompetanse som utgangspunkt bør legges til særlovgivningen og ikke barneloven. Imidlertid er det etter vårt syn ikke noen opplagt særlov i dag for en slik lovregulering. Alternativet til særlovgivningen eller en ny særlov, synes da være barneloven.
- En eventuell lovreguleringsprosess kan også ha andre fordeler, som å oppklare rettslig og praktisk usikkerhet, samt generelt være positiv i tilknytning til ivaretagelsen av menneskerettslige krav, herunder for å sikre at ulike hensyn belyses og avveies (inkl. opp mot prinsippet om barnets beste), og fordelen ved å få lovgivers blick på et område der individenes rettigheter i ikke ubetydelig grad påvirkes av private aktører. Dette har en side til statens såkalte sikringsplikt.

1.3 Om arbeidet

Wiersholms arbeid har blitt ledet av partner Georg A. Engebretsen. Utredningen er ført i pennen av advokat Erlend A. Methi med bistand fra andre ressurser i firmaet.

I arbeidet har Wiersholm gjennomgått og sett hen til en rekke kilder, herunder konvensjoner og lover, rettspraksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) og nasjonale domstoler, kommentarer og praksis fra FNs barnekomité, juridisk teori, utredninger og NOU-er samt forarbeider knyttet til annen lovgivning om mindreåriges samtykkekompetanse. Ikke alle kilder som er gjennomgått, er eksplisitt nevnt i utredningen.

I tilknytning til arbeidet har Wiersholm hatt møter med KUD, Antidoping Norge, Redd Barna og Kirsten Kolstad Kvalø. Kvalø har vært sekretariatsleder for barnelovutvalget og er for tiden stipendiat i barnerett ved UiO.¹

Wiersholms arbeid og utredning har munnet ut i herværende rapport, som i tråd med mandatet ikke gir noen entydig anbefaling, men som belyser sentrale problemstillinger og drøfter hovedhensyn knyttet til en eventuell lovregulering av mindreåriges samtykkekompetanse til dopingkontroll, med formål om å gi KUD et godt beslutningsgrunnlag for den videre behandlingen av spørsmålet. Etter vårt syn besvarer rapporten mandatet.

2. Rettslige utgangspunkter og rettslig plassering

2.1 Innledning

Selv om barn som et utgangspunkt, som alle andre mennesker, har en grunnleggende rett til frihet og til å utøve innflytelse over eget liv, så vil barns rett til omsorg og beskyttelse samtidig innebære at barn i mange sammenhenger må tåle en betydelig innskrenkning av sin autonomi, og særlig tåle at foreldrene tar beslutninger på deres vegne. Hvor store innskrenkninger vil særlig avhenge av barnets alder og utvikling. I alminnelighet vil et barn på 17 år ha større bestemmelsesrett enn et barn på 3 år. Dette utgangspunktet følger både av norsk alminnelig lovgivning og av de menneskerettslige rammene.

2.2 Forholdet til menneskerettighetene

En eventuell lovfesting av barns samtykkekompetanse til dopingkontroller *må* ta hensyn til og holde seg innenfor relevante menneskerettslige rammer, jf. forrangsprinsippet som gjelder Grunnlovens bestemmelser, og som følger av menneskerettsloven § 3. Sistnevnte fastslår at bestemmelsene som følger av blant annet Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) og FNs barnekonvensjon, ved motstrid skal gå foran bestemmelser i alminnelig lovgivning.²

De menneskerettslige rammene omtales nærmere under punkt 5 nedenfor.

2.3 Barns samtykkekompetanse etter dagens alminnelige lovregulering

I tillegg til at en eventuell lovfesting på dette området må ta hensyn til og holde seg innenfor menneskerettslige rammer, *bør* en lovfesting også ta hensyn til og forsøke å passe inn i helhetsbildet av dagens lovregulering av mindreåriges samtykkekompetanse. I vurderingen av behovet for og konsekvensene av en ny lovbestemmelse, er dette helhetsbildet av betydning.

Utgangspunktet i norsk alminnelig lov er at mindreårige ikke selv kan foreta rettslige handlinger eller råde over sine midler, med mindre noe annet er særlig bestemt, jf. vergemålsloven § 9, jf. § 8. Før en

¹ Kvalø har nylig skrevet en artikkel vedrørende barns samtykkekompetanse generelt, som bruker utredningens problemstilling som inngang, med tittelen "*Barns rett til selvbestemmelse etter ulike aldersgrenser. Behovet for en gjennomgang av ulike myndighetsalder for barn*", i Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål, årgang 20. nr. 4, 2022, s. 297–312 (ikke ennå publisert i skrivende stund). Artikkelen refereres i det videre til som "Kvalø (2022)".

² I tillegg til EMK og FNs barnekonvensjon gir menneskerettsloven også forrang til FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP), FNs konvensjon om økonomiske og sosiale rettigheter (ØSK) og FNs kvinnekonvensjon, jf. menneskerettsloven § 2.

fyller 18 år, ligger råderetten og samtykkekompetansen til den eller de som har foreldreansvaret for barnet, eventuelt en verge, jf. vergemålsloven § 16, jf. barneloven kapittel 5.

Dette utgangspunktet hviler på en alminnelig forutsetning om at barn ikke er i stand til på egen hånd å treffe viktige beslutninger i saker som angår dem, og at de av den grunn verken skal ha rett eller plikt til å treffe disse avgjørelsene, men at andre, som i alminnelighet vil si foreldrene, har rett og plikt til å treffe avgjørelser på vegne av barnet.³ Avgjørelsene skal treffes ut fra "*barnets interesser og behov*", jf. barneloven § 30. Foreldreansvaret og foreldrenes samtykkekompetanse på vegne av barnet tilligger altså foreldrene ut fra hensynet til barnets beste.⁴ Det er "*ikke gitt foreldrene for deres egen skyld*".⁵

Fra utgangspunktet om at mindreårige ikke har samtykkekompetanse, er det flere unntak og modifikasjoner i lovverket.

For det første skal foreldrene generelt gi barnet en stadig større selvbestemmelsesrett med alderen frem til det fyller 18 år, jf. barneloven § 33. Bestemmelsen må først og fremst forstås som et direktiv til foreldrene om at de i økende grad skal la barnet overta ansvaret for avgjørelser med alderen i den interne beslutningsprosessen *innad* i familien, mens det fortsatt er foreldrene som må foreta og stå til ansvar for avgjørelsene *utad*. Bestemmelsen har imidlertid av enkelte blitt tolket som at den kan anvendes til å sette en lavere eksternt myndighetsalder enn 18 år på noen områder.⁶ Barnelovutvalget omtaler i sin utredning spørsmålet som "*noe uklart*" i, men synes i hovedsak å konkludere med at det eksterne ansvaret fortsatt vil påhvile foreldrene uavhengig av hvordan en "delegerer" ansvar internt i familien.⁷

For det andre er det en rekke unntak i både særlovgivningen og barneloven som gir mindreårige samtykkekompetanse på et tidligere tidspunkt enn 18 år på ulike områder. Ett av disse er retten til å melde seg inn i og ut av foreninger når en er fylt 15 år, som er særlig relevant for utredningens problemstilling, og som vi kommer tilbake til nedenfor.

Andre eksempler på at barn er gitt samtykkekompetanse/selvbestemmelsesrett eller et ansvar for sine handlinger før 18-årsdagen er:⁸

- 12 år for flytting eller reiser utenlands
- 12 år for vetorett ved adopsjon
- 15 år for valg av utdanning og inn- og utmelding av foreninger
- 15 år for å melde seg inn i eller ut av tros- og livssynssamfunn
- 15 år for partsrettigheter i barnevernssaker
- 15 år for visse partsrettigheter i forvaltningssaker
- 15 år for inngåelse av arbeidsavtale
- 15 år for strafferettslig lavalder
- 16 år for seksuell lavalder
- 16 år (i noen tilfeller 12 år) for helserettlig myndighetsalder (unntak for enkelttilfeller med spesiell behandling)

³ Se også NOU 2020: 14 s. 340.

⁴ Prinsippet om barnets beste omtales nærmere under punkt 5.4 nedenfor.

⁵ Jf. NOU 1977: 35 s. 123.

⁶ Slik for eksempel Datatilsynet synes å legge til grunn når det gjelder samtykke fra mindreårige for behandling av personopplysninger, se [Samtykke fra mindreårige | Datatilsynet](#) (besøkt november 2022), se også omtale hos Kvalø (2022).

⁷ NOU 2020: 14 *Ny barnelov – til barnets beste*, s. 342.

⁸ Se ytterligere eksempler og nærmere omtale i NOU 2020: 14 s. 343, der lovhenvvisninger også fremgår.

- 16 år (i noen tilfeller 12 år) for behandling av helseopplysninger
- 16 år for innleggelse på institusjon for rusproblemer. Vetorett fra 12 år
- 16 år for å søke om endring av juridisk kjønn
- 16 år for å endre navn. Vetorett fra 12 år
- 16 år for samtykke til deltakelse i medisinsk og helsefaglig forskning⁹

Som punkttopplistingen ovenfor kan illustrere, så varierer barns samtykkekompetanse på ulike områder en god del. Videre er dette området generelt i stadig utvikling, der flere av lovreguleringene har kommet til i de seneste år, slik som den helserettslige myndighetsalderen, i kraft fra 2018.

I tillegg til lovreguleringsprosessene har flere utredninger berørt temaet i større eller mindre grad, særlig barnelovutvalget i NOU 2020: 14, som også har lagt frem et forslag til ny barnelov.¹⁰ Temaet berøres også i for eksempel NOU 2019: 10 *Åpenhet i grenseland* og NOU 2022: 11 *Ditt personvern – vårt felles ansvar*.¹¹

Barnelovutvalget påpekte at dagens lovregulering til dels er lite samkjørt, også på områder som har en del med hverandre å gjøre.¹² Utvalget har med flere har tatt til orde for at det bør foretas en helhetlig utredning av barns samtykkekompetanse i lovverket, blant annet for i større grad å harmonisere dagens ulike aldersgrenser.¹³ Slik sett inngår utredningens problemstilling i en større og mer generell problemstilling om barns samtykkekompetanse.

2.4 Forskjellene mellom selvbestemmelsesrett, vetorett og medbestemmelsesrett

Som punkttopplistingen ovenfor viser, er barn i noen tilfeller ikke gitt en reell selvbestemmelsesrett, men det som i realiteten kan omtales som en *vetorett*. I slike tilfeller er barnets samtykke *nødvendig*, men ikke tilstrekkelig alene, og typisk må foreldrene også samtykke, jf. f.eks. adopsjonsloven §§ 9 og 10. Når barnet derimot har en reell selvbestemmelsesrett ved en gitt alder, så er barnets samtykke da både *nødvendig* og *tilstrekkelig*. I slike tilfeller vil altså samtykkekompetansen være lagt til barnet.

Videre må det må skilles mellom barns selvbestemmelsesrett og *medbestemmelsesrett*. Uavhengig av når barnets selvbestemmelsesrett inntreffer, har barnet også en ustrakt medbestemmelsesrett og rett til å bli hørt i saker og avgjørelser som angår dem, jf. blant annet barneloven § 31, samt Grunnloven § 104 og FNs barnekonvensjon artikkel 12. Medbestemmelsesretten gir imidlertid ikke i seg selv noen rett til å fatte den endelige avgjørelsen. Utredningens problemstilling angår i første rekke spørsmålet om barns selvstendige samtykkekompetanse til dopingkontroll i idrett, og følgelig selvbestemmelsesretten. Medbestemmelsesretten er likevel ikke helt uten relevans i denne sammenheng, og vil belyses nærmere som en del av gjennomgangen av de menneskerettslige rammene nedenfor.

⁹ Se helseforskningsloven § 17.

¹⁰ Barnelovutvalgets utredning og forslag har vært på høring med frist 6. mai 2021, og har mottatt en rekke høringsuttalelser. I skrivende stund er status for utredningen oppgitt som under behandling i Barne- og familiedepartementet.

¹¹ Se særlig NOU 2022: 11 pkt. 9.5 samt underlagsutredningen til Ericson, "*Barns samtykkekompetanse på personvernfeltet*" (2022), som er vedlagt NOU-en.

¹² NOU 2020: 14 s. 346 flg. der tidligere og pågående vurderinger av aldersgrenser gjennomgås.

¹³ Se f.eks. flere av høringsuttalelsene til NOU-en, f.eks. fra Norges institusjon for menneskerettigheter (NIM), Barneombudet og Redd Barna, samt Kvalø (2022).

Som en ytterligere, men mer uvanlig konstruksjon når det gjelder bestemmelsesrett, kan selvbestemmelsesretten være lagt til barnet, men foreldrene kan ha har rett til å bli informert og hørt, slik abortloven kan sies å inneholde eksempel på.¹⁴

2.5 Rekkevidden av barneloven § 32

Utredningens bakgrunn gir grunn til noe nærmere å omtale rekkevidden av barneloven § 32 om barns rett til å velge utdanning og til å melde seg inn i og ut av foreninger ved fylte 15 år. Bestemmelsen innebærer at barn har en organisasjonsrettslig myndighetsalder ved 15 år. Rekkevidden av denne bestemmelsen kan ha betydning for behovet for ny lovregulering, og bestemmelsen kan belyse noen relevante hensyn i vurderingen av ny lovregulering.

Bestemmelsen er blitt tolket av Barne- og familiedepartementet dithen at den ikke gir en rett til å samtykke til dopingtesting i idretten.¹⁵ Departementet begrunner dette med at dopingtesting etter deres syn er et inngripende tiltak som vanskelig kan sies være "*vanlig foreningsaktivitet*", og et tiltak som foreldrene i utgangspunktet vil kunne motsette seg på vegne av sine barn, med mindre det foreligger et klarere rettslig grunnlag enn barneloven § 32.

Referansen til "*vanlig foreningsaktivitet*" viser til en uttalelse fra bestemmelsens forarbeider som viser at selv om bestemmelsen etter sin ordlyd kun taler om barnets rett til innmelding og utmelding, så "*sier [det] seg selv at foreldrene ikke kan nekte den unge å være med på vanlig foreningsaktivitet, så som møter, utflukter osv.*".¹⁶ Tilsvarende tolkning må kunne sies å følge av bestemmelsens formål og reelle hensyn samt en tolkning i lys av barns selvstendige rett til organisasjons- og foreningsfrihet.¹⁷ I utgangspunktet synes det naturlig å se det slik at dersom en mindreårig har rett til å melde seg inn i en forening, må den mindreårige også ha rett til å kunne samtykke til å underlegge seg foreningens regler. Datatilsynet har for eksempel tolket barneloven § 32 dithen at den også gir en rett til å kunne gi samtykke til deling av personopplysninger som nødvendige i tilknytning til foreningsdeltakelsen.¹⁸

Rekkevidden av bestemmelsen belyses ikke nærmere av forarbeidene og er heller ikke belyst i relevant rettspraksis. Det er imidlertid verdt å bemerke at siterte forarbeidsuttalelse kun påpeker at det er selvsagt at foreldrene ikke kan nekte barnet vanlig foreningsaktivitet; noe annet ville uthulet bestemmelsen fullstendig. Det er imidlertid ikke opplagt at uttalelsen kan tolkes motsetningsvis til at *uvanlig* foreningsaktivitet vil falle utenfor bestemmelsens rekkevidde som sådan. I juridisk teori synes terskelen for når foreldre kan sette grenser for barns foreningsdeltakelse, å være tolket som noe høyere enn dette. Backer gir uttrykk for at ved "*usedvanlig omfattende*" virksomhet eller ved aktiviteter av "*ekstraordinær*" karakter, så "*kan*" det stille seg annerledes, og at loven ikke gir "*fritt frem*" for at foreninger kan trekke den unge med på tiltak som foreldrene ellers kunne motsette seg.¹⁹ Sandberg omtaler det slik: "*Til tross for selvbestemmelsesretten må foreldrene kunne sette grenser for barnets deltakelse hvis aktiviteten er så omfattende eller av en slik karakter at den går ut over barnets helse,*

¹⁴ Se abortloven § 4 som lyder: "*Begjæringen om svangerskapsavbrudd skal fremsettes av kvinnen selv. Er hun under 16 år, skal den eller de som har foreldreansvaret eller vergen gis anledning til å uttale seg, med mindre særlige grunner taler mot det. [...]*"

¹⁵ Se uttalelse fra Barne- og familiedepartementet i brev til Kulturdepartementet av 18. oktober 2019, som også referert til ovenfor i gjengivelsen av utredningens bakgrunn. Uttalelsen er senere gjentatt i brev fra Barne- og familiedepartementet til Norges idrettsforbund av 4. mai 2021.

¹⁶ NOU 1977: 35 s. 124.

¹⁷ Jf. Grunnloven § 101, EMK art. 11 og FNs barnekonvensjon art. 15. FNs barnekonvensjon art. 31 om retten til fritidsaktiviteter mv. kan også utgjøre et tolkningsmoment. Se nærmere omtale av disse under punkt 5.8 nedenfor.

¹⁸ Se Datatilsynet uttalelse på [Samtykke fra mindreårige | Datatilsynet](#) (besøkt november 2022).

¹⁹ Backer, Kommentarutgave til barnelova på [juridika.no](#) (2009), note 5 til § 32.

utvikling eller skolegang, så lenge barnet er i skolepliktig alder. Her kan sammenholdes med det som gjelder for arbeid etter ny aml. 17. juni 2005 nr. 62 § 11-1 tredje ledd, jf. §§ 11-2 og 11-3.²⁰

Angående påpekningen av at det gjelder "så lenge barnet er i skolepliktig alder", så er det verdt å bemerke at en er i skolepliktig alder frem til en er ferdig med grunnskolen (altså året en fyller 16 år), og at valget om utdanning etter fylte 15 år ligger til barnet selv, jf. barneloven § 32.

Selv om Wiersholm ikke nødvendigvis er uenig i Barne- og familiedepartementets tolkning, så er tolkningen i lys av ovennevnte heller ikke uten videre opplagt. Dette må særlig forstås i lys av at en for snever tolkning av barneloven § 32 vil kunne ende opp med å uthule barns organisasjons- og foreningsfrihet, og at barneloven § 32 må tolkes i lys av denne rettigheten. Det er ikke bare rekkevidden av jussen som ikke er opplagt. Det kan også være rom for å diskutere noen faktiske premisser, for eksempel knyttet til hvor avledet, eller uvanlig, dopingkontroll er fra idretten som aktivitet. Sammenhengen mellom antidopingarbeid og idretten omtales nærmere under punkt 3 nedenfor.

Etter Wiersholms syn fremstår følgelig rekkevidden av barneloven § 32 i dette henseendet som noe mer uklar enn tolkningen Barne- og familiedepartementet har lagt til grunn. Samtidig er dette et område der det av flere grunner kan være uheldig med rettslig usikkerhet, slik vi kommer tilbake til under punkt 7.6 nedenfor.

3. Overordnet om antidopingregelverket og forholdet til idretten

3.1 Innledning

Før en går nærmere inn på utredningens sentrale problemstilling og de menneskerettslige rammene, er det nyttig å gå noe nærmere inn på hva en dopingkontroll innebærer, antidopingregelverket mer generelt, samt sammenhengen mellom antidopingarbeidet og idretten som foreningsaktivitet. Dette gjennomgås i punkt 3. I punkt 4 vurderes deretter antidopingregelverkets inngripende karakter noe nærmere.

3.2 Om antidopingregelverket

Det overordnede antidopingregelverket i idretten, både internasjonalt og i Norge, er WADA-koden.²¹ WADA-koden er det sentrale regelverket til World Anti-Doping Agency (WADA), som først trådte i kraft i 1999 samtidig med etableringen av WADA. WADA er en uavhengig stiftelse initiert av IOC som et samarbeid mellom internasjonale organisasjoner, myndigheter og andre relevante aktører. WADA har som formål å intensivere og koordinere det internasjonale arbeidet mot doping i idrett.

Internasjonalt antidopingarbeid, herunder WADA-koden og WADAs arbeid, er forankret gjennom blant annet UNESCOs internasjonale konvensjon mot doping i idretten av 2005. Europarådets anti-doping konvensjon av 1989, med tilleggsprotokoll av 2002, er også nært lenket med WADA-koden. Norge har i likhet med en rekke andre land ratifisert begge disse konvensjonene, og myndighetene har slik påtatt seg folkerettslige forpliktelser tilknyttet antidopingarbeidet.

Antidopingarbeidet i Norge er ikke regulert i noen alminnelig lov,²² men reguleres av idrettens foreningsregelverk. Utøvernes tilslutning til antidopingregelverket hviler dermed på et avtalerettslig

²⁰ Sandberg, Lovkommentar til barnelova på rettsdata.no (2018), note 81 til § 32.

²¹ World Anti-Doping Code, også forkortet til "WADC", men i det videre forkortet til WADA-koden.

²² Det foreligger i skrivende stund et lovforslag knyttet til behandling av personopplysninger i antidopingarbeidet, se forslag til ny *Lov om behandling av personopplysninger for antidopingformål og ved manipulering av idrettskonkurranser*. Forslaget har nylig vært på høring med høringsfrist 23. september 2022, og er til behandling hos Kultur- og likestillingsdepartementet.

grunnlag der tilslutningen anses gjort av den enkelte utøver ved innmelding, deltakelse eller involvering i idretten.²³

Både Norges idrettsforbund (NIF) og Antidoping Norge (ADNO) har sluttet seg til WADA-koden, NIF i kraft av å være nasjonal olympisk komité og ADNO som nasjonal antidopingorganisasjon. ADNO ble etablert i 2003, som en stiftelse, av NIF og KUD for å sikre at kontroll- og påtalearbeidet etter antidopingregelverket drives uavhengig av NIF og myndighetene og i tråd med WADA-koden. ADNO skal, i medhold av NIFs lov og avtale med NIF, arbeide for å fremme antidopingregelverkets formål blant alle NIFs organisasjonsledd og medlemmer. NIF har ansvar for å oppnevne en uavhengig domsfunksjon og håndheving av sanksjoner, mens kontroll og påtalemyndighet i dopingsaker er tillagt/delegert ADNO.²⁴

WADA-koden er gjort til en del av det norske idrettsregelverket gjennom NIFs lov, jf. NIFs lov § 12-1. NIFs lov er norsk idretts overordnede foreningsregelverk, og ikke noen alminnelig lov.²⁵ Antidopingreglene er nærmere regulert i et eget regelverk ("Antidopingregelverket"), som vedtas av Idrettstinget, eventuelt av Idrettsstyret i henhold til NIFs lov § 1-5, jf. § 12-1.²⁶

Det følger av Antidopingregelverket at dette skal tolkes i henhold til WADA-koden, og ved motstrid med WADA-koden har sistnevnte forrang.²⁷

3.3 Formålet bak antidopingregelverket

I henhold til Antidopingregelverkets forord er Antidopingregelverket de regler som regulerer vilkårene for utøvelse av idrett med formål om å sikre at antidopingregler blir håndhevet på en global og harmonisert måte.

Formålet bak reglene er videre utbrodert slik: *"Antidopingprogrammer har til formål å beskytte utøvernes helse og å gjøre det mulig for utøverne å forfølge fremragende menneskelige prestasjoner uten å ta i bruk forbudte stoffer og forbudte metoder. Antidopingprogrammer har til formål å ivareta idrettens integritet gjennom respekt for regler, andre konkurrenter, rettferdig konkurranse, like konkurransevilkår og den verdien ren idrett har for verden. [...]"*²⁸

Antidopingarbeidets betydning er som nevnt anerkjent rettslig gjennom både Unescos og Europarådets antidopingkonvensjoner samt gjennom en rekke aktørers tilslutning til særlig WADA-koden globalt. At antidopingarbeid utgjør et tungtveiende samfunnsmessig formål, er også anerkjent i praksis fra EMD.

EMDs sak *Fédération Nationale des Syndicats Sportifs (FNASS) og andre v. Frankrike*²⁹ fra 2018 gjaldt spørsmålet om kravet om meldeplikt for idrettsutøvere utgjorde et brudd på EMK artikkel 8 om retten til privat- og familieliv og hjem. EMD kom til at det *ikke* forelå et brudd på EMK artikkel 8. Selv om EMD var enig i at meldepliktskravene utgjorde et betydelig inngrep i privatlivet til klagerne, mente EMD

Høringsnotatet er tilgjengelig her: [horingsnotat-lov-om-behandling-av-personopplysninger-for-antidopingformal-mm.pdf](https://www.regjeringen.no/horingsnotat-lov-om-behandling-av-personopplysninger-for-antidopingformal-mm.pdf) (regjeringen.no)

²³ Se nærmere under punkt 3.4 nedenfor.

²⁴ Se nærmere omtale i innledningen til Antidopingregelverket.

²⁵ *Lov for Norges idrettsforbund og olympiske og paralympiske komité* (gjeldende versjon per 1. januar 2022). NIFs lov er norsk idretts overordnede regelverk, vedtatt av Idrettstinget. Navnet til tross er det altså tale om et privatrettslig normverk og ikke noen alminnelig lov. Tilgjengelig her: [nifs-lov-per-010122.pdf](https://www.idrettsforbundet.no/nifs-lov-per-010122.pdf) (idrettsforbundet.no)

²⁶ Antidopingregelverket er tilgjengelig her: [antidopingregelverk.pdf](https://www.idrettsforbundet.no/antidopingregelverk.pdf) (idrettsforbundet.no) (besøkt november 2022).

²⁷ Antidopingregelverket art. 24.3.

²⁸ Antidopingregelverket s. 3, der formålet og grunnlaget utbroderes nærmere.

²⁹ EMDs sak nr. 48151/11 og 77769/13.

likevel at inngrepet var nødvendig og forholdsmessig sett hen til formålet om å bekjempe doping i idrett, som ble ansett for å være et legitimt/tungtveiende formål, som en del av både formålene om å beskytte "helse" og "andres rettigheter og friheter", jf. EMK artikkel 8 nr. 2.

EMD viser i sin vurdering til at antidopingregelverket ikke kun er ment å beskytte helsen til profesjonelle idrettsutøvere, men alle som driver med idrett, herunder amatører og særlig ungdom. Videre vises det til at doping fører til en urettferdig konkurranse for dem som ikke doper seg, farlig oppmuntrer amatører og spesielt unge mennesker til å kunne gjøre det samme, og også fratrar tilskuerne den rettferdige konkurransen i idrett som de legitimt forventer. I sin vurdering vektlegger EMD også den brede internasjonale konsensusen på området når det kommer til oppslutning om antidopingregelverket og WADA-koden.³⁰

3.4 Antidopingregelverkets virkeområde og rettslige grunnlag

Antidopingreglene gjelder for alle medlemmer i et idrettslag i NIF samt noen ytterligere personer, som nærmere beskrevet i innledningen til Antidopingregelverket side 4.

Regelverket gjelder uavhengig av om en er toppidrettsutøver eller breddeidrettsutøver. Videre gjelder regelverket for både voksne og barn, men har noen spesielle reguleringer for eksempelvis mindreårige (som en del av såkalte "beskyttede personer"), og reglene differensierer også noe når det kommer til om en er, sjablonmessig sagt, toppidrettsutøver, såkalt meldepliktsutøver eller mosjonsutøver. Regelverket setter ikke eksplisitt noen nedre aldersgrense for sin anvendelse, se dog nærmere omtale under punkt 3.7 nedenfor.

Det følger av samme sted i Antidopingregelverket at alle nevnte personer som en forutsetning for deres deltakelse eller involvering i idretten i Norge anses å være enig i og bundet av antidopingreglene, og å ha underlagt seg NIFs myndighet til å håndheve reglene, herunder enhver konsekvens av overtredelse av reglene.

Med andre ord bygger Antidopingregelverkets gyldighet overfor et omfattede persongalleri på et avtalegrunnlag mellom NIF og medlemmene. Dette avtalegrunnlaget anses oppstått ved innmelding i NIF eller et idrettslag mv. underlagt NIF.

3.5 Dopingkontroll og brudd på antidopingregelverket

Etter Antidopingregelverket kan ADNO kreve at enhver utøver avgir en dopingprøve til enhver tid og på ethvert sted (art. 5.2.2.).³¹ Prøvetaking kan gjennomføres for ethvert antidopingformål, herunder for å få analytisk bevis for om en utøver har brukt eller forsøkt å bruke et forbudt stoff eller en forbudt metode, eller har tilstedeværelse av forbudt stoff etc. i sin prøve (art. 5.1 om formålet med prøvetaking og etterforskning). Dette vil utgjøre en overtredelse av Antidopingregelverkets sentrale forbud i artikkel 2.1. Av bestemmelsen følger det at det er utøvers personlige plikt å sikre at intet forbudt stoff kommer inn i utøvers kropp, og at utøver er ansvarlig for ethvert forbudt stoff eller dets metabolitter eller markører som er til stede i deres prøver.

³⁰ Selv om inngangen er en annen, kan en også merke seg EMDs sak *Ressiot og andre v. Frankrike* (15054/07), angående medienes dekning av doping innen profesjonell sykling. EMD kom der til at det var et brudd på ytringsfriheten i EMK artikkel 10 at franske myndigheter ønsket å avsløre medienes kilder. EMD viste i sin vurdering særlig til at medienes artikler om doping i profesjonell sport og relaterte problemer angikk et tema av allmenn interesse, og at artiklene adresserte et økende og legitimt behov i allmennheten om mer informasjon om temaet.

³¹ I kommentar til bestemmelsen (note 24) heter det at: "Med mindre utøveren har fastsatt et 60-minutters tidsrom for prøvetaking mellom klokken 23:00 og 06:00 eller på annen måte har gitt samtykke til prøvetaking i denne perioden, skal ADNO ikke teste utøvere med mindre det foreligger alvorlig og konkret mistanke om at utøveren kan være involvert i doping. En anførsel om ADNO hadde tilstrekkelig grunnlag for prøvetaking i dette tidsrommet skal ikke kunne påberopes til forsvar for et anført regelbrudd basert på en slik prøve eller forsøk på prøvetaking".

Det er ikke nødvendig å bevise at det foreligger forsett, skyld, uaktsomhet eller bevisst bruk fra utøvers side for å konstatere overtredelse av artikkel 2.1. Med andre ord er ansvaret slik sett objektivt. Antidopingregleverket inneholder videre en rekke regler for etterforskning, prosess, påtale, høringer, anke mv.

En utøvers unndragelse, nektelse eller unnlattelse av å underlegge seg prøvetaking utgjør i seg selv et brudd på regelverket (art. 2.3). Det samme vil for eksempel brudd på meldeplikt være (art. 2.4), for dem dette gjelder (art. 5.5.). Det følger også av avsluttende bestemmelser at utøvere plikter å ha kunnskap om regelverket, være tilgjengelig for prøvetaking til enhver tid og samarbeide med antidopingorganisasjonene i etterforskning (art. 20.1-20.3)

ADNO har som utgangspunkt bevisbyrden for at regelbrudd har funnet sted. Dette beviskravet er i alle saker høyere enn en alminnelig sannsynlighetsovervekt, men lavere enn bevist utover enhver rimelig tvil (art. 3.1). Noen steder i regelverket opereres det med en omvendt bevisbyrde, der utøver kreves å tilbakevise en presumsjon eller bestemte fakta eller omstendigheter. I slike tilfeller er beviskravet som hovedregel alminnelig sannsynlighetsovervekt (art. 3.1).

Prøvetaking, etterforskning og analyse av prøver reguleres nærmere i artikkel 5 og artikkel 6, herunder vises det til at WADA også har myndighet til å utføre prøvetaking (art. 5.2.3).

3.6 Gjennomføring av dopingkontroll, herunder særlige regler for mindreårige

Dopingkontroller gjennomføres enten som urinprøver eller blodprøver. I praksis er urinprøver mest vanlig. Dopingkontroller gjennomføres uanmeldt og kan etter reglene tas til enhver tid.³²

Forut for dopingkontrollen vil utøver bli informert om rettigheter og plikter og bedt om å signere et innkallingsskjema som vedkommende får en kopi av.

En urinprøve skal avgis i et egnet rom under direkte bevitelse av en dopingkontrollør eller assistent som skal observere at urinen forlater kroppen på normal måte. Dopingkontrolløren eller assistenten skal være av samme kjønn som utøver. Prøven gis i et forseglet urinbeger og bringes til et kontrollrom.³³ Blodprøver tas fra en blodåre, fortrinnsvis i armen. ADNO har egne blodprøvetakere som godkjent for å ta blodprøver under dopingkontroll.

ADNO har en egen prosedyre for testing av mindreårige utøvere og utøvere med funksjonsnedsettelse, som setter opp enkelte særskilte tilretteleggingsregler.³⁴ Den vesentlige materielle regelen er at mindreårige har krav på å ha en voksen ledsager tilstede. Ledsageren skal være til stede både ved informasjon og signering og ved selve prøvetakingen. Ved urinprøvetaking skal ledsager observere den som bevitner prøveavleggelse og ikke utøveren, med mindre utøver ønsker det. Den mindreårige har selv rett til å utpeke en ledsager. Hvis vedkommende ikke velger noen, skal dopingkontrollør velge ledsager.

3.7 Konsekvenser av brudd på antidopingregelverket

Brudd på Antidopingregelverket kan føre til suspensjon (art. 7.4), reprimande, diskvalifikasjon av tidligere resultater, herunder medaljer og premier (art. 10.1), økonomiske konsekvenser som bot, inndrivelse av omkostninger, tilbakeholdelse av økonomisk støtte (art. 10.12 og 10.14.4) og utelukkelse fra idretten i alt fra en kort periode til livstid (art. 10.2 flg.).

³² Artikkel 20.3, i kommentaren til bestemmelsen heter det: "[...] under behørig hensyn av menneskerettigheter".

³³ Se nærmere beskrivelse og video om hvordan en dopingkontroll foregår i informasjon fra Antidoping Norge: [Dopingkontroll | Antidoping Norge](#)

³⁴ ADNOs prosedyrer for prøvetaking pkt 3.1.3.

Sanksjonen, herunder lengden på ev. utelukkelse, vil avhenge av en rekke momenter, herunder stoff/metode, skyldgrad, tidspunkt (f.eks. i eller utenfor konkurranse) og hvilken utøver det dreier seg om.

Angående sistnevnte er det for eksempel noen mildere reguleringer for såkalte beskyttede personer³⁵ og mosjonsutøvere,³⁶ eller reguleringer som særlig tar hensyn til disse gruppene. Dette er da reguleringer som typisk vil inkludere barn. For eksempel følger det av artikkel 10.6.1.3 at: *"Når et regelbrudd som ikke involverer et misbruksstoff, er begått av en beskyttet person eller en mosjonsutøver, og den beskyttede personen eller mosjonsutøveren kan bevise ikke-betydelig skyld eller uaktsomhet (No Significant Fault or Negligence), skal utelukkelsesperioden som et minimum være en reprimande uten utelukkelsesperiode og som et maksimum være en utelukkelsesperiode på to år, avhengig av den beskyttede personens eller mosjonsutøverens grad av skyld"*.

I tillegg er det egne regler for medvirkning, gjentakelse, konsekvenser for lag mv. Det er også regler for eksempelvis medisinske fritak.

Brudd på antidopingregelverket kan også sanksjoneres etter NIF-lovens såkalte straffebestemmelser, jf. NIF-loven § 11-4 (1) g. Det er verdt å understreke at, begrepsbruken til tross, er ikke sanksjoner etter NIF-loven eller Antidopingregelverket "straff" i alminnelig lovgivnings forstand, men dreier seg om en disiplinærstraff/-sanksjoner i henhold til en forenings regelverk.

Straff etter NIF-loven forutsetter imidlertid at visse vilkår er oppfylt, herunder et skyldkrav om uaktsomhet (§ 11-5 (1)) og en minimumsalder på 15 år (§ 11-3 (4)). Som nevnt ovenfor opererer derimot Antidopingregelverket ikke med et slikt skyldkrav og ei heller noen minimumsalder etter regelverket eksplisitt. Merk imidlertid at ADNOs innførte forskrift om foreldresamtykke kun gjelder mindreårige over 15 år. Dette kan synes å illustrere at den praktisk viktige grensen etter Antidopingregelverket også går ved 15 år.

I tillegg til formelle konsekvenser vil brudd på Antidopingregelverket også kunne gi mer avledede eller uformelle konsekvenser i form av eksempelvis potensiell negativ oppmerksomhet i mediene og allmennheten. Brudd på Antidopingregelverket skal som et utgangspunkt offentliggjøres (art. 14.3). Imidlertid er det her et unntak for mindreårige, beskyttede utøvere og mosjonsutøvere, som innebærer at offentliggjøring ikke *må* skje, men kun *kan* skje. En eventuell offentliggjøring må da være forholdsmessig i lys av sakens fakta og omstendigheter.

En annen avledet konsekvens av at bruk av narkotika blir kjent, kan etter forholdene også være potensiell straffeforfølgning og straff etter alminnelig straffelovgivning.³⁷

³⁵ Beskyttet person (Protected Person) er definert som (s. 59): *"En utøver eller annen fysisk person som på tidspunktet for regelbruddet: (i) ikke har fylt 16 år; (ii) ikke har fylt 18 år og ikke er inkludert i en registrert testpool og aldri har konkurrert i et internasjonalt idrettsarrangement i en åpen kategori; eller (iii) av andre årsaker enn alder har mistet sin rettslige handleevne etter nasjonal lovgivning"*.

³⁶ Mosjonsutøver (Recreational Athlete) er definert som (s. 64): *"En person som i løpet av de siste fem årene forut for et regelbrudd har vært omfattet av en av følgende punkter kan ikke anses som mosjonsutøver: a. har vært idrettsutøver på internasjonalt nivå (International-Level Athlete som definert av sitt internasjonale særforbund) eller b. idrettsutøver på nasjonalt nivå (National-Level Athlete som definert av ADNO eller nasjonal antidopingorganisasjon i annet land), c. som har representert et land i et internasjonalt idrettsarrangement i en åpen kategori (åpen kategori utelukker konkurranser begrenset til alderskategorier), eller d. vært inkludert i en gruppe som har meldeplikt"*.

³⁷ Jf. legemiddeloven § 24 (1) og § 32 (2). Kjøp og salg mv. av narkotika er enda strengere strafferegulert gjennom straffeloven §§ 231 og 232.

4. Vurdering av antidopingregelverkets inngripende karakter

4.1 Dopingkontroll – belastning og konsekvenser

Dopingkontroller kan gjennomføres ved urinprøver eller blodprøver. Av disse to vil nok førstnevnte oppleves mest belastende ved at urinkontrollen skal skje under oppsyn av en annen person.³⁸ Dopingkontroll skjer videre uanmeldt og kan kreves til enhver tid av enhver utøver. Dette vil også kunne oppleves belastende, og for flere muligens mer belastende enn selve kontrollen.

Som nevnt har EMD ansett antidopingregelverket, og der særlig meldepliktsystemet, for å utgjøre et inngrep i EMK artikkel 8, men kom altså til at dette var et forholdsmessig inngrep i lys av formålet.³⁹ For meldepliktsystemet spesielt må det legges til at dette i en norsk kontekst krever at en er definert som meldepliktsutøver. Dette er kun en liten gruppe av toppidrettsutøvere (vanligvis 100–200 utøvere),⁴⁰ der behovet for antidopingregelverket presumtvt vil ses på som ekstra viktig. Dette kan redusere noe av overføringsverdien av EMD-dommen når det for eksempel kommer til hvor inngripende og forholdsmessig antidopingregelverket anses å være for eksempelvis breddeidrettsutøvere,⁴¹ selv om EMD også viser til det brede formålet bak antidopingregelverket, og det presumtvt også vil være av betydning å kunne ramme bredt av hensyn til antidopingregelverkets effektivitet samt av praktiske og retts tekniske hensyn. Eksempelvis vil overgangen mellom breddeidrettsutøver, toppidrettsutøver og meldepliktsutøver være flytende, og utøvere kan også bevege seg mellom kategoriene.

I tillegg kan brudd på reglene få konsekvenser i form av sanksjoner, i første rekke utestengelse og diskvalifikasjoner, og også indirekte konsekvenser som medieoppmerksomhet mv.⁴² Dopingbruk kan også få alminnelige strafferettslige konsekvenser. Dette kan avhengig av forholdene bli en til dels stor belastning for den enkelte, og kanskje særlig for en mindreårig utøver.

Kontroll av mindreårige utøvere følger imidlertid egne prosedyrer, som i første rekke innebærer at den mindreårige skal bistås av en voksen ledsager under kontrollen. Dette kan bidra til å redusere belastningen ved kontrollen for den enkelte. Videre har antidopingregelverket noen mildere reguleringer for såkalte beskyttede personer og mosjonsutøvere, eller reguleringer som særlig tar hensyn til disse gruppene.⁴³ Dette er reguleringer som typisk vil omfatte barn, og som kan redusere *noen* av konsekvensene for et barn av å ha begått brudd på antidopingregelverket, men samtidig langt fra alle.

Hvor belastende en dopingkontroll, regelverket og systemet for øvrig oppleves, vil nok etter Wiersholms syn variere fra person til person, og vil også kunne avhenge av om en eksempelvis er toppidrettsutøver eller breddeidrettsutøver, se neste punkt nedenfor.

4.2 Særlig om forskjellen mellom toppidrettsutøvere og breddeidrettsutøvere

For de fleste idrettsutøvere, og kanskje særlig toppidrettsutøvere, synes det etter Wiersholms syn nærliggende å anta at en ønsker en idrett uten doping, og at et antidopingregelverk i alminnelighet er

³⁸ Sml. f.eks. Ot.prp. nr. 74 (2006 – 2007) om helseforskningsloven s. 94, der en blodprøve i seg selv omtales som et eksempel på noe som anses innebære en "minimal byrde".

³⁹ For meldepliktsystemet spesielt skal det bemerkes at dette kun gjelder en liten gruppe av toppidrettsutøvere, og dermed en enda mindre gruppe av mindreårige, se punkt 3.8 ovenfor.

⁴⁰ Jf. høringsnotat knyttet til "Høring av ny lov om behandling av personopplysninger for antidopingformål og ved arbeid mot manipulering av idrettskonkurranser", s. 11, se fotnote 22 ovenfor.

⁴¹ Se nærmere om forholdsmessighetsvurderingen generelt under punkt 5.1.3 nedenfor.

⁴² Se punkt 3.7 ovenfor.

⁴³ Ibid.

en *ønsket* del av idrettsaktiviteten. Antidopingregelverket hviler som nevnt på flere formål og hensyn. Ikke bare hensyn til den enkeltes helse, men også hensynet til rettferdig konkurranse for både utøvere og publikum. Dette er hensyn som også har blitt fremhevet og vektlagt i praksis fra EMD. I tillegg er hensynet til å unngå negativ påvirkning og press om doping blant særlig barn og unge blitt fremhevet av EMD.⁴⁴

Det vil nok også variere i hvilken grad dopingkontroller oppleves som en *integert* del av idretten, avhengig av person og om en for eksempel er toppidrettsutøver eller breddeidrettsutøver. For dem som driver med toppidrett, kan det være nærliggende å anta at dopingkontroller i større grad enn for breddeidrettsutøvere vil oppfattes som en integrert del av deres idrettsaktivitet. Toppidrettsutøvere vil i mange tilfeller ha innrettet livet sitt etter idretten. Helhetapakken som toppidrettsutøver kan altså ta luften ut av hvor belastende dopingkontroller og systemet oppleves.

I tillegg til at formålet med dopingkontroller og antidopingregelverket i alminnelighet nok vil anses mer viktig for toppidrettsutøvere enn for breddeidrettsutøvere, slik Datatilsynet har pekt på,⁴⁵ så kan det med andre ord kanskje også være grunn til å anta at dopingkontroll og kontrollsystemet vil oppleves mindre belastende av dem som bedriver toppidrett. Videre vil det nok i alminnelighet være rimelig å anta at toppidrettsutøvere i større grad enn breddeidrettsutøvere vil være kjent med systemet for dopingkontroller, formålet med dette mv.

Samtidig som reglens rekkevidde omfatter både toppidrettsutøvere og breddeidrettsutøvere formelt sett, så vil de nok i praksis ha størst betydning for førstnevnte. Det er primært dem som driver innen toppidrett og er over 15 år, som dopingkontroller vil være mest aktuelt for. Likevel er det et selvstendig poeng ved regelverkets formål og preventive effekt at alle utøvere som et utgangspunkt har en risiko for å bli kontrollert, og det kontrolleres også mindreårige i breddeidretten på en årlig basis, selv om dette tallet relativt sett er langt lavere enn innen toppidretten. Statistisk sannsynlighet for å bli utsatt for dopingkontroll kan være et moment å merke seg, men fortsatt er det regelverkets formelle rekkevidde som er det mest tungtveiende momentet etter vårt syn.

Hvor belastende dopingkontroller og systemet oppfattes av ulike utøvere, både innen toppidrett og breddeidrett og innen ulike alderstrinn, er et spørsmål som det kan være nyttig å kartlegge nærmere i et videre lovarbeid, slik vi kommer tilbake til under punkt 6.5 nedenfor.

I punkt 7.1 drøfter Wiersholm nærmere om en eventuell samtykkekompetanse til dopingkontroll i idrett bør knyttes til eksempelvis et kriterium om at en driver med toppidrett eller ikke.

4.3 Betenkeligheter knyttet til rettssikkerhet, personvern mv.

Gjennomgangen under punkt 3 ovenfor viser at Antidopingregelverket er et relativt omfattende og til dels inngripende regelverk, også utover selve gjennomføringen av dopingkontrollen og eventuelle sanksjoner ved brudd. Dette gjelder for eksempel regelverkets prosessuelle sider, herunder rommet for etterforskning, påtale, domssystem og egne regler om skyld- og beviskrav.

Det er stilt visse spørsmål ved prosessuelle sider av regelverket, blant annet det objektive ansvaret og den snudde bevisbyrden, sett i lys av standardene til rettferdig rettergang som følger av EMK artikkel 6. Europarådet har i april 2022 gitt en rekommandasjon som adresserer sider av dette.⁴⁶

⁴⁴ Se punkt 3.3 ovenfor.

⁴⁵ Se punkt 4.3 nedenfor.

⁴⁶ Recommendation CM/Rec(2022)14 of the Committee of Ministers to member States on general principles of fair procedure applicable to anti-doping proceedings in sport. Se også f.eks. Solvang, "Idrett og doping", kapittel i Idrett og juss, (2022, red. Kjenner og Johnsen) s. 214 flg.

Betenkelighetene knytter seg til dels til at regelverket baserer seg på et (avledet) avtalegrunnlag.⁴⁷ I EMDs dom *Mutu og Pechstein v. Sveits* kom EMD til at den ene klageren ikke hadde frasagt seg rettighetene til en offentlig høring etter EMK artikkel 6 ved å akseptere voldgiftsklausulen til CAS, siden hun reelt ikke hadde noe valg hvis hun skulle fortsette yrket som profesjonell idrettsutøver. Avkallet var derfor ikke gitt *fritt og utvetydig*, slik EMK krever.⁴⁸ Samtidig nådde ikke klagerne frem med andre deler av klagen sin om EMK-brudd i tilknytning til CAS-behandlingen.

Antidopingregelverket legger videre opp til en potensielt vidtgående behandling av personopplysninger, herunder sensitive personopplysninger om helseforhold som vil falle under GDPR artikkel 9 og straffedommer og lovovertridelser som omfattes av GDPR artikkel 10, for en vid krets av personer. Dette omfatter alle utøvere underlagt regelverket, både toppidretts- og breddeidrettsutøvere, og uavhengig av alder. Det har blitt stilt spørsmål ved den vide rekkevidden av antidopingregelverket når det kommer til behandling av personopplysninger og for personvernet, sett i lys av kravene etter EMK artikkel 8 og EUs personvernforordning (GDPR), som er gjennomført i norsk rett gjennom personopplysningsloven.⁴⁹ Spørsmål er for eksempel nylig reist av Datatilsynet i en høringsuttalelse til forslag om ny lov om behandling av personopplysninger for antidopingformål.⁵⁰ Datatilsynets vurdering er at det vide virkeområdet for behandling av personopplysninger vil innebære et uforholdsmessig stort inngrep i personvernet. Datatilsynet mener at det blant annet ikke er skilt tydelig nok mellom antidopingarbeid i og utenfor konkurranseidretten, og viser blant annet til Det europeiske personvernrådets vurderinger.⁵¹ Datatilsynet anser det som skjerpene, men ikke avgjørende, at en stor del av medlemmene også vil være barn og unge.

Wiersholm mener at Datatilsynets innspill synes å ha gode grunner for seg sett opp mot personvernet. Samtidig er det for denne utredningens del verdt å bemerke at det foreliggende lovforslaget legger opp til at behandlingsgrunnlaget for personopplysninger *ikke* skal baseres på et eventuelt samtykke fra utøveren (uansett barn eller voksen), men at behandlingsgrunnlaget skal basere seg på et annet grunnlag etter GDPR, fortrinnsvis lov.⁵² I dag baserer det seg på en overgangsordning med konsesjon fra Datatilsynet.⁵³ Ettersom forholdet til GDPR er gjenstand for en pågående separat lovreguleringsprosess, og ettersom behandlingsgrunnlaget for personopplysninger ikke skal baseres på utøvernes samtykke, så er dette forhold som etter vårt syn i mindre grad vil påvirke utredningens problemstilling om hvem av barn og voksne som skal ha samtykkekompetanse. Samtidig er det også en sammenheng her å være bevisst på, som vi kommer tilbake til.⁵⁴

⁴⁷ Antidopingregelverkets foralepunkt om at regelverket ikke har til hensikt å være begrenset av nasjonale krav og rettslige standarder, medfører neppe at regelverket ikke under tiden vil kunne influeres eller begrenses av menneskerettslige krav i praksis, herunder som følge av statens såkalte sikringsplikt, se f.eks. om statens sikringsplikt på idrettens område i Methi, *"Ytringsfrihet og idrett"*, kapittel i *Idrett og juss* (2022, red. Kjenner og Johnsen), s. 127–128. (i det videre omtalt som "Methi (2022)"). Samme sted omtales også spørsmål om i hvilken grad individene kan avtale seg bort fra det menneskerettslige vernet. I tillegg til her nevnte *Fédération Nationale des Syndicats Sportifs (FNASS) og andre v. Frankrike* og *Mutu og Pechstein v. Sveits*, illustreres EMKs relevans på idrettens område av f.eks. *Sedat Doğan m.fl. v. Tyrkia* (brudd på EMK art. 6 og art. 10) samt *Ali Riza og andre v. Tyrkia* (brudd på EMK art. 6).

⁴⁸ *Mutu og Pechstein v. Sveits* (0575/10 og 67474/10) avs. 113–115.

⁴⁹ Se også punkt 5.3.4 nedenfor.

⁵⁰ Jf. fotnote 22 ovenfor. Datatilsynets høringsuttalelse av 6. oktober 2022 er tilgjengelig her: [DT-brev_360 \(datatilsynet.no\)](https://www.datatilsynet.no)

⁵¹ EDPB letter to the Presidency of the Council of the EU on WADA, 17. oktober 2019.

⁵² Se bl.a. høringsnotatets pkt. 4.3 der det vurderes at samtykke *ikke* vil være et tilfredsstillende behandlingsgrunnlag, se fotnote 22 ovenfor.

⁵³ Se nærmere omtale i høringsnotatet, se fotnote 22 ovenfor.

⁵⁴ Se nærmere under punkt 6.5 nedenfor.

5. **Menneskerettslige rammer**

5.1 **Innledning**

5.1.1 **Overordnet om menneskerettighetene**

En rekke rettigheter og bestemmelser i Grunnloven og for Norge bindende menneskerettighetskonvensjoner kan ha betydning for spørsmålet om mindreåriges samtykkekompetanse til dopingkontroll. Dette gjelder da særlig bestemmelsene som følger av FNs barnekonvensjon samt enkelte av bestemmelsene i Grunnloven og EMK.⁵⁵ Disse har forrang over alminnelig lov og setter slik sett rammer for den alminnelige lovgivningen.⁵⁶ Følgelig må en eventuell lovregulering av barns samtykkekompetanse holde seg innenfor disse rammene.

5.1.2 **Virkning og sikringsplikt**

Menneskerettighetene regulerer formelt og direkte kun forholdet mellom stat og individ og verner mot inngrep fra statens myndigheter (i vid forstand). Dette omtales ofte som statens negative forpliktelser. Menneskerettighetene kan likevel få en ikke ubetydelig indirekte virkning overfor private, såkalt tredjepartsvirkning, som følge av at staten har en viss plikt til å sikre menneskerettighetene mot krenkelser fra tredjeparter. Dette omtales gjerne som statens sikringsplikt eller som en del av statens positive forpliktelser. Rekkevidden av sikringsplikten vil variere ut fra rettighet og andre forhold. På idrettens område, der sammenvevingen med staten er tett av flere grunner, er det nærliggende å legge til grunn at sikringsplikten vil være relativt stor.⁵⁷ Skillet mellom statens positive og negative forpliktelser lar seg ikke definere presist og kan bli flytende i praksis.⁵⁸

Noen ganger setter menneskerettighetene klare rammer og kompetanseskranker, for eksempel for lovgivning, myndighetsutøvelse mv., mens andre ganger vil rettighetene gi mer føringer og ha betydning som tolkningsmomenter eller prosedyreføringer i mer konkrete spørsmål, for eksempel ved utformingen av ny alminnelig lovgivning, tolkningen av eksisterende alminnelig lovgivning eller forvaltningens skjønnsutøvelse. Også i denne sammenheng drar en tidvis et pedagogisk skille mellom statens negative og positive plikter. Negative plikter vil si at en plikter ikke å gripe inn i rettighetene med mindre visse vilkår er oppfylt (slik EMK-rettighetene og SP-rettighetene typisk er utformet). Positive plikter stiller krav til at staten skal iverksette visse aktive tiltak for å gi eller sikre individene rettigheter i praksis (slik de såkalte ØSK-rettighetene er utformet, samt f.eks. flere av rettighetene i FNs barnekonvensjon). Hvor rettslig forpliktende menneskerettighetene er for myndighetene, vil altså variere fra rettighet til rettighet, og vil herunder avhenge av rettighetens/bestemmelsens ordlyd, for eksempel om myndighetene (kun) plikter "å legge forholdene til rette for", "bestrebe" eller "iverksette tiltak", eller om bestemmelsene er utformet som en ren rettighetsbestemmelse, som for eksempel "enhver har rett til".

5.1.3 **Inngrepsadgang, balansering av rettigheter og skjønnsmargin**

Selv når menneskerettighetene er utformet som rettighetsbestemmelser og setter grenser for lovgivningen og myndighetsutøvelsen, vil det likevel sjelden være slik at grensene er absolutte. De fleste menneskerettigheter vil kunne gripes inn i og begrenses på nærmere vilkår ettersom

⁵⁵ FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) inneholder relativt likelydende rettigheter som EMK; og i praksis vil vernet være relativt sammenfallende. I norsk rettspraksis behandler en ofte kun vernet etter EMK ut fra en presumsjon om at vurderingen etter SP vil dekkes av EMK-vurderingen, se f.eks. Høyesteretts tilnærming i HR-2022-718-A og HR-2015-206-A, som begge angår retten til privatliv, som dekkes av Grunnloven § 102, EMK artikkel 8 og SP artikkel 17. I det videre vil vi derfor nøye oss med å referere til EMK-rettighetene og ikke til eventuelle parallelle bestemmelser i SP.

⁵⁶ Jf. menneskerettsloven 3, jf. § 2.

⁵⁷ Se bl.a. nærmere omtale i Methi (2022) s. 128.

⁵⁸ Jf. f.eks. EMDs dom i *Palomo Sanchez og andre v. Spania* (28955/06 m.fl.) avs. 62.

rettighetene tidvis må avveies mot andre legitime samfunnsinteresser eller andre menneskerettigheter.

Vilkårene for inngrep varierer noe, men sammenfattet må tre vilkår være oppfylt: (i) Inngrepet må ha tilstrekkelig rettslig grunnlag (i første rekke lovhjemmel), (ii) søke å ivareta et legitimt formål, og (iii) inngrepet må være nødvendig, herunder forholdsmessig sett hen til formålet. Forholdsmessighetsvurderingen blir ofte viktigst i praksis og vil bero på en sammensatt og helhetlig vurdering av formålet (behovet for inngrepet) versus hvor inngripende det er for individet. Formålet med inngrepet kan både være hensynet til andres menneskerettigheter og andre viktige samfunnshensyn.⁵⁹ I forholdsmessighetsvurderingen vil det ofte være sentralt om det eksisterer lempeligere alternativer for å nå samme formål, tidvis omtalt som "minste inngreps prinsipp".⁶⁰

Med andre ord kan rettighetene tidvis sammenfalle og overlappe, men også krysse og komme i konflikt med hverandre – og i sistnevnte tilfelle vil det da typisk handle om å finne en forholdsmessig, eller rimelig, balanse mellom de kryssende rettighetene.

Avhengig av omstendighetene gis myndighetene normalt en viss skjønnsmargin, eller har et nasjonalt handlingsrom, til selv å vurdere hvilke begrensninger som er nødvendige, eller til å vurdere hva som utgjør en rimelig balanse mellom motstridende rettigheter/hensyn. Størrelsen på skjønnsmarginen vil avhenge av en rekke forhold, herunder inngrepets karakter/størrelse, den aktuelle rettigheten, formålet, kompleksiteten av avveilingene, om det foreligger en konsensus i rettstilstanden internasjonalt, samt kvaliteten på prosessen og begrunnelsen som ligger til grunn for statens inngrep eller avveiling.⁶¹ Også når det er tale om å sikre individenes rettigheter etter de positive pliktene, vil myndighetene ha handlingsrom eller skjønnsmargin til å vurdere hvilke tiltak som er nødvendige for å gjennomføre disse rettighetene, herunder hvordan dette skal gjennomføres og avveies i møte med andre hensyn og rettigheter.

Statens *skjønnsmargin* er et begrep som i første rekke knyttes til EMK og EMDs praksis.⁶² Det er noe omdiskutert om en skjønsmargindoktrine er en del av FNs menneskerettighetskonvensjoner. FN-komiteene, inkludert barnekomiteen, anvender sjelden (om noen gang) begrepet eksplisitt. Likevel ser en særlig av FNs menneskerettighetskomité's praksis, som er komiteen tilknyttet SP,⁶³ at komiteen i praksis legger til grunn en skjønnsmargin, eller nasjonalt handlingsrom, i en rekke avgjørelser.⁶⁴ Også praktisk sett er det grunner til å operere med en form for skjønnsmargin, eller handlingsrom, når det kommer til oppfyllelse av eksempelvis rettighetene som følger av FNs barnekonvensjon, hvis ordlyd i flere tilfeller er vagt formulert og/eller der det har vært til dels stor uenighet mellom konvensjonspartene ved inngåelsen. Dette synspunktet ser en også igjen i juridisk teori.⁶⁵ Av Høyesteretts praksis ser en

⁵⁹ Se bl.a. Kjølbro, *Den europeiske menneskerettighetskonvention – for praktikere* (2017) s. 886 flg.

⁶⁰ Se f.eks. Tobin, *The UN Convention on the Rights of the Child: A Commentary* (2019) s. 164 i relasjon til inngrep i FNs barnekonvensjon artikkel 5.

⁶¹ Bakgrunnen for skjønnsmarginen er at EMD og andre domsorganer ikke skal overprøve myndighetenes vurderinger i detalj dersom myndighetene har foretatt en grundig og samvittighetsfull avveiling av relevante kriterier. For nærmere omtale av skjønnsmarginen, se bl.a. Kjølbro (2017) s. 768 flg.

⁶² Statens skjønnsmargin ("*margin of appreciation*") er referert til i en lang rekke avgjørelser fra EMD, og fremgår siden 2021 også av EMKs fortale.

⁶³ FN-konvensjonenes "parallell" til EMK, og av mange ansett for å være den rettslig sett "tyngste" FN-konvensjonen og FN-komiteen.

⁶⁴ Se f.eks. E. B., S., C. og E. v. New Zealand (CCPR/C/89/D/1368/2005) avs. 9.5. Se også Thorsnes, "*Vil ei individklageordning til FNs barnekonvensjon innskrenke det demokratiske handlingsrommet til norske myndigheter?*", Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål 2014/3, Årgang 12, side 231–242

⁶⁵ Se f.eks. Tobin (2019) s. 19 og Thorsnes, "*Vil ei individklageordning til FNs barnekonvensjon innskrenke det demokratiske handlingsrommet til norske myndigheter?*", Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål 2014/3, Årgang 12,

for eksempel at en har tillagt myndighetene en betydelig grad av skjønn når det kommer til gjennomføringen av FNs barnekonvensjon artikkel 3 om barnets beste, selv om Høyesterett ikke nødvendigvis anvender begrepet skjønnsmargin eller handlingsrom.⁶⁶

I det videre vil Wiersholm derfor anvende begrepet skjønnsmargin, eller handlingsrom, både opp mot rettighetene etter EMK og rettighetene etter Grunnloven og FNs barnekonvensjon. Begrepet må i første rekke forstås som en praktisk beskrivelse av at når det kommer til hvordan en rettighet skal ivaretas eller avveies i møte med andre rettigheter/hensyn, så vil lovgiver og øvrige myndigheter, ha et visst slingringsmonn til å lande på ulike løsninger som kan være akseptable innenfor de menneskerettslige rammene.⁶⁷

Til bildet hører det også at mens EMDs rettspraksis er rettslig bindende for norske myndigheter og andre medlemsstater, så er Norge *ikke* tilsluttet individklageordningen til FNs barnekomité etter FNs barnekonvensjon. Hvilken rettslig vekt uttalelser og anbefalinger fra FNs barnekomité skal tillegges, vil variere. Når det dreier seg om en konvensjonstolkning, skal kommentarene ifølge Høyesterett tillegges "*betydelig vekt*".⁶⁸ Dette vil derimot ikke gjelde på samme måte når det (kun) dreier seg om anbefalinger og tilrådninger om optimal praksis. Om generelle kommentarer fra FNs barnekomité er det i forarbeidene til barneloven uttalt at det "*bør [...] legges relativt stor vekt på disse uttalelsene*".⁶⁹ Samme synspunkt har Høyesterett inntatt.⁷⁰

5.1.4 Overordnet om barns menneskerettslige stilling

Sentralt for utredningen står barns menneskerettigheter. Disse fremgår i første rekke av Grunnloven § 104 og FNs barnekonvensjon.⁷¹

Grunnloven § 104 og bestemmelsene i FNs barnekonvensjon supplerer rettighetene som følger av andre menneskerettigheter etter Grunnloven, EMK mv., og som gjelder for alle mennesker, både

side 231–242, særlig pkt. 2.3. Se også mer generelt i Elgesem, *Vurdering av fordeler og ulemper ved eventuell norsk tilslutning til FNs barnekonvensjons tilleggsprotokoll om individuell klagerett*, avgitt til Utenriksdepartementet 3. juni 2013.

⁶⁶ Se f.eks. Høyesteretts tilnærming i HR-2012-2398-P, selv om Høyesterett ikke nødvendigvis anvender begrepet skjønnsmargin eller handlingsrom, men f.eks. heller tilnærmer seg vurderingen som et spørsmål om domstolens prøvingskompetanse av forvaltningens skjønnsutøvelse. Se f.eks. også lignende i HR-2020-2472-P ang. vurderingen av myndighetenes ivaretagelse av Grunnloven § 112 og retten til miljø. I HR-2018-1958-A (spiralnekt) om myndighetenes ivaretagelse av religionsfriheten brukes begrepet "*skjønnsmessig spillerom*", der dog opp mot vurderingen av religionsfriheten i EMK artikkel 9 eksplisitt, men religionsfriheten er også vernet av både SP art. 18 og Grunnloven § 16, og slik sett måtte Høyesterett også ligge innenfor rammene av disse rettighetene i sin vurdering.

⁶⁷ Størrelsen på slingringsmonnet vil variere og avhenge av forholdene omtalt ovenfor, se fotnote 61.

⁶⁸ HR-2018-2096-A avs. 16.

⁶⁹ Ot.prp. nr. 104 (2008–2009), om endringer til barneloven, s. 26, der det heter: "*De generelle kommentarene som FNs barnekomité utgir, er verdifulle retningslinjer for tolkningen og anvendelsen av konvensjonen. FNs barnekomité er det ekspertorgan som tolker barnekonvensjonen. Det bør derfor legges relativt stor vekt på disse uttalelsene ved tolkning og anvendelse av konvensjonens bestemmelser i praksis*".

⁷⁰ F.eks. Rt. 2015 s. 1388 avs. 150–152 og Rt. 2012 s. 1985 avs. 136. I en nylig artikkel fra Emberland, "*Betydningen av praksis fra FNs menneskerettighetskomiteer*", Lov og Rett årgang 61 nr. 9 s. 542–544, stilles det spørsmål ved en slik generell tilnærming til den rettskildemessige vekten av FN-komiteens praksis og kommentarer. Basert på nyere praksis fra Den internasjonale domstol (ICJ), i en sak om FNs rasediskrimineringskonvensjon fra 4. februar 2021, tar forfatteren til orde for en mer konkret vurdering av vekten ut fra kvaliteten på argumentene.

⁷¹ Grunnloven § 104 lyder: "*Barn har krav på respekt for sitt menneskeverd. De har rett til å bli hørt i spørsmål som gjelder dem selv, og deres mening skal tillegges vekt i overensstemmelse med deres alder og utvikling. // Ved handlinger og avgjørelser som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn. // Barn har rett til vern om sin personlige integritet. Statens myndigheter skal legge forholdene til rette for barnets utvikling, herunder sikre at barnet får den nødvendige økonomiske, sosiale og helsemessige trygghet, fortrinnsvis i egen familie.*"

voksne og barn.⁷² FNs barnekonvensjon er likevel sentral for å ivareta barns særlige behov og rettigheter ved at den tydelig setter barnet i sentrum på en rekke områder og fremhever barnet som en selvstendig rettighetshaver. Barns særlige vern fremheves blant annet i forarbeidene til Grunnloven § 104.⁷³

Samtidig som barn er en gruppe med særlige behov og et særskilt vern, så er det også slik at barn ut fra sine særlige behov også må tåle større begrensninger i sin autonomi og i enkelte av sine rettigheter enn det som gjelder for voksne, ut fra en betraktning om at barns rettigheter i mange henseender best vil ivaretas av andre (det vil normalt si den/de med foreldreansvar), herunder må tåle at disse tar beslutninger på deres vegne.

Denne avveilingen er helt sentralt for utredningens problemstilling, og vil bero på en kompleks avveiling av særlig barns beskyttelsesbehov på den ene siden versus deres gradvise utvikling og alder på den andre.⁷⁴ Dette vil belyses nærmere i den videre gjennomgangen.

5.2 Overordnet om aldersgrenser og selvbestemmelsesrett

Flere rettigheter og bestemmelser har sider til, og kan ha betydning for, utredningens problemstilling knyttet til barns selvbestemmelsesrett. Det er imidlertid ingen menneskerettighet som uttrykkelig regulerer at barn har en selvbestemmelsesrett og når denne eventuelt inntreffer, sammenlignet med når barn må tåle at foreldre/verge fatter beslutninger og samtykker på deres vegne. Det er derimot bestemmelser som uttrykkelig sier at barn har en medbestemmelsesrett eller medvirkningsrett.

I henhold til FNs barnekonvensjon artikkel 1 er barn ethvert menneske under 18 år, hvis ikke barnet blir myndig tidligere etter nasjonal lovgivning. Denne relative myndighetsalderen var en del av et kompromiss under konvensjonens forhandlinger, siden myndighetsalderen varierer en del mellom ulike stater. I Norge er myndighetsalderen 18 år, og følgelig gjelder barnekonvensjonen for alle mennesker i Norge under 18 år.

Barnekonvensjonen har derimot ikke reguleringer av, og er ikke til hinder for, at barn kan oppnå myndighet eller selvbestemmelse på ulike områder ved ulike alderstrinn før 18 år. Tvert om anbefaler FNs barnekomité i en generell kommentar at statene innfører lavere aldersgrenser i overenstemmelse med barns rett til beskyttelse, prinsippet om barnets beste og med respekt for barns utvikling av evner og anlegg.⁷⁵ Komiteen viser til at aldersgrenser burde respektere barns rett til å fatte beslutninger om blant annet helsehjelp, adopsjon og navneendring. Videre heter det at "[i]n all cases, the right of any child below that minimum age and able to demonstrate sufficient understanding to be entitled to give or refuse consent should be recognized".⁷⁶ Samtidig anbefaler barnekomiteen 18-årsgrense for visse områder. Disse er ekteskap, deltakelse i militære styrker, deltakelse i farlig eller utnyttende arbeid, og kjøp og salg av alkohol og tobakk. Anbefalingen må forstås i lys av den tilknyttede risikoen og skadepotensialet, og må forstås i lys av at barn generelt har et krav på beskyttelse, slik dette følger av

⁷² Grunnloven § 104 første ledd første punktum gir blant annet uttrykk for dette signalet om at barn ikke har mindre verdi enn voksne, og at de øvrige menneskerettighetsbestemmelsene i Grunnloven også gjelder barn, se også Dokument 16 (2011–2012), s. 189–190, og Innst. 186 S (2013–2014), s. 29–31.

⁷³ Se bl.a. Innst. 186 S (2013–2014) s. 29 om bakgrunnen for innføringen av Grunnloven § 104: "Komiteen mener det er en svakhet ved den norske grunnloven at den ikke speiler det særlige vern barn har i norsk og europeisk rett. Alle sårbare grupper kan ikke ha særvern i en grunnlov. Barn er imidlertid i en særstilling. Ikke bare er de sårbare og har særlige behov for vern for å kunne leve frie, trygge og verdige liv; de er også i en spesiell avhengighetsstilling, og det i en særlig formativ fase av det liv de skal bruke til å utøve de friheter og rettigheter som tilkommer alle. Barndommens særlige avhengige stilling angår oss alle [...]".

⁷⁴ Slik dette til dels kommer til uttrykk i barneloven § 33.

⁷⁵ Generell kommentar nr. 20 (2016) avs. 39.

⁷⁶ Ibid.

en rekke av FNs barnekonvensjons bestemmelser, se nærmere under punkt 5.7 nedenfor. Dette er bakteppet for at andre personer (særlig foreldre) tidvis må bestemme på barnets vegne, eller at barn nektes noen handlinger overhodet, som ekteskap. Når det kommer til aldersgrense for samtykkekompetanse for sex (seksuell lavalder), heter det for eksempel fra FNs barnekomité at statene bør foreta en vurdering av barns beskyttelsesbehov på den ene siden versus deres gradvise utvikling på den andre.⁷⁷

5.3 Retten til personlig integritet og retten til privatliv

5.3.1 Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8

Den enkeltes rett til selvbestemmelse i eget liv følger som en del av flere rettigheter, og antagelig mest uttrykkelig av Grunnloven § 102 andre ledd som en del av vernet av den "*personlige integritet*". Denne bestemmelsen gjelder, i likhet med EMK, uten hensyn til alder, og dermed for både voksne og barn.

Grunnloven § 102 verner om privat- og familielivet generelt i første ledd, og den personlige integritet konkret i andre ledd. Grunnloven § 102 første ledd er utformet etter mønster av EMK artikkel 8 og skal tolkes i lys av EMK og EMDs praksis.⁷⁸ I praksis har de to bestemmelsene et sammenfallende innhold.⁷⁹ EMK artikkel 8 og Grunnloven § 102 første ledd verner om privatlivet i vid forstand, herunder personopplysningsvernet, se nedenfor. Vernet etter Grunnloven § 102 første og andre ledd er flytende og vil overlappe. Rubriseringen er neppe viktig i praksis. Til forskjell fra Grunnloven § 102 inneholder ikke EMK artikkel 8 noen eksplisitt referanse til den personlige integritet i ordlyden. Det er imidlertid ikke tvilsomt at EMK, gjennom sitt vern av privatlivet i vid forstand, også omfatter vern av den fysiske og psykiske integritet.⁸⁰ EMD har blant annet uttalt at retten til privatliv også omfatter "*the right to 'personal development' or the right to self-determination*".⁸¹

Når det kommer til innholdet av "*personlig integritet*", følger det av forarbeidene til Grunnloven § 102 at dette omfatter en ivaretagelse av den enkeltes rett til selvbestemmelse og selvutfoldelse. I forarbeidene eksemplifiseres dette med den enkeltes rett til selv å velge utdanning og yrke, eller retten til selv å bestemme om man vil være med på fritidsaktiviteter mv.⁸²

5.3.2 Barns særlige vern

For barns del suppleres det generelle vernet etter Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8 av et særskilt vern av barnets personlige integritet etter Grunnloven § 104 tredje ledd.

Barns rett til personlig integritet er i denne bestemmelsen formulert som en rettighet som tilligger barnet. Grunnloven § 104 tredje ledd gir altså et forsterket vern av barns personlige integritet. Bakgrunnen for dette er ifølge forarbeidene at barn er særlig sårbare, og at de har et særlig behov for beskyttelse og en avhengighet av voksenpersoner.⁸³ Videre heter det at de derfor i større utstrekning enn voksne trenger myndighetenes hjelp til å beskytte sin personlige integritet.⁸⁴ Begrunnelsen må

⁷⁷ Generell kommentar nr. 20 (2016) avs. 40.

⁷⁸ Dokument 16 (2011–2012) s. 175–176, og Innst. 186 S (2013–2014) s. 27. Høyesterett har også gitt sin tilslutning til dette, bl.a. HR-2015-206-A avs. 57.

⁷⁹ Som uttalt av Høyesterett en rekke ganger, bl.a. i HR-2022-718-A avs. 85. Merk dog at Høyesterett konstaterer at utviklingen for de to bestemmelsene kan gå i ulik retning i fremtiden, jf. HR-2015-206-A avs. 57.

⁸⁰ Se bl.a. tilsvarende tolkning i NOU 2020: 14 s. 65 og 99.

⁸¹ *Paradiso og Campanelli v. Italia* avs. 159, se også *Petty v. Storbritannia* avs. 61.

⁸² Dokument 16 (2011–2012) s. 177–178.

⁸³ Dokument 16 (2011–2012) s. 192.

⁸⁴ Dokument 16 (2011–2012) s. 193.

blant annet forstås i lys av at barn har en rett til omsorg og beskyttelse, se nærmere nedenfor, og ofte vil trenge bistand fra andre for å realisere sine rettigheter.

Barn har videre en selvstendig rett til respekt for sitt privatliv etter FNs barnekonvensjon artikkel 16. Av bestemmelsen følger det barnet har rett til lovens beskyttelse mot innblanding eller inngrep i privatlivet. Dette viser til statens sikringsplikt, se neste punkt.

EMK inneholder ikke noen særskilt bestemmelse som verner om barn, men barnets vern følger altså som en del av det generelle privatlivsvernet for alle etter EMK artikkel 8. Av EMDs praksis ser en imidlertid at barneperspektivet gis til dels stor betydning i de konkrete vurderingene. For eksempel følger det av EMDs praksis at barnets beste er et overordnet og grunnleggende hensyn av relevans for vurderingene etter EMK artikkel 8, se nærmere nedenfor.

Lignende har Høyesterett slått fast at det er en nær forbindelse mellom privatlivet og regelen om at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn. Grunnloven § 102 og § 104 er på dette området komplementære, slik at barnets interesser inngår som et tungtveiende element ved forholdsmessighetsvurderingen etter Grunnloven § 102.⁸⁵

Det følger videre av Grunnloven § 104 tredje ledd at myndighetene skal legge til rette for barnets utvikling, herunder sikre at barnet får den nødvendige økonomiske, sosiale og helsemessige trygghet, fortrinnsvis i egen familie. Denne formuleringen er begrunnet med at den skal signalisere at myndighetene har en plikt til å legge forholdene til rette for barns utvikling, samtidig som myndighetene ikke er en garanti for at alle barn får utvikle seg på en god måte. Statens sikringsplikt vil være større til å sikre rammene staten særlig kan gjøre noe med, slik som for eksempel økonomisk, sosial og helsemessig trygghet.⁸⁶ I juridisk teori er det lagt til grunn at bestemmelsen understreker betydningen av å verne barn, men ikke gir konkret beskyttelse ut over det bestemmelsene i barnekonvensjonen gir.⁸⁷ Disse kommer vi tilbake til under punkt 5.6 nedenfor.

5.3.3 Inngrep og begrensninger

Retten til privatliv er imidlertid ikke absolutt, og kan begrenses på nærmere vilkår. Dette vil grovt sammenfattes si at et inngrep/en begrensning må ha hjemmel i lov, forfølge et legitimt formål og være nødvendig (herunder forholdsmessig) for å oppnå dette formålet. Inngrepsadgangen følger eksplisitt av EMK artikkel 8 nr. 2, og må innfortolkes som en del av både Grunnlovens og FNs barnekonvensjons bestemmelse.⁸⁸

Retten til privatliv vil også gi myndighetene en viss plikt til å iverksette sikringstiltak, herunder gjennom lovgivning, for å beskytte privatlivs- og familielivsinteresser, herunder mot inngrep i disse interessene fra private personer og aktører.⁸⁹ Bestemmelsen kan dermed også ha en viss betydning i forholdet mellom – for eksempel – foreldre og barn.⁹⁰ I NOU 2020: 14 oppsummeres det slik: *"EMK artikkel 8 representerer med andre ord rammer for lovgivers regulering av en rekke aspekter av forholdet mellom*

⁸⁵ HR-2015-206-A avs. 66.

⁸⁶ Ibid. s. 194.

⁸⁷ NOU 2020: 14 s. 99 med videre henvisninger til Henum (2020) s. 368.

⁸⁸ Høyesterett har flere ganger slått fast at en lignende inngrepsadgang må innfortolkes i Grunnloven § 102, selv om dette ikke følger av bestemmelsens ordlyd, se bl.a. HR-2015-206-A avs. 60. En lignende inngrepsadgang må også tolkes inn i FNs barnekonvensjon artikkel 16 som en del av bestemmelsens ordlyd om at ingen må utsettes for "vilkårlig" eller "ulovlig" innblanding i sitt privatliv, jf. FNs barnekomité generell kommentar nr. 25 (2021) avs. 69, jf. også hvordan inngrepsadgangen er utbrodert i FNs menneskerettighetskomités praksis knyttet til den parallelle bestemmelsen og ordlyden i SP artikkel 17 om retten til privatliv, jf. f.eks. *A.B. v. Canada* (CCPR-2014-2387) avs. 8.6 til 8.11. Se også Tobin (2019) s. 182.

⁸⁹ Se Tobin (2019) s. 595 i tilknytning til FNs barnekonvensjon.

⁹⁰ Slik også NOU 2020: 14 s. 99.

barnet på den ene siden og foreldre eller andre omsorgspersoner på den andre side".⁹¹ I forhandlingene om barnekonvensjonen ble det lignende uttrykt at en rett til privatliv i en viss grad kunne svekke forholdet mellom foreldre og barn.⁹² FNs barnekonvensjons bestemmelse om rett til privatliv i artikkel 16 må i likhet med andre bestemmelser i konvensjonen tolkes i lys av artikkel 5 om foreldrenes veiledningsrett og –plikt for barnets gradvise utvikling, se nærmere under punkt 5.6 nedenfor.

I de senere år er dette et tema som har fått økt oppmerksomhet både i barnekomiteens praksis, herunder i merknader til Norge i deres periodiske rapporter,⁹³ og i norsk rett. Både barnelovutvalget og personvernkommissjonen har drøftelser av forholdet mellom barn og foreldre i relasjon til privatlivet og personvernet.⁹⁴ Barnelovutvalget foreslår en ny bestemmelse i barneloven om barnets rett til personvern og vern av privatlivet som inkluderer en selvbestemmelsesrett til deling av personopplysninger fra 13 år.⁹⁵ Temaet har også en side til straffelovens bestemmelser, se HR-2019-2037-A, som angår foreldreansvarets forhold til straffeloven § 267 om krenkelse av privatlivets fred. I saken ble en mor dømt for å ha delt sensitive personopplysninger om eget barn offentlig.

Wiersholm er ikke kjent med rettspraksis fra EMD som gir direkte veiledning om utredningens problemstilling. Det generelle inntrykket fra EMDs praksis om EMK artikkel 8 og denne typen problemstillinger er at dette er et område der statene vil ha en vid skjønnsmargin i sine vurderinger og valg.⁹⁶

I alminnelig lovgivning kommer barns selvråderett særlig til uttrykk i barneloven § 33, men denne bestemmelsen må i første rekke forstås som et direktiv til foreldrene om beslutningsprosessen innad i familie.⁹⁷ Barneloven inneholder per i dag ikke bestemmelser som eksplisitt verner barnets rett til privatliv, men dette er altså foreslått av barnelovutvalget.

5.3.4 Særlig om vern av personopplysninger

Som en del av sitt brede privatlivsvern gir både Grunnloven § 102, EMK artikkel 8 og FNs barnekonvensjon artikkel 16 et vern av barns personopplysninger.⁹⁸ Etter gjennomføringen av GDPR i norsk rett vil det som oftest i praksis være naturlig å ta utgangspunkt i dette regelverket når en vurderer rammene for personopplysningsvernet. Disse reguleringene inneholder langt mer spesifikke krav på dette området enn hva tilfellet er for de mer overordnede og sjablonmessige reguleringene som følger av Grunnloven, EMK og FNs barnekonvensjon. I utgangspunktet følger personvernreguleringene for barn samme reguleringer som for voksne, men lovgivningen inneholder noen særregler. Det finnes blant annet lovreguleringer som regulerer når et barn har selvstendig samtykkekompetanse til deling av personopplysninger på egen hånd, for eksempel knyttet til helseopplysninger.⁹⁹ I GDPRs fortale er det fremhevet at barns personopplysninger fortjener et særlig

⁹¹ NOU 2020: 14 s. 65.

⁹² Se Legislative History Vol. 1 s. 477, se også nærmere i Kvalø, Lovkommentar på lovdata.no, note 4 til bestemmelsen.

⁹³ Se CRC/C/NOR/CO/4 avs. 28 og 29.

⁹⁴ Se hhv. NOU 2020: 14 pkt. 8.5.7 og NOU 2022: 11 pkt. 9.5

⁹⁵ Forslag til ny § 6-7, se NOU 2020: 14 s. 415.

⁹⁶ Se punkt 5.1.3 ovenfor om skjønnsmargin.

⁹⁷ Se punkt 2.3 ovenfor.

⁹⁸ Se hhv. Dokument 16 (2011–2012) s. 177–179, EMDs avgjørelse i f.eks. *Big Brother Watch v. Storbritannia* og en rekke andre avgjørelser; og f.eks. FNs barnekomité generell kommentar nr. 25 (2021) om barns rettigheter i tilknytning til "the digital environment".

⁹⁹ Helseregisterloven § 15.

vern, ettersom de kan være mindre bevisste på aktuelle risikoer, konsekvenser og rettigheter.¹⁰⁰ Både i fortalen¹⁰¹ og i GDPR artikkel 12 fremgår det at en især må ta hensyn til utforming når informasjon rettes mot barn. I Datatilsynets praksis og uttalelser ser en lignende at barns særskilte vern fremheves.¹⁰²

Når det gjelder GDPR, er det for utredningens problemstillings vedkommende verdt å merke seg at Datatilsynet har tolket barneloven § 32 dithen at når barn har rett til å melde seg inn i foreninger, så har de også en rett til å samtykke til å dele nødvendige personopplysninger i tilknytning til dette.¹⁰³

Merk for øvrig punkt 4.3 ovenfor om at antidopingarbeidets forhold til personopplysningsvernet og GDPR er gjenstand for en pågående lovreguleringsprosess, og at behandlingsgrunnlaget for personopplysninger ikke skal baseres på utøvernes samtykke. Følgelig er personopplysningsbitens relevans for utredningens problemstilling etter Wiersholms vurdering mer begrenset.

5.4 Prinsippet om barnets beste

Det følger av Grunnloven § 104 andre ledd og FNs barnekonvensjon artikkel 3 nr. 1 at ved alle handlinger og beslutninger som berører barn, så skal "*barnets beste*" være et "*grunnleggende hensyn*".¹⁰⁴ Høyesterett har uttalt at barnets beste-kravet utgjør "*bærebjelken*" i Grunnloven § 104.¹⁰⁵ Kravet om barnets beste fungerer både som en materiell rettighet/skranke, et generelt tolkningsprinsipp og som en prosedyrebestemmelse.¹⁰⁶

Den materielle rettigheten er "*directly applicable (self-executing) and can be invoked in court*".¹⁰⁷ Betydningen som tolkningsprinsipp innebærer grovt sagt at hvis en bestemmelse er åpen for ulike tolkninger, så skal tolkningen som tjener barnets beste, velges. Som en prosedyrebestemmelse kreves det at barnets interesser skal identifiseres og vektlegges mot øvrige hensyn i avgjørelser som berører barns rettigheter. Hensynet til barnets beste er ikke det eneste relevante hensynet, og heller ikke alltid det avgjørende, men skal ha "*stor vekt*" – det er ikke bare ett av flere momenter i en helhetsvurdering. Høyesterett har oppsummert det som at barnets interesser skal "*danne utgangspunktet, løftes spesielt frem og stå i forgrunnen*".¹⁰⁸

Prinsippet har et vidt anvendelsesområde og omfatter både alle handlinger og beslutninger, og ulike tiltak og prosesser som direkte eller indirekte berører barn.¹⁰⁹ Begrepet "barnets beste" er fleksibelt og må vurderes konkret fra sak til sak.¹¹⁰ Hva som er "barnets beste" vil også kunne forandre seg over tid.¹¹¹

¹⁰⁰ GDPRs fortalepunkt nr. 38.

¹⁰¹ Ibid. nr. 58.

¹⁰² Se f.eks. Datatilsynets høringsuttalelse vist til i punkt 4.3 ovenfor

¹⁰³ Se punkt 2.7 ovenfor.

¹⁰⁴ Grunnloven § 104 er gjengitt i fotnote 71 ovenfor. FNs barnekonvensjon artikkel 3 nr. 1 lyder i norsk oversettelse: "*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.*"

¹⁰⁵ Rt. 2015 s. 93 avs. 63.

¹⁰⁶ FNs barnekomité generell kommentar nr. 14 (2013), som også referert til i Rt. 2015 s. 93 avs. 64–65.

¹⁰⁷ Ibid.

¹⁰⁸ Ibid.

¹⁰⁹ Generell kommentar nr. 14 (2013) avs. 17.

¹¹⁰ Ibid. avs. 32.

¹¹¹ Ibid. avs. 11.

FNs barnekonvensjons artikkel 3 om "barnets beste" utgjør ett av barnekonvensjonens generelle prinsipper, som har betydning for tolkningen av de øvrige artiklene i konvensjonen. De andre tre prinsippene er retten til å bli hørt (artikkel 12), ikke-diskriminering (artikkel 2) og retten til liv og utvikling (artikkel 6), se nærmere omtale nedenfor.

EMK inneholder ingen bestemmelse som svarer til Grunnloven § 104 eller FNs barnekonvensjon artikkel 3 nr. 1. Men det følger av EMDs praksis at hensynet til barnets beste vil kunne få en helt sentral plass i konkrete vurderinger, for eksempel i den helhetlige forholdsmessighetsvurderingen etter EMK artikkel 8 om retten til privat- og familieliv.¹¹² Generelt er det en nær forbindelse mellom vernet av privat- og familielivet og regelen om at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn, og dette er bestemmelser som vil kunne overlape og komplementere hverandre.¹¹³ Lignende vil disse rettighetene overlape med andre rettigheter, særlig barnets rett til å bli hørt, se omtale i neste punkt.

I alminnelig lovgivning er hensynet til barnets beste inntatt og operasjonalisert flere steder, herunder i barneloven,¹¹⁴ men vil i enhver lovtolkning – uavhengig av om det er eksplisitt inntatt i den enkelte lov – kunne få betydning som et (sentralt) tolkningsmoment.¹¹⁵

5.5 Barnets rett til å bli hørt og medbestemmelse

Det følger av Grunnloven § 104 første ledd annet punktum og FNs barnekonvensjon artikkel 12 at barn har rett til å bli hørt i spørsmål som gjelder dem selv, og at deres mening skal tillegges vekt i overensstemmelse med deres alder og utvikling og modenhet. Det samme følger av flere bestemmelser i alminnelig lovgivning, særlig barneloven § 31. Retten til å bli hørt er som nevnt ett av FNs barnekonvensjons fire generelle prinsipper.

Bestemmelsene gir uttrykk for at barnet har rett til å ytre seg i saker som angår dem og til å bli hørt i disse sakene. Sistnevnte vil si at de har rett til å øve innflytelse på beslutninger og slik har en medbestemmelsesrett i slike saker. Samtidig går ikke retten til å bli hørt så langt at den i seg selv innebærer at barnet gis en selvbestemmelsesrett, altså en rett til å bestemme utfallet av saken selv.¹¹⁶

Medbestemmelsesretten gir ifølge forarbeidene til § 104 uttrykk for både barnets menneskeverd og autonomi, og den skal være et ledd i en opplærings- og utviklingsprosess, der barnet over tid skal settes i stand til å ta styringen over eget liv og treffe egne beslutninger.¹¹⁷

Vekten av barnets mening må vurderes i lys av barnets alder og utvikling/modenhet samt sakens karakter og kontekst.¹¹⁸ Det vil si at ungdom som nærmer seg 18 år, normalt skal ha større innflytelse på beslutninger enn for eksempel 7-åringer. Samtidig presiseres det i forarbeidene til Grunnloven § 104 at det er viktig å være klar over at det kan være store personlige variasjoner i barns modenhet, og barnets rett til medbestemmelse må med nødvendighet variere alt etter hvilken type beslutninger det er tale om.¹¹⁹

¹¹² Se f.eks. *Jeunesse v. Nederland* (12738/10) avs. 109, som også referert til i Rt. 2015 s. 93 avs. 67. I relativt nylige *Vavříčka og andre v. Tsjekkia* blir det understreket det at " *in all decisions concerning children, their best interests must be of paramount importance*".

¹¹³ Jf. også Rt. 2015 s. 93 avs. 67.

¹¹⁴ Se barneloven § 30 første ledd siste punktum og barneloven § 48.

¹¹⁵ I NOU 2020: 14 behandles prinsippet om barnets beste flere steder, herunder hvordan det skal forstås og komme til uttrykk i barneloven, se særlig i pkt. 5.2.2, pkt. 8.5.1 og pkt. 15.

¹¹⁶ Se også omtale i NOU 2020: 14 s. 352.

¹¹⁷ Dokument 16 (2011–2012) s. 191.

¹¹⁸ Se Dokument 16 (2011–2012), s. 191, og Innst. 186 S (2013–2014), s. 30.

¹¹⁹ Dokument 16 (2011–2012) s. 191.

Ifølge forarbeidene gjelder rettigheten overfor offentlige myndigheter, foreldre og andre privatpersoner, men det erkjennes at rettigheten vanskelig kan håndheves rettslig overfor private.¹²⁰ Et eksempel på dette vil være konflikt mellom foreldre og barn om hvem som skal bestemme i en konkret sak eller på et konkret felt. Vurderingen av hvem av barnet og foreldrene som da har endelig bestemmelsesrett, må basere seg på hva som følger av alminnelig lovgivning på det konkrete feltet. Men ved uklarheter om hvordan alminnelig lovgivning skal forstås på feltet, kan Grunnloven § 104 og artikkel 12 få betydning for tolkningen.

Etter FNs barnekomités syn er det ikke et motsetningsforhold mellom retten til å bli hørt og prinsippet om barnets beste: For å klarlegge hva som er barnets beste i en sak, er det nødvendig å høre barnet.¹²¹

Det ligger som en forutsetning for at barnet skal kunne si sin mening og bli hørt, at barnet får tilstrekkelig informasjon til å kunne gjøre seg opp en informert mening.¹²² Barnet har også en rett til å velge ikke å bli hørt, jf. at barnet "fritt" kan gi uttrykk for sine synspunkter.¹²³

Retten til å bli hørt har også en side til andre menneskerettigheter, særlig ytrings- og informasjonsfriheten, som følger av blant annet Grunnloven § 100, EMK artikkel 10 samt FNs barnekonvensjon artikkel 13 og artikkel 17.

5.6 Beskyttelse, utvikling, foreldremyndighet mv.

En rekke bestemmelser i FNs barnekonvensjon angår barnets retts til beskyttelse og omsorg, og foreldrenes veiledningsrett og ansvar for utvikling og oppdragelse (tidvis omtalt som foreldremyndigheten).

FNs barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 2 fastslår at barn har rett til omsorg og beskyttelse, og at statene skal respektere rettighetene og forpliktelsene til foreldre og andre med ansvaret for barn. Omsorgsbegrepet må tolkes vidt; det omfatter både fysisk, materiell og mental omsorg. Barnekonvensjonen legger opp til at det først og fremst er familien (da forstått som en motsats til staten) som skal dekke barnets grunnleggende behov for omsorg, se blant annet konvensjonens fortale samt det som kommer til uttrykk i en rekke av konvensjonens bestemmelser, slik som artiklene 5, 18 og 27. Barnekonvensjonen gir generelt en rekke rettigheter til beskyttelse av barnet, slik som artikkel 19 om beskyttelse mot vold samt artiklene 32–36 om statenes plikt til å beskytte barnet mot utnytting.

FNs barnekonvensjon artikkel 18 fastslår at staten skal bestrebe seg på å sikre anerkjennelse av prinsippet om at foreldrene har et felles ansvar for barnets oppdragelse og utvikling, og at foreldre, eventuelt verger, har hovedansvaret for oppdragelse og utvikling. I bestemmelsen heter det at barnets beste skal komme i første rekke for foreldrene i forvaltningen av dette ansvaret.

Bestemmelsens ordlyd ("*bestrebe*" og "*sikre anerkjennelse*") viser for det første at rekkevidden av forpliktelsen er noe avgrenset.¹²⁴ For det andre så viser artikkel 18 nr. 1 siste punktum at foreldrenes hovedansvar for oppdragelse og utvikling skal utøves ut fra hensynet til hva som er barnets beste. Slik sett er det barnets perspektiv og rettigheter bestemmelsen har for øye, og ikke hensynet til foreldrene og deres eventuelle rettigheter. Bestemmelsen må derfor først og fremst forstås som en skranke for

¹²⁰ Ibid. Se også omtale i NOU 2020: 14 s. 60.

¹²¹ Generell kommentar nr. 12 (2009), avs. 76.

¹²² Ibid. avs. 25, slik også understreket i NOU 2020: 14 s. 94.

¹²³ Ibid. avs. 22 flg. I NOU 2020: 14 behandles betydningen av barnets rett til å bli hørt flere steder, se bl.a. pkt. 5.2.2, pkt. 8 pkt. 10, pkt. 15 og pkt. 17.

¹²⁴ Se lignende påpeking av Høstmælingen og Wille i Norsk lovkommentar på rettsdata.no i note 18 til bestemmelsen.

statens myndigheter til å gripe inn i spørsmål knyttet til familiens selvbestemmelsesrett – uten at bestemmelsen nødvendigvis sier noe om hvordan bestemmelsesretten skal utøves innad i familien i relasjonen mellom foreldre og barn, utover å slå fast at hensynet til barnets beste er førende og setter grenser.¹²⁵ I alminnelig lovgivning er innretningen av barneloven § 30 også illustrerende for det samme, der det heter at foreldreansvaret skal utøves ut fra "*barnets interesser og behov*".

Artikkel 18 er nært knyttet til FNs barnekonvensjon nevnte artikkel 3 nr. 2, artikkel 27 om foreldrenes ansvar for barns levkår samt artikkel 5 om foreldrenes bestemmelsesrett.

Etter artikkel 5 følger det at statene skal respektere det ansvar og de rettigheter og forpliktelser som foreldre og eventuelt andre har for å gi barnet veiledning og støtte, tilpasset barnets gradvise utvikling når det kommer til barnets utøvelse av sine rettigheter.

I likhet med artikkel 18 legger artikkel 5 primært føringer og skranker for myndighetenes innblanding i spørsmål knyttet til familiens selvbestemmelsesrett, og innebærer at myndighetene skal respektere foreldrenes rettigheter og ansvar i dette henseendet. Dette vil si at bestemmelsen i første rekke verner mot at myndighetene *ulovlig* griper inn i foreldremyndigheten. Videre vil bestemmelsen formodentlig innebære at myndighetene har en viss plikt til å sikre at barn og foreldre ikke blir utsatt for ulovlig innblanding i foreldremyndigheten fra andre.¹²⁶

Bestemmelsen viser imidlertid at foreldremyndigheten ikke innebærer noen ubegrenset frihet for foreldrene til å bestemme over sine barn. For det første må foreldremyndigheten forholde seg til de øvrige bestemmelsene i FNs barnekonvensjon. Foreldremyndigheten skal utøves innenfor rammen av disse og utøves med oppfyllelse av disse bestemmelsene for øye.¹²⁷ Dette innebærer at foreldremyndigheten skal utøves ut fra hensynet til barnets beste, men også hensynet til å realisere barnets øvrige rettigheter, for eksempel barnets privatlivsvern eller organisasjonsfrihet. På bakgrunn av dette er det i juridisk teori fremholdt at artikkel 5 må betraktes som en rett for barnet til å motta tilstrekkelig veiledning og støtte fra foreldrene for å sikre realisering av sine rettigheter, heller enn som en rett for foreldrene til å utøve sitt foreldreskap uten innblanding fra staten.¹²⁸ I teorien er det følgelig lagt til grunn at artikkel 5 kun verner mot ulovlige eller vilkårlige myndighetsinngrep, og at bestemmelsen kan gripes inn i av myndighetene etter alminnelig mønster for inngrep (hjemmel, formål og forholdsmessighet).¹²⁹ Etter Wiersholms syn fremstår dette som en rimelig tolkning.

For det andre må foreldremyndigheten forholde seg til og tilpasses barnets "*gradvise utvikling av evner og anlegg*". Dette innebærer at barnet bør ha medbestemmelsesrett og få gradvis selvbestemmelsesrett over ulike områder i sitt liv etter hvert som det utvikles og modnes.¹³⁰ I juridisk teori er det tatt til orde for at prinsippet om barnets gradvise utvikling må betraktes som et supplerende og femte "generelt prinsipp" ved siden av de fire generelle prinsippene alt definert av barnekomiteen,

¹²⁵ Ibid.

¹²⁶ Se f.eks. Tobin (2019), s. 163 og NOU 2020: 14 s. 170.

¹²⁷ Slik også Kvalø (2022).

¹²⁸ Tobin (2019) s. 161, omtaler det f.eks slik: "*For present purposes, two points need to be stressed. First, states necessarily enjoy a level of discretion in deciding what measures will be adopted to protect a child's right to parental direction and guidance against interference from non-state actors. Second, parental direction and guidance need only be protected when it is 'appropriate' and 'provided in a manner consistent with the evolving capacities of the child'.*"

¹²⁹ Tobin (2019) s. 164.

¹³⁰ Tobin (2019) s. 163 og NOU 2020: 14 s. 170.

siden dette er et prinsipp som er blitt gjennomgående referert til av barnekomiteen i en rekke sammenhenger.¹³¹

FNs barnekomité har fremhevet at den gradvise utviklingen av barnets evner skal anses å være en positiv og kvalifiserende prosess, og ikke anvendes som begrunnelse for en autoritær praksis som begrenser barns selvstendighet og selvutfoldelse.¹³² På den andre siden har barnekomiteen fremhevet at retten til en gradvis utvikling og gradvis mer ansvar ikke vil frita partene fra plikten til å gi barnet beskyttelse.¹³³ I teorien er det argumentert for at bestemmelsen innebærer at barnet skal gis frihet til å treffe egne beslutninger så langt som mulig.¹³⁴ Imidlertid kan nok artikkel 5 i seg selv neppe forstås som å innebære at barn har en selvstendig rettslig handleevne eller bestemmelsesrett på noe gitt tidspunkt, men heller at den gir føringer om at barnets syn og utvikling alltid bør vurderes og respekteres.

FNs barnekonvensjons nevnte bestemmelser om at barnets har krav på beskyttelse, inngår som en del av begrunnelsen for at andre personer tidvis må bestemme på barnets vegne, eller at barn nektes noen handlinger, som inngåelse av ekteskap eller militær deltakelse. Men ettersom rettighetene i konvensjonen skal leses som et hele, må som nevnt også retten til beskyttelse tolkes i lys av barnets gradvise utvikling og kapasitet.¹³⁵

Barnekomiteen har blant annet gitt følgende kommentar om balansegangen: *"In seeking to provide an appropriate balance between respect for the evolving capacities of adolescents and appropriate levels of protection, consideration should be given to a range of factors affecting decision-making, including the level of risk involved, the potential for exploitation, understanding of adolescent development, recognition that competence and understanding do not necessarily develop equally across all fields at the same pace and recognition of individual experience and capacity."*¹³⁶

5.7 Foreldrenes selvstendige rettigheter

Foreldremyndigheten kan sies å stå sterkere på noen områder enn andre i henhold til menneskerettighetene. På enkelte områder har foreldrene egne selvstendige rettigheter i tilknytning til oppdragelse av sine barn, se særlig EMK TP 1 artikkel 2 om at retten til utdanning skal utøves med respekt for foreldres rett til å sikre utdanning i samsvar med deres religiøse og filosofiske overbevisning (bestemmelsen har også en relativt lik parallell i ØSK art. 13 nr. 3), samt SP art. 18 nr. 4 om at myndighetene skal respektere foreldres frihet til å sørge for sine barns religiøse og moralske oppdragelse i samsvar med deres egen overbevisning (bestemmelsen har en relativt lik parallell i FNs barnekonvensjon artikkel 14 nr. 2 om religionsfrihet). Disse bestemmelsene gjelder imidlertid primært når det kommer til den religiøse, filosofiske og moralske oppdragelse og undervisning. Dette er områder der foreldre altså er gitt et spesielt, og til dels selvstendig, vern når det kommer til deres barns oppdragelse. Med andre ord snus perspektivet på sett og vis bort fra barnets beste og barnets rettigheter, som generelt er FNs barnekonvensjons tilnærming, til å angå foreldrenes egne selvstendige rettigheter.

¹³¹ Tobin (2019) s. 162.

¹³² Generell kommentar nr. 7 (2005) avs. 17, bl.a: *"Evolving capacities should be seen as a positive and enabling process, not an excuse for authoritarian practices that restrict children's autonomy and self-expression and which have traditionally been justified by pointing to children's relative immaturity and their need for socialization"*.

¹³³ Generell kommentar nr. 20 (2016) avs. 19.

¹³⁴ Se Kvalø (2022) med videre henvisninger.

¹³⁵ Slik Kvalø (2022).

¹³⁶ Generell kommentar nr. 20 (2016) avs. 20

Dette er heller ikke rettigheter som er absolutte for foreldrene; også disse vil som de fleste andre menneskerettigheter kunne begrenses hvis vilkårene for det er oppfylt. Dette innebærer blant annet at foreldrenes nevnte rettigheter knyttet til utdanning og religiøs/moralsk oppdragelse ikke automatisk vil trumfe barnets rettigheter eller andre samfunnshensyn. Dersom rettighetene kommer i konflikt med hverandre eller andre hensyn, må disse avveies mot hverandre for å finne frem til forholdsmessig og rimelig balanse. Det er også verdt å merke at foreldrenes rett over barns religiøse oppdragelse og utdanning allerede er ilagt betydelige begrensninger når barnet når en viss alder, og i Norge er spørsmål om utdanning og religion lagt til barnets bestemmelsesrett fra fylte 15 år.¹³⁷

På andre områder innen oppdragelsen, eksempelvis angående hvordan barns privatliv og fritid mer generelt skal utøves, er det ikke et slikt spesielt vern av foreldrenes rettigheter. Generelt bør en nok utvise noe varsomhet med å tolke rettigheter motsetningsvis, men dette er likevel et tolkningsmoment å merke seg: På enkelte områder, slik som utdanning og religion, vil foreldrenes syn som et utgangspunkt ha større vekt enn hva tilfellet presumtivt vil være på andre områder, for eksempel knyttet til organisasjonsdeltakelse. Dette til tross for at barnekonvensjonens artikkel 5 om foreldremyndigheten får generell anvendelse på alle konvensjonens bestemmelser.¹³⁸

Videre vil foreldrene også ha et selvstendig vern av sitt privat- og familieliv etter EMK artikkel 8 og Grunnloven § 102. Men dette vernet gjelder i denne sammenheng i første rekke mot inngrep fra myndighetene og andre eksterne inn i familielivet, og gir i liten grad veiledning om hvordan bestemmelsesretten mellom barn og foreldre innad i familien skal avveies, utover det som alt er utbrodert ovenfor knyttet til de mer spesifikke bestemmelsene i FNs barnekonvensjon. Foreldrenes selvstendige rettigheter etter EMK artikkel 8 kan typisk mer få betydning når det er spørsmål om samværovertakelse, adopsjon mv. Til illustrasjon stiller Europarådskonvensjonen om adopsjon av 2008 artikkel 5 og Haagkonvensjonen av 1993 artikkel 4 krav om samtykke fra foreldrene i forbindelse med adopsjon.¹³⁹ Noe slikt folkerettslig krav om samtykke fra foreldre foreligger ikke når det kommer til utredningens problemstilling knyttet til samtykke til dopingkontroll i idrett.

I relasjon til utredningens problemstilling om hvem som skal ha samtykkekompetanse til dopingkontroll, er det Wiersholm vurdering at foreldrenes selvstendige rettigheter etter EMK artikkel 8 og Grunnloven 102 som et utgangspunkt vil komme i bakgrunnen. Den primære avveilingen vil handle om hva som er til det beste for barnet, slik barneloven § 30 også illustrerer i alminnelig lovgivning. Når foreldre er gitt bestemmelsesrett på vegne av sine barn, så er det i første rekke ut fra hensynet til barnet, og ikke for eksempel hensynet til foreldrenes rettigheter. Men det kan nok også tenkes unntak der foreldrenes egne rettigheter til privat- og familieliv kan få en mer selvstendig betydning i vurderingen.¹⁴⁰

5.8 Organisasjons- og foreningsfrihet og retten til fritid

Grunnloven § 101, EMK artikkel 11 og FNs barnekonvensjon artikkel 15 nr. 1, for barn spesielt, gir rett til forenings- og organisasjonsfrihet.¹⁴¹

¹³⁷ Jf. hhv. barneloven § 32 og trossamfunnsloven § 2 første ledd.

¹³⁸ Se også nærmere i Kvalø, Lovkommentar på lovdata.no, note 3 til bestemmelsen der hun blant annet viser til forhandlingene om konvensjonen.

¹³⁹ Se også omtale i Prop. 88 L (2016–2017) om adopsjonsloven pkt. 6.6.2. Adopsjonsloven bygger som nevnt på en delt samtykkeordning.

¹⁴⁰ Slik det tilsynelatende tas til orde for i en utredning for Barne- og familiedepartementet av Søvig, "*Barnets rettigheter på barnets premisser – utfordringer i møtet mellom FNs barnekonvensjon og norsk rett*" (2009) s. 83. Utredningen ligger imidlertid noe tilbake i tid og forut for mye av den utviklingen som har skjedd på feltet seneste år.

¹⁴¹ I det videre også omtalt som kun "*organisasjonsfriheten*" av praktiske hensyn.

Begrensninger i organisasjonsfriheten er kun tillatt hvis disse har hjemmel i lov, forfølger et legitimt formål og er nødvendig og forholdsmessig sett hen til formålet, etter samme mønster som for inngrep i retten til privatliv, kommentert ovenfor.

Organisasjonsfrihetens kjerne etter EMK og Grunnloven er deltakelse i politiske foreninger og fagforeninger, og her vil statens skjønnsmargin for begrensninger være smalest.¹⁴² Men alle typer organisasjoner og foreninger omfattes som et utgangspunkt, herunder ideelle foreninger og idrettsforeninger. For barnekonvensjonens del kan en også merke seg den *ikke* fremhever visse typer foreninger, slik tilfellet er for EMK og Grunnloven, men at den kun omtaler barns rett til organisasjonsfrihet generelt.

I tillegg til at den enkelte voksne eller barn, altså det enkelte medlem, har en rett til å slutte seg til foreninger/organisasjoner, så vil også foreningen selv ha et visst vern etter organisasjonsfriheten, for eksempel når det kommer til egen autonomi i foreningen, til å ha egne regler mv., uten innblanding fra myndighetene, med unntak av når vilkårene for inngrep er oppfylt.¹⁴³

I NOU 2020: 14 uttaler barnelovutvalget at organisasjonsfriheten "*utvilsomt*" er en viktig rettighet for barn. Det heter videre at "*[f]or barn, som ikke har stemmerett i Norge, er det avgjørende at man kan organisere seg i sammenslutninger der man både kan utøve sine fritidsinteresser, og der man kan kjempe for sine interesser*".¹⁴⁴ Det vises også til at organisasjonsfriheten har en klar side til sentrale rettigheter for barn, særlig retten til å bli hørt og yringsfriheten. FNs barnekomité har på samme måte pekt på at forening med andre er "*a major buliding block*" i unges utvikling, og vist til at foreningsdeltakelse har en rekke fordeler utover det rent sosiale for unges utvikling.¹⁴⁵

Etter FNs barnekonvensjon artikkel 31 skal statene anerkjenne barns rett til hvile og fritid og til å delta i lek og fritidsaktiviteter som passer for barnets alder, og til fritt å delta i kulturliv og kunstnerisk virksomhet. Av bestemmelsens andre ledd følger det at statene skal respektere og fremme barnets rett til fullt ut å delta i det kulturelle liv og oppmuntre tilgangen til egnede og like tiltak for fritidsaktiviteter mv. Rekkevidden av denne bestemmelsen er noe uklar, jf. at statene skal "*anerkjenne*" og "*oppmuntre tilgangen til*".¹⁴⁶ Bestemmelsen vil uansett utgjøre et tolkningsmoment når en vurderer rekkevidden av barns organisasjons- og foreningsaktivitet. Barnekomiteen har blant annet tolket bestemmelsene i sammenheng, og uttalt at statene må legge til rette for at barn og unge kan møte sine jevnaldrende på samfunnsnivå.¹⁴⁷

Barneloven har ikke en generell bestemmelse om organisasjonsfrihet, men barneloven § 32 om når barnet får den endelige og absolutte selvbestemmelsesretten for innmelding i foreninger, har en klar side til organisasjonsfriheten. I juridisk teori har det blitt lagt til grunn at barneloven § 32 gjennomfører FNs barnekonvensjon artikkel 15 om organisasjonsfriheten.¹⁴⁸ Uansett om en drar synet så langt som at en anser barneloven § 32 som en form for gjennomføringsbestemmelse, så er det naturlig at organisasjonsfriheten, i tillegg til nevnte artikkel 31 om retten til lek og fritid, vil kunne være betydningsfulle tolkningsmomenter i vurderingen av rekkevidden av barneloven § 32.¹⁴⁹

¹⁴² Se Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter* (2018), s. 319 med videre henvisninger til EMDs praksis.

¹⁴³ Se bl.a. *LO og NTF v. Norge* avs. 95 flg.

¹⁴⁴ NOU 2020: 14 s. 112.

¹⁴⁵ Generell Kommentar nr. 20 (2016) avs. 44.

¹⁴⁶ Se også Høstmælingen og Wille, Norsk Lovkommentar på rettsdata.no, note 31 til bestemmelsen.

¹⁴⁷ Generell kommentar nr. 17 (2013) knyttet til art. 31, avs. 21.

¹⁴⁸ Backer, "*Barneloven. Kommentartutgave*" (2008) s. 300.

¹⁴⁹ Se punkt 2.5 ovenfor.

5.9 Beskyttelse mot ulovlig bruk av narkotika

I henhold til FNs barnekonvensjon artikkel 33 skal partene treffe alle egnende tiltak, herunder gjennom lovgivningsmessige tiltak, for å beskytte barn mot ulovlig bruk av narkotiske stoffer.

Bestemmelsen har ingen klar parallell i andre menneskerettighetskonvensjoner og er den eneste menneskerettighetskonvensjonen som spesifikt omtaler narkotika. Et særlig spørsmål er hvorvidt "lovgivningsmessige" tiltak kan eller bør inkludere tiltak som medfører strafferettslige konsekvenser for barn som selv bruker narkotiske stoffer. FNs barnekomité's linje, særlig i den senere tid, er å fraråde kriminalisering av barns eget narkotikabruk og heller vektlegge viktigheten av beskyttelse av barnet.¹⁵⁰

5.10 Vernet mot diskriminering

FNs barnekonvensjon artikkel 2 gir alle barn rett til å få oppfylt barnekonvensjonens rettigheter uten urimelig eller usaklig forskjellsbehandling. Statene er forpliktet til å sørge for at diskrimineringsvernet er vurdert ved utformingen av nasjonal lovgivning.¹⁵¹ Det betyr at staten ved utforming av regler som gjennomfører, angår eller griper inn i barns rettigheter etter konvensjonen, ikke bare må vurdere den enkeltes rettigheter, men også hvordan lovgivningen griper inn i barns rettigheter seg imellom.¹⁵²

I utgangspunktet har alle barn i Norge under 18 år de samme rettighetene etter konvensjonen, jf. artikkel 1. Dette vil si at en aldersgrense for selvbestemmelse må kunne forsvares som rimelig og saklig overfor de yngre barna som eventuelt faller under en slik aldersgrense, og som følgelig ikke gis slik selvbestemmelse. I dette ligger at en eventuell forskjellsbehandling må ha et saklig formål, være egnet og nødvendig for å oppnå formålet, og ikke være uforholdsmessig inngripende overfor dem som blir forskjellsbehandlet.¹⁵³ Myndighetene vil formodentlig ha en vid skjønnsmargin i denne vurderingen.¹⁵⁴

6. Konkret vurdering og drøftelse

6.1 Vurdering av menneskerettslige rammer

Selv om utredningens problemstilling har sider til flere menneskerettigheter, så er det lite direkte veiledning å finne i reguleringene om når et barn bør ha selvstendig samtykkekompetanse versus når dette bør ligge til foreldrene. Det er lite, om noe, rettspraksis som belyser problemstillingen, både fra EMD og norske domstoler.

Avveilingen er kompleks, og dette er et område der myndighetene etter Wiersholms syn vil gis en vid skjønnsmargin til å vurdere vekten av kryssende hensyn og hva som utgjør en rimelig balanse mellom disse. Dette underbygges av inntrykket fra juridisk teori, mer generell praksis fra EMD og barnekomiteens generelle kommentarer. Den vide skjønnsmarginen underbygges også av de mange – og til dels sprikende – reguleringene av barns samtykkekompetanse som allerede eksisterer i alminnelig lovgivning, og som neppe kan anses for å være i konflikt med menneskerettslige krav.¹⁵⁵

Videre underbygges den vide skjønnsmarginen av at det etter Wiersholms inntrykk ikke synes å foreligge noen internasjonal konsensus i rettstilstanden når det kommer til verken

¹⁵⁰ Se f.eks. FNs barnekomité generell kommentar nr. 20 (2016) avs. 64, se også nærmere i Kvalø, Lovkommentar på lovdata.no, note 3 til bestemmelsen.

¹⁵¹ FNs barnekomité generell kommentar nr. 11 avs. 23.

¹⁵² FNs barnekomité generell kommentar nr. 20 avs. 22.

¹⁵³ Tobin (2019) s. 182.

¹⁵⁴ Ibid.

¹⁵⁵ Se lignende slutning hos Ericson (2022) s. 16 om at barnelovutvalgets forslag om 13-årsgrense for å dele personopplysninger må anses å ligge innenfor det nasjonale handlingsrom.

samtykkekompetanse for barn generelt, eller samtykkekompetanse for barn til dopingkontroll i idrett spesielt. Wiersholm har imidlertid ikke lyktes i å foreta noen fullstendig kartlegging av sistnevnte, blant annet siden dette er et område preget av uklarheter og mindre tilgjengelig informasjon og reguleringer. Praksis fra andre land *kan* være verdt å kartlegge noe nærmere i et videre lovarbeid.¹⁵⁶

Vurderingen av hvem som skal ha samtykkekompetanse kan oppsummeres som en helhetlig vurdering av å finne en rimelig balanse mellom respekten for barns selvstendige autonomi, utvikling og egne rettigheter på den ene siden *versus* barns behov for beskyttelse på den andre. Sistnevnte innebærer altså at noen avgjørelser bør og må tas av voksenpersoner inntil barnet er modent nok selv. Barnets alder og utvikling er altså viktig i avveiingen.

I tråd med ovennevnte gjennomgang er det hensynet til barnet og barnets beste som står sentralt i denne avveiingen. Hensynet til foreldremyndigheten og foreldrenes selvstendige rettigheter vil etter Wiersholms syn komme i bakgrunnen når det gjelder utredningens problemstilling.¹⁵⁷

Vurderingen er sammensatt og er altså også egnet til å adressere utredningens forespørsel om å synliggjøre ulike hensyn og behov, og dette vil vi peke på i det videre, uten at det nødvendigvis må forstås som noen klar anbefaling i den ene eller den andre retningen. I tillegg fremgår ulike hensyn mv. av ovennevnte gjennomgang.

Oppsummert er altså Wiersholms syn at myndighetene for problemstillingens vedkommende vil ha en vid skjønnsmargin. Den vide skjønnsmarginen innebærer etter vår vurdering at både en løsning der samtykkekompetanse legges til foreldrene, og en løsning der samtykkekompetanse legges til barna, i utgangspunktet vil være innenfor menneskerettslige rammer, noe avhengig av nærmere utforming/regulering, prosess/begrunnelse, og hvilken aldersgrense som eventuelt settes (at den ikke settes for lavt).

Wiersholm vil i det videre i punkt 6 gå gjennom det vi anser for å være de mest sentrale momentene, argumentene og hensynene i avveiingen. Deretter vil Wiersholm i punkt 7 belyse noen særlige spørsmål og hensyn, hvis en går til det skritt at en lovregulerer barns samtykkekompetanse på dette området.

6.2 Hensynet til FNs barnekomités tilrådninger

Selv om verken barnekonvensjonen eller andre menneskerettigheter gir noe klart svar på utredningens problemstilling, mener Wiersholm det likevel er grunn til særlig å merke seg noen av uttalelsene fra FNs barnekomité om barns samtykkekompetanse og aldersgrenser.

FNs barnekomité tilråder som nevnt at barn gis selvbestemmelsesrett på ulike områder og ved ulike aldersgrenser også før fylte 18 år.¹⁵⁸ Vurderingen av dette skal gjøres under hensyn til barnets krav på beskyttelse, prinsippet om barnets beste og barnets gradvise utvikling og kapasitet; og vurderingen vil være områdeavhengig.¹⁵⁹ Så vidt oss bekjent har ikke barnekomiteen direkte uttalelser knyttet til utredningens problemstilling i sine generelle kommentarer, men barnekomiteen har for eksempel anbefalt yngre aldersgrenser enn 18 år når det kommer til samtykkekompetanse i helsespørsmål.¹⁶⁰

¹⁵⁶ Wiersholm har blant annet forsøkt undersøke hva reguleringen/praksis er i Sverige, Danmark og Storbritannia, men har ikke lyktes i å få dette klarlagt/bekreftet på en tilfredsstillende nok måte til at funnene gjengis her.

¹⁵⁷ Se særlig punkt 5.6 og 5.7 ovenfor. Merk også f.eks. forarbeidene til barneloven § 30 der det heter at foreldrenes ansvar etter barneloven § 30 ikke er gitt foreldrenes for deres egen skyld, se punkt 2.3 ovenfor.

¹⁵⁸ Se punkt 5.1.3 om den rettskildemessige vekten av barnekomiteens kommentarer og uttalelser.

¹⁵⁹ Se nærmere under særlig punkt 5.2 ovenfor.

¹⁶⁰ Ibid.

Det generelle inntrykket fra komitéuttalelsene synes være at barn bør gis en ikke ubetydelig grad av selvbestemmelse i spørsmål som angår dem, så fremt ikke hensynet til beskyttelse taler for det motsatte.

Dette synes også være det tiltagende synet som fremheves i juridisk teori,¹⁶¹ og har også blitt støttet opp i utredninger og lovreguleringsprosesser i Norge i senere år, se nærmere om sistnevnte nedenfor. Dette kan tale for at mindreårige også når det kommer til dopingkontroller bør gis samtykkekompetanse.

6.3 Hensynet til organisasjonsfrihet, retten til fritid og yrkeskarriere

For utredningens problemstilling har vurderingen av samtykkekompetanse en tilleggsdimensjon ved at spørsmålet angår barns organisasjons- og foreningsfrihet og deres rett til fritid og fritidsaktiviteter. Både barnelovutvalget og FNs barnekomité har understreket betydningen av barns organisasjons- og foreningsfrihet for barns liv og utvikling – og etter Wiersholms syn kan nok muligheten til å delta i fritidsaktiviteter og foreninger generelt anses vel så viktig for barn som for voksne, om ikke viktigere.¹⁶²

Den klare koblingen mellom idrettsdeltakelse og antidopingregelverket medfører at en for rigid regulering av barns samtykkekompetanse til dopingkontroller kan ende opp med å uthule barns organisasjons- og foreningsfrihet, dersom det er slik at foreldre kan nekte barn å delta på foreningsaktiviteter hvis foreldrene mot barnas vilje nekter å samtykke til dopingkontroller. Dette vil være inngripende for den mindreårige, også uavhengig av om en er toppidrettsutøver eller breddeidrettsutøver. Betydningen av å kunne delta i foreningsliv og idrett gjelder for alle barn mer eller mindre uavhengig av nivå.

For toppidrettsutøvere, og særlig dem som måtte ha idrett som arbeid, vil imidlertid en eventuell nektelse fra foreldrene til dopingkontroller også kunne komme i konflikt med at barn har lov til selv å bestemme om de skal ta arbeid etter fylte 15 år i henhold til norsk alminnelig lovgivning.¹⁶³ En nektelse vil ikke nødvendigvis kun få konsekvenser mens vedkommende er mindreårig, men kan også få konsekvenser inn i det voksne liv. Eksempelvis må det for en talentfull ung idrettsutøver normalt måtte antas å kunne bli hemmende for idrettsutviklingen og senere idrettskarriere i voksen alder dersom en i årene frem til en fyller 18 år skulle bli hindret fra å delta i organisert idrett. Dette kan innebære at en eventuell nektelse fra foreldre i unge år kan få negative konsekvenser for barnets fremtidige liv og arbeidsvei. Dette vil være inngripende og stå i noe kontrast til at barn etter fylte 15 år i alminnelighet har stor autonomi til å forme fremtiden sin, for eksempel når det kommer til om en skal ta utdanning, og i så fall hvilken, eller om en heller skal gå ut i arbeidslivet.¹⁶⁴

For ordens skyld kan det legges til at den motsatte problemstillingen, at en forelder samtykker til dopingkontroller mot barnets vilje, neppe vil settes på spissen i praksis, ettersom et barn i henhold til barneloven § 32 uansett da selv vil kunne melde seg ut av idretten – og dermed ikke være underlagt antidopingregelverket mer, se også punkt 7.3.1 nedenfor om et alternativ med eventuell veto.

6.4 Sammenhengen med øvrig lovgivning om aldersgrenser

På flere områder har mindreårige i dag samtykkekompetanse etter alminnelig norsk lovgivning, eller mindreåriges handlinger er underlagt regelverk som kan gi betydelige konsekvenser.¹⁶⁵

¹⁶¹ Se Kvalø (2022) med henvisning til særlig Tobin. Se nærmere referanser til Tobin i gjennomgangen ovenfor under punkt 4.

¹⁶² Se punkt 5.8 ovenfor.

¹⁶³ Jf.

¹⁶⁴ Jf. barneloven § 32.

¹⁶⁵ Se flere eksempler under punkt 2.3 ovenfor.

Fra en er 16 år er en helserettslig myndig, og vil da i alminnelighet kunne samtykke til helsehjelp, herunder helsehjelp av omfattende karakter. I noen tilfeller får en samtykkekompetanse fra 12 år.¹⁶⁶ Fra en er 16 år kan en også samtykke til behandling av helseopplysninger og deltakelse i medisinsk og helsefaglig forskning. Barn over 15 år kan videre blant annet samtykke til noen institusjonsopphold.

Fra en er 15 år kan en selv samtykke til arbeid.¹⁶⁷ Selv om arbeid for mindreårige er underlagt noen begrensninger, kan dette også dreie seg om relativt omfattende arbeid og arbeid av ulik karakter. Fra fylte 15 år kan en videre melde seg inn i foreninger. Selv om rekkevidden av denne bestemmelsen har visse begrensninger,¹⁶⁸ så vil mindreårige gjennom denne bestemmelsen måtte antas å kunne samtykke til aktivitet av en relativt inngripende karakter, eksempelvis kampsport, og som et (klart) utgangspunkt kunne underlegge seg foreningens alminnelige regelverk.

I tillegg kan det nevnes at den religiøse myndighetsalderen er 15 år. Dette til tross for at religion altså er et område der foreldremyndigheten tilsynelatende står sterkere enn på andre felt, som for eksempel når det kommer til deltakelse i foreninger mer generelt, herunder idrett.¹⁶⁹ Denne aldersgrensen er basert på en vurdering av hva som utgjør en riktig balanse mellom at barnet ikke skal behøve å ta stilling til religiøs tilhørighet før det er modent nok på den ene siden, og barns selvstendige rett til religionsfrihet på den andre, ifølge forarbeidene.¹⁷⁰

Fra en er 15 år er en underlagt alminnelig straffelovgivning, med noen særtilpasninger, og vil måtte bære strafferettslige konsekvenser av sine handlinger. Mindreårige kan ilegges fengsel og endog i helt ekstraordinære omstendigheter ilegges forvaring.¹⁷¹

Videre går utviklingen i alminnelig lovgivning generelt i retning av at barn får økt selvbestemmelsesrett. Flere av reguleringene av barns samtykkekompetanse er kommet til de seneste år, slik som på helseområdet. I 2016 ble aldersgrensen for selvbestemmelse for eget navn senket fra 18 år til 16 år.¹⁷² I forarbeidene knyttet til adopsjonsloven fra 2018 ble det fremhevet at utviklingen ellers innen barnetretten går i retning av at barn stadig får økt medbestemmelses- og selvbestemmelsesrett, og at Barne- og likestillingsdepartementet anså det som viktig å støtte opp under denne utviklingen.¹⁷³

Offentlige utredninger fra den senere tid tenderer også i retning av en større aksept for og vektlegging av barns selvbestemmelsesrett når det kommer til ivaretagelse av eget liv og rettigheter. Åpenhetsutvalget anbefalte blant annet at barn over 15 år normalt bør treffe beslutning om publisering av bilder, film og lydopptak selv.¹⁷⁴ Barnelovutvalget vurderer temaet mer inngående og kommer blant annet med anbefalinger om nye lovreguleringer av barnets rett til å samtykke til deling av personopplysninger fra fylte 13 år, og at barns rett til å melde seg inn i eller ut av foreninger senkes til 12 år (fra dagens 15 år).¹⁷⁵ Til bildet hører det at det ikke uten videre er gitt at foreldre alltid vil ha

¹⁶⁶ Jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3, som fastslår at personer over 16 år har samtykkekompetanse med mindre annet følger av særlig lovbestemmelse (f.eks. § 4-5 a om kosmetiske inngrep mv.) eller av tiltakets art.

¹⁶⁷ Jf. vergemålsloven § 10. Dersom en fortsatt er i skolepliktig alder som 15-åring, skal arbeidsgiver sørge for at det innhentes skriftlig samtykke fra foreldre eller andre foresatte, jf. forskrift om organisering, ledelse og medvirkning § 12-4.

¹⁶⁸ Se nærmere under punkt 2.5 ovenfor.

¹⁶⁹ Se punkt 5.7 ovenfor.

¹⁷⁰ Prop. 130 L (2018–2019) s. 141

¹⁷¹ Straffeloven § 40.

¹⁷² Jf. navneloven §§ 10 og 12.

¹⁷³ Se oppsummeringen av departementets syn i Innst. 359 L (2016–2017) pkt. 1.2.3, jf. Prop. 88 L (2016–2017).

¹⁷⁴ NOU 2019: 10 pkt. 18.2

¹⁷⁵ Spørsmålene berøres eksempelvis også til dels av Tvangslovutvalget og Personvernkommissjonen, se hhv. NOU 2019: 14 pkt. 17.5.3.7 og NOU 2022: 11 pkt. 9.5.

barnets beste i sin vurdering av hvordan barnets privatliv/personvern best skal ivaretas. Dette synes blant annet være noe av bakteppet for barnelovutvalgets forslag om å gi barn selvstendig samtykkekompetanse tilknyttet egne personopplysninger. I HR-2019-2038-A ble en forelder for første gang dømt for å ha krenket straffelovens beskyttelse av privatlivets fred til sitt eget barn.

Utviklingen på feltet og sammenhengen med øvrig lovgivning trekker etter Wiersholms syn i retning av at dopingkontroller er et område der det også synes naturlig at barn har samtykkekompetanse. Samtidig skal det bemerkes at lovreguleringen av barns samtykkekompetanse spriker og til dels er lite samkjørt,¹⁷⁶ slik at alminnelig lovregulering ikke nødvendigvis gir noe helt entydig svar.

6.5 Behovet for beskyttelse – belastningen ved dopingkontroller og regelverket

I motsatt vektiskål av barns selvstendige autonomi, frihet til å bestemme over eget liv, og ivaretagelse av egne rettigheter, ligger altså hensynet til beskyttelse av barnet. For problemstillingen om hvem av barn og foreldre som skal ha samtykkekompetanse til dopingkontroller, blir dermed spørsmålet hvor belastende og inngripende dopingkontroller og tilslutning til antidopingregelverket er.

Dopingkontrollen og antidopingregelverket/-systemet for øvrig er inngripende, se nærmere under punkt 4.1 ovenfor. Hvor inngripende en dopingkontroll, regelverket og systemet for øvrig oppleves, vil som nevnt etter Wiersholms syn nok variere fra person til person, og vil også kunne avhenge av om en eksempelvis er toppidrettsutøver eller breddeidrettsutøver.¹⁷⁷ Det er visse prosedyrer og reguleringer som tar særlig hensyn til mindreårige og/eller mosjonsutøvere.

Hvor belastende dopingkontroller og systemet oppfattes av ulike utøvere, både innen toppidrett og breddeidrett og ulike alderstrinn, er et spørsmål som det kan være nyttig å kartlegge nærmere i et videre lovarbeid, herunder for best mulig å forstå i hvor stor grad barns rett til beskyttelse gjør seg gjeldende. En kan for eksempel også kartlegge kjennskapen til antidopingregelverket blant de ulike gruppene, statistikk knyttet til dopingkontroller av ulike grupper mv. Slike kartlegginger vil også kunne harmonere godt med det generelle prinsippet om at barn har en rett til å bli hørt, og prinsippet om barnets beste som en prosedyrebestemmelse.¹⁷⁸

Samtidig som det kan være nyttig å få et klarere bilde av belastningen og behovet for beskyttelse, mener Wiersholm at flere av områdene der barn i dag har samtykkekompetanse etter lovgivningen og/eller må stå ansvarlig for egne handlinger, i utgangspunktet er mer omfattende enn det dopingkontroll og tilslutning til antidopingregelverket vil innebære, for eksempel knyttet til helseområdet og den strafferettslige lavalderen.

Til bildet hører det også at antidopingregelverket etter vårt syn både må anses for å være en integrert og ønsket del av idrettsaktiviteten som et utgangspunkt, og basert på et etablert system med stor internasjonal oppslutning. Antidopingregelverket hviler som nevnt på flere formål og hensyn. Ikke bare hensyn til den enkeltes helse, men også hensynet til rettferdig konkurranse for både utøvere og publikum, slik dette blant annet er vektlagt av EMD.¹⁷⁹ EMD fremhever også hensynet til å unngå en negativ påvirkning og press om doping blant særlig barn og unge. Hvordan hensynet til å unngå negativ påvirkning og press stiller seg opp mot spørsmålet om hvem av barn og foreldre som skal ha samtykkekompetanse, er imidlertid ikke uten videre opplagt. På den ene siden kan det være bevisst-

¹⁷⁶ Se punkt 2.3 ovenfor.

¹⁷⁷ Se punkt 4.1 og 4.2 ovenfor.

¹⁷⁸ Se punkt 5.4 og 4.5 ovenfor.

¹⁷⁹ Se punkt 3.3 og 4.1 ovenfor. Merk at EMD-dommen særlig gjelder meldepliktsystemet. Meldepliktsutøvere er kun en mindre gruppe utøvere, og der formålet med dopingkontroller presumtivist vil være ekstra viktig. Dette kan redusere noe av overføringsverdien til EMD-dommen når det gjelder eksempelvis gjelder spørsmål knyttet til breddeidrettsutøvere,

og ansvarliggjørende for den enkelte mindreårige om vedkommende selv samtykker, og noe som igjen kan gjøre at en har mer bevissthet knyttet til et eventuelt press om doping. På den andre siden kan det kanskje for noen mindreårige oppleves som en fordel å kunne skyve foran seg foreldres samtykke i møte med et press fra venner, bekjenter og omgivelsene.

Selv om det dreier seg om et etablert og ønsket system med stor internasjonal oppslutning, så er antidopingregelverket også noe omdiskutert med tanke på rettssikkerhet og personvern.¹⁸⁰ Det er ikke bare selve dopingkontrollen og eventuelle sanksjoner ved brudd som vil kunne oppleves inngripende for den enkelte. Antidopingarbeidet og regelverket innebærer et til dels omfattende system når det kommer til etterforskning, påtale, domssystem, behandling av personopplysninger mv., samt egne reguleringer av skyld- og beviskrav mv.

En del av disse spørsmålene retter seg til regelverkets formelt sett svært vide virkeområde, herunder overfor breddeidrettsutøvere. Som følge av barns særskilte vern og sårbarhet forsterkes eventuelle betenkeligheter når også barn omfattes, selv om disse problemstillingene ikke er unike for barns del, men også angår voksne. I sin personvern vurdering anså Datatilsynet det som nevnt skjerpene, men ikke avgjørende, at det også dreide seg om mindreårige. Deres primære innvending til lovforslaget om behandling av personopplysninger for antidopingformål gikk på at det ikke tydeligere skilles mellom konkurranseidrett og breddeidrett.¹⁸¹

Ovennevnte kan ha betydning for utredningens problemstilling i den forstand at jo flere og større betenkeligheter, jo større blir konsekvensene av et barns eventuelle samtykke (og jo større blir behovet for beskyttelse). Dette tilsier at det kan være en sammenheng mellom hvordan eksempelvis en lov om behandling av personopplysninger for antidopingformål ender opp på den ene siden (eksempelvis om virkeområdet for behandlingen snevres inn), og denne utredningens problemstilling på den andre, og at dette til en viss grad er spørsmål som en kan vurdere i sammenheng i videre lovarbeid.

Samtidig er det verdt å bemerke at uavhengig av hvem som samtykker på vegne av barnet (om det er barnet selv eller foreldrene), så vil eventuelle betenkeligheter ved systemet bestå og eventuelt måtte adresseres på andre måter. En måte kan være ytterligere å avgrense anvendelsesområdet overfor breddeidrettsutøvere, slik Datatilsynet peker på. En annen kan være at en ser på muligheten for ytterligere særskilte reguleringer som differensierer og tar hensyn til barn og breddeidrettsutøvere når det kommer til reduserte konsekvenser, slik Antidopingregelverket artikkel 10.6.1.3 er et eksempel på i dag.¹⁸² Et ytterligere tiltak kan være å gi mer informasjon om hva regelverket innebærer, til utøverne, og kanskje særlig breddeidrettsutøvere. Mer informasjon kan være en fordel uavhengig av hvem som samtykker på vegne av barnet, og uavhengig av andre tiltak.¹⁸³

6.6 Oppsummering

Oppsummert er Wiersholms vurdering at sammenhengen med øvrig lovverk, rettsutviklingen, kildene og øvrige hensyn trekker i retning av en samtykkekompetanse for mindreårige på dette området. Samtidig understreker Wiersholm at skjønsmarginen må antas å være vid.

Wiersholm vil deretter gå videre til å vurdere særlige spørsmål knyttet til en eventuell lovregulering, herunder drøfte hvorvidt det bør differensieres mellom toppidrettsutøvere og breddeidrettsutøvere, og

¹⁸⁰ Se punkt 4.3 ovenfor.

¹⁸¹ Ibid.

¹⁸² Ved slike eventuelle tiltak må en ta hensyn til internasjonale forpliktelser, herunder forholdet til WADA-koden, som Antidopingregelverket gir forrang, se Antidopingregelverket art. 24.3. Det kan med andre ord være nødvendig å adressere visse forhold på et internasjonalt plan.

¹⁸³ Se også om kravene til informasjon i forbindelse med et eventuelt samtykke under punkt 7.4 nedenfor.

hvilke krav som eventuelt bør stilles til barns samtykke, slik begge deler etterspørres i oppdragets mandat.

7. Vurdering av særlige spørsmål knyttet til en eventuell lovregulering

7.1 Fast aldersgrense og/eller kriterium om toppidrettsutøver?

7.1.1 Innledning

Et overordnet spørsmål når det kommer til barns selvbestemmelsesrett, er hvorvidt det skal angis en fast aldersgrense for alle barn, eller om barnets selvbestemmelsesrett skal bygge på mer konkrete vurderinger eller andre kriterier, eventuelt en kombinasjon av aldersgrenser og andre kriterier/vurderinger.

Det vil særlig drøftes om det kan være grunn til å skille mellom toppidrettsutøvere og breddeidrettsutøvere når det gjelder eventuell samtykkekompetanse for mindreårige.

7.1.2 Kriterium: toppidrettsutøver?

Av flere grunner kan det som nevnt gå en skillelinje mellom barn som er toppidrettsutøvere og barn som er breddeidrettsutøvere.¹⁸⁴ For utredningens vedkommende blir det dermed et spørsmål om det i tillegg til å knytte samtykkekompetanse til en bestemt aldersgrense, også bør differensieres innad blant mindreårige basert på andre kriterier eller en mer konkret vurdering enn kun alder. Et nærliggende kriterium kan være hvorvidt en driver med toppidrett eller ikke. Dagens innførte samtykkeordning med kun å innhente samtykke fra toppidrettsutøvere er også blitt ansett for å oppfylle behov og krav etter internasjonalt antidopingregelverk. Dette kan være et argument for et slikt kriterium.

FNs barnekonvensjon og barnekomitéuttalelser gir en viss anvisning om at det skal bygges på konkrete vurderinger av det enkelte barns utvikling og modenhet fremfor å bygge på alder alene.¹⁸⁵ På generelt grunnlag kan det argumenteres for at kun faste aldersgrenser kan oppleves grovmaskede og vilkårlige, og at en innretning der en også inkluderer andre kriterier (f.eks. et toppidrettsutøverkriterium) i større grad kan ta hensyn til at enkelte barn er mer sårbare enn andre og i mindre grad kan være i en posisjon til å forstå hva det vil innebære å underlegge seg antidopingregelverket. Dette kan være noe toppidrettsutøvere i alminnelighet vil ha et nærmere forhold og kjennskap til enn breddeidrettsutøvere.

Samtidig er det også ulemper ved en slik innretning. Praktisk kan grenseoppgangen mellom breddeidrettsutøver og toppidrettsutøver være flytende og vanskelig å dra i praksis. Mindreårige vil også kunne gå inn og ut av kategoriene.

Med en type relativ hjemmel som knytter seg til andre vurderinger/kriterier enn kun alder, vil det også langt på vei de facto være opp til voksne å bestemme hvorvidt et barn er samtykkekompetent eller ikke. En slik innretning kan dermed også ha sine negative sider opp mot det generelle utgangspunktet skissert ovenfor om at utviklingen generelt synes gå i retning av at barn i større grad bør gis selvstendig samtykkekompetanse.

For den enkelte mindreåriges vedkommende er det heller ikke uten videre gitt hvor inngripende den mindreårige vil kunne oppleve det ikke å ha samtykkekompetanse på dette området, særlig hvis en opplever at andre mindreårige er gitt slik samtykkekompetanse fordi de for eksempel faller innenfor et kriterium om å være toppidrettsutøver, mens en selv ikke gjør det. Uavhengig av om en driver med

¹⁸⁴ Se bl.a. punkt 4.2 ovenfor.

¹⁸⁵ Se bl.a. punkt 5.2 ovenfor.

toppidrett eller ikke, vil foreldrenes eventuelle nektelse til å samtykke til dopingregelverket mot barnets vilje kunne oppleves som inngripende for barnet og kunne innebære en uthuling av barnets foreningsfrihet og rett til fritid mv., som diskutert ovenfor.¹⁸⁶

Dette har også en side til barns diskrimineringsvern, som innebærer at en forskjellsbehandling av en gruppe barn må kunne forsvares som rimelig og saklig overfor andre grupper.¹⁸⁷ Etter Wiersholms syn er det ikke opplagt at argumentene for et eventuelt toppidrettskriterium vil forsvare at noen barn har kompetanse til å samtykke til dopingkontroll, og følgelig til å samtykke til å delta i idrett generelt, mens andre barn ikke har denne samtykkekompetansen, men er prisgitt foreldrenes vurdering og samtykke.

7.1.3 Fast aldersgrense supplert av konkret vurdering?

En annen innretning kan være at faste aldersgrenser er utgangspunktet, men at også barn *under* denne aldersgrensen ut fra en mer individuell vurdering av modenhet gis samtykkekompetanse på et tidligere tidspunkt. En slik innretning vil kunne ta hensyn til individuelle variasjoner, samtidig som det settes en maksgrense for når samtykkekompetanse senest skal gå over på barnet. En slik innretning kan følgelig gi litt i pose og sekk når det kommer til betraktningene ovenfor.

Likevel er det motargumenter mot også denne typen relativ hjemmel, se herunder motargumentene i neste punkt 7.1.4. Videre er den klare normen i alminnelig lovgivning i dag er at en opererer med faste aldersgrenser på ulike områder for barns selvbestemmelsesrett, supplert av det generelle prinsippet i barneloven § 33 om at foreldrene gradvis skal gi barnet større selvråderett. En relativ hjemmel vil følgelig utgjøre et brudd med normalordningen for øvrig når det kommer til barns samtykkekompetanse.

7.1.4 Oppsummering – hensynet til forutberegnelighet, retts tekniske hensyn mv.

Barnelovutvalget har også vurdert dette spørsmålet generelt, og deres anbefaling er faste aldersgrenser som hovedregel.¹⁸⁸ I tillegg til de konkrete motargumentene ovenfor mot en relativ hjemmel, så er det også verdt å merke seg de generelle motargumentene som barnelovutvalget ender opp med å gi mest vekt i sin konklusjon. Utvalget vektlegger særlig retts tekniske hensyn, forutberegnelighet og trygghet for barnet, foreldrene og mottakeren av samtykket. En relativ grense som i større grad krever konkrete vurderinger, vil både være tid- og ressurskrevende, og det vil være vanskeligere å føre en ensartet og ikke-vilkårlig praksis. Selv om et kriterium om toppidrettsutøver til en viss grad kan bidra til en ensartet praksis, så vil samtidig den eventuelle vurderingen av hvem som faller innenfor eller utenfor kategorien, igjen avhenge av vurderingen innenfor ulike idrettsgrener og organisasjonsledd. I tillegg kommer den praktiske utfordringen ved at utøverne vil kunne gå inn og ut av kategorien toppidrettsutøver.

Retts tekniske hensyn, forutberegnelighet, praktiske hensyn mv. er følgelig hensyn som også gjør seg gjeldende for utredningens problemstilling, og som i hovedsak taler for en fast aldersgrense for alle barn uavhengig av om en for eksempel er toppidrettsutøver eller breddeidrettsutøver.

Alternativer til å adressere eventuelle forskjeller mellom toppidrettsutøvere og breddeidrettsutøvere, heller enn som en del av samtykkekompetansen, kan være gjennom mer informasjon (særlig til breddeidrettsutøvergruppen), og gjennom en eventuell ytterligere avgrensning eller oppmykning av antidopingregelverket overfor breddeidrettsutøvere.

¹⁸⁶ Se bl.a. punkt 6.3 ovenfor.

¹⁸⁷ Se punkt 5.10 ovenfor.

¹⁸⁸ NOU 2020: 14 s. 354, se også Kvalø (2022).

Oppsummert er altså Wiersholms vurdering at en fast aldersgrense som gjelder likt for alle barn, uavhengig av om en for eksempel er toppidrettsutøver eller breddeidrettsutøver, har de beste grunner for seg.

7.2 Hva bør eventuelt en aldersgrense for samtykkekompetanse være?

Dersom en legger til grunn en fast aldersgrense for samtykkekompetanse, så blir spørsmålet hva denne aldersgrensen eventuelt skal være. Dette bør vurderes i lys av føringene, hensynene og behovene gjengitt ovenfor i utredningen, herunder hensynet til barn modenhet/utvikling, behov for beskyttelse og diskrimineringsvernet etter FNs barnekonvensjon. Sistnevnte innebærer at en aldersgrense må kunne forsvares som saklig og rimelig overfor yngre barn som eventuelt faller under en slik aldersgrense. Myndighetene må antas å ha en vid skjønnsmargin i denne vurderingen.¹⁸⁹ Her kan det også være hensiktsmessig å se hen til øvrig lovregulering for å samstemme en aldersgrense i størst mulig grad. På bakgrunn av dette synes to aldersgrenser å peke seg ut etter vårt syn, enten en grense på 15 år eller en grense på 16 år.

En grense på 16 år vil samsvare med den helserettslige myndighetsalderen og kan slik sett virke hensiktsmessig. Samtidig er det etter Wiersholms syn muligens enda flere grunner som taler for en grense på 15 år. Dette vil samsvare med flere av grensene i dagens lovverk, eksempelvis den strafferettslige lavalderen, den trosrettslige myndighetsalderen og retten til å inngå arbeidsavtale. I tillegg vil det harmonere med retten til å melde seg inn i og ut av foreninger etter barneloven § 32, som i dag er 15 år, og retten til å velge utdanning etter samme bestemmelse.

Samtidig er det grunn til å være oppmerksom på at grensen for samtykkekompetanse til dopingkontroll ikke nødvendigvis bør samkjøres fullt ut med retten til melde seg inn i og ut av foreninger også i fremtiden hvis denne blir justert. Barnelovutvalget har foreslått å senke denne aldersgrensen til 12 år. Dersom denne aldersgrensen nedjusteres, synes det mulig å operere med to adskilte aldersgrenser; en for innmelding og utmelding og en for samtykkekompetanse til dopingregelverket. Et tilleggsmoment kan bemerkes i denne sammenheng: Dersom barneloven endres til at barn i alminnelighet får rett til å melde seg inn i foreninger ved fylte 12 år, så synes det er nærliggende å se på det som et argument for at 15- eller 16-åringer, ut fra sin alder og utvikling, bør kunne påta seg enda mer omfattende former for foreningsvilkår, som å underlegge seg antidopingregelverket.

Et slikt skille av aldersgrenser synes også praktisk gjennomførbart ettersom det i praksis nok sjelden vil bli aktuelt å utføre dopingkontroll på personer under 15 år, og det i slike tilfeller fremstår som rimelig og gjennomførbart å innhente foreldrenes samtykke ad hoc ved behov. Dagens ordning med å innhente foreldresamtykke for toppidrettsutøvere i aldersgruppen 15 til 18 år synes også å illustrere at det primære praktiske behovet går ved 15 år. Dagens ordning med 15-årsgrense har også blitt ansett for å oppfylle behov og krav etter internasjonalt antidopingregelverk. En 15-årsgrense vil videre harmonere med andre deler av idrettens regelverk, slik som NIF-lovens egen strafferettslige lavalder.

7.3 Alternativer til selvstendig samtykkekompetanse

7.3.1 Vetorett / delt samtykkekompetanse

Et alternativ til at barn gis en selvstendig samtykkekompetanse og en full selvbestemmelsesrett i spørsmålet om dopingkontroll, er at barn gis en form for *vetorett*.¹⁹⁰ Med andre ord at barns samtykke er nødvendig, men ikke tilstrekkelig, og at det i tillegg kreves samtykke fra foreldrene. Barnekomiteen

¹⁸⁹ Se punkt 5.10 ovenfor.

¹⁹⁰ Se punkt 2.4 ovenfor.

anbefaler for eksempel at barns eget frivillige og informerte samtykke bør innhentes før medisinsk behandling/inngrep uavhengig av om foreldrenes samtykke også er påkrevd.¹⁹¹

En vetorett for barn vil imidlertid typisk ha mest for seg for å motvirke uønsket press fra foreldrene eller at foreldrene samtykker til noe mot barnas vilje. Innretningen av barneloven § 32 reduserer følgelig behovet for en vetorett på dette området. Hvis et barn skulle være uenig i foreldrenes samtykke, vil en kunne melde seg ut av idretten med hjemmel i § 32, og dermed ikke være underlagt antidopingregelverket mer.

Fordelen med en vetorett er imidlertid at det kan gi en større sikkerhet om at barnet selv er informert om hva et samtykke innebærer. Men dette er også informasjon som til en viss grad bør kunne sikres på annen måte, og generelt vil en på områdene der foreldre samtykker på barns vegne, måtte kunne operere med en viss forutsetning om at foreldrene tar ansvar for å gi barna nødvendig informasjon om hva valget innebærer.

Det skal også legges til at en vetorett for barn kun innebærer at barns samtykke er nødvendig, men ikke tilstrekkelig – og at foreldrenes samtykke fortatt vil kreves. En vetorett vil følgelig ikke redusere ovennevnte betenkeligheter og motargumenter med tanke på hva en eventuell nektelse fra foreldrene kan ha å si for barns organisasjonsfrihet mv.

7.3.2 Konsultasjonsrett for foreldre

Et ytterligere alternativ er at barn gis selvbestemmelsesrett, men at en legger til en form for konsultasjonsrett eller -plikt for eller med foreldre. Dette kan være en innretning som både tar hensyn til barnets autonomi og organisasjonsfrihet mv., men samtidig bidrar til å sikre en viss involvering fra foreldrene.

Noe avhengig av utforming kan det imidlertid bli krevende å gjennomføre en slik innretning i praksis på dette området, og situasjonen skiller seg en del fra de heller snevre tilfellene som for eksempel abortlovgivningen kan sies å ha for øye med sin innretning.¹⁹² Et lignende alternativ kan være at informasjon også gis til foreldrene i tilknytning til samtykket, jf. for eksempel innretningen i helse- og brukerrettighetsloven § 3-4 når det kommer til informasjon om helsehjelp.

7.4 Krav til et eventuelt samtykke

7.4.1 Innledning og rettslige utgangspunkter

Mandatet etterspør en drøftelse av hvilke betingelser som må være oppfylt for at et eventuelt innhentet samtykke til dopingkontroller fra mindreårige skal være gyldig.

Det finnes ingen konkrete rettslige krav for eller generell lovbestemmelse som regulerer når et samtykke kan anses gyldig, ei heller knyttet til et samtykke gitt av mindreårige. Samtykkebestemmelsene er spredt ut over flere ulike lover, og vilkårene for at et samtykke er gyldig avgitt, kan variere både ut fra rettsområde og situasjon.¹⁹³ Basert på andre lovreguleringer, især knyttet til helselovgivningen og GDPR, og generelle føringer fra eksempelvis EMD og FNs barnekomité,¹⁹⁴ er det likevel mulig å utlede noen mer generelle retningslinjer som det kan være hensiktsmessig å se

¹⁹¹ FNs barnekomité generell kommentar nr. 20 avs. 39.

¹⁹² Se punkt 2.4 ovenfor med henvisning til abortloven § 4.

¹⁹³ Se også nærmere utredning i NOU 2019: 10 s. 59.

¹⁹⁴ For eksempel FNs barnekomité generell kommentar nr. 20 (2016) avs. 39 knyttet til barns samtykke til helsehjelp, der det vises til at en trenger barns frivillige og informerte samtykke, mens EMD for eksempel har konkludert med at avkall på retten til en offentlig høring som følger av EMK artikkel 6, krever at avkallet er gitt fritt og utvetydig, jf. *Mutu og Pechstein v. Sveits*, se punkt 4.3 ovenfor.

hen til i denne sammenhengen. Oppsummert vil det typisk stilles krav om at samtykket er *informert* og *frivillig*. Formkrav berøres også nærmere nedenfor, ofte vil det typisk kreves at et samtykke er aktivt eller utvetydig.¹⁹⁵

Det bemerkes at det i det videre forutsettes at det eventuelle samtykket fra barn *ikke* skal fungere som behandlingsgrunnlag for personopplysninger etter GDPR, men at slikt behandlingsgrunnlag skal basere seg på et annet grunnlag gjennom fortrinnsvis lov, jf. høringsbrev om forslag til lov om behandling av personopplysninger for antidopingformål og dagens overgangsbestemmelser med konsesjoner fra Datatilsynet.¹⁹⁶ I motsatt tilfelle *måtte* samtykket oppfylt kravene til samtykke slik dette følger av GDPR.¹⁹⁷

Men selv om samtykket ikke skal fungere som behandlingsgrunnlag opp mot GDPR, kan det likevel være nyttig å se *noe* hen til krav og veiledning knyttet til GDPR, ettersom et samtykke til å underlegge seg antidopingregelverket innebærer relativt omfattende krav og konsekvenser for den enkelte også utover behandlingen av personopplysninger. I alminnelighet ser en fra øvrig lovverk og praksis at jo større inngrep og konsekvenser det samtykkes til, jo større krav vil det stilles til samtykket.¹⁹⁸

7.4.2 Informert samtykke

At et samtykke skal være informert vil si at den som samtykker må ha fått nødvendig informasjon til å forstå hva vedkommende samtykker til, og konsekvensene av dette. Hva som forventes, vil variere ut fra område og mottaker, men det sentrale er at den som samtykker, har fått tilstrekkelig informasjon til å kunne foreta et reelt og informert valg.¹⁹⁹ Helsedirektoratet har utbrodert kravet til nødvendig informasjon i tilknytning til samtykke til helsehjelp som at informasjonen må tilpasses den enkelte, inngrepets art og konsekvenser og omstendigheter for øvrig. Det heter at det ikke kan forventes at vedkommende skal ha all tenkelig informasjon om tiltaket, men det skal gis slik informasjon som gir et forsvarlig vurderingsgrunnlag. Jo mer inngripende tiltaket er, jo strengere blir informasjonsplikten.²⁰⁰ Videre bør det bruke et klart, enkelt og forståelig språk tilpasset målgruppen for samtykket.²⁰¹

Når samtykke kreves av *barn* vil dette i alminnelighet skjerpe kravene til språk og tilpasset informasjon, slik at en er sikker på at barnet er satt i stand til å ta gode og informerte valg på egne vegne.²⁰² En slik plikt følger heller ikke direkte av noen lovbestemmelse, men kan utledes av de generelle føringene, herunder det særskilte vernet av barn etter Grunnloven, FNs barnekonvensjon mv. At informasjonskravet er relativt ut fra målgruppe og må ta særlig hensyn til barn og/eller alder, ser en

¹⁹⁵ Sml. f.eks. helseforskningsloven § 13 andre ledd om samtykke for å delta i medisinsk og helsefaglig forskning.

¹⁹⁶ Høringsbrev av 27. juni 2022 fra Kultur- og likestillingsdepartementet om "*Høring av ny lov om behandling av personopplysninger for antidopingformål og ved arbeid mot manipulering av idrettskonkurranser*", se bl.a. høringsnotatets pkt. 4.3 der det vurderes at samtykke *ikke* vil være et tilfredsstillende behandlingsgrunnlag. Se også omtale i punkt 4.3 ovenfor.

¹⁹⁷ Samtykke er definert i GRPD artikkel 4 nr. 11 som "*enhver frivillig, spesifikk, informert og utvetydig viljesytring fra den registrerte der vedkommende ved en erklæring eller en tydelig bekreftelse gir sitt samtykke til behandling av personopplysninger som gjelder vedkommende*". Krav til samtykke som behandlingsgrunnlag fremgår videre av artikkel 7, jf. artikkel 6 nr. 1 a. For behandling av særlige kategorier av personopplysninger er kravene ytterligere skjerpet, jf. artikkel 9 nr. 2 a. Datatilsynet har gitt en veiledning til å hva som kreves av et samtykke som behandlingsgrunnlag: [Behandlingsgrunnlag | Datatilsynet](#)

¹⁹⁸ Se f.eks. Helsedirektoratets kommentar/rundskriv til krav til samtykke etter pasient- og brukerrettighetsloven § 4-2 (fra 2018): [§ 4-2 Krav til samtykkets form - Helsedirektoratet](#).

¹⁹⁹ Slik kravet utbroderes av Datatilsynet ifm. samtykke etter GDPR: [Behandlingsgrunnlag | Datatilsynet](#).

²⁰⁰ Helsedirektoratets kommentar/rundskriv til pasient- og brukerrettighetsloven § 4-1 (fra 2018): [§ 4-1 Hovedregel om samtykke - Helsedirektoratet](#). Kommentarene baserer seg på informasjonskravene til pasienter som følger av kapittel 3 i pasient- og brukerrettighetsloven.

²⁰¹ Slik Datatilsynet uttrykker det knyttet til krav til samtykke etter GDPR: [Behandlingsgrunnlag | Datatilsynet](#).

²⁰² Se også NOU 2019: 10 s. 60.

igjen i både GDPR og på helseområdet.²⁰³ I tilknytning til sistnevnte heter at informasjonen skal være tilpasset mottakernes individuelle forutsetninger som nettopp alder, modenhet og erfaring. I tillegg nevnes kultur- og språkbakgrunn blant eksemplene.²⁰⁴ I fortalen til GDPR er det presisert at barn fortjener et særlig vern, og at informasjon og kommunikasjon til barn derfor bør formuleres på et klart og enkelt språk som barn lett kan forstå. Det fremheves også, på generelt grunnlag, at informasjon kan formidles ved å benytte visualisering.²⁰⁵

7.4.3 Frivillig samtykke

At et samtykke skal være *frivillig*, vil si at samtykket ikke skal gis under tvang. Hva som skal til for at et samtykke skal anses frivillig, vil også variere fra område til område. For personopplysninger er kravet tolket strengt etter GDPR, og innebærer at et samtykke må kunne trekkes tilbake når som helst uten negative konsekvenser.²⁰⁶ Dette kravet vil være krevende å forene med antidopingregelverket, for eksempel siden det vil utgjøre et brudd på antidopingregelverket å nekte dopingkontroll. Følgelig vil et tilbakekall av samtykket kunne sies få negative konsekvenser. Dette er også til dels bakgrunnen for hvorfor samtykke ikke er vurdert som et aktuelt eller tilstrekkelig grunnlag for behandling av personopplysninger i tilknytning til nevnte lovforslag om behandling av personopplysninger for antidopingformål.²⁰⁷ Samme sted i lovforslagets høringsnotat diskuteres det hvorvidt forutsetningen for å godta antidopingregelverket for å kunne delta i idrett, også er utfordrende med tanke på kravet til frivillig samtykke.²⁰⁸

De strenge kravene for hva som utgjør et frivillig samtykke etter GDPR kan imidlertid neppe uten videre legges til grunn for andre områder.²⁰⁹ Et samtykke til helsehjelp kan for eksempel være gyldig selv om det vil ha negative konsekvenser for helse om det trekkes tilbake. Lignende ser en av en rekke områder/aktiviteter at det er en forutsetning for deltakelse at en samtykker til visse vilkår, uten at det av den grunn innebærer at samtykket ikke kan anses frivillig kun fordi et tilbakekall vil innebære at en ikke lenger får delta på aktiviteten.

7.4.4 Formkrav og innhold

Det kan ikke utledes noen generelle formkrav til et samtykke; hva som kreves vil også være områdeavhengig. På noen områder kan et samtykke gis muntlig eller endog stilltiende,²¹⁰ men ofte vil det kreves en utvetydig og aktiv handling, noe som for eksempel kreves etter GDPR.²¹¹ Det samme har EMD krevd når det gjelder avkall på sentrale rettsikkerhetsgarantier.²¹²

Sett i lys av konsekvensene ved et samtykke til dopingkontroll og at et manglende eller tilbakekalt samtykke vil innebære at vedkommende ikke får delta i idrett, så synes det etter Wiersholms oppfatning å være grunn til å stille noenlunde strenge krav til både form og innhold av samtykket. Samtidig er det heller ikke noen fasit når det kommer til et samtykkes innhold eller form. Strengere

²⁰³ Se hhv. GDPR artikkel 12 og pasient- og brukerrettighetsloven § 3-5.

²⁰⁴ Pasient- og brukerrettighetsloven § 3-5.

²⁰⁵ GDPRs fortalepunkt nr. 58

²⁰⁶ Se Datatilsynets tolkning av dette: [Behandlingsgrunnlag | Datatilsynet](#).

²⁰⁷ Høringsnotatets punkt 4.3, se fotnote 196 ovenfor.

²⁰⁸ Sml. f.eks. helseforskningsloven § 13 tredje ledd, der det fremgår at dersom forskningsdeltakeren kan anses å være i et slikt avhengighetsforhold til den som ber om samtykke, at forskningsdeltakeren vil kunne føle seg presset til å gi samtykke, skal det informerte samtykket innhentes av en annen som forskningsdeltakeren ikke har slikt forhold til.

²⁰⁹ Slik også NOU 2019: 10 s. 60.

²¹⁰ Jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 4-2.

²¹¹ Se Datatilsynets tolkning av dette: [Behandlingsgrunnlag | Datatilsynet](#), se f.eks. også helseforskningsloven § 13 andre ledd.

²¹² Jf. *Mutu og Pechstein v. Sveits*, se punkt 4.3 ovenfor.

krav gjelder særlig når samtykket angår barn, som er det utredningens problemstilling angår, men det er verdt å bemerke at samtykkekrav ikke er en problemstilling som er unik for utøvere som er mindreårige, men også til dels gjelder voksne utøveres tilslutning til antidopingregelverket.²¹³

Ovennevnte innebærer at det bør vurderes å kreve samtykke gjennom en aktiv og utvetydig handling fra barn, slik det også er lagt opp til gjennom dagens innførte ordning med et underskrevet samtykkeskjema (fra foreldre). Dette betyr ikke at en nødvendigvis må bruke den type analogt underskrevet skjema; et samtykke kan også gis aktivt og utvetydig gjennom digitale løsninger, som ulike former for digital signering eller bekreftelse. Det kan også ha grunner for seg å kreve at samtykket skal kunne dokumenteres, slik kravet er etter GDPR av hensyn til notoritet både fra at samtykke er innhentet og hvilken informasjon som ble gitt.

For behandling av personopplysninger etter GDPR kreves det at et samtykke skal være en handling separat fra avtaleinngåelse. For utredningens problemstilling kan det for eksempel være en handling separat fra tilslutning til idrettsaktiviteten. Dette er ikke uten videre et krav som må overføres til samtykke til dopingkontroll (forutsatt altså at samtykke ikke skal knytte seg til behandlingen av personopplysninger), men det er likevel et krav å vurdere. Dagens innførte ordning gjennomfører et slik krav.

Hvilke formkrav som skal stilles, har også en sammenheng med hvilken informasjon som gis i tilknytning til samtykket. Det sentrale er at en har fått nødvendig informasjon til å forstå hva en samtykker til og konsekvensene av dette. Betydningen av formkrav kan slik ses på som et middel for å sikre at samtykket er informert. Når det kommer til informasjon knyttet til dopingkontroller og antidopingregelverket, kan det synes hensiktsmessig å utbrodere noe hva kravene og konsekvensene innebærer, istedenfor kun å henvise til regelverket, ettersom regelverket både er relativt omfattende og relativt utilgjengelig i sitt språk og innhold, særlig sett hen til at dette dreier seg om informasjon til barn.

Informasjon som en for eksempel kan vurdere å gi, er hva en dopingkontroll innebærer, hvilke plikter en har (f.eks. til enhver tid og ethvert sted), konsekvenser av brudd, herunder en henvisning til etterforsknings-/påtalesystemet, og videre at nektelse av å utføre dopingkontroll i seg selv vil utgjøre et brudd på regelverket og kan gi sanksjoner/utestengelse. Sistnevnte kan være viktig informasjon, herunder siden det viser at et tilbakekall av et samtykke vil kunne ha konsekvenser. Informasjon om dette kan redusere eventuelle betenkeligheter knyttet til hvor frivillig et samtykke de facto kan sies å være. Lignende kan det gå frem at samtykke er en forutsetning for å drive med idrett og hvorfor. Informasjon om formålet kan være viktig for begge parter. Selv om en tar sikte på at behandlingsgrunnlaget for personopplysninger ikke skal være samtykke, kan et samtykke også gi noe informasjon knyttet til behandlingen av personopplysninger. Dette kan også ha en side til informasjonspliktene etter GDPR artikkel 12 følgende.

Det er viktig å understreke at ovennevnte kun er eksempler. Av helseområdet ser en for eksempel at loven krever at en skal ha mottatt "nødvendig informasjon", og at informasjonen skal tilpasses mottakeren, men at loven i seg selv ikke sier noe nærmere om hva dette innebærer.²¹⁴ Helsedirektoratet har utbrodert kravene noe i veiledning, men fortsatt vil den som gir informasjonen, ha mye skjønn i vurderingen. Det samme vil en for eksempel ha i tilknytning til GDPR.

²¹³ Se f.eks. punkt 3.4 og 4.3 ovenfor. Samtykkekrav for voksne utøvere faller imidlertid utenfor utredningens problemstilling og vurderes ikke nærmere.

²¹⁴ Se pasient- og brukerrettighetsloven § 4-1, jf. § 3-5. Se også henvisning i fotnote 200 ovenfor.

En må også være bevisst på ikke å gjøre informasjonen for omfattende, men tilpasse nivå og språk til målgruppen barn. Det er heller ikke nødvendigvis slik at all informasjon må gis i forbindelse med selve samtykket. Også informasjon i andre sammenhenger og kanaler vil være relevant. Det vil til dels handle om en helhetsvurdering, der nøkkelen er om den mindreårige har fått et forsvarlig grunnlag til å ta et informert valg og forstå hva en samtykker til.

7.5 Hvor skal en hjemmel eventuelt innføres?

Dersom en skulle gå til det skritt å foreta en ny lovregulering barns samtykkekompetanse til dopingkontroller, blir spørsmålet hvor og hvordan. Spørsmålet om hjemmel ligger på siden av utredningen, men Wiersholm vil likevel gi noen korte betraktninger.

Barnelovutvalget har tatt til orde for at lovreguleringer av samtykkekompetanse som utgangspunkt generelt bør legges til særlovgivningen,²¹⁵ og dette er også langt på vei normen i dagens lovverk, med barneloven § 32 som et notabelt unntak. Barne- og familiedepartementet har også uttrykt at en regulering av samtykke til dopingkontroll etter deres mening ikke naturlig hører hjemme i barneloven.²¹⁶ Per i dag er det imidlertid ikke noen opplagt særlov for denne type hjemmel etter Wiersholms syn. Noe avhengig av utforming kunne en potensiell fremtidig foreningslov ha vært et alternativ.²¹⁷ Det samme kunne, også noe avhengig av utforming, lovforslaget om behandling av personopplysninger for antidopingformål mv. ha vært, men det ville antagelig ha fordret en bredere utformet lov som angikk antidopingarbeidet mer generelt. Alternativet til særlovgivningen eller en ny særlov, synes da være barneloven, slik også barnelovutvalget endte med å konkludere i sitt forslag om barns samtykkekompetanse for personopplysninger. Konkret kunne en da vurdert en justering av barneloven § 32, enten bestemmelsens ordlyd eller inntatt en forskriftsadgang, og så i sin tur forskriftsregulert samtykkekompetansen til dopingkontroller. Dersom barneloven er et alternativ, kan det også være hensiktsmessig å se hen til oppfølgingen av barnelovutvalgets lovforslag i et videre lovarbeid her.

7.6 Avsluttende refleksjoner om eventuelle fordeler ved lovreguleringsprosess

Til sist vil Wiersholm gi noen avsluttende refleksjoner om fordeler ved en eventuell lovreguleringsprosess mer generelt. Uavhengig av om en skulle være enig eller uenig i tolkningen at barneloven § 32 ikke gir hjemmel til at barn selv kan samtykke til dopingkontroll, kan det være hensiktsmessig med en fornyet lovregulering av dette om en ønsker at samtykkekompetansen skal ligge til den mindreårige.

For det første kan det være hensiktsmessig for å unngå eventuell rettslig usikkerhet, med de utfordringer dette kan ha for forutberegnelighet for barn og foreldre, idrettsorganene nasjonalt og internasjonalt mv. Antidopingarbeid er videre noe både norske myndigheter, gjennom konvensjoner, og NIF og ADNO har forpliktet seg til.²¹⁸ Hvorvidt det er barn eller foreldre som har samtykkekompetanse til å slutte seg til dopingkontroll, er ikke nødvendigvis av relevans i dette henseendet. Men rettslig usikkerhet om disse spørsmålene kan likevel være uheldig, ettersom usikkerhet kan føre til at en ikke etterlever sine internasjonale forpliktelser fullt ut i praksis. Manglende etterlevelse vil kunne få konsekvenser, herunder for norsk idrett kollektivt for eksempel når det kommer til internasjonal idrettsdeltakelse, arrangementsavholdelse mv. Usikkerhet og uklarheter kan også gi

²¹⁵ NOU 2020:14 punkt 17.2.7.2.3.

²¹⁶ Se brev fra Barne- og familiedepartementet til Norges idrettsforbund av 4. mai 2021 om rettslig grunnlag for dopingtesting av mindreårige.

²¹⁷ Det foreligger i skrivende stund en utredning med forslag til ny lov om foreninger utarbeidet av Knudsen, Woxholt, Bugge Reiersen og Høgetveit Berg, datert 21. juni 2021. Utredningen er til behandling i Nærings- og fiskeridepartementet.

²¹⁸ Se punkt 3.2 ovenfor.

en (uheldig) signaleffekt for antidopingarbeid internasjonalt og potensielt skade Norges omdømme eller stemme på området.

Uten at det bør få noen avgjørende betydning, så er konsekvensene av manglende etterlevelse også noe å ha i mente når en vurderer innretningen og praktiske løsninger på dette området. Et upraktisk regelverk kan også føre til komplikasjoner når det kommer til etterlevelse

For det andre kan det være hensiktsmessig med en ny lovreguleringsprosess fordi en slik prosess i seg selv kan ha en viss betydning for myndighetenes menneskerettslige handlingsrom og skjønnsmargin når det kommer til å regulere spørsmålet om samtykkekompetanse, og til å beslutte en eventuell aldersgrense for dette eller andre kriterier knyttet til samtykkekompetansen.

Det er et generelt og tiltagende trekk fra særlig EMDs praksis at kvaliteten på prosessen og avveiningene som ligger grunn for myndighetenes valg og begrensninger når det kommer til individenes rettigheter, vil ha relevans i en eventuell etterfølgende rettslig prøving, og særlig da betydning for statens skjønnsmargin.²¹⁹ Grovt sagt: jo bedre prosess, jo bredere skjønnsmargin for myndighetene. Vektlegging av prosess ser en også igjen i praksis fra FNs traktatkomiteer og fra Høyesterett, om enn mer indirekte.²²⁰ Prinsippet om barnets beste stiller også krav til prosessen knyttet til beslutninger og handlinger som vedgår barn.²²¹

En ny lovreguleringsprosess, inkludert en høringsprosess, der ulike syn og relevante hensyn belyses og avveies, vil være positiv i dette henseendet. En slik prosess kan også være positiv av andre grunner, herunder ut fra fordelene ved å få lovgivers blick på et område der individenes rettigheter i ikke ubetydelig grad påvirkes av private aktører. Dette har en side til statens såkalte sikringsplikt.²²²

Ovennevnte er ikke momenter som nødvendigvis sier noe om hvem av barn og foreldre som bør gis samtykkekompetanse til dopingkontroller, men er likevel momenter som kan vektes inn i vurderingen av behovet for ny lovregulering på området.

Avslutningsvis er det også verdt å minne om at utredningens problemstilling ikke er noen unik problemstilling, men inngår i en større problemstilling vedrørende barns samtykkekompetanse, se nærmere under punkt 2.3 ovenfor. Det kan være fornuftig å ha en bevissthet om dette i et eventuelt videre lovarbeid. En ny lovregulering av samtykkekompetanse for dopingkontroller vil kunne gi føringer og forventninger på andre områder, og det kan ikke utelukkes at det vil kunne få en tolkningsmessig betydning for rekkevidden av nåværende lovgivning, for eksempel rekkevidden av barns rett til å melde seg inn i foreninger etter barneloven § 32.²²³

²¹⁹ Slik påpekt av f.eks. Norges institusjon for menneskerettigheter (NIM) i årsmelding 2018, Dokument 6 (2018–2019), s. 61, med videre henvisninger til EMDs praksis.

²²⁰ Se punkt 5.1.3 om skjønnsmargin.

²²¹ En slik prosess *kan* også ha en side til barns rett til å bli hørt.

²²² Se punkt 5.1.2 ovenfor. Samtidig som sikringsplikten må utøves under hensyn til idrettens egen foreningsfrihet og autonomi, se pkt. 5.8

²²³ Se også punkt 2.5

