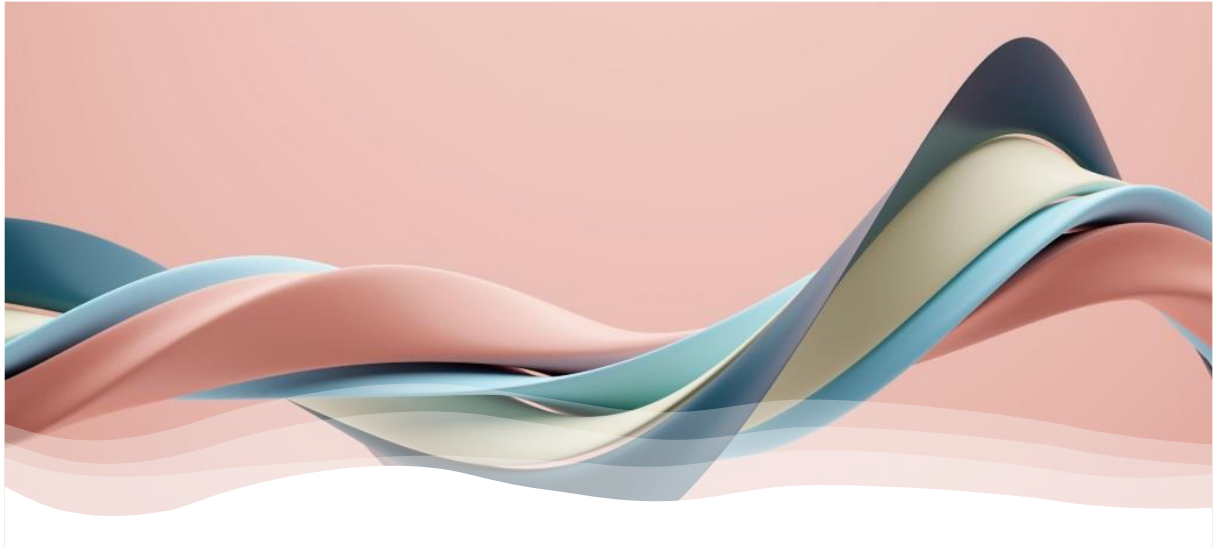




Menneskerettslig handlerom

– «Når barn trenger mer»

Juridisk utredningsoppdrag på vegne av Barne- og familiedepartementet, 1. juni 2023

v/ Merete Havre (Ph.d. i rettsvitenskap)

JUSSFORSK

@jussforsk.no

Forord

Rapporten er finansiert av, og utarbeidet på oppdrag fra Barne- og familiedepartementet i perioden mai 2022 til 1. juni 2023.

Takk til master i rettsvitenskap Julie Langeland som har innhentet og kontrollert kilder som er brukt i prosjektet.

Eventuelle feil er likevel mitt fulle ansvar.

Takk også til faglige rådgivere i institusjonsgruppen i Barne – og familiedepartementet for godt samarbeid.

Rapporten er utarbeidet selvstendig og dens faglige innhold og anbefalinger følger forskningsetiske prinsipper, og er uten påvirkning fra departementet.

Oslo, 9. juni 2023

Merete Havre

Innholdsfortegnelse

Forord	2
Innholdsfortegnelse.....	3
DEL I: Bakgrunn for oppdraget, innledning, metodiske og etiske betraktninger.....	7
Menneskerettslig handlerom «Når barn trenger mer».....	7
Kap. 1 Menneskerettslig handlerom «Når barn trenger mer»	9
1.1 Oppdragsbeskrivelse	9
1.2 Begrepsbruk	10
1.3 Rettskildematerialet som er relevant for å vurdere det nasjonale handlerommet ..	11
1.4 Noen særskilte metodiske spørsmål	13
Kap. 2 Etiske betraktninger.....	17
2.1 Utvidede hjemler kan aldri erstatte ressurser og kompetanse	17
2.3 Manglende helsehjelp kan være brudd på torturforbudet	18
2.4 Barnevern og samfunnsvern – baklengs inn i fremtiden?.....	20
Kap. 3 Generelt om det menneskerettslige vernet.....	21
3.1 Nærvær av goder og fravær av inngrep	21
3.2 Menneskerettigheter er individuelle.....	22
3.3 Materielle og prosessuelle menneskerettigheter	23
3.4 Menneskerettighetenes grenser – oppad mot tortur, nedad mot omsorg	23
3.5 Risiko for menneskerettsbrudd i «to leire»	24
Kap. 4. Fellesspørsmål ved alle inngrep i grunnleggende rettigheter	24
4.1 Inngrep som kan legitimeres	24
4.2 Den menneskerettslige fremgangsmåten som må brukes	25
4.3 Oppsummert: Den menneskerettslige fremgangsmåten som må følges ved inngrep	25

Kap. 5 Rapportens inndeling	31
DEL II: OMSORG OG BESKYTTELSE	33
Kap.6 Barns rett til beskyttelse og omsorg	35
6.1 Barnevernets plikt, og rett, til å gripe inn for å beskytte barn	35
Kap. 7 Den positive omsorgsforpliktelsens nærmere innhold.	38
7.1 Omsorgsansvarets nærmere innhold	38
7.2. Oppsummert: Bygge et bærekraftig liv for seg selv	43
Kap. 8 Grensen mellom omsorgshandlinger og omsorgsinngrep	44
8.1 Grensesetting med og uten lovhjemmel.....	44
8.2 Krevende omsorgshandlinger mot barnets vilje, at de menneskerettslige	44
8.3 Konklusjon: Tredelt omsorgsbegrep	50
DEL III: FRIHET OG BEVEGELSE.....	53
Kap. 9 Vern om den personlige frihet.....	55
9.1. Frihetsberøvelser og frihetsbegrensinger	55
9.2 Formålet med bestemmelsene: Hindre vilkårlige frihetsberøvelser	55
9.3 EMK art. 5 og BK art. 37b.....	56
Kap.10 Når vil et institusjonsopphold utgjøre en frihetsberøvelse?	57
10.1 Frihetsberøvelsesbegrepet	57
10.2 Lukkede institusjoner	57
10.3 Frihetsberøvelser i lukkede institusjoner med bevegelsesbegrensinger, være å regne som	58
10.3 Grensen mellom frihetsberøvelser og frihetsbegrensinger	59
10.5 Kan samtykke frita for vernet i EMK art. 5?	63
10.6 Årsaken til at barnet må bo i institusjon er uten betydning	64
9.5 Prosessuelle krav ved en frihetsberøvelse	64
10.7 Oppsummering og anbefaling frihetsberøvelse	66
Kap.11 Menneskerettslige materielle begrensninger for frihetsberøvelser.	67
11.1 Tre grunnleggende krav ved inngrep i menneskerettigheter.....	67
11.2 Kravet om presist og forutsigbart hjemmelsgrunnlag for frihetsberøvelser	68
11.3 Legitimt formål – for the purpose of educational supervision.....	70
11.4 Proporsjonalitetsvurderingen for frihetsberøvelser med omsorgsformål	74

Kap. 12 Retten til respekt for privatliv	84
12.1 Inngrep med omsorgsformål(omsorgsinngrep) som mellomkategori.....	84
12.1. Retten til respekt for privatliv gjelder uavhengig av plasseringsgrunnlag	84
12.2 Privatlivet skal vernes	85
12.3 Legitimt formål: beskytte barnets «helse eller moral»	85
12.5. Handlinger som etter sin art er vernet av EMK art. 8.....	86
12.6 Beggrunnningen av at barnet er frihetsberøvet for spørsmålet om ytterlige restriksjoner	95
12.7 Beggrunnningen av at barnet bor alene for spørsmålet om ytterligere restriksjoner. 95	95
12.8 Oppsummering og anbefalinger.....	95
 Del V: Det menneskerettslige torturforbudet	99
Kap. 12 Absoluttforbudet mot tortur, og annen grusom, umenneskelig, nedverdiggende behandling	99
12.1 Formål: Barn skal behandles humannt og med verdighet.....	101
12.2 Alle menneskerettskonvensjonene inneholder et torturforbud	101
12.3 Barneperspektiv på analysen.....	102
12.4 Torturforbudet verner psykisk og fysisk integritet	103
12.5 Norges forebyggingsansvar	103
 Kap. 13 Torturforbudets innhold	104
13.1 Torturbegrepet som overordnet begrep.....	104
13.2 Konkret helhetsvurdering av alle forhold sett under ett.....	105
13.3 Terskelen for at handlinger rammes av torturforbudet er høy	106
13.4 Utover den nedverdiggelse som ligger i frihetsberøvelsen i seg selv	108
13.5 Praksis fra EMD som gjelder barn og torturforbudet	108
13.6 Særlig om isolasjon som del av torturbegrepet	112
13.7. Kan barn i norske barnevernsinstitusjoner isoleres?.....	114
13.8 Oppsummering og anbefaling	116
 Referanser og litteratur.....	119
 Tabeller diverse søk	131
 Tabeller	131

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

Menneskerettslig handlerom «Når barn trenger mer»

Kap. 1 Menneskerettslig handlerom «Når barn trenger mer»

1.1 Oppdragsbeskrivelse

Oppdraget ber overordnet om å kartlegge, og vurdere, handlingsrommet for begrensinger for barn i barneverninstitusjoner i lys av Norges menneskerettslige forpliktelser. Dette innebærer en vurdering av muligheten for å fastsette begrensinger som går lenger enn barnevernsloven av 2021(bvl).¹Utredningen skal omfatte både atferdstiltak og omsorgstiltak.

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

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

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

Til oppdragsbeskrivelsen er det vedlagt:

- 1) Bakgrunn for oppdraget basert på Helsetilsynet sin rapport 9/2019 «Når barn trenger mer»
- 2) Bufdir sine anbefalinger til endring av regelverk og rammer for barn i barneverninstitusjoner med store og komplekse utfordringer, og som kan være til en fare for seg selv og andre på institusjonen av 12. april 2021
- 3) Oppdragsbestilling fra BFD til Bufdir

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

¹ Lov 18 juni 2021 om barnevern (barnevernsloven).

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

Også i denne rapporten vil det gis en rettslig forståelse av tvangsbegrepet, og det rettslige forholdet mellom tvang og utøvelsen av omsorgsansvaret, særlig i kap. 2.

Undertegnede har i samme periode som denne rapporten er utarbeidet, deltatt i forskningsprosjektet «Enetiltak og rustiltak i barnevernet», ved Nova, OsloMet-storbyuniversitetet, finansiert av Bufdir.

1.2 Begrepsbruk

I rapporten vil følgende begrep brukes:

‘Tvang’ Menneskerettslig brukes ikke tvangsbegrepet i noen sammenheng. I rapporten brukes tvangsbegrepet kun til å beskrive inngrep med samfunnsbeskyttende mål.

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

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

‘Inngrep med omsorgsformål’ Handlinger mot barns vilje, som er menneskerettslig beskyttet, beskrives som inngrep med omsorgsformål i denne rapporten

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

‘Begrensende omsorgshandling’ brukes om handlinger skjer mot barnets vilje, men som ikke er menneskerettslig beskyttet.

‘Frihetsberøvelse med omsorgsformål’ brukes om frihetsberøvelser i barneverninstitusjoner.

‘Frihetsberøvelse’ brukes der tiltaket vernes av EMK art. 5.

‘Frihetsbergrensende’ brukes der tiltaket vernes av fjerde tilleggsprotokoll til EMK art. 2.

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

'Fysisk makt' brukes til å beskrive en fysisk integritetskrenkelse.

'Sosial isolasjon' brukes til å beskrive der barnet er avskåret fra sosial kontakt med jevnaldrende innenfor og utenfor institusjonen.

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

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

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

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

'Skjerming' brukes til å beskrive bevegelsesbegrensinger i egen enhet i en kortere periode.

'Alenetiltak' brukes til å beskrive at barnet bor som eneste barn i institusjoner som er godkjent for flere.

'Enetiltak' brukes til å beskrive at barnet bor som eneste barn i institusjonen, og institusjonen kun er godkjent for ett barn

'Samtykkebasert' brukes for å beskrive om barnet og/eller foreldrene har samtykket, men beskriver ikke verken barnet eller foreldrenes frie vilje.

'Barnevernet' brukes overordnet til å beskrive barnevernet i vid forstand, og inkluderer barnevernsinstitusjoner (offentlig og privat), og barnevernstjenesten kommunalt, og statlig barnevernsmyndigheter, der det ikke er rettslig grunn til å skille mellom dem. Begrepet inkluderer også barneverns- og helsenemnda (tidligere Fylkesnemnda).

1.3 Rettskildematerialet som er relevant for å vurdere det nasjonale handlerommet

Det er særlig Den Europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) med gjeldende tilleggsprotokoller², og FN konvensjonen om barns rettigheter (BK)³ som vil bli gjenstand for analyser i rapporten. FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP)⁴ vil bare bli trukket inn der denne kan tenkes å innsnevre handlingsrommet ytterligere. Disse tre konvensjonene gjelder som norsk lov.⁵

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁰ A/RES/66/138 (2011)

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

søkeordene “personal autonomy and child”, “personal autonomy of children”, “personal autonomy of a minor”.

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

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

1.4 Noen særskilte metodiske spørsmål

1.4.1 Særlige rettskildeprinsipper for menneskerettsspørsmål i barnevernsretten

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

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

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

¹³ Havre, Merete: «Nyanser av grått. Hjemmelskrav for tvangsbruk med omsorgsformål i barneverninstitusjoner» (2016) og Havre, Merete: “Legitimt och illegitimt tvång. En kritisk granskning av norska institutioner utifrån ett rättighetsperspektiv” (2018)

¹⁴ Sigurdson, Randi: “Tvangsplassering av barn med utfordrende atferd - en sammenligning av regler i barnevernloven, helse- og omsorgstjenesteloven og psykisk helsevernloven” (2015).

¹⁵ Horn, Thomas: “Fullstendig isolasjon ved risiko for bevisforspillelse” (2017)

¹⁶ Eckhoff, Torstein: “Rettskildelære” (2007).

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

Både BK art. 3 og GrL § 104 krever at reglene skal tolkes barnesensitivt når det er barn som berøres av handlingene. Også EMD krever barnesensitiv fortolkning.¹⁷ At BK art. 3 også er et rettskildeprinsipp, fremgår klart av FNs barnekomité sin generelle kommentar.¹⁸

På barnevernsinstitusjonsområde er det imidlertid slik at hensynet til barnet kommer inn i tolkingen på begge sider av vurderingen. Det er barnet som skal beskyttes og gis omsorg gjennom barnevernets handlinger, og det er barnets frihetsrettigheter det gripes inn i for å oppnå målet. Det er derfor ikke mulig å kun ta med hensynet til barnet på den ene siden i vurderingen, som f.eks. ved tolking og forståelse av inngrepsbegrensingene etter EMK, uten at man også tar med at det er hensynet til barnet som legitimerer de ulike barnevernsinngrepene. Om hensynet til barnet ikke kommer inn på begge sider i vurderingen, vil analysene komme skjevt ut. Hensynet til barnet kan i disse sakene tale for at det skal gripes inn, og kan tale mot at det gripes inn i grunnleggende rettigheter. Dette er viktig å huske på ved lesing av rapporter som kun har mandat til å foreta vurderinger av den ene siden av det menneskerettslige vernet.¹⁹

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

1.4.3 Generelle kommentarer fra FNs barnekomité

De generelle kommentarene fra FNs barnekomité er ansett å være autoritative rettskilder.²⁰ Høyesterett har i storkammersak fra 2020 uttalt at «Høyesterett har anvendt barnekonvensjonen i mange saker, og det er lagt stor vekt på Barnekomitéens generelle kommentarer».²¹ Vekten som skal legges på uttalelsene vil variere ut fra «hvor godt de er forankret i konvensjonsteksten», samt om det dreier seg om tolkningsuttalelser eller om det bare «må sees som en tilråding om optimal praksis på konvensjonens område».²²

¹⁷ Prop. 135 L (2010-2011) s.65 og 149-150.

¹⁸ General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration, avsnitt 6.

¹⁹ Slik som f.eks. Sivilombudets forebyggingsmandat som utelukkende er en vurdering av menneskerettslige frihetsrettigheter (fravær av inngrep), og ikke en vurdering av den menneskerettslige plikten til å beskytte barn etter FNs barnekonvensjon.

²⁰ HR-2018-2096 avsnitt 14

²¹ HR-2020-661-S avsnitt 80.

²² HR-2018-2096-A avsnitt 14.

1.4.4 Bruk av rettskildematerialet mot voksne

Mye av rettskildematerialet fra menneskerettsdomstolen i Strasbourg (EMD) gjelder saker mot voksne. Alle avgjørelser i EMD er individuelle og knyttet til faktum i den konkrete saken. Dette betyr at saker med noe annet faktum vil kunne komme annerledes ut. Det vil derfor ikke være mulig å legge til grunn at en sak med en voksen vil komme likt ut som en sak der inngrepet skjer overfor ett barn.²³ Når EMD-dommer tolkes i et barnesensitivt lys, vil slike saker komme ut med annet resultat i begge retninger; tiltak som tillates overfor voksne, vil kunne være forbudte overfor barn, og tiltak som ikke tillates overfor voksne, vil kunne tillates overfor et barn, fordi barn er en sårbar gruppe som krever ekstra beskyttelse mot handlinger som kan være skadelige for dem (se del II).

1.4.5 Bruk av rettskildematerialet som gjelder frihetsberøvelser

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

1.4.6 Motstrid mellom BK og EMK

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

I de fleste tilfeller vil det være mulig å legge til grunn en harmonisert forståelse av de to konvensjonene, slik at en eventuell motstrid mellom dem harmoniseres på faktornivå. I rapporten tilstrebes en slik harmonisering, slik at de enkelte rettsreglene ivaretar både EMK-vernet og vernet etter BK. Der det ikke er mulig med en slik harmonisering på faktornivå, får vi en regelmotstrid hvor de to konvensjonene gir ulike svar på hvilke menneskerettigheter barnet har. Det må da skje en harmonisering på regelnivå. Menneskerettsloven har ingen tolkingsregel som løser dette rettskildespørsmålet. Gitt at både Grl. § 104 og BK art. 3 krever at hensynet til barnet skal være et avgjørende hensyn, og rettskildeprinsippet om at spesielle

²³ Slik som f.eks. Sivilombudets forebyggingsenhet sin bruk av Munjaz-dommen i sine rapporter.

lover skal gå foran generelle lover (lex specialis), er det naturlig at BK går foran EMK og SP ved motstrid.

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

EMD sin praksis er dynamisk og utvikler seg i takt med samfunnsutviklingen, og man vil aldri kunne helgardere seg mot fremtidige domfellelser i EMD basert på materialet på et gitt tidspunkt. Fordi det er tale om et dynamisk rettsområde vil søkelyset i utredningen ligge på de prinsippene som legges til grunn når det skal tas stilling til hvilke menneskerettslige begrensinger som gjelder. EMD starter alle sine dommer med å vise til de overordnede prinsippene for de vurderingene som må foretas etter den enkelte rettigheten som står til prøve. Rettskildemessig er disse prinsippene av større betydning, enn det konkrete resultatet i hver sak – fordi menneskerettsvernet må avgjøres individuelt.

1.4.8 EMD og statens skjønnsmargin

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

1.4.9 Torturforebyggingskomiteens (CPT) og Sivilombudets sin praksis

Noen av spørsmålene som utredningen reiser, krever analyser av torturforebyggingskomiteen sine rapporter (CPT). Disse er ikke rettslig bindende, men vil gi informasjon om hvordan man best forebygger tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling. Det er viktig å være klar over at normen etter forebyggingsperspektivet er langt videre enn den rettslige menneskerettslige normen for hva som faktisk er å regne som tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling eller straff etter bl.a. EMK. CPT er ikke et rettslig organ, og det foretar ikke noen rettslig vurdering av om ulike praksiser er i strid med torturforbudet.²⁴ Siktemålet med konvensjonen og mandatet er å hjelpe landene med å utvikle best mulig regler og best mulig praksis innenfor konvensjonens område.²⁵ Rapportene vil slik ikke kunne brukes som en rettslig kilde for tolkingen av hva som faller innenfor eller utenfor de menneskerettslige konvensjonene.

Det samme må man ha i bakhodet når man ser på praksis og rapporter fra Sivilombudets forebyggingsenhet. EMD anser seg heller ikke bundet av CPT sine rapporter, og det finnes flere saker i EMD hvor CPT har ment at tilfellet dekkes av torturforbudet i EMK art. 3, men uten at EMD har funnet at bestemmelsen er krenket.²⁶

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

Kap. 2 Etiske betraktninger

2.1 Utvidede hjemler kan aldri erstatte ressurser og kompetanse

Innledningsvis minnes det om den menneskerettslige plikten etter FNs barnekonvensjon til å tilby barn under offentlig omsorg forsvarlig omsorg og behandling.²⁷ Dette krever både

²⁴ Horn, Thomas: «Hvilken rettspolitisk betydning bør kritikk fra CPT ha for norske regler om isolasjon ved varetektsfengsling?» (2011), s. 336.

²⁵ Ibid s. 334.

²⁶ Ramirez Sanchez mot Frankrike, dom avsagt 4. juli 2006 avsnitt 145. Om den rettskildemessige betydning av CPT sin praksis, se Horn, Thomas: «Hvilken rettspolitisk betydning bør kritikk fra CPT ha for norske regler om isolasjon ved varetektsfengsling?» (2011)

²⁷ Særlig BK art. 3 og 6.

ressurser og kompetanse. Etter barnekonvensjonens krav skal ressursituasjonen sees opp mot det enkelte lands økonomiske kapasitet.²⁸ Dette stiller et strengere krav til Norge, enn til andre land. Kravet er ytterligere forsterket der barn er under barnevernets omsorg. I barn- og straff-utredningen heter det om barn i fengsel: «Enda viktigere enn lovendringer er det, etter utvalgets mening, at kriminalomsorgen og dens samarbeidspartnere tilføres tilstrekkelige ressurser til å ivareta barns behov under fengselsoppholdet».²⁹ Det samme legges til grunn for analysene i denne rapporten.

2.3 Manglende helsehjelp kan være brudd på torturforbudet

Det er en risiko ved utvidede hjemler at barnevernet både blir helsevern og barnevern, og blir den instansen som alene blir ansvarlig for barna med store og komplekse vansker. Det er derfor særdeles viktig ved innføring av nye hjemler, å sørge for at barn som er i behov for andre velferdstjenester får dette fra det offentlige velferdsapparatet. EMD har i flere saker kommet til at manglende helsehjelp i institusjoner er brudd på EMK art. 3. Saken *Blokhin mot Russland* gjaldt en gutt med ADHD som ikke fikk tilfredsstillende psykologisk og nevrologisk oppfølging mens han, i 3 uker, var frihetsberøvet under offentlig omsorg.

EMD uttalte i denne saken:

”On the whole, the Court reserves sufficient flexibility in defining the required standard of health care, deciding it on a case-by-case basis. That standard should be “compatible with the human dignity” of a detainee but should also take into account “the practical demands of imprisonment” [...] When dealing with children, the Court considers that, in line with established international law, the health of juveniles deprived of their liberty shall be safeguarded according to recognised medical standards applicable to juveniles in the wider community [...]”³⁰. The authorities should always be guided by the child’s best interests, and the child should be guaranteed proper care and protection. Moreover, if the authorities are considering depriving a child of his or her liberty, a medical assessment should be made of the child’s state of health to determine whether or not he or she can be placed in a juvenile detention centre.”³¹ At barn med store psykiske vansker ikke får tilfredsstillende helsehjelp mens de bor i

²⁸ Se BK art. 4.

²⁹ Prop. 135 L (2010-2011), punkt 11.9.2 Utvalgets forslag

³⁰ Med henvisning til blant annet CM/Rec(2008)11 on the European Rules for juvenile offenders subject to sanctions or measures (2008) avsnittene 57, 62.2, 62.5, 69.2, og 73 (d), BK artikkel 3, og Havanareglene, avsnittene 79, 81 and 87.

³¹ *Blokhin mot Russland*, dom avsagt 23. mars 2016 avsnitt 138.

barneverninstitusjoner vil derfor innebære en risiko for at Norge dømmes for brudd på torturforbudet i EMK art. 3.

Plikten til å sikre helsehjelp, følger også flere bestemmelser i FNs barnekonvensjon.

I BK art. 3 nr. 3 heter det:

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

I BK 26 nr. 2 heter det:

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

I BK art. 27 heter det: “States Parties recognize the right of every child to a standard of living adequate for the child's physical, mental, spiritual, moral and social development»

Og videre: “The parent(s) or others responsible for the child have the primary responsibility to secure, within their abilities and financial capacities, the conditions of living necessary for the child's development.”

Det er ikke tvilsomt at staten som sådan har en forpliktelse etter menneskerettighetene til å sikre barn forsvarlig helsehjelp, både innenfor og utenfor barnevernsinstitusjoner. FNs barnekomité påpeker også at barn under barnevernets omsorg generelt har dårligere muligheter for å kunne nyttiggjøre seg av utviklingsfremmende tiltak, og at det derfor er særskilt viktig at denne allerede sårbare gruppen barn, tilbys alle muligheter for å kunne klare seg senere i voksenlivet.³²

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

³² CRC General Comment No. 20 (2016) on the implementation of the rights of the child during adolescence, avsnitt 52 til 54.

- Spesialisthelsetjenesten gis en plikt til å ta imot barn i barnevernsinstitusjoner til behandling selv om barna ikke samtykker til behandling.

Ett av spørsmålene som skal tas stilling til i denne rapporten, er om det kan brukes lukkede institusjoner for barn i barnevernsinstitusjoner. Uavhengig av svaret på det hvilket menneskerettslig handlerom som finnes, er det grunn til å minne om at spørsmålet om lukkede institusjoner også ble diskutert i forbindelse med ny barnevernslov av 2021. Professor Aslak Syse skrev i sin lederartikkel i Tidsskrift for familie, barn- og arverett at bruken av lukkede institusjoner gir grunn til bekymring for om barnevernet likevel blir et samfunnsvern.³³ Barneombud Inga Bejer Engh gikk også hardt ut mot regjeringens forslag om lukkede barnevernsinstitusjoner. I Aftenposten 9. mai 2019 kritiserte hun forslagene om de lukkede barnevernsinstitusjonene og stilte spørsmålet: «Hva skal man gjøre bak den låste døren, hvordan få dem til å endre adferd, hva slags hjelp skal de få? Hun understreker at det er mulig å «ha mange høyt kvalifiserte voksne rundt barnet eller ungdommen istedenfor økt bruk av låste dører».³⁴

“States parties should immediately embark on a process to reduce reliance on detention to a minimum. Nothing in the present general comment should be construed as promoting or supporting the use of deprivation of liberty, but rather as providing correct procedures and conditions in the minority of cases where deprivation of liberty is deemed necessary.”³⁵

³³ Syse, Aslak: ” Barnevern og samfunnsvern”, (2019).

³⁵ CRC General Comment No. 24 (2019) on children's rights in the child justice system, a vsnitt 82, 83 og 84, se også United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty (Havana-reglene) (1990) punkt 2 og punkt 9.g

en frihetsberøvelse, uansett hvor den utholdes, og formålet med den. Slik vi kjenner norske barneverninstitusjoner sin innretning og organisering i dag, der fokuset er omsorg fremfor straff, og institusjonene ikke er lukkede, kan det trolig differensieres. Men dersom man tenker en annen organisering, slik det f.eks. er i Sverige, med store lukkede institusjoner for barn, med gjerder med piggråd og vakthold, hjelper det lite å kalle det for en barneverninstitusjon fremfor et fengsel.

Det er betimelig å stille spørsmålet om man ikke går baklengs inn i fremtiden ved først å ha fått ned antall barn i fengsel, og deretter igjen å ønske å frihetsberøve disse barna i barnevernet. Det er en risiko for at utvidede hjemler på barnevernets område, i realiteten også er et skjult samfunnsvern.³⁶ At barnevernet brukes som et samfunnsvern, er forbudt etter det menneskerettslige dobbeltstraff-forbudet.³⁷ At barnevernet ikke er, og ikke skal være, et samfunnsvern, men et individvern, kommer også tydelig til uttrykk i barnevernlovens bestemmelser, og også i forarbeidene til ny barnevernslov.³⁸

Det anbefales at:

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

Kap. 3 Generelt om det menneskerettslige vernet

3.1 Nærvær av goder og fravær av inngrep

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

³⁶ Elisabeth Sørli i Aftenposten 25. mai 2023. [Barnevernet skal gi ungdommer behandling, ikke beskytte samfunnet fra dem \(aftenposten.no\)](https://www.aftenposten.no/barn/nyheter/2023/05/25/barnevernet-skal-gi-ungdommer-behandling-ikke-beskytte-samfunnet-fra-dem)

³⁷ Jf. EMK tilleggsprotokoll nr. 7 artikkel 4.

³⁸ Prop. 133 L (2020-2021) 7.1.4.3.

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

Det er særlig fravær av tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling i EMK art.3, vernet mot vold i BK art.19, samt retten til liv i EMK art. 2, som er ufravikelige menneskerettsbestemmelser av betydning for barn i barnevernsinstitusjoner. Disse rettighetene er beskyttet i alle tre konvensjonene. De relative rettighetene deles i to, hvor retten til personlig frihet, som bl.a. er vernet i EMK art. 5, er uttømmende regulert med de ulike formålene som kan legitimere inngrep, regulert i bestemmelsen, og retten til respekt for privatliv i EMK art. 8 og retten til bevegelsesfrihet i fjerde tilleggsprotokoll artikkel 2, hvor inngrep kan legitimeres dersom de følger videre angitte unntakskriterier.

Rettighetsvernet kan illustreres slik:

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

3.2 Menneskerettigheter er individuelle

Menneskerettigheter er individuelle. Det betyr at et inngrep som kan tillates for noen barn, ikke kan tillates overfor andre barn. Hvorvidt inngrepet kan legitimeres, eller ikke, må avgjøres etter en konkret vurdering i den enkelte sak. At vurderingene ikke er foretatt konkret og individuelt ut fra barnets behov for hjelp, er en av hovedårsakene til at Norge dømmes for brudd på EMK

art. 8 i barnevernssaker.³⁹ Vurderingen som skal foretas av hva som er «barnets beste» skal også skje individuelt og konkret, jf. BK art. 3. FNs barnekomité presiserer i sin generelle kommentar at vurderingen av barnets beste bør starte med en vurdering av de konkrete omstendighetene som gjør barnet unikt.⁴⁰

3.3 Materielle og prosessuelle menneskerettigheter

Menneskerettigheter må også deles mellom rettigheter som er prosessuelle og rettigheter som er materielle. De materielle rettighetene tilfører barnet noe innholdsmessig – f.eks. retten til å ha kontakt med jevnaldrende. De prosessuelle rettighetene viser til hvordan prosessen og systemet må innrettes slik at barna i tillegg til å være innehaver av en rettighet som gir dem noe, også skal få denne rettigheten gjennomført i systemet.

3.4 Menneskerettighetenes grenser – oppad mot tortur, nedad mot omsorg

Grensesetting overfor barn i barneverninstitusjoner har en grense nedad mot omsorgshandlinger, og en grense oppad mot de absolutt vernede verdiene.

Dette gir følgende inndeling i tre kategorier:

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

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

³⁹ Se Havre, Merete, kommentar til bvl. (1992) § 4-20 i Gyldendal rettsdata

⁴⁰ CRC General Comment no. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration, avsnitt 49.

3.5 Risiko for menneskerettsbrudd i «to leire»

Staten er menneskerettslig forpliktet overfor barn i barnevernsinstitusjoner i to retninger; både til å beskytte barn og gi barn forsvarlig omsorg etter FNs barnekonvensjon⁴¹, og til å frastå fra inngrep i grunnleggende menneskerettigheter etter SP, BK og EMK.

Det vil være en risiko for menneskerettsbrudd i begge retninger. Både om det gripes inn for mye, og om det gripes inn for lite. Oppfyllelsen av Barnekonvensjonens krav vil i praksis likevel kunne få en slagside, hvor de negative forpliktelsene gis en forrang, og de positive forpliktelsene blir underordnet. Dette kan henge sammen med at Norge ikke har undertegnet tilleggsprotokollen til BK hvor barn kan klage staten inn for FNs barnekomité, slik at Norge ikke kan dømmes for brudd på BK i individsaker. Muligheten for at Norge dømmes i individsaker finnes imidlertid både for EMK og SP. Norge er også dømt av bl.a. menneskerettsdomstolen i Strasbourg for brudd på EMK i en rekke saker. Mange av disse domfellelsene gjelder barnevern.⁴² I tillegg har Sivilombudets forebyggingsenhet et særskilt ansvar til å følge opp tilfeller for å forebygge tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling. Summen av disse korrektivene kan føre til at de negative frihetsrettighetene tar fokuset bort fra de positive beskyttelsespliktene. Staten er imidlertid like forpliktet til å følge begge.

Kap. 4. Fellesspørsmål ved alle inngrep i grunnleggende rettigheter

4.1 Inngrep som kan legitimeres

Det oppstår en rekke felles menneskerettslige begrensinger som gjelder uavhengig hvilke rettigheter som vernes, for rettigheter som det kan skje inngrep i (relative rettigheter). De relative rettighetene det skal tas stilling til gjelder primært de menneskerettslige bestemmelsene om frihet og bevegelse, og bestemmelsene om retten til respekt for privatlivet. Felles for alle rettighetene er at inngrepene i barnevernet skal beskytte individuelle

⁴¹ Også EMD viser til den positive plikten statene har til å gripe inn for å beskytte barn, jf. EMK art. 1, D.L. mot Bulgaria, dom avsagt 19. mai 2016 avsnitt 81 med videre henvisning til bl.a. X. og Y. mot Nederland, dom avsagt 26. mars 1985 avsnitt 21 til 27, og BK artikkel 19 og 37.

⁴² For en oversikt over EMD sine domfellelser i perioden 2017-2022, se Havre, Merete: Kommentarer til barnevernloven av 1992 [opphevet] (2022)

målsetninger, og ikke samfunnsmessige mål. De menneskerettslige vurderingene vil derfor være ulike etter hvilke formål inngrepet, skal tjene, men vil ellers følge en felles struktur.

4.2 Den menneskerettslige fremgangsmåten som må brukes

For å ta stilling til de menneskerettslige kravene – både i en lovgivningssituasjon og i en konkret rettsanvendelse, oppstiller EMD en metodikk som må følges for å sikre menneskerettslig oppfyllelse.

Det må da først spørres om det foreligger en menneskerettslig beskyttet *rettighet*. Dette er et spørsmål om det foreligger en vernet verdi som gjennom konvensjonen er gjort til en rettighet i juridisk forstand.

Dersom det foreligger en rettighet, må det spørres om denne rettigheten kan gjøres unntak fra, eller om den er absolutt. Er det en rettighet det kan gjøres unntak fra, vil det måtte spørres om det er et menneskerettslig beskyttet inngrep.

Dersom handlingen er av en slik art og grad at det er menneskerettslig beskyttet inngrep, må tre grunnleggende menneskerettslige begrensinger følges:

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

Disse kravene følger både direkte av bestemmelsene i EMK, og av en rikholdig EMD praksis.⁴³

De samme kravene følger også av FN konvensjonen om politiske rettigheter gjennom en tolking av vilkårene «arbitrary» og «unlawful». Menneskerettskomiteen (CCPR) legger til grunn at vilkåret “arbitrariness” i SP art. 16 “includes elements of inappropriateness, injustice, lack of predictability and due process of law, as well as elements of reasonableness, necessity and proportionality”.⁴⁴

Det er manglende anvendelse og forståelse av det menneskerettslige proporsjonalitetsprinsippet som fører til de mange domfellelsene av Norge i

⁴³ De går tydeligst frem av EMK artiklene 8-11, og i tilleggsprotokollene. Kravene gjelder imidlertid også i aller høyeste grad ved frihetsberøvelsene etter EMK art. 5, se bl.a. i min doktoravhandling, Havre, Merete: «Varetektsfengsling og proporsjonalitetsprinsippet – en balansetest» (2015)

⁴⁴ Se Ragnar Nordeide, Karnov lovkommentar til SP art. 17 som viser til A.B. mot Canada, CCPR-2014-238, “Views “2016, avsnitt 8.7.

menneskerettsdomstolen i Strasbourg.⁴⁵ Selv om domfellelsene gjelder brudd på EMK art. 8 for inngrep i barnets og foreldrenes rett til respekt for familielivet, er det samme prinsippet, og de samme begrensingene som gjelder der det gripes inn i barnets familieliv og privatliv i barnevernsinstitusjonene etter EMK art. 8 nr. 2, og ved en frihetsberøvelse vernet av EMK art. 5, eller en frihetsbegrensing vernet av fjerde tilleggsprotokoll art. 2.

Det første kravet for å kunne legitimere inngrep i grunnleggende menneskerettigheter er at inngrepet har hjemmel i lov. EMK krever ikke formell lovgivning som hjemmelsgrunnlag, men det gjør den norske grunnloven, jf. Grl. § 113.

Etter EMDs praksis stilles det krav til hjemmelsgrunnlagenes *kvalitet* når det er tale om inngrep i grunnleggende menneskerettigheter. Også menneskerettskomiteen stiller krav til hjemmelsgrunnlagets «predictability». EMD uttaler seg om kvalitetskriteriene på denne måten i saken *Munjaz mot Storbritannia*, at spørsmålet er om inngrepet kan møte «the “quality of law” test as set out in the Court’s case-law».⁴⁶

Lovbestemmelsene må være tilgjengelige og forutsigbare, og være tilstrekkelig presise slik at individene kan forutberegne sin egen rettslige stilling.⁴⁷ Om skjønnsmessige bestemmelser i lovgivningen heter det i *Munjazdommen* at «the law must indicate the scope of any such discretion conferred on the competent authorities and the manner of its exercise with sufficient clarity to give the individual adequate protection against arbitrary interference».⁴⁸

Både det menneskerettslige hjemmelskravet og det grunnlovfestede legalitetsprinsippet er relativt. At hjemmelskravet er relativt, og at det settes strengere krav til lovens kvaliteter der det er tale om et av de sterkeste inngrepene - frihetsberøvelse, kommer blant annet til uttrykk i saken *Gabrowski mot Polen*, som gjaldt lovligheten av en frihetsberøvelse av et barn hvor det heter:

“in this sense implies that where a national law authorizes deprivation of liberty it must be sufficiently accessible, precise and foreseeable in its application, in order to avoid all risk of arbitrariness [...] Where deprivation of liberty is concerned, it is essential that the domestic law define clearly the conditions for detention”⁴⁹

⁴⁵ Havre, Merete. ”Kommentarer til barnevernloven §§ 4-12-4-21, og 4-24-2-25, samt kap. 5 og 7” (2022)

⁴⁶ *Munjaz mot Storbritannia*, dom avsagt 17. juni 2012 avsnitt 87

⁴⁷ *Munjaz mot Storbritannia*, dom avsagt 17. juni 2012 avsnitt 88

⁴⁸ *Munjaz mot Storbritannia*, dom avsagt 17. juni 2012, avsnitt 87, og 88 med videre henvisninger

⁴⁹ *Gabrowski mot Polen*, dom avsagt 30. juni 2015 avsnitt 46

Hensynet til barnets beste i Grl. § 104 og BK art. 3 krever også et enda sterkere legalitetskrav enn for voksne.⁵⁰

Det neste kravet som må være oppfylt for å kunne legitimere et inngrep i grunnleggende menneskerettigheter, er kravet om et anerkjent legitimt formål. Det er kun inngrep som faller innenfor formålsangivelsene i EMK art.8 som kan begrunne restriksjoner overfor barna i barneverninstitusjoner.

Fordi barnevernet ikke driver samfunnsvern, vil hensynet til barnet selv, eller de andre i institusjonen, utgjøre det legitime formålet med inngrepene, jf. bvl. § 1-1 og bvl. § 10-1. De menneskerettslige forpliktelsene til å gi barna omsorg og beskyttelse etter FNs barnekonvensjon vil inngå som de legitime formålene for å gripe inn overfor barna. Omsorgsansvaret vil her være sammenfallende med det legitime formålet «helse og moral» som kommer til uttrykk i EMK art 8 nr. 2, eller for å beskytte «andres rettigheter og friheter» inne i institusjonen. Formålet med en frihetsberøvelse er uttømmende regulert i EMK art. 5, hvor barnevernets frihetsberøvende tiltak kan legitimeres dersom de skjer «for the purpose of educational supervision», jf. EMK art. 5 nr. 1 bokstav d.

Dersom et inngrep har tilstrekkelig grunnlag i lov, og inngrepet skjer for å beskytte et anerkjent legitimt formål, må det tredje kravet om at inngrep i grunnleggende menneskerettigheter må være *proporsjonale*, også være oppfylt for at inngrepet skal kunne skje.⁵¹ Proporsjonalitetsprinsippet brukes av EMD bl.a. når det skal tas stilling til om et inngrep er «nødvendig i et demokratisk samfunn», jf. blant andre EMK art. 8 nr. 2, og fjerde tilleggsprotokoll art. 2. Grl. § 102 skal forstås med samme begrensinger som menneskerettskonvensjonene.⁵² For frihetsberøvelser kommer kravet direkte til uttrykk i Grl. § 94 hvor det heter: «Ingen må fengsles eller berøves friheten på annen måte uten i lovbestemte tilfeller og på den måte som lovene foreskriver. Frihetsberøvelsen må være nødvendig og ikke utgjøre et uforholdsmessig inngrep».

EMD uttrykker ofte proporsjonalitetskravet i sine dommer slik at midlene som tas i bruk for inngrepet må være “relevant and sufficient for the purposes”.⁵³ Dette betyr at midlene som brukes må stå *i forhold* til målet med inngrepet. Det skal altså foretas en mål – middel analyse.

⁵⁰ Martnes, Mona:” Barnets beste - rettighetens innhold i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning”, (2021) s. 98.

⁵¹ For tolkingen av SP art. 17 se f.eks. A.B. mot Canada, CCPR-2014-2387” Views”, 15. Juli 2016:” as well as elements of reasonableness, necessity and proportionality» (avsnitt 8.7)

⁵² Rt. 2015 s. 93 (Mariadommen) avsnitt 57.

⁵³ Strand-Lobben mot Norge, dom avsagt 10. september 2019 avsnitt 203, med videre henvisning til blant annet, Paradiso and Campanelli mot Italia, dom avsagt 27. januar 2017 avsnitt 179.

Proporsjonalitetsprinsippet er et *balanseringsprinsipp*.⁵⁴ Også Sørensen viser til at menneskerettighetene søker å finne en rimelig balanse mellom samfunnets interesse og beskyttelse av de individuelle rettighetene.⁵⁵ Det er vanlig i barnevernsrettslig litteratur å oppstille hensynet til barnet i en slags trekantmodell, hvor a) samfunnet b) barnet og c) foreldrene inngår.⁵⁶ Dette er imidlertid ikke nødvendig for å foreta en proporsjonalitetsvurdering, og vil også kunne føre avveiningen galt av sted.

På barnevernets område, og også generelt innenfor velferdsretten, er det ikke riktig å oppstille proporsjonalitetsprinsippet som en avveining mellom *samfunnets* interesse, og individets interesse. Barnevernet har ikke noe egeninteresse i barnevernssaker, verken der det gripes inn med omsorgstiltak mot foreldrene, eller der det gripes inn overfor barnet selv. Det er derfor ikke *samfunnets* interesser som skal vernes. Det er *hensynet til barnet* som utgjør det statlige legitimeringsgrunnlaget i alle barnevernssaker, og ikke samfunnsvern slik som ved straff, utvisning mv.⁵⁷

Der det skjer inngrep overfor barnet selv utgjør hensynet til barnets vernede verdier den ene siden i avveiningen. Hensynet til barnets behov for beskyttelse og omsorg utgjør den statlige interessen (i visse tilfeller også en statlig plikt) til inngrep i den vernede verdien. Statens interesse er derfor sammenfallende med det barnevernet mener er til dette barnets beste.

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

Hensynet til barnet går derfor inn på begge sider i vurderingen.

Proporsjonalitet viser til, som navnet tilsier, at noe skal sees *i forhold* til noe annet. Prinsippet er slik en test på forholdet mellom målet som søkes nådd, og middelet som brukes for å nå dette målet. *Målet* med inngrepet må derfor defineres og begrunnes konkret (hva som er barnevernets mål med å tilføre barnet dette godet). *Middelet* som brukes for å nå målet om

⁵⁴ Slik også tittelen på min doktoravhandling «Varetektsfengsling og proporsjonalitetsprinsippet – en balansetest» og tittelen på Jonas Christoffersen sin doktoravhandling «Fair balance: proportionality, subsidiarity and primarity in the European Convention on Human Rights» (2009) viser

⁵⁵ Sørensen, Christian Børge: "Barnevern og menneskerettighetene", del 4 til NOU 2016:16 (2016) s. 316.

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ I saker som gjelder inngrep i foreldrenes og barnas rettigheter til respekt for familieliv, er dette den individuelle interessen, mens hensynet til barnet rett til omsorg og beskyttelse utgjør den statlige interessen (i visse tilfeller også en statlig plikt) til inngrep i den vernede verdien.

beskyttelse og omsorg, fratar barnet visse goder som er menneskerettslig beskyttet. Barnevernet har etter barnevernsloven ulike midler til rådighet for å gi barnet den omsorg og beskyttelse barnevernet mener at barnet behøver, fra hjelpetiltak i hjemmet til institusjonsplasseringer (bvl. kapitlene 3, 4,5 og 6), og ulike midler til rådighet inne i institusjoner (bvl. kap. 10).

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

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

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

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

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

I den tredje testen – rimelighet, etterspørres inngrepets rettferdighet. Denne vurdering betegnes ofte som proporsjonalitet *in strictu sensu* – proporsjonalitet i snever forstand. Jeg kaller denne vurderingen i mine arbeider for en avveiiing mellom statens *inngrepsbehov* (her barns beskyttelse) og *inngrepsintensiteten* middelet utgjør i den vemedede menneskerettslige rettigheten.⁵⁸

Der de to første vurderingene gjelder en avveiiing mellom sammenliknbare størrelser som lar seg dokumentere og begrunne faglig, må det i den siste avveiiingen foretas en verdiavveiiing mellom størrelser som ikke er sammenliknbare. Rasjonale må hentes i alminnelige rettferdighetsbetraktninger, og i etiske betraktninger.⁵⁹

Der er i nasjonal lovgivning ikke vanlig å regulere begrensingene under den overordnede betegnelsen ‘proporsjonalitet’. Proporsjonalitetsprinsippet, eller den norske termen “forholdsmessighet”, brukes som oftest kun om den siste vurderingen proporsjonalitet *in strictu sensu*. Det oppstilles derfor ofte krav om at inngrepet må være ‘nødvendig’, og ‘forholdsmessig’.⁶⁰ Menneskerettslig og i europeisk rett oppstilles alle tre kravene under fellesbetegnelsen ‘proporsjonalitet’. Forskjellen mellom dem kommer til uttrykk ved at den siste testen benevnes som proporsjonalitet i snever forstad (*in strictu sensu*).

⁵⁸ Havre, 2015, kap. 3 og 4.

⁵⁹ Om velferd og rasjonell omsorg, se bla. Darwell, Stephan: «Welfare and rational care» (2002)

⁶⁰ Slik f.eks. også Grl. § 94 er utformet, se også strprl. § 170a, utlendingslovens § 70 mv.

Om man i lovgivningen velger å la de tre enkeltkomponentene lovfestes hver for seg, eller om man vil oppstille et skille mellom nødvendighet og forholdsmessighet for å vise at det er ulike vurderinger, eller lovfeste kravet til proporsjonalitet som overordnet betegnelse, vil være opp til lovgiver å bestemme. Det viktige er at alle *tre* delene av proporsjonalitetskravet må gjenspeiles i lovgivningen for alle inngrep i grunnleggende menneskerettigheter. I barnevernslitteratur er behovsprinsippet best kjent som ‘minstemiddelprinsippet’, men denne fanger kun opp proporsjonalitetstestens behovskrav.

4.3 Oppsummert: Den menneskerettslige fremgangsmåten som må følges ved inngrep

For å vurdere det menneskerettslige handlerommet for tiltak som beskytter barn, og gir barnet omsorg, må den menneskerettslige metoden (fremgangsmåten) følges. Det må først tas stilling til om det foreligger en menneskerettslig beskyttet rettighet. Dersom det er en menneskerettighet beskyttet av en av konvensjonene, må det stilles spørsmål om middelet som ønskes brukt for å nå et mål om beskyttelse og omsorg for barnet, er et middel av en slik art og grad, at det utgjør et menneskerettslig beskyttet inngrep.

Dersom det er tale om et menneskerettslig beskyttet inngrep, må inngrepet, for å kunne legitimeres, være a) hjemlet i lov b) skje for å beskytte et anerkjent legitimt formål, og c) være i samsvar med proporsjonalitetsprinsippet.

For å kunne foreta en proporsjonalitetsvurdering, må målet og middelet klart defineres, før det foretas en vurdering av forholdet *mellom* størrelsene etter en tre-leddet-test, hvor det spørres om middelet er a) egnet til å nå målet b) om det er behov for å bruke akkurat dette middelet for å nå målet c) om det er et rimelig forhold mellom inngrepsbehov og inngrepsintensiteten.

Kap. 5 Rapportens inndeling

Rapporten vil bli delt inn i fire hoveddeler som følger den menneskerettslige nedre og øvre grense for statens handlerom:

OMSORG	FRIHET OG BEVEGELSE	OMSORSGINNGREP	TORTUR
Del II	DEL III	DEL IV	DEL V

I del II vil den positive menneskerettslige plikten staten har til å beskytte barn og gi barn forsvarlig omsorg, bli analysert. Disse analysene vil samlet utgjøre det menneskerettslige *omsorgsbegrepet* – og danne grunnlaget for hva som er det legitime formålet til å gripe inn i ulike menneskerettslige beskyttede frihetsrettighetene som behandles i del III og del IV.

Analysene i denne delen danner også grunnlag for å kunne vurdere den nedre grensen for menneskerettslig beskyttelse, og hvilke grensesettende tiltak som kan tillates uten at menneskerettsvernet trer inn. Delen vil gi lovgiver kunnskap om muligheten til å tilkjenne barnevernet et handlerom for å beskytte barn uten lovhjemmel fra Stortinget. Dersom et slikt handlerom gis, foreslås det i dette kapitlet at det lovfestes en norm for den faglige skjønnsutøvelsen.

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

I del IV vil statens negative plikt til ikke å gripe inn i barnets rett til bevegelse og privatliv, annet enn der slike inngrep kan legitimeres, undersøkes. I denne delen vil spørsmålene om ulike skjermingstiltak, fysisk tilbakeholdelse ved forsøk på rømning og fysisk tilbakeføring ved rømning, bli vurdert. Denne delen av utredningen vil sammen med del I, også besvare spørsmålet om det vil være adgang til å besøksrestriksjoner, inndragning av mobil og elektroniske kommunikasjonsmidler, samt kontroll av slike og eventuelt rusmiddeltesting, også når barna bor på institusjon som omsorgstiltak.

I del V vil det menneskerettslige torturbegrepet analyseres. Delen vil gi kunnskap om hvilke absolutte forbud som bør lovfestes i barnevernsloven for å hindre at barn i norske barnevernsinstitusjoner utsettes for tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling. Det

skal i denne delen særlig ses på isolerende og kontaktbegrensende tiltak av barn, samt bruk av enkelte tvangsmidler.

Det sees både på materielle og på prosessuelle menneskerettslige begrensinger i alle delene.

DEL II: OMSORG OG BESKYTTELSE

“States Parties undertake to ensure the child such protection and care as is necessary for his or her well-being, taking into account the rights and duties of his or her parents, legal guardians, or other individuals legally responsible for him or her, and, to this end, shall take all appropriate legislative and administrative measures.” (BK art. 3(2))

Kap.6 Barns rett til beskyttelse og omsorg

6.1 Barnevernets plikt, og rett, til å gripe inn for å beskytte barn

Staten har en plikt etter FNs barnekonvensjon til å gi barn den beskyttelse og omsorg barnet trenger, jf. BK art. 3. Dette sekundære omsorgsansvaret vil gi barnevernet ikke bare en rett til, men også en plikt til, å gripe inn der det er nødvendig. FNs barnekomité understreker at også mangel på tiltak eller unnlatelser, som for eksempel der barnevernet ikke klarer å iverksette tiltak for å beskytte barn, også kan utgjøre brudd på BK art. 3.⁶¹

Barnevernets eneste formål er, som begrepet barnevern tilsier, å verne barn. Det fremgår av barnevernslovens § 1-1 at: «Loven skal sikre at barn og unge som lever under forhold som kan skade deres helse og utvikling, får nødvendig hjelp, omsorg og beskyttelse til rett tid.»

For institusjonenes del fremgår det samme av bvl. § 10-1 med litt andre formuleringer. Alle begrensinger som settes i barnevernsinstitusjoner, utenfor i akutte faresituasjoner, skal ha vern av barn som sitt eneste formål. Barnevernet har, i motsetning til andre velferdsinstitusjoner, en plikt til å ta imot barn og gi dem hjelp og beskyttelse, også der barnet ikke ønsker denne hjelpen.

Barnevernet er verken et samfunnsvern, eller et helsevern. Barnevernet er sekundær omsorgsgiver der foreldrene av ulike grunner ikke klarer å håndtere barnas problemer (bvl. kap.6), eller der foreldrene har utsatt barn for alvorlige former for omsorgssvikt (bvl. kap.5).

Barnevernets formål er derfor sammenfallende med den menneskerettslige plikten til å beskytte barn og gi dem omsorg etter FNs barnekonvensjon, jf. art. 3(2).

At formålet med begrensingene som settes overfor barn i barnevernsinstitusjoner skal være beskyttelse og omsorg av barn, bør fremgå tydeligere av barnevernslovens kap. 10. Det bør fremgå av alle hjemlene for inngrep at målet med tiltaket, f.eks. inndragning av mobil, er for å beskytte barnet, konkretisert til det lovgiver mener barn gjennom inndragning av mobil skal beskyttes mot. Dagens regler inneholder ingen slike formålsskrav. Dette er nødvendig, både for å sikre at det ikke gripes inn overfor barna med andre formål enn barnevern, f.eks. samfunnsvern, og fordi en konkretisering av det legitime formålet er en nødvendig del av de vurderingene som skal foretas etter EMK art. 8(2), og etter EMK art. 5.

⁶¹ CRC General Comment no. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration, avsnitt 18.

Det anbefales at:

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

6.2 Paternalistisk omsorg

Fordi det overordnede målet med alle tiltak innenfor barnevernet er at barna skal gis omsorg og beskyttelse, er det mer naturlig å beskrive handlingene i barnevernsinstitusjoner som omsorgshandlinger enn som tvangshandlinger.⁶² Målet skal verken være å tvinge, eller å straffe. At noen handlinger skjer mot barnets vilje, røkkes ikke med forutsetningen at målet er å hjelpe barnet.

Omsorgshandlinger mot noens vilje er det som i velferdsretten kalles paternalistiske handlinger. Paternalisme kommer fra det latinske ordet 'far' (pater) og beskriver forholdet mellom den styrende og den styrte, der den styrende står for en nærmest faderlig omsorg og kontroll av den styrte, som får en mindre selvstendig rolle.⁶³

Den amerikanske filosofen Gerald Dworkin definerer paternalisme slik: "Paternalism is the interference of a state or an individual with another person, against their will, and defended or motivated by a claim that the person interfered with will be better off or protected from harm."⁶⁴

Kjennetegnet med en paternalistisk handling er at den griper inn overfor (barnet), også er også den som skal beskyttes med handlingen (barnet). Barnet som utsettes for en handling mot sin vilje, er både rettighetssubjekt - mottaker av retten til omsorg og beskyttelse, og inngrepsobjekt - den som får sine rettigheter begrenset.⁶⁵

6.4 Det menneskerettslige omsorgsansvarets grenser

Det menneskerettslige omsorgsansvaret er negativt avgrenset til handlinger som utsetter barnet for alle former for vold (BK art. 19), og ellers er å regne som umenneskelig, nedverdiggende og torturhandlinger (BK art. 37a, EMK art. 3). Disse utgjør absolutte forbud mot inngrep. Det er

⁶² Se tilsvarende Syse, Aslak som viser til at det er riktigere å kalle høyesterett sin dom i Rt. 2010 s. 2016 som sårsteddommen, enn tvangsvaskedommen for å minne om at formålet er et gode, i artikkelen «Huleboerdommen- feil navn og uklart innhold?» (2011).

⁶³ Havre, Merete og Langeland, Julie: "Med lov skal pasientene pleies? - Legalitetsprinsippet ved begrensende omsorgshandlinger i helseretten" (under publisering 2023).

⁶⁴ Dworkin, Gerald: "Paternalism" (2020).

⁶⁵ Havre, Merete og Langeland, Julie: "Med lov skal pasientene pleies? - Legalitetsprinsippet ved begrensende omsorgshandlinger i helseretten" (under publisering 2023).

heller ikke aktuelt å legitimere frihetsberøvelser av barn, som del av omsorgsforpliktelsen der barnevernet igangsetter tiltak.

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

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

Menneskerettighetene deles etter rettighetenes karakter, og hvilken verdi som berøres av det offentlige handlinger. Det sentrale er at verdiene ikke skal brytes, uavhengig av årsaken til at barnet bor i institusjon.

Barna på atferdstiltak har den samme retten til og det samme behovet for omsorg som barna som bor i institusjon som omsorgstiltak. Barna som bor i institusjon som omsorgstiltak, vil også ha kunne ha det samme behovet for beskyttelse, som barna som bor i atferdstiltak. Dette medfører at barna, uavhengig av om det er et omsorgstiltak eller et atferdstiltak, kan beskyttes gjennom ulike inngrep i deres grunnleggende frihetsrettigheter.

Prosessuelt er det heller ikke en menneskerettslig forskjell mellom omsorg og atferd, men det stilles ulike prosessuelle krav etter inngrepets art.

Skillet mellom omsorg og atferd tilfører ikke noe selvstendig for den menneskerettslige reguleringen, og det kan stilles spørsmål om skillet tilslører mer enn det gagnar.

Det vil være mulig, og muligens også nødvendig for å sikre barns positive menneskerettsvern at skillet mellom adferd og omsorg løses opp.

Det anbefales at:

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

Kap. 7 Den positive omsorgsforpliktelsens nærmere innhold.

7.1 Omsorgsansvarets nærmere innhold

7.1.1 Den positive plikten vil utgjøre barnevernets legitime grunnlag for inngrep

Statens omsorgsforpliktelse etter FNs barnekonvensjon må analyseres nærmere, både med tanke på hvor grensen mellom handlinger som alene kan begrunnes under omsorgsansvaret, og fordi innholdet i omsorgsansvaret vil utgjøre barnevernets *legitime grunnlag* til å foreta handlinger overfor barna, enten det er menneskerettslige beskyttede inngrep eller ikke. Der det er et menneskerettslig beskyttet inngrep vil statens positive plikt til å beskytte barn, utgjøre det legitime formålet til å gjøre inngrep, jf. EMK art. 8(2).

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

Omsorgsansvaret følger overordnet av prinsippet om at alle tiltak skal være til «barnets beste», jf. BK art. 3 nr. 1 og Grl. § 104. FNs barnekomité har uttalt at BK art.3 nr.1, både er en rettighet, et prinsipp og en prosedyreregulering.⁶⁶ BK art. 3 nr. 1 vil sammen med artiklene 2, 3 nr. 2, og art. 6, utgjøre barnekonvensjonens prinsipper, som skal brukes til tolking av de andre bestemmelsene i konvensjonen.⁶⁷

Prosessuelt krever BK art. 3 at det skal finnes effektive rettsikkerhetsgarantier.⁶⁸ Som selvstendig vernet prosessuell rettsikkerhetsgaranti, er barnets rett til å bli hørt i BK art.12. Barn har en rett til å være en aktiv deltaker i egen sak. Barnekomitéen viser foruten til barnets rett til å gi uttrykk for sine egne synspunkter, i generell kommentar til BK art. 3 til at fakta og informasjon relevant for en bestemt sak, må innhentes av godt utdannede fagfolk for å skissere opp alle elementer som er nødvendige for vurderingen av barnets beste.⁶⁹

Som del av barnets beste som prosessuelt prinsipp viser komiteen også til at prosessen må skje hurtig, og hurtigere enn for voksne, fordi barn har en annen tidsoppfatning og at forlengede beslutningsprosesser har negativ effekt på barn i utvikling, og at alle beslutninger

⁶⁶ CRC General Comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration, 1 A

⁶⁷ General Comment No. 5 (2003) General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child, avsnitt 12.

⁶⁸ CRC General Comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration, avsnitt 86.

⁶⁹ Ibid, avsnitt 89 flg.

derfor også må følges opp regelmessig.⁷⁰ Personer som arbeider med barn må ha tilstrekkelig faglig kompetanse, og at det så langt som mulig bør være et tverrfaglig team av fagfolk som er involvert i vurderingen av barnets beste.⁷¹

Det fremgår også klart i den generelle kommentaren at enhver beslutning både må være begrunnet og forklart, og alle de faktiske forholdene som er funnet relevant i vurderingen og hvilken vekt disse er gitt, må fremgå av begrunnelsen. Dersom vedtaket avviker fra synspunktene til barnet, bør årsaken til dette komme klart frem.⁷²

Hensyn som eventuelt går foran hensynet til barnet må spesifiseres eksplisitt og grunnen til at de blir mer vektlagt i den aktuelle saken skal forklares slik at begrunnelsen på en troverdig måte viser hvorfor hensynet til barnet måtte vike i den aktuelle saken. Barnekomiteen oppstiller videre et krav om at det skal finnes klage og ankemuligheter og at disse mulighetene må være kjente for barna.⁷³

Som en materiell rettighet skal bestemmelsen sikre at beslutninger som tas er til barnets beste.

Hva som er til et barns «beste», sier ikke bestemmelsen i BK art. 3, nr. 1 noe nærmere om. «Barnets beste» er det som kalles for en rettslig standard, som viser til en norm som ligger utenfor standarden selv.⁷⁴ Dette gjør at «barnets beste» er fleksibelt og tilpasningsdyktig ulike situasjoner, og i ulike tider.⁷⁵ At prinsippet om barnets beste er et dynamisk begrep som er i kontinuerlig utvikling, understrekes også av FNs barnekomité i sin generelle kommentar til BK art. 3.⁷⁶ Hva som er til et barns beste er også individuelt, og det må konkret fastlegges fra sak til sak, tatt i betraktning deres personlige kontekst, situasjon og behov.⁷⁷ Fordi barn også er i konstant utvikling, kan det heller ikke avgjøres en gang for alle hva som er dette barnets beste. Barnekomiteen understreker at det ved vurderingen, ikke bare skal hensynta barnets behov på

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ CRC General Comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration, avsnitt 95 hvor det fremgår at vurderingen av konsekvensene av alternative løsninger må baseres på generell kunnskap (dvs. innen jus, sosiologi, utdanning, sosialt arbeid, psykologi, helse, etc.

⁷² Den samme retten til både konkrete og individuelle begrunnelser, hvor både hensynet til barnets beste, og andre hensyn som eventuelt går foran hensynet til barnet, fremgår av begrunnelsene følger også av den menneskerettslige proporsjonalitetsvurderingen, se bl.a. storkammersakene fra Høyesterett ved tolkingen av EMK art. 8(2), HR-2020-661-S, HR-2020-621-S, HR-2020-663-S

⁷³ CRC General Comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration, avsnitt 98.

⁷⁴ Knoph, Ragnar: "Rettslige standarder: særlig grunnlovens 97, Grøndahl, Oslo(1948).

⁷⁵ CRC General Comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration, avsnitt 32.

⁷⁶ Ibid, avsnitt 11.

⁷⁷ Ibid, avsnitt 79 og 80 og avsnitt 32.

vedtakstidspunktet, men at mulige scenarier for barnets utvikling på lang sikt også bør vektlegges.⁷⁸

Komitéen mener det er nyttig at statene utarbeider en ikke-uttømmende og ikke-hierarkisk liste over elementer som kan inngå i en barnets beste-vurdering av enhver beslutningstaker.⁷⁹ Lovgiver bør sørge for å oppstille kriterier for i hvilke situasjoner man mener at det er til et barns beste å f.eks. få inndratt mobiltelefon i en barnevernsinstitusjon. Listen skal etter barnekomitéens mening gi konkret veiledning, men likevel være fleksibel.⁸⁰

Hva som er et barns beste vil typisk bygge på barnevernsfaglige, psykologiske og etiske vurderinger, og er ikke en rettslig, men en faktisk vurdering.⁸¹ Den rettslige vurderingen av barnets beste i BK art.3, nr. 1 er først og fremst en vurdering av hvilke *vekt* hensynet til barnet skal ha i en avveining mellom ulike hensyn. BK art.3 og Grl. 104 viser til at hensynet til barnet skal vektes mer enn andre hensyn, jf. «grunnleggende» i bestemmelsene.⁸²

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

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

“States Parties undertake to ensure the child such protection and care as is necessary for his or her well-being, taking into account the rights and duties of his or her parents, legal guardians, or other individuals legally responsible for him or her, and, to this end, shall take all appropriate legislative and administrative measures.”

Statens forpliktelse er å gi barn nødvendig *beskyttelse* og *omsorg*. Formuleringene i bestemmelsen er vide, og viser til at det overordnede er å sikre barns «well-being».⁸³ De øvrige bestemmelsene i FNs barnekonvensjon vil gi nærmere innhold til hva som ligger i omsorgs- og beskyttelsesforpliktelsen i BK art. 3.

⁷⁸ Ibid, avsnitt 84

⁷⁹ Ibid. avsnitt 50.

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ Jerkø, Markus «Skal ikke «barnets beste» leses bokstavelig? – En kritikk av HR-2017-2015-A «Jakob-saken»», Lov og rett, Vol.57, utgave 2, s-112 -128(2018).

⁸² Ibid.

⁸³ CRC General Comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration, avsnitt 71.

Barnekonvensjonens regler deles mellom bestemmelser som skal virke utviklingsstøttende, og bestemmelser som skal virke beskyttende. Av betydning for barnevernsinstitusjonenes arbeid er det særlig følgende plikter som er aktuelle:

Utviklingsstøttende plikter	Beskyttende plikter
Barnets rett til: • Helse og sosiale ytelser, levekår (BK art. 24, 25 og 27). • Utdanning/skole (BK art. 28 og 29) • Lek, hvile og fritid (BK art. 31) • Fysisk og psykisk rehabilitering (BK art. 39).	Barnets rett til beskyttelse mot: • Tortur og umenneskelig og nedverdiggende behandling (BK art. 6, 19 og 37a) • Alle former for vold, også skader barnet påfører seg selv (BK art. 19).⁸⁴ • Økonomisk utnytting/farlig arbeid (BK art. 32) • Narkotika/alkohol (BK art. 33) • Seksuell utnytting/prostitusjon/menneskehandel og annen utnytting, (BK art. 34, 35 og art. 36)

7.1.4 Den positive plikten til å sikre barnets utvikling i BK art. 6(2).

Det *utviklingsfremmende* prinsipp kommer til uttrykk i BK art. 6 nr. 2 som krever at staten forplikter seg til å sørge for maksimal oppfyllelse av barnets utvikling. FNs barnekomité krever at statene tolker utvikling på bredest mulig måte, slik at barnets fysiske, mentale, åndelige, moralske, psykologiske, og sosiale utvikling også inngår i vurderingen.⁸⁵

Av de utviklingsstøttende pliktene er det særlig retten til utdanning og helsehjelp som er av særlig betydning.⁸⁶ FNs barnekomité beskriver skolegang som “an indispensable tool for her or his efforts to achieve in the *course of her or his life*[min utheving].”⁸⁷ Også EMD viser til at det ved tolkingen av begrepet «educational purposes» skal inneholde i tillegg til et

⁸⁴ CRC General Comment no. 13 (2011) on the right of the child to freedom from all form of violence, avsnitt 28.

⁸⁵ CRC General Comment No. 5 (2003) General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child, avsnitt 12.

⁸⁶ CRC General Comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration, avsnitt 79.

⁸⁷ CRC General Comment No. 1 (2001) Article 29 (1): The Aims of Education, avsnitt. 3.

skoletilbud, en opplæring i ”life skills and social skills”.⁸⁸ Utdanningen skal ikke bare sikre faktiske kunnskaper, men også livsvisdom, som evnen til å ta balanserte valg, velge en helsebringende livsstil og utvikle gode sosiale relasjoner, håndtere konflikter, evne til kritisk tenking, og andre egenskaper som gir barna *de verktøy det trenger for å håndtere livet*.⁸⁹

Barnekomitéen peker på at bestemmelsene som skal sikre barns helse og utvikling også er en del av det å realisere barns egen personlighet, og til å utvikle sosiale, ansvarsfulle, og aktivt deltakende individer i samfunnet.⁹⁰

7.1.5 Den positive plikten til å beskytte barn mot farer som kan skade deres utvikling

I tillegg til den positive plikten til å sette inn tiltak som kan virke utviklingsfremmende, har staten har som del av omsorgsforpliktelsen også en plikt til å sette inn tiltak som kan virke utviklingshemmende, jf. BK art. 3(2).

Plikten til å beskytte barn gjelder både en plikt til å beskytte barnet mot skader fra andre, og også en plikt til å hindre at barna utsetter seg selv for fare og skade, samt risiko for skader fremover i tid.⁹¹

Barnekomitéen viser til at barnet har rett til beskyttelse mot alle former for fysisk eller psykisk vold, skade eller misbruk, seksuell trakassering, gruppepress, mobbing, nedverdiggende behandling, samt beskyttelse mot seksuell, økonomisk og annen utnyttning, narkotika, arbeidskraft, væpnet konflikt, etc.⁹²

Det vises også til at staten har en plikt til å sørge for at alle unge har tilgang på tilstrekkelig informasjon som er viktige for deres helseatferd.⁹³

Plikten til å beskytte barn, gjelder også, og trolig særlig, i ungdomstiden. FNs barnekomité karakteriserer ungdomstiden som en periode med økende muligheter, kapasitet, energi og kreativitet, men også en tid med særlig sårbarhet.⁹⁴ Barnekomiteen uttaler derfor: “Adolescence is a valuable period of childhood in its own right but is also a critical period of transition and opportunity for improving life chances.”⁹⁵

⁸⁸ Koniarska mot Storbritannia, dom avsagt 12. oktober 2000, pkt. 1 avsnitt 14.

⁸⁹ Ibid, avsnitt. 1 til 4.

⁹⁰ CRC General Comment No. 13 (2011) on the right of the child to freedom from all forms of violence, avsnitt 13; CRC General Comment No. 1 (2001) Article 29 (1): The Aims of Education, avsnitt 2.

⁹¹ Ibid.

⁹² Ibid, avsnitt 77

⁹³ Ibid.

⁹⁴ CRC General Comment No. 20 (2016) on the implementation of the rights of the child during adolescence, avsnitt 11.

⁹⁵ CRC General Comment No. 20 (2016) on the implementation of the rights of the child during adolescence, avsnitt 11.

Plikten til å beskytte barnet gjelder også en rett for barn i institusjoner til ikke å bli utsatt for vold og skadelig atferd i barnevernsinstitusjonene fra andre barn.

Det anbefales:

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

7.2. Oppsummert: Bygge et bærekraftig liv for seg selv

Samlet kan statens omsorgsansvar oppsummeres til å gi barn en mulighet til å bygge et bærekraftig liv for seg selv.⁹⁶ Det poengteres av FNs barnekomité at barn som vokser opp under offentlig omsorg er i større risiko for ikke å klare å bygge dette livet for seg selv, og at det derfor i institusjoner må sørges for at barna gis like muligheter som barn utenfor institusjoner.⁹⁷ Dersom barn ikke klarer å bygge et bærekraftig liv for seg selv, og også utsetter sin egen helse og utvikling for alvorlig fare, vil det ikke bare være en rett for barna å bli tatt vare på, men det vil også være en plikt for barnevernet å forsøke å hindre den negative utviklingen, og fremme den positive utviklingen gjennom grensesetting.⁹⁸ Manglende grensesetting og beskyttelse vil innebære brudd på FNs barnekonvensjon.

Staten har en plikt til å foreta alle administrative og lovgivningsmessige tiltak for å sikre barns rettigheter, jf. BK art. 3. For å sikre at barn i barnevernsinstitusjoner blir beskyttet mot handlinger som kan skade deres helse og utvikling, og sikre at barn i barnevernsinstitusjoner får muligheter for å kople seg på et bærekraftig liv for seg selv, bør omsorgs- og beskyttelsesplikten tydeliggjøres i barnevernslovens kap.10.

Det bør også vurderes om det skal inntas en bestemmelse i barnevernslovens kap. 10 som gir barn i barnevernsinstitusjoner en plikt til å delta i skoletilbud, og/ eller andre egnede dagtilbud.

⁹⁶ Havre og Köhler-Olsen, "Taking care of you- of yourself?" (under publisering 2023).

⁹⁷ CRC General Comment No. 20 (2016) on the implementation of the rights of the child during adolescence, avsnitt 52 til 54.

⁹⁸ I ulike rapporter vises det til at barnevernsinstitusjonene ikke har klart å gi barna denne beskyttelsen, se f.eks. "Gjennomgang av barnevernets oppfølging av de to jentene som var plassert på Vestlundveien ungdomssenter og som senere døde", Helsetilsynet, (2020), «Internett et stort mørkt rom - Håndtering av risiko for seksuell utnytting over internett på barnevernsinstitusjon», Redd Barna, (2020), og kronikk fra en mor hvis barnets eneste ønske var å ruse seg til døde, NRK, (2023).

Det anbefales at det lovfestes i bvl. kap. 10:

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

Kap. 8 Grensen mellom omsorgshandlinger og omsorgsinngrep

8.1 Grensesetting med og uten lovhjemmel

Fra den menneskerettslige plikten til å sette grenser for å beskytte barn og gi dem forsvarlig omsorg, blir det et spørsmål om hvilke grensesetting som kan tillates uten hjemmel i lov, og hvilke handlinger som behøver hjemmel i lov, jf. Grl. § 113. Der handlingen behøver hjemmel i lov, må handlingen også følge de andre menneskerettslige begrensingene for inngrep, jf. bl.a. EMK art. 8(2).

Der barnet ønsker den beskyttelsen og omsorgen som barnevernet og barnevernsinstitusjonen tilbyr, vil barnevernets tilbud være et rent velferdsrettslig tilbud til barnet. Denne klare omsorgshandlingen ligger i kjernen av omsorgsbegrepet.

Spørsmålet blir imidlertid om også handlinger *mot* barnets vilje - en *paternalistisk* omsorgshandling, kan legitimeres innenfor omsorgsansvaret, og derfor ligger utenfor de menneskerettslige begrensingene.

8.2 Krever alle omsorgshandlinger mot barnets vilje, at de menneskerettslige begrensingene følges?

8.2.1 Rettigheter som forutsetning for rettighetsvern

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

inntreffer, dersom det skjer en «interference by a public authority with the exercise of this right[...]». ⁹⁹

Språklig vil det kun være mulig å snakke om inngrep der det skjer en handling som berører noens rettigheter. Det er slik EMK art. 8 er bygget opp – som et vern mot inngrep i retten til «respekt for privatlivet». Også Grl. § 113 krever at det skjer et inngrep i vernede rettsgoder, selv om det ikke kommer til uttrykk direkte i ordlyden.¹⁰⁰ Dersom det menneskerettslige vernet skal inntreffe må det altså foreligge en rettsbeskyttet rettighet.

Barn har menneskerettslig en absolutt rettsbeskyttet rettighet til ikke å bli utsatt for tortur, umenneskelig, eller nedverdige behandling, jf. BK art. 37 bokstav a og EMK art. 3. Videre har barn en absolutt rett til vern om sin kroppslige og psykiske integritet etter EMK art. 3 og BK art. 19, og EMK art. 8, en rettsbeskyttet rettighet til respekt for «privacy» etter BK art.16, en rett til respekt for familielivet etter BK art. 9 og EMK art. 8, og er gitt en rett til tanke-, organisasjons- og ytrings-, og religionsfrihet, etter BK art. 13,14 og 15, samt rett til vern om den personlige friheten etter BK art. 37 bokstav b, og EMK art. 5, og en rett til fri bevegelse etter fjerde tilleggsprotokoll til EMK artikkel 2. Dette vil klart være rettsbeskyttede rettigheter.

Utover dette blir det et spørsmål om barn har en menneskerettslig beskyttet selvbestemmelsesrett, og om denne selvbestemmelsesretten også innebærer en frihet til å ta valg for seg selv som kan skade deres helse og utvikling, slik at alle handlinger mot barnets vilje, vil kreve at de menneskerettslige begrensingene inntreffer. Ingen av konvensjonene oppstiller noen selvbestemmelsesrett som en vernet rettighet, verken for voksne eller for barn. Det har vært diskutert hvorvidt en slik rett til selvbestemmelse følger av retten til respekt for privatliv i EMK art. 8.

Retten til å ta beslutninger som kan skade ens helse, og som sågar kan være dødelig, som retten til selvvalgt livsavslutning og retten til å nekte blodoverføring, har for voksne vært anerkjent å falle inn under retten til respekt for privatlivet i EMK art. 8.¹⁰¹ Dette gjelder imidlertid kun dersom manglende selvbestemmelse vil utgjøre et inngrep i en annen rettsbeskyttet rettighet eller sentral verdi i menneskerettskonvensjonen.

I saken *Pretty mot Storbritannia* (GC, 2002), ville manglende selvbestemmelse gi kvinnen som led av en nevrologisk lidelse, et uverdig liv. EMD viser til at «the very essence of

⁹⁹ Høyesterett har i Maria-dommen (Rt. 2015 s.93) lagt til grunn at Grl. § 102 skal fortolkes med de samme begrensingene som EMK art. 8 nr. 2.

¹⁰⁰ Dok. nr.16 (2011–2012) s. 249.

¹⁰¹ *Pretty mot Storbritannia*, dom avsagt 29. april 2002 og *Jehovas vitner i Moskva mot Russland*, dom avsagt 10. juni 2010.

the Convention is respect for human dignity and human freedom”.¹⁰² Kvinnen hadde derfor et vern etter EMK art. 8 nr.1, fordi retten til verdighet er en sentral verdi av konvensjonen.

I saken *Jehovas vitner i Moskva mot Russland* (2010), hvor retten til å nekte blodoverføring ble ansett vernet av EMK art. 8, var det retten til religionsfrihet som var den vernede rettigheten.¹⁰³ Dommene kan ikke tas til inntekt for en generell selvbestemmelsesrett vernet av EMK art. 8 nr.1.¹⁰⁴

Valg om skadelige handlinger, og det å velge bort utviklingsfremmende tiltak vil, for barn, tvert imot ha en rettslig beskyttelse den andre veien, gjennom FNs barnekonvensjon. Det er vanskelig å se for seg at EMD skulle sette til side beskyttelsesbehovet til barn, for å tilkjenne dem en selvbestemmelsesrett. Det kan heller ikke utledes noe generelt vern av en selvbestemmelsesrett etter SP art. 17. Bestemmelsen omfatter blant annet muligheten til å uttrykke sin identitet¹⁰⁵ vern mot fysisk¹⁰⁶ og psykisk integritet,¹⁰⁷ lagring av personopplysninger,¹⁰⁸ seksuell orientering.¹⁰⁹ Det er heller ikke ved tolking av denne bestemmelsen lagt til grunn at individene har en generell selvbestemmelsesrett, men også her er voksne tilkjent en slik rett på noen begrensede områder.¹¹⁰

Barnekonvensjonen har heller ingen regler om selvbestemmelse, men viser tvert imot at barn *ikke* har noe generell selvbestemmelsesrett gjennom BK art. 12, som gir barnet en rett til at deres mening skal tillegges større og større vekt etter barnets alder og modenhet. FNs barnekomité påpeker at de ulike landene bør innføre aldersgrenser hvor barn gis stadig større ansvar for seg selv og sine egne beslutninger som en del av ‘livskurset’ som ungdomstiden er, og at denne transformeringen fra en situasjon hvor barnet er avhengig av de voksnes beslutninger til en situasjon med større ansvar skal komme til uttrykk i lovgivningen.¹¹¹

Barnekomiteen viser til at lovgivningen skal anerkjenne at ungdom tar mer og mer ansvar for sine egne handlinger og valg. Lovreglene skal balanseres mellom barns rett til

¹⁰² *Pretty mot Storbritannia*, dom avsagt 29. april 2002 avsnitt 65.

¹⁰³ *Jehovas vitner i Moskva mot Russland*, dom avsagt 10.juni 2010 avsnitt 136 til 142.

¹⁰⁴ Slik også *Havre og Langeland*(2023- under publisering) og *Havre og Køhler-Olsen*(2023-under publisering) med videre henvisninger.

¹⁰⁵ Nordeide, Ragnar: Karnov lovkommentar til SP art. 17, (2022) med henvisning til *G. mot Australia*, «Views» 17. mars 2017 avsnitt 7.2.

¹⁰⁶ Som for eksempel intime kroppslige forhold ved kroppsvisiteringer, se Nordeide, Ragnar: Karnov lovkommentar til SP art. 17 (2022) med henvisning til *Boodoo mot Trinidad og Tobago*, «Views» 2. april 2002.

¹⁰⁷ Ibid med henvisning til *Mellet mot Irland*, «Views» 31. mars 2016.

¹⁰⁸ CCPR General Comment No. 16 (1988): Article 17 (Right to Privacy) The right to respect of privacy, family, home and correspondence, and protection of honour and reputation, avsnitt 10.

¹⁰⁹ *Toonen mot Australia*, «Views» 31. mars 1994.

¹¹⁰ Som for eksempel hovedregelen om samtykke til helsehjelp etter pasient- og brukerrettighetsloven § 4-1.

¹¹¹ CRC General Comment No. 20 (2016) on the implementation of the rights of the child during adolescence, avsnitt 39.

beskyttelse og respekten for ungdommers «evolving capacity», jf. BK art. 3 nr.2 og 6 nr.2.¹¹² Barnekomiteen anbefaler at det bestemmes en alder hvor barn kan ta medisinske beslutninger, samtykke til adopsjon, navnebytte, seksualitet og høyere skolevalg. Dette er sammenfallende med de positive rettighetene barn er tilkjent i norsk lovgivning.¹¹³

På noen områder begrenses imidlertid statens adgang til å gi barn selvbestemmelsesrett, for eksempel for inngåelse av ekteskap, militær deltakelse, skadelig arbeid, ved at det ikke kan settes en lavere aldersgrense enn 18 år, jf. BK art. 3 nr.2 og 6 nr. 1. Det er derfor klart at barn på noen områder aldri kan gis en rett til selv å bestemme. Barns selvbestemmelse som en del av utviklingen er ellers knyttet til betydningen av å ta ansvar for egne valg på veien til voksenlivet.¹¹⁴

Hovedregelen etter BK er derfor motsatt: Barn har *ikke* en generell selvbestemmelsesrett, men kan etter en balansert avveining av hensynet mellom autonomi og beskyttelse tilkjennes selvbestemmelse på noen områder.

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

I bvl. § 10-2 heter det imidlertid: «Barn skal kunne bestemme i personlige spørsmål, bevege seg fritt innenfor og utenfor institusjonens område, fritt kommunisere med andre, herunder bruke elektroniske kommunikasjonsmidler og motta besøk».

For å sikre at den menneskerettslige plikten til å beskytte barn, og gi barn forsvarlig omsorg etter BK, bør bestemmelsen om barns rett til å selv bestemme tas ut av loven. Plikten til å beskytte barnet fra skader og farer, og til å sette i verk utviklingsfremmende tiltak overfor barnet etter BK vil uansett gå foran bvl. § 10-2, jf. mrl. § 2 og 3. Bestemmelsen er ikke nødvendig for å sikre barns frihetsrettigheter etter EMK, Grunnloven og BK.

Det anbefales at:

- Barns rett til å selv bestemme i personlige spørsmål tas ut av barnevernslovens § 10-2

¹¹² Ibid avsnitt 18 til 20, 22 og 39 til 40.

¹¹³ Ibid avsnitt 39 til 40, jf. trossamfunnsloven § 2, straffeloven § 304, og pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 første ledd.

¹¹⁴ CRC General Comment No. 20 (2016) on the implementation of the rights of the child during adolescence, avsnitt 39 til 40.

8.2.4 Inngrep som forutsetning for at de menneskerettslige begrensningene trer inn

Selv om man har en rettsbeskyttet rettighet, vernet av menneskerettskonvensjonene, vil det likevel ikke være menneskerettslig beskyttet før det når terskelen for «inngrep», jf. EMK art. 8(2) og Grl. § 113.

Det må derfor tas stilling til om den begrensende omsorgshandlingen påvirker en individbeskyttet rettighet i en slik art og grad at den faller innenfor bestemmelsens virkeområde.

Substantivet «inngrep» brukt i Grunnloven, og den engelske versjonen «interference», kommer fra verbet «å gripe inn», og viser til en aktiv handling. «Inngrep» viser til negative begrensninger, som å hindre, forstyrre, regulere eller kontrollere andre.¹¹⁵ Positive begrensninger som å hjelpe og å beskytte vil derfor ikke normalt regnes som et inngrep. Dette endrer likevel karakter der barnet ikke ønsker denne omsorgen eller hjelpen.

Begrepet ‘inngrep’ er et sterkere uttrykk enn begrepet offentlige «handlingene», og viser rent språklig til at ikke enhver handling er vernet etter Grl. § 113 og EMK art. 8. Menneskerettighetsutvalget la til grunn at det må foreligge *kvalifiserte forhold* som rammer den enkelte, dersom det skal regnes som et inngrep i grunnlovens forstand.¹¹⁶ Heller ikke alle begrensninger med negative virkninger for en persons integritet, blir ansett som en «interference» etter EMK art.8, nr.2.¹¹⁷

Det finnes ikke noen generell uttalelse fra EMD om hva som er den nedre grensen for å regne noe som en “interference”, men dette må begrunnes konkret ut fra det enkelte saksforholdet, og handlingens art og grad.¹¹⁸

Saken *Costello-Roberts mot Storbritannia* (1993) dreide seg om en elev som følge av å ha brutt skolens regler ble utsatt for fysisk refselse av en ansatt på skolen. Den fysiske refselsen besto i å slå eleven tre ganger over baken med en gummisko. Til tross for at det var på det rene at refselsen innebar et visst inngrep i retten til fysisk integritet, kom domstolen til at det ikke medførte et «inngrep», slik at det ikke ble konstatert krenkelse. EMD la i denne sammenhengen vekt på at handlingen eleven ble utsatt for “did not entail adverse effects for his physical or

¹¹⁵ Ordnett.no, søk 13.09.2022.

¹¹⁶ Dok. nr. 16 (2011-2012) s. 247.

¹¹⁷ Aasen, Henriette Sinding: «Pasienters rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling», (2000) s. 325.

¹¹⁸ Stub, Marius: ”§102“(2021) s. 1150. At også Høyesterett sin dom Sårstelldommen må forstås i lys av en konkretisering av inngrepets art og grad er lagt til grunn av Havre, Merete i «Nyanser av grått. Hjemmelskrav for tvangsbruk med omsorgsformål i barneverminstitusjoner» (2016), og i Havre, Merete og Langeland, Julie: “Med lov skal pasientene pleies? - Legalitetsprinsippet ved begrensende omsorgshandlinger i helseretten“ (under publisering 2023).

moral integrity sufficient to bring it within the scope of the prohibition contained in Article 8” [min kursivering].¹¹⁹

Standpunktet i *Costello-Roberts mot Storbritannia* er bekreftet i *Bensaid mot Storbritannia* (2000). Retten uttalte i denne sammenheng at: ”[n]ot every act or measure which *adversely affects* moral or physical integrity will interfere with the right to respect to private life guaranteed by Article 8” [min kursivering].¹²⁰

Enda et eksempel på at inngrepskriteriet møter en terskel, er avvisningsavgjørelsen i *Berlinski mot Polen* (2001). I dette tilfellet ble en poliklinisk, psykiatrisk undersøkelse ikke ansett for å være tilstrekkelig inngripende til at klageren var vernet etter EMK art. 8. Selv om retten anerkjente at den pålagte psykiatriske undersøkelsen forårsaket pasienten en viss «inconvenience», la retten avgjørende vekt på at «there is no evidence that the sources of this inconvenience *were sufficient to raise an issue* of failure to respect private life under paragraph 1 of Article 8[min kursivering]». ¹²¹

Kun dersom det foreligger et «inngrep» i en rettsbeskyttet «rettighet» inntreffer det menneskerettslige vernet. Dette betyr at det finnes et skjønnsmessig handlerom både for lovgiver og for barnevernsinstitusjonene til å utøve sin plikt etter FNs barnekonvensjon til å beskytte barn og gi dem forsvarlig omsorg uten at de menneskerettslige begrensingene i frihetsrettighetene inntreffer. EMD har også eksplisitt godtatt at frihetsberøvede, og mer sårbare individs behov for rettssikkerhet, også må kunne avveies mot behovet for profesjonene til å vurdere hva som er best i den enkelte sak. I saken *Munjaz mot Storbritannia* heter det:

“In the Court’s view, determining the appropriate degree of discretion in this area is essentially one of balance between two competing considerations. On the one hand, the State must be alive to the fact that people who are detained because they suffer from mental health problems – whether dangerous or not – are particularly vulnerable detainees. Seclusion, even when clinically justified, puts them in an even more vulnerable position than normal since they are, as the applicant has observed, at the mercy of those responsible for their care [...]. On the other hand, there is a need for appropriate deference to be accorded to expert mental health practitioners. At the operational level, it must be for practitioners to decide when seclusion will be the necessary and appropriate form of treatment for a particular patient. At the policy level,

¹¹⁹ *Costello-Roberts mot Storbritannia*, dom avsagt 25. mars 1993 avsnitt 36.

¹²⁰ *Bensaid mot Storbritannia*, dom avsagt 25. januar 2000 avsnitt 46.

¹²¹ *Berlinski mot Polen*, dom avsagt 18. januar 2001 avsnitt 8.

there will be a need to take into account the fact that not all hospitals will have the same type of patient or security classification. A degree of flexibility rather than excessive rigidity will be required in such a difficult and sensitive area of public health.”¹²²

Selv om det finnes et skjønnsmessig handlerom til ikke å lovregulere visse handlinger, har man i bvl. § 10-2 valgt å ta inn begrensinger som følger av omsorgsansvaret for barnet. Det kan stilles spørsmål ved om ikke dette er en lovgivningsteknikk som gir uheldige signaler til barna, og kan føre til unødige konfliktsituasjoner med de voksne.

Det anbefales derfor at:

- Bvl. § 10-2 oppheves.

8.3 Konklusjon: Tredelt omsorgsbegrep

Menneskerettsvernet følger ikke autonomibegrepet i betydningen «alt som ikke er frivillig, er tvang», men følger rettighetsbegrepet og inngrepskriteriet.¹²³ Dette fører til at det finnes et tredelt omsorgsbegrep for ansattes handlinger overfor barna i institusjoner:

Rene omsorgshandlinger (autonome)	Begrensende omsorgshandlinger (paternalistiske)	Omsorgsinngrep (paternalistiske)
	Krever ikke menneskerettslige begrensinger	Krever at de menneskerettslige begrensingene følges

Selv om det ikke er en menneskerettslig plikt til dette, bør de begrensende omsorgshandlingene ikke stå helt uten rettssikkerhetsgarantier. Det bør lovfestes en norm for de begrensende omsorgshandlingene.

¹²² Munjaz mot Storbritannia, dom avsagt 17. juli 2012, avsnitt 90.

¹²³ Havre, Merete og Langeland, Julie: ”Med lov skal pasienten pleies? - Legalitetsprinsippet ved begrensende omsorgsbehandling i helseretten “(under publisering 2023)

Det anbefales at:

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

Disse kravene er utledet av Havre etter Høyesterett sin Sårstell-dom, Rt.2010 s.612 i 2016, og viderutviklet i Havre og Langeland i 2023.¹²⁴

Departementet bør i rundskriv til enhver tid gi uttrykk for den profesjonsfaglige og etiske normen om hvilke handlinger som anses å kunne skje uten lovhjemmel. På denne måten vil det være muligheter for å justere praksis etter f.eks. den digitale utviklingen der ulike digitale flater gir muligheter for skadelige handlinger som ikke var tenkt på, på lovgivningstidspunktet, slik som det blant annet ble vist til i Redd Barnas rapport «Internett – et stort mørkt rom».¹²⁵

Det bør også vurderes om de begrensende omsorgshandlingene også skal protokollføres, begrunnes og sendes til Statsforvalteren, selv om det ikke faller inn under rettighetsbegrepet i forvaltningslovens § 2, for å hindre vilkårlighet og misbruk av det profesjonsbestemte skjønn.

¹²⁴ Havre, Merete, «Nyanser av grått»- hjemmelskrav for tvangsbruk med omsorgsformål i barnevernsinstitusjoner (2016), Havre, M. og Langeland, J. “Med lov skal pasientene pleies? -legalitetsprinsippet ved begrensende omsorgshandlinger (2023 – under publisering)

¹²⁵ Rapport fra Redd Barna: “Internett - et stort mørkt rom “(2020).

DEL III: FRIHET OG BEVEGELSE

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

Kap. 9 Vern om den personlige frihet

9.1. Frihetsberøvelser og frihetsbegrensinger

I oppdraget er det bedt om en vurdering av:

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

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

9.2 Formålet med bestemmelsene: Hindre vilkårlige frihetsberøvelser

Rett til beskyttelse av den personlige frihet er vernet i EMK art. 5, SP art. 9, BK art. 37b, og i Grunnloven § 94. Det overordnede målet med alle de menneskerettslige bestemmelsene som beskytter den personlige frihet er å hindre *vilkårlige* frihetsberøvelser, selv om bestemmelsene er dels ulikt bygget opp.¹²⁶ Frihetsberøvelser kan imidlertid legitimeres, så lenge de strengt definerte menneskerettslige begrensingene følges.

¹²⁶ F.eks. I D.L mot Bulgaria heter det: “[...] but it also requires that any deprivation of liberty should be in keeping with the purpose of Article 5, namely, to protect the individual from arbitrariness.”

9.3 EMK art. 5 og BK art. 37b.

EMK art. 5 har en særskilt bestemmelse om frihetsberøvelse av barn med omsorgsformål, jf. EMK art.5 nr. 1, bokstav d. BK art.37b har ikke en tilsvarende bestemmelse som eksplisitt verner frihetsberøvelser i barnevernsinstitusjoner.

I BK art. 37 b, brukes begrepene «arrest, detention or imprisonment». Om man også ser på sammenhengen med de øvrige formuleringene i Barnekonvensjonens artikkel 37, brukes begrepet «deprived of liberty» i bestemmelsens bokstav c, som er et videre begrep. Den språklige forskjellen er i konvensjonsordlyden bevisst, da enkelte stater mente at frihetsberøvelser av barn med omsorgsformål ikke skulle inngå.¹²⁷ At dette er en riktig forståelse av reglene, er kritisert av flere.¹²⁸ FNs barnekomité har derfor uttrykt at rettighetene til barn som er frihetsberøvet, både gjelder ved barn som er i konflikt med loven og for «children placed in institutions for the purposes of care, protection or treatment, including mental health, educational, drug treatment, child protection or immigration institutions».¹²⁹ Hvorvidt BK art. 37b gjelder eller ikke, er imidlertid ikke av så stor betydning for det menneskerettslige vernet, fordi disse uansett er vernet både i Grl.§ 94 og EMK art. 5.

BK art.37b ville eventuelt kunne tilføre elementet at frihetsberøvelse kun kan brukes «som siste utvei», og «for kortest mulig tidsrom», som ikke kommer direkte frem verken av EMK art. 5, SP art. 9, eller av Grl. § 94. Begrensingene gjelder imidlertid på samme måte gjennom det menneskerettslige proporsjonalitetsprinsippet.¹³⁰ At hensynet til barnet også er en sentral del av proporsjonalitetsvurderingen etter EMK art. 5, er fremhevet av EMD, blant annet i saken *D.L mot Bulgaria*. I denne ble det fremhevet som et essensielt kriterium for proporsjonalitetsvurderingen etter EMK art. 5 om frihetsberøvelsene var siste utvei, var begrunnet i barnets interesse, og at formålet med frihetsberøvelsen var å hindre «serious risks for the child's development».¹³¹

¹²⁷ Sovjetunionen, Senegal, USA og DDR skal i forbidnelse med vedtakelsen av Barnekonvensjonen ha uttalt at «their preference for a more specific language instead of a general reference such as «deprivation of liberty» since this term could also cover educational and other types of deprivation of liberty applied to minors besides detention, arrest, or imprisonment», Detrick 1992 s. 477, hentet fra NOU 2008:15 s. 105-106, hvor det legges til grunn at dette tyder på at barnekonvensjonens krav om «frihetsberøvelse» som siste utvei, kun gjelder innenfor straffepleien og ikke utenfor denne.

¹²⁸ Schabas, William., Sax, Helmut og Alen, Andre: «A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Article 37: Prohibition of Torture, Death Penalty, Life Imprisonment and Deprivation of Liberty» (2006) s. 84, med henvisning til Van Beuren, Geraldine: «The International Law on the Rights of the Child» (1998) s. 211.

¹²⁹ CRC General comment No. 10 (2007): Children's rights in juvenile justice, note 1 til avsnitt 11.

¹³⁰ Havre, Merete: «Varetektsfengsling og proporsjonalitetsprinsippet» (2015) hvor det i kapittel 3 redegjøres generelt for proporsjonalitetsnormens relativitet.

¹³¹ D.L. mot Bulgaria, dom avsagt 19. mai 2016 avsnitt 74.

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

Kap.10 Når vil et institusjonsopphold utgjøre en frihetsberøvelse?

10.1 Frihetsberøvelsesbegrepet

EMK artikkel 5 inneholder ikke en nærmere definisjon av frihetsberøvelsesbegrepet. Fordi bevegelsesfriheten er selvstendig vernet i en egen tilleggsprotokoll, jf. TP4 art. 2, vil bevegelsesbegrensingene si noe om den nedre grensen for hva som regnes som vernet etter EMK art. 5.¹³² Institusjonstiltak uten samtykke vil også være vernet etter EMK art. 8, og både med og uten samtykke av TP4 art. 2 om retten til fritt velge bosted.

For å finne det nærmere innholdet i hvilke tiltak som er vernet av EMK art. 5 vil det måtte foretas en analyse av EMDs praksis.

10.2 Lukkede institusjoner

I oppdraget spørres det om det er menneskerettslig handlerom til å frihetsberøve barn i lukkede barnevernsinstitusjoner. En lukket barneverninstitusjon med låste dører vil klart være å regne som en frihetsberøvelse både etter EMK art. 5 og etter Grl. § 94. Den totale frihetsberøvelsen skjer bak låste dører og murer, der individet ikke kan forlate stedet uten etter tillatelse, eller med følge. En slik “strict arrest” er kjernen i vernet av EMK art. 5.¹³³ Om vurderingen av om frihetsberøvelse uttaler Bartlett m.fl. at:

“The fact that the individual is accommodated on a locked unit in the institution would be a strong indicator that he or she is detained. Similarly, if managers of such institutions require residents to spend the night in the institution and require residents to ask permission to leave during the day, the circumstances strongly suggest detention.”¹³⁴

¹³² Protokoll nr. 4 til EMK (1963) art. 2.

¹³³ Guzzardi mot Italia, dom avsagt 6. november 1980 avsnitt 92.

¹³⁴ Bartlett, P., Lewis, O., Thorold., O.: “Mental Disability and the European Convention on human rights” (2006) s. 36

Dersom, men bare dersom frihetsberøvelsene oppfyller de menneskerettslige begrensingene for inngrep, vil en frihetsberøvelse i lukket institusjon *kunne* legitimeres innenfor de menneskerettslige begrensingene i EMK art. 5.¹³⁵

10.3 Er åpne institusjoner med bevegelsesbegrensinger være å regne som frihetsberøvelse?

Det finnes i dag ikke lukkede barnevernsinstitusjoner i Norge, i betydning at barna er låst inne på institusjoner under hele oppholdet, og kun kan forlate institusjonen etter søknad eller med følge. Likevel legges det ofte til grunn at en atferdsplassering etter bvl. § 6-2 (tidligere bvl. § 4-24), er en frihetsberøvelse, slik også ved vedtakelsen av ny barnevernslov i 2021.¹³⁶ Det er grunn til å differensiere dette utgangspunktet.

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

For at et institusjonsopphold skal regnes som en frihetsberøvelse etter EMK art. 5 kreves det et objektivt element (at en person er innesperret i et begrenset område i et ikke ubetydelig tidsrom) og et subjektivt element (at personen ikke har samtykket til innesperringen).¹³⁷

Av FNs regler for beskyttelse av mindreårige som er fratatt friheten (Havanareglene) fremgår det en definisjon av frihetsberøvelse som eksplisitt kun viser til det subjektive elementet. Dette blir i teorien tolket slik at det er tilstrekkelig for å klassifisere som en frihetsberøvelse at individet ikke «permitted to leave at will, by order of any judicial, administrative or other public authority», altså at det er tilstrekkelig med det subjektive elementet for å klassifisere tiltaket som en frihetsberøvelse.¹³⁸

¹³⁵ En lukket barnevernsinstitusjon for barn som bor alene, bør ikke legitimeres, fordi det kan tendere mot torturforbudet (se del Havre, i Gundersen mfl. «Ja, enetiltak er bra for noen barn», NOVA, 2023 (under publisering).

¹³⁶ FNV-2017-1700-AGD; Bendiksen, Lena R.L., og Haugli, Trude: "Sentrale emner i barneretten" 3. utgave (2018), s. 283; HR-2021-640-A avsnitt 51, slik jeg også gjør i Havre, Merete: "Kommentarer til barnevernloven §§ 4-12 til 4-21" (2022) og i Havre, Merete: "Legitimt og illegitimt tvång. En kritisk granskning av norske institusjoner utifrån ett rättighetsperspektiv" (2018)

¹³⁷ Stanev mot Bulgaria, dom avsagt 17 januar 2012 avsnitt 117.

¹³⁸ FNs regler for beskyttelse av mindreårige som er fratatt friheten ("Havanna-reglene"), 14. desember 1990. Sigurdson, Randi: "Tvangsplassering av barn med utfordrende atferd" (2015) s. 106, med videre henvisninger til; Liefgaard, Tom: "Deprivation of Liberty of Children in Light of International Human Rights Law and Standards" (2008) s. 155; Detrick, Sharon L. de: "A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child (1999) s. 629.

Om denne forståelsen legges til grunn vil dagens regel i bvl. § 6-2 være å regne som en frihetsberøvelse etter Havana-retningslinjene. Havana-reglene bruker imidlertid også begrepene «detention», eller «imprisonment», og «custodialy setting».¹³⁹ Det er vanskelig å se at bruken av disse begrepene, ikke skulle tilføre objektive elementer. Uansett er vernet etter EMK art. 5, som er rettslig bindende for staten, snevrere enn dette, og krever et objektivt element i tillegg. Det vil være mulig å tenke seg at det kan vedtas at barnet må bo i en åpen institusjon, over tid, mot egen vilje, slik bvl. § 6-2 legger opp til i dag, uten at det er å regne som en menneskerettslig frihetsberøvelse.

Inngrepet vil fortsatt være menneskerettslig beskyttet, men ikke nødvendigvis som en frihetsberøvelse vernet av EMK art. 5. Det kan være det, men det trenger ikke å være det. En institusjonsplassering vil alltid innebære en plikt for barnet til bestemt bosted, og er derfor menneskerettslig beskyttet, også uavhengig av grunnlaget for at barnet bor der. Når det er det offentlige som bestemmer hvilken adresse barnet skal bo, vil barnet være vernet av fjerde tilleggsprotokoll art. 2 som gjelder retten til selv å velge bosted. Menneskerettslig vil dette være et inngrep i en rettsbeskyttet rettighet, og det vil derfor alltid måtte treffes enkeltvedtak om institusjonsplasseringer. Dette gjelder også etter forvaltningsloven fordi det gis et pålegg om bestemt adresse, jf. fvl. § 2, 1. ledd, bokstav a og b. Vedtak om institusjonsplassering må derfor følge de menneskerettslige begrensingene for inngrep. At vernet i EMK art. 5 ikke skal inntreffe, forutsetter at institusjonen er åpen, og det forutsetter muligens også at det ikke vil være anledning til å begrense barnets bevegelser, slik bvl. § 10-9 i dag gir anledning til i dag.

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

10.3 Grensen mellom frihetsberøvelser og frihetsbegrensinger

Der barnet er fysisk forhindret fra å forlate institusjonen gjennom låste dører, eller murer, vil de objektive kriteriene etter EMK art. 5 være oppfylt. Det er imidlertid ikke kun der slike fysiske hindre at EMD legger til grunn at tiltaket er en frihetsberøvelse vernet av EMK art. 5. Også åpne institusjoner med enten bevegelsesforbud, sterke bevegelsesrestriksjoner, eller der barnet faktisk er berøvet sin frihet grunnet institusjonens lokasjon, vil kunne omfattes av

139

vernet i EMK art. 5. Dersom bevegelsesrestriksjonene ikke er så sterke at de når opp til terskelen, vil det uansett være menneskerettslig beskyttet gjennom TP4, art. 2.

Det blir også et spørsmål om barn som i dag bor i institusjon grunnet omsorgsovertakelse mot foreldrene, kan sies å være frihetsberøvet, rent faktisk. Dette kan skje dersom barnet fysisk blir hindret i å forlate stedet, eller institusjonen ligger geografisk slik til at barnet er forhindret fra å fysisk bevege seg bort fra stedet.¹⁴⁰ Menneskerettslig sees hen til de *faktiske* omstendighetene barnet er underlagt når det skal tas stilling til om barn er frihetsberøvet eller ikke. Et institusjonsopphold etter reglene i bvl. § 5-2 vil derfor også kunne være å regne som en menneskerettslig beskyttet frihetsberøvelse.

EMD kom tidlig i sin praksis med en presisering av frihetsberøvelsesbegrepet, i saken *Engel mfl. mot Nederland*, hvor det fremgår at vurderingen av om det foreligger en frihetsberøvelse beror på en vurdering av inngrepets *art, virkning, varighet og gjennomføringsmåte* (Engel-kriteriene).¹⁴¹

EMD har i flere saker senere uttalt at «The difference between deprivation of and restriction upon liberty is nonetheless merely one of degree or intensity, and not one of nature or substance.»¹⁴²

Det er derfor ikke av avgjørende betydning at institusjonen som sådan er lukket eller åpen fordi det må foretas en konkret vurdering i den enkelte situasjon basert på i *hvilken grad* og med *hvilket omfang* barnets bevegelser er begrenset. Også åpne soningsformer blir regnet som frihetsberøvelser etter EMK art. 5.

I *Guzzardi-dommen* kom EMD til at opphold på en øy var en frihetsberøvelse vernet av EMK art. 5, selv om han fikk bevege seg fritt på denne øyen. Overvåking og påbud om å bosette seg i et bestemt geografisk område var i denne saken ikke i seg selv nok til at det var å anse som en frihetsberøvelse, men de totale omstendighetene i saken gjorde likevel at EMD kom til at forholdet var vernet av EMK art. 5.¹⁴³

Restriksjonene man er ilagt kan imidlertid, for voksne, være svært omfattende uten at EMD kommer til at det er vernet etter EMK art. 5. I saken *De Tommaso mot Italia (GC)* ble en mann gitt husarrest innenfor et angitt tidsrom. EMD uttalte her at husarrest i utgangspunktet ikke er å anse som en frihetsberøvelse etter EMK art. 5. I denne saken kunne Tommaso forlate

¹⁴⁰ Slik også Sigurdsen, Randi legger til grunn i sin doktoravhandling «Tvangsplassering av barn med utfordrende atferd» (2015), s.106. Se også Havre, Merete i Gundersen mfl.: «Ja, enetiltak er bra for noen barn», kap. 13 flg. (under publisering 2023).

¹⁴¹ Engel mfl. mot Nederland, dom avsagt 8. juni 1976 avsnitt 59

¹⁴² Guzzardi mot Italia, dom avsagt 6. november 1980 avsnitt 93, Ashingdane mot Storbritannia, dom avsagt 28. mai 1985 avsnitt 41

¹⁴³ Guzzardi mot Italia, dom avsagt 6. november 1980 avsnitt 95.

hjemmet på dagtid uten restriksjoner. Til tross for at han hadde portforbud mellom 22.00 og 06.00 hver natt over lang tid, ble ikke dette regnet som en frihetsberøvelse etter EMK art. 5, men som en bevegelsesbegrensing vernet av 4 tilleggsprotokoll art. 2.¹⁴⁴

Husarrest har imidlertid i andre dommer vært ansett som en frihetsberøvelse ut fra inngrepets styrke som i *Korban mot Ukraina*.¹⁴⁵ EMD har i *D.D. mot Litauen* kommet til at tvangsinnleggelse av en kvinne i en psykiatrisk institusjon var å regne som en frihetsberøvelse, selv om klageren ikke var fysisk innelåst.¹⁴⁶ Frihetsberøvelsen var her langvarig. Det ble vektlagt at institusjonen hadde utøvd fullstendig og effektiv kontroll over henne gjennom medisiner, behandling og bosted, og at hun ikke fikk gå utenfor institusjonen uten tillatelse.¹⁴⁷

Det samme var tilfelle i *Stanev mot Bulgaria (GC)* som gjaldt en delvis umyndiggjort mann med schizofreni som i 10 år hadde vært innlagt i en helseinstitusjon.¹⁴⁸ EMD uttalte i denne saken at en person kan anses å ha vært berøvet sin frihet selv i et åpent sykehus, med fri bevegelse på sykehusets område og med muligheter til å bevege seg utenfor sykehuset.¹⁴⁹ Foruten lengden av oppholdet, ble det i denne saken også sett hen til at institusjonen hadde så lav standard at den ikke kunne tilby Stanev tilfredsstillende behandling, slik at formålkravet som er en nødvendig forutsetning for legitimering av frihetsberøvelser ikke var oppfylt.¹⁵⁰

Lengden på tiltaket vil være av stor betydning, men er ikke av avgjørende betydning. EMD har regnet det som frihetsberøvelse av barn vernet av EMK art. 5, der det har vært tale om flere korte frihetsberøvelser, jf. *Bouamar mot Belgia*.¹⁵¹ I denne saken ble et barn fengslet ni ganger i tidsintervall på opptil 15 dager, som følge av at myndighetene ikke klarte å finne en annen tilfredsstillende institusjon for gutten på grunn av adferdsproblemene han hadde. Dette førte til at gutten ble flyttet til og fra fengsel, uten kontakt med personale med pedagogisk utdanning. I saken fremholdt EMD at myndighetene har en plikt til å opprette egnede institusjoner dersom staten først velger å bekjempe ungdomskriminalitet med ”educational supervision”.¹⁵²

¹⁴⁴ De Tomasso mot Italia, dom avsagt 23. februar 2017 avsnitt 85 til 89.

¹⁴⁵ Korban mot Ukraina, dom avsagt 4. juli 2019 avsnitt 138.

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

¹⁴⁷ Det ble imidlertid ikke brudd på EMK art. 5 her fordi frihetsberøvelsen var lovlig, proporsjonal og nødvendig se dommens avsnitt 146 til 150.

¹⁴⁸ Stanev mot Bulgaria, dom avsagt 17. januar 2012.

¹⁴⁹ Stanev mot Bulgaria, dom avsagt 17. januar 2012 avsnitt 116.

¹⁵⁰ Ibid, avsnitt 206 til 210

¹⁵¹ Bouamar mot Belgia, dom avsagt 27. juni 1988.

¹⁵² Ibid, avsnitt 50-53.

Når det skal tas stilling til barns menneskerettslige beskyttelse av den fysiske friheten, må det skilles mellom frihetsberøvelser og frihetsbegrensinger. Frihetsberøvelser er vernet etter EMK art. 5, mens det jeg kaller *frihetsbegrensende* tiltak er vernet i fjerde tilleggsprotokoll til EMK art. 2 (TP4 art. 2) gjennom retten til fri bevegelse. Materielt er skillet mellom frihetsberøvelser og frihetsbegrensinger et spørsmål om *grad*. En delvis bevegelsesbegrensing mot et barn som bor i institusjon mot sin vilje, f.eks. etter klokken 21.00 i helger, etter bvl. § 10-9, vil ikke nødvendigvis nå opp til terskelen for en frihetsberøvelse, men være menneskerettslig beskyttet som en bevegelsesbegrensing.

Frihetsberøvelsesbegrepet etter EMK art. 5 er imidlertid relativt, ved at vurderingen også tar i betraktning subjektive momenter, noe som innebærer at det som vil være å regne som frihetsberøvelse overfor et individ, ikke behøver å regnes som en frihetsberøvelse overfor et annet individ. Grl. § 104 og BK art. 3 krever at det anlegges et barneperspektiv på analysen, som betyr at det skal legges en lavere terskel til grunn også til å vurdere om tiltaket skal regnes som en frihetsberøvelse eller ikke etter EMK art. 5. Det er den totale situasjonen barnet er underlagt være er avgjørende for å bestemme om vernet i EMK art. 5 inntreffer, eller ikke.¹⁵³

Det er tre forhold som vil kunne føre til at dagens plasseringer etter bvl. § 6-1 og bvl. § 6-2 vil kunne sies å være en frihetsberøvelse.

For det første er det ikke er satt noen materielle lengdebegrensinger for bevegelsesbegrensinger i bvl. § 10-9. For det andre er det mulighet til tilbakeføring ved rømning, om nødvendig med politimakt, jf. bvl. § 10-12. Denne bestemmelsen gjelder både barn som bor i institusjon grunnet atferdstiltak og som omsorgstiltak. Rømningen er et uttrykk for barnets subjektive vilje til å være et annet sted enn ved den bestemte institusjonen. For det tredje – vil summen av alle begrensingene og kravene barna kan utsettes for i institusjoner, kunne føre til at EMD vil komme til at det også per i dag er å regne som frihetsberøvelse.

Dette vil særlig kunne gjelde der oppholdet er av lengre varighet, og der barnets bevegelsesfrihet også rettslig eller faktisk er begrenset. Det er også naturlig å tenke at EMD vil strekke frihetsberøvelsesbegrepet lenger der barn bor i institusjoner alene, enten i enetiltak eller alenetiltak. En frihetsberøvelse i en åpen institusjon vil derfor kunne falle innenfor vernet etter EMK art. 5, men vil også kunne vurderes å ligge utenfor.

¹⁵³ Guzzardi mot Italia, dom avsagt 6. november 1980 avsnitt 95: «It is admittedly not possible to speak of "deprivation of liberty" on the strength of any one of these factors taken individually, but cumulatively and in combination they certainly raise an issue of categorisation from the viewpoint of Article 5 (art. 5).»

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

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

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

Bårdsen ser ut til å mene at et samtykke til en frihetsberøvelse som et atferdstiltak etter den gang bvl. § 4-26, nå bvl. § 6-1, skal være tilstrekkelig til at vernet i EMK art. 5 ikke inntreffer, dersom samtykke er informert.¹⁵⁴ Jeg er ikke nødvendigvis enig i dette.

For det første er det trolig vanskelig å snakke om et informert samtykke her, all den stund de objektive elementene som vil føre til at tiltaket er å regne som en frihetsberøvelse, først inntreffer i ettertid, inne på institusjonen, jf. bvl. § 10-9. Det er ikke gitt at barnet hadde samtykket dersom det hadde visst at det kan ilegges totalt bevegelsesforbud.

For det andre er det vanskelig å snakke om et frivillig samtykke, slik at det subjektive elementet i bestemmelsen er oppfylt, all den stund, alternativet for barnet er at det kan treffes et tvangsvedtak. Når det subjektive elementet trekkes frem i EMDs praksis, er det tale om frivillige innleggelser, der individet selv kommer for å be om et av velferdsstatens tilbud for å få hjelp med sitt problem. Så lenge barnet er inne i et barnevernssystem som har både formelle tvangshjemler, og eller er i en overordnet maktposisjon, er det ikke tale om en reell frivillig situasjon. Som oftest kommer nok disse tiltakene i stand ved at barnevernet initierer tiltaket, og at det informeres om at det vil fremmes sak for nemnda om de ikke selv samtykker.

Dessuten er det lite trolig at barnet har full kjennskap til alle begrensingene som barnet kan utsettes for inne på institusjonen når samtykke avgis. Barna som har samtykket til et atferdstiltak vil også kunne ilegges de strengeste restriksjonene inne på institusjonen etter bvl.

¹⁵⁴ Bårdsen, Arnfinn: "Retten til erstatning for ulovlig frihetsberøvelse etter EMK art. 5 (5) og SP art. 9 (5)" (2002) s. 53-54

§ 10-9. De kan dessuten også holdes tilbake i institusjonen i inntil tre uker dersom de trekker samtykket.

Om spørsmålet om samtykke kommer til prøving i EMD, vil det, etter min mening, raskt kunne føre til et brudd på EMK art. 5, om ikke de materielle og prosessuelle begrensingene i EMK art. 5 er fulgt.

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

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

9.5 Prosessuelle krav ved en frihetsberøvelse

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

Det stilles direkte krav både i Grl. § 94 og i EMK art. 5, nr. 4 at frihetsberøvelser kun kan skje dersom “the lawfulness of his detention” blir prøvd “speedily by a court and his release ordered if the detention is not lawful.” Det samme fremgår av BK art. 37 bokstav d hvor alle barn som er frihetsberøvet skal ha rett til “prompt access to legal and other appropriate

assistance, as well as the right to challenge the legality of the deprivation of his or her liberty before a court or other competent, independent and impartial authority, and to a prompt decision on any such action”.

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

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

FNs menneskerettskomité uttaler om SP art. 9 at: “Deprivation of liberty must be reevaluated at appropriate intervals with regard to its continuing necessity.”¹⁵⁵ Om spørsmålet ikke blir vurdert jevnlig, vil det være risiko for at barnet holdes frihetsberøvet lenger enn det som er nødvendig. Menneskerettslig skal ethvert vedtak stoppes dersom det ikke lenger tilfredsstiller kravene i EMK art. 5, også før tidspunktet for en periodisk vurdering. Også FNs menneskerettskomite fremholder ved sine tolkinger av SP art. 9 at personer som er frihetsberøvet bør være vernet av en rekke prosessuelle sikkerhetsmekanismer:

“Detainees should be held only in facilities officially acknowledged as places of detention. A centralized official register should be kept of the names and places of detention, and times of arrival and departure, as well as of the names of persons responsible for their detention, and made readily available and accessible to those concerned, including relatives. Prompt and regular access should be given to independent medical personnel and lawyers and, under appropriate supervision when the legitimate purpose of the detention so requires, to family members. Detainees should be promptly informed of their rights, in a language they understand;(…) Independent and impartial mechanisms should be established for visiting and inspecting all places of detention, including mental-health institutions.”¹⁵⁶

Etter bvl. § 6-2 kan barneverns- og helsenemnda vedta at et barn skal plasseres i institusjon uten samtykke fra barnet selv eller fra de som har foreldreansvar, dersom barnet har

¹⁵⁵ CCPR General Comment no. 35 (2014) Article 9 (Liberty and security of person), avsnitt 19

¹⁵⁶ For eksempel D.L. mot Bulgaria, dom avsagt 19. mai 2016 avsnitt 74.

vist alvorlige atferdsvansker. Det er lite i denne bestemmelsen som viser til at nemnda skal ta stilling til om barnet kan berøves sin frihet, eller ikke.

Nemnda tar heller ikke stilling til spørsmålet om frihetsberøvelser, fordi kompetansen til å begrense barnets fysiske frihet skjer i ettetid av plasseringen, hvor kompetansen er tillagt institusjonen, og ikke nemndas jf. bvl. § 10-9.

Det er derfor vanskelig å se at dagens barnevernslov tilfredsstiller kravet i EMK art. 5, nr. 4 om domstolsprøving.

10.7 Oppsummering og anbefaling frihetsberøvelse

Innenfor EMK ligger det en mulighet til en gradert forståelse av frihetsberøvende og frihetsbegrensende barnevernstiltak.

Det vil være mulig å tenke seg tre ulike former for institusjoner:

1) Lukkede institusjoner, hvor barnet bor, med eller uten samtykke, uavhengig av årsaken til at barnet bor i institusjon, som klart er innenfor vernet i EMK art. 5

2) Åpne institusjoner, hvor barnet bor, med eller uten samtykke, uavhengig av årsak til at barnet bor i institusjon, med mulighet for bevegelserforbud/restriksjoner som vil kunne ligge innenfor eller utenfor vernet i EMK art. 5.

3) Åpne institusjonsplasseringer, med eller uten samtykke, uavhengig av årsak, hvor det ikke er mulighet for frihetsbegrensende tiltak som vil ligge utenfor EMK art.5. Det vil uansett være menneskerettslig vernet av EMK art.8 og TP4 art. 2.

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

I alle tilfeller vil det begrensinger i den fysiske friheten være et inngrep overfor barna som er menneskerettslig beskyttet, av EMK art. 8 og TP4 art. 2.

Alle kategoriene kan legitimeres uavhengig av årsak til at barnet bor i institusjon, og kan derfor brukes både overfor barn som i dag bor i institusjon som atferdstiltak og som omsorgstiltak.

Det er heller ikke av betydning om barnet samtykker eller ikke.

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

Det anbefales:

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

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

Kap.11 Menneskerettslige materielle begrensinger for frihetsberøvelser.

11.1 Tre grunnleggende krav ved inngrep i menneskerettigheter

En frihetsberøvelse må oppfylle tre materielle begrensningene for å kunne legitimere etter EMK art. 5.

For det første må frihetsberøvelsen tilfredsstillende kravet om tilstrekkelig *hjemmelsgrunnlag*. Dette kravet kommer klart frem i EMK art.5 hvor det: “No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law”. Det gjentas også i de ulike alternative formålene hvor det vises til at frihetsberøvelse kun kan skje gjennom en «lawful order», se bl.a. bokstav d. At frihetsberøvelser må ha et tilstrekkelig og presist formulert hjemmelsgrunnlag, følger også av det grunnlovfestede legalitetsprinsippet, jf. Grl. § 113. Fordi en frihetsberøvelse er et sterkt inngrep, vil det stilles strenge krav til lovens forutsigbarhet og presisjon. Etter Grl. § 113 må hjemmelen være forankret i formell lov vedtatt av Stortinget.

For det andre må frihetsberøvelsen skje ut fra et anerkjent *legitimt formål*. Kravet om *legitimt formål* er for inngrep i EMK art.5 rettigheter, uttømmende regulert i bestemmelsen.¹⁵⁷ Frihetsberøvelser av barn innenfor barnevernssystemet, kan skje dersom formålet er «educational supervision», jf. EMK art. 5, nr. 1, bokstav d.

Det tredje kravet til inngrep i grunnleggende menneskerettigheter - *proporsjonalitetskravet*, er ikke like tydelig i EMK art. 5, men gjelder klart etter denne bestemmelsen også.¹⁵⁸ Dette kommer blant annet klart til uttrykk i saken D.L. mot Belgia hvor det heter:

“Where the detention concerns a minor, as in the present case, the Court considers, in the light of the relevant international standards, that an essential criterion for the assessment of proportionality is whether the detention was ordered as a last resort, in the child’s best interests, and was aimed at preventing serious risks for the child’s development. When this criterion is no longer fulfilled, the basis for the deprivation of liberty ceases to exist.”¹⁵⁹

I *D.G mot Irland* heter det at: “In this respect, there must be a relationship between the ground of permitted deprivation of liberty relied on and the conditions of detention”, som også er et uttrykk for et proporsjonalitetskrav.¹⁶⁰

Av de tre menneskerettslige begrensingene er det særlig kravet om legitimt formål og proporsjonalitetskravet som er av betydning å se nærmere på opp mot barnevernslovens nåværende regulering, og eventuelt utvidede hjemler i fremtiden. Det er også grunn til å knytte noen merknader til kravet om tilstrekkelig og presist hjemmelsgrunnlag.

11.2 Kravet om presist og forutsigbart hjemmelsgrunnlag for frihetsberøvelser

Det fremgår ikke noe sted i barnevernsloven at barn skal kunne frihetsberøves i institusjoner. I tillegg til at manglende bruk av begrepet frihetsberøvelse i lovteksten har en prosessuell side opp mot EMK art. 5, nr. 4, har det også en materiell side opp mot

¹⁵⁷ D.G mot Irland, dom avsagt 16. mai 2002 avsnitt 74, med videre henvisning tilbake til Guzzardi mot Italia, dom avsagt 6. november 1980 avsnitt 96, 98 og 100.

¹⁵⁸ At det også gjelder et proporsjonalitetskrav etter SP art. 9, er fremhevet av FNs menneskerettskomité hvor det heter: “A decision to deprive a child of liberty must be subject to periodic review of its continuing necessity and appropriateness.”, CCPR General Comment no. 35 (2014), Article 9 (Liberty and security of person) avsnitt 62, med henvisninger til A/HRC/38/36: Report of the Special Rapporteur. Proporsjonalitetsprinsippet ble også ved grunnlovsendringen i 2014 tatt inn i grunnlovens § 94, hvor det nå heter at frihetsberøvelsen må være «nødvendig og ikke utgjøre et uforholdsmessig inngrep».

¹⁵⁹ D.L. mot Bulgaria, dom avsagt 19. mai 2016 avsnitt 74.

¹⁶⁰ D.G mot Irland, dom avsagt 16. mai 2002 avsnitt 75 med videre henvisning til Aerts mot Belgia, dom avsagt 30. juli 1998 avsnitt 46

legalitetsprinsippets krav, jf. Grl. § 113. Etter EMK gjelder det ikke et krav om formell lov, men dette vil Grl. § 113 kreve. Etter EMDs praksis stilles det krav til hjemmelsgrunnlagenes *kvalitet* når det er tale om inngrep i grunnleggende menneskerettigheter. Også menneskerettskomiteen stiller krav til hjemmelsgrunnlagets «predictability». EMD uttaler seg om kvalitetskriteriene på denne måten i saken *Munjaz mot Storbritannia*, at spørsmålet er om inngrepet kan møte «the “quality of law” test as set out in the Court’s case-law».¹⁶¹

Lovbestemmelsene må være tilgjengelige og forutsigbare, og være tilstrekkelig presise slik at individene kan forutberegne sin egen rettslige stilling.

Både etter EMK art. 5 og etter Grl. § 113 har barnet en rett til at hjemmelsgrunnlagene skal være tilstrekkelig klare og presise, slik at barna skal kunne forutberegne sin rettslige stilling. Legalitetsprinsippet er også et prinsipp som skal hindre vilkårlige frihetsberøvelser. Prinsippet er relativt inngrepets styrke. Det vil si at det stilles strengere krav til lovens klarhet og presisjon der det er frihetsrettighetene som står til prøve, enn ved andre inngrep, selv om kravet også gjelder her. Når inngrepet gjelder barn, vil det også stilles ekstra strenge krav til legalitetsprinsippet, jf. Grl. § 104 og BK art.3.

Barnevernslovens § 6-2 bruker begrepet «plassering» i institusjon. Plasseringsbegrepet ble diskutert i forbindelse med vedtakelse av ny barnevernslov, særlig fordi noen barn opplevde at begrepet reduserer dem til et objekt – noen som skal «plasseres».¹⁶² Det ble imidlertid ikke vurdert opp mot EMK art. 5 og kravet til hjemmelsgrunnlagets klarhet.

EMK art. 5 bruker begrepene «arrest» og «detention» knyttet til vern av den personlige friheten (Right to liberty).

Det å «plassere» barn i institusjon er et midlere uttrykk enn å bli arrestert eller berøvet sin frihet. Ordlyden i bvl. § 6-2 viser ikke på noen måte at frihetsberøvelse er et sterkt inngrep. Dersom lovgiver faktisk mener at barn skal kunne frihetsberøves i barnevernsinstitusjoner, må dette komme klart til uttrykk i lovteksten

Det er å anta at departementet ikke har ønsket å bruke begrepet frihetsberøvelse, fordi det er en velferdsrettslig frihetsberøvelse og ikke en strafferettslig frihetsberøvelse, og at den derfor har et annet formål (barnevern, ikke samfunnsvern). Det å bruke begrepet ‘plassering’ endrer likevel ikke realiteten – at barnet berøves sin frihet. Sammenblanding kan unngås ved at det inkluderes i ordlyden at det er tale om et frihetsberøvende omsorgstiltak.

¹⁶¹ *Munjaz mot Storbritannia*, dom avsagt 17. juni 2012 avsnitt 87

¹⁶² NOU 2016:16, kap. 4.4.4

Det anbefales at:

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

11.3 Legitimt formål – for the purpose of educational supervision

En frihetsberøvelse av et barn i barnevernsinstitusjon kan kun skje dersom den er «for the purpose of educational supervision [...]», jf. EMK art. 5, nr. 1, bokstav d.

Med «educational» i EMK art. 5 menes ikke tradisjonell skole i klasseromsundervisning, men at institusjonens formål må tjene barnets utviklingsbehov. Det heter i dommen *D.G mot Irland*, hvor frihetsberøvelsen til en 17 år gammel gutt sto til prøve:

“It is also accepted that, in the context of the detention of minors, the words “educational supervision” must not be equated rigidly with notions of classroom teaching: in the context of a young person in local authority care, educational supervision must embrace many aspects of the exercise, by the local authority, of parental rights for the benefit and protection of the person concerned.”¹⁶³

I storkammersaken *Blokhin mot Russland (GC)*, hvor frihetsberøvelse av en 13 år gammel gutt sto til prøve, vises det også at det ikke er tilstrekkelig at det finnes et skoletilbud, som også tilbys barn i fengsel.¹⁶⁴ EMD uttaler i denne dommen at:

“[...] that some schooling was provided in the centre, it considers that this does not substantiate the Government’s argument that the applicant’s placement was “for the purpose” of educational supervision. On the contrary, the centre was characterised by its disciplinary regime rather than by the schooling provided.”¹⁶⁵

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

“Further, detention for educational supervision pursuant to Article 5 § 1 (d) must take place in an appropriate facility with the resources to meet the necessary educational objectives and security requirements. [...] However, none of these grounds is relevant in the present case since the applicant’s placement was for the purpose of “correcting his behaviour”.

[...]

¹⁶³ D.G. mot Irland, dom avsagt 16. mai 2002, avsnitt 80, med videre henvisning til Koniarska mot Storbritannia, dom avsagt 12. oktober 2000.

¹⁶⁴ Blokhin mot Russland, dom avsagt 23. mars 2016 avsnitt 166.

¹⁶⁵ Ibid, avsnitt 170.

The Court further considers it to be of importance that none of the domestic courts examining the applicant's detention order stated that the placement was for educational purposes. Instead, they referred to "behaviour correction" and the need to prevent him from committing further delinquent acts, neither of which is a valid ground covered by Article 5 § 1 (d) of the Convention."¹⁶⁶

Det samme ble lagt til grunn av EMD i saken *Blokhin mot Russland*.¹⁶⁷

At formålet med tiltaket må være individbeskyttende, er lagt til grunn i flere dommer fra EMD. I saken *D.L mot Bulgaria* var formålet med frihetsberøvelsen satt til å hindre «serious risks for the child's development», og ble dermed ansett å ligge innenfor kravet i EMK art. 5 nr. 1, bokstav d.¹⁶⁸

I *Koniarska mot Storbritannia* ble institusjonen godtatt som egnet til å nå målet om «educational», fordi det var et spesialtilpasset botilbud for ungdom med alvorlige problemer, hvor det ble tilbudt et bredt spekter av utdanningsprogram og kurs.¹⁶⁹ Det var uten betydning at jenta var 17 år og ikke lenger i skolepliktig alder, og saken endte opp med å bli avvist til behandling i EMD.¹⁷⁰ Det ble vist til at institusjonen i tillegg til et skoletilbud, tilbød opplæring i "life skills and social skills".¹⁷¹

Formålet med frihetsberøvelser som barnevernstiltak må derfor være begrunnet i barnets behov for hjelp i sin utvikling, slik også FNs barnekonvensjon sitt omsorgsbegrep. Jeg bruker begrepet frihetsberøvende *omsorgsinngrep* for å minne om den individbeskyttende målsetningen.¹⁷² Summen av de menneskerettslige formålskravene i både FNs barnekonvensjon og i EMK art. 5, beskrives best som et (sosial)pedagogisk tiltak for å hjelpe barnet å bygge et 'bærekraftig liv for seg selv'.

Formålskravet i bvl. § 6-2 er ikke klart angitt, men det vises både til at formålet er «behandling», og knyttes til at barnet har vist «alvorlige atferdsvansker», som kan gi inntrykk av at formålet med tiltaket er atferdskorrigerende.

Dersom man tenker at formålet med atferdstiltakene i kap. 6 er å gi «behandling», for eksempel rusbehandling, treffer ikke dette med formålsangivelsene i EMK art. 5, nr. 1, bokstav d. Det er innført kompetansekrav for hvem som skal kunne arbeide i barnevernsinstitusjoner. I

¹⁶⁶ Ibid, avsnitt 171.

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

¹⁶⁸ D.L. mot Bulgaria, dom avsagt 19. mai 2016, avsnitt 74.

¹⁶⁹ Koniarska mot Storbritannia, dom avsagt 12. oktober 2000.

¹⁷⁰ Ibid, pkt. 1 avsnitt 11 til 15.

¹⁷¹ Koniarska mot Storbritannia, dom avsagt 12. oktober 2000, pkt. 1 avsnitt 14.

¹⁷² Om begrepsbruken, se også Havre, Merete og Langeland, Julie, «Med lov skal pasienten pleies? - Legalitetsprinsippet ved begrensende omsorgsinngrep», (under publisering 2023).

barnevernsloven av 2021 fremkommer det i bvl. § 10-16, tredje ledd at institusjonen skal ha en leder og en stedfortreder for lederen, som fra 2031 skal ha barnevernsfaglig mastergrad eller annen relevant utdanning på tilsvarende nivå.¹⁷³ Av bvl. § 10-16, annet ledd er det krav om minst relevant bachelorutdanning av øvrig faglig personell. En barnevernsfaglig master er ikke en helsefaglig utdanning, men en samfunnsfaglig/sosialfaglig utdanningsretning. Selv om det også åpnes for annen kompetanse, vil trolig hovedvekten av dem som ansettes fremover være barnevernspedagoger og sosionomer med bachelorgrad, og ledere vil trolig ha master i barnevern eller master i barnevernsarbeid.¹⁷⁴ Det er ingen av disse utdanningsretningene som er innrettet mot helsefaglig behandling, slik begrepet «behandling» vanligvis blir brukt.

Barnevernutdanningen, er slik begrepet *barnevernspedagog* viser, en sosialpedagogisk utdanning, hvor hovedfokuset for arbeid i barnevernsinstitusjoner er knyttet til et pedagogisk endringsarbeid i barnets eget miljø.¹⁷⁵ Det kan derfor ikke forventes at barn skal gis helsefaglig *behandling* i en barnevernsinstitusjon. Helsedirektoratet påpekte i høringen til ny barnevernslov at det var et behov for å omtale nærmere hva som ligger i bruk av begrepet «behandling», sett i forhold til helsehjelp og den mulighet som regelverket har for sektorovergripende plasseringer.¹⁷⁶ Helsedirektoratet og Bufdir, med støtte fra Bufetat, påpekte at begrepet «behandling» som var foreslått videreført i ny barnevernslov, burde endres, eller presiseres. Bufdir foreslo å erstatte begrepet «behandling» med «systematisk endringsarbeid», eventuelt «barnevernsfaglig behandling» for å skille dette fra «helsefaglig behandling».¹⁷⁷

Dette vil være en lovformulering som både vil være i tråd med de positive forpliktelsene Norge har etter FNs barnekonvensjon, og kravene etter EMK art. 5, nr. 1. bokstav d. Departementet var imidlertid av den oppfatning at det ikke var nødvendig å innta en presisering i barnevernsloven med hensyn til behandlingsbegrepet, fordi det etter deres mening, fulgte implisitt av loven og selve formålet med atferdsplasseringer at den barnevernsfaglige behandlingen som utføres i barnevernet skiller seg fra helsefaglig behandling.¹⁷⁸ Gitt både det klare materielle vilkåret om at formålet skal være «educational», og i henhold til kravene til at hjemmelsgrunnlaget skal være presist angitt og forutsigbart, etter både EMK art. 5 og Grl. § 113, vil dette etter min mening være for svakt.

¹⁷³ Kompetansekravet er oppfylt også for ledere og stedfortredende ledere som har relevant bachelorutdanning, og som innen 1. januar 2031 har gjennomført relevant videreutdanning med minst 30 studiepoeng.

¹⁷⁴ Om disse utdanningene se FOR-2021-04-09-1147 (Forskrift om nasjonal retningslinje for masterutdanning i barnevern), og FOR-2021-04-09-1148 (Forskrift om nasjonal retningslinje for masterutdanning i barnevernsarbeid)

¹⁷⁵ Storø, Jan: «Sosialpedagogisk praksis – det handler om hva du gjør» (2008).

¹⁷⁶ Prop. 133L (2020-2021), kap. 12.1.3

¹⁷⁷ Prop. 133L (2020-2021), kap. 12.1.3

¹⁷⁸ Prop. 133L (2020-2021), kap. 12.1.4

For å sikre oppfyllelse av EMK art. 5 anbefales det at dette begrepet byttes ut, og at det klart angis at et pedagogisk endringsarbeid er målet med tiltakene i barnevernsinstitusjoner.

Også atferdsbegrepet ble diskutert i forbindelse med ny lovgivning, hovedsakelig fordi noen barnevernsbarn påpekte at atferdsbegrepet var stigmatiserende.¹⁷⁹ Det ble derfor i NOU 2016:16 foreslått at atferdsbegrepet skulle tas ut av loven, og erstattes med ordlyden «når dette er nødvendig fordi barnet utsetter sin helse eller utvikling for alvorlig fare.»¹⁸⁰

Heller ikke atferdsbegrepet ble diskutert opp mot de menneskerettslige begrensingene i EMK art. 5.

Begrepet 'atferd' koples raskt til et strafferettslig siktemål gjennom kriminalitetsbekjempelse. Ved bruk av dette begrepet i vår lovgivning vil det kunne være vanskeligere å legitimere at det ikke er et samfunnsvern som reelt er det som søkes beskyttet.

EMD har i flere saker uttalt at atferds korrigerende og disiplinering ikke kan danne grunnlag for frihetsberøvelser etter EMK art. 5, nr. 1, bokstav d.¹⁸¹ Det bør, også av denne grunn, vurderes å bruke et annet begrep til beskrivelsen av hvilken problematikk barnet har for å kunne frihetsberøves. Forslaget som ble fremmet i NOU 2016:16 vil, etter min vurdering, passe godt både til oppfyllelse av forpliktelsene til omsorg og beskyttelse etter FNs barnekonvensjon og til formålet med frihetsberøvelser etter EMK art. 5, nr. 1, bokstav d. Med en slik ordlyd rettes søkelyset på *behovet* for beskyttelse mot å skade sin egen helse og utvikling, mer enn årsaken til at barnet har behov for denne beskyttelsen. En annen ordlyd vil også i større grad enn i dag forhindre at barnevernstiltak brukes som kamouflerte samfunnstiltak, og skape renere linjer mellom de straffesporet og velferdssporet.¹⁸²

For å sikre at det menneskerettslige legitimeringsgrunnlaget for å frihetsberøve barn er i samsvar med EMK art. 5, nr. 1, bokstav d, bør det gjøres flere endringer i dagens lovgivning. Dette er en nødvendig forutsetning dersom det skal tillattes lukkede barnevernsinstitusjoner og også for å sikre at barn som bor i åpne barnevernsinstitusjoner blir berøvet sin frihet vilkårlig. Det er også nødvendig, både for å sikre at barnevernet ikke et samfunnsvern, og for å sikre at barnevernet ikke gis ansvar for behandling av barn, som tilhører andre sektorer.

¹⁷⁹ NOU 2016:16, kap. 4.4.4.

¹⁸⁰ NOU 2016:16, forslag til lovbestemmelser, § 20. Departementet, på sin side, mente at begrepet burde videreføres for å sikre at virkeområdet for tvangsplasseringer etter bvl. § 6-2 ikke ble utvidet, og også gav grunnlag til tvangsplasseringer av det som blir beskrevet som mer introverte atferdsproblemer som spiseforstyrrelser/selvskading mv., som man også mener hører hjemme i helsetjenesten og ikke i barnevernstjenesten. Prop. 133L (2020-2021), kap. 12.1.2.2

¹⁸¹ F.eks. Blokhin mot Russland, dom avsagt 23. mars 2016, avsnitt 171

¹⁸² Om man mener at de mer introverte formene for skadelige handlinger, som spiseforstyrrelser mv. ikke skal gi grunnlag for frihetsberøvelser, slik det legges til grunn i Prop. 133 L (2020 -2021), kap. 12.1.2.2 vil det være mulig å unnta dette i forarbeider, eller også i lovtekst, gjennom å beholde de underkategoriene i bokstavene a – c slik de er i dag for å vise hvilke typer av skadelige utvikling man ønsker å beskytte.

Formålet går ikke klart frem av bvl. § 6-2 i dag. Formålskravet etter EMK art. 5 peker fremover i tid – hva som skal oppnås med tiltaket, mens dagens lovgivning peker *bakover* på årsaken til at barnet er i behov av hjelp, som overordnet. Det legitime formålet i EMK art. 5, nr. 1, bokstav d, er både et materielt vilkår for en frihetsberøvelse i seg selv, og vil også danne grunnlaget for den proporsjonalitetsvurderingen som skal foretas etter EMK art.5. Uten et klart definert formål med tiltaket er det en risiko for at Norge dømmes for brudd på EMK art. 5.

Det anbefales:

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

11.4 Proporsjonalitetsvurderingen for frihetsberøvelser med omsorgsformål

11.4.1 Forholdet mellom størrelser

Proporsjonalitetsprinsippet viser til forholdet *mellom* størrelser. Det skal både foretas en årsaksvurdering av forholdet mellom målet med institusjonsplasseringen, og middelet som brukes for å nå dette målet, og en vurdering av forholdet mellom inngrepsbehov og inngrepsintensitet. Målet med institusjonsoppholdet må etter EMK art. 5, bokstav d, være et behov for opplæring til å bygge det som jeg kaller et bærekraftig liv for seg selv (se kap.*).

I en proporsjonalitetsvurdering skal det skje en balansert avveining av det jeg, i mine arbeider, kaller for en avveining mellom inngrepsbehov og inngrepsintensitet.¹⁸³ Konkretiseringen av inngrepsbehovet og inngrepsintensiteten, må skje før en avveining mellom dem kan skje. Alle menneskerettslige vurderinger skal foretas konkret og individuelt overfor akkurat dette barnet.

Konkretiseringen må inneholde en vurdering av hvilket hjelpebehov barnet har, og hvor sterkt dette hjelpebehovet er. Det er i all hovedsak grunnet manglende forståelse og etterlevelse av proporsjonalitets-prinsippet behovskrav at Norge dømmes i EMD for brudd på EMK art. 8

¹⁸³ Begrepene ble utviklet i min doktoravhandling; Havre, Merete: “Varetektsfengsling og proporsjonalitetsprinsippet - en balansetest” (2015).

i saker om fratakelse av foreldreansvar og samvær etter omsorgsovertakelser.¹⁸⁴ For å hindre at Norge ikke også dømmes for brudd på proporsjonalitetskravet etter EMK art. 5, er det viktig at regelverket i tilstrekkelig grad tar inn de begrensingene som prinsippet inneholder.

Når avveilingen mellom størrelsene tar til, må det foretas en treleddet vurdering, hvor det spørres om frihetsberøvelsen er *egnet* til å nå målet, og om det er *behov* for å bruke en frihetsberøvelse for å nå dette målet.¹⁸⁵ Dersom det foreligger en slik årsakssammenheng mellom målet som skal nås, og frihetsberøvelse som middel, skal det til slutt foretas en vurdering av om det alt i alt er *rimelig* at barnet må tåle å være berøvet sin frihet for å hjelpes og beskyttes. Alle tre kravene vil måtte være oppfylt dersom en frihetsberøvelse skal kunne legitimeres etter EMK art. 5, nr. 1, bokstav d. Det er gjennom proporsjonalitetsbegrensingene man vil kunne ta stilling til om frihetsberøvelser i lukkede institusjoner kan legitimeres, og med hvilken lengde.

11.4.2 Konkretisering av inngrepsintensitet

Når det skal tas stilling til hvilken styrke et inngrep har, vil de ulike midlene som står til rådighet, ha ulik inngrepsintensitet, som gjelder for alle barn som frihetsberøves. I tillegg må det foretas en subjektiv vurdering av inngrepsintensitet, hvor momenter som medfører at tiltaket blir ekstra tyngende for akkurat dette barnet inngår.

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

Nivå 14: Frihetsberøvelse i lukket institusjon i enetiltak/alenetiltak
Nivå 13: Frihetsberøvelse i lukket institusjon
Nivå 12: Samtykkeklassert frihetsberøvelse i lukket institusjon
Nivå 11: Frihetsberøvelse i åpen institusjon i enetiltak/alenetiltak
Nivå 10: Frihetsberøvelse med sterke bevegelsesbegrensinger
Nivå 9: Tvangsplassering i ene-/alenetiltak med bevegelsesbegrensinger utover det ordinære innenfor omsorgsansvaret
Nivå 8: Tvangsplassering i institusjon med bevegelsesbegrensinger utover det ordinære(tvang)
Nivå 7: Samtykkeplassering i ene- alenetiltak med bevegelsesbegrensinger utover det ordinære(tvang)
Nivå 6: Samtykkeplasseringer i institusjon med bevegelsesbegrensinger utover det ordinære(tvang)

¹⁸⁴ Norge er dømt i EMD for brudd på art. 8 i en rekke barnevernssaker i perioden 2017 - april 2023, se bla. Havre, Merete: "Kommentarer til barnevernloven §§ 4-12-4-21, og 4-24-2-25, samt kap. 5 og 7" (2022), for en oversikt, og vurdering av dommene.

¹⁸⁵ Havre, Merete: "Varetektsfengsling og proporsjonalitetsprinsippet – en balansetest" (2015), kap. 3 med videre henvisninger

Nivå 5: Institusjonsplassering i ene- alenetiltak med ordinære bevegelsesbegrensinger (grensesetting under omsorgsansvaret)
Nivå 4: Tvangsplassering i institusjon med ordinære bevegelsesbegrensinger (grensesetting under omsorgsansvaret)
Nivå 3: Samtykkebaserte institusjonsplassering med ordinære bevegelsesbegrensinger
Nivå 2: Institusjonsplassering på omsorgsgrunnlag med ordinære bevegelsesbegrensinger
Nivå 1: Hjelpetiltak utenfor institusjon

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

11.4.3 Konkretisering av inngrepsbehovet – barnets behov for omsorg og beskyttelse

Når inngrepsintensiteten er tatt stilling til, må det tas stilling til inngrepsbehovet. Inngrepsbehovet vil her måtte begrunnes i barnets behov for omsorg og beskyttelse. Dette er også en nødvendig forutsetning å ta stilling til før det kan foretas en avveining mellom størrelsene(proporsjonalitetsprinsippet). Barnets behov for omsorg og beskyttelse må både fastlegges individuelt, og konkretiseres og dokumenteres tilstrekkelig, på samme måte som EMD etterlyser i vurderingene hvor EMK art. 8 står til prøve, hvor Norge dømmes for brudd på EMK. Det vil være ulike momenter som inngår i en slik vurdering, som er en faktisk og faglig begrunnet vurdering av barnets behov for et institusjonsopphold. Der barnet skader sin egen helse og utvikling på en alvorlig måte, f.eks. gjennom prostitusjon, og bruk av sterke rusmidler, vil inngrepsbehovet være større enn der barnet bruker mindre sterke rusmidler, uten annen tilleggsproblematikk. I EMDs praksis legitimeres frihetsberøvelser dersom det foreligger sterke behov for omsorg og beskyttelse. I saken *D.L. mot Bulgaria* ble EMD vekt på jentens manglende samarbeidsevne, aggressive atferd, gjentatte rømningsforsøk. Behovet for frihetsberøvelse var å forhindre henne i å bli utsatt for prostitusjon.¹⁸⁶I saken *Koniarska mot Storbritannia* ble en jente plassert på en høysikkerhetsinstitusjon som følge av alvorlige

¹⁸⁶ Videre la retten stor vekt på at plasseringen på oppdragelsessenteret hadde gitt jenta mulighet til å følge ordinær skolegang og at individuelle tiltak hadde blitt truffet for å møte hennes behov.

adferdsproblemer og psykiske lidelser. Ingen tidligere tiltak hadde hatt effekt, og hun ble vurdert å utgjøre en fare for både seg selv og andre.¹⁸⁷

11.4.4 Institusjonen må være egnet til å nå målet

Den første vurderingen som skal foretas etter proporsjonalitetsprinsippet, er vurderingen av om frihetsberøvelsen i en konkret institusjon er *egnet* til å hjelpe barnet med å bygge et bærekraftig liv for seg selv. Dette innebærer at vilkårene for tiltaket må samsvare med grunnlaget for å tillate frihetsberøvelse som påberopes etter artikkel 5.¹⁸⁸ Dette er også et krav etter SP art. 9 nr.1 der menneskerettskomiteen har uttalt at: «States parties must offer to institutionalized persons programmes of treatment and rehabilitation that serve the purposes that are asserted to justify the detention.»¹⁸⁹

EMD påpeker i alle sine saker om frihetsberøvelser av barn at institusjonen må ha ressurser til å møte de nødvendige utdanningskravene for barnet. I *Bouamar mot Belgia* heter det at dersom staten først velger å bekjempe ungdomskriminalitet med ”educational supervision”, krever bestemmelsen at staten oppretter egnede institusjoner for dette. Det fremgår av denne dommen at frihetsberøvelsen må skje «in a setting (open or closed) designed and with sufficient resources for the purpose.»¹⁹⁰

Institusjonens ansatte må ha kompetanse til å drive (sosial)pedagogisk utviklingsarbeid og en individuelt tilpasset plan for å få barnet med på dette endringsarbeidet. Det må også være en sammenheng mellom grunnlaget for plasseringen og behovet for pedagogiske tiltak. I en sak var formålet med plasseringen å hindre at en jente på 14 år tok abort. Dette ble ikke god tatt som et vilkår for en frihetsberøvelse som skulle nødvendiggjøre pedagogisk endringsarbeid, og Polen ble her naturlig nok dømt for brudd på EMK art. 5.¹⁹¹

Egnethetskravet i EMK art. 5 nr. 1 bokstav d vil medføre at det frihetsberøvelse i opplæringsøyemed ikke kan være et passivt oppbevaringstiltak, men at det arbeides på en pedagogisk måte i institusjonen.¹⁹²

Årsakssammenhengen mellom mål og middel gjennom proporsjonalitetsprinsippet sine egnethetskrav, kommer også til uttrykk i barnevernslovens § 6-2 fjerde ledd, som er krav om at institusjonen må være faglig og materielt i stand til å tilby barnet «forsvarlig hjelp» [min

¹⁸⁷ Konarska mot Storbritannia, dom avsagt 12. oktober 2000, pkt. 1 avsnitt 14.

¹⁸⁸ Aerts mot Belgia, dom avsagt 30. juli 1998

¹⁸⁹ CCPR General Comment no. 35 (2014) Article 9 (Liberty and security of person) nr. II

¹⁹⁰ Bouamar mot Belgia, dom avsagt 27. juni 1988 avsnitt 50-52

¹⁹¹ P. og S. mot Polen, dom avsagt 30. oktober 2012

¹⁹² D.G mot Irland, dom avsagt 16. mai 2002 avsnitt 84.

kursivering].¹⁹³ Etter EMK art. 5 er det årsaken mellom det legitime formålet (pedagogiske målet), og dette barnets konkrete behov som skal vurderes. Bvl. § 6-2 bør imidlertid utformes i samsvar med EMK art. 5. EMD vil etter denne bestemmelsen vurdere om institusjonen er en pedagogisk institusjon ved at det finnes personell med pedagogisk kompetanse og det tilbys et pedagogisk program som gir opplæring faglig, og i det som EMD beskriver som «life skills and social skills».¹⁹⁴

Etter en proporsjonalitetsvurdering vil grunnene for å frihetsberøve(inngrepsbehovet) måtte være sterkere, enn der tiltakene har lavere intensitet(inngrepsintensiteten)

11.4.5 Det må være behov for å bruke en frihetsberøvelse for å nå målet

Selv om institusjonen er egnet, er det likevel ikke sikkert at en frihetsberøvelse kan skje. Det må også foretas en vurdering av om inngrepsbehovet (barnets hjelpebehov), kun kan løses gjennom en frihetsberøvelse eller om det finnes mindre inngripende tiltak som vil løse behovet på en tilstrekkelig måte. Det menneskerettslige behovskravet stiller krav til at det ikke finnes mindre inngripende tiltak enn frihetsberøvelse å bruke (siste utvei), og krav om at frihetsberøvelsen opphører når den ikke lenger er nødvendig (kortest mulig tidsrom), enten fordi barnets behov kan ivaretas med mindre inngripende tiltak eller ved at barnet kan klare seg uten tiltak fra barnevernet.

Når det skal tas stilling til om det er *behov* for å bruke en frihetsberøvelse, og det skal legitimeres at frihetsberøvelsen er siste utvei, må det foretas en vurdering av forholdet mellom barnets inngrepsbehov, og frihetsberøvelse som ønsket middel for å dekke barnets behov. Dersom barnets behov kan dekkes med mindre inngripende midler enn en frihetsberøvelse (se de ulike alternative midlene i figur), skal dette alternativet velges og frihetsberøvelsen vil da ikke lenger være siste utvei, slik også BK art. 37 bokstav b krever. Det er ikke tillatt å gå lenger opp på stigen enn det som er nødvendig i det enkelte tilfellet.

EMD må bli overbevist om at dette barnets behov ikke kan løses med det mindre inngripende middelet, dersom frihetsberøvelsen skal kunne legitimeres innenfor EMK art. 5 nr. 1 bokstav d. Barnevernstjenesten vil derfor ha en plikt etter EMK art. 5 til å lette på restriksjonene dersom de ikke lenger er nødvendige for å nå målet. Minstemiddelkravet betyr ikke at man har en plikt til å starte med det mildeste inngrepet og gå oppover på en trappetige dersom det mildere tiltaket ikke fungerer. Behovskravet er et krav om at man skal finne det tiltaket som konkret er nødvendig, og aldri gå høyere opp på maktmiddelstigen enn dette.

¹⁹³ HR-2021-640-A – hvor det mangler årsakssammenheng.

¹⁹⁴ Koniarska mot Storbritannia, dom avsagt 12. oktober 2000, pkt. 1 avsnitt 14.

Behovskravet får også innvirkning på lengden av tiltaket. Tiltak etter EMK skal aldri vare lenger enn nødvendig, og dette medfører at, frihetsberøvelser skal opphøre før lengstefristen, dersom den ikke lenger står i forhold til barnets behov. For hver dag et barn er underlagt en frihetsberøvelse, blir inngrepet mer tyngende. I barnevernslovens § 6-2 angis det at barn kan institusjonsplasseres i 12 måneder, men i særlige tilfeller i inntil 2 år. Ved ny barnevernslov ble det satt en ytre grense for bvl. § 6-2 når barnet fyller 18 år. Det er da kun barn som senest blir institusjonsplassert før 16 årsdagen som kan få hjelp av barnevernet på denne måten i hele den to års perioden.

Det finnes ingen absolutte lengdebegrensninger for frihetsberøvelser verken i EMK, BK eller SP, men det fremgår av BK art. 37a at frihetsberøvelser skal være for kortest mulig tidsrom. EMD har heller ikke satt noen slike absolutte lengdebegrensninger. Etter EMK art. 5 vil lengden følge proporsjonalitetskravet som er relativt inngrepets behov. Jo sterkere behovet er for at barnet skal kunne holdes frihetsberøvet, jo lenger frihetsberøvelser vil kunne tillates. Det er den tiden som konkret er nødvendig for akkurat dette barnet som til enhver tid må vurderes. Dersom omstendighetene er slik at barnet fortsatt har et sterkt behov for hjelp, etter en tid i institusjon, fordi det fortsatt utsetter sin egen helse og utvikling for alvorlig fare, vil lengre frihetsberøvelser kunne tillattes. Det er derfor ikke mulig, verken å si at 24 måneders regelen i dag er innenfor EMK art. 5, eller om lengre opphold vil kunne legitimeres på generelt grunnlag, fordi det må avgjøres konkret ut fra det individuelle behovet, og for virkningene dette har på barnet.

I sakene som har stått til prøve for EMD, hvor barnet er frihetsberøvet etter EMK art. 5 nr. 1 bokstav d, har det vært godtatt frihetsberøvelse av en jente på 13 år med alvorlig og sammensatt problematikk (ustabile familieliv, gjentatte rømningsforsøk og fare for prostitusjon) i saken *D.L mot Bulgaria*. Jenten hadde her vært frihetsberøvet i ett år og ni måneder på tidspunktet for EMDs dom, og hvor målet med plasseringen var å hindre henne fra en alvorlig utviklingsrisiko.¹⁹⁵ EMDs flertall kom til at tiltaket av denne lengden var proporsjonalt, fordi det ikke fantes andre mindre inngripende tiltak som kunne hjelpe henne. Slike alternative tiltak var i denne saken forsøkt. Mindretallet på en dommer mente at det forelå et brudd på EMK art. 5 nr. 1 bokstav d, fordi det ikke var satt en sluttdato for jentas opphold på institusjonen.¹⁹⁶

¹⁹⁵ I saken *D.L mot Bulgaria*, dom avsagt 19. mai 2016

¹⁹⁶ *D.L. mot Bulgaria*, dom avsagt 19. mai 2016 avsnitt 18-20.

Saken viser at EMD er villige til å godta lange opphold, selv der det er tale om en total frihetsberøvelse, også der barnets alder er lav, så lenge behovet er sterkt og institusjonen er egnet til å hjelpe. Behovskravet tilsier imidlertid at tiltaket skal gå lenger nedover på maktmiddelstigen (se tabell) dersom det ikke lenger er grunnlag for det sterkeste tiltaket frihetsberøvelse, og ut av institusjonstiltak der det ikke lenger er behov for institusjonsplassering.

Dersom man tenker seg et gradert system, vil det kunne være mulig at tiden barnet må bo i institusjon, mot sin vilje, kan gå lenger enn dagens regler, men dette forutsetter at barnet bor i institusjon uten de strengeste restriksjonene i deler av oppholdstiden. Jeg anbefaler derfor om frihetsberøvelser i lukket institusjon, skal kunne tillates, kan ikke denne opprettholdes lenger enn seks måneder. Den neste perioden må være i en åpen institusjon, med kan ha muligheter til restriksjoner som i dag, og bør ikke opprettholdes lenger enn to år, fortrinnsvis kortere. Den tredje perioden barnet skal kunne måtte bo i institusjon må være uten andre restriksjoner.

11.4.6 Inngrepsbehovet må stå i et rimelig forhold til inngrepsintensiteten

Det siste spørsmålet som må stilles etter en proporsjonalitetsvurdering er om det er *rimelig* at barnet må tåle en frihetsberøvelse for at barnet skal kunne hjelpes. Proporsjonalitetsvurderingen tilsier at jo sterkere inngrep er, jo sterkere må grunnene for inngrepene være. I D.L. mot Bulgaria ble terskelen for legitimering satt til å skulle være å hindre «serious risks for the child's development».¹⁹⁷

En frihetsberøvelse er, også for voksne, å regne som ett av de sterkeste inngrepene man kan utsettes for.¹⁹⁸ Blant annet på grunn av barns tidsopplevelse, og også behovet for sosialisering med jevnaldrende er frihetsberøvelser å regne som enda sterkere inngrep overfor et barn. Grl. § 104 og BK art. 3 krever at det anlegges et barneperspektiv på analysen.

Det spesielle med frihetsberøvelsene med omsorgsformål, er at hensynet til barnet komme inn på begge sider i vurderingen. Det er barnet selv som skal gis bedre muligheter gjennom frihetsberøvelsen, og det er også barnet som må tåle det inngrepet som en frihetsberøvelse innebærer. Omsorgsinngrepene vil derfor komme annerledes ut i en proporsjonalitetsvurdering enn der en frihetsberøvelse har et samfunnsbeskyttende mål.¹⁹⁹

¹⁹⁷ D.L. mot Bulgaria, dom avsagt 19. mai 2016 avsnitt 74.

¹⁹⁸ Dette kommer blant annet til uttrykk gjennom plasseringen av frihetsinngrepene i konvensjonens i artikkel 5, etter retten til liv (EMK art. 2), og forbudet mot tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling i EMK art. 3

¹⁹⁹ Slik som f.eks. i varetektssaker, hvor målet er effektiv kriminalitetsbekjempelse – for samfunnets skyld, Havre, Merete: "Varetektsfengsling og proporsjonalitetsprinsippet – en balansetest" (2015)

Fordi barnevernet ikke skal være et samfunnsvern, har ikke staten noen egen interesse i en slik avveining. For de frihetsberøvende omsorgsinngrepene vil statens behov være sammenfallende med det som fastlegges som barnets behov.

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

Rimelighetsvurderingen er også relativ de to størrelsene som står til prøve. Dersom behovet for frihetsberøvelse som omsorgstiltak er sterkt, vil det kunne være et rimelig forhold mellom inngrepsbehovet og en frihetsberøvelse, mens det blir et uforholdsmessig inngrep der behovet for tiltaket er mindre. Grunnlaget for en frihetsberøvelse på nivå 13 og 14 i tabellen vil måtte være sterkere enn den ordinære tvangsplasseringen på nivå 8 og 9, og langt sterkere enn nivå 2 og 3.

Proporsjonalitetsvurderingen vil avgjøres etter en konkret vurdering av inngrepets behov holdt opp mot inngrepsintensiteten objektivt sett, men det skal nå legges til subjektive forhold som gjør inngrepet ekstra tyngende for akkurat dette barnet. Inngrepsintensiteten vil påvirkes av barnets alder, modenhet, robusthet, kultur, språk, traumer, psykisk helse og andre individuelle forutsetninger. I vurderingen av rimeligheten etter EMK art. 5 nr. 1 bokstav d, vil det også kunne sees hen til om det foreligger brudd på andre bestemmelser, slik mindretallet gjorde i saken *DL mot Bulgaria*.²⁰⁰

Også rimelighetsvurderingen av proporsjonalitetsvurderingen må også synliggjøres i barnevernsloven. Lovgivningen må også gjenspeile graderingen av inngrepsbehovet for å kunne tillatte sterkere inngrep i frihetsrettighetene. Bvl. § 6-2 gjør til en viss grad dette, da det kreves at nemnda kun i *særlige tilfeller*, kan forlenge et institusjonsopphold mot barnets vilje utover ett år. Dette er imidlertid et for svakt krav, og må endres. Det settes heller ikke noe krav til inngrepsbehovet for de første 12 månedene, slik at det ikke er mulig å se i lovgivningen at inngrepsbehovet har økt. For kortere opphold, kreves mindre sterke grunner. Lengre opphold krever sterkere grunner.

Alle frihetsberøvelser er sterke inngrep og krever tilsvarende sterke grunner for å kunne legitimeres. Dersom frihetsberøvelser i lukkede institusjoner skal kunne legitimeres, må det kreves at barnets problematikk er særdeles alvorlig og sammensatt. Om reglene opprettholdes

²⁰⁰ Mindretallet i D.L mot Bulgaria, dom avsagt 19. mai 2016

som i dag må det kreves at barnets problematikk er alvorlig og sammensatt, mens en institusjonsplassering uten restriksjoner kan skje der et barn har sammensatte behov som nødvendiggjør at barnet må bo i institusjon.

11.5 Oppsummert konklusjoner og anbefalinger proporsjonalitetsvurderingen

Samlet vil de krav som kommer frem av EMK art. 5, oppsummeres som at barn som utsetter sin egen helse og utvikling for alvorlig fare eller skade, kan frihetsberøves i en barnevernsinstitusjon dersom formål å gi barnet et (sosial)pedagogisk opplæringstilbud.

Institusjonen må tilby systematisk endringsarbeid som er egnet til at barnet kan bygge et bærekraftig liv for seg. Dersom barnet skal kunne frihetsberøves kan det ikke finnes mindre inngripende midler som vil kunne beskytte barnet på samme måte. Dersom barnet skal kunne frihetsberøves må det foretas en avveining mellom barnets behov for beskyttelse, og bruken av frihetsberøvende tiltak. For de strengeste frihetsberøvende tiltakene må inngrepsbehovet være tilsvarende sterkt. Dersom behovet for tiltaket er særlig sterkt, vil også låste institusjoner kunne tillates en periode. Lengden av tiltaket vil også måtte avgjøres konkret ut fra styrken av inngrepsbehovet til barnet. Proporsjonalitetsvurderingene fordrer gradering av inngrepsbehovet, hvor inngrepsintensiteten kan møte behovet, men ikke gå lenger enn dette. Proporsjonalitetsvurderingene er lite synlig i barnevernslovens bestemmelser i dag.

Det anbefales:

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

DEL IV

INNGREP – med omsorgsformål

Kap. 12 Retten til respekt for privatliv

12.1 Inngrep med omsorgsformål(omsorgsinngrep) som mellomkategori

Inngrep med omsorgsformål(omsorgsinngrep) har en grense nedad mot begrensende omsorgshandlinger som ikke vernes av artikkel 8(del II), og en grense oppad der inngrepene er av en slik art og grad at de bryter med det absolutte torturforbudet i EMK art. 3 (del V).

Begrensende omsorgshandlinger	Omsorgsinngrep	Umenneskelig, nedverdiggende, tortur
Ikke vernet av art. 8	Vernet av art.8	Vernet av EMK art. 3

Materielt er skillet mellom EMK art. 8 og vernet i EMK art. 3 et spørsmål om grad og omfang av ulike restriksjoner barna utsettes for.

Det forutsettes for analysen i dette kapittelet, at omfanget av restriksjonene ikke er slik at forholdet rammes av den øvre grensen mot torturforbudet (se kap.*), og ikke er av et slikt mindre omfang at handlingen kan legitimeres innenfor omsorgsansvaret alene (se kap.*)

12.1. Retten til respekt for privatliv gjelder uavhengig av plasseringsgrunnlag

EMK art. 8 verner retten til respekt for privatliv. I motsetning til EMK art. 5, er ikke EMK art. 8 uttømmende regulert, men viser til ulike typer av formål som kan legitimere inngrep i bestemmelsens annet ledd. For inngrep i barnas privatliv inne i institusjonen, er det hensynet til barnet selv, eventuelt hensynet til de andre barna, og også sikkerheten til ansatte i institusjonene som vil kunne danne grunnlag for inngrep.

Så lenge formålet med handlingen er å gi barn omsorg og beskyttelse(omsorgsinngrep) kan de skje uavhengig av årsaken til at barnet bor i institusjon. Inngrepene i rettigheter etter EMK art. 8 kan også legitimeres overfor barn som bor i institusjoner som omsorgstiltak, forutsatt at vernet i EMK art. 8(2) følges.

Det er barnets *behov* for hjelp som er det sentrale vurderingstemaet etter EMK, ikke årsaken til at barnet trenger hjelp. Det betyr at det vil være menneskerettslig handlerom til å la de samme begrensingene som kan ilegges overfor barn som bor i institusjoner som atferdstiltak, også gjelde for barn som bor i institusjon som omsorgstiltak.

12.2 Privatlivet skal vernes

Begrepet «private life» i EMK art. 8 nr.1 er et vidt begrep som ikke kan gis en uttømmende definisjon.²⁰¹ Begrepet rommer både fysisk og psykisk integritet.²⁰² EMD viser til at begrepet kan omhandle aspekter av fysisk og sosial identitet – typisk spørsmål om kjønnsidentitet, navn, seksuell orientering og seksualliv, som en del av den personlige sfæren.²⁰³ Artikkel 8 beskytter også retten til personlig utvikling, og utvikling av relasjoner med andre mennesker utenfor landegrenser.²⁰⁴ Det er adgang til å gjøre inngrep i disse rettighetene, dersom de tre grunnleggende kravene for inngrep i EMK art. 8(2) er oppfylt.

12.3 Legitimt formål: beskytte barnets «helse eller moral»

Det anerkjente legitime formålet for omsorgsinngrep etter EMK art. 8 nr. 2 er at de skjer for å beskytte «health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others», jf. EMK art. 8 nr. 2. Dette passer også med de kravene BK oppstiller til å beskytte barn mot å skade sin egen helse og utvikling (del II). De menneskerettslige begrensningene i EMK må forsøkes harmonisert med barns rett til beskyttelse og omsorg etter FNs barnekonvensjon. Begge konvensjonene gjelder som norsk lov, og må oppfylles. Det betyr at barnet ikke må gis større rettigheter enn det som sikrer barnas rett til omsorg og beskyttelse. Om barnet får for store friheter vil det kunne utgjøre et brudd på FNs barnekonvensjon. Om det gripes inn for mye vil det kunne utgjøre et brudd på EMK.

Det anbefales:

- At det fremgår tydelig av barnevernsloven at det ved inngrep i barnas menneskerettigheter skal skje etter en forsvarlig avveining mellom hensynet til barnets frihetsrettigheter, og behovet for å sikre barnas rett til omsorg og beskyttelse.
- Det anbefales at det i barnevernslovens kap. 10 vises til formålet med inngrepet for hver enkelt inngrepshjemmel.

²⁰¹ Niemietz mot Tyskland, dom avsagt 16. desember 1992 avsnitt 29.

²⁰² For eksempel i X. og Y. mot Nederland, dom avsagt 26. mars 1985 avsnitt 22.

²⁰³ For eksempel i B. mot Frankrike, dom avsagt 25. mars 1992 avsnitt 63, Burghartz mot Sveits, dom avsagt 22. februar 1994 avsnitt 24, Dudgeon mot Storbritannia, dom avsagt 22. oktober 1981 avsnitt 41, og Laskey, Jaggard og Brown mot Storbritannia, dom avsagt 19. februar 1997 avsnitt 36.

²⁰⁴ Niemietz mot Tyskland, dom avsagt 16. desember 1992 avsnitt 29, og Botta mot Italia, dom avsagt 24. februar 1998 avsnitt 32.

12.5. Handlinger som etter sin art er vernet av EMK art. 8

EMK art. 8 verner et bredt spekter av handlinger som er knyttet til individers fysiske og psykiske integritet, retten til personlig utvikling og retten til å etablere og utvikle relasjoner med andre mennesker.

I *Munjaz mot Storbritannia* heter det: “The notion of private life is a broad concept and covers, *inter alia*, the physical and psychological integrity of a person, the right to personal development and the right to establish and develop relationships with other human beings and the outside world”. Selv om selvbestemmelse ikke er en rettsbeskyttet rettighet etter EMK art. 8 heter det videre i dommen at: “the notion of personal autonomy is an important *principle* underlying the interpretation of the guarantees of Article 8[...] [min utheving]²⁰⁵

EMK art. 8 verner ulike typer av begrensinger, som etter sin art ikke er gitt et særskilt vern i de andre bestemmelsene i EMK. Dette betyr at frihetsinngrep som er gitt et særskilt vern blant annet etter EMK art. 5(frihet) fjerde tilleggsprotokoll til EMK art. 2 (bevegelse og fritt bosted) ikke også er vernet av EMK art. 8. Disse rettighetene behandles i særskilte kapitler.

Av begrensinger som etter sin art står uten annet vern enn etter EMK art. 8, og som det i utredningen skal tas stilling til, vil det reises følgende spørsmål:

- 1) Kan fysisk makt ved forsøk på rømning, og ved tilbakeføring etter rømning kunne legitimeres?
- 2) Kan skjerming/isolering/ romarrest kunne legitimeres?
- 3) Kan besøksforbud, og andre kontaktbegrensende tiltak legitimeres?

12.5.2 Kan skjerming av barn kunne legitimeres som omsorgsinngrep?

I enkelte situasjoner kan det være nødvendig å skjerme et barn fra andre barn i institusjonen.. Det finnes ingen bestemmelse i barnevernsloven i dag, som tillater skjerming eller isolering, uten i akutte faresituasjoner (bvl. § 10-7). De akutte faresituasjonene, så lenge reglene praktiseres i samsvar med straffelovens regler om nødrett og nødverge, vil danne eget grunnlag for inngrep, og behandles ikke her, da de ikke anses menneskerettslig problematiske.

Det er skjermingstiltak *utenfor* akutte faresituasjoner som eventuelt må hente sin legitimitet i EMK art. 8(2). Det er trolig et behov for, og det vil muligens også kunne være en plikt å skjerme et barn for å sørge for andre barns trygghet og trivsel på en barnevernsinstitusjon. Det finnes ulike måter slik skjerming skjer på i praksis. Det kan gjelde skjerming ved at barnet

²⁰⁵ Med videre henvisninger til *Pretty mot Storbritannia*, dom avsagt 29. april 2002 avsnitt 61

i en periode må bo i en egen avdeling, eller et hus/hytte tilknyttet institusjonen. Skjerming i egen enhet borte fra institusjonen, benevnes i praksis også som «motivasjonsturer». Eller det kan være skjerming inne på institusjonen, hvor barnet må oppholde seg på sitt eget rom en periode. Det kan i praksis se ut til at skjerming brukes med to ulike formål²⁰⁶:

Som *konsekvenspedagogisk* virkemiddel, brukes f.eks. husarrest, hvor barn som ikke står opp om morgenen, og derfor ikke drar på skole eller til ulike andre dagtiltak, må tilbringe dagen på sitt eget rom. De får ikke være sammen med andre barn i institusjonen, og/eller at de ikke får delta i fritidsaktiviteter og være med venner utenfor institusjonen om kveldene. Dette er tiltak som ligger helt i nedre del av vernet i EMK art. 8, og som muligens også kan legitimeres uten noen form for lovregulering. Den generelle adgangen barnet har til å klage til Statsforvalteren, også der det ikke er truffet vedtak, vil kunne fange opp bruk av husarrest som er menneskerettslig problematisk. Dette forutsetter at statsforvalterne har, og anvender, menneskerettslig kunnskap i sine vurderinger. Fordi slik praksis er utsatt for kritikk fra Sivilombudets forebyggingsenhet vil det trolig være hensiktsmessig, men ikke nødvendig, å lovregulere denne praksisen.

Det brukes i praksis også egne skjermingsenheter eller motivasjonsturer som konsekvenspedagogisk virkemiddel ved brudd på regler f.eks. om å holde seg rusfri, og/eller der man kommer tilbake til institusjonen ruset. Dette er restriksjoner av større omfang enn enkeltdager som må tilbringes på rommet, og vil trolig kreve at de menneskerettslige begrensingene i EMK art. 8 er oppfylt. Det vil imidlertid være fullt mulig å legitimere denne type av konsekvenspedagogiske tiltak innenfor EMK art. 8. Selv om ungdommene trolig vil oppleve dette som en straff, er det faglige målet med et slikt tiltak, å få barnet til å slutte å ruse seg. Om det faglig kan belegges at dette er en måte å hjelpe ungdommer å bli rusfri, vil det være et legitimt hensyn som kan begrunne inngrep etter EMK art. 8(2).

Skjerming som et virkemiddel for å beskytte andre barn i institusjonen, enten mot uheldig påvirkning, eller mot fysisk eller psykisk vold, vil ikke bare være en rett for institusjonen, men vil også være en plikt man har til å beskytte de andre barna i institusjonen. EMD har for en voksen psykiatrisk pasient som var frihetsberøvet på en lukket institusjon, godtatt skjerming for å beskytte andre beboere for skade, godtatt at inngrepet kunne skje uten annet hjemmelsgrunnlag enn retningslinjer på det aktuelle sykehuset.²⁰⁷ Dette selv om man

²⁰⁶ Hentet fra Sivilombudets forebyggingsenhet sine rapporter

²⁰⁷ Munjaz mot Storbritannia, dom avsagt 17. juli 2012 avsnitt 96. I saken sto kun spørsmålet om hjemmelskravet til prøve, noe EMD fant var et tilstrekkelig klart. Det var ikke klagd over brudd på proporsjonalitetsvurderingen i artikkel 8 nr. 2, men EMD uttalte at isolasjonen uansett ikke var et uproporsjonalt inngrep.

skjermingen varte over noe tid. Dersom barnet som blir skjermet også er frihetsberøvet vil EMD foreta en mer intens prøving av om vilkårene i EMK art. 8 er oppfylt, enn der det ikke er tale om en frihetsberøvelse.²⁰⁸ Dersom barnet i skjermingstiltaket ikke er frihetsberøvet vil ikke de samme hensynene gjøre seg gjeldende. Men selv om EMD foretok en mer intens prøving i denne saken fordi mannen ble frihetsberøvet, og det her var tale om en psykiatrisk pasient i en særlig sårbar situasjon, ble det ikke stilt strengere krav til hjemmelsgrunnlaget i denne saken, enn at disse vurderingene kunne foretas innenfor den profesjonelle skjønnsutøvelsen. Barneperspektivet på analysen, jf. Grl. § 104 og BK art. 3, vil muligens føre til at kravet til hjemmelsgrunnlag vil øke. Fordi målet med et slikt tiltak vil være å beskytte andre barn i institusjonen, som det er en menneskerettslig forpliktelse til å gjøre, er det ikke nødvendigvis et valg for lovgiver å gi en slik hjemmel, eller ikke, men det er også en plikt etter BK.

Der barnet også er frihetsberøvet må grunnlaget for tiltaket være sterkere enn der det ikke er det, for å kunne tilfredsstille proporsjonalitetsprinsippets krav i EMK art. 8(2). En skjerming av et barn vil være et sterkt inngrep i barnets privatliv. Og grunnene for inngrepet må være tilsvarende sterke. Selv om ikke proporsjonalitetskravet sto til prøve i *Munjaz-dommen* uttalte EMD likevel om at inngrepet ikke ville være å regne som uproporsjonalt. Det ble blant annet lagt vekt på at denne formen for inngrep handler om beskyttelse som mannen selv ville ha ønsket å bli beskyttet mot dersom han ikke hadde vært psykisk syk. Dette er et uttrykk for det som kalles sosial paternalisme.²⁰⁹ Proporsjonalitetsvurderingen blir også påvirket av lengden av skjermingen. Dersom det er behov for en lengre skjerming bør det treffes vedtak om enetiltak og de begrensninger som må oppstilles der må gjelde.²¹⁰

Det anbefales:

- At kravene for skjerming må settes i forhold til inngrepets styrke
- At lengden av skjerming begrenses lik inngrepets styrke.

12.5.3 Kan besøksforbud, og andre kontaktbegrensende tiltak legitimeres?

Barn i norske barnevernsinstitusjoner kan rent *faktisk* isoleres fra jevnaldrende dersom summen av restriksjoner brukt på samme tid, fører til at barnet ikke får pleie sosial omgang utenfor institusjonen. Dette kan skje dersom barnet ilegges bevegelsesforbud/bevegelsesbegrensninger, og barnet utelukkes fra felleskap med andre barn

²⁰⁸ Munjaz mot Storbritannia, dom avsagt 17. juli 2012 avsnitt 96

²⁰⁹ Munjaz mot Storbritannia, dom avsagt 17. juli 2012 avsnitt 70.

²¹⁰ Havre, Merete i Gundersen mfl. «Ja, enetiltak er bra for noen barn», NOVA, 2023 (under publisering).

inne på institusjonen (skjerming, ene-alenetiltak), samt at barnet ilegges restriksjoner eller forbud av bruk av mobil og internett. Total isolasjon har vært vurdert opp mot EMK art. 3 og torturforbudet, se del 4. Denne formen for isolasjon vurderer jeg å tendere mot torturforbudet i EMK art. 3 og BK art. 37 bokstav a, sammenholdt med BK art. 3 og GrL § 104, slik at den bør forbys. Om tiltaket ikke er beskyttet etter EMK art. 3, vil slike isolerende tiltak være beskyttet av EMK art. 8 og retten til respekt for privatlivet. Mens isolasjon som tenderer mot torturforbudet er absolutt, kan isolerende tiltak som er av lavere grad legitimeres dersom vilkårene i EMK art. 8 nr. 2 er oppfylt.

Dersom kontaktforbud er begrenset, f.eks. ved at barnet har kontakt med jevnaldrende inne på institusjonen, men i begrensede perioder fratas mobil og internett og nektes besøk og ilegges bevegelsesbegrensinger utenfor institusjonen, vil dette kunne legitimeres innenfor rammene av EMK art. 8 nr. 2.

Dersom slike inngrep skal kunne legitimeres må det gis uttrykkelig lovhjemmel, og det må det klart angis at formålet med tiltakene skal være å beskytte barnet mot å skade sin egen helse eller utvikling. Midlene som settes inn må være egnet til å beskytte barnet mot slike farer, og det må tilfredsstille den menneskerettslige proporsjonalitetsvurderingen, jf. EMK art. 8(2). Om barnet ikke er fullstendig frihetsberøvet, men kan bevege seg fritt deler av dagen/uken, og f.eks. går på skole/ arbeid på dagtid med jevnaldrende vil det være et mindre sterkt inngrep.

Det må, som ved alle menneskerettslige vurderinger, tas utgangspunktet i den konkrete situasjonen til akkurat dette barnet, og det vil være startpunktet for vurderingen av om det foreligger sosial isolasjon eller ikke, og om denne kan legitimeres. Det skal også tas individuelle hensyn, som gjør at begrensinger i mobil og internett f.eks. blir mer byrdefullt for et barn, enn for et annet barn, og at det vil få ulikt utslag om inngrepet kan legitimeres eller ikke.

12.5.4 Digitale utvikling/personvern

Selv om det tillates inndragning av mobil og internett og det i særlige tilfeller kan nektes barnet å bruke slike, vil personvern hensynet og barnets rett til “privacy” etter BK art. 16, verne innholdet i mobiler og internett på en annen måte enn kun selve gjenstanden. En kommunikasjonskontroll av innholdet vil kunne utgjøre et brudd på EMK art. 8, dersom dette ikke er legitimt og forholdsmessig.²¹¹

Retten til privatliv i EMK art. 8 nr. 1 inneholder også en rett til fri kontakt med andre. Der barnet er frihetsberøvet, altså uten mulighet til å forlate institusjonen og uten mulighet til

²¹¹ D.L. mot Bulgaria, dom avsagt 19. mai 2016 avsnitt 115.

kontakt med andre utenfor institusjonen, har EMD lagt til grunn at det korrespondanse med omverden kun kan nektes dersom det foreligger en konkret mistanke. I saken *D.L mot Bulgaria* var det tale om en jente som var frihetsberøvet i en barneverninstitusjon, og hvor EMD kom til at kontroll av hennes kommunikasjon var i strid med EMK art. 8 fordi det ikke fantes en konkret grunn for inngrepet.²¹²

I Generell kommentar til BK art. 16 legger komiteen til grunn at dersom et inngrep i retten til privacy skal kunne legitimeres, må inngrepet ha hjemmel i lov, oppfylle et legitimt formål, understøtte prinsippet om dataminimering, være proporsjonale, må ta i betraktning hensynet til barnets beste og ikke må være i konflikt med bestemmelsene i eller formålet med konvensjonen.²¹³ BK art. 16 verner mot vilkårlig eller ulovlig ”interference”, allerede av ordlyden i bestemmelsen følger det dermed at det finnes et handlerom for begrensede omsorgshandlinger som ikke er vernet av konvensjonen, se del 2.

Inndragning med kommunikasjonskontroll er imidlertid et sterkere inngrep enn kun inndragning, fordi det nå gripes inn i to vernede verdier – den sosiale kontakten som mobil og internett muliggjør, og gir mulighet for å innhente informasjon om barnet som barnet selv ikke ønsker å dele. Det må derfor være sterke grunner for å kunne foreta en slik kontroll. Noen ganger vil det derimot kunne være slik at kommunikasjonskontroll alene vil være mindre inngripende enn at barnet får inndratt sin mobil. Etter sin art er det trolig likevel motsatt, men man kan tenke seg at barnet selv får valget mellom innholdskontroll eller inndragning for en periode. Kommunikasjonskontroll bør begrenses til tilfeller hvor det er konkret mistanke om at barnet gjennom mobil og internett eller andre teknologiske nyvinninger, utsetter sin egen helse og utvikling for alvorlig fare.

Når det gjelder muligheter for teknologisk sporing av barn vil dette kreve at EUs personvernsforordning mv. er oppfylt, og dette vil kreve en egen utredning. Barnekomiteen har i generell kommentar nr. 25 om barnets rettigheter i relasjon til det digitale miljøet, se CRC/C/GC/25, kommet med en rekke anbefalinger, for eksempel om krav til informert og fritt samtykke for behandling av personopplysninger, krav som bør stilles til overvåkningsteknologi, og om foreldre og andre omsorgspersoners adgang til å anvende datateknologi som gir mulighet for sporing og overvåkning av barn, og forholdet til barns rett til privatliv og beskyttelse.

²¹² Ibid.

²¹³ Kvalø, Kirsten Kolstad: Kamov lovkommentar til BK art. 16 (2021) med henvisning til CRC General Comment No. 25 (2021) avsnitt 69.

12.5.5 Kroppslige integritetsvern

Retten til respekt for privatliv omfatter videre et kroppslig integritetsvern, slik også EMK art. 3 beskytter for de alvorligste tilfellene av integritetskrenkende handlinger, uten et legitimt formål. Dersom tiltaket ikke når opp til terskelen i EMK art. 3, vil det kunne være vernet av EMK art. 8. Dette gjelder både bruk av fysisk makt, kroppsvisitasjoner og ulike former for rusmiddeltesting. Fysisk maktbruk utenfor i akutte faresituasjoner, vil etter sin art alltid måtte anses som beskyttet av EMK art. 8.²¹⁴ Bruk av ulike mekaniske tvangsmidler må etter barnekomité.ens tolkning av konvensjonen «be under close and direct control of a medical and/or psychological professional. It must never be used as a means of punishment».²¹⁵

Ved kroppsvisitasjoner har FNs menneskerettighetskomite (CCPR) til SP art. 17 påpekt at effektive tiltak bør sikre at slike visitasjoner utføres på en måte som er i tråd med verdigheten til personen som blir utsatt for visitasjonen, og når det gjelder offentlige tjenestepersoners utførelse av kroppsvisitasjoner, bør tjenestepersonene kun visitere personer av samme kjønn.²¹⁶ Høyesterett har også lagt til grunn at nakenvisitasjoner bryter med torturforbudet i EMK art. 3, se del. 4.

Kroppsvisiteringer er også sterke inngrep, som kan være særlig byrdefulle for barn som har opplevd alvorlig omsorgssvikt, og bør kun tillates brukt der det foreligger sterke grunner av hensynet til barnet selv, eller sikkerheten for de andre på institusjonene, f.eks. ved mistanke om farlige gjenstander. Det er her viktig å minne om at barnevernet ikke har en samfunnsbeskyttende målsetning, og det kan derfor ikke utføres kroppsvisiteringer eller ransaking av eiendeler på jakt etter f.eks. tyvegods.

12.5.6 Disiplinærreaksjoner?

I alminnelig barneoppdragelse og innenfor sosialpedagogikk og atferdsteori godtas det at det settes konsekvenser for brudd på regler, f.eks. at barnet må være på rommet sitt dersom det ikke går på skole, at det ikke får gå ut med venner på ettermiddager dersom det ikke går på skole, at det trekkes i ukelønn om man ikke gjør oppgavene sine, at man får ukelønn der man gjør oppgaver mv. I fengsler og også i barnevernsinstitusjoner, kanskje særlig i de kollektivistiske institusjonene, brukes gjerne ulike trinnsystemer, hvor barna får flere og flere goder etter hvert som de viser at regler overholdes, og mister slike goder igjen dersom reglene

²¹⁴ Havre, Merete: "Nyanser av grått - hjemmelskrav for tvangsbruk med omsorgsformål i barnevernsinstitusjoner" (2016)

²¹⁵ CRC General Comment No. 10 (2007): Childrens Rights in Juvenile Justice, avsnitt 89

²¹⁶ CCPR General Comment No. 16 (1988): Article 17 (Right to Privacy), The Right to Respect of Privacy, Family, Home and Correspondence, and Protection of Honour and Reputation, avsnitt 8.

ikke overholdes. EMD har i flere saker uttalt at den disiplineringen som ligger i selve systemet i en institusjon ligger innenfor tvangsgrunnlaget med å være på en institusjon.²¹⁷

Det at det settes konsekvenser bak brudd på disse normene, ligger trolig innenfor selve tvangsgrunnlagene, og uten at det regnes som noe selvstendig inngrep vernet av EMK art. 8. I disiplineringstiltak ligger at man vil påvirke handlingsmønsteret og at barna da, så lenge reglene er kjent, også kan ta et valg om å f.eks. delta i skole, istedenfor å bli ilagt disiplinærreaksjonen som f.eks. kan være å måtte oppholde seg på rommet. CPT, som har en kontrollfunksjon med tanke på forebygging av tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling, godtar også at barn mister goder ved brudd på reglene.²¹⁸

CPT påpeker derimot i noen av sine rapporter at det ikke må medføre at frihetsberøvede barn, fratas *alle* goder – altså settes i null, slik som f.eks. fratakelse av mulighet til sosialisering, sammen med det å få se på TV, trening, fritidsaktiviteter mv. At barnet må være på rommet sitt uten andre restriksjoner, med alle sine personlige eiendeler, og også har tilgang til både mobil og internett, setter ikke barnet i null. I forbindelse med utredningen om barn og straff i 2011 ble det for barn i fengsel anbefalt at tap av begunstivelse ikke benyttes som disiplinærreaksjon for innsatte under 18 år. Det tenkes her spesielt på «begunstigelser» som tv, pc, Playstation, mv.²¹⁹ Det ble også vist til at slike sanksjoner i særlig grad ville ramme innsatte med lese- og skrivevansker, som har færre muligheter til adspredelse.²²⁰ Dette gjelder også der barn er berøvet sin frihet, som ikke er hovedregelen i barnevernsinstitusjoner.

12.5.7 Fysisk makt ved forsøk på rømning/tilbakeføring/gjennomført tiltak

Selv om det er en naturlig konsekvens av det å være frihetsberøvet, at man kan hindre rømning, så følger det av JDL-reglene at bruk av fysisk makt eller instrumenter for tilbakehold skal være forbudt, med unntak av i særlige tilfeller der barnet er en fare for seg selv eller andre, eller der det er fare for at barnet utøver alvorlig skade på eiendom, jf. artikkel 63 og 64. Bestemmelsene i JDL krever en svært restriktiv bruk av slike fremgangsmåter. Det er derfor kun i akutte faresituasjoner en slik maktbruk vil kunne tillates, slik dagens bvl. § 10-8 legger opp til. JDL-reglene er ikke rettslig bindende, selv om Barnekomiteen har gitt uttrykk for at den anser retningslinjene i The United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of

²¹⁷ Blant annet D.G. mot Irland, dom avsagt 16. mai 2002 avsnitt 105 med videre henvisninger.

²¹⁸ CPT/Inf (2020) 18: Report on the visit to The United Kingdom, avsnitt 134

²¹⁹ Prop. 135 L (2010-2011) pkt. 11.9.4.

²²⁰ Ibid.

their Liberty (JDL-reglene) for å være relevante i tolkningen av barnekonvensjonen.²²¹ Reglene gjelder frihetsberøvede barn, som normalt er lukket inne i institusjoner. Det må eventuelt vurderes av lovgiver, om man skal tillate fysisk tilbakeholdelse, fremfor bruk av lukkede og låste institusjoner. Dette må også sees opp mot Barnekonvensjonens plikt til å beskytte barna mot, gjennom rømningen, å utsette sin egen helse og utvikling for alvorlig fare.

12.6 Betydningen av at barnet er frihetsberøvet for spørsmålet om ytterlige restriksjoner

Om barnet er frihetsberøvet vil dette få betydning for spørsmålet om ytterligere begrensinger etter EMK art. 8 på to måter:

- 1) At visse restriksjoner allerede ligger i frihetsberøvelsen
- 2) At det blir strengere krav til hvilke restriksjoner som kommer i tillegg til frihetsberøvelsen enn der barnet ikke er frihetsberøvet.

Der barnet er frihetsberøvet på legitimt grunnlag gjennom oppfyllelse av EMK art. 5, vil visse restriksjoner allerede ligge i frihetsberøvelsen. Dette gjelder alle restriksjoner som berører barnets fysiske frihet, som adgangen til å bruke lukkede institusjoner, til å begrense barnets bevegelser utenfor institusjonen (bevegelsesforbud/restriksjoner, tett voksenfølge mv) og spørsmålet om tilbakeholdelse ved forsøk på rømning, og tilbakeføring ved rømning.

EMD har også i flere dommer uttalt at de begrensinger og også den disiplinering som normalt følger av å være berøvet sin frihet, allerede ligger i vernet etter EMK art. 5, og slik ikke utløser et nytt vern etter EMK art. 8. EMD uttaler i saken *D.G mot Irland*, hvor en gutt var frihetsberøvet i fengsel:

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

²²¹Prop. 135 L (2010-2011) pkt. 2.3.

considered not to constitute an interference with the detainee's private and family life.”²²²

I den konkrete saken ble den disiplineringen gutten ble utsatt for, og bruk av håndjern utenfor institusjonen, sagt å ligge innenfor frihetsberøvelsen som sådan, uten et særskilt vern etter EMK art. 8. Dette endrer likevel ikke at alle som er frihetsberøvet skal behandles humant og med respekt for sin iboende verdighet, som også er særskilt beskyttet i BK art. 37.

Det finnes imidlertid noen tiltak som etter sin art ikke inngår i vernet etter EMK art. 5, men som er selvstendig vernet etter EMK art. 8. Bruk av *fysisk makt* for å hindre rømning vil imidlertid etter sin art fortsatt være beskyttet av EMK art. 8. EMD har også i flere dommer uttalt at *skjerming/isolering/kontaktbegrensinger* mens man er frihetsberøvet, ikke skal regnes som en ny frihetsberøvelse, men at dette er vernet på selvstendig grunnlag etter EMK art. 8.

EMD uttaler i slike saker at frihetsberøvede fortsatt skal kunne “enjoy all the fundamental rights and freedoms guaranteed under the Convention save for the right to liberty[...] og videre at “any restriction on those rights must be justified in each individual case.”²²³

Rettigheter som er vernet av EMK art. 8 og som går *utover* det som allerede ligger i en frihetsberøvelse, vil for en frihetsberøvet, være beskyttet av EMK art. 8, og det må treffes særskilte vedtak for å kunne legitimere disse inngrepene på samme måte som der barnet ikke er frihetsberøvet. Men *dersom* barnet er frihetsberøvet vil inngrepene etter EMK art. 8 komme *i tillegg* til den allerede belastende situasjonen det er for et barn å være berøvet sin fysiske frihet. EMD foretar i slike tilfeller en mer intensiv prøving av om restriksjonene ligger innenfor det proporsjonale resultat slik som uttrykt i *Munjaz mot Storbritannia*:

«... when a person's personal autonomy is already restricted, greater scrutiny [will] be given to measures which remove the little personal autonomy that is left. »²²⁴

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

²²² D. G. mot Irland, dom avsagt 16. mai 2002 avsnitt 105 med videre henvisninger

²²³ *Munjaz mot Storbritannia*, dom avsagt 17. juni 2012 avsnitt 79, med videre henvisning til *Dickson mot Storbritannia*, dom avsagt 18. april 2006 avsnitt 68.

²²⁴ *Munjaz mot Storbritannia*, dom avsagt 17. juni 2012 avsnitt 80.

Det anbefales:

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

12.7 Betydningen av at barnet bor alene for spørsmålet om ytterligere restriksjoner etter EMK art. 8.

Det at barnet bor alene i en institusjon vil også forskyve startpunktet for vurderingen etter EMK art. 8(2). Det at barnet bor alene i institusjon vil ikke, *i seg selv*, være menneskerettslig problematisk. At barnet bor alene vil likevel føre til at det er vanskeligere å legitimere ytterligere inngrep etter EMK art. 8(2).²²⁵ Alle inngrep i barnets mulighet til å sosialisere med jevnaldrende, gjennom skole, fritid, besøk – og kommunikasjonskontakt, vil være mer inngripende tiltak dersom barnet bor alene(inngrepsintensitet). Det må da, etter proporsjonalitetsvurderingen, være sterkere grunner for å gripe inn med restriksjoner, enn der barnet kan sosialisere med jevnaldrende inne i institusjonen(inngrepsbehovet), jf. EMK art. 8(2). Dersom barnet som bor alene, også er frihetsberøvet, faktisk eller rettslig, og inngrepene i sum fører til en sosial isolasjon fra jevnaldrende, vil forholdet raskt kunne tendere mot torturforbudet i EMK art. 3. Enetiltak vil derimot innebære en risiko for at barn i en sårbar situasjon rent *faktisk* blir berøvet sin frihet, ilagt bevegelsesforbud/restriksjoner, og at barnet isoleres fra sine jevnaldrende.

Det anbefales:

- At restriksjoner for barn i ene- og alenetiltak fastsettes særskilt.²²⁶

12.8 Oppsummering og anbefalinger

Dagens regelverk fanger ikke i tilstrekkelig grad opp de menneskerettslige begrensingene etter EMK art. 8(2). Det er særlig betydningen av at barnet ilegges flere restriksjoner samtidig og etterfølgende, som ikke kommer til uttrykk i lovgivningen. Det anbefales at det fremgår av barnevernsloven kap. 10 at det i proporsjonalitetsvurderingen skal foretas en vurdering av alle

²²⁵ Om ene- og alenetiltak, se Havre i Gundersen mfl. «Ja, enetiltak er bra for noen barn», (under publisering 2023)

²²⁶ Ibid

forholdene sett under ett, hvilke andre restriksjoner barnet har eller vil bli ilagt, og hvilke virkninger restriksjonene får for dette konkrete barnet ut fra barnets sårbarhetsbetingelser.

Et sentralt element etter den menneskerettslige proporsjonalitetsvurderingen er å vurdere *inngrepsintensiteten* konkret akkurat for dette barnet. Inngrepsintensiteten vil påvirkes av summen av ulike tiltak, og av tiltakenes lengde. Det er kombinasjonen av ulike tiltak, og/eller etterfølgende tiltak, som vil føre til at et inngrep vil bli uforholdsmessig tyngende, og dermed i strid med EMK art. 8(2).²²⁷ Startpunktet for vurderingen forskyves der barnet er berøvet sin frihet, og det forskyves der barnet er i enetiltak. Uten disse faktorene er utgangspunktet for vurderingen av inngrepsintensiteten lavere. Inngrepsintensiteten påvirkes også av inngrepets art, og lengde,

Proporsjonalitetsvurderingen vil ta utgangspunkt i den helhetlige situasjonen for barnet, ikke ett og ett vedtak for seg. Der det er mange begrensinger på samme tid, og barnet blir ilagt etterfølgende begrensninger, kreves det sterkere grunner enn der det er tale om et enkeltstående og et kortvarig vedtak om slike begrensinger. Det bør også vurderes om frihetsberøvede skal kunne fratas mobil og internett samtidig, og sette strenge vilkår dersom det skal kunne skje. Lovgiver bør sette forbud mot kombinasjoner av visse tvangsmidler brukt på samme tid, og også vurderes å sette lengdebegrensinger for å hindre flere etterfølgende vedtak som i sum gjør inngrepet svært byrdefullt. Som minimum må det kreves at totaliteten i restriksjonene inngår i hvert enkelt vedtak, og det må komme frem av hvert enkelt vedtak hvor mange restriksjoner barnet er ilagt på samme tid, og hvor mange det tidligere har vært underlagt. Proporsjonalitetsvurderingen må både foretas i den enkelte situasjonen, og den må fremgå av begrunnelsene i vedtakene.

Det anbefales:

- At proporsjonalitetsbegrensningene fremgår av hver enkelt bestemmelse
- At lovgiver setter forbud mot kombinasjoner av visse tvangsmidler brukt på samme tid
- At det settes lengdebegrensinger for å hindre flere etterfølgende vedtak
- At totaliteten av begrensinger barnet er underlagt, og har vært underlagt kommer frem av hvert enkelt vedtak.

²²⁷ Slik også Østenstad, Bjørn Henning i; ”Forholdsmessigvurderinga ved fleire tvangsviltak overfor same person” kap. 6 (2022)

Prosessuelt bør det ved hvert nye vedtak, alltid fremgå av begrunnelsen hvilke restriksjoner barnet tidligere er underlagt og lengden av disse, samt hvilke andre restriksjoner barnet vil bli ilagt samtidig. Det bør fremgå tydelig av barnevernsloven at summen av tiltak og tiltakets lengde vil kunne føre til at inngrepet blir uforholdsmessig tyngende. Og at dersom barnet er frihetsberøvet eller ilagt sterke bevegelsesbegrensinger, skal det mindre til før inngrepet blir uforholdsmessig tyngende.

Det anbefales:

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

Summen av flere restriksjoner på samme tid, og etter hverandre i lengde kan være menneskerettslig problematisk etter EMK art. 8. I noen tilfeller vil summen av slike restriksjoner også kunne tendere mot torturforbudet i EMK art. 3.

Del V: Det menneskerettslige torturforbudet

No child shall be subjected to torture or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. Neither capital punishment nor life imprisonment without possibility of release shall be imposed for offences committed by persons below eighteen years of age (BK, art. 37 bokstav a)

Kap. 12 Absolutt forbud mot tortur, og annen grusom, umenneskelig, nedverdiggende behandling og straff (torturforbudet)

12.1 Formål: Barn skal behandles humant og med verdighet

Det settes et absolutt menneskerettslig forbud mot å ta i bruk tiltak mot barn i barnevernsinstitusjoner som kan regnes som tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling. Torturforbudet uttrykker en av de mest fundamentale verdiene i et demokratisk samfunn.²²⁸ Overordnet handler torturforbudet om å behandle mennesker humant, og med verdighet. Det fremgår av FNs menneskerettskomité sin generelle kommentar at formålet med SP art. 7 er:

«to protect both the dignity and the physical and mental integrity of the individual. It is the duty of the State party to afford everyone protection through legislative and other measures as may be necessary against the acts prohibited by article 7, whether inflicted by people acting in their official capacity, outside their official capacity or in a private capacity. The prohibition in article 7 is complemented by the positive requirements of article 10, paragraph 1, of the Covenant, which stipulates that “All persons deprived of their liberty shall be treated with humanity and with respect for the inherent dignity of the human person.”²²⁹

12.2 Alle menneskerettskonvensjonene inneholder et torturforbud

Barn har et særskilt vern mot fysisk og psykisk integritetskrenkende handlinger etter BK art. 19 og art. 37 bokstav a og GrL § 104. Barnekonvensjonen sitt torturforbud er videre enn de andre konvensjonene og inkluderer også et absolutt forbud mot dødsstraff og livstidsstraff, jf. BK art. 37 bokstav a.

²²⁸ Kudla mot Polen, dom avsagt 26.oktober 2000 avsnitt 90.

²²⁹ CCPR General Comment No. 20 (1992) Article 7 (Prohibition of torture or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment), avsnitt 2.

I BK art. 19 vernes også barns rett til fravær av fysisk eller psykisk vold, skade eller misbruk, vanskjøtsel eller forsømmelig behandling, mishandling eller utnytting, herunder seksuelt misbruk. Denne plikten gjelder særlig når barnet er under offentlig omsorg.²³⁰ Barnekomiteen har kommet med en felles generell kommentar til BK art. 19 og BK art. 37 bokstav a, som vil være styrende for barns menneskerettsvern på dette området.²³¹

I tillegg til BK art. 37a, inneholder alle de gjeldende menneskerettslige konvensjonene om sivile og politiske rettigheter et uttrykkelig forbud mot tortur, eller umenneskelig og nedverdiggende behandling eller straff,²³²jf. mrl. § 2 og 3 (EMK art. 3, SP art. 7, BK art. 37 bokstav a). Norges plikt til å forebygge tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling.

Norge har også underskrevet Torturkonvensjonen (CAT).²³³ Og tilleggskonvensjonen OPCAT om forebyggingsansvar. FNs torturkomité overvåker partenes gjennomføring av konvensjonen, særlig med utgangspunkt i statenes periodiske rapporter. Rapportbehandlingen resulterer i anbefalinger fra torturkomiteen til den enkelte statspart. Komiteen kan også iverksette granskninger av eget tiltak, dersom den mottar pålitelig informasjon om at tortur systematisk blir praktisert på en statsparts område. Videre kan den behandle klager fra stater eller individer mot statsparter som har godtatt valgfrie bestemmelser om dette. Norge har anerkjent komiteens kompetanse til å behandle stats- og individklager, og leverte sin niende periodiske rapport til FNs torturkomité i mai 2022.

De internasjonale håndhevingsorganene overlater ingen skjønnsmargin til statene i spørsmål om krenkelse av EMK art. 3. Det betyr at sakene prøves fullt ut etter en felles standard.²³⁴

12.3 Barneperspektiv på analysen

En formålsrettet tolkning av barnekonvensjonens torturforbud tilsier at terskelen for å anse forbudet som overtrådt er lavere der behandlingen retter seg mot barn enn mot voksne.²³⁵

²³⁰ Se CRC General Comment No. 13 (2011) on the right of the child to freedom from all forms of violence, blant annet avsnitt 3, 26, 32 og 36, og Mayeka og Mitunga mot Belgia, dom avsagt 12. januar 2007 avsnitt 53 til 55.

²³¹ CRC General Comment No. 8 (2006) on the right of the child to protection from corporal punishment and other cruel or degrading forms of punishment.

²³² Ordlyden i SP og BK inkluderer også 'grusom' i sine bestemmelser, uten at dette utgjør noen realitetsforskjell.

²³³ Konvensjon mot tortur og annen grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff av 1984 (CAT).

²³⁴ Evans mot Storbritannia, dom avsagt 10. april 2007 avsnitt 77-

²³⁵ Prop. 135 L (2010–2011) på side 149.

Også EMD legger til grunn at terskelen for hva som er å anse som tortur mot et barn skal være annerledes enn der handlingene skjer mot voksne.²³⁶ Det generelle vernet for barn er også poengtert av FNs menneskerettskomité, som poengterer at kroppslige refselsler vil inngå i torturforbudet, særlig der det er tale om barn.²³⁷

12.4 Torturforbudet verner psykisk og fysisk integritet

Torturforbudet verner individers fysiske og psykiske integritet. Det gjør også EMK art. 8 og GrL § 104, samt BK art. 19. Om handlingen faller inn under den absolutte forbudsgrensen i EMK art. 3, eller om handlingen er beskyttet av en av de andre bestemmelsene, avgjøres i all hovedsak etter om handlingen skjer for å beskytte et anerkjent legitimt formål, og av handlingens art og grad.

En handling som ikke når opp til vernet i EMK art. 3, kan derfor være et menneskerettsbrudd etter EMK art. 8, BK art. 19 og GrL § 104.²³⁸ Vernet etter disse bestemmelsene.

Torturforbudet gjelder både straffetiltak og ulike behandlingstiltak/grensesettingstiltak (omsorgsinngrep), og gjelder således for behandling av barn i barneverninstitusjoner. Statene har både plikt til å påse at individer ikke utsettes for slik behandling fra andre individ, og en plikt til å påse at den offentlige omsorgen ikke utsetter barna for umenneskelig, nedverdiggende behandling eller tortur.²³⁹

12.5 Norges forebyggingsansvar

Etter FNs torturkonvensjon, som Norge ratifiserte i 1986, forplikter partene seg til å treffe effektive lovgivningsmessige, forvaltningsmessige, rettslige eller andre tiltak for å forhindre torturhandlinger og andre former for grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff på noe område under deres jurisdiksjon. Det samme oppfølgingsansvaret følger også etter den gjeldende barnekonvensjonens artikkel 4 og art. 19 nr.2. I 1987 fikk

²³⁶ Blant annet *Mayeka og Mitunga mot Belgia*, dom avsagt 12. januar 2007 avsnitt 53 til 55 og *A.B. og andre mot Frankrike*, dom avsagt 12. juli 2016 avsnitt 109.

²³⁷ CCPR General Comment no. 20 (1992) Article 7 (Prohibition of torture or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment), avsnitt 5.

²³⁸ For eksempel *Lopez Ostra mot Spania*, dom avsagt 9. desember 1994 avsnitt 58 til 60, *Smith and Grady mot Storbritannia*, dom avsagt 27. september 1999 avsnitt 112 og 122.

²³⁹ Sandvig, Jenny: *Karnov lovkommentar til EMK art. 3* (2021)

Europa en egen forebyggingskonvensjon og et eget forebyggingsorgan kalt CPT. Norge har undertegnet denne konvensjonen, men den er heller ikke gjort til norsk lov.

I 2013 gav også Norge sin tilslutning til tilleggsprotokollen til FNs torturkonvensjon (OPCAT), som forplikter Norge å forebygge torturhandlinger.²⁴⁰ Nyvinningen ved tilleggsprotokollen var i all hovedsak at den forplikter medlemsstatene til å opprette eller å utnevne en nasjonal forebyggende mekanisme, som skal besøke steder for frihetsberøvelse regelmessig, og være et effektivt vern mot tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling eller straff, og skal ha et forebyggende perspektiv i nært samarbeid med FNs torturkomite(CPT).

I Norge har Sivilombudet mandat til å forebygge tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling, jf. sivilombudslovens § 3.²⁴¹ Det generelle mandatet til Sivilombudet er å føre kontroll med den offentlige forvaltningen og alle i dens tjeneste for å hindre at det øves urett mot den enkelte, og for å bidra til at forvaltningen respekterer og sikrer menneskerettighetene.²⁴²

Sivilombudet avlegger rapporter etter sine besøk, og har besøkt flere barnevernsinstitusjoner de senere årene. De sakene som tas opp i disse rapportene danner noen av utgangspunktene for de diskusjonene rundt det menneskerettslige torturbegrepet for barn i barnevernsinstitusjoner.

Kap. 13 Torturforbudets innhold

13.1 Torturbegrepet som overordnet begrep

Verken EMD eller FNs menneskerettskomité skiller eksplisitt mellom de ulike delene av torturbestemmelsen, og det vil også kunne være en glidende overgang mellom dem. Det er derfor vanlig å bruke ‘torturforbudet’ som en overordnet samlebetegnelse.²⁴³

I Generell kommentar nr. 20 til SP artikkel 7 heter det at: “[...] the distinctions depend on the nature, purpose and severity of the treatment applied”.²⁴⁴ Det vil derfor være et spørsmål

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

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

²⁴² Sivilombudsloven § 1.

²⁴³ EMD bruker ofte «ill-treatment» som samlebetegnelse.

²⁴⁴ CCPR General Comment No. 20 (1992) Article 7 (Prohibition of torture or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment), avsnitt 4.

om art, grad og formål med handlingen: om handlingen faller utenfor bestemmelsene eller faller innenfor det strengeste(tortur), det mellomste(umenneskelig), eller det svakeste uttrykket(nedverdiggende). Et tilfelle som starter som grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling, kan over tid kvalifiseres som tortur.

Innholdsmessig vil all tortur være umenneskelig og nedverdiggende, all umenneskelig behandling vil være nedverdiggende, mens nedverdiggende behandling ikke uten videre vil være umenneskelig.²⁴⁵ Det beror på handlingens art, formål og alvorlighet, om den rammes av det strengeste begrepet «tortur», eller det mildeste i denne bestemmelsen «nedverdiggende».²⁴⁶ EMK regulerer ikke ulike handlinger som kan aktualisere torturforbudet i artikkel 3. BK art. 37 bokstav a, og SP art. 6 nevner noen tilfeller som skal sees på som en del av det overordnede torturbegrepet.

13.2 Konkret helhetsvurdering av alle forhold sett under ett

Om det foreligger et brudd på torturforbudet må avgjøres i hvert enkelt tilfelle ut fra forholdene under ett.²⁴⁷ Det vil derfor være lettere å konstatere krenkelse etter bestemmelsene der også forholdene på institusjonen generelt er dårlig, og der individet utsettes for flere tilfeller av umenneskelig og nedverdiggende behandling. At det også er konstatert krenkelse av andre menneskerettsbestemmelser, kan inngå i vurderingen der torturforbudet også tilfører egne elementer.²⁴⁸

FNs menneskerettskomite viser til at det ikke ønskelig og heller ikke nødvendig å gi en oppstilling av hvilke handlinger som er forbudte.²⁴⁹ Menneskerettskonvensjonene er levende instrumenter som utvikles i lys av samfunnsutviklingen, slik at handlinger som i dag ikke er ansett å falle inn under forbudet, vil kunne omfattes av dette senere.²⁵⁰

²⁴⁵ Sandvig, Jenny: Kamov lovkommentar til EMK art. 3 (2021), med henvisning til Raninen mot Finland, dom avsagt 16. desember 1997.

²⁴⁶ CCPR General Comment No. 20 (1992) Article 7 (Prohibition of torture or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment), avsnitt 2 og 4.

²⁴⁷ Ramirez Sanchez mot Frankrike, dom avsagt 4. juli 2006 avsnitt 120.

²⁴⁸ Slik som P. og S. mot Polen, dom avsagt 30. oktober 2012.

²⁴⁹ CCPR General Comment no. 20 (1992) Article 7 (Prohibition of Torture, or Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment) avsnitt 4 der det heter at: "The Covenant does not contain any definition of the concepts covered by article 7, nor does the Committee consider it necessary to draw up a list of prohibited acts [...]".

²⁵⁰ Se f.eks. Sørensen, Christian Børge: "Barnevern og menneskerettighetene", vedlegg 4 i NOU 2016:16 (2016) s. 310, med henvisning til Tyrer mot Storbritannia, dom avsagt 25. april 1978 avsnitt 31 og CRC General Comment No. 8 (2006) The right of the child to protection from corporal punishment and other cruel or degrading forms of punishment, avsnitt 20."

Terskelen for hva som når opp minstenivået av bestemmelsene er relativt sakens omstendigheter. Blant annet vil lengden av behandlingen, handlingens fysiske og psykiske virkninger, og i noen tilfeller, alder, kjønn og helsetilstand til offeret, være momenter av betydning som gjør at handlingen rammes av EMK art. 3.²⁵¹ Terskelen vil derfor være en annen der et barn blir utsatt for handlinger enn der en voksen blir utsatt for det samme, slik også BK krever, jf. BK art. 3.

13.3 Terskelen for at handlinger rammes av torturforbudet er høy

Terskelen for hva som inngår i torturforbudet er i alle konvensjonene satt høyt.

Tortur defineres i Torturkonvensjonen (CAT) som:

“Any act by which *severe pain or suffering*, whether physical or mental, is *intentionally* inflicted on a person for such *purposes* as obtaining from him or a third person information or a confession, punishing him for an act he or a third person has committed or is suspected of having committed, or intimidating or coercing him or a third person, or for any reason based on discrimination of any kind, when *such pain or suffering* is inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity[mine uthevinger].”²⁵²

EMD har definert ‘*tortur*’ som «deliberate inhuman treatment causing very serious and cruel suffering.”²⁵³ Også i EMD sin praksis må lidelsen ha vært påført med hensikt, og med et formål om å fremskaffe bevis, straffe eller ydmyke, for at handlingen skal regnes som tortur.²⁵⁴ For å nå opp til tersklene for tortur må handlingen ha påført individet alvorlig og sterk smerte eller lidelse,²⁵⁵ og handlingen må ha vært utført med hensikt for å oppnå mål som er illegitime. Handlinger som er påført individ utelukkende for å utsette et individ for smerte og lidelse (uten et legitimt mål), eller der handlingen er utført for å oppnå mål som eller er forbudte, f.eks. presse frem tilståelser, vil handlingen omfattes av forbudet. EMD legger i alle sine dommer til grunn at handlingen må overstige en «minimum level of severity», for at handlingen skal falle

²⁵¹ Mursic mot Kroatia, dom avsagt 20. oktober 2016 avsnitt 97, se også P. og S. mot Polen, dom avsagt 30. oktober 2012 avsnitt 158.

²⁵² CAT (1984), artikkel 1

²⁵³ Irland mot Storbritannia, dom avsagt 20. mars 2018 avsnitt 167.

²⁵⁴ İlhan mot Tyrkia, dom avsagt 27. juni 2000 avsnitt 85.

²⁵⁵ I CCPR General Comment No. 20 (1992) Article 7 (Prohibition of Torture, or Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment) heter det: 5. The prohibition in article 7 relates not only to acts that cause physical pain but also to acts that cause mental suffering to the victim.

innenfor bestemmelsen.²⁵⁶ For å klassifisere noe som ‘tortur’ krever EMD at handlingen har medført «very serious and cruel suffering[*min utheving*]». ²⁵⁷ For å nå opp til umenneskelig behandling vil handlingen som oftest inneholde konkret kroppsskade, eller *intens* fysisk eller psykisk lidelse —som også er en høy terskel.²⁵⁸ Handlingen må også for det svakeste kriteriet ha påvirket individets fysiske eller psykiske helse «adverserly»²⁵⁹ Selv om handlingen som sådan kan være nedverdiggende eller umenneskelig, og handlingen har skjedd med hensikt, vil det være en terskel for å nå opp til bestemmelsen i EMK art. 3.

EMD har ansett behandling som ‘*umenneskelig*’ i tilfeller der det er utført handlinger med hensikt, i timer i strekk og enten med fysisk skade eller med intens psykisk virkning. ²⁶⁰ Der handlingen vekker følelser av frykt, angst og mindreverdiget hos ofrene på en måte som er i stand til å ydmyke og nedverdige dem, eller få dem til å utføre en handling de ellers ikke ville gjort, er tatt inn som en del av ‘nedverdiggende behandling’.²⁶¹ Det kan også ha betydning om behandlingen finner sted offentlig under andres påsyn.²⁶²

Et formål om å nedverdige eller ydmyke er også her en relevant faktor, men fravær av et slikt formål utelukker ikke at det er tale om nedverdiggende behandling dersom det også finnes andre sterke nok grunner for at handlingen rammes av forbudet.²⁶³ Ved den laveste terskelen ‘nedverdiggende’ er det tilstrekkelig at handlingen fremkaller følelse av frykt, angst, eller at handlingen er egnet til å bryte ned individet fysisk og psykisk, selv om det ikke foreligger fysisk eller psykisk skade.²⁶⁴

Der det foreligger legitime formål, f.eks. sikkerhetshensyn både for å beskytte individet selv, og å beskytte andre, har EMD en høy terskel for å konstatere krenkelse av art. 3. EMD har f.eks. godtatt at en innsatt i fengsel ble holdt isolert fra andre innsatte i over åtte år, fordi handlingen skjedde for å beskytte legitime formål.²⁶⁵ Det ble i denne dommen også vektlagt at

²⁵⁶ Se f.eks. Kudla mot Polen, dom avsagt 26. oktober 2000 avsnitt 91, P. og S. mot Polen, dom avsagt 30. oktober 2012 avsnitt 157, Blokhin mot Russland, dom avsagt 23. mars 2016 avsnitt 135, og Rooman mot Belgia, dom avsagt 31. januar 2019 avsnitt 141.

²⁵⁷ Se blant annet Irland mot Storbritannia, dom avsagt 20. mars 2018 avsnitt 167.

²⁵⁸ Kudla mot Polen, dom avsagt 26. oktober 2000 avsnitt 92; Gäfgen mot Tyskland, dom avsagt 1. juni 2010 avsnitt 108; Irland mot Storbritannia, dom avsagt 20. mars 2018 avsnitt 167.

²⁵⁹ Raninen mot Finland, dom avsagt 16. desember 1997 avsnitt 58, hvor det ikke ble konstatert krenkelse selv om handlingen i seg selv kunne være nedverdiggende.

²⁶⁰ Kudla mot Polen, dom avsagt 26. oktober 2000 avsnitt 92

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

²⁶² Sandvig, Jenny: Kamov lovkommentar til EMK art. 3 (2021)

²⁶³ V. mot Storbritannia, dom avsagt 16. desember 1999 avsnitt 71, se også P. og S. mot Polen, dom avsagt 30. oktober 2012 avsnitt 160 der sykehuset utførte en helsepolitisk målsetning om å forhindre abort.

²⁶⁴ Kudla mot Polen, dom avsagt 26. oktober 2000 avsnitt 98.

²⁶⁵ Ramirez Sanchez mot Frankrike, dom avsagt 4. juli 2006 avsnitt 137

den innsatte var ved god helse. Det er ikke sikkert at EMD ville ha kommet til samme resultat, dersom isolasjonen hadde påført psykisk skade, og neppe der et barn blir holdt isolert så lenge.

13.4 Utover den nedverdiggelse som ligger i frihetsberøvelsen i seg selv

EMD har gjentatt i så nær alle sine dommer til art. 3 at lidelsen og nedverdiggelsen som påføres, må gå utover det uunngåelige element av lidelse og nedverdiggelse som allerede ligger i det å bli underlagt lovlig behandling eller straff.²⁶⁶ Dette fremkommer også av torturkonvensjonens definisjon hvor det heter: «It does not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to lawful sanctions».²⁶⁷ I saken *Kudla mot Polen* kom EMD til at EMK art. 3 ikke var krenket der en svært psykisk syk mann ble holdt i fengsel, til tross for at psykiatere hadde uttalt at fengsling ville være å gamble med hans liv, og han også forsøkte å ta livet sitt flere ganger under soningen, og ble påført psykisk og fysisk skade.²⁶⁸ Hovedpoenget i denne saken var at det ikke var påført handlinger utover det frihetsberøvelsen i seg selv representerte av skaderisiko.²⁶⁹ Dersom handlingen skal kunne krenke forbudet i art. 3, må det skje handlinger i tillegg til det ulike institusjonsopphold ellers innebærer av skadepotensiale. Det er ikke sikkert at dette alltid kan opprettholdes når det er barn og barnet påføres skade eller utsettes for stor risiko for slik skade, enten fysisk eller psykisk, gitt EMD sin relative terskel for hva som omfattes av bestemmelsene.

13.5 Praksis fra EMD som gjelder barn og torturforbudet

EMD har behandlet 39 saker der det har vært påstand om brudd på EMK art. 3 mot mindreårige i ulike institusjoner. Av disse er det nisaker som gjelder barn som har vært frihetsberøvet i barneverntiltak («educational purpose»)²⁷⁰ EMD har konstatert krenkelse på EMK art. 3 i 2 av disse sakene.

EMD har funnet krenkelse av art. 3 i saken *Blokhin mot Russland* (GC), hvor en 14 år gammel gutt ikke fikk tilstrekkelig medisinsk behandling og oppfølging for sin ADHD-lidelse

²⁶⁶ Kudla mot Polen, dom avsagt 26. oktober 2000 avsnitt 92 til 94.

²⁶⁷ CAT (1984) art.1.

²⁶⁸ Kudla mot Polen, dom avsagt 26. oktober 2000 avsnitt 99

²⁶⁹ Kudla mot Polen, dom avsagt 26. oktober 2000 avsnitt 92.

²⁷⁰ Reist mot Sveits, dom avsagt 20. oktober 2020, Koniarska mot Storbritannia, dom avsagt 12. oktober 2000, Blyudik mot Russland, dom avsagt 25. juni 2019, Grabowski mot Polen, dom avsagt 30. juni 2015, P og S mot Polen, dom avsagt 30. oktober 2012, D.L. mot Bulgaria, dom avsagt 19. mai 2016, D.G. mot Irland, dom avsagt 16. mai 2002, Blokhin mot Russland, dom avsagt 23. mars 2016, Bouamar mot Belgia, dom avsagt 27. juni 1988.

mens han var frihetsberøvet i en barneverninstitusjon.²⁷¹ Som følge av den manglende behandlingen, ble gutten innlagt i psykiatrien i tre uker etter utskriving fra institusjonen. Det ble i den helhetlige vurderingen lagt vekt på hans unge alder og diagnose, som særlige sårbarhetsbetingelser for at torturforbudet var overtrådt.²⁷²

EMD har også konstatert krenkelse av EMK art. 3 i saken *P og S mot Polen* der en jente på 14 år ble tvangsplassert på et sykehus, hvis formål var å hindre henne i å ta abort.²⁷³ På sykehuset ble jenta utsatt for press på ulike måter, av leger og prester, og fra abortmotstandere. Jenta ble også skremt med at en abort ville kunne føre til hennes død. Etter en samlet vurdering av alle hendelsene hun var utsatt for, hennes alder og at hun var blitt gravid etter voldtekt, kom EMD til at det forelå et brudd på EMK art. 3.²⁷⁴

I saken *D.G mot Irland* ble det påberopt brudd på EMK art. 3 for en gutt på 17 år, som hadde vært under barnevernets omsorg siden han var to år, og nå ble berøvet sin frihet i et fengsel i mangel på et egnet barneverntiltak. Det ble påstått krenkelse av EMK art. 3 fordi 1) han var plassert i et fengsel når han egentlig behøvde medisinsk behandling, 2) at han i fengselet ble utsatt for hets, trusler og misbruk fra andre innsatte, og 3) at han ble ført i håndjern til alle rettsmøter. EMD kom i denne saken til at artikkel 3 ikke var krenket da tiltakene hadde som formål for å beskytte hans og andres sikkerhet, og var satt i verk som en følge av guttens historikk både med selvskading og skading av andre.²⁷⁵

Det at han var plassert i en straffeinstitusjon i stedet for en behandlingsinstitusjon var ikke i seg selv tilstrekkelig til brudd på EMK art. 3, men førte til krenkelse av EMK art. 5 nr. 1.²⁷⁶ Det ble videre lagt vekt på at gutten var i et ungdomsfengsel og at de andre som bodde der var på samme alder, og at fengselet var tilpasset unge, både med hensyn til skole- og fritidstilbud. Heller ikke det at gutten ble utsatt for et fengselsdisiplinært regime var i seg selv nok til å konstatere krenkelse, fordi det var nødvendig for hans egen og de andres sikkerhet i lys av guttens historikk.²⁷⁷ Det var heller ingenting som tydet på at gutten hadde tatt noe skade

²⁷¹ Blokhin mot Russland, dom avsagt 26. mars 2016.

²⁷² Ibid., avsnitt 148, hvor det heter: «on account of the lack of necessary medical treatment at the temporary detention centre for juvenile offenders, having regard to his young age and particularly vulnerable situation, suffering as he was from ADHD.».

²⁷³ P og S mot Polen, dom avsagt 30. oktober 2012.

²⁷⁴ Ibid. avsnitt 167 til 169.

²⁷⁵ D.G mot Irland, dom avsagt 16. mai 2002 avsnitt 96 hvor det heter: “The Court accepts that the intent of the High Court, in ordering the applicant’s detention, was protective and that, without more, it could not be concluded that it constituted “punishment” within the meaning of that term in Article 3.”

²⁷⁶ Ibid. avsnitt 97 hvor det heter: “Neither does the Court consider that the evidence submitted supports a conclusion that his detention (as a minor, not charged or convicted of any offence) in a penal institution could, of itself, constitute “inhuman or degrading” treatment”.

²⁷⁷ D.G mot Irland, dom avsagt 16. mai 2002 avsnitt 96 flg.

av oppholdet utover det som en frihetsberøvelse i seg selv kan medføre, og han hadde tidligere sonet straff samme sted han nå var plassert, og hadde hatt godt utbytte av dette. Påstander om at han ble utsatt for hets og mishandling fra de andre innsatte kunne ikke bevises. At han ble holdt i håndjern til og fra rettslokalene var også rimelig ut fra hans tidligere adferd, og kunne også legitimeres. Det ble derfor ikke konstatert krenkelse av EMK art. 3.²⁷⁸

EMD har også avvist å behandle en sak med påstand om brudd på EMK art. 3, i saken *Koniarska mot Storbritannia*, hvor det ble påberopt at en jente på 17 år led av «intense mental suffering» under et fengselsopphold.²⁷⁹ EMD viste til sin egen praksis i tidligere saker hvor “ill-treatment must attain a minimum level of severity if it is to fall within the scope of Article 3”.²⁸⁰ EMD uttalte i avvisningskjennelsen at: “The Court can accept that the applicant was not very happy to be returned to Glenthorne, but finds nothing in the case-file or in the applicant's submissions which could indicate that the minimum level of severity was reached at which Article 3 applies.”²⁸¹

13.6 Ulike handlinger som kan aktualisere torturforbudet i barnevernsinstitusjoner

I tillegg til at det vil kunne anses som brudd på EMK art. 3 at barn i barnevernsinstitusjoner ikke får tilfredsstillende medisinsk behandling, vil det være noen andre lovregler og praksiser som også er av interesse å se opp mot torturforbudet i menneskerettskonvensjonene.

Kroppslig refselse («corporal punishment») ilagt som straff, som ledd i utdanning, eller som disiplinærtiltak, er omfattet av torturbegrepet i SP artikkel 7.²⁸² Det fremheves av komiteen at dette særlig gjelder barn, elever og pasienter i opplæringsinstitusjoner og sykehus.²⁸³ Dette samsvarer også med BK sitt torturbegrep.

²⁷⁸ Men det ble konstatert krenkelse av art. 5.

²⁷⁹ *Koniarska mot Storbritannia*, dom avsagt 12. oktober 2000.

²⁸⁰ *Koniarska mot Storbritannia*, dom avsagt 12. oktober 2000, avsnitt 2 med videre henvisninger til *Irland mot Storbritannia*, dom avsagt 18. januar 1978 avsnitt 162.

²⁸¹ *Koniarska mot Storbritannia*, dom avsagt 12. oktober 2000 avsnitt 2.

²⁸² CCPR General Comment no. 20 (1992) Article 7 (Prohibition of Torture, or Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment) avsnitt 5; *Osbourne mot Jamaica*, «Views» 13. april 2000 avsnitt 9.1; Nordeide, Ragnar: Kamov lovkommentar til SP art. 17 (2022).

²⁸³ *Ibid.* It is appropriate to emphasize in this regard that article 7 protects, in particular, children, pupils and patients in teaching and medical institutions.

På samme måte som i torturkonvensjonen, gjelder forbudet etter EMK art. 3 og SP art. 7 både for fysisk og psykisk tortur.²⁸⁴ Frykt frembrakt ved trusler om tortur kan i seg selv utgjøre «mental torture».²⁸⁵ Også enkeltstående tilfeller av tortur omfattes av begrepet.²⁸⁶

I kommentar til SP art. 6, har FNs menneskerettskomité (CCPR) inkludert langvarig *isolasjon* som mulig krenkelse av torturforbudet.²⁸⁷ Norge er blant annet kritisert for sin bruk av isolasjon i fengsler.²⁸⁸ I dette kapittelet skal særlig isolasjonsbruk i barnevernsinstitusjoner analyseres.

FNs barnekomité slår også fast at det å bruke tortur eller annen grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling for å *presse frem en innrømmelse eller tilståelse*, i straffesammenheng, vil innebære en alvorlig krenkelse av barns rettigheter.²⁸⁹

Barnekomiteen har kritisert konvensjonsstater for brudd på torturforbudet ved at de ikke har hatt tilfredsstillende forhold under frihetsberøvelse, herunder behandling av innsatte under 18 år på en måte som kan medføre fare for psykisk skade, for bruk av isolasjon, fysisk avstraffelse og politivold.²⁹⁰

CPT har i sine rapporter etter besøk i ulike fengsler for å forebygge tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling og straff blant annet vært opptatt av at barn i fengsel ikke skal være innelåst på egen celle størsteparten av dagen, at de får delta i fullverdig utdanningsprogram, yrkesfag, sport og andre rekreasjonstilbud, og sosiale aktiviteter i minst åtte timer hver dag, aller helst mer. Det kreves at barna skal være minst to timer ute i frisk luft.²⁹¹

England får blant annet kritikk for at halvparten av de innsatte barna i et fengsel ikke har fått vært ute av cellen mer enn 5 til 6 timer på ukedager, og i helgene ned til et nivå som gjorde at de ble nesten total isolert, med kun to timer ute av cellen.²⁹² I tillegg til at de tilbragte mye tid innelåst alene på cellen, var telefon og dusj felles, og fikk kun bli brukt etter reservasjon, så mye som ned til tre ganger i uken for noen av barna.²⁹³ Undervisningstilbudet ble også ofte

²⁸⁴ CCPR General Comment No. 20 (1992) Article 7 (Prohibition of Torture, or Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment) avsnitt 5

²⁸⁵ Gäfgen mot Tyskland, dom avsagt 1. juni 2010 avsnitt 108.

²⁸⁶ M.S.S. mot Belgia og Hellas, dom avsagt 21. januar 2011 avsnitt 255.

²⁸⁷ CCPR General Comment no. 20 (1992) Article 7 (Prohibition of Torture, or Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment) avsnitt 6

²⁸⁸ Menneskerettskomiteens avsluttende merknader til Norges syvende periodiske rapport, 2018, avsnitt 24 til 25.

²⁸⁹ CRC General comment no. 24 (2019) on childrens rights in the child justice system, avsnitt 58.

²⁹⁰ Prop. 135 L (2010-2011) s. 148.

²⁹¹ Se f.eks. CPT/Inf (2020) 18: CPT report on the visit to the United Kingdom, avsnitt 128.

²⁹² CPT/Inf (2020) 18: CPT report on the visit to the United Kingdom, avsnitt 128 og 129

²⁹³ Ibid. 130.

avlyst, og det var også svært lav faktisk deltakelse.²⁹⁴ Når sportstilbudet var lagt til skoletiden, mistet de som ikke deltok på skole også mulighet til sport.²⁹⁵ Muligheten til frisk luft var også begrenset til en halvtime daglig, som CPT beskriver som utilstrekkelig, og at det også var noen som ikke fikk gå ut daglig i det hele tatt, men kun fikk tilbud om frisk luft 2-3 dager i uken.²⁹⁶ CPT uttaler da at å nekte barn og unge tilgang til frisk luft mer enn 24 timer er uakseptabelt.²⁹⁷

Såkalte intensivbaserte regimer(konskevenspedagogiske), hvor barna mister goder som er opparbeidet, dersom man bryter med avtaler som er inngått, , kan være hensiktsmessige for å få barna til å følge normer, men dersom dette medfører at barnet står igjen helt uten noen form for goder, kan situasjonen «quickly reach a level of deprivation which is incompatible with minimum requirements».²⁹⁸

CPT har også vært opptatt av at det må settes inn tilstrekkelige tiltak og ressurser for å forhindre selvmordsrisiko blant barn i fengsel, blant annet gjennom tilstrekkelig helsetilbud.²⁹⁹ Videre har CPT fokusert på at barn ikke skal nakenvisiteres iflere av landene.³⁰⁰ At nakenvistitasjoner, også overfor voksne, er i strid med torturforbudet, er også slått fast av Høyesterett i 2021.³⁰¹

Det anbefales at:

- Bvl. § 10-5 opprettholdes

13.6 Særlig om isolasjon som del av torturbegrepet

13.6.1 Isolasjon som del av torturbegrepet

Isolasjon under frihetsberøvelser er satt i sammenheng med torturforbudet både av FNs menneskerettskomite, og av den Europeiske torturforebyggingskomiteen (CPT). Menneskerettskomiteen har uttalt at langvarig bruk av isolasjon generelt kan være i strid med SP artikkel 7.³⁰² Norges bruk av total isolasjon i fengsel har vært kritisert av den europeiske

²⁹⁴ CPT/Inf (2020) 18: CPT report on the visit to the United Kingdom, avsnitt 131.

²⁹⁵ Ibid avsnitt 132.

²⁹⁶ Ibid avsnitt 133.

²⁹⁷ Ibid avsnitt 134.

²⁹⁸ CPT/Inf (2015) 1-part rev1: Extract from the 24th General Report of the CPT (2015), avsnitt 112.

²⁹⁹ CPT/Inf (2011) 3: CPT report on the visit to Ireland, avsnitt 57. CPT/Inf (2009) 30: CPT report on the visit to the United Kingdom, avsnitt 97.

³⁰⁰ CPT/Inf (2009) 30: CPT report on the visit to the United Kingdom, avsnitt 106.

³⁰¹ Se HR-2021-1155-A.

³⁰² CRC General Comment nr. 20 (2016) on the implementation of the rights of the child during adolescence, avsnitt 6.

torturovervåkingskomiteen (CPT), også ved siste besøk i 2018.³⁰³ Det er særlig isolasjon som del av torturbegrepet som vil være aktuelt å vurdere opp mot reglene i barnevernsloven. Dersom forholdene ikke når opp til terskelen i torturforbudene, vil det kunne foreligge en krenkelse av EMK art. 8.

13.6.2 EMDs praksis om isolasjon

EMD har uttalt at en segregering (isolasjon) ikke i seg selv er tilstrekkelig for å nå opp til terskelen i EMK art. 3 og har hittil ikke konstatert krenkelse av art. 3 ved isolasjon, selv der en innsatt hadde vært holdt isolert fra andre innsatte i fengsel i over åtte år.³⁰⁴ EMD har statuert at slik langvarig isolering kun kan godtas «exceptionally and after every precaution has been taken».³⁰⁵ EMD vektlegger at, selv om isoleringen i mange tilfeller har vært svært lange, slik som i storkammersaken Ramirez Sanchez mot Frankrike fra 2006 (GC), der en terrordømt mann var holdt isolert i åtte år, så vil det at isoleringen tjener et legitimt formål, og derfor ikke skjer med noe hensikt om å oppnå noe som er illegitimt, gjøre at isolering kan tillattes.³⁰⁶ I den konkrete saken var isoleringen skjedd for å beskytte både den innsatte selv og de andre innsatte.

EMD ser hen til lengden av isolasjon i fengsel,³⁰⁷ slik også FNs menneskerettskomite gjør.³⁰⁸ EMD har imidlertid godtatt svært lange isoleringsopphold, uten at det er konstatert krenkelse av EMK art. 3. I storkammersaken Ramirez Sanchez mot Frankrike (GC) 2006, var det tale om isolasjon i 8 år og 2 måneder.³⁰⁹

EMD legger i sine saker stor vekt på om det er tale om total isolasjon, eller om den innsatte har vært i delvis isolasjon og hatt mulighet til faktisk kontakt med ansatte og med regelmessig besøk av f.eks. lege.³¹⁰ Dessuten sees det hen til om den at den innsattes fysiske og psykiske helse hadde blitt negativt påvirket av isoleringen, og om man har fått god oppfølging

³⁰³ CPT/Inf (2019) 1: CPT report on the visit to Norway, s. 5. Thomas Horn redegjør i sin doktoravhandling for det menneskerettslige torturforbudet, og rettspolitiske vurderinger av fullstendig isolasjon ved bevisforspillelse i straffeprosessen. Avhandlingen tilfører også kunnskap om de menneskerettslige mekanismene i de internasjonale organene, som kan være viktig for den rettskildemessige forståelsen, se Horn, Thomas: "Fullstendig isolasjon ved risiko for bevisforspillelse", (2017).

³⁰⁴ Ramirez Sanchez mot Frankrike, dom avsagt 4. juli 2006 avsnitt 138.

³⁰⁵ Ramirez Sanchez mot Frankrike, avsnitt 137 til 139.

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

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

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

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

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

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

av sin helsetilstand.³¹¹ Det legges også vekt på om man har forsøkt andre muligheter, men at dette ikke er mulig av hensyn til den innsatte selv eller av hensyn til andre innsattes sikkerhet.³¹²

EMD uttaler imidlertid at selv en relativ isolering ikke kan opprettholdes i det uendelige.³¹³ Selv om isolasjon ikke har vært ansett å være brudd på EMK art. 3, har EMD kommet til at isolasjon av innsatte har vært en krenkelse av EMK art. 8. Det generelle utgangspunktet om at terskelen er relativ blant annet ut fra barnets alder, vil trolig føre til at EMD vil konstatere krenkelse av artikkel 3 om tilsvarende saker som de mest alvorlige sakene mot voksne, kommer til prøve i menneskerettsdomstolen.³¹⁴ Som også påpekt i forarbeidende til lovendringer rundt barn og straff i 2012, skal det mindre til for at isolasjon av barn anses som uakseptabelt enn for isolasjon av voksne innsatte.³¹⁵

Barn som er frihetsberøvet bør, ifølge CPT, ikke bli utelukket fra fellesskap med andre barn gjennom innelåsning på egen celle eller eget rom.³¹⁶ CPT legger til grunn i sine rapporter at alle former for isolering av barn kan ha «an even more detrimental effect on the physical and/or mental well-being of juveniles».³¹⁷ Det vises også til den nye bestemmelsen i det europeiske regelverket for fengslede.³¹⁸

Barn har etter barnekonvensjonen rett til utvikling, og lek og sosial omgang, jf. BK art. 31. Tidsopplevelsen for barn er lenger, noe som blant annet begrunner at fengselsstraffer mot barn skal være kortere. Barns særskilte behov for forutsigbarhet, gjør også at tidsubestemte reaksjoner mot barn kun skal kunne brukes svært begrenset og kun i de mest alvorlige situasjonene.

Formålet vil være av betydning for vurderingen av om isolasjon ligger innenfor eller utenfor det menneskerettslige torturbegrepet i EMK art. 3.

13.7. Kan barn i norske barnevernsinstitusjoner isoleres?

13.7.1 Absolutt forbudt i bvl. § 10-5

I barnevernslovens § 10-5 er det satt et absolutt forbud mot isolasjon, utenom i akutte faresituasjoner, se bvl. § 10-7. Slik regelen er utformet i barnevernloven, med kortvarig innlåsing i akutte faresituasjoner i et egnet rom, også med tilsyn av en voksen i samme rom

³¹¹ Ramírez Sanchezz mot Frankrike, dom avsagt 4. juli 2006 avsnitt 140 til 144.

³¹² Ramírez Sanchezz mot Frankrike, dom avsagt 4. juli 2006 avsnitt 150

³¹³ Ramírez Sanchezz mot Frankrike, dom avsagt 4. juli 2006 avsnitt 145.

³¹⁴ Som i Ramírez Sanchezz mot Frankrike, dom avsagt 4. juli 2006.

³¹⁵ Prop. 135 L (2010-2011) s. 149 til 150.

³¹⁶ CPT/Inf (2008) 25: CPT 18th General report, avsnitt 26.

³¹⁷ F.eks. i CPT/Inf (2021) 8: CPT Report on the visit to North Macedonia, avsnitt 116.

³¹⁸ This is now also reflected in the new Rule 60.6.a of the European Prison Rules (2020), punkt 116.

eller i tilgrensende rom, er gitt forutsetning at bestemmelsen praktiseres på denne måten, trolig ikke menneskerettslig problematisk.

Det menneskerettslige isolasjonsbegrepet er imidlertid også noe mer og annet enn en innlåsing i et eget rom. Det menneskerettslige isolasjonsbegrepet er et begrep om grad av kontakt med andre mennesker, både innenfor og utenfor institusjonen.

Det er derfor grunn til å se nærmere på adgangen til utelukkelse fra fellesskapet gjennom skjermingstiltak, ene – og alenetiltak, samt hjemlene om kontakt -, og bevegelsesbegrensende tiltak opp mot det menneskerettslige torturbegrepet. Dette gjelder særlig der barn er frihetsberøvet, enten juridisk eller rent faktisk.

13.7.2 Kontakt og bevegelsesbegrensende tiltak

Som hovedregel har barn i barneverninstitusjoner rett til å bevege seg fritt, både innenfor og utenfor institusjonene, jf. bvl. § 10-2. Barn i barneverninstitusjoner har som utgangspunkt tilgang til egen telefon og til internett, jf. bvl. § 10-2. I flere av rapportene fra CPT beskrives det at ungdommene kun har tilgang til telefon i fellesareal og tilgang til bestemte tider, slik at dette ikke nødvendigvis er sammenliknbart.³¹⁹

Barn i norske barnevernsinstitusjoner kan ilegges bevegelsesforbud innenfor og utenfor institusjonen, jf. bvl. § 10-9. I tillegg kan barnet også ilegges en rekke besøks - og kontaktbegrensende tiltak, jf. bvl. § 10-9. I sum vil dette kunne føre til at barnet avsondres fra kontakt med jevnaldrende.

Dersom barnet utsettes for flere restriksjoner, samtidig og etterfølgende, vil det menneskerettslige torturforbudet stå i fare for å bli krenket.

Særlig gjelder dette der barnet er frihetsberøvet og bor i ene- og alenetiltakene medfører at barna ikke har andre barn inne på institusjonen, og de vil derfor på hjemmebane være sosialt isolert fra jevnaldrende. Dersom barna også nektes besøk av jevnaldrende i hjemmet sitt, og fratas mulighet til bruk av mobil og internett inne på institusjoner vil barna kunne bli fullstendig isolert fra jevnaldrende.³²⁰

13.7.3 Isolering i praksis

Et eksempel på den slik sak kommer frem i en sak fra Fylkesnemnda (nå Barnevern- og helsenemnda) fra 2018, I denne saken ble en gutt på 17,5 år ble avsondret fra all kontakt med omverden mens han bodde i enetiltak.³²¹ Miljøarbeideren i institusjonen beskrev tiltaket

³¹⁹ Blant annet CPT/Inf (2020) 18: Report on the visit to The United Kingdom, avsnitt 130, og CPT/Inf (2007) 28: Report on the visit to Spain, avsnitt 147.

³²⁰ Fylkesnemndas (nå barneverns- og helsenemnda) vedtak i FNV-2018-219-OSL

³²¹ Fylkesnemndas (nå barneverns- og helsenemndas) vedtak FNV-2018-219-OSL.

som «et fengsel uten andre innsatte og uten luftegård», og at hverdagen bestod i «å gå å sulle inne huset i 24 timer». Gutten hadde bodd i enetiltaket i ni måneder. Gutten hadde selv isolert seg sosialt, men ble også ilagt en rekke sterke restriksjoner av de ansatte.

Bevegelsesbegrensningene han var ilagt, ser ut til å ha vært så omfattende at det i dette tilfellet må ha vært ansett som en frihetsberøvelse som falt innenfor vernet etter EMK art. 5. Han ble også nektet bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler inne på institusjonen. I tillegg til at han i lengre perioder var avsondret fra all kontakt med omverden, hadde isolasjonen også gitt gutten psykiske skadevirkninger som resulterte i flere selvmordsforsøk. At man er påført skadevirkninger er et annet kriterium, legges vekt på i vurderingen av EMK art. 3, er brutt.³²²

Tiltaket ble også sett på som en oppbevaring, uten et pedagogisk innhold slik EMK art. 5, nr. 1, bokstav d krever. Selv om EMD for voksne ikke har kommet til at artikkel 3 er krenket også der isoleringer har vært svært langvarige,³²³ er det etter min mening grunn til at tro at Norge ville kunne dømmes for brudd på forbudet i EMK art. 3 i denne konkrete fylkesnemndssaken. Rettslig sett er det ikke ene- eller alenetiltaket i seg selv som vil føre til en eventuell isolasjon, men hvilke restriksjoner barna blir underlagt inne på institusjonene. Dette gjør systemet sårbart for at barna i ene- og alenetiltak isoleres fra jevnaldrende.³²⁴

13.8 Oppsummering og anbefaling

Isolasjon av barn i norske barnevernsinstitusjoner er mulig fordi det ikke finnes noe forbud mot kombinasjoner av ulike inngrep i barnevernsloven, slik at disse kan ilegges til samme tid. Det finnes heller ikke noen absolutte lengdebegrensninger for hvor lenge et barn kan være underlagt slike begrensninger.

Det finnes heller ikke noe forbud for at barn i ene- og alenetiltak skal kunne ilegges de samme begrensningene som barn som bor med jevnaldrende i institusjoner. Det finnes ikke noe forbud i barnevernsloven mot etablering av institusjoner uten infrastruktur. Det finnes heller ikke noen rett til å gå på skole utenfor institusjonen. Dessuten finnes det ikke regler som pålegger kompenserende tiltak dersom barnet blir fratatt mulighet til besøk og kontakt med omverden.

³²² Blant annet Blokhin mot Russland, dom avsagt 26. mars 2016 avsnitt 138, og Irland mot Storbritannia, dom avsagt 20. mars 2018 avsnitt 167.

³²³ Ramirez Sanchez mot Frankrike, dom avsagt 4. juli 2006.

³²⁴ Om ene- og alenetiltak se nærmere Havre, Merete i Gundersen mfl.: ”Ja, enetiltak er bra for noen barn” (under publisering 2023).

Dette vil kunne føre oss over i situasjoner der barn i norske barnevernsinstitusjoner utsettes for umenneskelig og nedverdiggende behandling, i verste fall tortur. Særlig gjelder dette der barna er frihetsberøvet, og/ eller er i ene- og alenetiltak.

Lovgiver bør derfor tette dette hullet.

Det anbefales:

- At det settes forbud mot samtidig bruk av ulike bevegelses og kontaktbegrensende tiltak, også etterfølgende
- At kontakt og besøksbegrensende tiltak av frihetsberøvede kun skjer der behovet for å beskytte barna er særlig stort
- At det settes forbud mot inndragning og nekt av kommunikasjonsmidler for barn som bor alene i institusjon
- At formålene med tiltakene kommer tydelig frem i alle lovhjemler
- At barn i barnevernsinstitusjoner gis en ubetinget rett til å gå på skole/annet dagtilbud utenfor institusjonen
- At det lovfestes at det skal settes inn tiltak for å hindre skadevirkninger av isolasjon dersom denne unntaksvis skjer.

Referanser og litteratur

Litteraturliste

Lover og forskrifter

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

Traktater og andre internasjonale rettskilder

- BK FNs konvensjon om barns rettigheter. New York 11. november 1989. [Norsk oversettelse]
- CAT FNs konvensjon mot tortur og annen grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff. New York 10. desember 1984. [Norsk oversettelse]
- CPT Europeisk konvensjon om forebyggelse av tortur og umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff – ETS nr. 126. Strasbourg, 26. november 1987. [Norsk oversettelse]

- EMK FNs konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter. Roma 4. november 1950. [Norsk oversettelse]
- Protokoll nr. 4 til Konvensjon om beskyttelse av menneskerettigheter og grunnleggende friheter, om beskyttelse av visse rettigheter og friheter som ikke allerede omfattes av konvensjonen og av første tilleggsprotokoll til konvensjonen ETS nr. 46. Strasbourg 16. september 1963. [Norsk oversettelse]
- Protokoll nr. 7 til Konvensjon om beskyttelse av menneskerettigheter og grunnleggende friheter ETS nr. 117. Strasbourg 22. November 1984. [Norsk oversettelse]
- SP FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter. New York 16. desember 1966. [Norsk oversettelse]
- Valgfri protokoll til den internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter. 16. Desember 1966. [Norsk oversettelse]
- 1990 JDL. United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty, General Assembly resolution 45/113, 14 December 1990
- 2003 OPCAT. Optional Protocol to the Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, The fifty-seventh session of the General Assembly of the United Nations by resolution A/RES/57/199, 9 January 2003
- 2006 European Prison Rules. Recommendation Rec (2006)2 of the Committee of Ministers to member states on the European Prison Rules. *Adopted by the Committee of Ministers on 11 January 2006 at the 952nd meeting of the Ministers' Deputies.*
- 2008 European Rules for juvenile offenders subject to sanctions or measures. Recommendation CM/Rec(2008)11 of the Committee of Ministers to member states on the European Rules for juvenile offenders subject to sanctions or measures. *Adopted by the Committee of Ministers on 5 November 2008 at the 1040th meeting of the Ministers Deputies*
- 2011 Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure, *The sixty-sixth session of the General Assembly of the United Nations by resolution A/RES/66/138*, 19 December 2011
- 2015 “Nelson Mandela Rules”. United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners, A/RES/70/175, Resolution adopted by the General Assembly on 17 December 2015
- 2020 European Prison Rules. Recommendation Rec (2006)2-rev of the Committee of Ministers to member States on the European Prison Rules. *Adopted by the Committee of Ministers on 11 January 2006, at the 952nd meeting of the Ministers Deputies, and revised and amended by the Committee of Ministers 1 July 2020 at the 1380th meeting of the Ministers Deputies*

Forarbeider

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Rettsavgjørelser

Rt. 2010 s. 612 (Sårstelldommen)

Rt. 2012 s. 1051

Rt. 2015 s. 93 (Maria-dommen)

HR-2018-2096

HR-2020-660-S

HR-2020-661-S

HR-2020-662-S

HR-2021-640-A

HR-2021-1155-A

Vedtak fra Fylkesnemnda

FNV-2018-219-OSL

FNV-2017-1700-AGD

Avgjørelser fra EMD

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Case of Burghartz v. Switzerland no. 16213/90, 22 February1994

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

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

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

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

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

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

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

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

Case of Bensaid mot Storbritannia, no. 44599/98, 25 January 2000

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Views”, Comission Decisions og Condluding observations

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

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

Boodoo v. Trinidad og Tobago, [CCPR-1996-721], «Views», 2 April 2002

Mellet v. Irland, [CCPR-2013-2324], «Views», 31 March 2016

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

G. v. Australia, [CCPR-2012-2172], «Views», 17 Mars 2017

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

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

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

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

General comments

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

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

1992 CCPR General Comment No. 20: Article 7 (Prohibition of Torture, or Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment), 10 March 1992

2001 CRC General Comment No. 1: Article 29 (1), The Aims of Education, 17 April 2001, CRC/GC/2001/1

2003 CRC General Comment No. 5 (2003): General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child, 27 November 2003, CRC/GC/2003/5

2006 CRC General Comment No. 8 (2006): The right of the child to protection from corporal punishment and other cruel or degrading forms of punishment (arts. 19; 28, para. 2; and 37, inter alia), 2 March 2007, CRC/C/GC/8

2007 CRC General Comment No. 10 (2007): Children's Rights in Juvenile Justice, 25 April 2007, CRC/C/GC/10

2011 CRC General Comment No. 13 (2011): The right of the child to freedom from all forms of violence, 18 April 2011, CRC/C/GC/13

2013 CRC General Comment No. 15 (2013) on the right of the child to the enjoyment of the highest attainable standard of health (art. 24), 17 April 2013, CRC/C/GC/15

2013 CRC General Comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interest taken as a primary consideration (art. 3, para 1), 29 May 2013, CRC/C/GC/14

- 2014 CCPR General Comment No. 35 (2014) Article 9 (Liberty and security of person), 16 December 2014, CCPR/C/GC/35
- 2016 CRC General Comment No. 20 (2016) on the implementation of the rights of the child during adolescence, 6 December 2016, CRC/C/GC/20
- 2019 CRC General comment No. 24 (2019) on children`s rights in the child justice system, 18 September 2019, CRC/C/GC/24
- 2021 CRC General Comment No. 25 (2021) on children`s rights in relation to the digital environment, CRC/C/GC/25

Juridisk litteratur

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

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

Bendiksen, Lena R.L. og Haugli, Trude. "Sentrale emner i barneretten"

Bårdsen, Arnfinn. "Retten til erstatning for ulovlig frihetsberøvelse etter EMK art. 5 (5) og SP art. 9 (5)". 2002

Christoffersen, Jonas. "Fair balance: A study of Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights. Martinus Nijhoff Publishers 2009

Darwell, Stephan. "Welfare and rational care" i Harry Frankfurt (ed.). *Princeton monographs in philosophy*. Princeton University Press 2002

Detrick, Sharon. "A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child", Haag 1999

Dworkin, Gerald. "Paternalism", *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, first published 06.11.2002; substantive revision 09.09.2020. [Paternalism \(Stanford Encyclopedia of Philosophy\)](#)

Eckhoff, Torstein og Helgesen, Jan E. "Rettskildelære". 1. utg., Universitetsforlaget 2007

Ellingsen, Dag., og Gundersen, Tonje. "Enetiltak - kartlegging av tilbud og bruk av tvang". Velferdsforskningsinstituttet NOVA, Notat 2/2021. [NOVA Notat 2/21 \(oslomet.no\)](#)

Fause, Anett Beatrix Osnes. "Kravet til legalitet, nødvendighet og proporsjonalitet når det utøves polisiær eller påtalemessig myndighet som griper inn i vernet etter EMK art. 8 nr. 1." Tidsskrift for strafferett Vol. 14, Utg.1, 26. februar 2014, s. 46-60

Gundersen, Tonje, mfl. “Ja, enetiltak er bra for noen barn”, Nova OsloMet, under publisering 2023

Havre, Merete. ”Nyanser av grått. Hjemmelskrav for tvangsbruk med omsorgsformål i barneverninstitusjoner.” I Reidun Førde, Morten Kjelland og Ulf Stridbeck (Red.). *Cand.mag., cand.med., cand.jur., cand.alt: Festskrift til Aslak Syse 70 år*. 1.utg., Oslo: Gyldendal Juridisk 2016, s. 177-189.

Havre, Merete. “Legitimt och illegitimt tvång. En kritisk granskning av norska institutioner utifrån ett rättighetsperspektiv”. I Enell, Sofia; Gruber, Sabine; Vogel, Maria A (Red.). *Kontrollerade Unga. Tvångspraktiker på institution*. Studentlitteratur AB 2016, s. 255-282

Havre, Merete. “Varetekstfengsling og proporsjonalitetsprinsippet – en balansetest”. Cappelen Damm Akademisk 2015

Havre, Merete. Kommentarer til barnevernloven §§ 4-12 – 4-21, og 4-24 – 4-25, samt kap. 5 og 7. Gyldendal rettsdata, nyskrevet mai 2022

Havre, Merete og Holte, Lina. “Med en fot i hvert spor - harmonisering av barneverntiltak og straffetiltak ved fastlegging av straff”. (Under publisering 2023)

Havre, Merete og Køhler-Olsen, Julia. “Taking care of you – of yourself?”. (Under publisering 2023)

Havre, Merete og Langeland, Julie. “Med lov skal pasientene pleies? - Legalitetsprinsippet ved begrensende omsorgshandlinger i helseretten”. (Under publisering 2023)

Horn, Thomas. “Hvilken rettspolitisk betydning bør kritikk fra CPT ha for norske regler om isolasjon ved varetekstfengsling?”. Med loven mot makta – Jubileumsskrift til Jussbuss, Novus Forlag 2011, s. 326-340

Horn, Thomas. “Fullstendig isolasjon ved risiko for bevisforspillelse”. Fagbokforlaget 2017

Knoph, Ragnar. “Knophs oversikt over Norges rett”. 15. utg., Universitetsforlaget AS 2019

Kvalø, Kirsten Kolstad. Karnov lovkommentar til BK art. 16, publisert 19. November 2021

Liefaard, Ton. “Deprivation of Liberty of Children in Light of International Human Rights Law and Standards”, Intersentina; First Edition, 28 October 2008.

Martnes, Mona. “Barnets beste – rettighetens innhold i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning”. Universitetsforlaget 2021

Nordeide, Ragnar. Karnov lovkommentar til SP art. 17, publisert 28. april 2022

Sandvig, Jenny. Karnov lovkommentar til EMK art. 3: Prohibition of Torture, publisert 25. oktober 2021

Sandsberg, Hans-Olav. “Rett og urett: Asylsuverenitet”, Tidsskriftet den norske lægeforening 121:1297, Utgave 10., 20. april 2001

Schabas, William., Sax, Helmut., Alen, Andre. “Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Article 37: Prohibition of Torture, Death Penalty, Life Imprisonment and Deprivation of Liberty, Brill Academic Publishers, 15 March 2006

Sigurdson, Randi. “Tvangsplassering av barn med utfordrende atferd – en sammenligning av regler i barneloven, helse- og omsorgstjenesteloven og psykisk helsevernloven”, 1. utg., Fagbokforlaget 2015

Storø, Jan. “Sosialpedagogisk praksis – det handler om hva du gjør” Universitetsforlaget 2008

Stub, Marius. ”§102.” I Ola Mestad og Dag Michalsen (red). *Grunnloven: Historisk kommentarutgave 1814-2020*. 1.utg., Universitetsforlaget 2021, s. 1138-1163

Syse, Aslak. “Barnevern og samfunnsvern”, Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål, Vol. 17, Utg. 3., 4. november 2019, s. 201-204

Syse, Aslak. “Det menneskerettslige vernet mot frihetsberøvelse og tvang i behandlingsøyemed innenfor psykiatrien”. Nordisk tidsskrift for menneskerettigheter, vol. 24, utg. 4, 20. desember 2006, s. 318-342

Syse, Aslak. “Huleboerdommen - feil navn, uklart innhold?”, Lov og Rett, Vol. 50, Utg. 10, 22. desember 2011, s. 628-637

Sørensen, Christian Børge. “Barnevern og menneskerettighetene”, vedlegg 4 i Utredning til Barnevernslovutvalget, NOU:2016 16 Ny barnevernslov, 2016

Søvig, Karl Harald. “Tvang overfor gravide rusmiddelbrukere”, 1999

Van Bueren, Geraldine. “The International Law on the Rights of the Child”, Martinus Nijhoff Publishers; 1st edition, 1 January 1998

Østenstad, Bjørn Henning. “Heimelsspørsmål i behandling og omsorg overfor psykisk utviklingshemma og aldersdemente. Rettslege og etiske problemstillinger ved bruk av tvang og inngrep utan gyldig samtykke”, 2009

Østenstad, Bjørn Henning. “Rettstryggleik ved tvangsingrep mot barn”, Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål, Vol. 12, Utg.4, 30. mars 2016

Østenstad, Bjørn Henning. “Forholdsmessighetsvurderinga ved fleire tvangstiltak overfor same person” i *Menneskerettigheter i helse- og omsorgstjenesten*, Aasen, Henriette Sinding og Bahun, Marianne Klungland (Red.). Universitetsforlaget 2022

Rapporter

A/HRC/28/68: United Nations, Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, 5 March 2015

A/HRC/38/36: UN Human Right Council. Report of the Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health, Note by the Secretariat, 10 April 2018.

CPT/Inf (2007) 28: European Committee for the Spanish Government on the visit to Spain carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Strasbourg 10 July 2007. [1680697e8c \(coe.int\)](#)

CPT/Inf (2008) 25: European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment. 18th Report on the CPT's activities, Strasbourg 18 September 2008. [18th General Report on the CPT's activities \(coe.int\)](#)

CPT/Inf (2009) 30: Report to the Government of The United Kingdom on the visit to the United Kingdom carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Strasbourg 8 December 2009. [1680698700 \(coe.int\)](#)

CPT/Inf (2011) 3: Report to the Government of Ireland on the visit to Ireland carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Strasbourg 10 February 2011. [1680696c98 \(coe.int\)](#)

CPT/Inf (2015) 1-part rev1: Juveniles deprived of their liberty under criminal legislation. Extract from the 24th General Report of the CPT, published in 2015.

CPT/Inf (2019) 1: Report to the Norwegian Government on the visit to Norway carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT), Strasbourg 17 January 2019. [1680909713 \(coe.int\)](#)

CPT/Inf (2020) 18: Report to the United Kingdom Government on the visit to the United Kingdom carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT), Strasbourg 30 April 2020. [16809e4404 \(coe.int\)](#)

CPT/Inf (2021) 8: Report to the authorities of North Macedonia on the visit to North Macedonia carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT), Strasbourg 11 May 2021. [1680a26b8f \(coe.int\)](#)

CPT/Inf (2021) 27: Report to the Spanish Government on the visit to Spain carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT), Strasbourg 9 November 2021. [1680a47a76 \(coe.int\)](#)

Helsetilsynet. *Gjennomgang av barnevernets oppfølging av de to jentene som var plassert på Vestlundveien ungdomssenter og som senere døde.* 28.01.2020.

<https://www.helsetilsynet.no/publikasjoner/andre-publikasjoner/gjennomgang-av-barnevernets-oppfolging-av-de-to-jentene-som-var-plassert-pa-vestlundveien-ungdomssenter-og-som-senere-dode/>

Liv Finstad, mfl. “Politikorrupsjon - lederskap, risikokjennelse og læring”. Rapport fra evalueringsutvalget etter Borgarting Lagmannsretts dom av 19. juni 2020. Oslo 26. mai 2021. [politikorrupsjon-lederskap-risikoerkjennelse-og-laering.pdf](#)

Rapporter fra Sivilombudets forebyggingsenhet: [Besøk og besøksrapporter - Sivilombudet](#)

Redd barna. “Internett et stort mørkt rom - Håndtering av risiko for seksuell utnytting over internett på barnevernsinstitusjon”. Oslo: 2020.

<https://resourcecentre.savethechildren.net/document/internett-er-et-stort-morkt-rom-handtering-av-risiko-seksuell-utnytting-over-internett-pa/>.

Sivilombudets forebyggingsenhet. *Besøksrapport Akershus ungdoms- og familiesenter, avdeling Sole*. 15.02.2017. [Avdeling-Sole-besøksrapport-2016.pdf \(sivilombudet.no\)](#)

Sivilombudets forebyggingsenhet. *Besøksrapport Klokkegårdenkollektivet*. 07.11.2017. [Besøksrapport-Klokkegårdenkollektivet.pdf \(sivilombudet.no\)](#)

Sivilombudsmannen. *Skjerming i psykisk helsevern – risiko for umenneskelig behandling*. Temarapport 2018. [Temarapport-2018_Skjerming-i-psykisk-helsevern.pdf \(sivilombudet.no\)](#)

Nyhetsartikler

NRK. “Rett til å ruse seg til døde” NRK, 10.04.2023. [Rett til å ruse seg til døde – Ytring \(nrk.no\)](#)

Aftenposten. Elisabeth Sørle. “Barnevernet skal gi ungdommer behandling, ikke beskytte samfunnet fra dem”, 25. mai 2023. [Barnevernet skal gi ungdommer behandling, ikke beskytte samfunnet fra dem \(aftenposten.no\)](#)

Aftenposten. Inga Bejer Engh. “Barneombudet: - Å sperre ungdom inne får ikke ned ungdomskriminaliteten”, 9. mai 2019. [Barneombudet: – Å sperre ungdom inne får ikke ned ungdomskriminaliteten \(aftenposten.no\)](#)

Tabeller diverse søk

Tabeller

Navn	Sammendrag	Varighet	Brudd på	Ikke brudd på	Funn i hudoc søkeord
Case of Blokhin v. Russia (2016)	Gutt ble flyttet til ungdomsfengsel pga mistanke om kriminalitet. Artikkel 5 (1) d-plassering med formål om adferdskorrigerings omfattet ikke, educational purposes må være hovedformålet. Artikkel 3- ikke sikret helsehjelp, ADHD lidelse, innleggelse på psykiatrisk sykehus i etterkant.	30 dager	Artikkel 5 (1) d Artikkel 3	Artikkel 8	EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav d
Bouamar v. Belgium (1988)	Barn ni ganger fengslet i fengsel fordi det ikke var mulighet for myndighetene å	9 ganger i opptil 15 dager.	Artikkel 5 (1) d	Artikkel 3 og 8.	Art. 5 (1) d.

	finne en annen institusjon for ham pga atferd. Holdt isolert uten kontakt med personale med pedagogisk utdannelse. Art. 5 nr. 1 bokstav d innebærer krav om egnet institusjon. Midlertidig plassering må “be speedily followed by” plassering på slik institusjon. Avsnitt 50-53. FORMÅLET				
D.G v. Ireland (1998)	Barn plassert i ungdomsfengsel (kriminalitet/atferd) Pønal institusjon med disiplinært regime, brudd på artikkel 5 nr. 1 bokstav d fordi det ikke var en egnet institusjon (ikke noe sted i Irland, så	Ca. 1 mnd.	Art. 5 (1) d	Art. 3 og 8	Art. 5 (1) d.

	kunne heller ikke anses som midlertidig forvaring)				
Nielsen v. Danmark (1988)	12 år gammel gutt som ble innlagt på psykiatrisk sykehus etter beslutning fra mor som var den eneste med foreldreansvaret (innleggelse i strid med fars ønske). Mulig pga adferdsproblemer ved at gutten flyktet med sin far. Kom til at artikkel 5 ikke kom til anvendelse pga mors rettmessige utøvelse av sitt foreldreansvar jf. avsnitt 63-73.	5,5 mnd.	X	Art. 3,5, 8 Dissens 9-7.	Key words: Deprivation AND liberty AND minor Complaints: 5-1-d
D.L. v. Bulgaria (2016)	Jente (14 år) plassert på “correctional boarding school” (i etterkant av plassering på åpent krisesenter) pga	ca. 1 år og 9 mnd. (muligens lengre)	Art. 8.	Art. 5 (1) d (fordi vurdert som proporsjonal t fordi prøvd	Art. 5 (1) d.

	atferd (rømningsforsøk + fare for prostitusjon). Ikke brudd på art. 5 (1) d, fordi i henhold til “educational purposes”	(lengde problematisert særlig av mindretallet, ikke satt en sluttdato for oppholdet i det hele tatt)		mange andre løsninger) (Dissens 6-1)	
P and S v. Poland (2012)	14 år gammel jente plassert på ungdomshjem for å forhindre abort. Formål etter art. 5 (1) d = må være forhold mellom grunnlag for frihetsberøvelse som påberopes og vilkårene for forvaring.	10 dager	Art. 5 (1) d, art. 3, 8	X	Art. 5 (1) d.
Gabrowski v. Poland	En 17 år gammel gutt ble plassert i et ungdomshjem etter rettens beslutning, som følge av kriminalitet og atferdsvansker.	8 mnd.	Artikkel 5 (1) d	Ikke anført	Art. 5 (1) d

	Beslutningen gikk ut på at gutten skulle bli her i 3 måneder, men fortsatt opphold på institusjonen uten beslutning fra retten og uten lovhjemmel, var i strid med kravet om hjemmel i lov etter artikkel 5 (1) d.				
Blyudik v. Russia (2019)	Jente ble plassert i lukket utdanningsinstitusjon for mindreårige etter beslutning fra tingretten som følge av atferdsproblemer. Beslutningen gikk ut på at hun skulle være her i 2 år og fem måneder. Frihetsberøvelsen ikke hjemlet i loven, derfor brudd på EMK art. 5 nr. 1 d.	Ca. 7 mnd.	Artikkel 5 og 8. Brudd på art. 5 blir konstatert, uten nærmere begrunnelse om lengde mv. Rett til korrespondanse mv. ikke behandlet av retten.	Ikke anført	Art. 5 (1) d

	Brudd på artikkel 8 fordi plasseringen ikke var hjemlet.				
Koniarska v. The United Kingdom (2000)	Saken dreide seg om en 17 år gammel jente som ble plassert på en høysikkerhetsinstitusjon som følge av en beslutning fra domstolen pga atferd. EMD kom i denne saken til at det ikke forelå brudd på EMK art. 5 nr. 1 bokstav d, fordi institusjonen var et spesialbotilbud for ungdom med alvorlige problemer. På institusjonen ble det tilbudt et bredt spekter av utdanningsprogram og kurs, og domstolen fant at jenta hadde hatt nytte av dette tilbudet til en viss grad.	Litt over 5 mnd.	X	Art. 5 (1) + 8 Art. 8: Myndighetene overtatt omsorgsansvaret etter samtykke fra foreldrene.	X

Guzzard i v. Italia (1980)	Voksen mann plassert i varetekt i 2 år pga dom for mafiavirksomhet, for så å bli flyttet til en øy når 2 år var gått. EMD uttaler at tiltak må ses i sammenheng for å avgjøre om artikkel 5 kommer til anvendelse. Bestemmelsen kom til anvendelse i denne saken, til tross for at fengselsoppholdet lignet et åpent fengsel.	16 mnd.	Art. 5 (1) (fordi unntakene ikke kom til anvendelse på disse sakene.	Art. 3, art. 8 (kone og sønn bodde med ham på øya i 14 av de 16 mnd han var der, årsaken til 2 mnd avvik var fordi han hadde glemt å sende inn ny søknad for fornyelse)	“Deprivation of liberty” AND “open prison”
De Tomasi v. Italia (2017)	Pålagt særlig oppfølging fra politiet og husarrest i to år, pga kriminalitet. Pålagt ukentlig rapportering til politiet, å bli boende i Casamassima og ikke endre bosted, å	2 år	TP4 art. 2 (bevegelsesfrihet)	Art. 5 ikke anvendelig	X

	leve et ærlig og lovlydig liv, ikke å forlate hjemmet mellom kl. 22.00 og 06.00, ikke å bære våpen og ikke å benytte mobiltelefoner eller annet telekommunikasjon utstyr. Anførsel om at oppfølging fra politiet og husarrest var i strid med art. 5				
D.D v. Litauen (2012)	En kvinne med store psykiske problemer, i form av schizofreni, ble innlagt på institusjon etter ønske fra vergen. På institusjonen ble hun overvåket og utsatt for tvang. Hun hadde aldri samtykket til denne frihetsberøvelsen.	Over 7 år	Art. 5 nr. 4	Art. 5 (1) e (ansett som "lawful")	"Deprivation of liberty"
	En kjent politiker, ble pågrepet i sitt	X	X	Art. 5 og 13	"Deprivation of liberty"

Korban v. Ukraina (2019)	hjem. Fristen for pågrepelse uten rettslig avgjørelse gikk ut. Søkeren ble løslatt. Han ble imidlertid arrestert på nytt to minutter senere. Søkeren klaget blant annet over at disse arrestasjonene hadde vært ulovlige og vilkårlige.				AND “open prison”
Stanev v Bulgaria (2012)	Mann som var delvis umyndiggjort som følge av schizofreni. Mannen ble innskrevet på psykiatrisk pleiehjem av sin verge uten å samtykke. Etter hvert ble institusjonens direktør vergen til klageren.	Ca. 8 år (NB se rettens bemerkelse i avsnitt 129).	Art. 5 (1), art. 3	Ikke separat problem etter art. 8 sett i sammenheng med brudd på art. 3, 5, 6 og 13	EMK art. 5 (1) e + “minor”
HM mot Sveits (2002)	Eldre kvinne hadde samtykket til å bli	X	X	Ikke brudd på art. 5, ikke regnet	Art. 5 (1) bokstav e.

	plassert i et pleiehjem for å sikre medisinsk hjelp og tilfredsstillende boforhold mv. I saken kom retten til at dette ikke kunne sies å være en frihetsberøvelse som falt inn under artikkel 5, som følge av kvinnens samtykke og gjentatte uttalelser om at hun var villig til å bo her, selv uker etter at hun var innlagt			som frihetsberøvelse pga. samtykke og fordi dette var et tiltak gjort av myndighetene for å ivareta kvinnens egen interesse.	
Reist v. Switzerl and (2020)	Selve dommen er kun tilgjengelig på hudoc på fransk og tysk. Har lagt til sammendrag under dommer i art. 5. Mindreårig midlertidig plassert i en “open facility”. Spørsmålet var om frihetsberøvelsen var i tråd med bokstav a, ved at	3 måneder	X	Ikke brudd på art. 5, fordi art. 5 (1) a var oppfylt.	Art. 5 (1) d

	den var basert på en “conviction”.				
Vavříčk a and Others v. the Czech Republi c	Spørsmålet i saken var om det var brudd på art. 8 å pålegge foreldre en bot for ikke å følge den pålagte vaksinasjonen av barna sine. Spørsmål også om det var brudd på art. 8 at disse barna ble utvist fra førskolen pga manglende vaksinasjon	X	X	Ikke brudd på art. 8 nr. 2 fordi oppfylte kravene her.	Art. 8 + “minor”
Maslov v. Austria	Saken dreide seg om et barn som ble utvist av landet ved fylte 18 år, på bakgrunn av en rekke kriminelle handlinger han hadde gjort som barn.	X	Brudd på art. 8.	X	Art. 8 + “minor”
Söderm an v. Sweden	Saken dreide seg om en 14 år gammel jente som ble filmet av stefaren når hun var på badet.	X	Brudd på art. 8 (6-1)	X	Art. 8 + “minor”

	Retten anså det klart at filmingen var et brudd på hennes rett til “personal integrity”, og spørsmålet i saken var om Sverige hadde sikret en effektiv beskyttelse av jentas rettigheter ved å tilstrekkelig klare lovbestemmelser for kriminalisering av slike typer handlinger.				
Darboe and Camara v. Italy	Manglende oppfølging og sikring av privatlivet til en enslig asylsøker som i tillegg var et barn. Barnet ble plassert på asylsenter sammen med voksne.	X	Brudd på art. 8	X	EMK art. 8 + restrictions AND minor
Neuling er and Shuruk v.	Far krevde barnet sitt returnert til Israel, selv om barnet var sveitsisk statsborger. Fordi	X	Brudd på art. 8	X	EMK art. 8 + restrictions AND child

Switzerl and	moren hadde flyktet med barnet til Sveits, for å unngå at gutten ble inkorporert i et ortodokst samfunn. Begge foreldrene hadde foreldreansvar. Sveitsisk rett hadde besluttet at gutten skulle returneres til Israel.				
Strand Lobben mfl. v. Norway (2013)	Mor ble fratatt foreldreansvar og at det ble gitt samtykke til adopsjon. Brudd fordi norsk rett ikke hadde vurdert omstendighetene i saken på en ordentlig måte. Tar for seg de prosessuelle sidene ved art. 8, jf. Prop. 133 L (2020-2021) punkt 20.7.1.1.	X	Brudd på art. 8. Retten kom til at fratakelse av foreldreansvaret og adopsjon ikke var i tråd med “necessary in a democratic society”.	X	

Z and others v. The United Kingdom (2001)	Saken dreide seg om fire søsken som ble utsatt for psykisk og fysisk mishandling av sine foreldre. Retten kom til at det forelå brudd på art. 3 fordi myndighetene ikke hadde beskyttet dem mot inhuman og nedverdiggende behandling.	X	Brudd på art. 3 og art. 6.	Ikke brudd på art. 8 fordi det ikke reiste seg noen tilleggsproblemer etter denne bestemmelsen.	Funnet via sivilombudsmannens rapport for avdeling Sole i 2016

Negative funn:

Søkeord HUDOC
EMK art. 5-1-e + “child”
EMK art. 5-1-e + “best interest of the child”
EMK art. 5-1-e + “the child’s best interest”
EMK art. 5-1-d + art. 5-1-e
EMK art. 5-1-d + “consent” (fikk opp allerede dommer som allerede er funnet via andre søkeord)
“Personal autonomy” AND “child”
EMK art. 8 + “personal autonomy of children”
EMK art. 8 + “personal autonomy of a minor”

BK art. 37 an og b + art. 16

Land/dato	Sammendrag	Avgjørelse
S.T.P v. France Sendt inn som klage: 10.11.2020 Avgjort: 08.02.2022 Artikkel klagd inn: bla. CRC 37 bokstav a	Saken dreide seg om en gutt med autisme, som ble plassert i en spesialisert institusjon i 2020 etter en kjennelse fra den franske domstolen. Årsaken til plasseringen var at gutten hadde utviklingsproblemer og var tydelig påvirket av mors forventninger, og at mor hindret barnevernets arbeid (blant annet med å skape en bedre relasjon med faren). Den 15. juli 2021 kom den franske domstolen til at plasseringen i den spesialiserte institusjonen skulle avsluttes. Dommeren vurderte at plasseringen ikke hadde ført til bedre kontakt mellom barnet og faren, samt at tiltaket ble ansett å være kontraproduktivt for barnet som krevde kontinuerlig støtte og særlig oppmerksomhet og omsorg. Den 20.juli og 7. oktober bekreftet mor at sønnen hadde blitt tilbakeført til henne.	Avslutningsvedtak (Discontinuance decision)
M.K.A.H v. Switzerland Sendt inn som klage: 27.08.2019	Saken dreide seg om en statsløs gutt, som moren flyktet til Bulgaria sammen med som følge av væpnet konflikt i Syria.	Retten kom til at staten måtte foreta en ny vurdering søknaden om asyl, da en retur av mor og barn til Bulgaria ville utgjøre brudd på blant

Avgjort: 22.09.2021 Artikler klagd inn: bla. CRC 37 og CRC 16	I flyktningleiren ble mor og barn utsatt for nedverdiggende behandling og fremmedfiendtlige utsagn. Barnet fikk heller ikke muligheten til å gå på skole mens de befant seg her. Derfor reiste mor og barn til Sveits, der de hadde familie. Søknaden om asyl i Sveits ble avslått som følge av at mor og barn hadde fått midlertidig beskyttelse i Bulgaria, og Sveits anmodet om deres retur hit.	annet art. 16 og 37. Komiteen kom til at fakta i saken tilsa at det forelå brudd på art. 3 og 12 når det gjaldt behandlingen av mor og barn i flyktningleiren i Bulgaria. (Adoption of views)
M.W v. Germany Sendt inn som klage: 18.01.2019 Avgjort: 31.05.2021 Artikler klagd inn: bla. art. 16	Saken gjaldt manglende håndheving av samvær mellom far og datter. Faren klagde inn saken og hevdet blant annet at hans tilstedeværelse i barnets liv ville bidra til barnets beskyttelse og utvikling, jf. BK art. 16 og 9. Han hevdet at mor, ved ikke å muliggjøre samværet, foretok en vilkårlig innblanding i barnets rett til familieliv. Komiteen la avgjørende vekt på at datteren helt siden februar 2018 gjentatte ganger hadde sagt at hun ikke ønsker å ha kontakt med sin far. Da datteren nå var 13 år, måtte hennes syn på saken tillegges stor vekt. I saken var det også spørsmål om det kunne tillates med ytterligere undersøkelse i saken, ved at far kan	Avvisningskjennelse (Inadmissability decision)

	handle på datters vegne, selv om datteren ikke har samtykket til dette. Komiteen kom til at det med rimelighet kunne antas at datteren ikke hadde samtykket til at faren hadde sendt inn klagen på hennes vegne, saken ble derfor avvist.	
D.R v. Switzerland Sendt inn som klage: 15.05.2019 Avgjort: 31.05.2021 Artikkel: CRC 37 bokstav a	Saken gjaldt en familie som fikk avslag på søknad om asyl i Sveits. Barnet hadde en medfødt diagnose, og foreldrene hevdet at barnet ville lide uopprettelig skade ved en deportasjon til Sri Lanka. Komiteen kom til at Sri Lanka også hadde tilgjengelig behandling for barnet, og at det ikke forelå brudd på CRC i denne saken.	Kom til at det ikke forelå brudd. (Adoption of views)
R.S v. Spain Sendt inn som klage: 28.02.2019 Avgjort: 04.02.2021 Artikkel: art. 16	Fastsettelse av alderen på en enslig migrant som kunne være en mindreårig. Komiteen fant det bevist at klager var barn på tidspunktet da hun søkte om asyl i Spania Komiteen fant at den aldersbestemmelsesprosedyren som klageren gjennomgikk, ikke var ledsaget av de garantier som var nødvendige for å beskytte hennes rettigheter etter konvensjonen. I dette tilfellet – særlig i lys av undersøkelsen som ble brukt til å fastslå forfatterens alder og fraværet av en representant til å bistå henne i denne	Kom til at det forelå brudd og at klager skulle gis erstatning. (Adoption of views)

	prosessen – fant komiteen at barnets beste ikke var et hovedhensyn i aldersbestemmelsesprosedyren og at prosedyren, siden hun var utsatt for seksuelle overgrep, innebar en ulovlig innblanding, i strid med artikkel 3, 12 og 16 i konvensjonen.	
A.B v. Finland Sendt inn som klage: 27.06.2018 Avgjort: 04.02.2021 Artikkel: CRC art. 16	Saken dreide seg om en familie som søkte om asyl i Finland, på bakgrunn av diskriminering og risiko for forfølgelse i Russland som følge av foreldrenes legning. Barnet hadde blitt utsatt for mobbing og diskriminering i barnehagen fordi han hadde lesbiske foreldre. Finland avslo søknaden om asyl. Komiteen kom til at det ikke var sannsynliggjort at det forelå brudd på art. 16, men kom til at det forelå brudd på art. 3, 19 og 22 i BK. A.B ble derfor tilkjent erstatning.	(Adoption of views)
M.A.A v. Spain Sendt inn som klage: 05.10.2015 Avgjort: 30.09.2016 Artikkel: 16	Saken dreide seg om en tante som hadde blitt forhindret fra å ha kontakt med sin niese. Komiteen kom til at det ikke var sannsynliggjort at det forelå brudd etter konvensjonen	Inadmissability decision
S.C.S v. France	Saken dreide seg om en utkastelse av en familie fra en romleir i Frankrike. Klagen gikk blant annet ut på at datteren	Inadmissability decision

Sendt inn som klage: 05.01.2017 Avgjort: 25.01.2018 Artikkel: 37 bokstav a	ikke lenger hadde mulighet til å gå på skolen, da utkastelsen førte til at hun ikke lenger hadde noen til å kjøre henne til skolen. Videre hevdet mor at familien nå bodde uten vann, strøm eller toalett som en følge av utkastelsen fra leiren. Klagen ble avvist som følge av at de faktiske forholdene fant sted før den valgfrie tilleggsprotokollen trådte i kraft i Frankrike.	
J.S.H.R v. Spain Sendt inn som klage: 20.09.2016 Avgjort: 15.05.2019 Artikkel: 16	Saken dreide seg om klagers ekskone som flyttet med deres to barn fra Sveits til Spania uten farens samtykke. Faren saksøkte mor, og krevde at barna skulle flyttes tilbake til Sveits. Ankeinstansen i Spania konkluderte med at siden mor hadde foreldreansvaret for barna, forelå det ikke noe rettslig grunnlag for å kreve at barna ble flyttet tilbake til Sveits. I denne saken bemerker komiteen at forfatterens påstander om den påståtte bortføringen av barna hans og mangelen på kontakt med dem ble gjenstand for en detaljert analyse av de spanske domstolene. Utvalget mener at forfatteren ikke har påvist at den	Inadmissability decision

	rettslige undersøkelsen av fakta og bevis ved de ulike domstolene var åpenbart vilkårlig eller utgjorde en rettsnektelse.	
D.N. v. Switzerland Sendt inn som klage: 22.11.2018 Avgjort: 31.05.2019 Artikkel: 16	Saken dreide seg om familiegjenforening mellom barn og far. Barna og mor hadde fått innvilget asylsøknadene sine i Sveits, mens fars søknad om asyl ble avvist. Barna hevdet at dette utgjorde et brudd på deres rettigheter etter bla. artikkel 16 i konvensjonen. Den 23. februar 2019 informerte klagerne komiteen om at deres far hadde fått oppholdstillatelse i Sveits	Avslutningsvedtak (Discontinuance decision)
MH v. Finland Sendt inn som klage: 29.03.2017 Avgjort: 03.02.2020 Artikkel: 16	Saken dreide seg om en gutt som ble omskåret uten at moren visste om dette eller hadde samtykket til inngrepet. Faren kun ble dømt til å betale en mindre bot, og legen unngikk domfellelse. Klagen ble avvist som følge av at de faktiske forholdene fant sted før den valgfrie tilleggsprotokollen trådte i kraft i Finland.	Inadmissability decision
EHRS v. Argentina Sendt inn som klage: 05.07.2019	Saken dreide seg om et utvisningsvedtak mot en kvinne, som i påvente av definitiv avgjørelse hadde født tre barn. Den 13.juni 2020 opplyste klagerne om at mor nå var blitt gitt oppholdstillatelse	Avslutningsvedtak (Discontinuance decision)

Avgjort: 28.10.2020 Artikkel: 16	i landet og at utvisningsvedtaket hadde blitt suspendert.	
JA v. Switzerland Sendt inn som klage: 03.08.2018 Avgjort: 28.09.2020 Artikkel: 16 og 37 bokstav a	Saken dreide seg om et utvisningsvedtak mot og to barn til Nigeria. Klagen ble avvist som følge av at de faktiske forholdene fant sted før den valgfrie tilleggsprotokollen trådte i kraft i Sveits.	Inadmissability decision
JJ v. Finland Sendt inn som klage: 28.05.2019 Avgjort: 28.09.2020 Artikkel: 16	Saken dreide seg om en mann som hadde søkt om oppholdstillatelse i 2017 basert på at han var gift med en finsk statsborger. Søknaden om oppholdstillatelse ble avvist av samtlige instanser i Finland. Saken ble avsluttet som følge av at far hadde sendt inn en ny søknad om oppholdstillatelse basert på hans farskap til JJ i 2019. I 2019 hadde far blitt innvilget midlertidig oppholdstillatelse med mulighet for fornyelse, derfor ble saken avsluttet.	Avslutningsvedtak (Discontinuance decision)
RN v. Finland Sendt inn som klage: 15.08.2019	Mor sendte inn en klage som en følge av at finske domstoler hadde truffet kjennelse om at deres felles barn skulle bo hos far. Mor hevdet at finske myndigheter hadde ignorert hennes uttalelser om at far var voldelig og	Inadmissability decision

Avgjort: 28.09.2020 Artikkel: 16 og 37 bokstav a	manipulerende, samt at de la for stor vekt på barnets eget ønske når barnet egentlig var manipulert av far til å ønske å bo hos ham. Til støtte for dette viste hun blant annet til at barnet, etter å ha bodd hos far i ca. 1 år, begynte å utagere så kraftig på skolen at barnevernstjenesten besluttet å flytte barnet til et familiestøttesenter i 2 måneder før han ble returnert til far igjen. Mor hevdet også at far stadig brøt samværsavtalen, og nektet å levere barnet når han skulle dette, uten at dette ble tatt tak i av barnevernet. Komiteen bemerket at mor hadde anledning til å klage på barnets vegne, selv om det ikke forelå noe samtykke fra barnet selv. Dette var fordi mor hadde delt foreldreansvar og at det ikke var noen indikasjoner på at klagen var klart i strid med barnets beste. Komiteen viste til at klager ikke hadde bevist at de finske myndigheters vurdering av faktum og bevis, herunder barnets beste og barnets ønsker, ikke var klart vilkårlig eller innebar en fornektelse av rettferdighet. Komiteen avviste derfor saken ut fra at klagen var åpenbart dårlig begrunnet.	
---	--	--

UG v. Belgium Sendt inn som klage: 24.06.2017 Avgjort: 28.09.2020 Artikkel: 37 bokstav b og 16	Saken dreide seg om E.S. som kom til Belgia da hun var 14 år i 2013, som følge av at hun hadde giftet seg. E.S hadde adferdsvansker og stjal fra sine svigerforeldre. I 2016 ble E.S midlertidig plassert i en institusjon for ungdom, og ble da skilt fra datteren som ble født året før. I 2016 ble E.S dømt for tyveri, og ble gitt 36 måneder i fengsel i ungdomsinstitusjonen. Saken ble avvist som følge av at E.S ikke hadde samtykket til klagen, det var tidligere verge som klagde på hennes vegne, og fordi hun nå var myndig og hadde forlatt Belgia sammen med sin datter.	Inadmissability decision
--	---	---------------------------------

JUSSFORSK

@jussforsk.no

