

Irregulære barns helserettigheter – i lys av norsk rett og FNs barnekonvensjon

Regine Karlsen



Uni Rokkansenteret, Stein Rokkan senter for flerfaglige samfunnsstudier, har en todelt publikasjonsserie. Publikasjonsserien redigeres av et redaksjonsråd bestående av forskningsdirektør og forskningsledere.

I rapportserien publiseres ferdige vitenskapelige arbeider, for eksempel sluttrapporter fra forskningsprosjekter. Manuskriptene er vurdert av redaksjonsrådet eller en fagfelle oppnevnt av redaksjonsrådet.

Det som utgis som notater er arbeidsnotater, foredrag og seminarinnlegg. Disse godkjennes av prosjektleder før publisering.

ISBN 978-82-8095-084-0
ISSN 1892-8366

Uni Rokkansenteret
Nygårdsgaten 5
5015 Bergen
Tlf. 55 58 97 10
Fax 55 58 97 11
E-post: rokkansenteret@uni.no
<http://rokkan.uni.no/>

Irregulære barns helserettigheter - i lys av norsk rett og FNs barnekonvensjon

REGINE KARLSEN

STEIN ROKKAN SENTER FOR FLERFAGLIGE SAMFUNNSSTUDIER

UNI RESEARCH AS, BERGEN

APRIL 2012

Rapport 7 - 2012

Innhold

FORORD	3
SAMMENDRAG	4
1 INNLEDNING	5
1.1 Problemstilling og aktualitet	5
1.2 Hensyn	6
1.3 Definisjoner	7
1.4 Forholdet til voksne og gravide	7
1.5 Fremstillingen videre	7
2 RETTSKILDER OG METODE	8
2.1 Internasjonale rettskilder	8
2.2 Nasjonale rettskilder	9
2.2.1 Norsk rett	9
2.2.2 Betydning av BK og ØSK i norsk rett	9
3 RETTEN TIL HØYEST OPPNÅELIG HELSESTANDARD ETTER BK OG ØSK	11
4 KOMMUNEHELSE TJENESTE OG SPESIALISTHELSE TJENESTE	12
4.1 Innledning	12
4.2 Rettstilstanden før juni 2011	13
4.2.1 Helsehjelp fra kommunehelsetjenesten	13
4.2.2 Helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten	13
4.2.3 Oppsummering	14
4.3 Rettstilstanden etter juni 2011	14
4.4 Rettskildesituasjonen etter at samhandlingsreformen trådte i kraft januar 2012	15
4.5 Voksne sin tilgang til kommunehelsetjeneste og spesialisthelsetjeneste	16
4.6 Barn sin tilgang til kommunehelsetjeneste og spesialisthelsetjeneste	16
4.6.1 Innledning	16
4.6.2 Når «hensynet til barnet» tilsier at helsehjelp ikke skal ytes	17
4.6.3 Forskriftens forarbeider om «hensynet til barnet»	17
4.6.4 Utreisevurderingen i forbindelse med igangsetting av behandling	19
4.6.5 Ulike tilfeller av helsehjelp	21
4.7 En vurdering av § 4 og «hensynet til barnet» i forhold til BK	25
4.8 Tilgang til fastlege for irregulære barn	27
4.9 Finnes det et øvre tak for hva Norge er forpliktet til å yte av helsetjenester etter BK?	29
4.10 Gravide sin tilgang til kommunehelsetjeneste og spesialisthelsetjeneste	34
4.11 Oppsummering	35
5 PROSESSUELLE KRAV TIL HELSEVEDTAKET OVERFOR IRREGULÆRE BARN	35
5.1 Innledning	35
5.2 Forholdsmessighet ved uttransportering	36
5.3 Forskriftens funksjon overfor helsepersonell	40
5.4 Domstolenes overprøving av helsevedtaket	41

5.5 Er helsepersonellet bundet av en utredningsplikt?.....	44
5.5.1 Innledning	44
5.5.2 Kravet til forsvarlig saksbehandling.....	44
5.6 Utredningspliktens innhold og omfang	48
5.6.1 Generelle betraktninger rundt undersøkelsesprinsippets rekkevidde.....	48
5.6.2 Plikt til å påse at barnet legger frem opplysninger og barnets uttalerett	49
5.6.3 Informasjon fra UDI	52
5.6.4 Informasjon fra andre institusjoner som barnet er tilknyttet, herunder skole, PP-tjeneste og asylmottak	55
5.6.5 Politiske signaler som kan påvirke barns returmøjligheter generelt.....	58
5.6.6 Omfatter undersøkelsesplikten å utforske behandlingsmøjligheter i barnets hjemland?	59
5.6.7 Avslutning	59
5.7 Bevisbyrden	60
5.8 Sannsynlighetskravet til helsevedtaket	61
5.8.1 Innledning	61
5.8.2 Beviskravet i forvaltningsretten.....	63
5.8.3 Beviskravet for helsevedtaket	63
6 FINANSIERING OG BETALING FOR HELSETJENESTER	66
6.1 Innledning.....	66
6.2 Hensyn	67
6.3 Voksne.....	67
6.4 Gravide.....	70
6.5 Barn	70
6.6 Avslutning.....	71
7 TANNHELSETJENESTE	72
7.1 Innledning.....	72
7.2 Hovedregel.....	72
7.3 Rettskildemessig oversikt.....	73
7.4 Irregulære sin tilgang til tannhelsetjeneste	73
7.5 Avsluttende diskusjoner.....	74
8 AVSLUTTENDE REFLEKSJONER OG OPPSUMMERING	75
LITTERATUR	76

Forord

Jeg vil benytte dette forordet til å takke dem har bidratt til å gjøre masteroppgaven til en lærerik og spennende prosess.

En spesiell takk rettes til Karl Harald Søvig, for god veiledning av oppgaven og mange oppmuntrende ord underveis.

Jeg vil òg takke alle i PROVIR. Jeg har høstet mye inspirasjon fra prosjektmøtene og jeg har satt stor pris på at jeg fikk muligheten til å presentere oppgaven min for dere. Takk for alle tilbakemeldinger.

Bergen, mai 2012

Regine Karlsen

Sammendrag

Spørsmålet for oppgaven er irregulære barns helserettigheter i lys av norsk rett og FNs barnekonvensjon. Problemstillingen er svært aktuell, og irregulæres rettigheter er gjennom media blitt satt stor fokus på de siste årene. Det er estimert at det til enhver tid er omtrent 18 000 personer som oppholder seg ulovlig i Norge, hvor mange som er barn vites ikke. Antallet er høyt, og det er behov til å se på hvilke rettigheter som møter denne gruppen barn innen helse.

Utgangspunktet er at staten selv, i kraft av å være en suveren stat, kan avskjære helsetjenester til irregulære som oppholder seg i Norge slik den selv ønsker. For å fremme innvandringspolitiske mål, har regjeringen gitt personer uten lovlig opphold et minimum av helserettigheter, og bruker dette som et virkemiddel og sanksjonsmiddel for at vedkommende skal forlate landet. På den annen side vil barn ofte ha behov for helsehjelp på et tidspunkt, og ut fra humane og nødrettslige betraktninger vil staten være forpliktet til å yte slik hjelp. I tillegg er staten bundet av internasjonale instrumenter, herunder FNs Barnekonvensjon, som sikrer barn tilnærmet fullgod tilgang til helsehjelp.

I 2011 vedtok regjeringen en forskrift om tjenester til personer uten fast opphold i Norge. Bakgrunnen for forskriften var en rekke henvendelser og kritikk om et lite samlet og entydig regelverk. Nå er irregulære barns helserettigheter regulert i forskriften § 4, hvor barn har rett til helsehjelp, med mindre hensynet til barnet tilsier at slik hjelp ikke skal ytes. Voksne er gitt rett til øyeblikkelig hjelp, og hjelp som ikke kan vente. Fremstillingen tar sikte på en tolkning av forskriften § 4. I tillegg belyser oppgaven hvilke problemstillinger og utfordringer som reiser seg når helsevedtak skal treffes overfor irregulære barn.

1 Innledning

1.1 Problemstilling og aktualitet

Oppgavens problemstilling er hvilke helserettigheter irregulære barn har etter norsk rett og FNs barnekonvensjon (heretter BK).¹

Terminologien irregulære immigranter og irregulære barn er benyttet fordi den er mindre stigmatiserende enn *papirløs* og *illegal*. Det er den terminologien som i stor grad blir benyttet i nyere juridisk litteratur og jeg tilslutter meg bruken.² Det er ikke gjort noen utførlige undersøkelser av hvor mange barn som oppholder seg ulovlig i Norge, og det lar seg vanskelig undersøke. Statistisk sentralbyrå anslø i 2008 at det var omtrent 18000 personer i Norge uten lovlig oppholdsgrunnlag.³

De siste årene har det vært et økt fokus rundt gruppen irregulære immigranter i samfunnet, og diskusjonen rundt hvilke rettigheter de har i Norge.⁴ Media har den siste tiden hatt mange oppslag i forbindelse med regjeringens utsendelsespolitikk. Mange barn som har oppholdt seg ulovlig i Norge i mer enn tre år, såkalte «lengværende barn», skal nå returneres. Det har òg vært en del politisk aktivisme fra ulike grupper av irregulære. Blant annet kan nevnes gruppen irregulære etiopiere som sultestreiket i Oslo Domkirke våren 2011. Temaet har i tillegg fått økt fokus blant migrasjonsforskere innen ulike felt.

På oppfordring fra helsepersonell og irregulære selv, foretok Helsedepartementet en gjennomgang av gjeldende rett på helseområdet. I juni 2011 vedtok departementet en ny bestemmelse til prioriteringsforskriften § 1, gitt med hjemmel i pasient- og brukerrettighetsloven (pasrl.).⁵ Formålet var en klargjøring av hvilke helserettigheter irregulære barn og voksne har i Norge. Den nye forskriften er bakgrunnen for hvorfor jeg valgte barns helserettigheter som tema for avhandlingen.

I januar 2012 trådte samhandlingsreformen i kraft, og prioriteringsforskriften § 1 ble opphevet og erstattet med en ny forskrift om helsetjenester til personer med ulovlig opphold.⁶ Forskriften gir irregulære barn tilnærmet lik tilgang til helsetjenester som

¹ FNs konvensjon om barns rettigheter av 20. november 1989 (BK).

² Se blant annet Karl Harald Søvig, *Provision of Health to Irregular Migrants with a Special Focus on Children*, Leiden, 2011 (heretter Søvig 2011) s. 44 med videre henvisninger, Sonja Kujanpää, *Irregulære immigranternes rett til sosialhjelp*, *Kritisk juss* 2011 (37) nr. 4 s. 243 flg., Charlotte Bayegan, *Irregulære migranternes rett til matpenger og varme klær i en akutt nødssituasjon*, *Kritisk juss* 2009 s. 39.

³ Li-Chun Zhang, *Developing Methods for Determining the Number of Unauthorized Foreigners in Norway*, Statistisk Sentralbyrå/Utlendingsdirektoratet, Oslo, 2008. Det anslåtte intervallet var mellom 10 000 og 32 000 personer uten lovlig oppholdsgrunnlag.

⁴ Se blant annet Karl Harald Søvig, *Barnets rettigheter på barnets premisser – utfordringer i møtet mellom FNs barnekonvensjon og norsk rett*, 1. utgave, Bergen, 2009, (heretter Søvig 2009), kapittel 6 med videre henvisninger.

⁵ Lov om pasient- og brukerrettigheter av 2. juli 1999 nr. 63 (pasrl.) § 1-2, endringsforskrift 30. juni 2011 nr. 703 til forskrift om prioritering av helsetjenester, rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten, rett til behandling i utlandet og om klagenemd (prioriteringsforskriften) 1. desember 2000 nr. 1208, § 1.

⁶ Forskrift om rett til helse- og omsorgstjenester til personer uten fast opphold i riket, 16. desember 2011 nr. 1255 (heretter forskrift om tjenester til personer uten fast opphold).

norske barn, men reiser en del spørsmål rundt de tilfellene hvor barna *ikke* har rett på helsetjenester. Forskriften avskjærer helsehjelp hvis «hensynet til barnet» tilsier at slik hjelp ikke skal ytes. Disse tilfellene kommer jeg i stor grad til å problematisere i oppgaven. Forskriften er ny og dermed ikke behandlet i juridisk litteratur. I tillegg tar oppgaven opp aspekter knyttet til saksbehandlingsreglene for helsevedtak overfor irregulære barn som ikke er drøftet i juridisk litteratur tidligere.

1.2 Hensyn

Statens begrunnelse for ikke å yte helsehjelp til irregulære immigranter er forankret i hensynet til innvandringskontroll. Det hersker en frykt for økt innvandring i takt med økte velferdsgoder, og myndighetene ønsker ikke at velferdstjenester skal tjene som et lokkemiddel slik at en «bølge» av innvandrere kommer til Norge og søker asyl uten et egentlig behov for beskyttelse. For det annet er avskjæring av velferdsytelser brukt som et sanksjonsmiddel for dem som ikke innretter seg etter et lovlig fattet vedtak om å forlate landet. Ved å frata dem tilgang til helsetjenester fungerer det som et pressmiddel til å forlate landet. Det tredje hensynet som ligger til grunn for ikke å gi irregulære barn et fullgodt helsetilbud, er frykten for at foreldre sender syke barn til Norge, såkalte «ankerbarn», for å senere få opphold på grunnlag av familiegjenforening.⁷

På den annen side er Norge ut fra nødrettslig betraktning og internasjonale bindende instrumenter forpliktet til å yte et minimum av helsehjelp til alle som oppholder seg i Norge. BK sikrer irregulære barn rett til «høyest oppnåelig helsestandard», jf. art. 24 og å avskjære helsetjenester som et sanksjonsmiddel overfor barn kan derfor vise seg å være problematisk. I tillegg er det et menneskelig hensyn, alle har på et tidspunkt i livet behov for helsehjelp. Disse hensynene fører til at Norge ikke har mulighet til å avskjære helsetjenester fullt ut.

Ved å ta for meg saksbehandlingsregler knyttet til helsevedtaket bringer jeg i tillegg en tredje part inn på banen, hvilket er hensynet til helsepersonellet som skal vurdere hvorvidt barnet har krav på helsehjelp etter den nye forskriften. Regjeringen bruker helseretten til å fremme innvandringspolitiske mål og legen blir satt til å vurdere barnets utlendingsrettslige status, herunder når barnet antas å forlate landet. Vurderingen kan vise seg å være utfordrende, særlig sett i lys av begrensninger taushetsplikten medfører og manglende kunnskap om utlendingsrett og barnets situasjon. Dette var noe av kritikken til Den Norske Legeforening i forbindelse med høringsuttalelsen i forkant av forskriftsendringen.⁸ Det foreligger dermed et spenningsforhold mellom staten som den folkerettslige forpliktete part, barnet uten lovlig opphold, men som likevel er et rettighetssubjekt etter BK, og helsepersonellet som er satt til å utøve statens innvandringspolitiske mål gjennom å avskjære helsehjelp overfor irregulære.

⁷ Henriette Sinding Aasen og Alice Kjellevoid, Velferd og menneskerettigheter: «ulovlig opphold» som grunnlag for å avskjære helse- og sosialhjelp? Tidsskrift for velferdsforskning, vol. 15 nr. 2, 2012 s. 93-107 (heretter Aasen og Kjellevoid 2012) på side 96.

⁸ <http://www.regjeringen.no/pages/14622672/DenNorskeLegeforeningDok1.pdf> (sist besøkt mars 2012).

1.3 Definisjoner

Med helserettigheter mener jeg tilgang til helsehjelp etter pasrl. § 1-3 bokstav c: «handlinger som har forebyggende, diagnostisk, behandlende, helsebevarende, rehabiliterende eller pleie- og omsorgsformål, og som er utført av helsepersonell».

Med helsepersonell mener jeg dem som regnes som helsepersonell etter helsepersonelloven (hlspl.) § 3, jf. pasrl. § 1-3 bokstav d.⁹

Med irregulære barn mener jeg barn uten lovlig opphold. Hva som er lovlig opphold eller ikke er regulert i utlendingsloven.¹⁰ I oppgaven tar jeg utgangspunkt i de samme tilfellene av ulovlig opphold som Helsedepartementet la til grunn i utforming av ny prioriteringsforskrift. Det er barn som har fått endelig avslag på asylsøknaden som myndighetene ikke har lykkes i å returnere. Enten fordi barna ikke lar seg returnere, eller fordi foreldrene/barna unndrar seg retur. Videre omfatter kategorien barn av foreldre som har oversittet en tillatelse, det være seg arbeidstillatelse eller turistvisa. Og til slutt barn som har tatt seg ulovlig inn i landet uten å registrere sitt opphold, såkalte «registrerte flyktninger». Helselovgivningen differensierer imidlertid ikke mellom ulike typer av ulovlig opphold. Der det er naturlig vil jeg under gjennomgangen av regelverket påpeke hvor det kan være behov for differensierte regler.

Barn er alle under 18 år, jf. BK art. 1.

Noe forenklet taler jeg generelt om barn, selv om barna ikke oppholder seg i Norge alene. I mange av prosessene som omtales i oppgaven er det gjerne foreldrene som er barnets naturlige representanter, og ofte er barnet i Norge nettopp som følge av foreldrenes valg og handlinger. Oppgaven må stadig leses i lys av dette.

1.4 Forholdet til voksne og gravide

Opgaven tar i all hovedsak for seg irregulære *barns* helserettigheter. Men for å få et helhetlig bilde av situasjonen vil jeg underveis gi kortfattede oversikter over irregulære voksne sine rettigheter. Dette er for å få tydelig frem i hvilke tilfeller barn er positivt forskjellsbehandlet fra voksne.

Når det gjelder gravide er ikke fosteret vernet av BK. I stedet er gravide gitt visse helserettigheter etter BK art. 24 første ledd bokstav b. Jeg kommer derfor til å ta for meg gravidens helserettigheter ved siden av barnas.

1.5 Fremstillingen videre

Opgaven er delt opp i åtte kapitler, inkludert innledning i kapittel 1 og metode i kapittel 2. I kapittel 3 gjør jeg kort rede for innholdet i BK art. 24, og i kapittel 4 gir jeg en gjennomgang av irregulære barns tilgang til kommunehelsetjeneste og spesialisthelsetjeneste. Her kommer jeg underveis til å trekke inn BK, og vurdere om norsk rett er i samsvar med BK i de tilfeller hvor irregulære barn er forskjellsbehandlet fra norske barn.

⁹ Lov om helsepersonell m.v. av 2. juli 1999 nr. 64 (hlspl.).

¹⁰ Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) av 15. mai 2008 nr. 35.

Deretter tar jeg for meg saksbehandlingsregler og bevisregler knyttet til helsevedtaket i kapittel 5. Her kommer jeg inn på utredningsplikten (pkt. 5.5) og utredningspliktens omfang (pkt. 5.6), før jeg drøfter bevisbyrde (pkt. 5.7) og beviskrav (pkt. 5.8) i tilknytning til helsevedtaket.

I kapittel 6 gir jeg en oversikt over finansieringsreglene knyttet til kommunehelsetjeneste og spesialisthelsetjenestene. Og i kapittel 7 skriver jeg om irregulære barn sin tilgang til tannhelsetjeneste, før kapittel 8 som består av oppsummering og avslutning.

2 Rettskilder og metode

2.1 Internasjonale rettskilder

Av særlig interesse for irregulære barn er BK art. 24 og FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) art. 12.¹¹ BK art. 24 gir alle barn rett til høyest oppnåelig helsestandard. Det samme gjelder ØSK art. 12, hvor retten til høyest oppnåelig helsestandard tilkommer «enhver», noe som også omfatter barn.

Ved tolkningen av konvensjonsteksten tas utgangspunkt i dens ordlyd, herunder dens «gjenstand» og «formål», jf. Wien-konvensjonen art. 31 første ledd.¹²

BK art. 43–45 hjemler opprettelsen av FNs barnekomité. Komiteens formål er å følge opp medlemsstatenes etterlevelse av BK, og utarbeide på bakgrunn av periodiske rapporter fra medlemslandene såkalte avsluttende merknader («Concluding Observations»). I tillegg utarbeider Barnekomiteen generelle kommentarer («General Comments») som tar opp spørsmål knyttet til forståelsen av BK. Komiteen har avsagt 13 generelle kommentarer som er av betydning for å fastsette innholdet i BK.

Kommentarene er imidlertid ikke rettslig bindende som tolkningsbidrag, men er likevel antatt å ha betydning for fastsettelsen av innholdet i BK.¹³ Barnekomiteen har fastslått at enkelte artikler i BK er så grunnleggende viktige at de gir uttrykk for generelle prinsipper som enhver bestemmelse i konvensjonen skal tolkes i lys av. Dette er prinsippet om *barnets rett til ikke-diskriminering* nedfelt i art. 2, *barnets beste* i art. 3, *barnets rett til liv og utvikling* i art. 6 og *barnets rett til medvirkning* i art. 12.¹⁴ Art. 24 må derfor tolkes i lys av disse prinsippene.

¹¹ FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter av 16. desember 1966 (ØSK).

¹² Norge har ikke tilsluttet seg Wien-konvensjonen av 23. mai 1969 (WK), men konvensjonen gir uttrykk for folkerettslig sedvanerett for tolkning av traktater og legges til grunn ved tolkningen av konvensjoner i Norge.

¹³ Smith i Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.), Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge, 2. utgave, Universitetsforlaget, Oslo 2012 (heretter Høstmælingen mfl. 2012) s. 25, Njål Høstmælingen, Internasjonale menneskerettigheter, 2. utgave, Universitetsforlaget, Oslo, 2003 (heretter Høstmælingen 2003) s. 80, Søvig 2009 s. 33 med videre henvisninger, Asbjørn Eide og Wenche Barth Eide, «Article 24. The Right to Health» i A. Alén mfl. A Commentary on the Convention on the Rights of the Child, 1. utgave, Leiden 2006 (heretter Eide og Barth Eide 2006) avsn. 3.

¹⁴ General Comment no. 1 (2001): The aims of education (CRC/ GC/ 1/2001/1) avsn. 6, og senest blir art.19 tolket i lys av de ulike prinsipper i General Comment No. 13 (2011): The right of the child to freedom from all forms of violence (CRC/C/GC/13) avsn. 60-63, se og Smith i Høstmælingen mfl. 2012 s. 19 og General Comment no. 5 (2003): General measures of implementation for the Convention on the Rights of the Child (CRC/ GC/ 2003/5).

Andre relevante tolkningsbidrag for BK er generelle kommentarer utarbeidet av FN's komité for økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (heretter ØSK-komiteen).¹⁵ Særlig relevant er generelle kommentarer til art. 12 som har tilnærmet lik ordlyd som BK art. 24.

Som oppgavens tittel antyder, er det irregulære barn sine helserettigheter etter BK som vil være i fokus. For helhetens skyld presenterer jeg likevel noe internasjonal rett som kan være av interesse for irregulære barn.

Norge er tilsluttet og har ratifisert Europarådets sosialpakt, «European Social Charter», som er det sosialrettslige motstykket til Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK).¹⁶ Sosialpakten er ikke inkorporert i norsk rett, men er like fullt en konvensjon Norge er forpliktet til å følge. Konvensjonen gir sosiale rettigheter til alle med lovlig opphold, og det er antatt at enkelte rettigheter tilkommer irregulære barn, som for eksempel retten til finansiert medisinsk behandling, jf. art. 17, jf. art. 13.¹⁷ Rekkevidden av konvensjonen i norsk rett er imidlertid usikker. I tillegg nevnes at Europarådet har utarbeidet en egen resolusjon for irregulære immigranter.¹⁸

2.2 Nasjonale rettskilder

2.2.1 Norsk rett

Av nasjonal rett tar jeg utgangspunkt i aktuell norsk helselovgivning. Det er i all hovedsak forskrift om tjenester til personer uten fast opphold gitt med hjemmel i pasrl. som er relevant for irregulære barn sin tilgang til helsetjenester. Videre benyttes forarbeider, forskrifter, rundskriv, rettspraksis og juridisk litteratur. Jeg kommer til å ta opp de metodiske spørsmålene knyttet til rettskildenes vekt underveis i fremstillingen. Det vil derfor komme metodiske avsnitt fortløpende hvor spørsmålene reiser seg for å unngå et tungt metodisk kapittel i starten av oppgaven. Jeg kommer likevel til å ta en gjennomgang av internasjonale instrumenter og deres tolkningsbidrag sin gjennomslagskraft i norsk rett innledningsvis.

2.2.2 Betydning av BK og ØSK i norsk rett

Det dualistiske prinsipp setter grenser for anvendelse av internasjonale instrumenter i norsk rett. BK og ØSK er imidlertid gjort til norsk lov gjennom menneskerettighetsloven (mrl).¹⁹ BK ble inkorporert i 2003, og ved motstrid mellom formell lov og BK, skal BK gå foran norske lovbestemmelser, jf. mrl. § 3.

¹⁵ Opprettet med mandat i ØSK art. 16–22. For relevans se bl. a Eide og Barth Eide 2006 avsn. 3.

¹⁶ European Social Charter (revised) 1996, av 18. oktober 1961 og Den europeiske menneskerettighetskonvensjon av 4. november 1950 (EMK).

¹⁷ Dette ble fastsatt i dom: International Federation of Human Rights Leagues (FIDH) v. France, Complaint No. 13/2003, European Committee on Social Rights.

¹⁸ Resolusjon 1509 (2006) on Human rights of irregular migrants, se særlig punkt 13.

¹⁹ Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett 21. mai 1999 nr. 30 (mrl.)

Det er den engelske versjonen som er den gjeldende, og hvis det skulle foreligge motstrid mellom norsk oversettelse som er sitert i oppgaven og originalteksten, skal den originale ordlyden legges til grunn, jf. WK art. 33.

BK er i stor grad fulgt opp i norsk rett. Senest i forbindelse med utarbeidingen av den nye prioriteringsforskriften ble BK anvendt som grunnlag for å gi irregulære barn tilnærmet lik tilgang til helsetjenester som norske barn. Andre områder hvor staten har anerkjent BKs rettigheter er retten til videregående opplæring for irregulære barn. Justisdepartementet kom med en tolkningsuttalelse hvor de anerkjenner at BK gir irregulære barn rett til videregående opplæring og at det òg må gjelde etter norsk opplæringslov.²⁰ Eksempelet viser at staten uttrykker en vilje til å følge opp sine forpliktelser etter BK, og at konvensjonen har stor betydning for barns rettigheter i Norge.

Når det gjelder tolkningen av BK er spørsmålet om generelle kommentarer og avsluttende merknader avsagt av FNs barnekomité er bindende for tolkningen av konvensjonen i norsk rett. Komiteenes praksis er en viktig kilde for å klarlegge det nærmere innholdet i BK, ettersom ordlyden i konvensjonen er vag og lite retningsgivende.

Utgangspunktet er, i henhold til internasjonale tolkningsprinsipper, at slik praksis fra tilsynskomiteer ikke er rettslig bindende for medlemsstatene. Det er prinsipielt forskjell på generelle kommentarer og avsluttende merknader, og for begges vedkommende er forarbeidene til inkorporeringsloven til BK tause på hvilken vekt praksisen bør ha.²¹ I juridisk litteratur er det imidlertid antatt, med støtte i høyesterettspraksis, at generelle kommentarer og avsluttende merknader har vekt ved tolkningen av BK.²²

Av særlig interesse er Ashok-dommen, hvor Høyesterett tok direkte stilling til relevansen av Barnekomiteens generelle kommentarer:²³

Det avgjørende vil likevel være hvor klart den må anses å gi uttrykk for overvåkingsorganenes forståelse av partenes forpliktelser etter konvensjonene. Særlig må man vurdere om uttalelsen må ses som en tolkningsuttalelse, eller mer som en tilråding om optimal praksis på konvensjonens område. Dernest må man vurdere om uttalelsen passer på det aktuelle faktum og rettsområde. Dette siste er av særlig betydning ved generelle uttalelser som ikke er knyttet til enkeltsaker eller landrapporter, og som derfor ikke har vært gjenstand for dialog mellom komiteén og den berørte staten.

Av uttalelsen kan det slutes at kvaliteten på den aktuelle komitépraksis må vurderes nærmere før den legges til grunn som tolkningsbidrag. Av senere praksis fra Høyesterett er generelle kommentarer uten videre problematisering lagt til grunn ved tolkningen av

²⁰ Tolkningsuttalelse, 24.11.2010 ref. 201008082,

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/kampanjer/tolkningsuttalelser/forvaltningsrett/opplaringsloven/-2-1---rett-til-opplaring-for-barn-med-u.html?id=629887> til lov om grunnskolen og den videregående opplæringa av 17. juli 1998 nr. 61 (opplæringslova.).

²¹ Ot.prp. nr. 45 (2002–2003), se imidlertid forarbeidene til barnelova (Ot.prp. nr. 104 (2008–2009) s. 26) som tillegger barnekomiteens praksis vekt.

²² Se bl. a. Rt. 2001 s. 1006 (1016), Rt. 2005 s. 833 avsn. 45-47 og Rt. 2008 s. 1764 avsn. 81, Høstmølingen 2003 side 80, Smith i Høstmølingen mfl. 2012 side 27 og Søvig 2009 side 39.

²³ Rt. 2009 s. 1291A (dissens 4-1) avsn. 44.

BK.²⁴ Konklusjonen blir dermed at praksis fra barnekomiteen har vekt som tolkningsbidrag, men at det i henhold til retningslinjer oppstilt av Høyesterett må foretas en konkret vurdering av dens vekt.

3 Retten til høyest oppnåelig helsestandard etter BK og ØSK

I dette kapittelet skal det nærmere redegjøres for innholdet i BK art. 24 og ØSK art. 12. Med andre ord hvilken tilgang til helsetjenester artiklene sikrer irregulære barn (og barn generelt).

Det første spørsmålet som må tas stilling til er hvorvidt artiklene kommer til anvendelse overfor irregulære barn. Spørsmålet beror på en tolkning av art. 2 – diskrimineringsforbudet – og blir en vurdering av om staten kan forskjellsbehandle på grunnlag av oppholdsstatus.²⁵ Det heter i art. 2 nr. 1 at staten plikter å sikre rettighetene til «ethvert barn innenfor deres jurisdiksjon, uten diskriminering av noe slag». Artikkelen kan leses slik at «jurisdiksjon» beror på en utlendingsrettsligvurdering av oppholdsstatus, og at irregulære barn dermed anses å stå utenfor en stats jurisdiksjon grunnet manglende oppholdsgrunnlag.

Barnekomiteen har imidlertid kommet med uttalelser i en annen retning, og slår fast i generelle kommentarer at rettighetene tilkommer enhver uavhengig av oppholdsstatus.²⁶ Uttalelsen er fulgt opp i internasjonal juridisk litteratur som klart legger til grunn at irregulære barn ikke kan forskjellsbehandles fra barn med lovlig opphold.²⁷ Alle barn som fysisk oppholder seg på en stats territorium er innenfor statens jurisdiksjon. Retten til høyest oppnåelig helsestandard tilkommer derfor irregulære barn.

Det neste spørsmålet er hvilket krav til helsetjenester «høyeste oppnåelige helsestandard» i BK art. 24 gir uttrykk for.

Jeg kommer ikke til å foreta en uttømmende fremstilling av innholdet i art. 24, men gi en kort oversikt over hva som kreves av staten for å oppfylle rettighetene overfor barn innenfor dens jurisdiksjon. Staten skal respektere, sikre og oppfylle retten etter art. 24, og det omfatter ikke å innsnevre rettigheter overfor irregulære barn.²⁸ Videre har staten forpliktet seg til å bruke sitt ressursgrunnlag til å innfri høyest oppnåelig helsestandard for alle barn, jf. BK art. 4.

Etter praksis fra ØSK-komiteen skal helsetjenestene være tilgjengelige («accessibility») for alle barn. Dette innebærer et krav om fysiske og økonomiske

²⁴ Dette var tilfellet i Rt. 2010 s. 1313 (13–14) og Rt. 2012 s. 274.

²⁵ Jf. ovenfor om at artiklene må tolkes i lys av blant annet prinsippet om ikke-diskriminering i art. 2.

²⁶ se General Comment no. 5 avsn. 12, og ØSK-komiteens generelle kommentar nr. 14 (2000) avsn. 34, som har relevans for tolkningen av BK.

²⁷ Rachel Hodgkin og Peter Newell, *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, 3. utgave, New York, 2007 (heretter Hodgkin og Newell 2007) s. 26, Bruce Abramson, «Article 2. The Right of Non-Discrimination», i A. Alén mfl., *A Commentary on the Convention on the Rights of the Child*, 1. Utgave, Leiden, 2008 (heretter Abramson 2008) s. 127, Eide og Barth Eide 2006 s. 14.

²⁸ Eide og Barth Eide 2006 s. 7.

tilgjengelige helsetjenester av en viss kvalitet, uten diskriminering.²⁹ Oppgavens tema avgrenser mot å avgjøre hvorvidt selve helsetilbudet i Norge er i tråd med art. 24, men det må antas at Norge har et svært godt utbygget helsevesen og et tilbud av tilstrekkelig høy kvalitet.

Konklusjonen er at irregulære barn etter BK i utgangspunktet krav på like ytelser fra helsetjenesten som norske barn, på like vilkår.

4 Kommunehelsetjeneste og spesialisthelsetjeneste

4.1 Innledning

Under dette kapittelet skal jeg ta for meg irregulære barns tilgang til spesialist- og kommunehelsetjeneste, herunder behandling hos spesialist for ulike sykdomstilfeller og tilgang til fastlege. Grunnen til at disse drøftes samlet er at tilgangen til tjenestene er regulert i samme forskrift.³⁰

Pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 2 gir alle som oppholder seg i landet rett til hjelp fra kommunehelsetjeneste og spesialisthelsetjeneste, jf. henholdsvis. §§ 2-1a og 2-1b. Med hjemmel i pasient- og brukerrettighetsloven (pasrl.) § 1-2, heter det at «Kongen kan i forskrift gjøre unntak fra lovens kapittel 2 for personer som ikke er norske statsborgere eller ikke har fast opphold i riket.» I forskrift om tjenester til personer uten fast opphold har departementet gjort et slikt unntak, og begrenset tilgangen til helsetjenester for irregulære voksne og barn. Det er på det rene at forskriften holder seg innenfor fullmaktens rammer i pasrl. § 2-1.

Forskriften ble utarbeidet i forbindelse med samhandlingsreformen og regulerer tilgangen til spesialisthelsetjenesten, kommunehelsetjenesten og sosialtjenestene for personer uten fast opphold i Norge. Heretter blir denne referert til som «forskrift om tjenester til personer uten fast opphold». Forskriften viderefører i all hovedsak endringen i prioriteringsforskriften § 1 som ble vedtatt juni 2011.

Samhandlingsreformen trådte i kraft fra 2012, og medførte blant annet at kommunehelsetjenesteloven og sosialtjenesteloven ble opphevet og reguleringen av disse feltene ble slått sammen til en felles «helse- og omsorgstjenestelov».³¹ Pasientrettighetsloven endret navn til «pasient- og brukerrettighetsloven».

Kommunehelsetjenesten er allmennhelsetjenester utført i hver enkelt kommune. Det innebærer for eksempel å stå på liste hos fastlege. Kommunen gjennomfører i tillegg forebyggende tiltak. Spesialisthelsetjenesten er de mer spesialiserte tjenestene som

²⁹ ØSK: General Comment no. 14 (2000): The right to the highest attainable standard of health (E/ C.12/2000/4) avsn. 12 fulgt opp av Barnekomiteen i General Comment no. 4 (2003): Adolescent health and development in the context of the Convention on the Rights of the Child (CRC/ GC/ 2003/4) avsn. 41 og Eide og Barth Eide s. 8 og 22.

³⁰ Forskrift om rett til helse- og omsorgstjenester til personer uten fast opphold i riket, 16. desember 2011 nr. 1255, gitt med hjemmel i pasient- og brukerrettighetsloven § 1-2 (1).

³¹ Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. av 24. juni 2011 nr. 30 (helse- og omsorgstjenesteloven).

utføres på sykehus og spesialisthelsetjenesten forøvrig. Staten har ansvar for driften av de regionale helseforetakene som drifter sykehusene. Kommunehelsetjenesten og spesialisthelsetjenesten dekker behandlingsbehovet til folk flest sammen med tannhelsetjenesten.

Før jeg går over til å gjøre rede for tilgangen til helsetjenestene, vil jeg gi en kort oversikt over rettstilstanden forut for forskriften, og arbeidet med en ny prioriteringsforskrift § 1 som senere skulle bli erstattet av forskrift om tjenester til personer uten fast opphold. Endringsarbeidet i den gamle prioriteringsforskriften tok sikte på å klargjøre rettsreglene, og det kan være interessant å se på rettstilstanden forut for denne klargjøringen for å vurdere om formålet lyktes. Det er òg interessant i forhold til å vurdere om prioriteringsforskriften av juni 2011 medførte en utvidet eller innskrenket tilgang til helsetjenestene.

4.2 Rettstilstanden før juni 2011

4.2.1 Helsehjelp fra kommunehelsetjenesten

Det het i den nå opphevede kommunehelsetjenesteloven § 2-1 at « [e]nhver har rett til nødvendig helsehjelp i den kommune der han bor eller midlertidig oppholder seg».³² Den samme rettighet var nedfelt i pasientrettighetsloven § 2-1. Lovteksten gjorde ikke forskjell på lovlig og ulovlig opphold, barn eller voksne, og gjaldt dermed ubetinget for alle som oppholdt seg i landet.³³ Utgangspunktet var at barn og voksne hadde rett til nødvendig hjelp fra kommunehelsetjenesten.³⁴

4.2.2 Helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten

Etter spesialisthelsetjenesteloven § 3-1(1) har pasienter rett til «øyeblikkelig hjelp» samtidig som pasientrettighetsloven ga rett til «nødvendig helsehjelp» fra spesialisthelsetjenesten, jf. § 2-1.³⁵ I den daværende prioriteringsforskriften, som regulerte virkeområdet til pasientrettighetsloven kapittel 2, het det at pasientrettighetsloven § 2-1 kun gjaldt personer med lovlig opphold i riket.³⁶ Unntaket var retten til «øyeblikkelig hjelp» som gjaldt for alle, jf. § 1-2. Etter forarbeidene gjaldt retten uavhengig av om oppholdet var lovlig eller ikke.³⁷ Utgangspunktet var da at barn og voksne hadde rett til øyeblikkelig hjelp fra spesialisthelsetjenestene.

BK spilte imidlertid en rolle for å anerkjenne at irregulære barn fikk lik tilgang til helsetjenester som norske barn. Dette ble presisert i et rundskriv, hvor det het at

³² Lov om helsetjenesten i kommunene av 19. november 1982 nr. 66 (khl). Opphevet.

³³ Ot.prp. nr. 45 (2002–2003) s. 58 som er et etterarbeid fra regjeringen.

³⁴ Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.), Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge, 1. utgave, Universitetsforlaget, Oslo 2008 (heretter Høstmælingen mfl. 2008) s. 159, Søvig 2009 s. 119 og Lasse A. Warberg, Norsk helserett, 2. utgave, Universitetsforlaget, Oslo, 2011 (heretter Warberg 2011) s. 127.

³⁵ Lov om spesialisthelsetjenesten m.m. av 2. juli 1999 nr. 61 (sphlsl).

³⁶ Prioriteringsforskriften § 1.

³⁷ Ot.prp. nr. 12 (1998–1999) s. 125 jf. s. 34. Se forøvrig Søvig 2009 s.120 for en mer utfyllende beskrivelse av rettstilstanden.

irregulære barn hadde samme rett til helsetjenester som barn med lovlig opphold i landet.³⁸

4.2.3 Oppsummering

Før prioriteringsforskriften ble endret i 2011 hadde irregulære barn lik tilgang til helsetjenester som barn med lovlig opphold i landet. Reglene var ikke samlet på ett sted, og fremkom som et tolkningsresultat av rundskrivet og diskrimineringsvernet nedfelt i BK. Som tidligere nevnt er BK inkorporert med forrang for norsk lov som derfor sikrer at irregulære barn har samme tilgang til helsehjelp som norske barn.

4.3 Rettstilstanden etter juni 2011

Helse- og omsorgsdepartementet vedtok 24. juni 2011 en endring i prioriteringsforskriften § 1. Prioriteringsforskriften § 1 angir nærmere hva som er virkeområdet til pasientrettighetsloven § 2-1. Bakgrunnen for endringen var at regelverket slik det da forelå ikke tydelig nok anga hva som var rettighetene til personer uten lovlig opphold. Departementet mottok henvendelser fra leger, kommuner, sykepleierforbundet og gruppen selv som gjaldt spørsmål om hvilke helserettigheter irregulære personer hadde i Norge.³⁹

I prioriteringsforskriften § 1 første ledd ble virkeområdet til pasientrettighetsloven kapittel 2 fastsatt å skulle gjelde fullt ut kun for personer med lovlig opphold. Videre ble irregulære barn sine rettigheter angitt særskilt i tredje ledd.

Departementet sendte opprinnelig ut et endringsforlag til § 1 tredje ledd med følgende ordlyd:⁴⁰

For personer under 18 år som ikke oppfyller vilkårene i første ledd [lovlig opphold], gjelder pasientrettighetsloven § 2-1 første ledd og andre ledd første og andre punktum og §§ 2-3 til 2-5, med mindre *særskilte forhold etter en konkret vurdering tilsier at helsehjelpen ikke skal ytes* (min kursivering).

Begrunnelsen for forslaget var at barn som oppholder seg ulovlig i landet forutsettes å forlate landet innen 2-3 uker. Hvis behandlingen uten konsekvenser kunne utsettes til barnet hadde forlatt landet, hadde ikke barnet rett på helsehjelp i Norge. I tillegg tok forslaget sikte på å avskjære behandling med langvarig oppfølging for irregulære barn.

Forskriftsendringen ble sendt ut på høring og mottok mye kritikk. Den Norske Legeforening og Barneombudet uttrykte spesielt stor skepsis. Deler av kritikken gikk ut på at forslaget ikke var forenlig med BK, og at det vanskelig kan fastslås hvor lenge barnet reelt sett blir i landet. De fryktet at bestemmelsen kunne åpne opp for at behandling med lang tidshorisont ble nektet barna fordi helsepersonellet antok at de skulle reise selv om dette viste seg ikke å være tilfellet.

Barneombudet kom med sin klare anbefaling:⁴¹

³⁸ Kommentarer er hentet fra Rundskriv Q-11/2006 s. 16. For en nærmere gjennomgang av tilgang til spesialisthelsetjenestene se Søvig 2009 s. 120, Warberg 2011 s. 127 og Høstmælingen mfl. 2008 s. 160.

³⁹ Nærmere informasjon om bakgrunnen fremgår av Høringsnotat 2010 s. 2–3.

⁴⁰ Høringsnotat – Endringsforskrift til prioritetsforskriften – Helsehjelp til personer som oppholder seg ulovlig i landet. Ref. 201003873. Dato: 25.11.2010. (Høringsnotat 2010) s. 19.

Vi ber departementet om å sørge for at det utarbeides klare retningslinjer for hvilke tilfeller dette kan gjelde og hvordan slike vurderinger kan gjøres til barnets beste.

Kritikken ble tatt til følge i den forstand at departementet endret ordlyden i den endelige forskriften. Den ble vedtatt slik:⁴²

For personer under 18 år som ikke oppfyller vilkårene i første ledd, gjelder pasientrettighetsloven ... med mindre *hensynet til barnet* tilsier at helsehjelpen ikke skal ytes (min kursivering).

Angående retningslinjer ble kritikken delvis tatt til følge ved at det i merknadene til forskriftsendringen ble presisert at bestemmelsen tok sikte på utreisetsituasjoner. Kritikken vedrørende når barnet reelt sett forlater landet ble ikke berørt og er fremdeles aktuell, også i forhold til den nye forskriftsendringen.

Gjennomgangen viser at det har versert mange sterke meninger rundt forskriftsendringen, særlig den delen som omhandlet barn. En siste observasjon er at den ordlyden som endelig ble vedtatt ikke har vært ute på høring. Riktig nok er ordlyden et resultat av den omfattende kritikken departementet mottok, og det er vanlig ikke å sende ut forslaget på en ny høringsrunde. Men ordlyden fremstår fremdeles med en klausul, uten særlige retningslinjer, til å avskjære helsehjelp til irregulære barn. En slik skjønnsmessig vurdering hos helsepersonellet om ikke å yte hjelp var kjernen i kritikken departementet mottok.

4.4 Rettskildesituasjonen etter at samhandlingsreformen trådte i kraft januar 2012

I forbindelse med samhandlingsreformen ble som nevnt lovgivningen revidert. Pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 ble opphevet og erstattet av §§ 2-1a og 2-1b. De to nye paragrafene inneholder regler om henholdsvis nødvendig hjelp fra primærhelsetjenesten og spesialisthelsetjenesten. Ettersom prioriteringsforskriften knyttet seg til pasientrettighetsloven § 2-1 og spesialisthelsetjenester alene, var det nødvendig med en teknisk endring i forskriftsteksten.

I høringsnotat om forskrifter til samhandlingsreformen ble det fremsatt forslag til en ny forskrift om «rett til helse- og omsorgstjenester til personer uten fast opphold i riket.» Siden Helsedepartementet et halvt år tidligere hadde endret prioriteringsforskriften § 1, anså ikke departementet det nødvendig å foreta materielle endringer i den nye forskriften. Forskriften tok sikte på å videreføre gjeldende rett.⁴³ Samhandlingsreformen medførte i tillegg at virkeområdet til forskriften ble utvidet til å omfatte kommunehelsetjeneste og spesialisthelsetjeneste. I motsetning til tidligere hvor prioriteringsforskriften kun knyttet seg til retten til spesialisthelsetjeneste.

Nå er irregulære barn sin tilgang til helsetjenester fra spesialisthelsetjenesten og kommunehelsetjenesten nedfelt i forskrift om tjenester til personer uten fast opphold §

⁴¹ Høringsuttalelse 16.2.2011, ref. nr. 10/02025 på barneombudets nettsider: www.barneombudet.no/horingsssvar/helsehjelp (sist besøkt mars 2012).

⁴² FOR 2000-12-01 nr. 1208 § 1, endret ved forskrift 30. juni 2011 nr. 703.

⁴³ Høringsnotat om forskrifter til samhandlingsreformen, s. 82–86.

4. Ordlyden er fremdeles den samme, helsehjelp skal gis med mindre hensynet til barnet tilsier at hjelpen ikke skal ytes.

En siste observasjon er at tilgangen til kommunehelsetjenestene ble innsnevret etter samhandlingsreformen. Tidligere knyttet prioriteringsforskriften seg kun til spesialisthelsetjenester, mens klausulen om ikke å yte hjelp av hensyn til barnet nå i tillegg omfatter tjenester fra kommunen.

Videre vil jeg referere til endringsforskriften når jeg mener endringsforskriften av 30. juni 2011, og forskrift om tjenester til personer uten fast opphold, eller «forskriften» når jeg mener den endelige, gjeldende forskriften etter samhandlingsreformen.

4.5 Voksne sin tilgang til kommunehelsetjeneste og spesialisthelsetjeneste

For å få frem irregulære barn sine helserettigheter er det nødvendig å sette tilgangen til helsehjelp inn i en kontekst. Med andre ord må rettighetene ses i sammenheng med voksne uten lovlig opphold sine rettigheter.

Alle har rett til vurdering fra spesialisthelsetjenesten, jf. pasrl. § 2-2 første, tredje og fjerde ledd, jf. forskrift om tjenester til personer uten fast opphold § 1. Utover det har alle rett til øyeblikkelig hjelp etter pasient- og brukerrettighetsloven §§ 2-1a og 2-1b, jf. forskrift om tjenester til personer uten fast opphold § 3. Dette gjelder for alle, uavhengig oppholdsstatus og alder. I tillegg er det i § 5 gitt rett til hjelp som ikke kan vente, svangerskapsavbrudd, svangerskaps- og barselomsorg, smittevern, psykisk helsevern og helsehjelp under soning, jf. bokstav a-e.

Rettighetene er noe innsnevret fra før forskrift om tjenester til personer uten fast opphold, og gir personer uten lovlig opphold i all hovedsak et minimum av rettigheter. Før hadde irregulære voksne rett til nødvendig hjelp fra kommunehelsetjenesten. Nå har irregulære rett til øyeblikkelig hjelp og hjelp som ikke kan vente. Det nevnes at selv om det er gitt rett til øyeblikkelig hjelp og hjelp som ikke kan vente, må betaling for tjenestene holdes atskilt. Finansiering og betaling for helsetjenester behandler jeg i kapittel 6.

4.6 Barn sin tilgang til kommunehelsetjeneste og spesialisthelsetjeneste

4.6.1 Innledning

Spørsmålet er hvilke skranker «hensynet til barnet» setter for tilgang til helsehjelp for irregulære barn, jf. forskrift om tjenester til personer uten fast opphold § 4.

Formålet er å klarlegge hvilken tilgang til helsehjelp forskriften faktisk gir irregulære barn ut over rett til nødvendig hjelp og hjelp som ikke kan vente, jf. forskriften § 3 og 5.

Jeg kommer først til å foreta en tolkning av «hensynet til barnet». Her vil jeg ta utgangspunkt i ordlyd, underliggende hensyn og forsøke å få frem prioriteringer gjort av departementet. Deretter vil jeg stille opp typetilfeller av helsehjelp for å kartlegge hvilken type helsehjelp det kan være aktuelt å avskjære. Herunder vil jeg drøfte om det

finnes et øvre tak for hva Norge er forpliktet å yte av helsehjelp til irregulære barn, og om andre hensyn enn hensynet til barnet kan begrunne at helsehjelp ikke ytes.

4.6.2 Når «hensynet til barnet» tilsier at helsehjelp ikke skal ytes

Spørsmålet er hvordan forskriftens begrep «hensynet til barnet» skal forstås ut fra en alminnelig ordlydstolkning.

Ordlyden spiller på at det må foreligge omstendigheter rundt barnet uten lovlig opphold som tilsier at det er best ikke å få behandling. Videre avskjærer formuleringen muligheten å tillegge andre hensyn enn barnet vekt ved vurderingen av om helsehjelp skal ytes eller ikke. For eksempel kunne dette vært ressurs hensyn.

For å forstå formuleringen og hvilke tilfeller den tar sikte på å regulere, kan det være grunn til å kaste et blikk på den øvrige helse retten og BK. I helse retten er det nedfelt et forsvarlighetskrav, som kommer til uttrykk i blant annet helsepersonelloven § 4. Forskriften er lite sannsynlig en ytterligere presisering av forsvarlighetskravet. Det må derfor kunne legges til grunn at behandlingen i utgangspunktet er fullt ut medisinsk forsvarlig, og ville blitt igangsatt på et barn med lovlig opphold.

Videre er det et diskrimineringsforbud nedfelt i BK art. 2. Dette setter skranker for myndighetenes forskjellsbehandling mellom barn med og uten lovlig opphold. Det antas dermed at for irregulære barns vedkommende må det foreligge konkrete og saklige grunner for at ellers forsvarlig behandling ikke igangsettes.

Den innlysende forskjellen er at det påhviler en plikt for alle som oppholder seg ulovlig i landet til å forlate landet snarest. Det er derfor naturlig å knytte tilgangen til helsehjelp opp mot utreiseprosedyren når «hensynet til barnet» skal vurderes.

4.6.3 Forskriftenes forarbeider om «hensynet til barnet»

4.6.3.1 Innledning

Flere forarbeider kan være relevante for tolkningen av «hensynet til barnet», jf. forskrift om tjenester til personer uten fast opphold § 4. Departementet ga egne forarbeider til den nevnte forskriften, og under utarbeidelsen av endringsforskriften fremkom et utfyllende høringsnotat. I tillegg ble det gitt merknader til endringsforskriften § 1.⁴⁴

Det må i første omgang gjøres rede for den rettskildemessige vekten til henholdsvis forarbeidene til den gjeldende forskriften, høringsnotatet og merknadene til endringsforskriften. Deretter må det klarlegges hvorvidt forarbeidene til endringsforskriften av juni 2011 kan tillegges vekt ved tolkningen av den gjeldende forskriften.

4.6.3.2 Forarbeider, høringsnotatet og merknadenes rettskildemessige vekt

Spørsmålet er om forarbeider til forskrifter har rettskildemessig vekt. Først vil jeg kort gjennomgå relevant juridisk litteratur for alle tre forarbeidene samlet, og på et generelt grunnlag. I prinsippet kan de ulike forarbeidene ha ulik rettskildemessig relevans og

⁴⁴ Forarbeider til FOR-2011-12-16: PRE-2011-12-16-1255, merknader til endringsforskriften følger fortløpende etter forskriftsteksten. Høringsnotatet på internettside: <http://www.regjeringen.no/pages/14622673/Hoeringsnotat.pdf> (sist besøkt juni 2012).

derfor foretas separate drøftelse av de tre nevnte forarbeiders vekt etter den generelle gjennomgangen.

I relevant juridisk litteratur skrives det at forskrifter er bindende på linje med loven, og høyst relevante som rettskildefaktorer innenfor helseretten.⁴⁵ Det er derimot mindre klart hvilken vekt forarbeider til forskriftene har.

Kjønstad og Bernt sitt resonnement er at forarbeider til lover blir tillagt vekt. Ferdig utarbeidete skrifter som odelstingsproposisjoner er relevante som rettskilder, ettersom de gir uttrykk for lovgivers vilje. Det samme hensynet kan overføres til forskriftenes forarbeider. De gir uttrykk for departementets vilje ved utformingen av forskriften. Som et argument mot å tillegge forarbeider til forskrifter vekt fremhever Kjønstad at de kan være vanskelig tilgjengelige.⁴⁶ Han tilbakeviser imidlertid dette med at argumentet er utdatert, ettersom de fleste forarbeider nå blir publisert på Internettet. Kjønstad anser derfor forarbeidene som relevante på linje med forarbeider til lov, hvilket fører til at de må kunne tillegges rettskildemessig vekt.⁴⁷

I den grad de nevnte forarbeider vil kunne tillegges vekt, beror dermed på en nærmere vurdering av kvalitet og tilgjengelighet.

Først vurderes forskrift om tjenester til personer uten fast opphold sine forarbeider. Disse er tilgjengelig via blant annet Lovdata og departementets hjemmesider. Kvalitetsmessig er de korte, men inneholder elementer av utdyping til forskriftens innhold. Tilgjengeligheten gjør at forarbeidene kan tillegges vekt ved tolkningen av forskriften.

Når det gjelder merknadene til endringsforskriften av juni 2011, er disse knyttet til en opphevet paragraf. Det gjør at merknadene blir vanskeligere tilgjengelig, noe som kan føre til svekket vekt. På den annen side henvises det i gjeldende forskrifts forarbeider til endringsforskriften, at denne var ute på høring, og i tillegg at den nye forskriften tar sikte på å videreføre gjeldende rett. Ettersom gjeldende rett ble videreført, er merknadene til endringsforskriften relevante bidrag ved tolkningen av den nye forskriften. Merknadene og forskriften er tilgjengelig på Lovdata. Merknadene kan tillegges rettskildemessig vekt ved tolkningen.

Den samme argumentasjonen vil òg gjøre seg gjeldende overfor Høringsnotatet som ble utarbeidet i forbindelse med vedtakelsen av endringsforskriften av juni 2011. Høringsnotatet er av god kvalitet og gir en utførlig gjennomgang av den rettslige argumentasjonen som ligger til grunn for endringsforskriften. Den rettskildemessige vekten er likevel svekket fordi notatet er vanskelig tilgjengelig. Notatet er ikke å oppdrive på rettslige databaser, men det er fremdeles publisert på Helsedepartementets hjemmeside. På bakgrunn av dette bør det utvises varsomhet ved å tillegge

⁴⁵ Jan Fridthjof Bernt og Synne Sæther Mæhle, *Rett, samfunn og demokrati*, Gyldendal, Oslo, 2007 (heretter Bernt og Mæhle 2007) s. 240, jf. s. 242, Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, 2. opplag, Universitetsforlaget, Oslo, 2004 (heretter Nygaard 2004) s. 44–45, Asbjørn Kjønstad, *Helserett*, 2. utgave, 1. opplag, Gyldendal Akademiske forlag, Oslo 2007 (heretter Kjønstad 2007) s. 61–62 og Asbjørn Kjønstad og Aslag Syse, *Velferdsrett I*, Oslo, 2012 (heretter Kjønstad og Syse 2012) s. 94.

⁴⁶ Nygaard skriver at forarbeider til forskrifter ikke er offentlig publisert, men tilbakeviser på den annen side ikke, gitt publisering, at forarbeidene kan tillegges rettskildemessig vekt, jf. s. 44.

⁴⁷ Bernt og Mæhle fremhever i likhet med Kjønstad forarbeiders tilgjengelighet og generelt gode kvalitet som grunnlag for å tillegge dem rettskildemessig vekt.

høringsnotatet betydelig vekt, og særlig hvis høringsnotatet gir uttrykk for tolkninger som fraviker de øvrige nevnte forarbeider.

Konklusjonen er at forarbeidene kan tillegges vekt ved tolkningen av forskriften.

4.6.3.3 Slutninger

Det er blant annet gitt en kort merknad til prioriteringsforskriften § 1 tredje ledd som kan være relevant for innholdet:

Med «hensynet til barnet» tenkes hovedsakelig på tilfeller der det er avgjørende for resultatet av en behandling at den ikke avbrytes, dvs. i de tilfeller det er helt klart at det å avbryte en behandling før den er fullført vil kunne være til skade for barnet. Hvis den som vurderer barnets helsetilstand er kjent med at barnet snarlig vil forlate landet, skal slik behandling ikke igangsettes dersom dette anses å være til barnets beste.

Det fremstår nokså klart av merknadene at det er utreisesituasjonen departementet mener utgjør en hindring for at barnet kan motta helsehjelp. Merknadene legger videre opp til flere vurderinger under «hensynet til barnet». Den første er om barnet «snarlig» vil forlate landet. I neste omgang må det vurderes om utreisen vil finne sted før behandlingen er ferdig. Til sist må helsepersonellet vurdere om det vil være til skade for barnet at behandlingen avbrytes. Hvis disse tilfellene er tilstede vil «hensynet til barnet» tilsa at behandling ikke startes. Denne tolkningen samsvarer godt med ordlydstolkningen jeg foretok i avsnittene ovenfor.

Det må foreløpig kunne trekkes den slutning at så lenge ett av disse tre tilfellene ikke er tilstede, kan ikke helsepersonellet avskjære behandling til barnet. Hvilke vurderinger som nærmere ligger i de skisserte tilfellene vil jeg vurdere fortløpende etter neste avsnitt.

Forskriften legger tilsynelatende opp til en vurdering av hensynet til barnets beste, som blant annet kommer til uttrykk i BK art. 3. Gjennomgangen viser imidlertid at det kan være andre hensyn som legges til grunn, selv om formuleringen er svært lik en «barnets beste»-formulering. Ved å benytte ordlyden «hensynet til barnet» kan det føre til en misvisende forestilling om nettopp en slik barnets beste- vurdering, hvor det i realiteten kan synes å dreie seg om en utreisevurdering. I norsk rett er det ikke noe lignende eksempler på formuleringer som bruker hensynet til barnet for å innsnevre rettigheter. Terminologien departementet har benyttet er i så måte ett nytt fenomen. Jeg vil drøfte tematikken mer utførlig nedenfor i punkt 4.7.

4.6.4 Utreisevurderingen i forbindelse med igangsetting av behandling

4.6.4.1 Innledning

Det fremgår klart, både av merknader, høringsnotatet og rundskrivet, at det er i forbindelse med at barnet skal forlate landet at helsehjelp ikke skal ytes. Spørsmålet er hvilken tidshorisont for utreise som skal legges til grunn ved vurderingen. Nærmere bestemt hvor grensen går for avskjæring av helsehjelp grunnet at barnet skal forlate landet. For eksempel om det kan vektlegges at barnet antas å forlate landet et halvt år frem i tid, eller om det er tale om utreise innen få måneder eller uker som kan danne grunnlag for ikke å yte hjelp.

Tidshorizonten for når utreise skal vektlegges er viktig å klarlegge. Den vil danne grunnlag for i hvilke tilfeller helsehjelp ikke kan ytes. Settes tidshorizonten langt frem i tid, kan det føre til at flere irregulære barn blir nektet helsehjelp. Settes tidshorizonten kort frem i tid kan dette føre til at barn må avbryte behandlingen, hvis de skal uttransporteres før behandlingen er fullført. I tillegg er det viktig å presisere at ikke alle barn lar seg transportere ut av landet ved bruk av tvang. Det kan skyldes at Norge ikke har utleveringsavtaler med hjemlandet, at det ikke er trygt å returnere eller manglende identifikasjonspapirer. Uansett må det videre tas høyde for at det finnes en kategori barn som har oppholdt seg mange år i Norge som ikke lar seg uttransportere verken frivillig eller ved tvang.

4.6.4.2 Avgrensning i tid

Spørsmålet er om «hensynet til barnet» medfører begrensinger for hvor langt frem i tid barnets utreise, er relevant for om helsehjelp skal ytes.

Et sikkert holdepunkt er øyeblikkelig hjelp og hjelp som ikke kan vente. Barnet har krav på denne hjelpen uavhengig av utreise. Ut over det er situasjonen uklar. Ordlyden «hensynet til barnet» inneholder ingen nærmere vurderingstema for når barnets utreise er relevant, og når barnets utreise ikke lenger kan tas med i vurderingen. Jeg vil derfor ta en kort gjennomgang av forskriftens forarbeider, og endringsforskriftens merknader og rundskriv, for å trekke ut relevante tolkningsbidrag som kan fastsette tidshorizonten for utreisen.

I forarbeidene til gjeldende forskrift heter det at hensynet til barnet tilsier at helsehjelp ikke skal ytes, dersom «barnet snart skal forlate landet».⁴⁸ Rundskrivet «Helsehjelp til personer uten fast opphold i riket og personer uten lovlig opphold», heretter referert til som rundskriv om helsehjelp, uttrykker en lik oppfatning av forskriften.⁴⁹ Rundskrivet tar sikte på at behandling skal avskjæres hvor barnet «snart» skal forlate landet. Selv om rundskrivet ble gitt før den nye forskriften om tjenester til personer uten fast opphold trådte i kraft, er rundskrivet fremdeles relevant i sitt innhold. Dette presiseres uttrykkelig i punkt 5, hvor problematikken i forhold til den nye forskriften blir tatt opp. Ettersom den nye forskriften viderefører gjeldende rett på området, vil rundskrivet fremdeles være relevant i forhold til den nye forskriften om tjenester til personer uten fast opphold.

Merknadene til endringsforskriften har inntatt samme ordlyd ved angivelse av utreisetidspunktet: «Hvis den som vurderer barnets helsetilstand er kjent med at barnet snarlig vil forlate landet ...»

I høringsnotatet til endringsforskriften § 1 uttales følgende om vurderingen av om helsehjelp skal ytes til irregulære barn:⁵⁰

Det må ved avgjørelsen av om helsehjelp skal gis, på samme måte som ved vurderingen av voksne, ses hen til at barnet er ulovlig i landet og forutsettes å forlate det i løpet av kort tid.

⁴⁸ PRE-2011-12-16-1255, Forskrift om rett til helse- og omsorgstjenester til personer uten fast opphold i riket, punkt 3.

⁴⁹ Rundskriv I-5/2011, Helsehjelp til personer uten fast opphold i riket og personer uten lovlig opphold, punkt 2.3.

⁵⁰ Høringsnotat 2010 s.13.

I vurderingen av voksne som det blir referert til her, forutsettes det at de skal forlate landet innen 2-3 uker.⁵¹ Dette taler for at barnet må forlate landet innen få uker hvis helsehjelp skal avskjæres. Forarbeidene er tydelige og konsekvente i sin vurdering av når utreisen må finne sted. En tolkning av forarbeidene tilsier at hvis barnet ikke forlater landet «snart» eller innen «kort tid», har barnet full tilgang til helsehjelp. Det taler for en kort tidshorison for når utreise er relevant i vurderingen knyttet til om helsehjelp skal ytes.

På den annen side er hensynet bak bestemmelsen for det første at utreisen skal kunne effektueres, og for det andre at barnet ikke blir utsatt for smertefull og unødvendig behandling. Disse hensynene gjør seg imidlertid ikke bare gjeldende ved utreise innen kort tid, men i alle tilfeller hvor utreisen finner sted før behandlingen er fullført. Ordlyden åpner opp for en slik forståelse, og det trekkes i retning av at utreisen alltid er relevant i vurderingen.

Irregulære barn er imidlertid i en svært spesiell situasjon ettersom det alltid foreligger en risiko for at de skal forlate landet. En slik forståelse av regelen vil føre til at irregulære barn på generelt grunnlag blir avskåret fra å motta behandling som går over lengre tid. Særlig sett i lys av det faktum at mange irregulære barn blir i Norge i årevis. En slik forståelse av forskriften ville derfor føre til urimelige resultater overfor mange barn som ikke forlater landet. Gjennomgangen av høringsnotater, merknader og rundskriv ovenfor viser på sin side at en slik tolkning ikke heller er hva departementet mente med forskriften. At det er stilt opp klare og entydige begrensinger for når utreisen kan vektlegges taler tungtveiende for at det kan legges et skjæringstidspunkt til grunn for når utreise ikke lenger skal tas med i vurderingen.

Konklusjonen er at «hensynet til barnet» medfører at utreisen er relevant dersom barnet skal forlate landet «snarlig» eller innen «kort tid».

4.6.5 Ulike tilfeller av helsehjelp

4.6.5.1 Innledning

Videre tas det utgangspunkt i ulike typetilfeller for å klarlegge hvilken type helsehjelp irregulære barn har tilgang til etter forskriften. Det tas utgangspunkt i behandling som er til skade for barnet å avbryte, behandling som ikke er til skade for barnet å avbryte og behandling som kan fullføres i barnets hjemland. Grunnen til at det tas utgangspunkt i de ulike tilfellene, er at det lettere vil illustrere forskriftens innhold. Det presiseres at det for alle typetilfellene legges til grunn at barnet skal forlate landet innen kort tid.

4.6.5.2 Behandling som er til skade for barnet å avbryte

Spørsmålet er om «hensynet til barnet» tilsier at barn som skal forlate landet er avskåret fra å motta behandlinger som er til skade å avbryte.

Ordlyden «hensynet til barnet» gir i seg selv ingen føringer på hvilken type helsehjelp som kan være gjenstand for avskjæring. Men som gjennomgangen så langt viser, omfatter ordlyden tilfeller hvor behandlingen hindrer utreisen i å finne sted. I så måte faller behandling som er til skade å avbryte innenfor den naturlige forståelsen av

⁵¹ Høringsnotat 2010 s. 10.

«hensynet til barnet». Dette taler for at barnet ikke har rett til å motta behandling som er til skade for barnet å avbryte.

At barnet ikke har rett til behandling som er til skade å avbryte støttes også opp av merknadene til forskriften. Merknadene til prioriteringsforskriften taler om at behandlingen må være til «skade» for barnet å avbryte.

Ut over dette legger ikke merknadene noen føringer på hvordan «skade» skal vurderes. Det oppstår en rekke spørsmål i forbindelse med skadebegrepet. Det første er om det er tilstrekkelig at det foreligger en risiko for at det er til skade for barnet å avbryte behandlingen. I forlengelsen av dette blir spørsmålet hvor stor risikoen for skade må være, før behandlingen ikke påstartes. Et annet spørsmål er om behandling i seg selv må medføre skade, eller om sykdomsforløpet kan være årsak til at skade oppstår. Mer konkret om skaden må relatere seg direkte til at behandlingen avbrytes. Eller om tilbakevendende symptomer ved manglende behandling av en kronisk sykdom også vil være omfattet av skadebegrepet. Et tredje spørsmål er hvorvidt skaden må vurderes i sammenheng med utreisen. Foreligger det usikre holdepunkter for utreise, kan det være større en grunn til å starte behandling som medfører risiko for skade. Til sist påpekes det at det er uklart hvor stort skadeomfanget må være. Herunder om barnets stilling uten behandling må settes opp mot skaden ved avbrutt behandling. Og videre om enhver skade er kvalifisert til at behandling ikke startes.

Spørsmålene er mange, og jeg kommer ikke til å gå inn i dem alle. Særlig vil jeg ikke gå inn i de medisinskfaglige vurderingene innenfor rammene av denne oppgaven.

I rundskriv om helsehjelp kommer departementet med en uttalelse til hvordan forskriften skal forstås:⁵²

«Dette vil være en faglig vurdering, og vil for eksempel kunne være tilfeller der helsepersonellet har sikker kunnskap om at barnet snart skal forlate landet, og det vil være uforsvarlig å starte en behandling som ikke kan slutføres.»

Her brukes ikke formuleringen «skade», men heller at behandlingen må være «uforsvarlig». I tillegg legger rundskrivet opp til at det må være en faglig vurdering.

Det konkluderes derfor med at behandling som er til skade å avbryte klart er omfattet av forskrift om tjenester til personer uten fast opphold § 4.

Skadens risiko og materielle kompetanseregler som sannsynlighetskrav vil bli behandlet senere. Det samme gjelder domstolens kontroll med forvaltningen, og grensen for det frie skjønnet helsefaglig personell kan utøve når et slikt vedtak skal fattes.

Jeg skal til slutt komme med et par eksempler på hvilke behandlingsformer som kan være aktuelt å avskjære. Legeforeningen uttrykte bekymring for at irregulære barn etter forskriftsendringen ble avskåret fra å motta psykologisk behandling. Ofte kan en slik behandling medføre en forverret situasjon for barnet i starten av behandlingsfasen. Hvis ikke psykologer får fulgt opp igangsatt behandling, kan det føre til skade for barnet. Hvis barnet skal forlate landet innen kort tid har ikke barnet rett på denne type behandling.

Et annet eksempel er behandling av kronisk astma. Sykdommen behandles med inhalasjonssteroider og avbrutt behandling fører til en akutt forverret situasjon, i verste

⁵² Rundskriv I-5/2011, Helsehjelp til personer uten fast opphold i riket og personer uten lovlig opphold, punkt 2.3.

fall med sykehusinnleggelse. Skaden oppstår som følge av at medikamentbruken avsluttes, er en forverring av barnets helsetilstand sett i forhold til før behandlingen ble igangsatt. Barnet har ikke rett til å motta en slik behandling hvis barnet skal forlate landet innen kort tid.

4.6.5.3 Behandling som ikke er til skade å avbryte

Spørsmålet er om behandling som ikke er til skade for barnet å avbryte kan nektes fordi «hensynet til barnet» tilsier at slik hjelp ikke skal ytes.

Dette er typisk de tilfeller hvor behandling virker inn på sykdomsforløpet, men hvor det er fraværet av behandling, den ubehandlede sykdommen, som utgjør selve skaden for barnet. Et av mange eksempler som kan trekkes frem er diabetes. Barnet tar ikke skade av at behandlingen blir brutt, det er symptomene til en ubehandlet diabetes som eventuelt vil være skadelig for barnet. Når behandling avbrytes, reduseres livskvaliteten tilbake til før behandling startet.

Ordlyden «hensynet til barnet» inneholder som nevnt ingen begrensninger på hvilke behandlingstilfeller som kan avskjæres. Tidligere har jeg slått fast at det er situasjonen hvor barnet skal forlate landet at behandling eventuelt ikke skal ytes. Hvis det er utreisen som er det avgjørende, kan det være grunn til at «hensynet til barnet» gjør seg gjeldende i alle tilfeller hvor behandlingen påvirker utreisen.

Departementet har som nevnt gitt signaler om at behandlingen ikke skal ytes hvis den kan stå i veien for en effektivering av utreisen. En slik tolkning fører til at den helsehjelpen barnet har krav på må ses i sammenheng med hvilken behandling som medfører at utreisen kan gjennomføres. Med andre ord er en mulig tolkning at det må tas stilling til forholdsmessigheten av uttransportering ut fra ulike tilfeller av behandling for å kartlegge nærmere hvilken behandling «hensynet til barnet» tilsier ikke skal ytes. Da vil det være en igangsatt behandling i seg selv som står i veien for utreisen. Signalene fra departementet om å prioritere uttransportering taler for at slik behandling kan avskjæres under «hensynet til barnet».

På den annen side blir konsekvensen at barnet står i fare for å bli avskåret uforholdsmessig mange former for helsehjelp, og at helsepersonellet som skal yte hjelpen står foran en svært vanskelig utlendingsrettslig vurdering. Tolkningen ligger i tillegg tett opp mot det opprinnelige høringsforslaget som ble forkastet. Det opprinnelige forslaget lød som sagt at irregulære barn har tilgang til helsehjelp med mindre «særskilte forhold etter en konkret vurdering tilsier at helsehjelpen ikke skal ytes.» Formuleringen ble endret etter kritikk, og mye av kritikken gikk ut på at den åpnet for den tolkningen jeg har foretatt i avsnittet over. At departementet endret ordlyden, og i så måte styrte vekk fra dette tolkningsalternativet, taler mot at «hensynet til barnet» tilsier at behandling som ikke er til skade å avbryte ikke skal ytes.

Merknadene til høringsnotatet, rundskrivet og høringsnotatet selv tar alle sikte på å avskjære behandling som er til skade å avbryte. Det taler tungtveiende for at barnet har rett på behandling som ikke er til skade å avbryte.

Konklusjonen er at «hensynet til barnet» tilsier at behandling som ikke er til skade å avbryte skal ytes.

4.6.5.4 Behandling som kan fullføres i barnets hjemland

Spørsmålet er om barnet har rett til behandlingsstart i Norge, selv om barnet skal forlate landet innen kort tid, og som er til skade å avbryte, under den forutsetning at behandlingen kan sluttføres i barnets hjemland.

Spørsmålet er særlig aktuelt for turister og andre som er her på arbeidstillatelse. Fordi disse barna, sammen med foreldrene, kommer fra land som er har godt utbygget og fungerende helsevesen. Barn av arbeidsinnvandrere fra Polen og turister fra Amerika kan tjene som eksempler. Men også tidligere asylsøkere fra land som for eksempel Palestina og Pakistan kan være aktuelle kandidater. Departementet kom også med en relevant uttalelse i Høringsnotatet: «Utgangspunktet skal være at pasienten skal benytte seg av helsetjenestetilbudet i sitt hjemland.»

Forskriften § 4 taler om at helsehjelp ikke skal gis hvis «hensynet til barnet» tilsier at slik hjelp ikke skal ytes. Tolkningen av forskriften peker hen på de tilfeller hvor barnet skal forlate landet innen kort tid, og hvor behandlingen er til skade å avbryte. Gjennomgangen jeg har foretatt i de foregående avsnitt viser at det først og fremst må påvises at behandlingen ikke kommer til å bli fullført, og at det er først da «hensynet til barnet» kan begrunne at helsehjelp ikke skal ytes. I dette tilfellet, hvis det forholder seg slik at barnet kan gjenoppta behandlingen i hjemlandet, er det vanskelig å argumentere mot at barnet har rett til å starte behandlingen i Norge.

Spørsmålet er om staten er forpliktet til å påse at barnets hjemland har et helsevesen som er tilgjengelig og av en viss kvalitet. Hvis først behandlingen startes med den forutsetning at behandlingen skal sluttføres, kan det være et argument i retning av at staten har et ansvar for å sørge for at behandlingen blir fullført på en tilfredsstillende måte. Og ikke minst, at barnets hjemland har et helsevesen med ressurser til faktisk å følge opp behandlingen og at barnet faktisk får helsehjelp.

Det er imidlertid ikke anledning til å sette et krav om at behandlingen må være av lik kvalitet som i Norge. Normalsituasjonen er at svært få land tilbyr helsehjelp av den kvalitet som finnes i Norge, og det må forventes at behandlingen i andre land vil være dårligere.⁵³ Selv om dette er tilfellet må det likevel kunne stilles et minstekrav til kvaliteten i behandlingstilbudet. For at alternativet om å fullføre behandlingen i hjemlandet skal kunne fremstå som et realistisk alternativ er det et poeng at behandlingen blir fullført på en medisinsk forsvarlig måte.

Som nevnt er det en differensiert gruppe barn det er tale om, og for de fleste irregulære vil muligens ikke dette være et alternativ. Men for ressurssterke familier som befinner seg ulovlig i Norge nærmest av ren uaktsomhet, kan dette fremstå som et realistisk alternativ.

Konklusjonen blir at barnet har rett til å starte på en behandling i Norge som kan fullføres i barnets hjemland, og at helsepersonellet må foreta en vurdering av om behandlingstilbudet er av tilstrekkelig kvalitet.

⁵³ Se og Lagmannsrettens argumentasjon i en utvisningssak overfor mindreårig i LB-2011-34382 om manglende behandlingstilbud i Irak som et mulig grunnlag for opphold i Norge.

4.7 En vurdering av § 4 og «hensynet til barnet» i forhold til BK

Spørsmålet er om avskjæring av helsehjelp ut fra «hensynet til barnet» er forenelig med BKs krav om lik tilgang til helsehjelp for alle som oppholder seg i Norge, jf. art. 24 jf. art. 2.

Først vil jeg foreta en nærmere analyse av hvilke interesser departementet ønsker å verne gjennom en formulering som bruker hensynet til barnet for å avskjære helsehjelp. Deretter vil jeg holde resultatet opp mot BK. Jeg kommer i dette avsnittet til å problematisere «hensynet til barnet» opp mot hensynet til barnets beste. Det er paradoksalt at «hensynet til barnet» tilsier at helsehjelp ikke skal ytes, mens BK synes å forutsette at helse er grunnleggende viktig for liv og utvikling, som vil føre til at barnets beste er å motta behandling. Hensynet til barnet og barnets beste kan ikke på én og samme tid være å motta, og ikke å motta, behandling. Det kan være grunn til å se nærmere på hvorvidt «hensynet til barnet» i forskrift om tjenester til personer uten fast opphold § 4 representerer noe annet enn hensynet til barnets beste slik det kommer til uttrykk i BK art. 3 og som et prinsipp i norsk rett forøvrig. Spørsmålet er om innvandringsregulerende hensyn ligger til grunn for ikke å yte helsehjelp av hensyn til barnet.

Bakgrunnen for hvorfor barnet ikke har rett til å motta helsehjelp, er at barnet skal forlate landet innen kort tid. I de tilfellene barnet skal forlate landet er det et poeng at staten har mulighet til å effektivt vedta, herunder en mulighet til å transportere irregulære ut av landet. Denne muligheten kan svekkes hvis barnet har igangsatt en behandling som ikke uten videre kan avbrytes. Å kunne ha mulighet til å transportere ut barna og familiene er et *innvandringsregulerende hensyn*, som dermed indirekte ligger som en legislativ begrunnelse for denne delen av forskriften.

På den annen side kan det argumenteres med at myndighetene uansett vil transportere ut barnet, uavhengig av om barnet er under behandling eller ikke. Sagt på en annen måte, at myndighetene ikke tar hensyn til pågående behandling ved gjennomføring av tvangsretur. Hvis det er tilfellet, kan det være til barnets beste at behandlingen ikke igangsettes, så fremst det medfører skade for barnet å avbryte behandlingen i forbindelse med utreisen. Dette trekker i retning av at barnets beste er sentral i vurderingen. Argumentet er imidlertid ikke av særlig tyngde, ettersom det er lite sannsynlig at det er forholdsmessig å transportere ut et barn som mottar behandling, se pkt. 5.2.

I forlengelsen av det foregående, kan det diskuteres om selve utreisen i seg selv kan være til barnets beste. Med andre ord, at det er av hensyn til barnets beste at det blir transportert ut av landet. Bakgrunnen for et slikt synspunkt er at det beste for barnet er å vokse opp i stabile omgivelser, og at et liv som irregulær i Norge ikke er en situasjon som er ønskelig for barnet å vokse opp i. Et eksempel på at Høyesterett har vurdert utvisning å være til barnets beste er Ashok-dommen.⁵⁴ Dommen er på den annen side ikke direkte relevant, ettersom helse ikke var et spørsmål. Like fullt illustrerer dommen at effektivisering av utreise er vurdert å være til barnets beste. Hvis det er tilfellet, at

⁵⁴ Rt. 2009 s. 1261.

barnets beste er returnering, kan det trekke i retning av at forskriften har barnets beste som et underliggende hensyn.

På den annen side er det et poeng i hvilken rekkefølge grunnleggende behov må prioriteres. At det er bra for barnet å vokse opp i stabile omgivelser, er det vanskelig å argumentere mot. Det er imidlertid en forutsetning for å vokse opp, at barnet har en god helse. Å avskjære eller utsette behandling kan føre til at barnets livskvalitet og muligheter for å leve et langt liv svekkes. Det taler for at barnets beste først og fremst er å oppnå en god helsestandard, som er full tilgang til medisinsk behandling uavhengig av utreisetsituasjonen.

I tillegg skal barnets beste være en konkret vurdering i forhold til hvert enkelt barn. Det kan synes som at forskriften legger opp til en konkret vurdering ut fra formuleringen hensynet til *barnet*, i bestemt form entall. Men som gjennomgangen tidligere viser, tar formuleringen sikte på en konkret vurdering i forhold til å klarlegge et visst faktum rundt barnet. Hvis barnet skal reise, og dette er kjent for helsepersonellet, pålegger forskriften, på et generelt grunnlag, helsepersonellet å prioritere utreisen fremfor behandling. Dermed er det ikke en konkret vurdering i forhold til barnets oppvekstsituasjon, men i forhold til barnets utreisetsituasjon. Og sett i sammenheng med barnets beste som er å motta behandling, er utreisen unektelig en lovfastsatt prioritering foretatt av departementet. Dette taler for at det er innvandringsregulerende hensyn som begrunner at helsehjelp ikke skal ytes.

Konklusjonen er at innvandringsregulerende hensyn har fått gjennomslag fremfor barnets beste ved utformingen av forskriften.

Spørsmålet i neste omgang blir om det er forenelig med BK å avskjære helsehjelp til irregulære barn begrunnet i innvandringsregulering.

For å besvare spørsmålet er det nødvendig med en gjennomgang prinsippet om barnets beste som et grunnleggende hensyn, og hvilken gjennomslagskraft andre hensyn har i forhold til barnets beste. Det foreligger omfattende litteratur på feltet. Jeg har gjort et utvalg av litteratur som mer direkte berører den aktuelle problemstillingen.

Barnets beste kommer til uttrykk i BK art. 3 hvor det heter at «[v]ed alle handlinger som berører barn ... skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.»

For å starte i ordlyden til art. 3, som er det alminnelige utgangspunkt for tolkning av konvensjoner, skal barnets beste være «et grunnleggende hensyn». I originalteksten heter det at barnets beste skal være «a primary consideration». Ordlyden, både i norsk oversettelse og engelsk originaltekst, stenger ikke for at andre hensyn kan være relevante i avgjørelser som berører barn. Freeman argumenterer opp mot at det opprinnelige forslaget i art. 3 lød at barnets beste skulle være «the paramount consideration», eller på norsk «det eneste hensynet».⁵⁵ At denne ordlyden ikke ble vedtatt bruker Freeman som et argument for at det er rom for at andre hensyn, for eksempel at «justice» and society at large» kan tas i betraktning.⁵⁶ Ordlyden åpner for at andre hensyn enn hensynet til barnet er relevante i vurderingen, som trekker i retning av at innvandringsregulerende hensyn kan få gjennomslag fremfor hensynet til barnets beste.

⁵⁵ Michael Freeman, «Article 3. The Best Interest of the Child», i A. Alén mfl., A Commentary on the Convention on the Rights of the Child, 1. Utgave, Leiden, 2007 (heretter Freeman 2007) s. 60.

⁵⁶ Freeman, 2007, s. 61.

Barnekomiteen har imidlertid kommet med en uttalelse i forbindelse med behandlingen av enslige, mindreårige asylsøkere. I generell kommentar nr. 6 uttaler komiteen følgende:⁵⁷

Exceptionally, a return to the home country may be arranged, after careful balancing of the child's best interests and other considerations, if the latter are rights-based and override best interests of the child. Such may be the case in situations in which the child constitutes a serious risk to the security of the State or to the society. Non-rights-based arguments such as those relating to general migration control, cannot override best interests considerations.

Barnekomiteen uttrykker at argumenter som ikke står i forbindelse med andres rettigheter, men som er av hensyn til samfunnsinteresser, ikke kan få gjennomslag fremfor hensynet til barnets beste. Uttalelsen har vidtrekkende konsekvenser, og det kan reises spørsmål om hvilken vekt den bør tillegges. Uttalelsen er ikke fulgt opp i senere praksis fra komiteen, og gjelder spørsmålet for enslige mindreårige, hvilket svekker vekten av utsagnet. Like fullt trekker det i retning av varsomhet ved å la innvandringsregulerende hensyn få gjennomslag fremfor hensynet til barnets beste.

Hvilken vekt de ulike hensynene skal ha etter en konkret vurdering fremstår som uklart. Men det er kommet kritikk i internasjonal litteratur rettet mot New Zealand og Australia for å føre en politikk hvor innvandringsregulerende hensyn på et generelt grunnlag veier tyngre enn hensynet til barnets beste.⁵⁸ Det kan derfor tale for at forskriftens prioritering av innvandringsregulering på et generelt grunnlag ikke vil være forenelig med BK. Forskriften prioriterer på forhånd innvandringsregulerende hensyn fremfor hensynet til barnets beste, uten en konkret vurdering, og det er tvilsomt om en slik løsning er forenelig med BK.

Konklusjonen er at det er uklart om formuleringen «hensynet til barnet» er i strid med BK.

4.8 Tilgang til fastlege for irregulære barn

Forskrift om tjenester til personer uten fast opphold regulerer tilgangen til spesialisthelsetjeneste og helse- og omsorgstjeneste fra kommunen. Det er derfor forskriften som danner grunnlag ved å fastsette hvilken tilgang irregulære barn har til helsetjenester fra kommunen.

Kommunen har blant annet ansvaret for «utredning, diagnostisering, behandling», jf. helse- og omsorgstjenesteloven § 3-2 nr. 4. Det presiseres videre at dette blant annet omfatter ansvaret for en fastlegeordning. Tidligere var ordningen regulert i kommunehelsetjenesteloven § 2-1a, hvor personer som var lovlig bosatt hadde tilgang til fastlege.⁵⁹

Retten til å stå på liste hos fastlege er nå nedfelt i pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1c. Bestemmelsen gir «[e]nhver som er bosatt» i norsk kommune rett til å stå på liste hos fastlege. Vurderingen av hvem som er «bosatt» knytter seg til om personen er

⁵⁷ General Comment no. 6 (2005): Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin (CRC/ GC/ 2005/6) avsn. 86.

⁵⁸ Se referanse til Freeman 2004 s. 174–177 i Høstmølingen mfl., 2012 s. 293.

⁵⁹ Jf. daværende Sosial- og helsedepartement sine uttalelser i Ot.prp. nr. 45 (2002-2003) s. 58.

folkeregistrert, og det er et krav om lovlig opphold for å registrere seg folkeregisteret i Norge.⁶⁰ Personer uten lovlig oppholdstillatelse faller dermed utenfor fastlegeordningen.⁶¹

Det samme fremgår av forskrift om tjenester til personer uten fast opphold. I utgangspunktet har departementet benyttet sin fullmakt til å innsnevre virkeområdet til pasrl. kapittel 2, jf. § 1-2. Irregulære barn er imidlertid gitt en utvidet tilgang etter forskriften § 4, og pasrl. §§ 2-1a og 2-1b gjelder fullt ut overfor irregulære barn. Den utvidete adgangen omfatter ikke rett til fastlege etter § 2-1c, hvilket òg er presisert uttrykkelig i merknadene til endringsforskriften av juni 2011. Det gis ingen begrunnelse til hvorfor barn er unntatt denne retten, og det må ses hen til den generelle begrunnelsen gitt i forarbeidene til pasient- og brukerrettighetsloven.

I forarbeidene til pasrl. § 2-1c nevnes det kort hvorfor personer som ikke er bosatt ikke har rett til å stå på liste hos fastlege.⁶² Grunnen er at fastlegeordningen forutsetter varighet og en oppbygging av et lege- pasientforhold. Når personer kun oppholder seg midlertidig i en kommune ivaretas ikke den tiltenkte kontinuiteten bak fastlegeordningen. Men to tredjedeler av irregulære barn er tidligere asylsøkere, og det fremgår uttrykkelig av pasrl. § 2-1 at asylsøkere har rett til fastlege i Norge. Det betyr at mange av de irregulære barna allerede har opparbeidet seg et forhold til en fastlege, og det vil virke motstridende om denne kontinuiteten da plutselig skulle opphøre når dato for endelig utreisefrist ble passert. Her illustreres behovet for et mer differensiert regelverk overfor irregulære barn. Hensynet kommer klart til anvendelse hos irregulære barn som faktisk forlater landet innen 2-3 uker, men gjør seg i svært liten grad gjeldende overfor barn som er tidligere asylsøkere uten returmuligheter eller som faktisk ikke returnerer.

Norsk helselovgivning er likevel klar på dette punktet. Irregulære barn har ikke rett til å stå på liste hos fastlege.

Manglende rett til fastlege utelukker imidlertid ikke at irregulære barn har rett til et tjenestetilbud av lik kvalitet som fastlege hvis oppholdet er av en viss varighet.⁶³ Signalet fra departementet er at barna skal ha rett på helsetjenester fra allmennhelsetjenesten og spesialisthelsetjenesten på lik linje med norske barn, med mindre barnet skal reise. Lovgiversignalet kan dermed trekke i retning av at irregulære barn som ikke skal forlate landet innen kort tid har full tilgang til helsetjenester i Norge, inkludert et fastlegetilbud eller et annet tilbud av tilsvarende kvalitet. En slik tolkning vil være forenelig med BK art. 24 jf. art. 2 som sikrer alle barn lik tilgang til helsetjenestene.

Det må dermed være trygt å konkludere med at irregulære barn som har et mer varig opphold har rett til et tjenestetilbud av lik kvalitet som fastlegeordningen innebærer.

⁶⁰ Prop. 91 L (2010–2011) kapittel 48, Forskrift om folkeregistrering av 9. September 2007 nr. 1268 § 4-2, gitt med hjemmel i lov om folkeregistrering.

⁶¹ Prop. 91 L (2010–2011) kapittel 48.

⁶² op.cit. note 60.

⁶³ Søvig 2009 s. 130.

4.9 Finnes det et øvre tak for hva Norge er forpliktet til å yte av helsetjenester etter BK?

I dette avsnittet skal jeg drøfte om det finnes et øvre tak for hva Norge er forpliktet å yte av helsehjelp til irregulære barn. Departementet antar i sitt høringsnotat til prioriteringsforskriften § 1 at BK ikke gir irregulære barn et krav om helt tilsvarende rettigheter som barn med lovlig opphold.⁶⁴ Departementet antar at BK art. 24 må leses i lys av ressurs hensynet, som setter grenser for hvor langt irregulære barn sine helse rettigheter rekker. I tillegg har staten forpliktet seg til å benytte hele sitt ressursgrunnlag for å oppnå høyest mulig helsestandard for alle barn, jf. BK art. 4. Dette fremgår ikke av selve forskriftsteksten, men det kan argumenteres for at forskriften følger BK, og at irregulære barn ikke har krav på helsehjelp ut over hva Norge er forpliktet til å yte etter BK.

Det finnes flere innfallsvinkler til spørsmålet om det er et øvre tak hvor hva Norge plikter å yte av helsetjenester til irregulære barn, og ulike forfattere har valgt ulike innfallsvinkler. På den ene siden kan spørsmålet knyttes opp til likebehandlingsprinsippet, i lys av artikkel 24. Herunder om likebehandlingsprinsippet gjelder fullt ut overfor irregulære barn. En annen innfallsvinkel er å ta utgangspunkt i en full tilgang til helsetjenester, for å så vurdere hvor langt staten ut fra ressurs hensyn og innvandringsregulerende hensyn kan gå i å avskjære helsetjenester overfor irregulære barn.

Hvorvidt art. 24 åpner for å avskjære helsehjelp er usikkert. Det fremgår ikke av bestemmelsen på hvilket grunnlag avskjæring kan foretas eller indikasjoner på balansering av motstridende hensyn ved slik avskjæring. Det er derfor mest hensiktsmessig å ta utgangspunkt i rekkevidden av art. 24 i lys av likebehandlingsprinsippet.⁶⁵

Spørsmålet om hvor langt art. 24 jf. art. 2 rekker i norsk rett overfor irregulære barn er reist av blant annet Halvorsen og Søvig.⁶⁶ Halvorsen problematiserer om likebehandlingsprinsippet skal gjelde fullt ut innenfor spesialisthelsetjenesten for irregulære barn. Hun tar særlig opp spørsmålet i forhold til de tilfeller hvor behandlingen er langvarig og ressurskrevende, og tilfeller hvor behandling kan komme på kant med innvandringsreguleringen. Hun setter problemet på spissen ved å bruke nyresvikt med livsvarig dialyse og transplantasjon som eksempel. Spørsmålet blir imidlertid kun reist, og Halvorsen drøfter ikke hvor langt likebehandlingsprinsippet faktisk rekker. Søvig følger opp spørsmålet i sin utredning, og gjennomgår relevant praksis fra Barnekomiteen for å fastsette rekkevidden av art. 24. Søvig tar til orde for at retts situasjonen er uklar, men at uttalelser fra barnekomiteen kan trekke i retning av at likebehandlingsprinsippet ikke gjelder fullt ut.

Jeg vil i det følgende foreta en selvstendig gjennomgang av relevante rettskilder, herunder barnekomiteens merknader og juridisk litteratur som omtaler rekkevidden av BK. Fremgangsmåten jeg har benyttet for å finne relevante uttalelser fra barnekomiteen,

⁶⁴ Høringsnotat 2010 s.12.

⁶⁵ Abramson 2008 s. 40 flg.

⁶⁶ Halvorsen i Høstmølingen mfl. 2008 s. 164–166, Søvig 2009 s. 131–132 og s. 127–129.

er å gå igjennom avsluttende merknader fra Barnekomiteen til en rekke utvalgte land. Landene jeg har valgt ut er for det meste land Norge kan sammenlignes med, altså først og fremst nordiske og andre vestlige land. Jeg har ikke sett på avsluttende merknader knyttet til land som ikke er europeiske. Barnekomiteen har i begrenset omfang kommentert irregulære barn sin rettsituasjon i de merknadene jeg har gjennomgått. Men komiteen har kommet med merknader til Norge, Sverige, Nederland og Italia som jeg vil gjennomgå i det følgende.

Jeg starter i Barnekomiteens merknader til Norge. Barnekomiteen uttrykte bekymring for barn med avslag på asylsøknaden som ble værende i Norge. Komiteen var bekymret for at rettighetene til irregulære barn ikke var tilstrekkelig lovfestet i norsk rett og at dette gikk ut over den faktiske tilgangen til å kreve rettighetene innfridd. Komiteen påpekte i sin første rapport til Norge:⁶⁷

The Committee notes that all children who have had their asylum requests rejected but remain in the country have had their rights to health care and education provided de facto but not de jure. It is the view of the Committee that such services should be provided as a matter of principle according to the letter and spirit of articles 2 and 3 of the Convention⁶⁸

Dette sitatet kan tolkes dit hen at alle barn er sikret like rettigheter etter konvensjonen, også irregulære barn. Så langt kan dette sitatet brukes til å støtte opp under at likebehandlingsprinsippet gjelder for irregulære barn. Rekkevidden blir imidlertid ikke direkte kommentert.

I sine merknader til Norges andre rapport uttrykte Barnekomiteen fremdeles bekymring for irregulære barn sine formelle rettigheter. Bekymringene kommer til uttrykk i avsnitt 20 og 21:⁶⁹

The Committee expresses appreciation of the State party's efforts to ensure that, in practice, children within Norwegian jurisdiction, including those whose presence is not in line with legal requirements, benefit from the rights defined in the Convention. The Committee expresses its concern, nevertheless, that this principle is not established in all relevant domestic legislation, that the absence of a legal guarantee may deprive some children without Norwegian nationality of their rights, and that some limitations are placed on these children's access to health and education services. ... The Committee recommends that the State party consider the full, including long-term impact of this situation on the rights of children without Norwegian nationality and without legal status living within Norwegian jurisdiction. The Committee further encourages the State party to consider amendments to national legislation which would ensure the full applicability of article 2 of the Convention.

I den andre rapporten er komiteen mer tydelig på at likebehandlingsprinsippet sikrer irregulære barn full tilgang til rettighetene etter konvensjonen. Den konsekvente oppfølgingen fra Norges første rapport og en klar og tydelig oppfordring til å sikre likebehandling for alle barn, trekker klart i retning av at likebehandlingsprinsippet gjelder fullt ut for irregulære barn.

⁶⁷ CRC/C/15/Add. 23, avsn. 12.

⁶⁸ Den samme bekymring kommer også til uttrykk i merknadene til Danmarks første rapport, CRC/C/15/Add. 133, avsn.14.

⁶⁹ CRC/C/15/Add. 126, avsn. 20 og 21.

I de øvrige merknadene til Norges fire rapporter nevnes ikke irregulære barn spesielt utover det som er gjengitt over. Av dette kan det muligens slutes at Norge fulgte opp Barnekomiteens anbefalinger på en tilfredsstillende måte. Den tredje rapporten kom i 2005, hvilket betyr at den kom etter at BK ble inkorporert i norsk rett i 2003. På helserettens område forelå det imidlertid fremdeles tvil om rekkevidden av irregulære barn sine helserettigheter i 2005. Men det var antatt at irregulære barn hadde lik tilgang til helsetjenester som barn med lovlig opphold, og da med hjemmel i BK som ved motstrid går foran alminnelig lov, jf. menneskerettighetsloven § 3. Ut fra at Norge ikke fikk noen ytterligere oppfordring som i de foregående rapporter til å sikre irregulære barn sine rettigheter, kan det legges til grunn at Norge i 2005 utøvet et likebehandlingsprinsipp som var i tråd med BK. Det fremstår imidlertid som usikkert hvilket likebehandlingsprinsipp Norge faktisk utøvet. En annen forklaring kan være at de tema Barnekomiteen tar opp langt på vei samsvarer med statenes rapporter, og andre sivile (NGOer) som sender inn såkalt «skyggerapporter», og at temaet ikke ble brakt opp i disse rapportene.⁷⁰

Av andre relevante observasjoner er FNs barnekomité sine merknader til Sverige. Barnekomiteen ga uttrykk for at Sveriges behandling av irregulære barn ikke var konvensjonsmessig. I Sverige sin andre rapport anbefaler komiteen i avsnitt 11 følgende:⁷¹

... the Committee notes with concern that the principle of non-discrimination is not fully implemented for the children of illegal immigrants, the so-called «children in hiding». The Committee recommends to the State party that it review its policies, with a view to expanding the services available to illegal-immigrant children beyond the provision of emergency health services.

Barnekomiteen oppfordrer Sverige til å utvide helsetilbudet til irregulære immigranter. Barna har rett til helsetjenester, og helsetjenestene må favne videre enn kun rett til øyeblikkelig hjelp. Komiteen tilstår riktignok irregulære barns rettigheter, men det blir ikke uttrykkelig oppfordret til at Sverige skal sikre fullt ut like helsetjenester til barna. Sverige blir kun oppfordret til å sikre grunnleggende helsetjenester ut over akutt helsehjelp. Merknaden kan dermed støtte opp under at likebehandlingsprinsippet ikke gjelder fullt ut, men at barna i alle tilfeller har rett til grunnleggende helsetjenester ut over øyeblikkelig hjelp.

Komiteen følger opp i Sveriges tredje rapport med følgende:⁷²

... The Committee ... regrets that some of the concerns and recommendations have been insufficiently addressed, particularly those contained in paragraphs 11 (discrimination against «children in hiding») ...

⁷⁰ Høstmølingen mfl. 2012 s. 22.

⁷¹ CRC/C/15/Add. 101, avsn. 11.

⁷² CRC/C/15/Add. 248, avsn. 4.

Videre i merknadene blir særlig manglende tilgang til utdanning fremhevet.⁷³

... Children without resident permit, in particular children «in hiding», do not have access to education ... The Committee recommends that the State party pursue its efforts to ensure that ... All children enjoy the right to education, including children without resident permit, and “children in hiding ...

Her har barnekomiteen uttalt seg i forbindelse med rett til skole. Retten til skole har imidlertid en noe mer bastant ordlyd i art. 28, og retten er antatt å være unntaksfri.⁷⁴ Ordlyden i § 24 om rett til helse er mer romlig og kan i større grad tolkes innskrenkende.⁷⁵ Det er med på å svekke uttalelsens vekt i forhold til å konstatere rekkevidden av likebehandlingsprinsippet overfor helsetjenester. Uttalelsen er imidlertid av verdi i den grad den anerkjenner irregulære barn sin rett til ikke å bli diskriminert. Barnekomiteen gir uttrykk for at irregulære barn skal ha lik tilgang til rettighetene etter konvensjonen som svenske barn. Med noe begrenset vekt kan uttalelsen trekke i retning av at likebehandlingsprinsippet rekker svært langt.

I Sveriges fjerde rapport uttrykker komiteen en bekymring for irregulære barn sin tilgang til helsetjeneste:⁷⁶

The Committee welcomes the new Act on health care for asylum-seekers (2008:344) that provides asylum-seekers and former asylum-seekers or «children in hiding» with a right to health care and medical service under the same conditions as children legally residing in the country. However, the Committee is concerned that undocumented children only have a right to urgent medical care, with no subsidies. ... The Committee recommends that the State party take the necessary steps to ensure that all children, including undocumented children, have a right to health care and medical services under the same conditions as children legally residing in the country.

Her er komiteen klar på at irregulære barn skal ha tilgang til helsetjenestene på samme vilkår som barn med lovlig opphold i Sverige. Hvorvidt dette peker tilbake på at barna skal ha rett til finansierte tjenester og tjenester ut over øyeblikkelig hjelp, eller om det peker tilbake på et fullt ut likebehandlingsprinsipp, er imidlertid usikkert. Sverige vedtok i 2008 en ny lov som sikret at organer på regionalt nivå skulle tilby helsetjenester til asylsøkere og andre. Loven møtte imidlertid kritikk, ettersom den kunne tolkes dit at såkalte «gömde» barn ikke var omfattet av loven og dermed avskåret fra å motta grunnleggende helsehjelp. Slik er det ikke i praksis, og irregulære barn i Sverige har lik tilgang til helsehjelp som asylsøkende barn.⁷⁷ Det har blant annet vært usikkert om barna har tilgang på gratis helsehjelp. I den grad dette er tilfellet kan muligens ikke uttalelsen tas til inntekt for full likebehandling, men at irregulære barn skal ha tilgang til helsehjelp ut over akutt hjelp og hjelp som ikke kan vente. Og at denne hjelpen skal gis på samme

⁷³ CRC/C/15/Add. 248, avsn. 37–38

⁷⁴ Mieke Verheyde, «Article 28. The Right to Education» i A. Alén mfl., A Commentary on the Convention on the Rights of the Child, 1. utgave, Leiden 2006 (heretter Verheyde 2006) s. 17, Abramson 2008 s. 12.

⁷⁵ Søvig 2009 s. 118.

⁷⁶ CRC/C/SWE/CO/4 avsn. 60–61.

⁷⁷ Kirkens bymisjon s. 23, Høringsnotat 2010 s. 9 og svensk Lag (2008:344) om hälso- och sjukvård åt asylsökande mfl. § 5.

vilkår som til barn med lovlig opphold. I Sverige og i Norge innebærer det sterkt subsidierte helsetjenester.

Det blir derfor interessant når barnekomiteen kommer med sine anbefalinger til Nederland:⁷⁸

The Committee is concerned about the access to health care for migrant children without a residence permit. ... The Committee recommends that the State party take appropriate measures to make sure that all children in its territory have access to *basic health care* (min kursivering).

I Søvig sin fremstilling trekkes fram at bruken av ordene «basic health care» kan underbygge en avskjæring av de ytelser som ikke er av sentral karakter, men presiserer at ordlyden i slike merknader har begrenset vekt.⁷⁹ Helt eksplisitt uttales det imidlertid at irregulære barn har rett til grunnleggende helsetjenester, og sett i lys av gjennomgangen over kan denne uttalelsen tjene til å oppsummere meningsinnholdet i de øvrige merknadene som er sitert.

I sine merknader til Italia sin tredje og fjerde rapport presiserer imidlertid barnekomiteen at irregulære barn skal ha lik tilgang til helsetjenester som lovlige bosatte barn.⁸⁰

The Committee expresses deep concern at restrictions in terms of access to health care, education and other social services for children of irregular migrants, noting that families without a residence permit have no right to social services ... The Committee reminds the State party that the rights stipulated in the Convention should not be limited to children who are citizens of a State party but must extend to all children irrespective of their immigration status, and recommends that the State party:

(a) Review the Immigration Act with a view to ensure migrant children *equal* rights to education, health and other social services ... (min kursivering).

Gjennomgangen viser ganske klart at Barnekomiteen har vist varsomhet med å uttale seg om rekkevidden av likebehandlingsprinsippet. Det som sikkert kan legges til grunn er at likebehandlingsprinsippet sikrer alle barn retten til grunnleggende helsetjenester. Og komiteen virker tilfredsstillt når rett til helsetjenester ut over øyeblikkelig hjelp blir fastsatt i lov, jf. rapportene til Norge og Sverige, og når barna har lik tilgang til grunnleggende helsetjenester som andre barn i landet på like vilkår. Uttalelsene er av begrenset vekt, og særlig når uttalelsene ikke er entydige.

I juridisk litteratur har Røsæg tatt til orde for at forarbeidene («travaux preparatoires») til BK kan tjene som tolkningsbidrag til at innvandringspolitiske hensyn ikke kan avskjære helsetjenester til irregulære barn, og at likebehandlingsprinsippet gjelder fullt ut overfor alle barn.⁸¹ Forarbeidene er imidlertid en rettskilde som ikke kan

⁷⁸ CRC/C/NLD/CO/3 avsn. 51- 52.

⁷⁹ Søvig 2009 s. 129.

⁸⁰ CRC/C/ITA/CO/3-4 avsn. 68- 69.

⁸¹ Erik Røsæg, Asylsøkerbarns sosiale rettigheter, LoR 1998 s. 141(heretter Røsæg 1998) på s. 142-143.

tillegges avgjørende vekt, og BKs merknader har større tyngde når det kommer til å tolke rekkevidden av konvensjonen.⁸²

Halvorsen impliserer at konsekvensen av å tilkjenne irregulære barn fulle rettigheter til helsetjenester bærer med seg store konsekvenser økonomisk. Usikkerheten rundt konsekvensene av et absolutt likebehandlingsprinsipp gjør at Halvorsen er varsom med å konkludere hva rekkevidden angår.

Annen juridisk litteratur som omtaler likebehandlingsprinsippet helt generelt, tar også til orde for at prinsippet kan praktiseres ulikt overfor ulike grupper barn. Det har imidlertid vært vanskelig å komme over relevant internasjonal litteratur som drøfter problemstillingen. Heyerdahl nevner under sin gjennomgang av art. 2 at forpliktelsen kan variere overfor barn ut fra varigheten på oppholdet i landet.⁸³ I følge Heyerdahl må forskjellsbehandlingen vurderes konkret ut fra rettigheten det gjelder og de hensyn som er med på å begrunne forskjellsbehandlingen. Hun finner støtte for synet i Redd Barna/Grøslund hvor det uttales at «barn som oppholder seg ulovlig i landet, har også krav på grunnleggende vern etter konvensjonen.»⁸⁴ Deres tolkninger av konvensjonen viser at det er et rom for ikke å la likebehandlingsprinsippet gjelde fullt ut overfor irregulære barn. Det samme viser Barnekomiteens uttalelser, selv om de er uklare og av begrenset vekt. Søvig konkluderer som nevnt med at situasjonen er usikker. Det er i alle fall helt sikkert at irregulære barn har rett til grunnleggende helsetjenester på like vilkår som andre barn. Ut over grunnleggende helsetjenester kan det la seg argumentere for at konsekvensen av å la likebehandlingsprinsippet gjelde fullt ut for statene er svært tyngende, og at en slik anvendelse av art. 2 kan ha vidtrekkende konsekvenser.

Konklusjonen er at det er uklart om det finnes et øvre tak for hva Norge plikter å yte av helsetjenester til irregulære barn.

Her kan det være grunn til å minne om at helsepersonell ikke har hjemmel i norsk rett til å avskjære helsehjelp ut fra ressurshensyn, jf. forskriften § 4. Altså har Norge sikret irregulære barn tilgang til all form for behandling, uavhengig av om BK eventuelt ikke forplikter Norge til å yte slik behandling. For eksempel har irregulære barn et krav, etter norsk rett, til å stå på venteliste for organdonasjon. Dette er en rettighet som det er uklart om Norge er forpliktet til å yte, jf. drøftelsen over. Forskriften sikrer dermed at irregulære barn får en slik tilgang til alle former for helsetjenester.

4.10 Gravide sin tilgang til kommunehelsetjeneste og spesialisthelsetjeneste

Som utgangspunkt har fremstillingen barn i fokus. Selve fosteret er ikke vernet etter BK.⁸⁵ I stedet er gravidens rettigheter inntatt i BK. Det er fordi mors helse under svangerskapet står i direkte sammenheng med barnets helse og barnets livskvalitet.

⁸² Jf. internasjonale tolkningsprinsipper nedfelt i WK art. 31.

⁸³ Høstmølingen mfl. 2008 s. 43–44.

⁸⁴ Redd Barna, Barnekonvensjonen. Rettigheter for barn i Norge, samlet og redigert av Anne Margrethe Grøslund, Tano, Oslo 1993 s. 30.

⁸⁵ Se Søvig 2009 s. 123 med videre henvisninger.

Handlinger mor foretar seg under graviditeten, som for eksempel tobakksbruk, får store konsekvenser for barnet som vokser opp.

Etter BK har gravide rett til helsehjelp før og etter fødselen, jf. art. 24 nr. 2 bokstav b. De samme rettighetene er anerkjent de gravide i forskrift om tjenester til personer uten fast opphold § 5 bokstav b. I forskriften heter det at gravide personer uten lovlig opphold har rett til «nødvendig helsehjelp før og etter fødsel.» Retten til hjelp *under* selve fødselen følger av retten til øyeblikkelig hjelp etter forskriftens § 3.

I høringsnotatet til prioriteringsforskriften ble det nokså samvittighetsfullt foretatt en gjennomgang av hva svangerskapsomsorg innebærer.⁸⁶ Og det legges til grunn at gravide uten lovlig opphold har lik rett som andre kvinner til kontroller og oppfølging i forbindelse med graviditeten. I høringsnotatet heter det at alle gravide kvinner har rett til «ultralyd og andre medisinske undersøkelser og prøver».

Gravide kvinner uten lovlig opphold har dermed lik tilgang til helsehjelp under svangerskap og barsel som norske kvinner.

En observasjon er at departementet gir gravide helserettigheter ut over hva Norge minimum er forpliktet til å yte av svangerskapskontroll etter WHO sin generelle standard.⁸⁷ En grunnleggende forskjell er imidlertid at i motsetning til barn, er det i stor grad antatt at gravide selv må bære kostnadene for helsehjelpen de mottar, både før, under og etter fødsel.⁸⁸

4.11 Oppsummering

En kort oppsummering av barnas tilgang til helsetjenester er at barn som ikke skal forlate landet innen kort tid har full tilgang. Med andre ord foreligger det ikke noen hjemmel for å avskjære helsehjelp til barn som antas å være i landet en stund fremover.

Gjennomgangen viser at det kan reises diskusjon rundt hvorvidt Norge er forpliktet til å yte omfattende spesialiserte helsetjenester overfor irregulære barn. Det er derfor uklart hvorvidt et barn som ikke har lovlig opphold har et krav om å bli satt på venteliste til for eksempel transplantasjoner etter BK, men det foreligger ingen hjemmel i Norge i dag for å avskjære slik hjelp overfor irregulære, jf. forskriften § 4.

5 Prosessuelle krav til helsevedtaket overfor irregulære barn

5.1 Innledning

Så langt har jeg tatt for meg den materielle siden av forskrift om tjenester til personer uten fast opphold og barnas tilgang til helsetjenester. Og det er den materielle siden av irregulære barns helserettigheter som for det meste har vært skrevet om i juridisk

⁸⁶ Høringsnotat 2010 s. 13.

⁸⁷ Høringsnotat 2010 s. 13.

⁸⁸ Jf. punkt 6.4.

litteratur. Et emne som fremdeles står ubehandlet er de prosessuelle reglene knyttet til vedtakene som skal treffes om å yte eller ikke å yte helsehjelp til irregulære barn. Det er disse saksbehandlingsreglene, sammen med de materielle kompetanseregler, som skal vurderes i dette kapittelet.

Med materielle kompetanseregler mener jeg mer konkret *bevisbyrde* og *beviskrav*. Selv om vurderingene henger tett sammen, kommer jeg til å skille disse fra hverandre ettersom det skaper best oversikt. Det er også vanlig å skille mellom disse to i juridisk litteratur.⁸⁹ Tett knyttet sammen med bevisreglene ligger også kravet til forsvarlig saksbehandling, nærmere bestemt undersøkelsesplikten, og domstolens kontroll med forvaltningen.⁹⁰

Jeg kommer først å foreta en gjennomgang av iverksetting av utreisevedtak (punkt 5.2), forskriftens funksjon overfor helsepersonell (punkt 5.3) og domstolens kontroll med forvaltningen (punkt 5.4).

Deretter går jeg over til reglene om forsvarlig saksbehandling (punkt 5.5 og 5.6) og reglene om bevisbyrde (punkt 5.7) og beviskrav (punkt 5.8). I fremstillingen kommer jeg til å referere til vedtaket om å yte eller ikke yte helsehjelp etter forskrift om tjenester til personer uten fast opphold § 4, som *helsevedtaket*.

5.2 Forholdsmessighet ved uttransportering

Før jeg tar fatt på bevisregler og saksbehandlingsregler knyttet til vedtaket, vil jeg innledningsvis drøfte et tema jeg under tidligere kapitler har satt spørsmålsteget ved; om det er forholdsmessig å transportere ut et barn som er under behandling som er til skade å avbryte, eller som har en livstruende diagnose.

Spørsmålet er ikke direkte relevant i forhold til irregulære barn sine helserettigheter, men er stadig tilbakevendende i de ulike diskusjoner knyttet til rettsreglenes omfang. Blant annet kan diskusjonen belyse allerede foretatte drøftelser, som punkt 4.8.1 om innvandringsregulerende hensyn sin gjennomslagskraft overfor hensynet til barnets beste. Forholdsmessighetsvurdering ved uttransportering er også en faktor for å etablere forskriftens funksjon overfor helsepersonell. Det kan for eksempel oppstå konflikt mellom politiet som skal transportere ut barnet, og legen som eventuelt sterkt fraråder at barnet forlater landet fra et medisinsk ståsted. Det presiseres imidlertid at barnets medisinske situasjon eventuelt vil inngå som et moment i en øvrig vurdering, og at type behandling og konsekvensen av å avbryte behandlingen eventuelt vil påvirke vurderingen. Men hvis det viser seg å være tilfellet at et barn under visse typer medisinske behandlinger ikke kan uttransporteres, har helsepersonellet i realiteten makt til å avgjøre hvorvidt barnet får bli eller må reise ved simpelthen å starte behandlingen. Den reelle makten som da ligger hos helsepersonellet utgjør et argument i diskusjonen av om forskriften er en styringsinstruks med plikt til ikke å yte hjelp hvor barnet skal forlate landet. Dette kommer jeg tilbake til under punkt 5.3.

⁸⁹ Graver og Strandberg som skriver utelukkende om beviskrav.

⁹⁰ Hans Petter Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, 3. utgave, Universitetsforlaget, 2007 (heretter Graver 2007) s. 486.

Jeg kommer ikke til å gi en utførlig redegjørelse for rettssituasjonen, men gi en oversiktspreget fremstilling, hvor formålet er å vise sammenhengen mellom de ulike enkeltreglene.

Det rettslige grunnlaget for uttransportering er utlendingsloven § 90 syvende ledd, jf. sjette ledd.⁹¹ Det heter i denne at «[d]ersom slikt pålegg som nevnt i sjette ledd ikke blir fulgt, utreisefrist ikke er gitt, eller det er konkrete holdepunkter for å anta at utlendingen ikke vil forlate riket innen utløpet av fristen, kan politiet føre utlendingen ut.»

Med andre ord må det foreligge et avslag på søknad om oppholdstillatelse, og utlendingen (barnet) må ha oversittet en utreisefrist. Jeg presiserer at barn i all hovedsak blir transportert ut sammen med sin familie, eller til sitt opprinnelsesland hvor barnet blir mottatt av omsorgspersoner. Hvis så barnet og familien har fått avslag og oversittet fristen kan politiet beslutte å eskortere dem ut. Denne beslutningen «regnes ikke som enkeltvedtak, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav b», jf. § 90 syvende ledd in fine.⁹²

At beslutningen ikke er et enkeltvedtak har den konsekvens at forvaltningslovens regler om blant annet begrunnelse og klage ikke kommer til anvendelse.⁹³ Politiet er likevel bundet av krav til forsvarlig saksbehandling etter de ulovfestede forvaltningsreglene, og spørsmålet er om det finnes et ulovfestet krav til forholdsmessighet knyttet til beslutninger om faktiske handlinger.

Rettskildematerialet er tynt, og det finnes ingen dommer hvor Høyesterett eksplisitt har uttalt at det eksisterer et slikt generelt forholdsmessighetskrav. Det har imidlertid vært saker oppe for Høyesterett hvor retten har satt forvaltningens avgjørelse til side med den grunn at det ikke var proporsjonalitet mellom mål og middel.⁹⁴ I juridisk litteratur er det enighet om at slikt prinsipp eksisterer, men rekkevidden av det er uklart.⁹⁵ Graver går lengst i å ta til orde for at det gjelder et slikt forholdsmessighetsprinsipp i alle avgjørelser forvaltningen tar, selv om beslutningen eller handlingen ikke er et enkeltvedtak.⁹⁶ Og Rasmussen antyder at det finnes et slikt prinsipp, og at forholdsmessighet på lovfestede områder er et utslag av det ulovfestede prinsippet.⁹⁷ Det er mye som tyder på at forvaltningens avgjørelser er underlagt en forholdsmessighetskontroll.

Det ble imidlertid avsagt to dommer av særlig interesse, hvor det uttrykkelig slås fast av domstolene at det ikke finnes et slikt generelt forholdsmessighetsprinsipp.⁹⁸ I Rt.

⁹¹ Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) av 15. mai 2008 nr. 35.

⁹² Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker av 10. Februar 1967 (fvl).

⁹³ Vigdis Vevstad, Utlendingsloven. Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her. Kommentartutgave. Universitetsforlaget, Oslo, 2010 (heretter Vevstad 2010) s. 444: unntatt krav om begrunnelse og klage omfatter pålegget om å reise og alle beslutninger som foretas i forbindelse med effektivering av vedtaket.

⁹⁴ Se bl.a. Rt. 1973 s. 460 om uforholdsmessig kort frist og Ørnulf Rasmussen, Forholdsmessighetsprinsippet i forvaltningsretten, LoR-1995–307 flg. (heretter Rasmussen 1995) for en gjennomgang av relevante dommer.

⁹⁵ Med unntak av Eckhoff og Smith.

⁹⁶ Graver 2007 s. 128–129 og Thorstein Eckhoff og Eivind Smith, Forvaltningsrett, 9. Utgave, Universitetsforlaget Oslo, 2010 (heretter Eckhoff 2010) s. 426.

⁹⁷ Rasmussen 1995 s. 311 flg.

⁹⁸ Rt. 2008 s. 560 og Rt. 2011 s. 304 avsn. 56.

2008 s. 560 fikk ikke vedkommende opphevet et innreiseforbud, og Høyesterett uttalte at det ikke fantes noe forholdsmessighetskrav i den aktuelle bestemmelsen i utlendingsloven. Retten mente at vedkommendes rettssikkerhet var tilstrekkelig ivaretatt ved selve vedtakelsen av innreiseforbudet. Graver har i presisert at dommen ikke avviser på generelt grunnlag at det eksisterer et forholdsmessighetsprinsipp i forvaltnings skjønnsutøvelse.⁹⁹ Det som i tillegg skiller problemet som drøftes her fra dommen er at rettssikkerheten ikke er tilstrekkelig ivaretatt og at det dreier seg om politiets uttransportering ved bruk av tvang. I utlendingsforskriften § 17–15 femte ledd heter det at ved uttransportering gjelder politiinstruksen så langt den passer.¹⁰⁰ I politiinstruksen § 3-1 første ledd er alle tvangshandlinger foretatt av politiet underlagt et forholdsmessighetskrav.¹⁰¹

I tillegg trekker Vevstad en grense for effektivering av utreise opp mot EMK art. 3 om forbud mot umenneskelig behandling, hvilket indikerer en forholdsmessighetsvurdering i forhold til hvilken situasjon effektivering av utreise medfører for utlendingen.¹⁰²

Med støtte i juridisk litteratur og politiinstruksen legges det til grunn at politiet er bundet av at iverksettelse av utreise må være forholdsmessig overfor barnet.

Spørsmålet er om forholdsmessighetsprinsippet stenger for at politiet kan effektivere utreisevedtak overfor barn som er under behandling som er til skade å avbryte.

Det er tre grunnleggende elementer i en forholdsmessighetsvurdering. Først må middelet være egnet til å oppnå formålet. Deretter må middelet være nødvendig, og til sist må det vurderes om middelet står i proporsjon til det formål som skal realiseres.¹⁰³ Formålet er i dette tilfellet innvandringskontroll, og middelet er uttransportering av politiet.

Det er på det rene at effektivering av utreise er egnet til å oppnå formålet om kontroll med innvandringen, og at middelet ikke kan oppnås ved andre mindre inngripende midler. Det springende punkt er om det er proporsjonalt å effektivere et vedtak overfor et behandlingstrengende barn for å oppnå kontroll med innvandringen.

Siden beslutning om effektivering av vedtaket ikke er et enkeltvedtak, og dermed unntatt krav om begrunnelse og klagemuligheter, finnes det verken dommer eller andre skrevne avgjørelser som kan tjene som grunnlag i en slik drøftelse. I juridisk litteratur er spørsmålet tatt opp i tilknytning til selve vedtaket, og hvorvidt barnets helsestandard kan føre til opphold som følge av manglende returmuligheter.¹⁰⁴ Men det er ikke foretatt en ren vurdering av forholdsmessigheten ved iverksettelse av vedtaket. Det presiseres at utlendingsvedtaket allerede har vært gjenstand for en forholdsmessighetsvurdering, jf. utl. § 70, og det er beslutningen om å iverksette vedtaket, og ikke vedtaket selv, som er gjenstand for forholdsmessighetsvurderingen her.

⁹⁹ Hans Petter Graver, Forholdsmessighet og myndighetsmisbruk i forvaltningsretten, JV 2008 s. 384.

¹⁰⁰ Forskrift om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften) av 15. oktober 2009 nr. 1286.

¹⁰¹ Alminnelig tjenesteinstruks for politiet (politiinstruksen) av 22. juni 1990 nr. 3963.

¹⁰² Vevstad 2010 s. 511.

¹⁰³ Se blant annet Eckhoff 2010 s. 424.

¹⁰⁴ Elisabeth Gording Stang, Barn, tortur og retur, IORS 2008 nr. 4 s. 1 (heretter Stang 2008).

Men enkelte utgangspunkter er likevel tilstede. For det første hvilke konsekvenser det kan få for innvandringskontrollen dersom vedtak om å forlate landet ikke blir håndhevet overfor barn under behandling. I realiteten vil det medføre at så lenge barnet befinner seg i Norge og mottar en behandling som vil medføre redusert livskvalitet å avbryte, vil barnet mer eller mindre få opphold på grunn av sykdommen alene. Og det vil igjen føre til at foreldre og søsken heller ikke kan sendes ut av landet.¹⁰⁵ For innvandringspolitikken kan dette igjen føre til økt belastning hos helsevesenet og underkjennelse av UDI sine vedtak ettersom de ikke kan effektueres hvis barnet mottar behandling. Det taler for at utsendelse av behandlingstrengende barn står i et rimelig forhold til innvandringsreguleringen.

På den annen side skal barnets beste være det grunnleggende hensyn i enhver beslutning som angår barn. Beslutningen om å iverksette vedtaket overfor barn er dermed underlagt en vurdering opp mot BK art. 3 og barnets beste. At dette hensynet òg må praktiseres i utreisesaker viser UDIs retningslinjer gitt til politiet for uttransportering av enslige mindreårige asylsøkere (EMA).¹⁰⁶ I denne heter at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn ved retur av EMA. Det presiseres òg i en generell kommentar fra Barnekomiteen om EMA at et moment i utreisevurderingen er om barnet har et pågående behandlingsopplegg og mulighetene for behandling i returlandet.¹⁰⁷

Uttalelsene gjelder EMA, men prinsippet om at barnets beste kommer til anvendelse i alle saker som berører barn er gyldig også når det gjelder beslutninger som ikke direkte gjelder EMA. I dette tilfellet har barnet et pågående behandlingsopplegg, og staten har forpliktet seg til å sikre barnets liv og utvikling. Det taler mot at det står i et rimelig forhold til innvandringsregulering å sende ut barn under behandling.

Hvilken rolle legens vurderinger spiller i vurderingen er vanskelig å ta høyde for. Men det kan antas at terskelen for å sende ut barnet blir høyere dersom det vil stride mot legens anbefaling om at barnet bør være i Norge og motta helsehjelp.

I forlengelsen av det vil det være visse situasjoner hvor internasjonale instrumenter setter grenser for når barnet kan returneres. Det kan være grunn til å se på EMK art. 3 og BK art. 37 bokstav a. Begge setter forbud mot umenneskelig behandling. Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD) har tidligere dømt for brudd på art. 3 ved å sende en AIDS-syk mann tilbake til sitt hjemland hvor han sto uten behandlingsmuligheter.¹⁰⁸ Stang har tatt til orde for at EMD kan ha et mer «barnesensitivt utgangspunkt» til EMK art. 3, ut fra en dom hvor Belgia ble dømt for brudd på art. 3 ved å returnere en 5 år gammel jente, alene, hvor ingen omsorgspersoner tok i mot henne.¹⁰⁹ Stang argumenterer for at en retur kan være i strid med art. 3 selv om barnet ikke er livstruende syk, ut fra ideen om at terskelen for hva som er «umenneskelig

¹⁰⁵ Jf. BK art. 9 og EMK art. 8.

¹⁰⁶ RPOD-2012-5 punkt 8.

¹⁰⁷ CRC/GC/2005/6 avsn. 20 og Stang, 2008 s. 123.

¹⁰⁸ D. mot Storbritannia 1997, appl. no. 146/1996/767/964.

¹⁰⁹ Mubilanzila Mayeka og Kaniki Mitunga mot Belgia 2006, appl. no. 13178 2006 og Stang 2008 s. 100-102.

behandling» er lempeligere overfor barn enn voksne. I alle tilfeller er det et argument av tyngde.

Det er vanskelig å konkludere entydig, og vurderingene må gjøres konkret i forhold til hvert enkelt barn. Men mye kan likevel tyde på at det fort vil være uforholdsmessig å transportere ut barn hvor det er ensbetydende med at barnet blir fratrukket muligheten for liv og utvikling.

5.3 Forskriftens funksjon overfor helsepersonell

Spørsmålet er om forskriften ikke bare er rettigheter fastsatt overfor irregulære barn, men òg ment til å være et direktiv overfor helsepersonellet, som gir en plikt til ikke å sette i gang behandling hvis barnet skal reise. Sagt på en annen måte, forskriften kan ses på som et direktiv som enten gir irregulære barn rett til et maksimum av helsehjelp, eller et minimum av helsehjelp, og at helsepersonellet er satt til å håndheve dette.

Det presiseres at forskriften eventuelt kun retter seg mot helsepersonell omfattet av den offentlige helsetjenesten.

Helseretten er bygget opp slik at pasienter har rettskrav på helsehjelp fra spesialisthelsetjeneste og kommunehelsetjeneste. Helsepersonellet er underlagt kommunen eller regionale helseforetak styrt av staten, for å yte helsehjelp som pasienter har rettskrav på. I ansettelsesforholdet inngår at helsepersonellet er pålagt å følge instruksjoner og prioriteringer som blir gjort av staten eller kommunen. Helsepersonellet utøver i så måte offentlig myndighet og plikter å forholde seg til de retningslinjer arbeidsgiver stiller opp.¹¹⁰ Forskrifter er eksempler på en måte staten utøver sin styringsrett på.¹¹¹ Ved hjelp av lovgivning og forskrifter kan Storting og regjering fremme sine politiske mål innen helsesektoren.¹¹² Et av områdene som blir styrt av lovgiver er prioritering av helsetjenester. I den grad helsepersonellet mener dette kommer i konflikt med deres legetiske plikt, kan det tilbakevises med at lovgiver under utarbeiding av loven, har foretatt en avveining mellom de ulike hensyn og dermed på forhånd vurdert regelens etiske dilemma.¹¹³

For forskrift om tjenester til personer uten fast opphold § 4 har regjeringen prioritert at barna ikke skal ha rett på hjelp hvis det ikke er av hensyn til barnet. Det er en begrunnet prioritering, som er vurdert opp mot internasjonale instrumenter og som har vært ute på høring blant en rekke instanser og organisasjoner. Regjeringen foretok en verdiprioritering, og søker å fremme innvandringspolitiske mål ved å bruke helseretten som virkemiddel. Forskriften bærer dermed i stor grad preg av å være en styringsinstruks som gir irregulære barn et maksimum helsehjelp, og at legen ikke har kompetanse til å yte hjelp utover det som fremgår av forskriften.

På den annen side medfører forskriftens begrensning, at den setter et maksimum for helsehjelp, til at legen blir stilt overfor en vanskelig utlendingsrettslig vurdering i

¹¹⁰ Kjønstad 2007 s. 30 og 49. Kristian Andenæs og Leif Oscar Olsen, *Juss for sykepleiere – innføring i helserett*, 3. utg. Universitetsforlaget, Oslo 2003 (heretter Andenæs og Olsen) s. 38, 113 flg. Warberg 2011 s. 392 flg.

¹¹¹ Olav Molven, *Helse og jus*, 6. utgave, Gyldendal, Oslo, 2009 (heretter Molven 2009) s. 76 flg., Kjønstad 2007 s. 316 og 319.

¹¹² Molven 2009 s. 81.

¹¹³ Molven 2009 s. 83 og 84.

henhold til når barnet skal forlate landet. Det er ikke legen, men UDI, som er best rustet til å utrede en slik situasjon. En sammenblanding av utlendingsrettslige vurderinger og medisinske vurderinger trekker i retning av at helsepersonellet ikke har nødvendig kompetanse til å kunne følge opp regjeringens prioriteringer, og at forskriften dermed ikke kan tillegges status som styringsmiddel.

Utviklingen innen helseretten har imidlertid ført til at legen i større grad enn tidligere må ivareta offentlige interesser og blir satt til å foreta vurderinger som ikke er rent faglige. Det er ikke et nytt tilfelle at legen må ta stilling til forvaltningsrettslige spørsmål, og at legerollen i større grad blir influert av statens prioriteringer for å nå helsepolitiske mål. Selve prioriteringsforskriften er et eksempel på politisk styring ut fra ressursbruk. Om utviklingen er hensiktsmessig og om den kommer på kant med legeetikken og legerollen er en annen diskusjon. Argumentet om at vurderingen ligger utenfor hva legen er ment å ta stilling til får dermed svekket betydning, ettersom dette synes å være den naturlige utviklingen av legens rolle.

Det som skjer hvis forskriften ses på som et minimum av tilgang til helsetjenester, er at helsepersonellet har kompetanse til å sette i gang behandling selv om barnet skal reise. Det fører igjen til at utreisen muligens ikke kan gjennomføres. Helsepersonellet sitter dermed med en reell makt til å kunne påvirke hvorvidt barnet får bli i landet eller ikke. Det kan argumenteres for at det er uheldig at helsepersonell kommer i den situasjon at de sitter med en makt til å kunne påvirke barnas returmuligheter, og det kan foreligge et behov for å binde makten. Forskriften regulerer denne maktutøvelsen, og binder helsepersonellet opp til å prioritere effektivisering av utreise hvis barnet skal forlate landet innen kort tid. Det taler for at forskriften utgjør en styringsinstruks.

Konklusjonen er at forskrift om tjenester til personer uten fast opphold § 4 setter grenser helsepersonellens kompetanse til å sette i gang behandling ut over forskriften.

5.4 Domstolenes overprøving av helsevedtaket

Spørsmålet er domstolens adgang til å overprøve helsevedtaket om helsehjelp til irregulære barn.

Utgangspunktet er at domstolen har full prøvingsrett når det gjelder rettsanvendelse, saksbehandling og faktum.¹¹⁴ Det forutsetter imidlertid at saken blir fremmet for domstolen. Kun de færreste saker vil komme for domstolene, og Helsetilsynet, Fylkesmannen og Sivilombudsmannen kan være viktigere kontrollmekanismer for irregulære barn enn domstolene.

Domstolskontroll er vokst frem gjennom rettspraksis, og rettspraksis vil derfor være den viktigste rettskilden til å vurdere rekkevidden av domstolens prøvingskompetanse. Spørsmålet er om helsevedtaket gir helsepersonellet en fri skjønnsutøvelse som domstolene ikke kan overprøve. Ordlyden i forskriften § 4 er et prinsipielt utgangspunkt til å fastsette grensene for domstolskontroll. Det samme gjelder dommer som angår overprøving av avgjørelser innen helseretten.

¹¹⁴ Jan Fridthjof Bernt og Ørnulf Rasmussen, *Frihagens Forvaltningsrett*, Bind 1, 2. utgave, Fagbokforlaget, Bergen, 2010 (heretter Bernt og Rasmussen 2010) s. 352–353, Kjønnstad 2007 s. 212, Thorstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 8. utgave, Universitetsforlaget, Oslo, 2006 (heretter Eckhoff 2006) s. 496 flg.

Flere forhold er blitt vektlagt når det kommer til å avgjøre grensene for forvaltningens frie skjønn. Blant annet har et vagt vurderingstema kunne trekke i retning av at domstolen er tilbakeholden med overprøving.¹¹⁵ Videre er det særlig hensynet til partenes rettssikkerhet som blir holdt opp mot forvaltningens egnethet til å treffe endelig beslutning basert på erfaring og kunnskap på området, samt om beslutningen er et uttrykk for politisk eller økonomisk styring.¹¹⁶

Det er ulike aspekter ved helsevedtaket i forhold til irregulære barn. Ordlyden er som kjent at «hensynet til barnet» tilsier at hjelp ikke skal ytes. Ettersom barnet tilsynelatende står i fokus, kan det trekke i retning av et økt behov for rettssikkerhet. Ved at hele vedtaket er gjenstand for domstolskontroll ivaretas barnets rettssikkerhet i større grad enn om deler av vedtaket er utelatt fra kontroll.

Men som fremstillingens gjennomgang viser, er det ikke utelukkende barnet selv som er gjenstand for vurdering innen vedtaket. Det er en sammensatt vurdering. Helsepersonellet må foreta faglige vurderinger, herunder hvor lang behandlingstiden er og hvilken risiko for skade, samt skadeomfang, barnet er utsatt for hvis behandlingen ikke fullføres. Dernest må helsepersonellet vurdere om behandlingen kommer til å bli fullført ut fra en vurdering av om barnet forlater landet innen kort tid. Jeg vil først ta stilling til overprøving av vurderingen knyttet til behandlingens lengde og skaderisiko.

Generelt innen helseretten har det vært tradisjon for at domstolen er varsom med å prøve innholdet av de medisinskfaglige avgjørelser. Men helseretten har på den annen side blitt mer rettighetsbasert, og det fremheves i forarbeidene til pasient- og brukerrettighetsloven at domstolskontroll i så måte blitt en viktig rettssikkerhetsgaranti.¹¹⁷ Avveiningen mellom disse to hensynene er gjort i to aktuelle dommer. Den første er Fusa-dommen fra Høyesterett, som er vel diskutert i juridisk litteratur.¹¹⁸ Den andre er en dom fra lagmannsretten som direkte berører det medisinskfaglige skjønnet.¹¹⁹ Fusa-dommen gir uttrykk for at det må utøves varsomhet ved overprøving av medisinske termer.¹²⁰

I underrettsdommen var spørsmålet hvor langt rettens kompetanse for å overprøve en medisinskfaglig og medisinsketisk vurdering av et vedtak. Vedtaket dreide seg om midlertidig forføyning av vedtak om å avslutte livsforlengende behandling av en nyfødt gutt. Lagmannsretten uttaler:

(...) vedtak knyttet til fortløpende medisinskfaglige vurderinger og valg i forhold til en pågående behandling, [er] generelt sett noe av en yttergrense for hva domstolene kan og bør prøve. Dette er vurderinger og beslutninger som treffes i et stort antall hver dag, som forutsetter medisinskfaglig innsikt og konkret kjennskap til den aktuelle pasienten, og som i mange tilfeller må treffes meget raskt.

¹¹⁵ Eckhoff 2006 s. 364–366 og Kjonstad 2007 s. 213, Ola Nisja og Christian H P Reusch, Domstolsprøving av forvaltningsvedtak - nye avklaringer, JV 2009 s. 254 (heretter Nisja og Reusch 2009) s. 254 flg.

¹¹⁶ Kjonstad 2007 s. 213, Nisja og Reusch 2009 s. 254 flg.

¹¹⁷ Ot.prp. nr. 12 (1998–1999) Lov om pasientrettigheter, s. 60.

¹¹⁸ Se bl.a. Asbjørn Kjonstad, Fusa-dommen, JK 1990 s. 478 (482) og Erik Boe, Fusa-dommen i et forvaltningsrettslig og rettsteoretisk perspektiv, LoR 1991 s. 323 (326 - 329).

¹¹⁹ Henholdsvis Rt. 1990 s. 874 og RG-2007–1441.

¹²⁰ Rt. 1990 s. 874 (887).

Og:

En rettslig prøving som direkte knytter seg til diagnose eller aktuelle behandlingsalternativ er derimot forbundet med vesentlige vansker på forskjellige plan (...) Og det står for lagmannsretten som lite aktuelt at en domstol – (...) ved dom – skulle kunne gi pålegg om en bestemt behandling, om nødvendig i strid med de medisinskfaglige konklusjoner.

Ut fra disse to sitatene kan det tolkes en tilbakeholdenhet fra domstolen når det kommer til å overprøve det konkrete medisinske skjønnet. Og at slike vurderinger som forutsetter denne faglige kompetansen blir best ivaretatt hos forvaltningen, og ikke av domstolene. Dette synspunktet overført til det aktuelle helsevedtaket fører til at domstolen ikke fører kontroll med selve vurderingen av behandlingens lengde og risikoen for skade. Vurderingene er medisinskfaglige og ikke egnet for domstolskontroll.

Den andre delen av vedtaket beror på en vurdering av om og når barnet skal forlate landet. Vurderingen er ikke særlig skjønnspreget og det fremstår ikke som en skjønnsmessig vurdering. Vurderingen går i all hovedsak ut på å klarlegge en forsvarlig fremtidsprognose, og å hente inn tilstrekkelige opplysninger slik at utreisen oppfyller det krav til sannsynlighet som kreves. Her prøver domstolen om helsepersonellet traff avgjørelsen på et forsvarlig grunnlag ut fra hva helsepersonellet visste eller burde ha visst angående barnets fremtidsutsikter. Altså har domstolen prøvingsadgang når det kommer til hvorvidt barnet skal forlate landet eller ikke.

Selve vedtaket i sin helhet, at det ikke skal ytes hjelp når hensynet til barnet tilsier det, er ikke et skjønnsmessig preget vedtak. Det er ikke opp til den enkelte helsearbeider å vurdere rent skjønnsmessig om barnet skal få behandling eller ikke. Det er opp til helsepersonellet å vurdere om barnet skal få behandling eller ikke basert på om visse betingelser foreligger. I så måte er vedtaket i sin helhet egnet til domstolskontroll, ettersom barnet har et krav på hjelp dersom betingelse om utreise ikke foreligger. Selv om utøvelsen av avskjæring av helsehjelp tufter på et innvandringspolitisk valg, er dette en prioritering som allerede er foretatt av departementet. Vedtaket er på den måten ikke uttrykk for politisk utøvelse, og det støtter opp under synet at vedtaket er egnet for domstolskontroll.

Det presiseres til slutt at det er reiseutsiktene på domstidspunktet som skal legges til grunn for hvorvidt barnet har krav på helsehjelp eller ikke. Det fremgår av en ny dom fra Høyesterett, hvor retten kom til at tilknytning til riket skulle vurderes fra domstidspunktet og ikke vedtakstidspunktet.¹²¹

Oppsummert kan dermed domstolen prøve vedtaket, med de begrensninger som følger av helsepersonellens rene medisinske vurderinger knyttet til behandlingstid og skade ved brudd på igangsatt behandling.

¹²¹ HR-2012-920-A (dissens 4-1) avsn. 30. I november 2012 skal det to saker opp for plenum Høyesterett hvor blant annet spørsmålet om adgangen til å legge vekt på faktiske omstendigheter etter endelig fattet vedtak.

5.5 Er helsepersonellet bundet av en utredningsplikt?

5.5.1 Innledning

Det er et mål innenfor norsk forvaltning at det treffes flest mulig forsvarlige avgjørelser bygget på et mest mulig korrekt faktum.¹²² Dette er av hensyn til parten og til samfunnet forøvrig. Forvaltningen, i dette tilfellet helsevesenet, er satt til å forvalte offentlige ressurser så vel som å ivareta rettssikkerheten til hver enkelt pasient. Forskriften setter rammer for helsepersonellens yrkesutøvelse ved at de plikter ikke å yte helsehjelp i de tilfeller hvor dette ikke er av hensyn til barnet. I forlengelsen av dette blir barnets rettssikkerhet i større grad varetatt hvor saken er forsvarlig utredet, og avgjørelsen truffet på et forsvarlig grunnlag. I det følgende skal jeg ta for meg utredningsplikten til helsepersonellet før helsevedtaket treffes

5.5.2 Kravet til forsvarlig saksbehandling

Spørsmålet er om helsepersonellet, som skal vurdere om «hensynet til barnet» tilsier at helsehjelp ikke skal ytes, er underlagt en utredningsplikt før vedtaket treffes.

Pasient- og brukerrettighetsloven unntar vedtak etter § 2-1a og § 2-1b fra forvaltningsloven kapittel IV, jf. § 2-7. Utredningsplikten i forvaltningsloven § 17 kommer ikke direkte til anvendelse på vedtak innen helseretten.¹²³ Utgangspunktet er at det ikke foreligger et generelt utredningskrav.

Grunnen til at forvaltningslovens generelle saksbehandlingsregler ikke gjelder for enkeltvedtak etter pasientrettighetsloven § 2-1a og § 2-1b, er at reglene ikke er tilstrekkelig tilpasset helserettens område.¹²⁴ Ved avgjørelser knyttet til hvorvidt helsehjelp skal ytes, foreligger det et behov for mer fleksible regler som er mer tilpasset akutte situasjoner. Et krav om for eksempel samtidig begrunnelse kan være tyngende å etterleve for helsepersonell som er avhengig av å sette i gang behandlingen raskt. Men i tilfeller hvor det dreier seg om sakens opplysning, og at denne står i sterk sammenheng med forsvarlig behandling, er det i helsepersonellens interesse at ikke behandling som medfører skade for barnet blir igangsatt.

Helseretten har imidlertid en del egne lovregler som er ment å ivareta rettssikkerheten til pasienten når forvaltningslovens saksbehandlingsregler ikke kommer til anvendelse.¹²⁵ Lovbestemmelsene er i større grad tilpasset helseretten og er rettet inn

¹²² Graver 2007 s. 79 flg. og s. 453, Eckhoff 2010 s. 212, Bernt og Rasmussen 2010 s. 147.

¹²³ Merk imidlertid § 2-7 annet ledd hvor forvaltningslovens saksbehandlingsregler likevel gjelder vedtak med en varighet på mer enn 14 dager etter helse- og omsorgstjenesteloven §§ 3-2 (1) nr. 6 a-d (helsetjenester i hjemmet, personlig assistanse, institusjonsplass og avlastningstiltak), 3-6 (omsorgslønn) og 3-8 (brukerstyrt personlig assistanse).

¹²⁴ Se Prp. nr. 91 L (2010–2011) kapittel 11 (punkt 11.2.4), jf. kapittel 48 hvor det gis en begrunnelse for videreføring av rettstilstanden om å unnta vedtak etter pasientrettighetsloven fra forvaltningsloven og Aslak Syse, Pasientrettighetsloven med kommentarer, 3. utgave, Gyldendal norsk forlag, Oslo 2009 (heretter Syse 2009) s. 240, som kommenterer rettstilstanden etter nå endret § 2-7, men som i all hovedsak er videreført med samme begrunnelse (se foregående referanse) slik at synspunktet likevel er relevant i forhold til ny § 2-7.

¹²⁵ Kjønstad og Syse 2012 s. 252.

mot at arbeidet må være faglig forsvarlig. Helsepersonelloven § 4 oppstiller følgende krav til helsehjelpen:

Helsepersonell skal utføre sitt arbeid i samsvar med de krav til faglig forsvarlighet og omsorgsfull hjelp som kan forventes ut fra helsepersonellens kvalifikasjoner, arbeidets karakter og situasjonen for øvrig.

Forsvarlighetskravet er en praktisk viktig regel med vidt innhold og bredt anvendelsesområde. Hovedsakelig retter prinsippet seg mot at selve helsehjelpen som utføres skal være innholdsmessig kvalitativt faglig forsvarlig.¹²⁶ Med andre ord at helsepersonellet skal opptre profesjonelt og aktsomt.

Grunnen til at helsehjelp eventuelt ikke ytes til irregulære barn, er fordi behandlingen er til skade for barnet å avbryte. Selve skadevurderingen er faglig, og er underlagt den aktsomhetsnormen som er oppstilt i kravet til faglig forsvarlig behandling. Problemet knytter seg imidlertid til at behandlingen i seg selv som utgangspunkt er fullt ut faglig forsvarlig. Det er andre omstendigheter, at barnet skal forlate landet, som fører til at behandlingen likevel ikke blir forsvarlig å igangsette. For å kunne vurdere om barnet skal forlate landet, fordrer det kunnskap om barnets situasjon, ut over det rent medisinske. Kravet til utredning slik det kommer til uttrykk i fvl. § 17 har ikke en tilsvarende bestemmelse i helselovgivningen. I så måte avhjelper ikke kravet til faglig forsvarlighet barnets rettssikkerhet i denne situasjonen.

Det er likevel grunn til å trekke frem en interessant forarbeidsuttalelse til helsepersonelloven.¹²⁷ Uttalelsen gjelder ikke irregulære barn spesielt, men er en generell uttalelse som kan tas til inntekt for at helsepersonellet har en aktivitetsplikt overfor pasienten til å hente inn opplysninger som er relevante i forhold til å starte en behandling.

Plikten til forsvarlighet knytter seg altså til (...) krav om å innhente nødvendig tilgjengelig informasjon om pasienten» og at det følger av forsvarlighetskravet «at helsepersonell har en plikt til å skaffe til veie tilstrekkelige opplysninger før helsehjelp gis.

Uttalelsen er relevant og trekker i retning av en utredningsplikt ut over å forsikre seg om at hjelpen er faglig forsvarlig. På den annen side er uttalelsen rettet mer mot å få frem pasientens sykehistorie for å avgjøre om den gir oppfordring til å reagere på at behandlingen likevel ikke er fullt ut faglig forsvarlig. Et slikt spesielt tilfelle som irregulære barn utgjør, som medfører vurderinger knyttet til oppholdsstatus og utreise, er det tvilsomt om lovgiver tok sikte på å regulere med denne forarbeidsuttalelsen. Tvetydigheten rundt utsagnet fører til at det ikke alene basert på forarbeidene kan statueres et ytterligere krav til forsvarlig saksbehandling. Men det at kravet til faglig forsvarlig behandling til en viss grad dreies inn mot å hente inn nødvendig informasjon, er det grunn til å ta med videre i drøftelsen. Det er et argument som taler for at helsepersonellet har en utredningsplikt.

Ettersom de mer spesialiserte reglene ikke i seg selv fører frem, må det ses hen til ulovfestede krav til forsvarlig saksbehandling. Mer konkret gir forvaltningsloven § 17

¹²⁶ Kjønsstad 2007 s. 230 flg. og Prp. nr. 91 s. 37.

¹²⁷ Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) Om lov om helsepersonell, s. 216.

ifølge juridisk teori uttrykk for det ulovfestede *undersøkelsesprinsippet*.¹²⁸ I fvl. § 17 er plikten formulert slik: «[f]orvaltningsorganet skal påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes.» Praksis fra Høyesterett før vedtakelse av forvaltningsloven viser at det eksisterer et slikt prinsipp i norsk rett.

Høyesterett konkretiserte i sin tid prinsippet i blant annet Rt. 1961 s. 910 på s. 913:

Det følger imidlertid av alminnelige forvaltningsrettslige grunnsetninger at forvaltningsmyndighetene har en selvstendig plikt til å sørge for, at et forvaltningsvedtak treffes på riktig og fyldestgjørende grunnlag, og i tilfelle plikter å foreta de undersøkelser som etter sakens art ansees nødvendige for å tilveiebringe et slikt grunnlag.

Innenfor helse retten generelt er det vedtakets art som i første omgang begrunner at § 17 ikke er direkte anvendelig. Vedtaket om ikke å yte helsehjelp til irregulære barn inneholder imidlertid elementer som bør være underlagt et krav om forsvarlig saksbehandling. Det er tale om å foreta en kunnskapsbasert avgjørelse om barnets helsetilstand ut over det rent medisinske. Når det er tilfellet, vil vedtakets art fordre en best mulig kvalitetssikring av at vedtaket blir truffet på et korrekt grunnlag. Mye kan tyde på at departementet ikke hadde en slik situasjon i tankene da § 2-7 ble vedtatt. Gjennomgående er begrunnelsen for å unnta vedtak etter pasrl. § 2-1 a og § 2-1 b fra fvl. å unngå unødvendig byråkratisering og at helse lovgivningens rettssikkerhetsgarantier passet bedre på i en klinisk hverdag.¹²⁹ De tilfeller hvor helsepersonellet står overfor vurderinger som ikke er medisinske er ikke omtalt i forarbeidene.

For det første er forskriften en arbeidsinstruks, som gjør at helsepersonellet plikter å forholde seg til den prioriteringen som er foretatt og kan ikke likevel velge å yte hjelp til barna fordi det er den letteste løsningen. For det andre har domstolene kompetanse til å overprøve om helsepersonellet har fattet vedtaket på et forsvarlig faktisk grunnlag. Disse grunnene fører til at det er andre hensyn enn det medisinskfaglige som gjør seg gjeldende. Det foreligger dermed ikke tilstrekkelig med holdepunkt for at ikke det ulovfestede kravet til forsvarlig saksbehandling skal gjøre seg gjeldende også her, og da i den form at helsepersonellet plikter å foreta undersøkelser om når barnet skal forlate landet.

Av betydning for å statuere innholdet i utredningsplikten, er hvilke krav særlovgivningen stiller til undersøkelser.¹³⁰ I dette tilfellet er det forskrift om tjenester til personer uten fast opphold som utgjør særlovgivningen og som er gjenstand for en nærmere analyse i forhold til utredningsplikten.

Selve forskriften § 4 taler kun om at helsehjelpen ikke skal ytes dersom hensynet til barnet tilsier det. Det legges ingen føringer eller oppfordringer til verken utredning eller undersøkelser. Jeg vil dermed se hen til forarbeidene.

I merknadene står det at helsepersonell ikke skal yte hjelp hvis de «er kjent med at barnet snarlig vil forlate landet». Ordlyden oppfordrer i liten grad helsepersonell til å foreta undersøkelser. Ut fra en naturlig forståelse kan det synes som at helsepersonell

¹²⁸ Se bla Graver 2007 s. 79 flg. og Bernt og Rasmussen 2010 s. 250 flg., Geir Woxholth, Forvaltningsloven med kommentarer, 5. utgave, Gyldendal, Oslo, 2011 (heretter Woxholth 2011) s 353, Eckhoff 2010 s. 285.

¹²⁹ Prp. nr. 91 punkt 11.2.4 og 11.7.4.

¹³⁰ Eckhoff 2006 s. 250, Woxholth 2011 s. 356

skal legges til grunn den informasjon de besitter fra før. I tillegg nevnes det i merknadene når det gjelder undersøkelser i forhold til voksne at «[h]elsepersonell har ingen plikt til å undersøke når utreise skal skje.» Merknadene synes å forutsette at helsepersonellet ikke har en undersøkelsesplikt.

I høringsnotatet som regjeringen sendte ut før forskriftsendringen er det kommet noen generelle betraktninger rundt når mennesker uten lovlig opphold antas å forlate landet. Enkelte uttalelser kan være interessante i forhold til utredningsplikten. Det uttales i forbindelse med vurderingen rundt barn at det

må ved avgjørelsen av om helsehjelp skal gis, på samme måte som ved vurderingen av voksne, ses hen til at barnet er ulovlig i landet og således forutsettes å forlate det i løpet av kort tid.¹³¹

Videre uttales det at «barnet antas å forlate landet snart». ¹³² Det kan synes som om departementet oppfordrer helsetjenesten til å presumere at irregulære barn forlater landet i løpet av svært kort tid. Bakgrunnen for en slik presumsjon kan være den plikten som hviler på alle som er ulovlig i Norge til å forlate landet. Men erfaring viser at virkeligheten er svært annerledes og at mange blir i Norge langt lenger. At en person uten lovlig opphold har en utreisedato er heller ikke ensbetydende med at vedkommende faktisk vil forlate landet på den aktuelle dato. Det vil igjen føre til at det kan være grunn til å foreta ytterligere undersøkelser fremfor å presumere at barna skal forlate landet innen kort tid.

I høringsuttalelsene stiller særlig helsepersonell seg negativt til å i det hele tatt treffe avgjørelser om når barnet antas å forlate landet. Og i enda større grad når det gjelder å hente inn informasjon om dette. Kirkens Bymisjon mener at «[d]enne faktoren bør ikke ha verdi dersom ikke foreldrene forteller en dato de sikkert skal forlate landet». ¹³³ Den Norske Legeforening er i til dels enig når de uttaler:

Leger kan imidlertid ikke pålegges det ansvaret det er å innhente opplysninger om når den syke skal sendes ut og bruke det som grunnlag for om behandling skal settes i verk eller ikke. Dette bryter med grunnleggende legeetikk.

Men selv om Legeforeningen og Kirkens Bymisjon stiller seg negative til innhenting av informasjon, og departementet i liten grad synes å oppfordre til konkrete undersøkelser, er helsetjenesten likevel bundet av kravet til forsvarlig saksbehandling og profesjonsutøvelse.

En tolkning av særlovgivningen kan tale for at undersøkelsespliktens omfang er beskjedent, og at helsepersonellet skal legge utreisedatoen til grunn uten nærmere undersøkelser.

En forskrift har imidlertid ikke kompetanse til å innsnevre det ulovfestede prinsippet om forvarlig saksbehandling. Og at irregulære barn ikke forlater landet innen kort tid eller på utreisedato kan trekke i retning av at det er uforsvarlig å foreta slike presumsjoner som departementet legger opp til.

¹³¹ Høringsnotat 2012 punkt 6.2 på s. 12 og 13.

¹³² Høringsnotat 2010 punkt 6.2 på s. 12 og 13.

¹³³ Høringsuttalelse fra Kirkens bymisjon 201003873-/HEGS, s. 3
<http://www.regjeringen.no/pages/14622672/StiftelsenKirkensBymisjon.pdf>

Konklusjonen er at helsepersonellet er underlagt en utredningsplikt før helsevedtaket treffes.

5.6 Utredningspliktens innhold og omfang

5.6.1 Generelle betraktninger rundt undersøkelsesprinsippets rekkevidde

Det er så langt statuert et krav om at helsepersonellet plikter å foreta undersøkelser rundt barnet. Spørsmålet blir så hvor omfattende utredningsplikten er overfor barnet. Innholdet av plikten skal klarlegges nærmere i det følgende.

Det er flere faktorer som avgjør hvor langt undersøkelsesplikten rekker. I juridisk teori har Woxholth antatt at det ikke kan stilles like strenge krav til undersøkelsen når § 17 ikke kommer direkte til anvendelse, men benyttes på ulovfestet grunnlag.¹³⁴ Forarbeidene til forskriften legger seg på en linje med lav aktivitetsplikt for helsepersonellet. Allerede vedtakets utgangspunkt kan indikere at utredningsplikten ikke rekker særlig langt. Vedtakets art tilsier på den annen side at det må kunne stilles et minimum av krav til undersøkelse, ettersom beslutningen har stor betydning for barnets helsetilstand. Barnets rettssikkerhet bør ivaretas i størst mulig grad, hvilket tilsier at kravet til undersøkelse ikke bør være lempeligere fordi det benyttes på ulovfestet grunnlag.

Som et alminnelig utgangspunkt må forvaltningens plikt til å foreta grundige og utfyllende undersøkelser ses i sammenheng med kravet til forsvarlig ressursbruk og effektivitet i saksbehandlingen.¹³⁵ Grensene for utredningsplikten beror videre på en tolkning av kompetansegrunnlaget, vedtakets art og øvrige omstendigheter.¹³⁶ Med andre ord må utredningsplikten ses i sammenheng med hvilken informasjon som i det hele tatt er mulig å oppdrive. Det er urimelig tyngende å pålegge helsepersonellet en plikt til å hente inn informasjon som ikke eksisterer. Det kan derfor være god grunn til å se på hvilke muligheter helsepersonellet har til å foreta relevante undersøkelser.

Det er vanskelig å gi en uttømmende fremstilling om hvilken informasjon helsepersonellet i seg selv kan hente inn. Det er derfor mer hensiktsmessig å vurdere hvor helsepersonellet kan hente inn informasjonen fra. Akkurat *hva* som er interessant av informasjon vil jeg nærmere eksemplifisere når jeg skriver om de aktuelle informasjonskildene. Jeg vil i stor grad knytte drøftelsene opp mot ulike grupper av irregulære barn. I det videre starter jeg med informasjon fra barnet selv. Deretter går jeg over til å vurdere muligheten til å hente inn informasjon fra ulike offentlige instanser som Utlendingsdirektoratet, skoler og asylmottak. Til sist tar jeg for meg informasjon fra media og andre, samt aktører som kan bidra med informasjon om behandlingsmulighetene i barnets hjemland.

¹³⁴ Woxholth 2011 s. 354

¹³⁵ Graver 2007 s. 470 flg., Woxholth 2011 s. 356, Dag Wiese Schartum, Den selvbetjente forvaltning, NAF-1994-32 (heretter Schartum 1994) punkt 3. Fvl. § 17 er gjenstand for den samme innskrenkende tolkning i Innst. O nr. 2 (1966–1967) Innstillingen fra justiskomiteen om lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker, punkt III og Ot.ppt. nr. 3 (1976-1977) s. 71 og 73.

¹³⁶ Graver 2007 s. 470 flg., Woxholth 2011 s. 356 og Eckhoff 2006 s. 250 og 251.

5.6.2 Plikt til å påse at barnet legger frem opplysninger og barnets uttalerett

5.6.2.1 Helsepersonellets plikt til å hente inn relevante opplysninger fra barnet/foreldrene

Det første jeg skal vurdere er helsepersonellets plikt til å påse at barnet legger frem relevante opplysninger om sin egen utreise. Det er det mest naturlige utgangspunktet ettersom barnet er den som oftest er nærmest til å kjenne sin egen utreisesituasjon. Her blir det noe unøyaktig å referere til «barnet». Det er helst foreldrene som er informasjonskilden og den som opptrer som yngre barns representasjon.¹³⁷ Det er antatt at parten selv utgjør den naturlig største informasjonskilden generelt innen forvaltningsretten.¹³⁸ Det samme utgangspunktet synes forutsatt av helsedepartementet i høringsnotatet til endringsforskriften:¹³⁹

Helsetjenesten bør forsøke å få opplysninger fra pasienten om når vedkommende skal forlate landet. Dersom det foreligger sikre opplysninger om utreisedato, vil dette være et relevant moment ved vurderingen av om vedkommende har rett til helsehjelp.

Det meste av informasjon som er relevant kan helsepersonellet få av barnet. Den viktigste informasjonen fra barnet er *om* og *når* barnet skal forlate landet. Men annen informasjon som barnets nasjonalitet, skolegang, hvor lenge barnet har vært i Norge, om det er en turist, asylsøker, uregistrert eller barn av en som har oversittet en arbeidstillatelse kan være relevant for vurderingen.

Alt etter som hvorfor barnet er i Norge ulovlig kan virke inn på hvor presumptiv helsepersonellet kan være overfor utreisen. Er barnet en tidligere asylsøker, som har bodd i Norge i åresvis, kan det være langt større oppfordring til å foreta ytterligere undersøkelser, enn hvis barnet er en turist. Turister vil i mye større grad, og i all hovedsak, reise tilbake til sitt hjemland. Og da gjerne innen kort tid, slik departementet forutsetter. Det må sikkert legges til grunn at undersøkelsesplikten omfatter å tilstrebe at barnet/foreldrene legger frem informasjon om sin egen situasjon.

Et problem som knytter seg til informasjon fra barnet selv, er troverdighetene av opplysningene. Hvis barnets informasjon alene utgjør grunnlaget for om helsehjelp skal ytes eller ikke, kan det være grunn til å spekulere i hvorvidt barnet oppgir den fulle sannhet om når det skal forlate landet. Hvis det er slik at helsepersonellet legger barnets ord til grunn, kan det føre til at barnet blir fristet til å uriktig oppgi at det ikke skal forlate landet. Især hvis barnet er svært behandlingstrengende, og hvis en igangsatt behandling i realiteten kan føre til et forlenget opphold i Norge. Denne omstendigheten øker behovet for kontroll med opplysningenes holdbarhet. En slik kontroll kan helsepersonellet være pålagt å drive etter det alminnelige kravet til forsvarlig saksbehandling.¹⁴⁰ Det er gitt en særlig oppfordring til kontroll i de tilfeller hvor parten holder tilbake opplysninger eller forsettelig villeder saksbehandler.¹⁴¹

¹³⁷ Jf. pasrl. § 4-4 om samtykkekompetanse i henhold til medisinsk behandling.

¹³⁸ Eckhoff 2006 s. 250, Woxholth 2011 s. 361–362.

¹³⁹ Høringsnotat 2010 s. 10.

¹⁴⁰ Sml. Woxholth 2011 s. 363, Graver 2007 s. 467 og Eckhoff 2006 s. 251.

¹⁴¹ Graver 2007 s. 467.

5.6.2.2 Barnets uttalerett etter pasrl. § 4-4 og BK art. 12

Spørsmålet er om barnet har en ubetinget uttalerett ved helsevedtaket som skal avgjøre barnets tilgang til helsehjelp, jf. pasrl. § 4-4 og BK art. 12.

At helsepersonellet bør tilstrebe å få informasjon fra partene er en side av saken. En annen side er hvorvidt barnet skal bli hørt; i hvilken grad barnet utgjør en selvstendig informasjonskilde i forhold til foreldrene; hvilken vekt barnets mening og opplysninger skal tillegges i vurderingen, og i hvilken grad foreldrene eller legen kan og bør avskjære barnets uttalerett. Innenfor fremstillingens rammer er ikke målet å gi et utfyllende svar på disse spørsmålene. Målet er å reflektere rundt spørsmålene opp mot norsk rett og BK for å illustrere hvilke særskilte utfordringer som ligger i barnets situasjon som irregulær.

Det rettslige utgangspunktet er pasrl. § 4-4 fjerde ledd hvor det heter at «barnets foreldre... [skal] høre hva barnet har å si før samtykke gis. Når barnet er fylt 12 år, skal det få si sin mening i alle spørsmål som angår egen helse.» Frem til barnet fyller 16 år, merk i noen tilfeller 18 år etter spesiell lovgivning, er det etter bestemmelsen foreldrene som samtykker til helsehjelp, jf. § 4-4 første ledd. Etter pasrl. «skal» barnet bli hørt fra det er 12 år. Før barnet fyller 12 år skal barnet bli hørt ut fra en vurdering av modenhet og utvikling. Etter norsk rett har barnet en uttalerett før helsevedtaket treffes.¹⁴²

I tillegg har BK fastsatt prinsippet om barnets rett til å bli hørt i art. 12, og gir flere føringer enn pasrl. med forarbeider til hvordan uttaleretten skal praktiseres og innholdet i retten. BK er gjort til norsk lov, og vil derfor komme direkte til anvendelse. I BK art. 12 nr. 1 heter det at partene «... skal garantere et barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter, retten til fritt å gi uttrykk for disse synspunkter i alle forhold som vedrører barnet» og videre i nr. 2 at barnet skal «særlig gis anledning til å bli hørt i enhver rettslig og administrativ saksbehandling som angår barnet ...».¹⁴³ BK art. 12 inneholder ikke noen absolutt aldersgrense på 12 år slik som pasrl. § 4-4, hvor barnet får en absolutt uttalerett etter fylte 12 år. Barnekomiteen kom med kritikk til Norges fjerde rapport om opprettholdelsen av 12-års grensen innen helseområdet.¹⁴⁴

Irregulære barn har utvilsomt rett til å uttrykke ønsker og behov i forhold til behandling.¹⁴⁵ Problemet knytter seg til en ubetinget uttalerett om utreisesituasjonen.

BK sikrer barnet «fritt» å gi uttrykk for egne synspunkter etter alder og modenhet. For å kunne uttrykke seg fritt er det nødvendig for barnet å ha tilstrekkelig med informasjon rundt konsekvensen av å uttale seg.¹⁴⁶ Barnets betraktninger rundt utreise kan få ulike konsekvenser. En uttalerett som skal sikre barnets beste, kan i dette henseende føre til at barnet ikke mottar helsehjelp hvis det oppgir opplysninger rundt utreise. På den annen side kan tilbakeholdelse av utreiseinformasjon føre til at barnet enten får bli værende, eller må avbryte igangsatt behandling. Barnet må derfor ha nok

¹⁴² Se Høstmælingen mfl. 2012 s. 105 med flere referanser til barns samtykkekompetanse innen helse.

¹⁴³ Se Høstmælingen mfl. 2012 s. 105, Sovig 2009 s. 49 flg.

¹⁴⁴ General Comment no. 12 (2009): The right of the child to be heard (CRC/ C/ GC/ 12) avsn. 21 og Barnekomiteens avsluttende merknader til Norge: Concluding Observations, Norway (2010) avsn. 24 for kritikk av opprettholdelse av 12-års grensen innen helseområdet.

¹⁴⁵ Henriette Sinding Aasen, Barns rett til selvbestemmelse og medbestemmelse i beslutninger om helsehjelp, FAB 2008 s. 4 (heretter Aasen 2008) s. 15. BK art. 2.

¹⁴⁶ Aasen 2008 s. 16, Høstmælingen mfl. 2012 s. 113, General Comment no 12 avsn. 41 generelt og avsn. 100 om helse spesielt. Barnet har også et krav om informasjon etter pasrl. §§ 3-2 og 3-1.

informasjon, og en tilstrekkelig alder og modenhet til å forstå konsekvensene som er oppgitt.

Slike konsekvenser av uttaleretten danner grunnlaget for spørsmålet om uttaleretten bør gjelde ubetinget overfor irregulære barn.

For legens vedkommende kan det være barnets beste som er grunnlaget for å unnta barnet fra å uttale seg. Særlig med tanke på at igangsatt behandling kan føre til opphold for en hel familie, gjør at barnet er i en presset situasjon. Kanskje ønsker foreldrene at barnet skal holde tilbake opplysninger om utreise i håp om et mer varig opphold i landet. Barnet blir da satt i en lojalitetskonflikt mellom foreldre og helsepersonell, og en slik konflikt kan være et argument for å unnta barn fra uttaleretten etter art. 12, jf. Rt. 2008 s. 811.¹⁴⁷ Argumentasjonen i dommen er imidlertid kritisert.¹⁴⁸ Det trekkes likevel i retning av at uttaleretten ikke gjelder ubetinget overfor irregulære i forkant av helsevedtaket.

Foreldrenes begrunnelse for å unnta barnet fra uttaleretten etter art. 12 kan være av samme hensyn som skissert, en oppfordring overfor barnet til å holde tilbake relevante opplysninger. Det kan tenkes slik at jo mindre helsepersonellet vet om utreisen, jo større er sjansen for at behandling startes. Søvig har reist problemstillingen i forhold til foreldres rett til å gi avkall på barnets uttalerett i samlivssaker.¹⁴⁹ I den grad foreldre fremmer barnets synspunkt kan dette være en rimelig løsning for å unngå den belastning det er for barnet å ta del i rettsprosessen. Da det vil være i barnets interesse å få behandling, og i foreldrenes interesse i ikke å måtte forlate landet, er det ikke slik at å unnta barnet fra å uttale seg nødvendigvis ikke fremmer barnets interesser.

Problemstillingen er kompleks fordi det skal være i barnets interesse å benytte art. 12 for å få frem hva som er til barnets beste i den konkrete avgjørelsen. Legens interesse er ikke nødvendigvis ikke å starte opp behandling. Men legen er bundet av forskriften som pålegger helsepersonell ikke å starte opp behandling hvis barnet skal reise. Forholder det seg slik at legen oppfordrer til bruk av art. 12 for å fremme interessen om å få saken så godt opplyst som mulig, kan det være problematisk. I tillegg er det problematisk om foreldre benytter art. 12 for å fremme egen oppholdssak.

Barnekomiteen har på sin side uttalt at det ikke er et motsetningsforhold mellom barnets beste og barnets rett til å bli hørt.¹⁵⁰ I tillegg har som nevnt Smith gitt uttrykk for kritikk mot Høyesteretts argumentasjon i Rt. 2004 s. 811 om nettopp barnets beste og uttaleretten.¹⁵¹ Det er dermed uklart hvorvidt det finnes en slik adgang til å gjøre unntak fra uttaleretten, og en gjennomgang av barnekomiteens generelle kommentarer i henhold til art. 12 kan trekke i retning av at retten gjelder ubetinget.¹⁵² Som tidligere nevnt må komiteens praksis tillegges vekt ved tolkningen av BK. Det taler for at det ikke kan gjøres unntak fra uttaleretten.

¹⁴⁷ Rt. 2004 s. 811 avsn. 49.

¹⁴⁸ Lucy Smith, Barnets beste og barnets uttalerett, FAB 2004 (heretter Smith 2004) s. 223.

¹⁴⁹ Søvig 2009, s. 82.

¹⁵⁰ General Comment no 12 avsn. 74.

¹⁵¹ Viser til note 133.

¹⁵² Søvig 2009 s. 82 i note 229 hvor han fremhever at General Comment no 12 avsn. 70 og 74 sett i sammenheng kan tolkes slik at art. 12 er ufravikelig.

Rettsstilstanden er imidlertid uklar, ettersom dommen fra Høyesterett åpner opp for at det i norsk rett kan gjøres unntak fra retten til å bli hørt. Forholder det seg likevel slik at art. 12 er ufravikelig får denne retten gjennomslag fremfor norsk rett, jf. mrl. § 3.

Konklusjonen er at det er uklart om det foreligger en ubetinget uttalerett for barnet.

Det neste spørsmålet er om barnet kan bli hørt uten at foreldrene er til stede, jf. pasrl. § 4-4 og BK art. 12.

Det er ikke regulert i helselovgivningen hvorvidt barnet skal høres med foreldrene tilstede. Nå er ikke dette en ren helserettslig vurdering, og det kan derfor være grunn til å se på barnets rett til å uttale seg fritt uten foreldre tilstede i utlendingssaker. Det er stort sett de samme hensyn som vil gjøre seg gjeldende i saker om beskyttelse, barnet står i fare for å angi foreldre eller svekke troverdigheten av foreldrenes opplysninger, eller tilpasse sin forklaring til foreldrenes forklaring.¹⁵³ UDI har imidlertid gitt retningslinjer om at barnet har rett til fritt å forklare seg uten foreldrene tilstede.¹⁵⁴ UDI har forankret retten i BK art. 12 om at barnet «fritt» skal få si sin mening. På den annen side er retningslinjene gitt av UDI korte, og UDI verken begrunner eller belyser problematiske sider ved at foreldrene ikke er til stede. Forankringen er art. 12, men det fremkommer ikke i ordlyden til art. 12 eller Barnekomiteens generelle merknader at «fritt» inneholder et krav om å bli hørt uten foreldre tilstede. På den måten er det en tolkning gjort av UDI. Vekten av retningslinjene er dermed begrenset.

Det må dermed kunne legges til grunn at det er uklart om barnet har rett til å bli hørt uten at foreldrene er tilstede.

Konklusjonen er at det er uklart om barnet kan uttale seg uten foreldre tilstede.

5.6.3 Informasjon fra UDI

Spørsmålet er om helsepersonellet plikter å hente inn informasjon fra UDI, enten for å kontrollere barnets opplysninger, eller som en selvstendig kilde til informasjon.

UDI er organet som fører kontroll med innvandringen. I og med at utreisen i stor grad er en utlendingsrettslig vurdering, i alle fall i større grad utlendingsrettslig enn helserettslig, er UDI en svært naturlig kilde til informasjon og kontroll av opplysningene fra barnet/foreldrenes troverdighet. For asylsøkere med avslag vil UDI sitte på utfyllende informasjon om når barnet ankom landet, og om det foreligger et vedtak om tvangsretur hos barnet kort frem i tid.

For uregistrerte barn vil ikke UDI ha særlig stor funksjon, ettersom barna ikke vil befinne seg i systemet. Når det gjelder turister vil reglene for visum variere etter hvilket land barna kommer fra, jf. utlendingsloven kapittel 2. Innen Schengen-samarbeidet er det ingen grensekontroller, og for borgere fra Schengenland vil UDI normalt ikke kunne bistå med opplysninger. Når det gjelder barn av foreldre som har oversittet en arbeidstillatelse, vil UDI i noen grad kunne gi relevante opplysninger fordi foreldrene befinner seg i systemet. Gjennomgangen viser at for enkelte turister og uregistrerte barn vil ikke UDI være en relevant kilde til informasjon.

¹⁵³ Se òg Høstmølingen mfl. 2012 s. 111 og 296–297.

¹⁵⁴ RS 2010–075: Retningslinjer for høring av medfølgende barn i saker om beskyttelse, punkt 2.

UDI er underlagt forvaltningslovens regler om taushetsplikt i §§ 13 flg. Selv om vedtak i prinsippet er offentlig etter offentleglova (offl.) § 3, er sentrale opplysninger om «personlige forhold» unntatt offentligheten, jf. fvl. § 13 første ledd nummer 1, jf. offl. § 13.¹⁵⁵

Ordlyden i fvl. § 13, «personlige forhold», åpner for en stor grad av skjønn som UDI har gitt retningslinjer for anvendelsen av i et eget rundskriv.¹⁵⁶ Det fremgår av rundskrivet at «personlige forhold» omfatter opplysninger om en person har søkt beskyttelse eller har et utvisningsvedtak, og saksopplysninger knyttet til søknadene, herunder avslag eller opphold og når personen søkte tillatelsen.¹⁵⁷ Slike opplysninger kan imidlertid kommuniseres til andre forvaltningsorganer, herunder offentlige sykehus, med hjemmel i fvl. § 13 b.¹⁵⁸

Et problem med å få uthentet denne informasjon, er den profesjonsmessige taushetsplikten som helsepersonellet er bundet av.¹⁵⁹ Spørsmålet blir om helsepersonellens taushetsplikt etter helsepersonelloven § 21 stenger for at helsepersonellet kan kommunisere pasientforholdet til UDI for å så hente ut informasjon.

I helsepersonelloven § 21 heter det:

Helsepersonell skal hindre at andre får adgang eller kjennskap til de opplysninger om folks legems- eller sykdomsforhold eller andre personlige forhold som de får vite om i egenskap av å være helsepersonell.

Taushetsplikten skal blant annet bidra til at ingen lar være oppsøke helsevesenet av den grunn at de frykter for at personlig informasjon spres.¹⁶⁰ Irregulære barn nyter samme beskyttelse av taushetspliktreglene som andre barn.¹⁶¹ Innholdet i taushetsplikten må imidlertid vurderes nærmere. Det er ikke tale om å spre informasjon om barnets helsetilstand. Det er i det hele kun barnets navn som er aktuelt å angi, altså pasientforholdet i seg selv.

Spørsmålet om pasientforholdet er et «personlig forhold» etter § 21 er tatt opp i forarbeidene til helsepersonelloven.¹⁶²

Hvorvidt det forhold at pasienten har oppsøkt helsepersonell eller har vært innlagt på sykehus - altså opplysninger om selve pasient- helsepersonell forholdet - er underlagt taushetsplikt må bero på en konkret vurdering. Hensynet til tillitsforholdet mellom pasient og helsepersonell taler for at utgangspunktet bør være at også opplysninger om pasientforholdet bør omfattes av den profesjonsbestemte taushetsplikten, i den grad opplysningene gir grunnlag for slutninger om sykdom og helse.

¹⁵⁵ Lov om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd av 19. mai 2006 nr. 16 (offl.).

¹⁵⁶ RS-2010-149: Taushetsplikt om personlige opplysninger i utlendingssaker – forvaltningsloven §§ 13 og 13 b.

¹⁵⁷ Rundskriv om taushetsplikt i utlendingssaker punkt 4.6.1 og 4.6.2.

¹⁵⁸ Rundskrivet om taushetsplikt i utlendingssaker punkt 4.6.3.

¹⁵⁹ I tillegg har barnet en rett til at informasjon ikke spres, jf. pasrl. § 3-6.

¹⁶⁰ Ørnulf Rasmussen, Kommunikasjonsrett og taushetsplikt i helsevesenet, A.S. Borgund, Ålesund, 1997 (heretter Rasmussen 1997) s. 29 flg.

¹⁶¹ Det presiseres blant annet i rundskriv I-5/2011 punkt 1 og blir lagt til grunn i Warberg 2011 s. 131 og Søvig 2009 s. 122-123.

¹⁶² Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) Helsepersonelloven s. 85.

Det beror dermed på en konkret vurdering i forhold til om pasientforholdet er et «personlig forhold».

At en konkret vurdering av «personlige forhold» også omfatter pasientforholdet er tatt til orde for av en rekke forfattere innen juridisk litteratur.¹⁶³ Og særlig hvis taushetsplikten ses i sammenheng med sitt formål: «Taushetspliktbestemmelsene skal hindre at pasienter unnlater å oppsøke helsetjenesten ved behov for helsehjelp.»¹⁶⁴ Hensynet gjør seg i stor grad gjeldende overfor irregulære barn. Hvis det forholder seg slik at helsepersonellet kan oppgi til UDI at barna er pasienter, kan det ha den virkning at barnet lar være å oppsøke hjelp i frykt for å bli angitt som i verste fall kan føre til at barnet blir uttransportert. Hensynet har ikke like stor gjennomslagskraft i de tilfellene barnet er tidligere asylsøker som bor på asylmottak og er kjent for UDI. Hensynet slår i størst grad til for barna som ikke er registrerte eller som unndrar seg retur, og holder seg i skjul for myndighetene. Og som nevnt før, er dette barn som ikke UDI nødvendigvis kan bistå med opplysninger om.

Den beste løsningen er nok den som er lagt til grunn i juridisk litteratur, hvor pasientforholdet etter en konkret vurdering er ansett å være et «personlig forhold». Det finnes få holdepunkter for å legge til grunn at pasientforholdet ikke er vernet av taushetsplikten, og hva som skal legges til grunn som relevante momenter i en konkret vurdering for å unnta pasientforholdet fra taushetsplikten fremkommer ikke av relevante rettskilder. Det må derfor ganske sikkert kunne legges til grunn at helsepersonell ikke kan spre opplysninger om pasientforholdet.

Et annet mulig grunnlag som kan føre til at barnets navn er unntatt taushetsplikten overfor UDI, er å se på denne delen av helsepersonellens arbeidsoppgaver som et rent administrativt anliggende. I forarbeidene åpner departementet opp for:¹⁶⁵

Hvis helsepersonell utfører administrative oppgaver og ikke utøver sin profesjon som f.eks. lege eller sykepleier, gjelder ikke taushetsplikten her. Helsepersonellet vil i tilfelle komme inn under forvaltningslovens taushetspliktbestemmelser, forutsatt at det er snakk om et offentlig tjenesteforhold.

Vurderingen knyttet til utreise er underlagt de alminnelige krav til undersøkelser i forvaltningsretten. Og for å kunne treffe et forsvarlig vedtak er helsepersonellet avhengig av å kunne utveksle informasjon innad i forvaltningen. At helsepersonellet er satt i en slik situasjon, trekker i retning av at også de alminnelige krav til taushetsplikt etter fvl. § 13 bør være de gjeldende regler. Det taler for at helsepersonellet ikke har taushetsplikt overfor UDI.

På den annen side har barnet oppgitt sitt navn og sin helsetilstand av den grunn alene å få medisinsk behandling til et personell av helsearbeidere som under barnets forutsetning er underlagt den strenge taushetsplikten etter helsepersonelloven § 21. Selv om vurderingen inneholder elementer av utlendingsrett, er det et helsevedtak etter pasrl. kapittel 2 som skal treffes. Dette taler tungtveiende mot at vedtaket skal unntas helsepersonelloven § 21 fordi det er av mer administrativ karakter.

¹⁶³ Molven 2009 s. 291, Warberg 2011 s. 131 og 160, Anne Kjersti Befring og Bente Ohnstad, Helsepersonelloven – med kommentarer, 3. utgave, Fagbokforlaget, Bergen, 2010 (heretter Befring og Ohnstad 2010) s. 203–204.

¹⁶⁴ Ot.prp. nr. 13 (1998–1999) s. 227.

¹⁶⁵ Ot.prp. nr. 13 (1998–1999) s. 227.

Dette fører til at det ikke kan åpnes opp for at fvl. § 13 skal være regulere disse vedtakene. Helsepersonellet er underlagt taushetsplikt etter helsepersonelloven § 21.

Helsepersonellet har ikke adgang til å kommunisere pasientforholdet til UDI, og dermed ikke adgang til å hente ut informasjon med mindre et av helsepersonellovens unntak gjør seg gjeldende.

Det mest aktuelle er hvor barnet eller dens representasjon selv samtykker til at helsepersonellet kan kontakte UDI, jf. helsepersonelloven § 22. Dette er ikke problematisk, og vil derfor ikke bli gjennomgått nærmere. Det presiseres at helsepersonellet må følge reglene i § 22 for hvem som kan gi et samtykke når barnet er mindreårig.

Taushetsplikten er imidlertid etter hpl. § 23 ikke til hinder for «at opplysninger gis den som fra før er kjent med opplysningene». Det vil føre til at hvis UDI er kjent med at barnet er pasient hos vedkommende institusjon, vil ikke pasientforholdet være underlagt taushetsplikt overfor UDI i den situasjonen.

Av de øvrige unntakene i helsepersonelloven §§ 23- 29b er det ingen som er aktuelle.

Gjennomgangen viser at den profesjonsmessige taushetsplikten kan stenge for at helsepersonellet henter ut informasjon for å oppfylle kravet til forsvarlig saksbehandling. Helsepersonellet *bør* kontrollere opplysningene fra barna, men de har ikke mulighet til det.

UDI er dermed utelukket som kilde til informasjon, med mindre barnet samtykker til at helsepersonellet kan kontakte UDI, eller UDI har informasjonen fra før. Utretningsplikten strekker seg klart til å tilstrebe å hente inn informasjon fra UDI med mindre taushetsplikten stenger for en slik adgang.

5.6.4 Informasjon fra andre institusjoner som barnet er tilknyttet, herunder skole, PP-tjeneste og asylmottak

Spørsmålet er hvilken informasjon helsepersonellet kan hente ut fra skole, mottak og pedagogisk- psykologisk tjeneste (heretter PP-tjeneste).

Ulike tjenester og instanser kan være involvert i barnet, som for eksempel helsestasjonen på skolen, PP-tjeneste, kultur og fritidstiltak, barnevernet og mottaksansvarlige.¹⁶⁶ Skolepersonell har ofte god informasjon rundt barnets situasjon, ettersom lærere følger barna over lenger tid og møter barna hver dag. Barna kommer fort inn på skolen, jf. opplæringslova § 2-1 som pålegger barna skoleplikt ved opphold som er ment å vare i mer enn tre måneder.¹⁶⁷ Skoleplikten gjelder klart irregulære barn og omfatter grunnskole. I tillegg har irregulære barn rett til videregående opplæring.¹⁶⁸

Det første spørsmålet er hvilken informasjon helsepersonellet kan hente ut fra skolen og PP-tjeneste og mottak uten å oppgi pasientforholdet.

¹⁶⁶ Se Asbjørn Kjønstad, Taushetsplikt om barn, Kommunikasjon og samarbeid mellom helseetaten, skoleetaten, sosialtjenesten og barneverntjenesten, 3. utgave, 1. opplag, Kommuneforlaget, Oslo, 2009 (heretter Kjønstad 2009a) om det sosiale nettverk barn ofte inngår i på s. 23.

¹⁶⁷ Ot.prp. nr. 46 (1997–1998) s. 153.

¹⁶⁸ Tolkningsuttalelse Saksnr. 201008029, 24.11.2010:
<http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/kampanjer/tolkningsuttalelser/forvaltningsrett/opplæringsloven/-2-1---rett-til-opplaring-for-barn-med-u.html?id=629887>

Etter fvl. § 13 er navn unntatt taushetsplikten. Helsepersonell kan derfor kontrollere opplysninger om at barnet er en elev, uavhengig av skolens og sin egen taushetsplikt. Det kan gjøres ved at legen får innsyn i lister over skolens elever. En viktig presisering er at legen ikke samtidig kan opplyse om det konkrete pasientforholdet. Denne akten bør omfattes av utredningsplikten, ettersom informasjonen er lett tilgjengelig og verdifull i forhold til å kontrollere barnet og foreldrenes opplysninger om at barnet deltar i undervisning. Opplysningen kan være verdifull fordi det forteller noe om barnets tilknytning til samfunnet, og om det er et langvarig og mer permanent ulovlig opphold som kan legges til grunn.

Det andre spørsmålet er om unntak i hpl. gir adgang til å kommunisere pasientforholdet til de nevnte aktører.

Det mest praktiske unntaket er hvis det foreligger et samtykke fra barnet eller foreldrene, jf. hpl. § 22. Ohnstad skriver at tverrfaglig samarbeid hviler på prinsippet om frivillighet og samtykke, ut fra hensynet om personlig integritet.¹⁶⁹

Det andre unntaket fra taushetsplikten er hvor skolen, PP-tjenesten eller mottaket allerede er kjent med opplysningene om at barnet er pasient, jf. hpl. § 23 nr. 1.

Trolig vil det være kjent informasjon for skolepersonell at barnet er pasient, ettersom barnet vil være borte fra skolen hvis det er syk. Det er vanlig å dokumentere fravær overfor lærere, og det er derfor ikke upraktisk at selve pasientforholdet allerede er kjent for skolepersonellet.

Det samme vil være tilfellet med mottaksansatte. De har ofte god oversikt over barns situasjon, og kan være dem som står nærmest til å veilede barna gjennom det rettslige landskapet hvis sykdom melder seg. Det er heller ikke upraktisk å tenke seg at mottaksansvarlige er kjent med at barnet er pasient.

Det siste unntaket som er aktuelt, hvis det skulle forholde seg slik at barnet verken samtykker eller at partene er kjent med pasientforholdet fra før, er hvor «ingen berettiget interesse tilsier hemmelighold.», jf. hpl. § 23 nr. 2. Spørsmålet er om ingen «berettiget interesse tilsier hemmelighold» av pasientforholdet overfor skole, PP-tjeneste og asylmottaket.

Relevante momenter for vurderingen er etter forarbeidene hvordan pasienten selv opplever opplysningene, og om opplysningene er sensitive.¹⁷⁰ Befring og Ohnstad skriver videre at pasientforholdet kan unntas taushetsplikten om dette ikke er ansett å være en sensitiv opplysning overfor den det gjelder.¹⁷¹ Overfor UDI er det mer klart at pasientforholdet er en sensitiv opplysning i den grad barnet unndrar seg retur. Men skolen har ikke den samme kompetanse eller interesse i å håndheve innvandringsreguleringen, og det er derfor ikke i seg selv sensitivt om enkelte lærere får rede på at eleven er pasient. Det samme hensynet er gjeldende for mottaksansatte. Det taler for at pasientforholdet er unntatt taushetsplikten overfor skole, PP-tjeneste og asylmottaket.

¹⁶⁹ Bente Ohnstad, Taushetsplikt, personvern og informasjonssikkerhet i helse- og sosialsektoren, 3. utgave, Gyldendal, Trondheim, 2003 (heretter Ohnstad 2003) s. 84.

¹⁷⁰ Ot.prp. nr. 13 (1998–1999) s. 228.

¹⁷¹ Befring og Ohnstad 2010 s. 221.

I forhold til en eventuell anførsel om frykten for angiveri, kan den tilbakevises med at asylmottaket og skolepersonellet allerede vet hvor og hvem barnet er, og er allerede i en posisjon til å angi barnet til UDI hvis det fremdeles fremstår som en mulighet.

På den annen side har Justisdepartementet fremsatt forslag om å endre utl. § 84, som vil gi UDI en rett til å hente inn informasjon om en utlending fra bestemte offentlige organer, herunder barnevernsmyndighetene, arbeids- og velferdsforvaltningen, introduksjonsprogrammet i kommunen, politiet, ligningsmyndighetene og Statens lånekasse.¹⁷² Verken skole eller mottak er uttrykkelig nevnt, men i høringsforslaget til endringen fremsetter politiets utlendingsenhet et ønske om å kunne innhente informasjon fra organer som er omfattet av taushetsplikten under helselovgivningen.¹⁷³ Signalet departementet gir er at flere offentlige organer får en opplysningsplikt overfor UDI. Forslaget illustrerer at dette er et politisk anliggende, og at rettstilstanden fort kan endre seg. Selv om pasientforholdet ikke er en sensitiv opplysning per i dag, står det i fare for å bli det hvis skolen blir pålagt en opplysningsplikt overfor UDI i likhet med en del andre organer. Så lenge det ikke påhviler en slik opplysningsplikt, vil imidlertid ikke noen berettiget interesse tilsis hemmelighet.

Konklusjonen er at ingen berettiget interesse tilsier hemmelighet av pasientforholdet.

Det siste spørsmålet er hvilke opplysninger skolepersonell, PP-tjenesten og mottaksansatte kan kommunisere til helsevesenet hvis helsepersonellet kan angi pasientforholdet.

Skolen er bundet av forvaltningslovens regler om taushetsplikt, jf. opplæringslova § 15-1.¹⁷⁴ For PP-tjenesten som er sammensatt av pedagoger og psykologer, gjelder i prinsippet den profesjonsmessige taushetsplikten i hpl. § 21 for psykologer som gir behandling.¹⁷⁵ Normaltilfellet er imidlertid at psykologen ikke driver med behandling, og at taushetsplikten er regulert i fvl. §§ 13 – 13f. Offentlige asylmottak er underlagt forvaltningslovens regler om taushetsplikt. Det samme gjelder private asylmottak, gjennom driftsansvarsavtaler mellom UDI og mottaket.

I § 13 b nr. 5 heter det at taushetsplikten ikke er til hinder for:

... at forvaltningsorganet gir andre forvaltningsorganer opplysninger om en persons forbindelse med organet og om avgjørelser som er truffet og ellers slike opplysninger som det er nødvendig å gi for å fremme avgiverorganets oppgaver.

Når det gjelder personlige forhold, som er opplysninger barnet har uttrykt overfor skolepersonell eller mottaksansatte om utreise, er dette normalt ikke opplysninger som er omfattet av de to første alternativene i § 13 b nr. 5. Det må dermed foretas en vurdering av hvorvidt slike opplysninger er nødvendig for å fremme avgiverorganets oppgaver. I utgangspunktet er det verken i skolens, PP-tjenestens eller mottaket interesse å angi personlige forhold til saksopplysninger i et helsevedtak. Det taler mot at

¹⁷² Se Prp. 95 L (2011–2012).

¹⁷³ Jf. Prp. 95 L (2011–2012) punkt 8.

¹⁷⁴ Kjønstad 2009a s. 26.

¹⁷⁵ Kjønstad 2009a s. 54–55, Ohnstad 2003 s. 53.

det kan kommuniseres opplysninger barnet har kommet med rundt utreise til helsepersonell.

Unntaket i § 13 b er imidlertid tolket vidt, og det kan argumenteres for at det er i skolens interesse at elevene har god helse og får helsehjelp etter loven, da det er en forutsetning for barnet til å fortsette skolegangen.¹⁷⁶ Mottaksansatte skal ivareta asylsøkere og tidligere asylsøkeres interesse, og det vil derfor være forenelig å drive et tverrfaglig samarbeid også her. Kjønstad skriver at barnets helse kan være en felles målsetting for ulike aktører.

Konklusjonen er at skolen og mottaket kan kommunisere opplysninger om utreise til helsepersonell.

Utredningsplikten pålegger helsepersonellet å hente ut relevant informasjon som kan bidra til å styrke eller svekke barnets forklaring fra ulike aktører som er involvert i barnet.

5.6.5 Politiske signaler som kan påvirke barns returmuligheter generelt

Det rettslige spørsmålet er om undersøkelsesplikten omfatter aktiv informasjonsinnhenting om regjeringens returpolitikk i henhold til barnets hjemland fra UDI.

Det kan være grunn til for helsepersonellet å finne ut hvilket land barnet kommer fra, for å så undersøke mulighetene for retur. Et konkret eksempel er Norges nye returavtale med Etiopia. Den kom i stand vinteren 2012, og 15. mars ble datoen hvor regjeringen bestemte at tvangsreturnering skulle starte. Hvis dette hadde vært det politiske klima, og et etiopisk barn hadde kommet inn til behandling 14. mars, kunne det at barnet var fra Etiopia alene oppfordre til å undersøke returprogrammet og når returneringen skulle starte. Informasjonen om at barnet var fra Etiopia lar seg oppdrive av barnet selv.

Videre kan informasjonen knyttet til returneringen kontrolleres anonymt hos UDI, jf. helsepersonelloven § 23 nr 3.¹⁷⁷ Det vil ikke være nødvendig å oppgi barnets navn, kun barnets opprinnelse. Hvis UDI bekrefter at de skal returnere alle barnefamilier innen kort tid, kan informasjonen være relevant i vurderingen. Det trekker i retning av at undersøkelsesplikten omfatter innhenting av slik informasjon.

På den annen side er informasjonen generell og usikker. Det er kanskje mer i de tilfeller hvor det er allment kjent at Norge ikke returnerer til barnets hjemland, at denne type informasjon mer sikkert kan legges til grunn. For eksempel slik situasjonen var i Norge før returavtalen med Etiopia, hvor retur til Etiopia ved tvang ikke lot seg gjennomføre. Det trekker i retning av en beskjeden undersøkelsesplikt på dette området.

Informasjonen er som regel kun aktuell i forhold til tidligere asylsøkere. Turister og andre barn av foreldre med arbeidstillatelse, vil som regel kunne returnere. Når det gjelder uregistrerte flyktninger er det ikke sikre holdepunkter for verken returnering eller opphold, ettersom de ikke står i like stor fare for å bli utsendt så lenge barnet lever i skjul for politiet og UDI. At informasjonen kan være relevant, og bidra til å underbygge eller avkrefte returmuligheter, trekker i retning av at helsepersonellet bør hente inn

¹⁷⁶ Kjønstad 2009a s. 62-63.

¹⁷⁷ Se også Kjønstad 2009a s. 17, 39 og 40.

informasjon som er lett tilgjengelig. Effektivitetshensynet setter grenser for helsepersonellens utredningsplikt her, sammenholdt med informasjonens usikre holdepunkter.

Konklusjonen er at undersøkelsesplikten omfatter å finne informasjon om politiske signaler i henhold til retur, som kan kontrolleres anonymt hos UDI.

5.6.6 Omfatter undersøkelsesplikten å utforske behandlingsmuligheter i barnets hjemland?

Som nevnt under punkt 4.6.5.4 kan det vanskelig gjøres å nekte barn helschjelp hvor behandlingen kan fullføres i barnets hjemland. Men før behandlingen kan startes i Norge, er det et poeng at det foreligger sikre holdepunkt for at behandlingen blir fullført i det landet barnet reiser til. Den som er nærmest til å vurdere behandlingstilbudet i hjemlandet er barnet og barnets foreldre. Altså kan det være gode grunner til å legge foreldrenes informasjon til grunn.

Her er det igjen grunn til å differensiere mellom ulike typer ulovlig opphold. For å stille situasjonen på spissen: Pengesterke amerikanske turister stiller i en helt annen klasse enn en uregistrert flyktning fra Somalia som har tatt seg ulovlig inn i Schengen. Det kan være større grunn til å undersøke behandlingsmulighetene hvor det er en turist som ønsker igangsatt behandling.

I Utlendingsnemnda (UNE) sitt vedtak 28. mars 2007, som ble truffet med hensikt om presedensvirkninger, er det særlig to punkter som kan være av betydning.¹⁷⁸ Disse er gjengitt i underrettsdom. Saken gjaldt en HIV-syk som fikk avslag på søknad om oppholdstillatelse. UNE mente at det var et tilgjengelig behandlingstilbud i vedkommendes hjemland. Behandlingstilbud i hjemland skulle anses tilgjengelig selv om det ikke var lokalisert i nærheten av vedkommendes bosted, uavhengig av kostnadene. For voksne personer er det tilstrekkelig å konstatere tilgang til helsevesen i hjemlandet ut fra generelle opplysninger om helsetilbudet. En slik tilnærming til barn vil imidlertid undergrave barnets helse, ettersom BK krever at det foreligger et adekvat og tilgjengelig behandlingstilbud, jf. punkt 4.6.5.4. Slike undersøkelser er svært tidkrevende, særlig dersom helsepersonellet må foreta kontroll av barnets opplysninger på dette punktet. Det trekker i retning av at helsepersonellet ikke skal foreta undersøkelser hvor barnet eller foreldrene opplyser at de ikke har en reell tilgang til helsetjenester i sitt hjemland.

Konklusjonen er at utredningsplikten omfatter å spørre barnet eller foreldrene om de har tilgang til behandling i sitt hjemland.

5.6.7 Avslutning

Gjennomgangen av utredningsplikten viser at det kan være mange tilfeller hvor det er sparsomt med informasjon rundt barnets utreise. Det kan til og med være tilfeller hvor barnet eller foreldrene ikke vet når de skal reise selv. Departementet synes å forutsette at barn som ikke har lovlig opphold skal forlate landet innen 2-3 uker, og at dette skal legges uprøvd til grunn. I realiteten forholder det seg ofte slik at barnet ikke forlater landet innen 2-3 uker, men blir i landet i lengre tid fremover. Hvis det er tilfellet og

¹⁷⁸ Se vedtak gjengitt i lagmannsrettsdom lb-2008-162590.

helsepersonellet antar at alle irregulære forlater landet, vil uforholdsmessig mange barn stå uten et helsetilbud. Gjennomgangen viser at helsepersonellet er bundet av undersøkelsesprinsippet og at det må tilstrebtes å få et best mulig informasjonsgrunnlag å fatte vedtaket ut fra. I forlengelsen av dette er spørsmålet hvilken avgjørelse helsepersonellet skal fatte hvor det ikke foreligger nok informasjon. Reglene om bevis vil bli gjennomgått fortløpende i de to neste punktene.

5.7 Bevisbyrden

Spørsmålet er hvem som har plikt til fremskaffe bevis for at behandlingen er, eller ikke er, av hensyn til barnet, og hvem tvilen skal gå ut over hvis faktum ikke er tilstrekkelig bevist. Innen fremstillingens rammer har jeg ikke foretatt en utfyllende gjennomgang av bevisbyrde, men tatt utgangspunkt i Gravers fremstilling. Målet er å gi en oversikt over reglene om bevis knyttet til helsevedtaket.

Med bevisbyrde mener Graver «hvem som må godtgjøre at vilkårene for å bringe en regel til anvendelse er oppfylt. Det innebærer en bevisføringsbyrde og en tvilsrisiko. Tvilsrisikoen er noe som slår inn når saken er ferdig utredet og skal avgjøres på grunnlag av de innhentede opplysninger.»¹⁷⁹ Med andre ord hvem som har ansvaret for å legge frem bevis, og for hvilken part manglende bevisføring vedtaket skal avgjøres i favor av.

Først vil jeg gå igjennom de alminnelige utgangspunktene for bevisbyrde i forvaltningsretten, og anvende dem på helsevedtaket. Helt konkret er det første spørsmålet om det er barnet som må fremskaffe bevis for at utreisen ikke finner sted, eller om helsepersonellet må fremskaffe bevis for at utreisen finner sted.

Utgangspunktet og den klare hovedregel er at forvaltningen har bevisbyrden ved inngrepsaker og parten har bevisbyrden i søknadssituasjoner. Det er derfor gode grunner til å se nærmere på hvilken type vedtak avgjørelsen om ikke å yte helsehjelp av hensyn til barnet er.

Som konkludert med over, er det uklart om innvandringsregulerende hensyn kan få gjennomslag fremfor hensynet til barnets beste. Spørsmålet om forskriften § 4 er forenelig med BK er usikkert, og det gjenspeiler seg igjen i denne vurderingen ved at det er usikkert hvorvidt det foreligger et inngrep eller ikke når helsevedtaket treffes. Det mest nærliggende er likevel å legge til grunn at vedtaket representerer en innsnevring av barnets tilgang til helsetjenester, og i så måte er et inngrep overfor barnet. At vedtaket har karakter av å være et inngrep trekker i retning av at helsepersonellet har plikt til å fremskaffe bevis.

Videre kan det òg ses hen til om helsepersonellet har en berettiget normalforventning til saken.¹⁸⁰ Hvis det er tilfellet kan det støtte opp under at parten selv må påvise grunner som gjør at han fraviker normalsituasjonen. I følge departementet skal det forventets av barna forlater landet innen 2-3 uker. En slik presumerende tilnærming til barnas situasjon trekker i retning av at barna selv må fremskaffe opplysninger om at de ikke skal forlate landet innen kort tid.

¹⁷⁹ Graver 2007 s. 484 og 485.

¹⁸⁰ Graver 2007 s. 490.

På den annen side er det ikke slik i virkeligheten at barna forlater landet innen 2-3 uker. Det finnes personer som har oppholdt seg ulovlig i Norge over flere tiår, og departementets antakelser anvendt på slike situasjoner kan føre til feile resultater.¹⁸¹ Riktignok kan utgangspunktet være korrekt overfor noen grupper irregulære barn. Det viser at behovet for et differensiert regelverk er tilstede. Enn så lenge er det uheldig at departementet tar utgangspunkt i en slik normalsituasjon, etter som det er en teoretisk normalsituasjon som ikke gjenspeiler virkeligheten for barna.

For å oppsummere er det staten som ønsker å snevre inn tilgangen til barnas helsetjenester for å kunne uttransportere dem. Det fremstår derfor som den beste løsningen at forvaltningen har bevisbyrden for at «hensynet til barnet» tilsier at helsehjelpen ikke skal ytes.

Et annet spørsmål er hvem som bærer tvilsrisikoen for at utreisen ikke er tilstrekkelig sannsynliggjort.¹⁸²

Forskriftens ordlyd gir rom for ulike utfall i forhold til om behandling skal ytes eller ikke, og har ulike konsekvenser for barnet. En nærmere analyse av forskriften § 4 vil derfor være nødvendig fordi «hensynet til barnet» misvisende gir uttrykk for at det er barnet som tjener på at helsehjelpen ikke ytes. Slik kan det ikke være, ettersom barnet har oppsøkt helsetjenesten, og det må legges til grunn at barnet ønsker helsehjelpen. Derfor er det ikke slik at resultatet av at helsehjelp ikke ytes fordi hensynet til barnet tilsier det, er det resultatet som nødvendigvis er i barnets favør.

I tillegg er det ikke bare to utfall, men fire potensielle utfall. Det ene er at helsehjelp ikke ytes, fordi barnet rettmessig skal reise. Det andre er at helsehjelp ikke ytes, og barnet ikke skal reise. Her vil utfallet være tyngende for barnet. Det tredje er at helsehjelp ytes, men at barnet skal reise. Dette er også et tyngende utfall for barnet. Og det fjerde er at helsehjelp ytes, og barnet ikke skal reise. Dette utfallet er i barnets favør. I all hovedsak kan det oppstilles at avskjæring av helsehjelp skjer i barnets disfavør og statens favør. Ut fra at det er tale om helsehjelp til barn, kan det synes noe urimelig om tvilen går i barnets disfavør. Det legges til grunn at tvilen skal gå i barnets favør.

Konklusjonen er at helsepersonellet fører bevis for at helsehjelpen ikke skal ytes, og at tvilen ved manglende opplyst faktum fører til at behandlingen startes.

5.8 Sannsynlighetskravet til helsevedtaket

5.8.1 Innledning

Spørsmålet er hvilket sannsynlighetskrav som stilles til helsevedtaket, jf. forskriften § 4.

Av interesse ved siden av forskriftens materielle innhold og prosessuelle krav, er sannsynlighetskravet som stilles til helsevedtaket. Den norske legeforening fremhevet i sitt høringsbrev at selv om det forelå en utreisedato hos barnet, var det i realiteten ikke

¹⁸¹ Se blant annet <http://www.aftenposten.no/nyheter/iriks/article3988011.ece> hvor det skrives om statistikken rundt personer som har oppholdt seg ulovlig i Norge. (Sist besøkt juni 2012).

¹⁸² Graver 2007 s. 493.

ensbetydende med at barnet faktisk forlot landet.¹⁸³ Uttalelsen er illustrerende fordi den får frem at det er viktig med en viss sikkerhet rundt at utreisen faktisk finner sted, ettersom utreisen står som en av de sentrale grunnene til at helsehjelpen eventuelt ikke ytes. Konsekvensen av at det ikke stilles krav til utreisens sikkerhet er at flere barn enn nødvendig kan få avskåret behandling. BK art. 24 sikrer at flest mulig barn skal få den behandlingen de har krav på, og en klarhet og presisering av bevisreglene rundt vedtaket er med på å støtte opp under at helsepersonell treffer korrekte avgjørelser. Krav til bevis står i tillegg i nær tilknytning til utredningsplikten. Det er allerede foretatt en gjennomgang som illustrerer utfordringene knyttet til å kartlegge barnets utreisessituasjon. Det er derfor viktig å få frem rettsreglene knyttet til hvilket krav som stilles til å sannsynliggjøre utreise og skaderisiko. Allerede er det påvist at tvilsrisikoen skal gå ut over staten, og et manglende sannsynliggjort faktum fører dermed til at barnet har krav på behandling.

Forskriften som regulerer tilgangen til helsehjelp for irregulære barn har ikke vært i kraft særlig lenge, og spørsmålet står foreløpig ubehandlet i juridisk litteratur. I tillegg er omfanget av beviskrav i forvaltningsretten beskjedent representert i rettspraksis, juridiske bøker og artikler. Mest fremtredende er *Gravers* fremstilling i en artikkel i *Tidsskrift for Rettsvitenskap* og senere i en ny utgave av «Alminnelig forvaltningsrett», samt utgivelser av *Strandberg*.¹⁸⁴ Utover det har spørsmål om beviskrav i forvaltningsretten heller ikke vært oppe for Høyesterett i mange saker.¹⁸⁵ I tillegg knytter den største delen av litteraturen seg til beviskrav for faktum som ligger bakover i tid. Vedtak om ikke å yte helsehjelp er en prognosevurdering, hvor det må vurderes om barnet forlater landet innen kort tid og om behandlingen medfører risiko for skade hvis den avbrytes. Det knytter seg derfor flere utfordringer i å utlede rettstilstanden på området.

Før jeg går videre ser jeg grunn til å nærmere presentere de ulike sannsynlighetskrav og deres innhold. Når jeg skriver om ulike sannsynlighetskrav, tar jeg utgangspunkt i termene skissert opp av *Graver* og *Strandberg*.¹⁸⁶ Jeg vil derfor bruke et avsnitt på termene og deres innhold før jeg går over til å skrive om hvilket sannsynlighetskrav som stilles til vedtak innen forvaltningsretten.

Strandberg og Graver tar for det meste utgangspunkt i de samme termene i forhold til sannsynlighetskravet. På en prosentkala for sannsynlighet har Strandberg plassert stikkordet *mulig* ved 25 %. Ved *mer enn 50 %* taler Graver og Strandberg om at et faktum har *alminnelig sannsynlighetsovervekt*, og Graver utdyper at med dette menes at «de beste grunner taler for å legge dette til grunn.» Ved omtrent 70 % sannsynlig bruker Graver

¹⁸³ Høringsuttalelse fra Den Norske Legeforening, finnes på nettsiden:

<http://www.regjeringen.no/pages/14622672/DenNorskeLegeforeningDok1.pdf> (sist besøkt mars 2012).

¹⁸⁴ Hans Petter Graver, *Bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten*, TfR 2004 s. 465 (heretter Graver 2004), Graver 2007 og Magne Strandberg, *Beviskrav i sivile saker*, Universitetet i Bergen, 2010 (heretter Strandberg 2010). Spørsmålet har for øvrig vært reist av Frihagen i *Forvaltningsrett II* og Eckhoff i blant annet «Tvilrisikoen» nokså tidlig, men er ikke behandlet i detalj.

¹⁸⁵ Graver 2007 s. 487 og Marius Stub, *Er forvaltningen kjent med beviskravene i forvaltningsretten?*, LoR 2006 s. 674 (heretter Stub 2006), som blant annet skriver om at beviskrav i forvaltningsretten ikke i særlig stor grad har vært problematisert i forvaltningsrettslige lærebøker eller av Høyesterett.

¹⁸⁶ Graver 2007 s. 485 og Strandberg 2010 s. 249.

termen *overveiende sannsynlig*. Med dette mener han at det «ikke er gode grunner for å betvile det» og Strandberg taler om at faktum er «godtgjort» eller «åpenbart». Til sist anses faktum som *sikkert* når det er mer enn 90 % sannsynlig. Det vil si at «andre muligheter ikke er praktisk tenkelige» i følge Graver.¹⁸⁷

5.8.2 Beviskravet i forvaltningsretten

Beviskravet til forskriften fremkommer ikke av forskriftsteksten selv. Det finnes heller ingen andre generelle lovfestede krav til sannsynlighetsvurderingen innenfor forvaltningsretten. Beviskravet må dermed utledes fra generelle ulovfestede regler om beviskrav til vedtak i forvaltningen. Det er imidlertid antatt at forvaltningen i stor grad følger de samme beviskrav til faktum som domstolene legger til grunn i sivile saker, hvilket er alminnelig sannsynlighetsovervekt.¹⁸⁸ Grunnen til det sammenfallende beviskravet er at domstolen overprøver forvaltningens vedtak og det faktiske grunnlaget for å treffe vedtaket. Det vil være lite hensiktsmessig å legge til grunn ulikt sannsynlighetskrav hos forvaltningen og i domstolene, det kan føre til ulike resultater fordi bevisvurderingen er ulik. Hovedregelen og utgangspunktet er dermed at det kreves en alminnelig sannsynlighetsovervekt for at behandlingen ikke er av hensyn til barnet.

Alminnelig sannsynlighetsovervekt er imidlertid kun et utgangspunkt, og unntaksregler må utledes selvstendig på et ulovfestet grunnlag.¹⁸⁹ Dette fordi at det foreligger ulike behov på ulike rettsområder.¹⁹⁰ Det må blant annet ses hen til inngrepet karakter, hvilke interesser som ligger bak vedtaket og på hvilken måte partene blir berørt av de ulike utfall.¹⁹¹

5.8.3 Beviskravet for helsevedtaket

Først vil jeg se på hvilke grunner som generelt kan føre til et høyere eller lavere sannsynlighetskrav enn utgangspunktet som er alminnelig sannsynlighetsovervekt, og vurdere helsevedtaket opp mot disse.

Jeg presiserer at selv om «hensynet til barnet» inneholder to vurderinger i henhold til skade og utreise, velger jeg å drøfte sannsynlighetskravet i tilknytning til «hensynet til barnet». Det er på det rene at det kan stilles forskjellig krav til sannsynlighet til ulike elementer i vurderingen.¹⁹² Det første elementet er risikoen for at behandlingen er til skade eller ikke, og det andre elementet er om barnet forlater landet innen kort tid. Disse to elementene utgjør til sammen «hensynet til barnet» og bør derfor vurderes i sammenheng, ettersom de kan interagere hos hverandre.

¹⁸⁷ Graver 2007 s. 485.

¹⁸⁸ Graver 2007 s. 488 og 494 med videre henvisninger, Eckhoff 2010 s. 428, Strandberg 2010 s. 347 med videre henvisninger, Stub 2006 s.629. Se blant annet John Mæland, Kort prosess. En innføring i den sivile rettergang etter tvisteloven, 2. utgave, Bergen, 2009 s. 190 med videre henvisninger.

¹⁸⁹ Graver 2007 s. 489.

¹⁹⁰ Eckhoff 2010 s. 428, Graver 2007 s. 488.

¹⁹¹ Graver, 2007 s. 483, 487 og 495.

¹⁹² Graver 2004 s. 470,

Hovedgrunnen som jeg anga over, for at vedtak som treffes av forvaltningen følger sivilprosessens beviskrav, er at et dobbeltspor når det gjelder kravet til faktum føre til ulike resultater basert på ulike bevisregler. Ettersom helsevedtaket er en prognosevurdering, kan det være grunn til å se nærmere på i hvilken grad domstolen prøver om vedtaket bygger på et tilstrekkelig bevist faktum. Når det kommer til fremtidige avgjørelser, er det antatt i juridisk litteratur at domstolene prøver hvorvidt forvaltningen fattet vedtaket på et forsvarlig grunnlag.¹⁹³ Herunder om saken var forsvarlig utredet, og dermed om forvaltningen hadde tilstrekkelig kunnskap om grunnlaget for vedtaket. Særlig to dommer fra Høyesterett bekrefter rettstilstanden. I Altavassdrag-dommen uttaler Høyesterett:¹⁹⁴

På en rekke punkter har uenigheten mellom partene i saken sammenheng med at det ofte er meget vanskelig å forutse om en skade vil oppstå og hvor stor den i tilfelle vil bli. ... I og med at det her dreier seg om prognoser som etter sin art vil være forbundet med usikkerhet, må saksbehandlingen være i orden dersom prognosene er forsvarlige på den tid de må foretas.

Også i en tidligere dom i Rt. 1962 s. 805 (809) er dette den rådende oppfatning hos Høyesterett:

Om disse argumenter er å si at de fleste av dem bygger på en skjønnsmessig vurdering - til dels en prognose - som unndrar seg en eksakt prøvelse. ... Problemet er i virkeligheten også her om Omsetningsrådet har utøvet et forsvarlig skjønn, et spørsmål som jeg nå går over til å behandle.

Dommene illustrerer den nære sammenhengen mellom utredningsplikten og bevisvurderingen. Men også at et annet beviskrav enn alminnelig sannsynlighetsovervekt ikke vil føre til et dobbeltspor eller komme i konflikt med det beviskravet som stilles i sivilprosessen, ettersom domstolen prøver om forvaltningens utredning var forsvarlig.

En annen grunn som kan føre til et høyere eller lavere sannsynlighetskrav er hensynet som ligger bak et krav om alminnelig sannsynlighetsovervekt. Det blir antatt at alminnelig sannsynlighetsovervekt vil gi flest mulig korrekte avgjørelser.¹⁹⁵ Men det er et poeng med vedtak som avskjærer helsehjelp at ikke bare flest mulig avgjørelser blir korrekte, men at *ingen* barn unødvendig blir avskåret fra å motta helsehjelp samtidig som at *ingen* barn lider skade av å motta behandlingen. Det kan være grunn til å se på om det er forskjell på ulike utfall. Det er forskjell på om et barn blir uriktig gitt helsehjelp og uriktig avskåret helsehjelp. Siktemålet bør dermed i dette tilfellet ikke være flest mulig materielt riktige avgjørelser, men at færrest mulig barn blir uriktig avskåret fra motta behandling. Synspunktet er støttet opp av Strandberg som tar til orde for en debatt om hensynet bak kravet til sannsynlighetsovervekt og hvilke type korrekte avgjørelser det fremmer.¹⁹⁶ Og om det alene er et poeng om kun materielt korrekte avgjørelser er det som tilstrebes, eller om det er viktigere hvordan de materielt feile dommene rammer, og at dette er et verdispørsmål som bør følge rettsområdet. Et slikt siktemål kan i forhold til helsevedtaket oppnås ved at det stilles et strengere beviskrav til vedtaket.

¹⁹³ Graver 2007 s. 502, Eckhoff 2010 s. 430.

¹⁹⁴ Rt. 1982 s. 241 på s. 266.

¹⁹⁵ Graver 2007 s. 485, Eckhoff 2010 s. 428.

¹⁹⁶ Strandberg 2010 kapittel 8.

Samtidig er det særlig to interesser som er satt mot hverandre under avgjørelsen av vedtaket, de innvandringsregulerende interesser og barnets behov for behandling. Vedtaket kompliseres ytterligere ved at barnet kan bli utsatt for en uforsvarlig behandling hvis behandlingen må avbrytes til skade for barnet. Det foreligger derfor ikke bare motstridende interesser mellom myndighetene og barnet, men også hos barnet selv. Vedtaket kan oppleves som tyngende for barnet dersom barnet får behandling som må avbrytes til skade, og dersom barnet ikke får behandling ut fra en feilvurdering av utreisen. Det er vanskelig å ivareta barnets og det offentlige interesser samtidig. Og ulike utfall kan være tyngende for barnet både ved et lavt og et høyt sannsynlighetskrav. Dette trekker i retning av at kravet bør være alminnelig sannsynlighetsovervekt.

At vedtaket kan oppleves som tyngende for barnet ved de ulike utfall fører til at det er mest hensiktsmessig å konkludere med at det må foreligge et alminnelig krav til overbevisning om at barnet skal forlate landet og at behandling er til skade. Dette er og den klare hovedregel, selv om det foreligger grunner til å sette kravet høyere eller lavere.

5.8.3.1 Hvordan risiko for skade og risiko for utreise påvirker hverandre i en sannsynlighetsvurdering

Under vurderingen av om behandlingen ikke er av hensyn til barnet, må det påvises at barnet skal reise før behandlingen er fullført og at behandlingen er skadelig å avbryte. Når disse to elementene utgjør «hensynet til barnet», må det ses nærmere på hvilke krav som stilles til elementene, for at vedtaket i sin helhet oppfyller beviskravet.

I merknadene heter det om skaderisikoen at siktemålet er «i de tilfeller det er *helt klart* at det å avbryte en behandling før den er fullført *vil kunne være* til skade for barnet». (Min kursivering). Av formuleringen kan det utledes at det må være *sikkert* at det foreligger en risiko for skade.

I rundskrivet skriver departementet om utreise:¹⁹⁷

Dette vil være en faglig vurdering, og vil for eksempel kunne være tilfellet der helsepersonellet har *sikker kunnskap* om at barnet snart skal forlate landet, og det *vil være* uforsvarlig å starte en behandling som ikke kan slutføres.

Denne uttalelsen kan tas til inntekt for at beviskravet til utreise er at den *sikkert* må finne sted. Det må med andre ord ikke være andre praktisk tenkbare utfall enn at barnet forlater landet.

De to vurderingene taler isolert sett begge to for at det må stilles krav om at utreisen må være *sikker* og at skaderisikoen *sikkert* må være tilstede før behandlingen ikke ytes. Til sammen utgjør det at de faktiske premisser for vedtaket er godgjort eller åpenbart, og sannsynlighetskravet er dermed tilstrekkelig oppfylt hvis helsepersonellet har sikker kunnskap om både utreise og skaderisiko (utreise * skade = 0,9 * 0,9 = 0,81 som fører til 81 % sannsynlighet for at behandlingen er til skade å avbryte og at barnet skal forlate landet). En slik matematisk tilnærming er illustrerende innenfor den rettslige tilnærmingen til bevissspørsmål, men i praksis vil nok ikke faktum kunne måles i slike prosentsetser.

Deretter er det interessant å se på hvordan utreisen og skaderisikoen påvirker hverandre. Hvis det foreligger en lav sannsynlighet for at det foreligger en risiko for skade, altså at det er *mulig*, er spørsmålet om behandling likevel ikke skal igangsettes

¹⁹⁷ Rundskriv om helsehjelp til personer uten lovlig opphold, punkt 2.3.

fordi utreisen *sikkert* vil finne sted. Det ser dermed slik ut: skade * utreise = $0,25 * 0,9 = 0,229$. Det vil si at det foreligger omtrent 23 % sannsynlighet for at behandlingen er til skade å avbryte *og* at barnet skal forlate landet. I et slikt tilfelle vil ikke hjelpen kunne avskjæres.

Grensen for å oppnå alminnelig sannsynlighetsovervekt til at behandlingen er til skade å avbryte *og* at barnet skal forlate landet, er hvis både skaderisikoen og sannsynligheten for utreise er godgjort, altså overveiende sannsynlig, ($0,75 * 0,75 = 0,56$).

Hvis enten utreisen eller skaderisikoen er *sikker*, altså mer enn 90 %, er det tilstrekkelig at den resterende faktor er sannsynlig ($0,9 * 0,6 = 0,54$). Dette illustrerer hvordan skaderisikoen og utreisen kan påvirke hverandre i sannsynlighetsvurderingen. Er risikoen for skade *sikker*, er det tilstrekkelig å godtgjøre at barnet skal forlate landet. Og omvendt, hvis det er *sikkert* at barnet skal forlate landet, er det tilstrekkelig å *godtgjøre* at behandlingen medfører risiko for skade.

For å oppsummere må det foreligge mer enn 50 % sannsynlighet for behandlingen er til skade å avbryte *og* at barnet skal forlate landet. Herunder stilles det igjen krav til sannsynligheten for at skade vil oppstå, og at utreisen finner sted. Disse to vurderingene påvirker hverandre. For eksempel hvis sannsynligheten for at skade oppstår er mer enn 90 %, behøver kun helsepersonellet å konstatere en sikkerhet for utreise på mer enn 60 % for at behandling ikke skal ytes.

6 Finansiering og betaling for helsetjenester

6.1 Innledning

I dette avsnittet skal jeg ta for meg reglene knyttet til finansiering og betaling for helsetjenester til irregulære barn og gravide. I likhet med tidligere gjennomganger av irregulære barns rettigheter vil jeg drøfte i hvilken grad irregulære voksne har tilgang til finansierte helsetjenester. Ikke bare er det nødvendig for å få frem hvor barnet er positivt forskjellsbehandlet, det er òg viktig for å fastsette gravide sin betalingsplikt. Voksne og gravide sin betalingsplikt er regulert av samme lovregler, noe jeg vil komme tilbake til nedenfor.

Reglene om finansiering og betaling for helsetjenester er nedfelt i spesialisthelsetjenesteloven, folketrygdloven, og helse- og omsorgstjenesteloven, alle med tilhørende forskrifter. Kostnader pasienter har i forbindelse med spesialisthelsetjeneste blir dekket av de regionale helseforetakene med tilskudd fra staten (medlemmer av folketrygden får refundert utgifter til helsetjenester). Med andre ord betaler norske borgere kun en fastsatt egenandel for helsehjelp i dag, og ingen egenandel for innleggelse på sykehus. Barn er fritatt for betaling av egenandel frem til fylte 16 år, og for psykologisk hjelp frem til fylte 18 år.¹⁹⁸

I Norge er retten til helsehjelp i stor grad sammenfallende med retten til å motta sterkt subsidierte helsetjenester. En slik assosiasjon står i kontrast til for eksempel USA sin helsepolitikk, hvor retten til å motta helsetjenester og retten til å få finansierte

¹⁹⁸ Forskrift om stønad til dekning av utgifter til undersøkelse og behandling hos lege, 28. juni 2012 nr. 628, § 3 nr. 6.

helsetjenester holdes adskilt. Overfor irregulære kan det synes at departementet har innført et slikt system, hvor retten til å motta helsetjenester holdes adskilt fra retten til å motta sterkt subsidierte helsetjenester. Det klare utgangspunktet for irregulære er at irregulære selv skal bære den fulle kostnad av helsehjelpen som mottas.

6.2 Hensyn

Det ligger særlig to motstridende hensyn bak reglene om finansiering av helsetjenester til irregulære. Myndighetene har en streng innvandringspolitikk overfor dem som oppholder seg i Norge uten gyldig oppholdsgrunnlag. De er ikke gitt rettigheter ut over hva som følger av det Norge minimum er forpliktet å yte i henhold til internasjonale instrumenter og medisinske nødrettslig betraktninger. At departementet ikke ønsker å finansiere helsetjenestene er derfor en naturlig følge av ikke å gi irregulære større rettigheter enn de er forpliktet til. I høringsnotatet skriver departementet at det ville stride mot den allmenne rettsfølelse hvis personer som ikke var medlem av folketrygden og som ikke hadde lovlig opphold skulle unntas betalingsplikten.¹⁹⁹

På den annen side står barn og gravide i en særstilling. Barn og gravides er gitt helserettigheter på like vilkår som gravide og barn med lovlig opphold, jf. BK art. 24 jf. art. 2. Å pålegge barn å skulle betale for helsetjenestene er ikke bare urimelig, men også i enkelte tilfeller ulovlig etter interne norske regler. Det er urimelig som følge av at barn ikke har økonomisk kapital. Det er ulovlig som følge av at umyndige ikke kan opparbeide seg gjeld, jf. vergemålsloven §§ 2, 33 og 55.²⁰⁰ BK sikrer økonomiske tilgjengelige helsetjenester, og Norge er forpliktet til å sikre rettighetene etter BK i norsk rett, jf. mrl. § 3.

6.3 Voksne

Spørsmålet er omfanget av betalingsplikten for irregulære voksne.

Før spørsmålet behandles nærmere, gis en oversikt over rettskildesituasjonen for irregulæres finansieringsbestemmelser. Ettersom forskriften som regulerer tilgangen til helsetjenester ikke har vært i kraft særlig lang tid, er rettskildemateriale tynt med tanke på hvordan forskriftens betalingsordning skal forstås. I forskriftsteksten nevnes ikke betalingsplikten, og i forarbeidene fremheves at personer uten lovlig opphold må bære kostnadene fullt ut for helsehjelpen som mottas.

På den annen side blir det presisert i forarbeidene til forskriften at betalingsordningen viderefører gjeldende rett, og at betalingsplikten dermed ikke representerer en ny ordning. At personer uten lovlig opphold har måttet betale for helsetjenester har vært antatt ut fra en gjennomgang og tolkning av dagens rettskildemateriale som omhandler betalingsregler, spesialisthelsetjenesteloven og folketrygdloven. I juridisk litteratur har spørsmålet om betalingsplikten blitt reist av blant annet Søvig, som tar opp problematikken i henhold til om det har vært meningen at barn skal betale for helsetjenester. Halvorsen nevner finansiering av helsetjenester for

¹⁹⁹ Høringsnotat 2010 s. 17, punkt 6.7.1.

²⁰⁰ Lov om vergemål for umyndige m.m. av 22. april 1928 nr. 2 (vgml.). Se òg ny lov som er vedtatt, men ennå ikke trådt i kraft: Lov om vergemål av 26. mars 2010 nr. 9.

barn i forbindelse med en gjennomgang av likebehandlingsprinsippet i helsevesenet, Aasen skriver oversiktspreget om dagens betalingsordning og Warberg problematiserer virkeområdet til finansieringsreglene i spesialisthelsetjenesteloven § 5-3.²⁰¹ Når det gjelder betalingsplikten for øyeblikkelig hjelp er det tatt til orde for av Andenæs og Bayegan at ØSK med forrang medfører at en forskrift som gir tidligere asylsøkere rett til finansierte helsetjenester for akutt helsehjelp, kan anvendes analogisk hos irregulære.²⁰² Rekkevidden av ØSK i norsk rett er i så måte avgjørende for argumentets gjennomslagskraft. Da vil eventuelt fritak fra betalingsplikten forankres i motstridsbestemmelsen i menneskerettighetsloven § 3, og en analogisk anvendelse av den nevnte forskrift vil harmonisere retten. Innenfor rammene av denne fremstillingen lar jeg spørsmålet ligge. Spørsmålet ble reist for å belyse at det ikke er entydig og klart hvorvidt det er forenelig med internasjonale instrumenter at irregulære selv må bære kostnadene for øyeblikkelig hjelp, og hjelp som ikke kan vente, fullt ut.

De lovbestemmelser som nærmere regulerer finansiering og betaling for helsetjenester fremgår av folketrygdloven (ftrl.) kapittel 5, jf. § 2-1, helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 11 og spesialisthelsetjenesteloven §§ 5-1 til 5-3.²⁰³ Helt sentralt for finansiering av helsetjenester står medlemskap i folketrygden. Et vilkår for medlemskap i folketrygden er at personen har lovlig opphold i Norge, jf. ftrl. § 2-1 tredje ledd. Om en person har lovlig opphold er regulert av utlendingslovens regler om oppholdstillatelse.²⁰⁴ Irregulære personer er dermed avskåret fra medlemskap i trygden, og har dermed ikke mulighet til å få finansierte helsetjenester fra det offentlige.

Når det gjelder andre spesialiserte helsetjenester på sykehus, reguleres finansieringen av helsetjenestene i spesialisthelsetjenesteloven kapittel 5 og § 5-3 er av særlig interesse for irregulære personer. Det heter i bestemmelsen at for personer uten fast bosted i riket, dekker ikke de regionale helseforetakene utgiftene til behandling. Warberg problematiserer imidlertid «faste oppholdssted» i § 5-1 opp mot hvorvidt langvarig kirkeasyl kan kvalifisere som bosted slik at vedkommende vil ha rett til å få dekket utgiftene etter § 5-2.²⁰⁵

Slik kan imidlertid ikke lovens ordlyd forstås, da det klart følger av rundskriv til spesialisthelsetjenesteloven at «bosted» i § 5-3 skal følge de samme krav som medlemskap til folketrygden. Med andre ord må oppholdsgrunnlaget være lovlig.²⁰⁶ Leses § 5-1 i lys av de krav som stilles til «bosted» i § 5-3, fremstår det som klart at kirkeasylanter ikke kvalifiserer til å få dekket utgiftene til helsetjenester, all den tid

²⁰¹ Søvig 2009 s. 121, Høstmælingen mfl. 2008 s. 160 og Warberg 2011 s. 129, Aasen og Kjellevoid 2012 s. 99.

²⁰² Kristian Andenæs og Charlotte Bayegan, Rett til helsehjelp for personer uten lovlig opphold i Norge, Juristkontakt 5/2009 s. 55–57. Forskrift om tryggedekning for asylsøkere og deres familiemedlemmer av 14. mai 2008 nr. 460, § 2 annet ledd.

²⁰³ Lov om folketrygd av 28. februar 1997 nr. 19 (ftrl.).

²⁰⁴ Ot.prp. nr. 29 (1995–1996) side 31 hvor det forutsettes for lovlig opphold at det foreligger oppholdstillatelse eller annen hjemmel for oppholdet. Det er utlendingslovens regler som regulerer oppholdstillatelse og hjemler for lovlig opphold. Se også Asbjørn Kjønstad (red), Folketrygdloven med kommentarer, 2. utgave, Gyldendal, Oslo, 2009b s. 70 som tar opp vilkår for medlemskap i folketrygden.

²⁰⁵ Warberg 2011 s. 129.

²⁰⁶ Rundskriv I-2/2008, Utgifter ved helsehjelp i norske helseinstitusjoner under den offentlige spesialisthelsetjenesten, blant annet for personer som ikke er bosatt i Norge.

personen ikke har lovlig opphold i riket. Det fører igjen til at irregulære står uten mulighet for økonomisk dekning av spesialisthelsetjenester.

Gjennomgangen av rettskildene viser at regelverket er klart og tydelig i henhold til at irregulære selv må bære kostnadene fullt ut for helsetjenestene. Det presiseres imidlertid i forarbeidene til forskrift om tjenester til personer uten fast opphold at det ikke er adgang til å kreve forhåndsbetaling for øyeblikkelig hjelp eller hjelp som ikke kan vente.

Selv om full betalingsplikt generelt er hovedregelen, finnes det unntak. Det fremkommer av smittevernloven med tilhørende forskrift at ingen skal betale for smittevernhelp. Det er også fastsatt i spesialisthelsetjenesteloven § 5-3 tredje ledd at staten bærer regningen for tvungen psykisk helsevern – også overfor irregulære. Disse to rettene til helsehjelp er i tillegg særskilt nedfelt i forskrift om tjenester til personer uten fast opphold. Forskriften § 5 bokstav a og b er ikke bare alene utvidete rettigheter, men rettigheter som i tillegg er finansiert av staten ut fra hensynet til samfunnet. Av annen helsehjelp irregulære er gitt tilgang til er helsehjelp til innsatte uten lovlig opphold i Norge. Når det gjelder irregulære under fengselsopphold er det vedtatt en ny § 2-17 til folketrygdloven som ennå ikke er trådt i kraft. Bestemmelsen tar sikte på en presisering av det som er gjeldende rett etter en utvidet tolkning av folketrygdloven § 2-1, og fastsetter at alle innsatte uten lovlig opphold har krav på finansiert helsehjelp.²⁰⁷ Altså er den irregulæres utvidete tilgang til helsehjelp i forskriften supplert av en finansieringsbestemmelse i folketrygdloven.

Hvorvidt irregulære selv må bære den fulle kostnaden for aborthjelp er usikkert. Men det har vært en sak for Helsetilsynet hvor en kvinne har måttet betale for abort.²⁰⁸ En kvinne uten lovlige oppholdspapirer ble nektet abort ved Ullevål Sykehus fordi hun ikke kunne forhåndsbetale for hjelpen. Tilsynet la til grunn, uten nærmere drøftelser, at det var klart at kvinnen selv måtte betale for svangerskapsavbruddet. Det som var det springende punkt var om kvinnen kunne bli nektet svangerskapsavbrudd som følge av at hun ikke kunne forhåndsbetale, eller om dette var hjelp som ikke kunne vente og at sykehuset dermed ikke kunne kreve forhåndsbetaling. Helsetilsynet drøftet hvorvidt inngrepet kunne utsettes, og hvilke konsekvenser det fikk for valg av inngrepsmetode overfor kvinnen. Konklusjonen ble at svangerskapsavbruddet ble regnet som hjelp som ikke kunne vente, grunnet at kvinnen var gravid i uke 8. Hjelp som ikke kan vente er av Helsedepartementet vurdert til behandling som må igangsettes innen 3 uker. Kvinnen var avhengig av å avbryte svangerskapet innen tre uker som følge av at retten til selvbestemt abort frafaller ved uke 12.²⁰⁹ Helsetilsynet problematiserte som nevnt ikke hvorvidt abort var fritatt betalingsplikten. I praksis kan det derfor synes som at en tolkning av regelverket fører til at svangerskapsbrudd ikke er finansiert av staten.

Altså forholder det seg slik at irregulære er i forskriften § 5 gitt utvidet tilgang til enkelte helsetjenester, som alle er finansiert av staten, foruten svangerskapsavbrudd. Om dette er en riktig tolkning av finansieringsordningen bak svangerskapsavbrudd fremstår derfor som usikkert. Forskriften ser ut til å ha et system hvor de utvidete

²⁰⁷ Se Prp. nr. 135 L (2009–2010) s. 3, kapittel 2 «Gjeldende rett».

²⁰⁸ En tilsynssak med referanse 2011/18307-9-FM-H, Helsetilsynet i Oslo og Akershus, datert 30.12.2011.

²⁰⁹ Jf. lov om svangerskapsavbrudd (abortloven) av 13. juni 1975 nr. 50, § 2.

rettigheter er forankret i sterke menneskelige og samfunnsmessige hensyn, ut over hensynet til individet selv, som fører til at staten bærer kostnadene for helsehjelpen. Det er i alles interesse at det ikke oppstår et illegalt abortmarked i Norge, og denne sterke samfunnsinteressen kan støtte opp under at abort også skal være unntatt betalingsplikten.

6.4 Gravide

Spørsmålet er om gravide er unntatt betalingsplikten for svangerskapsomsorg og fødselshjelp.

Gravide er gitt utvidete rettigheter til svangerskapsomsorg før og etter fødsel. For norsk retts vedkommende springer retten til hjelp under selve fødsel ut av retten til *øyeblikkelig hjelp*, mens svangerskapsomsorgen er uttrykkelig fastsatt i forskriften § 5. Fødselshjelp og svangerskapsomsorg er begge tjenester som fremgår av BK art. 24 første ledd bokstav b, og spørsmålet er om irregulære gravide har rett til å motta denne hjelpen på like vilkår som gravide med lovlig opphold.

I media har det vært skrevet om irregulære som har fått med seg fødselsregningen hjem.²¹⁰ I oppslagene har det fremkommet at den praksisen er en naturlig følge av den nye forskriftsreguleringen som skiller retten til å motta helsehjelp og retten til motta finansierte helsetjenester.

Hvorvidt dette er en riktig tolkning av forskriften, kan det reises spørsmål om. Det kan òg diskuteres om departementet virkelig har ment at gravide selv må betale for fødselshjelp. I alle tilfeller har ikke BK vært tatt høyde for når gravidens rett til finansierte fødsler har blitt vurdert. På linje med barn, nyter gravide godt av diskrimineringsforbudet i BK art. 2, og har rett til å motta helsetjenester på like vilkår som andre gravide.

I tillegg viser gjennomgangen av voksnes betalingsplikter at samfunnsmessige og sterke menneskelige hensyn fritar irregulære fra betalingsforpliktelsen i visse tilfeller. Det samme samfunnshensynet gjør seg gjeldende for gravide, i den forstand at det ikke er ønskelig med uforvarselige hjemmefødsler. En tolkning av forskriften som fører til at de utvidete helserettigheter også er helserettigheter staten bærer regninger for harmoniserer godt med BK. En slik tolkning kan forankres i motstridsbestemmelsen i menneskerettighetsloven § 3, og går dermed foran de regler som eventuelt måtte gi uttrykk for det motsatte.

Konklusjonen er at gravide har rett til svangerskapsomsorg og fødselshjelp på samme vilkår som gravide med lovlig opphold.

6.5 Barn

Spørsmålet er om irregulære barn har krav på helsetjenester på like vilkår som barn med lovlig opphold i landet. Mer konkret innebærer det et spørsmål om irregulære barn er fritatt fra å betale for helsetjenestene på linje med andre norske barn.

²¹⁰ Se bl.a. NRK Sørlandet 2.1.2012, «Fikk regning for fødsel»: <http://nrk.no/nyheter/distrikt/sorlandet/1.7868606> (sist besøkt juni 2012).

Lovreglene om finansiering som er gjennomgått i forrige avsnitt skiller ikke mellom barn og voksne. Samtidig minnes det om at forskriften heller ikke har en uttrykkelig bestemmelse om vederlag for betaling av helsetjenester overfor barn. Men tas det øvrige lovverket bokstavelig, skal barn selv bære kostnadene knyttet til helsehjelp fullt ut. I juridisk litteratur er det imidlertid gitt uttrykk for at betalingsreglene ikke skal tilkomme irregulære barn. Halvorsen og Aasen i Høstmælingen tolker den nye forskriften om tjenester til personer uten fast opphold slik at barn nå har rett til gratis helsetjenester.²¹¹ Et argument som kan anføres for en slik tolkning er at forskriften viderefører gjeldende rett på området, og at gjeldende rett har vært at barn ikke skal betale for helsetjenester.²¹²

Ut fra lovgiversignaler kan det argumenteres i retning av at irregulære barn er fritatt fra betalingsplikten. Irregulære barn er positivt forskjellsbehandlet i forhold til voksne i tilgang til helserettigheter, og lovgiver har generelt vist stor vilje til å oppfylle forpliktelsene etter BK overfor irregulære barn. Det viser blant annet departementets tolkningsuttalelse i forbindelse med irregulære sin rett til videregående opplæring som er vist til tidligere.

I tillegg, hvis det er slik at forskriften representerer et system hvor utvidete rettigheter er unntatt betalingsplikten, kan det begrunne at irregulære barn skal ha tilgang til helsetjenester på like vilkår som norske barn.

Det rettslige grunnlaget for å fastsette at irregulære barn er unntatt betalingsplikten er i ytterste tilfellet forankret i mrl. § 3 jf. BK art. 24, jf. art. 2. Men etter mitt skjønn er irregulære fritatt fra å betale egenandeler etter norsk rett, begrunnet i signaler fra lovgiver og tolkning av forskriften. Det er dermed ikke nødvendig å anvende motstridsbestemmelsen i mrl. § 3.

Konklusjonen er at irregulære barn har tilgang til helsetjeneste på like vilkår som norske barn.

6.6 Avslutning

Det fremstår som helt klart at departementet ønsker å opprettholde ordningen med å holde retten til å få helsetjenester og retten til å få finansierte helsetjenester atskilt. Men det kan reises spørsmål om det bør lovfastsettes at irregulære barn er unntatt betalingsplikten, selv om det *de facto* neppe vil herske tvil om at dette er tilfellet.

En annen observasjon i tilknytning til den nye forskriften er at den er brukt til å begrunne at det nå er adgang til å ta betalt for fødsler overfor gravide, og samtidig brukt til å begrunne at irregulære barn nå har rett på gratis helsehjelp. Begge gruppene er vernet av BK, og forskriften kan ikke på en og samme tid tolkes til å gi uttrykk for betalingsplikt og betalingsfritak.²¹³ Forskriften er taus når det kommer til fastsetting av betalingsplikten, og det er i forarbeidene nevnt at betalingsordningen videreføres. Forskriften medfører derfor ikke en endring i rettstilstanden, og det må antas at den ikke hjemler verken betalingsplikt eller betalingsfritak som endrer tidligere rettstilstand. Slike

²¹¹ Høstmælingen mfl. 2012 s. 196.

²¹² Se bl.a. Søvig 2009 s. 121 om rettstilstanden før juni 2011.

²¹³ Se avisartikkel i note 208 om gravid kvinne hvor fylkeslegen tolker forskriften som hjemmel til å ta betalt (på internetadresse og Høstmælingen mfl., 2012 s. 196 som tolker forskriften til at irregulære barn har rett på gratis helsehjelp.

motstridende tolkninger kan være et signal om at regelverket ikke er tilstrekkelig klart på dette punktet.

7 Tannhelsetjeneste

7.1 Innledning

Vel så viktig for en god helse som spesialisthelsetjeneste og primærhelsetjeneste, er tannhelsetjeneste. I Sverige anses tannhelsetjeneste som en sentral helsetjeneste på linje med primærhelsetjeneste og spesialisthelsetjeneste, hvilket har gjort seg utslag i at alle tre helsetjenestene er regulert i en felles lov for asylsøkere og andre «gömda barn».²¹⁴ I Norge er tannhelsen utvilsomt viktig, men den er ikke en like fremtredende rettighet som rett til hjelp fra kommune- og spesialisthelsetjenester.

Umiddelbare forskjeller er at tannhelsehjelp kun er gratis for barn opp til 18 år, at den er regulert i en egen tannhelsetjenestelov og at den utøves på fylkeskommunalt nivå. Selv om pasient- og brukerrettighetsloven gjelder overfor tannhelsetjenester, regulerer ikke forskriften irregulære barn sin tilgang til tannhelsetjeneste. Spørsmålet er om irregulære barn har rett til å få tannhelsehjelp på like vilkår som barn med lovlig opphold.

7.2 Hovedregel

Tannhelsetjenesteloven § 2-1 fastsetter at alle de etter loven prioriterte grupper «har rett til nødvendig tannhelsehjelp i den fylkeskommune der de bor eller midlertidig oppholder seg»²¹⁵ Videre heter det i § 1-1 at fylkeskommunen skal sørge for at tannhelsetjenestene «er tilgjengelig for alle som bor eller midlertidig oppholder seg i fylket». De prioriterte grupper er etter § 1-3 barn, eldre, langtidssyke, psykisk utviklingshemmede og andre grupper. Det forholder seg slik at voksne har tilgang til tannhelsetjenestene, men at de ikke er prioritert og at de selv må betale for hjelpen.²¹⁶

Norske barn har gratis tannhelsehjelp frem til fylte 18 år, og rett til sterkt subsidiert tannhelsehjelp til og med det året barnet fyller 20 år.²¹⁷ Tannhelsetjenesten plikter å gi et forebyggende og oppsøkende tannhelsetilbud til alle barn i Norge. Når det gjelder irregulære voksne og barn må loven tolkes nærmere for å fastsette deres tilgang til tannhelsetjeneste.

²¹⁴ Jf. lag 2008/344 § 1.

²¹⁵ Lov om tannhelsetjenesten av 3. juni 1983 nr. 54 (tannhl.).

²¹⁶ Kjønstad 2007 s. 89–90, Molven 2009 s. 147–148, Espen Aronsen, Pasienters rettsstilling etter lov om tannhelsetjenesten, Institutt for offentlig retts skriftserie nr. 4/1992, Oslo (heretter Aronsen 1992) s. 122 flg.

²¹⁷ Tannhelsetjenesteloven § 1-3 jf. § 2-2, Se nærmere Aronsen 1992 s. 121 flg. for finansiering av tannhelsetjeneste og FOR 1984-05-24 nr 1268: Forskrift om vederlag for tannhelsetjenester i den offentlige tannhelsetjenesten.

7.3 Rettskildemessig oversikt

Tannhelsetjenesteloven ble vedtatt kort tid etter kommunehelsetjenesteloven 1984/66. Siden den tid har det skjedd store utviklinger innen helseretten, og i 2012 ble sosialtjenesteloven og kommunehelsetjenesteloven opphevet og en ny helse- og omsorgslov trådte i kraft. Konsekvensen av utviklingen er at tannhelseloven i stor grad fremstår som foreldet. I en stortingsmelding fra regjeringen oppfordres det til å utarbeide en ny tannhelselov.²¹⁸ Det nevnes at det pågår en prosess med å utarbeide en ny tannhelsetjenestelov.

I tillegg til å være noe utdatert er tannhelsetjenestelovens forarbeider knappe, og det er skrevet lite om loven i juridisk litteratur. Aronsen skrev i 1992 en avhandling om pasienters rettsstilling etter tannhelsetjenesteloven som er av interesse.²¹⁹ Ellingsæter har skrevet om tannhelsetjenesteloven i Norge i helsedirektoratets utredningsserie, den er også fra 1992.²²⁰ I nyere litteratur er tannhelsetjenesteloven i svært liten grad nevnt. Det er imidlertid gjort en utredning i 2005 som er bakgrunnen for den tidligere nevnte stortingsmelding.

Tannhelsetjenesteloven bærer preg av å være en rammelov. Det er i stor grad delegert lovgivningsmyndighet for regjeringen til å fylle ut med forskrifter. Denne muligheten er lite benyttet, hvilket igjen fører til at tannhelsetjenesteloven fremstår noe ufullstendig.

Til slutt nevnes at tannhelsetjenesteloven ikke har vært prøvd for Høyesterett, og at det ikke finnes prejudikater som kan tjene som tolkningsbidrag til loven. Samlet sett er det et tynt rettskildemateriale rundt tannhelsetjenesteloven.

7.4 Irregulære sin tilgang til tannhelsetjeneste

De aktuelle bestemmelsene som er gjenstand for tolkning er tannhelsetjenesteloven §§ 1-1, 1-3 og 2-1 som henholdsvis pålegger fylkeskommunen ansvaret for drift av tannhelsetjeneste, fastsetter de prioriterte persongrupper og gir de prioriterte persongruppene rettskrav på ytelsene. Selve loven differensierer ikke mellom ulike oppholdsstatuser i henhold til personer som har tilgang til tjenestene. Tannhelsetjenesteloven gjelder for alle som er bosatt eller midlertidig oppholder seg i et fylke. Det må dermed foretas en nærmere tolkning av hva det innebærer etter tannhelsetjenesteloven å være bosatt eller midlertidig oppholde seg i et fylke, herunder om det forutsetter et lovlig oppholdsgrunnlag.

Aronsen nevner ikke oppholdsstatus direkte når han diskuterer rekkevidden av personkretsen som faller inn under tannhelsetjenestelovens virkeområde, men presiserer at praktiske hensyn setter en begrensning for det oppsøkende arbeidet tannhelsetjenesten plikter å utøve overfor innvandrere og andre som ikke er bosatt i et fylke.²²¹

²¹⁸ Stortingsmelding nummer 35 (2006–2007) s. 132.

²¹⁹ Aronsen 1992.

²²⁰ Bjørn Endre Ellingsæter, Tannhelsetjenesteloven i Norge, Helsedirektoratets utredningsserie nr. 7/1992, Oslo 1992.

²²¹ Aronsen 1992 s. 43 flg.

Aronsen argumenterer i sin avhandling for en bruk av kommunehelsetjenestelovens forarbeider og rettsanvendelse på de reguleringene som er identisk til tannhelsetjenesteloven.²²² Her kan det være aktuelt å trekke inn kommunehelsetjenesteloven som nå er opphevet, og se nærmere på om helsehjelp etter kommunehelsetjenesteloven forutsatte lovlig opphold. Det var antatt at det ikke var tilfellet, og at rett til nødvendig helsehjelp fra kommunehelsetjeneste gjaldt for enhver, uavhengig av oppholdsstatus.²²³ Aronsen anfører en del argumenter for at tolkninger av kommunehelsetjenesteloven kan anvendes på tannhelsetjenesteloven.²²⁴ De ble vedtatt kort tid etter hverandre og trådte i kraft samtidig. Forarbeidene er identiske på enkelte punkter, og formålet bak lovene var i stor grad sammenfallende. Det trekkes i retning av at irregulære har tilgang til tannhelsetjenester.

I NOU fra 2005 blir det gitt en oversikt over rettssituasjonen for asylsøkere og tannhelse, hvor det blir gjort rede for at asylsøkere – barn som voksne – har rett til tannhelsehjelp.²²⁵ Omfanget av retten varierer imidlertid med hvilken fase i asylsøkerprosessen vedkommende befinner seg i. Riktignok har asylsøkere lovlig opphold, men uttalelsen kan tas til inntekt for at tannhelsetjenesteloven ikke diskriminerer på bakgrunn av oppholdsstatus. Og at enn så er lenge det ikke er kommet en forskrift eller annen delegert lovgivning til å fylle ut § 2-1, så det må kunne tas utgangspunkt i lovens ordlyd.

I alle tilfeller har barn helt klart en rett til tannhelsetjeneste etter BK art. 24. I den grad det foreligger motstrid eller tvil om hvordan norsk lov skal forstås, er det i henhold til et grunnleggende tolkningsprinsipp å velge det alternativet som harmoniserer best med de internasjonale instrumenter Norge har forpliktet seg til å følge. Det kan dermed forankres i motstridsbestemmelsen i menneskerettighetsloven § 3 at tannhelsetjenesteloven ikke stenger for at irregulære barn har tilgang til tannhelsetjeneste.

Resultatet harmonerer både med kommunehelsetjenesteloven, og med BK. Det fremkommer ikke av juridisk litteratur eller andre tolkningsbidrag at oppholdsstatus gir grunnlag for å avskjære tannhelsehjelp. Det foreligger heller ikke rettskildemateriale som tyder på at irregulære voksne mot betaling er avskåret fra å benytte seg av tannhelsetjenestene i landet.

Konklusjonen er at irregulære barn har tilgang til tannhelsetjenester.

7.5 Avsluttende diskusjoner

Det kan reises diskusjon rundt hvorvidt irregulære barn har full tilgang til tannhelsetjenester. I likhet med svært ressurskrevende spesialisthelsetjenester, kan det knyttes en diskusjon opp mot BKs rekkevidde for tannhelsetjenester. Med andre ord om staten kan avskjære svært ressurskrevende tannhelsehjelp til irregulære barn. Spørsmålet

²²² Aronsen 1992 s. 29 flg. Kjønsstad, 2007 s. 87.

²²³ Ot.prp. nr. 66 (1981–82) s. 31, Søvig 2009 s. 119, Warberg 2011 s. 127.

²²⁴ Aronsen 1992 s. 29–31.

²²⁵ NOU 2005: 11 punkt 5.8 og 11.3.

lar jeg ligge, ettersom rettskildematerialet er tynt og at jeg allerede har foretatt en lignende gjennomgang tidligere i oppgaven.

Et annet spørsmål er hvordan innvandringsregulerende hensyn virker inn på tannhelsehjelpen som skal ytes. Irregulære barn blir som kjent avskåret fra å motta helsehjelp som ikke er av hensyn til barnet. Det kan reises spørsmål om tannhelsehjelp som ikke er av hensyn til barnet ikke skal ytes. Sagt på en annen måte, om tannlege skal nekte barnet tannlegehjelp fordi barnet skal forlate landet. En slik hjemmel eksiterer ikke på tannhelselovens område. Men det harmonerer dårlig at barnet på den ene siden står i fare for å bli nektet spesialisthelsetjenester fordi det skal forlate landet, men samtidig mottar langvarig tannhelsehjelp. Det kan være tannhelsehjelp i form av regulering, proteser og kunstige tenner som påstartes.

Til sist problematiseres at tilgangen til tannhelsehjelp ikke er formelt fastsatt overfor irregulære barn, eller at det er presisert i forskrift eller rundskriv at irregulære barn er omfattet av lovens prioriteringer. En slik manglende formell fastsetting kan gjøre seg utslag i den reelle tilgangen til tannhelsetjenester.

8 Avsluttende refleksjoner og oppsummering

Kort oppsummert gir forskriften irregulære barn tilgang til helsetjenester, med mindre «hensynet til barnet» tilsier at slik hjelp ikke skal ytes. Gjennomgangen av materielle rettsregler og regler tilknyttet saksbehandling får frem flere problematiske sider ved å la helsehjelp være et virkemiddel i asylopolitikken.

Departementet utformet forskriften med siktemål å klargjøre rettsreglene på området. I stor grad er retten blitt klarere enn før forskriftsendringen i juni 2011. Nå er alle reglene, med unntak av regler tilknyttet tannhelsetjeneste og finansiering, samlet i én forskrift. Retten er blitt mer tilgjengelig og er i mindre grad enn tidligere åpen for tolkning.

Det kan imidlertid være verdt å merke seg at for hver runde forskriften gjennomgikk i departementet, ble irregulære barns rettigheter innsnevret. I juni 2011 ble «hensynet til barnet» introdusert, hvor barnet blir brukt til å begrunne en avskjæring av spesialisthelsetjenester. I forbindelse med samhandlingsreformen ble den samme begrensningen gjeldende overfor kommunehelsetjenestene. Denne begrensningen i helserettighetene har utgjort store deler av oppgaven, som viser at det fremdeles gjenstår en del usikkerhet rundt hvordan unntaket skal tolkes og praktiseres. Det viser at formålet om å klargjøre rettsreglene ikke ble oppnådd fullt ut. Det er også grunn til å merke seg at formuleringen om ikke å yte helsehjelp av hensyn til barnet, ikke var ute på høring.

Det har ikke vært noen lignende formuleringer i norsk rett tidligere, og det fremstår som usikkert om forskriften er i tråd med BK art. 24 jf. art. 2. På et rent prinsipielt grunnlag er det vanskelig å forsvare at innvandringsregulerende hensyn har fått gjennomslag fremfor barnets beste, uten at det foretas konkrete vurderinger i forhold til hva som er best for hvert enkelt barn.

Det som i alle tilfeller er sikkert, er at helsevedtaket byr på utfordringer når det gjelder å etterleve saksbehandlingsregler som skal ivareta barnets rettssikkerhet. For det

første kan det synes som om departementet ikke oppfordrer helsepersonell til å foreta selvstendige undersøkelser rundt når barnet skal forlate landet. Det er uheldig med presumsjoner overfor irregulære barn om at barnet skal forlate landet innen 2-3 uker, når dette langt i fra er tilfellet i praksis. Hvis departementets oppfordring blir lagt til grunn, kan det føre til at anvendelsesområdet for § 4 blir uforholdsmessig vidt. Da står all form for behandling som krever oppfølging, eller som er til skade å avbryte, i fare for ikke å bli igangsatt overfor irregulære barn. Og dette uavhengig av faktisk utreisesituasjon.

Videre er en slik begrensning problematisk ettersom det er vanskelig å treffe helsevedtaket på et forsvarlig grunnlag. Taushetsplikten kan i mange tilfeller sette begrensninger for hvilken informasjon som er mulig å oppdrive, og barnet/foreldrene kan bli etterlatt med uforholdsmessig stor reell innflytelse på egen utreisesituasjon. Gir ikke barnet/foreldrene samtykke til å innhente informasjon fra UDI, kan det føre til at det ikke foreligger en tilstrekkelig sannsynliggjort utreise. Dette fører igjen til at behandlingen igangsettes, som kan sette kjepper i hjulene for effektueringen av utreisevedtaket.

Et annet spørsmål er hvordan helserettighetene blir utøvd i praksis. Et spørsmål er om barnet har reelle rettigheter og tilstrekkelig informasjon om rettighetene.²²⁶ Og om helsepersonellet har tilstrekkelig kunnskap om at barnet har full tilgang til alle helsetjenester, selv om utreisedatoen er usikker.

Litteratur

- Abramson, Bruce (2008): Article 2. The Right of Non-Discrimination, i A. Alén mfl., *A Commentary on the Convention on the Rights of the Child*, 1. Utgave, Leiden, 2008.
- Andenæs, Kristian og Olsen, Leif Oscar (2003): *Juss for sykepleiere – innføring i helserett*, 3. utgave, Universitetsforlaget, Oslo 2003.
- Andenæs, Kristian og Bayegan, Charlotte (2009): «Rett til helsehjelp for personer uten lovlig opphold i Norge», *Juristkontakt* 5/2009 s. 55–57.
- Bayegan, Charlotte (2009): «Irregulære migranternes rett til matpenger og varme klær i en akutt nødssituasjon», *Kritisk juss* 2009 s. 39.
- Aronsen, Espen (1992): *Pasienters rettsstilling etter lov om tannhelsetjenesten*, Institutt for offentlig retts skriftserie nr. 4/1992, Oslo, 1992.
- Befring, Anne Kjersti og Ohnstad, Bente (2010): *Helsepersonelloven – med kommentarer*, 3. utgave, Fagbokforlaget, Bergen, 2010.
- Bernt, Jan Fridthjof og Mæhle, Synne Sæther (2007): *Rett, samfunn og demokrati*, Gyldendal, Oslo, 2007.
- Bernt, Jan Fridthjof og Rasmussen, Ørnulf (2010): *Frihagens Forvaltningsrett*, Bind 1, 2. utgave, Fagbokforlaget, Bergen, 2010.
- Eckhoff, Thorstein og Smith, Eivind (2006): *Forvaltningsrett*, 8. utgave, Universitetsforlaget, Oslo, 2006.
- Eckhoff, Thorstein og Smith, Eivind (2010): *Forvaltningsrett*, 9. utgave, Universitetsforlaget, Oslo, 2010.
- Eide, Asbjørn og Barth Eide, Wenche (2006): Article 24. The Right to Health i A. Alén mfl., *A Commentary on the Convention on the Rights of the Child*, 1. utgave, Leiden 2006.
- Freeman, Michael (2007): Article 3. The Best Interest of the Child, i A. Alén mfl., *A Commentary on the Convention on the Rights of the Child*, 1. utgave, Leiden, 2007.

²²⁶ Høstmølingen mfl. 2012 s. 196–197.

- Graver, Hans Petter (2004): «Bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten», *TJR* 2004 s. 465.
- Graver, Hans Petter (2007): *Alminnelig forvaltningsrett*, 3. utgave, Universitetsforlaget, 2007.
- Graver, Hans Petter (2008): «Forholdsmessighet og myndighetsmisbruk i forvaltningsretten», *JV* 2008 s. 384.
- Grøslund, Margrethe (1993): *Redd Barna, Barnekonvensjonen, Rettigheter for barn i Norge*, samlet og redigert av Anne Margrethe Grøslund, Tano, Oslo, 1993.
- Hodgkin, Rachel og Newell, Peter (2007): *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, 3. utgave, New York, 2007.
- Høstmælingen, Njål (2003): *Internasjonale menneskerettigheter*, 2. Universitetsforlaget, Oslo 2003.
- Høstmælingen, Njål, Kjørholt, Elin Saga og Sandberg, Kirsten (red) (2008): *Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge*, 1. utgave, Universitetsforlaget, Oslo 2008.
- Høstmælingen, Njål, Kjørholt, Elin Saga og Sandberg, Kirsten (red) (2012): *Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge*, 2. utgave, Universitetsforlaget, Oslo 2012.
- Kjønstad, Asbjørn (2007): *Helserett*, 2. utgave, 1. opplag, Gyldendal, Oslo, 2007.
- Kjønstad, Asbjørn (2009): *Taushetsplikten om barn, Kommunikasjon og samarbeid mellom helseetaten, skoleetaten, sosialtjenesten og barneverntjenesten*, 3. utgave, 1. opplag, Kommuneforlaget, Oslo, 2009.
- Kjønstad, Asbjørn (red) (2009a): *Folketrygdloven med kommentarer*, 2. utgave, Gyldendal, Oslo, 2009.
- Kjønstad, Asbjørn og Syse, Aslak (2012): *Velferdsrett I*, 5. utgave, 1. opplag, Gyldendal, Oslo, 2012.
- Kujanpää, Sonja (2011): «Irregulære immigranternes rett til sosialhjelp», *Kritiske jus* 2011 (37) nr. 4 s. 243 flg.
- Molven, Olav (2009): *Helse og jus*, 6. utgave, Gyldendal, Oslo, 2009.
- Mæland, Henry John (2009): *Kort prosess. En innføring i den sivile rettergang etter tvisteloven*, 2. utgave, Bergen, 2009.
- Nisja, Ola og Reusch, Christian H. P. (2009): «Domstolsprøving av forvaltningsvedtak - nye avklaringer», *JV* 2009 s. 254.
- Nygaard, Nils (2004): *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, 2. opplag, Universitetsforlaget, Oslo, 2004.
- Ohnstad, Bente (2003): *Taushetsplikten, personvern og informasjonssikkerhet i helse- og sosialsektoren*, 3. utgave, Gyldendal, Trondheim, 2003.
- Rasmussen, Ørnulf (1995): «Forholdsmessighetsprinsippet i forvaltningsretten», *LoR* 1995 s. 307.
- Rasmussen, Ørnulf (1997): *Kommunikasjonsrett og taushetsplikten i helsevesenet*, Borgund, Bergen 1997.
- Røsæg, Erik (1998): «Asylsøkerbarns sosiale rettigheter», *LoR* 1998 s. 141.
- Schartum, Dag Wiese (1994): *Den selvbetjente forvaltning*, NAF-1994-32.
- Smith, Lucy (2004): «Barnets beste og barnets uttalerett», *FAB* 2004 s. 223.
- Stang, Elisabeth Gording (2008): «Barn, tortur og retur», *IORS* 2008 nr. 4 s. 1.
- Strandberg, Magne (2010): *Beviskrav i sivile saker*, Universitetet i Bergen, 2010.
- Stub, Marius (2006): «Er forvaltningen kjent med beviskravene i forvaltningsretten?», *LoR* 2006 s. 674.
- Syse, Aslak (2009): *Pasientrettighetsloven med kommentarer*, 3. utgave, Gyldendal norsk forlag, Oslo, 2009.
- Søvig, Karl Harald (2009): *Barnets rettigheter på barnets premisser – utfordringer i møtet mellom FN's barnekonvensjon og norsk rett*, 1. utgave, Bergen, 2009.
- Søvig, Karl Harald (2011): «Provision of Health to Irregular Migrants with a Special Focus on Children», Leiden, 2011 s. 44.
- Verheyde, Mieke (2006): Article 28. The Right to Education i A. Alén mfl., *A Commentary on the Convention on the Rights of the Child*, 1. utgave, Leiden 2006.
- Vevstad, Vigdis (2010): *Utlendingsloven. Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her*. Kommentartutgave. Universitetsforlaget, Oslo, 2010.
- Warberg, Lasse A. (2011): *Norsk helserett*, 2. utgave, Universitetsforlaget, Oslo, 2011.

- Woxholth, Geir (2011): *Forvaltningsloven med kommentarer*, 5. utgave, Gyldendal, Oslo, 2011.
- Aasen, Henriette Sinding (2008): «Barns rett til selvbestemmelse og medbestemmelse i beslutninger om helsehjelp», FAB 2008 s. 4.
- Aasen, Henriette Sinding og Kjellevoid, Alice (2012): «Velferd og menneskerettigheter: «ulovlig opphold» som grunnlag for å avskjære helse- og sosialhjelp?», *Tidsskrift for velferdsforskning*, vol. 15 nr. 2, 2012 s. 93–107.

Lover

- Lov om vergemål for umyndige av 22. april 1928 nr. 2 (vgml.).
- Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker av 10. Februar 1967 (fvl.).
- Lov om folkeregistrering av 16. januar 1970 nr. 1.
- Lov om helsetjenesten i kommunene av 19. November 1982 nr. 66 (khl.). Opphevet.
- Lov om tannhelsetjenesten av 3. juni 1983 nr. 54 (tannhl.).
- Lov om folketrygd av 28. februar 1997 nr. 19 (ftrl.).
- Lov om grunnskolen og den vidaregåande opplæringa av 17. juli 1998 nr. 61 (oppl.).
- Lov og styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21. mai 1999 nr. 30 (mrl.).
- Lov om spesialisthelsetjenesten m.m. av 2. juli 1999 nr. 61 (sphsl.).
- Lov om pasient- og brukerrettigheter av 2. juli 1999 nr. 63 (pasrl.).
- Lov om helsepersonell m.v. av 2. juli 1999 nr. 64 (hlspl.).
- Lov om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd av 19. mai 2006 nr. 16 (offl.).
- Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) av 15. mai 2008 nr. 35.
- Lov om vergemål av 26. mars 2010 nr. 9.
- Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. av 24. juni 2011 nr. 30 (helse- og omsorgstjenesteloven).

Forskrifter

- Forskrift om vederlag for tannhelsetjenester i den offentlige tannhelsetjenesten, 24. mai 1984 nr 1268.
- Alminnelig tjenesteinstruks for politiet (politiiinstruksen) av 22. juni 1990 nr. 3963.
- Forskrift om prioritering av helsetjenester, rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten, rett til behandling i utlandet og om klagenemd (prioriteringsforskriften), 1. desember 2000 nr. 1208.
- Forskrift om folkeregistrering av 9. september 2007 nr. 1268.
- Forskrift om trygdedekning for asylsøkere og deres familiemedlemmer av 14. mai 2008 nr. 460, § 2 annet ledd.
- Forskrift om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften) av 15. oktober 2009 nr. 1286.
- FOR 2000-12-01 nr. 1208 § 1, endret ved forskrift 30. juni 2011 nr. 703. Endringsforskrift til prioriteringsforskriften § 1, 30. juni 2011 nr. 703.
- Forskrift om rett til helse- og omsorgstjenester til personer uten fast opphold i riket, 16. desember 2011 nr. 1255.
- Forskrift om stønad til dekning av utgifter til undersøkelse og behandling hos leger, 28. juni 2012 nr. 628, § 3 nr. 6.

Svenske lover

- Lag (2008:344) om hälso- och sjukvård åt asylsökande mfl..

Internasjonale instrumenter

Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (European Convention on Human Rights) av 4. november 1950 (EMK).

Den europeiske sosialpakt (European Social Charter) revidert 1996, av 18. oktober 1961.

FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights) av 16. desember 1966 (ØSK).

Wienkonvensjonen (Vienna Convention on the Law of Treaties) 23. Mai 1969 (WK).

FNs konvensjon om barns rettigheter (United Nations Convention on the Rights of the Child) av 20. november 1989 (BK).

Europarådets resolusjon 1509 (2006) on Human rights of irregular migrants.

FNs barnekomité

CRC/C/15/Add. 23: Concluding Observations.

CRC/C/15/Add. 133: Concluding Observations.

CRC/C/15/Add. 126: Concluding Observations.

CRC/C/15/Add. 101: Concluding Observations.

CRC/C/15/Add. 248: Concluding Observations.

CRC/C/SWE/CO/4: Concluding Observations.

CRC/C/NLD/CO/3: Concluding Observations.

CRC/C/ITA/CO/3-4: Concluding Observations.

CRC/C/NOR/4: Concluding Observations.

General Comment no. 1 (2001): The aims of education (CRC/ GC/ 1/2001/1).

General Comment no. 4 (2003): Adolescent health and development in the context of the Convention on the Rights of the Child (CRC/ GC/ 2003/4).

General Comment no. 5 (2003): General measures of implementation for the Convention on the Rights of the Child (CRC/ GC/ 2003/5).

General Comment no. 6 (2005): Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin (CRC/ GC/ 2005/6).

General Comment no. 12 (2009): The right of the child to be heard (CRC/ C/ GC/ 12).

General Comment No. 13 (2011): The right of the child to freedom from all forms of violence (CRC/C/GC/13).

FNs komité for økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter

General Comment no. 14 (2000): The right to the highest attainable standard of health (E/ C.12/2000/4).

Dommer fra EMD

D. mot Storbritannia 1997, appl. no. 146/1996/767/964.

Mubilanzila Mayeka og Kaniki Mitunga mot Belgia 2006, appl. no. 13178.

Avgjørelser fra The Committee on Sosial Rights

International Federation of Human Rights Leagues (FIDH) v. France, Complaint No. 13/2003.

Offentlige dokumenter

Innst. O nr. 2 (1966–1967): Innstilling fra justiskomiteen om lov om behandlingsmåten i forvaltningsaker.

- NOU 2005: 11: Det offentlige engasjement på tannhelsefeltet.
- Ot.prp. nr. 3 (1976–1977): Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker.
- Ot.prp. nr. 66 (1981–82): Lov om kommunehelsetjeneste.
- Ot.prp. nr. 29 (1995–1996): Lov om folketrygd.
- Ot.prp. nr. 46 (1997–1998): Om lov om grunnskolen og den videregående opplæringa (opplæringslova).
- Ot.prp. nr. 12 (1998–1999): Lov om pasient- og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven).
- Ot.prp. nr. 13 (1998–1999): Om lov om helsepersonell (helsepersonelloven).
- Ot.prp. nr. 45 (2002–2003): Om lov om endring i menneskerettsloven mv. (innarbeiding av barnekonvensjonen i norsk lov).
- Ot.prp. nr. 104 (2008–2009): Om lov om endringer i barnelova mv.
- Prp. nr. 135 L (2009–2010).
- Prop. 91 L (2010–2011).
- Prp. 95 L (2011–2012): Forslag til lov om endringer i utlendingsloven (innhenting av opplysninger fra offentlige organer mv.).

Forarbeider til forskrifter

- PRE-2011-12-16-1255: Forskrift om rett til helse- og omsorgstjenester til personer uten fast opphold i riket.
- Høringsnotat – Endring av prioritetsforskriften – Helsehjelp til personer som oppholder seg ulovlig i landet. Ref. 201003873. Dato: 25.11.2010. (Høringsnotat 2010).
- Høringsnotat om forskrifter til samhandlingsreformen, 4. juli 2011.
- Høringsuttalelse 16.2.2011, ref. nr. 10/02025.
- Høringsuttalelse fra Kirkens Bymisjon 201003873-/HEGS.

Rundskriv

- Q-11/2006: Barnevernets ansvar for mindreårige som er utsatt for menneskehandel og samarbeid med andre etater (Barne- og likestillingsdepartementet. Juli 2006).
- I-2/2008: Utgifter ved helsehjelp i norske helseinstitusjoner under den offentlige spesialisthelsetjenesten, blant annet for personer som ikke er bosatt i Norge.
- I-5/2011: Helsehjelp til personer uten fast opphold i riket og personer uten lovlig opphold.
- RPOD 2012-02-22: Politiets arbeid med søknader om beskyttelse (asyl), identifisering og uttransportering av utlendinger etter utlendingsloven.
- RS-2010-149: Taushetsplikt om personlige opplysninger i utlendingssaker – forvaltningsloven §§ 13 og 13b.
- RS 2010-075: Retningslinjer for høring av medfølgende barn i saker om beskyttelse.

Helsetilsynet

- Tilsynssak ref. 2011/18307-9-FM-H, Helsetilsynet i Oslo og Akershus, datert 30.12.2011.

Rettstidende

Rt. 1961 s. 910.
Rt. 1962 s. 805.
Rt. 1973 s. 460.
Rt. 1982 s. 241.
Rt. 1990 s. 874.
Rt. 2001 s. 1006.
Rt. 2004 s. 811.
Rt. 2005 s. 833.
Rt. 2009 s. 1291A.
Rt. 2008 s. 1764.
Rt. 2010 s. 1313.
Rt. 2012 s. 274.
HR-2012-920-A.

Underrettsavgjørelser

LB-2011-34382.
RG-2007-1441.
LB-2008-162590.

Internettadresser per 01.06.2012

Høringsnotat: <http://www.regjeringen.no/pages/14622673/Hoeringsnotat.pdf>
Høringsbrev fra barneombudet: www.barneombudet.no/horings svar/helsehjelp
Høringsbrev fra Den Norske Legeforening:
<http://www.regjeringen.no/pages/14622672/DenNorskeLegeforeningDok1.pdf>
Høringsbrev fra Kirkens Bymisjon:
<http://www.regjeringen.no/pages/14622672/StiftelsenKirkensBymisjon.pdf>
Tolkningsuttalelse om videregående opplæring for irregulære barn:
<http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/kampanjer/tolkningsuttalelser/forvaltningsrett/opplaringsloven/-2-1---rett-til-opplaring-for-barn-med-u.html?id=629887>