

**Gjennomføringen av kravet om tilgang til helsetjenester
for enslige mindreårige asylsøkere og barn uten lovlig
opphold i norsk rett**

Kandidatnr: 175923

Leveringsfrist: 01.06.2010

Til sammen 14 041 ord

Veileder: Marius Emberland

01.06.2010

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	
1.1	PROBLEMSTILLING	1
1.2	DEFINISJONER	2
<u>2</u>	<u>RETTSKILDER OG METODE</u>	
2.1	FORTOLKNINGEN AV INTERNASJONALE KILDER	3
2.2	FORTOLKNINGEN AV NASJONALE KILDER	5
2.2.1	BETYDNING AV BK OG ØSK: MENNESKERETTSLOVEN OG Rt. 2009 s. 1261	6
<u>3</u>	<u>KRAVET OM TILGANG TIL HELSETJENESTER FOR ENSLIGE MINDREÅRIGE ASYLSØKERE OG BARN UTEN LOVLIG OPPHOLD ETTER BK OG ØSK</u>	
3.1	INNLEDNING	8
3.2	RETTE TIL HELSE ETTER BK ARTIKKEL 24 OG ØSK ARTIKKEL 12	9
3.2.1	UTGANGSPUNKT – EN RETT TIL ”DEN HØYEST OPPNÅELIGE HELSESTANDARD”	9
3.2.2	TILGANG TIL HELSETJENESTER	10
3.3	SÆRLIG OM GJENNOMFØRINGSFORPLIKTELSEN OG AKTUELLE TILTAK’	16
<u>4</u>	<u>ER KRAVET OM TILGANG TIL HELSETJENESTER TILSTREKKELIG GJENNOMFØRT FOR MINDREÅRIGE ASYLSØKERE OG BARN UTEN LOVLIG OPPHOLD I NORSK RETT?</u>	
4.1	INNLEDNING	18
4.2	FORMELL TILGANG TIL HELSETJENESTER	19
4.2.1	RETT TIL HELSEHJELP	19
4.2.2	RETT TIL FASTLEGE	24
4.2.3	RETT TIL DEKNING AV HELSEUTGIFTER	26
4.2.4	RETT TIL INFORMASJON	29
4.2.5	OPPSUMMERING	30
4.3	RETTIGHETER AV BETYDNING FOR EN REELL TILGANG TIL HELSETJENESTER	31
4.3.1	RETT TIL OMSORGSTILBUD	31
4.3.2	RETT TIL REPRESENTASJON/VERGE	36

4.3.3	OPPSUMMERING	40
4.4	KONKLUSJON	40
<u>5</u>	<u>AVSLUTNING</u>	<u>41</u>

1 Innledning

1.1 Problemstilling

I denne oppgaven vil jeg behandle spørsmålet om kravet om å sikre enslige mindreårige asylsøkere og barn uten lovlig opphold tilgang til helsetjenester slik det følger av menneskerettsinstrumenter er tilstrekkelig gjennomført i norsk rett.

Tilgang til helsetjenester er en sentral del av menneskeretten til helse slik denne er kommet til uttrykk i menneskerettighetsinstrument, se under pkt. 3.2.2. Denne retten er som andre menneskerettigheter noe enhver har i kraft av å være menneske og anses tradisjonelt som en del av de økonomiske, sosiale og kulturelle menneskerettigheter. Til tross for bred enighet om menneskerettighetenes udelelighet og innbyrdes avhengighet,¹ blir ofte sosiale og økonomiske menneskerettigheter nedprioritert for andre enn statenes egen befolkning enten formelt eller i praksis. Dette viser seg eksempelvis ved at flere europeiske land begrenser immigranter i asylsøkerprosessen eller uten lovlig opphold sin adgang til helsetjenester i forhold til befolkningen for øvrig, eksempelvis ved en begrenset rett til helsehjelp kun i nødssituasjoner eller manglende dekning av helseutgifter der vedkommende selv ikke kan betale for helsehjelp.² Spesielt i tider med økonomisk krise vil stramme statsbudsjett lett føre til slike begrensninger. Men studier syntes å peke i retning av at en utvidet adgang til helsetjenester for disse gruppene ikke medfører innvandringsøkning, og at begrensninger i adgangen heller ikke medfører mindre innvandring.³ Realisering av en tilgang til helsetjenester for disse gruppene avhenger av at statene anerkjenner deres økonomiske, sosiale og kulturelle menneskeretter på lik linje med befolkningen for øvrig.

¹ Se eksempelvis i FN's generalforsamlings resolusjon 2200 A (XXI) av 16. desember 1966.

² Jf. Román Romero-Ortuño i "Access to health care for illegal immigrants in the EU: should we be concerned?", *European Journal of Health Law* 11/2004 s. 245-272 (s. 266).

³ Jf. op.sit. s. 266 med videre henvisning til S.B. Fallek i "Health care for illegal aliens: why it is a necessity", *Houston Journal of International Law* 19/1997 s. 980.

Gjennom ratifisering og inkorporering av FNs menneskerettskonvensjoner har Norge forpliktet seg til å sikre tilgang til helsetjenester på et visst nivå for alle. Formålet med oppgaven blir da å utrede kravet om tilgang til helsetjenester etter konvensjonene for to særlig utsatte og sårbare grupper (del 3), for å se på gjennomføringen av denne i norsk rett (del 4). Under sistnevnte vil jeg ta for meg den formelle tilgangen i norsk lovgivning for de aktuelle gruppene, i tillegg til visse rettigheter i lovgivning som er av betydning for reell tilgang til de formelle rettigheter.

Grunnet konvensjonenes særlige stilling i norsk rett gjennom Stortingets lovvedtak, vil behandlingen stort sett være en redegjørelse for og klargjøring av gjeldende rettigheter i nasjonal rett. Perspektivet vil da i all hovedsak være de lege lata. Imidlertid vil jeg kort drøfte de lege ferenda under vurderingen av rettighetene i del 4 og anbefale endringer av hensyn til menneskerettslige forpliktelser.

1.2 Definisjoner

Med helsetjenester menes her helseytelser fra det offentlige helsevesen i form av behandling, rehabilitering og palliativ behandling av fysisk og psykisk sykdom.⁴

Med gjennomføring menes hvordan retten for de aktuelle gruppene er søkt realisert i norsk rett.⁵

Med enslige mindreårige asylsøkere forstås asylsøkere under 18 år som er kommet til riket uten foreldre eller andre som utøver foreldreansvar over søkeren.⁶ Dette omfatter da også den mindreårige som kommer med følge som etter lov ikke anses som foreldreansvarlige. Med barn uten lovlig opphold forstås mindreårige som enten har

⁴ Jf. særlig pasientrettighetsloven 2. juli 1999 § 1-3 bokstav c) og d).

⁵ Se nærmere om gjennomføringsforpliktelsen under punkt 3.3.

⁶ Jf. definisjonen i nå opphevet Utlendingsforskrift av § 55a, andre ledd og Barnekomiteens generelle kommentar nr. 6 fra 2005 (UN doc. CRC/GC/2005/6) avsnitt 7 og 8. Tilkomst av mindreårige i denne gruppen har økt jevnt de siste årene. Imidlertid har en det siste året sett en kraftig nedgang, se <http://www.udi.no/Nyheter/2010/UDI-avvikler-mottaksplasser-for-unge-asylsokere/> (mai 2010) om avvikling av mottak på grunn av sterk nedgang i antall unge asylsøkere.

kommet til landet uten å bli registrert eller har fått endelig avslag på søknad om asyl/oppholdstillatelse.⁷

2 Rettskilder og metode

2.1 Fortolkningen av internasjonale kilder

Ved fastlegging av de menneskerettslige forpliktelsers innhold vil jeg som utgangspunkt anvende anerkjente folkerettslige tolkingsprinsipp. Utgangspunktet er da en objektiv forståelse av konvensjonsbestemmelsenes ordlyd, men konvensjonenes gjenstand og formål står også sentralt.⁸

Særlig relevant for spørsmålet er FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989 (heretter BK) artikkel 24. Også FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter av 16. desember 1966 (heretter ØSK) artikkel 12 vil være relevant, da denne retten tilkommer enhver uavhengig av alder.

Ordlyden i BK artikkel 24 og ØSK artikkel 12 om retten til helse gir begrenset veiledning. For å etablere klare, individuelle rettigheter etter bestemmelsene, er det nødvendig å se hen til andre kilder.

For å føre tilsyn med signaturstatenes gjennomføring av de to konvensjonene, er det opprettet særskilte tilsynskomiteer, henholdsvis FNs komité for barnets rettigheter⁹ (heretter Barnekomiteen) og FNs komité for økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter¹⁰ (heretter ØSK-komiteen). Komiteene utgir avsluttende observasjoner ("Concluding observations") på bakgrunn av periodiske rapporter fra hver enkelt stat, i

⁷ Det er lite data om antall, men det er rimelig å anta at dette er en forholdsvis stor gruppe siden estimater tilsier ca 18 000 - 20 000 uten lovlig opphold i landet. Se rapport fra Statistisk Sentralbyrå <http://www.udi.no/upload/FOUrapport%20SSB%20FAFO.pdf> (mai 2010).

⁸ Jf. Wienkonvensjonen 23. mai 1969 artikkel 31. Norge har ikke ratifisert konvensjonen, men de aktuelle bestemmelser må anses bindende som uttrykk for folkerettslig sedvanerett.

⁹ Jf. BK artikkel 43-45

¹⁰ Jf. ØSK artikkel 16-22

tillegg til såkalte generelle kommentarer ("General Comments") som gir komiteenes syn på den generelle forståelse av enkeltbestemmelser eller særlige problemstillinger.¹¹ Gjennom komiteenes praksis er retten til helses nærmere innhold blitt presisert. Som utgangspunkt åpner verken ICJ-statuttene eller Wienkonvensjonen for å gi denne praksisen vekt som folkerettskilde. Imidlertid er det bred enighet i både nasjonal og internasjonal litteratur om at den er av sentral betydning ved tolking av de to konvensjonene,¹² og i praksis ilegges komiteenes synspunkter stor vekt. Det må også kunne forutsettes at de tolkningsresultat komiteene kommer frem til, er innenfor det som følger av konvensjonenes gjenstand og formål, og derfor i tråd med prinsippene i Wienkonvensjonen artikkel 31. Jeg vil derfor vektlegge komitépraksis fra generelle kommentarer og avsluttende observasjoner ved utredning av retten til helses innhold etter BK og ØSK.

Relevante generelle kommentarer for oppgavens spørsmål er særlig ØSK-komiteens generelle kommentar nr. 14 om "Retten til den høyest oppnåelige helsestandard" (2000)¹³ og Barnekomiteens generelle kommentarer nr. 6 om "Behandling av enslige barn og enslige barn med følgepersoner utenfor deres opprinnelige hjemland" (2005)¹⁴ og nr. 4 om "Unge menneskers helse og utvikling sett i relasjon til konvensjonen om barnets rettigheter" (2003)¹⁵. Ytterligere uttalelser fra de to komiteenes andre generelle kommentarer og avsluttende observasjoner trekkes inn underveis der de er relevant. Norske oversettelser av komitépraksis anvendes der dette foreligger.

Barnekomiteen har i sin praksis tolket enkelte konvensjonsbestemmelser dynamisk, som innebærer at ordlyden tolkes utvidende for å holde tritt med samfunnsutviklingen. Selv om det folkerettslige utgangspunktet er en streng ordlydstolking av traktater av hensyn

¹¹ Søvig inkluderer i tillegg såkalte diskusjonsdager ("days of discussions") under Barnekomiteens praksis, jf. Søvig, 2009 s. 34. Denne dokumenttypen har imidlertid liten praktisk betydning, blant annet på grunn av den begrensede gjennomslagskraft disse diskusjonene har, se nærmere Søvig, 2009 s. 39.

¹² Jf. bla. Eide og Barth Eide, 2006 s. 2 om at selv om generelle kommentarer fra Barnekomiteen "... are, strictly speaking, of a recommendatory nature, they carry great weight as authoritative statements and are therefore of central importance for the interpretation of the provisions of the CRC.". Se også i samme retning Høstmælingen, 2003 s. 80.

¹³ UN doc. E/C.12/2000/4

¹⁴ UN doc. CRC/GC/2005/6

¹⁵ UN doc. CRC/GC/2003/4

til partenes suverenitet, er det antatt en adgang til slik dynamisk fortolkning av menneskerettskonvensjoner. Dette fordi disse i tillegg til forholdet statene imellom også regulerer forholdet mellom statene og enkeltindivider.¹⁶ Prinsippet vil her særlig være relevant for spørsmålet om lik tilgang til helsetjenester for de to aktuelle gruppene barn.¹⁷

Barnekomiteen gjør også aktivt bruk av andre menneskerettsinstrument ved fortolkningen av BKs bestemmelser.¹⁸ Den henviser særlig i sine generelle kommentarer enten direkte eller indirekte til ØSK-komiteens praksis. Eksempelvis uttaler komiteen at ØSK-komiteens generelle kommentar om gjennomføringsforpliktelsene i ØSK artikkel 4 vil være utfyllende i forhold til deres egen generelle kommentar til de tilnærmet like forpliktelsene i BK artikkel 4.¹⁹ ØSKs rettigheter tilkommer da enhver, uavhengig av om en er barn eller voksen. Jeg vil derfor legge til grunn ØSK-komiteens tolkingsuttalelser som supplerende ved fastleggelse av innholdet i BK artikkel 24.²⁰ Men ovennevnte må også gjelde generelt i forholdet mellom BK og ØSK, slik at rettigheter som utredes av Barnekomiteen vil supplere eventuelle rettigheter etter ØSK og ØSK-komiteens praksis.

Juridisk litteratur er ikke en folkerettslig anerkjent kilde, men får betydning gjennom sammenfatning og systematisering av komitepraksis. I den grad synspunkter har belegg i relevante rettskilder vil jeg vise til disse i behandling av spørsmålet.

2.2 Fortolkningen av nasjonale kilder

Ved fastlegging av gjeldende nasjonal rett vil jeg legge til grunn en tradisjonell rettsdogmatisk metode. Særlig sentrale kilder i tillegg til lov og forskrift vil være administrative uttalelser i rundskriv, veiledere m.v. fra offentlige organer. Det er antatt i juridisk teori at slike uttalelser kun bør ha en viss rettskildemessig vekt i den grad de

¹⁶ Se bla. Høstmælingen m.fl., 2008 s. 23 og Søvig, 2009 s. 21.

¹⁷ Jf. eksempelvis utvidelsen av relevante diskrimineringsgrunnlag etter BK artikkel 2 under punkt 3.2.2.5.

¹⁸ Se Søvig, 2009 s. 129 (petitavsnitt) som anser dette som et av komiteens "etablerte rettskildeprinsipp".

¹⁹ Jf. generell kommentar nr. 5 2003 (CRC/GC/2003/5) avsnitt 5.

²⁰ Se også Eide og Barth Eide, 2006 s. 2, som ser ØSK-komiteens praksis som en høyst relevant kilde ved tolking av BK artikkel 24, på bakgrunn av at ØSK artikkel 12 sikrer helserelaterte rettigheter til enhver.

kan anses som kodifisering av forvaltningspraksis eller uttrykk for en fast, langvarig og utbredt praksis fra klageorgan.²¹ Som regel er imidlertid den fortolkning som legges til grunn innenfor det som følger av lov og forskrift. Videre vil politiske styringssignaler gitt i etterarbeid som stortingsmeldinger og lignende må kunne gi grunnlag for en utvidende eller presiserende lovtolkning dersom denne er til gunst for borgerne.²²

2.2.1 Betydning av BK og ØSK: menneskerettsloven og Rt. 2009 s. 1261

Av betydning for oppgavens spørsmål er hvilken rettskildemessig vekt de aktuelle konvensjonene og deres nærmere innhold utredet i tilsynkomiteenes praksis har i intern norsk rett.

Det dualistiske prinsipp innebærer at internasjonale konvensjoner som hovedregel må gjennomføres i norsk rett for å kunne gis direkte anvendelse. Både BK og ØSK er inkorporert i norsk rett og gitt forrang gjennom menneskerettsloven²³ (heretter mrl.) § 3 jf. § 2 nr. 2 og 4. Dette vil som utgangspunkt medføre at en norsk lovbestemmelse som strider mot konvensjonenes bestemmelser vil måtte vike, jf. Rt. 2005 s. 833.

Imidlertid er ordlyden i ØSK artikkel 12 og BK artikkel 24 såpass vag at den, isolert sett, nærmest aldri vil kunne stride mot norsk rett. Utredning av retten til helses nærmere innhold har skjedd gjennom tilsynkomiteenes generelle kommentarer og avsluttende observasjoner. Avgjørende blir da hvilken gjennomslagskraft denne praksisen har i norsk rett.

Utgangspunktet må her være at den ikke kan komme til direkte anvendelse for norsk rett, da forrangsbestemmelsen i mrl. § 3 begrenser seg til konvensjonene i seg selv.²⁴ Spørsmålet er om de likevel kan ilegges vekt etter gjeldende norske rettskildeprinsipp.

²¹ Jf. Kjønstad og Syse, 2008 s. 99.

²² Jf. op.cit. s. 91.

²³ Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett 21. Mai 1999 nr. 30

²⁴ Sml. det folkerettslige utgangspunktet om at slik praksis ikke er formelt bindende, se pkt. 2.1.

Forarbeidene til BKs inkorporeringslov²⁵ er taus vedrørende hvilken vekt tilsynsorganenes praksis skal ha i intern rett. I forarbeidene til endringer i Barneloven gir imidlertid lovgiver uttrykk for at Barnekomiteens generelle kommentarer bør ilegges ”relativt stor vekt [...] ved tolking og anvendelse av konvensjonens bestemmelser i praksis”.²⁶ Videre er det bred enighet i juridisk litteratur om at generelle kommentarer vil være verdifulle retningslinjer ved tolking av konvensjonsbestemmelser i BK for nasjonal rett.²⁷ Søvig understreker at det i tillegg må foretas en konkret vurdering av den aktuelle uttalelses relevans. Gjennomslagskraften blir i følge ham større ”... jo mer utfyllende argumentasjonen er, og jo mer spesifikt den tar opp tematikken som skal prøves”.²⁸

Høyesterett inntar et lignende standpunkt i Ashok-dommen²⁹. Saken gjaldt gyldigheten av Utlendingsnemndas vedtak om ikke å omgjøre avslag om opphold på humanitært grunnlag for en enslig mindreårig gutt. Sentralt var blant annet spørsmålet om hvilken vekt Barnekomiteens uttalelser i generelle kommentarer hadde ved tolkingen av bestemmelsene i BK. Saksøker anførte at komiteens uttalelser måtte ilegges like stor vekt som avgjørelser fra EMD og tolkningsuttalelser fra FNs menneskerettskomité. Staten anførte på sin side at Barnekomiteens generelle uttalelser ikke kunne ilegges samme vekt som disse, fordi de bar preg av å være rådgivende i tillegg til at komiteen ikke kunne behandle enkeltklager. Flertallet slår i asvn. 44 fast som avgjørende

”... hvor klart [uttalelsen] 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

²⁵ Ot.prp. nr. 45 (2002-2003)

²⁶ Jf. Ot.prp. nr. 104 (2008-2009) s. 26.

²⁷ Jf. Høstmølingen m.fl., 2008 s. 22, med videre henvisning til Høstmølingen, 2003 på s. 80 der dette begrunnes med at kommentarene kommer til på bakgrunn av solid juridisk håndverk, og den praktiske betydning av dem er så stor at ”...kommentarene igjen kan danne utgangspunkt for folkerettslig bindende sedvane”. En viss støtte for dette finnes også i rettspraksis om tolkningsuttalelser fra FNs torturkomité og FNs menneskerettighetskomité, jf. hhv. Rt. 2008 s. 513A og 2008 s. 1764S (i sistnevnte uttales det i avsnitt 81 at tolkningsuttalelser må ha ”... betydelig vekt som rettskilde”).

²⁸ Jf. Søvig, 2009 s. 39.

²⁹ Jf. Rt. 2009 s. 1261 (dissens 4-1).

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 komiteen og den berørte staten.”

Det avgjørende blir da en konkret vurdering av den aktuelle uttalelsens tolkningsverdi og relevans i forhold til aktuell sak og rettsområde. Det samme må som utgangspunkt gjelde for uttalelser i komiteenes avsluttende observasjoner, selv om disse sjelden vil ha form som tolkingsuttalelser. Høyesterett er imidlertid taus om betydningen av lovgivers vurdering av forholdet til BK. Med støtte i forarbeidene til BKs inkorporeringslov mener Søvig at en ved motstrid må ta inn i vurderingen hvor bevisst lovgiver har vært forholdet til BK.³⁰

Dersom det er aktuelt å gi rettigheter utredet fra konvensjonene av komiteene forrang etter mrl. § 3, vil jeg i tråd med retningslinjer oppstilt i rettspraksis og teori over måtte foreta en sammensatt vurdering av om komiteenes tolkingsresultat kan få gjennomslag i nasjonal rett. Avgjørende blir hvor entydig komitépraksisen er holdt opp mot hvor bevisst lovgiver har vært på forholdet til BK og ØSK. Dersom rettsstilstanden etter internt rettskildemateriale er uklar, mens rettsstilstanden etter BK og ØSK på den annen side er forholdsvis klar, må rettighetene kunne innfortolkes i norsk rett uten at en konstaterer motstrid.

3 Kravet om tilgang til helsetjenester for enslige mindreårige asylsøkere og barn uten lovlig opphold etter BK og ØSK

3.1 Innledning

Kravet om tilgjengelige helsetjenester og dens nærmere innhold utredes fra retten til helse i BK artikkel 24 og ØSK artikkel 12 slik disse er tolket av tilsynskomiteene. Jeg vil i dette avsnittet ta for meg bestemmelsenes nærmere innhold med særlig fokus på enslige mindreårige asylsøkere og barn uten lovlig opphold og deres rett til tilgang til

³⁰ Jf. Søvig, 2009 s. 42 og Ot.prp. nr. 45 (2002-2003) s. 16.

helsetjenester. Jeg vil også utrede statens nærmere plikter for gjennomføring av dette kravet under del 3.3.

Andre bestemmelser i BK kan også være relevante for disse gruppens tilgang til helsetjenester, men jeg begrenser behandlingen videre til artikkel 24.³¹

3.2 Retten til helse etter BK artikkel 24 og ØSK artikkel 12

3.2.1 Utgangspunkt – en rett til ”den høyest oppnåelige helsestandard”

Utgangspunktet etter begge bestemmelsene er at statene anerkjenner en rett til høyest oppnåelig helsestandard for den enkelte. BK artikkel 24(1) fremholder barnets rett til ”den høyest oppnåelige helsestandard”. ØSK artikkel 12(1) fremholder den samme retten for ”enhver”. Sistnevnte presiserer at retten gjelder ”både i fysisk og psykisk henseende”.

Ordlyden taler for at hvert barn skal ha mulighet oppnå en høyest mulig grad av helse basert på barnets individuelle forutsetninger som sosiale, genetiske og miljømessige forhold. Men en må også kunne ta hensyn til samfunnsforhold i den enkelte stat. Hvilke konkrete rettigheter for barnet og korresponderende plikter for staten det innebærer gir ordlyden lite veiledning om. Men en forutsetning for å kunne oppnå en slik helsestandard må nødvendigvis være tilgjengelige helsetjenester dersom barnet har behov for behandling.

ØSK-komiteens generelle kommentar nr. 14 tar for seg retten til helses normative innhold. Komiteen gir uttrykk for at retten omfatter helsetjenester og –institusjoner nødvendige for oppnåelsen av en høyest mulig helsestandard. Også visse underliggende forutsetninger for helse omfattes, eksempelvis retten til mat og bosted.³²

³¹ Eksempelvis vil artikkel 39 stille særskilt krav om å sette inn ”... alle egnede tiltak for å fremme psykisk eller fysisk rehabilitering og sosial reintegrering” dersom den mindreårige i hjemlandet har vært utsatt for utnyttning, misbruk, tortur eller andre former for grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller væpnede konflikter.

³² Jf. E/C.12/2000/4 avsnitt 11.

Videre oppstiller ØSK-komiteen fire grunnleggende krav³³ til tjenestene, institusjonene og de underliggende forutsetninger – de må

- finnes i tilstrekkelig omfang ("Availability"),
- være tilgjengelige for alle uten diskriminering ("Accessibility"),
- være medisinsk-etisk og kulturelt akseptable ("Acceptability") og
- være av tilstrekkelig god medisinsk-vitenskapelig kvalitet ("Quality").³⁴

Kravene gir uttrykk for overlappende forutsetninger for at den enkelte skal kunne nyte en høyest oppnåelig helsestandard. For eksempel vil det være vanskelig å oppnå best mulig helse dersom mangel på helsetjenester eller helsetjenesters kvalitet medfører at en ikke får adekvat behandling for sykdom eller skade.

Jeg vil videre fokusere på kravet om "accessability" slik dette kan utredes gjennom komitépraksis. Fokuset er også på helsetjenester som definert innledningsvis, slik at de underliggende forutsetningene for helse er utenfor oppgavens ramme.

3.2.2 Tilgang til helsetjenester

3.2.2.1 Innledning

Kravet om tilgang presiseres av ØSK-komiteen i nevnte generelle kommentar nr. 14, som bestående av fire overlappende krav; økonomisk og fysisk tilgjengelighet, i tillegg til informasjonstilgjengelighet og lik tilgjengelighet for alle uten diskriminering i lov eller de facto på forbudte grunnlag i artikkel 2(2).³⁵ Barnekomiteen uttaler om kravet at helsetjenester skal "... være kjent og lett tilgjengelig (økonomisk, fysisk og sosialt) for

³³ Begrepsbruken varierer i litteratur og praksis. Asbjørn Eide og Barnekomiteen betegner dem som krav til helsepleien, jf. henholdsvis Eide i "Retten til helse som menneskerettighet" i Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter nr. 4/2006 s. 274-290 (s. 278) og generell kommentar nr. 4 (CRC/GC/2003/4) avsnitt 41. ØSK-komiteen på sin side anser det som "interrelated and essential elements" under retten til helse, jf. generell kommentar nr. 14 (E/C.12/2000/4) avsnitt 12. Jeg vil videre betegne disse som krav til den enkelte stat med motsvarende rett for den enkelte, da en slik rett og et slikt krav i alle tilfeller må kunne utredes fra øvrig komitépraksis, se nedenfor.

³⁴ Jf. op.sit. (note 29) avsnitt 12. Se også Barnekomiteens henvisning til disse fire kravene i sin generelle kommentar nr. 4 fra 2003 (CRC/GC/2003/4) om "Adolescent Health and Development in the Context of the CRC" avsnitt 37.

³⁵ Jf. E/C.12/2000/4 avsnitt 12 (b) flg.

all ungdom, uten diskriminering av noe slag”.³⁶ Uttalelsen kan ses på som en henvisning til ØSK-komiteens nærmere presisering.

3.2.2.2 Økonomisk tilgang

Økonomisk tilgjengelige helsetjenester innebærer at behandling, medisiner m.v. må være tilgjengelig til en rimelig pris. Nærmere bestemt må en basere seg på et rettferdighetsprinsipp ved fastsetting av betaling. Dette må særlig gjelde i forhold til barn som er skilt fra foreldre eller andre omsorgspersoner som normalt forsørger barnet. Eksempelvis skal ikke det at et barn ikke er i stand til å betale for seg avskjære det fra å få nødvendig helsehjelp. Ulik dekning av helseutgifter for barn med og uten lovlig opphold vil også kunne representere forskjellsbehandling i strid med diskrimineringsforbudet i artikkel 2.

BK artikkel 24(1) andre setning fremhever retten til tilgang til behandling og rehabilitering særskilt, ved at ”ingen barn skal fratras sin rett til adgang til” slike tjenester. Etter forarbeidene til konvensjonen er dette en streng forpliktelse for statene til aktivt å sikre alle barn lik tilgang. Formuleringen kom frem som et kompromiss mellom de parter som ønsket et krav om gratis helsehjelp for barn og de som på andre siden ønsket en adgang til å ta betalt også fra barn.³⁷ Det kan da i prinsippet kreves betaling for helsetjenester også fra barn. Men sammenholdt med ØSKs rettsferdighetsprinsipp, må dette tilsi at det kun unntaksvis kan være aktuelt å ta betalt for helsetjenester fra enslige mindreårige. Kravet om lik tilgang tilsier også at barn uten lovlig opphold skal ha samme adgang til fritak for egenandeler som barn ellers i befolkningen.

3.2.2.3 Fysisk tilgang

Fysisk tilgjengelige helsetjenester innebærer at helsetjenestene må være innen trygg fysisk rekkevidde for alle deler av befolkningen, da særlig utsatte og marginaliserte grupper som mindreårige asylsøkere og mindreårige uten lovlig opphold. Eksempelvis kan det måtte kreves at helsepersonell er tilgjengelig ved institusjoner for enslige mindreårige asylsøkere dersom avstanden til lege eller akuttmottak er for stor.

³⁶ Jf. CRC/GC/2003/4 avsnitt 37 (b).

³⁷ Jf. Detrick, 1999 s. 403 med videre henvisning til forarbeidene.

3.2.2.4 *Tilgang på informasjon*

Kravet om tilgjengelig informasjon innebærer mulighet til å finne, motta og meddele informasjon og ideer om helsespørsmål. Hensynet til den enkeltes behov for opplysninger må imidlertid balanseres mot hensynet til personvern. Under oppfyllelsesforpliktelsen spesifiserer ØSK-komiteen en plikt til å sikre spredning av informasjon om sunn livsstil og kosthold, skadelige tradisjonelle praksiser og tilgjengelighet av helsetjenester, i tillegg til å støtte folk i å ta informerte avgjørelser i individuelle helsespørsmål.³⁸ Barnekomiteen uttaler under kravet om tilgjengelighet at helsetjenester skal være ”kjent” for all ungdom.³⁹ Dette tilsier at den mindreårige eller dennes representant også har tilgang til informasjon om sine rettigheter etter nasjonalt regelverk.

3.2.2.5 *Lik tilgang*

Kravet om lik tilgang til helsetjenester for alle må som utgangspunkt innebære nettopp dette, at enhver skal ha den samme tilgang til helsetjenester, jf. også ikke-diskrimineringsprinsippet i ØSK artikkel 2(2) og BK artikkel 2(1). ØSK-komiteen understreker at statene har en plikt til å ikke nekte eller begrense lik tilgang for blant annet asylsøkere og ulovlige innvandrere. Komiteens uttalelse tar ingen forbehold for mer spesialiserte helsetjenester, men det er i juridisk teori satt spørsmålsteget ved om konvensjonen stiller et ubetinget krav om lik tilgang for alle, da spesielt personer uten lovlig opphold.⁴⁰ Men som minstekrav må statene umiddelbart sikre alle en tilgang til adekvat behandling for vanlige sykdommer og skader, i tillegg til essensielle legemidler slik de til enhver tid er definert av Verdens helseorganisasjon (WHO).⁴¹ Det må antas at behandling for vanlige skader og sykdommer omfatter mer enn ren nødhjelp.⁴²

³⁸ Jf. E/C.12/2000/4 avsnitt 37.

³⁹ Jf. CRC/GC/2003/4 avsnitt 37 (b)

⁴⁰ Se bla. Søvig, 2009 s. 129 som påpeker at uttalelsene er kortfattede og ikke særskilt tar opp spørsmålet om å unnta visse mer spesialiserte tjenester. Toebes tar ikke konkret stilling til det, men antar at kjerneforpliktelsen om lik tilgang for alle på adekvat behandling for vanlig sykdom og skade i alle tilfeller må rekke videre enn ren nødhjelp, jf. Eide m.fl., 2001 s. 189.

⁴¹ Jf. E/C.12/2000/4 avsnitt 43 bokstav a) og c). For WHO's liste over essensielle legemidler for barn av mars 2010, se WHO's nettsider (who.int)

http://www.who.int/entity/medicines/publications/essentialmedicines/Updated_second_children_list_en.pdf (mai 2010).

⁴² Se Birgit Toebes i Eide m.fl., 2001 s. 189.

Utgangspunktet er da altså at alle stater som har ratifisert ØSK umiddelbart må sikre en tilgang til helsehjelp for alle noe utover rene nødstilfeller. BK artikkel 24(1) første setning gir i tillegg uttrykkelig plikt til å sikre ”rehabilitering” for barn. Bakgrunnen for dette er viktigheten av et slikt tilbud for barn på et tidlig tidspunkt etter skade eller sykdom for å forhindre permanent funksjonsnedsettelse.

ØSK-komiteen berører også kravet om lik tilgang til helsetjenester under presiseringen av statenes forpliktelser til å respektere, beskytte og oppfylle retten til helse.⁴³ Under respekteringsforpliktelsen fremhever komiteen en plikt til å ikke begrense eller nekte lik tilgang til preventive, kurative og palliative helsetjenester for visse befolkningsgrupper, da særlig med hensyn til asylsøkere og ulovlige innvandrere. For barn må dette som følge av BK artikkel 24(1) inkludere også lik tilgang til rehabiliterende helsetjenester. Som eksempel på pliktbrudd nevnes at grupper nektes tilgang til helsetjenester som resultat av de jure eller de facto diskriminering.⁴⁴

BK artikkel 24(1) henviser til ikke-diskrimineringsprinsippet når den i andre setning uttrykker ”ingen” barn skal fratras retten til adgang. Sammenholdt med det generelle forbudet mot diskriminering i artikkel 2 tilsier dette at alle barn må ha tilgang på helsetjenester uten forskjellsbehandling basert på aktuelle diskrimineringsgrunnlag. For utviklede land som Norge er det hevdet at flyktningebarn og asylsøkerbarn skal ha det samme helsetilbud som andre innenfor statens jurisdiksjon.⁴⁵ At dette særlig gjelder for en utsatt gruppe som enslige mindreårige har støtte fra Barnekomiteen i dens generelle kommentar nr. 6, der komiteen entydig gir uttrykk for at statene har en forpliktelse til ”... å sørge for at enslige barn og enslige barn med følgepersoner får samme helsetilbud som landets egne innbyggere”.⁴⁶ Etter dette må det kunne legges til grunn at staten har

⁴³ Denne tredelingen ble introdusert av Asbjørn Eide i ”The Right to Adequate Food as a Human Right” 1987. Den er videreutviklet og nå generelt brukt for å presisere staters menneskerettslige forpliktelser.

⁴⁴ Jf. op.sit. (note 41) avsnitt 50. Et annet eksempel må her kunne være Siv Jensen (Frp) og Per-Willy Amundsen (Frp) sitt forslag om å pålegge helsepersonell og frivillige meldeplikt til politiet dersom de oppsøkes av hjelpetrengende personer uten lovlig opphold, se Dokument 8: 55 S (2009-2010). En slik plikt vil kunne være et hinder for denne gruppens tilgang til helsetjenester ved at en unnlater å oppsøke helsevesenet av frykt for å bli anmeldt.

⁴⁵ Jf. Eide og Barth Eide, 2006 s. 14.

⁴⁶ Jf. CRC/GC/2005/6 avsnitt 46.

en særlig plikt til å sikre at enslige mindreårige asylsøkere får lik tilgang til helsetjenester som barn ellers i befolkningen.

Spørsmålet blir imidlertid om BK åpner for å nekte eller begrense tilgangen til helsetjenester for barn uten lovlig opphold begrunnet i innvandringspolitiske hensyn.

Verken ordlyden i artikkel 24 eller 2 tilsier dette, da de begge uforbeholdent stiller krav om likestilling av alle barn ("ingen skal fratras" og "ethvert barn").

Uttalelsen om rett for enslige mindreårige til lik tilgang på helsetjenester i generell kommentar nr. 6 skiller heller ikke mellom mindreårige med og uten opphold, i tillegg til at komiteen i avsnitt 41 eksplisitt gir uttrykk for en lik rett til utdanning uavhengig av oppholdsstatus. Annen praksis fra komiteen tilsier også et utgangspunkt om at mindreårige uten lovlig opphold har rett til tilgang på velferdsytelser av samme omfang som andre i riket.

Halvorsen ser også problemer med å gi barn uten opphold rett til tilgang til langvarige og kompliserte behandlingsformer, illustrert med HIV og nyresvikt. Hun argumenterer for at ordlyden i artikkel 2 "innenfor [statens] jurisdiksjon" og at oppholdsstatus ikke er nevnt som diskrimineringsgrunn kan tilsi at diskrimineringsforbudet kun gjelder i forhold til personer med lovlig opphold, da det er utlendingslovgivning som regulerer hvem som er innenfor norsk jurisdiksjon.⁴⁷ Imidlertid har Barnekomiteen tolket artikkel 2 slik at også diskriminering på grunn av oppholdsstatus anses å omfattes av forbudet. I generell kommentar nr. 6 understrekes det at konvensjonens rettigheter gjelder for alle barn "... uten hensyn til nasjonalitet, immigrasjonsstatus eller eventuell statsløshet" og at diskriminering "... på grunn av at barnet er flyktning, asylsøker eller innvandrer" er forbudt.⁴⁸

Også andre uttalelser fra Barnekomiteens praksis har vært uforbeholden, slik at de skulle tilsi et krav om lik tilgang for alle barn. I avsluttende observasjoner til Norges

⁴⁷ Jf. Marit Halvorsen om "Barns rett til helsetjenester" i Høstmølingen m.fl., 2008 s. 155-167 (s. 160).

⁴⁸ Jf. CRC/GC/2005/6 avsnitt 12 og 18. Se også oversikt over "Grounds for discrimination against children" fra Barnekomiteens praksis i Hodgkin og Newell, 2007 s. 24-25.

andre rapport og Sveriges fjerde rapport gir komiteen uttrykk for en rett til lik tilgang på helsehjelp for henholdsvis barn ”... who’s presence is not in line with legal requirements” og ”undocumented children”.⁴⁹ Sistnevnte uttalelse er kompromissløs ved at den entydig uttrykker at “... 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”.

Røsæg kommer med støtte i BKs forarbeid og artikkel 22(1) til at BK generelt ikke kan vike for asylpolitiske hensyn. Han peker særlig på at et forslag om å presisere regelen slik at statene fikk en uttrykkelig rett til å gjøre unntak fra konvensjonens krav av hensyn til egen utlendingspolitikk ble nedstemt.⁵⁰ Forarbeiders sekundære betydning som folkerettskilde må imidlertid svekke dette noe.⁵¹

I følge Søvig må det generelt kreves en særskilt begrunnelse for å nekte eller begrense velferdsytelser til barn på grunnlag av manglende oppholdstillatelse og at det skal mye til for at motstridende hensyn skal slå igjennom overfor hva som er til barnets beste. Imidlertid finner han rom for den tolkning at statene kan redusere helsetilbudet for dem uten lovlig opphold ”... så lenge ytelsen ikke kan sies av sentral karakter”. Dette på bakgrunn av at Barnekomiteen i sin praksis har antydnet at ”access to basic health care” er tilstrekkelig.⁵² Praksis i motsatt retning er imidlertid omfattende, og Søvig må da forstås som å anse rettstilstanden etter BK som uklar.

Implikasjonene av en slik rett til lik tilgang kan være omfattende, da særlig økonomisk. Dette illustreres av Halvorsens eksempel med nyresvikt hos barn, som vil kunne kreve langvarig og kostbar dialysebehandling.⁵³ Selv om ØSK-komiteen syntes å forutsette lik tilgang til helsetjenester for alle som en umiddelbar forpliktelse, kan det trolig ikke utelukkes at visse mer spesialiserte helsetjenester kan unntas fra denne forpliktelsen.⁵⁴

⁴⁹ Jf. hhv. CRC/C/15/Add.126 avsnitt 20-21 og CRC/C/SWE/CO/4 avsnitt 60-61.

⁵⁰ Jf. Erik Røsæg i Lov og Rett 141/1998 s. 142-143.

⁵¹ Jf. Wienkonvensjonen artikkel 31.

⁵² Jf. Søvig, 2009 s. 129 med videre henvisninger til Barnekomiteens avsluttende kommentarer til Nederlands fjerde rapport (CRC/C/NLD/CO/3) avsnitt 51 og 52.

⁵³ Jf. op.sit. (note 47) s. 166.

⁵⁴ Se i samme retning Søvig, 2009 s. 129 (petitavsnitt).

Konvensjonens ordlyd og komiteens ovennevnte praksis i retning lik tilgang til helsetjenester for barn uten lovlig opphold må imidlertid veie tyngst.

Konklusjonen blir da etter min oppfatning, og basert på de kilder jeg har sett hen til, at BK ikke åpner for å begrense helsetjenester til barn uten lovlig opphold begrunnet i innvandringspolitiske hensyn. Denne gruppen har rett til samme tilgang til helsetjenester som barn i befolkningen ellers.

3.3 Særlig om gjennomføringsforpliktelsen og aktuelle tiltak'

Relevant for hovedspørsmålet er hva som ligger i statens plikt til å gjennomføre kravet om tilgang til helsetjenester slik den fremgår av BK og ØSK.

Utgangspunktet etter både BK og ØSK er en plikt til progressiv gjennomføring av retten til helse i lys av de ressurser staten har til rådighet.⁵⁵ Målet om full gjennomføring fremheves kun i ØSK artikkel 2(1), men dette er også et naturlig mål for de økonomiske, sosiale og kulturelle rettighetene i BK. ØSK-komiteen har presisert at gjennomføringsforpliktelsen innebærer at det kun helt unntaksvis på visse vilkår kan være aktuelt med bevisste tilbakeblikk i progresjonen mot full realisering av rettighetene.⁵⁶

Imidlertid anser ØSK-komiteen et sett med kjerneforpliktelser innen retten til helse som umiddelbare, blant annet plikten til å særlig sikre sårbare eller marginaliserte gruppers rett til tilgang til helsetjenester.⁵⁷ Siden gjennomføringsplikten er relativ i forhold til statenes ressursituasjon, må det antas at industrialiserte land har kjerneforpliktelser ut

⁵⁵Jf. hhv. ØSK artikkel 2(1) og BK artikkel 2 sammenholdt med Barnekomiteens tilslutning til "... the concept of 'progressive realization'" av BKs økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter i generell kommentar nr. 5 (CRC/GC/2003/5) avsnitt 7.

⁵⁶ Jf. generell kommentar nr. 3 om "the nature of states parties obligations" 14/12/90 avsnitt 9. Liebenberg foreslår også domstolsprøving av denne plikten som en av flere praktiske måter å håndheve økonomiske og sosiale rettigheter i en grunnlovsmessig kontekst, jf. Sandra Liebenberg i "The protection of economic and social rights in domestic legal systems" i Eide m.fl., 2001 s. 61.

⁵⁷ Jf. generell kommentar nr. 14 E/C.12/2000/4 avsnitt 43 bokstav a).

over det som fremgår av ØSK-komiteens oppregning.⁵⁸ Dette skulle tilsi at slike stater har en umiddelbar plikt til å sikre lik tilgang for alle også til noe mer spesialisert behandling.

I tillegg er det grunn til å anta at plikten til å iverksette tiltak i retning en full realisering av rettigheter også anses som umiddelbar.⁵⁹ Utgangspunktet er at alle egnede tiltak er aktuelle, men lovgivning nevnes eksplisitt som virkemiddel både i ØSK artikkel 2(2) og BK artikkel 4. Statene bestemmer følgelig selv hvilke tiltak som en anser som egnede, men tilsynskomiteenes anbefalinger til statsrapporter vil kunne si noe om tiltakenes egnethet. En lovfesting av formelle rettigheter til helsehjelp må være særlig aktuelt for gjennomføring av kravet om tilgang til helsetjenester. Også andre rettslige virkemidler vil kunne være sentrale for at slike rettigheter skal være en realitet, særlig i forhold til ofte ressursvake grupper som mindreårige immigranter.

Et ressursrikt og stabilt land som Norge kan nok sies å ha en plikt til umiddelbar realisering av en mer omfattende tilgang til helsetjenester enn slik den er utredet over. Som en del av den generelle menneskerettsforpliktelsen til å oppfylle konvensjonsrettighetene fremhever også ØSK-komiteen blant annet at staten må "... fulfill (provide) a specific right contained in the Covenant when individuals or a group are unable, for reasons beyond their control, to realize that right themselves".⁶⁰ Norske myndigheter må etter dette antas å ha en omfattende plikt til å sørge for realisering av en høyest mulig helsestandard for grupper som ikke selv er i stand til dette, noe som er av særlig betydning for barn i de aktuelle gruppene. Brudd på denne forpliktelsen eksemplifiseres ved at staten unngår å bevilge tilstrekkelige midler slik at visse grupper ikke nyter retten til helse.⁶¹ At statene spesifikt må sikre tilgang til helsetjenester for sårbare befolkningsgrupper som ulovlige innvandrere og asylsøkere er også fremhevet i annen komitépraksis.⁶²

⁵⁸ Se i samme retning Eide i Eide m.fl., 2001 s. 27.

⁵⁹ Jf. bla. ØSKs generelle kommentar nr. 3 (HRI/GEN/1/Rev.7, 1990) avsnitt 2 med henvisning til ØSK artikkel 2(2) om å "take steps" i retning full realisering.

⁶⁰ Jf. E/C.12/2000/4 avsnitt 37.

⁶¹ Jf. op.sit. avsnitt 52.

⁶² Jf. Eide m.fl., 2001 s. 181 med videre henvisninger blant annet til Barnekomiteens praksis.

Det vil være vanskelig å kunne konstatere brudd på gjennomføringsforpliktelsen slik den fremgår av konvensjonene og komitépraksis. Imidlertid må det være sentralt i forhold til progresjon mot full gjennomføring å følge de anbefalinger komiteene kommer med i avsluttende observasjoner til statsrapportene.⁶³ Både i forhold til barn uten lovlig opphold og enslige mindreårige asylsøkere har komiteene påpekt mangelfulle forhold og kommet med anbefalinger til Norge. Senest i 2010 i avsluttende observasjoner til Norges siste rapport anbefalte Barnekomiteen forbedring av både vergeordning og omsorgstilbud for enslige mindreårige asylsøkere.⁶⁴

4 Er kravet om tilgang til helsetjenester tilstrekkelig gjennomført for mindreårige asylsøkere og barn uten lovlig opphold i norsk rett?

4.1 Innledning

Jeg har over gjort rede for kravet om tilgang til det fremgår av BK og ØSK med tilhørende komitépraksis. I denne delen tar jeg for meg gjennomføringen av kravet i norsk rett for de aktuelle gruppene mindreårige. Formålet blir å se denne opp mot gjennomføringsforpliktelsen slik denne er skissert over i del 3.3.

Spørsmålet under del 4.2 blir hvordan disse gruppenes tilgang til helsetjenester formelt sett er sikret i norsk lov. Dette beror på en gjennomgang av sentrale rettigheter gjeldende helserettlig regelverk; retten til helsehjelp, retten til fastlege, retten til dekning av helseutgifter og retten til informasjon. Det sentrale spørsmålet er om enslige mindreårige asylsøkere og/eller barn uten lovlig opphold kan være rettighetshaver etter de relevante bestemmelsene. Ytterligere vilkår i bestemmelsene vil derfor i hovedsak ikke behandles. Målet blir å undersøke om norsk regelverk samsvarer med retten slik den er utredet i BK og ØSK, se del 3. I den grad rettigheten etter BK og ØSK rekker lenger enn det som følger av norsk regelverk, blir det da spørsmål om å tolke regelverket i tråd med konvensjonens krav eller konstatere motstrid og vurdere forrang etter mrl. § 3 jf. § 2.

⁶³ Se også Rishmawi, 2006 avsnitt 140.

⁶⁴ Jf. CRC/C/NOR/CO/4 avsnitt 52 (b) og (e).

Under del 4.3 vil jeg klarlegge to utvalgte rettigheter i norsk rett av betydning for en reell tilgang til helsetjenester; retten til omsorgstilbud (pkt. 4.3.1) og retten til verge/representasjon (pkt. 4.3.2). Jeg vil også kort vurdere forholdet til BK og ØSK og anbefale forbedringer av hensyn til gjennomføringsforpliktelsen. Fokuset i denne delen blir på enslige mindreårige asylsøkere, da disse rettighetene har liten praktisk betydning for barn uten lovlig opphold og det i tillegg er uklart i hvor stor grad denne gruppen har slike rettigheter etter gjeldende rett.

4.2 Formell tilgang til helsetjenester

4.2.1 Rett til helsehjelp

Retten til helsehjelp i norsk rett kan deles i tre etter hvilke helsetjenester det er behov for; retten til øyeblikkelig helsehjelp fra helsepersonell og –institusjoner, retten til nødvendig helsehjelp fra kommunehelsetjenesten og retten til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten.

Som utgangspunkt er det pasientrettighetsloven⁶⁵ (heretter pasrl.) som danner rettslig grunnlag for en rett til helsehjelp for den enkelte. Imidlertid suppleres rettighetene av helsevesenets korresponderende plikter til å yte helsehjelp i annen helselovgivning som kommunehelsetjenesteloven⁶⁶ (heretter khtjl.), spesialisthelsetjenesteloven⁶⁷ (heretter sphsl.) og helsepersonelloven⁶⁸ (heretter hlspl.).

Dersom vilkår for helsehjelp i bestemmelsene og forskrifter er oppfylt, følger det av lovforarbeid og rettspraksis at rettighetshaveren vil kunne ha et rettskrav på helsehjelp.⁶⁹ Dette har den betydning at retten kan kreves oppfylt gjennom domstolsapparatet.⁷⁰

⁶⁵ Lov om pasientrettigheter 2. juli 1999 nr. 63

⁶⁶ Lov om helsetjenester i kommunen m.v. 19. november 1982

⁶⁷ Lov om spesialisthelsetjenesten m.m. 2. juli 1999

⁶⁸ Lov om helsepersonell m.v. 2. juli 1999

⁶⁹ Jf. Ot.prp. nr. 66 (1981-82) s. 30 og Fusadommen i Rt. 1990 s. 874 (på s. 888).

⁷⁰ Behovet for effektive prøvingsmuligheter med tilgang til uavhengige klageprosedyrer og domstoler er fremhevet av Barnekomiteen, jf. CRC/GC/2003/5 avsnitt 24 og CRC/GC/2003/4 avsnitt 9. Før sak for norske domstoler vil det kunne være aktuelt å anmode/klage etter reglene i pasrl. kapittel 7. Er den

Her må det bemerkes at enhver kan få tilgang til helsehjelp ved å betale for den. Denne adgangen er imidlertid av lite betydning for barn i de aktuelle gruppene, se nærmere under punkt 4.2.3.

Retten til *øyeblikkelig helsehjelp* i pasrl. § 2-1 første ledd er knyttet til status som pasient. For pasientstatus er det tilstrekkelig at en ”oppholder seg i riket” og anmoder helsetjenesten om helsehjelp.⁷¹ Etter ordlyden har altså alle rett til øyeblikkelig helsehjelp så lenge en faktisk befinner seg på norsk territorium.⁷² Retten omfatter behandling ved mer akutt behov for medisinsk behandling, eksempelvis der det er fare for liv eller alvorlig helseskade.⁷³ Retten gjelder både i forhold til den enkelte helsearbeider og helseinstitusjonene.⁷⁴

Rett til *nødvendig helsehjelp fra kommunehelsetjenesten* har enhver som ”bor eller midlertidig oppholder seg” i en kommune.⁷⁵ Retten gjelder etter forarbeidene uansett årsaken til og lengden på oppholdet.⁷⁶ Ved inkorporeringen av BK i norsk rett uttalte Justisdepartementet også entydig at denne rettigheten må forstås som å gjelde uavhengig av personens statsborgerskap eller oppholdsstatus.⁷⁷ Retten rekker nødvendigvis videre enn retten til øyeblikkelig hjelp, og vil hovedsakelig omfatte allmennhelsetjenester som allmennlege, legevakt og fysioterapi.⁷⁸

Så langt kan en altså slå fast at både enslige mindreårige asylsøkere og barn uten lovlig opphold kan ha rett til adgang til øyeblikkelig helsehjelp fra helsepersonell og institusjoner, i tillegg til nødvendige allmennhelsetjenester fra kommunen de oppholder

mindreårige under seksten år, vil det være vergen som disponerer disse rettighetene. Etter Tvisteloven av 17. juni 2005 §§ 2-2(3) og 2-4(1) er vergen den mindreåriges stedfortreder i et eventuelt søksmål for domstolene.

⁷¹ Jf. §§ 1-2 første ledd og 1-3 bokstav a).

⁷² Se imidlertid forskrift om prioritering av helsetjenester og rett til helsehjelp av 1. desember 2008 nr. 1208 (heretter prioriteringsforskriften) som med hjemmel i § 1-2 første ledd annet punktum gjør unntak for andre rettigheter i pasrl. kapittel 2.

⁷³ Jf. vilkåret ”påtrengende nødvendig” i hlspl. § 7 første ledd og nærmere presisering i Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) s. 52 og 219.

⁷⁴ Jf. hhv. hlspl. § 7 og sphlsl. § 3-1 første ledd.

⁷⁵ Jf. khtjl. § 2-1 første ledd.

⁷⁶ Jf. Innst. O. nr. 7 (1982-1983) s. 11.

⁷⁷ Jf. Ot.prp. nr. 45 (2002-2003) s. 58.

⁷⁸ Jf. khtjl. § 1-3 annet ledd.

seg i. Det er også på det rene at de har en rett til nødvendig behandling av smittsom sykdom etter smittevernloven.⁷⁹

En stor del av denne gruppen er imidlertid avhengig av spesialiserte psykiske helsetjenester utover det kommunehelsetjenesten kan tilby. Særlig er forekomsten av posttraumatisk stressyndrom som følge av traumatiske opplevelser høy blant disse barna, en tilstand som krever mer spesialisert behandling enn det kommunehelsetjenesten kan tilby.⁸⁰

Spørsmålet blir om disse gruppene barn har rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten.

Retten til *nødvendige helsetjenester fra spesialisthelsetjenesten* er etter pasrl. § 2-1 andre ledd knyttet til status som pasient i likhet med rettighetene etter første ledd. Som utgangspunkt skulle dette tilsi at det er tilstrekkelig å faktisk oppholde seg i Norge. Etter forarbeidene kreves ikke lovlig opphold, men spørsmålet er holdt åpent for fremtidig regulering ved forskriftshjemmel i § 1-2 første ledd andre setning.⁸¹ I forskrift om prioritering av helsetjenester og rett til helsehjelp⁸² (heretter prioriteringsforskriften) § 1 er da også rettighetene i pasientrettighetsloven kapittel 2, med unntak av øyeblikkelig helsehjelp, gjort betinget av enten fast bo- eller oppholdssted i riket, medlemskap i folketrygden med rett til helsehjelp eller avtale om rett til helsehjelp med vedkommendes hjemstat.

Ved forskrift om tryggedekning for asylsøkere og deres familiemedlemmer⁸³ § 2 første ledd er asylsøkere gjort til medlem av folketrygden. Følgelig vil alle mindreårige asylsøkere ha rett til nødvendige spesialisthelsetjenester ved behov gjennom

⁷⁹ Jf. lov om vern mot smittsomme sykdommer 5. august 1994 nr. 55 (heretter smittel.) § 6-1 som gir ”enhver” rett til ”nødvendig smittevernhjelp”.

⁸⁰ Se om forekomsten i Norsk folkehelseinstitutt rapport 2009: 11 punkt 10.3

⁸¹ Jf. Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) s. 125.

⁸² Forskrift 1. desember 2008 nr. 1208

⁸³ Forskrift 14. mai 2008 nr. 460

asylsøkerprosessen, og etter forskriftens § 2 andre ledd også på visse vilkår etter avslag på søknad.⁸⁴

Forskriften er som hovedregel begrenset til dem som søker asyl. Dette kan tilsi at barn uten lovlig opphold er avskåret fra retten til nødvendige spesialisthelsetjenester.

I rundskriv til barnevernet om dets ansvar for mindreårige utsatt for menneskehandel uttaler derimot Barne- og likestillingsdepartementet (BLD) under henvisning til BK at barn uten lovlig opphold har samme rett til helsetjenester fra både kommune- og spesialisthelsetjenesten som barn med lovlig opphold.⁸⁵

Som utgangspunkt må en slik uttalelse kunne gi grunnlag for en rettighet så lenge det er innenfor lov og forskrift.⁸⁶ Men på den annen side er det lite rundt uttalelsen som tyder på at departementet har vært bevisst dens rekkevidde og at meningen har vært å gjøre innsnevring i personkretsen som omfattes av prioriteringsforskriften. Det har også formodningen mot seg at et slikt spørsmål tas stilling til uten en politisk diskusjon i forkant.⁸⁷

Etter pasrl. § 1-1 er et av formålene bak pasientrettighetsloven å sikre en lik tilgang på helsehjelp for "befolkningen". I tråd med norske rettskildeprinsipp fremhever forarbeidene formålsparagrafen som en tungtveiende rettskildefaktor, og presiserer at lik tilgang på helsetjenester innebærer helsetjenester for alle deler av befolkningen uavhengig av blant annet "... økonomisk, kulturell og språklig bakgrunn og sosial status".⁸⁸ Selv om en ikke eksplisitt fremhever oppholdsstatus som diskrimineringsgrunnlag her, må et generelt likhetsprinsipp som uttrykkes i lovteksten tale i retning at også barn uten lovlig opphold skal ha adgang til helsetjenester. På den

⁸⁴ Merk at visse behandlingsformer vil være unntatt fra utgiftsdekning etter Folketrygdloven kapittel 5, se under punkt 4.2.3.

⁸⁵ Jf. BLDs rundskriv 2-11/2006 s. 16.

⁸⁶ Jf. bla. Kjønstad og Syse, 2008 s. 91 og 99.

⁸⁷ At temaet helsehjelp til papirløse innvandrere er politisk betent viser seg blant annet ved sprikende representantforslag i Stortinget, se de to forslagene i Innst. 184 S (2009-2010).

⁸⁸ Jf. Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) punkt 12 om merknader til § 1-1.

annen side tales det om ”befolkningen”, som kan tilsi at lik tilgang er forbeholdt den som oppholder seg lovlig i landet.

Samlet sett tilsier prioriteringsforskriften § 1 at denne gruppen ikke har en slik rett, mens uttalelser i rundskriv og lovens formål på den annen side kan tale for en tilsvarende rett til helsehjelp som barn ellers i befolkningen. Konklusjonen må etter min oppfatning bli at barn uten lovlig oppholds rett til nødvendige spesialisthelsetjenester etter internt rettskildemateriale er uklar.

4.2.1.1 Forholdet til BK og ØSK

Etter BK artikkel 24 sammenholdt med ØSK artikkel 12 er det trolig at denne gruppen barn har rett på lik tilgang til spesialisthelsetjenester som barn ellers i befolkningen, se ovenfor pkt. 3.2.2.5. Selv om komitépraksis ikke er helt entydig, er praksis som taler i retning en lik tilgang omfattende.

Søvig ser departementets uttalelse i rundskrivet med støtte i uttalelser fra andre offentlige kilder som tilstrekkelig grunnlag for at også barn uten lovlig opphold etter gjeldende rett har rett på spesialiserte helsetjenester for de mer ordinære tilfellene av nødvendig helsehjelp.⁸⁹ En nærmere begrunnelse for hvorfor disse uttalelsene får gjennomslag fremfor prioriteringsforskriften gis imidlertid ikke.

En tolking i tråd med BK/ØSK og retten til lik tilgang må kunne legges til grunn når en holder den uklare rettsstillingen i intern rett opp mot Barnekomiteens forholdsvis klare standpunkt, se ovenfor under pkt. 2.2.1. Dette kan begrunnes med den forrang disse konvensjonenes bestemmelser er gitt gjennom mrl. § 3 jf. § 2. Hensynet til at norsk lov så langt som mulig bør tolkes i tråd med konvensjonsforpliktelser taler også for en slik tolking.⁹⁰

På denne bakgrunn må det kunne slutes at barn uten lovlig opphold også har rett til nødvendige spesialisthelsetjenester.

⁸⁹ Jf. Søvig, 2009 s. 131.

⁹⁰ Jf. Rt. 1984 s. 1175 om å forutsette norsk lov i samsvar med traktatforpliktelser som reelt hensyn.

4.2.2 Rett til fastlege

En sentral del av den formelle tilgangen til helsetjenester er retten til et primærhelsetilbud.⁹¹ Etter norsk ordning er retten til å stå på liste hos faste allmennpraktiserende leger en sentral del av dette tilbudet.⁹²

Spørsmålet blir om enslige mindreårige asylsøkere og barn uten lovlig opphold har rett til fastlege.

Etter khtjl. § 2-1a første ledd, andre setning er utgangspunktet at asylsøkere som er medlem av folketrygden har rett til å stå på liste hos en fastlege.⁹³ Mindreårige asylsøkere vil da få rett til å stå på en slik liste, og har også som utgangspunkt selv rett til å velge fastlege. Er barnet under 16 år, bistår vergen eller andre til å velge fastlege.⁹⁴

Helsedirektoratet har imidlertid funnet at fastlegeordningen ofte passer dårlig for asylsøkere, og rent faktisk kan føre til lite tilfredsstillende helsetjenester. Direktoratet foreslår derfor i nytt rundskriv at asylsøkeres primærhelsebehov ivaretas gjennom et tilrettelagt helsetjenestetilbud. Det anbefaler blant annet at mottakene ansetter eget helsepersonell slik at beboerne sikres en lettere tilgang til helsetjenester.⁹⁵

Utgangspunktet vil da fremdeles være at asylsøkere har en lovfestet rett til å velge en fastlege, men vil i alle tilfeller ha tilgang på et primærhelsetjenestetilbud av tilsvarende kvalitet.

⁹¹ Jf. særlig BK artikkel 24(2) (b) som fremhever statens ansvar for ”utviklingen av primærhelsetjenesten”.

⁹² Fastlegeordningen er også av stor betydning for videre tilgang til mer spesialiserte helsetjenester, jf. særlig retten til vurdering ved spesialisthelsetjenesten etter pasrl. § 2-2 og fornyet vurdering etter § 2-3 som begge forutsetter henvisning.

⁹³ Jf. også forskrift om fastlegeordning i kommunene 14. april 2000 nr 328 § 3 første ledd.

⁹⁴ Jf. pasrl. § 4-4 første ledd.

⁹⁵ Jf. Helsedirektoratets rundskriv ”Veileder om helsetjenestetilbudet til asylsøkere, flyktninger og familiegjenforente” (2009) punkt 3.2. Rundskrivet er på nåværende tidspunkt ikke trådt i kraft, men er ment å erstatte tidligere rundskriv IS-1022 ”Veileder for helsetjenestetilbudet for asylsøkere og flyktninger” fra 2003.

Forarbeidene til khtjl. § 2-1a gjør det imidlertid klart at personer uten oppholdstillatelse ikke har rett til fastlege.⁹⁶ Det skilles ikke mellom barn og voksne. Dette tilsier at barn uten lovlig opphold ikke har adgang til denne ordningen.

Søvig mener imidlertid at en på grunnlag av nasjonalt rettskildemateriale kan komme til den tolking at også barn uten lovlig opphold har rett til fastlege eller annet kvalitativt likeverdig primærhelsetilbud dersom oppholdet i landet blir varig. Begrunnelsen er da at barn uten lovlig opphold er positivt forskjellsbehandlet i forhold til voksne på andre helseområder, og at lovgiversignalet derfor har vært å gi denne gruppen fullgod tilgang til helsetjenester som nødvendigvis også må omfatte en rett til fastlege.⁹⁷

Som nevnt over, mener jeg det kan diskuteres om disse lovgivningssignalene er av tilstrekkelig tyngde til å gi grunnlag for slike rettigheter i intern norsk rett. At forarbeidene i tillegg gjør det uttrykkelig klart at personer uten lovlig opphold ikke omfattes taler for at barn uten lovlig opphold ikke er ment å omfattes av fastlegeordningen. På den annen side utelukker dette ikke at denne gruppen har rett på et alternativt primærhelsetilbud av tilsvarende kvalitet. Men i alle tilfeller må det kunne slutes at nasjonalt rettskildemateriale er tvetydig vedrørende denne gruppens rett til fastlege.

Konklusjonen må bli at retten til fastlege er uklar for barn uten lovlig oppholds vedkommende.

4.2.2.1 Forholdet til BK og ØSK

Også i forhold til primærhelsetilbud må BK artikkel 24 sammenholdt med artikkel 2 medføre et krav om lik tilgang for alle barn til slikt tilbud, enten det er fastlege eller annet kvalitativt tilsvarende tilbud. Særlig kravet om fysisk tilgjengelige helsetjenester kan tilsi at primærhelsetilbud for asylsøkerbarn og barn uten lovlig opphold differensieres fra befolkningen for øvrig.

Helsedirektoratets forslag om et tilpasset primærhelsetilbud ved mottak for enslige mindreårige asylsøkere vil ikke være problematisk i forhold til BK så lenge det er av

⁹⁶ Jf. Ot.prp. nr. 99 (1998-1999) s. 147.

⁹⁷ Jf. Søvig, 2009 s. 130.

tilsvarende kvalitativ standard som fastlegeordningen. For enslige mindreårige ved statlige mottak fremstår en slik ordning som hensiktsmessig.⁹⁸

Lovgiversignalet for personer uten lovlig opphold er etter forarbeidene at denne gruppen generelt ikke har rett til fastlege. Men uttalelser i rundskriv kan tale for at meningen ikke har vært å avskjære barn fra en slik ordning. På lik linje med retten til helsehjelp må de menneskerettslige forpliktelser i BK og ØSK tilsi en tolking i tråd med disse. Konklusjonen må på denne bakgrunn bli at barn uten lovlig opphold har rett til fastlege eller annet primærhelsetilbud av tilsvarende kvalitet.

4.2.3 Rett til dekning av helseutgifter

Barn vil typisk ha svært begrenset betalingsevne og være avhengig av forsørgelse fra foreldre eller andre omsorgspersoner. Utgangspunktet i norsk rett er at barn under tolv år har rett til gratis øyeblikkelig og nødvendig helsehjelp, mens det unntaksvis kreves egenandel for visse tilstander for barn fra tolv til atten år (psykoterapeutisk behandling av barn over tolv år er imidlertid også fritatt egenandeler).⁹⁹ Behandlingsutgifter for spesialisthelsetjenester dekkes av det regionale helseforetaket i barnets bostedsregion.¹⁰⁰

Spørsmålet blir i hvor stor grad de aktuelle grupper barn har rett til dekning av helseutgifter.

Behovet for å få dekket helseutgifter er særlig stort hos enslige mindreårige, som i utgangspunktet ikke har noen til å forsørge seg. Asylsøkerbarn blir da også som nevnt over automatisk medlem av folketrygden ved ankomst, og vil i all hovedsak få samme stønad for helsetjenester under asylsøkerprosessen som andre barn.¹⁰¹ Er det imidlertid uvisst om den mindreårige får bli i landet, vil denne ifølge Rikstrygdeverkets

⁹⁸ Denne gruppen vil i som oftest være avhengig av at vergen ordner det praktiske med timebestilling m.v., noe som kan bli problematisk tatt i betraktning vergesituasjonen, se under punkt **Feil! Fant ikke referanse-kilden.** Dersom helsepersonell er tilgjengelig ved mottaket, vil dette kunne gi lettere tilgang på helsetjenester enten fra helsepersonalet selv eller ved henvisning til videre behandling.

⁹⁹ Jf. folketrygdlovens kapittel 5 og forskrift 25. juni 2008 nr. 714 om stønad til dekning av utgifter til undersøkelse og behandling hos lege § 3 nr. 5 og 6.

¹⁰⁰ Jf. sphlsl. §§ 5-1 og 5-2.

¹⁰¹ Jf. forskrift nr. 714/2008 § 2 første ledd, jf. sphlsl. §§ 5-1 og 5-2. Se også rundskriv I-2/2008 s. 2.

presisering i rundskriv ikke ha rett til stønad for ”langvarig behandling for mindre alvorlige tilstander” denne allerede hadde ved ankomst dersom utsettelse av behandling ikke vil medføre fare for ”vesentlig forringelse av helsetilstanden”.¹⁰² I den grad den mindreårige må betale egenandel, følger det av UDIs regelverk en refusjonsrett for utgifter i forbindelse med akutt lege- og tannlegebehandling, psykolog/psykiater og fysioterapeut i tillegg til opphold i opptreningsinstitusjon og krisesenter.¹⁰³

Barn uten lovlig opphold er imidlertid ikke medlem av folketrygden og omfattes derfor som hovedregel ikke av trygdeordningene for henholdsvis akutt og nødvendig helsehjelp.

Etter sphlsl. § 5-3 første ledd er da også utgangspunktet at den som ikke er bosatt i landet selv må betale for spesialisthelsetjenester. Dersom denne ikke betaler, belastes helseforetaket eller tjenesteyteren selv utgiftene ved behandling. Bestemmelsen må forstås som å gjelde både for øyeblikkelig og nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten. Helsedirektoratet har i rundskriv og andre tolkningsuttalelser lagt til grunn at ”bosatt” forutsetter oppholdstillatelse etter utlendingslovgivningens regler.¹⁰⁴ Uttalelsene i rundskrivet skiller ikke mellom øyeblikkelig og nødvendig helsehjelp, slik at en forutsetter at papirløse selv må betale også for øyeblikkelig helsehjelp.

Utgangspunktet skulle da være at barn uten lovlig opphold selv må dekke utgifter i forbindelse med helsehjelp, uavhengig av om det er nødhjelp eller mer spesialisert behandling.¹⁰⁵ Økonomisk stønad fra sosialtjenesten til dekning av slike utgifter er også utelukket for denne gruppen.¹⁰⁶

¹⁰² Jf. rundskriv § 2-16 Forskrifter for asylsøkere og Folketrygdloven § 5-26 første ledd.

¹⁰³ Jf. vedlegg 1 til UDIs rundskriv 2008-035 punkt 5.7, 5.8 og 5.9.

¹⁰⁴ Jf. bla. rundskriv I-2/2008 s. 2 og uttalelse på direktoratets hjemmesider om at rett til helsehjelp må skilles fra rett til betaling for den (helsedirektoratet.no)

http://helsedirektoratet.no/fagnytt/helsehjelp_til_personer_uten_lovlig_opphold_346884 (mai 2010).

Andenæs/Bayegan er imidlertid kritisk til direktoratets tolking om at en uten videre kan legge til grunn utlendingsrettslige regler som grunnlag for hvem som kan anses bosatt i velferdsrettslig forstand.

¹⁰⁵ Se imidlertid forskrift 25. juni 2008 nr. 714 § 3 nr. 7 gitt med hjemmel i smittevernloven § 6-2 som gir dekning for nødvendig smittevernhjelp fra kommunehelsetjenesten og trolig også fra spesialisthelsetjenesten.

En viss adgang til dekning av helseutgifter fra regionale helseforetak som følge av ”behandling som er akutt betinget” er det imidlertid fra avslag på asylsøknad og frem til faktisk utreise.¹⁰⁷ Regelen vil imidlertid ikke omfatte personer som mangler oppholdstillatelse av andre grunner.

Andenæs/Bayegan argumenterer for en analogisk anvendelse av denne bestemmelsen, slik at helseforetakene dekker utgifter i alle fall ved akutt behandling innen spesialisthelsetjenesten for personer uten lovlig opphold. Helsedirektoratet avviser imidlertid en slik tolking og forutsetter at disse som utgangspunkt selv må betale også for akutt helsehjelp, noe nevnte artikkelforfattere stiller seg kritiske til.¹⁰⁸

Søvig kommer som nevnt til den tolkning at barn uten opphold har tilnærmet samme rett til helsehjelp som dem med opphold på bakgrunn av foreliggende rettskildemateriale, se under pkt. **Feil! Fant ikke referanseilden..** Han mener samme lovgiversignalene må tilsi at barn uten lovlig opphold skal gis tjenester på samme vilkår som barn ellers i befolkningen, slik at barn uten lovlig opphold må kunne fritas for egenandeler i samme utstrekning som barn i befolkningen for øvrig.¹⁰⁹ Imidlertid har dette ikke støtte i øvrig rettskildemateriell, i tillegg til at Helsedirektoratet har gitt uttrykk for at ”retten til å få tjenester må skilles fra betaling for å få tjenesten”.¹¹⁰

Konklusjonen må mot denne bakgrunn bli at retten til dekning av helseutgifter for barn uten lovlig opphold etter internt rettskildemateriale er uklar.

4.2.3.1 Forholdet til BK og ØSK

Å kreve at barn uten lovlig opphold selv fullt ut skal betale for helsetjenester, uavhengig av om det er øyeblikkelig eller nødvendig helsehjelp, vil i de fleste tilfeller ikke

¹⁰⁶ Jf. forskrift til lov om sosiale tjenester m.v. 4. desember 1992 nr. 915 § 1-1 gitt med hjemmel i sosialtjenesteloven § 1-2.

¹⁰⁷ Jf. forskrift (note 82) § 2 andre ledd, andre setning.

¹⁰⁸ Jf. Kristian Andenæs og Charlotte Bayegan i Juristkontakt 5/2009 s. 55-57.

¹⁰⁹ Søvig, 2009 s. 122

¹¹⁰ Se uttalelse på direktoratets hjemmesider (helsedirektoratet.no)

http://helsedirektoratet.no/fagnytt/helsehjelp_til_personer_uten_lovlig_opphold_346884 (mai 2010).

samsvare med kravet om økonomisk tilgjengelige helsetjenester, se over under pkt. 3.2.2.2. Å ikke gi denne gruppen samme fritak fra egenandeler som asylsøkerbarn og barn i befolkningen for øvrig må også antas å stride mot kravet om lik tilgang etter BK og ØSK, se over under pkt. 3.2.2.5.

Til forskjell fra ovennevnte rettigheter syntes lovgiversignalet i større grad være at personer uten lovlig opphold ikke har rett til dekning av utgifter i forbindelse med helsehjelp. Men de menneskerettslige forpliktelsene i BK og ØSK må som følge av å menneskerettsloven også her tilsi en tolkning der denne gruppen likestilles med barn i befolkningen for øvrig, slik at de gis lik rett til fritak fra egenandeler. Barn uten lovlig opphold må følgelig ha en rett til dekning av helseutgifter på lik linje med barn i befolkning for øvrig.

4.2.4 Rett til informasjon

Spørsmålet her blir i hvilken grad de aktuelle gruppene har rett til informasjon om individuelle helseforhold og generelle helsespørsmål.

Utgangspunktet etter pasrl. § 3-4 første ledd er at foreldreansvarlige (for enslige mindreåriges del vergen) skal ha den informasjon § 3-3 forutsetter om den mindreåriges individuelle helse dersom denne er under seksten år.¹¹¹ Som hovedregel skal mindreårige over seksten år selv ha informasjon om sin helsetilstand, selv om informasjonen skal gis foreldreansvarlige dersom den er nødvendig for oppfyllelsen av foreldreansvaret. Sentralt her vil være pasrl. § 3-5 som stiller særlige krav til informasjonens form, blant annet vil en ved meddeling til den mindreårige måtte ta hensyn til dennes modenhet, erfaring og språk. Sistnevnte vil følgelig som oftest fordre tolkingstjenester for å kunne gi informasjonen på den mindreåriges eget språk.

Retten til informasjon er knyttet til status som pasient, slik at det er tilstrekkelig at vedkommende faktisk oppholder seg i landet.¹¹² Barn uten lovlig opphold skulle da i

¹¹¹ Unntaksvis kan en mindreårig mellom tolv og seksten år etter § 3-4 andre ledd kreve at informasjon holdes borte fra foreldreansvarlige, men dette unntaket er ikke praktisk der den mindreårige har fått oppnevnt verge.

¹¹² Jf. pasrl. §§ 1-2 første ledd og 1-3 bokstav a).

den utstrekning de har behov for det ha samme krav på informasjon etter pasientrettighetsloven kapittel 3.

Det kan vanskelig utredes en rett for de aktuelle gruppene til mer generell informasjon om helsespørsmål som livsstil, kosthold, tilgjengelighet av helsetjenester m.v. I rundskriv presiserer imidlertid Helsedirektoratet at kommunen er ansvarlig for å gi asylsøkere og flyktninger informasjon om "... helsetjenestenes tilgjengelighet, besøksadresser, oppgaver mv."¹¹³ Av ovennevnte regler i pasientrettighetsloven må det da forutsettes at denne informasjonen også gis til den mindreåriges foreldreansvarlige/verge dersom denne er under seksten år.

4.2.4.1 Forholdet til BK og ØSK

Som del av kravet om tilgang til helsetjenester, krever ØSK-komiteen at informasjon om både generelle og individuelle helsespørsmål er tilgjengelig. Barnekomiteen supplerer med at helsetjenester må være "kjent" for alle unge, se over under pkt. 3.2.2.4.

Av ovennevnte regelverk må det forutsettes at den mindreårige får den informasjon som trengs om egen helsetilstand og eventuelle behandlingstiltak, da det stilles klare regler både til hvordan informasjon formidles og hvem den skal formidles til. Selv om det ikke gis en rett til mer generell helseinformasjon, tilsier regelverkets presisering av kommunens ansvar for slik informasjon at dette også skal gis. Uklarhet rundt hvilke rettigheter til behandling barn uten lovlig opphold har, vil nødvendigvis gjøre det vanskelig å formidle informasjon om disse. Men i forhold til denne gruppen må andre tiltak enn lovfestede rettigheter være bedre egnet til å sikre informasjonstilgjengelighet.

4.2.5 Oppsummering

Gjennomgangen av gjeldende rett viser at enslige mindreårige asylsøkere formelt sett er tilnærmet likestilt med norske barn. Enslige mindreårige asylsøkere har som utgangspunkt en rett til både nødvendig helsehjelp og fastlege på lik linje med

¹¹³ Jf. daværende Sosial- og helsedirektorats rundskriv IS-22/2004 s. 4. Viktigheten av å gi asylsøkere informasjon om helserettigheter og andre helsespørsmål fremheves også i erstattende rundskriv fra Helsedirektoratet om helsetjenestetilbudet til asylsøkere, flyktninger og familiegjenforente av desember 2009.

befolkningen for øvrig. Retten til dekning av helseutgifter vil helt unntaksvis på visse vilkår være begrenset i forhold til barn ellers i befolkningen. Selv om unntaket trolig ikke har stor betydning i praksis, er dette prinsipielt en forskjell i adgangen til tryggedekning. Uklarhet rundt ikke-diskrimineringsprinsippet rekkevidde etter ØSK og BK fører antageligvis til at dette ikke kommer på spissen.

Barn uten lovlig opphold har som utgangspunkt en rett til både øyeblikkelig og nødvendig helsehjelp. Imidlertid er det uklart om denne gruppen har rett på mer spesialiserte nødvendige helsetjenester fra spesialisthelsetjenesten. Det samme gjelder retten til fastlege eller tilsvarende primærhelsetilbud og i hvor stor grad denne gruppen har rett til dekning av helseutgifter. De særstillinger BK og ØSK er gitt i norsk rett gjennom mrl. §§ 2 og 3 må imidlertid medføre tolking av norske rettskilder som innebærer en lik tilgang til disse rettighetene som barn i befolkningen for øvrig.

Her må det bemerkes at Regjeringen nylig har startet arbeidet med endringer i regelverket som skal sørge for at papirløse generelt får rett til nødvendig helsehjelp. Barn spesielt skal ettersigende i stor grad likestilles med barn med lovlig opphold.¹¹⁴ Det nærmere omfanget av den rett til helsehjelp barn uten lovlig opphold vil ha, er uklart på nåværende tidspunkt. Men at en ikke er villig til en fullstendig likestilling tilsier at det også i fremtiden vil kunne være uklarheter i nasjonalt rettskildemateriale rundt barn uten lovlig oppholds rett til visse langvarige og kostbare behandlingsformer. Det er også usikkert i hvor stor grad gruppen sikres dekning av helseutgifter.

4.3 Rettigheter av betydning for en reell tilgang til helsetjenester

4.3.1 Rett til omsorgstilbud

4.3.1.1 Betydning for tilgang til helsetjenester

En sentral del av den daglige omsorgen for mindreårige vil nødvendigvis måtte være ivaretagelse av dennes fysiske og psykiske helse. Mindreårige asylsøkere som kommer

¹¹⁴Se Regjeringens pressemelding av 2. mars 2010 nr. 16/2010 (regjeringen.no)

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/hod/pressesenter/pressemeldinger/2010/Rett-til-helsehjelp-for-personer-uten-lovlig-opphold-i-landet.html?id=594263> .

til landet uten omsorgspersoner vil være avhengig av at myndighetene sørger for et omsorgstilbud både under og etter asylsøkerprosessen. En reell tilgang til helsetjenester forutsetter følgelig et fungerende omsorgstilbud der en er oppmerksom på denne gruppens særlige helseproblematikk.

4.3.1.2 Innhold etter gjeldende rett

Utgangspunktet etter barnevernloven¹¹⁵ § 4-4 er barneverntjenestens plikt til å iverksette hjelpetiltak overfor den mindreårige. Bestemmelsen gjelder for alle barn under atten år som oppholder seg i landet.¹¹⁶ Etter ordlyden gir bestemmelsen ikke barn en rett til tiltak. Imidlertid er det antatt i juridisk teori at bestemmelsen i enkelte tilfeller må innebære et rettskrav på hjelpetiltak for den mindreårige.¹¹⁷

Etter nåværende ordning er omsorgsansvaret for denne gruppen fordelt på barnevernsmyndighetene ved Barne-, ungdoms- og familieetaten (BUFETAT) og utlendingsforvaltningen ved Utlendingsdirektoratet (UDI) for henholdsvis de under og de over femten år.¹¹⁸ I lys av det som fremgår i lov og rundskriv om ansvaret må det antas at denne gruppen har et rettskrav på omsorgstilbud.

I praksis innebærer dette at den mindreårige etter registrering og opphold ved transittmottakene plasseres på et statlig asylmottak (enten eget EMA-mottak eller egen EMA-avdeling ved vanlig mottak) dersom den finnes å være over femten år.

Vertskommunen har ansvaret for nødvendige allmennhelsetjenester for beboere ved mottak, mens regionalt helseforetak har ansvaret for å tilby spesialisthelsetjenester.¹¹⁹

Helsetilsynene i fylkene er ansvarlig for tilsyn med at beboernes rett til nødvendige helsetjenester ivaretas.¹²⁰ Tilsynene skal påse at kommunene har opprettet tilstrekkelig

¹¹⁵ Lov om barnevernstjenester mv. av 17. juli 1992 nr. 100 (heretter bvl.)

¹¹⁶ Jf. bvl. §§ 1-2 første ledd og 1-3 første ledd.

¹¹⁷ Jf. Søvig, 2009 s. 101 med videre henvisning til ytterligere litteratur.

¹¹⁸ Jf. henholdsvis bvl. §§ 5A-1, 5A-2 og delegasjon av myndighet fra Arbeids- og inkluderingsdepartementet (se UDI's rundskriv 2005-049 punkt 2.2).

¹¹⁹ Jf. hhv. khtjl. § 1-1 og sphsl. § 2-1. Se også veileder fra Helsedirektoratet om helsetjenestetilbudet til asylsøkere, flyktninger og familiegjenforente 12/2009 s. 6. Sistnevnte rundskriv er per i dag ikke trådt i kraft, men skal etter planen erstatte tidligere rundskriv IS-20/22 om helsetjenestetilbud for asylsøkere og flyktninger.

¹²⁰ Jf. lov om statlig tilsyn med helsetjenesten § 2.

internkontroll og at helsetjenestene er forsvarlig organisert.¹²¹ Utover dette står kommunen fritt til å organisere helsetilbudet ved det enkelte mottak slik den selv finner hensiktsmessig.

For den under femten år gis det tilbud om plass på et spesialtilpasset omsorgssenter som etter bvl. § 5A-7 har de samme rettslige rammene som vanlige barnevernsinstitusjoner. Blant annet utfører Fylkesmannen tilsyn på lik linje med andre institusjoner innenfor barnevernet.¹²² I forskrift om krav til kvalitet og internkontroll i barneverninstitusjoner¹²³ § 7 ilegges institusjonene plikt til å sørge for ivaretagelse av den enkelte beboers rett til medisinsk tilsyn og behandling, og skal i tillegg ha rutiner tilpasset institusjonens målgruppe. Følgelig må det kunne stilles krav om at omsorgssentre for enslige mindreårige asylsøkere har rutiner tilpasset denne gruppens særlige behov, for eksempel tilgang til psykoterapi for behandling av traumer og andre psykiske påkjenninger.

4.3.1.3 Forholdet til BK og ØSK

Rettslig sett stilles det da mer omfattende krav til institusjoner under barnevernsmyndigheter. Tilsynet er også oftere og mer omfattende enn ved statlige mottak.

Spørsmålet er om dette rent faktisk medfører en dårligere tilgang til helsetjenester for barn under UDIs omsorg i forhold til barn under barnevernets omsorg. Dette må bero på om empiriske undersøkelser indikerer faktiske forskjeller i adgangen til helsetilbudet. En slik forskjell i forhold til barn under barnevernets omsorg vil kunne være i strid med diskrimineringsforbudet som følger av BK artikkel 2 sammenholdt med artikkel 24.

I 2004 gjennomførte Helsetilsynene i fylkene et landsomfattende tilsyn blant annet med sikte på å undersøke tilgangen til nødvendige helsetjenester fra kommunene ved asylmottak. Flere steder ble det påvist avvik. Ved Vårli asylmottak for enslige mindreårige asylsøkere konkluderte Helsetilsynet i Østfold med at kommunen ikke sikret at alle beboere fikk nødvendig helsehjelp for psykiske problemer. Bakgrunnen var

¹²¹ Jf. hhv. lov om statlig tilsyn med helsetjenesten § 3 og hlpl. § 16

¹²² Jf. bvl. § 5-7

¹²³ Forskrift 10. juni 2008 nr. 580 gitt med hjemmel i bvl. § 5-10.

for lite tid til samtaler med lege og manglende bruk av tolk.¹²⁴ Andre undersøkelser antydnet også at psykologisk oppfølging ved mottakene for mindreårige var mangelfull.¹²⁵

I sine konkluderende observasjoner til Norges tredje rapport i 2005 fulgte Barnekomiteen opp med anbefalinger om å styrke psykologiske og psykiatriske helsetilbud ved mottakene for EMA og forbedre kompetanse og ressursbevilgninger slik at "... the assistance and care for these children reaches the same level as that provided in other institutions under the child welfare system."¹²⁶ De samme bekymringene hadde ØSK-komiteen i sine konkluderende observasjoner til Norge i 2005, der en oppfordret til å styrke tiltak for å sikre asylsøkerbarn adekvate helse- og psykiatritilbud.¹²⁷ I supplerende rapport til Norges fjerde rapportering til BK-komiteen uttrykkes det også bekymring for barns psykiske helse i mottakene. Blant annet er en bekymret for den manglende kompetansen til å behandle barns psykiske lidelser, som står i fare for å føre til et kronisk sykdomsforløp. Behandlingstilbudet fra barne- og ungdomspsykiatrien syntes utilstrekkelig.¹²⁸

Imidlertid kan UDIs tilsyn med mottakene fra 2009 tyde på at helsetilbudet ved mottakene generelt er tilfredsstillende. Men rapportene er kortfattede og inneholder lite informasjon, og isolert sett gir de få holdepunkt for om situasjonen er forbedret.

Ovennevnte indikerer at barn under UDIs omsorg ikke får den samme tilgang på helsetjenester som barn under barnevernets omsorg. Dette vil i så måte kunne være i strid med BKs diskrimineringsforbud.

¹²⁴ Se rapport fra Helsetilsynet i Østfolds tilsyn med helsetjenesten til flyktninger og asylsøkere ved Vårli asylmottak (2004).

¹²⁵ Se kvalitative intervju med ansatte på mottak i hovedfagoppgave i sosialpedagogikk "Hva kjennetegner omsorgen enslige mindreårige asylsøkere får på norske asylmottak?" av Johanne Urd Håvie (2004).

¹²⁶ Jf. Norway CRC/C/15/Add.263 avsnitt 42.

¹²⁷ Jf. E/C.12/1/Add.109 avsnitt 40.

¹²⁸ Se Forum for Barnekonvensjonens supplerende rapport til Norges fjerde rapport til Barnekomiteen 2005 s. 26 og 27.

Denne fordelingen har også blitt møtt med kritikk fra flere hold. Særlig påpekes det at rammevilkårene er betydelig bedre for barnevernstjenesten enn for utlendingsmyndighetene, noe som gir barna under Barnevernet et vesentlig bedre omsorgstilbud.¹²⁹ Rettslig sett går kritikken blant annet på at de krav som stilles etter barnevernloven som utgangspunkt gjelder for alle barn under atten år, mens den etter nåværende ansvarsfordeling i praksis fullt ut kun vil gjelde for dem under femten år. Av særlig betydning er de materielle krav til institusjoner og kompetansekrav til tilsatte ved institusjonene.

I generell kommentar nr. 6 fremhever Barnekomiteen at enslige mindreårige asylsøkere vil omfattes av BK artiklene 20 og 22. Disse bestemmelsene gir dem i følge komiteen en rett til særlig beskyttelse og bistand fra staten, i tillegg til sikret alternativ omsorg gjennom omsorgs- og innkvarteringsordninger. Det spesifiseres at kvalifisert personell jevnlig skal foreta tilsyn med og evaluering av ordningene for blant annet å forsikre seg om barnets fysiske og psykiske helsetilstand.¹³⁰ Det samme må formodentlig gjelde også for enslige barn uten lovlig opphold.

Barnekomiteen anbefalte også i sine avsluttende observasjoner til Norges fjerde og siste rapport at omsorgsansvaret for dem over femten år overføres til Barnevernet.¹³¹ For å sikre en full gjennomføring av retten til tilgang til helsetjenester for denne gruppen bør staten da følge komiteens anbefaling, slik at de er sikret samme ivaretagelse av helsebehov som andre foreldreløse barn under statlig omsorg. Regjeringen har ved flere anledninger gitt uttrykk for at Barnevernet skal overta ansvaret for hele gruppen, men overføringen er inntil videre lagt på is.¹³²

¹²⁹ Se rapporten NGOU 2006: 1 "Først og fremst barn" og Rikke Lassen i Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål nr. 1/2007.

¹³⁰ Jf. CRC/GC/2005/6 avsnitt 39 og 40.

¹³¹ Jf. CRC/C/NOR/CO/4 avsnitt 52 (e).

¹³² Se Barne- og likestillingsdepartementets pressemelding av 26. Juni 2009 om at overføring "... utsettes til etter 2010" (regjeringen.no)

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/bld/pressemeldinger/pressemeldinger/2009/overforing-av-omsorgsansvaret-fra-udi-ti.html?id=570369> (2010).

4.3.2 Rett til representasjon/verge

4.3.2.1 *Betydning for tilgang til helsetjenester*

Etter norsk rett er forutsetningen at mindreåriges selvbestemmelsesrett i helsespørsmål som hovedregel er begrenset dersom denne er under seksten år, se nedenfor. Er den mindreårige under den helserettslige myndighetsalderen må således denne ha en representant med fullmakt til å samtykke på den mindreåriges vegne.

Rent faktisk vil en mindreårig uten foreldreansvarlige ofte selv være ute av stand til tilstrekkelig å ivareta egne interesser på grunn av en belastende reise eller traumatiske opplevelser i hjemlandet. Kunnskap om egne rettigheter og prosedyrer vil nødvendigvis også kunne være begrenset, slik at det rent praktiske ofte vil gjøre det nødvendig med bistand. I praksis må det da antas at en representant også er sentral for mindreårige over seksten års tilgang til helsetjenester.

En velfungerende verge/representantordning må på denne bakgrunn anses å være av sentral betydning for å sikre denne gruppen en reell adgang til helsetjenester.

4.3.2.2 *Innhold etter gjeldende rett*

Med hjemmel i vergemålsloven¹³³ er utgangspunktet at enhver mindreårig som kommer til landet uten følge av foreldreansvarlige har rett til en verge dersom foreldrene er døde, eller en hjelpeverge dersom en er usikker på om foreldre er i live.¹³⁴ Sentralt i forhold til mitt spørsmål blir vergens rolle i spørsmål vedrørende den mindreåriges helse.

Forholdet mellom vergen og den mindreårige reguleres av vgml. kapittel 5, jf. særlig §§ 38 og 39. Vergens oppgaver omfatter de juridiske sidene av foreldreansvaret, i tillegg til å ivareta den mindreåriges interesser i personlige spørsmål om blant annet helse. Den daglige omsorgen ivaretas først og fremst av mottaket eller institusjonen, se pkt. 4.3.1.

¹³³ Lov om vergemål for umyndige av 22. april 1927 (heretter vgml.). Merk at ny vergemålslov ventes å tre i kraft innen 2012, se nærmere under punkt **Feil! Fant ikke referansekilden..**

¹³⁴ Jf. hhv. vgml. §§ 6 og 16.

Av pasrl. § 4-4 følger det at vergen som foreldreansvarlig samtykker til helsehjelp på barnets vegne dersom det er under seksten år.¹³⁵ Er den mindreårige over seksten år er utgangspunktet etter § 4-2 at denne selv kan samtykke til helsehjelpen. Men dersom den mindreårige på grunn av psykiske eller fysiske forstyrrelser ikke er i stand til å forstå hva en samtykker til, er det etter § 4-5 første ledd vergen som foreldreansvarlig som samtykker på den mindreåriges vegne.

Også for informasjon om den mindreåriges helsetilstand og innhold av helsehjelp er utgangspunktet at denne skal gis til vergen dersom den mindreårige er under seksten år.¹³⁶

Vergens oppgaver er nærmere presisert i rundskriv fra Justisdepartementet¹³⁷. Sentralt i forhold til helsetjenester er da at vergen må samtykke til helsehjelp på vegne av den mindreårige dersom denne er under seksten år. Vergen skal også bistå ved valg av fastlege.¹³⁸ Videre henvises det i veilederen til vgml. § 7 første ledds generelle krav om at en verge må være ”vederheftig” og ”skikket” til oppgaven, nærmere bestemt ha ordnet økonomi og være godt egnet til oppgaven.¹³⁹

4.3.2.3 Forholdet til BK og ØSK

Vergen vil etter gjeldende rett da disponere den mindreåriges helserettigheter dersom vedkommende er under seksten år. Unntaksvis ved manglende samtykkekompetanse vil vergen også disponere rettighetene til den mindreårige over seksten år. Det stilles få krav til vergens kompetanse og kontakt med den mindreårige.

Barnekomiteen har entydig gitt uttrykk for at statene har plikt til å opprette regelverk og andre nødvendige tiltak som skal sikre ivaretagelse av enslige mindreåriges interesser ved ankomst til landet. Som ledd i dette bør det så snart som mulig oppnevnes en verge

¹³⁵ Samtykkekompetansen for enslige asylsøkere under femten år ble under arbeidet med endringer i barnevernsloven foreslått overført til barnevernsmyndighetene, siden de allerede hadde omsorgsansvaret for denne gruppen. Imidlertid fant departementet det mest hensiktsmessig at vergen beholdt kompetansen, jf. Ot.prp. nr. 28 (2007-2008) punkt 5.4.

¹³⁶ Jf. pasrl. § 3-4 første ledd.

¹³⁷ Jf. Justisdepartementets rundskriv G-2003/343 Veiledning til verger.

¹³⁸ Jf. op.sit. s. 13-14.

¹³⁹ Jf. op.sit. s. 4.

eller annen representant for barnet.¹⁴⁰ Videre stilles det krav om at vergen må ha nødvendig kunnskap om omsorg til å ivareta barnets interesser, i tillegg til å sørge dekning av blant annet barnets helsemessige og psykologiske behov. Det gis uttrykk for at vergen her blant annet vil fungere som et bindeledd mellom helsefagspersonell og – institusjoner og barnet.¹⁴¹

Selv om Barnekomiteen kun stiller et vidt krav om nødvendig kompetanse, er det klart at en krevende vergerolle krever omfattende kunnskap både om enslige mindreåriges juridiske rettigheter og faktiske situasjon. At det stilles få krav til både kompetanse og kontakt med den mindreårige i norsk regelverk, er urovekkende tatt i betraktning vergens sentrale rolle i helsespørsmål.

I en rapport fra 2005 beskriver Norsk Folkehjelp vergesituasjonen for enslige mindreårige som ”... svært varierende, både når det gjelder kvalitet, tilbud og innhold”. Rekruttering, oppfølging og opplæring blir også ansett minst like varierende og svært ofte mangelfull.¹⁴² Dette bekreftes fra flere hold.¹⁴³ Et eksempel fra UDI’s tilsyn med EMA-avdelingene i statlige mottak i 2009 gir indikasjoner på hvor omfattende manglene er;

”Beboerne UDI hadde samtale med og inntrykk av at de visste de hadde en hjelpeverge fordi ”noen har fortalt” dem det, men at det var uklart hvem det var og hva vergen skulle gjøre. En av ungdommene hadde møtt sin verge ved en anledning. For de andre var vergen ukjent.”¹⁴⁴

¹⁴⁰ Jf. CRC/GC/2005/6 avsnitt 21 og 40 flg.

¹⁴¹ Jf. CRC/GC/2005/6 avsnitt 33

¹⁴² Se Norsk Folkehjelps rapport ”Vergearbeid for enslige mindreårige asylsøkere i Norge – en likeverdig modell” (2005) s. 4-5.

¹⁴³ Se bla. NOU 2004: 16 ”Vergemål” punkt 16.2.3.11 og 16.2.3.12.

¹⁴⁴ Se UDIs tilsynsrapport fra Dale mottak EM avdeling av 26. oktober 2009 s. 7.

Også myndighetene selv ga i 2007 uttrykk for at vergeordningen "... dessverre ikke fungerer slik den burde, og at de enslige mindreåriges behov derfor ikke blir ivaretatt på en best mulig måte".¹⁴⁵

Barnekomiteen har merket seg forholdene, og anbefalte i 2010 å påskynde utnevnelser av verger til enslige mindreårige og å klarlegge vergens rolle i ny lovgivning i avsluttende merknader til Norges fjerde rapport.¹⁴⁶ Plikten til full gjennomføring etter BK og ØSK taler da for at Norge følger anbefalingene og sørger for økning i vergeoppnevning og nærmere regulering av vergerollen.

Under arbeidet med ny vergemålslov kom nedsatt utvalg til at spørsmålet om enslige mindreårige asylsøkere og representasjon burde særreguleres i egen lov. Det ble følgelig lagt frem et forslag til lov om representasjon for enslige mindreårige asylsøkere.¹⁴⁷ Etter forslaget § 3 bokstav j) og l) skal representanten sikre barnets lovfestede rettigheter i tillegg til ellers å utføre det som følger av foreldreansvaret og bistå barnet i helse spørsmål. Kravet om egnethet i ny vergemålslovs § 5-2 første ledd vil også gjelde i forhold til representanter.

Ansvar for det videre arbeidet med loven ligger hos Justis- og politidepartementet. Etter eget utsagn tok departementet sikte på å fremme et forslag som kunne tre i kraft samtidig med ny vergemålslov.¹⁴⁸ Ny vergemålslov er på nåværende tidspunkt

¹⁴⁵ Se Arbeids- og inkluderingsdepartementet svarbrev til Barneombudets henvendelse om vergeordningen for enslige mindreårige asylsøkere av 19. februar 2007 på Barneombudets hjemmesider (barneombudet.no)

http://www.barneombudet.no/sfiles/1/34/7/file/svar_fra_aid_angaaende_vergeordningen.pdf . Av nyere dato, se omtale i Dagsavisen 9. februar 2009 på <http://www.dagsavisen.no/innenriks/article396742.ece> .

¹⁴⁶Jf. CRC/C/NOR/CO/4 avsnitt 52 (b).

¹⁴⁷ Jf. NOU 2004: 16 kapittel 16.

¹⁴⁸ Mail fra Justis- og politidepartementet av 23. februar 2010 vedr. arbeidet med lov om representasjon for EMA; "Etter endringen av departementsstrukturen høsten 2010 ligger ansvaret for den videre oppfølgingen av arbeidet med lovregulering av retten til representasjon for enslige mindreårig asylsøkere hos Justis- og politidepartementet. Departementet arbeider med å fremme en lovproposisjon, og tar sikte på at lovendringene skal tre i kraft samtidig med ny vergemålslov."

ferdigbehandlet og vil gjelde fra det tidspunkt regjeringen bestemmer.¹⁴⁹ Det må antas at ovennevnte forslag til ny lov om representasjon vil styrke vergetilbudet gjennom klarere arbeidsoppgaver og mer omfattende krav til kompetansen. Forutsetningen er imidlertid at reglementet følges opp i praksis.

4.3.3 Oppsummering

Enslige mindreårige asylsøkere skal som nevnt etter gjeldende rett i stor utstrekning være likestilt med andre barn under det offentliges omsorg når det gjelder formell tilgang til helsetjenester. Utilstrekkelig vergesituasjon både rettslig og faktisk kan imidlertid ha stor innvirkning på den reelle tilgangen til tjenestene. Enkelte forhold kan også tyde på at fordelingen av omsorgsansvaret på barneverns- og utlendingsmyndigheter medfører en ulik adgang til helsetjenester. I den grad barn uten lovlig opphold har behov for ovennevnte rettigheter er deres rettsstilling etter gjeldende rett høyst uklar. Annet enn at denne gruppen trolig har en rett til både verge og omsorgstiltak, er dette ikke nærmere regulert.

Selv om det til forskjell fra formelle rettigheter ikke er aktuelt å tolke disse rettighetene inn i regelverket, må plikten til realisering av konvensjonsrettighetene tilsi forbedring av både rettslige og faktiske mangler ved rett til omsorgstilbud og rett til verge/representasjon.

4.4 Konklusjon

Etter dette må det kunne legges til grunn at enslige mindreåriges rett til tilgang til helsetjenester etter BK og ØSK formelt sett er tilstrekkelig gjennomført i norsk rett. Imidlertid syntes rettigheter til omsorgstilbud og verge/representant å være lite tilfredsstillende både rettslig og rent faktisk. I lys av ressurs situasjonen i Norge kan dette tale for at kravet om tilgjengelige helsetjenester for denne gruppen ikke er tilstrekkelig gjennomført på nåværende tidspunkt.

¹⁴⁹ Fordi implementering er avhengig av visse budsjettmessige prioriteringer er sannsynlig tidspunkt for ikrafttredelse 2012.

Barn uten lovlig oppholds formelle rett til tilgang til helsetjenester må anses uklar etter internt rettskildemateriale. Imidlertid må en tolking i lys av menneskerettsloven og tilgangen til helsetjenester slik denne er forstått av tilsynskomiteene føre til at denne gruppen har formell tilgang på lik linje med befolkningen for øvrig. Manglende klargjøring av denne gruppens rettigheter i regelverk må tilsi at kravet om tilgjengelige helsetjenester trolig ikke er tilstrekkelig gjennomført i norsk rett. Og selv om omsorgs- og vergeordninger stort sett er av liten betydning for en gruppe som naturlig nok holder seg unna offentlige myndigheter, er det av sentral betydning at disse ordningene også omfatter denne gruppen. En tilstrekkelig gjennomføring må også tale for at denne gruppens rett til omsorg klargjøres.

5 Avslutning

Jeg har gjennom behandling av oppgavens spørsmål funnet at Norge trolig ikke overholder sin plikt til gjennomføring av kravet om tilgang til helsetjenester for enslige mindreårige asylsøkere og barn uten lovlig opphold i tilstrekkelig grad. Selv om det er lite trolig at de to tilsynskomiteene vil konstatere brudd på gjennomføringsplikten, vil en uendret tilstand fort bli problematisk i forhold til de enkelte bestemmelsene i konvensjonene.

Videre viser gjennomgangen en omfattende tolkingsprosess for å komme til at gjeldende rett innebærer rettigheter for barn uten lovlig opphold tilsvarende barn ellers i befolkningen. Selv med juridisk kompetanse er det krevende å utrede hvilke rettigheter denne gruppen har. Hensynet til forutberegnelighet og hensynet til denne gruppens rettssikkerhet tilsier følgelig at deres rettsstilling snarlig klargjøres i lov eller forskrift.¹⁵⁰ Barnekomiteen har også i sin praksis påpekt mangel på klarhet i lovverk, og understreket at lover bør ha en barnerettighetstilnærming, i tillegg til å være tilstrekkelig

¹⁵⁰ Jf. i samme retning Søvig, 2009 s. 133-134, som også anbefaler en differensiert regulering der en tar hensyn til faktiske ulikheter mellom ulike kategorier av barn uten lovlig opphold.

klare og presise, offentliggjorte og tilgjengelige for allmennheten.¹⁵¹ Usikkerhet rundt mulighetene til å påberope seg konvensjonsrettighetene for domstolene gjør det desto viktigere å få etablert klare rettigheter i nasjonal rett.¹⁵² Forhåpentligvis fører det nylig startede arbeidet med forskriftsregulering av papirløses helserettigheter til en klargjøring her.

Avslutningsvis må det bemerkes at en stat ikke kan legitimere opprettholdelse av en lite tilfredsstillende rettstilstand under henvisning til at den progressive gjennomføringsforpliktelsen kun innebærer en gradvis realisering i statens eget selvvalgte tempo.¹⁵³ Det er understreket flere ganger i ØSK- og Barnekomiteens praksis at medlemsstatene stadig skal jobbe mot full realisering av konvensjonenes rettigheter. Norge er heller ikke i en situasjon der en kan hevde ressursmangel i møte med kritikk og manglende etterlevelse av BKs krav. Av hensyn til statens menneskerettslige forpliktelser etter BK og ØSK bør disse gruppene mindreårige sikres både formell og reell tilgang til helsetjenester på lik linje med barn ellers i befolkningen gjennom *blant annet* nevnte tiltak som lov- eller forskriftsfestede rettigheter om helsehjelp, primærhelsetilbud, omsorg og representasjon. Hovedmotivasjonen for endringer bør imidlertid være hensynet til disse barnas beste, herunder deres fysiske og psykiske helse.

¹⁵¹ Jf. komiteens avsluttende observasjoner til Libya fra 2000 (CRC/C/15/Add.209) avsnitt 8 (c).

¹⁵² Se bla. Søvig, 2009 s. 96 som også fremhever lovfastsatte, materielle rettigheter som sentralt virkemiddel.

¹⁵³ Dette var bakgrunnen for utarbeidelsen av ”The Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights” (E/C.12/2000/13). For å bedre kunne stille statene ansvarlig for manglende realisering av økonomiske, sosiale og kulturelle menneskerettigheter søker en i dette dokumentet å klargjøre og presisere statenes respekterings-, beskyttelses- og oppfylleelsesforpliktelser og nærmere når det foreligger brudd på disse. Se særlig Guideline 14 og 15 om brudd ved henholdsvis handlinger og unnlatelser.

Litteraturliste

Detrick, 1999 – Sharon Detrick, A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Haag, 1999

Eide og Barth Eide, 2006 – Asbjørn Eide og Wenche Barth Eide, ”Article 24. The right to health” i A. Alen m.fl., A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, 1. utgave, Leiden, 2006

Eide m.fl., 2001 – Asbjørn Eide, Catarina Krause, Allan Rosas (ed.), Economic, Social and Cultural Rights – A Textbook, 2. utgave, Haag, 2001

Hodgkin og Newell, 2007 – Rachel Hodgkin og Peter Newell, Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child, 3. utgave, New York, 2007

Høstmælingen, 2003 – Njål Høstmælingen, Internasjonale menneskerettigheter, 1. utgave, Oslo, 2003

Høstmælingen m.fl., 2008 – Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kristen Sandberg (red.), Barnekonvensjonen – Barns Rettigheter i Norge, 1. utgave, Oslo, 2008

Kjønstad, 2007 – Asbjørn Kjønstad, Helserett, 2. utgave, Oslo, 2007

Kjønstad og Syse, 2008 – Asbjørn Kjønstad og Aslak Syse, Velferdsrett I, 4. utgave, Oslo, 2008

Rishmawi, 2006 – Mervat Rishmawi, ”Article 4. The Nature of States Parties’ Obligations” i A. Alen m.fl., A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, 1. utgave, Leiden, 2006

Søvig, 2009 – Karl Harald Søvig, Barnets rettigheter på barnets premisser – utfordringer i møtet mellom FNs barnekonvensjon og norsk rett, 1. utgave, Bergen, 2009

A