

BARNEVERNRETT

En fremstilling, analyse og vurdering av barnevernsloven 2021

ELISABETH GORDING STANG OG
KIRSTEN SANDBERG (RED.)



BARNEVERNSRETT

Elisabeth Gording Stang og Kirsten Sandberg (red.)

BARNEVERNRETT

*En fremstilling, analyse og vurdering
av barnevernsloven 2021*

UNIVERSITETSFORLAGET

© H. Aschehoug & Co. (W. Nygaard) AS ved Universitetsforlaget 2023

ISBN 978-82-15-06730-8

Materialet i denne publikasjonen er omfattet av åndsverklovens bestemmelser. Uten særskilt avtale med rettighetshaverne er enhver eksemplarfremstilling og tilgjengeliggjøring bare tillatt i den utstrekning det er hjemlet i lov eller tillatt gjennom avtale med Kopinor, interesseorgan for rettighetshavere til åndsverk. Utnyttelse i strid med lov eller avtale kan medføre erstatningsansvar og inndragning og kan straffes med bøter eller fengsel.

Henvendelser om denne utgivelsen kan rettes til:

Universitetsforlaget
Postboks 508 Sentrum
0105 Oslo

www.universitetsforlaget.no

Omslag: Rune Mortensen

Sats: ottaBOK

Trykk: Aksell AS

Innbinding: Bokbinderiet Johnsen AS

Boken er satt med: Adobe Garamond Pro 11/14

Papir: 90 g Amber Graphic 1,25



Forord

Arbeidet med denne antologien har vært et langt, men spennende lerret å bleke. Etter at forslaget til ny barnevernslov – NOU 2016: 16 – ble sendt på høring, startet vi våren 2017 planleggingen av arbeidet med en rettsvitenskapelig antologi om den nye loven.

Formålet var både å dekke et nytt kunnskapsbehov og å benytte anledningen til å gi ut den første felles publikasjonen fra et samlet norsk barnevernsrettsmiljø. Boken inneholder bidrag fra elleve forfattere fra henholdsvis Institutt for offentlig rett, UiO, Institutt for samfunnsfag, OsloMet, Det juridiske fakultet, UiB, Det juridiske fakultet, UiT, Høgskolen i Østfold og Universitetet i Sørøst-Norge. Vi er stolte, glade og takknemlige for å ha kommet i mål etter flere års omfattende arbeid.

Flere store utfordringer underveis kunne ha veltet prosjektet. Lovprosessen tok uvanlig lang tid. Barnevernsloven ble vedtatt 18. juni 2021, hele fem år etter at Barnevernslovutvalget leverte sin utredning, og trådte først i kraft 1. januar 2023. Pandemien pågikk gjennom to av årene prosjektet vårt varte, i den kritiske midtfasen av arbeidet. Men viljen var stor til å gjennomføre, både hos forlaget, hos oss to som fagredaktører og hos alle våre dyktige bidragsytere. Et sterkt felles engasjement for barns rettigheter og for barnevernsjuss holdt oss flytende gjennom to år uten mulighet for fysisk kontakt.

Vi vil rette en stor takk til våre redaktører i Universitetsforlaget, Wenche Bjørnebekk, Kristiane Bjørkøy Fimland Solvin og Ane Gjerde. Takk for all støtte, for utvist entusiasme og kreativitet, og for konstruktive og grundige tilbakemeldinger, samt for god tilrettelegging under hele prosjektet. Stor takk også til Maria Westervoll for koordinering av grundig språkvask og korrektur og hjelp i sluttspurten. Videre vil vi gjerne takke våre ni forfatterkolleger for å ha vist utstrakt tålmodighet, raushet, evne og vilje til samarbeid med oss og med hverandre, og for utholdenhet gjennom disse årene. Vi vil også gjerne takke den fortsatt anonyme fagfellen for gode og konstruktive kommentarer.

Vi ønsker videre å takke OsloMet for støtte til en forfatterworkshop på Lysebu i 2019, og Universitetsforlaget for å ha arrangert den andre workshopen i 2022 med støtte fra Institutt for offentlig rett.

Boken omhandler et rettsområde i endring, både nasjonalt og internasjonalt. Vi håper den vil kunne bidra til den videre utviklingen av kunnskap på dette viktige feltet, og at den kan stimulere til at nye spørsmål reises og undersøkes. Barns rettigheter og medvirkning har vært en rød tråd gjennom arbeidet. Vi håper boken vil bli lest og brukt av mange som studerer og jobber med barnevernsspørsmål.

Oslo, september 2023

Elisabeth Gording Stang

Kirsten Sandberg

Del 1

HOVEDLINJER,
MENNESKERETTIGHETER
OG GRUNNPRINSIPPER

KAPITTEL 1

Barnevernslovgivningens utvikling¹

Kirsten Sandberg

Norge var med vergerådsloven av 1896 det første land i verden som fikk en egen barnevernslov. Tove Stang Dahl (1978) viser hvordan vergerådsloven ble drevet frem gjennom et interessefelleskap mellom kriminalister – fengselsfolk og strafferettsjurister – og skolefolk. Den første gruppen ønsket å unngå barn og unge i fengslene og effektivisere strafferetten, den andre så i loven en mulighet for utskilling av de «sedelig fordervede» barn fra folkeskolen. Hensynet til barna selv var også med i bildet, men ikke så fremtredende. Bortsetting av barn var for øvrig det viktigste tiltaket etter loven.

I 1953 kom etterkrigstidens barnevernslov. Den gjaldt i 40 år, ut 1992. Med denne loven ønsket lovgiveren å fjerne det domstolspreget som hadde heftet ved vergerådene. Barna skulle ikke straffes, men hjelpes. Som følge av behandlingsoptimismen i 1950-årene ble tvangsaspektet ved loven nedtonet, og dermed hensynet til rettsikkerheten. Dessuten ønsket man å flytte hovedvekten av barnevernets arbeid over på det forebyggende, som her betød forebygging av omsorgsovertakelse. Barn skulle først og fremst hjelpes i hjemmet. Vedtak om forebyggende tiltak ble truffet av barnevernsnemnda som var en kommunal nemnd med politisk oppnevnte medlemmer. Bare når det skulle treffes tvangsvedtak, tiltrådte dommeren nemnda. Dermed var dommerens mulighet til å påvirke vedtakene varierende fordi nemndas øvrige medlemmer ofte i sine foregående møter hadde kommet til at det var nødvendig for eksempel å overta omsorgen.

Sosiallovutvalget, som ble oppnevnt i 1980, hadde som mandat å lage en ny, samlet sosiallov. Den skulle avløse de tre lovene om edruskapsvern, barnevern og sosial omsorg. Utvalget la frem sitt forslag som NOU 1985: 18 Lov om sosiale tjenester mv. Kapittel 6 i lovtkastet omhandlet særlige tiltak for barn, og det skulle brukes sammen med de generelle reglene i loven. På grunnlag av sosiallovutvalgets utredning la regjeringen i Ot.prp. nr. 60 (1988–89) frem et utkast til ny samlet lov. Odelstingsproposisjonen ble høsten 1989 trukket tilbake samtidig som ansvaret for barnevernet ble overført fra Sosialdepartementet til departementet med det nye navnet Familie- og forbrukerdepartementet.

1 Første del av fremstillingen bygger på Sandbergs kapittel om barnevern i Andenæs, Molven, Sandberg, Rasmussen og Warberg (2003), *Sosialrett*, Universitetsforlaget.

Senere skiftet departementet navn til Barne- og familiedepartementet, og det ble besluttet å ta barnevernsdelen ut av forslaget til ny sosiallov og legge den frem som egen lov. På denne måten ville departementet «rette et særlig søkelys mot utsatte barn og unges livssituasjon, ved å legge spesiell vekt på at disse barna sikres den hjelpen de trenger, til rett tid»,² og det utarbeidet et høringsnotat som i stor grad bygde på sosiallovutvalgets barnevernskapittel. Dette dannet grunnlaget for departementets lovfor-slag i Ot.prp. nr. 44 (1991–92) Om lov om barnevernstjenester (barnevernloven). I Stortinget ble skillet mellom overtakelse av omsorgen og fratakelse av foreldreansvaret opprettholdt på tvers av departementets forslag.³ Loven ble vedtatt som lov av 17. juli 1992 nr. 100 og trådte i kraft 1. januar 1993.

Barnevernet var i fokus tidlig på 1990-tallet som følge av at det på slutten av 1980-tallet viste seg å ligge flere tusen ubehandlede meldinger på sosialkontorene om barn som var utsatt for forskjellige former for omsorgssvikt og mishandling (de såkalte «mappebarna»). Barneombudet anmeldte barnevernet i tre kommuner til politiet for tjenesteforsømmelse, og barnevernets problemer fikk mye oppmerksomhet i media. I begynnelsen av 1990-årene ble det satt inn betydelige midler for å avhjelpe krisen i barnevernet, og det ble laget et nasjonalt utviklingsprogram for barnevernet for årene 1991–93. For å unngå at saker ble liggende ubehandlet hos barnevernstjenesten, ble det i loven av 1992 tatt inn frister for behandling av melding og undersøkelse (§§ 4-2 og 4-3).

Tidlig på 2000-tallet var barnevernet gjenstand for en omfattende evaluering av Befring-utvalget, se NOU 2002: 12 Barnevernet i Norge. Utvalget pekte på positive og negative sider ved barnevernet og kom med en rekke forslag. I St.meld. nr. 40 (2001–2002) fulgte departementet opp Befring-utvalgets innstilling og la opp til endringer i tråd med innstillingen på noen punkter, ikke på andre.

Som nevnt ble *tvangsaspektet* nedtonet i barnevernloven av 1953. I forarbeidene til loven av 1992 var det en større erkjennelse av at en del vedtak innebar bruk av tvang overfor foreldrene (og eventuelt barnet). Dette ga seg først og fremst utslag i at tvangssakene ikke lenger skulle avgjøres på kommunalt plan, men av en statlig fylkesnemnd. Et argument for denne endringen var at avgjørelsene skulle fjernes fra lokalmiljøet hvor personlig kjennskap kunne spille inn. I fylkesnemnda ble dessuten juridisk og faglig innsikt og legmannsskjønn kombinert, og nemnda ville få langt mer erfaring med å treffe denne typen avgjørelser enn tilfellet var i mange kommuner. Ikke minst skulle behandlingen i fylkesnemnda ligne behandlingen i domstolene. Alt i alt ble rettssikkerheten bedre ivaretatt ved denne ordningen. På den annen side har et av ankepunktene mot fylkesnemndsordningen vært at den tungroddede og ressurskrevende behandlingen kunne føre til at barnevernet unnlot å fremme saker som de ikke var temmelig sikre på å få medhold i. Dette kunne bety at noen barn ikke fikk den hjelpen de trengte.

2 Ot.prp. nr. 44 (1991–92) s. 10.

3 Innst. O. nr. 80 (1991–92).

Etter en evaluering av fylkesnemndenes arbeid ble antall medlemmer ved ordinær behandling av en sak i fylkesnemnda i 2006 redusert for å redusere ressursbruken.⁴ Nå skulle nemnda som hovedregel bestå av jurist som leder, ett fagkyndig medlem og ett legmedlem. Man så det slik at reduksjonen ikke ville gå ut over rettssikkerheten. Nemnda kunne fortsatt settes med to fagkyndige og to legmedlemmer i spesielt vanskelige saker. Denne ordningen er opprettholdt for barneverns- og helsenemnda i loven av 2021 § 14-3.

Loven av 1992 la stor vekt på *familiebaserte løsninger* gjennom en oppmykning av vilkårene for å sette inn hjelpetiltak (§ 4-4). Ved å gjøre det lettere å sette inn hjelp i hjemmet og dermed komme inn tidligere ønsket lovgiveren å forhindre at situasjonen ble så ille at omsorgen måtte overtas. Dermed utviklet det såkalte «velferdsbarnevernet» seg. Samtidig viste det seg etter hvert at det store antall hjelpetiltak i liten grad bidro til å forebygge omsorgsovertakelse. Det ble fremhevet at barnet kunne være mer skadet når det først ble tatt under omsorg fordi forsøk med hjelpetiltak hadde vart for lenge eller vært for dårlige. Derfor ble det i 2009 innført en plikt til regelmessig å evaluere tiltaksplanen for hjelpetiltak.⁵ I 2013 ble opplistingen av eksempler på frivillige hjelpetiltak i § 4-4 annet ledd fjernet.⁶ Etter departementets syn kunne de hjelpetiltakene som var nevnt i loven, virke begrensende på barnevernstjenestens valg av tiltak. Det var meningen at barnevernstjenesten skulle velge blant et bredt spekter av kompenserende og strukturendrende tiltak med større oppmerksomhet mot formålet med dem, som skulle være å bidra til positiv endring hos barnet eller i familien. Dette formålet ble tatt inn i loven.⁷

Ved samme lovendring ble det i ny § 1-4 lovfestet at barnevernets tjenester og tiltak skulle være *forsvarlige*. Det var regnet som gjeldende rett også før dette.

Barn er gjennom de siste tiårene i stigende grad blitt sett på som *selvstendige individer med egne rettigheter*. Dette gjelder også internasjonalt, særlig etter at FN i 1989 etter ti års arbeid vedtok konvensjonen om barnets rettigheter (FNs barnekonvensjon, 20.11.1989). Den ble ratifisert av Norge 8. januar 1991.

Lovgiveren har i flere omganger styrket barns rettigheter i barnevernsloven. Ved inkorporeringen av barnekonvensjonen i menneskerettsloven i 2003 ble barnevernsloven § 6-3 endret ved at aldersgrensen for barns ubetingede rett til å uttale seg ble senket fra tolv til syv år, og bestemmelsen ble ellers tilpasset barnekonvensjonen

4 Lov 1. desember 2005 om endringer i barnevernloven, se Ot.prp. nr. 76 (2005–2006) Om lov om endringer i barnevernloven og sosialtjenesteloven mv. (saksbehandlingsregler for fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker mv.), kap. 9, spesialmerknaene til § 7-5.

5 Bvl. § 4-5, endret ved lov 19. juni 2009 nr. 45, se Ot.prp. nr. 69 (2008–2009) Om lov om endringer i barnevernloven, pkt. 2.2, med henvisning til bl.a. Elisabeth G. Stangs doktoravhandling (2007), *Det er barnets sak. Barnets rettsstilling i sak om hjelpetiltak etter barnevernloven § 4-4*, Universitetsforlaget.

6 Ved endringslov 21. juni 2013, se Prop. 106 L (2012–2013) Endringer i barnevernloven.

7 Bvl. § 4-4 nytt annet punktum i første ledd, se Prop. 106 L (2012–2013) pkt. 20.2, 20.4 og spesialmerknaene til § 4-4.

art. 12.⁸ Samtidig ble § 4-15 om valg av plasseringssted etter omsorgsovertakelse endret for å være i tråd med BK art. 20. Ved endringen ble det tatt inn at det skulle tas hensyn til at det er ønskelig med kontinuitet i barnets oppdragelse og til barnets etniske, religiøse, kulturelle og språklige bakgrunn. En endring i 2009 var rettet mot å forbedre praksis i barnevernet for i større grad å ivareta barnets beste.⁹ Dette ble gjort ved å innføre en plikt til å evaluere hjelpetiltak, strengere kriterier for tilbakeføring og å legge til rette for økt bruk av adopsjon gjennom justering av praksis.¹⁰ I 2013 fikk barn en generell rett til medvirkning i alle forhold som vedrørte det etter denne loven, og mulighet til å ha med en tillitsperson, se den gang § 4-1 annet ledd. Flere viktige endringer ble gjort i 2018.¹¹ Da fikk barn en lovfestet rett til nødvendige barnevernstiltak, se § 1-5, og retten til medvirkning ble utdypet og flyttet til § 1-6. Lovens formålsparagraf § 1-1 fikk en setning om at loven skulle bidra til at barn og unge ble møtt med trygghet, kjærlighet og forståelse.

Organiseringen av barnevernet, og særlig forholdet mellom de ulike forvaltningsnivåene, har vært et tilbakevendende tema. Tradisjonelt har fylkeskommunen hatt ansvar for etablering og drift av barnevernsinstitusjoner og for rekruttering og formidling av fosterhjem, og dette ble videreført i loven av 1992.¹² I 2003 ble dette ansvaret overført til staten, mens kommunenes ansvar og oppgaver ble videreført. Kommunen skulle fortsatt være den viktigste aktøren i barnevernet. Etter endringen omfattet statens oppgaver også generell opplæring og veiledning av fosterforeldre. Meningen var at en mer helhetlig styring av barnevernets annenlinjetjeneste fra statens side skulle gi kommunene større trygghet for at de ville få den bistanden de hadde krav på fra statlige myndigheter ved plassering av barn utenfor hjemmet.¹³ De statlige barnevernsmyndighetene ble delt inn i et sentralt, et regionalt og et lokalt nivå. Sentral etatsledelse ble lagt til Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet (Bufdir), med Barne-, ungdoms- og familieetatens (Bufetats) fem regioner på regionalt nivå og statlige institusjoner på lokalt nivå.

Etter at denne forvaltningsreformen ble evaluert 2010–2012, kom departementet til at hovedlinjene skulle videreføres, samtidig som kommunene ble gitt en mer sentral rolle gjennom økt finansieringsansvar for institusjonsplasser og presiseringer av deres faglige autonomi. Noen statlige støtteoppgaver for kommunene ble avvirket, som utredningstjenester, faglig rådgivning og veiledning i enkeltsaker. Bufdir fikk ansvar for generell faglig utvikling på barnevernsområdet.¹⁴

8 Lov 1. august 2003.

9 Ot.prp. nr. 69 (2008–2009) Om lov om endringer i barnevernloven, pkt. 1.1.

10 L.c.

11 Se Prop. 169 L (2016–2017) Endringer i barnevernloven mv. (bedre rettssikkerhet for barn og foreldre).

12 Ot.prp. nr. 44 (1991–1992), pkt. 2.3.

13 Ot.prp. nr. 9 (2002–2003), pkt. 6.3.2.

14 Prop. 106 L (2012–2013) Endringer i barnevernloven, kap. 1.

Likevel viste det seg at ansvarsdelingen fortsatt var utfordrende, at enkelte beslutninger ble tatt langt fra brukerne, og at uklare ansvarsforhold kunne føre til uforutsigbarhet i tilbudet og samhandlingsutfordringer. Organiseringen ble derfor igjen forandret ved den såkalte barnevernsreformen med virkning fra 1. januar 2022. Den flyttet mer ansvar til kommunene på barnevernsområdet for å styrke arbeidet med forebygging og tidlig innsats.¹⁵

Ved denne barnevernsreformen, som har vært utviklet parallelt med den nye barnevernsloven, ble det også innført et kompetansekrav for ansatte i barnevernstjenesten. Etter barnevernsloven 1992 § 2-1 a kreves det at de som skal jobbe med enkeltsaker i barnevernet, har barnevernsfaglig mastergrad eller annen relevant utdanning på tilsvarende nivå. Kravet må være oppfylt innen utgangen av 2030. Det er videreført i ny lov § 15-6.

15 <https://www.bufdir.no/fagstotte/barnevern-oppvekst/barnevernsreformen/>, se Prop. 73 L (2016–2017) Endringer i barnevernsloven (barnevernsreform), pkt. 1.1.

KAPITTEL 2

Grunnprinsipper i barnevernet

Elisabeth Gording Stang

2.1 Hva er rettsprinsipper?

Lovgivning reflekterer grunnleggende normer og verdier i et samfunn og er ett av flere virkemidler lovgiver kan bruke for å uttrykke og synliggjøre dem slik at de etterleves i størst mulig grad. Slike grunnleggende normer og verdier vil i noen tilfeller være så sentrale for at samfunnet skal fungere, eller for ivaretagelsen av enkeltmenneskers verdighet og livskvalitet, at de manifesterer seg som *rettsprinsipper*.

Men hva er et prinsipp? Et prinsipp har ingen klar og avgrenset definisjon. En naturlig språklig forståelse av begrepet vil være at det omfatter normer og verdier som det er så stor oppslutning om i et samfunn eller en kultur at de fleste vil søke å følge disse normene og verdiene. Et rettsprinsipp uttrykker overordnede rettslige normer som i praksis oppfattes som bindende; som kan sies å 'ligge over' resten av rettsystemet, og som lovgivning og rettsanvendelse henter sin legitimitet fra; eller «normer med en høy grad av generalitet».¹⁶ Et eksempel er når formell lov ikke bare må samsvare med Grunnlovens bokstav for å anses gyldig, men også med dens *ånd og prinsipper*.

Rettsprinsipper anses som rettslig bindende normer selv om de ikke er nedfelt i lov, og utvikles gjerne gjennom høyesterettspraksis. Et rettsprinsipp behøver altså ikke komme skriftlig til uttrykk, men kan være like gyldig som *ulovfestet rett*. Rettsutviklingen har gått i retning av stadig større grad av lovfesting – *kodifisering* – av rettsprinsipper. Eksempler er lovfestingen av prinsippene om forsvarlighet i offentlige tjenester, om partsinnsyn og kontradiksjon, det minste inngreps prinsipp og prinsippet om barnets beste. Legalitetsprinsippet er et av de prinsippene som i liten grad har vært lovfestet. Det kommer til uttrykk i Grl. § 96 (på strafferettens område), og etter grunnlovsrevisjonen i 2014 kom det inn som alminnelig forvaltningsrettslig prinsipp

16 Graver, Hans Petter, I prinsippet prinsipiell – om rettsprinsipper, i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, nr. 2/3 2006, s. 194. Graver foretar i denne artikkelen en grundig analyse av rettsprinsippers karakter. Se også for eksempel Eckhoff, T. og Smith, E., *Forvaltningsrett*, 12. utg., Universitetsforlaget 2022, kap. 2, avsn. II, Graver, H.P. 2019, *Alminnelig forvaltningsrett*, 5. utg., Universitetsforlaget, kap. 4, Eckhoff, T. ved Helgesen, J. 2001, *Rettskildelære*, Universitetsforlaget, del 1, kap. III (her omtales prinsippene som *rettskildelæringsprinsipper*), Sundby, N.K. og Eckhoff, T. 1991, *Rettsystemer*, 2. utg., Tano.

i Grl. § 113. Legalitetsprinsippet følger også av Den europeiske menneskerettskonvensjon av 1950 (EMK) artikkel 8 (2).

Rettsprinsipper komme til uttrykk på ulike nivåer i lovgivningen; ofte i lovens formålsbestemmelse eller innledende kapittel, i lovforarbeider som en del av bakgrunnen for lovgivers intensjon med loven, eller gjennom måten en lov er bygget opp på. For eksempel er oppbyggingen av barnevernslovens trinnvise tiltaksapparat en illustrasjon av det minste inngreps prinsipp.

Selv om prinsippene som utgangspunkt anses rettslig forpliktende, vil de være det i varierende grad avhengig av hvordan de er blitt til, og hvilke verdier de uttrykker. Legalitetsprinsippet anses for eksempel å ha grunnlovs rang og kan dermed ikke settes til side gjennom alminnelig formell lov, mens det biologiske prinsipp i barnevernet ikke har en slik status og kan vike for hensynet til barnets beste ved motstrid.

Rettsprinsipper representerer en etisk og juridisk målestokk for utformingen av nye rettsregler, de fungerer som sentrale tolkningsmomenter når lovbestemmelser skal tolkes og innholdet i gjeldende rett fastslås, og de er retningsgivende for praksis.

Nedenfor følger en kort gjennomgang av de prinsippene som gjelder for barnevernets virksomhet, med unntak av hensynet til barnets beste og barns rett til medvirkning som av pedagogiske årsaker er behandlet i bokens kapittel 4.¹⁷ Noen av de barnevernsrettslige prinsippene er alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper (legalitetsprinsippet, det minste inngreps prinsipp og prinsippet om forsvarlig saksbehandling), mens andre er spesifikt barnerettslige prinsipper (barnets beste, det biologiske prinsipp, prinsippet om barns medvirkning). FNs barnekonvensjon opererer med fire generelle prinsipper: retten til ikke-diskriminering (BK artikkel 2), barnets beste (art. 3 (1)), retten til liv, overlevelse og utvikling (art. 6) og retten til deltakelse (art. 12). Av disse fire er to sammenfallende med barnevernets grunnprinsipper

17 Særlig prinsippet om barnets beste er omfattende behandlet i juridisk litteratur, se for eksempel Haugli, Trude, *Samværsrett i barnevernssaker*, Universitetsforlaget, 2. utg., 2000; Haugli, Trude, *Det mangfoldige barnets beste*, i *Festskrift til Peter Lødrup. Bonus pater familias*, Gyldendal Akademisk, 2002; Sandberg, Kirsten, *Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse*, Gyldendal Akademisk, 2003; Stang, E.G., *Det er barnets sak. Barns rettsstilling i sak om hjelpetiltak etter barnevernloven § 4-4*, Universitetsforlaget, 2007; Oppedal, Mons, *Akutthjemlene i barnevernloven*, Gyldendal Akademisk, 2008; Søvig, Karl Harald, *Barns rettigheter på barns premisser – utfordringer i møtet mellom FNs barnekonvensjon og norsk rett*, Det juridiske fakultets skriftserie 115, Universitetet i Bergen, 2009; Bendiksen, Lena, *Barn i langvarige fosterhjemsplasseringer*, Fagbokforlaget, 2009; Sigurdson, Randi, *Tvangsplassering av barn med utfordrende atferd*, Fagbokforlaget, 2015; Stang, Elisabeth Gording, *Grunnloven § 104 – en styrking av barns rettsvern?*, i Andersland, Geir Kjell (red.), *De Castbergske barnelover 1915–2015*, Cappelen Damm Akademisk, 2015; Bårdsen, Arnfinn, *Norges Høyesterett og «barnets beste» som konvensjonsforpliktelse og grunnlovsnorm*, i *Festskrift til Tore Schei. Rettsavklaring og rettsutvikling*, Universitetsforlaget, 2016; Sandberg, Kirsten, *Barnets beste som rettighet*, i Ik Dahl, Ingunn mfl. (red.), *Rettingheter i velferdsstaten*, Oslo: Gyldendal, 2016; Jerkø, Markus, *Skal ikke «barnets beste» leses bokstavelig? En kritikk av HR-2017-2015-A «Jakob-saken»*, i *Lov og Rett* nr. 2/2018; Haugli, Trude, *Hensynet til barnets beste*, i Kjørholt, Elin Saga mfl. (red.), *Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge*, 4. utg., Universitetsforlaget, 2020.

(barnets beste og barnets rett til deltakelse). Retten til ikke-diskriminering og retten til liv, overlevelse og utvikling kan sies å ligge implisitt i hensynet til barnets beste.¹⁸

2.2 Legalitetsprinsippet

Legalitetsprinsippet er et av våre eldste rettsprinsipper og innebærer at inngrep i den private rettsfære må ha lovhjemmel eller et annet gyldig rettsgrunnlag. Annet gyldig rettsgrunnlag enn formell lov kan være sedvanerett eller hjemmel i en lavere rettskilde, som forskrift. Ikke bare enkeltpersoner, men også foretak er beskyttet av legalitetsprinsippet som *juridiske personer*. Prinsippet skal beskytte mot myndighetsmisbruk; ulovlige, utilbørlige og vilkårlige inngrep fra myndighetenes side. Det mest inngripende maktmiddelet myndighetene rår over, er straff. Etter GrL § 96 kan ingen domfelles uten hjemmel i lov eller utsettes for myndighetenes inngrep, jf. GrL § 113. Disse bestemmelsene uttrykker grunnleggende rettsstatlige prinsipper.

Legalitetsprinsippet anses som et relativt prinsipp. Det vil si at jo mer inngripende et vedtak, en beslutning eller en faktisk handling utført av en offentlig myndighet er, og jo sterkere private interesser som står på spill, desto strengere krav stilles det til lovhjemmelens klarhet. Myndighetsutøvelse som befinner seg i legalitetsprinsippets kjerneområde, trenger derfor et særlig eksplisitt hjemmelsgrunnlag.¹⁹ Dette medfører som en hovedregel at lovhjemler på for eksempel strafferettens område ikke kan tolkes utvidende eller analogisk. Det vil si at de aktuelle lovbestemmelsene som hjemler tvangsvedtak, ikke kan anvendes i andre tilfeller enn dem de eksplisitt regulerer. I tillegg til straff anses tvangsvedtak etter barnevernsloven og lov om psykisk helsevern å befinne seg i legalitetsprinsippets kjerneområde, og hjemlene for tvangsvedtak kan derfor som et utgangspunkt ikke tolkes utvidende.

Når det gjelder barnevern, er imidlertid situasjonen en litt annen enn når det gjelder straff og psykisk helsevern. Det som skiller situasjonen i barnevernssaker fra de to andre rettsområdene, er at man i barnevernssaker har en annen partskonstellasjon. I straffesaker og saker om psykisk helsevern står borgeren – eller *den lille mann* – i større grad alene mot offentlig myndighet med et tilsvarende behov for et særlig vern mot vilkårlige og urimelige inngrep. I barnevernssaker vil det derimot oftere kunne være interessekonflikt mellom de private partene – barnet og foreldrene – og barnevernstjenesten eller barneverns- og helsenemnda skal presumptivt ivareta barnets interesser og behov. Barnevernssaker kjennetegnes derfor av et *trepartsforhold* og ikke et topartsforhold. Dette kommer på spissen i situasjoner der det er tale om tvangsvedtak som for eksempel omsorgsovertakelse. Dette er et tiltak som barnet har en rett til

18 Høstmølingen, N. mfl. 2020 (red.), *Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge*, 4. utg., Universitetsforlaget.

19 Eckhoff, T. og Smith, E. 2022, *Forvaltningsrett*, 12. utg., Universitetsforlaget, kap. 23.

dersom vilkårene for tvangsvedtak er oppfylt. Barnet vil altså i enkelte situasjoner ha en rett til at det treffes tvangsvedtak mot foreldrene. Dette kan være et argument for at legalitetsprinsippets «totalforbud» mot utvidende tolkninger av inngrepsbestemmelser ikke bør praktiseres helt rigid der hensynet til barnets beste gjør et slikt vedtak nødvendig. Lucy Smith (1980) argumenterte på denne bakgrunn for en utvidende tolkning av barnevernslovens (av 1953) inngrepsbestemmelser:

«Hvis man av hensyn til foreldrene er svært tilbakeholdne med slike inngrep [omsorgsovertakelse] og setter inn utstrakte rettssikkerhetsgarantier for foreldrene, vil dette kunne gå ut over barnets interesser. [Jeg har] vanskelig for å akseptere at ... barnevernloven ikke under noen omstendighet skal kunne tolkes utvidende. (...) Et riktigere tolkningsprinsipp må være [å legge] det tolkningsalternativ til grunn som best ivaretar barnets interesser ...»²⁰

Dette ble også gjort av Høyesterett når det gjaldt loven av 1953. Bestemmelsen i bvl. 1953 § 48 andre ledd ga uttrykk for at omsorgsvedtaket skulle oppheves når det ikke lenger var «tilstrekkelig grunn» for omsorgsovertakelsen. Den ble tolket slik at omsorgen likevel ikke skulle tilbakeføres hvis det kunne påføre barnet skadevirkninger av betydning sett på lengre sikt. Hensynet til barnet ble altså innfortolket som en hindring for at foreldrene kunne få barnet tilbake, til tross for ordlyden.²¹

2.3 Det minste inngreps prinsipp

Prinsippet om det minste inngrep er et grunnleggende prinsipp for alt sosialt arbeid.²² De vedtak som fattes, og de tiltak som iverksettes, skal stå i et rimelig forhold til behovet og de mål som kan oppnås. Prinsippet var tidligere ulovfestet, men følger nå av Grunnloven og menneskerettighetskonvensjonene, se Grl. § 102, jf. EMK art. 8 (2) om kravet til proporsjonalitet: Et inngrep i privat- og familielivet må ha hjemmel i lov (jf. legalitetsprinsippet), ha et legitimt formål og være nødvendig for å nå dette formålet. I dette ligger at tiltaket også må være egnet til å nå formålet. Barnekonvensjonen artikkel 9 stadfester et tilsvarende nødvendighetskrav for inngrep som EMK

20 Smith, Lucy, *Foreldremyndighet og barnerett*. Universitetsforlaget 1980, s. 291–292. Se også Sandberg, Kirsten, *Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse*, Gyldendal Akademisk 2003, og Stang, Elisabeth Gording, *Det er barnets sak*, Universitetsforlaget 2007, kap. 3.

21 Sandberg, Kirsten, *Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse*, Gyldendal Akademisk, 2003. Nærmere om legalitetsprinsippet i norsk rett, se Skjærdal, N.V. 1998, *Kvalitative hjemmelskrav. Legalitetsprinsippet i norsk rett og lovskravet i Den Europeiske Menneskerettskonvensjon med enkelte komparative linjer*. Tano Aschehoug.

22 Kjønstad, A. mfl., *Velferdsrett I. Grunnleggende rettigheter, rettssikkerhet og tvang*, 7. utg., Gyldendal 2022, kap. 1.

art. 8 (2). BK artikkel 9 (1) siste setning presiserer at en atskillelse av foreldre og barn kan være nødvendig for å ivareta barnets beste i særskilte tilfeller, for eksempel ved mishandling eller vanskjøtsel av barnet.

Verken barnevernsloven av 1953 eller loven av 1992 inneholdt en bestemmelse som statuerte det minste inngreps prinsipp generelt for hele barnevernets virksomhet. I 1992-loven kom prinsippet til uttrykk i § 3-4 andre ledd om at undersøkelsen ikke måtte gjøres mer omfattende enn formålet tilsa, at frivillig plassering utenfor hjemmet bare kunne skje dersom barnets behov ikke kunne løses ved hjelpetiltak i hjemmet, samt i § 4-12 andre ledd om at omsorgsovertakelse ikke kunne vedtas dersom det var mulig å skape tilfredsstillende forhold for barnet ved hjelpetiltak. Barnevernsloven av 2021 har fått en egen bestemmelse i § 1-5 andre ledd om at barnevernets tiltak ikke skal være mer inngripende enn nødvendig. Ifølge forarbeidene har bestemmelsen betydning for enkeltsaker ved at det minste inngrep er et vilkår for tvangsvedtak, og på systemnivå når det gjelder det forebyggende arbeidet.²³ I tillegg kommer det minste inngreps prinsipp til uttrykk i enkeltbestemmelser på samme måte som etter loven av 1992: ved undersøkelser etter § 2-2 tredje ledd, ved frivillig plassering utenfor hjemmet etter § 3-2 og ved omsorgsovertakelse etter § 5-1 første ledd første punktum. Også barnevernslovens struktur bygger opp om dette prinsippet ved å behandle de minst inngripende tiltakene først og deretter de mer inngripende, jf. lovens kapitler 2–6 om undersøkelse og tiltak.

EMDs praksis etter EMK artikkel 8 (2) har medført at hensynet til barnets beste også i norsk praksis integreres i forholdsmessighetsvurderingen, i stedet for å utgjøre en mer selvstendig, fri vurdering i spørsmålet om hvorvidt det bør treffes et vedtak eller ikke når vilkårene for øvrig er oppfylt. Ifølge forarbeidene til barnevernsloven følger det av det minste inngreps prinsipp i § 1-5 samt EMK artikkel 8 (2) at det skal foretas en interesseavveining mellom hensynet til barnet og hensynet til foreldrene når interessene er motstridende.²⁴ Denne avveiningen skal foretas som ledd i vurderingen av om tiltaket er nødvendig og forholdsmessig etter EMK art. 8 (2). Videre understreker departementet at hensynet til barnets beste skal gå foran hensynet til foreldrene «når barnevernstjenesten eller nemnda etter en konkret og grundig vurdering konkluderer med at vilkårene for tiltaket er oppfylt og tiltaket etter en samlet vurdering er nødvendig for å ivareta barnets beste».²⁵

Det minste inngreps prinsipp kan sies å bygge på en forutsetning om at barn og foreldre har en felles interesse i å bli beskyttet mot tvangstiltak, slik at det minste inngreps prinsipp skjermer familien som en enhet, og at dette også er i barnets interesse. Det er imidlertid ikke alltid tilfelle. I noen situasjoner vil det være motsatt: Et mer inngripende tiltak overfor foreldrene vil ivareta barnets behov for hjelp og beskyttelse

23 Prop. 133 L (2020–2021) s. 543–544.

24 Prop. 133 L avsn. 16.1.4.8.

25 Prop. 133 L s. 542.

bedre enn et mindre inngripende tiltak. Det gjelder for eksempel i akutsituasjoner der barnet utsettes for alvorlig vold eller seksuelle overgrep, eller der barnet er overlatt til seg selv uten omsorgspersoner (se kapittel 17). I slike situasjoner kan man spørre om det minste inngreps prinsipp sett fra *barnets* ståsted heller vil tale for et tvangstiltak fremfor et frivillig tiltak.²⁶ I spørsmålet om tilbakeføring kan fortsatt omsorgsovertakelse på samme måte være det minste inngrepet sett fra barnets side, selv om det oppleves motsatt av foreldrene. Dette er en konsekvens av *trepartsforholdet* i barnevernssaker (jf. over om legalitetsprinsippet) og gjenspeiles også i loven § 1-6 om at barn har rett til nødvendige barnevernstiltak, også der et slikt tiltak innebærer bruk av tvang overfor foreldrene.

2.4 Det biologiske prinsipp

Barnevernsloven bygger på det utgangspunktet at det beste for barn i alminnelighet er å vokse opp med sine biologiske foreldre, og at dette har en egenverdi. I dette ligger at selv om det kan være svakheter eller mangler ved barnets hjemmesituasjon, vil det likevel i mange tilfeller kunne være bedre for barnet å bli boende hos foreldrene, eventuelt hos en av dem dersom foreldrene bor hver for seg, enn å skulle flytte til nye omsorgspersoner.²⁷ Vår samfunnsstruktur bygger på familiene som grunnenheter, og foreldre har en rett til å ha sine barn hos seg så fremt de utøver foreldreansvaret og omsorgen for barnet på en forsvarlig måte og i tråd med forpliktelsene som følger av foreldreansvaret etter barneloven § 30. Videre ligger det i det biologiske prinsipp at kontakt og samvær skal opprettholdes i størst mulig grad også der barnet ikke kan bo og vokse opp med sine foreldre, så fremt dette ikke går på bekostning av hensynet til barnets behov for omsorg og beskyttelse. Bvl. § 7-1 og barnekonvensjonen artikkel 9 (3) er konkrete uttrykk for dette.

Det biologiske prinsipp er nært knyttet til det minste inngreps prinsipp. Ofte vil disse to prinsippene være sammenfallende; det minst inngripende tiltaket vil som regel være det som ivaretar de biologiske båndene best. Når barns og foreldres interesser i å bli beskyttet mot inngripende tiltak er sammenfallende, vil disse to prinsippene ivareta familiens interesser samlet. Det er når barnets og foreldrenes interesser er motstridende at det biologiske prinsipp må vike for hensynet til barnets behov for omsorg og beskyttelse. Hensynet til barnets beste er slik sett overordnet det biologiske prinsipp. Det har derfor vært diskutert om det er riktig å kalle det biologiske hensynet et

26 Slik Stang, E.G. (2007) s. 38.

27 NOU 1985: 18 s. 157, NOU 2000: 12 avsn. 5.5, NOU 2016: 16 s. 47, Prop. 133 L (2020–2021) s. 543–44.

prinsipp, eller om det er mer naturlig å omtale det som det biologiske *argument*.²⁸ Det biologiske prinsipp har vært mye diskutert og også kritisert. I NOU 2012: 5 foreslo Raundalen-utvalget å redusere vekten av det biologiske prinsipp og å innføre et nytt prinsipp; et *utviklingsstøttende tilknytningsprinsipp* som skulle gis forrang for det biologiske prinsipp.²⁹ Forslaget om å innføre et nytt prinsipp fikk ikke gjennomslag. En hovedgrunn til dette var at det ikke var behov for et slikt prinsipp fordi hensynet til tilknytning var omfattet av prinsippet om barnets beste.³⁰ Grunntanken til Raundalen-utvalget kan likevel sies å ha fått stor betydning i praksis.

Det biologiske prinsipp kommer til uttrykk både direkte og indirekte i flere av lovens bestemmelser. Noen av disse reflekterer også det minste inngreps prinsipp, se §§ 1-5, 1-8, 1-9, 5-7 første ledd, 5-11, 7-1 første ledd, 7-2, 7-5 og hele kapittel 8 samt § 9-4. Bvl. § 1-3 andre setning presiserer at alle tiltak etter loven skal være til barnets beste. Det vil derfor være i strid med barnevernsloven å vedta et tiltak som foreldrene ønsker, men som strider mot hensynet til barnets beste. Det vil også være i strid med loven å unnlate å treffe vedtak om tiltak som må anses nødvendig for å ivareta barnets omsorgsbehov på en forsvarlig måte, selv om foreldrene setter seg sterkt imot det, jf. bvl. § 1-6 om barnets rett til nødvendige tiltak. Imidlertid er det ikke alltid helt klart hva som vil være til barnets beste i en konkret situasjon. Man kan derfor si at prinsippet om barnets beste er relativt: Jo mer tvilsomt det er hva som vil være til barnets beste, desto mer vekt kan det legges på andre hensyn i tillegg til barnets beste, og desto mer vil en avgjørelse få preg av en reell avveining mellom barnets beste og for eksempel hensynet til foreldrene, herunder betydningen av biologiske bånd.

EMD legger stor vekt på barns og foreldres biologiske tilhørighet til hverandre og stiller høye krav til barnevernets innsats for å ivareta familiebandene, også i situasjoner der foreldrene ikke kan ha omsorgen for barnet. Dette kommer klart til uttrykk i EMDs rettssetning om *gjenforeningsmålet*; at nasjonale myndigheter aktivt må legge til rette for at barnet kan tilbakeføres til foreldrene etter en omsorgsovertakelse.³¹

Parallelt med rettsutviklingen i EMD der gjenforeningsmålsettingen er styrket, har EMD også utviklet en lære om at foreldre likevel ikke kan kreve beskyttet et familieliv som kan skade barnets helse og utvikling.³² Høyesteretts storkammeravgjørelser fra

28 Slik Sandberg, K. (2003), *Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse*, Gyldendal Akademisk, avsnitt 3.3.

29 NOU 2012: 5 s. 15.

30 Prop. 106 L (2012–13) s. 82–83.

31 Se kapittel 5. Se også rapport fra Nasjonal institusjon for menneskerettigheter (NIM) 2020, *Hvorfor dømmes Norge? En statusrapport om barnevernsfeltet*. Hvorfor dømmes Norge i EMD? – Norges institusjon for menneskerettigheter (nhri.no).

32 *Adele Johansen mot Norge 1996*. Prinsippet er fastslått i en rekke senere avgjørelser på barnevernsfeltet. Se også Stang, E.G., The Child's Right to Protection of Private life and Family life, i Mahmoudi, S. mfl. 2016, *Child-friendly Justice. A Quarter of a Century of the UN Convention on the Rights of the Child*, Brill/Nijhoff 2016.

27. mars 2020 presiserer dette flere steder.³³ Hva som må til her, beror på en konkret vurdering av om tiltaket er nødvendig og egnet etter EMK artikkel 8 (2), herunder hensynet til barnets beste.

Også barnekonvensjonen vektlegger hensynet til de biologiske båndene mellom barn og foreldre som et viktig hensyn, men ikke et hensyn som kan sette hensynet til barnets beste til side. Betydningen av familiebandene fremgår av konvensjonens fortale og artiklene 3 (2), 5, 7 (1), 8 (1), 9, 10, 16, 18 og 22 (2).

De norske barnevernssakene som har vært til behandling i EMD de senere årene, er egnet til å stille spørsmål ved om hensynet til familieband bør styrkes fremover i norsk rett og praksis. Det bør i hvert fall tydeliggjøres som et mer sentralt og synlig moment i den konkrete vurderingen av barnets beste. Høyesterett gir i den ene stor-kammeravgjørelsen fra 2020 uttrykk for dette slik: «I norske avgjørelser ligger hensynet til familieband en del ganger mer som en underforstått og delvis ikke uttalt forutsetning, mens hensynet til barnets beste trer tydeligst frem, selv om Høyesterett i sine avgjørelser som nevnt har understreket betydningen av de familiemessige bånd.»³⁴ Et annet element ved det biologiske prinsipp som har vært diskutert i kjølvannet av EMD-sakene, er i hvilken grad det fremover vil være adgang til å ta utgangspunkt i at en omsorgsovertakelse skal være varig. Høyesterett uttaler at det ikke kan være noe til hinder for at barnevernet tidlig i prosessen tar som utgangspunkt at en plassering vil være varig, med virkning for hvor barnet plasseres, men understreker at «omfanget av samvær må uansett baseres på at barn og biologiske foreldre skal gjenforenes. Dette gjelder helt frem til en grundig og konkret vurdering på et senere tidspunkt eventuelt gir grunnlag for å oppgi dette målet, til tross for myndighetenes plikt til å arbeide for gjenforening».³⁵ Dette vil kunne innebære at praksis når det gjelder muligheten for å planlegge for varige plasseringer, vil måtte tilpasses gjenforeningsmålet i noe større grad enn tidligere.

Det biologiske prinsipp – eller hensynet til familieband – har vært diskutert mye både i politiske dokumenter som lovforslag og utredninger og i faglitteraturen. Sannsynligvis vil diskusjonen om balansen mellom hensynet til barnets behov for omsorg og beskyttelse og hensynet til barns og foreldres felles interesse i å bevare familiebandene fortsette også etter barnevernsloven av 2021.³⁶

33 Se kapittel 4 og HR-2020-661-S avsn. 95 og 147.

34 HR-2020-661-S avsn. 85.

35 HR-2020-661-S avsn. 145.

36 Se også Brynildsrud, K., Trenger vi et biologisk prinsipp i barnevernet?, i *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål* (FAB), nr. 3, 2016. Brynildsrud diskuterer Raundalen-utvalgets forslag om et nytt tilknytningsfremmende prinsipp i NOU 2012: 5 og argumenterer for et fortsatt behov for å bevare det biologiske prinsippet i barnevernet.

2.5 Forsvarlighetskravet

Kravet til forsvarlig saksbehandling var tidligere et ulovfestet forvaltningsrettslig grunnprinsipp. På velferdsrettens område ble prinsippet om en kvalitativ minstepandard på velferdstjenester stadfestet i Fusa-dommen, Rt. 1990 s. 874.³⁷ Forsvarlighetskravet retter seg både mot innholdet i tjenester og tiltak og mot saksbehandlingen. Slik sett bidrar forsvarlighetskravet til å sikre både den materielle og prosessuelle rettssikkerheten i barnevernet. Materiell rettssikkerhet innebærer å sikre at det treffes et innholdsmessig riktig vedtak, for eksempel et vedtak om et tiltak som kan bidra til å avhjelpe barnets situasjon. Prosessuell rettssikkerhet knytter seg til korrekt saksbehandling og ivaretagelse av partenes rettigheter etter forvaltningsloven kapittel IV, som overholdelse av frister, retten til advokatbistand, informasjon om partsrettigheter, forhåndsvarsling, begrunnelse for vedtak, partsinnsyn og kontradiksjon, retten til klage og rettslig overprøving av forvaltningsvedtak.

Ved en lovendring i 2013 ble forsvarlighetskravet tatt inn i barnevernloven av 1992 § 4-1: «Tjenester og tiltak etter denne loven skal være forsvarlige.» Bestemmelsen i loven av 1992 § 4-1 er videreført i loven av 2021 § 1-7 med den tilføyelsen at kravet om forsvarlighet ikke bare omfatter tjenester og tiltak, men også saksbehandling: «Barnevernets saksbehandling, tjenester og tiltak skal være forsvarlige.»³⁸ Ifølge forarbeidene til lovendringen av 2013 har forsvarlighetskravet en dobbeltfunksjon ved både å oppstille forventninger om hva som er god barnevernsfaglig praksis, og å angi en nedre grense for tiltak og tjenester. Når Helsetilsynet og statsforvalteren fører tilsyn med barnevernet, vil denne minstepgrensen kunne være ett av flere temaer for kontroll.³⁹

Forsvarlighetskravet lar seg ikke definere med et helt konkret innhold fordi det inneholder elementer som er under stadig endring. Ifølge forarbeidene vil innholdet i forsvarlighetskravet dels bestemmes av normer som ligger utenfor selve loven, på bakgrunn av formålet med loven, hensynet til barnets beste, fagutviklingen i barnevernet og grunnprinsipper i barnevernet. Noe som ble ansett å være faglig forsvarlig for 20 år siden, vil kanskje ikke bli det i dag, mens dagens praksis kanskje ikke vil anses forsvarlig om 20 år igjen. Dette viser også hvordan de ulike rettsprinsippene i barnevernet kan innvirke på hverandre. En nærmere konkretisering og tydeliggjøring av innholdet i forsvarlighetskravet vil i første rekke fremgå av tilsynsmyndighetenes

37 Kjønstad, A. mfl. (red.), *Velferdsrett II. Barneverns- og sosialrett*, 6. utg., Gyldendal 2022, s. 38. Nærmere om Fusa-dommen, se Boe, E., Fusadommen i forvaltningsrettslig og rettsteoretisk perspektiv, *Lov og Rett* 1991, nr. 6.

38 Prop. 133 L (2020–2021) s. 544. Forarbeidene kommenterer ikke det nærmere innholdet i forsvarlighetskravet, men henviser til Prop. 106 L (2012–2013) kap. 17 som gir bakgrunnen for innarbeidelsen av forsvarlighetskravet i barnevernloven av 1992 § 1-4.

39 Stang, E.G. (2021), Lovkommentar til barnevernloven av 1992, note til § 1-4, Karnov, jf. Prop. 106 L (2012–2013) s. 126.

praksis (Helsetilsynet og statsforvalteren, se kapittel 23), men også av fylkesnemndenes og domstolenes praksis.

Det er likevel mulig å identifisere noen av de viktigste elementene i vurderingen av forsvarlighet i barnevernet. I tråd med forarbeider og tilsynspraksis, fagutviklingen og menneskerettighetenes betydning i barnevernet er det naturlig å ta utgangspunkt i følgende elementer: menneskerettigheter, forsvarlige undersøkelser, forsvarlig skjønnsutøvelse, hensynet til barnets beste og barnets rettigheter, forsvarlig kompetanse og bemanning, internkontroll, tilsyn og (ekstern) kontroll samt konsekvenser og sanksjoner som følge av avvik og brudd.

Menneskerettighetenes stilling i norsk rett har endret seg radikalt siden vi fikk forvaltningsloven i 1967, og siden læren om en forsvarlig minstestandard for offentlig myndighetsutøvelse ble utviklet. Fra å være et valgfag ved jussutdanningen i 1990-årene er menneskerettigheter i dag en integrert del av det norske rettssystemet. Skillet mellom 'norsk rett' og folkerett ligger ikke lenger like fast. Barnevernsretten er et rettsområde der grunnleggende menneskerettigheter får særlig stor betydning som skranke for myndighetenes maktutøvelse og for rettsanvendelsen generelt, for barnevernet befinner seg i kjerneområdet for legalitetsprinsippet der myndighetsmisbruk kan få alvorlige konsekvenser for enkeltpersoners liv. Menneskerettighetenes gradvis sterkere stilling i norsk rett, blant annet gjennom menneskerettslovens forrangsbestemmelse i § 3 og Grunnloven kapittel E som kom inn ved revisjonen i 2014, og parallelt med utviklingen av et stadig mer pluralistisk rettskildebilde, må menneskerettighetene i dag anses som en integrert del av kravet til forsvarlighet. Det innebærer at når brudd på forsvarlighetskravet i loven § 1-7 skal vurderes, vil en del av vurderingen kunne omfatte brudd på menneskerettskonvensjonene. Følgende menneskerettigheter er særlig relevante for barnevernet: retten til rettferdig rettergang og kontradiksjon, jf. Grl. § 95 og EMK art. 6 (1) retten til familieliv og privatliv, jf. Grl. § 102, EMK art. 8 og BK artiklene 9 og 16, kravet om proporsjonalitet ved tvangsinngrep, jf. EMK art. 8 (1) og BK art. 9 (1), barns og foreldres kulturelle og religiøse rettigheter, jf. Grl. § 108, EMK art. 9 og BK art. 30, hensynet til barnets beste, jf. Grl. § 104 andre ledd og BK art. 3 (1), barns rett til medvirkning, jf. Grl. § 104 første ledd, BK art. 12 og EMK art. 6, og barns rett til beskyttelse, omsorg og utvikling, jf. Grl. § 104 tredje ledd, BK art. 3 (2), 6 og 19, og EMK art. 8 (privatliv).⁴⁰

Kravet til forsvarlig behandling av meldinger og undersøkelser etter barnevernsloven kapittel 2 er søkt ivarettatt i loven gjennom regulering av frister og materielle krav til hva en undersøkelse skal omfatte.⁴¹ Sentralt står det å sikre at alvorlige bekymringsmeldinger ikke blir oversett, henlagt eller liggende utover fristen. Forsvarlig behand-

40 Nærmere om menneskerettighetenes betydning for barnevernsfeltet, se kapitlene 4 og 5 Se også Sørensen, C.B., *Barnevern og menneskerettighetene*, vedlegg 4 til NOU 2016: 16 og Prop. 133 L (2020–2021) kap. 3.

41 Se nærmere kap. 19.

ling av meldinger og undersøkelser omfatter også at barn og foreldre får ivarett sine rettigheter under saksbehandlingen, og at beslutninger begrunnes i tråd med loven.

Forsvarlig skjønnsutøvelse gjelder på alle stadier i saken og omfatter alle materielle og prosessuelle forhold. Begrepet 'skjønn' har ikke noe entydig innhold, men kan forstås som faglige vurderinger av relevante momenter for å komme frem til en beslutning. I jussen skiller man mellom *lovskjønn* og *fritt skjønn*. Lovskjønnen knytter seg til rettsanvendelsen og omfatter vurderinger som foretas som ledd i analysen av relevante rettskilder for å finne frem til gjeldende rett, for eksempel tolkningen av såkalte rettslige standarder som «alvorlig omsorgssvikt» eller «vesentlig skadelidende» med vurdering og avveining av de ulike rettskildene. Denne formen for skjønn i retts- eller lovanvendelsen kan overprøves av domstolene, selv om de noen ganger er tilbakeholdne med å prøve den konkrete subsumsjonen. Det frie skjønnet, derimot, kan i utgangspunktet ikke overprøves av domstolene. Det frie skjønnet omfatter spørsmålet om hvorvidt et vedtak skal treffes eller ikke der et forvaltningsorgan har en kompetanse – adgang – til å treffe et vedtak, men ikke en plikt. For eksempel kan barneverns- og helsenemnda unnlate å treffe vedtak om omsorgsovertakelse selv om vilkårene er oppfylt. Det kan være aktuelt dersom nemnda kommer til at vedtaket ikke vil være til barnets beste. Nettopp hensynet til barnets beste legger imidlertid noen begrensninger på det frie forvaltningsskjønnet etter barnevernsloven. Skjønnen kan ikke utøves i strid med barnets beste, og domstolen kan alltid prøve om hensynet til barnets beste er forsvarlig vurdert fordi domstolen alltid kan prøve grunnlovsmessigheten og konvensjonsmessigheten av et vedtak. Barnets beste er et rettsprinsipp som er forankret både i Grunnloven og barnekonvensjonen.⁴² Når det er truffet tvangsvedtak etter barnevernsloven, kan domstolene imidlertid ikke nøye seg med å se på om forvaltningens vurdering av barnets beste er forsvarlig. I slike saker må domstolene prøve skjønnet fullt ut etter tvl. § 36-5, herunder også den konkrete vurderingen av barnets beste.

Hensynet til barnets beste utgjør et selvstendig element i forsvarlighetsvurderingen. Det er ikke forenlig med forsvarlighetskravet dersom hensynet til barnets beste ikke har vært vurdert, eller det ikke fremgår noe om hvilke hensyn som har vært vektlagt i vurderingen. Det er heller ikke forsvarlig hvis hensynet til barnets beste ikke er vektlagt som et grunnleggende hensyn, eller hvis et tiltak etter barnevernsloven ikke kan anses å være til barnets beste.

Barn har rett til nødvendige barnevernstiltak etter § 1-6 dersom vilkårene for tiltaket er oppfylt. Hvis et barn ikke har fått innvilget retten til tiltak, er dette noe som omfattes av forsvarlighetskravet, i tillegg til at det kan utgjøre et selvstendig grunnlag for domstolsprøving.

Kommunenes plikt til å sikre forsvarlig kompetanse og bemanning i barnevernstjenestene inngår også i forsvarlighetskravet. Det understrekes at dette er kommune-

⁴² Nærmere om skjønnsutøvelsen i barnevernets beslutningsprosesser, se Kojan, Bente Heggem og Christiansen, Øivin (red.), *Beslutninger i barnevernet*, Universitetsforlaget 2016.

ledelsens ansvar og ikke den enkelte barnevernstjenestes, jf. § 15-2. Loven av 1992 inneholdt ingen formelle krav til kompetanse for å jobbe i barnevernstjenesten eller i barnevernsinstitusjon. Med barnevernsloven av 2021 ble det innført et krav til mastergrad for visse typer stillinger innen 2031, jf. §§ 15-6, jf. 15-3. Det er utviklet to nye masterutdanninger rettet mot barnevernsfeltet for dette formålet.⁴³

Sentralt i forsvarlighetskravet er plikten for kommunen til å føre internkontroll, jf. §§ 15-2 og 15-3. Dette omfatter «systematiske tiltak som skal sikre at barnevernstjenestens aktiviteter planlegges, organiseres, utføres og vedlikeholdes i samsvar med krav fastsatt i eller i medhold av barnevernloven».⁴⁴

Tilsyn og ekstern kontroll med barnevernets virksomhet, som barnevernstjenesten, barnevernsinstitusjoner og omsorgssenter for enslige mindreårige, er avgjørende for å sikre forsvarlighet. Det er Helsetilsynet som, gjennom statsforvalterne, fører tilsynet. Helsetilsynet gjennomfører hvert år landsomfattende tilsyn med barnevernstjenesten med ulike temaer i fokus, og dette publiseres i rapporter.⁴⁵ I tillegg kan statsforvalterne gjennomføre regionale tilsyn, enten på eget initiativ eller på oppfordring fra andre som varsler om uforsvarlige forhold.⁴⁶ Også andre former for tilsyn eller granskning av barnevernets virksomhet kan være aktuelt, for eksempel gjennom oppnevning av sentrale eller regionale granskingsutvalg.⁴⁷ Slike utvalg kan avdekke alvorlige lovbrudd og systemsvikt som i neste omgang blir politikernes ansvar å følge opp gjennom tiltak for å øke kompetanse, styrke bemanning, bedre organisering og styrke bevilgninger til barnevernets virksomhet.

Konsekvensene av at det avdekkes avvik og regelbrudd, er i første omgang å pålegge retting og iverksetting av tiltak for å forhindre fremtidige avvik, eventuelt at ulovlige vedtak blir opphevet eller det iverksettes individuelle tiltak der dette har vært forsømt. Erstatning til personer som er blitt rammet av lovbrudd, kan også være en rettslig konsekvens. Loven åpner også for at barnevernstjenesten eller institusjonen som har brutt regelverket, kan ilegges bøter, jf. § 17-6. I sjeldne tilfeller kan straff være aktuelt. Her vil man både kunne ilegge foretaksstraff og straffeforfølge enkeltpersoner for grov uforstand i tjenesten.⁴⁸

43 Forskrift om nasjonal retningslinje for masterutdanning i barnevern, FOR-2021-04-09-1147.

44 Prop. 106 L (2012–2013) s. 124, jf. Prop. 133 L (2020–2021), spesialmerknadene til § 1-7. Internkontroll gjennomføres etter kommuneloven § 25-1, se nærmere om hva kontrollen omfatter i Stang, E.G. (2023), Lovkommentar til barnevernsloven av 2021, note til § 15-2 fjerde ledd, Karnov.

45 Landsomfattende tilsyn | Helsetilsynet, se kap. 23.

46 Om tilsynsansvaret, se Statens helsetilsyns og fylkesmannens tilsynsansvar med det statlige barnevernet (helsetilsynet.no).

47 Se f.eks. NOU 2004: 23: Barnehjem og spesialskoler under lupen. Nasjonal kartlegging av omsorgssvikt og overgrep i barneverninstitusjoner 1945–1980 og NOU 2017: 12 Svikt og svik. Gjennomgang av saker hvor barn har vært utsatt for vold, seksuelle overgrep og omsorgssvikt.

48 Jf. straffesaken mot Midtre Namdal samkommune: Midtre Namdal samkommune ilagt foretaksstraff av Riksadvokaten | Helsetilsynet. Nærmere om forsvarlighetskravet, se Boe, E., *Forsvarlig forvaltning*, Universitetsforlaget 2018 og Graver, H.P., *Alminnelig forvaltningsrett*, Universitetsforlaget 2019. I NOU 2019: 5 valgte utvalget imidlertid å unnlate å lovfeste et alminnelig krav til forsvarlighet i saksbehandlingen.

Barnevernsrett er en rettsvitenskapelig antologi om barnevernsloven av 2021. Det er den første samlede publikasjonen fra det norske barnerettslige miljøet. Boken gir en grundig og analytisk gjennomgang og vurdering av den nye barnevernsloven.

De elleve forfatterne er forskere innen barnerett og menneskerettigheter, og flertallet av forfatterne har skrevet doktoravhandlinger i barnevernsrett. Antologiprojektet er et samarbeid mellom seks universiteter og én høyskole.

Bokens første del redegjør for utviklingstrekk, relevante menneskerettigheter, barnevernets organisering og grunnprinsippene. Del 2 behandler barnevernets tiltak. Del 3 tar for seg saksbehandlingsreglene i barnevernstjenesten og barneverns- og helsenemnda og tilsyn med barnevernet. Del 4 omhandler forholdet mellom barnevernstjenesten og sentrale samarbeidende instanser.

Forfatterne foretar en omfattende redegjørelse for og analyse av bestemmelsene i barnevernsloven, den forutgående lovprosessen, hvilke endringer som er gjort i forhold til barnevernloven av 17. juli 1992, og hvorfor. Nyere Høyesterettspraksis og praksis fra EMD er behandlet og drøftet. Boken inneholder også rettspolitiske vurderinger og diskusjoner, og samfunnsvitenskapelig forskningslitteratur trekkes inn. Betydningen av *et rettighetsbasert barnevern* er et gjennomgående fokus i boken.

Målgruppen for boken er advokater, forskere, ansatte i barnevernet, studenter og alle andre som arbeider med eller interesserer seg for barnevernsrett.

Redaktører:
ELISABETH GORDING STANG OG
KIRSTEN SANDBERG (RED.)

Øvrige bidragsyttere:
LENA R.L. BENDIKSEN
KARSTEN BRYNILDSRUD
RAGNHILD COLLIN-HANSEN
TRUDE HAUGLI
JULIA KÖHLER-OLSEN
MONS OPPEDAL
RANDI SIGURDSEN
CHRISTIAN B. SØRENSEN
KARL HARALD SØVIG

 Universitetsforlaget

ISBN 978-82-15-06730-8



9 788215 067308