



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

## **Omsorgsplikten som hjemmel for inngrep overfor fosterhjemsbarn**

**Frida Hansen**

Liten masteroppgave i rettsvitenskap, JUR-3902, vår 2022

# Innholdsfortegnelse

1	Innledning .....	1
1.1	Tema og problemstilling .....	1
1.2	Aktualitet.....	2
1.3	Metode og kilder .....	3
1.4	Nærmere om tema og avgrensninger .....	6
1.5	Videre fremstilling .....	8
2	Når utløses kravet om hjemmel i lov? .....	8
2.1	Innledning .....	8
2.2	Er fosterforeldre «myndighet» etter GrL. § 113?.....	9
2.2.1	Hva menes med <i>myndigheter</i> i GrL. § 113?.....	9
2.2.2	Fosterforeldrene som utøver av offentlig myndighet.....	9
2.3	Hvilke handlinger utgjør «inngrep» etter GrL. § 113?.....	12
2.3.1	Menneskerettslige utgangspunkter.....	12
2.3.2	Tvang som «inngrep» .....	13
3	Barns rett til omsorg og den tilhørende omsorgsplikten .....	15
3.1	Omsorg som en del av barnets grunnleggende menneskerettigheter.....	15
3.1.1	Barns rett til omsorg etter Grunnloven .....	15
3.1.2	Barnets rett til omsorg etter FNs Barnekonvensjon.....	17
3.1.3	Pliktsubjektene for barns rett til omsorg.....	19
3.2	Omsorgsplikten som del av foreldreansvaret etter Barneloven § 30 .....	20
3.2.1	Innledning .....	20
3.2.2	Foreldreansvarets positive forpliktelser .....	21
3.2.3	Foreldreansvarets negative avgrensning .....	23
3.3	Statens subsidiære omsorgsplikt etter Barnevernloven .....	26
3.3.1	Innledning .....	26
3.3.2	Når kan det gjøres vedtak om å overta omsorgen for et barn? .....	27

3.3.3	Ansvar for omsorgen i foreldrenes sted - Skillet mellom foreldreansvar, omsorg og daglig omsorg.....	28
3.3.4	Hvilken myndighet har fosterforeldrene til å gjøre inngrep overfor fosterhjemsbarn?.....	30
4	Gir bvl. § 4-18 tilstrekkelig hjemmel for å gjøre inngrep overfor fosterhjemsbarn? .....	33
4.1	Innledning .....	33
4.2	Krav til lovhjemmel .....	33
4.3	Ordlyden i bvl. § 4-18.....	35
4.3.1	Hvor klar må hjemmelen være for å gjøre inngrep overfor fosterhjemsbarn? .....	36
4.3.2	Arten av inngrepet og dets tyngde .....	38
4.3.3	Samfunnsutviklingen med hensyn til barns rettigheter.....	41
4.3.4	Barnets beste som moment i vurderingen av hjemmelsspørsmålet .....	42
4.4	Konklusjon på problemstillingen i kapittel 4.....	45
5	Avsluttende vurderinger.....	46
	Referanseliste .....	1

# 1 Innledning

## 1.1 Tema og problemstilling

Barn er avhengig av omsorg, oppsyn, veiledning og grensesetting. For å utvikle seg må barn få mulighet til å danne seg sine egne meninger, og ikke minst må vi voksne høre på barna. Det eksisterer dermed et spenningsfelt mellom barns rett til å bli tatt vare på og barns rett til å bestemme over seg selv. Gjennom bl. § 30 er det de med foreldreansvaret for barnet som har i oppgave å navigere seg gjennom dette spenningsfeltet, og foreldreansvaret vil vanligvis være tillagt barnets biologiske foreldre.<sup>1</sup>

Med bakgrunn i det som er nevnt ovenfor kan følgende spørsmål stilles: Hva kan egentlig foreldre beslutte på vegne av barna sine og hvor langt går denne beslutningsmyndigheten? De fleste vil nok ha en ganske god magefølelse angående dette. La meg presentere et eksempel: Idet du entrer butikken blir du møtt av et kaos uten like, et fryktinngytende leven. Hårene reiser seg på armen og i nakken. Trommehinnene brister. Der. En gutt på rundt tre år ligger langflat på butikkgulvet. Sparkende, skrikende og rødsprengt som en tomat i ansiktet. Svetten begynner å sildre fra pannen. Noen må gjøre noe!

I en slik situasjon vil nok ingen protestere når mor til barnet varsomt og bestemt løfter gutten opp, plasserer han på hofta og setter kursen ut av butikken. Likeledes skjønner vi at far til barnet må kunne feste sikkerhetsbeltet rundt gutten i bilen, selv om gutten viser klar mostand. De fleste av oss vil også forstå at foreldrene til en 14 år gammel jente forbyr datteren å oppholde seg på en datingapp, etter at hun har begynt å motta meldinger fra eldre menn. Med grunnlag i samme magefølelse skjønner vi at det er galt av mor å fike til dattera, om hun nekter å slette appen.

De situasjoner som her er nevnt utgjør ytterpunkter, og løsningen fremstår dermed som klar for de fleste av oss. Men mellom disse ytterpunkter eksisterer det nærmere grenseganger som kan være komplisert å skille mellom, også for barnets foreldre. Hva skjer så dersom plikten til å vise omsorg for barnet er tillagt noen andre enn de som innehar foreldreansvaret, for eksempel dersom barnet blir plassert i et fosterhjem? Vil fosterforeldrene tre rett inn i rollen som barnets foreldre og få overført til seg den samme myndighet som foreldrene har til å bestemme over barnet? Eller vil fosterforeldrene ha en rolle som utøvere av barnevernets, og

---

<sup>1</sup> Jf. Lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barneloven, bl.) § 30. Se kap. 3.2.

videre statens myndighet? Vil en fosterhjems plassering alene gi fosterforeldrene rett til å bestemme over barnet mot barnets vilje? Med andre ord; har fosterforeldre en rett til å bruke tvang overfor fosterhjemsbarnet?

Utgangspunktet for denne avhandlingen er at det er skjedd en fosterhjems plassering av et barn i kraft av bvl. § 4-12 eller § 4-8, jf. § 4-14.<sup>2</sup> I et slikt tilfelle er det barnevernet som har overtatt omsorgen for barnet og fosterforeldrene som skal utøve omsorg for barnet på barnevernstjenestens vegne, jf. bvl. § 4-18. Spørsmålet jeg skal behandle i denne avhandlingen er om det omsorgsansvar, som overføres til barnevernet og herunder fosterforeldrene ved en omsorgsovertakelse, også gir rett til å gripe inn overfor fosterhjemsbarnet.

Det er Grl. § 113 som stiller krav til lovhjemmel ved myndighetenes inngrep overfor den enkelte.<sup>3</sup> For å besvare hovedproblemstillingen; om omsorgsplikten kan fungere som tilstrekkelig hjemmel for inngrep overfor fosterhjemsbarn, er det nødvendig å vurdere om bvl. § 4-18 oppfyller vilkårene i Grl. § 113.

## 1.2 Aktualitet

I arbeidet med ny barnevernslov konkluderte Barnevernlovutvalget med at det ikke er behov for en egen hjemmel som regulerer bruk av tvang i fosterhjem.<sup>4</sup> Begrunnelsen for dette var ifølge utvalget en bekymring for at regulering vil innebære en institusjonalisering av fosterhjemmene og videre medføre vansker i å rekruttere fosterhjem. Utvalget hevdet også at en regulering om tillatt bruk av tvang vil innebære en utvidelse av adgangen til å bruke tvang, sammenliknet med gjeldende rett som ikke gir en slik eksplisitt hjemmel. I sin vurdering poengterte utvalget at fosterhjemsbarn nyter det samme vernet som barn som vokser opp med sine foreldre.<sup>5</sup>

Barne- og familiedepartementet fastholdt Barnevernlovutvalgets vurdering om å ikke foreslå en regulering av tvangsbruk i fosterhjem. Departementet fremhevet at fosterforeldrene både

---

<sup>2</sup> Lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester (barnevernloven, bvl.).

<sup>3</sup> Kongeriket Norges Grunnlov 17. mai 1814 (Grunnloven, Grl.).

<sup>4</sup> NOU 2016: 16 Ny barnevernslov. Sikring av barnets rett til omsorg og beskyttelse (NOU 2016: 16) s. 211.

<sup>5</sup> NOU 2016: 16 s. 211.

har rett og plikt til å utøve grensesetting innenfor det som følger av deres ansvar for den daglige omsorgen for barnet, og at fosterforeldrene ikke vil ha en snevrere eller videre adgang til grensesetting enn foreldre.<sup>6</sup>

Det finnes ingen eksplisitt hjemmel for bruk av tvang i fosterhjem, og slik hjemmel er som sagt heller ikke foreslått i arbeidet med ny barnevernslov. Dette aktualiserer flere spørsmål, og utgjør begrunnelsen for valg av oppgavens hovedproblemstilling.

Avhandlingen er skrevet som en del av et pågående forskningsprosjekt ved Universitetet i Tromsø under ledelse av Nordlandsforskning, med tittelen «Grensesetting og bruk av tvang overfor barn som bor i fosterhjem». Bakgrunnen for prosjektet er at temaet om grensesetting og bruk av tvang overfor barn som bor i fosterhjem ikke tidligere er blitt forsket på og at området fremstår som uregulert i lov og forskrift.<sup>7</sup>

### 1.3 Metode og kilder

Denne masteroppgaven er en rettsdogmatisk undersøkelse av gjeldende rett (de lege lata).<sup>8</sup> Som nevnt finnes det ingen lov eller forskrifter som eksplisitt regulerer bruk av tvang i fosterhjem. Jeg vil i denne forbindelse se nærmere på om den omsorgsplikten som fosterforeldre har for fosterhjemsbarnet etter bvl. § 4-18, kan utgjøre tilstrekkelig inngrepshjemmel i lys av Grl. § 113. For å undersøke dette har jeg anvendt alminnelig juridisk metode.<sup>9</sup>

Av hensyn til oppgavens omfang vil det her ikke gis en generell beskrivelse av alminnelig juridisk metode. I stedet vil det redegjøres for særlige metodiske utfordringer som er blitt aktualisert gjennom avhandlingens overordnede problemstilling.

---

<sup>6</sup> Prop. 133 L (2020-2021) Lov om barnevern (barnevernsloven) og lov om endringer i barnevernloven (Prop.133 L (2020-2021)) s. 303.

<sup>7</sup> Nordlandsforskning.no, *Grensesetting og bruk av tvang overfor barn som bor i fosterhjem 2021*, Nordlandsforskning.no <https://www.nordlandsforskning.no/nb/project/grensesetting-og-bruk-av-tvang-overfor-barn-som-bor-i-fosterhjem> (Lest 11. januar 2022).

<sup>8</sup> Jens Edvin A. Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse*, Universitetsforlaget 2018, s. 25.

<sup>9</sup> Se Skoghøy (2018) s. 17; og Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utg. Universitetsforlaget 2004, s. 24.

I oppgaven vil jeg jevnlig vise til bestemmelser i Den europeiske menneskerettskonvensjonen<sup>10</sup> og Barnekonvensjonen<sup>11</sup>. Dette er internasjonale konvensjoner som er inkorporert i norsk rett med forrang foran annen norsk lovgivning gjennom menneskerettsloven.<sup>12</sup> EMK har vært forbilde for flere av Grunnlovens bestemmelser om menneskerettigheter, og det er sikker rett at disse bestemmelser må forstås i lys av sine menneskerettslige forbilder.<sup>13</sup>

I oppgaven har jeg anvendt Grl. § 113 for å vurdere om bvl. § 4-18 utgjør tilstrekkelig inngrepshjemmel. Bestemmelsen ble inntatt i Grunnloven ved revisjonen i 2014, og utgjør en kodifisering av det forvaltningsrettslige legalitetsprinsipp.<sup>14</sup> Men kravet om hjemmel i lov fremkommer også andre steder i Grunnloven og er i tillegg et vilkår for å gjøre inngrep i sentrale menneskerettigheter i EMK.<sup>15</sup> Ordlyden i Grl. § 102 og § 104 åpner ikke direkte for inngrep, men da disse bestemmelser må forstås i lys av EMK vil inngrep være tillatt med hjemmel i lov.<sup>16</sup> Det er ingen vesensforskjell i lovkravet etter Grl. § 113 og lovkravet etter menneskerettighetene.<sup>17</sup> Da jeg ikke ønsker å avgrense denne avhandlingen til et bestemt inngrep<sup>18</sup>, og fosterforeldrene må regnes som utøver av offentlig myndighet<sup>19</sup>, er det naturlig

---

<sup>10</sup> Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4. november 1950 (Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen, EMK).

<sup>11</sup> The United Nations Convention on the Rights of the Child, 20. november 1989 (Barnekonvensjonen, BK).

<sup>12</sup> Jf. Lov 21. mai 1999 nr. 20 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven, mrl.) § 2, jf. § 3. International Covenant on Civil and Political Rights, 16. desember 1966 (Konvensjon om sivile og politiske rettigheter, SP); og International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 16. desember 1966 (Konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, ØSK) er inkorporert etter samme bestemmelse.

<sup>13</sup> Av særlig betydning for denne oppgaven har Høyesterett slått fast at Grl. § 102 og § 104 må forstås i lys av EMK art. 8, jf. Rt. 2015 s. 93 (Rt. 2015 s. 93) avsnitt 57 og 60; og Rt. 2015 s. 155 (Rt. 2015 s. 155) avsnitt 40.

<sup>14</sup> Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter : En innføring i vernet om individets sivile og politiske rettigheter etter den norske forfatning og etter den europeiske menneskerettighetskonvensjonen*, 5. utg. Fagbokforlaget 2018, s. 115; og Skoghøy (2018) s. 54-55.

<sup>15</sup> Se særlig Grl. § 94, 96 og 97, og av betydning for denne oppgaven; EMK art. 8 nr. 2.

<sup>16</sup> Jf. Rt. 2015 s. 93 avsnitt 60; og Rt. 2015 s. 155 avsnitt 40.

<sup>17</sup> Skoghøy (2018) s. 57.

<sup>18</sup> Se kap. 2.3.2.

<sup>19</sup> Se kap. 2.2.2.

å ta utgangspunkt i lovkravet slik det følger av det forvaltningsrettslige legalitetsprinsipp i Grl. § 113.

Det er ordlyden i bvl. § 4-18 som må vurderes i lys av lovkravet i Grl. § 113. Det er begrepene «omsorg» og «daglige omsorg» som er sentrale for vurderingen av om bestemmelsen også hjemler inngrep. Da ordlyden er åpen og ikke gir noen særlig veiledning på hva innholdet i *omsorg* og *daglig omsorg* er så må det i noen grad benyttes privatrettslige kilder for å fastlegge dette. I denne forbindelse vil særlig bl. § 30 brukes for å definere barnevernets og fosterforeldrenes omsorgsplikt. Når en privatrettslig kilde brukes i offentligrettslig sammenheng så kan det oppstå metodiske utfordringer. Dette utgjør egentlig hele bakgrunnen for oppgavens hovedproblemstilling. Kan man legge forståelsen av omsorg i bl. § 30 til grunn også som hjemmel for myndighetenes inngrep, eller må det oppstilles ytterligere vilkår for inngrep? Dette er noe jeg søker svar på gjennom denne avhandlingen.

I vurderingen av innholdet i bvl. § 4-18 vil det i stor grad benyttes forarbeidsuttalelser. Noen av disse uttalelser fremgår av forslaget til ny barnevernslov.<sup>20</sup> Forslaget tar til orde for å ikke etablere en lovregulering om bruk av tvang i fosterhjem, da rett til å gjøre inngrep følger av at fosterforeldrene har ansvar for den daglige omsorg for barnet.<sup>21</sup> En særlig metodisk utfordring i dette henseende er hvilken vekt disse forarbeidsuttalelser skal ha når ny barnevernslov ikke er trådt i kraft enda. I en nylig avsagt dom fra Høyesterett om oppbevaring av narkotika til eget bruk, uttalte domstolen at «*det er bred enighet om at domstolene må følge opp signaler om straffutmåling fra Stortinget som er gitt i forbindelse med en lovgivningsprosess*».<sup>22</sup> Videre poengterte Høyesterett imidlertid at «*så lenge det er snakk om en endring til gunst for tiltalte, utfordrer ikke dette tilbakevirkningsforbudet i Grunnloven § 97*».<sup>23</sup>

De ovennevnte uttalelser fra Høyesterett vil si at dersom man tolker ordlyden «omsorg» og «daglig omsorg» i bvl. § 4-18 slik at den også hjemler inngrep, så vil dette være en løsning til ugunst for fosterhjemsbarn. Ifølge Høyesterett taler dette for at uttalelsene i forslaget til ny barnevernslov ikke kan tillegges avgjørende vekt.

---

<sup>20</sup> Prop.133 L (2020-2021).

<sup>21</sup> Prop.133 L (2020-2021) s. 303.

<sup>22</sup> HR-2022-731-A (HR-2022-731-A) avsnitt 43.

<sup>23</sup> HR-2022-731-A avsnitt 44.



Videre er det slik at flere uttalelser i forslaget til ny barnevernslov gjelder forståelsen av gjeldende rett med grunnlag i dagens lovgivning.<sup>24</sup> I teorien er slike uttalelser kalt «etterarbeider».<sup>25</sup> Skoghøy viser til at Høyesterett har stilt seg «fullstendig avvisende til å tillegge etterarbeider selvstendig rettskildemessig betydning til ugunst for borgerne. Som illustrerende eksempel kan nevnes Rt. 2004 s. 1921 A.».<sup>26</sup> I dommen uttalte Høyesterett at «I en slik situasjon finner jeg det klart at etterfølgende tolkingsuttalelser fra lovgiverne ikke kan tillegges rettskildemessig betydning, da noe annet vil gi lovgiverne mulighet til – uten uttrykkelig lovvedtak og i strid med Grunnloven § 97 – å endre loven med tilbakevirkende kraft».<sup>27</sup> Uttalelsene fra forslaget til ny barnevernslov som gjelder forståelsen av dagens lovgivning vil dermed ha begrenset rettskildemessig verdi, da de er gitt i etterkant av dagens lovgivning.

Noe som metodisk skiller denne avhandlingen fra andre oppgaver, er den minimale bruken av rettspraksis. Meg bekjent eksisterer det lite høyesterettspraksis som beskriver fosterforeldres rett til å gjøre inngrep overfor fosterhjemsbarn. Begrunnelsen for dette kan være at det er barn som er subjekt for slike inngrep, og at barn i realiteten har begrensede muligheter til å få håndhevet sine rettigheter for domstolene. For det første er barn gjerne ikke klar over sine rettigheter. For det andre vil det være svært utfordrende for barnet å stå opp mot urettmessig behandling fra sine egne omsorgspersoner. Disse håndhevingsproblemer vil ikke være gjenstand for nærmere vurdering i oppgaven her, men antas å utgjøre begrunnelsen for manglende rettspraksis på området.

## 1.4 Nærmere om tema og avgrensninger

Hovedproblemstillingen for denne avhandlinger er om staten ved fosterforeldrene kan utsette fosterbarn for inngrep med hjemmel i omsorgsplikten for barnet, jf. bvl. § 4-18. I arbeidet med oppgaven har jeg lett etter andre mulige inngrepshjemler, uten å finne noen. Det er omsorgsplikten som er påberopt som inngrepshjemmel i rettskildene, og dermed vil det interessante for oppgaven nettopp være å undersøke om omsorgsplikten kan brukes som hjemmel og hvor langt omsorgsplikten strekker seg som inngrepshjemmel. Det vil altså ikke

---

<sup>24</sup> Se eksempelvis Prop. 133 L (2020-2021) s. 296-297.

<sup>25</sup> Skoghøy (2018) s. 80.

<sup>26</sup> Skoghøy (2018) s. 80.

<sup>27</sup> Rt. 2014 s. 1921 (Rt. 2014 s. 1921) avsnitt 85.

være av interesse for denne oppgaven å systematisk gjennomgå andre mulige hjemmelsgrunnlag for inngrep.

Hovedproblemstillingen er formulert som «omsorgsplikten», i bestemt form entall, og er ikke formulert som plikter i flertall. Dette er ment å vise til at vurderingstemaet for oppgaven er om *den omsorgsplikten* foreldrene har i kraft av foreldreansvaret, ved en overførsel til barnevernet og herunder fosterforeldrene, kan utgjøre tilstrekkelig hjemmel for inngrep overfor fosterhjemsbarnet. Følgelig reiser oppgaven spørsmål om hva slags inngrep barnets biologiske foreldre egentlig har rett til å utsette barna for. Dette vil ikke drøftes i nærmere grad enn å fastslå at det aksepteres en viss maktbruk innenfor rammene av straffelovgivningen og menneskerettighetene.<sup>28</sup>

I en forlengelse av det som er sagt ovenfor har oppgaven en grense mot mishandling, misbruk og andre straffbare handlinger som omfattes av straffelovgivningens bestemmelser. Disse handlinger setter en absolutt grense for hvilke inngrep som kan tillates overfor barnet. Foruten om å klarlegge hvor grensen for slike inngrep går, vil en nærmere drøftelse av vernet falle utenfor rekkevidden av denne avhandlingen. Barnekonvensjonen sammen med andre menneskerettslige konvensjoner oppstiller også et vern mot vold, misbruk og skade.<sup>29</sup> På grunn av plassbetraktninger vil ikke innholdet i dette menneskerettslige vernet bli utdypet videre.

Rett til å gjøre inngrep overfor barnet ved andre omsorgssituasjoner slik som ved plassering i barnevernsinstitusjon, vil ikke være gjenstand for drøftelse i oppgaven her. Likevel eksisterer det en viss likhet mellom grunnlaget for plassering i henholdsvis institusjon og fosterhjem, se bvl. § 4-12 og § 4-14. Tvangsbruk overfor barn i institusjon er regulert gjennom Rettighetsforskriften, jf. bvl. § 5-9 fjerde ledd bokstav a.<sup>30</sup> Dette reiser spørsmålet om rettssikkerheten til barn i institusjon er bedre enn rettssikkerheten til barn i fosterhjem. I

---

<sup>28</sup> Se kap. 3.2.3.

<sup>29</sup> Se særlig BK art. 9 nr. 1, art. 19 og art. 32 flg; EMK art. 2-4; SP art. 6-8; ØSK art. 10 nr. 11, art. 12 nr. 12. a.

<sup>30</sup> Forskrift 15. november 2011 nr. 1103 om rettigheter og bruk av tvang under opphold i barneverninstitusjon (Rettighetsforskriften).

denne sammenheng vil rettskildene knyttet til plassering av barn i institusjon være av interesse for oppgaven.

## 1.5 Videre fremstilling

Hovedproblemstillingen for oppgaven er om omsorgsplikten kan fungere som tilstrekkelig hjemmel for inngrep overfor fosterhjemsbarn. Dette må vurderes etter Grl. § 113. I kapittel 2 vil det redegjøres for vilkårene som må være oppfylt for at Grl. § 113 skal oppstille krav om «grunnlag i lov».

Før det kan vurderes om omsorgsplikten slik den er definert i bvl. § 4-18 tilfredsstillende lovkravet, er det først av betydning å kartlegge det rettslige innholdet i barnets rett til omsorg, og foreldrenes og statens omsorgsplikt. Dette er tema i kapittel 3.

I kapittel 4 vil det først redegjøres for kravene legalitetsprinsippet stiller til lovhjemmel for myndighetenes inngrep. Videre vil det vurderes konkret om omsorgsplikten slik den kommer frem i bvl. § 4-18 gir fosterforeldrene tilstrekkelig hjemmel for å gjøre inngrep overfor fosterhjemsbarn.

Til slutt vil jeg i kapittel 5 komme med noen avsluttende bemerkninger når det gjelder spørsmålet om det bør tas inn en eksplisitt lovhjemmel som regulerer tvangsbruk overfor fosterhjemsbarn. Denne drøftelsen vil ta for seg mange av Barnevernlovutvalgets og departementets argumenter i forarbeidene til ny barnevernslov, som tar til orde for å *ikke* etablere en slik lovregulering.

## 2 Når utløses kravet om hjemmel i lov?

### 2.1 Innledning

Legalitetsprinsippet slik det er formulert i Grl. § 113 krever at «*Myndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov*». Bestemmelsen oppstiller altså tre vilkår for at lovkravet skal utløses. Når bestemmelsen knyttes til hovedproblemstillingen i denne oppgaven aktualiseres dermed tre spørsmål: Er barn beskyttet etter bestemmelsen? Er fosterforeldre *myndighet* i grunnlovens forstand? Hvilke handlinger er å regne som *inngrep*?

Med ordlyden «den enkelte» menes privatpersoner.<sup>31</sup> Det vil si at det dermed er privatpersoner som er beskyttet mot myndighetenes inngrep som ikke har hjemmel i lov. Det er ikke tvilsomt at barn må regnes som privatpersoner, og vilkåret om at inngrepet må gjøres mot «den enkelte» er dermed oppfylt. De resterende vilkår vil behandles i kapittel 2.2 og 2.3.

## 2.2 Er fosterforeldre «myndighet» etter Grl. § 113?

### 2.2.1 Hva menes med *myndigheter* i Grl. § 113?

I følge Grl. § 113 er det «myndighetenes» inngrep som krever grunnlag i lov. Hva som er å regne som myndighet er ikke definert i bestemmelsen, men ordlyden tyder på at «myndighet» må være det motsatte av «den enkelte»; altså privatpersoner. I forarbeidene er det uttalt at uttrykket i hovedsak er rettet mot den utøvende makt.<sup>32</sup> Etter Grl. § 3 er den utøvende makt hos kongen, noe som i dag må forstås som kongen i statsråd, altså regjeringen. Regjeringen er øverste leder for forvaltningen, hvor typiske forvaltningsorganer er departementer, direktorater, fylkeskommuner og kommuner, og fylkesting og kommunestyre.<sup>33</sup>

I følge Eckhoff og Smith er *myndighetsutøvelse* en sentral oppgave for forvaltningen, hvor begrepet sikter til å «*treffe bestemmelser i kraft av «statens høyhetsrett» over borgerne, i den forstand at bestemmelsene gjelder uten at adressaten kan motsette seg det*».<sup>34</sup> Det er bare de som er tildelt myndighet i eller i medhold av Grunnloven som innehar offentlig myndighet.<sup>35</sup> Forvaltningen får sin myndighet gjennom lov eller stortingsvedtak, eller ved delegasjon fra andre forvaltningsorganer lengre opp i forvaltningssystemet.<sup>36</sup>

### 2.2.2 Fosterforeldrene som utøver av offentlig myndighet

Det er klart at barnevernet er del av den utøvende makt, og inngrep gjort av barnevernet vil dermed utløse lovkravet etter Grl. § 113. Barnevernet består av kommunene som skal utføre

---

<sup>31</sup> I litteraturen har det vært fremhevet at ordlyden ikke er treffende for rettstilstanden da benevnelsen også er ment å omfatte juridiske personer i tillegg til privatpersoner, jf. Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 11. utg. Universitetsforlaget 2018, s. 343.

<sup>32</sup> Dok. nr. 16 (2011–2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven (Dok. nr. 16 (2011–2012) ) s. 250.

<sup>33</sup> Eckhoff og Smith (2018) s. 30.

<sup>34</sup> Eckhoff og Smith (2018) s. 32.

<sup>35</sup> Eckhoff og Smith (2018) s. 53.

<sup>36</sup> Eckhoff og Smith (2018) s. 58.

de oppgaver som ikke er lagt til et statlig organ, jf. bvl. § 2-1. Barnevernet på statlig nivå er ledet av Barne- og familiedepartementet, jf. bvl. § 2-2 og består videre av Bufetat<sup>37</sup> og statsforvalterne, og fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker, jf. bvl. § 7-1.<sup>38</sup> Den kommunale-, fylkeskommunale- og statlige barnevernstjeneste utleder sin myndighet fra barnevernloven.<sup>39</sup>

Spørsmålet er om fosterforeldrene kan anses som «myndigheter».

Det følger av bvl. § 4-18 at når det er gjort vedtak om omsorgsovertakelse skal fosterforeldrene «*utøve den daglige omsorg*» for barnet.<sup>40</sup> Fosterforeldre utleder altså sin myndighet til å «*utøve den daglige omsorg*» for barnet, gjennom bvl. § 4-18, på samme måte som barnevernstjenesten får sin myndighet fra barnevernloven. På den andre siden er fosterhjem omtalt som «private hjem» i fosterhjemsforskriften § 1, jf. bvl. § 4-22 bokstav a.<sup>41</sup> I tillegg følger det av fosterhjemsforskriften § 6 at fosterhjemmets forpliktelser skal fastlegges i skriftlig avtale mellom barnevernet og fosterhjemmet. I forarbeidene er dette omtalt som en privatrettslig avtale, noe som også taler for at fosterforeldrene handler i privat sammenheng, som fosterforeldre.<sup>42</sup> Dette taler for at man må anse fosterforeldre som privatpersoner, og ikke som myndigheter etter Grl. § 113.

Eckhoff og Smith uttaler at det ikke er noe i veien for at private kan utstyres med offentlig myndighet.<sup>43</sup> Dermed blir spørsmålet videre om fosterforeldrenes handlinger må anses som *utøvelse* av offentlig myndighet, slik at vilkåret i Grl. § 113 likevel er oppfylt.

Ordlyden i bvl. § 4-18 er formulert som at ansvaret for omsorgen i sin helhet tilligger barnevernet og at fosterforeldrene kun *utøver* en tjeneste for barnevernet ved å ha omsorg for fosterbarnet, jf. ordlyden «*på vegne av barneverntjenesten*». Dette er også lagt til grunn i forarbeidene til ny barnevernslov, hvor fosterforeldrene beskrives som «*et virkemiddel for å*

---

<sup>37</sup> Barne-, ungdoms- og familieetaten.

<sup>38</sup> Lena R. L. Bendiksen og Trude Haugli, *Sentrale emner i barneretten*, 4. utg. Universitetsforlaget 2021, s. 212-213.

<sup>39</sup> Jf. særlig bvl. §§ 2-1 - 2-3b, kap. 3, bvl. §§ 6-5 – 6-6 og kap. 7.

<sup>40</sup> Bvl. § 4-18 første ledd andre punktum.

<sup>41</sup> Forskrift 18. desember 2003 nr. 1659 om fosterhjem (Fosterhjemsforskriften).

<sup>42</sup> NOU 2018: 18 Trygge rammer for fosterhjem (NOU 2018: 18) s. 39.

<sup>43</sup> Eckhoff og Smith (2018) s. 54.

*oppfylle et omsorgsvedtak*».<sup>44</sup> I forarbeidene er det også sagt at fosterforeldre må regnes som oppdragstakere, og det poengteres at fosterforeldre mottar et arbeidshonorar for utførelsen av oppdraget.<sup>45</sup>

Videre følger det av bvl. § 4-18 første ledd tredje punktum, at barnevernet kan bestemme at fosterforeldrene skal avgjøre andre spørsmål enn det som gjelder den daglige omsorgen. Altså har barnevernet myndighet til å bestemme at fosterforeldrene kan gjøre mer enn det som tilhører den daglige omsorg, innenfor rammene av barnevernets egen kompetanse etter bestemmelsen.<sup>46</sup> Ordlyden viser at fosterforeldrenes ansvarsområde bestemmes av barneverntjenesten. Dette samsvarer også med bestemmelsen i bvl. § 4-22 tredje ledd som sier at det er barnevernet i omsorgskommunen som har ansvar for å velge og godkjenne fosterhjemmet.

I HR-2020-1724-A behandlet Høyesterett spørsmålet om en «bybetjent» skulle anses som «offentlig tjenesteperson» etter strl. § 155.<sup>47</sup> I denne forbindelse var det sentralt å oppklare hva som regnes som utøvelse av offentlig myndighet.<sup>48</sup> Høyesterett gikk først inn i forarbeidene til bestemmelsen der det stod at begrepet måtte forstås videre enn forvaltningsloven<sup>49</sup> § 2 første ledd bokstav a., men at «*kjernen i begrepet er ansatte i offentlig virksomhet som krever hjemmel i lov, og som regelmessig treffer avgjørelser som oppleves som inngripende og begrenser borgernes handlingsfrihet.*»<sup>50</sup> Ut fra dette avgrenset Høyesterett offentlig myndighetsutøvelse mot virksomhet som «*rettslig sett like gjerne kan utføres som ledd i privat virksomhet*», og uttalte at man må «*ta utgangspunkt i de rettsreglene som gjelder for hvem som kan utføre den aktuelle typen myndighet*».<sup>51</sup>

Høyesteretts uttalelser i denne dommen er knyttet til forståelsen av strl. § 155. Men som Høyesterett selv poengterte utgjør definisjonen i de siterte forarbeider «*en nokså tradisjonell*

---

<sup>44</sup> NOU 2018: 18 s. 39.

<sup>45</sup> NOU 2018: 18 s. 117.

<sup>46</sup> Slik er gjeldende rett også beskrevet i Prop.133 L (2020-2021) s. 206: "Denne adgangen er begrenset til å gjelde avgjørelsesmyndighet som barnevernstjenesten selv har."

<sup>47</sup> Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven, strl.).

<sup>48</sup> HR-2020-1724-A (HR-2020-1724-A) avsnitt 14.

<sup>49</sup> Lov 10. februar 1967 om behandlingssaker (forvaltningsloven, fvl.).

<sup>50</sup> Jf. dommens avsnitt 15.

<sup>51</sup> Jf. dommens avsnitt 15.

*beskrivelse av offentlig myndighetsutøvelse».*<sup>52</sup> Dermed vil uttalelsen ha betydning for hva som er utøvelse av offentlig myndighet i denne sammenheng.

Det er klart at straffelovgivningen setter grenser for at en privatperson eller privat virksomhet plutselig kan bestemme seg for å overta omsorgen for et barn, uten videre og uten tilknytning til barnet. I tillegg er det klart at barneverntjenesten ville vært avskåret fra å gjøre vedtak om omsorgsovertakelse dersom det ikke var hjemmel for dette i lov.<sup>53</sup> Utøvelse av omsorg for et barn er altså ikke noe som like gjerne kan utøves som ledd i privat virksomhet.

Hensynet til barns rettssikkerhet taler videre for at vernet mot inngrep uten hjemmel i lov ikke bør være svakere dersom fosterforeldrene utøver samme funksjoner som barnevernet selv er pliktig å gjøre, dersom barnet ikke plasseres i fosterhjem. Med andre ord; det er barnevernet som har ansvaret for omsorgen for barnet etter bvl. § 4-18. Barnets vern mot inngrep uten hjemmel bør ikke falle bort selv om barnevernet engasjerer private til å utøve omsorg på barnevernets vegne.

På bakgrunn av det ovennevnte, må fosterforeldre som utøver av daglig omsorg på vegne av barneverntjenesten etter bvl. § 4-18, anses som utøvere av offentlig myndighet.

Vilkåret om at det må være «myndighetene» som griper inn etter Grl. § 113, er dermed oppfylt.

## **2.3 Hvilke handlinger utgjør «inngrep» etter Grl. § 113?**

### **2.3.1 Menneskerettslige utgangspunkter**

Barn har rett til vern om sin personlige integritet. Dette er slått fast i Grl. § 104 tredje ledd første punktum og i Grl. § 102 andre ledd. Vernet omfatter både den fysiske og psykiske integritet.<sup>54</sup>

Vern av den personlige integritet kan også leses ut av bestemmelsene om rett til liv og forbudet mot tortur og annen umenneskelig behandling i Grl. § 93 første og annet ledd, EMK

---

<sup>52</sup> Jf. dommens avsnitt 15.

<sup>53</sup> Jf. Grl. § 113, EMK art. 8 nr. 2, Grl. § 102 og § 104.

<sup>54</sup> Mer om dette i kap. 3.1.1.

art. 2 nr. 1 og art. 3, og for barn i BK art. 6 og art. 37 bokstav a. Vernet mot tortur er ufravikelig og inngrep er forbudt.<sup>55</sup> Dette gjelder også retten til liv etter Grunnloven.<sup>56</sup>

Selv om vern av den personlige integritet ikke er uttrykkelig nevnt i EMK art 8 om retten til privatliv, så er det sikker praksis at bestemmelsen også omfatter den fysiske og psykiske integritet.<sup>57</sup> Bestemmelsen gir et vern mot mindre krenkelser som ikke faller inn under forbudet mot tortur og retten til liv. Retten til privatliv fremgår også av Grl. § 102 første ledd, SP art. 17 nr. 1 og for barn er vernet eksplisitt slått fast i BK art. 16 nr. 1.

### 2.3.2 Tvang som «inngrep»

Grl. § 113 oppstiller et hjemmelskrav for myndighetenes «inngrep». Dette for å beskytte den enkeltes frihet mot urettmessig innblanding fra statens side. Hva som menes med inngrep er ikke nærmere definert i ordlyden, men kan fra en naturlig språklig forståelse sies å være at myndighetene urettmessig griper inn i en persons rettigheter.

Forarbeidene til Grunnloven beskriver grunntanken bak den tradisjonelle formuleringen av legalitetsprinsippet som at *«individene er født frie og like, og at myndighetene bare kan gjøre inngrep i deres frihet og likhet med hjemmel i formell lov»*.<sup>58</sup> Videre sies det at formuleringen er ment å få frem at det er *«uten betydning for kravet om lovhjemmel hvorvidt offentlige myndigheter treffer beslutninger eller utøver faktiske handlinger. Myndighetene trenger uansett hjemmel i lov for å gripe inn i den enkeltes rettssfære»*.<sup>59</sup>

Som beskrevet innledningsvis i kapittel 1.2 finnes det ingen eksplisitt hjemmel for bruk av tvang overfor fosterhjemsbarn. Uten å problematisere ordlyden «inngrep» i Grl. § 113 noe mer, legges det til grunn at bruk av tvang oppfyller dette vilkåret. Bruk av tvang og fysisk makt overfor et barn vil krenke barnets rett til å bestemme over seg selv og sin kropp. Bruk av tvang vil dermed utgjøre inngrep i barnets personlige integritet og rett til privatliv, og slike inngrep krever grunnlag i lov, også etter EMK art. 8 nr. 2 og Grl. §§ 102 og 104.<sup>60</sup> Selv om

---

<sup>55</sup> Dok. nr. 16 (2011–2012) s. 74 og 109.

<sup>56</sup> EMK art. 2 nr. 1 andre punktum og nr. 2 tillater inngrep i denne rettigheten på bestemte vilkår.

<sup>57</sup> Dok. nr. 16 (2011–2012) s. 170.

<sup>58</sup> Dok. nr. 16 (2011–2012) s. 247.

<sup>59</sup> Dok. nr. 16 (2011–2012) s. 249.

<sup>60</sup> Jf. redegjørelsen i kap. 2.3.1.



det kan tenkes enkelte nyanser, må det som hovedregel legges til grunn at handlinger som regnes som inngrep etter disse bestemmelser også må overskride inngrepsterskelen i Grunnloven § 113. Følgelig er bruk av tvang omfattet av ordlyden i grunnlovsbestemmelsen.

Selv om det er fosterforeldrenes rett til å bruke tvang overfor fosterhjemsbarnet som er drøftet i forslaget til ny barnevernslov,<sup>61</sup> er tittelen på denne oppgaven likevel «Omsorgsplikten som hjemmel for *inngrep* overfor fosterhjemsbarn», og ikke «[...]hjemmel for bruk av tvang». Flere steder i denne avhandlingen vil også uttrykket «inngrep» brukes i stede for «tvang», selv om det spesifikt er tvangstilfellene jeg ønsker å kaste lys over.

Begrunnelsen for begrepsbruken er todelt. Ordet «inngrep» speiler for det første ordlyden i Grl. § 113. Og selv om det hadde vært mer spesifikt i forhold til avhandlingens tema å bruke tvangsbegrepet, så er det for det andre vanskelig å definere hva som egentlig utgjør «tvang». Karl Harald Søvig mener at den norske velferdslovgivningen ikke bygger på et enhetlig tvangsbegrep.<sup>62</sup> Ut fra sin gjennomgang av velferdslovgivningen oppstiller han likevel to hovedtypetilfeller; fravær av samtykke og uttalt motstand. Mellom disse viser han til at det også kan finnes ulike mellomformer, slik som tilfeller der tiltakets inngripende karakter gjør at tiltaket må anses som tvang på tross av at samtykke foreligger.<sup>63</sup>

I et normalt tilfelle vil det måtte vurderes konkret om det aktuelle inngrepet, og den aktuelle bruken av tvang, har hjemmel i lov. Likevel ønsker jeg ikke å begrense oppgaven til en bestemt situasjon, slik som for eksempel om fosterforeldre har hjemmel for å gjennomgå fosterbarnets telefon. I et slikt tilfelle ville oppgaven i realiteten dreid seg om omsorgsplikten hjemler at fosterforeldrene kan gå gjennom fosterbarnets telefon. For å ikke begrense oppgaven til en enkelt situasjon, og fordi tvangsbegrepet fremstår som uklart, vil jeg i det videre kun benytte begrepet «inngrep» som en samlebetegnelse på de handlinger som påvirker barnets rettssfære.

Vilkåret om at det må foreligge et «inngrep» er dermed oppfylt.

---

<sup>61</sup> Jf. kap. 1.2.

<sup>62</sup> Karl Harald Søvig, «Ulike tvangsbegrepet i norsk velferdsrett», i *Selvbestemmelse og tvang i helse- og omsorgstjenesten*, Bjørn H. Østenstad m.fl. (red.), Fagbokforlaget 2018, s. 35-55 på s. 53.

<sup>63</sup> Søvig (2018) s. 53-54.

## 3 Barns rett til omsorg og den tilhørende omsorgsplikten

### 3.1 Omsorg som en del av barnets grunnleggende menneskerettigheter

#### 3.1.1 Barns rett til omsorg etter Grunnloven

Ved grunnlovsrevisjonen i 2014 fikk vi et eget kapittel om menneskerettigheter.<sup>64</sup> Revisjonen var ment å synliggjøre og styrke menneskerettighetenes stilling i norsk rett.<sup>65</sup> I denne forbindelse ble det også tilført en barnespesifikk bestemmelse i Grunnloven, nemlig § 104. På grunn av barns særlige behov for beskyttelse, sårbarhet og avhengighet av voksne anså Menneskerettighetsutvalget det som nødvendig å innta en egen bestemmelse i Grunnloven for å verne om barns rettigheter.<sup>66</sup> Ved siden av å utgjøre en synliggjøring, uttalte Menneskerettighetsutvalget at bestemmelsen også kunne ha en rettslig betydning ved at den kan brukes som «*tolkningsmoment ved fortolkningen av annen lovgivning*», samt fungere som en «*skranke for lovgiver, for eksempel slik at lovgiver ved utforming av lover ikke kan velge å se bort fra barns behov for gode oppvekstvilkår og beskyttelse mot overgrep*».<sup>67</sup>

Av betydning for denne oppgaven er barns rett til omsorg. Ordlyden i Grl. § 104 markerer ulike aspekter ved barns rett til omsorg. Bestemmelsen slår fast at barn har krav på respekt for sitt menneskeverd og rett til vern om sin personlige integritet, og videre en plikt for staten til å sikre barns utvikling.

At barn har krav på respekt for sitt menneskeverd må sies å henge sammen med barns rett til vern om sin personlige integritet.<sup>68</sup> Ordlyden utpeker «barn» i ubestemt flertall som rettighetssubjekt. Barn har verdi, slik som voksne har verdi. Menneskerettsutvalget påpekte i sin rapport at formålet med bestemmelsen var å få frem barns særlige behov, og de mente at

---

<sup>64</sup> Grl. kap. E.

<sup>65</sup> Dok. nr. 16 (2011–2012) s. 13.

<sup>66</sup> Dok. nr. 16 (2011–2012) s. 189.

<sup>67</sup> Dok. nr. 16 (2011–2012) s. 189.

<sup>68</sup> Jf. Grl. § 104 første ledd første punktum, og tredje ledd første punktum.

en bestemmelse knyttet til barns likeverd ville fremheve det utgangspunkt at de øvrige menneskerettigheter også gjelder for barn.<sup>69</sup>

Barns rett til omsorg er indirekte slått fast i Grl. § 104 tredje ledd som sier at barn har rett til vern om sin personlige integritet. For et nyfødt barn vil integritetsvernet være illusorisk dersom barnet ikke har rett på omsorg. Også eldre barn er avhengig av omsorg for å kunne utvikle seg og lære å ta vare på seg selv. Barn som ikke har krav på omsorg vil i realiteten ikke ha en beskyttet rett til liv.<sup>70</sup> På dette grunnlag må bestemmelsen i Grl. § 104 tredje ledd, sett i sammenheng med retten til liv og forbudet mot umenneskelig eller nedverdiggende behandling i Grl. § 93 første og andre ledd, anses som en grunnlovsmessig forankring av barnets rett til omsorg.<sup>71</sup> Selv om det ikke fremgår eksplisitt av Grunnloven så er dette en rettighet som har klar menneskerettslig forankring og barnets rett til omsorg fremgår flere steder i vår nasjonale lovgivning.<sup>72</sup>

Ordlyden i Grl. § 104 tredje ledd tar for seg integritetens personlige aspekt, altså vern om barnets sinn og kropp. Formuleringen gir barn en individuell rettighet.<sup>73</sup>

Menneskerettighetsutvalget påpekte at barn er «*særlig utsatt for bl.a. utnyttelse, vold, mishandling og omsorgssvikt*», og at en slik grunnlovsbestemmelse vil sende et «*signal om at lovgiver setter beskyttelse av barns personlige integritet høyt*».<sup>74</sup> Bestemmelsen er ikke ment å utpeke private personer som pliktsubjekt, men viser at staten har «*plikt til å sørge for et regelverk og for håndhevelse av et regelverk som på best mulig måte kan verne barnet*».<sup>75</sup> Det finnes ingen tilsvarende bestemmelse som eksplisitt og helt generelt fastslår barns rett til vern om sin personlige integritet, verken i Barnekonvensjonen eller i annen nasjonal lovgivning.<sup>76</sup> Grunnloven § 102 andre ledd uttrykker imidlertid en generell plikt for staten til å «*sikre et*

---

<sup>69</sup> Dok. nr. 16 (2011–2012) s. 190.

<sup>70</sup> Grl. § 93 1.ledd 1.pkt.

<sup>71</sup> Se også beslektede bestemmelser i EMK art. 2 nr. 1 og art. 3.

<sup>72</sup> Se videre fremstilling i kap. 3.1.2, 3.2 og 3.3.

<sup>73</sup> Dok. nr. 16 (2011–2012) s. 193.

<sup>74</sup> Dok. nr. 16 (2011–2012) s. 192-193.

<sup>75</sup> Dok. nr. 16 (2011–2012) s. 193.

<sup>76</sup> Bendiksen og Haugli (2021) s. 57.

vern om den personlige integritet». Denne bestemmelsen gir ikke en individuell rettighet på samme måte som Grl. § 104 tredje ledd.<sup>77</sup>

Barnets rett til omsorg kommer også til uttrykk i Grl. § 104 tredje ledd siste punktum, som slår fast at «*Statens myndigheter skal legge forholdene til rette for barnets utvikling, herunder sikre at barnet får den nødvendige økonomiske, sosiale og helsemessige trygghet, fortrinnsvis i egen familie*». Menneskerettsutvalget har uttalt at formuleringen er ment som en særlig plikt for staten til å sikre de ytre rammer for barnets utvikling «*slik som økonomisk, sosial og helsemessig trygghet*».<sup>78</sup> Utvalget diskuterte om det var overflødig å tilføye at barnet har rett på omsorg fra sin egen familie, ved siden av grunnlovsbestemmelsen om rett til privat- og familieliv.<sup>79</sup> Tillegget «*fortrinnsvis i egen familie*» ble likevel tatt inn i bestemmelsen, og synliggjør at den viktigste bidragsyteren til barnets omsorg er barnets familie.

### **3.1.2 Barnets rett til omsorg etter FNs Barnekonvensjon**

FNs konvensjon om barnets rettigheter ble vedtatt av FNs generalforsamling i 1989 som den første barnespesifikke konvensjonen i verden, rettslig bindende for alle land som ratifiserer den.<sup>80</sup> Avtalen ble ratifisert av Norge i 1991.<sup>81</sup> I kraft av konvensjonen er det opprettet en egen komité, FNs Barnekomité, som skal føre tilsyn med medlemsstatenes implementering av Barnekonvensjonen.<sup>82</sup> I norsk høyesterettspraksis er Barnekomiteens generelle kommentarer om forståelse av konvensjonen blitt tillagt «*stor vekt*».<sup>83</sup>

Barnekonvensjonen oppstiller et særskilt menneskerettslig vern for barn ved å pålegge medlemsstatene plikter for å ivareta barns behov. Barnekomiteen har trukket frem fire bestemmelser i konvensjonen av særlig viktighet og identifisert de som generelle prinsipper.<sup>84</sup>

---

<sup>77</sup> Se ordlyden i Grl. §104 tredje ledd: «barn har rett til».

<sup>78</sup> Dok. nr. 16 (2011–2012) s. 194.

<sup>79</sup> Se Grl. § 102 første ledd; Jf. Dok. nr. 16 (2011–2012) s. 194.

<sup>80</sup> Lucy Smith, «FNs konvensjon om barnets rettigheter», i *Barnekonvensjonen : Barns rettigheter i Norge*, 4. utg. Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.), Universitetsforlaget 2020, s. 19-33 på s. 19. Jf. MrI. § 2 nr. 4, jf. § 3.

<sup>81</sup> Smith (2020) s. 20.

<sup>82</sup> BK art. 43.

<sup>83</sup> Jf. HR-2020-661-S (HR-2020-661-S) avsnitt 80.

<sup>84</sup> Generell kommentar nr. 5, General Comment No. 5 (2003), General measures of implementation for the Convention on the Rights of the Child (UN doc. CRC/GC/2003/5) kap. I nr. 12.

Disse er BK art. 2 om ikke-diskriminering, art. 3 nr. 1 om barnets beste, art. 6 om barnets rett til liv og utvikling og art. 12 om barns rett til å bli hørt.<sup>85</sup>

Det grunnleggende utgangspunkt er BK art. 6, som sier at alle barn har en iboende rett til liv og at staten så langt det er mulig skal sikre barnets «*survival and development*». <sup>86</sup> Barns rett til omsorg ligger implisitt i BK art. 6, som betyr at barns rett til omsorg skal tas i betraktning ved tolkning av bestemmelsene i barnekonvensjonen, på lik linje med de øvrige generelle prinsippene.<sup>87</sup>

Statenes plikt til å sikre barn beskyttelse og omsorg er uttrykkelig slått fast i BK art. 3 nr. 2. Bestemmelsen forplikter statene til å «*ensure the child such protection and care as is necessary for his or her well-being, [...] and, to this end, shall take all appropriate legislative and administrative measures*».

Bestemmelsens ordlyd viser at det ikke er nok at staten sikrer barnet beskyttelse og omsorg; staten skal sikre barn det som er nødvendig for barnets trivsel. Det er ikke nok å sørge for at barnet overlever og vokser opp, barnet skal også ha en god oppvekst, og staten er forpliktet til å treffe alle egnede tiltak for dette formål. Det er enighet i teorien om at denne bestemmelsen også medfører en rett for barnet.<sup>88</sup> Videre viser bestemmelsen også hvordan foreldrenes og statens plikter henger sammen, jf. ordlyden «*taking into account the rights and duties of his or her parents*». Trude Haugli gir som eksempel på dette at staten må sørge for at det finnes

---

<sup>85</sup> Smith (2020) s. 21.

<sup>86</sup> Den norske oversettelsen «overlever og vokser opp» har fått kritikk i juridisk teori da uttrykket ikke i tilstrekkelig grad uttrykker meningen bak det engelsk uttrykket «development», som ellers er oversatt til «utvikling» andre steder i konsesjonsteksten, jf. Elin Saga Kjørholt, «Prinsippet om barnets rett til liv, overlevelse og optimal utvikling», i *Barnekonvensjonen : Barns rettigheter i Norge*, 4. utg. Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.), Universitetsforlaget 2020, s. 79-97 på s. 79.

<sup>87</sup> Generell kommentar nr. 12, General Comment No. 12 (2009), The right of the child to be heard (CRC/C/GC/12) Kap. I nr. 2: "this [...] establishes not only a right in itself, but should also be considered in the interpretation and implementation of all other rights."

<sup>88</sup> NOU 2016: 16 s. 321.

gratis grunntidning til barn, mens foreldrene må sørge for den nødvendige utdanningen i samsvar med barnets beste.<sup>89</sup>

Andre bestemmelser som gir uttrykk for statenes plikt til å sikre barn omsorg er BK art. 23 nr. 2, hvor barn med funksjonsnedsettelse har rett til «*special care*»,<sup>90</sup> BK art. 3 nr. 3 som forplikter statene til å sikre en viss kvalitet i de tjenester som har ansvar for barns omsorg, og BK art. 19 nr. 1 som sier at partene skal treffe tiltak for å beskytte barn mot alle former for vold o.l. Videre stiller art. 24, 26 og 27 opp viktige krav for å sikre barn en god levestandard og helse.

En viktig side av statenes omsorgsplikt er å anerkjenne barnets foreldre som barnets viktigste omsorgspersoner. Etter BK art. 7 har barnet «*the right to know and be cared for by his or her parents*».<sup>91</sup> Ordlyden gjør kun unntak for de tilfeller der det ikke er «*possible*». Altså er det først og fremst statens plikt å legge til rette for at barnet kan få omsorg fra sine foreldre, og barnet har i utgangspunktet rett til beskyttelse mot ulovlig innblanding i sitt familieliv, jf. BK art. 18, 9 nr. 1 og 16. Likevel kan det være nødvendig av hensyn til barnets beste at det skilles fra foreldrene, f.eks. ved mishandling eller vanskjøtsel, jf. art. 9 nr. 2. Her må staten sikre alternativ omsorg for barnet, noe som kan omfatte plassering i fosterhjem, jf. BK art. 20 nr. 1 og nr. 3. Bestemmelsene viser at medlemsstatenes plikt til å sørge for barns omsorg er av sekundær karakter.<sup>92</sup> Videre viser de at barns rett til omsorg er absolutt; hvis ikke foreldrene kan ivareta omsorgen, så må staten gjøre det.

### 3.1.3 Pliktsubjektene for barns rett til omsorg

Det fremgår av Grl. § 92 at «*Statens myndigheter skal respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter*». Det samme følger av BK art. 2 nr. 1, hvor det står at konvensjonsstatene skal «*respect and ensure the rights set forth in the present Convention to*

---

<sup>89</sup> Trude Haugli, «Hensynet til barnets beste», i *Barnekonvensjonen : Barns rettigheter i Norge*, Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.), Universitetsforlaget 2020, s. 55-78 på s. 65.

<sup>90</sup> Norsk oversettelse: «særlig omsorg».

<sup>91</sup> Norsk oversettelse: «så langt det er mulig, rett til å kjenne sine foreldre og få omsorg fra dem».

<sup>92</sup> Kjørholt (2020) s. 94.

*each child [...] without discrimination of any kind*».<sup>93</sup> En liknende bestemmelse er også gitt i EMK art. 1. Dette vil si at staten både har en negativ plikt til å avstå fra å gripe inn i barns rettigheter, og en positiv plikt til å sørge for at barnet får sine rettigheter gjennomført.<sup>94</sup> En samlebetegnelse på disse forpliktelse er *statens sikringsplikt*.

Både Grunnloven og Barnekonvensjonen er bygget på en tanke om at det beste for barnet normalt sett er å vokse opp i egen familie.<sup>95</sup> Dette kalles for det biologiske prinsipp og går ut på at barn i utgangspunktet bør få omsorg fra sine biologiske foreldre.<sup>96</sup> Prinsippet kan blant annet leses ut av bestemmelsene om retten til respekt for privat- og familieliv, i Grl. § 102 første ledd, BK art. 16 og EMK art. 8 nr. 2.

Hva gjelder barns rett til omsorg vil sikringsplikten bety at staten skal respektere utgangspunktet om at foreldrene har primæransvar for barnets oppvekst og utvikling.<sup>97</sup> Videre har sikringsplikten den betydning at der foreldrene ikke sørger for tilstrekkelig omsorg, er staten pålagt en sekundær omsorgsplikt.

Foreldrenes omsorgsplikt følger av barneloven § 30, og er tema i kapittel 3.2. I kapittel 3.3 skal det redegjøres for hvordan statens sekundære omsorgsplikt søkes ivaretatt gjennom barnevernloven.

## **3.2 Omsorgsplikten som del av foreldreansvaret etter Barneloven § 30**

### **3.2.1 Innledning**

Barneloven ble vedtatt i 1981 og regulerer det private forholdet mellom barn og foreldre.<sup>98</sup> Loven utgjorde en samling av dens to forgjengere; Lov om born i ekteskap og Lov om born

---

<sup>93</sup> «Respektere og sikre» i norsk oversettelse av konvensjonsteksten.

<sup>94</sup> Mona Martnes, «Har myndighetene plikt til å hjelpe norske barn i Syria til Norge?» *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål* (2020) nr. 1, s. 42-59, på s. 47.

<sup>95</sup> Se Grl. § 104 tredje ledd siste punktum: "fortrinnsvis i egen familie"; og BK art. 7 nr. 1: "så langt det er mulig, rett til å kjenne sine foreldre og få omsorg fra dem".

<sup>96</sup> NOU 2012: 5 Bedre beskyttelse av barns utvikling. Ekspertutvalgets utredning om det biologiske prinsipp i barnevernet (NOU 2012: 5) s. 15.

<sup>97</sup> Kjørholt (2020) s. 94. Se fremstillingen videre i kap. 3.2.

<sup>98</sup> Bendiksen og Haugli (2021) s. 75.

utanom ekteskap<sup>99</sup>, hvor målet med loven var å få mest mulige felles regler for alle barn uten hensyn til om foreldrene var gift eller ikke.<sup>100</sup> Ved loven avløste man begrepene «foreldremakt» og «foreldremyndighet» med begrepet «foreldreansvar». Denne endringen skulle bidra til en holdningspåvirkning slik at det ble lagt større vekt på barnets rettigheter og foreldrenes plikter. Dette hadde sin bakgrunn i at barnets rett til omsorg og omtanke fra foreldrene i senere tid var kommet sterkere i forgrunnen, og ved en endret begrepsbruk håpet man å forsterke denne utviklingen.<sup>101</sup>

### 3.2.2 Foreldreansvarets positive forpliktelser

Som tidligere nevnt er det i utgangspunktet foreldrene som er barnets primære omsorgsgivere, og dette er understreket i bl. § 30.<sup>102</sup> Bestemmelsen regulerer foreldreansvarets innhold.

Foreldreansvaret består av en omsorgsplikt og en bestemmelsesrett og -plikt, jf. bestemmelsens første ledd første og andre punktum.<sup>103</sup> Sistnevnte vil ikke utdypes særlig da det er omsorgsplikten som utgjør hovedtemaet for dette kapittelet. Likevel må det påpekes at disse to aspekter av foreldreansvaret har flytende grenser, og til dels er overlappende. En stor del av å ha omsorg for et barn innebærer nemlig at man som voksen må ta avgjørelser for barnet, der barnet ikke er i stand til å gjøre det selv eller ikke vet sitt eget beste. Dette skillet vil ikke ha nevneverdig betydning så lenge de med foreldreansvaret utøver omsorgen for barnet. Annerledes er det når omsorgen utøves av noen andre.<sup>104</sup>

Barnets rett til omsorg slik det fremkommer i bl. § 30 er uttrykt på flere måter. I bestemmelsens første ledd første punktum står det at barnet har krav på «*omsut og omtanke*» fra de som har foreldreansvaret. Videre fremkommer det i bestemmelsens andre ledd at de med foreldreansvaret skal sørge for at barnet får «*forsvarleg oppseding og forsyting*», og

---

<sup>99</sup> Lov 21. desember 1956 nr. 9 om born i ekteskap (ektebarnloven); Lov 21. desember 1956 nr. 10 om born utanom ekteskap (uektebarnloven).

<sup>100</sup> Innst. O. nr. 30 (1980-1981) Innstilling fra justiskomiteén om lov om barn og foreldre (Innst. O. nr. 30 (1980-1981)) s. 30.

<sup>101</sup> Innst. O. nr. 30 (1980-1981) s. 7.

<sup>102</sup> NOU 1977: 35 Lov om barn og foreldre (NOU 1977: 35) s. 123.

<sup>103</sup> Bendiksen og Haugli (2021) s. 90.

<sup>104</sup> Slik som situasjonen vil være ved en omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-18, se nærmere om dette i kap. 3.3.3 og 3.3.4.



«*utdanning etter evne og givnad*». Til slutt fremkommer det i tredje ledd at barnet ikke må bli utsatt for vold.

Ordlyden «*omsut og omtanke*» tyder på at det er mer enn barnets fysiske behov som skal ivaretas. Barnet har også krav på at noen faktisk skal bry seg om hen. Bendiksen og Haugli har tolket ordlyden slik at den omfatter «*tilfredsstillelse av barnets behov for kjærlighet, trygghet, oppmerksomhet, stell, pleie, tilsyn, muligheter for lek, hjelp til lekser, stimulering og så videre*».<sup>105</sup> Ifølge forarbeidene er omsorgsplikten særlig omfattende i barnets første leveår, og bestemmelsen er ikke ment å være til hinder for at foreldrene kan være i arbeid, så lenge foreldrene sørger for at barnet får tilstrekkelig omsorg i arbeidstiden av noen andre.<sup>106</sup>

Hva som menes med «*forsvarlig oppseding og forsyting*»<sup>107</sup> er heller ikke nevnt i bl. § 30, men etter forarbeidene er forsørgelse ment som «*det rent praktiske som å sørge for mat, klær, et sted å bo osv. [...]*».<sup>108</sup> Bendiksen og Haugli forklarer oppdragelse som for eksempel «*veiledning i sosial omgang mellom mennesker samt lek og samvær med andre barn*».<sup>109</sup> I samme forarbeid som nevnt er barnets sosiale tilpasning en viktig del av barnets oppdragelse, slik at foreldrene selvsagt kan pålegge barnet oppgaver i familielivet for dette formål.<sup>110</sup>

I tillegg skal de med foreldreansvaret sørge for «*utdanning etter evne og givnad*».<sup>111</sup> I forarbeidene pekes det på at foreldrenes oppgave er «*å stimulere og legge forholdene praktisk til rette for at barnet får den utdanning som passer*».<sup>112</sup>

Bendiksen og Haugli har oppsummert bestemmelsen som at «*omsorgsplikten etter barneloven § 30 går ut på å dekke eller legge til rette for dekning av nødvendige fysiske og psykiske behov hos barnet*».<sup>113</sup>

---

<sup>105</sup> Bendiksen og Haugli (2021) s. 91.

<sup>106</sup> NOU 1977: 35 s. 123.

<sup>107</sup> Oversatt «forsvarlig oppdragelse og forsørgelse», jf. NOU 1977:35NOU 1977: 35 s. 123.

<sup>108</sup> NOU 1977: 35 s. 123.

<sup>109</sup> Bendiksen og Haugli (2021) s. 91.

<sup>110</sup> NOU 1977: 35 s. 123.

<sup>111</sup> Bl. § 30 andre ledd andre punktum.

<sup>112</sup> NOU 1977: 35 123.

<sup>113</sup> Bendiksen og Haugli (2021) s. 91.

Ut fra det som er skissert over må bl. § 30 sies å angi positive plikter for de med foreldreansvaret, til å oppfylle barnets grunnleggende behov. Dersom barnet ikke får oppfylt disse grunnleggende behov så vil det kunne være tale om omsorgssvikt. Bestemmelsen stiller krav til hva de med foreldreansvaret *må* gjøre. Et annet spørsmål er hva de med foreldreansvaret *kan* gjøre?

### 3.2.3 Foreldreansvarets negative avgrensning

Gjennom Grl. kap. E og menneskerettsloven er staten forpliktet til å verne borgerne, herunder barn, mot inngrep i deres grunnleggende rettigheter.<sup>114</sup> Denne plikten innebærer også å verne mennesker mot inngrep fra andre borgere, hvorpå dette gjøres gjennom nasjonal lovgivning. Barneloven § 30 tredje ledd sammenholdt med straffeloven, setter en absolutt grense - et øvre tak - for hva foreldrene i kraft av foreldreansvaret *kan* gjøre mot barnet sitt.<sup>115</sup> På denne måten er foreldreansvaret negativt avgrenset.

Barneloven § 30 tredje ledd sier at barnet *«ikkje må bli utsett for vald eller på anna vis bli handsama slik at den fysiske eller psykiske helsa blir utsett for skade eller fare. Dette gjeld óg når valden brukast som ledd i oppsedinga av barnet. Bruk av vald og skremmande eller plagsam framferd eller annan omsynslaus åtferd overfor barnet er forbode»*.

Ordlyden i bestemmelsen må forstås som både fysisk og psykisk vold. Forarbeidene sier at enhver form for fysisk avstraffelse eller mildere vold i affekt, samt alle måter å *«skade, skremme, ydmyke eller på andre måter krenke barnet uten bruk av fysisk makt»* omfattes av bestemmelsen.<sup>116</sup> I stedet for å gi en uttømmende oversikt over hvilke handlinger som går inn under bestemmelsen påpekte departementet at spørsmålet må søkes løst ved å vurdere handlingens karakter, formål og konteksten den inngår i.<sup>117</sup> I denne forbindelsen må bestemmelsen ses i sammenheng med straffelovens bestemmelser.<sup>118</sup>

---

<sup>114</sup> Se særlig Grl. § 92 og EMK art. 1, BK art. 2 nr. 1, jf. mrl. § 2, jf. § 3.

<sup>115</sup> Vernet borgerne nyter etter straffeloven vil ikke utdypes videre, men av særlig betydning for barn er straffebudene i lovens kap. 24, 25 og 26.

<sup>116</sup> Ot.prp. nr. 104 (2008-2009) Om lov om endringer i barnelova mv. (flytting, delt bosted, samvær, vold mv.) (Ot.prp. nr. 104 (2008-2009)) s. 37 og 39.

<sup>117</sup> Ot.prp. nr. 104 (2008-2009) s. 37 og 38.

<sup>118</sup> Departementet viser særlig til daværende Lov 22. mai 1902 nr. 10 Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven av 1902, strl. 1902) §§ 228, 219 og 229, og §§ 390a, 223, 246 og 247.

Det som er verdt å merke seg er at bestemmelsen er en uttrykkelig presisering om at omsorgsplikten ikke kan påberopes som straffrihetsgrunn for vold eller handlinger som utsetter barnet for skade eller fare, eller handlinger som oppleves som skremmende eller plagsom for barnet.

Historisk har det ikke alltid vært slik. Tidligere lovverket godtok nemlig at foreldrene hadde en refselsesrett overfor barn.<sup>119</sup> Et forbud mot bruk av vold i oppdragelsen kom i 1987, men på tross av dette uttalte Høyesterett i Rt. 2005-1567 at lettere klaps kunne aksepteres dersom det ble gjort i oppdragelsesøyemed.<sup>120</sup> Dette resulterte i den utformingen av bl. § 30 som vi har i dag, som forbyr bruk av vold mot barn, også som ledd i oppdragelsen.<sup>121</sup>

I forarbeidene til bestemmelsen er det likevel understreket at ikke alle inngrep overfor barnet vil rammes av forbudet i bl. § 30 tredje ledd. Som eksempel er det sagt at:

*«Handlinger som er ment å avverge at barnet eller andre skader seg rammes ikke av tredje ledd, så lenge handlingen står i forhold til den faren som skal avverges. Et eksempel vil være å løfte med seg en treåring som har slått seg helt vrang i butikken. Et annet eksempel som kan nevnes er hvor et lite barn går tynnkledd ute i snøen og nekter å komme inn. Det må da være tillatt for foreldrene å bære barnet inn og låse døren.»*<sup>122</sup>

Forarbeidene presiserer at selv om det ikke lenger er lov å bruke fysisk avstraffelse i oppdragelsesøyemed «vil det naturligvis ikke si at foreldrene ikke har rett til å sette grenser for sine barn. Tvert imot vil foreldrene ha en rett og plikt til å ta omsorg for sine barn, og dette innebærer å sette grenser».<sup>123</sup> Videre sies det at det er vanskelig å presisere hvor grensen for slik maktbruk går, men at der situasjonen kan løses med lempeligere midler så vil det være forbudt å anvende fysisk tvang eller makt overfor barnet.<sup>124</sup> En slik presisering av hvor grensen for straffbar og tillatt maktbruk mot barn går vil ikke forsøkes skissert i denne

---

<sup>119</sup> Bendiksen og Haugli (2021) s. 100.

<sup>120</sup> Rt. 2005 s. 1567 (Rt. 2005 s. 1567) avsnitt 24.

<sup>121</sup> Bendiksen og Haugli (2021) s. 100.

<sup>122</sup> Ot.prp. nr. 104 (2008-2009) s. 72.

<sup>123</sup> Ot.prp. nr. 104 (2008-2009) s. 38.

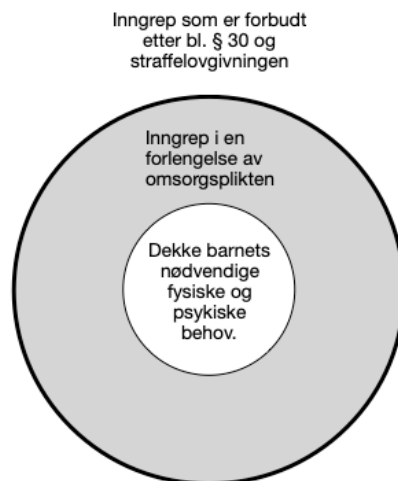
<sup>124</sup> Ot.prp. nr. 104 (2008-2009) s. 38.

avhandlingen. Det sentrale for denne oppgaven er at det synes å være en gråsoner mellom det omsorgsplikten direkte krever av foreldrene, og de handlinger som lovverket forbyr.

I denne gråsonen befinner det seg inngrep som ikke er utøvelse av omsorg i direkte forstand, som utgjør inngrep overfor barnet, som vi likevel tillater uten begrensning av bl. § 30 og straffelovgivningen. Eksempelet nevnt overfor, om å løfte med seg barnet inn og låse døren, er her relevant. Dette utgjør i realiteten en frihetsberøvelse.<sup>125</sup> Et spørsmål er om et slikt inngrep må anses straffefritt gjennom foreldrenes omsorgsplikt etter bl. § 30, eller om inngrepshjemmel følger av annet ulovfestet rettsgrunnlag?

Basert på de kilder som er presentert tidligere vil jeg argumentere for at inngrepshjemmel for barnets foreldre følger av en utvidende tolkning av omsorgsplikten i bl. § 30. Selv om dette i utgangspunktet faller utenfor oppgaven er det av betydning for videre fremstilling å presisere at foreldrenes inngrepsrett, som følge av en utvidende tolkning av bl. § 30, ikke er problematisk da bestemmelsen regulerer det private forholdet mellom barn og foreldre.<sup>126</sup> Med andre ord; foreldrenes inngrep overfor barnet er ikke myndighetsinngrep som er betinget av hjemmel i lov, jf. Grl. § 113.

Omsorgsplikten etter bl. § 30 kan uttrykkes med følgende figur:



---

<sup>125</sup> Strl. § 254.

<sup>126</sup> Bendiksen og Haugli (2021) s. 75.

Det innerste, hvite feltet symboliserer kjernen av omsorgsplikten. Denne består i dekning av barnets nødvendige fysiske og psykiske behov, slik som behovet for mat, klær, bosted, samt kjærlighet, trygghet, oppmerksomhet, stell, stimulering, sosial oppdragelse, utdanning osv. Dette er plikter som foreldrene er pålagt å gjøre. En manglende dekning av disse grunnleggende behov kan føre til vedtak om omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-12.<sup>127</sup>

Den ytterste, svarte sirkelen markerer omsorgsplikten ytre grenser. Utenfor sirkelen, og dermed utenfor omsorgsplikten, plasseres bruk av vold og andre straffbare handlinger. Dette er inngrep foreldrene er avskåret fra å gjøre, uansett formål med handlingen.

Mellom de ovennevnte to ytterpunkter eksisterer det et grått felt som symboliserer ikke-straffbare inngrep, som kan sies å være en naturlig forlengelse av omsorgsplikten i bl. § 30. Dette er ikke handlinger foreldrene er pliktig å gjøre, og heller ikke inngrep foreldrene er avskåret fra å gjøre, men inngrep foreldrene *kan* gjøre. I dette feltet inngår alminnelig grensesetting og en viss fysisk maktbruk som utøves i omsorgsøyemed.<sup>128</sup>

Poenget med figuren er å vise at det ikke er helt avklart hva slags inngrepsrett som ligger i omsorgsplikten, slik den følger av bl. § 30. Likevel er det klart at bl. § 30 og straffelovgivningen oppstiller en absolutt grense for hva som er lovlig.

### **3.3 Statens subsidiære omsorgsplikt etter Barnevernloven**

#### **3.3.1 Innledning**

Statens sekundære omsorgsplikt er søkt oppfylt gjennom barnevernloven. Barnevernloven trådte i kraft 1. januar 1993 og gjelder for barn under 18 år som har opphold i riket.<sup>129</sup>

Formålet bak loven er å «sikre at barn og unge som lever under forhold som kan skade deres helse og utvikling, får nødvendig hjelp, omsorg og beskyttelse til rett tid».<sup>130</sup>

Loven pålegger barneverntjenesten et ansvar for å sette i verk tiltak når det er nødvendig på grunn av barnets omsorgssituasjon eller for å forebygge omsorgssvikt og atferdsvansker.<sup>131</sup>

---

<sup>127</sup> Se første ledd bokstav a., jf. andre ledd.

<sup>128</sup> Jf. uttalelsen i Ot.prp. nr. 104 (2008-2009) s. 38.

<sup>129</sup> Bl. §§ 1-2 og 1-3.

<sup>130</sup> Jf. Bvl. § 1-1.

<sup>131</sup> Bvl. § 3-1 tredje og fjerde ledd.

De tiltak som loven hjemler er listet opp i loves kapittel 4.<sup>132</sup> Ved inntakelse av bvl. § 1-5 er det nå også klart at loven hjemler en tilsvarende rettighet for barn til å motta nødvendige tiltak etter loven.<sup>133</sup>

Bakgrunnen for de drøftelser som skal foretas i det følgende er at det er skjedd en omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-12. Først vil det gis en oversikt over hvordan en sak om omsorgsovertakelse skjer, før det deretter vil gis en fremstilling av hvordan ansvaret for barnets omsorg blir fordelt etter en omsorgsovertakelse, og hvilken myndighet fosterforeldrene har til å gjøre inngrep overfor barnet.

### **3.3.2 Når kan det gjøres vedtak om å overta omsorgen for et barn?**

Barnevernloven § 4-12 inneholder hovedregelen om når fylkesnemnda kan treffe vedtak om omsorgsovertakelse. For det første må et av alternativene i første ledd bokstav a. til d. være oppfylt. Her nevnes blant annet mangler ved omsorg, behandling, opplæring, at barnet blir mishandlet eller utsatt for overgrep, eller at det er overveiende sannsynlig at barnet kan bli alvorlig skadet i fremtiden. Videre må vedtak om omsorgsovertakelse være «nødvendig», og kan derfor ikke settes i gang dersom situasjonen kan avhjelpes med mindre inngripende tiltak, jf. andre ledd.

Dersom vilkårene i § 4-12 ikke er oppfylt kan det likevel treffes vedtak om omsorgsovertakelse dersom barnet har vært plassert utenfor hjemmet i mer enn to år, og barnet har etablert en slik tilknytning til der det er at man antar flytting vil føre til alvorlige problemer for barnet, jf. § 4-8 tredje ledd.

Et vedtak om omsorgsovertakelse skal settes i verk så snart som mulig, og barnet skal da plasseres i fosterhjem, institusjon, opplærings- eller behandlingsinstitusjon eller i omsorgssenter for mindreårige, jf. § 4-13 første ledd og § 4-14 bokstav a. til d. Det er plassering i fosterhjem som er av betydning for oppgaven her.

---

<sup>132</sup> Se nærmere om dette i kap. 3.3.2.

<sup>133</sup> Tilføyd ved Endringslov nr. 5/2018.

### 3.3.3 Ansvar for omsorgen i foreldrenes sted - Skillet mellom foreldreansvar, omsorg og daglig omsorg

Når det gjøres et vedtak om omsorgsovertakelse skjer det en fordeling av ansvar mellom foreldrene, barnevernet og fosterforeldrene. Denne ansvarsfordelingen gjør at det oppstår en del avgrensingsproblemer i praksis. Tema for dette delkapittelet er å gi en oversikt over hvilke rettigheter og plikter som tillegges barnevernet og fosterforeldrene ved en omsorgsovertakelse, og hva slags resterende rettigheter og plikter som fortsatt hører til foreldreansvaret. Dette har betydning for å kartlegge hvilken myndighet fosterforeldrene har til å gjøre inngrep overfor fosterhjemsbarnet, noe som skal behandles i neste kapittel.<sup>134</sup>

Det er bvl. § 4-18 som regulerer hvordan omsorgen for barnet skal utøves i foreldrenes sted. Bestemmelsen slår fast at når et vedtak om omsorgsovertakelse blir satt i verk går *omsorgen* over på barnevernet, og at fosterforeldrene skal utøve den *daglige omsorg* på vegne av barnevernet, jf. første ledd første og andre punktum. Bestemmelsen lest i sammenheng med bvl. § 4-20 og bl. § 30, viser at barnets foreldre fortsatt beholder *en del* av foreldreansvaret etter en omsorgsovertakelse.<sup>135</sup>

En omsorgsovertakelse innebærer en faktisk flytting av barnet.<sup>136</sup> Dette gjør at den omsorgsplikt som hører til foreldreansvaret etter bl. § 30, begrenses. De med foreldreansvaret vil ikke lenger ha plikt til å gi barnet omsorg og omtanke, og forsvarlig oppdragelse og forsørgelse, da de ikke bor sammen med barnet. Med andre ord; det vil ikke lenger høre til foreldreansvaret å sørge for barnets fysiske og psykiske behov i det daglige.<sup>137</sup> Men omsorgsplikten vil ikke begrenses fullstendig, da de med foreldreansvaret fortsatt vil ha plikt til å gi barnet omsorg ved samvær, og plikt til økonomisk forsørgelse.<sup>138</sup>

Selv om det er omsorgen for barnet som blir overdratt etter bvl. § 4-18, så vil dette også omfatte en viss bestemmelsesrett.<sup>139</sup> Dette fører til at foreldrenes bestemmelsesrett blir

---

<sup>134</sup> Se kap. 3.3.4.

<sup>135</sup> Jf. bvl. § 4-20 første ledd som sier at fylkesnemnda kan vedta at foreldreansvaret *i sin helhet* skal fratras foreldrene, etter en omsorgsovertakelse.

<sup>136</sup> Jf. Bvl. § 4-14.

<sup>137</sup> Bendiksen og Haugli (2021) s. 264.

<sup>138</sup> Se bl. § 42 og bvl. § 4-19, og § 9-2, jf. Bendiksen og Haugli (2021) s. 264.

<sup>139</sup> Bendiksen og Haugli (2021) s. 264. Se også tidligere fremstilling i kap. 3.2.2 hvor det ble slått fast at omsorg omfatter en rett og plikt til å ta avgjørelser for barnet.

tilsvarende begrenset. Spørsmål av mer vesentlig karakter er fortsatt tillagt foreldreansvaret, slik som samtykke til adopsjon, jf. adopsjonsloven § 10.<sup>140</sup> Videre vil også valg av skole, utdanning og religiøse spørsmål høre til foreldreansvaret.<sup>141</sup>

Ved en omsorgsovertakelse «går omsorgen over på barneverntjenesten». Ordlyden *går over* tilsier at barnevernet kun overtar deler av den omsorgen som opprinnelig hører til foreldreansvaret. Dette vil si at rettskildene som definerer omsorg i tilknytning til foreldreansvaret også vil ha betydning for forståelsen av bvl. § 4-18. Barnevernet overtar dermed plikten til å oppfylle barnets grunnleggende fysiske og psykiske behov. I tillegg overtar barnevernet en viss bestemmelsesrett. Dette vil omfatte spørsmål om barnet skal bo hos noen andre enn fosterforeldrene og besøk av lengre varighet.<sup>142</sup>

Det er altså barnevernet som overtar den omsorgsplikt som egentlig hører til foreldreansvaret. I følge bvl. § 4-18 andre ledd andre punktum er det imidlertid fosterforeldrene som skal «*utøve den daglige omsorgen*» på vegne av barnevernet. Hva som ligger i «*den daglige omsorg*» er ikke definert i loven, men begrepet brukes ofte synonymt med «fast bosted».<sup>143</sup> Grunnen til dette er at barnet bor hos fosterforeldrene.<sup>144</sup> Den plikten barnevernet har til å dekke barnets fysiske og psykiske behov, er det altså fosterforeldrene som skal oppfylle på vegne av barnevernet.

En forutsetning for at fosterforeldrene skal utøve den daglige omsorgen på en tilfredsstillende måte, er at de i tillegg må ha mulighet til å ta dagligdagse avgjørelser for barnet.<sup>145</sup> I forarbeidene er det sagt at spørsmål om generell oppdragelse, oppfølging i forhold til skole,

---

<sup>140</sup> Bendiksen og Haugli (2021) s. 265.

<sup>141</sup> Innst. O. nr. 80 (1991-1992) Innstilling fra forbruker- og administrasjonskomiteen om lov om barneverntjenester (barnevernloven) (Innst. O. nr. 80 (1991-1992)) s. 26.

<sup>142</sup> Jf. Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) Om lov om barneverntjenester (Ot.prp. nr. 44 (1991-1992)) s. 112. I proposisjonen blir også valg av utdanning sagt å høre under barnevernet. Proposisjonen inneholdt imidlertid forslag om at barnevernet skulle overta foreldreansvaret i sin helhet. Dette fikk ikke tilslutning i komitebehandlingen, hvor det også ble uttrykkelig sagt at valg av skole og utdanning hører til foreldreansvaret, jf. Innst. O. nr. 80 (1991-1992) s. 26.

<sup>143</sup> Bendiksen og Haugli (2021) s. 79.

<sup>144</sup> Bvl. § 4-14 første ledd bokstav a., jf. § 4-12.

<sup>145</sup> Bendiksen og Haugli (2021) s. 265.



nødvendige tiltak ved sykdom og spørsmål om plassering i barnehage er spørsmål som hører under den daglige omsorg.<sup>146</sup>

Ifølge bvl. § 4-18 første ledd tredje punktum kan barnevernet bestemme at fosterforeldrene også kan avgjøre andre spørsmål enn det som gjelder den daglige omsorgen. Det legges til grunn at barnevernet kan gi fosterforeldrene større avgjørelsesmyndighet, men likevel ikke mer avgjørelsesmyndighet enn barnevernet selv besitter i kraft av å ha «omsorgen» for barnet.

### **3.3.4 Hvilken myndighet har fosterforeldrene til å gjøre inngrep overfor fosterhjemsbarn?**

Som fremstillingen over viser gir lovforarbeidene og juridisk teori en viss veiledning i hva som ligger i de ulike pliktsubjektene ansvar for barnets omsorg, etter bvl. § 4-18. Denne oppramsingen er langt fra uttømmende. Fosterhjemsutvalget har pekt på at dette kan skape avgrensingsproblemer i praksis, både med tanken på *«hvor langt oppdragelsen eller fosterforeldres grensesetting kan gå, og hva slags begrensninger fosterforeldre kan utøve overfor barnet»*.<sup>147</sup>

Det er tidligere vist at omsorgsplikten som følger av forelderansvaret omfatter både en rett og plikt til å sette grenser for barn, og i noen tilfeller også bruk av fysisk makt.<sup>148</sup> Likevel er det er uklart hvor langt retten til slik maktbruk går som følger av foreldreansvaret.

I NOU 2016:16 la Barnevernlovutvalget til grunn at alminnelig grensesetting hører naturlig inn under daglig omsorg, og at dette vil være tillatt i fosterhjem på samme måte som i andre hjem.<sup>149</sup>

I NOU 2018:18 uttaler Fosterhjemsutvalget at fosterforeldrene *«har rett og plikt til å ta avgjørelser angående den daglige omsorgen for barnet, også når det innebærer grensesetting eller en viss bruk av tvang»*. Som eksempel viser utvalget til at fosterforeldrene har *«adgang til å nekte besøk på upassende tidspunkter, nekte kontakt med personer hvor kontakten åpenbart vil være til skade eller fare for barnet, hente barn hjem etter rømming fra fosterhjemmet eller å begrense tidsbruken på sosiale medier av hensyn til barnets egen*

---

<sup>146</sup> Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 112.

<sup>147</sup> NOU 2018: 18 s. 41.

<sup>148</sup> Jf. Ot.prp. nr. 104 (2008-2009) s. 38.

<sup>149</sup> NOU 2016: 16 s. 211.

*velferd*».<sup>150</sup> Fosterhjemsutvalget gikk her ganske langt i å tillegge fosterforeldrene en rett til å gjøre inngrep i kraft av den daglige omsorgen.

Saken i HR-2020-1967-A gjaldt tolkningen av bvl. § 4-19. Bestemmelsen gir hjemmel for å begrense adgangen til samvær mellom barnet og dets biologiske familie. Spørsmålet for Høyesterett var om bestemmelsen også ga hjemmel til å begrense kontakt over telefon og annen digital kontakt. Hva gjelder fosterforeldrenes adgang til å regulere telefon og nettbruk uttalte Høyesterett: *«Det er fosterforeldrene som i dag har den daglige omsorgen [...] etter barnevernloven § 4-18. Det betyr at de har myndighet til å bestemme over ham i daglige gjøremål på samme måte som om de var hans foreldre [...]. Fosterforeldrene må, som ledd i den daglige omsorgen for barnet, kunne sette grenser for bruken av sosiale medier og nettspill, og håndheve de aldersgrensene som gjelder for slik bruk»*. Høyesterett påpekte videre at gutten ikke var nådd aldersgrensen for bruk av sosiale medier.<sup>151</sup>

I forslag til ny barnevernslov uttalte departementet i sin fremstilling av gjeldende rett at *«Fosterforeldre har rett og plikt til å utøve grensesetting innenfor det som følger av at de utøver omsorgsansvaret for barnet»*.<sup>152</sup>

Det synes altså klart forutsatt i forarbeidene at fosterforeldrenes utøvelse av daglig omsorg etter bvl. § 4-18 omfatter en rett til alminnelig grensesetting og en viss bruk av tvang. Det som imidlertid kompliserer fosterforeldrenes adgang til å gjøre inngrep er at de utøver omsorg på vegne av barnevernet, som er et myndighetsorgan.

Det som kjennetegner statlige myndigheters rett til å gjøre inngrep overfor borgerne er at slik kompetanse må være positivt angitt i loven.<sup>153</sup> Det vil si at fosterforeldrenes rett til å gjøre inngrep overfor fosterhjemsbarn på barnevernets vegne, må ha hjemmel i lov for å være et lovlig inngrep. Dette i motsetning til inngrepsretten som følger av foreldreansvaret, som er negativt avgrenset gjennom bl. § 30 og straffelovgivningen.

---

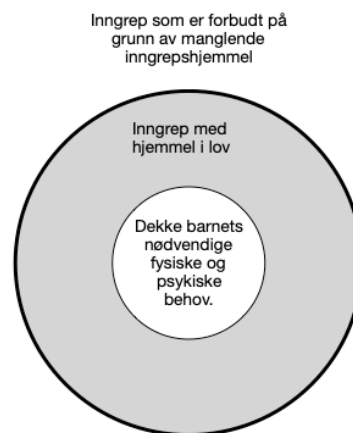
<sup>150</sup> NOU 2018: 18 s. 41.

<sup>151</sup> HR-2020-1967-A (HR-2020-1967-A) avsnitt 55 og 56.

<sup>152</sup> Prop.133 L (2020-2021) s. 296-297.

<sup>153</sup> Jf. tidligere fremstilling i kap. 2.

På denne bakgrunn kan fosterforeldrenes rett til å gjøre inngrep på barnevernets vegne etter bvl. § 4-18 første ledd, uttrykkes med følgende figur:



I likhet med figuren i kapittel 3.2.3 symboliserer det innerste, hvite feltet kjernen av omsorgsplikten. Denne består i dekning av barnets nødvendige fysiske og psykiske behov.

Det grå feltet utenfor den hvite sirkelen markerer inngrep og maktbruk som fosterforeldrene har rett til å utføre som ledd i den daglige omsorg, med hjemmel i lov. Inn under dette feltet faller altså alminnelig grensesetting og bruk av tvang.

Den ytterste, svarte sirkelen markerer de ytre grensene for barnevernets, og herunder fosterforeldrenes handlefrihet. Området utenfor den svarte sirkelen markerer inngrep som er forbudt på bakgrunn av manglende hjemmel i lov, jf. GrL. § 113. Inngrep som faller utenfor denne svarte sirkelen, er omtalt som myndighetsoverskridelse.<sup>154</sup> Utenfor denne sirkelen faller naturligvis også de inngrep som er gjort forbudt gjennom bl. § 30 og straffelovgivningen. For at slike inngrep skal være lovlig kreves hjemmel i lovvedtak på samme nivå eller høyere, som gjør unntak fra forbudet.

I NOU 2018:18 uttalte Fosterhjemsutvalget at det i dag ikke er noen «formelle krav om lovhjemmel for bruk av tvang i fosterhjem».<sup>155</sup> Dette stemmer ikke. Som sagt oppstiller GrL. §

---

<sup>154</sup> Eckhoff og Smith (2018) s. 362.

<sup>155</sup> NOU 2018: 18 s. 41.

113 krav om grunnlag i lov, ved barnevernets og herunder fosterforeldrenes inngrep overfor fosterhjemsbarn.

## **4 Gir bvl. § 4-18 tilstrekkelig hjemmel for å gjøre inngrep overfor fosterhjemsbarn?**

### **4.1 Innledning**

Tidligere er det redegjort for at fosterforeldre må regnes som utøver av offentlig *myndighet*, og at bruk av tvang og fysisk makt utgjør *inngrep*. Når disse vilkår er oppfylt, oppstiller Grl. § 113 et krav om grunnlag i lov.

Spørsmålet videre er om barnevernets og herunder fosterforeldrenes omsorgsplikt slik den er definert i bvl. § 4-18 første ledd, utgjør tilstrekkelig hjemmel for inngrep overfor fosterhjemsbarn.

Spørsmålet er altså om bvl. § 4-18 oppfyller lovkravet i Grl. § 113, og *ikke* om et bestemt inngrep har hjemmel i lov. Da oppgaven mangler tilknytning til en konkret definert inngrepssituasjon, vil vurderingen i dette kapittelet bli av en mer teoretisk karakter. Jeg vil først gi en fremstilling av hvilke krav som stilles til lovhjemmel etter legalitetsprinsippet, og deretter vurdere om omsorgsplikten slik den er uttrykt i bvl. § 4-18 første ledd, oppfyller disse krav.

### **4.2 Krav til lovhjemmel**

Av Grl. § 113 fremgår det at «*Myndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov*». Det er bare hjemmel i formell lov som aksepteres etter Grl. § 113.<sup>156</sup> Et tilsvarende lovkrav fremkommer også av EMK art. 8 nr. 2 som sier at inngrep i retten til privatliv må være «*in accordance with the law*». Lovkravet etter Grl. § 113 er imidlertid strengere da EMK også aksepterer hjemmel i uskreven rett.<sup>157</sup>

Ifølge formuleringen «må» ha grunnlag i lov, later kravet til lovhjemmel å være et absolutt krav, og bestemmelsens ordlyd oppstiller heller ingen unntak fra denne hovedregelen. Dette fremheves også i forarbeidene til Grunnloven som sier at legalitetsprinsippet er «[...] *et*

---

<sup>156</sup> Dok. nr. 16 (2011–2012) s. 247; og Aall (2018) s. 115.

<sup>157</sup> Aall (2018) s. 115-116.

*absolutt krav om at lovhjemmel må foreligge før det kan gjøres inngrep i den enkeltes rettsfære».*<sup>158</sup>

Selv om inngrepet har hjemmel i formell lov så må også «*lovhjemmelen oppfylle visse krav til klarhet- den må være så tilgjengelig og så presis som forholdene tillater [...]».*<sup>159</sup> Det kreves altså at hjemmelen er av en viss kvalitet. Her har Høyesterett tatt inn EMK-rettens kvalitetskrav, som et supplement til det norske kravet om hjemmel i formell lov.<sup>160</sup> Om hjemmelen oppfyller disse krav til kvalitet må avgjøres på bakgrunn av en tolkning.

Høyesterett har formulert utgangspunktet for tolkningen slik:

*«[...] lovens ordlyd står sentralt ved tolkningen. Men tolkningstvil må løses ut fra hva som er best i samsvar med en avveining av samtlige rettskildefaktorer og som sikrer tilstrekkelig klarhet og forutsigbarhet for borgerne.»*<sup>161</sup>

Vurderingstemaet er altså om løsningen sikrer tilstrekkelig klarhet og forutsigbarhet for borgeren, som i dette tilfellet er barn.<sup>162</sup> Hva som er «tilstrekkelig» må avgjøres ut fra en «*nærmere, konkret vurdering som kan avhenge blant annet av hvilket område en befinner seg på, arten av inngrepet, hvordan det rammer og hvor tyngende det er overfor den som rammes».*<sup>163</sup>

Videre har Høyesterett også sagt at samfunnsutviklingen kan være av betydning for hjemmelsspørsmålet, slik at «*[...]inngrep som ikke var aktuelle da loven ble gitt, likevel kan ha hjemmel i dag».*<sup>164</sup>

Både Grunnloven § 104 andre ledd og Barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 slår fast at ved alle handlinger som berører barn skal barnets beste være et grunnleggende hensyn. Da

---

<sup>158</sup> Dok. nr. 16 (2011–2012) s. 248.

<sup>159</sup> Jf. HR-2020-1967-A avsnitt 35, hvor det vises til; Rt. 2014 s. 1105 (Rt. 2014 s. 1105) avsnitt 30.

<sup>160</sup> Jf. Aall (2018) s. 145.

<sup>161</sup> HR-2020-1967-A avsnitt 37.

<sup>162</sup> Anine Kierulf, *Norsk Lovkommentar: Grunnloven § 113*, Rettsdata.no 2018, note 256D ii) (Lest 11. april 2022).

<sup>163</sup> Rt. 1995 s. 530 (Rt. 1995 s. 530) s. 537; jf. Kierulf (2018) note 256D ii).

<sup>164</sup> HR-2020-1967-A avsnitt 38.

fosterforeldrenes inngrep er rettet mot fosterhjemsbarn, vil også prinsippet om barnets beste være et moment i vurderingen av om inngrepshjemmelen er tilstrekkelig klar.

### 4.3 Ordlyden i bvl. § 4-18

Utgangspunktet for tolkningen er ordlyden i bvl. § 4-18. Bestemmelsens første ledd lyder:

*«Når et vedtak etter § 4-12, jf. § 4-8 annet og tredje ledd, blir satt i verk, går omsorgen over på barneverntjenesten. På vegne av barneverntjenesten skal fosterforeldre eller den institusjon der barnet bor, utøve den daglige omsorg. Barneverntjenesten kan bestemme at fosterforeldrene eller den institusjon der barnet bor, også skal avgjøre andre spørsmål enn de som gjelder den daglige omsorg.»*

Bestemmelsen nevner ikke direkte barnevernets eller fosterforeldrenes rett til å gjøre inngrep overfor fosterhjemsbarnet. Spørsmålet er derfor om ordlyden «omsorg» og «daglig omsorg», må sies å hjemle en rett til å gjøre inngrep.

Ordlyden «omsorg» vil etter en naturlig språklig forståelse være å ivareta barnets fysiske og psykiske behov. Å vise omsorg for et barn er å passe på barnet, og gi barnet det det trenger. Begrepet «daglig omsorg» må forstås likt. Ordlyden har ingen åpenbar forbindelse til inngrep.

Det er lagt til grunn i forarbeidene til bl. § 30 at omsorgsplikten som følger av foreldreansvaret også «innebærer å sette grenser».<sup>165</sup> Det synes også forutsatt i forarbeidene til ny barnevernslov at fosterforeldrenes utøvelse av daglig omsorg etter bvl. § 4-18, omfatter en rett til alminnelig grensesetting og en viss bruk av tvang.<sup>166</sup> En tolkning av begrepene «omsorg», og herunder «daglig omsorg», slik at de også omfatter en inngrepsadgang, utgjør en utvidende tolkning av bestemmelsen.

På den andre siden er ordlyden i bvl. § 4-18 også rettet mot «institusjon der barnet bor». Bruk av tvang på institusjon er regulert gjennom Rettighetsforskriften, jf. bvl. § 5-9 fjerde ledd. Lovgiver har gjennom bvl. § 5-9 bestemt at tvangsbruk overfor institusjonsbarn kun er tillatt i de spesifikke tilfeller som er angitt i forskriften §§ 12 til 20. Dette taler for at lovgiver ikke har ment at «omsorg» og «daglig omsorg» i bvl. § 4-18 skal forstås som en rett til å gjøre

---

<sup>165</sup> Se tidligere fremstilling i kap. 3.2.3.

<sup>166</sup> Se tidligere fremstilling i kap. 3.3.4.

inngrep, men at en eventuell inngrepsrett må reguleres særskilt i de tilfeller det skal være tillatt.

Ordlyden i bvl. § 4-18 gir altså rom for ulike tolkninger. Da ordlyden verken utelukker eller direkte slår fast en inngrepsadgang, må også andre momenter trekkes inn i vurderingen av om bvl. § 4-18 oppfyller lovkravet.

#### **4.3.1 Hvor klar må hjemmelen være for å gjøre inngrep overfor fosterhjemsbarn?**

Klarhetskravet som Høyesterett har oppstilt i praksis tilsier, som sagt, at inngrepshjemmelen skal være så tilgjengelig og presis som forholdene tillater.

Jørgen Aall har omtalt det som et anerkjent prinsipp at inngrepshjemler ikke rekker lengre enn det som faller innenfor den naturlige forståelsen av ordlyden. Videre; at hensynet til rettssikkerhet kan tale for at inngrepsbestemmelser bør tolkes snevert, men at det ikke er sikkert dette kan legges til grunn som et generelt prinsipp.<sup>167</sup> På denne bakgrunn kan det spørres om det må stilles strengere krav til presis lovhjemmel når det er barn som er adressat for inngrepet?

I forarbeidene til Grunnlovens § 104 er det sagt at barn er særlig utsatt for overgrep og lignende, på grunn av sin avhengighet til voksne.<sup>168</sup> I forbindelse med en tidligere endring i barnevernloven foreslo departementet en klargjøring i lovverket som skulle tydeliggjøre at barns integritet er vernet på en like god måte som for voksne. I denne forbindelse uttalte departementet:

*«På grunn av barns sårbarhet og det uproporsjonale forholdet det er mellom barn og foreldre i makt og styrkeforhold, bør barn ha et bedre vern enn voksne mot krenkelser. I forholdet mellom foreldre og barn er det i tillegg et spesielt tillits- og avhengighetsforhold som gjør barna særlig sårbare for krenkelser.»<sup>169</sup>*

Forslaget var ment å klargjøre at alle former for vold mot barn er forbudt. Likevel peker proposisjonen på den sentrale forskjellen i styrkeforhold mellom barn og foreldre, og videre at

---

<sup>167</sup> Aall (2018) s. 140-141.

<sup>168</sup> Dok. nr. 16 (2011–2012) s. 193.

<sup>169</sup> Ot.prp. nr. 104 (2008-2009) s. 36.

barns avhengighet til voksne gjør de særlig sårbar. Dette faktum har overføringsverdi til forholdet mellom fosterbarn og fosterforeldre.

Barn som har rett på hjelpetiltak etter barnevernloven, har normalt opplevd en utilfredsstillende omsorgssituasjon i hjemmet.<sup>170</sup> Etter bvl. § 4-12 er vilkårene for å overta omsorgen for et barn, at barnet har det så dårlig hjemme at barnevernet og fylkesnemnda vurderer det som «nødvendig» å overta omsorgen.<sup>171</sup> Ved et slikt vedtak flyttes barnet ut av sitt hjem, noe som går på bekostning av barnets rett til privat og familieliv. Den tyngende bakgrunnen disse barna normalt sett har, taler for en særlig påpasselighet dersom man skal utsette disse barna for ytterligere inngrep.

Departementet uttalte i samme proposisjon at atferd som er rettet mot barn normalt vil senke terskelen for hva som rammes av forbudet i bl. § 30. I forbindelse med hvor grensen for ulovlig maktbruk går etter bestemmelsen ble det videre uttalt at «det er viktig å understreke at det på grunn av barns særlige sårbare situasjon må stilles strenge krav».<sup>172</sup> Uttalelsen viser at det skal mindre til for at inngrep rettet mot barn regnes som ulovlig.

Bufetat avga høringssvar til Barnelovutvalget i forbindelse med den ovennevnte lovendringen i bl. § 30. Bufetat har ansvar for rekruttering og formidling av fosterhjem, samt grunnleggende opplæring til fosterforeldrene.<sup>173</sup> Det er klart at etaten sitter på verdifull kunnskap hva gjelder fosterhjemsordningen i Norge i dag. Om endringen i bl. § 30 uttalte Bufetat: *«fosterforeldre og ansatte på en barneverninstitusjon eller et omsorgssenter har ikke større rett til å bruke tvang eller makt overfor barnet enn det foreldrene har. Det må tvert i mot stilles strengere krav til opptreden fra personalet på et omsorgssenter/barneverninstitusjon og fosterforeldrene enn til barnets foreldre»*.<sup>174</sup>

I prop. 133 L (2020-2021) uttalte departementet noe lignende, men da kun rettet mot barn på institusjon. Departementet uttalte at disse barna *«utgjør en særlig sårbar gruppe som er*

---

<sup>170</sup> Bvl. § 4-4.

<sup>171</sup> Bvl. § 4-12 andre ledd.

<sup>172</sup> Ot.prp. nr. 104 (2008-2009) s. 38.

<sup>173</sup> Fosterhjemsforskriften § 2.

<sup>174</sup> Ot.prp. nr. 104 (2008-2009) s. 35.



*avhengig av voksnes omsorg. Dette medfører ekstra strenge krav til at lovhjemmel om bruk av tvang og andre inngrep overfor denne gruppen, må være forståelig og forutsigbar».*<sup>175</sup>

Bufetats hørings svar taler for at departementets uttalelse i proposisjonen, har en overføringsverdi til fosterhjem, selv om fosterhjem ikke var uttrykkelig nevnt. Det faktum at både institusjonen og fosterforeldrene utleder sitt omsorgsansvar fra samme bestemmelse (bvl. § 4-18 første ledd), taler også for dette.

Uttalelsene slår fast at det bør eksistere mindre rom for skjønn for fosterforeldre og personale på institusjon, hva gjelder adgangen til å gjøre inngrep overfor barn. Fosterforeldre og institusjonspersonale utøver omsorg på vegne av offentlige myndigheter. Dette betyr skjerpede krav til opptreden. For personale ved barnevernsinstitusjon er dette regulert gjennom Rettighetsforskriften, som eksplisitt og uttømmende regulerer personalets rett til å gjøre inngrep overfor institusjonsbarnet.<sup>176</sup> Det finnes ingen tilsvarende klare, definerte rammer for fosterforeldrenes rett til å gjøre inngrep overfor fosterhjemsbarn. Dette medfører i realiteten en dårligere rettssikkerhet for fosterhjemsbarn. For hvordan kan det sikres at fosterforeldrene opptrer rettmessig i praksis når det ikke finnes *klare* reguleringer av inngrepsadgangen, i lov?

Dette, sammenholdt med barns avhengighet til voksne og sårbarhet for krenkelser, samt at fosterhjemsbarn gjerne kommer med bagasje som gjør at de har et særlig behov for trygghet; taler for en snevrere tolkning av inngrepshjemmelen.

#### **4.3.2 Arten av inngrepet og dets tyngde**

Det er allerede avklart i kapittel 2.3.2 at de inngrep det her er tale om; bruk av tvang og fysisk makt, oppfyller vilkåret om at det må foreligge et «inngrep» i Grl. § 113. Selve arten av inngrepet vil videre ha betydning for kravene til tilgjengelighet og presisjon som stilles til lovhjemmelen. Jo mer alvorlig inngrepet er, jo klarere hjemmel kreves.<sup>177</sup> I tillegg til at arten av inngrepet kan få betydning for hjemmelsvurderingen, må det også tas hensyn til hvor tyngende inngrepet er overfor den som rammes.<sup>178</sup> I vurderingen av inngrepsstyrken er det

---

<sup>175</sup> Prop.133 L (2020-2021) s. 308.

<sup>176</sup> Se forskriftens regulering av tvang i §§ 12-20.

<sup>177</sup> Nygaard (2004) s. 66.

<sup>178</sup> Rt. 1995 s. 530 s. 537.

hensiktsmessig å se på hvor konkret følbart inngrepet er for den som rammes.<sup>179</sup> I dette tilfellet fosterhjemsbarn.

Som vist i tidligere fremstilling er det lagt til grunn at grensesetting og en viss bruk av tvang er tillatt i kraft av fosterforeldrenes utøvelse av den daglige omsorgen for barnet. Mer konkrete eksempler på inngrep som er uttrykkelig nevnt som tillatt, er adgang til å nekte besøk på upassende tidspunkter, nekte kontakt med personer hvor kontakten åpenbart vil være til skade eller fare for barnet, hente barn hjem etter rømming fra fosterhjemmet eller å begrense tidsbruken på sosiale medier og nettspill av hensyn til barnets egen velferd og for å håndheve aldersgrensene for slik bruk.<sup>180</sup>

Felles for disse eksemplene er at de begrenser barnets rett til å bestemme over seg selv, og utgjør krenkelser av grunnleggende menneskerettigheter som retten til vern om den personlig integritet og privatliv.<sup>181</sup> Aall viser til at konvensjonsorganene har definert eksponering for umenneskelig behandling, inngrep i privatlivet og i ytringsfriheten som store inngrep, mens inngrep i eiendomsretten er definert som mindre.<sup>182</sup> Høyesterett har gjort vurderinger i tråd med dette i flere dommer.<sup>183</sup> Særlig etter Høyesteretts uttalelser i Kløfta-dommen mener Aall at det er grunn til å forvente en inngående prøving både overfor lovgivningen og forvaltningen ved bl.a. inngrep i den personlige integritet og privatliv.<sup>184</sup>

I følge EMK art. 8 nr. 2 er det et krav for å gjøre inngrep i retten til privatliv at inngrepet er «*necessary in a democratic society*». Slik må også inngrepsretten etter Grl. § 102 og § 104 forstås.<sup>185</sup> Dette gir anvisning på en nødvendighetsvurdering. I denne vurderingen står det minste inngreps prinsipp sentralt, da et inngrep ikke er nødvendig dersom formålet bak inngrepet kan ivaretas med mindre inngripende midler. Inngrepet må altså også være forholdsmessig.

---

<sup>179</sup> Aall (2018) s. 122.

<sup>180</sup> Jf. NOU 2018: 18 s. 41; og HR-2020-1967-A avsnitt 55.

<sup>181</sup> Grl. § 104 tredje ledd og Grl. § 102 første ledd, BK art. 16 og EMK art. 8 nr. 1.

<sup>182</sup> Aall (2018) s. 121.

<sup>183</sup> Se særlig Rt. 1976 s. 1 (Rt. 1976 s. 1) Kløfta-dommen; Rt. 1996 s. 1415 (Rt. 1996 s. 1415); og Rt. 1996 s. 1440 (Rt. 1996 s. 1440).

<sup>184</sup> Aall (2018) s. 121.

<sup>185</sup> Se redegjørelse i kap. 1.3.

I forarbeidene til ny barnevernslov kategoriserer departementet fysiske inngrep og maktbruk for å overvinne barnets motstand som «alvorlige inngrep i barnets integritet». <sup>186</sup> Vedrørende inngrepsterskelen viser departementet til at EMD i Bures mot Tsjekkia og M.S mot Kroatia har sagt at fysisk maktbruk må være «*strictly necessary*» ut fra pasientens atferd. <sup>187</sup> Terskelen for maktbruk er altså at inngrep må være *strengt nødvendig*.

Departementets henvisning til Munjaz mot Storbritannia er også av særlig interesse hva gjelder maktbruk mot barn. Departementet viser til at når en persons autonomi allerede er begrenset, så stiller EMD særlig strenge krav til inngrepshjemmelen og til forholdsmessigheten ved slike inngrep. <sup>188</sup> Betydningen av dette er at når en person har fått begrenset sin selvbestemmelsesrett så må det stilles strengere krav til lovhjemmelen. Ettersom barn har begrenset selvbestemmelsesrett i utgangspunktet, taler dette for strenge krav til inngrepshjemler overfor barn.

I tillegg må det påpekes at det er staten som har bevisbyrden for at et inngrep er nødvendig og forholdsmessig, dersom en person hevder sine menneskerettigheter krenket. <sup>189</sup> Det kompliserer statens mulighet til å føre bevis for at et inngrep var forholdsmessig, dersom det ikke finnes klare systemer for å gjennomføre inngrep. Som eksempel kan nevnes systemer for å gjøre vedtak om inngrep, supplert av tilsyn og kontrolltiltak som sørger for at de vedtak som gjøres er rettmessig. Slike sikkerhetsmekanismer vil vanskelig kunne bli tilstrekkelig gode dersom det ikke er gitt en konkret beskrivelse av inngrepsadgangen i lov. Dette taler i utgangspunktet for skjærpede krav til inngrepshjemmel, og blir enda mer aktuelt når staten gjør inngrep som må anses som særlig tyngende for borgeren.

Dette, sammenholdt med det som er redegjort for i kapittel 4.3.1, om at barns avhengighet til voksne gjør de utsatt for krenkelser, i tillegg til fosterbarns sårbarhet og særlige behov for trygghet og varsomhet, taler for at de nevnte inngrep kan oppleves som særlig tyngende for fosterhjemsbarn. Hensynet til forutberegnelighet for fosterhjemsbarna, og statens bevisbyrde

---

<sup>186</sup> Prop.133 L (2020-2021) s. 307.

<sup>187</sup> Prop.133 L (2020-2021) s. 307.

<sup>188</sup> Prop.133 L (2020-2021) s. 307.

<sup>189</sup> Jf. Grl. § 92 og EMK art. 1 og BK art. 2 i fremstillingen om statens sikringsplikt i 3.1.3.

for at inngrep er forholdsmessig, taler for økte krav til klar og presis utforming av inngrepsadgangen.

### 4.3.3 Samfunnsutviklingen med hensyn til barns rettigheter

Høyesterett har videre uttalt at lover må tolkes i tråd med samfunnsutviklingen, noe som kan bety at inngrep som ikke var aktuelle da loven ble gitt likevel kan ha hjemmel i dag.<sup>190</sup>

I forhold til barns rettigheter har vi sett en utvikling som går i motsatt retning. Som vist i fremstillingen i kap. 3.2.3 hadde foreldre i kraft av foreldreansvaret en lovbestemt refselsrett overfor barn, og i 2005 kom Høyesterett til at mindre klaps i oppdragelsesøyemed var tillatt.<sup>191</sup> I senere tid har vi fått et totalforbud mot bruk av vold mot barn, uansett formål, jf. bl. § 30. Det må også pekes på en endret begrepsbruk, fra «foreldremakt» og «foreldremyndighet» til dagens «foreldreansvar». Dette ble gjort på bakgrunn av et ønske om å forsterke fokuset på barnets rett til omsorg og omtanke fra foreldrene.<sup>192</sup>

I tilknytning til barnevernloven er det ved inntakelse av bvl. § 1-5 fastslått at loven hjemler en tilsvarende rettighet for barn til å motta nødvendige tiltak etter loven.<sup>193</sup> I forslaget til ny barnevernslov er det foreslått en egen bestemmelse om barnets rettigheter under opphold i fosterhjem, hvor det uttales at *«dette vil være i tråd med utviklingen av barnets posisjon i barnevernsloven, herunder styrking av barnets rett til medvirkning, samt at barnevernsloven nå er en rettighetslov»*.<sup>194</sup>

Samfunnsutviklingen viser et økende fokus på å verne barn og deres rettigheter, og en innsnevring i adgangen til å gjøre inngrep overfor barn. I lys av en slik utvikling kan det argumenteres for at omsorgsplikten i bvl. § 4-18 også bør tolkes snevrere, slik at den ikke kan aksepteres som inngrepshjemmel.

Et eksempel fra rettspraksis som viser at Høyesterett har lagt vekt på samfunnsutviklingen i vurderingen av hjemmelskravet, er HR-2020-1967-A. Etter en tolkning av bvl. § 4-19 på

---

<sup>190</sup> HR-2020-1967-A avsnitt 38.

<sup>191</sup> Rt. 2005-1567

<sup>192</sup> Innst. O. nr. 30 (1980-1981) s. 7.

<sup>193</sup> Tilføyd ved Endringer i barnevernloven mv. (bedre rettssikkerhet for barn og foreldre).

<sup>194</sup> Prop.133 L (2020-2021) s. 303.

bakgrunn av samfunnsutviklingen, kom Høyesterett til at bestemmelsen også må fungere som hjemmel for å begrense digital kontakt.

Ved første øyenkast kan det virke som om Høyesterett har tolket retten til å gjøre inngrep etter bvl. § 4-19, utvidende. Etter min forståelse har Høyesterett heller tolket begrepet «samvær» utvidende på grunn av den teknologiske utviklingen i samfunnet, slik at det også må kunne regnes som en del av samværsretten å ha kontakt over telefon. I så måte har ikke Høyesterett tolket inngrepshjemmelen i bvl. § 4-19 videre, men heller lagt til grunn at det finnes flere måter å ha samvær på i dag enn da bestemmelsen ble gitt.

Til forskjell fra spørsmålet i oppgaven her - om bvl. § 4-18 også hjemler en inngrepsadgang - er bvl. § 4-19 andre ledd utformet som en inngrepshjemmel. Spørsmålet hadde sannsynligvis stilt seg annerledes for Høyesterett dersom bvl. § 4-19 *kun* uttrykte en gjensidig rett for barn og foreldre til å ha samvær med hverandre. I et slikt tilfelle ville det være vanskelig å forutse muligheten for en begrensning av samværsretten, og en slik hjemmel ville nødvendigvis ha sikret en tilstrekkelig klarhet og forutsigbarhet for borgeren. Barnevernloven § 4-18 er til sammenlikning ikke utformet som en inngrepshjemmel.

#### **4.3.4 Barnets beste som moment i vurderingen av hjemmelsspørsmålet**

Prinsippet om barnets beste gjennomsyrrer hele barneretten og er fastslått flere steder i lovgivningen. Spørsmålet for dette delkapittel er om en tolkning av bvl. § 4-18 som en inngrepshjemmel, vil være i tråd med prinsippet om barnets beste.

Prinsippet er slått fast i Grl. § 104, og i BK art. 3 nr. 1. Da bestemmelsen ble tatt inn i Grunnloven ble det sagt at den var ment som en synliggjøring og ikke som en endring av dagens rettstilstand.<sup>195</sup> Grunnlovsbestemmelsen er utformet på bakgrunn av formuleringen i barnekonvensjonen, og tolkningen av konvensjonsbestemmelsen vil dermed være relevant for forståelsen av Grl. § 104.<sup>196</sup> Prinsippet er trukket frem av Barnekomiteen som ett av de fire generelle prinsippene i barnekonvensjonen, og dette betyr at barnets beste skal tas i betraktning ved tolkningen av de øvrige bestemmelsene i konvensjonen.

---

<sup>195</sup> Dok. nr. 16 (2011–2012) 192.

<sup>196</sup> Dok. nr. 16 (2011–2012) s. 192.

Bestemmelsen i Grl. § 104 andre ledd slår fast at «*ved handlinger og avgjørelser som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn*». Anvendelsesområdet til grunnlovsbestemmelsen er «*handlinger og avgjørelser som berører barn*», og «*all actions concerning children*» etter konvensjonsbestemmelsen. Ordlyden er ikke begrenset til spesielle situasjoner, og uttrykket «berører» tilsier at saken ikke må *gjelde* barnet i det konkrete tilfellet, men at det også er tilstrekkelig at barnet er mer indirekte berørt.<sup>197</sup> Bruken av begrepet «barn» signaliserer at bestemmelsen er ment å gjelde både for det enkelte barn i det konkrete tilfellet, men også barn i ubestemt flertall. Dette betyr at avgjørelser som omfatter fosterhjemsbarn som gruppe, også er underlagt prinsippet om barnets beste.

Hva som er «*barnets beste*» har ikke et entydig innhold, og innholdet i begrepet vil variere ut fra de konkrete omstendigheter i den aktuelle sak.<sup>198</sup> Barnets beste skal imidlertid være et «*grunnleggende hensyn*». Ordlyden er tilsvarende «*a primary consideration*» i BK art. 3. Formuleringen «grunnleggende» tyder på at det ikke er tilstrekkelig at barnets beste tillegges stor vekt ved vurderingen, hensynet har en grunnleggende karakter. Likevel var formuleringen i Grunnloven ment å tydeliggjøre at «*hensynet til barnet skal spille inn i vurderingen [...]*» men at deres interesser ikke trenger å være avgjørende for beslutningen.<sup>199</sup>

Som et generelt utgangspunkt må det legges til grunn at det vil være til barnets beste å få oppfylt sine øvrige rettigheter etter konvensjonen. Barnekonvensjonen art. 4 fastslår at medlemsstatene «*shall undertake all appropriate legislative, administrative, and other measures for the implementation of the rights recognized in the present Convention*».<sup>200</sup>

En liknende uttalelse ble gitt av menneskerettighetsutvalget i forbindelse med inntakelse av barnets rett til vern om sin personlige integritet, i Grl. § 104. Utvalget slo fast at staten har «*plikt til å sørge for et regelverk og for håndhevelse av et regelverk som på best mulig måte kan verne barnet fra utnyttelse, vold og mishandling*».<sup>201</sup>

---

<sup>197</sup> Haugli (2020) s. 59.

<sup>198</sup> Bendiksen og Haugli (2021) s. 26.

<sup>199</sup> Dok. nr. 16 (2011–2012) s. 192.

<sup>200</sup> Oversatt: «Partene skal treffe alle egnede lovgivningsmessige, administrative og andre tiltak for å gjennomføre de rettigheter som anerkjennes i denne konvensjon».

<sup>201</sup> Dok. nr. 16 (2011–2012) s. 193.

Staten har altså en plikt til å sørge for en lovgivning som ivaretar barns rettigheter, både etter konvensjonen og Grunnloven. Som sagt innledningsvis er spørsmålet om det er til det beste for fosterhjemsbarn, at bvl. § 4-18 tolkes som en inngreps hjemmel?

Dersom bvl. § 4-18 skal tolkes slik at den også omfatter en rett for fosterforeldre til å gjøre inngrep overfor fosterhjemsbarn, så vil dette gi fosterforeldre en vidtrekkende hjemmel til å gjøre de inngrep som anses nødvendig for å ivareta barnets omsorg. Her vil fosterforeldrene gis et vidt spillerom for å tilpasse omsorgsutøvelsen til det enkelte barnets behov. I tillegg vil det gi fosterforeldrene mulighet til å utøve omsorg tilnærmet likt barnets biologiske foreldre. Dette vil gi fosterfamilien preg av å være som alle andre familier, noe som må antas å være positivt for barnet.

På den andre siden vil en inngrepsadgang som utledes av «omsorg» og «daglig omsorg», innebære en slags generalfullmakt for fosterforeldrene til å utsette fosterhjemsbarnet for alle typer inngrep, i omsorgens navn. Naturligvis innenfor rammene av det straffbare. Dette vil gi fosterhjemsbarn et mindre vern mot vilkårlige inngrep. Slike generalklausuler er også problematisk i forhold til kravet om forutberegnelighet og vil bryte med kravet til presis lovhjemmel.<sup>202</sup> En slik inngrepsadgang vil uthule legalitetsprinsippets vern overfor fosterhjemsbarn.

En slik løsning må også sies å føre til en forskjellsbehandling av barn i fosterhjem og barn i institusjon. Både fosterforeldrene og institusjonen utleder sitt daglige omsorgsansvar for barnet gjennom bvl. § 4-18, men institusjonens inngrepsadgang er uttømmende regulert i Rettighetsforskriften. I tillegg er det gitt særlige saksbehandlingsregler om tvangsbruken i institusjon, i forskriftens kapittel 5. Som sagt er det ikke gitt tilsvarende, uttrykkelige regler om fosterforeldres rett til å gjøre inngrep overfor fosterhjemsbarn. Det er heller ikke gitt saksbehandlingsregler i tilknytning til de inngrep som finner sted. Dette fører til at barn i fosterhjem i realiteten har lavere rettssikkerhet enn barn på institusjon.

En tolkning av bvl. § 4-18 slik at den også omfatter en inngrepsadgang går på bekostning av fosterbarns rettssikkerhet. Dette er ikke i tråd med prinsippet om barnets beste.

---

<sup>202</sup> Aall (2018) s. 134.

## 4.4 Konklusjon på problemstillingen i kapittel 4

Problemstillingen i kapittel 4 er om bvl. § 4-18 gir tilstrekkelig hjemmel for å gjøre inngrep overfor fosterhjemsbarn.

Som Høyesterett har uttalt skal tolkningstvil løses ut fra hva som best sikrer tilstrekkelig klarhet og forutsigbarhet for borgeren.<sup>203</sup> Borgeren skal kunne forutberegne sin rettsstilling, og på denne måten være beskyttet mot uventede og vilkårlige inngrep i sin rettssfære.

Fremstillingen i dette kapittelet har vist at de fleste vurderingsmomenter taler for at bvl. § 4-18 ikke tilfredsstillende kravene som stilles til lovhjemmel ved inngrep. Av stor betydning er det faktum at bestemmelsen ikke er utformet som en inngrepshjemmel, og at *inngrep* ikke ligger i en naturlig forlengelse av ordlyden. Dette går på bekostning av hensynet til forutberegnelighet. Inngrep i privatlivet og den personlig integritet utgjør i tillegg store inngrep. At det er fosterhjemsbarn som er adressat for inngrep - som inngrep må sies å være ekstra tyngende for - taler for økt krav til klar utforming av inngrepshjemmelen.

En utvidende tolkning av bvl. § 4-18 slik at den omfatter rett til å gjøre inngrep overfor fosterhjemsbarn, vil i realiteten utgjøre en generalfullmakt til fosterforeldre, noe som strider mot kravet til presis lovhjemmel. Dersom man godtar en slik utvidende tolkning av bvl. § 4-18, vil dette bidra til å uthule legalitetsprinsippet. En utvidende tolkning burde derfor ikke godtas.

En del forarbeidsuttalelser gir eksempler på inngrep som må godtas i kraft av fosterforeldrenes utøvelse av den daglige omsorgen for fosterbarnet. Særlig langt går Fosterhjemsutvalget i å definere en inngrepsadgang i den daglige omsorgen. For det første har disse uttalelser karakter av etterarbeid, da de er gitt i etterkant av at gjeldende barnelov ble vedtatt. Fosterhjemsutvalget tar heller ikke opp problematikken med at fosterforeldre utøver offentlig myndighet, og at det dermed oppstår et krav om hjemmel i lov for fosterforeldrenes innrep, jf. Grl. § 113. Faktisk uttaler utvalget at «*Det er i dag ingen formelle krav om lovhjemmel for bruk av tvang i fosterhjem*».<sup>204</sup> Dette stemmer ikke. Både Grl. § 113, EMK art. 8 nr. 2 og Grl. § 102 og § 104 oppstiller et krav om hjemmel i lov ved inngrep. Fordi

---

<sup>203</sup> HR-2020-1967-A avsnitt 37 og 38.

<sup>204</sup> NOU 2018: 18 s. 41.



utvalget ikke problematiserer disse sentrale forholdene, er det vanskelig å tillegge uttalelsen selvstendig vekt.

Det er altså lite som taler for at bvl. § 4-18 bør godtas som tilstrekkelig inngrepshjemmel. Barnevernloven § 4-18 som inngrepshjemmel kan heller ikke sies å være en løsning som er tilstrekkelig klar og forutsigbar for fosterhjemsbarn. At fosterforeldre *bør* ha en adgang til å gjøre inngrep overfor fosterhjemsbarn på lik linje med barnets foreldre, er det neppe noe tvil om. På tross av dette oppstiller legalitetsprinsippet et krav om grunnlag i lov. Dersom lovgiver mener fosterforeldre bør ha en slik inngrepsadgang overfor fosterhjemsbarn, er det lovgivers oppgave å regulere dette i lov.

Basert på en vurdering og avveining av relevante rettskildefaktorer på området, må følgende konklusjon trekkes:

Barnevernloven § 4-18 gir *ikke* tilstrekkelig hjemmel for å gjøre inngrep overfor fosterhjemsbarn.

## 5 Avsluttende vurderinger

Avhandlingens hovedproblemstilling er om omsorgsplikten kan fungere som tilstrekkelig hjemmel for inngrep overfor fosterhjemsbarn.

I kapittel 4.4 konkluderte jeg med at bvl. § 4-18 *ikke* gir tilstrekkelig hjemmel for å gjøre inngrep overfor fosterhjemsbarn. På bakgrunn av dette, må også konklusjonen på avhandlingens hovedproblemstilling bli: Omsorgsplikten kan *ikke* fungere som tilstrekkelig hjemmel for inngrep overfor fosterhjemsbarn.

Bakgrunnen for valg av tema for denne avhandlingen var forslaget til ny barnevernslov. Avslutningsvis vil jeg se på noe av Barnevernlovutvalgets og Barne- og familiedepartementets begrunnelse for å ikke foreslå en regulering om bruk av tvang i fosterhjem, og knytte noen kommentarer til dette.<sup>205</sup>

Departementets vurdering av å ikke foreslå en egen regulering av tvangsbruk i fosterhjem var begrunnet i flere forhold. Departementet uttalte at fosterforeldrene har en inngrepsrett

---

<sup>205</sup> Se Prop.133 L (2020-2021); og NOU 2016: 16.

gjennom alminnelig grensesetting som ledd i den daglige omsorg, i tillegg til nødretts- og nødvergebestemmelsene i straffeloven.<sup>206</sup>

Med grunnlag i konklusjonen i kapittel 4, vil jeg i motsetning til departementet, hevde at dagens lovgivning ikke gir fosterforeldre tilstrekkelig hjemmel til å utsette fosterbarn for inngrep. Betydningen er at fosterbarns vern mot krenkelser i dag fremstår som overraskende dårlig. Dette på grunn av at «omsorg» blir tolket så vidt at det i realiteten kan benyttes som en generalklausul for inngrep. Legalitetsprinsippet stenger egentlig fra å tolke inngrepshjemler videre enn det som faller innenfor en naturlige språklig forståelse av ordlyden. En utvidende tolkning av bvl. § 4-18 til ugunst for barn i fosterhjem, fremstår dermed som meget betenkelig.

Barnelovutvalget mente at en regulering av tillatt bruk av tvang vil kunne innebære en utvidelse av adgangen til å bruke tvang, da dette ikke er hjemlet i gjeldende rett.<sup>207</sup>

Slik vil situasjonen gjerne bli dersom det gis en hjemmel som sier at fosterforeldre har rett til å bruke tvang. Situasjonen kan derimot stille seg annerledes dersom lovteksten sier at utgangspunktet er at bruk av tvang og makt ikke skal skje, med mindre det er nødvendig, og situasjonen ikke kan løses med mindre inngripende tiltak. En slik lovhjemmel vil minne om reguleringen i Rettighetsforskriften, om bruk av tvang overfor barn i institusjon.

Rettighetsforskriften slår fast at bruk av *«tvang og andre inngrep i den personlige integritet ikke skal benyttes i større grad enn det som er nødvendig for formålet. Andre fremgangsmåter skal være prøvd først»*, jf. § 12. I tillegg forbyr forskriften bruk av bestemte former for tvang og makt, jf. § 13 første punktum, og forskriften har en egen henvisning til nødrettsnødvergebestemmelsene i straffeloven som gjelder ved akutte faresituasjoner. Videre regulerer forskriften uttømmende de situasjoner der mer inngripende tvangsmidler kan brukes.<sup>208</sup> Eksempler er kroppsvisitasjon, ransaking, rusmiddeltesting og tilbakeføring ved rømming. Rettighetsforskriften kan benyttes som eksempel på hvordan tvangsbruk kan reguleres i fosterhjem.

---

<sup>206</sup> Se Prop.133 L (2020-2021) s. 303.

<sup>207</sup> NOU 2016: 16 s. 211.

<sup>208</sup> Se Rettighetsforskriften kapittel 3.

I forslaget til ny barnevernslov er det foreslått å ta forbudet mot bruk av fysisk og psykisk tvang og makt fra Rettighetsforskriften og opp på lovs nivå, i et eget kapittel 10 i barnevernloven. Dette for å styrke barns rettssikkerhet ved opphold i institusjon.<sup>209</sup> Det kan virke nokså paradoksalt at det i samme proposisjon er argumentert for at bruk av tvang i fosterhjem, ikke trenger lovregulering i det hele tatt.

Barne Lovutvalget uttrykte videre bekymring for at en regulering av tvangsbruk vil utgjøre en institusjonalisering av fosterhjem, noe som igjen kan føre til ytterligere komplikasjoner med å rekruttere fosterhjem.<sup>210</sup> Dette vil være en alvorlig følge, dersom utvalget har rett i sine antakelser. Ifølge proposisjonen til Barne- og familiedepartementet var det i 2019 i overkant av 11 000 barn som var plassert utenfor sitt hjem. Hele 83 prosent av disse barna bodde i fosterhjem, mens åtte prosent bodde på barnevernsinstitusjon.<sup>211</sup> Mangel på fosterhjem vil sette et enormt press på barnevernet, og klart påvirke barnevernets mulighet for å tilby hjelp etter barnevernloven. I en slik situasjon er det ikke sikkert alle barn etter loven vil motta den omsorgen de har krav på.

Men på den andre siden, hvordan kan vi være sikker på at barn mottar den omsorg og beskyttelse de har krav på fra fosterforeldrene, dersom innholdet i fosterforeldrenes omsorg ikke defineres i klartekst? Det har tidligere vært pekt på at det eksisterer en uklarhet i hvilken myndighet som ligger i å «*utøve den daglige omsorg*» etter bvl. § 4-18. Barneombudet uttrykte i sitt høringssvar en bekymring for at dette kan skape utfordringer for rettssikkerheten til både barn og fosterforeldre.<sup>212</sup> På bakgrunn av ombudets uttalelser, kan det spørres om den fryktede institusjonalisering vil føre til økt rettssikkerhet? Og videre, om klarere rammer kan føre til økt trygghet både for fosterbarn og -foreldre, som igjen kan føre til en økning i rekruttering?

I fortsettelse av det som er sagt ovenfor er det ikke sikkert at en lovregulering av tvang i fosterhjem vil løse alle problemer. Et uttrykk for denne tanken er lysbryterteorien.<sup>213</sup> Det er ikke nødvendigvis automatikk i det som blir vedtatt i lov, og hvordan loven etterleves - å gi

---

<sup>209</sup> Prop.133 L (2020-2021) s. 314.

<sup>210</sup> NOU 2016: 16 s. 211.

<sup>211</sup> Prop.133 L (2020-2021) s. 32.

<sup>212</sup> NOU 2016: 16 s. 210.

<sup>213</sup> Thomas Mathiesen, *Retten i samfunnet : en innføring i retts sosiologi*, 6. utg. Pax 2011, s. 73.

en lov er ikke som å skru på en lysbryter. Det trengs andre virkemidler for å sørge for etterlevelse. Det trengs kontrollordninger. Dette kan være det departementet foreslår om å sørge for retningslinjer og faglige anbefalinger, samt Barnevernlovutvalgets forslag om registrering av tvangsbruk og kursing av fosterforeldrene.<sup>214</sup> Dette vil kunne bidra til å øke rettssikkerheten til barna. Men igjen; hva er poenget med etterlevelsesmekanismer når det er usikkert hva det er som skal etterleves?

En måte å oppklare dette på ved siden av lovhjemmel er å presisere hva som ligger i fosterforeldrenes og barnevernets omsorgsansvar for barnet. Barne- og familiedepartementet har foreslått å innta en slik presisering i ny barnevernslov § 5-4.<sup>215</sup> Forslag til definisjon av fosterforeldrenes omsorgsansvar er beskrevet slik i forslagets § 5-4 andre ledd:

*«Fosterforeldrene eller institusjonen der barnet bor, utøver omsorgen for barnet på vegne av barnevernstjenesten og innenfor de rammene som barnevernstjenesten fastsetter».*<sup>216</sup>

Det nye forslagets definisjon av fosterforeldrenes omsorgsansvar fremstår nesten som helt lik løsningen i gjeldende barnevernlov. Dermed vil ikke bestemmelsen bidra til særlig oppklaring hva gjelder fosterforeldrenes rett til å utsette fosterbarn for inngrep.

Når alt kommer til alt er det allikevel viktig å huske på realiteten. Fosterforeldre er i bunn og grunn privatpersoner som stiller sitt hjem og sin kjærlighet til disposisjon for andre menneskers barn. Et vanlig hjem er noe disse barna trenger sårt. Barna kommer ofte med bagasje, og situasjonen kan også være utfordrende for fosterforeldrene. Meningen med denne avhandlingen har ikke vært å frata fosterforeldre muligheten til å sette grenser og ta avgjørelser for fosterhjemsbarn. Heller ikke i de tilfeller der barnet uttrykker motstand. Barn er barn, og har behov for grenser, hvorpå fosterforeldrene må ha mulighet til å fastsette og gjennomføre disse.

I denne oppgaven har jeg heller forsøkt å kaste lys over hvordan manglende regulering og presisering av fosterforeldres inngrepsadgang, strider mot lovkravet i Grl. § 113, og at dette går på bekostning av fosterbarns rettssikkerhet. Dersom vi på tross av dette faktum unngår å

---

<sup>214</sup> Prop.133 L (2020-2021) s. 303; NOU 2016: 16 s. 212.

<sup>215</sup> Prop.133 L (2020-2021) s. 208.

<sup>216</sup> Prop.133 L (2020-2021) s. 612.

regulere fosterforeldrenes adgang til å gjøre inngrep overfor fosterhjemsbarn, hvem er det vi forsøker å skåne? Er barna eller fosterforeldrene?

# Referanseliste

## Lov og lovvedtak

Endringslov nr. 5/2018.

Kongeriket Norges Grunnlov 17. mai 1814 (Grunnloven, Grl.).

Lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barneloven, bl.).

Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven, fvl.).

Lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester (barnevernloven, bvl.).

Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven, strl.).

Lov 21. desember 1956 nr. 9 om born i ekteskap (ektebarnloven).

Lov 21. desember 1956 nr. 10 om born utanom ekteskap (uektebarnloven).

Lov 21. mai 1999 nr. 20 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven, mrl.).

Lov 22. mai 1902 nr. 10 Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven av 1902, strl. 1902).

## Forskrift

Forskrift 15. november 2011 nr. 1103 om rettigheter og bruk av tvang under opphold i barneverninstitusjon (Rettighetsforskriften).

Forskrift 18. desember 2003 nr. 1659 om fosterhjem (Fosterhjemsforskriften).

## Forarbeid

Dok. nr. 16 (2011–2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven (Dok. nr. 16 (2011–2012) ).

Innst. O. nr. 30 (1980-1981) Innstilling fra justiskomiteén om lov om barn og foreldre (Innst. O. nr. 30 (1980-1981)).

Innst. O. nr. 80 (1991-1992) Innstilling fra forbruker- og administrasjonskomiteen om lov om barneverntjenester (barnevernloven) (Innst. O. nr. 80 (1991-1992)).

NOU 1977: 35 Lov om barn og foreldre (NOU 1977: 35).

NOU 2012: 5 Bedre beskyttelse av barns utvikling. Ekspertutvalgets utredning om det biologiske prinsipp i barnevernet (NOU 2012: 5).

NOU 2016: 16 Ny barnevernslov. Sikring av barnets rett til omsorg og beskyttelse (NOU 2016: 16).

NOU 2018: 18 Trygge rammer for fosterhjem (NOU 2018: 18).

Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) Om lov om barneverntjenester (Ot.prp. nr. 44 (1991-1992)).

Ot.prp. nr. 104 (2008-2009) Om lov om endringer i barnelova mv. (flytting, delt bosted, samvær, vold mv.) (Ot.prp. nr. 104 (2008-2009)).

Prop. 133 L (2020-2021) Lov om barnevern (barnevernsloven) og lov om endringer i barnevernloven (Prop.133 L (2020-2021)).

## Rettspraksis

HR-2020-661-S (HR-2020-661-S).

HR-2020-1724-A (HR-2020-1724-A).

HR-2020-1967-A (HR-2020-1967-A).

HR-2022-731-A (HR-2022-731-A).

Rt. 1976 s. 1 (Rt. 1976 s. 1).

Rt. 1995 s. 530 (Rt. 1995 s. 530).

Rt. 1996 s. 1415 (Rt. 1996 s. 1415).

Rt. 1996 s. 1440 (Rt. 1996 s. 1440).

Rt. 2005 s. 1567 (Rt. 2005 s. 1567).  
Rt. 2014 s. 1105 (Rt. 2014 s. 1105).  
Rt. 2014 s. 1921 (Rt. 2014 s. 1921).  
Rt. 2015 s. 93 (Rt. 2015 s. 93).  
Rt. 2015 s. 155 (Rt. 2015 s. 155).

### **Internasjonale konvensjoner**

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4. november 1950 (Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen, EMK).  
International Covenant on Civil and Political Rights, 16. desember 1966 (Konvensjon om sivile og politiske rettigheter, SP).  
International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 16. desember 1966 (Konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, ØSK).  
The United Nations Convention on the Rights of the Child, 20. november 1989 (Barnekonvensjonen, BK).

### **FNs Barnkomité**

Generell kommentar nr. 12, General Comment No. 12 (2009), The right of the child to be heard (CRC/C/GC/12).  
Generell kommentar nr. 5, General Comment No. 5 (2003), General measures of implementation for the Convention on the Rights of the Child (UN doc. CRC/GC/2003/5).

### **Litteratur**

Bendiksen, Lena R. L. og Trude Haugli, *Sentrale emner i barneretten*, 4. utg. Universitetsforlaget 2021.  
Eckhoff, Torstein og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 11. utg. Universitetsforlaget 2018.  
Haugli, Trude, «Hensynet til barnets beste» i *Barnekonvensjonen : Barns rettigheter i Norge*, Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.), Universitetsforlaget 2020 s. 55-78.  
Kjørholt, Elin Saga, «Prinsippet om barnets rett til liv, overlevelse og optimal utvikling» i *Barnekonvensjonen : Barns rettigheter i Norge*, 4. utg. Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.), Universitetsforlaget 2020 s. 79-97.  
Martnes, Mona, «Har myndighetene plikt til å hjelpe norske barn i Syria til Norge?» *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, nr. 1, 2020, s. 42-59.  
Mathiesen, Thomas, *Retten i samfunnet : en innføring i retts sosiologi*, 6 utg. Pax 2011.  
Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2 utg. Universitetsforlaget 2004.  
Skoghøy, Jens Edvin A., *Rett og rettsanvendelse*, Universitetsforlaget 2018.  
Smith, Lucy, «FNs konvensjon om barnets rettigheter» i *Barnekonvensjonen : Barns rettigheter i Norge*, 4. utg. Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.), Universitetsforlaget 2020 s. 19-33.  
Søvig, Karl Harald, «Ulike tvangsbegrepet i norsk velferdsrett» i *Selvbestemmelse og tvang i helse- og omsorgstjenesten*, Bjørn H. Østenstad, m.fl. (red.), Fagbokforlaget 2018 s. 35-55.  
Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter : En innføring i vernet om individets sivile og politiske rettigheter etter den norske forfatning og etter den europeiske menneskerettighetskonvensjonen*, 5 utg. Fagbokforlaget 2018.

### **Annen elektronisk litteratur**

Kierulf, Anine, *Norsk Lovkommentar: Grunnloven § 113*, Rettsdata.no 2018, note 256D ii)  
(Lest 11. april 2022).

Nordlandsforskning.no, *Grensesetting og bruk av tvang overfor barn som bor i fosterhjem*  
2021, Nordlandsforskning.no  
<https://www.nordlandsforskning.no/nb/project/grensesetting-og-bruk-av-tvang-overfor-barn-som-bor-i-fosterhjem> (Lest 11. januar 2022).



