

Nordisk Socialrettslig Tidskrift

Särtryck ur NST 34.2022

For mye av det gode –
Anvendelse av
forholdsmessighetsprinsippet
når barnevernet skal hjelpe

Av Julia Köhler-Olsen

For mye av det gode

– Anvendelse av forholdsmessighetsprinsippet når barnevernet skal hjelpe

JULIA KÖHLER-OLSEN, professor

ABSTRACT

This article discusses the question whether Norwegian child welfare services should and can apply the legal principle of proportionality when deciding on providing voluntary based measures for the child and its family. Starting with the premise that the proportionality principle applies to administrative coercive measures, the article examines if the principle should and can be applied in administrative decision making regarding supportive voluntary measures. To examine this question the article discusses sources on the proportionality principle as such and the understanding and application of the principle in Norwegian, Danish, Swedish and Finnish law. These sources taken in combination with the discussion on administrative voluntary measures' character of interference, it is argued for and concluded cautiously with that the Norwegian child welfare services should and can apply the proportionality principles in decisions regarding voluntary based measures.

1. Innledning

1.1 *Problemstilling og bakgrunn*

I denne artikkelen stilles spørsmålet om barneverntjenesten har rettslig adgang til å anvende forholdsmessighetsprinsippet ved skjønnsvurderinger om og i hvilket omfang hjelpetiltak skal vedtas og iverksettes. Bør og kan forholdsmessighetsprinsippet anvendes i den rettslige og faglige

metoden til de ansatte i norske barneverntjenester ved samtykkebaserte hjelpetiltak?

I 2020 mottok cirka 80 prosent av dem som fikk hjelp fra barnevernet, hjelpetiltak i hjemmet.¹ Barneverntjenestens virksomhet er dermed i stor grad preget av å iverksette og gjennomføre hjelpetiltak hos barn og i familier.

Det følger av barnevernloven § 4-1 at barneverntjenesten skal legge avgjørende vekt på at hjelpetiltak er til det beste for barnet. Fra praksisfeltet kommer det imidlertid stemmer fram som sier at kravet om at hjelpetiltak er til det beste for barnet, ikke alltid er oppfylt.² Det kan skyldes at barneverntjenesten ikke har et tilbud om hjelpetiltak som tjenesten mener at det barnet og den familien har behov for, og dermed velger barneverntjenesten et annet hjelpetiltak med håp om at det også vil være relevant nok hjelp.³ Det kan også skyldes at barneverntjenesten ikke er sikker på at de hjelpetiltak foreslått og gjennomført av private tjenesteytere, treffer de behovene barnet og familien har. Det kan oppstå usikkerhet om hjelpetiltak er motivert av økonomiske hensyn heller enn hensynet til barnets beste.⁴ Enda en mulig forklaring på at praksisfeltet er usikkert på om hjelpetiltak er til det beste for barnet, kan være at barneverntjenesten mener at barnets utfordringer ikke alene eller hovedsakelig skyldes forhold hjelpetiltaket skal adressere. Ved alle disse forhold nevnt, kan hjelpetiltak rettet mot individet heller forverre situasjonen for barnet og familien enn bidra til positiv endring.⁵

Rettslige vilkår for vedtak og iverksetting av hjelpetiltak i barnevernloven skal bidra til at hjelpetiltak er passende i sin art og/eller omfang.

- 1 Statistisk sentralbyrå, <https://www.ssb.no/sosiale-forhold-og-kriminalitet/barne-og-familievern/statistikk/barnevern>.
- 2 Fauske, H., Kvaran, I. og Lichtwark, W. (2017), Hjelpetiltak i barnevernet Komplekse problemer og usikre virkninger, *Fontene Forskning* 2/2017, årgang 10, s. 45–58.
- 3 Langsrud, E. (2020), Usikkerheten i barnevernsarbeidet – En begrepsliggjøring av barneverntjenestens strategier overfor uforutsigbarhet, usikkerhet og tvetydighet ved beslutninger om hjelpetiltak, Ph.d.-avhandling i Ph.d. i barn og unges deltakelse og kompetanseutvikling, Fakultet for lærerutdanning og pedagogikk, Høgskolen i Innlandet.
- 4 Barne- og familiedepartementet, Høringsnotat – Rammevilkår for private tjenesteytere i barnevernet, s. 28.
- 5 Langsrud, E. (2020).

Barnevernloven § 1-4 krever at tjenester og tiltaket iverksatt etter loven, er forsvarlige.⁶ Hensynet til barnets beste skal bli lagt avgjørende vekt på når barneverntjenesten skal finne tiltak, jf. barnevernloven § 4-1. Dette er bestemmelser som skal styre skjønnsutøvelsen til barnevernet når hjelpetiltak skal vedtas og iverksettes. I tillegg inneholder barnevernloven flere vilkår for vedtak om hjelpetiltak. Det er imidlertid en kjensgjerning at vilkårene er skjønnsmessige og lite konkrete.⁷ Bør barneverntjenesten anvende forholdsmessighetsprinsippet i sine skjønsvurderinger om og i hvilket omfang hjelpetiltak bør vedtas og iverksettes som et bidrag inn i å strukturere krevende skjønsvurderinger og -avveininger?

For å kunne vedta hjelpetiltak kreves samtykke fra foreldrene og/eller barnet. Det betyr at et hjelpetiltak ikke er forstått som et inngrep i streng forstand fordi det ikke er basert på et tvangsvedtak.⁸ Samtykkekravet får hjelpetiltak mer til å framstå som en tjeneste fra barneverntjenesten til familien. Kan forholdsmessighetsprinsippet anvendes av barneverntjenesten ved skjønsvurderinger om hjelpende tiltak, altså noe annet enn tvangstiltak med klar karakter av inngrep?

I avsnitt 2 nedenfor gjøres det kort rede for vilkår for vedtak om hjelpetiltak etter norsk barnevernlov. Avsnitt 3 handler om forholdsmessighetsprinsippet. Opphavet til prinsippet og hvordan dets anvendelse er begrunnet, legges fram i avsnitt 3.1 for å vurdere om barneverntjenesten bør anvende det i sine skjønsvurderinger om hjelpetiltak. Hvilken stilling og betydning forholdsmessighetsprinsippet har i norsk og nordisk rett drøftes i avsnitt 3.2 med formål om å avklare om prinsippet bør bli anvendt av barneverntjenesten i saker om hjelpetiltak. Men kan barneverntjenesten anvende forholdsmessighetsprinsippet i saker som har en mildere preg av inngrep enn tiltak basert på tvang? Om forholdsmessighetsprinsippet forutsetter tvangsvedtak for å kunne anvendes i skjønsvurderingene om hjelpetiltak drøftes i avsnitt 3.3. I avsnitt 3.4 vurderes kort om EU-/EØS-rett og Den europeiske menneskerettsdomstolens (EMD) rettspraksis forutsetter et klart «inngrep» som en del av forvaltningens avgjørelse for at forholdsmessighetsprinsippet

6 Lov 17. juni 1992 nr. 100 om barneverntjenester.

7 NOU 2016: 16 Ny barnevernslov.

8 Prop. 133 L (2019–2020), avsnitt 7.3.3.5.5.

skal komme til anvendelse i myndighetsutøvelsen. En samlet konklusjon på om forholdsmessighetsprinsippet kan anvendes i saker som gjelder samtykkebaserte tiltak i norsk barnevern, gis i avsnitt 3.5. Forutsatt at forholdsmessighetsprinsippet krever at saksforholdet er av inngripende karakter, svarer avsnitt 4 på spørsmålet om hjelpetiltak etter barnevernloven § 4-4 kan forstås som et inngrep til tross for at tiltaket er basert på foreldrenes og/eller barnets samtykke. Avsluttende bemerkninger i avsnitt 5 gir en kort sammenfatning av artikkelens innhold og stiller spørsmål ved om enda et rettslig prinsipp overhodet kan hjelpe barneverntjenesten i sine krevende skjønnsvurderinger, og så vil støtte opp om at barn og familier får den rette hjelpen til rett tid.

1.2 Teori og metode

Artikkelens tema handler om barneverntjenestens rettsanvendelse i saksbehandlingen fram til et enkeltvedtak om samtykkebaserte hjelpetiltak er truffet, og ved senere vurderinger om opprettholdelse eller avslutning av hjelpetiltaket. Problemstillingen om barneverntjenesten har rettslig adgang til å ta i bruk forholdsmessighetsprinsippet under bruken av rettsanvendelsesskjønnet, er et metodespørsmål om rettsanvendelse.

Spørsmålet om forholdsmessighetsprinsippet bør og kan anvendes ligger på to nivåer i denne artikkelen. For det første ligger spørsmålet og svaret på et normativt nivå.⁹ Det er spørsmålet om forholdsmessighetsprinsippet *bør* anvendes i barneverntjenestens rettsanvendelse om samtykkebaserte hjelpetiltak. For det andre spør artikkelen om forholdsmessighetsprinsippet *er* en relevant rettskilde ved vedtak om samtykkebaserte hjelpetiltak, blant annet ved å se på anvendelsen av forholdsmessighetsprinsippet i nordisk rett. Temaet er dermed et praktisk emne, og kan forstås å ligge på et *teknisk nivå*.¹⁰ Hva kan anvendes av rettskilder når slutninger fra faktor a skal veies mot slutninger fra faktor b? Kan prinsippet «forholdsmessighetsprinsipp» anvendes som en relevant rettskilde når barneverntjenesten skal avveie slutninger om

9 Schlag, P. (1996), Hiding the ball, *New York University Law Review*, Vol. 71, s. 1681–1718, s. 1685.

10 Ibid.

hva som er best for barnet med slutninger om hjelpetiltak tilgjengelige for barneverntjenesten, skal iverksettes?

Artikkelens problemstilling krever strengt tatt ikke å gå lenger bakenfor «rettens» nivåer. Problemstillingen krever ikke å svare på hva «retten» er. Det *ontologiske* spørsmålet må ikke besvares. Det legges til grunn at «retten er». Heller ikke det *epistemologiske* nivået i jussen utforskes gjennom artikkelens problemstilling. Det utforskes ikke om hvordan vi kan erkjenne det som finnes av «gjeldende rett» på en autentisk, mest mulig objektiv måte. Det forutsettes i denne artikkelen at det er mulig å komme fram til «gjeldende rett» gjennom erkjennelse.¹¹ Det stilles dermed ikke spørsmål ved forholdsmessighetsprinsippets eksistens og relevans (er, ontologisk) for å erkjenne «gjeldende rett» (erkjennelse, epistemologisk). Det spørres om forholdsmessighetsprinsippet bør anvendes ved saker om samtykkebaserte hjelpetiltak (normativt), og om vi kan se at det anvendes ved frivillige tiltak (teknisk). Det er allikevel nødvendig kort å gjøre rede for det teoretiske standpunktet om hva et rettsprinsipp «er» og hvilken rolle et rettsprinsipp kan inneha i erkjennelsen av «gjeldende rett».

Mitt teoretiske standpunkt er at det finnes prinsipper som juristfelleskapet anerkjenner at skal følges fordi det kreves av verdiene rettferdighet og rimelighet.¹² Rettsprinsipper er noe annet enn rettsregler. Mens en rettsregel peker på et konkret rettslig utfall eller konsekvens av en sak, og gjerne inneholder også unntakstilfeller, kjennetegnes rettsprinsipper av at de taler for hvilken retning et utfall av en sak kan ta, men krever ikke, eller nødvendiggjør ikke en bestemt avgjørelse.¹³ Jeg legger videre til grunn at rettsprinsipper er institusjonelle fakta. At et rettsprinsipp er et institusjonelt faktum betyr at mennesker forstår prinsippet som en objektiv størrelse som eksisterer uavhengig av dem selv.¹⁴ Det at prinsippet eksisterer som en objektiv størrelse skyldes at denne objektive stør-

11 Ibid., s. 1684.

12 Doublet, D. R. (1995), Rett, vitenskap og fornuft s. 317 og 321. Dworkin, R. (2013), Taking rights seriously, s. 39.

13 Dworkin, R (2013), s. 39–42.

14 Searle, J. (2008), Philosophy in a New Century, Cambridge University Press, s. 26 flg.

relsen er skapt gjennom mellommenneskelig samkvem. Prinsippet som et institusjonelt faktum eksisterer i kraft av menneskers anerkjennelse.¹⁵

Rettsprinsipper som forholdsmessighetsprinsippet kan enten forstås som en felles rubrikk på en rekke enkeltnormer, eller som en generell rettslig norm som rekker utover disse.¹⁶ Når det i artikkelen undersøkes om forholdsmessighetsprinsippet er å finne igjen i nordiske rettskilder i forbindelse med samtykkebaserte forvaltningsavgjørelser, sikter artikkelen til å finne ut av om forholdsmessighetsprinsippet finnes som en felles rubrikk på en rekke enkeltnormer i nordisk rett. Når artikkelen drøfter om forholdsmessighetsprinsippet bør og kan anvendes av barneverntjenesten i saker om frivillige hjelpetiltak i norsk rett, forstås prinsippet som en generell rettslig norm som rekker utover enkeltnormer.

Den metodiske fremgangsmåten i denne artikkelen består av flere deler. Fremgangsmåten starter med å finne fram til opphavet av forholdsmessighetsprinsippet. Vitende at prinsippet har konstitusjonelt rettskildevekt i tysk rett, er det gjort et søk på tyskspråklige forskningsbidrag om opphavet, og også forståelsen og innholdet av prinsippet om forholdsmessighet. Målet med å forstå innholdet i forholdsmessighetsprinsippet er å kunne uttale seg om forholdsmessighetsprinsippet kun kan få anvendelse i situasjoner der myndigheter griper inn i rettssfæren til den enkelte med tvang. Det utforskes om prinsippet også er relevant i myndigheters avgjørelser som endrer rettsstilling til den enkelte der den enkelte samtykker til eller mener at avgjørelsen er positiv og et gode. Spørsmålet som stilles er hva som er begrunnelsen for anvendelsen av forholdsmessighetsprinsippet i myndighetsutøvelse. Er begrunnelsen for anvendelsen av forholdsmessighetsprinsippet at tvangsinngrep bør være forholdsmessige, eller er begrunnelsen at myndighetsutøvelser, også de samtykkebaserte, bør være forholdsmessige?

En premiss som ligger til grunn for artikkelen er at forholdsmessighetsprinsippet ikke har en velforankret stilling som et tungtveiende rettsprinsipp i norsk nasjonal forvaltningsrett, ei heller at prinsippet

15 Ibid., s. 27.

16 Frøberg, T. (2013), Rettslig prinsippargumentasjon, Det juridiske fakultet, UiO, doktoravhandling, s. 158.

anvendes av norske domstoler for å overprøve forvaltningsvedtak.¹⁷ Prinsippets stilling i norsk rett utforskes ved bruk av lovtekst, forarbeider, rettspraksis og litteratur, før det sammenlignes med dansk, svensk og finsk retts forståelse og anvendelse av forholdsmessighetsprinsippet. Sammenligningen har ikke som formål å argumentere for at prinsippet bør ha en annen stilling i norsk rett, ei heller å drøfte hva som kan være årsak til prinsippets ulike stilling i de respektive landenes forvaltningsrett. Målet er å trekke inn nordiske staters forståelse og anvendelse av forholdsmessighetsprinsippet for å forstå om prinsippet også bør anvendes ved avgjørelser om samtykkebaserte hjelpetiltak i norsk barnevernrett. Redegjørelsen av de nordiske lands rettsforståelse er hovedsakelig basert på lovtekst og forarbeider, samt i begrenset grad rettspraksis og rettsvitenskapelig litteratur. Vurderingen av forholdsmessighetsprinsippets anvendelsesområde i EU-/EØS-rett og EMDs praksis er basert på rettsvitenskapelig litteratur og domstolspraksis.¹⁸ Artikkelens materialet er dokumenter skrevet i de skandinaviske språkene norsk, dansk og svensk, fordi jeg ikke kan lese finsk.

2. Vilkår for hjelpetiltak

Vilkårene for å treffe et enkeltvedtak om hjelpetiltak er nedfelt i barnevernloven § 4-4 andre ledd. Det første vilkåret er at barnet må ha særlig behov for at hjelpetiltak settes inn i familien. Det særlige behovet må ha sin årsak i forholdene i hjemmet eller av andre grunner. Hjelpetiltak

17 Havre, M. (2015), Domstolens prøving av forvaltningsvedtaks forholdsmessighet i menneskerettslig sammenheng, *Rettfærd – Nordisk Juridisk Tidsskrift*, Vol. 1/48; Havre, M. (2015), Varetekstfengsling og proporsjonalitetsprinsippet: en balansetest, Cappelen Damm akademisk.

18 Denne vurderingen er knapp av hensyn til artikkelens omfang. For mer inngående studier av forholdsmessighetsprinsippet i EU-/EØS-rett og nordisk rett vises, for eksempel, til: Harbro, Tor Inge (2010). The Function of the Proportionality Principle in EU law, *European law journal: Review of European Law in Context*, Vol. 16 (2), s. 158–185; Wenander, Henrik (2020). The Europeanisation of the Proportionality Principles in Denmark, Finland and Sweden, *Review of European Administrative Law*, Vol. 13 Nr. 2, 133–153. En drøftelse av blant annet EMDs anvendelse av forholdsmessighetsprinsippet finnes i: Arai-Takahashi, Yutaka (2002), *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerp: Intersentia.

kan rette seg mot barnet og foreldrene. I barnevernloven § 4-4 første ledd andre punktum står det at hjelpetiltak skal ha som formål å bidra til positiv endring hos barnet eller i familien. Hjelpetiltak skal være et middel i barneverntjenestens oppdrag om å bidra til å gi det enkelte barn gode levekår og utviklingsmuligheter, jf. barnevernloven § 4-4 første ledd første punktum

Det er barneverntjenesten som har ansvar for å utøve skjønn etter barnevernloven § 4-4 første og andre ledd. Det betyr at barneverntjenesten må tolke vilkårene i barnevernloven § 4-4 første og andre ledd og vurdere i den konkrete saken om forholdene i hjemmet eller andre grunner tilsier at det barnet har særlig behov for hjelpetiltak. Barneverntjenesten må også vurdere hvilke(t) hjelpetiltak barnet og familien har behov for og som bidrar til å gi det enkelte barn gode levekår og utviklingsmuligheter, samt positiv endring hos barnet eller i familien.

Ordlyden i barnevernloven § 4-4 første og andre ledd tydeliggjør at det er barneverntjenesten som utøver skjønn, både i vurderingen *om* og i så fall *hvilke* hjelpetiltak. Lovgiveren har gitt rettslige føringer for barneverntjenestens skjønnsutøvelse ved å angi vilkår for vedtak om hjelpetiltak og kriterier for hvilke formål hjelpetiltak skal bidra til å oppnå. Det endelige valget av hvilke konkrete hjelpetiltak som er egnet for å oppnå formålene ligger imidlertid alene hos barneverntjenestens faglige skjønnsutøvelse.

I tillegg til at lovens vilkår er oppfylt, kreves samtykke fra foreldrene og/eller barnet, dersom det har fylt 15 år og dermed fått partsstatus etter barnevernloven § 6-3 andre ledd, før enkeltvedtak om hjelpetiltak kan treffes.

Barnevernloven § 1-4 pålegger barneverntjenesten en plikt til å sørge for at hjelpetiltak er forsvarlige. Før vedtak om og iverksettelse av hjelpetiltak skal barnet få tilstrekkelig og tilpasset informasjon om hjelpetiltak, og barnet har rett til fritt å gi uttrykk for sine synspunkter. Barneverntjenesten skal lytte til barnet og vektlegge dets synspunkter i samsvar med dets alder og modenhet, jf. barnevernloven § 1-6. Kravet om respekt overfor og samarbeid med foreldrene og barnet er nedfelt i barnevernloven § 1-7.

3. Forholdsmessighetsprinsippets anvendelse i vedtak om hjelpetiltak i barnevernet

3.1 *Begrunnelse for anvendelsen av forholdsmessighetsprinsippet*

For å kunne svare på spørsmålet om forholdsmessighetsprinsippet bør anvendes av barneverntjenesten i sin skjønnsvurdering om hjelpetiltak, er det hensiktsmessig å kjenne til begrunnelsen for anvendelsen av forholdsmessighetsprinsippet.

Forholdsmessighetsprinsippet kan forstås som et treleddet argumentasjons- og vurderingsmodell.¹⁹ Den rettslige doktrine er utviklet av den tyske forfatningsdomstolen, og tatt i bruk av EMD, EU/EFTA-domstolen, Verdenshandelsorganisasjonen og i en rekke nasjonale retts-systemer.²⁰ Den treleddede argumentasjons- og vurderingsmodellen går ut på at (i) vedtaket eller handlingen er egnet til å realisere formålet, (ii) at vedtaket eller handlingen ikke går ut over det som er nødvendig, og (iii) at vedtaket eller handlingen er rimelig.²¹

Prinsippet om forholdsmessighet har lenge hatt en sentral plass i den vestlige filosofien. Vranes påpeker at Sokrates, Platon, Cicero og senere filosofer fremmet maksimer som «ikke umåtelig» (ne quid nimis) eller «alt med måte» (pan métron ariston). Også filosofen Solon fremmet synet om at lovgiving må følge prinsippet om at mål ikke må søkes oppnådd med uforholdsmessige midler.²²

Forholdsmessighetsprinsippet har fått en sentral betydning i tysk forvaltnings- og forfatningsrett. Det tales om en konstitusjonalisering av tysk forvaltningsrett gjennom forholdsmessighetsprinsippet. Det startet med politirett der den preussiske forvaltningsdomstolen i andre

19 Saurer, J. (2012), Die Globalisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, Der Staat, Vol. 51, No. 1, s. 3–33, s. 7.

20 Ibid.; Sweet, A.S. og Matthews, J. (2008), Proportionality Balancing and Global Constitutionalism, Columbia Journal of Transnational Law, 47/72, s. 72–164.

21 Graver, H.P. (2015), Alminnelig forvaltningsrett, Oslo: Universitetsforlaget, s. 137–138. Graver drøfter forholdsmessighetsprinsippet i en kontekst der forvaltningen griper inn i borgerens frihet via påbud eller forbud, ikke i lys av at forvaltningen treffer vedtak om samtykkebaserte tjenester og tiltak; NOU 2019: 5 Ny forvaltningslov – Lov om saksbehandling i offentlig forvaltning (forvaltningslov), kap. 11.7.6.

22 Vranes, E. (2009), Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Herleitungsalternativen, Rechtsstatus und Funktionen, Archiv des Völkerrechts, 47 Bd., No. 1, s. 1–35, s. 9.

instans i Berlin begrenset midlene politiet kunne ta i bruk gjennom enn rettsstatlig disiplinering av forvaltningsskjonnet.²³ I tysk rettsteori ble det framhevet at «Politiet skal ikke bruke kanoner for å skyte på spurv...».²⁴ Kravet om at midlene måtte være egnet, nødvendige og rimelige ble så en del av den prøyssiske politiforvaltningslov av 1931 § 41 2. ledd.²⁵ Etter andre verdenskrig skjøt betydningen av forholdsmessighetsprinsippet fart idet den tyske forfatningsdomstolen anså forholdsmessighetsprinsippet til å være et rettsstatsprinsipp av konstitusjonell rang.²⁶

Det finnes ulike forklaringsmodeller som begrunner forholdsmessighetsprinsippetets anvendelse. Én forklaringsmodell mener at forholdsmessighetsprinsippet utgjør en del av den teleologiske tolkingsmodellen. Strukturen i den teleologiske modellen følger logikken mellom et mål (telos) og et middel. Midler forårsaker kostnader fordi det alltid følger bivirkninger med når et middel tas i bruk. Derfor er det ikke tillat å ta i bruk et middel som ikke er egnet til å oppnå et legitimt mål, når det samtidig innskrenker andre legitime interesser (egnethetskravet). For å minimere kostnadene er det derfor kun tillat å ta i bruk et middel som innskrenker de konkurrerende legitime interessene minst mulig (nødvendighetskravet). Selv det minst inngripende middelet vil fremstå som

- 23 Preussische Oberverwaltungsgericht, PrOVG, Urt. v. 10. 4. 1886 Az. Rep. I.C 155/85, PrOVGE 13,424/425 f. -Trussel om å stenge en butikk på grunn av ulovlig handle med sprit gikk langt utover det som er målet: «... weit über das erstrebte Ziel hinausgehendes Vorgehen»; Urt. v. 18. 12. 1896 Az. Rep. I. B. 49/96, PrOVGE 31, 409/410; Urt. v. 21. 9. 1903 Az. Rep. III.B. 28/03, PrOVGE 44, 342/343 – Generell tidligere tid for portforbud på grunn av bare én ansamling av opptøyer som ikke rimelig: «... nicht gerechtfertigt.»; Urt. v. 3. 10. 1907 Az. Rep. III. B. 139/06, PrOVGE 51, 313.
- 24 Fleiner, F. (1911), *Institutionen des deutschen Verwaltungsrecht*, 1. Aufl., s. 323.
- 25 Heinzten, M. (2011), *Konstitutionalisierung der Rechtsordnung -Einfachgesetzliche Wurzeln des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in Deutschland*, *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul* s. 48–54, s. 52.
- 26 Det finnes mulige forklaringer for hvorfor prinsippet fikk denne rettsstatsbetydningen. For det første gir forholdsmessighetsprinsippet uttrykk for fornuftbaserte skjonnsavgjørelser. For det andre blir forestillinger om rettferdighet oppfylt gjennom å forsøke å finne det egnede middelet med det riktige omfanget (nødvendighet) for å oppnå et mål. For det tredje passet prinsippet om forholdsmessighet sammen med den Radbruch'ske formelen at også lover kan være urett, en lærdom etter uretsregime til nasjonalsosialistene i Tyskland. Se Schröder, U. J. (2015), *Woher kommt eigentlich...? Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*, *Ad Legendum* 4/2015, s. 327–333, s. 330.

uforholdsmessig dersom andre legitime interesser blir uforholdsmessig begrenset (rimelighetsvurdering i streng forstand).²⁷

En annen forklaringsmodell ligger i den grunnleggende ideen om at rett skal være hensiktsmessig. Rett er ikke noe annet enn et middel for å nå menneskelige mål. Ifølge denne modellen er forholdsmessighet dermed en nødvendighet for at rett oppleves som et hensiktsmessig verktøy for å nå menneskelige mål.²⁸

Enda en begrunnelse er at å tenke i kategorier som middel og hensikt finner man i alle disipliner som analyserer og prøver å forstå menneskelige handlinger og avgjørelser, herunder filosofi, etikk, politisk teori og økonomi.²⁹ Rettslige avgjørelser er menneskeskapt og gir mening når de kan forstås i kategorier som middel og hensikt.

En siste forklaringsmodell finner man i det tyskspråklige rettsområdet utviklet av Robert Alexy der rett er forstått som en modell av prinsipper som har prima-facie-karakter, noe som innebærer at prinsipper skal bli optimert der det faktisk og rettslig er mulig.³⁰ De tre leddene i argumentasjons- og vurderingsmodellen brukes for å vurdere og avveie materielle prinsipper som måtte stå i motstrid til hverandre, som for eksempel hensynet til barnets beste og foreldrenes og barnets rett til respekt for familieliv. I den siste forståelsesmodellen handler det i mindre grad om en vurdering av forholdet mellom et egnet middel og et legitimt mål, men om å foreta en avveining mellom de verdier som de ulike prinsippene eller rettighetene representerer.³¹

Det er sannsynlig at de fire forklaringsmodeller alene og i samspill med hverandre begrunner betydningen forholdsmessighetsprinsippet har fått i både nasjonal og internasjonal rettsanvendelse.

27 Vranes, E. (2009), s. 12 som viser til Röhl, K.F. (1994), *Allgemeine Rechtslehre*, s. 637.

28 *Ibid.*, s. 14 som viser til Wieacker, F. (1979) *Geschichtliche Wurzeln des Prinzips der verhältnismässigen Rechtsanwendung*, i Lutter et al., *Festschrift für Robert Fischer*, s. 878.

29 *Ibid.* (2009), s. 14 som viser til Hirschberg, L. (1984), *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, s. 43, s. 121 og s. 208.

30 Alexy, R. (2002), *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, s. 388.

31 Habro, T. (2015), *Forholdsmessighet i kontekst – Forholdsmessighetsvurderinger i norsk forvaltnings- og forvatningsrett*, *Lov og Rett*, vol. 54, 9, s. 513–524, s. 513–514.

Hjelpetiltak i barnevernet skal være middel for å oppnå formålet om å bidra til positiv endring hos barnet eller i familien, jf. barnevernloven § 4-4 første ledd andre punktum. Barneverntjenesten skal bruke hjelpetiltak for å gi det enkelte barnet gode levekår og utviklingsmuligheter, jf. barnevern § 4-4 første ledd første punktum. Særlig forestillingen om at rett skal være hensiktsmessig taler for at vedtak om hjelpende, samtykkebaserte tiltak vurderes i samsvar med forholdsmessighetsprinsippet som argumentasjons- og vurderingsmodell. Hjelpetiltak, selv om disse er basert på samtykke, representerer offentlig myndighetsutøvelse inn i en familie. Ved spørsmål om og i hvilket omfang hjelpetiltak skal vedtas og iverksettes, vil prinsippene om privatlivets fred og hensynet til barnets beste trekke i hver sin retning. En avveining mellom disse prinsippene ved å ta i bruk den treleddede argumentasjons- og vurderingsmodellen, øker rettsikkerhet om at barneverntjenesten ikke «skyter på spurv med kanoner,» og dermed skader ikke bare spurven, altså barnet, men flere andre fugler og dyr i samme omgang, det vil si familiens rett til respekt for privat- og familieliv.

Vedtak om og iverksettelse av hjelpetiltak fører med seg kostnader for barnet og familien, i tillegg til å bidra til formålsoppnåelse. Kostnadene som går ut på å begrense familiens rett til respekt for familieliv, bør begrenses for å ivareta rettens krav om rettferdighet.

Forklaringsmodellene som ligger til grunn for forholdsmessighetsprinsippet taler for at barneverntjenesten bør ta i bruk prinsippet i sin skjønnsvurdering om og i hvilket omfang hjelpetiltak skal vedtas og iverksettes overfor familien.

3.2 Forholdsmessighetsprinsippet i nordisk forvaltningsrett

Hva er stillingen og betydningen av forholdsmessighetsprinsippet i norsk og nordisk forvaltningsrett? Taler stillingen og betydningen for eller mot at barneverntjenesten bør og kan anvende forholdsmessighetsprinsippet i skjønnsvurderingene om hjelpetiltak?

Den norske forvaltningsloven inneholder ingen lovbestemmelse som lovfester forvaltningens plikt til å gjennomføre proporsjonalitet i

saksbehandlingen.³² I norsk sammenheng har forholdsmessighetsprinsippet betydning der det følger direkte av regelgrunnlaget, eller der det følger av EMK og EØS-retten. Forholdsmessighet kreves også der et forvaltningsorgan knytter tyngende pålegg som vilkår til begunstigende avgjørelser. Høyesterett har ellers avvist at det gjelder et alminnelig krav til forholdsmessighet.³³ I Rt. 1981 s. 745 mente Høyesterett imidlertid at dersom en avgjørelse ved første øyekast framstår som urimelig, skjerpes kravene til begrunnelse.³⁴

Etter norsk rett har domstolene en begrenset adgang til å overprøve forvaltningens skjønnsutøvelse. Det innebærer at forvaltningen skal ha en viss frihet til å tolke og anvende sine fullmakter før en rent fagjuridisk overprøving av beslutninger tatt av forvaltningsorganer finner sted i domstolene.³⁵ Domstolene i Norge vil per i dag ikke vurdere om forvaltningens vedtak eller handling er i samsvar med forholdsmessighetsprinsippet.³⁶ Det som derimot vurderes er om en avgjørelse fremstår som «åpenbart urimelig», og om det er gitt en fullstendig og god «begrunnelse», og om saksbehandlingen har holdt seg innenfor sine rammer og ikke gått over til å vise «myndighetsmisbruk».³⁷

Betyr dette at det er et vilkår for å kunne anvende forholdsmessighetsvurderinger at norske domstoler har adgang til å overprøve om vurderingene og avveiningene er forholdsmessige? Graver mener at det ikke er tilfellet. Han skriver at: «Den klare hovedregel er at domstolene ikke overprøver om en avgjørelse er forholdsmessig. Forholdsmessighetskravet retter seg i utgangspunktet til lovgiveren og til forvaltningen.»³⁸ Ekspertutvalget til ny forvaltningslov har ikke foreslått en bestemmelse i en ny norsk forvaltningslov som kodifiserer et generelt forholdsmessighetsprinsipp for saksbehandling i norsk forvaltning.³⁹ Utvalget viser til

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

33 Se Rt. 2008 s. 560 avsnitt 48 og Rt. 2011 s. 305 avsnitt 56.

34 NOU 2019: 5 Ny forvaltningslov, kap. 11.7.6.

35 Ibid.

36 Rt. 2008 s. 560, avsnitt 49 og Rt. 2011 s. 304, avsnitt 46.

37 Om «åpenbart urimelig», se Rt. 1951 s. 19; Rt. 1957 s. 1190; Om «begrunnelse», se Rt. 2000 s. 1056; Om «myndighetsmisbruk», se Rt. 2007 s. 302, HR-2019-273-A.

38 Graver, H.P. (2015), s. 140.

39 NOU 2019: 5, kap. 11.7.6.

at Graver mener at prinsippet er en del av grunnleggende forvaltningsrettslige prinsipper, og ser ut til å støtte det synet, men mener altså at det ikke er nødvendig med en kodifisering.⁴⁰

Forholdsmessighetsprinsippetets stilling i norsk rett ser ut til å være beheftet med en viss usikkerhet. Sentrale norske rettsvitenskapelige forskere, både medlemmer i ekspertutvalget til ny forvaltningslov og Graver, mener at forholdsmessighetsprinsippet er et grunnleggende prinsipp som retter seg til forvaltningen. Forvaltningen kan anvende prinsippet også når domstoler ikke overprøver forholdsmessigheten i forvaltningens vurderinger og avveininger.⁴¹ Samtidig har den norske Høyesterett avvist at prinsippet om proporsjonal saksbehandling gjelder for norsk forvaltning. Ekspertutvalget gikk dessuten ikke inn for å lovfeste forholdsmessighetsprinsippet i utkast til ny forvaltningslov.

I norsk barnevernrett anvendes det minste inngreps prinsipp som et overordnet prinsipp for valg av tiltak. Fra og med 1. januar 2023 gjelder en ny barnevernslov i norsk rett.⁴² Ved ikrafttreddelsen av den nye barnevernsloven kodifiseres det minste inngreps prinsipp i barnevernsloven § 1-5 andre ledd. Bestemmelsen sier at barnevernets tiltak ikke skal være mer inngripende enn nødvendig. Ordlyden dekker dermed det andre leddet i vurderings- og argumentasjonsmodellen knyttet til forholdsmessighetsprinsippet om at det kun er tillat å ta i bruk et middel som innskrenker de konkurrerende legitime interessene minst mulig (nødvendighetskravet).

Lik den norske forvaltningsloven inneholder den danske forvaltningsloven ingen lovbestemmelse om forholdsmessighetsprinsippet som et grunnlag for offentlig myndighetsutøvelse.⁴³ I den danske servicelov kapittel 11 reguleres særlig støtte til barn og unge. I en del bestemmelser finner man eksempler på at myndighetenes opptreden eller tiltak ikke skal være mer omfattende enn det formålet tilsier. I servicelov § 50 stk. 1 om undersøkelse av barnets livssituasjon ligger det en forholdsmessighetsbegrensning når det gjelder omfanget av undersøkelsen. Bestem-

40 NOU 2019: 5, kap. 11.7.3.

41 Graver H.P. (2015), s. 138.

42 Lov 18. juni 2021 nr. 97 om barnevern.

43 NOU 2019: 5, kap. 8.6.

melsen sier at «Undersøgelsen...må ikke være mere omfattende, end formålet tilsiger».

Samtykkebaserte tiltak kan treffes av kommunalbestyrelsen etter serviceloven § 52. I servicelov § 52, stk. 1, står det at kommunalbestyrelsen skal velge det eller de tiltak: «...som bedst kan løse de problemer og behov, der er afdækket gennem den børnefaglige undersøgelse efter § 50.» Denne ordlyden representerer en endring fra tidligere servicelov § 52, stk. 2, som sa at kommunalbestyrelsen ved valg av tiltak i den konkrete sak alltid skal velge den eller de minst inngripende tiltak, som kan oppfylle de behov for støtte hos barnet eller ungen som er avdekket gjennom undersøkelsen. Mens någjeldende servicelov § 52, stk. 1, krever at tiltaket skal være egnet for å oppnå formålet, la tidligere servicelov § 52, stk. 2, vekt på tiltaket ikke skal være mer omfattende enn det som er behovet. Forarbeidene til lovendringen tydeliggjør at begge formuleringer gir uttrykk at «proportionalitetsprinsippet er et særligt vigtigt princip at tage i anvendelse av børnesager, fordi de mulige foranstaltninger kan være indgripende for både børn, unge og forældre.»⁴⁴ Lovendringen hadde som formål at et vedtak om samtykkebasert tiltak ikke skulle være så lite inngripende at den ikke er tilstrekkelig egnet for å oppnå målet, eller at den senere viser seg ikke å ha effekt. Det understrekes samtidig av lovforarbeider at tiltaket ikke må være så inngripende at den har større bivirkninger enn fordeler for barnet eller den unge.⁴⁵

Til tross for manglende lovfesting av prinsippet i den alminnelige danske forvaltningsloven, påpekes i dansk i forarbeider til serviceloven, der lovendringen i § 52 blir foreslått, at forholdsmessighetsprinsippet er: «...som forvaltningsretligt grundprincip gældende, uanset om det står udtrykkeligt i lovteksten.»⁴⁶ Også i dansk forvaltningsrettslig litteratur omtales prinsippet som et forvaltningsrettslig grunnprinsipp. Det sies at forholdsmessighetsprinsippet retter seg mot forvaltningens handlinger og avgjørelser der forvaltningen er gitt kompetanse til å utøve skjønn,

44 L 178 Forslag til lov om ændring af lov om social service, lov om retssikkerhed og administration på det sociale område og forældreansvarsloven (Barnets reform), s. 46.

45 Ibid., s. 47.

46 Ibid.

uten at det gir adgang for domstolene å tilsidesette avgjørelser som domstoler finner urimelige.⁴⁷

Anvendelsen av forholdsmessighetsprinsippet i dansk rett ligner den norske rettstilstanden. Det er et prinsipp som retter seg til forvaltningen, og kommer til anvendelse også der domstolene er avskåret fra å overprøve forvaltningens skjønnsutøvelse. Forarbeider til serviceloven styrker stillingen av forholdsmessighetsprinsippet i dansk rett sammenlignet med stillingen prinsippet har i norsk rett. Mens forholdsmessighetsprinsippet anses for å være gjeldende for norsk forvaltning av rettsvitenskapelige forskere alene, uttaler lovforarbeider for serviceloven at prinsippet er gjeldende som et grunnprinsipp for forvaltningen.

Både den svenske og finske forvaltningsloven inneholder et lovfestet forholdsmessighetsprinsipp. I den svenske förvaltningslagen (2017:900) har det en utforming i tråd med EU-retten, og det bygger også på praksis i EMD, samt at Högsta förvaltningsdomstolen har fastslått et generelt forholdsmessighetsprinsipp.⁴⁸

Ordlyden i den svenske förvaltningslagen (2017:900) 5 § tredje stycket sier at myndighetene kun kan gripe inn den enkeltes interesse dersom tiltaket leder til det tiltenkte resultatet. Videre skal tiltaket ikke gå lenger enn det som er behov, og får bare bli vedtatt om det tiltenkte resultatet står i rimelig forhold til de ulempene som kan antas å oppstå for den som tiltaket retter seg mot. Denne bestemmelsen viser de tre

47 Mortensen, B. (2009) Om proportionalitetsprinsippet, Juridiske emner ved Syddansk Universitet 2009. København: Djøf Forlag, s. 209–223, s. 210. Mortensen viser til Garde, J. m.fl.: Forvaltningsret. Almindelige emner, 4 udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2004, s. 262.

48 NOU 2019: 5 kap. 11.7.6. Den Högsta förvaltningsdomstolen het Regeringsrätt fram til 1. januar 2011. Riksdagsbeslutningens hensikt med navnebytte var å spille domstolens virksomhet som uavhengig øverste omstol i forvaltningssaker, se <https://www.domstol.se/hogsta-forvaltningsdomstolen/om-hogsta-forvaltningsdomstolen/historik/> (lest 29.5.2022). Ved inkorporeringen av EMK i svensk lovgivning ble det understreket at et proporsjonalitetsprinsipp hadde «vunnet hävd i svensk rätt», Prop. 1993/94:117 s. 39–40. Anvendelsen av forholdsmessighetsprinsippet av EMD skjer i forbindelse med saker der staten med tvang griper inn i menneskerettigheter til den enkelte. I forbindelse med inkorporering av EMK i svensk lovgivning vant forholdsmessighetsprinsippet hevd i svensk rett i saker om inngrep med tvang i friheter og rettigheter nedfelt i EMK. Det har ikke direkte betydning for artikkelens formål om å undersøke om forholdsmessighetsprinsippet også kan komme til anvendelse i forvaltningsavgjørelser og -handlinger som er samtykkebasert.

momentene i argumentasjons- og vurderingsmodellen.⁴⁹ I den første setningen i förvaltningslagen 5 § tredje stycket kreves at tiltaket som griper inn i den enkeltes interesse er egnet («endast...kan antas leda til det avsedda resultatet.»), den førte delen av den andre setningen krever at tiltaket ikke går ut over det som er nødvendig («...aldrig vara mer långtgående än vad som behövs»), og i den andre delen av andre setningen kreves at tiltaket står i rimelig forhold til de ulempene tiltaket fører med seg for den det retter seg mot («...det avsedda resultatet står i rimligt förhållande till de olägenheter som kan antas uppstå för den som åtgärden riktas mot»).

I SOU 2010:29 En ny förvaltningslag redegjør ekspertutvalget for anvendelsen av forholdsmessighetsprinsippet i praksis til Den Högsta förvaltningsdomstolen (den gangen kalt Regeringsrätten).⁵⁰ Gjennomgangen starter med å vise til at forholdsmessighetsprinsippet skinner gjennom Högsta förvaltningsdomstolen praksis i avveininger mellom ulike faktorer allerede før Sverige sluttet seg til EU og inkorporeringene av EMK i 1995. Prinsippet er siden blitt anvendt på en rekke ulike forvaltningsområder. Avslutningsvis fremhever utvalget at det kan konstateres at Högsta förvaltningsdomstolen har slått fast at et forholdsmessighetsprinsipp finnes i svensk rett, og selv om det er blitt utviklet i skyggen av EU-retten og EMK, ser det ut til at forholdsmessighetsprinsippet har fått et bredere anvendelsesområde.⁵¹

Den svenske socialtjänstlagen (2001:453) regulerer den svenske sosialtjenesten (socialnämnden), herunder samtykkebaserte tiltak rettet mot barn og unge, jf. 5 kap. 1 § til 3 a §. Et tiltak som er eksplisitt omtalt i 5 kap. 1 § nr. 8 i socialtjänstlagen er, for eksempel, å sørge for, i nært samarbeid med hjemmet, at barn og unge som står i fare for å utvikle en ugunstig utvikling, får beskyttelse og støtte som de har behov for. Videre sies det i samme bestemmelse at dersom barnets beste tilsier det, kan socialnämnden i nært samarbeid med hjemmet sørge for omsorg og oppfostring utenfor det egne hjemmet. I 5 kap. 1 § nr. 8 kommer deler av forholdsmessighetsprinsippets begrunnelser til synet. I lovteksten står

49 Se ovenfor avsnitt 3.1.

50 SOU 2010:29 En ny förvaltningslag, kap. 9.4.7, s. 175 flg.

51 Ibid., kap. 9.4.7, s. 180–181.

det at den formen av beskyttelse og støtte til barn og unge skal svare på det «de behöver». Kravet om at rett skal være et hensiktsmessig verktøy for å nå menneskelige mål kommer til uttrykk her.⁵² Det vises videre til at en samtykkebasert plassering av barn utenfor hjemmet kan finne sted når hensynet til «barnets eller den unges bästa motiverar det». I denne teksten ligger det et krav om at plasseringen må være egnet eller hensiktsmessig for å oppnå målet om å ivareta det beste for barnet eller ungdommen. Henvisningen til hensynet til barnets beste tydeliggjør også det formålet som skal oppnås ved at barnet eller ungdommen bor utenfor sitt eget hjem.

Socialtjänstlagen (2001:453) 11 kap. om handläggning av ärenden (saksbehandling) kommer krav til en forholdsmessig saksbehandling til synet, blant annet i forbindelse med socialnämndens utredningsplikt overfor barn og unge, se 11 kap. 1 §. I 11 kap. 2 § første stycket siste setning står det at utredningen ikke skal gjøres mer omfattende enn hva som er «motiverat av omständigheterna i ärendet». Hvilke undersøkelser som socialnämnden iverksetter, hvem socialnämnden kontakter for å få informasjon om familien, og andre avgjørelser i utredningsprosessen, skal basere seg på en vurdering av om de enkelte avgjørelsene er egnede, om det er behov for dem, og om de står i rimelig omfang sett hen til formålet. Krav om forholdsmessighet kommer til uttrykk i socialtjänstlagen flere steder enn i de bestemmelsene omtalt ovenfor. Det som ikke finnes i nedfelt i socialtjänstlagen er en overordnet bestemmelse tilsvarende den i den svenske forvaltningsloven, jf. Förvaltningslagen 5 § tredje stycket.

I den finske förvaltningslagen (lag 434/2003) 2 kap. 6 § er forholdsmessighet omtalt som ett av rettsprinsippene («grunderna») for god forvaltning. Den finske förvaltningslagens ordlyd i 2 kap. 6 § andre setning sier at myndighetenes avgjørelser skal stå i riktig forhold til formålet. I forarbeider til denne bestemmelsen presiseres at rettsprinsippet om forholdsmessighet innebærer at et tiltak som myndighetene vedtar skal være hensiktsmessig, det skal være behov for tiltaket og av riktig omfang med hensyn til formålet man vil oppnå med det aktuelle tiltaket.⁵³ Det sies videre at i praksis forutsetter forholdsmessighetsprinsippet at myn-

52 Se ovenfor avsnitt 3.1. Vranes, E. (2009), s. 12.

53 RP 72/2002 rd, s. 60.

dighetene dimensjonerer sine tiltak «till det minimum där den behövlige effekten kan nås».⁵⁴

Den finske barnskyddslagen (lag 417/2007, barnevernloven) inneholder ingen overordnet bestemmelse om at tiltak skal stå i riktig forhold til formålet. I 4 § tredje avsnitt kan det leses et uttrykk for at tiltaket ikke skal være mer omfattende enn det som behøves: «Inom barnskyddet skall. . . i första hand innebära stödåtgärder inom öppenvården, om inte barnets bästa kräver annat.» Formålet med tiltak i den finske barnskyddslagen er å fremme barnets gunstige utvikling og velferd, samt støtte foreldrene, vergene og andre personer som har ansvar for barnets omsorg og oppfostring, se 4 § første avsnitt. Hvis barnets beste, som er gunstig utvikling og velferd, kan oppnås eller sikres gjennom samtykkebaserte hjelpetiltak (öppenvården), se den finske barnskyddslagen 7 kap., skal det velges fremfor at barnet plasseres utenfor hjemmet. Behovet for tiltaket skal styre omfanget av tiltaket som vedtas. Det følger av barnskyddslagen 11 § at det organet som har ansvar for sosialtjenesten i kommunen, har også ansvar for barnevern. Heller ikke den finske socialvårdslagen (1301/2014) inneholde en bestemmelse som direkte omtaler kravet om avgjørelser som står i forhold til formålet med tiltaket.

Overordnet viser gjennomgangen av nordisk forvaltningsrett at forholdsmessighetsprinsippet skal ha betydning for forvaltningens rettsanvendelse og utøvelse av offentlig myndighet, herunder skjønnstøvelsen som knytter seg til spørsmål om kompetansen skal brukes og i hvilket omfang overfor enkeltindivider. Forskjellen ligger i fastheten og den tydelige omtalen av forholdsmessighetsprinsippets betydning for forvaltningens saksbehandling og den materielle vurderingen som skal gjøres underveis i saksbehandlingen. De svenske og finske lovbestemmelsene i forvaltningsloven som kodifiserer forholdsmessighetsprinsippet gjeldende for forvaltningen, gir prinsippet en sentral rolle i myndighetsutøvelsen. Også de sosial- og barnevernrettslige lovene i Sverige og Finland inneholder bestemmelser som gir uttrykk for et krav om forholdsmessighet. Verken den danske eller den norske forvaltningsloven inneholder en bestemmelse om forholdsmessighet som et grunnprinsipp for forvaltningens myndighetsutøvelse. Prinsippet ser samtidig ut til å ha

54 Ibid.

et noe mer befestet stilling i dansk rett enn i norsk rett, der det i norsk rett forstås som et grunnprinsipp i publikasjoner innen forvaltningsrett og en lovforarbeider med forholdsvis lav rettskildemessig vekt, NOU 2019: 5 Ny forvaltningslov. Til sammenligning inneholder en lovproposisjon til serviceloven i dansk rett en klar uttalelse om forholdsmessighetsprinsippet som et grunnleggende prinsipp for forvaltningen i Danmark.

Nordiske lands forvaltningsrett og sosialrett regulerer selvfølgelig ikke den norske barneverntjenestens forvaltningskompetanse. Stillingen av forholdsmessighetsprinsippet i de nordiske landene sett under ett, kan imidlertid forsiktig brukes for å argumentere for at en forvaltningsmyndighet som barneverntjenesten kan anvende den treleddede argumentasjons- og vurderingsmodellen i sin vurdering om og i hvilket omfang hjelpetiltak bør vedtas og iverksettes. Denne delkonklusjonen må suppleres med flere spørsmål.

Det første spørsmålet er om forholdsmessighetsprinsippet kan anvendes i forvaltningssaker der tiltak vedtatt av forvaltningen, oppfattes som et gode for enkeltindividet. I den norske forvaltningsrettslige litteraturen, samt i praksis fra EMD og EU-retten omtales eller anvendes forholdsmessighetsprinsippet ofte i saker der spørsmålet er om *et inngrep* er egnet, nødvendig og rimelig for å oppnå et legitimt formål. Hjelpetiltak i norsk barnevernrett er samtykkebasert. Det skulle tilsi at hjelpetiltak må falle inn under begrepet «inngrep» for at forholdsmessighetsprinsippet kan få anvendelse i saker om hjelpetiltak, forutsatt forholdsmessighetsprinsippet kun får sin anvendelse i saksforhold der det skal skje et inngrep. Krever forholdsmessighetsprinsippet innhold at forvaltningens bruk av kompetanse gjelder en inngrepssituasjon? Eller finner prinsippet sin anvendelse i alle former for myndighetsutøvelse av forvaltningen, også i saker der forvaltningens vedtak forstås som et gode, slik hjelpetiltak fra barneverntjenesten? Dette vil bli drøftet i avsnitt 3.3 under.

Dersom svaret skulle bli at forholdsmessighetsprinsippet kun kan anvendes i saker som gjelder inngrep, blir det andre spørsmålet om samtykkebaserte velferdstiltak kan forstås som *et inngrep*. Det spørsmålet drøftes i avsnitt 3.4.

3.3 *Vilkåret om inngrep*

I norsk forvaltningsrett er forholdsmessighetsprinsippet ikke nedfelt i lov. Det er rimelig å legge til grunn at det minste inngreps prinsipp, sentralt i barnevernrett om at det skal velges det minst inngripende tiltak for å oppnå formålet, utgjør del to av prinsippet treleddede argumentasjons- og vurderingsmodell. Når det minste inngreps prinsipp oppfattes som en del av forholdsmessighetsprinsippet, gir det implisitt uttrykk for at forholdsmessighetsprinsippet forstås å få sin anvendelse i saker med inngrepskarakter.

Graver formidler prinsippet anvendelsesområde ved inngrepssaker når han skriver at kravet til forholdsmessighet tilsier at det tiltaket som «forbys eller påbys», er egnet til å realisere de formål «inngrepet» har. Nødvendighetsvilkår forklares av Graver ved at «inngrepet må ikke være større eller strengere enn det som er nødvendig ut fra formålet», og rimelighetsvurderingen formidles med at det finnes et krav om at «fordelene ved å foreta inngrepet overstiger ulempene».⁵⁵

Habros analyse av forholdsmessighetsvurderinger i norsk forvaltnings- og forfatningsrett ser derimot ikke ut til å begrense seg alene til sakseksempler som klart kan karakteriseres som inngrep.⁵⁶ Heller ikke NOU 2019: 5 Ny forvaltningslov begrenser forholdsmessighetsprinsippet anvendelsesområde til forvaltningsvedtak eller -handlinger med inngrepskarakter. Forholdsmessighetsprinsippet omtales av ekspertutvalget slikt: i) vedtaket eller handlingen er egnet til å realisere formålet, (ii) at vedtaket eller handlingen ikke går ut over det som er nødvendig, og (iii) at vedtaket eller handlingen er rimelig.⁵⁷ Denne beskrivelsen av prinsippet argumentasjons- og vurderingsmodell sier ingenting om kvaliteten eller karakteren av vedtaket eller handlingen. Forarbeider til ny barnevernslov § 1-5 på sin side holder fast ved at det minste inngreps prinsipp gjelder ved «inngrep» i familielivet.⁵⁸

Lovforarbeider til den danske socialloven, sitert ovenfor, ser ikke ut til å forutsette at forholdsmessighetsprinsippet kun kommer til anvendelse

⁵⁵ Graver, H. P. (2015), s. 137–138.

⁵⁶ Harbo, T. (2015).

⁵⁷ NOU 2019: 5 Ny forvaltningslov, kap. 11.7.6.

⁵⁸ Prop. 133 L (2020–2021), kap. 7.3.5.5.

ved tiltak som innebærer tvang som påbud eller forbud.⁵⁹ Som nevnt omtales forholdsmessighetsprinsippet i dansk litteratur også som et prinsipp rettet til forvaltningens handlinger og avgjørelser der forvaltningen er gitt kompetanse til å utøve skjønn. I den forbindelse må skjønnsutøvelsen ikke nødvendigvis dreie seg om inngripende tiltak i private personers rettigheter og friheter.⁶⁰ I ordlyden til servicelov § 52 stk. 2 kommer kravet om egnethet av middelet til å oppnå målet direkte til uttrykk. Bestemmelsen regulerer samtykkebaserte tiltak for vern av barn og unge. Forarbeidene omtaler også nødvendighetskravets fortsatte rolle i vurderingen av samtykkebaserte tiltak. Forholdsmessighetsprinsippet ser dermed ut til å ha relevans også i en forvaltningsavgjørelse som kan forstås som et gode for den avgjørelsen retter seg mot.⁶¹

I den svenske förvaltningslagen 5 § andre stycket er ordlyden tydelig på at myndighetene kun kan gripe inn i den enkeltes interesse dersom formålet leder til det hensiktsmessige resultatet. I forarbeidene til den svenske forvaltningsloven, Prop. 2016/17:180, begrunnes kodifiseringen av forholdsmessighetsprinsippet i forvaltningsloven blant annet med at saksbehandlingen blir mer omsorgsfull og at beslutningene i enda høyere grad allerede fra begynnelsen blir materielt riktige.⁶² Hensynet om omsorgsfull saksbehandling og materielt rettsriktige avgjørelser gjør seg også gjeldende i saksbehandling av tiltak som forutsetter et samtykke fra den tiltaket retter seg mot. Det er imidlertid ikke sikkert at man ut fra dette kan slutte at den svenske forvaltningslovens proporsjonalitetsprinsipp også er tenkt til å komme til anvendelse i saker som leder til samtykkebaserte vedtak og tiltak. I proposisjonen til den nye forvaltningsloven begrunnes kodifiseringen av forholdsmessighetsprinsippet nemlig også med et mål om å markere Sveriges forpliktelser etter EU-rett og EMK på en mer generell og tydelig måte enn tidligere for så vel domstoler,

59 L 178 Forslag til lov om ændring af lov om social service, lov om retssikkerhed og administration på det sociale område og forældreansvarsloven (Barnets reform), s. 46-47.

60 Mortensen, B. (2009) s. 210. Mortensen viser til Garde, J. m.fl.: Forvaltningsret. Almindelige emner, 4 udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2004, s. 262.

61 L 178 Forslag til lov om ændring af lov om social service, lov om retssikkerhed og administration på det sociale område og forældreansvarsloven (Barnets reform), s. 47.

62 Prop. 2016/17:180, En modern og rättssäker förvaltning – ny förvaltningslag, s. 62.

forvaltningsmyndigheter og den enkelte.⁶³ Denne markeringen trekker i retning av at forholdsmessighetsprinsippet i svensk forvaltningslov får sin anvendelse i saker der tiltaket forstås som et byrde eller inngrep i og med forholdsmessighetsprinsippets anvendelse i EU-rett og EMK til vanlig forstås å kun komme til anvendelse i inngrepssaker, og som ekspertutvalget til ny svensk forvaltningslov skrev skal hindre «överdriven maktutövning».⁶⁴

I SOU 2010:29 framheves samtidig at Regeringsrätten, dagens Högsta förvaltningsdomstolen, ikke har anvendt forholdsmessighetsprinsippet alene i saker som gjelder påbud eller forbud, altså direkte maktanvendelse, men også i saker som gjelder å gi tillatelser fra offentlige myndigheter til private. Domstolen har vist en mer restriktiv bruk av forholdsmessighetsprinsippet i saker der det kan hemme forvaltningens effektivitet, som i saker der resultatet av en forholdsmessighetsvurdering skal vurderes og der man ikke kunne fastslå en helt perfekt balanse mellom de involvertes interesse.⁶⁵ Sistnevnte vitner imidlertid mer om tilbakeholdelse av prøvingsadgangen til domstolene med forvaltningens materielle avgjørelse enn at forholdsmessighetsprinsippet ikke skal styre forvaltningens skjønnsutøvelse i andre saker enn de med et tydelig maktkomponent i seg.

Forarbeider til någjeldende finsk forvaltningslov uttaler seg eksplisitt om forholdsmessighetsprinsippets anvendelsesområde utover inngrepsituasjoner. Det understrekes at prinsippet også kan anvendes i allmenne spørsmål som gjelder hvilken som helst myndighetshandling relatert til de rettighetene og pliktene til den personen som er formålet for handlingen.⁶⁶ Denne brede forståelsen av anvendelsesområdet for forholdsmessighetsprinsippet tilsier at det etter finsk rett får sin anvendelse i skjønnsvurderinger av samtykkebaserte tiltak.

63 Ibid.

64 SOU 2010:29 En ny förvaltningslag, s. 160.

65 SOU 2010:29 En ny förvaltningslag, kap. 9.4.7, s. 180–182.

66 RP 72/2002 rd, s. 60.

3.4 *Inngrepsbegrepet i EU-/EØS-rett og i EMDs praksis*

I avsnitt 3.2 og 3.3 forutsettes det flere ganger indirekte at idet forholdsmessighetsprinsippet anvendes som en følge at de nordiske statenes forpliktelse etter EU-/EØS-rett og EMDs praksis, er anvendelsesområdet for prinsippet begrenset til saker der forvaltningens tiltak representerer et inngrep i borgerens rettigheter eller friheter. Det er forståelig med tanke på at det sjelden klages over det man selv har samtykket til. Det undersøkes allikevel om forholdsmessighetsprinsippet anvendelse kun kan gjelde tvangsbaserte tiltak med preg av maktutøvelse eller om prinsippet også kan få anvendelse på mildere former for myndighetsutøvelse i disse spesifikke rettsområder.

Christoffersen skriver at i EU-rett og EØS-rett har forholdsmessighetsprinsippet sin anvendelse når norsk forvaltningsrett griper inn i EU/EØS-baserte rettigheter.⁶⁷ I tillegg vil inngrep i EU-rettens grunnrettigheter måtte være vurdert i lys av forholdsmessighetsprinsippet.⁶⁸ Forholdsmessighetsprinsippet gjelder for norsk forvaltning også i de tilfeller der norsk forvaltning anvender EU/EØS-rettslig regelverk.⁶⁹ Det finnes flere eksempler der forholdsmessighetsprinsippet får sin anvendelse på forvaltningens saksbehandling generelt, og ikke alene ved behandling av inngrepssaker.⁷⁰ Det taler for at innen EU/EØS-retten har forholdsmessighetsprinsippet betydning også i andre sakstyper og er ikke begrenset til inngrepssaker.

EMD har gjennom sin praksis utviklet et krav om forholdsmessighet knyttet til formuleringen at inngrep i konvensjonsrettigheter og -frierheter må være «nødvendig i et demokratisk samfunn», jf. EMK artikkel 8 til artikkel 11. I storkammersaken *Strand Lobben v. Norway* uttaler domstolen at «... the interference... [be] proportionate to the legitimate aim

67 Christoffer, C. E. (2019), Norges Europeiske Forvaltningsrett – EØS-avtalens krav til norske forvaltningsorganers organisering og saksbehandling, Universitetsforlaget, s. 76.

68 Ibid., s. 81, se også EU Charter of Fundamental Rights Article 52 nr. 1 om proporsjonalitetsprinsippet.

69 Ibid., s. 75.

70 Ibid., s. 76–79.

pursued», som betyr at det må foretas en rettferdig avveining mellom relevante motstridende interesser.⁷¹

EMD bruker begrepet «interference» i omtalen av rimelighetsvurderingen. Oversatt til norsk betyr «interference» så vel «inngrep» som «innblanding». På fransk oversettes «interference» til «ingérence» som oversettes til norsk med begrepene «innblanding» eller «inntrenging» eller også «intervensjon». Jeg forstår begrepet «innblanding» til å beskrive en mildere form for vedtak og handling av offentlige myndigheter enn der vedtak og handlinger beskrives med begrepet «inngrep». Det taler for at EMDs forståelse av forholdsmessighetsprinsippet ikke bare får anvendelse ved klare inngrepsvedtak eller -handling, men også kan få anvendelse i saker der mildere former for forvaltningsmyndighet utøves.

Den oppfatningen støttes av at EMD behandlet spørsmålet om en beslutning om å åpne undersøkelsessak er en krenkelse av foreldrenes rett til respekt for familieliv i *K.T. v. Norway* i 2008.⁷² I denne saken konkluderte domstolen med at åpning av en undersøkelsessak etter barnevernloven § 4-3 utgjorde et inngrep (interference), men i denne konkrete saken var åpningen av en undersøkelse verken et uegnet, unødvendig og urimelig inngrep.⁷³ Domstolen viste til at myndighetene har en vid skjønnsmargin i spørsmål som gjelder mindre inngripende handlinger forvaltningen kan gjøre sammenlignet med for eksempel atskillelse av et barn fra sine foreldre. Domsavgjørelsen gir etter mitt syn uttrykk for at også vedtak og handlinger av en mildere karakter enn vedtak og handlinger med tydelig maktutøvelse kan være omfattet av forholdsmessighetsvurderinger, selv om prøvingsintensiteten er svakere. Til syvende sist mener jeg at det taler for at kravene som følger av EMK artikkel 8 nr. 2 også kan gjelde innenfor forvaltningens myndighetsutøvelse som ikke kommer til å bli prøvd av EMD.

71 *Strand Lobben and others v. Norway*, 10 September 2019, Application no. 37283/13, avsnitt 203. Avgjørelsen handlet om spørsmål om fratakelse av foreldreansvar og adopsjon av barnet etter norsk barnevernlov var i strid med morens og barnets rett til respekt for familieliv.

72 *K.T. v. Norway*, 25 September 2008, Application no. 266664/03.

73 *Ibid.*, avsnitt 66 om «relevant and sufficient reason» og «rimelighetsvurderinger» om undersøkelsen var for omfattende og dermed urimelig i avsnitt 69.

3.5 *Sammenfattende konklusjon*

Granskningen av forholdsmessighetsprinsippets anvendelsesområde i norsk rett, nordisk rett, EU/EØS-rett og EMK-rett gir ikke et entydig bilde av hvorvidt forholdsmessighetsprinsippet kun retter seg til forvaltningen i saker der skjønnsvurderingene gjelder inngripende vedtak eller handlinger. I noen kilder brukes tydelig begrepet «inngrep», mens andre utelater enhver form for karakteristikk av sakstype eller eksplisitt uttaler at anvendelsesområdet er bredt. Det taler for at også mildere former for forvaltningsmyndighet er innrammet av forholdsmessighetsprinsippet. Legges sistnevnte forståelse til grunn kan det argumenteres for at barneverntjenesten kan anvende forholdsmessighetsprinsippet i sin skjønnsvurdering om hjelpetiltak ved å vise til en nordisk rettsforståelse, også synlig i europeisk rett som sådan.

Fordi det kan være uenighet i det synet, drøftes det subsidiært i artikkelens siste avsnitt 4 om hjelpetiltak kan forstås som inngripende tiltak til tross for at vedtaket om hjelpetiltak er basert på frivillighet gjennom at foreldrene og/eller barnet skal samtykke. Dersom hjelpetiltak vil kunne forstås som et inngripende tiltak, er det ikke tvilsomt at forholdsmessighetsprinsippet bør og kan anvendes av barneverntjenesten i skjønnsvurderinger om hjelpetiltak.

4. Hjelpende tiltak – et inngrep? – Grensen mellom frivillighet og tvang

Det følger av barnevernloven § 6-1 andre ledd at avgjørelser om tiltak etter loven, herunder avgjørelser om hjelpetiltak, skal regnes som enkeltvedtak.⁷⁴ Etter forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav b er et enkeltvedtak en avgjørelse som er truffet under utøving av offentlig myndighet, og som er bestemmende for rettigheter og plikter for de eller den personen avgjørelsen retter seg mot. Når barneverntjenesten treffer et vedtak om hjelpetiltak, utøver den offentlig myndighet. Myndighetsutøvelse avgrenses mot andre oppgaver forvaltningsorganer gjennomfører, som tilfeller der forvaltningen er en likestilt kontraktspartner med private.

⁷⁴ Se også ny barnevernslov (lov 18. juni 2021 nr. 67 om barnevern) § 12-1 som trer i kraft 1. januar 2023.

Graver framhever at: «Utøvelse av offentlig myndighet innebærer at private personer er forpliktet til å underkaste seg myndigheten og de reguleringer som er vedtatt i lovlige former av de legitime statsmakter.»⁷⁵

Et vedtak som tildeler familien hjelpetiltak, som foreldrene attpåtil har samtykket til, kan vanskelig beskrives med ordene «underkastelse», og dermed heller ikke bli forstått som et inngrep. Det er imidlertid en kjensgjerning at foreldrene i møte med barneverntjenesten vil kunne oppleve at de «må» samtykke til hjelpetiltak, enten for å vise at de er interessert i å være gode nok omsorgspersoner, eller for å unngå en mulig omsorgsovertakelse av barnet. Det er en opplevelse av avmakt, eller i alle fall opplevelsen av ulike maktforhold mellom barneverntjenesten og foreldrene.⁷⁶ Lovgiverens valg om at tjenester som skal yte hjelp og som er frivillige, skal forstås som enkeltvedtak, tyder på at det anerkjennes at også hjelpetiltak representerer myndighetsutøvelse med makt som griper inn i familiens autonomi.

Et enkeltvedtak om hjelpetiltak kan påklages etter barnevernloven § 6-5. En klage om hjelpetiltak kan handle om at det tildelte hjelpetiltaket ikke er tilpasset barnets særlige behov, eller at hjelpetiltaket ikke er av tilstrekkelig omfang og/eller kvalitet. Syse påpeker at en klage kan gjelde at et hjelpetiltak «oppleves som intervensjoner i hjemmet på grunn av for stort omfang og/eller tiltakets formål, for eksempel oppnevning av tilsynsfører.»⁷⁷ Konstruksjonen av enkeltvedtak med klageadgang tyder på, slik Syse gir uttrykk for, at også tjenester med formål om å hjelpe, kan oppleves som inngrep i privatlivet. Samlet sett taler konstruksjonen som enkeltvedtak og forståelsen av at hjelpetiltak innebærer intervensjoner i hjemmet for at hjelpetiltak representerer et inngrep.

For å kunne svare på om hjelpetiltak kan forstås som inngrep drøftes det videre om hjelpetiltak kan være omfattet av det barnevernrettslige prinsippet om minste inngrep. Hvis så er tilfelle, vil det kunne tale for

75 Graver, H. P. (2019), s. 394.

76 Aamodt, H. (2015), Brukermedvirkningens uttrykk og virkning i barnevernets undersøkelser – et maktanalytisk perspektiv, Praktiske grunde – Nordisk tidsskrift for kultur- og samfundsvidenskap, s. 50.

77 Syse, A. (2017), Klage over tildelingsvedtak – Barnevernloven, I: Velferdsrett II – Barneverns- og sosialrett, Universitetsforlaget, s. 141.

at hjelpetiltak også skal vurderes og avveies i lys av forholdsmessighetsprinsippets krav om at et inngripende middel må være egnet, nødvendig og være rimelig i forhold til det målet som ønskes oppnådd.

I den nye, vedtatte barnevernsloven fastslås i § 1-5 andre ledd at barnevernets tiltak ikke skal være mer inngripende enn nødvendig. Ordlyden avgrenser ikke mot samtykkebaserte tiltak, men forutsetter derimot at alle tiltak er omfattet av det minste inngreps prinsipp. I forarbeider til bestemmelsen skriver Barne- og familiedepartementet at det minste inngreps prinsipp er et sentralt vilkår ved vedtak om tvangstiltak, men avgrenser ikke mot dette prinsippets betydning også på andre områder av barnevernets arbeid. I det forutgående høringsnotatet til ny barnevernslov skriver Barne- og familiedepartementet at det minste inngrep prinsippets formål er å beskytte barn og foreldre mot unødvendig eller uforholdsmessig *innblanding* i familie- og privatlivet, herunder bruk av tvang.⁷⁸ Departementet bruker i høringsnotatet uttrykket «inngripende tiltak» som et begrep som beskriver innblanding i familie- og privatlivet som unødvendig eller uforholdsmessig. Ved å skrive «herunder bruk av tvang» utelukker departementet ikke at innblanding også finner sted ved tiltak som det samtykkes til, og at samtykkebaserte tiltak dermed er omfattet av begrepet «inngripende tiltak». Begrepet «inngripende tiltak» brukes av departementet ikke kun for tvangssituasjoner, men også for de situasjoner der privatpersonene samtykker til tiltaket.

I den offentlige utredningen om ny barnevernslov, NOU 2016: 16, skriver utvalget at det minste inngreps prinsipp er utslag av en generell norm for samfunnets regulering av enkeltinngrep overfor borgerne.⁷⁹ Denne generelle normen går ut på at borgerne ikke skal pålegges innskrenkninger eller plikter/byrder ut over det som er nødvendige for å nå de fastsatte mål. Ordene som velges av utvalget – innskrenkninger eller plikter/byrder – oppfatter jeg som smalere enn departementets beskrivelse om at inngrepet er en innblanding. En innblanding etter vanlig ordforståelse kan innbefatte hjelpende tiltak og tjenester, mens ordene innskrenkning eller plikter/byrder gir uttrykk for mer negative måter

78 Barne- og likestillingsdepartementet, Høringsnotat forslag til ny barnevernslov, kapittel 5.7.2.

79 NOU 2016: 16 Ny barnevernslov, kap. 5.5.3.1.

å blande seg inn i privat- og familielivet på. Men også et mer positivt ladet begrep som «innblanding» kan forstås som en innskrenkning av privatautonomien. Som Graver skriver, inngår borgerne i en rettslig forbindelse med forvaltningen.⁸⁰ Autonomien til ikke å ha en rettslig forbindelse med barnevernet er fjernet, og dermed er barnets og familiens autonomi innskrenket. Det at autonomien er innskrenket, at det offentlige blander seg inn i familielivet, og at familien inngår i en rettslig forbindelse med forvaltningen, er tre momenter som taler for at positive, hjelpende tiltak og tjenester foreldrene og/eller barnet har samtykket til, er omfattet av begrepet inngrep.

Ifølge Haugli har det minste inngreps prinsipp en side mot inngrepskriteriene og en side mot tiltaket som velges. Når det gjelder inngrepskriteriet skal samfunnet kun gripe inn dersom foreldrene ikke makter å sikre barna en tilstrekkelig trygg oppvekst på egen hånd. Videre skal det i så fall i første rekke settes i verk hjelpetiltak i hjemmet som primært baseres på frivillighet og medvirkning fra foreldrenes side. Hvis hjelpetiltak har vært forsøkt, eller må anses som nytteløs, kan barnevernet iverksette mer inngripende tiltak som omsorgsovertakelse.⁸¹ Denne forklaringen av det minste inngreps prinsipp omfatter som et eksempel hjelpetiltak som foreldrene frivillig medvirker til å få gjennomført eller utført. Det tyder på at også mildere former for innblanding i familielivet forstås som et inngrep. Tilsvarende skriver Sandberg at det minste inngreps prinsipp går ut på at barnevernet ikke skal benytte strengere tiltak hvis et mildere er tilstrekkelig for å oppnå formålet.⁸² Et tiltak er ikke nødvendigvis oppfattet som et strengt tiltak, eller som et inngripende ett, men prinsippet om minste inngreps prinsipp omfatter også de mildere tiltakene. De mildere tiltakene er en nødvendig side av prinsippet. Uten mulighet til å velge et mildere inngrep for å unngå tvang, ville ikke prinsippet gi mening.

Det mangler et omfattende rettskildemateriale for å kunne utforske hvilke avgjørelser eller handlinger som omfattes av begrepet ”inngrep”

80 Graver, H. P. (2015), s. 106.

81 Haugli, T. (2000), Samværsrett i barnevernssaker, Universitetsforlaget, s. 26.

82 Sandberg, K. (2003), Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse, Gyldendal Akademisk, s. 40.

når det minste inngreps prinsipp omtales. I nyere offentlige dokumenter fremheves innblanding i og innskrenkning av familiens og barnets privatautonomi. I juridisk teori forklares prinsippet med at hjelpetiltak bør forsøkes eller være vurdert forsøkt *før mer inngripende tiltak* iverksettes. Det betyr at samtykkebaserte, frivillige tiltak representerer «minste inngrep» eller «mildeste inngrep». Begrepet «inngrep» innbefatter ikke bare tjenester og tiltak der barnevernet utøver tvang overfor barnet og familien, men også mildere former for innblanding i barnets og familiens liv. En ytelse eller positiv oppfattet tjeneste kan dermed forstås som et inngrep.

I barnevernrettslig og velferdsrettslig litteratur bruker forfatterne begrepet «tvangsinngrep» for å vise til at inngrepet i borgerens autonomi er basert på tvang. Denne presiseringen trekker etter seg den logiske slutningen at der det finnes tiltak som representerer inngrep basert på tvang, må det også finnes tiltak som representerer inngrep i borgerens autonomi basert på samtykke eller frivillighet. Ellers gir det ikke mening å presisere bestemte rettslige reguleringer med begrepet «tvangsinngrep».

Basert på de ovenfor nevnte momentene mener jeg at det er forsvarlig å konkludere med at hjelpetiltak basert på foreldrenes og/eller barnets samtykke kan forstås som inngrep eller i alle fall er omfattet av begrepet «inngrep». Det taler for at barneverntjenesten kan anvende forholdsmessighetsprinsippet treleddede argumentasjons- og vurderingsmodell i sin skjønnsvurdering om hjelpetiltak. Det gjelder også i de tilfellene der man skulle mene at forholdsmessighetsprinsippet kun retter seg til forvaltningen der denne treffer avgjørelser og iverksetter tiltak som representerer inngrep i den private personens autonomi. Et hjelpetiltak er et inngrep.

5. Avsluttende bemerkninger

Både begrunnelsen for anvendelsen av forholdsmessighetsprinsippet og dets stilling og betydning i norsk og nordisk forvaltningsrett taler for at barneverntjenesten kan og bør anvende prinsippet i sine skjønnsvurderinger om hjelpetiltak. Det er også rimelig å legge til grunn at forholdsmessighetsprinsippet kan anvendes i saksforhold der vedtaket og handlingen kan forstås som en hjelpende tjeneste eller ytelse fra forvalt-

ningens side. En offentlig myndighetsutøvelse av barneverntjenesten, basert på foreldrenes og/eller barnets samtykke, kan dessuten forstås som et inngrep idet barneverntjenesten med hjelpetiltak blander seg inn i familiens autonomi. Svaret på artikkelens spørsmål er at barneverntjenesten har rettslig adgang til å anvende forholdsmessighetsprinsippet ved skjønnsvurderinger om og i hvilket omfang hjelpetiltak skal vedtas og iverksettes.

Artikkelen drøfter ikke om det er hensiktsmessig at barneverntjenesten anvender forholdsmessighetsprinsippet i sine skjønnsvurderinger om hjelpetiltak. Det ligger implisitt i avsnitt 3.1 der det konkluderes med at begrunnelsen for forholdsmessighetsprinsippet taler for at barneverntjenesten bør anvende det i sin skjønnsutøvelse. Det er imidlertid ikke gitt at det er den rette oppfatningen.

Det er rimelig å anføre mot bruken av forholdsmessighetsprinsippet i skjønnsvurderingene at det bidrar til en rettsliggjøring av et profesjonsfaglig ansvar, og dermed presser faglige vurderinger inn i en rettslig framgangsmåte heller enn å gi plass til fagenes metoder til å finne fram til gode beslutninger.

Prinsippet krever dessuten at barneverntjenesten foretar en egnethetsvurdering av hjelpetiltak opp mot målet. Forskningsarbeider formidler at det kan knytte seg stor usikkerhet til om et hjelpetiltak er egnet for å oppnå det ønskede målet ved skjønnsvurderinger om og i hvilket omfang hjelpetiltak skal vedtas og iverksettes.⁸³ En egnethetsvurdering endrer ikke noe på denne usikkerheten.

Anvendelsen av forholdsmessighetsprinsippet kan også ha fordeler. Der det er tvil om omfanget av hjelpetiltak(ene) er passende, vil en vurdering og avveining av ulike interesser og om et hjelpetiltak står i rimelig forhold til den innblandingen i familielivet det utgjør, kunne bidra til en konkretisering av innblandingsstyrken holdt opp mot innblandingsbehovet (rimelighetsvurderingen).

83 Christiansen, Ø. (2015) Hjelpetiltak i barnevernet– En kunnskapsstatus, Uni Research Helse, Regionalt kunnskapssenter for barn og unge; Fauske, H., Kvaran, I. og Lichtwark, W. (2017), s. 45–58. Langsrud, E. (2020).

Det stilles videre økende krav om tydelig dokumentering av barneverntjenestens vurderinger.⁸⁴ Forholdsmessighetsprinsippets treleddede argumentasjons- og vurderingsmodell vil kunne bidra til en strukturering av argumentene og en tydeliggjøring av barneverntjenestens vurderinger. Dersom tjenesten har kommet fram til at hjelpetiltak gir god mening målt mot generelle verdi- og fornuftsmessige forestillinger, vil legitimiteten av barneverntjenestens rettsanvendelse og skjønnsutøvelse kunne øke.⁸⁵ Barnet, familien og den norske barneverntjenesten fortjener legitime og forholdsmessige vedtak og handlinger, noe som til syvende og sist taler for at forholdsmessighetsprinsippet bør få sin anvendelse i saker om hjelpetiltak.

84 Se ny barnevernslov § 12-4 om barnevernets journalplikt og § 12-5 om krav til begrunnelse av vedtak.

85 Bernt, J. F. (2015), Krav om forholdsmessighet ved kontroll av offentlig myndighetsutøving, I: Søvig, Karl Harald (red.), Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten, Fagbokforlaget, s. 27-47, s. 27.