



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

Forsvarlighet i barnevernretten

En analyse av forsvarlighetskravet i barnevernloven § 1-4

Vetle Langedahl

Masteroppgave i rettsvitenskap JUR-3902, vår 2021

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Aktualitet og problemstilling	1
1.2	Avgrensninger	2
1.3	Metode og rettskildebruk	2
2	Innholdet i forsvarlighetskravet i bvl. § 1-4.....	3
2.1	Innledning.....	3
2.2	Barnevernloven § 1-4	4
2.2.1	Ordlyden.....	4
2.2.2	Forarbeider	4
2.2.3	Forsvarlighet som rettslig standard	6
2.2.4	Eksempler på forhold som ikke følger direkte av, men kan knyttes til bvl. § 1-4 7	
2.3	Prinsipper og hensyn som henger sammen med forsvarlighet.....	9
2.3.1	Innledning.....	9
2.3.2	Barnets beste	9
2.3.3	Det minste inngreps prinsipp.....	11
2.4	Generell forvaltningsrett	13
2.4.1	Innledning.....	13
2.4.2	Krav til forsvarlig saksbehandling i den generelle forvaltningsretten	13
2.5	Sammendrag.....	15
3	Forsvarlighet i lys av menneskerettighetene	16
3.1	Innledning.....	16
3.2	Strand Lobben and others v. Norway.....	18
3.2.1	Bakgrunn for saken	18
3.2.2	EMDs rettsanvendelse og begrunnelse	19
3.2.3	Dommens sammenheng med kravet om forsvarlige tjenester og tiltak	22

3.2.4	Høyesteretts endrede kurs i kjølvannet av Strand Lobben.....	23
3.3	Legalitetsprinsippet	24
4	Empiriske rapporter fra og om barneverntjenesten	25
4.1	Innledning.....	25
4.2	«Godt nok barnevern – Forståelser av forsvarlighet og internkontroll i den kommunale barneverntjenesten»	25
4.3	«Det å reise vasker øynene – Gjennomgang av 106 barnevernsaker».....	27
4.4	«De tror vi er shitkids – Rapport om barn som bor på barnevernsinstitusjon».....	28
5	Sammenligning av kravet til forsvarlighet på barnevernrettens område og helserettens område.....	30
5.1	Innledning.....	30
5.1.1	Helsepersonelloven § 4 første ledd	30
5.1.2	Likheter og ulikheter i forsvarlighetskravet i barnevernrett og helserett	32
6	Forslag til ny barnevernlov – Prop. 133 L (2020-2021)	33
6.1	Innledning.....	33
6.2	Lovbestemmelsen.....	34
6.3	Andre endringer som har innvirkning på forsvarlighet.....	35
7	Bør det stilles individkrav til barnevernpersonell etter modell fra helsepersonelloven? .	36
7.1	Innledning.....	36
7.2	Er en «barnevernpersonellov» riktig vei å gå?.....	37
8	Avslutning/sammendrag.....	41
	Referanseliste:	43

1 Innledning

1.1 Aktualitet og problemstilling

Denne oppgaven er en analyse av forsvarlighet i barnevernet, jf. barnevernloven¹ § 1-4. Oppgaven vil klarlegge innholdet i forsvarlighetskravet i barnevernretten, ved en analyse av lov, forarbeider og bakgrunnsrett, samt en sammenligning av tilsvarende krav i helseretten. I tillegg vil jeg ved oppgavens slutt presentere tanker rundt rettspolitiske grep som bør tas for å sikre forsvarligheten på barnevernrettens område.

Barneverntjenester er et område som har vært debattert jevnlig de siste årene, både i Norge og i internasjonale forum. Norge har møtt mye kritikk for sin håndtering av barn i barneverntjenesten og er også dømt i Den europeiske menneskerettighetsdomstol (heretter EMD) åtte ganger for brudd på Den europeiske menneskerettskonvensjon (heretter EMK) artikkel 8 og retten til respekt for familielivet² i forbindelse med barnevernssaker.³ Totalt 40 saker knyttet til norsk barnevern er tatt inn til behandling i EMD.

Barne- og familiedepartementet fremmet forslag om ny barnevernlov våren 2021⁴, samtidig som denne oppgaven skrives. Lovproposisjonen tar ikke for seg forsvarlighet konkret, men henviser til lovproposisjonen fra 2013.⁵ I den nye proposisjonen fremgår det at departementet, i lys av Strand Lobben-dommen og de påfølgende dommene fra både EMD og Høyesterett, har lagt stor vekt på menneskerettslige vurderinger i arbeidet med den nye loven.⁶ En kan derfor trygt si at barnevernrett er høyaktuelt.

Oppgaven omhandler barnevernloven § 1-4 om forsvarlighet. Den vil søke å klarlegge hva forsvarlighet er og hvordan dette utøves og forstås i barnevernet. Videre vil prinsippet om forsvarlige tjenester og tiltak sees i sammenheng med flere andre prinsipper på

¹ Lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester (barnevernloven – bvl.)

² Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter, artikkel 8 – Retten til respekt for privatliv og familieliv

³ Hernehult v. Norway [J] 14652/16, Pedersen and others v. Norway [J] 39710/15, Jansen v. Norway [J] 2822/16, Strand Lobben and others v. Norway [GC] 37283/13 (Strand Lobben-dommen), K.O. and V.M. v. Norway [J] 64808/16, Abdi Ibrahim v. Norway [J] 15379/16, A.S. v. Norway [J] 60371/15, M.L. v. Norway [J] 64639/16.

⁴ Prop. 133 L (2020-2021)

⁵ Prop. 106 L (2012-2013)

⁶ Prop. 133 L (2020-2021) s. 28

barnevernrettens område. Avslutningsvis vil det bli presentert noen tanker rundt hvilke grep som bør gjøres for å sikre forsvarligheten i barnevernet.

1.2 Avgrensninger

Internkontroll inngår som en del av kravet til forsvarlige tjenester i barnevernsinstitusjoner. På denne bakgrunnen stiller internkontrollforskriften⁷ tydelige og konkrete krav til blant annet kvalitet i barnevernsinstitusjonene. Det er også dette ansatte i barnevernet gjerne viser til, når de blir spurt om hvordan de forstår «forsvarlighet». Denne siden av forsvarlighetskravet anses dermed relativt avklart. Med bakgrunn i dette, samt av hensyn til avhandlingens/oppgavens omfang, avgrenses det mot å behandle internkontroll nærmere i avhandlingen/oppgaven.

Kravet til kvalitet i barnevernsinstitusjoner er utvilsomt viktig og utgjør en tydelig og definert del av forsvarlighetskravet. Det er også dette ansatte i barnevernet viser til, når de blir spurt om hva de forstår med forsvarlighet.⁸ For meg har det vært viktigere å fokusere på hva som ligger bak kravet til forsvarlige tjenester og tiltak, hvorfor dette eksisterer og rekkevidden av det.

1.3 Metode og rettskildebruk

I dette underpunktet vil jeg drøfte og klarlegge metodiske utfordringer og særpreg ved temaet. En teoretisk fremstilling av juss kan gjøres på mange ulike måter og det finnes ikke én korrekt måte å gjøre dette på. Videre vil jeg klargjøre forholdene rundt rettskildene som benyttes i oppgaven og hvilken vekt forskjellige rettskilder tillegges.

Oppgaven er en rettsdogmatisk analyse av forsvarlighetskravets innhold på barnevernrettens område sett i lys av forsvarlighetskravet som følger av alminnelig forvaltningsrett. I tillegg vil jeg sammenligne kravet som gjelder for barnevernet, med forsvarlighetskravet innenfor helsesektoren. Dette gjøres for å få frem både opphav og ulike sider ved krav til forsvarlighet. Det vil være vanskelig å dra direkte sammenligninger mellom barnevern og helse, ettersom dette er to ulike rettstradisjoner, selv om de begge springer ut av forvaltningsretten. Jeg vil også utlede en rettspolitisk del etter analysen, hvor jeg vil drøfte om det finnes lovmessige

⁷ Forskrift 10. juni 2008 nr. 580 om krav til kvalitet og internkontroll i barnevernsinstitusjoner

⁸ Se kap. 4.2 om «Godt nok barnevern – Forståelser av forsvarlighet og internkontroll i den kommunale barneverntjenesten»

grep som kan tas for å endre på dagens barnevernrett som følger av utviklingen i det norske rettssystemet og i EMD.

Det er lite rettspraksis fra Høyesterett om forsvarlighet i barnevernet. At det eksisterer lite rettspraksis på området taler for at andre rettskilder som forarbeider og juridisk litteratur må tillegges tyngre vekt. Deler av oppgaven vil derfor bli basert på empiriske rapporter fra barnevernet, utarbeidet av aktører med troverdighet på feltet, som Statens Helsetilsyn, BUFDIR og Barneombudet. Slike empiriske undersøkelser har Høyesterett også lagt til grunn for sin behandling av barnevernssaker tidligere.⁹ Dette er likevel ikke tradisjonelle rettskilder, men ettersom forsvarlighet er en rettslig standard, vil det være relevant å legge vekt på disse rapportene, ettersom den juridiske lovteksten om forsvarlighet er avhengig av en barnevernfaglig kontekst for å ha faktisk virkning.¹⁰

I tillegg vil det være nødvendig å behandle en av dommene som har falt mot Norge i EMD. Jeg har funnet det hensiktsmessig med en dypere analyse av Strand Lobben-dommen. Dette siden den er avsagt i storkammer, og er en avgjørelse av prinsipiell betydning på området. Dette vil gjøres for å få frem på hvilke grunnlag domsstolen mener at Norge har brutt menneskerettighetene på, jf. EMK art. 8. Som analysen vil vise, kan det være grunn til å tro at det hersker ulike oppfatninger om barnevernets rolle i Norge og de nordiske landene, og land i Sør-Europa. Denne ulike forståelsen er relevant for oppgavens rettspolitiske drøftelse, se kap. 6. Det eksisterer ikke et eksplisitt krav til forsvarlighet i ordlyden i EMK art. 8. Jeg vil derfor gjøre en tolkning av de rettsregler EMD legger til grunn i for eksempel Strand Lobben-dommen og hvilken betydning de kan ha på barnevernrettens område.

2 Innholdet i forsvarlighetskravet i bvl. § 1-4

2.1 Innledning

I dette kapittelet vil det klarlegges hva forsvarlighet er og hvordan dette gjennomføres og brukes i barnevernet, samt hvilke rammer dette setter for barnevernets virksomhet. Både utgangspunktet for hva forsvarlighet er, hva innholdet i kravet er og omfanget av det vil bli behandlet i det følgende.

⁹ HR-2021-474-A avsnitt 57 - 58

¹⁰ Se kap. 2.2.3 om forsvarlighet som rettslig standard

Barnevernretten er en gren av forvaltningsretten. Begrepet «generell forvaltningsrett» brukes om den retten som gjelder på tvers av ulike forvaltningsområder, og kan være både ulovfestet og lovbestemt, for eksempel i forvaltningsloven.¹¹ Med spesiell forvaltningsrett menes mer spesifikke områder, slik som for eksempel barnevernrett. Forsvarlighet er et generelt prinsipp som eksisterer både ulovfestet og lovfestet på forvaltningsrettens område.

For å kunne utlede hva innholdet i forsvarlighetskravet er, er det nødvendig å grundig gjennomgå ikke bare ordlyden, forarbeider og sammenhengende prinsipper, men også sammenhengen til generell forvaltningsrett.

2.2 Barnevernloven § 1-4

2.2.1 Ordlyden

Det følger av bvl. § 1-4 at «*Tjenester og tiltak etter denne loven skal være forsvarlige*».

En naturlig språklig forståelse av «tjenester» og «tiltak» tilsier at hele barnevernets virksomhet omfattes av kravet til forsvarlighet og ikke bare de enkeltvedtak de måtte treffe overfor barn.¹² Bestemmelsen vil altså omfatte mer enn bare den konkrete kontakten med barn, men også med foreldre, fosterforeldre og andre som måtte omfattes av barnevernets saker.

Av «forsvarlig» forstås det at bestemmelsen peker på at noe skal være godt nok og henviser til en form for standard for hvordan noe skal være. Ordlyden forteller derimot ikke noe om hva som er målestokken for om tjenestene og tiltakene er gode nok, eller hvordan «forsvarlig» skal forstås i lys av tjenestene og tiltakene i barnevernet.

2.2.2 Forarbeider

Som nevnt i kap. 2.1 forstår man forsvarlighet som både et ulovfestet krav til forsvarlig saksbehandling som springer ut av bakgrunnsretten og barnevernretten, og også som et lovfestet krav til barnevernets avgjørelser. Det følger av forarbeidene til barnevernloven at

¹¹ Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven – fvl.)

¹² Se kap. 3.2 om Strand Lobben vs. Norway, hvor forsvarlighet også omfatter vurderinger underveis og at barnevernet også må ta hensyn til foreldre, ikke bare barnet

*«Departementet mener også etter høringen at det på tilsvarende måte som etter helse og sosiallovgivningen bør fremgå direkte av barnevernloven at barnevernet har plikt til å yte forsvarlige tjenester og tiltak».*¹³

Dette taler for at prinsippet om forsvarlighet i helseretten og prinsippet om forsvarlighet på barnevernrettens område stammer fra samme overordnede forvaltningsrettslige prinsipp og er derfor sammenlignbare.¹⁴

Departementet mener at innføring av et forsvarlighetskrav vil bidra til å styrke tilsynsmyndighetens verktøy for å kontrollere at barnevernet etterlever lovens krav, i tillegg til å tydeliggjøre og presisere at barnevernets tjenester og tiltak skal være forsvarlige.¹⁵ Av dette forstår jeg at innføringen av forsvarlighetskravet i realiteten har to pilarer. Det ene er presisering og tydeliggjøring av det faglige forsvarlighetskravet og det andre er internkontrollforskriften¹⁶ og de krav som stilles gjennom den.

Videre i forarbeidene redegjør departementet for forsvarlighetskravets funksjon.

*«Forsvarlighetskravet har en dobbeltfunksjon. På den ene siden handler kravet om forventninger til hvordan tjenestene bør være. På tilsvarende måte som i forarbeidene til helse- og omsorgstjenesteloven, legger departementet til grunn at kjernen i forsvarlighetskravet er vurderinger og normer om hva som kan betegnes som god barnevernfaglig praksis. Samtidig er disse normene utgangspunkt for å fastlegge hvor grensen mot det uforsvarlige går. Det vil si de konkrete vurderingene av hvor store avvik fra god praksis som kan aksepteres før avviket medfører uforsvarlighet. Mellom god barnevernfaglig praksis og forsvarlighetskravets nedre grense vil det være rom for at kommunen utøver skjønn. Forsvarlighetskravet innebærer imidlertid at tjenestene må holde tilfredsstillende kvalitet, ytes i tide og i et tilstrekkelig omfang»*¹⁷

Det er en presis beskrivelse om hvordan regjeringen ser for seg kravet til forsvarlige tjenester og tiltak i praksis, som det som befinner seg mellom den nedre skranken, uforsvarlighet, og den øvre skranken, forventninger til tjenesten og beste praksis. Videre fremkommer det tre

¹³ Prop. 106 L (2012-2013) s. 128

¹⁴ Se kap. 5 om sammenligning mellom forsvarlighet på barnevernrettens område og helserettens område

¹⁵ Prop. 106 L (2012-2013) s. 48

¹⁶ Forskrift 10. juni 2008 nr. 580 om krav til kvalitet og internkontroll i barneverninstitusjoner

¹⁷ Prop. 106 L (2012-2013) s. 51

vilkår for forsvarlighet: Kvalitet på tjenester, at de skal ytes i tide og i tilstrekkelig omfang. Med tilstrekkelig omfang forstås det at det også er en henvisning til minste inngreps prinsipp, slik at barnevernet ikke har adgang til å hverken yte for lite eller for mye tjenester til en familie som har behov for barnevernets hjelp. Denne beskrivelsen viser at innholdet må fastlegges ved bruk av normer utenfra.

2.2.3 Forsvarlighet som rettslig standard

Det følger av forarbeidene til helsepersonelloven¹⁸ og juridisk litteratur¹⁹ at forsvarlighet er å regne som en rettslig standard. Forsvarlighet og faglig forsvarlighet omtales også ofte som en «rettslig standard» i juridisk litteratur.²⁰ Dette er et nyttig begrep for en bestemt type rettsregler. Ragnar Knoph definerte termen «rettslig standard» som generelle regler for et rettsområde, som både gir dommeren en viss grad av skjønn i sin tolkning, samtidig som den begrenser skjønnet så mye at grunnlaget i lovteksten ligger fast.²¹ En kan også bruke det tyske ordet «generalklausul» om slike bestemmelser, selv om Knoph anser at «rettslig standard» er mer treffende.²²

Når en snakker om rettslige standarder og forsvarlighet, kan en legge til grunn en form for et forsvarlighetskrav i forvaltningsretten som sådan. Det betyr at kravet til forsvarlighet, i en eller annen form, er gjennomgående i forvaltningsretten. Det gjelder for eksempel krav til forsvarlig saksbehandling i forvaltningsretten, noe som har et bredt nedslagsfelt i offentlig rett.

Statens helsetilsyn skriver i sitt hørings svar til forslag til lov om integrering at kravet til forsvarlige tjenester er en rettslig standard og at de med dette legger til grunn at lovverket innenfor rettsområdene hvor det eksisterer slike standarder, ikke i seg selv gir konkrete løsninger.²³ De slår fast at nasjonale faglige retningslinjer og veiledere er nødvendige for å fastsette det konkrete innholdet i forsvarlighetskravet. Dette støtter opp om Knophs beskrivelser av hva en rettslig standard er.

¹⁸ Ot.prp.nr 13 (1998-1999) s. 216, forarbeid til lov 02. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell (helsepersonelloven – hpl)

¹⁹ Kjønstad (2013) s. 226

²⁰ Kjønstad (2013) s. 227

²¹ Knoph (1939) s. 2-3

²² Knoph (1939) s. 3

²³ Statens helsetilsyn, *Hørings svar fra Statens helsetilsyn – forslag til lov om integrering (integreringsloven) og forslag til endringer i lov om norsk statsborgerskap (statsborgerloven)*, 2019

Forsvarlighet er på lik linje med andre rettslige standarder dynamisk da begrepet referer til faglige standarder. Som innenfor alle andre fagfelt er den faglige utviklingen også her i stadig forandring. Innholdet i forsvarlighetskravet vil derfor som en konsekvens endre seg selv om lovteksten er den samme. Videre følger det av Knoph og hans henvisning til «Introduction to the Philosophy of Law» at standarder kan kjennetegnes av: De henviser til en moralsk holdning (i dette tilfellet «forsvarlig»), de henviser ikke til nøyaktige rettsvitenskapelige begrep, men heller til en form for intuisjon og sunn fornuft, i tillegg til at en standard preges av runde formuleringer, men retter seg til tid, sted og skal forstås med de fakta man har om saken og ellers.²⁴ Dette siste punktet er det som gjør at en rettslig standard vil være dynamisk, ettersom for eksempel graden av forsvarlighet vil endre seg fra sak til sak, og etterhvert som samfunnet tilegner seg mer kunnskap om fagfeltet.

2.2.4 Eksempler på forhold som ikke følger direkte av, men kan knyttes til bvl. § 1-4

Etter proposisjonen til ny barnevernlov følger det at flere av de grunnleggende prinsippene i barnevernretten har en tilknytning til forsvarlighetskravet. Av disse prinsippene vil tre belyses nærmere. Hensyn til barnets kulturelle, språklige og religiøse bakgrunn på alle stadier av en barnevernssak er det første prinsippet som kan trekkes frem. Departementet legger til grunn at:

*«Kunnskap og kompetanse om barnet og familiens bakgrunn er en forutsetning for godt barnevernsfaglig arbeid og forsvarlig saksbehandling».*²⁵

Av dette forstår jeg at barnevernet skal etterstrebe å få mest mulig kunnskap om barnet og familien for å kunne gi de forsvarlig saksbehandling og for å kunne tilpasse det barnevernsfaglige arbeidet mest mulig presist overfor hvert enkelt barn og familie.

Departementet understreker at dette ikke er et hensyn som kan bidra til å senke terskelen for enkelte religiøse eller etnisiteter for å åpne sak, men skal gi bedre barnevernsfaglig arbeid, grundigere vurderinger og riktigere avgjørelser til barnets beste.²⁶ Ettersom forsvarlighetskravet fungerer som målestokk for beste praksis og som nedre skranke til hva som er uforsvarlig, vil hensynet nevnt overfor være relevant knyttet til forsvarlighetskravet.

²⁴ Knoph (1939) s. 4 om de tre karakteristikkene som kjennetegner en standard

²⁵ Prop. 133 L (2020-2021) s. 102

²⁶ Prop. 133 L (2020-2021) s. 102

Grundigere vurderinger og riktigere avgjørelser vil sannsynligvis føre til bedre praksis og mindre uforsvarlige avgjørelser.

Videre kan en se på barnevernstjenestens ansvar for snarest å fange opp meldinger som krever umiddelbar oppfølging, hvor departementet uttaler at:

«Departementet legger til grunn at det følger av forsvarlighetskravet i barnevernloven § 1-4 at barnevernstjenesten har plikt til å vurdere meldinger fortløpende for snarest å fange opp meldinger som krever umiddelbar oppfølging»²⁷

Departementet legger med dette til grunn at det eksisterer en sammenheng mellom veiledningsplikten i fvl. § 11, bestemmelsen om meldinger til barneverntjenesten og rett og plikt for barneverntjenesten til å foreta undersøkelser i bvl. §§ 4-2 – 4-3 og kravet til forsvarlige tjenester og tiltak i bvl. § 1-4.²⁸ Dette bidrar til at brudd på både veiledningsplikten og på plikten til å foreta undersøkelser kan være uforsvarlige, avhengig av konteksten i hver enkelt sak. Samtidig medfører dette at barnevernets plikt til nettopp veiledning og til å foreta undersøkelser når lengre, fordi det vil innvirke på om praksisen er forsvarlig nok. Med dette mener jeg at det innvirker på om barnevernet jobber mot beste praksis eller i nedre sjikt av forsvarlighetskravet, mot uforsvarlighet.

Til slutt tar jeg for meg barnevernets plikt til å dokumentere både barnevernsmessige vurderinger og de faktiske forhold som ligger til grunn for de beslutninger og vedtak som fattes. Departementet legger til grunn at kommunen er bundet av et krav om dokumentasjon følger av forsvarlighetskravet i bvl. § 1-4, hvor både faktiske opplysninger, barnevernsmessige vurderinger og undersøkelsen må kunne dokumenteres²⁹

Dette er etter mitt skjønn en tydelig formulering fra departementet om at det legges til grunn et krav til dokumentasjon i de saker barneverntjenesten er inne og gjør undersøkelser, i tillegg til sakens faktiske opplysninger og de barnefaglige vurderingene.

²⁷ Prop. 133 L (2020-2021) s. 119

²⁸ Prop. 133 L (2020-2021) s. 119

²⁹ Prop. 133 L (2020-2021) s. 127

2.3 Prinsipper og hensyn som henger sammen med forsvarlighet

2.3.1 Innledning

Det er flere prinsipper og hensyn som kan bidra til å belyse forsvarlighetskravet, dets rekkevidde og hvordan forsvarlighetskravet fungerer i sammenheng med disse prinsippene. Dette gjøres fordi forsvarlighet i mange tilfeller vil være tilstøtende til, og i noen tilfeller overlappende med, andre prinsipper og hensyn. Siden noen prinsipper vil overlappe med forsvarlighet, er det nødvendig å sammenligne disse nærmere for å få klarhet i hvor forsvarlighet slutter og et annet prinsipp eller hensyn begynner.

2.3.2 Barnets beste

Det følger av bvl. § 4-1 første ledd at:

«Ved anvendelse av bestemmelsene i dette kapitlet skal det legges avgjørende vekt på å finne tiltak som er til beste for barnet. Herunder skal det legges vekt på å gi barnet stabil og god voksenkontakt og kontinuitet i omsorgen».

Av ordlyden forstås det at barnets beste skal ilegges avgjørende vekt. I vurderingen av hva som er barnets beste, skal det legges vekt på hensynene stabil og god voksenkontakt og kontinuitet i omsorgen i barnevernets beslutninger om tiltak og vedtak som følger av kapittel fire i loven. Blant disse kan det nevnes hjelpetiltak, akuttvedtak og omsorgsovertakelse.

Dette er et uttrykk for det overordnede prinsippet på barne- og barnevernrettens område om at de avgjørelser som tas omkring barnet skal være til barnets beste. Dette er et av de mest sentrale prinsipper på dette rettsområdet. Dette følger også av Grunnloven³⁰ § 104 annet ledd og Barnekonvensjonen art. 3.³¹

«Barnets beste» som prinsipp er i likhet med kravet til forsvarlige tjenester og tiltak en rettslig standard, hvor innholdet i hva barnets beste er, vil være dynamisk og kan endre seg etter hvordan forholdene i samfunnet endrer seg.³² Dette betyr at begge prinsippene er avhengige av forholdene i samfunnet for å gi kontekst til innholdet i lovbestemmelsene. Dermed vil det også være nødvendig å tolke bruken av både dagens bvl. § 1-4 og bvl. § 4-1 i lys av tiden og

³⁰ Kongeriket Norges Grunnlov av 17. mai 1814 (Grunnloven – Grl.)

³¹ FNs konvensjon om barnets rettigheter med protokoller artikkel 3

³² Bendiksen og Haugli (2020) s. 26

samfunnsforholdene for øvrig. Det som ble ansett for å være barnets beste og forsvarlig for 50 år siden, behøver ikke nødvendigvis å være det i dag.

I internasjonal rettspraksis er også dette prinsippet behandlet. EMD behandler barnets beste i, blant annet, *Strand Lobben and others v. Norway*.³³ Her fremkommer det at domstolen stiller opp en presumsjon av hva som er barnets beste: Barnet skal være hos familien sin, det er det beste for barnet. Deretter mener de at denne presumsjonen kan fravikes dersom det foreligger gode grunner for dette, som de knytter opp mot inngrep etter EMK art. 8.³⁴

Ettersom det følger av Grunnloven § 104 annet ledd og Barnekonvensjonen art. 3 at barnets beste skal tas hensyn til i saker som vedrører barn, ligger dette til grunn for alle tiltak etter barnevernloven. At barnets beste skal tas hensyn til etter alle typer tiltak etter loven, følger også av juridisk litteratur.³⁵ Dette taler for at barnets beste er et prinsipp som skal behandles på samme måte som forsvarlighet etter bvl. § 1-4 hvor det fremkommer at tjenester og tiltak skal være forsvarlige, ettersom begge prinsippene ligger til grunn for alle tiltak som gjøres i medhold av barnevernloven.

FNs Barnekomité har presentert en ikke-uttømmende liste over momenter som bør inngå i en vurdering av barnets beste³⁶, som også er grundig behandlet i juridisk litteratur.³⁷ Hensynene som fremheves er barnets synspunkter, barnets identitet, bevaring av familiemiljø og opprettholdelse av relasjoner, omsorg, beskyttelse og sikkerhet for barnet, sårbare situasjoner, rett til helse og rett til utdanning. Ettersom dette ikke er en uttømmende liste, vil det kunne være andre faktorer som spiller inn i vurderingen av barnets beste, i tillegg til at hensynenes vekt vil variere ut ifra hver enkelt saks kontekst.

Sett opp mot kravet til forsvarlige tjenester og tiltak, eksisterer det en del likheter mellom dette og prinsippet om barnets beste. Begge er rettslige standarder og begge har mye å si for hvilke valg barnevernet skal ta i saksprosessen fra melding til vedtak. Det er imidlertid noen viktige forskjeller. Barnets beste som prinsipp kommer fra barneretten og setter konkrete krav til hva barnevernet har lov til å foreta seg, blant annet gjennom momenter som skal inkluderes

³³ Se kap. 3.2 om *Strand Lobben and others v. Norway*

³⁴ Se kap. 3.1 hvor EMK art. 8 behandles

³⁵ Ofstad og Skar (2015) s. 65

³⁶ FNs barnekomité's generelle kommentar nr. 14 (2013) avsnitt 52-79.

³⁷ Trude Haugli, «Hensynet til barnets beste», i *Barnekonvensjonen, barns rettigheter i Norge*, Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjærholt og Kirsten Sandberg (red.), Universitetsforlaget 2019, s. 55-78, på s. 62-64

i vurderingen av hva som er barnets beste. Selv om det finnes konkrete momenter knyttet til forsvarlighet finnes det ingen tydelig metodikk i vurderingen av om noe er forsvarlig, på samme måte. Et eksempel på konkrete momenter knyttet til forsvarlighet er kvalitetsmålene som fremkommer av Prop. 106 L (2012-2013).³⁸

Barnets beste og forsvarlighet er ikke to prinsipper som er to sider av samme sak, men heller to prinsipper som sammen utfyller hverandre. For der barnets beste er en vurdering konkret knyttet opp til barnets ve og vel, vil forsvarlighet i langt større grad også inkludere blant annet foreldre og fosterforeldre. Det betyr at en kan komme til at et vedtak som er gjort med hensyn til barnets beste, ikke nødvendigvis er forsvarlig. Samtidig kan en trolig ikke komme til at et vedtak som er gjort i strid med barnets beste, er forsvarlig. Det kommer av at forsvarlighet både har en øvre og nedre skranke, mens barnas beste kun sikter mot en form for øvre skranke.

I lovproposisjonen til ny barnevernlov uttaler departementet at de ønsker å tydeliggjøre gjeldende rett, hva gjelder barnets beste.³⁹ De mener det burde komme tydeligere frem at barnets beste ikke bare er et sentralt hensyn, men et selvstendig vilkår for å vedta tiltak etter dagens barnevernlov kap. 4 og foreslår på bakgrunn av det en lovfesting som stadfester dette i forslag til ny barnevernlov § 1-3 annet punktum.⁴⁰

Med dette forstås det at dagens forståelse av prinsippet ligger fast og at det ikke gjøres store lovmessige endringer annet enn at det blir tydeliggjort at prinsippet ligger til grunn for barnevernets tiltak. Dagens rettstilstand på området om barnets beste vil altså videreføres.

2.3.3 Det minste inngreps prinsipp

Til grunn for dagens barnevernlov ligger det minste inngreps prinsipp, også kalt prinsippet om mildeste effektive inngrep.⁴¹ Prinsippet baserer seg på at man til enhver tid skal treffe vedtak og avgjørelser som er minst mulig inngripende, gitt situasjonen man står i. Dersom det er mulig å oppnå målet med mindre hjelpetiltak, vil det være uforholdsmessig å bruke tyngre tiltak som for eksempel omsorgsovertakelse. Mindre inngreps prinsipp er i seg selv ulovfestet,

³⁸ Prop. 106 L (2012-2013) s. 49-50

³⁹ Prop. 133 L (2020-2021) s. 82

⁴⁰ Prop. 133 L (2020-2021) s. 607

⁴¹ Prop. 133 L (2020-2021) s. 90

men en kan utlede dette prinsippet fra legalitetsprinsippet og fra EMK art. 8, hvor det tydelig fremkommer krav til forholdsmessighet i de inngrep staten ønsker å gjøre.

I dagens barnevernlov er ikke det minste inngreps prinsipp eksplisitt kodifisert, men fremgår for eksempel av bvl. 4-12 annet ledd, hvor det heter at:

«Et vedtak etter første ledd kan bare treffes når det er nødvendig ut fra den situasjon barnet befinner seg i. Et slikt vedtak kan derfor ikke treffes dersom det kan skapes tilfredsstillende forhold for barnet ved hjelpetiltak etter § 4-41 eller ved tiltak etter § 4-10 eller § 4-11»

Av denne lovbestemmelsen fremkommer det tydelige skranke til barnevernets adgang til å gjennomføre omsorgsovertakelse av et barn. I forslaget til ny barnevernlov er det foreslått inntatt en mer generell skranke om minste inngreps prinsipp i lovforslagets § 1-5 annet ledd, som vil være «Barnevernets tiltak skal ikke være mer inngripende enn nødvendig».⁴²

Dette vil være en mer generell skranke som vil omfatte alle tiltak i barnevernet, i motsetning til dagens lov hvor det kun fremkommer av bvl. § 4-12 annet ledd. Denne generelle skranken eksisterer imidlertid allerede i dag som ulovfestet prinsipp, slik at rettstilstanden ikke vil endres i stor grad, selv om loven vil ha en videre ordlyd.

I likhet med kravet til forsvarlige tjenester og tiltak, bidrar minste inngreps prinsipp til å sette skranke for barnevernets handlingsrom. En annen ting som fremstår som et tydelig likhetstrekk, er at dette er kodifiserte prinsipper som ligger til grunn for både forvaltningsretten og barnevernretten. Samtidig er ikke dette konkrete skranke, men vil alltid være avhengig av konteksten av den enkelte sak.

Det minste inngreps prinsipp handler om innholdet av hva barnevernet foretar seg, mens kravet til forsvarlige tjenester og tiltak skal sikre at barnevernet gjør en god nok jobb i alle henseender. Minste inngreps prinsipp tilsier at barnevernet ikke skal gjøre inngrep som er mer belastende enn nødvendig, men det forteller oss også at hensynet til belastningen barnevernet påfører folk er et viktig hensyn ved et forsvarlig barnevern.

⁴² Prop. 133 L (2020-2021) s. 544 og 607

Hvis man så ser på hvordan minste inngreps prinsipp og barnets beste kan trekke i ulike retninger, kan det kanskje også si noe om utfordringene som barnevernet står overfor når det skal opptre forsvarlig. På den ene siden skal de forsøke å ivareta barn. Dette hensynet kan tale for at de reagerer raskt og hardt. Samtidig er det en stor belastning for familier om barnevernet rykker inn. De bør derfor ikke gå frem noe fortere enn absolutt nødvendig. At barnevernet skal «gå sakte», medfører imidlertid at noen barn kan bli mer skadelidende fordi barnevernet skal vise varsomhet. På grunn av dette kan også kravet til forsvarlige tjenester og tiltak og det minste inngreps prinsipp sette barnevernet i en «skvis», hvor de blir fanget mellom disse to grunnleggende prinsippene.

2.4 Generell forvaltningsrett

2.4.1 Innledning

Som nevnt under kap. 2.1 er barnevernet en del av forvaltningen og de generelle regler om forvaltningens praksis vil også komme til anvendelse her. Det er derfor nyttig å se hen til generell forvaltningsrett i en fremstilling av problematiske spørsmål på barnevernrettens område, ettersom all barnevernrett også er forvaltningsrett.

I forvaltningsretten foreligger det en rekke ulovfestede krav som også vil være gjeldende i barnevernretten. Det eksisterer et krav til god forvaltningsskikk, som igjen kan medføre en rekke andre ulovfestede krav til forvaltningen.⁴³ Av disse kan det nevnes krav til forsvarlig saksbehandling, hensynsfullhet og kontradiksjon. Noen av denne typen krav er kodifisert, mens andre fremgår av den ulovfestede retten.

2.4.2 Krav til forsvarlig saksbehandling i den generelle forvaltningsretten

Kravet til forsvarlig saksbehandling er et ulovfestet prinsipp i den generelle forvaltningsretten. Det vil i det videre behandles for å vurdere om kravet til forsvarlige tjenester og tiltak i barnevernloven kan utledes fra dette overordnede prinsippet i forvaltningsloven.

⁴³ Eckhoff og Smith (2018) s. 203

Kravet til forsvarlig saksbehandling er ikke direkte kodifisert i forvaltningsloven, men kommer til uttrykk blant annet i reglene om habilitet og ugildhet i fvl. §§ 6-10, om plikt til forhåndsvarsling i fvl. § 16 og om plikt til begrunnelse i fvl. §§ 25-26.

Av forarbeidene til lov om Statens undersøkelseskommisjon for helse- og omsorgstjenesten⁴⁴ klarlegger departementet hovedinnholdet i kravet til forsvarlig saksbehandling. De uttaler at hovedinnholdet i kravet til forsvarlig saksbehandling er at *«forvaltningen skal brukes i de rette situasjonene, og at sakene som tas til behandling skal få et mest mulig riktig utfall»*. Det presiseres at i kravet *«ligger også at publikum skal ha tillit til at forvaltningens kompetanse blir brukt på denne måten»*.⁴⁵

Hvis en legger til grunn omfanget av kravet til forsvarlig saksbehandling og alle underprinsipper som kan leses ut av kravet, som for eksempel habilitet, forhåndsvarsling og begrunnelse, vil man se umiddelbare likheter mellom dette og barnevernlovens krav til forsvarlige tjenester og tiltak.

For det første vil barnevernets tjenester og tiltak være saksbehandling etter forvaltningsloven, som vil gjøre prinsippet direkte relevant for barnevernretten. Videre er begge prinsippene hver for seg like, i den forstand at begge er brede, overordnede prinsipper som vanskelig kan utgjøre en isolert rettsregel hvor en enkelt kan si at noe er forsvarlig eller uforsvarlig. Det er andre hensyn som spiller inn og konteksten for saken vil alltid være relevant. I så måte viser dette hvor tydelig det er at prinsipper som forsvarlighet nesten aldri er enten eller, men heller være et spekter av ulike utfall gitt konteksten av hver enkelt sak og til det som blir lagt til grunn som faglig standard på tidspunktet. Dette knytter seg også til forsvarlighet som rettslig standard.⁴⁶ I tillegg er prinsippene på hver sin måte grunnleggende for hver sin gren av forvaltningen, den generelle og den spesielle barnevernretten.

Samtidig er det noen ting som skiller forsvarlig saksbehandling og kravet til forsvarlige tjenester og tiltak. Kravet til forsvarlige tjenester og tiltak er et forsvarlighetskrav som knytter seg til mer enn bare saksbehandlingen, fordi barneverntjenesten av sin natur knytter seg til mer enn saksbehandling av saker, som for eksempel utøver omsorg for barn som bor på institusjon eller følger opp barn hos fosterforeldre. Dermed kan kravet til forsvarlige tjenester

⁴⁴ Prop. 68 L (2016-2017)

⁴⁵ Prop. 68 L (2016-2017) s. 29

⁴⁶ Se kap. 2.2.3 om forsvarlighet som rettslig standard

og tiltak knytte seg fra alt til saksbehandlingen, til hvilke krav en skal sette til ansatte i tjenesten og til konkrete menneskerettigheter som EMK art. 8. Kravet til forsvarlig saksbehandling vil etter forvaltningsloven ikke sette krav til utdanning blant offentlige tjenestemenn, for eksempel, fordi det er et overordnet krav og det vil gjelde for hele forvaltningen og ikke innenfor et snevrere område som barnevernloven gjør. Dersom en skulle utledet et slikt krav av kravet til forsvarlig saksbehandling, jf. forvaltningsloven, ville det bundet hele forvaltningen som sådan og ikke bare de spesifikke grenene hvor dette er hensiktsmessig.

I forslag til ny barnevernlov er det foreslått ny paragraf § 1-7 om krav til forsvarlighet å ta inn «saksbehandling», i tillegg til «tjenester» og «tiltak». Dette bidrar til å knytte kravet til forsvarlig saksbehandling nærmere dagens forsvarlighetskrav etter dagens lov, selv om kravet til forsvarlig saksbehandling må anses å være gjeldende også i dag. Kravet til forsvarlig saksbehandling ligger til grunn for barnetretten i dag, ettersom forvaltningsloven også vil gjelde for barnevernet.

Det er derfor holdepunkter for at kravet til forsvarlige tjenester og tiltak i barnevernretten kommer fra kravet til forsvarlig saksbehandling, men at det samtidig har blitt utviklet videre og nå er et lovkrav som strekker seg lengre enn hva kravet til forsvarlig saksbehandling gjør. Forsvarlighetskravet er på mange måter et slags siste sikkerhetsnett for de som omfattes av barneverntjenestens tjenester, tiltak og saksbehandling.

2.5 Sammendrag

Kravet til forsvarlige tjenester og tiltak er en materiell begrensning på hva barnevernet kan foreta seg, en skranke for å forhindre at det gjøres inngrep i familier og barns liv uten at dette er forsvarlig. Liknende skranker i barnevernloven er for eksempel bvl. § 1-6 om barnets rett til medvirkning og bvl. § 1-7 om barnevernets plikt til å samarbeide med barn og foreldre. Med liknende skranker menes det at dette er rettigheter og plikter som binder opp barnevernet på ulike vis. Slike skranker er det som i realiteten setter rammene for barnevernets handlingsrom og utgjør yttergrensene for barnevernets saksbehandling og tjenester.

Forsvarlighetskravet forstås som et spekter som befinner seg mellom beste praksis og uforsvarlige tjenester og tiltak. Begrepet forstås altså av noen som et mål om «mest mulig forsvarlige tjenester og tiltak», det vil si beste praksis, mens det av andre forstås som en grensedragning nedover mot uforsvarlige tjenester og tiltak. Alt som befinner seg mellom

disse ytterpunktene vil legges til grunn som «forsvarlige tjenester og tiltak», men det vil derfor være eksempler på beslutninger som kan være mer eller mindre forsvarlige enn andre, uten at det nødvendigvis trenger å være utslag av beste praksis eller uforsvarlighet av den grunn.

Praksisen av forsvarlighet i barnevernet er i stor grad dokumentert gjennom tilsynsrapporter⁴⁷, noe som også vil vektlegges i kapittel 4.

3 Forsvarlighet i lys av menneskerettighetene

3.1 Innledning

Av bestemmelsene i EMK, er det art. 8 som er mest relevant for barnevernretten i tillegg til GrL § 102 som er basert på EMK art. 8, fordi denne bestemmelsen dreier seg om vern om privatlivet og familielivet. I forståelsen av hva forsvarlighet er, er det relevant å se til menneskerettighetene og EMK for hva ordlyden i art.8 sier, i tillegg til dommene fra EMD som kan være relevante for forståelsen og praksisen av kravet til forsvarlige tiltak og tjenester, jf. bvl. § 1-4. Det vil i det videre drøftes hvilken relevans denne bestemmelsen har for forståelsen av forsvarlighet og hvordan dette kan slå ut i rettspraksis fra EMD, hvor *Strand Lobben and others v. Norway* vil gjennomgås fra et slikt perspektiv.

Det følger av EMK art. 8 at:

- 1. Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse.*
- 2. Det skal ikke skje noe inngrep av offentlig myndighet i utøvelsen av denne rettighet unntatt når dette er i samsvar med loven og er nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet, offentlige trygghet eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter.⁴⁸*

⁴⁷ Se kap. 1.3 om metode og rettskildebruk

⁴⁸ Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter, artikkel 8 – Retten til respekt for privatliv og familieliv

Av første ledd forstås det med respekt for sitt privatliv, familieliv, hjem og korrespondanse at «enhver» har et vern mot inngrep fra staten på de områdene som er spesifikt nevnt i teksten. Jeg utleder av dette at vernet skal beskytte mot for eksempel ulovlige ransaker, ulovlig og uforholdsmessig kommunikasjonskontroll og ulovlige inngrep fra staten som inngrep i familien. Det er dette siste punktet som er aktuelt innenfor barnevernretten.

Av annet ledd fremgår det et legalitetsprinsipp og et forholdsmessighetskrav i ordlyden, hvor det spesifiseres at inngrep i denne rettigheten ikke skal skje med mindre det er i samsvar med lov og nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet, offentlig trygghet, landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden eller kriminalitet, beskytte helse eller moral eller for å beskytte andres rettigheter og friheter.

Til legalitetsprinsippet som fremgår av EMK art. 8, eller lovkravet, eksisterer det en rekke vilkår. Dette er krav til notoritet og publisitet, herunder også et forbud mot vedtak med tilbakevirkende kraft, forutberegnelighet og presisjon.⁴⁹

Legalitetsprinsippet og forholdsmessighetskravet som fremgår av annet ledd setter i realiteten opp flere alternative vilkår for når inngrep fra offentlig myndighet etter EMK art. 8 er tillatt. De alternative vilkårene som fremkommer i ordlyden favner bredt og innebærer alt fra nasjonal sikkerhet og terrortrusler til for eksempel beskyttelse av andres rettigheter og friheter, som er vilkåret som drøftes i Strand Lobben-saken.⁵⁰

Forholdsmessighetskravene «nødvendig i et demokratisk samfunn for å beskytte helse eller moral» og «for å beskytte andres rettigheter» er de som er mest relevante i forståelsen av et forsvarlighetskrav til tjenester og tiltak i barnevernet. Det er fordi dette stiller strenge krav til barnevernets saksbehandling og de tjenester de leverer, for å bevise at de inngrep de gjør i familier er nødvendige av en slik karakter at det er forholdsmessig.

⁴⁹ Aall (2018) kap. 7.6 s. 123-145

⁵⁰ Se kap. 3.2.2 om EMDs rettsanvendelse og begrunnelse

3.2 Strand Lobben and others v. Norway

3.2.1 Bakgrunn for saken

I 2019 falt det dom i EMD i Strand Lobben-saken⁵¹ hvor Norge ble dømt for krenkelser av EMK art. 8 og retten til familieliv. Saken gjaldt en mor som fikk en sønn høsten 2008. Mor hadde mild hjerneskade⁵² som følge av et epileptisk anfall noen år tidligere og det ble besluttet av mor og barnevernet at mor og barn skulle tilbringe de første tre måneder etter fødsel på en mor-barn-institusjon hvor de skulle følges opp nøye.

Etter bare tre uker, ble barnet tatt fra mor og plassert i fosterhjem på bakgrunn av bekymringer rundt oppholdet på mor-barn-institusjonen. Her hadde personalet blant annet måtte tvinge mor til å gi mat til barnet og registrert det personalet selv omtaler som avvising av barnet, fra mor. Kombinert med bekymringen rundt mors mentale tilstand, ble dette grunnlaget for å akutt plassere barnet. Mor skulle få samvær med barnet i en og en halv time per uke.⁵³ Moren motsatte seg akuttvedtaket og anket avgjørelsen til Fylkesnemnda. Fylkesnemnda ga barnevernet medhold i at akuttvedtaket var riktig, i tråd med det barnevernets eksperter fra institusjonen moren og barnet bodde på hadde påstått. Saken gikk etter morens anke til tingretten, som kom til at vesentlighetskravet jf. bvl. § 4-6 annet ledd var oppfylt og at Fylkesnemndas avgjørelse var riktig. Avgjørelsen ble ikke anket av moren.

Videre gjorde Fylkesnemnda et nytt vedtak om at barnet skulle tas inn under offentlig omsorg jf. bvl. § 4-12 bokstav a. Fylkesnemnda mente at sønnen ville vokse opp i fosterhjem på bakgrunn av «*mors grunnleggende problematikk og begrensede endringspotensial*».⁵⁴ Avgjørelsen ble anket av moren til tingretten. Tingretten kom 19. august 2009 til at det ikke fremkom bevis på at det på avgjørelsens tid eller tidligere hadde vært så store mangler ved mors evne til omsorg for barnet til at barnevernet hadde hjemmel i bvl. § 4-12 bokstav a. De opphevet dermed Fylkesnemndas vedtak.

Saken ble anket til lagmannsretten, som omgjorde tingrettens vedtak. Lagmannsretten la vekt på at assistanse for mor ikke ville være tilfredsstillende for sønnens behov og ga barnevernet og Fylkesnemnda medhold i anken. Når det gjaldt kontakt mellom mor og sønn, la

⁵¹ Strand Lobben and others v. Norway [GC], no. 37283/13, 2019

⁵² Strand Lobben avsnitt s. 3 avsnitt 12

⁵³ Strand Lobben and others v. Norway s. 5 avsnitt 22

⁵⁴ Strand Lobben and others v. Norway s. 11 avsnitt 43

lagmannsretten til grunn at det kreves eksepsjonelt tungtveiende grunner for at dette skal opphøre og kom til at mor hadde krav på dette. Saken ble ikke anket til Høyesterett.

I april 2011 søkte mor Fylkesnemnda om at det forrige vedtaket fra lagmannsretten ble opphevet og at hun igjen skulle få omsorg for barnet. Den kommunale barneverntjenesten anførte da at mor skulle fratras foreldreansvaret og at fosterforeldrene til barnet skulle få adoptere han. Sekundært mente barnevernet at mors samvær med sønnen skulle opphøre.

I mellomtiden fikk mor et nytt barn med en mann hun hadde giftet seg med etter at hun fikk sin første sønn. Mors advokater engasjerte en spesialist innen klinisk nevrologi som skulle kartlegge mors behov og kognitive nivå. Han konkluderte med at mor har en IQ mellom 82 og 90. Det vil si at mor befinner seg i lavere sjikt av normalt IQ-nivå. Disse resultatene ble oversendt til Fylkesnemnda for å bevise at mor slett ikke lider av kognitiv svikt av det nivået som barnevernet og Fylkesnemnda har lagt til grunn for sine vedtak tidligere.

I desember 2011 vedtar Fylkesnemnda at mors foreldreansvar og rett for sønnen skal opphøre og at fosterforeldrene skal få adoptere han. Fylkesnemnda mener at det ikke er noen ting som har kommet til de siden saken i lagmannsretten som tyder på at mors omsorgsevner har endret seg. De konkluderte med at mor ikke kunne gi barnet adekvat omsorg etter hans behov. Fylkesnemnda mener at adopsjon vil være til barnets beste, innenfor rammen av EMK art. 8.

Saken ble anket til tingretten i desember 2011. Tingretten ga Fylkesnemnda og barnevernet medhold i at sønnen skulle adopteres til fosterforeldrene. Saken ble anket videre til lagmannsretten i mars 2012, men lagmannsretten nektet anken fremmet jf. tvisteloven § 36-10. Avgjørelsen ble anket til Høyesteretts ankeutvalg, som også nektet anken å bli fremmet. Dermed ble barnet tvangsadoptert bort til fosterforeldrene. Saken ble deretter klaget inn for EMD.

3.2.2 EMDs rettsanvendelse og begrunnelse

Det er nødvendig å se nærmere på EMDs rettsanvendelse og begrunnelse for å få frem hvorfor EMK art. 8 er relevant for norsk barnevernrett og hvilke hensyn som gjør seg gjeldende i denne saken.

EMD viser til EMK art. 8 og slår fast vilkårene som EMD gjennom rettspraksis har utviklet, at inngrepet etter EMK art. 8 må være «in accordance with the law» og «necessary in a

democratic society».⁵⁵ Dette svarer til Høyesteretts vilkår for vurdering etter Grunnloven § 102.⁵⁶

EMD slår i dommen fast at:

*«In determining whether the latter condition was fulfilled, the Court will consider whether, in the light of the case as a whole, the reasons adduced to justify that measures were relevant and sufficient for the purposes of paragraph 2 of Article 8».*⁵⁷

Videre konkluderer de med:

*«The notion of necessity further implies that the interference corresponds to a pressing social need and, in particular, that it is proportionate to the legitimate aim pursued, regard being had to the fair balance which has to be struck between the relevant competing interests»*⁵⁸

EMD stiller med andre ord opp fire vilkår for at inngrepet skal være «necessary in a democratic society»: De anførte grunnene for å rettferdiggjøre tiltaket, må være relevante og tilstrekkelige. Tiltaket må være i tråd med et pressende sosialt behov. Det må være proporsjonalt med hensyn til målet med tiltaket, og det må skje en avveining mot andre relevante og konkurrerende interesser.

Videre sier EMD at i saker hvor barnets interesser og behov og foreldrene havner i en konflikt, vil EMK art. 8 kreve at myndighetene skal foreta beslutninger balansert mellom barnets beste og foreldrenes beste.⁵⁹ De fastslår at det i enkelte tilfeller kan være nødvendig at hensynet til barnets beste overgår hensynet til foreldrene og henviser til praksis i EMD.⁶⁰

EMDs tolkning av EMK art. 8 tilsier at barnevernet har ansvaret for slike skjønsmessige vurderinger som skal foretas konkret i hvert enkelt tilfelle for hvert vedtak som gjøres. Jo strengere inngrep, jo mindre skjønn foreligger det. Dette kan med andre ord forstås som et utslag av kravet til forsvarlige tjenester og tiltak samt kravet til forsvarlig saksbehandling.

⁵⁵ Strand Lobben and others v. Norway s. 65 avsnitt 202

⁵⁶ Se kapittel 3.3 om legalitetsprinsippet

⁵⁷ Strand Lobben and others v. Norway s. 65 avsnitt 203

⁵⁸ Strand Lobben and others v. Norway s. 65 avsnitt 203

⁵⁹ Strand Lobben and others v. Norway s 66 avsnitt 206

⁶⁰ Sommerfeld v. Germany [GC] no. 31871/96, § 96, ECHR 2003-VIII

Ettersom barnevernets eget skjønn er rammet inn av forsvarlighetskravet, vil dette også sette skranker for hvert enkelt vedtak som gjøres jf. EMK art. 8.

Om barnevernets skjønnsmargin sier EMD at størrelsen på skjønnnet vil variere ut fra sakens natur og hvilke interesser som er lagt til grunn.⁶¹ Kort kan det oppsummeres med at jo mer inngripende tiltaket er, jo smalere er skjønnsmarginen i hver enkelt sak. EMD påpeker at i saker hvor det vurderes om barnevernet skal overta omsorgen for et barn, jf. bvl. § 4-12, har barnevernet en vid skjønnsmargin.⁶² Domstolen setter imidlertid skranker for skjønnsutøvelsen ved å vektlegge hvorvidt barnevernet har forsøkt mindre inngripende tiltak, som støttende eller preventive tiltak, og hvorvidt disse hadde effekt, i vurderingen av nødvendigheten av vedtak om omsorgsovertakelse.⁶³ Dette har direkte relevans til en vurdering av hvorvidt en tjeneste eller et tiltak er forsvarlig, ettersom «forsvarlighet» i realiteten vil defineres av beslutninger tatt innenfor dette skjønnnet.

EMD fastslår at i Strand Lobben-saken, var de to første vilkårene for inngrep etter EMK art. 8 oppfylte, men at vilkåret om nødvendighet, forholdsmessighetskravet, ikke var det.⁶⁴

Domstolen peker på at de forstår at barnevernet har lagt vekt på barnets beste i prosessen, men at prosessen som sådan også viser at barnevernet ikke har lagt vekt på tiltak for å opprettholde et forhold til barnets biologiske familie for å balansere tiltakene.⁶⁵ Videre sier de at tingrettens avgjørelse om adopsjon var basert på Strand Lobbens egenskaper som mor på tidspunktet for omsorgsovertakelse, da barnet var tre uker gammel. Det hadde i realiteten vært svært lite kontakt mellom mor og barn siden da og EMD sier at «*The purpose was not to establish a relationship with a view to the child's future return to the care of his biological mother*».⁶⁶

Av den grunn konkluderer domstolen med at det har vært en overtredelse av rettighetene til Strand Lobben etter EMK art. 8

⁶¹ Strand Lobben and others v. Norway s 66 avsnitt 206

⁶² Strand Lobben and others v. Norway s. 68 avsnitt 211

⁶³ Strand Lobben and others v. Norway s. 68 avsnitt 211

⁶⁴ Strand Lobben and others v. Norway s. 70 avsnitt 214

⁶⁵ Strand Lobben and others v. Norway s. 71 avsnitt 220 flg.

⁶⁶ Strand Lobben and others v. Norway s. 72 avsnitt 221

3.2.3 Dommens sammenheng med kravet om forsvarlige tjenester og tiltak

Ettersom dommen i hovedsak kritiserer barnevernets prosess og ikke hverken lovanvendelsen eller formålet med inngrepet, er det et faktum som er direkte relevant for ordlyden i bvl. § 1-4 om forsvarlige tjenester og tiltak.

Dommen gir kritikk for at barnevernet allerede fra akutt plasseringen da barnet var tre uker gammel, la til grunn at oppholdet hos fosterforeldre kom til å bli langt. Videre kritiseres barnevernet for hvor lite de har lagt til rette for at det skal være samvær og en relasjon mellom mor og barn. Til slutt kritiserer EMD barnevernet for å bruke det faktum at barnet ikke kjenner sin mor som begrunnelse for tvangsadopsjonsvedtaket.

Selv om det eksisterer gode grunner for at det ble gjort omsorgsovertakelse av barnet og for adopsjon gitt hans behov, er det på det rene at EMD ser ut til å ha hatt gode argumenter for å gå norsk barnevern i sømmene slik de gjorde i denne saken. Dommen bidrar til å sette rammer for hva forsvarlighetskravet faktisk omfatter. I dette tilfellet måler den barnevernets tjenester og tiltak opp mot EMK art. 8 og illustrerer hvordan forsvarlighet også handler om hva barnevernet baserer sine vedtak på og begrunnelsen de gir til ulike vedtak. Den setter i mitt syn en skranke og illustrerer den nedre skranken til forsvarlighet – nemlig uforsvarlighet. Det var uforsvarlig å bestemme barnets skjebne i relasjon til sin mor da han var tre uker gammel, ettersom forholdene kan endre seg med tiden. Derfor vil Strand Lobben-dommen være viktig også i fremtiden, fordi den gir et konkret eksempel på hva som vil være uforsvarlig fremgangsmåte for barnevernet.

Dette er også et uttrykk for at kravet til forsvarlige tjenester og tiltak, som rettslig standard, er dynamisk. En kan langt på vei si at kravet til hva som anses å være forsvarlige tjenester og tiltak etter bvl. § 1-4 ble endret som følger av dommen.⁶⁷ Denne dommen har hatt stor innvirkning på utformingen av ny barnevernlov og kan derfor anses for å være rettsskapende.⁶⁸ Både fordi den har ført til konkrete endringer i forslaget til ny barnevernlov og i Høyesteretts prøving av barnevernssaker i Norge.⁶⁹

⁶⁷ Prop. 133 L (2020-2021) s. 28

⁶⁸ Se kap. 3.2.4 om endret rettspraksis i kjølvannet av Strand Lobben-dommen

⁶⁹ Prop. 133 L (2020-2021) s. 78

3.2.4 Høyesteretts endrede kurs i kjølvannet av Strand Lobben

I etterkant av Strand Lobben v. Norway, har Høyesterett kommet med tre avgjørelser hvor den endrede kursen i kjølvannet av Strand Lobben kommer tydelig frem. Dette er i HR-2020-661-S, HR-2020-662-S og HR-2020-663-S.

Dommene er grundige og tar for seg lagmannsrettsavgjørelser som er avsagte før Strand Lobben and others v. Norway og virkningen EMDs praksis har på norsk barnevern. De er avsagt i storkammer og vil således ha tung rettskildemessig vekt for fremtiden.

I HR-2020-661-S fremhever Høyesterett hvilke retningslinjer dommene fra EMD setter for beslutningsgrunnlag, avveining og begrunnelse, i tillegg til at de påpeker at tidligere praksis rundt dette ikke alltid har vært tilstrekkelig. Høyesterett peker særlig på barnevernets manglende oppfølging av plikten til å arbeide for gjenforening av foreldre og barn.⁷⁰

Høyesterett peker også på hvordan en feil på et tidlig stadium i en sak vil være vanskelig å reparere på et senere stadium, fordi en tidlig omsorgsovertakelse på feil grunnlag kan medføre at det på et senere tidspunkt er til barnets beste å bli adoptert av fosterforeldrene sine.⁷¹ Dette vil med andre ord kunne være en krenkelse av EMK art. 8 samtidig som det vil være riktig å adoptere bort barnet, jf. prinsippet om barnets beste. En krenkelse av EMK art. 8 som følge av feil fra barnevernet vil lett kunne anses å være uforsvarlig. Denne problemstillingen hvor barnets beste og forsvarlighet settes opp mot hverandre er også nevnt overfor.⁷²

Høyesterett konkluderer med at for at en slik problemstilling skal unngås at løftes inn for prøvningsinstansene:

«[...] er det viktig at barnevernet og fylkesnemndene – i sitt arbeid med å treffe de tiltak som er best for barnet – fra første stund tar i betraktning alle de krav Grunnloven § 104 annet ledd, EMK artikkel 8, barnekonvensjonen og barnevernloven kapittel 4 stiller til behandlingen av denne type saker»

I de to andre nevnte dommene behandles også spørsmål som er relevant for forsvarlighet, som barns medvirkning og hvordan prinsippet om barnets beste skal utøves. HR-2020-662-S⁷³ og

⁷⁰ HR-2020-661-S avsnitt 112

⁷¹ HR-2020-661-S avsnitt 115

⁷² Se kap. 2.3.2 om barnets beste

⁷³ HR-2020-662-S se avsnitt 44 og 51 for illustrasjon

HR-2020-663-S⁷⁴ lener seg i stor grad på Strand Lobben-dommen og HR-2020-661-S, og vil derfor ikke utdypes i det videre.

3.3 Legalitetsprinsippet

Legalitetsprinsippet i norsk rett følger av Grunnloven § 113 som heter «*Myndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov*». Før bestemmelsen ble tatt inn i Grunnloven i 2014, var den regnet som konstitusjonell sedvane. Det betyr at det var et ulovfestet prinsipp med rettskildemessig rang nesten like sterkt som Grunnloven selv.

Videre utgjør Grunnloven § 102 også en skranke for legalitetsprinsippet ettersom den verner mot inngrep i privatliv, familieliv, hjem og kommunikasjon – og slår fast at husransaker ikke skal finne sted, utenom i kriminelle tilfeller. I annet ledd slår den fast at myndighetene skal sikre vern om den personlige integritet. Dette er også et utslag av grunnlovsreformen av 2014 hvor menneskerettighetene ble tatt inn i Grunnloven. Da menneskerettighetene ble inntatt i Grunnloven, så lovgiver hen til EMK for inspirasjon. Grunnloven § 102 er derfor direkte inspirert av EMK art. 8, som er EMK-artikkelen som oftest er grunnlaget for saker for EMD i tilknytning det norske barnevernet.

Høyesterett har i likhet med EMD lagt noen vilkår for inngrep etter Grunnloven § 102/EMK art. 8. Av rettspraksis følger det at dersom inngrep skal være i tråd med Grunnloven § 102 «*må de derfor ha hjemmel i lov, ivareta et legitimt formål og være forholdsmessige*».⁷⁵ Det følger av juridisk litteratur at lovkravet etter Grunnloven § 102 er strengere enn lovkravet etter Grunnloven § 113, ettersom det i vurderingen av inngrep etter førstnevnte paragraf stilles kvalitative krav til hjemmelen.⁷⁶ Høyesterett har presisert at «*Loven må være tilgjengelig og så presis som forholdene tillater*».⁷⁷

I barnevernretten er denne problemstillingen meget aktuell. Legalitetskravet barnevernet må forholde seg til, er med andre ord at det på den ene siden stilles krav til lovgiver (tilgjengelig og presis lovhjemmel) og på den andre siden stilles krav til barnevernets egne vurderinger (legitimt formål og være forholdsmessige). Det er under de sistnevnte vilkår at forsvarlighet i barnevernet aktualiseres i størst grad. Videre vises det til kap. 2.6 om disse vilkårene.

⁷⁴ HR-2020-663-S se avsnitt 89 og 91 for illustrasjon

⁷⁵ HR-2016-2017-A avsnitt 57

⁷⁶ Boe (2018) s. 31-32

⁷⁷ HR-2016-2017-A avsnitt 58

4 Empiriske rapporter fra og om barneverntjenesten

4.1 Innledning

I dette kapitlet vil jeg redegjøre for tre rapporter fra barnevernet som tar for seg momenter som er nyttige for å forstå og gripe fatt om kompleksiteten av forsvarlighet i barnevernet, i tillegg til den faktiske utøvelsen av forsvarlighet i barnevernet.

Disse rapportene er utarbeidet av seriøse aktører som har godt grunnlag for å vurdere barnevernet og deres behandling av saker. Rapportene kan kaste lys over de faktiske forholdene prinsippet om forsvarlighet skal virke i. De kan derfor utgjøre støtteargumenter til øvrige rettskilder.

4.2 «Godt nok barnevern – Forståelser av forsvarlighet og internkontroll i den kommunale barneverntjenesten»

Dette er en rapport utgitt av VID Vitenskapelige høyskole, heretter kjent som VID, på oppdrag fra Bufdir i 2019. Den sammenfatter resultater fra en kvalitativ og en kvantitativ undersøkelse knyttet til personell i barnevernets forståelse av forsvarlighetskravet jf. bvl. § 1-4 og kravet til internkontroll jf. internkontrollforskriften.⁷⁸ VID har tatt utgangspunkt tre hovedspørsmål som bakgrunn for rapporten: Hva forstår sentrale aktører i barneverntjenesten med forsvarlige barneverntjenester og hvordan oppnås forsvarlige tjenester? Hvordan er barneverntjenestens organisering og praktisering av internkontrollarbeidet? Hvordan fungerer arbeidskulturen i barneverntjenesten når det gjelder å forebygge og lære av svikt og uheldige hendelser?⁷⁹

Da denne rapporten tar for seg forsvarlighet og forståelsen av denne internt blant ansatte i barnevernet og fordi dagens krav til forsvarlighet i barnevernet i stor grad er systemkrav, bidrar en slik rapport til å klarlegge hvorvidt slike systemkrav oppfattes ulikt innad i barnevernet. Gjennom innsikt i de ansattes forståelse av forsvarlighet, vil en kunne utlede

⁷⁸ Forskrift 10. juni 2008 nr. 580 om krav til kvalitet og internkontroll i barneverninstitusjoner

⁷⁹ Tor Slettebø, Kristin Briseid, Elisabeth Brodtkorb, Erik Skjeggstad, Sidsel Sverdrup og Torgeir Sørensen, «Godt nok barnevern?», *VID rapport 2019/3 s. 7*

hensyn til hva som omfattes og hva som ikke omfattes av kravet til forsvarlige tjenester og tiltak.

Rapporten viser til at det ikke eksisterer et lovfestet forsvarlighetskrav på individnivå i barnevernstjenesten og at det ikke stilles krav til formalisert utdanning og autorisasjon, og derfor heller ikke en mulighet for å sanksjonere ansatte i motsetning til i helsevesenet.⁸⁰ Imidlertid viser rapporten også til at det på systemnivå stilles krav til kommunen for den faglige kvaliteten og bemanningen på de ansatte i barnevernstjenesten.

Undersøkelsene rapporten bygger på viser at «forsvarlighet» som krav forstås ulikt i ulike deler av barnevernet. Blant tilsynsmyndigheter og ledere i barnevernet, forstås forsvarlighet som «*et levende og anvendbart begrep*», mens ansatte på lavere nivå anvender det i mindre grad. De oppfatter det i første rekke som et krav til å følge de lover og regler som gjelder på barnevernrettens område og ser heller hen til andre begreper som for eksempel barnets beste.⁸¹

Av rapporten utleder jeg at kravet til forsvarlighet ikke konsekvent kan deles inn i forsvarlighetskrav rettet mot individet (den enkelte ansatte) eller systemet som sådan, ettersom dette er begreper som kan flyte over i hverandre. Med individkrav menes krav til den individuelle arbeidstaker som jobber i barnevernet, og med systemkrav menes krav som retter seg mot systemet som helhet. Forsvarlighet i barneverntjenesten retter seg mot de tiltak og tjenester som barnevernet leverer, jf. bvl. § 1-4. Dette er i teorien et krav som rettes mot barnevernet som system.

Samtidig vil en annen del av forståelsen av forsvarlighet være at man skal stille strengere krav til de ansatte i barnevernet. Det vil være individuelle krav og kan være formalisert utdanning og autorisasjon. Det er et systemansvar for barnevernet å opprettholde disse kravene til sine ansatte, hva angår utdanning og autorisasjon. Både ved ansettelse, men også for å kunne holde en ansatt ansvarlig ved valg og beslutninger tatt i jobbsammenheng, som kan være uforsvarlige.

⁸⁰ Tor Slettebø, Kristin Briseid, Elisabeth Brodtkorb, Erik Skjeggstad, Sidsel Sverdrup og Torgeir Sørensen, «Godt nok barnevern?», *VID rapport 2019/3 s. 18*

⁸¹ Tor Slettebø, Kristin Briseid, Elisabeth Brodtkorb, Erik Skjeggstad, Sidsel Sverdrup og Torgeir Sørensen, «Godt nok barnevern?», *VID rapport 2019/3 s. 8*

4.3 «Det å reise vasker øynene – Gjennomgang av 106 barnevernsaker»

«Det å reise vasker øynene» er en rapport utarbeidet av Statens Helsetilsyn i 2019 som gjennomgår 106 saker som har ført til akuttiltak eller omsorgsoverdragelse, på oppdrag fra Barne- og likestillingsdepartementet.

Selv om denne rapporten tar for seg alle sider ved alle 106 sakene, er det interessante i denne sammenheng å se på hvordan forsvarlighet omtales i rapporten og hvorvidt kjente begreper fra barne- og barnevernretten som barnets beste brukes i sammenheng med forsvarlighet.

Det følger av rapporten at Helsetilsynet har sett på forsvarlighet som sådan, i forbindelse med kvaliteten på det arbeidet barnevernet gjør, men at dette ikke er vurdert konkret opp mot bvl. § 1-4 og at Helsetilsynet derfor ikke kan konkludere hvorvidt praksisen som er gjennomgått, bryter med lovkravet.⁸²

Helsetilsynet har vurdert sakene i meldingsfasen, gjennom undersøkelsene, hjelpetiltakene, akuttvedtakene og omsorgsovertakelsene. Funnene er flere; alvorlige meldinger følges ikke opp slik de burde, det mangler analyser av informasjon innhentet i forbindelse med undersøkelser, barnas meninger ilegges for liten vekt, samarbeidet med andre etater er ikke tilstrekkelig formalisert. Hjelpetiltakene er ikke tilstrekkelige i mange saker, både i omfang og intensivitet. Helsetilsynet går så langt som å skrive at «*I flere saker hvor det blir nødvendig å gjøre akuttvedtak og flytte barnet, kan akuttsituasjonen sees som et resultat av svikt i barneverntjenestens arbeid i familien*».⁸³

Dette taler for at de tjenestene og tiltakene barnevernet leverer, i mange saker kan være uforsvarlige etter en barnevernfaglig standard, noe som vil påvirke det juridiske utfallet, fordi forsvarlighet er en rettslig standard.⁸⁴ Ettersom forsvarlighet som juridisk begrep er så knyttet til praksis på barnevernfeltet, er denne typen rapporter nyttige for å klarlegge grensedragningene for forsvarlighet og hvordan dette praktiseres og utøves i barnevernet.

⁸² Statens Helsetilsyn, «Det å reise vasker øynene – Gjennomgang av 106 barnevernsaker», 2019, s. 128

⁸³ Statens Helsetilsyn, «Det å reise vasker øynene – Gjennomgang av 106 barnevernsaker», 2019, s. 6

⁸⁴ Se kap. 2.2.3 om forsvarlighet som rettslig standard

Rapporten peker på mange av de samme tingene som EMD påpeker i Strand Lobben-dommen⁸⁵, nemlig at feil beslutning på et tidlig stadium i en sak vil være en uopprettelig feil og følge saken. Dette kan være brudd på EMK art. 8 og må anses å være uforsvarlige tjenester og tiltak av barnevernet. I kjølvannet av Strand Lobben-dommen har Høyesterett gjort grep for å inkorporere forståelsen av EMK som fremkommer fra EMDs dom i norsk rett⁸⁶, noe som kan være med på å bedre de forholdene som fremkommer av denne rapporten.

4.4 «De tror vi er shitkids – Rapport om barn som bor på barnevernsinstitusjon»

Dette er en rapport utarbeidet av Barneombudet i 2020 hvor de har møtt barn og ungdom i barnevernets omsorg, samt fått innsyn i saksdokumenter og kartlagt ulike barnevernssaker fra start til slutt, med fokus på institusjonene.

Barneombudet har jobbet ut fra tre hovedspørsmål: Hvilken bakgrunn ungdommene på institusjon har, hvilken kunnskap og hvilke vurderinger ligger til grunn for at ungdommer blir flyttet til institusjon og om ungdommene som bor på institusjon får god omsorg og behandling.⁸⁷ Videre har de lest 77 barnevernssaker til ungdom som bor eller har bodd på institusjon, snakket med 39 ungdommer som bor eller har bodd på institusjon, intervjuet ledelsen og ansatte i 4 barneverntjenester og 17 institusjonsavdelinger, samt gått gjennom utvalgte institusjonsplaner og andre relevante dokumenter for å skrive denne rapporten.⁸⁸

Rapporten tar ikke for seg forsvarlighet i seg selv, men på bakgrunn av de funn Barneombudet har gjort, kommer de med en rekke anbefalinger til hva regjeringen, direktorat og lovgiver bør foreta seg. Den retter seg primært mot det institusjonelle barnevernet. Skillene mellom barnevern hvor det gis hjelp til familier, herunder kommunalt barnevern, og barnevernsbarn på institusjon er ikke problematisert i oppgaven, men fremgår tydelig av rapporten til Barneombudet.

Barneombudet velger å bruke rapporten til å levere råd til Barne- og familiedepartementet om hva departementet burde foretas seg i arbeidet med ny barnevernlov. Blant disse kan nevnes

⁸⁵ Se kap. 3.2 om Strand Lobben-dommen

⁸⁶ Se kap. 3.2.4 om Høyesteretts endrede kurs i kjølvannet av Strand Lobben

⁸⁷ Barneombudet, «De tror vi er shitkids», 2020, s. 10

⁸⁸ Barneombudet, «De tror vi er shitkids», 2020, s. 11

at departementet bør fremme forslag om å lovfeste krav til hva en forsvarlig undersøkelse bør inneholde, blant annet en liste over momenter barneverntjenesten skal vurdere⁸⁹, at Bufdir bør utarbeide retningslinjer for det faglige arbeidet på barnevernsinstitusjoner og at dette skal kunne vurderes på system- og individnivå⁹⁰ og at departementet bør innføre krav om at ansatte i barnevernsinstitusjoner som hovedregel skal ha relevant høyere utdanning.⁹¹ Dette er også momenter i kravet til forsvarlige tjenester og tiltak, slik det er redegjort for tidligere.⁹²

Rapporten er viktig i lys av kravet til forsvarlige tjenester og tiltak, fordi den gir en grundig gjennomgang av mange saker og har et bredt datagrunnlag for de forslag de fremmer. Forsvarlighet som prinsipp er et utgangspunkt for svært mange av lovbestemmelsene i barnevernloven, ettersom det er helt overordnet. Derfor handler rapporten i stor grad om hva departementet og lovgiver kan gjøre for å bedre forsvarligheten i de tjenester og tiltak barnevernet gjør og har ansvar for.

Av denne rapporten utleder jeg at det i dagens lovgivning eksisterer mangler etter hva barneombudet mener må være til stede for å ha forsvarlige tjenester og tiltak, som for eksempel krav til relevant høyere utdanning. Denne rapporten skiller seg fra de andre, fordi den kommer med konkrete forslag til endring. Etter mitt syn er det noe som bidrar til å få frem behovene for oppdatering av lovverket tydeligere, fordi disse konkrete forslagene er helt vesentlige for hva som faktisk inngår i kravet til forsvarlige tjenester og tiltak. Denne rapporten kom tidlig i 2021, og noen av punktene rapporten fremmer har også blitt tatt inn i lovproposisjonen til ny barnevernlov, som for eksempel kravet til relevant høyere utdanning.⁹³

⁸⁹ Barneombudet, «De tror vi er shitkids», 2020, s. 7

⁹⁰ Barneombudet, «De tror vi er shitkids», 2020, s. 8

⁹¹ Barneombudet, «De tror vi er shitkids», 2020, s. 8

⁹² Se kap. 2.2 om barnevernloven § 1-4

⁹³ Prop. 133 L (2020-2021) s. 646 om ny § 5-11 om krav til bemanning og kompetanse i barneverninstitusjon

5 Sammenligning av kravet til forsvarlighet på barnevernrettens område og helserettens område

5.1 Innledning

Både barnevernrett og helserett springer ut fra forvaltningsretten, som spesielle forvaltningsområder og reguleres begge av forvaltningsloven, i tillegg til særlovgivningen på sitt felt.

Også i helsepersonelloven er det et krav om forsvarlighet, jf. hpl. § 4. På bakgrunn av at både barnevernrett og helserett er grener av spesiell forvaltningsrett, kan helsepersonellovens forsvarlighetskrav bidra til å kaste lys over kravet i bvl. § 1-4. Ved å sammenligne kravene kan en dermed få frem nyanser i både helseretten og barnevernretten.

Helsepersonelloven stiller krav til de ansatte, noe en ikke kan finne igjen for de ansatte i barnevernet. Helserettens forsvarlighetskrav kan derfor anses å være spesielt relevant da utgangspunktet for hva forsvarlighet er, er så forskjellig.

Derfor vil det i det videre redegjøres for forsvarlighetskravet som fremkommer av helsepersonelloven § 4 første ledd og deretter vil jeg sammenligne dette med forsvarlighet i barnevernretten.

5.1.1 Helsepersonelloven § 4 første ledd

Det følger av helsepersonelloven⁹⁴ § 4 første ledd at «*Helsepersonell skal utføre sitt arbeid i samsvar med de krav til faglig forsvarlighet og omsorgsfull hjelp som kan forventes ut fra helsepersonellens kvalifikasjoner, arbeidets karakter og situasjonen for øvrig*».

Av en naturlig språklig forståelse følger det at paragrafen omhandler både krav til faglig forsvarlighet og omsorgsfull hjelp, som igjen er betinget av hvilke kvalifikasjoner helsepersonellet har, hvilken type helsehjelp som gis og hvilken situasjon helsepersonellet står i når hjelpen utføres.

⁹⁴ Lov 02 juli 1999 nr. 64 om helsepersonell (helsepersonelloven – hpl.)

Faglig forsvarlighet beror på prinsipper om at helsehjelpen skal være forankret i faglig oppdatert medisinsk og helsefaglig kunnskap. Det er med andre ord et rettslig vilkår, nedfelt i loven, men innholdet i loven viser til helsepersonellens faglige kunnskap og til den helsehjelp som utøves. Det følger av juridisk litteratur at faglig forsvarlighet som rettslig standard endrer seg dynamisk ettersom medisinvitenskapen utvikler seg.⁹⁵ Det er lite til ingen rettspraksis på området. Praksis stammer fra helsetilsynet og helsepersonellnemnda.

Omsorgsfull hjelp omhandler den pleien som omsorgsmedarbeidere gir i det daglige. Dette er et vilkår som er vanskelig å vurdere den juridiske betydningen av, ettersom det baserer seg på pasientens opplevelse av hjelpen han eller hun får. Ifølge juridisk litteratur kan dette anses å være en kodifikasjon av at pasientene kan forvente å bli møtt med vanlig, god folkeskikk.⁹⁶

Når det gjelder krav til kvalifikasjoner, forstår jeg at dette vil beløpe seg til at det er mange ulike former for ulike yrker som er autorisert helsepersonell. Det er med andre ord et stort spenn fra helsefagarbeider, til fysioterapeut og lege. Dette er alle tre ulike yrkesgrupper som alle omfattes av det samme lovverket. En fysioterapeut er ikke kvalifisert til å behandle kreft og en lege vil som regel ikke være kvalifisert til å drive opptrening og behandling med en pasient etter en korsbåndsskade.

Når det siktes til kvalifikasjonene til helsepersonellet legger jeg til grunn at dette er et vilkår som setter rammene for at det er ulike krav til ulike kvalifikasjoner, for eksempel på hva som forventes av en sykepleier og en lege i hver situasjon. Det samme kan sies om «arbeidets karakter» og «situasjonen for øvrig», dette er rammer som egentlig bare stadfester det som kan forstås ut fra kravet til faglig forsvarlighet.⁹⁷

Kravet til forsvarlighet på helserettens område går derfor langt i å stille krav til hver enkelt ansatt. Det kan tenkes at en av grunnene til at lovens system er bygd opp på den måten, er at det eksisterer mange enkeltpraktiserende autoriserte helsepersonell i Norge, som ikke ville ha blitt omfattet av lovverket dersom det kun var innrettet mot system, og ikke individ.

⁹⁵ Kjøenstad (2013) s. 227

⁹⁶ Kjøenstad (2013) s. 228

⁹⁷ Kjøenstad (2013) s. 228

5.1.2 Likheter og ulikheter i forsvarlighetskravet i barnevernrett og helserett

Likhetene mellom forsvarlighetskravet i barnevernrett og helserett er først og fremst at de springer ut av det samme systemet. De kommer fra en forvaltningsrettslig tradisjon, hvor det eksisterer et overordnet krav til forsvarlighet.

Videre eksisterer det i begge rettsområdene krav til systemene, hvor både barnevernet og helsevesenet er ilagt strenge krav til hvordan systemet fungerer, til kvalitetsarbeid og til tilsyn av begge etatene på et overordnet nivå. Statens Helsetilsyn fungerer som tilsynsmyndighet for begge etatene, sannsynligvis på grunn av overnevnte årsaker.

Av rapporten «Godt nok barnevern?» som VID vitenskapelige høyskole ga ut i 2019, fremgår det at:

«Det er ingen lovfestet forsvarlighetskrav på individnivå i barneverntjenesten. Det stilles ikke krav til formalisert kompetanse og autorisasjon. Det finnes derfor ikke et sanksjonssystem overfor ansatte. Dette står i kontrast til autorisert helsepersonell som kan risikere advarsel, begrensninger i og/eller tap av autorisasjon og eventuelt straffeansvar»⁹⁸

Rapporten slår fast at det ikke eksisterer et individkrav til personell i barnevernet på samme måte som det gjøres i helsevesenet. Videre påpeker den at forsvarlighetskravet i barnevernet gir kommunen ansvaret for personell og internkontroll, at kommunen har ansvaret for opplæringen av personellet og at ansatte er forpliktet til å delta i opplæring som anses nødvendig for å holde deres kvalifikasjoner og kunnskapsnivå ved like, jf. bvl. § 2-1 andre og syvende ledd.⁹⁹

En stor forskjell mellom helsevesenet og barnevernet er at helsevesenet som regel ikke foretar tvangsinngrep overfor folk. I helsevesenet handler ytelsene først og fremst om å levere riktig helsehjelp, til riktig tid, til de som trenger det. Barnevernet står derimot i en spagat mellom hensynet til barnet og hensynet til familien. Dette har også innvirkning på hvilke krav forsvarlighet stiller. Helsevesenet må sørge for å være kompetente på hvordan de løser

⁹⁸ Tor Slettebø, Kristin Briseid, Elisabeth Brodtkorb, Erik Skjeggstad, Sidsel Sverdrup og Torgeir Sørensen, «Godt nok barnevern?», VID rapport 2019/3 s. 18

⁹⁹ Tor Slettebø, Kristin Briseid, Elisabeth Brodtkorb, Erik Skjeggstad, Sidsel Sverdrup og Torgeir Sørensen, «Godt nok barnevern?», VID rapport 2019/3 s. 18-19

helseproblemer, og på ivaretagelse av pasienter i sårbare situasjoner. Et slikt forhold er imidlertid langt på vei mer et samarbeid enn hva det ofte er i barnevernets saker. De tar ofte seg inn i familier mot familiens vilje. Der skal de ivareta alle parters interesser og fokuset skal være på de som ikke kan passe på seg selv, nemlig barnet. Barnevernet må veie hensynet til den de skal hjelpe opp mot hensynet til familien, som ofte kan oppfatte barnevernet som veldig inngripende. Forsvarlighet i barnevernet vil derfor også være noe helt annet enn forsvarlighet i helsevesenet, fordi det er så stor forskjell mellom hva tjenester og tiltak innen vært fagfelt er.

En annen stor forskjell mellom forsvarlighet i helseretten og barnevernretten, er hvem kravet til forsvarlighet retter seg mot. I helseretten retter den seg både mot etaten og systemet, men også mot den individuelle ansatte. Det gjør den ikke i barnevernretten, der den kun retter seg mot systemet.

Dette medfører at helsepersonellovgivningen har noe overføringsverdi til barnevernretten, etter mitt syn. Selv om dette er to ulike grener av spesiell forvaltningsrett og en ikke automatisk kan ta lovgivningen i helserett og overføre direkte til barnevernrett, vil for eksempel krav til autorisasjon og krav til utdanning være overførbart. Dette vil i så fall medføre en endring av innholdet i forsvarlighetskravet i barnevernretten, ettersom den også i større grad vil dreie seg mot individkrav, altså krav til ansatte i tjenesten og ikke bare mot barnevernet som system.

6 Forslag til ny barnevernlov – Prop. 133 L (2020-2021)

6.1 Innledning

9. april 2021 fremmet regjeringen Prop. 133 L (2020-2021) med forslag til ny barnevernlov. Saken ligger i skrivende stundt (18.05.21) til behandling i Stortinget. Forslaget til ny barnevernlov tar utgangspunkt i barnevernlovutvalgets forslag fra 2016.¹⁰⁰

Ettersom denne proposisjonen ble fremmet så sent i perioden hvor denne oppgaven ble skrevet, har det medført at proposisjonen ikke er så nøye behandlet som ønskelig. Det er imidlertid forsøkt å gi et blikk på hva som ligger i forslaget fra regjeringen og hvilke

¹⁰⁰ NOU 2016:16 Ny barnevernlov - Sikring av barnets rett til omsorg og beskyttelse

eventuelle endringer disse måtte medføre på dagens rettstilstand, primært med tanke på kravet til forsvarlige tjenester og tiltak.

6.2 Lovbestemmelsen

I Prop. 133 L (2020-2021) legges det opp til at ny lovbestemmelse om forsvarlige tjenester og tiltak vil følge av § 1-7 og være:

*«Barnevernets saksbehandling, tjenester og tiltak skal være forsvarlige».*¹⁰¹

Det er tatt inn «saksbehandling», i tillegg til tjenester og tiltak som følger av dagens ordlyd. Kravet til forsvarlig saksbehandling er i dag et ulovfestet prinsipp i forvaltningsretten¹⁰² og endringen av loven vil derfor ikke ha noen realitetsbetydning, annet enn at det vil fremkomme uttrykkelig av ordlyden. Departementet er også tydelige på dette i proposisjonen.¹⁰³ Dette kan tenkes å være fordi dagens fokus ikke har vært stort nok på forsvarlig saksbehandling og at lovgiver derfor kan ha ment å understreke dette ved å ta det inn i ordlyden. Det kan også understreke systemets viktighet og at hele prosessen må være forsvarlig, ikke bare de konkrete tiltak rettet mot barn og familie. Et tillegg, som dette, er ikke tilfeldig, selv om det skal kodifisere gjeldende rett. Det er en ekstra påminnelse om at hele prosessen må være av den standard vi forventer i et velutviklet land.

Videre henviser departementet til Prop. 106 L (2012-2013) med de endringer som ble foretatt i forkant av endringen av barnevernloven som førte til at forsvarlighetskravet ble kodifisert.¹⁰⁴ Dette taler for at Prop. 133 L (2020-2021) kan betraktes som et etterarbeid. Dette betyr at det ikke vil ha like stor rettskildemessig vekt som et forarbeid, men vil bidra til å sette forsvarlighetskravet inn i en kontekst og eventuelt tilføre nye forståelser av kravet. Disse synspunktene kan allerede nå flytte de ikke-juridiske normene for forsvarlig barnevern. Dersom disse normene flyttes, vil det ha betydning for innholdet av forsvarlighetskravet i någjeldende bvl. § 1-4.

¹⁰¹ Prop. 133 L (2020-2021) s. 607

¹⁰² Se kap. 2.4 om barnevernrettens forhold til generell forvaltningsrett

¹⁰³ Prop. 133 L (2020-2021) s. 544

¹⁰⁴ Se kap. 2.2 om barnevernloven § 1-4

6.3 Andre endringer som har innvirkning på forsvarlighet

Forsvarlighet som prinsipp kan begrunne mange av de andre prinsipper og tiltak som gjennomføres i barnevernloven, samtidig som den bidrar til å sette skranke til barnevernets handlingsrom.

I lovproposisjonen foreslår departementet blant annet at barnevernet skal ta hensyn til barnets etniske, kulturelle, språklige og religiøse bakgrunn i alle sider av saken og at samiske barns særskilte rettigheter skal ivaretas, jf. forslag til ny barnevernlov § 1-8. Departementet begrunner dette med blant annet kravet til forsvarlig saksbehandling.

«Formålet med bestemmelsen er å synliggjøre at barnets bakgrunn er et moment i barnets beste-vurderingen og en del av forsvarlig saksbehandling på alle stadier av en sak»¹⁰⁵

Et annet eksempel er at regjeringen foreslår en ny § 1-10 hvor krav til tidlig innsats i klartekst lovfestes, hvor det slås fast at det kreves tidlig innsats for å forebygge alvorlig omsorgssvikt og atferdsvansker. Etter ordlyden i dagens formålsbestemmelse i § 1-1 fremgår ikke dette uttrykkelig, men det kan utledes at en del av den plikten som fremgår av paragrafen, inkluderer tidlig innsats. Endringen som nå foreslås av departementet, kommer fordi

«Selv om plikten til tidlig innsats kan utledes av lovens formålsbestemmelse, sett i sammenheng med lovens forsvarlighetskrav og hensynet til barnets beste, er dette et grunnleggende prinsipp for barnevernets arbeid. Barnevernstjenestens plikt til tidlig innsats understreker både betydningen av å ta enhver melding på alvor, og iverksette tilstrekkelige undersøkelser som kan avdekke omsorgssvikt på et tidlig stadium av saken»¹⁰⁶

Med dette forstås det at plikten til tidlig innsats også er en del av kravet til forsvarlige tjenester og tiltak, men at det også er et selvstendig prinsipp. En lovfesting av prinsippet kan bidra til å tydeliggjøre dette, noe som ikke vil ha en praktisk endring av rettstilstanden, men kan bidra til mer notoritet for innbyggerne som skal forholde seg til lovverket og i siste instans bli påvirket av reglene som regulerer barnevernets plikter og tjenester.

¹⁰⁵ Prop. 133 L (2020-2021) s. 103

¹⁰⁶ Prop. 133 L (2020-2021) s. 109

7 Bør det stilles individkrav til barnevernpersonell etter modell fra helsepersonelloven?

7.1 Innledning

Kravet til helsepersonell i helsepersonelloven § 4 er gjennomgått ovenfor i kap. 5.1.1. Her fremkommer det at helsepersonell er bundet til krav om faglig forsvarlighet og omsorgsfull hjelp som kan forventes ut fra helsepersonellets kvalifikasjoner, arbeidets karakter og situasjonen for øvrig.

Videre følger det av juridisk litteratur at

«Et krav om forsvarlighet har gjeldt på andre områder før det kom til helseretten. Særlig viktig er kravene til aktsomhet i erstatningsretten og strafferetten. Dertil har vi lenge hatt et generelt krav om forsvarlig saksbehandling i den alminnelige forvaltningsretten».¹⁰⁷

At det har eksistert visse aktsomhetskrav knyttet til stillinger i flere ulike yrker og bransjer over lang tid, er ikke nytt. For noen yrker, som for eksempel helsepersonell, er det imidlertid særdeles viktig at det fremgår tydelige krav til faglig forsvarlighet og aktsomhet i det man foretar seg, ettersom uforsvarlig behandling og uaktsomhet i verste fall kan forvolde noens død. Derfor er forsvarlighetskravet til helsepersonell et uomtvistet krav som stilles alle som kan falle innenfor helsepersonelloven § 3.

Forsvarlighetskravet i helsepersonelloven § 4 er også inspirert av de forvaltningsrettslige krav til forsvarlig saksbehandling.¹⁰⁸ Dette er et prinsipp som også gjøres gjeldende på barnevernrettens område. Barnevernet er nemlig både saksbehandler, men også en form for behandler og omsorgsinstitutt for barn som av ulike grunner trenger dette. Det gjør at barnevernet kommer i en forvaltningsrettslig særposisjon, litt likt den helsevesenet har.

Det er derfor relevant å drøfte om det vil være relevant, og behov for, å vurdere lignende bestemmelser som i helseretten, for barnevernretten.

¹⁰⁷ Kjønstad (2013) s. 225

¹⁰⁸ Kjønstad (2013) s. 225

7.2 Er en «barnevernpersonellov» riktig vei å gå?

Forsvarlighet i barnevernretten er et område som er noe udefinert og det finnes lite rettspraksis på. Et eksempel, som nevnt ovenfor, er at forsvarlighet innen barnevernretten er alt som befinner seg mellom beste praksis og uforsvarlige tjenester og tiltak. I tillegg kan en rekke av prinsippene som ligger til grunn for barnevernloven, utledes av kravet til forsvarlige tjenester og tiltak.

Ettersom det i stor grad eksisterer systemkrav – krav til systemet «barnevernet» - handler i litteraturen og den forvaltningspraksisen som eksisterer, om systemkrav. Fra helseretten erfarer vi at et individkrav også fungerer som et aktsomhetskrav for ansatte i barnevernet. Dette er muliggjort fordi det eksisterer andre krav til for eksempel utdanning der, enn det gjør i barnevernet.

Barneombudet tar til orde for strengere krav til utdanning i barnevernet. Det følger av «De tror vi er shitkids», at «*Barne- og familiedepartementet bør innføre krav om at ansatte i barnevernsinstitusjon som hovedregel skal ha relevant høyere utdanning*».¹⁰⁹ Dette er en konklusjon de har gjort på bakgrunn av å ha fulgt flere barnevernssaker fra start til slutt og etter omfattende intervjuvirksomhet med barnevernsbarn.

Å stille strengere krav til utdanning er både et krav til systemet, men det er også et krav til hver enkelt ansatt i barnevernet. Ved å oppstille et utdanningskrav, vil det bidra til å heve kvaliteten på den omsorgen som gis i barnevernet og forhåpentligvis bidra til et bedre barnevern.

Et annet tema er bemanningsnorm. Dette er på den ene siden et krav til utdanning på den ene siden et systemkrav, fordi det er først og fremst systemet som blir ansvarliggjort. På den annen side vil det også være et individkrav, ettersom det setter krav til de ansatte som er til stede, hvor mange de skal være og sette rammene for hver ansatt.

Autorisasjon er også et krav til personell på helserettens område, men ikke i barnevernet. Det følger av helsepersonelloven § 1 at «*Lovens formål er å bidra til sikkerhet for pasienter og kvalitet i helse- og omsorgstjenesten samt tillit til helsepersonell og helse- og omsorgstjenesten*». Sikkerhet, kvalitet og tillit er stikkord fra lovens formålsparagraf. Dette er

¹⁰⁹ Barneombudet, «De tror vi er shitkids», 2020, s. 8

samtidig noe som barnevernet har fått kritikk for mangel på de siste år. Det å innføre en autorisasjonsordning også innen barneverntjenesten vil være en måte å møte disse utfordringene på. En helsearbeider har ikke lov til å kalle seg lege, sykepleier eller annen helsefaglig tittel uten autorisasjon, nettopp fordi man har innført en slik sentralstyrt godkjenningsordning av hvert enkelt helsepersonell. På barnevernrettens område eksisterer ikke dette, noe som gjør at det er vanskelig å stille sentralgitte krav til ansatte på samme måte.

Likevel kan det sies at det å sette strengere krav til ansatte i barnevernet kan gjøre tilgjengeligheten etter ansatte mindre. Dette kan også ha uheldige effekter, som kan påvirke tjenesten og de krav som følger av barnevernloven. Spesielt innføring av en bemanningsnorm kan være vanskelig ettersom det allerede i dag er for få ansatte i tjenesten. Krav til utdanning fordrer at staten stiller opp med flere studieplasser til bachelor- og etter hvert masterstudier i barnevern, og krav til autorisasjon vil naturligvis medføre en naturlig seleksjon av potensielle ansatte, noe som hindrer «alle» fra å kunne bli ansatt.

Det følger av høringsnotat til ny barnevernlov at departementet ønsker å videreføre dagens krav til forsvarlige tiltak og tjenester, med en presisering om at forsvarlighetskravet gjelder all saksbehandling i barnevernet.¹¹⁰ Forslaget bidrar til å sette krav til saksbehandlingen, men vil ikke være å stille like strenge krav som et eventuelt krav autorisasjon vil innebære. Svært mange av prinsippene som fremholdes i barnevernloven utledes ifølge departementet av forsvarlighetsprinsippet. Det vil derfor være naturlig å kunne utlede krav og rammer til personell i barnevernet av samme prinsipp.

Videre fremhever departementet i proposisjonen med forslag til ny barnevernlov at:

«Etter departementets vurdering vil innføring av kompetansekrav, mer praksisnære og relevante masterutdanninger og bedre tilgang til veiledet praksis under studiene, være mer treffsikre og egnede tiltak for å øke tilliten til barnevernet og sørge for at de ansatte har tilstrekkelig og nødvendig kompetanse. Innføring av kompetansekrav vil medføre det blir stilt formelle krav til hvilken kompetanse som kreves for å kunne utføre nærmere bestemte oppgaver. Kombinert med skikkethetsvurderinger i

¹¹⁰ Høringsnotat – høring om forslag til ny barnevernlov (2019) s. 19

utdanningene, arbeidsgivers adgang til å ilegge disiplinærreaksjoner og tilsyn, ser departementet ikke behov for å innføre en autorisasjonsordning i barnevernet».¹¹¹

Til tross for departementets overnevnte vurderinger, kan det være at en autorisasjonsordning er det som kreves for å ta barnevernet dit at de er på riktig side av forsvarlige tiltak og tjenester. For å bruke helsepersonelloven som eksempel, så medfører loven en ansvarliggjøring av helsepersonell. Den stiller således krav til den enkelte ansatte, ikke bare til helsetjenesten som sådan. Autorisasjonsordningen bidrar til å heve status på yrker innen helse- og omsorg og den sikrer kvalitet og tillit til tjenesten. For Stortinget som lovgiver, bør disse effektene være interessante å se på, med den oppmerksomheten som har vært rundt det norske barnevernet de siste årene.

Det er gledelig å se at departementet legger opp til å innføre en rekke av tiltakene nevnt ovenfor. Det fremstår som at regjeringen viker tilbake for å innføre en autorisasjonsordning for barnevernpersonell, da de anser at kravene til kompetanse vil ivareta de samme bakenforliggende hensyn til forsvarlighet som en autorisasjonsordning ville søkt å ivareta. Selv om en kan tale for at både kompetansekrav, mer praksisnære studier og bedre praksis i seg selv er gode tiltak, er dette ingen garanti for at barnevernet vil bli mer forsvarlig. En autorisasjonsordning vil kunne bidra til at Statens Helsetilsyn får flere knagger å henge sitt tilsyn på og vil etter mitt skjønn være egnet til å ytterligere bedre forsvarligheten av de tjenester og tiltak barnevernet leverer i dag.

Imidlertid må en være klar over at krav til kompetanse og autorisasjon er to ulike ting. Krav til kompetanse er for eksempel krav til bachelor- eller mastergrad for å kunne jobbe i barnevernet. Denne har du i behold selv om du bruker de kunnskapene du har fått gjennom utdannelsen dårlig. Med autorisasjon må en hele tiden sørge for at ens atferd er i tråd med det forsvarlige. Opptreer en ikke som en skal, kan en miste sin autorisasjon. Dette er en ekstra skranke satt inn for å beskytte seg selv. En autorisasjonsordning kan også medføre mer tilsyn. Selv om det ikke er tvil om at det er mange dyktige ansatte i barnevernet som hver dag må gjøre mange vanskelige valg, kan en ekstra terskel og mer tilsyn føre til at hele barnevernet løftes i kvalitet og kompetanse. Barnevernet skal ta vare på de minste, de svakeste og de som har det ekstra vanskelig i vårt samfunn. Dette er en krevende jobb, med mange krevende valg.

¹¹¹ Prop. 133 L (2020-2021) s. 45 - 46

Konsekvensene av feil valg er store, og det bør derfor også settes strengere krav og mer tilsyn til de som utøver denne jobben.

Etter modell fra helseretten, bør det etter min vurdering, vurderes å innføre en «barnevernpersonellov» som bidrar til å innføre individkrav til forsvarlighet og setter tydelige lovgitte rammer for ansatte i barnevernet. En slik lov vil bidra til å ansvarliggjøre de ansatte, i tillegg til å sette krav til ledelsen i barnevernet og til hver enkelt ansatt.

Barnevernlovens formål, slik denne er formulert i § 1-1 er at:

«Loven skal 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. Loven skal bidra til at barn og unge møtes med trygghet, kjærlighet og forståelse og at alle barn og unge får gode og trygge oppvekstvilkår»¹¹²

For å oppnå dette formålet er det viktigste verktøyet vi som samfunn kan bruke, de ansatte i barnevernet. De ansatte trenger tydelige rammer og verktøy for sin virksomhet for å kunne gjøre gode vurderinger av barns tilstand og utvikling. Det samme gjelder for å kunne gi riktig hjelp til riktig tid, gi god nok omsorg og beskyttelse og at barn skal komme inn i barnevernet med en trygghet om at her er det godt å være, selv om barna er i en stor krise i livet sitt.

Det er med andre ord formålstjenlig å regulere krav til personell i barnevernet på en annen måte enn det gjøres i dag. Hvis en ser hen til helsepersonelloven § 1, og formålet med loven, vil en kunne dra paralleller til barnevernloven § 1 og dens formål. Å kopiere metoden for individkrav til forsvarlighet i helsevesenet til barnevernet, fremstår da som en aktuell løsning. Statens Helsetilsyn har ansvar for tilsyn med både helsevesenet og barnevernet etter hvordan disse to delene av forvaltningen er delt opp i dag, noe som ikke vil medføre stor endring i praksis hos Statens Helsetilsyn. Dette anses å være en stor fordel, dersom en skal arbeide med en ny lov for barnevernpersonell.

Når lovgiver ønsker å lovfeste konkrete krav til forsvarlighet i barnevernet, slik Stortinget valgte å gjøre i 2013 på bakgrunn av Prop. 106 L (2012-2013), kommer det med konsekvenser. Etersom forsvarlighet er en rettslig standard, vil en med det sette tydelige juridiske krav til barneverntjenesten, som defineres av forhold utenfor jussen. Å lovfeste

¹¹² Barnevernloven § 1-1

kravet til forsvarlighet var riktig, men det er etter mitt skjønn ikke fulgt opp i stor nok grad hva forsvarlige tjenester og tiltak er og hva det medfører for barneverntjenesten. Det er dette tomrommet EMD og Høyesterett har bidratt til å utfylle med dommene som har kommet fra og med Strand Lobben.

Tiden er nå moden for at lovgiver sørger for et lovverk som på den ene siden stiller tydelige krav til barnevernstjenesten, men det er også på tide å endre lovverket for å kunne stille konkrete krav til ansatte i barnevernet. Det er nettopp den særegne formen for forvaltning som barnevern er, som taler for dette. På den ene siden er de saksbehandlere og skal følge lover og regler nøye, men på den andre siden er de behandlere og omsorgsinstitusjon for mange sårbare barn. Nå er det på tide at barn følges opp slik de har krav på, og at barnevernet sørger for å ivareta både barn og familier som blir rammet av inngrepene barnevernet er nødt til å foreta seg.

8 Avslutning/sammendrag

Denne oppgaven er skrevet våren 2021, samtidig som regjeringen la frem Prop. 133 L (2020-2021) Lov om barnevern. Ettersom proposisjonen, som tidligere nevnt, ble vedtatt i statsråd mot slutten av arbeidet med denne masteroppgaven, har proposisjonen blitt innarbeidet etter beste evne.

Regjeringens lovforslag går videre med flere av de høringsforslag som fremkom under høringsrunden, fra for eksempel Barneombudet. Dette er blant annet forslag om normkrav til utdanning for ansatte i barneverntjenesten, lovfesting av ulovfestede rettigheter og strengere krav til begrunnelse. I tillegg har regjeringen sett utviklingen i EMD med de norske barnevernssakene som har vært til behandling der, samt i Høyesterett.

Dagens tilstand i barnevernet, med den praksis som eksisterer og med de dommer som er avsagt, er ikke god nok og bryter etter mitt skjønn med kravet til forsvarlige tjenester og tiltak. Både fordi det er konkrete punkter i saksbehandlingen som har sviktet i sakene Norge er dømt i, men også fordi dette ikke har vært et fokusområde i norsk barnevernrett eller politikk.

Norsk barnevernpolitikk er preget av konsensus og prinsippet om det offentliges subsidiære ansvar har stått sterkt i mange år. Det er grunn til å spørre seg om lovgiver, departement og

barneverntjenesten som sådan har tatt denne ansvaret for mye på ansvar, noe som har gått på bekostning av blant annet EMK art. 8, noe dommene i EMD viser tydelig.

Barnevernrett er et rettsområde som er preget av strenge forvaltningsrettslige regler på den ene siden og mye følelser på den andre siden. Dette gjør at det ofte blir en misoppfatning blant de som er i kontakt med barneverntjenesten, ettersom barnevernstjenesten er opprettet og eksisterer for å gjøre inngrep i menneskers liv. Disse inngrepene er nesten uten unntak uønsket, noe som etter mitt skjønn stiller strenge krav til hvordan slike inngrep gjøres. En kan dra en parallell fra slike forvaltningsrettslige vedtak til kravene som stilles til en dom som skal avgis. De skal være grundige og gode nok til at en kan forstå bakgrunnen og slå seg til ro med resultatet.

I Prop. 133 L (2020-2021) vier regjeringen mye plass til å omtale Strand Lobben-dommen og de andre sakene som har vært til behandling i EMD. Det er et steg i riktig retning, i tråd med hva også Høyesterett mener er rett forståelse av retten. For om prinsippet om forsvarlige saksbehandling, tjenester og tiltak¹¹³ skal følges opp, må også myndighetene som utøver det ta rettsutviklingen i EMD og Høyesterett på alvor.

¹¹³ Prop. 133 L (2020-2021) s. 607

Referanseliste:

Lover:

Grunnloven	<i>Kongeriket Norges Grunnlov av 17. mai 1814</i>
Forvaltningsloven	<i>Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker</i>
Barnevernloven	<i>Lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester</i>
Helsepersonelloven	<i>Lov 02. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell</i>

Forskrifter:

Forskrift 10. juni 2008 nr. 580 om krav til kvalitet og internkontroll i barneverninstitusjoner

Rettspraksis

HR-2016-2017-A

HR-2020-661-S

HR-2020-662-S

HR-2020-663-S

HR-2021-474-A

Lovforarbeider

Ot.prp.nr 13 (1998-1999) Om lov om helsepersonell m.v. (helsepersonelloven)

Prop. 106 L (2012-2013) Endringer i barnevernloven

Prop. 68 L (2016-2017) Lov om Statens undersøkelseskommissjon for helse- og omsorgstjenesten

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

Juridisk litteratur:

- Bendiksen og Haugli (2020) Bendiksen, Lena og Trude Haugli (2020) *Sentrale emner i barneretten*, 4. utgave, Universitetsforlaget
- Boe (2018) Boe, Erik Magnus (2018) *Forsvarlig forvaltning*, 1. utgave, Universitetsforlaget.
- Eckhoff og Smith (2018) Eckhoff, Torstein og Eivind Smith (2018), *Forvaltningsrett*, 11. utgave, Universitetsforlaget.
- Ofstad og Skar (2015) Ofstad, Kari og Randi Skar (2015) *Barnevernloven med kommentarer*, 6. utgave, Gyldendal Juridisk
- Kjønstad (2013) Kjønstad, Asbjørn (2013) *Helserett*, 2. utgave, Gyldendal
- Knoph (1939) Knoph, Ragnar (1939), *Rettslige standarder: Særlig om Grunnlovens § 97*, Det juridiske fakultets lovsamlingsfond
- Aall (2018) Aall, Jørgen (2018), *Rettsstat og menneskerettigheter*, 5. utgave, Fagbokforlaget

Artikler

- Haugli (2019) Haugli, Trude, «Hensynet til barnets beste», i *Barnekonvensjonen, barns rettigheter i Norge*, Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.), Universitetsforlaget 2019, s. 55-78

Internasjonale konvensjoner

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms

FNs konvensjon om barnets rettigheter

FNs barnekomité:

Generell kommentar nr. 14, General Comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interest taken as primary consideration (art. 3, para. 1) (UN.doc CRC/C/GC/14)

Rettspraksis fra Den Europeiske Menneskerettighetsdomstol

Sommerfeld v. Germany [GC] no. 31871/96

Hernehult v. Norway [J] 14652/16

Pedersen and others v. Norway [J] 39710/15

Jansen v. Norway [J] 2822/16

Strand Lobben and others v. Norway [GC] 37283/13

K.O. and V.M. v. Norway [J] 64808/16

Abdi Ibrahim v. Norway [J] 15379/16

A.S. v. Norway [J] 60371/15

M.L. v. Norway [J] 64639/16.

Rapporter:

Slettebø, Tor, Kristin Briseid, Elisabeth Brodtkorb, Erik Skjeggstad, Sidsel Sverdrup og Torgeir Sørensen, «Godt nok barnevern?», *VID rapport 2019/3*

Statens Helsetilsyn, «Det å reise vasker øynene – Gjennomgang av 106 barnevernsaker», 2019

Barneombudet, «De tror vi er shitkids – Rapport om barn som bor på barneverninstitusjon»,
2020

Høringsinnspill:

Statens helsetilsyn, *Høringsvar fra Statens helsetilsyn – forslag til lov om integrering (integreringsloven) og forslag til endringer i lov om norsk statsborgerskap (statsborgerloven)* (2019)

