

ADVOKATBISTAND I BARNEVERNSSAKER

Særlig om foreldrenes rett til fri rettshjelp på undersøkelsesstadiet

Kandidatnr:234

Veileder: Lucy Smith

Leveringsfrist: 16.6.2003

Til sammen 17669 ord

(* se <http://www.jus.uio.no/sekr/studieinformasjon/fagsider/spesialoppgave/>)

18.06.2003

FORORD

Jeg vil gjerne takke Lucy Smith for god og konstruktiv veiledning.

Jeg vil gjerne også takke de personer jeg har vært i kontakt med i forbindelse med oppgaven. En særlig takk rettes til advokat Rikke Lassen.

(Det er en) ” evig erfaring at hvert menneske som har makt, er tilbøyelig til å misbruke den ”.

Montesquieu

Innholdsfortegnelse

| | | |
|----------|---|-----------|
| 1 | INNLEDNING | 1 |
| 1.1 | Oppgavens tema..... | 1 |
| 1.2 | Rettskilder og metode..... | 2 |
| 1.2.1 | Lover og forskrifter..... | 2 |
| 1.2.2 | Rundskriv | 2 |
| 1.2.3 | Praksis | 3 |
| 1.2.4 | Etterarbeider..... | 3 |
| 1.2.5 | Metode | 4 |
| 1.3 | Foreldre og partsbegrepet | 4 |
| 1.4 | Avgrensning og presisering av temaet..... | 5 |
| 1.5 | Den videre fremstillingen..... | 6 |
| 1.6 | Bakgrunn | 7 |
| 2 | GANGEN I EN BARNEVERNSSAK..... | 10 |
| 2.1 | Undersøkellesstadiet | 10 |
| 2.2 | Fylkesnemnda | 11 |
| 2.3 | Overprøvelse av domstol..... | 12 |
| 3 | GJELDENE RETT OM FORELDRENES RETT TIL FRI RETTSHJELP I BARNEVERNSSAKER | 13 |
| 3.1 | Generelt om rettshjelpsloven..... | 13 |
| 3.2 | Særlig om forholdet mellom rettshjelpsloven og barnevernssaker | 14 |
| 3.3 | Fri sakførsel ved fylkesnemndsbehandling og domstolsbehandling..... | 14 |
| 3.4 | Fritt rettsråd på undersøkellesstadiet..... | 15 |
| 3.4.1 | Innledning | 15 |
| 3.4.2 | Generelle krav til rettshjelpssøkerens økonomi | 16 |
| 3.4.3 | lovens særlige vilkår i barnevernssaker | 18 |
| 3.4.4 | Andre vilkår | 19 |

| | | |
|----------|--|-----------|
| 3.5 | Rettshjelpens omfang på undersøkellesstadiet | 20 |
| 3.6 | Praktiseringen av rettshjelpsordningen på undersøkellesstadiet..... | 21 |
| 3.7 | Særlig om trekking av sak | 22 |
| 3.8 | Særlig om midlertidige akuttvedtak etter § 4-6 (2) | 24 |
| 3.9 | Særlig om trekking av midlertidige akuttvedtak etter § 4-6 (2) | 24 |
| 3.10 | Dekning av advokatombkostninger etter forvaltningsloven?..... | 26 |
| 4 | SAKSBEHANDLINGSREGLER | 28 |
| 4.1 | Innledning..... | 28 |
| 4.2 | Generelle saksbehandlingsregler | 28 |
| 4.2.1 | Veiledningsplikten..... | 28 |
| 4.2.2 | Ansvar for sakens opplysning | 29 |
| 4.2.3 | Dokumentinnsyn..... | 30 |
| 4.3 | Saksbehandlingsregler i barnevernloven..... | 31 |
| 4.3.1 | Vilkårene for å åpne undersøkellesessak | 32 |
| 4.3.2 | Besøk i hjemmet | 32 |
| 4.3.3 | Samtale med barnet..... | 32 |
| 4.3.4 | Pålegg om undersøkelse | 33 |
| 4.3.5 | Innhenting av taushetspliktbelagte opplysninger..... | 34 |
| 4.3.6 | Spredning av opplysninger..... | 36 |
| 4.3.7 | Tidsfrister | 36 |
| 5 | RETTSSIKKERHET I BARNEVERNSSAKER..... | 37 |
| 5.1 | Innledning..... | 37 |
| 5.2 | Utviklingen av rettsikkerhet i barnevernssaker | 38 |
| 5.3 | Foreldrenes rettsikkerhet og barnet | 39 |
| 5.4 | Advokatbistand og rettsikkerhet..... | 40 |
| 5.5 | Særtrekk ved barnevernssaker med betydning for rettsikkerheten..... | 40 |
| 5.5.1 | Kontroll og overprøving på undersøkellesstadiet..... | 40 |
| 5.5.2 | Manglende konsekvenser av feil | 42 |
| 5.5.3 | Manglende offentlighet og innsyn..... | 43 |

| | | |
|----------|---|-----------|
| 6 | ADVOKATROLLEN I BARNEVERNSSAKER PÅ UNDERSØKELSESSTADIET | 44 |
| 6.1 | Innledning..... | 44 |
| 6.2 | Legalitetskontroll..... | 44 |
| 6.3 | Rådgivning og støtte | 44 |
| 7 | I HVILKET OMFANG BURDE FORELDRENE HA KRAV PÅ FRI RETTSHJELP? | 47 |
| 7.1 | Innledning..... | 47 |
| 7.2 | Behovet for legalitetskontroll | 48 |
| 7.3 | Behovet for råd, veiledning og støtte | 49 |
| 7.4 | Konfliktnivået i saken og barnets rettsvern | 50 |
| 7.5 | Barnevernets legitimitet..... | 50 |
| 7.6 | Kostnader ved økt advokatbistand..... | 51 |
| 7.7 | Konklusjon | 52 |
| 7.8 | Særlige problemstillinger..... | 55 |
| 7.8.1 | Trekking av sak..... | 55 |
| 7.8.2 | Trekking av midlertidige avgjørelser | 56 |
| 7.9 | Oppsummering | 57 |

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema

Oppgaven omhandler rettshjelp i barnevernssaker. Etter gjeldende rett gir rettshjelpsloven foreldre som er parter i en barnevernssak en ubetinget rett til å få advokatbistand dekket av det offentlige når saken behandles av fylkesnemnd eller domstoler. Reglene innebærer at det ikke innebærer en økonomisk belastning for foreldrene å være part i en barnevernssak på det tidspunkt hvor formell avgjørelse om tvang kan fattes. På stadiet forut for nemndsbehandling, undersøkelsesstadiet, er imidlertid rettshjelpen behovsprøvet. Hvis foreldrene oppfyller vilkårene for fri rettshjelp, må de som utgangspunkt betale en egenandel. Fordi rettshjelp er behovsprøvet, og stiller krav til egenandel, er utgangspunktet at det er en økonomisk belastning for foreldrene å være bistått av advokat på undersøkelsesstadiet.

Oppgavens tema er å gi en nærmere fremstilling av foreldrenes tilgang på fri rettshjelp i barnevernssaker. Fremstillingen omfatter reglene om rettshjelp på undersøkelsesstadiet, ved fylkesnemndsbehandling, og ved en eventuell domstolsbehandling. Imidlertid vil oppgaven vie klart mest plass og oppmerksomhet til undersøkelsesstadiet. I tillegg til å beskrive rettstilstanden, vil oppgaven også gi en vurdering av gjeldende rett. Denne delen av oppgaven omhandler i sin helhet tiden før en barnevernssak behandles av fylkesnemnd som en ordinær sak. Spørsmålet i denne delen av oppgaven er om foreldrene på undersøkelsesstadiet bør gis rettshjelp i større utstrekning enn etter gjeldende rett.

1.2 Rettskilder og metode

1.2.1 Lover og forskrifter

Lov om fri rettshjelp, rhjl., er den sentrale rettskilden når gjeldende rett om fri rettshjelp skal fremstilles¹. Barnevernloven, bvl., er også en relevant kilde om foreldrenes rett til fri rettshjelp i barnevernssaker². Barnevernloven og forvaltningsloven, fvl., vil være sentrale rettskilder ved vurderingen av gjeldende rett³. Disse to lovene setter en barnevernssak, særlig på undersøkelsesstadiet i en rettslig ramme.

Med hjemmel i rhjl. §§ 3 og 7, er det gitt en forskrift om fri rettshjelp⁴. Forskriften utfyller loven vedrørende krav til inntekt, formue og betaling av egenandel.

1.2.2 Rundskriv

Justisdepartementet har utgitt et rundskriv om fri rettshjelp⁵. Det er utgitt i bokform og tar sikte på å fremstille hovedreglene om fri rettshjelp. Rundskrivet henvender seg blant annet til fylkesmenn, advokater og domstoler, og benyttes aktivt av de som kommer i kontakt med rettshjelpsloven. Ved tolking og anvendelse av rettshjelpsloven vil rundskrivet være en sentral rettskilde.

Barne- og familiedepartementet har utgitt et rundskriv om saksbehandlingen i barnevernssaker⁶. Oppgaven benytter rundskrivet i beskrivelsen av saksbehandlingsreglene på undersøkelsesstadiet.

¹ Lov av 13 juni. Nr. 35 1980 om fri rettshjelp

² Lov av 17 juli. Nr. 100 1992 om barneverntjenester

³ Lov av 10 februar. 1967

⁴ FOR 1996-10-22 nr 1001: Forskrift til lov om fri rettshjelp

⁵ Rundskriv G-73/96, heretter "rundskrivet"

⁶ Rundskriv , Retningslinjer om saksbehandling i barneverntjenesten, Q-1036 B heretter "saksbehandlingsrundskrivet"

1.2.3 Praksis

Så vidt jeg vet finnes det ingen avgjørelser fra Høyesterett som direkte omhandler rettshjelp i barnevernssaker. Jeg har heller ikke funnet noen underrettsavgjørelser det er grunn til å behandle.

Forvaltningspraksis er mest relevant for denne oppgaven. Rettshjelpsordningen forvaltes av fylkesmennene på undersøkellesstadiet, og av fylkesnemndene når en barnevernssak behandles av nemnda. Departementet er klageinstans. Særlig viktig er praktiseringen av reglene for fri rettshjelp på undersøkellesstadiet. Dette har sammenheng med at disse reglene er skjønnsmessig utformet. Når oppgaven behandler fri rettshjelp i forhold til trekking av midlertidige avgjørelser, baserer fremstillingen seg på avgjørelser i anonymisert form fattet av fylkesmannen, departementet som klageinstans, og i ett tilfelle behandling hos sivilombudsmannen. Dette er avgjørelser jeg har fått ved henvendelse til justisdepartementets lovavdeling (unntatt avgjørelsen fra sivilombudsmannen).

1.2.4 Etterarbeider

I stortingsmeldingen om fri rettshjelp, gis det en fullstendig evaluering av hele rettshjelpsordningen⁷. Meldingen anbefaler å utvide rettshjelpstilbudet i barnevernssaker⁸. Forslaget går ut på at barnevernssaker av spesielt inngripende art bør gjøres prioritert også forut for nemndsbehandling, det vil si på undersøkellesstadiet. Stortingsmeldingen gir videre uttrykk for at fri rettshjelp bør gis uten økonomisk behovsprøving i tilfeller hvor foreldrene har et klart behov for bistand fra advokat. Med dette sikter meldingen særlig til tilfeller der barneverntjenesten aktivt vurderer omsorgsovertakelse, og til midlertidige akuttvedtak. I saker av mindre inngripende, eller ikke tvangsmessig karakter, anser meldingen at det ikke er behov for økt rettshjelpsdekning.

På bakgrunn av Stortingsmeldingen har justiskomiteen om fri rettshjelp avgitt en innstilling til Stortinget om endringer av rettshjelpstilbudet⁹. Om barnevernssaker sier

⁷ St.meld. nr. 25 om fri rettshjelp, heretter ”stortingsmeldingen”

⁸ Stortingsmeldingen s. 63-64

⁹ Innst. S. nr. 181 1999-2000, heretter ”innstillingen”

innstillingen kort at den ser det som naturlig at barnevernssaker på undersøkelsesstadiet blir prioriterte saker. Stortinget har ikke vedtatt endringer i rettshjelpstilbudet.

Oppgaven benytter disse etterarbeidene på flere måter. For det første er Stortingsmeldingen egnet til å belyse gjeldende rett og hvordan regelverket praktiseres. For det andre blir forslagene til endringer avslutningsvis vurdert opp mot de synspunkter om endringer oppgaven konkluderer med.

Befringutvalget gir en omfattende tilstandsrapport om barnevernet i Norge¹⁰. Utvalget gir en fremstilling og vurdering av rettsikkerheten i barnevernet som er en relevant kilde for denne oppgaven.

1.2.5 Metode

Barnevernrett er spesiell forvaltningsrett. Oppgaven baserer seg på den alminnelige rettskildelæren, slik den er nedfelt i juridisk teori¹¹.

1.3 Foreldre og partsbegrepet

Oppgaven knytter seg til foreldrenes rett til advokatbistand. Det kreves noen nærmere presiseringer av hva som ligger i foreldrebegrepet. Etter fvl. § 2 (1) e forstås begrepet part som ”person som en avgjørelse retter seg mot eller som saken ellers direkte gjelder”. Foreldrenes partsstilling i en barnevernssak er avhengig av foreldrenes rettstilling etter barnelovens regler. Dette innebærer at de avgjørelser som er fattet om fast bosted for barnet og foreldreansvar er avgjørende for partsstillingen¹². Den store hovedregelen i norsk rett er at foreldreansvaret er avgjørende for spørsmålet om partsrettigheter^{13 14 15}. Likevel vil foreldre med foreldreansvar, men uten daglig omsorg, som utgangspunkt ikke være part i en barnevernssak som bare omhandler frivillige

¹⁰ NOU 2000:12

¹¹ Eckhoff, rettskildelære s. 22 flg.

¹² Solum s. 120

¹³ Rt 1991 s. 663

¹⁴ Lindboe s. 174

¹⁵ Saksbehandlingsrundskriv punkt 2.2.1

hjelpetiltak¹⁶. Videre vil foreldre uten foreldreansvar, men med rett til samvær, være parter i en barnevernssak som omhandler denne samværsretten etter bvl. § 4-19. Det sentrale poenget i forhold til denne oppgaven er at fri rettshjelp forutsetter partsinteresse. Uten status som part vil en forelder ikke ha noe juridisk problem å få rettshjelp til. Siden den klare hovedregelen i norsk rett er at foreldreansvaret er avgjørende for partsstillingen i en barnevernssak, vil dermed utgangspunktet være at bare foreldre med foreldreansvar vil kunne motta fri rettshjelp i en barnevernssak.

Med foreldre sikter oppgaven dermed for det første til den eller de av de biologiske foreldrene som etter barnelovens regler er tillagt foreldreansvaret, og unntaksvis foreldre uten foreldreansvar men som likevel er part. Ved frivillig eller tvungen adopsjon får foreldrene samme rettstilling som biologiske foreldre. Dette innebærer at adoptivforeldrene får foreldreansvaret for barnet, jfr. adl. § 13 og bvl. § 4-20 (2). Oppgaven bruker derfor betegnelsen ”foreldre” i betydning biologisk forelder med partsinteresse i en barnevernssak, eller adoptivforelder.

Mette K. Solum uttaler i en artikkel at åpning av en undersøkelsessak som regel vil utløse partsrettigheter. Dette begrunnes med at en undersøkelsessak medfører en viss mulighet for enkeltvedtak fra barnevernets eller fylkesnemndas side¹⁷. Lindboe sier seg enig, og skriver at det er en ”grei hovedregel” at partsrettigheter inntreffer ved åpning av undersøkelsessak¹⁸. Oppgaven forutsetter at foreldrene ved åpning av undersøkelsessak, får fulle partsrettigheter. Dette innebærer at reglene om saksforberedelse av enkeltvedtak i forvaltningsloven kommer til anvendelse.

1.4 Avgrensning og presisering av temaet

Både fosterforeldrenes og barnets egen rett til fri rettshjelp faller utenfor oppgaven, noe som kommer frem av tittelen. Dette er interessante og beslektede problemstillinger som ikke er tatt med blant annet av plasshensyn.

¹⁶ Solum s. 120

¹⁷ Solum s. 127

¹⁸ Lindboe s. 61

Manglende kontradiksjon ved midlertidige avgjørelser oppfattes av mange som et stort rettssikkerhetsproblem. I disse sakene flytter barneverntjenesten barnet midlertidig ut av hjemmet, uten at foreldrene ved partsprosess har rettsmidler til å få prøvet om vilkårene er til stede. Etter gjeldende rett har foreldrene ikke krav på fri rettshjelp ved midlertidige avgjørelser. Grunnen til dette er at det ikke er noen partsprosess å få rettshjelp til. På denne måten er kontradiksjon og rettshjelp beslektede temaer. Hvis det hadde blitt innført et system med partsprosess ved midlertidige avgjørelser, for eksempel med systemet for varetektsfengsling som modell, ville foreldrene utvilsomt fått et ubetinget krav på fri rettshjelp i denne prosessen. Oppgaven går imidlertid ikke nærmere inn på denne manglende kontradiksjonen.

Det er meget stor spennvidde i de tiltak barnevernloven hjemler. Behovet for rettshjelp avhenger i stor grad av hvilken type tiltak det kan være snakk om å anvende i den konkrete saken. En sak hvor det på undersøkelsesstadiet fremstår som rimelig sannsynlig at det kan være aktuelt å vurdere omsorgsovertagelse, skaper et annet behov for rettshjelp, enn i saker hvor det synes klart at det kun er aktuelt å vurdere frivillige hjelpetiltak. Imidlertid kan det ved åpningen av en undersøkelsessak være vanskelig å ha noen klar formening om det konkrete tilfellet før undersøkelsen er gjennomført, eller i alle fall godt i gang. Dette medfører at det er lite hensiktsmessig å foreta noen presis avgrensning av oppgaven i forhold til sakstype. I en del av de sakene som behandles som en tvangssak i fylkesnemnd eller domstoler, har foreldrene ikke hatt rett til fri rettshjelp ved saksforberedelsen på undersøkelsesstadiet. Selv om en klar avgrensning i forhold til sakstype ikke er mulig på undersøkelsesstadiet, er oppgaven skrevet på bakgrunn av, og med fokus på de typiske tvangssakene.

1.5 Den videre fremstillingen

Etter først å kort behandle gangen i en barnevernssak i kapittel 2, gir oppgaven i kapittel 3 en fremstilling av reglene om fri rettshjelp i barnevernssaker etter gjeldende rett.

Etter beskrivelsen av gjeldende rett har oppgaven kapitler om saksbehandlingsregler, rettssikkerhet, og advokatrollen på undersøkelsesstadiet. Årsaken til at særlig kapitlene om saksbehandlingsregler og rettssikkerhet blir viet stor plass, er disse kapitlene fremstiller viktige utgangspunkter og argumenter i vurderingen av hvordan reglene om

rettshjelp burde være. Saksbehandlingsreglene i barnevernloven omhandler i hvilke tilfelle en undersøkelsessak kan og skal åpnes, og regler for hvordan gjennomføringen skal skje. Forvaltningsloven og barnevernloven gir foreldrene rettigheter i denne prosessen. I tillegg inneholder lovene regler som setter rammer, og pålegger barneverntjenesten plikter ved undersøkelsen. Innspill og innsigelser i forhold til barnevernets håndtering av saken bør først og fremst baseres på disse saksbehandlingsreglene. Foreldrenes behov for rettshjelp må dermed vurderes med utgangspunkt i deres behov for hjelp til å anvende disse prosessreglene på undersøkelsesstadiet.

1.6 Bakgrunn

Utgangspunktet i norsk rett er at det er de biologiske foreldrene som har hovedansvaret for sine barn, herunder den daglige omsorg og bestemmelsesretten både i personlige og i økonomiske forhold. Barnevernsinstituttet modifierer dette utgangspunktet ved å gripe inn i forholdet mellom foreldre og barn når foreldrene i samfunnets øyne ikke lenger makter sin foreldrerolle på en akseptabel måte. I en artikkel uttales det: ”[d]et er i spenningsfeltet mellom barnets rett til beskyttelse mot å bli påført signifikante skader og foreldrenes rett til beskyttelse mot inngrep i sitt privatliv, at det offentlige har en av sine vanskeligste oppgaver”¹⁹.

Barnevernsinstituttet er av subsidiær karakter. Ved vedtakelsen av gjeldende barnevernlov uttalte daværende barne- og familieminister Grete Berget: ”barnevernets jobb starter der foreldrene ikke makter sin...barneverntjenesten har som utgangspunkt at det beste barnevern er at barn får vokse opp hos sine foreldre”²⁰. Etter norsk rett er det ansett for å være en klar egenverdi at barn lever sammen med sine biologiske foreldre.

Hovedformålet i en barnevernssak er å beskytte barn mot overgrep ved å gi barn rett hjelp til rett tid. Samtidig som barn har en rett til å bli beskyttet av samfunnet mot overgrep fra sine foreldre, har både foreldrene og barnet en rett til at det offentlige ikke griper inn i større utstrekning enn nødvendig. For å nå disse målene er det viktig at

¹⁹ Iversen s. 113

²⁰ Stortinget forhandlinger 1991-1992 s. 834

avgjørelsene som fattes er korrekte. Med dette sikter jeg særlig til at inngrep i forholdet mellom foreldrene og barnet kun kan aksepteres i tilfeller hvor inngrep er nødvendig av hensyn til barnets beste, og at avgjørelsen bygger på korrekt fakta og riktig jus.

Barnevernrett er forvaltningsrett, men hensynet til barnet medfører at rettsreglene på noen sentrale områder skiller seg vesentlig fra de rettsregler som gjelder ellers i forvaltningsretten. I barnevernrett skal en avgjørelse fattes ut fra barnets aktuelle situasjon. Dette innebærer i praksis at feil som begås i løpet av saken, enten av barnevern eller av fylkesnemnd eller domstoler ikke får rettslige konsekvenser for selve tvangsvedtaket. Eller for å uttrykke det samme med terminologi fra forvaltningsretten: I motsetning til i forvaltningsretten ellers, er ikke et tvangsvedtak ugyldig selv om det er begått feil i saksbehandlingen og feilen har virket inn på vedtakets innhold. At feil som begås i barnevernssaker derfor er langt mer uopprettelige enn i andre typer saker, innebærer at det blir særlig viktig at nettopp disse sakene på et tidlig stadium bygger på korrekt faktum og riktig jus. Andre karakteristiske trekk er at barnevernets virksomhet i konkrete saker er unndratt offentlighet, og at barnevernets behandling av saker på undersøkelsesstadiet i stor grad er utenfor ekstern kontroll og overprøving.

Det er liten tvil om at inngrep fra det offentlige kan være meget inngripende, ydmykende, stigmatiserende og traumatisk for foreldrene. Dette innebærer at prosessen, i tillegg til å fremme korrekte avgjørelser, må være så skånsom og hensynsfull som mulig, uansett hvor berettiget innblanding fra det offentlige enn kan være. For foreldrene vil det trolig være lettere å innrette seg etter et for dem tragisk og uriktig resultat, hvis de føler at de har blitt behandlet på en skånsom og respektfull måte.

For å nå målene om rettsriktige avgjørelser, og en hensynsfull prosess, er det viktig at saken organiseres på en måte som ikke bare tillater, men som aktivt fremmer at foreldrenes syn på saken kommer klart frem, og helst så tidlig i prosessen som mulig. Presumsjonen om at barn har det best hos sine foreldre, og at foreldrene har de beste forutsetninger for å ta beslutninger for, og gi omsorg til barnet, forutsetter at foreldrene gis en reell mulighet til å kunne fremme og underbygge sitt syn om at det offentlige ikke skal gripe inn i den konkrete saken.

En barnevernssak kan litt forenklet få tre utfall: Det ene ytterpunktet er at undersøkelsessaken henlegges, eller at fylkesnemnd eller domstoler mener at det ikke er grunnlag for å gripe inn i forholdet mellom foreldre og barn i den konkrete saken. Det andre ytterpunktet er at foreldrene fratras omsorgen, eller til og med at alle rettslige bånd brytes ved tvangsadopsjon. Mellom disse ytterpunktene kan en sak ende med at foreldrene og barnet fortsetter livet sammen, men med tvungne eller frivillige tiltak og oppfølging fra barnevern.

I de aller fleste tilfeller fortsetter foreldrene og barnet livet sammen. I slike tilfeller er det viktig også for barnet at foreldrene har kommet gjennom prosessen på best mulig måte. I mange tilfeller beholder foreldrene omsorgen, men med frivillige eller tvungne tiltak. Det er barnevernet som er tillagt ansvaret med å gjennomføre disse tiltakene. Hvor vellykket tiltakene er avhenger ofte av barneverntjenestens og foreldrenes evne til å samarbeide.

I tilfeller hvor omsorgen blir fratatt foreldrene, beholder de likevel foreldreansvaret, og dermed mye av bestemmelsesretten over barnet. Også i slike tilfeller er samarbeid meget viktig for at barnets livssituasjon skal bli så god som mulig.

Alle barnevernlovens tiltak, unntatt fratakelse av foreldreansvar med påfølgende adopsjon, er i utgangspunktet midlertidige²¹. En hensynsfull og korrekt gjennomført prosess øker sannsynligheten for å nå dette målet.

²¹ Se bla. Lindboe s. 135

2 Gangen i en barnevernssak

2.1 Undersøkellesstadiet

I 2001 ble det åpnet 18 665 undersøkelsessaker i Norge. Dette utgjør 17,5 saker pr. 1000 barn²². En barnevernssak starter med en bekymringsmelding til barnevernet. Hvis barnevernet på bakgrunn av meldingen finner at det er ”rimelig grunn til å anta at det foreligger forhold som kan gi grunnlag for tiltak etter dette kapitlet” har barnevernet både rett og plikt til å åpne undersøkelsessak, bvl. § 4-3 (1). Formålet med undersøkelsessaken er å avdekke om det er grunnlag for tiltak etter barnevernloven kap. 4. Dette omfatter frivillige hjelpetiltak, tvungne hjelpetiltak, omsorgsovertagelse og tvangsadopsjon.

Ved gjennomføringen av undersøkelsessaken gjelder saksbehandlingsregler i forvaltningsloven og i barnevernloven. Reglene angir hvilke midler barneverntjenesten kan ta i bruk på undersøkelsesstadiet. Besøk i hjemmet, enesamtale med barnet, medisinsk undersøkelse og innhenting av taushetspliktbelagte opplysninger er blant de midler barnevernet kan ta i bruk, i mange tilfeller også i strid mot foreldrenes vilje. Loven stiller imidlertid krav til når og hvordan midlene kan tas i bruk. Loven gir også foreldrene prosessuelle rettigheter.

Undersøkelsessaken kan få tre utfall, § 6-9 (2).

For det første kan undersøkelsessaken ende med at barnevernet henlegger saken. Henleggelse skal skje hvis barnevernet på bakgrunn av undersøkelsen finner at det ikke er grunnlag for tiltak etter barnevernloven.

For det andre kan barnevernet fatte vedtak innenfor sin beslutningskompetanse. Utgangspunktet er at barnevernet har kompetanse til å fatte beslutninger om frivillige hjelpetiltak etter § 4-4. Rundt 80 % av alle tiltak etter barnevernloven er frivillige hjelpetiltak²³. I tillegg har barnevernet kompetanse til å fatte midlertidige avgjørelser i tvangssaker, §§ 4-6 (2), 4-9 og 4-25 (2). Denne kompetansen er begrenset til tilfeller

²² Statistisk sentralbyrås hjemmeside, www.ssb.no

²³ Grinde s. 33

hvor barnet trenger akutt hjelp slik at det ikke er tid til å vente på behandling i fylkesnemnd. Vedtaket er midlertidig ved at barnevernet innenfor visse frister må legge frem forslag om tiltak for fylkesnemnda.

For det tredje kan barnevernet beslutte å utarbeide et forslag om tiltak til fylkesnemnda for sosiale saker, § 7-3 (1). Dette utfallet av en undersøkelsessak er begrenset til de tilfeller der barneverntjenesten mener det er grunnlag for å benytte tvang. I disse sakene har undersøkelsessaken to funksjoner. For det første baserer barnevernet sin beslutning om å bringe saken inn for fylkesnemnda på de opplysninger som kommer frem i undersøkelsessaken. For det andre har barnevernet ansvaret for å forberede den kommende saken i fylkesnemnda, §§ 2-1 (4) c). Denne saksforberedelsen er en del av undersøkelsesstadiet. På denne måten danner undersøkelsesstadiet svært mye av fundamentet i barnevernssaker som senere behandles av fylkesnemnd og domstoler.

2.2 Fylkesnemnda

Fylkesnemndas myndighetsområde er å fatte vedtak i tvangssaker, bvl. § 7-2. Kompetansen omfatter fra det minst inngripende, tvungne hjelpetiltak, til det mest inngripende, fratakelse av foreldreansvar og tvangsadopsjon. I saker hvor barnevernet har fattet midlertidige avgjørelser, er fylkesnemnda klageorgan, § 7-2 g). Fylkesnemnda er et forvaltningsorgan med domstollignende karakter²⁴. Saken er organisert som en partsprosess med full kontradiksjon og er i stor grad organisert som saker ved de alminnelige domstoler. Ved saksbehandlingen gjelder reglene i barnevernloven kap. 7 og sosialtjenesteloven kap. 9²⁵. Forarbeidene til sosialtjenesteloven forutsetter at nemnda oppfyller kravene til domstolsbehandling i EMK²⁶. I realiteten fungerer fylkesnemnda som førsteinstans i domstolsbehandlingen av barnevernssaker med tvang. I disse sakene opptrer barneverntjenesten som den offentlige part. Barneverntjenesten bygger da sitt forslag til tvangsvedtak på de funn og vurderinger som er gjort på undersøkelsesstadiet.

²⁴ NOU 2000:12 s. 187

²⁵ Lov om sosiale tjenester m.v. av 13 desember 1991

²⁶ Ot.prp. nr. 29 1990-1991 s. 134

Av alle saker som ble behandlet av fylkesnemnd i perioden 1993-1998, fikk barneverntjenesten medhold i 83 % av sakene²⁷. I 1995 var det 542 saker i fylkesnemnd om omsorgsovertagelse. Barnevernet medhold av fylkesnemnda i 87 % av sakene²⁸.

2.3 Overprøvelse av domstol

Foreldrene kan få overprøvet et tvangsvedtak av fylkesnemnda ved de ordinære domstolene. I disse sakene gjelder reglene i tvistemålsloven kap. 33. Retten kan prøve alle sider av saken, og er ubundet av partenes anførsler, § 482. Ved denne overprøvingen skal barnets aktuelle situasjon skal legges til grunn.

²⁷ Grinde s. 49

²⁸ Grinde s. 44

3 Gjeldende rett om foreldrenes rett til fri rettshjelp i barnevernssaker

3.1 Generelt om rettshjelpsloven

Hovedformålet med rettshjelpsloven er å yte økonomisk støtte til de som ikke har økonomi til å betale for juridisk bistand²⁹ ³⁰. For de fleste sakstyper stiller derfor rettshjelpsloven krav til rettshjelpssøkerens inntekt og formue. I tillegg må mottageren av rettshjelp som utgangspunkt betale en egenandel. De vilkårene loven stiller til rettshjelpssøkerens økonomi omtales som lovens alminnelige, eller generelle vilkår.

I tillegg til at rettshjelpssøkeren må oppfylle lovens krav til økonomi, stiller loven ytterligere vilkår for at rettshjelp kan ytes. Disse vilkårene omtales som lovens særlige vilkår³¹. Hva de særlige vilkårene er, avhenger av sakstype og i hvilken form rettshjelpen ytes. Det kan imidlertid fremheves som et generelt trekk at det særlige vilkåret i de fleste tilfeller knytter seg til et krav om at rettshjelpssøkeren må ha et behov for rettshjelp, og at det ut fra en helhetsvurdering er rimelig at det offentlige yter rettshjelp.

Rettshjelp etter rettshjelpsloven ytes i tre former. For det første ytes rettshjelp i form av ”fritt rettsråd”. Fritt rettsråd er juridisk bistand som gis utenfor rettergang, § 12. Den andre formen for rettshjelp er ”fri sakførsel”. Denne formen for rettshjelp gis i saker i rettergang. Dette innebærer at fri sakførsel først og fremst gis i saker for de alminnelige domstolene, § 16. I tillegg til disse hovedformene for fri rettshjelp, ytes også rettshjelp i form av fritak for rettsgebyr. Denne formen for rettshjelp faller helt utenfor oppgaven, fordi det ikke betales gebyr i barnevernssaker.

²⁹ Rundskriv s. 21

³⁰ Stortingsmeldingen s. 59

³¹ Rundskriv s. 50 for fritt rettsråd og s. 67 for fri sakførsel

3.2 Særlig om forholdet mellom rettshjelpsloven og barnevernssaker

Undersøkellesstadiet i en barnevernssak er utenfor rettergang. På dette stadiet av en barnevernssak skal fri rettshjelp derfor vurderes etter reglene om fritt rettsråd.

Hvis saken ender som en tvangssak i fylkesnemnda, gjelder reglene om fri sakførsel. Reglene om fri sakførsel gjelder nemlig også for ”visse forvaltningsorgan”, herunder fylkesnemnda, rhjl. §§ 16 jfr. 22. Årsaken til at reglene om fri sakførsel anvendes også for fylkesnemnda, er at nemnda som beskrevet i praksis fungerer som førsteinstans i domstolsbehandlingen av barnevernssaker med tvang.

Ved domstolsbehandling er saken i rettergang. Rettshjelp skal derfor vurderes etter reglene om fri sakførsel.

3.3 Fri sakførsel ved fylkesnemndsbehandling og domstolsbehandling

Reglene om fri rettshjelp på fylkesnemndsstadiet skiller seg vesentlig fra rettshjelpslovens vanlige regler for fri sakførsel³². Fylkesnemnda skal av eget tiltak, og uten behovsprøving gi fri sakførsel i saker som skal behandles etter lov om barneverntjenester kap 7, rhjl. § 22 (3) nr. 2. Bestemmelsen gir dermed foreldre som er parter i en barnevernssak et absolutt og ubetinget rettskrav på fri rettshjelp i tvangssaker som behandles av fylkesnemnd. Rettshjelpen skal ytes uavhengig av inntekts- og formuesgrenser, og uten egenandel. Bestemmelsen innebærer at det ikke medfører økonomiske belastninger for foreldrene å benytte advokatbistand i saker der barneverntjenesten ønsker å gripe inne med tvungne tiltak. Rettshjelpsdekningen er blitt endret til foreldrenes fordel³³. Før lovendring hadde foreldrene rettskrav på fri sakførsel kun i de alvorligere tvangssakene^{34 35}.

³² Reglene samsvarer derimot godt med rettshjelpsreglene for overprøving av administrative frihetsinngrep etter kap. 33, rhjl § 19 nr. 2.

³³ Lindboe s. 325

³⁴ Lovendring av 15 september 1995 nr. 62

³⁵ Rettshjelpsloven gav fri sakførsel i saker om § 5 i den gamle barnevernloven, lov av 17 juli 1953 nr. 14. denne omfattet omsorgsovertakelse, foreldreansvar, nekting av flytting og nekting av oppheving av omsorg.

Ved rettslig overprøvelse ved de ordinære domstoler, har foreldrene rettskrav på fri sakførsel på lik linje med i andre saker om overprøving av administrative frihetsinngrep, rhjl. § 19 nr. 2.

3.4 Fritt rettsråd på undersøkelsesstadiet

3.4.1 Innledning

Fri rettshjelp i barnevernssaker på undersøkelsesstadiet er økonomisk behovsprøvet. Dette innebærer at lovens krav til inntekt og formue må være oppfylt. Foreldrene må i tillegg betale en egenandel. I tillegg til kravene til inntekt, formue og egenandel, må lovens særlige vilkår være oppfylt.

For rettshjelp i form av fritt rettsråd skiller rettshjelpsloven mellom prioriterte og uprioriterte saker³⁶. De uprioriterte sakene fremgår av rhjl. § 13 (3), mens de prioriterte sakene fremgår av rhjl § 13 (2). Det er viktig å merke seg at både de prioriterte og de uprioriterte sakene som utgangspunkt stiller de samme krav til inntekt og formue for at rettshjelp kan gis. Derimot er lovens særlige vilkår forskjellig. For de prioriterte sakene er lovens særlige vilkår at rettshjelp ytes hvis dette er ”nødvendig” og ”rimelig”, rhjl. § 13 (2). For disse sakene er hovedregelen at rettshjelp ytes hvis lovens krav til rettshjelpssøkerens økonomi er oppfylt³⁷. Begrunnelsen for den liberale praksisen er at det her dreier seg om bistand som vanligvis betyr mye for den enkelte. Av familierettslige saker er ekteskapsaker, saker om foreldreansvar, bidrags- og samværsaker regnet blant de prioriterte sakene. Barnevernssaker er derimot regnet blant de uprioriterte sakene etter § 13 (3). For de uprioriterte sakene er utgangspunktet at rettshjelp ikke gis. Hvorfor det er dårligere rettshjelpsdekning i barnevernssaker enn i andre familierettslige saker, vet jeg ikke. Kanskje lovgiver har vurdert hensynet til barnets situasjon annerledes.

³⁶ Denne terminologien benyttes ikke i loven, men anvendes i teorien. Om skillet, se blant annet Stortingsmeldingen s. 35-36, og rundskrivet s. 60 og 61.

³⁷ Rundskriv s. 51

3.4.2 Generelle krav til rettshjelpssøkerens økonomi

3.4.2.1 Grenser for inntekt og formue

Fri rettshjelp gis bare dersom rettshjelpssøkeren har inntekt og formue under fastsatte grenser, §§ 8 jfr. 13 (3)³⁸. Grensene ble senest endret 4 mai 2001.

Kravet til inntekt fremgår av forskriftens § 1-1. I barnevernssaker vil rettshjelpssøkeren ha forsørgelsesbyrde. Dette innebærer at grensen for inntekten er 210.000,- i brutto inntekt pr. år, bokstav b. Bruttoinntektsbegrepet i forskriftens forstand er summen av all skattbar inntekt, § 1-2. Skattefrie inntekter skal ikke regnes med i inntektsgrunnlaget. Rundskrivet gir en oversikt over offentlige stønader og bidrag som er skattefrie, og dermed ikke skal regnes med i beregningsgrunnlaget³⁹. Andre viktige inntektsposter som er skattefrie, er en del inntekter fra egen bolig, som gevinst ved salg og leieinntekter ved prosentlignet bolig. Her kan skatteyteren ha store skattefrie inntekter uten at dette påvirker bruttoinntekten⁴⁰. Disse inntektene vil derfor ikke redusere muligheten for fri rettshjelp.

Forskriften setter også krav til rettshjelpssøkerens formuesstilling, forskriften § 1-1. Søkeren kan ikke ha mer enn 100.000,- i nettoformue. Lav ligningsverdi på boliger innebærer at rettshjelpssøkeren kan ha en reell formue langt over denne grensen, og likevel oppfylle lovens krav⁴¹.

Både for kravet til inntekt og kravet til formue gjelder en hovedregel om at ektefeller og andre med felles økonomi vurderes samlet. Begrunnelsen er at disse normalt vil ha sammenfallende interesser i saken⁴² ⁴³. Denne økonomiske identifikasjonen kan fravikes der dette er rimelig, rhjl. § 8 (2) andre pkt.

³⁸ Grensene er fastsatt i forskrift, FOR 1996-10-22 nr. 1001, med hjemmel I § 7.

³⁹ Rundskriv s. 23

⁴⁰ Sktl. § 9-3 (2) og sktl. Kap 7

⁴¹ Zimmer s. 233

⁴² Rundskriv s. 24

⁴³ Karnov, note 18 til rettshjelpsloven

Det er en snever adgang i loven til å yte fritt rettsråd selv om rettshjelpssøkeren ikke oppfyller kravene til inntekt og formue. Etter § 10 kan slik fravikelse skje der dette er ”rimelig”. Det fremgår av rundskrivet at unntaket skal praktiseres restriktivt⁴⁴. Avgjørelsen om dispensasjon skal gis beror på en totalvurdering. Et sentralt moment er hvor stort behovet for rettshjelp er⁴⁵. Et annet sentralt moment er hvor stor overskridelsen er. For inntektskravet gis det normalt ikke dispensasjon hvis overskridelsen er over 15-20.000,-.

3.4.2.2 Krav til egenandel

Loven krever at rettshjelpsmottageren uavhengig av kravene til inntekt og formue betaler en egenandel, rhjl. § 9 (1). Egenandelen er nærmere regulert i forskriftens §§ 2-1 til 2-4. Egenandel skal ytes i tilfeller der rettshjelpen er behovsprøvet, som i barnevernssaker, § 2-1. Egenandelen består av en grunnandel og en tilleggsandel. Grunnandelen er 300,- kroner. Tilleggsandelen utgjør 25 % av rettshjelpskostnadene fratrukket mva., § 2-2. Egenandelen skal betales hvis inntekten overskrider visse rammer, §§ 2-4 jfr. 2-3. I barnevernssaker ytes ikke tilleggsandel før foreldrenes inntekt overskrider 80.000,-. Aleneforsørgere kan tjene 90.000,- før tilleggsandel må betales. Dett kommer noe uklart frem av § 2-3.

Fylkesmannen har kompetanse til å frafalle kravet til egenandel. Vilkåret for dispensasjon er at dette er ”rimelig”, rhjl. § 9 (2) jfr. FOR § 2-5. Dette er en skjønnsmessig totalvurdering hvor praksis skal være streng⁴⁶. Momentene I denne vurderingen er de samme som for unntak for grensene til inntekt og formue. Sentralt er hvor stor den personlige og velferdsmessige betydningen av saken er, saken art og den totale økonomiske situasjonen⁴⁷. I tilfeller der det søkes om unntak både for formuesgrensene, og for betaling av tilleggsandel vil det derfor skje en form for dobbelt rimelighetsprøvelse. Jeg vil anta at barnevernssaker også her er en sakstype hvor det relativt sett hyppig gis dispensasjon.

⁴⁴ Rundskriv s. 30

⁴⁵ Rundskriv s. 30

⁴⁶ Rundskriv s. 37

⁴⁷ Rundskriv s. 38

3.4.3 lovens særlige vilkår i barnevernssaker

Hovedregelen for uprioriterte saker er at rettshjelp ”ikke gis”, § 13 (3) 1 pkt. Etter lovens ordlyd er utgangspunktet for barnevernssaker på undersøkellesstadiet derfor at foreldrene ikke får dekket advokatutgifter ved fri rettshjelp. I uprioriterte saker kan rettshjelp likevel gis hvis det juridiske problemet ”åpenbart har så stor personlig og velferdsmessig betydning...at det etter en samlet vurdering er rimelig at det offentlige yter fri rettshjelp”, § 13 (3) 2 pkt. Ordlyden stiller strenge krav til rettshjelpssituasjonen. I de uprioriterte sakene føres det generelt en meget restriktiv praksis⁴⁸. Som oppgaven vil vise er praksis i barnevernssaker mindre streng enn for andre uprioriterte saker.

3.4.3.1 Stor personlig og velferdsmessig betydning

Barnevernssaker er en av de sakstypene som kan anses for å være av stor personlig og velferdsmessig betydning. En undersøkelsessak kan innebære en vurdering av foreldrenes omsorgsevne, og muligheten for tiltak med tvang er derfor ofte ikke fjerntliggende. Det er sterke faktiske og rettslige båndet mellom foreldre og barn. En undersøkelsessak som utfordrer dette utgangspunktet vil ofte være av stor personlig og velferdsmessig betydning.

3.4.3.2 Kravet til rimelighet

Fri rettshjelp kan bare ytes hvis dette er rimelig. Det må foretas en avveining mellom det offentliges interesse av fornuftig og effektiv ressursutnyttelse, og foreldrenes behov for rettshjelp. Avveiningen bygger på en konkret totalvurdering. Et moment i rimelighetsvurderingen er selvsagt hvor stor personlig og velferdsmessig betydning saken har. Utgangspunktet er at rettshjelp kun ytes i saker av personlig art⁴⁹. For barnevernssaker er det et moment hvor lik undersøkelsen er med saker som behandles med fylkesnemnd⁵⁰. Jo mer sannsynlig det er at saken vil ende som en tvangssak, desto rimeligere er det at foreldrene får fri rettshjelp allerede på undersøkellesstadiet. Hvor alvorlig saken er selvfølgelig også et moment⁵¹. Det skal også legges vekt på hvilken

⁴⁸ Rundskriv s. 52

⁴⁹ Rundskriv s. 53

⁵⁰ Rundskriv s. 85

⁵¹ Stortingsmeldingen s. 63

rolle advokaten har spilt i undersøkelsessaken. Har advokaten medvirket til at saken ikke ender i nemnda, er dette et moment for at det er rimelig at det offentlige bør betale for advokatens arbeid. Dette må da bygge på en vurdering etter at saken er avsluttet, noe det er adgang til etter § 5. Videre kan foreldrenes personlige egenskaper og livssituasjon tilsa at rettshjelp bør ytes. Barnevernssaker preges ofte av en økonomisk og/eller sosial ressursvakheth som kan begrunne rettshjelp. Undersøkelsessaker skiller seg fra saker av mer privatrettslig karakter ved at en undersøkelsessak er et inngrep fra det offentlige. Rettshjelpsbehovet oppstår som en direkte følge av denne innblanding. I avveiningen mellom det offentliges interesser og foreldrenes interesse, synes jeg dette er et moment for å yte fri rettshjelp.

3.4.4 Andre vilkår

I tillegg til at de generelle og særlige vilkårene må være oppfylt, er det visse andre forutsetninger som også må være til stede for at rettshjelp kan ytes.

3.4.4.1 Krav om juridisk problem

Rettshjelpsloven begrenser seg til å gi ”nødvendig” bistand I anledning et ”aktuelt problem”, § 15 (1) 1 pkt. Dette innebærer at loven begrenser seg til å gi bistand av juridisk art⁵². Bistand av ikke juridisk art som alminnelig menneskelig kontakt og sjelesorg, dekkes i utgangspunktet ikke. I barnevernssaker kan grensen mellom juridisk bistand og annen bistand være vanskelig å trekke. Mye av advokatens arbeid på undersøkelsesstadiet består i å være en menneskelig støtte for foreldrene. Både forarbeidene og rundskrivet gir uttrykk for at det i en del type saker, som i saker tilknyttet familien, eller hvor rettshjelpssøkeren er ressurs svak, kan gis rettshjelp utover det den del av problemstillingen som kan defineres som rent rettslig⁵³. Forutsetningen er at hjelpen gis i forbindelse med, eller som ledd i den juridiske bistanden. Barnevernssaker er en type familiesak som ofte preges av ressursvakheth. Rundskrivet gir uttrykk for at det er et moment I vurderingen av hvorvidt advokatbistanden har

⁵² Johnsen s. 227

⁵³ Rundskriv s. 47

bidratt til en minnelig løsning. Har den det, vil dette være et moment for også å dekke bistand som ikke er rent juridisk⁵⁴.

3.4.4.2 Krav til aktuelt problem

Det juridiske problemet må være ”aktuelt”. Hovedavgrensningen er her at det kun er gjeldende juridiske posisjoner som dekkes av rettshjelpsordningen. Fortidige, fremtidige eller teoretiske spørsmål dekkes ikke⁵⁵. Dette er vel egentlig bare en presisering av at fri rettshjelp forutsetter at rettshjelpssøkeren har rettslig interesse⁵⁶. I barnevernssaker har kravet til aktuelt problem mest interesse i forhold til foreldreansvaret som avgjørende for partsevne og partsrettigheter. En forelder som ikke er part i barnevernsaken, har ikke noe aktuelt problem å få rettshjelp til. Bortsett fra dette, kan jeg ikke se at kravet til aktuelt problem innskrenker muligheten til å få rettshjelp i en undersøkelsessak.

3.4.4.3 Krav om nødvendighet

Bare rettshjelp som er ”nødvendig” dekkes av loven. I prioriterte saker er kravet lovfestet i § 13 (2). Kravene til rettshjelpssituasjonen i uprioriterte saker er så strenge at nødvendighetskravet i praksis bare har betydning for rettshjelpens omfang.

3.5 Rettshjelpens omfang på undersøkelsesstadiet

Hvis både de alminnelige vilkårene til økonomi, og lovens særlige vilkår er oppfylt, har foreldrene krav på fritt rettsråd. I så tilfelle må det nærmere omfanget av rettshjelpen vurderes. Utgangspunktet er at det kun ytes ”nødvendig” rettshjelp, § 15 (1). I tillegg fastsetter forskriften en øvre grense for antall timer som kan ytes av fritt rettsråd. I uprioriterte saker er den øvre grensen for rettshjelp i utgangspunktet 5 timer, § 3-1. Dette gir ikke uttrykk for en ”stykkprissats” etter mønster av prioriterte saker. Salæret skal beregnes etter skjønn⁵⁷. I ”særlige tilfeller” kan det gis rettshjelp utover 5 timer. Forutsetningen er at dette er nødvendig og rimelig, § 3-2. Praksis skal være streng.

⁵⁴ Rundskriv s. 85

⁵⁵ Johnsen s. 228

⁵⁶ Rettslig interesse i sivile saker er regulert i tvistemålsloven §§ 53 og 54

⁵⁷ Rundskriv s. 61

Sentrale momenter i vurderingen er sakens art og omfang, samt om søkerens fysiske, psykiske eller sosiale forhold er ”ekstraordinært vanskelig”, og at rettshjelpssøkeren av denne grunn trenger mer rettshjelp⁵⁸. Stortingsmeldingen gir uttrykk for at det forholdsvis ofte innvilges fritt rettsråd utover 5 timer⁵⁹.

3.6 Praktiseringen av rettshjelpsordningen på undersøkelsesstadiet

Stortingsmeldingen om fri rettshjelp gir uttrykk for at undersøkelsessaker er blant de uprioriterte sakstypene der fritt rettsråd gis ofte⁶⁰. Fylkesmannen har gitt uttrykk for at barnevernssaker er den sakstypen som hyppigst utløser fritt rettsråd, og at praksis ligger nær opp til prioriterte saker⁶¹.

Jeg vil anta at lovens særlige vilkår i § 13 (3) vil være oppfylt i de aller fleste undersøkelsessaker hvor det kan være aktuelt å vurdere tvang. Forutsatt at så er tilfelle, vil foreldrene dermed ha krav på rettshjelp, hvis de oppfyller de krav loven stiller til inntekt og formue, samt at egenandelen betales.

Hvis de økonomiske kravene ikke er oppfylt, gir loven som beskrevet adgang til å dispensere fra de kravene loven stiller til inntekt og formue. Foreldrenes tilgang på rettshjelp avhenger da på hvordan unntaksreglene praktiseres. Undersøkelsessakene er blant de sakstypene hvor unntaksreglene praktiseres mest liberalt. Stortingsmeldingen gir uttrykk for at dispensasjon gis relativt hyppig selv med inntektsoverskridelser opp mot 40-50 00.-. Meldingen tok imidlertid utgangspunkt i satsene før endringen i 2001. Inntektssatsen var da 160 000,- kroner for person med forsørgeransvar, altså 50 000,- kroner mindre enn dagens nivå. Unntaksreglene praktiseres derfor sannsynligvis strengere etter at inntektsgrensen ble hevet til dagens nivå.

Jeg vil anta at undersøkelsessakene skiller seg fra andre uprioriterte saker, også ved dispensasjon fra kravet om egenandel. Ved dispensasjon av rettshjelpens omfang har jeg

⁵⁸ Rundskriv s. 62

⁵⁹ Stortingsmeldingen s. 63

⁶⁰ Stortingsmeldingen s. 63

⁶¹ Telefonsamtale med fylkesmannen i Oslo og Akershus 20.9 2002

fått opplyst at det er vanlig praksis i Oslo- og Akershus å gi opp til 20 timer i rettshjelp i barnevernssaker⁶².

I tilfeller hvor foreldrene tilfredstiller de økonomiske kravene til å få rettshjelp vil jeg anta at foreldre i en barnevernssak har relativt god tilgang til rettshjelp på undersøkelsesstadiet. Begrensningene her ligger mest i rettshjelpens omfang, og i at foreldrene som utgangspunkt må betale en egenandel. For foreldre som ikke tilfredstiller de kravene loven stiller til inntekt og formue, er situasjonen annerledes. For disse foreldrene vil kravene til inntekt og formue, og hvordan reglene blir praktisert, innebære en vesentlig skranke for rettshjelp. Foreldre i en barnevernssak vil reelt sett være avskåret fra fri rettshjelp med helt vanlige, ordinære, lønnsinntekter. Selv med en liberal praktisering av unntaksreglene vil således familier hvor foreldrene er i full jobb, som oftest være avskåret fra rettshjelp på undersøkelsesstadiet.

3.7 Særlig om trekking av sak

Reglene om fri sakførsel omfatter saker som ”skal behandles” av fylkesnemnda, § 22 (3) nr. 2. Bestemmelsen sier ikke hva som er det avgjørende skjæringstidspunkt for når foreldrene har et rettskrav på fri sakførsel. I rundskrivet fremgår det at foreldrene alltid har krav på fri sakførsel når saken faktisk er oversendt nemnda, og registrert der. Likevel fremhever rundskrivet at det avgjørende tidspunktet er når barnevernet rent faktisk beslutter å fremme saken for nemnda, ”såfremt dette er objektivt konstanterbart”⁶³. Dette innebærer at foreldrene har krav på fri rettshjelp fra det tidspunkt barnevernet har besluttet å bringe saken inn for fylkesnemnda, og underrettet foreldrene om dette.

Barnevernets faktiske beslutning som avgjørende tidspunkt for rett til fri sakførsel, er imidlertid bare et utgangspunkt. Hvis barnevernet mellom det tidspunktet det rent faktisk beslutter å fremme sak og saken kommer opp til behandling trekker saken, kan dette påvirke retten til fri sakførsel. Rundskrivet gir uttrykk for det at en sak som trekkes

⁶² Telefonsamtale med fylkesmannen i Oslo og Akershus

⁶³ Rundskriv s. 82

etter at den er oversendt nemnda, behandles etter reglene om fritt rettsråd⁶⁴. Dette ville medført at foreldrene likevel ikke ville ha krav på fri sakførsel, og at det arbeidet som advokaten har utført må bedømmes etter reglene om fritt rettsråd i uprioriterte saker. Denne uttalelsen er imidlertid senere trukket tilbake i brev av 23. okt. 1997. Departementet uttaler i dette brevet at ”retningslinjene har medført en utilsiktet innstramning”⁶⁵. Det fremgår av samme brev at reglene om fri sakførsel skal anvendes i de tilfellene hvor saken blir trukket etter at den er ”oversendt fylkesnemnda til behandling”. Lindboe skriver at dette innebærer at såfremt saken er ”fremmet” for fylkesnemnda, vil foreldrene ha krav på fri sakførsel for det arbeidet advokaten har utført i saken⁶⁶. Det bør imidlertid presiseres at saken må være registrert hos Fylkesnemnda^{67 68}.

I tvangssaker er en undersøkelsessak gjennomført når barnevernet har fremlagt forslag om tiltak for fylkesnemnda, § 6-9 (2). Barnevernet har etter første ledd plikt til å gjennomføre undersøkelsessaken så snart som mulig. Dette innebærer at barnevernet har plikt til å oversende saken til fylkesnemnda, slik at den kan bli registrert der så snart som mulig etter at barnevernet har besluttet å bringe saken inn for fylkesnemnda. I mange tilfeller vil det likevel gå en del tid fra det tidspunkt barnevernet beslutter å fremme sak for fylkesnemnd, til saken blir oversendt. Dette innebærer at i tilfeller der barnevernet beslutter å bringe saken inn for fylkesnemnda som en tvangssak, men trekker saken før den er blitt registrert, gjelder reglene om fritt rettsråd, ikke fri sakførsel. For foreldrene blir konsekvensen at de kan bli stående uten rettshjelp for utgifter til advokat de i mellomtiden har pådratt saken, selv om de har hatt klare og berettigete forventninger om at de vil få rettshjelp.

⁶⁴ Rundskriv s. 83

⁶⁵ Rundskriv G-80/97

⁶⁶ Lindboe s 325

⁶⁷ Telefonsamtale med lederen for fylkesnemnda i Oslo og Akershus 20/9-02. Telefonsamtale med fylkesmannen i Oslo og Akershus 20/9-02

⁶⁸ Stortingsmelding s. 63

Rettstilstanden innebærer at foreldrenes rett til fri rettshjelp reduseres ved en kombinasjon av passivitet fra barnevernets side, og at saken blir trukket. Stortingsmeldingen om fri rettshjelp beskriver rettstilstanden som ”helt urimelig”⁶⁹.

3.8 Særlig om midlertidige akuttvedtak etter § 4-6 (2)

Barnevernet har etter bvl. § 4-6 (2) hjemmel til å fatte et midlertidig vedtak om omsorgsovertakelse i akutte situasjoner. Vilkåret er at barnevernet finner at det er fare for at barnet blir ”vesentlig skadelidende”, dersom barnet forblir i hjemmet. Denne hjemmelen innebærer et unntak fra hovedregelen om at barnevernet foreslår tiltak i tvangssaker, mens det er fylkesnemnda som har beslutningskompetansen.

At beslutningskompetansen ved midlertidige avgjørelser om å plassere barnet utenfor hjemmet er tillagt barnevernet, innebærer at slike avgjørelser ikke utløser fri sakførsel etter bvl. § 7-2 jfr. rhjl. § 22 (3) nr. 2, fordi denne avgjørelsen ikke er en sak som ”[f]ylkesnemnda skal avgjøre”. At det midlertidige akuttvedtaket foreløpig skal godkjennes av nemndsleder, § 4.6 (2) annet pkt., endrer ikke dette. Eventuelle utgifter til advokat i forbindelse med den midlertidige avgjørelsen må derfor vurderes etter reglene om fritt rettsråd.

Når barnevernet har fattet et midlertidig akuttvedtak, kan foreldrene klage over vedtaket. En slik klage behandles av fylkesnemnda, og utløser derfor et krav på fri sakførsel jfr. bvl. § 7-2 g jfr. rhjl. § 22 (3) nr 2. Foreldrene får da advokatbistanden dekket av det offentlige fra det tidspunkt barnevernet har fattet et akuttvedtak.

3.9 Særlig om trekking av midlertidige akuttvedtak etter § 4-6 (2)

I de ordinære sakene er fri sakførsel avhengig av at saken har blitt registrert hos fylkesnemnda i de tilfellene barnevernet trekker saken. Spørsmålet er om foreldrenes krav på fri rettshjelp ved midlertidige avgjørelser på tilsvarende måte er avhengig av registrering hos fylkesnemnda.

⁶⁹ Stortingsmelding s. 63

En naturlig tolking av ordlyden skulle tilsi at en formell klage er tilstrekkelig for å utløse foreldrenes krav på fri sakførsel, bvl. § 7-2 g jfr. rhjl. § 22 (3) nr. 2. Lindboe skriver at en fylkesnemndssak er påbegynt fra det tidspunkt foreldrene som part har fremsatt klage, og at de dermed har rett til fri sakførsel fra dette tidspunktet⁷⁰. Han henviser her til rundskrivet som gir uttrykk for at reglene om fri sakførsel kommer til anvendelse også i tilfeller hvor barnevernet omgjør sitt midlertidige vedtak før klagen behandles av fylkesnemnda⁷¹. Verken rundskrivet eller Lindboe tar forbehold om at klagen må være registrert hos fylkesnemnda for at reglene om fri sakførsel skal komme til anvendelse. Imidlertid blir det av fylkesnemnder, fylkesmannen og justisdepartementet innfortolket et krav om at klagen må være registrert for at foreldrenes absolutte rettskrav på fri sakførsel skal utløses. Når rundskrivet sikter til at reglene om fri sakførsel gjelder også hvis barnevernet omgjør det midlertidige vedtaket før saken kommer opp før klagen behandles, forutsetter dette dermed også her registrering hos fylkesnemnda.

Etter fvl. § 32 (1) a) skal en klage over et midlertidig akuttvedtak i henhold til vanlig forvaltningsrett fremsettes for barnevernet. Denne regelen er gitt for å gi forvaltningen, her barnevernet, en mulighet til å omgjøre eget vedtak, og fordi denne fremgangsmåten anses for å være hensiktsmessig⁷². Basert på innholdet i klagen kan barnevernet av eget initiativ ta klagen til følge, eller stå fast på det fattede vedtaket. Barnevernet har etter bvl. § 4-6 (4) en frist på 6 uker på å utarbeide forslag om tiltak til fylkesnemnda. Hvis barnevernet oversitter fristen, faller vedtaket bort etter femte ledd. Uavhengig av klagebehandlingen er det vanlig praksis at barnevernet sender klagen til fylkesnemnda. For foreldrene innebærer dette at krav til fri sakførsel blir utløst.

Hvis barnevernet ikke sender klagen til fylkesnemnda, og i løpet av 6-ukersfristen trekker saken, utløses derimot ikke foreldrenes krav på fri sakførsel. I denne situasjonen er foreldrene avhengig av fylkesmannen, eller departementet som klageinstans finner at vilkårene for fritt rettsråd er til stede. Så vidt jeg kan se er denne rettstilstanden ikke kommentert i juridisk litteratur. Rettstilstanden innebærer at foreldrenes krav på fri

⁷⁰ Lindboe s. 326

⁷¹ Rundskriv s. 83

⁷² Eckhoff s. 516

sakførsel faller bort fordi barneverntjenesten, som har ansvaret med å sende klagen inn til fylkesnemnda, har unnlatt dette.

Trekking av saker både i de ordinære sakene og ved midlertidige avgjørelser behandles særskilt i vurderingsdelen. Årsaken til dette er at disse tilfellene i et rettssikkerhetsperspektiv skiller seg fra de andre sakene.

3.10 Dekning av advokatombkostninger etter forvaltningsloven?

Forvaltningsloven § 36 (1) gir en part rett til å få dekket sine ”vesentlige” og ”nødvendige” kostnader i forbindelse med endringer av vedtak til gunst. Loven skal forstås som at enhver endring til gunst utløser et krav om å få dekket kostnadene, herunder kostnader til advokat.

Problemstillingen er her om forvaltningsloven kan gi foreldrene en rett til å få dekket utgifter til advokat utover de tilfeller der rettshjelpsloven gir dekning. Drøftelsen begrenser seg til kun å behandle endringer av tvangsvedtak.

Bestemmelsen forutsetter at det er fattet et vedtak, og at vedtaket senere er endret til gunst. Rettshjelpsdekningen er meget god når fylkesnemnd fatter sine tvangsvedtak. Derfor er det kun aktuelt å drøfte vedtak fattet av barnevernet. De eneste vedtakene barneverntjenesten fatter med tvang, er de midlertidige avgjørelsene. Derfor er det kun når barneverntjenesten har omgjort et midlertidig vedtak at det er aktuelt å drøfte bestemmelsen i forvaltningsloven. Siden reglene om fri sakførsel kommer til anvendelse hvis foreldrenes klage er registrert hos fylkesnemnda, er det bare når barnevernet har forsømt innleveringen av klagen til fylkesnemnda, bestemmelsen kan være aktuell.

Hvis barnevernet på bakgrunn av klagen fra foreldrene fatter et nytt vedtak som omgjør det midlertidige vedtaket, må det være klart at det foreligger en omgjøring til gunst som gir rett til å få dekket advokatombkostningene. I andre tilfeller fatter ikke barnevernet noe formelt omgjøringsvedtak, men lar isteden det midlertidige akuttvedtaket falle bort ved passivitet. Barnevernet leverer i disse tilfellene ikke inn forslag om tiltak til fylkesnemnda innen 6 uker slik at tiltaket faller bort etter Bvl. § 4-6 (4) jfr § 7-3(1). Spørsmålet er om passivitet skal betraktes som en omgjøring, som gir rett til dekning av

utgifter. Jeg vil anta at passivitet må anses for å være en omgjøring i de tilfellene hvor passiviteten skyldes at barnevernet på bakgrunn av klagen anser at det midlertidige vedtaket ikke var riktig på vedtakstidspunktet. Problematikken med rettshjelp i disse sakene har oppstått fordi barneverntjenesten nekter å betale omkostningene. Begrunnelsen for dette kan være at barneverntjenesten står fast på at vedtaket var riktig på vedtakstidspunktet, gitt de opplysningene barneverntjenesten hadde. Dermed får foreldrene heller ikke dekket sine advokatutgifter etter forvaltningsloven.

4 Saksbehandlingsregler

4.1 Innledning

Forvaltningslovens generelle regler om saksbehandling gjelder også for den delen av forvaltningen som utøves av barnevernet. Dette følger både av forvaltningsloven selv, og av bvl. § 6-1 (1). Det rettslige utgangspunktet for disse reglene er de forvaltningsrettslige grunnprinsippene, som hviler på et grunnleggende krav om rettsikkerhet⁷³. At barnevernssaker kan være meget inngripende, og visse særtrekk ved disse sakene, medfører at reglene om saksbehandling gjør seg særlig gjeldende. Saksbehandlingsreglene setter en rettslig ramme rundt saksbehandlingen, blant annet ved å gi foreldrene konkrete partsrettigheter, og barneverntjenesten plikter.

Dette kapitlet beskriver en del av de saksbehandlingsreglene som gjelder ved en undersøkelsessak. Dette har sammenheng med at mye av advokatens rolle på undersøkelsesstadiet tar utgangspunkt i disse reglene, og at behovet for rettshjelp i stor grad avhenger av hvor mye hjelp foreldrene trenger i forhold til disse reglene.

4.2 Generelle saksbehandlingsregler

4.2.1 Veiledningsplikten

Etter forvaltningsloven § 11 har barnevernet en alminnelig veiledningsplikt innenfor sitt saksområde. Formålet med denne veiledningen er å sikre at parter og andre interesserte kan "vareta sitt tarv", § 11 (1) andre pkt. I forhold til foreldrene i en barnevernssak innebærer dette at barnevernet må gi foreldrene den informasjon de trenger for å beskytte sine interesser og få frem sin versjon av saken. Etter annet ledd har barnevernet en selvstendig plikt til å vurdere foreldrenes behov for veiledning.

Av saksbehandlingsrundskrivet fremgår det at det i slike typer saker er spesielt viktig å gi informasjon om rett til advokat etter fvl. § 12, og om adgangen til fri rettshjelp⁷⁴. Foreldrene må bli informert om at de har rett til å la seg bistå av advokat under hele prosessen. Om fri rettshjelp må foreldrene informeres både om reglene for fritt rettsråd,

⁷³ NOU 2000:12 s. 183

⁷⁴ Saksbehandlingsrundskrivet pkt. 2.4

og om reglene for fri sakførsel. Dette innebærer i praksis at barnevernet informerer foreldrene om at de har rett til fri sakførsel fra det tidspunkt barnevernet har besluttet å legge frem forslag om tiltak for fylkesnemnda. Ved midlertidige avgjørelser informerer barnevernet foreldrene om at de skal oppsøke advokat, og at klagen vil utløse rett til fri sakførsel.

Uansett om foreldrene oppsøker advokat eller ikke, har barnevernet en plikt til å gi veiledning § 11 (2) a) og b). Denne hjelpen omfatter etter a), veiledning om ”gjeldende lover” og ”vanlig praksis”. Etter b) omfattes også veiledning om ”rettigheter og plikter” etter loven, og barnevernet skal om mulig ”peke på omstendigheter som idet konkrete tilfellet særlig kan få betydning for resultatet”. Plikten til veiledning oppstår enten etter forespørsel fra foreldrene, eller eventuelt hvis ”sakens art eller partens forhold” tilsier dette. Det må være nokså åpenbart at barnevernet i disse sakene som utgangspunkt ofte vil ha en relativt omfattende veiledningsplikt. Barnevernet har etter bvl. § 4-2 en plikt til å undersøke saken, og en plikt til å få opplyst saken så godt den trenger etter fvl. § 17. Barnets beste etter bvl. § 4-1 og minste inngreps prinsipp tilsier også at barnevernet gir foreldrene god veiledning. Veiledningen foreldrene får må omfatte en innføring i ikke bare i hvilke prosessuelle rettigheter og plikter foreldrene har, men også en redegjørelse for hvilke inngrep foreldrene må tåle, og veiledning i hva som skal skje. Egentlig kan mye av den veiledning som barnevernet skal yte etter § 11 beskrives som en form for rettshjelp⁷⁵. Hvis foreldrene er bistått av advokat vil det være naturlig og forsvarlig at barnevernets veiledningsplikt i forhold til foreldrene blir mindre omfattende.

4.2.2 Ansvar for sakens opplysning

Barnevernet har etter fvl. § 17 (1) en selvstendig plikt til å opplyse saken ”så godt som mulig”. Selve ordlyden er litt for vid⁷⁶. Bestemmelsen innebærer at en sak skal opplyses så godt som den fortjener, sett i lys av dens alvorlighet og kompleksitet. I barnevernssaker som kan innebære tvang innebærer denne bestemmelsen at saken må undersøkes meget nøye⁷⁷. Bvl. § 4-3 gir også barnevernet en undersøkelsesplikt.

⁷⁵ Stortingsmeldingen s. 41

⁷⁶ Boe s. 748

⁷⁷ Saksbehandlingsrundskriv pkt. 4.2

Barnevernet har ansvar for sakens fulle opplysning. Barnevernet har en objektivitetsplikt som i forhold til foreldrene innebærer at har de plikt til også å få frem alt som styrker foreldrenes versjon av saken. Barnevernet må sørge for at alle fakta er korrekte, og i størst mulig grad uttømmende.

4.2.2.1 særlig om sakkyndige

Sakkyndig kan oppnevnes både av barnevernet, fylkesnemnda og av domstol. Ofte vil barnevernet som et ledd i undersøkelsen oppnevne sakkyndig. Hvorvidt barnevernet i en konkret sak skal oppnevne sakkyndig som ledd i undersøkelsen beror på en vurdering ut fra det alminnelige prinsippet i § 17 om at en sak skal opplyses så godt som mulig. Barnevernloven selv inneholder ingen regulering av når sakkyndig skal oppnevnes eller hvilken rolle den sakkyndige skal ha. En undersøkelse viste at sakkyndig ble oppnevnt i omtrent halvparten av sakene, og at den sakkyndige i nesten alle av sakene var oppnevnt av barnevernet, ikke av fylkesnemnda⁷⁸. Barnevernet står i utgangspunktet fritt til å velge hvilken sakkyndig det finner mest hensiktsmessig, og den sakkyndiges arbeid i saken bygger på det mandat barnevernet har fastsatt⁷⁹. En sakkyndig oppnevnt av barnevernet har ikke den samme rollen som en sakkyndig oppnevnt av fylkesnemnd eller av retten. Den sakkyndige har ikke en uavhengig rolle og skal som regel ikke overprøve barnevernets vurdering i saken⁸⁰. Hvis saken kommer opp for fylkesnemnda er den sakkyndige barnevernets vitne i saken. I sin artikkel etterlyser Hassel en større åpenhet rundt det faktum at den sakkyndige ikke er nøytral, men mer har en rådgivende funksjon for barnevernet⁸¹. Oppnevning av sakkyndig er en prosessledende avgjørelse, ikke et enkeltvedtak.

4.2.3 Dokumentinnsyn

Foreldrenes rett til dokumentinnsyn fremgår av fvl. §§ 18 og 19. Hovedregelen om dokumentinnsyn er at foreldrene eller deres fullmektig har rett til å sette seg inn i ”sakens dokumenter”, fvl. § 18 (1). Foreldrene har etter annet og tredje ledd ikke rett til

⁷⁸ Havik s. 67

⁷⁹ Lindboe s. 71

⁸⁰ Hassel s. 216

⁸¹ Hassel s. 217

dokumentinnsyn i barnevernets interne dokumenter, unntatt faktaopplysninger. På undersøkellesstadiet har de heller ikke krav på å få sette seg inn i uttalelser fra sakkyndige, § 18 (2) b). Departementet oppfordrer til en større åpenhet enn loven krever⁸². Unntaksreglene praktiseres sjeldent i barnevernssaker. Hvis saken ender i fylkesnemnd er det kun adgang til å legge frem bevis som foreldrene har adgang til å se, bvl. § 7-1 d) jfr. Sotjl. § 9-5. Barnevernets forslag til tiltak har foreldrene ikke rett til å se før forslaget er oversendt fylkesnemnda⁸³.

Visse opplysninger er unntatt partsoffentlighet på grunn av sitt innhold. Foreldrene har ikke krav på opplysninger som det av hensyn til helsetilstand, eller på grunn av forhold til nærstående "må anses utilrådelig" at de får, § 19 (1) c). Opplysninger som det kan være aktuelt å unnta av denne begrunnelsen er særlig opplysninger om alvorlig sykdom som psykiske lidelser. Hvis foreldrene er representert av advokat skal opplysningene gis til advokaten hvis det ikke foreligger særlige grunner. Begrunnelsen er at advokaten dermed kan sikre foreldrenes interesser⁸⁴.

Nektelse av dokumentinnsyn er en prosessledende avgjørelse. Foreldrene har likevel klagerett etter § 21, og rett til de opplysninger som er nødvendig for å klage.

4.3 Saksbehandlingsregler i barnevernloven

Som beskrevet anses verken åpning eller gjennomføring av undersøkelsessak som bestemmende for rettigheter eller plikter for foreldrene i en barnevernssak. Av denne grunn behandles vilkårene for de ulike trinn av en undersøkelsessak som saksbehandlingsregler. Ved siden av de generelle saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven, stiller barnevernloven vilkår for, og krav til, barnevernets behandling av en undersøkelsessak.

⁸² Saksbehandlingsrundskriv pkt. 4.3.1.2 og 4.3.1.4

⁸³ Saksbehandlingsrundskriv pkt. 4.3.1.2

⁸⁴ Saksbehandlingsrundskriv pkt. 4.3.1.6

4.3.1 Vilkårene for å åpne undersøkelsessak

Barnevernets kompetanse til å åpne undersøkelsessak er regulert av bvl. § 4-3 (1). Hovedvilkåret for å åpne en undersøkelsessak er at det er ”rimelig grunn til å anta at det foreligger forhold som kan gi grunnlag for tiltak” etter barnevernlovens kapittel 4. Dette er et meget vidt og skjønnsmessig begrep. Vilket innebærer at det ikke er hjemmel til å foreta systematiske undersøkelser av alle familier, eller av grupper av familier som tilhører en risikogruppe, basert på generelle kriterier. Åpningen av en undersøkelsessak må begrunnes i en konkret bekymring for et konkret barn⁸⁵. Fordi vilkårene ikke er strenge, utgjør de i liten grad en begrensning for den lovmessige adgangen til å åpne en undersøkelsessak.

4.3.2 Besøk i hjemmet

Det fremgår av § 4-3 (3) at foreldrene ikke kan motsette seg ”besøk i hjemmet”. Barnevernet kan komme både på anmeldte og uanmeldte besøk hjemme hos familien. I forarbeidene er denne lovfestingen begrunnet med at familien ellers lett ”ikke får den hjelpen de har behov for”⁸⁶. Hovedformålet med barnevernloven, å gi rett hjelp til rett tid, begrunner klart en slik adgang. Likevel synes jeg forarbeidene nedtoner tvangsaspektet ved hjemmebesøk i for stor grad. Et slikt tvungent besøk i hjemmet er et inngrep i privatlivets fred i forhold til EMK art. 8 (1). EMK art 8 (2) gir imidlertid hjemmel til inngrep etter første ledd, forutsatt at inngrepet er hjemlet og nødvendig i et demokratisk samfunn for å verne andres rettigheter og friheter. I en barnevernssak tilsier utvilsomt hensynet til barnet at tvungent besøk i hjemmet kan foretas som et ledd i undersøkelsen, uten at dette strider med EMK.

4.3.3 Samtale med barnet

Barnevernet kan kreve enesamtaler med barnet, bvl. § 4-3 (3). Forarbeidene begrunner adgangen til enesamtale med at det vil være lettere for barn og fortelle sin historie uten foreldrenes tilstedeværelse, fordi det vil være mindre belastende og føles mindre svikefullt⁸⁷. Barnevernet har plikt til å legge vekt på hvilken betydning det har for

⁸⁵ Lindboe s. 60

⁸⁶ Ot.prp. nr. 44 s. 29

⁸⁷ Ot.prp.nr. 44 s. 29

barnet at foreldrene motsetter seg enesamtale, og barnets eget syn på det å uttale seg⁸⁸. Jeg vil anta at en slik enesamtale mot foreldrenes vilje, i utgangspunktet vil være et inngrep i den bestemmelsesrett foreldrene har etter barneloven § 30. Etter hvert vil barnets selvbestemmelsesrett kanskje innebære at det ikke er naturlig å snakke om enesamtale som inngripende i forhold til foreldrene. Uansett om bestemmelsesretten er foreldrenes eller barnets egen, har barnet ingen plikt til å uttale seg til barnevernet⁸⁹.

4.3.4 Pålegg om undersøkelse

Ved mistanke om mishandling eller andre alvorlige overgrep gir § 4-3 (4) barnevernet hjemmel til å gi ”pålegg” om undersøkelse ved sykehus eller til annet egnet sted. Undersøkelse kan bare pålegges hvis det foreligger mistanke om mishandling eller andre alvorlige overgrep i hjemmet. Forarbeidene presiserer at denne hjemmelen kun er beregnet for de mest alvorlige tilfellene, på grunn av tiltakets alvorlige karakter⁹⁰. Forarbeidene sier videre at denne bestemmelsen kun hjemler kortvarig undersøkelse, undersøkelse uten innleggelse.

Etter pasientrettighetsloven § 4-1 (1) er hovedregelen at all helsehjelp forutsetter et informert samtykke. For barn under 16 år sier lovens § 4-4 (1) at samtykkekompetansen tilhører foreldre med foreldreansvar. ”Helsehjelp” er nærmere definert i lovens § 1-3 c) og omfatter blant annet handlinger som har ”diagnostisk” formål. Et pålegg om undersøkelse er et klart inngrep i den bestemmelsesrett foreldrene har i medhold av pasientrettighetsloven⁹¹.

⁸⁸ Ot.prp.nr. 44 s. 29

⁸⁹ Lindboe s. 64

⁹⁰ Ot.prp.nr. 44 s. 30

⁹¹ Når jeg beskriver de ulike tiltakene barnevernet har hjemmel til å foreta som ledd i undersøkelsen som ”inngripende”, ligger det ingen kritikk eller vurdering av rettstilstanden i dette. Det er et selvsagt utgangspunkt at barnevernet bør og skal ha hjemmel til nødvendige tiltak som et ledd i undersøkelsen. Begrepet brukes for å understreke at tiltakene i den grad de gjennomføres uten foreldrenes samtykke kan føles inngripende selv om tiltakene kun regnes som prosessledende avgjørelser, dels at tiltakene krever hjemmel i lov når de gjennomføres uten samtykke.

At bestemmelsen er et pålegg til foreldrene, innebærer at barnevernet ikke selv kan gjennomføre undersøkelsen med tvang. Derimot kan lederen for barnevernadministrasjonen ”kreve” at politiet gjennomfører undersøkelsen med tvang, bvl. § 6-8. Tvangsmessig gjennomføring skulle etter den nye barnevernloven opprinnelig skje gjennom namsmyndighetene etter reglene i tvangfullbyrdelsesloven kap. 13. I høringsrunden uttalte justisdepartementet at ”[m]an oppnår dermed en rimelig betryggende, regulering av viktige spørsmål; blant annet om kontradiksjon... bruk av makt og plikt til veiledning...prøvelsesadgangen over grunnlaget... og spørsmålet om klage og oppsettende virkning”⁹². Formålet med denne fremgangsmåten var altså begrunnet i foreldrenes rettssikkerhet. I Rt. 1993 s. 21, bemerket Høyesterett: ”Det ser ikke ut til at man var oppmerksom på at denne endring kunne medføre at den faktiske iverksetting av vedtak kunne bli vesentlig mer tidkrevende”. På bakgrunn av dette ble loven endret tilbake til at barnevernet kan gå rett til politiet å kreve bistand⁹³. Det ble i forarbeidene til endringsloven presisert at politibistand alltid må være siste utvei, etter at alle andre muligheter er forsøkt⁹⁴. Det er barnevernets leder som har kompetansen til å pålegge politiet å assistere. Politiet har verken myndighet til å vurdere om vilkårene for pålegg om undersøkelse er til stede, eller om undersøkelsen i så fall bør gjennomføres med tvang. Politiet har plikt til å rette seg etter barnevernlederens pålegg.

4.3.5 Innhenting av taushetspliktbelagte opplysninger

Taushetsplikt er særlig begrunnet i hensynet til vern om den enkeltes integritet, og av hensynet til tilliten mellom privatpersoner og det offentlige⁹⁵. Å ha visse verdier i fred har en egenverdi, og er et viktig element i et rettsikkerhetskrav⁹⁶. Syse beskriver taushetsplikt som et grunnprinsipp i helseretten⁹⁷. Kjernen i en undersøkelsessak er å innhente opplysninger i den konkrete saken⁹⁸. Opplysninger som i medhold av lov er

⁹² Ot.prp nr. 65 1990-1991 s. 319. Sitatet er gjengitt og gitt tilslutning til i Ot.prp. nr. 44 s. 85

⁹³ Lov av 25 november 1994 nr. 62

⁹⁴ Ot.prp. nr. 71 1993-1994

⁹⁵ Kjellebold s. 163

⁹⁶ St.meld. nr. 32 1976-1977 s. 7

⁹⁷ Syse s. 410

⁹⁸ Saksbehandlingsrundskriv pkt. 3.2

underlagt taushetsplikt, kan bare formidles til barnevernet med foreldrenes samtykke, eller hvis unntak for taushetsplikt er hjemlet i lov.

I de alvorligere tvangssakene gir barnevernloven hjemmel til å fravike reglene om taushetsplikt. Vilkåret er at det er mistanke om at et barn blir ”mishandlet i hjemmet”, at det foreligger andre former for ”alvorlig omsorgssvikt”, eller at barnet har vist ”vedvarende alvorlige adferdsvansker” § 6-4 (2). Unntaket fra taushetsplikt gjelder ikke bare den alminnelige taushetsplikten etter forvaltningslovens regler. Etter tredje ledd gjelder unntaket fra taushetsplikt også for den strengere yrkesmessige taushetsplikten som påligger helsepersonell og visse andre yrkesgrupper. Departementet har uttalt at vilkårene for å innhente opplysninger skal tolkes strengt⁹⁹.

Hvis vilkårene for å oppheve taushetsplikt er oppfylt, har den som sitter med opplysningene plikt til på eget tiltak å gi opplysningene til barnevernet. I tillegg har barnevernet hjemmel til å pålegge innehaverne av slike opplysninger å meddele disse til barnevernet. Etter fvl. § 14 skal barnevernet oppgi at hjemmelen for pålegget er bvl. § 6-4. Selv om et slikt pålegg ikke er et enkeltvedtak, har vedkommende klagerett på inntil tre dager. Klageinstans i disse sakene er fylkesmannen. Barneverntjenesten kan på tross av klageadgangen kreve tilgang til opplysningene før klagen er avgjort hvis barnevernet finner dette påtrengende nødvendig. Foreldrene har derimot ingen klagemulighet.

For foreldre i en barnevernssak kan opphevelse av taushetsplikt innebære at opplysninger de har gitt i full fortrolighet blir meddelt barnevern. Dette kan være opplysninger som er gitt til lege, psykolog, eller andre terapeuter om svært private forhold. Opplysningene kan være gitt lenge før en undersøkelsessak ble åpnet. Det sier seg selv at innhenting av sensitive opplysninger mot foreldrenes vilje, kan være meget inngripende

⁹⁹ Brev av 28 mars 1996

4.3.6 Spredning av opplysninger

Praktisk talt all innhenting og bearbeiding av informasjon medfører en spredning av informasjon. Det fremgår av bvl. § 4-3 (2) andre pkt. at kunnskap om undersøkelsen ikke skal bli ”spredt unødige”.

For det første vil de som er engasjert av barnevernet i en sak få kjennskap til saken. For det andre vil alle som barnevernet er i kontakt med få kunnskap om saken. Barnevernet og offentlige instanser har taushetsplikt om de opplysninger de får om saken, bvl. § 6-7. Derimot gjelder ikke reglene om taushetsplikt for privatpersoner som får tilgang til informasjon om saken. Det sier seg selv at spredning av opplysninger kan være et stort problem for foreldre i en barnevernssak. Særlig på små tettsteder kan det være vanskelig å gjennomføre en undersøkelsessak uten at dette blir et problem.

4.3.7 Tidsfrister

Barnevernloven inneholder også en rekke tidsfrister som barnevernet har plikt til å oppfylle. Oversitter barnevernet fristene kan det ha konsekvenser for foreldrenes faktiske og rettslige stilling. For det første har barnevernet etter § 6-9 plikt til å gjennomføre en undersøkelsessak innen tre måneder, eller i særlige tilfeller seks måneder. Ved midlertidige vedtak har barnevernet for det andre tidsfrister for å legge frem forslag om tiltak for fylkesnemnd. Ved midlertidige avgjørelser etter § 4-6 (2) må barnevernet sende inn forslaget innen seks uker. For det tredje må barnevernet iverksette vedtak om omsorgsovertakelse innen seks uker. Rettsvirkningen av at disse fristene ikke overholdes, er at vedtaket faller bort, §§ 4-6 (5) og 4-13.

5 Rettssikkerhet i barnevernssaker

5.1 Innledning

Rettssikkerhetsbegrepet er ikke entydig, og det beror på en vurdering hvilke verdier som faller innenfor begrepet¹⁰⁰. Kjernen er vern mot uhjemlede inngrep og vilkårlighet fra myndighetenes side, forutberegnelighet og rett til å forsvare sine rettslige posisjoner (kontradiksjon)¹⁰¹.

Hensynet til rettssikkerhet må avveies mot hensynet til effektivitet. Effektivitet kan forstås som det å oppnå mest mulig med minst mulig innsats. Begrepet er ikke et snevert lønnsomhetsbegrep, men består av en avveining mellom grad av målrealisering og hvilke omkostninger dette har i en vid forstand¹⁰². I en barnevernssak må man avveie rettssikkerheten mot hva rettssikkerhet medfører av økonomiske utgifter, men også mot annen ressursbruk rettssikkerheten medfører.

Normalt vil økt rettssikkerhet for et individ ikke påvirke andre individers rettstilling. I barnevernssaker kan dette være annerledes. Hovedformålet med barnevernloven er å gi barn ”rett hjelp, til rett tid”, jfr. bvl. § 1-1¹⁰³. Økt advokatbistand kan påvirke lovens målsetting på flere måter.

Barnet har på lik linje med sine foreldre et selvstendig krav på rettssikkerhet. Med dette menes her at også barnet har en klar interesse i at det offentlige ikke griper vilkårlig og uhjemlet inn i et familieforhold som barnet er en del av.

I forhold til barnet og dets rettstilling anvendes også begrepet *rettsvern*¹⁰⁴. Med rettsvern menes her et rettssubjekts rett til å bli beskyttet mot overgrep fra andre rettssubjekter. Barnet har krav på beskyttelse fra det offentlige mot overgrep fra sine egne foreldre.

¹⁰⁰ Eskeland s.130

¹⁰¹ Ekchoff s. 69

¹⁰² Ekchoff s. 74

¹⁰³ NOU 2000:12 s. 179

¹⁰⁴ Begrepet rettsvern er ikke et helt innarbeidet. i norsk rett. Det anvendes imidlertid blant annet i NOU 2000:12 s. 179.

5.2 Utviklingen av rettsikkerhet i barnevernssaker

En av de første som på en seriøs måte tok opp spørsmål om rettsikkerhet i barnevernssaker var Gerd Benneche. I sin bok ”rettsikkerheten i barnevernet” tok hun utgangspunkt i to grunnleggende spørsmål. Det første spørsmålet var i hvilken grad lovverket gav tiltrekkelige rettsikkerhetsgarantier. Det andre spørsmålet var i hvilken grad den rettsikkerhet som loven gav, ble oppfylt i praksis¹⁰⁵. På bakgrunn av en gjennomgang av 29 barnevernssaker i barnevernsnemnda konkluderte hun med at rettsikkerheten på en rekke punkter var dårlig ivaretatt. For det første hadde loven ”meget utilstrekkelige garantier for rettsikkerheten”. For det andre fant hun at lovens regler var ”uvirksomme” på den måten at brudd på reglene ikke fikk konsekvenser for nemndas vedtak. For det tredje konkluderte hun med at lovens regler om rettsikkerhet ikke ble fulgt i ”ukjent, men antagelig meget stor utstrekning”¹⁰⁶. Siden boken kom i 1967 har fokuset på rettsikkerhet i på dette rettsområdet økt.

Et hovedmotiv bak dagens barnevernlov var nettopp å styrke rettsikkerheten¹⁰⁷. Befringutvalget uttaler at det ”[u]tfra det allment aksepterte utgangspunkt at det tilkommer foreldre å oppdra egne barn, er det stor enighet om at det er særdeles viktig med rettsikkerhet i tilknytning til barnevernets virksomhet”¹⁰⁸. Utvalget beskriver deretter hva som sikrer foreldrenes rettsikkerhet etter dagens lovgivning. Dette er krav om lovhjemmel, at det offentlige har bevisbyrden for nødvendigheten av tiltak, at vilkår for inngrep er forutsigbare og derfor kan overprøves, at saksbehandlingen sikrer foreldrene kontradiksjon, begrunnede vedtak, mulighet for overprøving gjennom klage eller domstolskontroll og rett til advokatbistand.

Saksbehandlingsreglene i barnevernloven og i forvaltningsloven er sentrale for foreldrenes rettsikkerhet i en barnevernssak. Rettsikkerheten i barnevernet forutsetter at det finnes regler som regulerer fremgangsmåten i disse sakene. Befringutvalget beskriver de generelle saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven på følgende måte: ”[d]et rettslige utgangspunktet for disse reglene; de forvaltningsrettslige

¹⁰⁵ Benneche s. 11

¹⁰⁶ Benneche s. 275

¹⁰⁷ NOU 2000:12 s. 179

¹⁰⁸ NOU 2000:12 s. 179

grunnprinsippene, som jo i stor grad nettopp hviler på kravet om rettssikkerhet, gjør seg særlig gjeldende i barnevernssaker”¹⁰⁹.

For foreldre i en barnevernssak er det ikke nok at lovgivningen gir foreldrene rettigheter i prosessen som skal sikre rettssikkerheten. Det avgjørende er i hvilken grad disse rettssikkerhetsgarantiene blir gjennomført i praksis.

5.3 Foreldrenes rettssikkerhet og barnet

Advokatbistand til foreldrene kan både styrke og svekke barnets rettssikkerhet. Rettssikkerheten kan bli styrket hvis advokatbistanden medfører at barnevernet ikke griper inn med sterkere midler enn det som er nødvendig, og kun i de tilfeller der dette er til barnets beste. Hvis advokaten derimot bidrar til en unødvendig opptrapping av konflikten, kan barnets rettssikkerhet derimot bli svekket. Slike tilfeller kan ende i at det anvendes mer inngripende midler enn det som uten advokatens innblanding ville vært nødvendig.

Advokatbistand kan også fremme eller motvirke barnets rettsvern. En advokat kan bidra til at foreldrenes selvfølelse og integritet blir ivaretatt. Dette vil kunne styrke foreldrenes omsorgsevne, og dermed barnets rettsvern. I de sakene hvor advokaten klarer å realitetsorientere foreldrene til å motta fornuftig hjelp av barnevernet vil også dette innebære en styrking av barnets rettsvern. Hvis advokaten derimot anvender lovverket på en måte som innebærer at barnet ikke får rett hjelp til rett tid, vil dette innebære en svekkelse av barnets rettsvern.

I den grad økt rettssikkerhet til foreldrene i form av advokatbistand svekker barnets rettssikkerhet/rettsvern, må det foretas en avveining mellom disse interessene. I den grad økt rettssikkerhet til foreldrene medfører en styrking av barnets rettstilling, må disse to interessene samlet avveies mot hensynet til effektivitet

¹⁰⁹ NOU 2000:12 s. 183

5.4 Advokatbistand og rettssikkerhet

Advokatbistand er et av de virkemidler i lovverket befringutvalget nevner som skal styrke foreldrenes rettssikkerhet. Gjennom legalitetskontroll og veiledning til foreldrene kan advokaten sikre at de virkemidler lovgiver har gitt for å styrke foreldrenes rettssikkerhet i regelverket, blir omsatt til rettssikkerhet i praksis.

5.5 Særtrekk ved barnevernssaker med betydning for rettssikkerheten

5.5.1 Kontroll og overprøving på undersøkelsesstadiet

Etter forvaltningsloven § 2 (a) (b) er et enkeltvedtak en avgjørelse som treffes under utøving av offentlig myndighet, og som er bestemmende for rettigheter eller plikter for privatpersoner. Alle vedtak om tiltak etter barnevernloven regnes som enkeltvedtak, bvl § 6-1. Dette omfatter både frivillige og tvungne tiltak.

Derimot regnes ikke åpning av en undersøkelsessak som et enkeltvedtak. Begrunnelsen er at åpning av undersøkelsessak ikke regnes som bestemmende for rettigheter eller plikter¹¹⁰. I en nylig avsagt kjennelse stadfester Høyesterett i et obiter dictum, at beslutning om å iverksette undersøkelsessak ikke er et enkeltvedtak i forvaltningslovens forstand¹¹¹.

Fylkesnemndas myndighetsområde er angitt i bvl. § 7-2. Kompetansen omfatter ikke å prøve om vilkårene for å åpne undersøkelsessak er til stede. Fylkesmannens kompetanse til å overprøve avgjørelser tatt av barnevernet er avgrenset til enkeltvedtak, bvl. § 6-5 (1). Dette innebærer at fylkesmannen ikke har kompetanse til å overprøve om vilkårene for å åpne undersøkelsessak er til stede. Domstolen kan prøve alle sider av ved lovmessigheten av administrative tvangsinngrep, tvml. §§ 474 og 482. Siden åpning av undersøkelsessak ikke regnes som bestemmende for rettigheter eller plikter, er åpning av undersøkelsessak ikke et administrativt inngrep i lovens forstand.

¹¹⁰ Lindboe s. 173

¹¹¹ Kjennelse avsagt 4. mars 2003 sak nr.2002/1046

Dette innebærer at foreldrene ikke har noen rettsmidler til disposisjon, hvis de mener at vilkårene for å åpne en undersøkelsessak er til stede og av denne grunn vil ha saken stanset. En eventuell klage, eller stevning vil bli avvist, noe som skjedde i den nevnte kjennelsen. Dette innebærer at barnevernets vurdering av om vilkårene er til stede er suveren.

Heller ikke barnevernets beslutninger i undersøkelsessaken regnes som enkeltvedtak, men prosessledende avgjørelser. Forarbeidene forutsetter at avgjørelser som inngår som ledd i behandlingen av et vedtak, ikke er et enkeltvedtak¹¹². Dette innebærer at foreldrene ikke kan få prøvet om barnevernets beslutninger på undersøkelsesstadiet oppfyller vilkårene loven krever.

Årsaken til at verken beslutning om å åpne, eller beslutninger i gjennomføringen av undersøkelsessaken ikke er å regne som enkeltvedtak, er altså at disse avgjørelsene ikke er bestemmende for foreldrenes rettigheter eller plikter. Jeg har stor forståelse for at foreldrene på dette stadiet av saken ikke kan gis en mulighet til overprøving. Det ville trenere saken, og forvanske lovens hovedmålsetting om å gi barn rett hjelp til rett tid. Imidlertid synes jeg det kan stilles spørsmålsteget ved argumentasjonen. Forarbeidene gir uttrykk for at det i de fleste tilfeller vil følge direkte av definisjonen av vedtaksbegrepet at disse avgjørelsene ikke skal regnes som enkeltvedtak. Graver gir uttrykk for at prosessledende avgjørelser normalt ikke oppfyller lovens krav om at avgjørelsen må være ”bestemmende” for rettigheter eller plikter. Slike avgjørelser vil ikke ha noen selvstendig betydning for partene i forhold til sakens tema¹¹³. I tilfeller der prosessledende avgjørelser har selvstendig betydning har parten normalt klagerett, eller annen form for mulighet for overprøving. I andre lover hvor undersøkelse foretas som ledd i saksbehandlingen, anses undersøkelsen som et enkeltvedtak¹¹⁴. Barnevernssakene skiller seg vesentlig fra de typetilfellene som forarbeidene tar utgangspunkt i, og som begrunner skillet mellom enkeltvedtak og prosessledende avgjørelser. Etter en normal språklig forståelse er det etter min mening lite treffende å hevde at de tiltak barnevernet har hjemmel til i undersøkelsessaken ikke er ”bestemmende” for rettigheter

¹¹² Ot.prp. nr. 3 1976-1977 s. 55

¹¹³ Graver s. 365

¹¹⁴ Se smittevernloven § 5-2, og lov om psykisk helsevern § 3-5 (2)

og plikter. Særlig gjelder dette pålegg om undersøkelse, eller gjennomføring med tvang, og innhenting av opplysninger som er belagt med taushetsplikt. Disse tiltakene kan både anses for å være bestemmende, og for å ha stor selvstendig betydning. På tross av visse innvendinger er det klart at disse avgjørelsene etter gjeldende rett ikke er enkeltvedtak.

Jeg synes imidlertid at den noe spesielle rettstillingen på dette området kan ha betydning for vurdering av spørsmål om fri rettshjelp. Kanskje bør manglende rettssikkerhet i form av overprøving og kontroll resultere i at foreldrene kompenseres ved økt rettssikkerhet på andre områder, herunder advokatbistand. Advokaten har som sin hovedoppgave å utøve en legalitetskontroll med barneverntjenesten. Selv om foreldrene ikke har noen egentlige rettsmidler til disposisjon, kan advokaten likevel utføre en form for kontrollfunksjon på et ellers ukontrollert rettsområde.

5.5.2 Manglende konsekvenser av feil

I forvaltningsrett generelt er begrepet ”ugyldighet” sentralt. At et vedtak er ugyldig innebærer at vedtaket ikke får rettsvirkninger etter sitt innhold. Hovedregelen i norsk rett kan sies å være at et vedtak er ugyldig hvis det er begått feil, og feilen kan ha virket inn på vedtakets innhold. Slike feil kan bygge på uriktig lovtolkning, feil subsumsjon, galt faktum, uriktig saksbehandling, eller myndighetsmisbruk.

I barnevernssaker skal man legge vedtakstidspunktet til grunn. Dette innebærer at det i disse sakene er barnets aktuelle situasjon som er sakens tema. I Rt. 1982 s. 1337 uttaler førstvoterende: ”[d]omstolens avgjørelse skal basere seg på de omstendigheter som foreligger på det tidspunkt da saken skal opp til doms”. Dette innebærer at det for selve tvangsvedtaket er rettslig sett uten betydning at det er begått klare saksbehandlingsfeil, selv om feilene har virket inn på senere tvangsvedtak og dom¹¹⁵. Befringutvalget skriver: ”foreldre kan oppleve seg rettsløse når dokumenterte feil i den offentlige saksbehandlingen ikke lenger er relevant, fordi for eksempel fylkesnemnda skal forholde seg til det konkrete barnets aktuelle situasjon”.

¹¹⁵ Imidlertid kan det være aktuelt å pålegge det offentlige erstatningsansvar, se Lindboe s. 305 flg.

5.5.3 Manglende offentlighet og innsyn

Alle som arbeider i, eller tar oppdrag for barnevernet har som utgangspunkt taushetsplikt om de opplysninger de tilegner seg i saken, bvl. § 6-7 (1). Taushetsplikten er i annet ledd utvidet til også å gjelde forhold som ikke omfattes av forvaltningslovens ordinære regler om taushetsplikt. Taushetsplikten omfatter noe nær alle opplysninger i saken. På grunn av disse sakenes sensitive karakter er slik taushetsplikt et naturlig utgangspunkt og lite kontroversielt i saker hvor foreldrene ønsker taushet. Imidlertid har fylkesmann og departement av hensyn til barnet i fjerde ledd kompetanse til å bestemme at opplysninger i saken skal være undergitt taushetsplikt også i de tilfeller hvor foreldrene ikke ønsker slik taushet. Det er ikke uvanlig at barnevernet ikke vil uttale seg offentlig om en sak og henviser til sin taushetsplikt, selv om foreldrene ønsker offentlighet og kontradiksjon om saken. At barnet i slike typer saker kan ha en beskyttelsesverdig interesse av taushet også i tilfeller hvor foreldrene ønsker offentlighet er åpenbart. Likevel kan det være en fare for at taushet kan benyttes som en beskyttelse for barnevernet selv. Barnevernet kan ha motiver for å unngå innsyn som går utover hensynet til barnet¹¹⁶. For foreldrene kan et slikt manglende innsyn representere et rettssikkerhetsproblem.

¹¹⁶ NOU 2000:12 s. 182

6 Advokatrollen i barnevernssaker på undersøkellesstadiet

6.1 Innledning

Hvis foreldrene på undersøkellesstadiet har advokat, er advokatens oppgave å fremme foreldrenes interesser. Utgangspunktet både for den legalitetskontroll advokaten skal utføre med barneverntjenestens virksomhet, og den rådgivende funksjonen advokaten skal ha må basere seg på de rettsregler som gjelder ved en undersøkellessak.

6.2 Legalitetskontroll

På undersøkellesstadiet er advokatens mest sentrale oppgave å foreta en legalitetskontroll med barnevernets saksbehandling i undersøkellessaken. Barnevernloven gir barnevernet hjemmel til å åpne og gjennomføre en undersøkellessak. Samtidig er undersøkellessaken en regelstyrt prosess. Undersøkellessaken må gjennomføres i henhold til de saksbehandlingsregler som gjelder. Disse reglene fremgår av forvaltningsloven og barnevernloven, samt av det ulovfestede kravet til forsvarlig saksbehandling. Legalitetskontrollen innebærer at advokaten på en aktiv måte må arbeide for at barnevernet gjennomfører undersøkellessaken i henhold til de rammene og vilkårene som gjelder for gjennomføringen.

På grunn av manglende overprøving og ekstern kontroll på undersøkellesstadiet har advokaten ingen egentlige rettsmidler til disposisjon ved denne legalitetskontrollen. Advokatens arbeid begrenser seg derfor til å forsøke å påvirke barnevernet i saksbehandlingen, ved å komme med innsigelser forankret i lovverket.

6.3 Rådgivning og støtte

Advokaten må gi foreldrene råd om hvordan de bør opptre i saken, og anvende foreldrenes partsrettigheter på best mulig måte. I mange tilfeller starter advokaten sitt arbeid i en situasjon hvor foreldrene er meget følelsesmessig opprørte. Sett fra foreldrenes side er en undersøkellessak en form for offentlig innblanding som ofte føles som et utidig og urettmessig inngrep. I en slik situasjon vil foreldrene naturlig nok ofte

føle saken som et stort følelsesmessig press. Derfor har advokatbistand i disse sakene et større innslag av menneskelig støtte enn på de fleste andre rettsområder.

Det første advokaten må gjøre er å realitetsorientere foreldrene. I dette legger jeg at advokaten må sette foreldrene inn i hva en undersøkelsessak innebærer. De kan ha et urealistisk og lite konstruktivt bilde av hva en undersøkelsessak er. Mye av denne realitetsorienteringen kan bestå i å få foreldrene til å akseptere de inngrepene en undersøkelsessak innebærer. En del foreldre vil ha vanskelig for å forstå og akseptere at det er åpnet en sak. I slike tilfeller vil realitetsorienteringen bestå i få foreldrene til å akseptere at barnevernet har åpnet en slik sak, og at dette er en vurdering som må respekteres. Deretter er det naturlig å veilede foreldrene i hvilke inngrep foreldrene må tåle. Barnevernet har rett til hjemmebesøk, enesamtaler med barnet, og i visse tilfeller rett til å innhente taushetspliktbelagte opplysninger og å undersøke barnet. Disse inngrepene krever hjemmel, men barnevernets vurdering er avgjørende. En viktig del av realitetsorienteringen er påvirke foreldrene til å fremstå med så mye selvinnsett som mulig. Foreldrene kan bli satt i et uheldig lys hvis de bagatelliserer forhold ved sin egen livssituasjon som utad fremstår som bekymringsverdig.

Advokaten må gi foreldrene råd om hvordan de bør forholde seg til barnevernet i undersøkelsessaken. I de fleste tilfeller vil foreldrene profitere på å samarbeide mer aktivt med barnevernet enn de strengt tatt behøver. Det er da advokatens rolle å motivere foreldrene til samarbeid. Barnevernet får medhold i fylkesnemnd i ca. åtte av ti saker. Årsaken til dette er selvsagt at de fleste av de sakene barnevernet fremmer er bygget på en begrunnet bekymring for barnets livssituasjon. I mange av undersøkelsessakene står foreldrenes reelle valg mellom frivillig samarbeid med barnevern, eller tvang. I slike tilfeller må advokaten opplyse foreldrene om hvilke konsekvenser valgene deres kan få. Det kan være et vanskelig advokatetisk dilemma i hvilken grad advokaten aktivt bør påvirke foreldrenes valg. Lindboe skriver at han gjør foreldrene oppmerksomme på konsekvensene, men lar foreldrene ta valget¹¹⁷. En advokat som har opparbeidet et godt og tillitsfullt forhold til foreldrene, vil ha en realistisk mulighet til å påvirke foreldrene til å ta et fornuftig standpunkt. Den utsatte og truende situasjonen kan innebære at foreldrene velger andre og mer uheldige løsninger,

¹¹⁷ Lindboe, advokatrollen s. 148

enn de ville valgt i en mer normal kontekst. Jeg mener derfor at advokaten innenfor rimelige grenser bør gi uttrykk for hva han mener foreldrene er best tjent med.

I en del saker flytter barnet ut av hjemmet på undersøkelsesstadiet. Årsaken til dette kan enten være at barnevernet har fattet et midlertidig akuttvedtak etter bvl. § 4-6 (2), eller at foreldrene har latt barnet flytte ut frivillig, § 4-4 (5). I disse sakene er det særlig viktig at advokaten arbeider for at kontakten mellom barnet og foreldrene blir opprettholdt. Dersom saken kommer opp for fylkesnemnda, er spørsmålet om barnet skal flyttes tilbake til foreldrehjemmet. I denne vurderingen vil den nåværende kontakten mellom foreldrene og barnet være et sentralt moment.

Barnevernet står i utgangspunktet fritt til å utnevne sakkyndig, og mandatet den sakkyndige baserer sitt arbeid på. Den sakkyndige har rett til å snakke med barnet uten at foreldrene er til stede, bvl. § 4-3 (4). Foreldrene selv har ingen plikt til å snakke med den sakkyndige. Det kan imidlertid være fornuftig av foreldrene å forholde seg til den sakkyndige på en konstruktiv måte. En åpen holdning fra foreldrene vil ofte medføre at barnevernet, som en form for motytelse, gir foreldrenes advokat mulighet til å påvirke både valg av sakkyndig og det mandat den sakkyndige arbeider ut i fra. Hvis foreldrene velger en slik åpen og samarbeidende holdning, er det viktig at advokaten veileder foreldrene om den sakkyndiges rolle, og hvordan foreldrene bør forholde seg. Advokaten må forhindre at foreldrene bagatelliserer den sakkyndiges rolle. Den sakkyndige har en meget avgjørende og betydningsfull rolle i avgjørelsesprosessen. Lindboe skriver at han gir foreldrene ”noe nær en instruks” om hvordan foreldrene skal opptre i møtet med den sakkyndige¹¹⁸. Foreldrene må informeres om at den sakkyndige ikke har en behandlerrolle, eller er oppnevnt for å hjelpe foreldrene. Hvis foreldrene tar feil utgangspunkt her, bidrar de ikke til sakens opplysning. I stedet står de i fare for å gi et bilde av seg selv, og saken, som bidrar til en ytterligere sykeliggjøring og stigmatisering. En sakkyndig oppnevnt av barnevernet har som oppgave å være en observatør for barnevernet. På bakgrunn av sin fagkunnskap og de observasjonene som gjøres, gir den sakkyndige sin anbefaling om tiltak til barnevernet. Med et riktig bilde av sakkyndigrollen har foreldrene bedre forutsetninger for å forholde seg til den sakkyndige på en hensiktsmessig måte.

¹¹⁸ Lindboe, advokatrollen s. 148

7 I hvilket omfang burde foreldrene ha krav på fri rettshjelp?

7.1 Innledning

Synet på rettshjelpsdekning i barnevernssaker har som mange andre rettssikkerhetsspørsmål i barnevernrett vært i utvikling. Rettshjelpsdekningen har blitt utvidet.

Det er åpenbart at det er individuelt hvordan en advokat på undersøkelsesstadiet vil påvirke saken. En advokat som i en barnevernssak hvor det er begrunnet bekymring for barnet tar utgangspunkt i at det barnevernet gjør er et ”uhyrlig overgrep” og ”maktmisbruk” osv., vil kunne gjøre det motsatte av å realitetsorientere foreldrene og isteden forsterke deres følelse av å bli urettmessig invadert. En slik opptreden vil kunne gjøre stor skade både for foreldrene og barnet.

Lassen skriver at en kostnadsfri tilgang på advokatbistand på undersøkelsesstadiet kan gi svært ulike utslag. Det vil avhenge av advokatens personlige legning og fremtoning, kombinert med barnevernets evne til å forholde seg til advokaten på en profesjonell måte om advokatbistand i den konkrete saken blir en velsignelse eller en forbannelse¹¹⁹. Befringutvalget tar det prinsipielle standpunkt at det er ”unaturlig å avvise øket rettsikkerhet for barnevernets klienter under henvisning til kvaliteten på rettshjelperen”¹²⁰.

Jeg er enig i at et større innslag av advokatbistand på undersøkelsesstadiet i den enkelte sak kan få svært ulike utslag, både for foreldrene og barnet. Jeg synes også at det er naturlig å ta utgangspunkt i at rettshjelpen som eventuelt skal ytes er av normal god kvalitet. Dette innebærer at faren for dårlig advokatbistand, med de uheldige virkninger det medfører, prinsipielt ikke er et moment i vurderingen av omfanget av rettshjelp. Disse virkningene bør avhjelpes på annen måte.

¹¹⁹ Lassen s. 150

¹²⁰ NOU 2000:12 s. 183

7.2 Behovet for legalitetskontroll

Et av funnene til Benneche var at en av de store truslene mot foreldrenes rettsikkerhet lå i at de rettsikkerhetsgarantiene som lovgivningen tilla foreldrene, ikke ble fulgt opp i praksis. Siden den gang er det klart at lovgivningen på en rekke områder har styrket foreldrenes rettsikkerhet.

Rikke Lassen gir uttrykk for at den største faren for rettssikkerheten ikke ligger i selve lovverket, men i forvaltningen av lovverket. De fasene av en barnevernssak som er utenfor kontroll og overprøving, eller der overprøvingen og kontrollen er tillagt barnvernet selv, utgjør en fare for rettssikkerheten. Hun sikter blant annet til undersøkelsesstadiet. Bekymringen knytter seg til manglende kjennskap i barneverntjenesten om saksbehandlingsreglene og motivene for disse¹²¹. Befringutvalget gir en redegjørelse om forvaltningen av regelverket som den største faren for rettssikkerheten som i stor grad bygger på Lassens artikkel¹²².

Befringutvalget gir uttrykk for at de forvaltningsrettslige grunnprinsippene som forvaltningsloven bygger på, og som hviler på et krav om rettssikkerhet ”gjør seg særlig gjeldende i barnevernssaker”. Det sies videre at det ”synes å være svært ulik grad av kjennskap til forvaltningslovens regler i de ulike kommuner, og ikke sjelden vil mangelfull kjennskap og håndheving av saksbehandlingsreglene få svært store konsekvenser for barnevernets klienter”(min utheving). Rettsanvendelse går i de fleste tilfeller ut på å subsumere et fortidig faktum med jus. Saker om barn skiller seg på mange måter ut ved at det skal foretas delvis en nåtidsvurdering, og delvis en fremtidsvurdering. For eksempel er vilkåret for omsorgsovertagelse etter § 4-12 (1) a) at det ”er” alvorlige mangler ved omsorgen, og i vurderingen av barnets beste etter § 4-1 må det også foretaes en fremtidsvurdering. Fylkesnemnd og domstoler skal forholde seg til barnets aktuelle situasjon. Dette kan innebære at et tvangsvedtak opprettholdes, selv om fylkesnemnd ved midlertidige avgjørelser, eller domstoler ved overprøvelsen av tvangsvedtak, mener det opprinnelige tvangsvedtaket var galt. Det kanskje mest tragiske typetilfellet er hvor et barn med tvang fjernes fra foreldrehjemmet, og det viser seg på et senere tidspunkt at dette var galt, men at tilbakeføring ikke er aktuelt fordi

¹²¹ Lassen s. 151

¹²² NOU 2000:12 s. 184

barnet nå har knyttet seg til et nytt hjem. Utvalget skriver at en sak ”kan ha kommet inn i et gitt spor som er vanskelig å reversere, før saksbehandlingsfeil oppdages og forsøkes rettet. Slike oppdagelser skjer gjerne i forbindelse med senere tvangsvedtak, og foreldrene kan oppleve seg rettsløse når dokumenterte feil i den offentlige saksbehandlingen ikke lenger er relevant”¹²³. Dette særtrekket ved barnevernssaker at feil ved saksbehandlingen kan være uoprettelige, må medføre et økt behov for virkemidler som kan forhindre at feil skjer. Dette kan begrunnes både ut fra hensynet til foreldrene og barnet, men også ut fra hensynet til tilliten til barnevernet.

7.3 Behovet for råd, veiledning og støtte

Ved siden av legalitetskontroll er det også en vesentlig side av advokatbistand og realitetsorientere foreldrene og gi de råd om hvordan de best kan forholde seg til barnevernet i saken. Utgangspunktet for en undersøkelsessak er de rettsreglene som regulerer hvilke rettigheter og plikter barnevern og foreldre har. Disse reglene er selve fundamentet for den prosessen som en undersøkelsessak er. Som et generelt utgangspunkt kan man nok forutsette at foreldrene føler seg både skremt og truet av at det åpnes undersøkelsessak mot dem. Lassen skriver om foreldrenes møte med barnevernet at ”spesielt i undersøkelsesfasen har nok noen barnevernere snudd kikkerten feil vei slik at de knapt får øye på at de står overfor mennesker, fryktelig skremte mennesker. Det at mange velger å tro at vanlige folk ikke blir skremt når barnevernet setter seg fore å undersøke om de er gode nok omsorgspersoner for barna sine virker lovlig naivt”. I en slik utsatt situasjon, og ofte med mindre ressurssterke foreldre vil det ofte være slik at foreldrene ikke makter å forholde seg på en optimal måte ovenfor et barnevern som oppleves som truende. Det er lite tvilsomt at rådgivning av advokat kan påvirke hvordan en undersøkelsessak utvikler seg mens den fremdeles enda ikke er gjennomført.

¹²³ NOU 2000: 12 s. 183 punkt 15.2.2

7.4 Konfliktnivået i saken og barnets rettsvern

Et sentralt spørsmål er hvordan et økt innslag av advokat på undersøkelsesstadiet vil påvirke barns mulighet til å få rett hjelp til rett tid. Så vidt meg bekjent er det ikke foretatt noen empiriske undersøkelser om hvordan advokaten rolle påvirker konfliktnivået i saker. Generelt kan man si at dette i stor grad vil avhenge av hvordan advokaten fra sak til sak forholder seg. Av stortingsmeldingen om fri rettshjelp fremgår det at justisdepartementet har gjort seg den erfaring at sakene ofte løser seg forut for nemndsbehandling når foreldrene er blitt representert med advokat på et tidlig stadium i saken. Meldingen gir også uttrykk for at tilbakemeldinger fra fylkesnemnder og advokater gir holdepunkter for at ”advokater i *stor grad* bidrar til å få saken løst utenom nemnden”¹²⁴ (min utheving). Det fremgår ikke direkte i hvilken grad løsningene er til barnets beste, men ut fra konteksten, hvor meldingen foreslår økt dekning, må det være forsvarlig å forutsette at de løsningene som meldingene refererer til, i det minste ikke svekket det aktuelle barnets rettstilling.

7.5 Barnevernets legitimitet

Barnevernet og det viktige og nødvendige arbeid som barnevernet utfører, er avhengig av legitimitet og tillit i befolkningen¹²⁵. I den grad økt advokatbistand påvirker barnevernets legitimitet, vil dette være et moment. Befringutvalget viser blant annet til at rettssikkerhetshensyn tilsier at det er nødvendig at barnevernssaker blir opplyst på en balansert måte, og at vedtak må være tilstrekkelig reflektert og bygge på et helhetlig grunnlag. En sentral del av advokatrollen er å påse at foreldrenes syn på saken kommer frem og blir en del av saken. I en del enkeltsaker er det nok dessverre også slik at barnevernet behandler foreldrene med mer respekt og varsomhet når foreldrene er representert ved advokat. I tillegg kan nok advokatbistand minske foreldrenes følelse av avmakt. Hvis advokatens inntreden får disse følgene kan dette bidra til en bedre kommunikasjon mellom foreldrene og barnevernet Dette vil kunne lede til at barnevernet generelt oppfattes som mer lydhøre og lettere å kommunisere med og som igjen kan gi barnevernet større legitimitet. På den annen side kan en advokat som tar en mer konfronterende linje av typen ”dette er uhyrlig”, styrke konfrontasjonen og dermed

¹²⁴ Stortingsmeldingen s. 63

¹²⁵ Behovet for legitimitet er særlig omtalt i NOU 2000: 12 s. 16 og i St.meld.nr 40 s. 16 punkt 2.6

svekke barnevernets legitimitet. Hvorvidt øket advokatbistand i sum vil styrke eller svekke barnevernets legitimitet, er vanskelig å si noe sikker om. Hvis man legger den rimelig optimistiske holdningen til advokatens betydning som stortingsmeldingen om fri rettshjelp legger til grunn er det i alle fall grunn til å hevde at barnevernets legitimitet vil bli styrket.

7.6 Kostnader ved økt advokatbistand

Behovet for økt advokatbistand må avveies mot kostnadene dette vil medføre. Med kostnader siktes det her til de økonomiske omkostningene dette vil medføre. Så vidt jeg vet finnes det ikke noen konkrete tall på hvilke kostnader en endring av rettstilstanden slik stortingsmeldingen om fri rettshjelp legger opp til. Av Stortingsmeldingen om fri rettshjelp fremgår det at de totale kostnadene av fri rettshjelp etter rettshjelploven i 1998 var på 222,8 millioner kroner, og at de samlede kostnader for fri sakførsel og fritt rettsråd var henholdsvis 128 millioner og 86, 5 millioner¹²⁶. Det er vanskelig å være mer konkret enn at de økte kostnadene vil stå i forhold til de nevnte tall.

Slik gjeldende rett er i dag beror det i undersøkelsessaken på en skjønnsmessig rimelighetsvurdering om foreldrene i undersøkelsessaken skal få dekket omkostninger til advokat. Denne vurderingen krever en saksbehandling som krever ressurser. En retsteknisk enklere løsning lignende den etter rhjl. § 22 (3) nr. 2, vil medføre en ressursbesparelse. Denne besparelsen må taes med når de økonomiske omkostningene skal vurderes. En mindre omfattende veiledningsplikt for forvaltningen er også en besparelse.

¹²⁶ Stortingsmeldingen s. 31

7.7 Konklusjon

Et grunnleggende utgangspunkt for barneverntjenestens virksomhet er at barnevernet gis en vid adgang til å foreta undersøkelser dersom barnevernet finner at det er grunnlag for undersøkelse i et konkret tilfelle. Et effektivt og godt barnevern forutsetter at barneverntjenesten kan foreta de undersøkelser som er nødvendig for å avdekke om et barn trenger hjelp i henhold til loven. Dette forutsetter samtidig at foreldrene ikke kan ha rettsmidler til å stanse eller forvanske undersøkelsen. Etter dagens barnevernlov har barnevernet en vid og omfattende adgang til å foreta undersøkelser i den grad barnevernet finner dette ønskelig. Barnevernet har blant annet hjemmel til å åpne undersøkelsessak, innhente taushetspliktbelagte opplysninger og pålegge undersøkelse av barnet, samtidig som foreldrene på dette tidspunktet har få eller ingen rettsmidler til disposisjon.

At foreldrene ikke har rettsmidler til kontroll eller overprøving av barnevernets virksomhet, innebærer selvsagt ikke at undersøkelsen foregår i et rettsomt rom, eller at barnevernets virksomhet ikke er avgrenset av rettsregler. Undersøkelsessaken er underlagt forvaltningsrettslige prosessregler. Disse reglene gir foreldrene prosessuelle rettigheter og barnevernet plikter. Den nye barnevernloven kombinert med forvaltningsloven gir foreldrene en god rettsikkerhet. Forutsatt at loven følges, skulle det være liten grunn til å frykte for foreldrenes rettsikkerhet.

Som beskrevet fremheves det blant annet av Lassen, og av Befringutvalget at kjennskapen til rettsreglene hos de som er satt til å forvalte det, ikke alltid er like god, og at denne manglende kunnskapen er blant de største farene for rettssikkerheten.

I barnevernrett har en uriktig forvaltning av regelverket ikke de samme rettsvirkninger som ellers i forvaltningsretten. I barnevernssaker vil feil begått i undersøkelsessaken i mange tilfeller gå utover foreldrene. Det er derfor meget viktig at regelverket forvaltes etter loven, og i henhold til lovgivers intensjoner.

Sett fra den offentlige side kan målet om en forsvarlig forvaltning av regelverket sikres på flere måter. Det kan hende at det å styrke kompetansen i barneverntjenesten er det beste middel for å fremme både barnets og foreldrenes rettsikkerhet. Befringutvalget fremhever ressursmangel hos barnevernet, mangel på fagkunnskap, og mangel på faglig

skjønn som kanskje den største trussel mot rettssikkerheten¹²⁷. Også Lassen fremhever ressursmangel som en stor fare for rettssikkerheten. Kombinasjonen av høyt arbeidspress, lav status, og lav lønn medfører en manglende faglig kompetanse i barnevernet¹²⁸. Jeg er enig i at manglende kompetanse i barnevernet om barnevern (deriblant jus) nok er den største faren for rettssikkerheten i dag. Etter min oppfatning bør man imidlertid være forsiktig med å sette foreldrenes rettssikkerhet i form av advokatbistand, og rettssikkerhet i form av kompetanse i barnevernet opp mot hverandre. Tvert imot vil manglende kompetanse i barnevernet være et moment for å øke foreldrenes rettssikkerhet i form av advokatbistand, fordi den manglende kompetansen øker foreldrenes rettshjelpsbehov.

Sett fra foreldrenes side er muligheten til å undersøke om, og påvirke at barnevernet holder seg innenfor rammene lovgivningen setter, ofte begrenset. Det er ikke lett, for foreldre som ofte er ressurssvake og i tillegg er i en meget truet situasjon, å sørge for at et barnevern som oppleves som en stor overmakt holder seg innenfor rammer som foreldrene sannsynligvis har lite kunnskap om. Få foreldre som kommer i kontakt med barnevernet kan forventes å ha noen særlig oversikt over rettsreglene og hvilke rettigheter regelverket gir til foreldrene, og hvilke rammer som gjelder i en undersøkelsessak. Deres kjennskap til reglene vil oftest i stor grad basere seg på en form for *common sense* som kanskje ikke har særlig slagkraft i de tilfeller hvor barnevernet kanskje ikke forvalter regelverket fornuftig eller lovlig.

Etter norsk rett er det et fundamentalt og grunnleggende prinsipp at det er de biologiske foreldrene som har hovedansvaret for oppdragelsen av sine barn. Dette utgangspunktet er også Norge bundet av gjennom blant annet barnekonvensjonen art. 9 nr. 1 første pkt. og EMK art. 8 første ledd. Samtidig må barn vernes fra overgrep fra sine foreldre når de ikke makter sin foreldrerolle. I henhold til legalitetsprinsippet, minste inngreps prinsipp, barnets beste og det biologiske prinsipp er det viktig at det offentlige bestreber seg på å ikke gripe inn i forholdet mellom barnet og dets foreldre i større utstrekning enn det som er nødvendig. Videre er det et selvstendig poeng uavhengig av sakens utfall at prosessen blir gjennomført på en så skånsom og human måte som mulig. Det siste kan

¹²⁷ Nou 2000:12 s. 186

¹²⁸ Lassen s. 151 og 152

begrunnes både ut fra hensynet til foreldrene, og ut fra hensynet til barnevernets og rettsordenens behov for legitimitet på et meget ømtålelig rettsområde. Utgangspunktet om at barn prinsipalt er de biologiske foreldrenes ansvar og presumsjonen om at barn har det best hos dem, setter store krav til fremgangsmåten i de tilfeller hvor det kan være aktuelt å fravike dette utgangspunktet. Et minimumskrav må være at foreldrene uavhengig av ressurser, det være seg personlige eller økonomiske, av rettsordenen blir satt i en situasjon hvor deres syn på saken kan komme klart frem, og som gir de en mulighet til å bidra i saken på en konstruktiv måte. Videre må saksbehandlingen være innrettet på en måte som ivaretar foreldrenes integritet og omsorgsevne i de tilfeller hvor foreldrene skal fortsette å ha hovedansvaret for barnet etter at saken avsluttes. Hele barnevernsinstituttet bygger på en fundamental forutsetning om at prosessen og sakens utfall skal være til barnets beste. En prosess som skader foreldrenes evne til omsorg for barnet, og eventuelt andre barn, er særdeles uheldig.

På grunn av inngrepets karakter mener jeg som utgangspunkt at i den grad foreldrene kan ytes rettshjelp uten at dette forringer barnets rettsvern, bør det offentlige strekke seg meget langt i å yte slik rettshjelp.

Dagens hovedregel for advokatbistand innebærer i en del tilfeller at det offentlige først tar på seg de økonomiske byrdene ved advokatbistand på et tidspunkt hvor svært mye av grunnlaget for saken allerede er lagt og vanskelig kan reverseres. En barnevernssak innebærer så mange elementer som setter foreldrene i en meget utsatt posisjon og som de trenger hjelp til å mestre. Det er rimelig at det offentlige gir foreldrene i en slik sak en reell mulighet til å anvende de rettigheter de er tillagt i lovgivningen. Foreldrene må lære seg ”spilletts regler”, før det i realiteten er avsluttet. Det er vanskelig å bidra til en undersøkelse etter at den er gjennomført¹²⁹. Dette bør få konsekvenser for når advokaten bør inn i saken. Hvis advokatens medvirkning ses på som et gode, må advokaten inn i bildet på et stadium i saken hvor advokaten kan ha innflytelse i saken.

¹²⁹ NOU 2000: 12 s. 183

7.8 Særlige problemstillinger

7.8.1 Trekking av sak

Både for de ordinære sakene og ved midlertidige akuttvedtak kan foreldrene være helt trygge på at advokatombudsninger blir dekket uten behovsprøving, først når saken eller klagen er sendt inn til fylkesnemnda og registrert der. På tross av dette vil foreldrene i de fleste tilfeller få en klar berettiget forventning om at de vil motta slik hjelp forut for dette skjæringsstidspunktet. Som beskrevet har barnevernet en veiledningsplikt overfor foreldrene. En sentral side av denne plikten å gi foreldrene veiledning om deres rett til og lå seg bistå av advokat, og reglene om fri rettshjelp.

Når barnevernet har besluttet å sende inn forslag om tiltak til fylkesnemnd, eller fattet et midlertidig akuttvedtak, innebærer denne veiledningsplikten i praksis at barnevernet gir foreldrene beskjed om at de bør oppsøke advokat og *at denne advokatbistanden vil bli dekket av det offentlige*. I de tilfeller hvor barnevernet trekker saken eller klagen før den er blitt registrert, har foreldrene likevel ikke et krav på å fri sakførsel, men er prisgitt en vurdering fra fylkesmannens side om vilkårene for fritt rettsråd etter rhjl. § 13 (3), eller fri sakførsel etter § 17 er oppfylt.

I de ordinære sakene gir stortingsmeldingen om fri rettshjelp uttrykk for at det er ”helt urimelig” at foreldrene blir stående svakere i de tilfellene hvor sakene aldri blir registrert. Meldingen begrunner dette både med at advokatbistanden ofte har medvirket til en løsning, og at foreldrene i denne situasjonen har en berettiget forventning om å fri rettshjelp uten behovsprøving. Foreldrene forventer en fylkesnemndsbehandling og innretter seg deretter¹³⁰.

Jeg mener at foreldre i disse tilfellene åpenbart burde ha rettskrav på å få dekket sine omkostninger. I disse tilfellene har foreldrene som oftest oppsøkt advokat etter råd fra barnevernet i den tro at det ikke vil koste dem noe. Det er et meget uheldig signal til foreldre og advokater at bidrag til å løse en sak forut for nemndsbehandling kan føre til at foreldrene mister rett til fri rettshjelp. Når loven tolkes slik at foreldrene ikke har et formelt rettskrav på fri rettshjelp synes jeg foreldrenes berettigede forventninger om å få

¹³⁰ Stortingsmeldingen s.64

fri rettshjelp må veie tungt i den konkrete rimelighetsvurderingen når foreldrene søker om fritt rettsråd. Når stortingsmeldingen uttrykkelig omtaler dette typetilfellet som ”helt urimelig”, synes jeg adgangen til å gi fritt rettsråd burde benyttes til lovens grenser.

7.8.2 Trekking av midlertidige avgjørelser

Ved midlertidige avgjørelser etter bvl. § 4-6 (2) har barnevernet fjernet barnet fra foreldrene med tvang, uten at foreldrene har hatt mulighet til å fremlegge sin versjon. De midlertidige akuttvedtakene forutsetter at det er fare for at barnet ellers vil bli ”vesentlig skadelidende”. Dette vilkåret er klart strengere enn for omsorgsovertagelse¹³¹. I de fleste tilfellene vil det kun være aktuelt å benytte denne adgangen dersom det foreligger mistanke om meget alvorlige overgrep, som grov vold eller incest.

Når barnevernet på bakgrunn av slik mistanke først plasserer barnet utenfor hjemmet, av og til på sperret adresse etter § 4-6 (3) jfr. § 4-19, og deretter gir foreldrene beskjed om å kontakte advokat og *at bistanden blir betalt av det offentlige*, finner jeg det svært betenkelig at foreldrene likevel kan bli sittende igjen med den økonomiske belastningen av de påløpte advokatutgifter. Når årsaken til at foreldrene blir sittende igjen med regningen som oftest er en kombinasjon av at mistanken mot foreldrene blir avkrefet, og at barnevernet har glemt å sende klagen inn til fylkesnemnda, synes jeg dette er en *grov* tilsidesettelse av de krav foreldrene må kunne stille til rettssikkerhet i form av forutberegnelighet og hensynsfullhet.

For de midlertidige avgjørelsene synes jeg også at det ligger innenfor prinsipper om forsvarlig lovtolkning å komme til det tolkningsresultat at selve klagen er nok til å utløse et krav på fri sakførsel. Saken har blitt registrert hos fylkesnemnda i den forstand at nemndslederen har gitt sin foreløpige godkjennelse av akuttvedtaket, og foreldrene har klaget.

I disse sakene synes jeg det er underlig at fylkesmannen, og justisdepartementet og sivilombudsmannen i klagebehandlingen kan avslå søknad om fritt rettsråd. I flere

¹³¹ Lindboe s. 161

enkeltavgjørelser har imidlertid foreldrene fått avslag på søknad om fritt rettsråd. Avslaget er i disse tilfellene begrunnet i at foreldrene ikke oppfyller lovens alminnelige krav til inntekt, og at overskridelsene er så store at det ikke er rimelig å dispensere fra kravene. De fattende organer har etter min mening for ensidig lagt vekt på de økonomiske sidene av rimelighetsvurderingen. Foreldrene har uforskyldt havnet i en situasjon hvor de på bakgrunn av råd fra barnevernet har kontaktet advokat og pådratt saken omkostninger, samtidig som barnet har vært tvangsplassert borte fra hjemmet. Når mistanken som ledet til tvangsplasseringen senere blir avkrefet slik at saken aldri havner i fylkesnemnda, synes jeg det under enhver omstendighet er det eneste rimelige at det offentlige dekker de påløpte advokatomkostninger. Jeg tror årsaken til at verken juridisk litteratur eller stortingsmeldingen om fri rettshjelp ikke omtaler dette typetilfellet er at rettstilstanden er lite kjent.

7.9 Oppsummering

Etter min oppfatning bør det ikke medføre økonomisk belastning for foreldrene å få barneverntjenestens oppmerksomhet rettet mot seg. Dette innebærer at foreldrene bør ha rettskrav på fri rettshjelp i de tilfeller de har et behov for bistand av advokat. De særegenheter ved barnevernssaker som er nevnt i oppgaven innebærer at undersøkelsesstadiet er meget avgjørende for den videre saksgangen, og i mange tilfeller for utfallet av saken. Jeg mener derfor hovedregelen bør være at foreldrene skal ha krav på fri rettshjelp uten behovsprøving og uten økonomisk belastning allerede på undersøkelsesstadiet. Dette utgangspunktet bør etter min oppfatning gjelde med mindre det er stor grunn til å tro at saken ikke vil kunne ende som en tvangssak. Siden det på undersøkelsesstadiet som nevnt i innledningen kan være vanskelig å vite hvordan en sak vil ende, er det vanskelig å angi presist hvordan reglene bør utformes. Det sentrale er imidlertid at det for de type saker som senere viser seg å ende som tvangssaker, for meg fremstår som urimelig at foreldrene ikke har vært bistått av advokat på et tidlig stadium av saken, eller at foreldrene i tilfelle har måttet betale en egenandel for rettshjelpen, all den tid enkeltsakenes skjebne i relativt stor grad ligger på dette tidlige stadium. Jeg er enig med stortingsmeldingen i at dagens rettshjelpsordning i tilstrekkelig grad sikrer foreldrenes rettssikkerhet i saker av ikke tvangsmessig karakter.

Avslutningsvis synes det naturlig å kommentere de forslag til endringer i rettstilstanden som er fremmet i stortingsmeldingen om fri rettshjelp, og innstillingen til Stortinget. Det sentrale spørsmålet er om endringsforslagene møter de behov for økt rettshjelp oppgaven har konkludert med at det er. Det kan være grunn til å bemerke at forslagene ikke har medført endringer i rettshjelpsloven, dette på tross av at det har gått flere år siden forslagene til endringer kom. Etter min mening er det på flere punkter uklart hva endringsforslagene går ut på. Stortingsmeldingen foreslår at barnevernssaker av ”spesielt inngripende art...bør gjøres prioritert” på undersøkelsesstadiet¹³². Videre foreslår meldingen at rettshjelp bør gis uten behovsprøving i saker som er av en slik alvorlig karakter at foreldrene har et klart behov for advokatbistand, som når barneverntjenesten vurderer omsorgsovertakelse, eller ved midlertidige akuttvedtak. Som beskrevet blant annet av stortingsmeldingen selv, er også de prioriterte sakene behovsprøvet ved at det stilles de samme krav til inntekt og formue som ved uprioriterte saker¹³³. Stortingsmeldingens argumentasjon kan imidlertid tolkes som om den sikter til rettshjelp uten behovsprøving når den argumenterer for at barnevernssakene bør prioriteres. Forslaget kan også tolkes slik at det innføres et skille mellom prioriterte, men behovsprøvede saker, og saker som ikke skal være økonomisk behovsprøvede. Hvis meldingen bygger på et slikt skille, vil forslagene til endringer reelt sett innebære lite for de barnevernssakene hvor rettshjelp fortsatt er avhengig av at vilkår for økonomi er oppfylt. Innstillingen gir en gjengivelse av departementets forslag, som etter mitt syn klarere gir uttrykk for et skille mellom saker av ”spesielt inngripende art” og ”alvorlige saker”¹³⁴. Deretter gir innstillingen kort uttrykk for at komiteen ser det som naturlig at barnevernssaker blir prioriterte saker¹³⁵. Etter det tradisjonelle skillet mellom prioriterte og uprioriterte saker kan det her synes som om komiteen legger til grunn at alle barnevernsaker skal være prioriterte saker, men at de fremdeles skal være behovsprøvede. I så tilfelle er forslaget til utvidelse av rettshjelpstilbudet i innstillingen langt mindre omfattende enn forslaget i stortingsmeldingen. Innstillingen gir i alle fall ikke noe sted uttrykk for at barnevernssaker skal kunne gis uten behovsprøving. Derimot anvender innstillingen terminologien ”rettshjelp uten behovsprøving” om

¹³² Stortingsmeldingen s. 63

¹³³ Stortingsmeldingen s. 35

¹³⁴ Innstillingen s. 9 og 10

¹³⁵ Innstillingen s. 11

barnefordelingssakene¹³⁶. Innstillingen ber her om en vurdering av rettshjelp uten behovsprøving i et begrenset antall timer, og begrunner dette med at ”barnefordelingssakene står i en helt spesiell stilling”. Hvis komiteen mener å gi uttrykk for at rettshjelp skal ytes uten økonomisk behovsprøving i barnevernssaker, synes jeg dette kommer dårlig frem.

Disse uklarhetene gjør at jeg har litt vanskelig for å vurdere om endringsforslagene møter de behovene for rettshjelp oppgaven konkluderer med at foreldrene har. I disse sakene forutsetter etter min oppfatning enhver reell endring av betydning, at rettshjelp at rettshjelpen gis uten behovsprøving, og uten økonomisk belastning. I den grad forslagene bygger på et syn om at barnevernssaker skal være blant de prioriterte sakene, men fremdeles være behovsprøvet, løser de dermed i liten grad det behov foreldrene i barnevernssaker har for fri rettshjelp.

¹³⁶ Innstillingen s. 11

Litteratur

- Benneche, Gerd: *Rettsikkerheten i barnevernet*, Oslo 1967
- Boe, Erik: *Innføring i jus bind , Oslo 1993*
- Eckhoff, Torstein: *Forvaltningsrett*, 6. utg. ved Eivind Smith, Oslo 1997, rev. 2. opplag 1999
- Eckhoff, Torstein: *Rettskildelære*, 4. utg. ved Jan E. Helgesen, Oslo 1997
- Eskeland, Ståle: *Strafferett*, Oslo 2000
- Graver, Hans Petter: *Alminnelig forvaltningsrett*, Oslo 1999
- Grinde, Turid Vogt: Fakta om fylkesnemndene og aktuelle spørsmål, i Sturla Falck og Toril Havik (red): *Barnevern og fylkesnemnd*, 2000
- Hassel, Karen: Sakkyndige i barnevernssaker, i Steinar Tjomsland (red): *Barnevern og omsorgsovertakelse*, 2 utg. Oslo 2003
- Havik, Toril: Hva mener saksbehandlerne i barnevernet om fylkesnemnda?, i Sturla Falck og Toril Havik (red): *Barnevern og fylkesnemnd*, 2000
- Johnsen, John T: *Retten til juridisk bistand*, 1987
- Iversen, Oddmar: Hvorfor griper barnevernet inn og hvilken hjelp hadde barna fått?, i Sturla Falck og Toril Havik (red): *Barnevern og fylkesnemnd*, 2000
- Kjellebold, Alice: Barnevernets taushetsplikt og mulighet for samarbeid og kommunikasjon, i Steinar Tjomsland (red): *Barnevern og omsorgsovertakelse*, Oslo 1995
- Lassen, Rikke: Barns rettigheter etter den nye barnevernloven, artikkel i *Mennesker og rettigheter*, nr. 2 1998
- Lindboe, Knut: *Barnevernrett*, 3. utg., Oslo 1998
- Lindboe, Knut: Advokatens rolle, i Mons Oppedal, Kirsten Sandberg, Aslak Syse (red): *Barnevernet og barnevernloven*
- Ofstad, Kari og Randi Skar: *Barnevernloven med kommentarer*, 3. utg. Oslo 1999
- Solum, Mette: Barnevernets saksbehandlingsregler, i Steinar Tjomsland (red): *Barnevern og omsorgsovertakelse*, 2 utg. Oslo 2003
- Syse, Aslak og Asbjørn Kjørstad: *Velferdsrett I*, 2. utg. Oslo 2001
- Zimmer, Fredrik: *Lærebok i skatterett*, 4 utg. Oslo 2001

Rettspraksis

Rt 1982 s. 1337

Rt 1991 s. 21

Rt 1991 s. 663

Kjennelse avsagt av Høyesterett 4. mars 2003 sak nr. 2002/1046

Offentlige dokumenter

Norges offentlige utredninger

NOU 2000:12 *Barnevernet i Norge*

Stortingsmeldinger

St.meld.nr.25 1999-2000 *Om fri rettshjelp*

St.meld.nr.40 2001-2002 *Om barne- og ungdomsvernet*

Innstillinger

Innst.S. nr. 181 1999-2000, *Innstilling fra justiskomiteen om fri rettshjelp*

Odelstingsproposisjoner

Ot.prp.nr.3 1976-1977, *Om lov om endringer i lov 10 februar 1967 om*

Behandlingsmåten i forvaltningssaker

Ot.prp.nr.29 1990-1991, *Om lov om sosiale tjenester m.v. (sosialtjenesteloven).*

Ot.prp.nr.65 1990-1991, *Om lov om tvangsfullbyrding og midlertidig sikring*

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

Ot.prp.nr.71 1993-1994, *Om lov om endringer i lov av 17 juli 1992 nr. 100 om*

barneverntjenester

Lovregister

Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) av 10 feb. 1967
Lov om fri rettshjelp av 13 juni. Nr. 35. 1980 Om fri rettshjelp
Lov om barn og foreldre (barnelova) av 8 april. Nr. 7. 1981
Lov om sosiale tjenester m.v. av 13 des. Nr. 81. 1991
Lov om barneverntjenester av 17. juli. Nr. 100. 1992
Lov om vern av smittsomme sykdommer av 5 aug. Nr. 55. 1994
Lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykisk helsevernloven) av 2 juli. Nr. 62. 1999
Lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven) av 2. juli. Nr. 63. 1999

Forskrift

FOR 1996-22 nr 1001: Forskrift til lov om fri rettshjelp

Rundskriv

Rundskriv om fri rettshjelp G-73/96

Retningslinjer til lov om barneverntjenester Q- 1036 B eller Q-0900

Rundskriv G-80/97

<http://www.jus.uio.no/sekr/studieinformasjon/fagsider/spesialoppgave/retningslinjer>

A