

Barneverntjenestens avgjørelse om å stanse samvær på grunnlag av nødrett – klagerett og klageinstans

3.9.2021 (2021/2020)

Saken gjelder avvisning av klage over barneverntjenestens avgjørelse om å stanse samvær etter omsorgsovertakelse på grunnlag av nødrett. Statsforvalteren mente at samværsnektelsen ikke er et enkeltvedtak, men en faktisk handling truffet med hjemmel i straffeloven, og at det følgelig ikke er klagerett etter barnevernlovens regler.

Sivilombudet er kommet til at den delen av barneverntjenestens avgjørelse som knyttet seg til stans av det fremtidige samværet mellom klageren og barnet, er et enkeltvedtak. Vedtaket kan etter barnevernloven § 6-5 påklages til Statsforvalteren.

Sivilombudet ber Statsforvalteren vurdere klagen over barneverntjenestens avgjørelse på nytt, og legge ombudets syn til grunn i senere saker. En kopi av uttalelsen sendes Barne- og familiedepartementet. Ombudet forutsetter at departementets tidligere føringer til statsforvalterembetene justeres i tråd med uttalelsen, og at departementet vurderer behovet for klargjøring i regelverket.

Sakens bakgrunn

Barneverntjenesten i X kommune besluttet 26. mars 2021 å stanse gjennomføring av samvær mellom A (heretter klageren) og hennes biologiske sønn, som er under barneverntjenestens omsorg og plassert i fosterhjem. Samværsnektelsen var begrunnet ut fra nødrettsbetraktninger, og innebar en tilsidesettelse av det samværet som er fastsatt i rettskraftig dom av Y tingrett 30.

september 2020. Ifølge dommen skal det gjennomføres samvær hver 14. dag i fire timer uten tilsyn. Det aktuelle samværet var avtalt 26. mars kl. 14.00.

Bakgrunnen for samværsnektelsen var at barneverntjenesten mottok en anonym bekymringsmelding 15. mars om mulige straffbare forhold i forbindelse med mors samvær. Samme dag meldte barneverntjenesten om forholdet til politiet. Klageren ble på bakgrunn av dette pågrepet, og det ble iverksatt etterforskning. Den 24. mars opplyste politiet at saken ville bli henlagt etter bevisets stilling.

I møte mellom barneverntjenesten, klageren og hennes advokat B 26. mars kl. 10.00 skal barneverntjenesten ha gitt uttrykk for et ønske om å føre tilsyn under samværet, noe klageren ikke samtykket til. Barneverntjenesten skal videre ha opplyst at det ikke var hjemmel for å nekte samværet som var planlagt samme dag, og at en sak om samværsendring ville bli oversendt Fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker i Nordland innen utgangen av april.

Barneverntjenesten var etter møtet i kontakt med fosterhjemmet, og det ble avtalt at fosterforeldrene skulle kjøre barnet til klageren kl. 14.00. Kort tid før dette ble det imidlertid klart at fosterhjemmet ikke ønsket å bidra til gjennomføring av samvær uten tilsyn av hensyn til barnets sikkerhet. Barneverntjenesten vurderte dermed at det ikke var til barnets beste å hente barnet mot fosterforeldrenes vilje. Samværet ble derfor avlyst.

Klageren mottok deretter kl. 13.00 en SMS fra saksbehandler i barneverntjenesten om at samværet måtte utgå, og at dette ville bli skriftliggjort i løpet av dagen. Klageren og advokat B forsøkte å ringe tilbake til saksbehandleren for å få en nærmere begrunnelse for avlysningen. Da det ikke lyktes å få kontakt med saksbehandleren eller ytterligere svar fra barneverntjenesten, valgte klageren å dra til fosterhjemmet kl. 14.00. Politiet ble da tilkalt, og klageren ble bortvist fra stedet.

Senere på kvelden kl. 18.00 mottok advokat B barneverntjenestens brev med beslutningen om stans av samvær. Brevet hadde følgende innhold:

«Barneverntjenesten i X kommune har besluttet å stanse samvær mellom mor og barn etter nødrettsbetraktninger i påvente av behandling i Fylkesnemnda i Nordland vedrørende tilsyn på samvær.

Bakgrunnen for stans av samvær er bekymringsmelding mottatt 15.03.21 vedrørende mulig [straffbart forhold] i forbindelse med samvær med mor. Saken ble henlagt av politiet etter bevisets stilling, men barnevernet er likevel bekymret av en slik grad at det ikke vil bli gjennomført samvær uten tilsyn.

Du ble i dag forelagt barneverntjenestens bekymring og at barneverntjenesten ønsker å føre tilsyn under samværet. Dette nektet du.

Det vil ikke bli gjennomført samvær inntil Fylkesnemnda har behandlet saken, med mindre du godtar at barnevernet fører tilsyn under samværene. Sak vil bli sendt til Fylkesnemnda så raskt som mulig.»

Advokat B klaget 30. mars til Statsforvalteren i Nordland på vegne av moren. I klagen ble det fremholdt at barneverntjenestens avgjørelse om å stanse samværet var å anse som et enkeltvedtak med klagerett til Statsforvalteren, og at vedtaket var ugyldig.

Statsforvalteren avviste klagen 9. april. I avgjørelsen ble det vist til at det er fylkesnemnda som har kompetanse til å fastsette samvær etter omsorgsovertakelse, og at barneverntjenesten ikke har hjemmel i barnevernloven til å begrense det samværet som er fastsatt av fylkesnemnda eller i rettskraftig dom. Det fremkom at barneverntjenesten i så fall må bringe saken inn til ny behandling i fylkesnemnda dersom det vurderes som nødvendig å begrense samværet.

Statsforvalteren la til grunn at barneverntjenesten hadde truffet en uhjemlet beslutning om å stoppe samvær, og at det ikke er utpekt klageinstans for slike avgjørelser. Etter Statsforvalterens oppfatning har embetet ikke kompetanse til å overprøve barneverntjenestens tvangstiltak eller ta stilling til grunnlaget for nødrett etter straffeloven. Det ble derfor konkludert med at Statsforvalteren ikke kunne behandle klagen.

Statsforvalterens svar til klageren ble sendt i kopi til kommunen «for å understreke føringene fra Bufdir om at barneverntjenesten umiddelbart må fremme sak for fylkesnemnda».

Statsforvalteren ga samtidig uttrykk for at en saksbehandlingstid på mer enn én måned, slik klageren hadde fått opplyst fra barnevernlederen, ikke var å anse som umiddelbart i denne sammenheng.

Advokat B kontaktet Fylkesnemnda 8. april. Fylkesnemnda ga deretter barneverntjenesten frist til 16. april med å fremme en begjæring om samværsendring. Slik begjæring ble fremsatt innen fristen. Det ble deretter berammet en samtaleprosess i fylkesnemnda 14. mai og forhandlingsmøte i juni. Den 27. april underrettet politiet om at henleggelsesgrunnen i straffesaken var omgjort til intet straffbart forhold.

På vegne av klageren brakte advokat B Statsforvalterens avvisning inn til Sivilombudet 28. april 2021. I forbindelse med klagen hit har advokat B opplyst at barneverntjenesten har trukket saken for Fylkesnemnda.

Våre undersøkelser

Ombudet fant grunn til å undersøke Statsforvalterens avvisning nærmere. Vi ba Statsforvalteren redegjøre for sin forståelse av barnevernloven § 6-5, og gi en utdypende forklaring på hvorfor barneverntjenestens beslutning om samværsnektelse ikke kan påklages til Statsforvalteren i medhold av denne bestemmelsen. I tilknytning til dette stilte vi spørsmål om kommunens avgjørelse om å stanse samværet er et enkeltvedtak etter forvaltningsloven § 2, om det er grunnlag for å anse barneverntjenestens avgjørelse som et akuttvedtak som kan bringes inn for fylkesnemnda etter mønster av barnevernloven §§ 7-22 og 7-23, og hvilket organ som er rett klageinstans for det tilfellet at barneverntjenestens avgjørelse anses som et enkeltvedtak, og ikke kan bringes inn for fylkesnemnda.

Vi ba Statsforvalteren også opplyse om det var åpnet tilsynssak overfor barneverntjenesten, og hvilke vurderinger som var gjort i denne forbindelse.

Statsforvalteren svarte at barnevernloven § 6-5 fastsetter hvem som er klageinstans for ulike vedtak truffet av barneverntjenesten, og at enkeltvedtak som barneverntjenesten har truffet, skal klagebehandles av Statsforvalteren, hvis ikke klagen gjelder en sak som hører under fylkesnemnda. Til grunn for sin konklusjon om at barneverntjenestens avgjørelse ikke er å anse som et enkeltvedtak, viste Statsforvalteren til Barne- og familiedepartementets brev 4. juni 2004. I brevet gir departementet uttrykk for følgende:

«Dersom barneverntjenesten nekter foreldrene å gjennomføre ett eller flere samvær med henvisning til straffeloven § 47, kan departementet vanskelig se at dette er å anse som et vedtak etter barnevernloven som er gjenstand for ordinær klage etter barnevernlovens regler.»

Statsforvalteren hadde ikke åpnet tilsynssak mot kommunen, og redegjorde nærmere for denne vurderingen.

På bakgrunn av Statsforvalterens svar besluttet vi å ta opp spørsmålene knyttet til klagerett og klageinstans med Barne- og familiedepartementet som ansvarlig departement. Vi spurte i tillegg om departementet har en formening om omfanget av avgjørelser fra barneverntjenestene som er truffet uten hjemmel i barnevernloven, og hvilke forvaltningsmessige rettssikkerhetstiltak som eksisterer for slike avgjørelser.

Departementet uttalte seg om regelverket på generelt grunnlag. Det ble lagt til grunn at Statsforvalteren er klageinstans for barneverntjenestens enkeltvedtak truffet i medhold av barnevernloven og i medhold av andre hjemmelsgrunnlag, med mindre noe annet er bestemt. Ifølge departementet har barnevernloven ingen bestemmelse som gir barneverntjenesten adgang til å stanse samvær fastsatt av fylkesnemnda. I en nødsituasjon kan likevel barneverntjenesten straffritt stanse slikt samvær etter nødrettsreglene i straffeloven § 17. Dette innebærer at samværet kan stanses for å redde liv, helse, eiendom eller annen interesse fra en fare for skade som ikke kan avverges på annen rimelig måte, og skaderisikoen er langt større enn skaderisikoen ved handlingen.

Videre ga departementet uttrykk for at dersom barneverntjenesten avbryter eller stanser et samvær med henvisning til straffeloven § 17, må barneverntjenesten umiddelbart vurdere om det er muligheter for å utsette samværet slik at det kan gjennomføres på et senere tidspunkt, eller om det skal fremmes en sak om samværsending for fylkesnemnda. Det er departementets syn at dersom en situasjon gjør det nødvendig for barneverntjenesten å akutt stanse eller avbryte et samvær for å avverge skade på barnet, er dette en faktisk handling, og ikke et enkeltvedtak. Dersom samværet kan gjennomføres på et senere tidspunkt innenfor rammene av fylkesnemndas vedtak eller rettskraftig dom, vil stans i samværet etter departementets oppfatning uansett ikke være bestemmende for foreldrenes rettigheter og plikter.

Departementet bemerket for øvrig at barneverntjenestens stans av samvær alltid skal dokumenteres og begrunnes i etterkant i tråd med normer for god forvaltningsskikk, og at Statsforvalteren i medhold av kommuneloven § 30-2 og barnevernloven § 2-3 b kan gjennomføre lovlighetstilsyn dersom Statsforvalteren mottar en sak om stans av samvær.

Til sist opplyste departementet at det ikke føres statistikk over omfanget av barneverntjenestenes stans av samvær, men at det i 2021 er igangsatt et forskningsprosjekt ved OsloMet om samvær etter omsorgsovertakelse. Prosjektet skal se nærmere på hvordan barneverntjenesten bør tilrettelegge for samvær etter omsorgsovertakelse, og hvilke vurderinger barneverntjenesten bør gjøre i de situasjonene der det ikke er til det beste for barnet å gjennomføre samvær.

Advokat B har blitt forelagt Statsforvalterens og departementets svar i saken, men har ikke kommet med ytterligere merknader.

Sivilombudets syn på saken

1. Rettslige utgangspunkter

Forvaltningsloven gjelder for barnevernets virksomhet med de særregler som er fastsatt i barnevernloven. Det følger av forvaltningsloven § 28 første ledd at «enkeltvedtak» kan påklages til overordnet forvaltningsorgan. Begrepet enkeltvedtak er definert i § 2 første ledd bokstav b, jf. bokstav a. Etter denne definisjonen må enkeltvedtak oppfylle visse kriterier: det må være «en avgjørelse» som treffes «under utøving av offentlig myndighet», og som «generelt eller konkret er bestemmende for rettigheter eller plikter» til «en eller flere bestemte personer». I dette ligger at avgjørelsen må stifte, endre eller oppheve en rett, plikt, kompetanse eller kvalifikasjon.

En avgjørelse om å foreta en faktisk handling under utøvelse av offentlig myndighet vil også være en «avgjørelse» i forvaltningslovens forstand. Slike avgjørelser oppfyller imidlertid ikke kravet om at avgjørelsen må være «bestemmende for rettigheter eller plikter», altså normerende. Faktiske handlinger tar i utgangspunktet ikke sikte på å ha rettsvirkninger for den enkelte. De er derfor ikke enkeltvedtak, og kan følgelig ikke påklages i medhold av forvaltningsloven § 28.

Etter barnevernloven § 6-5 første ledd kan enkeltvedtak som barneverntjenesten har truffet, som hovedregel påklages til Statsforvalteren. Barne- og familiedepartementet har på spørsmål fra ombudet svart at klageretten til Statsforvalteren ikke er begrenset til enkeltvedtak som er truffet med hjemmel i barnevernloven, men også omfatter barneverntjenestens enkeltvedtak truffet i medhold av andre hjemmelsgrunnlag. Ombudet er enig i denne forståelsen.

Det følger av barnevernloven § 6-5 andre ledd at klageretten til Statsforvalteren er avgrenset mot de saker som hører under fylkesnemnda, med mindre noe annet er bestemt i loven. Fastsettelse av samvær etter omsorgsovertakelse, herunder endring av vilkår for og omfanget av samværsretten, hører under fylkesnemndas kompetanseområde. Slike saker må barneverntjenesten fremme for fylkesnemnda etter reglene i § 4-19 og kapittel 7. Etter § 7-23 kan akuttvedtak som barneverntjenesten har truffet i medhold av barnevernloven, påklages til fylkesnemnda. De fleste av disse akuttvedtakene skal i henhold til § 7-22 umiddelbart etter iverksetting først sendes fylkesnemnda for godkjenning.

Barneverntjenestens adgang til å treffe midlertidige akuttvedtak er uttømmende angitt i barnevernloven, og omfatter ikke situasjonen i saken her. Dersom en beslutning fra

barneverntjenesten om å stanse samværet kan påklages, vil det derfor være Statsforvalteren som er riktig klageinstans.

Avgjørende for klageretten til Statsforvalteren er dermed om barneverntjenestens avgjørelse må anses for å være et enkeltvedtak.

2. Barneverntjenestens handlinger på grunnlag av nødrett

Det anførte grunnlaget for avgjørelsen om samværsnektelse er nødrettsbestemmelsene i straffeloven § 17. Sivilombudet har i uttalelse 30. juni 2021 (SOM-2020-577) lagt til grunn at nødrett og nødverge etter straffeloven §§ 17 og 18 i utgangspunktet er straffrihetsgrunner, og ikke inngrepshjemler. Ombudet utelukket imidlertid ikke at prinsippene bak bestemmelsene måtte anses som ulovfestede inngrepshjemler, men påpekte at konsekvensene av å gå utenfor bestemmelsenes rekkevidde uansett kunne være straffbar.

Hvorvidt barneverntjenestens avgjørelse om å stanse samvær hadde et tilstrekkelig hjemmelsgrunnlag basert på nødrettsbetraktninger, har ikke vært en del av undersøkelsene i saken her. Etter ombudets syn har det heller ikke avgjørende betydning for vurderingen av om avgjørelsen var et enkeltvedtak. Et enkeltvedtak er, som nevnt under punkt 1, en normeringshandling. Så lenge normeringshandlingen innebærer «utøving av offentlig myndighet», vil det i utgangspunktet være uten betydning hva som er det rettslige grunnlaget for den. Dersom også de øvrige vilkårene etter enkeltvedtaksdefinisjonen i forvaltningsloven § 2 er oppfylt, må derfor også avgjørelser som er truffet på grunnlag av nødrettsbetraktninger, regnes som enkeltvedtak.

Det kan ikke være tvilsomt at barneverntjenestens avgjørelse om å nekte samvær var utøvelse av offentlig myndighet, og at den rettet seg mot én eller flere bestemte personer. Avgjørende for klageretten til Statsforvalteren i saken her er dermed om barneverntjenestens samværsnektelse er å anse som en faktisk handling, eller en avgjørelse som var bestemmende for rettighetene eller pliktene til klageren og andre direkte berørte. Dette kan etter ombudets syn ikke avgjøres generelt, slik Statsforvalterens og departementets redegjørelse til ombudet synes å gi uttrykk for, men må bero på en konkret vurdering.

3. Var samværsnektelsen en faktisk handling eller et enkeltvedtak?

Ifølge departementet vil det å akutt stanse eller avbryte et samvær for å avverge skade på barnet, være en faktisk handling, og ikke et enkeltvedtak. Ombudet er enig i dette. Videre er det departementets oppfatning at dersom det samværet som avbrytes, kan gjennomføres på et senere tidspunkt «innenfor rammene av fylkesnemndas vedtak eller en dom», vil samværsnektelsen «ikke være bestemmende for foreldrenes rettigheter og plikter». Etter ombudets syn vil dette normalt være riktig, men kan likevel ikke automatisk legges til grunn i alle tilfeller. Formålet med og virkningene av samværsnektelsen må også tas i betraktning, og kan etter omstendighetene tilsi at en avgjørelse om å stanse samværet reelt sett fremstår som en normerende beslutning, selv om beslutningen etter sin ordlyd ikke endrer på innholdet i fylkesnemndas vedtak eller en dom.

Slik situasjonen utviklet seg den aktuelle samværsdagen 26. mars, kan mye tale for at barneverntjenestens avgjørelse om å stanse gjennomføringen av samværet akkurat denne dagen, isolert sett var en faktisk handling. Ombudet mener likevel at dette ikke er avgjørende for spørsmålet om klagerett i saken her.

Det fremgår av brevet til advokat B at barneverntjenesten ikke bare besluttet å stanse samværet 26. mars, men også det fremtidige samværet inntil fylkesnemnda hadde behandlet saken. En endelig avgjørelse i fylkesnemnda var etter det opplyste forventet å foreligge tidligst i juni, det vil si mer en to måneder etter at barneverntjenestens beslutning ble truffet. I tillegg stilte barneverntjenesten som vilkår at klageren måtte godta tilsyn under samværene for at samværsretten eventuelt kunne gjenopptas før. Tingrettsdommen som regulerte klagerens samværsrett, åpnet ikke for at barneverntjenesten kunne stille et slikt vilkår. Dessuten var formålet med samværsnektelsen å stanse alt samvær (uten tilsyn) i påvente av fylkesnemndas vedtak. Nektelsen fremstår derfor ikke som et ledd i den praktiske gjennomføring av den samværsordningen tingretten hadde fastsatt, men som en innføring av en annen, midlertidig samværsordning.

Etter ombudets vurdering var barneverntjenestens beslutning en endring av samværet som lå utenfor rammene av tingrettens dom. Ombudet mener derfor at avgjørelsen er «bestemmende» for klagerens rettigheter og plikter, med den følge at denne delen av barneverntjenestens avgjørelse må anses for å være et enkeltvedtak som kunne påklages. Både rettssikkerhetshensyn og systembetragtninger underbygger denne konklusjonen. Som påpekt i punkt 1, gir barnevernloven foreldrene rett til å få overprøvd midlertidige akuttvedtak som barneverntjenesten treffer i medhold av barnevernloven. Ombudet kan vanskelig se at behovet for den rettssikkerhetsgaranti som ligger til grunn for retten til forvaltningsklage og overprøving av et overordnet organ, gjør seg mindre gjeldende for barneverntjenestens avgjørelse i saken her. Avgjørelsen er av stor betydning for barnet, og behovet for forvaltningsmessige rettssikkerhetstiltak underbygges ytterligere ved at en avgjørelse om samværsnekt er et inngrep i klagerens grunnlovs- og konvensjonsbeskyttede vern av retten til familieliv.

Dette endres ikke av at Statsforvalteren også har tilsynsansvar på området etter barnevernloven § 2-3 fjerde ledd. Selv om Statsforvalteren i egenskap av å være tilsynsmyndighet kan foreta lovlighetskontroll av barneverntjenestens beslutning om stans av samvær, ivaretar ikke det generelle tilsynsansvaret de rettssikkerhetshensyn som ligger til grunn for retten til å klage over enkeltvedtak. En individuell klagerett gir den enkelte sterkere prosessuelle rettigheter overfor forvaltningen enn muligheten til å anmode om at det åpnes tilsynssak. Som klageinstans, vil Statsforvalteren kunne prøve alle sider av saken. Statsforvalteren vil i tillegg være mer forpliktet til å vurdere klagerens anførsler, og begrunne sitt syn.

Ombudet har etter dette kommet til at den del av barneverntjenestens avgjørelse 26. mars som knytter seg til stans av det fremtidige samværet, er et enkeltvedtak i henhold til forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav b, jf. bokstav a. Det følger av dette at avgjørelsen kan påklages til Statsforvalteren i tråd med barnevernloven § 6-5 første ledd og forvaltningsloven § 28.

Ombudet ber Statsforvalteren vurdere klagen over barneverntjenestens avgjørelse på nytt og legge ombudets syn til grunn i senere saker.

Det følger av sivilombudsloven § 25 tredje ledd at ombudet kan underrette forvaltningen om mangler ved lover, forskrifter eller forvaltningspraksis. En kopi av uttalelsen sendes derfor til Barne- og familiedepartementet. Ombudet forutsetter at departementets tidligere føringer til statsforvalterembetene justeres i tråd med uttalelsen, og at departementet vurderer behovet for klargjøring i regelverket.

Konklusjon

Barneverntjenestens avgjørelse som knytter seg til stans av det fremtidige samværet mellom klageren og barnet, er et enkeltvedtak. Vedtaket kan etter barnevernloven § 6-5 påklages til Statsforvalteren.

Sivilombudet ber Statsforvalteren vurdere klagen over barneverntjenestens avgjørelse på nytt, og legge ombudets syn til grunn i senere saker. En kopi av uttalelsen sendes Barne- og familiedepartementet. Ombudet forutsetter at departementets tidligere føringer til statsforvalterembetene justeres i tråd med uttalelsen, og at departementet vurderer behovet for klargjøring i regelverket.

3.9.2021 (2021/2020)