



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultetet

Muligheten for rettslig overprøving av tvangsvedtak etter barnevernloven

Ingebjørg Helene Bendiksen

Masteroppgave i rettsvitenskap, JUR-3901, mai 2021

Innholdsfortegnelse

1.	Innledning.....	1
1.1	Tema, bakgrunn og aktualitet.....	1
1.2	Nærmere om problemstillingene.....	3
1.3	Oversikt over tiltakene etter barnevernloven.....	4
1.4	Kilder og metode.....	6
1.5	Avgrensninger.....	8
1.7	Videre fremstilling.....	9
2.	Overordnede rettslige rammer.....	11
2.1	Innledning.....	11
2.2	Barns særlige rettigheter.....	13
2.2.1	Innledning.....	13
2.2.2	Barns rett til omsorg.....	13
2.2.3	Barnets beste.....	14
2.2.4	Barns rett til deltakelse.....	16
2.3	Retten til familie- og privatliv.....	17
2.4	Prosessuelle normer.....	19
2.4.1	Generelt om retten til en rettferdig rettergang.....	19
2.4.2	Retten til et effektivt rettsmiddel.....	21
2.5	Subsidiaritetsprinsippet.....	22
3.	Saksgangen ved tvungne barnevernstiltak og begrunnelse for denne.....	24
3.1	Kapitlets tema.....	24
3.2	Fylkesnemnda som førsteinstans.....	24
3.3	Domstolsprøving.....	26
3.3.1	Retten til domstolsprøving.....	26
3.3.2	Særlig prosessform.....	28
3.4	Silingsadgangen til lagmannsretten.....	29

4.	Rettslig prøving i tingretten.....	32
4.1	Generelt om overprøving av fylkesnemndas tvangsvedtak.....	32
4.2	Hvilke vedtak kan bringes inn for domstolene?.....	33
4.3	Noen prosessuelle regler	36
4.3.1	Krav om rettslig prøving	36
4.3.2	Oppsettende virkning	38
4.3.3	Saksomkostninger	39
4.3.4	Tingrettens sammensetning og behandling av saken	39
5.	Rettslig prøving i lagmannsretten	43
5.1	Innledning.....	43
5.2	Omfanget av saker som får samtykke til ankebehandling i lagmannsretten	44
5.3	Noen prosessuelle regler	46
5.3.1	Særlige unntak for ankeerklæringen	46
5.3.2	Oppsettende og foregrepet virkning.....	47
5.3.3	Rettsens sammensetning og behandling av saken	49
5.4	Krav til begrunnelse av ankebeslutning	50
5.4.1	Generelt om begrunnelse av rettslige avgjørelser	50
5.4.2	Begrunnelse av beslutning om å ikke samtykke til ankebehandling.....	51
6.	Vilkårene for å gi samtykke til ankebehandling i lagmannsretten	55
6.1	Generelt	55
6.2	Betydning utenfor den foreliggende sak	55
6.3	Nye opplysninger	59
6.3.1	Oversikt	59
6.3.2	Endringer som påvirker barnets omsorgssituasjon.....	60
6.3.3	Nytt bevismateriale	64
6.3.4	Opplysninger som gir grunn til ny behandling.....	65
6.4	Vesentlige svakheter	66

6.4.1	Generelt	66
6.4.2	Om utviklingen av kriteriet i bokstav c, særlig i lys av Høyesteretts Storkammerbehandling i 2020	68
6.4.3	Vesentlige svakheter ved beslutningsgrunnlaget	71
6.4.4	Vesentlige svakheter knyttet til vurderingen av gjenforeningsmålet og familielivet	75
6.4.5	Vesentlige svakheter ved vurderingen av samvær mellom barnet og foreldrene 76	
6.4.6	Mulig krenkelse av EMK	78
6.4.7	Andre vesentlige svakheter	78
6.5	Tvang som ikke er vedtatt av fylkesnemnda	80
6.6	Samtykke til ankebehandling «kan» gis	83
7.	Rettslig behandling i Høyesterett	85
7.1	Innledning.....	85
7.2	Prøving av beslutning om å ikke gi ankesamtykke	85
7.2.1	Oversikt	85
7.2.2	Feil i saksbehandlingen	87
7.2.3	Skjæringstidspunktet for Høyesteretts vurdering	89
7.2.4	Anken kan forkastes eller lagmannsrettens beslutning oppheves	91
7.3	Anke over realitetsavgjørelser.....	91
7.3.1	Innledning.....	91
7.3.2	Ankesilingen til Høyesterett.....	92
7.3.3	Realitetsbehandling i Høyesterett.....	94
8.	Rettslig overprøving av tvangsvedtak etter barnevernloven – avsluttende vurderinger ..	96
8.1	Innledning.....	96
8.2	Tingretten som første instans	97
8.3	Spesialisering av tingrettene.....	103

8.4	Begrunnelse av beslutning om å ikke samtykke til ankebehandling i lagmannsretten	105
8.5	Hvor streng bør silingen for ankebehandling i lagmannsretten være?.....	108
	Referanseliste	111

1. Innledning

1.1 Tema, bakgrunn og aktualitet

Temaet for denne masteroppgaven er muligheten for rettslig overprøving av vedtak om tvang etter barnevernloven.¹ Vedtakskompetansen ligger hos Fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker (fylkesnemnda). Det er muligheten for rettslig overprøving av disse tvangsvedtakene som er gjenstand for analyse i denne avhandling.

Tvangsvedtak etter barnevernloven er svært inngripende overfor private personer, og samtidig helt avgjørende for ivaretagelsen av barns omsorg. Muligheten for rettslig overprøving av slike tvangsvedtak må ivareta sentrale barnerettslige og prosessuelle hensyn og rettigheter, sikret både i Grunnloven og i konvensjoner især Den europeiske menneskerettskonvensjon og FNs konvensjon om barnets rettigheter.² Retten til effektive rettsmidler og målet om riktig resultat, må veies opp mot hensynet til barnets beste og især barnets behov for ro om omsorgssituasjonen. I tillegg berøres retten til respekt for familielivet i stor grad. Temaet er utfordrende og interessant.

Interesse for temaet oppsto som en følge av de mange sakene om norsk barnevern som er brakt inn for, og delvis avgjort, av Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD).³ Siden 2015 har EMD kommunisert mange klager mot Norge knyttet til barnevernstiltak. Ni saker er behandlet, og Norge har blitt domfelt i sju av disse.⁴

At så mange saker knyttet til norsk barnevern er tatt inn til behandling i EMD på relativt kort tid, er interessant i seg selv. I tillegg er det interessant at et stort flertall av sakene som er kommunisert av EMD, ikke er realitetsbehandlet av Høyesterett. Mange av sakene som er

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

² Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven), Den europeiske menneskerettskonvensjonen av 4. november 1950 og FNs barnekonvensjon av 20. november 1989 er begge inkorporert gjennom menneskerettsloven av 21. mai 1999 § 2 nr.4. Konvensjonene gjelder som norsk lov og konvensjonenes bestemmelser går ved motstrid foran bestemmelser i annen lovgivning.

³ Domstolen er opprettet i medhold av EMK artikkel 19 for å sikre at forpliktelsene som statene har påtatt seg overholdes.

⁴ Brudd med konvensjonsforpliktelsene ble påpekt i Jansen mot Norge (EMD 2822/16), Strand Lobben m.fl. mot Norge (EMD 37283/13), K.O og V.M mot Norge (EMD 64808/16), A.S mot Norge (EMD 60371/15), Abdi Ibrahim mot Norge (EMD 15379/16), Pedersen mfl. mot Norge (EMD 39710/15) og Hernehult mot Norge (EMD 14652/16). I sakene M.L mot Norge (EMD 64639/16) og Mohammed Hasan (EMD 27496/15) var konklusjonen enstemmig at det ikke forelå konvensjonskrenkelse. I overkant av 30 andre saker er i tillegg kommunisert til Norge.

eller skal behandles i EMD, er i norske domstoler kun realitetsbehandlet av tingrettene. Dette gjelder eksempelvis den mye omtalte storkammeravgjørelsen fra EMD i saken Strand Lobben mfl. mot Norge.⁵ At mange av dommene sist er behandlet i tingretten, skyldes at anke over tingrettens dom ikke kan fremmes uten lagmannsrettens samtykke, jf. tvisteloven § 36-10 tredje ledd.⁶ Hvis en sak ikke blir realitetsbehandlet i lagmannsretten, vil den heller ikke kunne bli det i Høyesterett, med mindre lagmannsretten beslutning om å ikke gi ankesamtykke blir omgjort. En streng praktisering av lagmannsrettens silingsadgang, medfører at tingretten reelt sett ofte blir siste rettslige instans til å behandle tvangsvedtak etter barnevernloven. Dersom saken til slutt bringes inn til behandling av EMD, innebærer dette at EMD i mange av barnevernssakene prøver noe som kun er realitetsbehandlet i det norske domstolsystemet i tingrettene, vår førsteinstans. Flere domfellelser mot Norge i EMD tilsier at det er grunn til å se nærmere på muligheten for rettslig overprøving av barnevernstiltak.

Det store fokuset på norske barnevernstiltak og EMDs omfattende prøving gjør temaet særlig aktuelt. I tillegg og som følge av EMD avgjørelsene, behandlet Høyesterett tre barnevernssaker i storkammer våren 2020.⁷ To av disse omhandlet nettopp overprøving av lagmannsrettens manglende samtykke til at en anke over tingrettens dom skulle fremmes.⁸ Samlet sett har EMD dommene og storkammeravgjørelsene fra Høyesterett ledet til en stor økning i antall saker som får ankesamtykke. Praktiseringen av vilkårene i tvl. § 36-10 tredje ledd, er dermed endret og det er grunn til å vurdere nærmere hvor denne terskelen nå ligger. En ytterligere faktor av betydning, er at domstolstrukturen i Norge er under debatt, og under endring. Herunder har behandlingen av tvangsvedtakene etter barnevernloven vært gjenstand for ulike vurderinger og forslag.⁹ Ut fra de endringene som nå har skjedd og skjer med tanke på terskelen for ankesamtykke til lagmannsretten, er det grunn til å vurdere om det er behov for andre endringer, for å sikre at de grunnleggende hensynene på området blir ivaretatt. Rettslig overprøving av barnevernstiltak, er dermed aktuell fra flere ulike synsvinkler.

⁵ Strand Lobben mfl. mot Norge (EMD 37283/13).

⁶ Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile saker (tvisteloven – tvl.)

⁷ HR-2020-661-S, HR-2020-662-S og HR-2020-663-S.

⁸ HR-2020-661-S hvor Høyesterett opphevet lagmannsrettens beslutning, og HR-2020-663-S hvor anken over lagmannsrettens beslutning ble forkastet.

⁹ Å innlemme fylkesnemnda i tingrettene, samt muligheten til spesialisering innenfor tingrettene ble blant annet foreslått i NOU 2017: 8. Andre forslag har vært å la lagmannsretten overta som første rettslige instans i disse sakene. Ulike forslag fremstilles og diskuteres nærmere i kapitlene 3 og 8.

1.2 Nærmere om problemstillingene

Problemstillingene i denne oppgaven knytter seg til adgangen til rettslig overprøving av tvangsvedtak etter barnevernloven. Målet er å fremstille gjeldende rett, samt å gi en vurdering av enkelte særlige spørsmål.

Spørsmålet er for det første hvordan adgangen til rettslig overprøving av tvangsvedtak etter barnevernloven er. Her skal adgangen til å bringe fylkesnemndas vedtak om bruk av tvang inn for rettslig overprøving i henholdsvis tingretten, lagmannsretten og Høyesterett drøftes. For tingrettene er det en ubetinget adgang til rettslig overprøving, jf. barnevernloven § 7-24 og de særlige reglene i tvisteloven kapittel 36. Her vil problemstillingen først og fremst være knyttet til hvilke vedtak som kan bringes inn for tingretten til rettslig overprøving.

Ankebehandling av tingrettens dom, fordrer etter tvl. 36-10 tredje ledd lagmannsrettens samtykke. Slikt samtykke kan bare gis når et av vilkårene i bestemmelsens bokstav a-d er oppfylt. Problemstillingen vil her knytte seg til innholdet i vilkårene for å gi ankesamtykke. Et særlig spørsmål vil her knytte seg til betydningen av de senere avgjørelsene fra EMD og Høyesteretts storkammer, samt hvilke krav som stilles til begrunnelsen av slutning om å ikke gi ankesamtykke.

For anke til Høyesterett vil det dels være et spørsmål om i hvilken grad det er anledning til å få lagmannsrettens beslutning om å ikke samtykke til ankebehandling, overprøvd. I tillegg er det spørsmål om i hvilke tilfeller tvangsvedtak etter barnevernloven kan bli realitetsbehandlet av Høyesterett. Dette vil bero på de alminnelige reglene for Høyesteretts samtykke til ankebehandling etter tvl. § 30-4, og målet blir her å drøfte disse knyttet til overprøving av barnevernstiltak.

Målet med oppgaven er imidlertid ikke bare å fremstille gjeldende rett. Målet er også å gi en vurdering av reglene. Problemstillingene vil da knytte seg til hvordan gjeldende rett ivaretar de grunnleggende hensynene og normene på området, samt om det finnes alternative løsninger som bedre kan balanserer de prosessuelle og de barnerettslige hensynene. I tråd med Grunnloven § 104 og Barnekonvensjonen artikkel 3 vil det overordnede målet her være å spørre om hensynet til barnets beste kan ivaretas på en bedre måte.

1.3 Oversikt over tiltakene etter barnevernloven

Barnevernloven hjemler et vidt spekter av tiltak, fra mindre inngripende hjelpetiltak i hjemmet til langt mer inngripende tiltak som omsorgsovertakelse eller adopsjon. Det vide spekteret av tiltak har sammenheng med lovens formål om å «sikre at barn og unge som lever under forhold som kan skade deres helse og utvikling, får nødvendig hjelp, omsorg og beskyttelse til rett tid» jf. § 1-1. Ulike barn vil ha ulike behov, i tillegg vil muligheten til å hjelpe barna avhenge av omgivelsene. Spekteret av tiltak må derfor være bredt. Tiltakene i barnevernloven er det primære verktøyet for å sikre barns rett til beskyttelse mot vold, overgrep og omsorgssvikt etter Grunnlovens § 104 tredje ledd, barnekonvensjonen artikkel 19 samt EMK artikkel 3 og 8.¹⁰ Samtidig vil det å pålegge tiltak innebære inngrep i barnet og familiens rett til familieliv, og slike inngrep skal etter EMK artikkel 8 ikke være mer inngripende enn nødvendig.¹¹

I barnevernloven går det et grunnleggende skille mellom frivillighet og tvang. Dette har sammenheng med at frivillighet og hjelp best kan lede til samarbeid om barnets omsorgssituasjon, samtidig som det anerkjennes at tvang kan være nødvendig for å ivareta barns grunnleggende rett til en forsvarlig omsorg. Frivillige tiltak er mindre inngripende og fordrer samtykke, mens tvangstiltakene kan pålegges primært av fylkesnemnda. For å kunne gi best mulig hjelp til det enkelte barnet, inneholder loven mange ulike frivillige hjelpetiltak, og en rekke forskjellige tvangstiltak.

Barneverntjenesten kan iverksette hjelpetiltak i medhold av barnevernloven § 4-4 annet og sjette ledd. I tillegg kan innleggelse og tilbakehold på institusjon skje på bakgrunn av samtykke etter § 4-26. Når frivillige hjelpetiltak iverksettes er ikke fylkesnemnda involvert. Det er da barneverntjenesten som har ansvaret og som etter § 4-4 skal «sørge for» å iverksette slike tiltak. Etter bvl. § 6-5 kan barneverntjenestens enkeltvedtak påklages til fylkesmannen. De frivillige hjelpetiltakene og eventuelle klager over disse er ikke gjenstand for analyse i denne oppgaven. Det må imidlertid påpekes at barnevernloven bygger på det mildeste inngreps prinsipp, som tilsier at tiltak ikke skal være mer inngripende enn hva formålet tilsier.¹² Dette henger nært sammen med det som kan utledes av EMK artikkel 8 nr. 2, hvor

¹⁰ NOU 2016: 16 side 138.

¹¹ Retten til et familieliv følger blant annet av Grunnloven § 102, EMK artikkel 8 og BK artikkel 16.

¹² Bendiksen og Haugli (2021) s. 189 med videre henvisninger.

det oppstilles kriterier for i hvilke tilfeller det kan gjøres rettmessige inngrep i retten til familieliv.

Når det er snakk om å pålegge barnevernstiltak, ligger kompetansen som hovedregel hos fylkesnemnda.¹³ Fylkesnemnda har da myndighet til å gjøre inngrep overfor borgerne, som etter det grunnlovsfesta legalitetsprinsippet krever hjemmel i lov, jf. GrL § 113. Det mildeste inngreps prinsipp og nødvendighetskravet gjelder også i valget mellom de ulike tvangstiltakene. Ut fra behovet til barnet og formålet med tiltakene, må det dermed vurderes hvor inngripende tiltak som er nødvendig.¹⁴ Det er fylkesnemnda som vedtar tvangsvedtak etter barnevernloven, og vedtak om tvang fattes dermed av et uavhengig og frittstående avgjørelsesorgan, som gir større tillit til beslutningen og understreker sakens alvor for foreldrene.¹⁵ Det er muligheten for rettslig overprøving av disse vedtakene som er gjenstand for analyse i denne avhandling.

Barnevernloven gir hjemmel for en lang rekke ulike tvangstiltak.¹⁶ Dels kan det besluttes tvangstiltak mens barnet fortsatt bor i hjemmet etter § 4-4, tredje ledd, flytteforbud etter § 4-8 og særlig behandling eller opplæring etter §§ 4-10 og 4-11. Dersom slike tiltak ikke er ansett tilstrekkelige eller formålstjenlige, hjemler loven overtakelse av omsorgen for barnet, etter bvl. §§ 4-12 og 4-8 annet og tredje ledd. Hvis omsorgen overtas, skal det treffes vedtak om samværsrett mellom barnet og foreldrene etter § 4-19. Barnet kan tilbakeføres etter § 4-21. I tillegg hjemler loven ytterligere tiltak i form av fratakelse av foreldreansvaret og samtykke til adopsjon etter bvl. § 4-20. Barnevernloven § 4-24 hjemmel i tillegg plassering og tilbakehold på institusjon.

Jeg kommer ikke til å gjøre rede for vilkårene for de enkelte tvangstiltakene, da det ikke er gjenstand for analyse i det følgende. Rettspraksis viser at det særlig er de mest inngripende tiltakene som i hovedsak er gjenstand for overprøving i domstolene. Fremstillingen i det følgende vil dermed særlig omhandle omsorgsovertakelser, samvær og samtykke til adopsjon.

¹³ Enkelte unntak for midlertidige vedtak i akutsituasjoner se bvl. §§ 4-6, 4-9 og 4-29.

¹⁴ Kjønstad, Syse og Kjelland (2017) s. 512.

¹⁵ NOU 2016: 16 s. 151.

¹⁶ For en fremstilling av de ulike tiltakene og vilkårene for dem henvises det til Bendiksen og Haugli (2021) del III eller Lindboe (2003) del II. Spesifikke tiltak er også grundig behandlet i særskilte bøker basert på forfatterens phd avhandlinger. Se Haugli (2000) om samværsrett, Sandberg (2003) om tilbakeføring, Stang (2007) om hjelpetiltak, Bendiksen (2008) om fratakelse av foreldreansvar og adopsjon, Oppedal (2008) om akuttvedtak og Sigurdson (2015) om tvangsplassering ved utfordrende atferd.

1.4 Kilder og metode

Formålet med analysene er for det første å gjøre rede for gjeldende rett. Dette skal gjøres ved å fremstille retten slik den forstås og praktiseres i samfunnet, ved hjelp av en rettsdogmatisk metode.¹⁷ Denne metoden gir rammer for hvilke rettskilder som er relevante, hvordan og hvilke slutninger som kan trekkes fra disse kildene og hvordan ulike slutninger skal avveies mot hverandre. Som fremhevet i litteraturen er det i stor grad domstolens argumentasjonsmønster som har dannet utgangspunktet for hvordan den juridiske metoden beskrives og praktiseres.¹⁸ Samtidig er det en forskjell, ved at jeg ikke avgjør en konkret sak eller tvist i denne avhandlingen. Min oppgave er å gi en mer teoretisk og systematisk fremstilling. Det innebærer imidlertid ikke at jeg bruker noen annen metode enn domstolene, men at jeg har et litt annet formål med fremstillingen.

Ønsket om en systematisk fremstilling av et større rettsområde vil også bety at jeg i større grad anser det nødvendig å fremstille overordnede rettslige normer, gi oversikt over endringer og begrunnelser for disse. Dette muliggjør også mitt mål om å vurdere reglene i et kritisk lys. Jeg ønsker å spørre om reglene på en god nok måte ivaretar de grunnleggende hensynene og overordnede normene på området. Målet med dette er å kunne påpeke uklarheter og uheldige løsninger, og eventuelt å kunne foreslå endringer eller alternative løsninger. Dette er en del av det som faller inn under rettsvitenskapens oppgaver, og som er en naturlig del av det å skrive en systematisk fremstilling av et område fremfor det å løse en konkret tvist.¹⁹

Tematikken i denne avhandlingen knytter seg til barnevernrett og prosessrett, og både barnevernloven og tvisteloven vil utgjøre viktige kilder i analysene. Begge områder er i tillegg i stor grad påvirket og styrt av overordnede rettslige normer i form av internasjonale menneskerettigheter. Særlig relevant er Den europeiske menneskerettskonvensjonen og FNs konvensjon om barns rettigheter. Disse er inkorporert ved menneskerettighetsloven og gjort til en del av norsk rett.²⁰ Også FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter og

¹⁷ Den rettsdogmatiske metoden er fremstilt av mange forfattere og på litt ulike måter, uten at det har særlig betydning for mitt arbeid. For generelle metodefremstillingen henvises det til Eckhoff (2001), Nygaard (2004) og Skoghøy (2018).

¹⁸ Se for eksempel Skoghøy (2018) s. 19.

¹⁹ Se for eksempel Graver (2011) 156 og 157 og Mæhle (2004) s. 329.

²⁰ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) § 2, jf. § 1.

konvensjonen om økonomiske, sosiale og politiske rettigheter er relevante, men vil svært begrenset omfang bli brukt da de for dette temaet i liten grad tilfører noe.²¹

Tematikken berører i tillegg områder som er gitt konstitusjonell beskyttelse gjennom Grunnloven. Grunnloven har en særlig demokratisk legitimitet og autoritet, og den vil gjennom masteroppgaven gi flere grunnleggende rammer for argumentasjonen, i tillegg til at den setter noen overordnede ytre rettslige rammer.²²

Grunnlovens § 88 fastslår at Høyesterett dømmer «i siste instans» og setter dermed Høyesterettspraksis i en særstilling som rettskilde.²³ Dommer fra Høyesterett er en sentral kilde i den videre fremstillingen, og de blir trukket inn en rekke steder og for ulike spørsmål. På grunn av temaets karakter, er det nødvendig å også benytte avgjørelser fra Høyesteretts ankeutvalg. Ankeutvalget er et silingsorgan som blant annet tar stilling til om et rettsspørsmål skal fremmes til behandling av Høyesterett i avdeling.²⁴ Ankeutvalget tar også stilling til anker over lagmannsrettens manglende samtykke til å tillate en sak fremmet. Dette er en sentral problemstilling i denne avhandlingen. Det vil således være nødvendig å bruke disse beslutningene som kilde for gjeldende rett på dette området. Samtidig utgjør det en utfordring at ankeutvalgets beslutninger ofte er nokså korte og tidvis lite utfyllende begrunnet. Saksbehandlingen er her ikke like grundig som i behandlingen Høyesterett gjør i eksempelvis avdeling.²⁵ Beslutningens vekt må derfor i stor grad avhenge av argumentasjonsverdien.²⁶ Som fremhevet i litteraturen vil trolig ikke en uttalelse fra én enkelt beslutning fra ankeutvalget nødvendigvis stå sterkt som rettskilde. En mer fast og konsistent praksis, vil imidlertid kunne gi argumenter utledet herfra større tyngde og en mulig prejudikatverdi.²⁷

Som fremhevet i litteraturen kan rettsavgjørelser brukes på ulike måter. Både som rettskilde for å fastlegge innholdet av gjeldende rett, som illustrasjonsmateriale for å gi et praktisk eksempel, eller som inspirasjons- eller opplysningskilde.²⁸ Høyesterettspraksis vil

²¹ International Covenant on Civil and Political Rights, 16. desember 1966 (FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter/SP) og International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 16. desember 1966 (FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter/ØSK).

²² Mæhle og Aarli (2017) s. 234 flg.

²³ Mæhle og Aarli (2017) s. 249 og Mestad (2019) s. 89.

²⁴ Mæhle og Aarli (2017) s. 46.

²⁵ Skoghøy (2018) s. 145.

²⁶ Andenæs (2009) s. 95.

²⁷ Mæhle og Aarli (2017) s. 253 og Skoghøy (2018) s. 146.

²⁸ Skoghøy (2002) s. 324-333.

hovedsakelig bli brukt som rettskilde i fremstillingene her, men tidvis vil slik praksis også benyttes mer for å illustrere praktiske eksempler. Særlig gjelder det enkeltavgjørelser fra ankeutvalget.

I tillegg til høyesterettspraksis benyttes også noe praksis fra underordnede domstoler i avhandlingen. Disse benyttes som illustrasjonsmateriale, da de selvstendig ikke har noen rettsnormerende kraft.²⁹ Dommene jeg har benyttet fra lagmannsrettene er først og fremst en illustrasjon eller et støtteargumenter i rettsanvendelsen.³⁰

Den europeiske menneskerettighetsdomstolen er opprettet i medhold av EMK artikkel 19 for å sikre at forpliktelsene som staten har påtatt seg, overholdes. At avgjørelser fra EMD er en rettskildefaktor av betydelig vekt ved tolkningen av konvensjonen, ble lagt til grunn av menneskerettighetsutvalget, og Høyesterett har i flere dommer lagt til grunn at norske domstoler ved anvendelse av EMK skal følge de samme tolkningsprinsipper som domstolen selv.³¹ Som jeg skal komme tilbake til vil det for spørsmålet om lagmannsretten skal gi ankesamtykke, være av stor betydning om det at tingrettens dom blir stående kan innebære et brudd med konvensjonsforpliktelsene. EMD praksis som sier noe om hvordan konvensjonsforpliktelsene skal forstås på dette området, vil dermed være en relevant kilde for flere av spørsmålene som skal drøftes.

1.5 Avgrensninger

Siden formålet med analysene i avhandlingen er å fremstille og vurdere *muligheten* for rettslig overprøving av fylkesnemndas tvangsvedtak etter barnevernloven, er det selve adgangen til å få saken behandlet i domstolen som er det interessante, ikke selve behandlingen der.³² Det innebærer for det første at jeg ikke kommer til å drøfte alle prosessuelle spørsmål som rettslig overprøving av barnevernstiltak gir. Generelle saksbehandlingsregler vil i lys av dette ikke bli fremstilt. Slike regler vil kun bli behandlet i den grad de påvirker eller setter noen særskilte rammer for muligheten til rettslig overprøving. Dette innebærer også at særlige spørsmål knyttet til barn i rettslige prosesser, eksempelvis høring av barn og barns parts- og prosessrettigheter ikke undergis særskilt behandling. Dette vil kun bli trukket inn der det har

²⁹ HR-2017-2429-A avsnitt 14, Skoghøy (2018) s. 227, Nygaard (2004) s. 210 med videre henvisninger til særlig Fleischer (1998).

³⁰ Mæhle og Aarli (2017) s. 256 og Boe (2012) s. 257-262.

³¹ NOU 1993: 18 s. 89.

³² Noen av de vedtak barneverntjenesten kan treffe vil også gå ut på tvang, men vil ikke bli behandlet her.

betydning for den øvrige fremstillingen. Generelle saksbehandlingsregler knyttet til hvem som kan være part med videre, vil heller ikke bli behandlet.

At oppgavens tema er knyttet til muligheten for rettslig overprøving innebærer også at selve tvangstiltakene og vilkårene for dem, ikke vil bli behandlet. Oppgaven avgrenses i tillegg mot en behandling av muligheten for overprøving i EMD. Den rettslige prøvingen her innebærer ikke en overprøving av selve vedtaket, men derimot en prøving av om staten har brutt de menneskerettslige forpliktelsene etter EMK. I oppgaven vil fokus være retten mot mulighetene for å få en rettslig overprøving av tvangstiltak etter barnevernloven, ikke muligheten for å få fastslått om Norge har brutt EMK. Avgjørelse fra EMD vil bli brukt som kilde for avhandlingens drøftelser, men selve adgangen til å bringe en sak inn for EMD, vil ikke bli drøftet.

1.7 Videre fremstilling

I det følgende skal jeg først drøfte de overordnede rettslige rammene som avhandlingens tematikk befinner seg innenfor. Målet er her er å fremstille de barnerettslige og prosessuelle normene som både vil ha betydning for fremstillingen av gjeldende rett, men også for de vurderinger som skal gjøres av rettstilstanden. I kapittel 3 er målet å gi en oversikt over hvordan saksgangen er for disse vedtakene, og ikke minst bakgrunnen og begrunnelsen for dette. Avhandlingens kapittel 2 og 3 danner et utgangspunkt for de videre drøftelsene, og gir nødvendige rammer både for fremstillingene av gjeldende rett og for muligheten til å gjøre velfunderte vurderinger i kapittel 8.

I kapitlene 4-7 behandles så rettslig overprøving av tvangstiltak etter barnevernloven, i henholdsvis tingretten, lagmannsretten og Høyesterett. For behandling i lagmannsretten er fremstillingen delt i to kapittel. Først drøftes mer generelle forhold knyttet til den rettslige prøvingen her i kapittel 5. her vil også kravene til begrunnelser av beslutninger om å ikke gi samtykke til ankebehandling bli særlig analysert. I kapittel 6 drøftes så de alternative vilkårene for å kunne gi samtykke til at anken fremmes etter tvl. § 36-10 tredje ledd. Den rettslige prøvingen i Høyesterett drøftes i kapittel 7. Her vil både anke over lagmannsrettens beslutning om å ikke gi ankesamtykke, samt anke over realitetsbehandlingen bli drøftet.

Avslutningsvis skal jeg i kapittel 8 vurdere enkelte særlige spørsmål. Her er målet å stille spørsmål ved noe av det som er analysert i kapitlene 4-7, og å analysere dette på bakgrunn av innholdet i kapitlene 2 og 3. De tematikkene som her vil bli tatt opp er bruken av tingretten

som første rettslige instans samt behovet og muligheten for en spesialisering av tingrettene. I tillegg skal kravene til begrunnelser av lagmannsrettens beslutning om å ikke gi ankesamtykke drøftes. Til slutt vil jeg vurdere terskelen for silingen til lagmannsretten.

2. Overordnede rettslige rammer

2.1 Innledning

Målet med dette kapitlet er å trekke om noen rammer for de videre analysene. Med overordnede rettslige rammer menes regler, hensyn og prinsipper som er forankret på et overordnet nivå. Det vil si i konstitusjonen, i menneskerettigheter eller i grunnleggende, det vil si mer fundamentale, hensyn og prinsipper.³³ Jeg kommer ikke til å skille mellom de ulike forankringene i seg selv, siden det er det innholdsmessige som her er det vesentlige.

Målet med denne avhandlingen er både å fremstille og vurdere reglene. De overordnede rettslige rammene har betydning for begge disse oppgavene. Rettsvitenskap er ikke en objektiv og vurderingsfri vitenskap, og også innenfor en rettsdogmatisk fremstilling vil hensyn og vurderinger spille inn.³⁴ Samtidig vil det være slik at de overordnede normene i form av konstitusjonelle regler og menneskerettigheter kan gi noen rammer, som de spesifikke reglene må tolkes i lys av og som vil påvirke innholdet. I den grad regler åpner for skjønn, eller hvor ulike tolkninger av en regel er mulig, kan overordnede rammer gi føringer på hvordan dette skjønnet eller tolkningene skal utøves. Med andre ord føringer for hvilke løsninger som bør legges til grunn i fremstillingen av gjeldende rett. På samme måte og i enda større grad, kan overordnede normer, hensyn og prinsipper ha betydning når regler skal vurderes. Spørsmålet vil da dels være i hvilken grad gjeldende rett ivaretar de overordnede normer og hensyn, og dels om alternative løsninger bedre vil ivareta dette.

Menneskerettigheter er grunnleggende rettigheter og friheter som individer har overfor statens myndigheter, og som følger av internasjonale overenskomster og praksis.³⁵ Gjennom menneskerettighetene løftes grunnleggende verdier frem, som for eksempel verdier knyttet til livets ukrenkelighet, respekten for familie- og privatliv, beskyttelse mot diskriminering eller retten til en rettferdig og lik behandling av mennesker. Slike grunnleggende verdier er på ulikt vis og i ulike konvensjoner kommet til uttrykk under betegnelsen menneskerettigheter.

I tilknytning grunnlovsjubileet i 2014 fikk Grunnloven en del E om menneskerettigheter. Målet var å styrke menneskerettighetenes stilling i norsk rett gjennom en konstitusjonell forankring, og det skjedde gjennom revisjon av eksisterende bestemmelser samt tilføyelser av

³³ Om ulike grunnrettigheter se Bendiksen (2008) s. 97-99 med videre henvisninger.

³⁴ Mestad (2019) pkt. 3.8.

³⁵ Se blant annet Strand og Larsen (2015) s. 15, Aall (2018) s. 22 og Høstmælingen (2012) s. 33 og 34.

nye.³⁶ Bestemmelsene gjenspeiler Norges internasjonale forpliktelser til å sikre og etterleve de grunnleggende menneskerettighetene, jf. GrL § 92. Grunnlovsfestningen medførte at de aktuelle menneskerettighetene ikke bare er vernet gjennom forrangsbestemmelsen i menneskerettsloven § 2, men at de også har konstitusjonell status og stilling som *lex superior* i forhold til annen lovgivning.³⁷

Menneskerettighetene gjelder alle, også barn. De generelle menneskerettighetene ivaretar ikke alltid barns interesser og behov i tilstrekkelig grad, og tidvis ivaretar de ikke barns spesielle behov.³⁸ I arbeidet med grunnlovsrevisjonen ble det eksempelvis fremhevet at det at barn har samme sentrale menneskerettigheter som voksne «får likevel ikke frem det poeng at barn er særlig sårbare og har særlige behov».³⁹ Barn er derfor gitt særlige rettigheter, både i form av en egen grunnlovsbestemmelse om barns rettigheter i § 104, og i form av internasjonale menneskerettighetskonvensjoner hvor barns rettigheter løftes særlig frem. Av svært stor hentydning her er FNs konvensjon om barnets rettigheter, barnekonvensjonen.⁴⁰ Flere av rettighetene barn har, eksempelvis i lys av barnekonvensjonen, kan fremstå både som et prinsipp, en rettighet og en prosessuell regel, og samtidig være begrunnet i et grunnleggende hensyn.⁴¹ I tillegg vil det være slik at ulike rettigheter for barn kan komme i konflikt med hverandre, og alle kan ikke oppfylles fullt ut samtidig.⁴² Konflikter kan også oppstå mellom baras rettigheter og foreldrenes.

For tematikken i denne avhandlingen vil det være ulike typer overordnede normer som har betydning. Barns særlige rettigheter er viktige. Den grunnleggende retten til respekt for familielivet, som både barn og foreldre nyter godt av, både i lys av internasjonale menneskerettighetskonvensjoner og Grunnloven, er videre sentral for tematikken. I tillegg spiller en del prosessuelle rettigheter og hensyn inn. I det følgende skal jeg gi en oversikt over

³⁶ Dokument 16 (2011-2012) og Mestad (2019) s. 100.

³⁷ Skoghøy (2016) s. 364 og Strand (2019) s. 425.

³⁸ Smith, Lødrup og Sandberg (2020) s. 28.

³⁹ Dokument 16 (2011-2012) pkt. 32.1.

⁴⁰ Om utviklingen av og innholdet i barnekonvensjonen se for eksempel Smith (2020) kapittel 1 eller Bendiksen og Haugli (2021) kapittel 4.

⁴¹ Se General Comment no. 14 avsnitt 6, og Martnes (2021) som i kapittel 4 særlig drøfter hvordan barnets beste samtidig både vil være et prinsipp, en rettighet og et sett prosessuelle regler.

⁴² Bendiksen og Haugli påpeker på liknende vis at barnekonvensjonen inneholder mange ulike rettigheter som kan komme i konflikt med hverandre, se Bendiksen og Haugli (2021) s. 45.

det som for denne avhandlingen er de vesentligste rettslige overordnede rammene innenfor disse tre grupperingene.

2.2 Barns særlige rettigheter

2.2.1 Innledning

Barns rettigheter har et særskilt grunnlovsværn i GrL § 104. Bestemmelsen er inspirert av internasjonale regler, særlig barnekonvensjonen, og det ble i arbeidet med bestemmelsen fremhevet at en egen bestemmelse om barns rettigheter i Grunnloven ville være et viktig tilskudd og supplement til de øvrige rettighetsbestemmelsene.⁴³ Bestemmelsen omfatter barns rett til menneskeverd og medbestemmelse, ivaretagelsen av barnets beste og deres rett til utvikling og integritetsvern.

Barnekonvensjonen er den menneskerettighetskonvensjon som i størst grad og mest spesifikt ivaretar barns rettigheter.⁴⁴ Konvensjonen inneholder et bredt spekter av rettigheter. Særlig viktig er de fire grunnleggende prinsippene om ikke-diskriminering i artikkel 2, barnets beste i artikkel 3, artikkel 6 om retten til liv og artikkel 12 om retten til å bli hørt.⁴⁵ Disse er både rettigheter i seg selv og har i tillegg betydning for tolkningen av de øvrige rettighetene i konvensjonen.

I det følgende skal de av barns rettigheter som har særlig betydning for spørsmålet om rettslig overprøving av barnevernstiltak, drøftes. Først behandles barns grunnleggende rett til omsorg, så barnets beste og til sist retten til deltakelse. I tillegg behandles retten til respekt for familielivet i punkt 2.3.

2.2.2 Barns rett til omsorg

Barns rett til omsorg er en grunnleggende rettighet som kommer til uttrykk i flere overordnede menneskerettslige forpliktelser, og som har stor betydning for barnevernstiltakene. Det at barn har en grunnleggende rett til omsorg, er en del av selve fundamentet for at staten har en rett og plikt til å gripe inn i medhold av barnevernloven når barn ikke får sin omsorgsrett tilstrekkelig ivaretatt. Retten til omsorg er som fremhevet av

⁴³ Dokument 16 (2011-2012) pkt. 32.5.1.

⁴⁴ Smith (2020) s. 19 og 33.

⁴⁵ FNs barnekomite general comment nr. 5.

Bendiksen og Haugli en forutsetning for barns rett til liv, og for deres integritet og verdighet.⁴⁶ Retten til omsorg kommer videre mer direkte til uttrykk gjennom barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 2 som pålegger staten å sikre barn «such protection and care as is necessary for his or her well-being». Videre av barnekonvensjonen artikkel 7 nr.1 som gir en rett til å «be cared for» så langt som mulig av sine foreldre.

Formålet med barnevernloven er etter § 1-1 nettopp sikre at barn får nødvendig hjelp, omsorg og beskyttelse til rett tid. Her forutsettes det dermed at barn har rett til en slik grunnleggende omsorg.⁴⁷ Målet med å iverksette tiltak, både frivillige og tvangstiltak, vil dermed være å gi barn omsorg og hjelp. De tiltakene som iverksettes må være i samsvar med målet. Også muligheten for rettslig overprøving av barnevernstiltak må ta hensyn til at barn har en grunnleggende rett til omsorg og at denne må sikres. Dette kan få betydning både for hvordan den rettslige overprøving i barnevernssaker skal skje, for hvor mange ganger og i hvilke tilfeller. At den rettslige prosessen rundt barnevernstiltakene også er samsvar med eller egnet til å ivareta barns grunnleggende rett til omsorg, er en forutsetning for at retten skal bli reell for barn.

2.2.3 Barnets beste

Barn har en rett til å få sitt beste lagt til grunn som et grunnleggende hensyn i alle saker som berører barnet. BK artikkel 3 nr. 1 fastslår at «the best interests of the child shall be a primary consideration». På liknende vis fastslår GrL § 104 annet ledd at ved handlinger og avgjørelser som berører barn, skal «barnets beste være et grunnleggende hensyn». Denne er utformet etter mønster av barnekonvensjonen artikkel 3 og skal tolkes i lys av denne.⁴⁸

Ut fra disse bestemmelsene er det ikke nok å ta hensyn til hva som er i barnets interesse, eller å velge en løsning som kan være akseptabel.⁴⁹ Ordene «a primary» eller «et grunnleggende» gir sterkere føringer. Dette innebærer at hensynet skal være et primært eller fundamentalt hensyn, som ikke vil være på samme nivå som alle andre hensyn. På samme vis fastslår bvl. § 4-1 at det skal legges *avgjørende* vekt på å finne tiltak som er til beste for barnet.

⁴⁶ Bendiksen og Haugli (2021) s. 47-48. Barns rett til omsorg er også en forutsetning for gode utviklingsmuligheter, se eksempelvis Stang (2020) s. 192.

⁴⁷ Se også Kjørholt (2020) som på s. 94 fremhever at barnevernloven regulerer barnets rett til utvikling og omsorg «på en omvendt måte» ved å gi rett til hjelp når barn lever under forhold som kan skade deres utvikling.

⁴⁸ Se Dokument 16 (2011-2012) s. 192 og uttalelsen fra Høyesterett i HR-2015-206-A avsnitt 63 og 64.

⁴⁹ Sandberg (2014) pkt. 3.4.4.

Hva som er til det beste for et barn, må vurderes konkret ut fra de faktiske forholdene i den enkelte sak., jf. ordlydene «the child» og «barnets» beste.⁵⁰ Det må her vurderes konkret hvilke momenter som er relevante, og disse må videre gis et bestemt innhold og vekt.⁵¹ Momentene i en barnets beste-vurderingen er nært knyttet til øvrige rettigheter barn har etter menneskerettighetene. Barnekomiteen har i tillegg utarbeidet en liste som ikke er uttømmende, men som likevel angir sentrale momenter i vurdering.⁵² Her fremheves barnets mening og identitet, barnets mulighet til å opprettholde kontakt med familien, barns omsorg og beskyttelse, barn i sårbare situasjoner, samt barns rett til helse og utdanning. Muligheten til å opprettholde kontakt med familien og retten til omsorg og beskyttelse er særlig relevant ved barnevernstiltak.

Barnets beste er som fremhevet av barnekomiteen både en rettighet, et grunnleggende tolkningsprinsipp og en saksbehandlingsregel.⁵³ Dette gjør at barnets beste har betydning på ulike måter, og både i seg selv og som påvirkning på andre rettigheter og saksbehandlingen.⁵⁴ Dermed har det også betydning for spørsmål om domstolskontroll av vedtak, slik også ordlyden alle «avgjørelser» i Grl. § 104 og «all matters» i BK artikkel 3 viser.

For spørsmålene som drøftes i denne avhandlingen vil det dels være slik at tiltakene må være i samsvar med barnets beste, og at mulighetene for rettslig overprøving må kunne både overprøve og sikre det. Det tilsier for eksempel at det for overprøvingens skyld må være mulig å sjekke om hensynet til barnets beste faktisk er tilstrekkelig vurdert og vektlagt. Videre bør det at hensynet til barnet beste er identifisert, vurdert og veid opp mot andre hensyn, fremgå av avgjørelsen og være mulig å overprøve. Det vil dermed ikke være nok at barnets beste nevnes. Barnet har som fremhevet av Martnes en rett til å få sitt beste vurdert konkret i den enkelte sak, og at dette komme frem av avgjørelsen.⁵⁵ Dersom det ikke gjøres, vil det være vanskelig å vurdere om og i hvilken grad andre hensyn kan tillegges mer vekt. Samtidig kan barnets beste også tale for ro om omsorgssituasjonen. Eksempelvis at et gitt

⁵⁰ At det er en individuell vurdering som skal foretas er fremhevet av barnekomiteen i General comment nr. 14, avsnitt 32. tematikken er grundig behandlet av Martnes (2021) pkt. 6.2.

⁵¹ For en gjennomgang av ulike momentene i en barnets beste-vurdering vises det til Haugli (2020) pkt. 3.2.3 og Martnes (2021) kapittel 6.

⁵² Se Barnekomiteens general comment nr. 14 avsnitt 52 til 79.

⁵³ General Comment nr. 14.

⁵⁴ I litteraturen er det vanlig å behandle de tre ulike sidene, se for eksempel Haugli (2020) s. 57 følgende og Martnes (2021) som i kapittel 4 behandler barnets beste som både et prinsipp, en rettighet og et sett prosessuelle regler.

⁵⁵ Martnes (2015) s. 244.

tiltak må komme i gang, få virke eller få mulighet til å bidra til en god omsorgssituasjon. Det kan tilsi at adgangen til rettslig overprøving må begrenses.

2.2.4 Barns rett til deltakelse

Barnekonvensjonen artikkel 12 fastslår at barn som er istand til å ha egne meninger har «the right to express those views freely in all matters affecting the child, the views of the child being given due weight in accordance with the age and maturity of the child». På liknende vis fastslår GrL § 104 første ledd at barn har rett til å bli hørt i spørsmål som gjelder dem selv, samt at deres mening skal vektlegges i samsvar med deres alder og utvikling.⁵⁶

At tvangstiltak etter barnevernloven og rettslig overprøving av dem berører barn, er det ingen tvil om. Det er deres liv som først og fremst blir berørt av tiltakene og det er for dem tiltakene først og fremst skal gi virkning. At retten til å si sin mening er en individuell rett som også gjelder i enkeltsaker og i rettslige prosesser synes klart.⁵⁷ Av barnekonvensjonen følger dette av artikkel 12 nr 2, som fastslår at barnet “shall in particular be provided the opportunity to be heard in any judicial and administrative proceedings affecting the child”.

Barns rett til å bli hørt har også fått direkte utslag i barnevernloven gjennom bestemmelsene i § 1-6 og § 6-3 som begge fastslår at barn har rett til å medvirke i egen sak. Videre skal barna ha mulighet til å uttale seg før det tas en avgjørelse, dersom de er fylt syv år eller er yngre og i stand til å danne seg egne synspunkter. Av barnevernloven § 6-3 fremheves også barnets rett til å få informasjon.⁵⁸ Dette er også en viktig side av de føringer som både barnekonvensjonen og Grunnloven gir, da en rett til å få si sin mening ikke vil være verken reell eller av betydning dersom den ikke også innebærer en rett for barnet til å få tilrettelagt informasjon.

Som ett av de fire grunnleggende prinsippene i barnekonvensjonen, og har barnets rett til deltakelse betydning for tolkningen av øvrige rettigheter. Forholdet til barnets beste er særlig nært. Å ivareta barnets beste fullt ut, uten å inkludere noe om hva barnet selv mener, synes svært vanskelig. En slik forståelse følger også av bvl. § 6-3 a som etter en lovendring i 2018

⁵⁶ Se blant annet Haugli og Bendiksen (2021) s. 56.

⁵⁷ At retten til deltakelse gjelder i enkeltsaker, og særlig i tilknytning barnevernet, vurderes nærmere i Sandberg (2020) pkt. 5.4 og 5.6.3.

⁵⁸ Retten til informasjon følger også av General Comment nr 12.

nå krever at det skal fremgå av vedtakene hva barnets synspunkter er, samt hvilken vekt barnets mening er tillagt.⁵⁹

Siden barns rett til deltakelse i de rettslige prosessene ikke er gjenstand for særlig analyse i denne avhandlingen, vil ikke barns rett til deltakelse bli særlig drøftet i fortsettelsen. Rettigheten vil bli trukket inn der den er relevant for drøftelsene, og særlig kan mangler ved oppfyllelse av denne ha betydning for om et vilkårene for ankesamtykke til lagmannsretten er oppfylt.

2.3 Retten til familie- og privatliv

Grunnloven § 102 beskytter retten enhver har til respekt for sitt privat- og familieliv. Bestemmelsen er utformet etter mønster av blant annet EMK artikkel 8 og må forstås i lys av denne slik også Høyesterett har fremhevet.⁶⁰ EMK artikkel 8 fastslår i nr. 1. den grunnleggende retten til «respect for» privat- og familielivet, mens nr. 2 angir vilkårene for at staten eventuelt kan gjøre inngrep i disse rettighetene. Retten til familieliv er dermed ikke absolutt. Av Grl. § 102 kan det se ut til at rettighetene er absolutte, da det ikke er inntatt noen unntaks- eller inngrepsbestemmelse. Det er likevel klart at tilsvarende regler som fremgår av EMK artikkel 8 nr. 2 også gjelder for grunnlovsbeskyttelsen.⁶¹

Retten til et privat- og familieliv tilfaller både barn og voksne. I tillegg til den menneskerettslige bestemmelsen i EMK artikkel 8 og den konstitusjonelle bestemmelsen i § 102, er barns rett til respekt for familielivet i tillegg beskyttet av flere av bestemmelsene i barnekonvensjonen. Særlig fremheves må artikkel 7 nr. 1, som gir barn så langt som det er mulig «the right to know and be cared for by his or her parents». Videre fastslår artikkel 9 nr. 1. at barn «shall not be separated from his or her parents against their will» med mindre det er nødvendig. Artikkel 9 nr. 3 fastslår videre at barnet har rett til å «maintain personal relations and direct contact with both parents on a regular basis» dersom de lever atskilt. I tillegg fastslår artikkel 16 at barn skal beskyttes mot «arbitrary or unlawful interference with his or her privacy, family, home or correspondence».⁶² Barn er dermed gitt en omfattende rett til

⁵⁹ Se Haugli og Bendiksen (2021) s. 196.

⁶⁰ Se HR-2015-206-A, avsnitt 57 hvor det fremgår at Grl. § 102 er utformet i lys av SP artikkel 17 og EMK artikkel 8 og må tolkes i lys av disse «folkerettslige forbildene».

⁶¹ HR-2015-206-A, avsnitt 60.

⁶² For en nærmere redegjørelse for barnekonvensjonens artikkel 7, 8, 9 og 16, se også Stang (2020) kapittel 8.2 om retten til familie og familieliv.

beskyttelse av sitt familieliv, i tillegg til den mer generelle beskyttelsen som alle har i lys av EMK og Grunnloven. Det er klart at også beskyttelsen som fremgår av barnekonvensjonen ikke er absolutt, men gjelder så langt mulig eller så lang inngrep ikke er nødvendig for å ivareta barnets beste.

Innholdet i retten til respekt for familielivet i relasjon til barneverntiltak er eksempelvis oppsummert i EMDs storkammeravgjørelse Strand Lobben mfl. mot Norge.⁶³

“The first paragraph of Article 8 of the Convention guarantees to everyone the right to respect for his or her family life. As is well established in the Court’s case-law, the mutual enjoyment by parent and child of each other’s company constitutes a fundamental element of family life, and domestic measures hindering such enjoyment amount to an interference with the right protected by this provision. Any such interference constitutes a violation of this Article unless it is “in accordance with the law”, pursues an aim or aims that is or are legitimate under its second paragraph and can be regarded as “necessary in a democratic society.””⁶⁴

Dommen omhandler en gutt som ble akutt plassert da han var tre uker gammel, og da han var to og et halvt år søkte moren om tilbakeføring, eventuelt utvidelse av samværsretten.

Barneverntjenesten motsatte seg det og krevde at foreldreansvaret skulle fratras og samtykke til adopsjon gis. Fylkesnemnden traff vedtak i samsvar med kommunes påstand, og dette ble bekreftet av tingretten. Det ble ikke gitt samtykke til at saken kunne behandles i lagmannsretten og anken over beslutningen førte heller ikke frem. EMDs storkammer konstaterte krenkelse av EMK artikkel 8, med hovedvekt på at vedtakene og tiltakene i saken ikke var i samsvar med målet om gjenforening. Både svært begrenset antall samvær, gjennomføring av samværene og manglende oppdatert kunnskap og sakkyndige vurderinger ble fremhevet. Det samme ble lite presise vurderinger av barnets sårbarhet. Retten til familieliv og gjenforeningsmålet ble sentralt i vurderingene av konvensjonskrenkelse.

Det ble som sitatet viser fremhevet at den gjensidige gleden barn og foreldre har av å være sammen utgjør et vesentlig element av retten til familieliv og at alt som hindrer dette, representerer et inngrep i retten. For at slike inngrep skal være rettmessige må de etter EMK artikkel 8 nr. 2 være i samsvar med loven og nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn

⁶³ Se avgjørelsens avsnitt 202.

⁶⁴ Stand Lobben mfl. mot Norge (EMD 37283/13) avsnitt 202.

til visse angitte hensyn.⁶⁵ Inngrepet må dermed ha relevante grunner, og disse må være tilstrekkelige.

Hensynet til å beskytte barn er ansett en relevant grunn til inngrep, og spørsmålet blir om de oppgitte grunnene er tilstrekkelige for det tiltaket og dermed inngrepet som er gjort.⁶⁶ Som jeg skal komme tilbake til har EMD i flere avgjørelser mot Norge de siste årene fremhevet viktige momenter for vurderingen av om inngrepet er rettmessig etter EMK artikkel 8. Dette knytter seg særlig til vektleggingen av gjenforeningsmålet, at avgjørelsen må baseres på et tilstrekkelig og oppdatert beslutningsgrunnlag samt inneholde en tilstrekkelig bred avveining og tilfredsstillende begrunnelse.⁶⁷ Dette er momenter av betydning også for mulighetene til rettslig overprøving av barnevernstiltak.

2.4 Prosessuelle normer

2.4.1 Generelt om retten til en rettferdig rettergang

Retten til en rettferdig rettergang er en grunnleggende menneskerettighet som er vernet etter Grunnloven § 95 og EMK artikkel 6. At rettergangen skal være rettferdig, omtales også som en generell norm eller et generelt krav.⁶⁸ Både Grunnloven og EMK stiller prosessuelle krav til hvordan saken skal behandles for å anses som rettferdig. Kravene skal bidra til at den enkelte føler seg trygg på at myndighetene ikke misbruker sin maktposisjon til å forfølge uvilkårlig. I forlengelsen av dette bygger den norske sivilprosessen på et overordnet prinsipp om at rettergangen skal være forsvarlig og betryggende, jf. blant annet tvl. § 1-1 (1). Det gjelder også et ulovfestet prinsipp om at domstolsbehandlingen som et hele må være forsvarlig og betryggende.⁶⁹ Kravene til en rettferdig rettergang gjelder både i sivile saker, slik som et tvangsvedtak etter barnevernloven er, og i straffesaken. Begrepet omfatter en helhetsvurdering av alle sider av domstolens saksbehandling, samt en rekke mer konkrete regler og prinsipper.

⁶⁵ Se for eksempel Strand Lobben mfl. mot Norge (EMD 37283/13) avsnitt 202

⁶⁶ Se for eksempel Strand Lobben mfl. mot Norge (EMD 37283/13) avsnitt 214 hvor det kort slås fast at “protection of health or morals” and “rights and freedoms” of barnet er relevante grunner.

⁶⁷ Se Høyesterett i storkammer sin oppsummering av EMDs vurderinger i HR-2020-661-S.

⁶⁸ Pedersen og Skoghøy (2020) s. 28. Se også uttalelsen i Dokument 16 (2011-2012) på s. 123 om at det er tilstrekkelig at Grunnloven beskytter en rettferdig rettergang, da uttrykket tolkes ut fra en anerkjent internasjonal og nasjonal tolkingspraksis.

⁶⁹ Fremgår av rettspraksis, se eksempelvis HR-2016-217-A avsnitt 17.

Grunnloven § 95 fanger opp mange overordnede krav om retten til å få sin sak avgjort av uavhengige og upartiske domstoler. Bestemmelsens ordlyd gjør det klart at saken videre skal avgjøres innen rimelig tid, at rettergangen skal være rettferdig og at domstolene og dommerne skal være uavhengige og upartiske. Dette er i samsvar med det som fremgår av EMK artikkel 6 nr. 1 om at “everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law”. Dette er fortolket slik at det også sikrer adgang til domstolen, «access to court».⁷⁰ At denne retten også gjelder for gjelder i saker om tvangstiltak etter barnevernloven er klart og drøftes ikke videre, ei heller de kravene som stilles til domstolene og deres uavhengighet. Kravene som stilles til en rettferdig rettergang og prinsippet om forsvarlig saksbehandling må videre sees i sammenheng.⁷¹

Retten til en rettferdig rettergang innebærer et krav om likhet og at partene skal ha tilnærmet like muligheter under rettergangen. Videre gjelder det et kontradiksjonsprinsipp, som fremheves som det mest grunnleggende av prinsippene og en grunnstein i prosessordningen.⁷² Prinsippet innebærer at partene skal ha samme tilgang til all relevant dokumentasjon og videre at de skal ha like muligheter til å imøtegå opplysninger som den andre parten legger frem.⁷³ Partene skal også ha kunnskap om bevismidler fremskaffet av andre enn motparten og ha anledning til å kommentere disse. Også mer konkrete regler kan utledes av retten til en rettferdig rettergang. Her kan det nevnes at en sak skal avgjøres innen rimelig tid, at saker skal føres ved en uavhengig og upartisk domstol og at både rettergangen, domsavsigelsen og selve dommen som hovedregel skal være offentlig.

En rettferdig rettergang, med alle dens implikasjoner, har stor betydning for avhandlingens tema som knytter seg til tvangsvedtak. Rettssikkerhetsgarantiene som en rettferdig rettergang skal sikre står da sterkt. Samtidig utfordres dette av at sakene omhandler barn, og at det kan blir snakk om å veie barnerettslige og prosessuelle rettigheter mot hverandre, i tillegg til at hensynet til ivaretagelsen av barnet og foreldrenes rettigheter ikke nødvendigvis er sammenfallende.

⁷⁰ Pedersen og Skoghøy (2020) s. 32.

⁷¹ Skoghøy (2017) s. 570.

⁷² Pedersen og Skoghøy (2020) s. 52 med videre henvisninger.

⁷³ Se blant annet NOU 2001: 32 A s. 142-143, Ot.ptp. nr. 51 (2004-2005) s. 167, Skoghøy (2017) s. 545 og Matningsdal (2013) s. 18.

2.4.2 Retten til et effektivt rettsmiddel

Et prosessuelt krav som bør nevnes særskilt er kravet om at det skal finnes effektive nasjonale kontrollmekanismer som kan ta stilling om det foreligger krenkelse av konvensjonene, og videre rette opp slike krenkelser. For tvangstiltak etter barnevernloven er dette viktig, da slike tiltak nettopp vil innebære et inngrep i den retten både barn og foreldre har til respekt for sitt familieliv. Effektive kontrollmekanismer trengs for å sikre at tvangstiltakene er i overensstemmelse med menneskerettighetene.

Retten til et effektivt rettsmiddel følger av EMK artikkel 13 og SP artikkel 2 (3). I Grunnloven er retten til et effektivt rettsmiddel regulert som en del av paragraf 89.⁷⁴ Etter EMK artikkel 13 kreves en effektiv prøvningsrett (remedy) nasjonalt. Etter norsk rett er dette i stor grad sikret gjennom ordningen med at domstolene som en del av sin prøving kontrollerer om lovgivning og forvaltning av denne er i overensstemmelse med kravene etter både grunnloven og menneskerettighetene.⁷⁵ EMK oppstiller ikke egentlig et krav om prøving ved en nasjonal domstol, men en slik løsning vil likevel være betryggende. Etter EMK er det avgjørende at det foreligger en nasjonal myndighet som tilbyr en effektiv prøving, å ikke hvilken karakter det aktuelle myndighetsorganet har. For avhandlingens tema vil også fylkesnemndas behandling utgjøre en del av denne kontrollen. Fylkesnemnda gjennomfører prøving også av de overordnede menneskerettslige rammene, og dette bidrar således til oppfyllelsen av kravene om en grundig og effektiv prøving.

Prøvingsretten etter EMK artikkel 13 må være effektiv, noe som knytter seg både til tilgjengeligheten og tilstrekkeligheten, men i tillegg tilgjengelighet både i prinsippet og i praksis.⁷⁶ Videre kan det utledes krav knyttet til uavhengighet, samt til en tilstrekkelig prøvings- og avgjørelseskompetanse.⁷⁷ Som fremhevet i litteraturen er det summen av de nasjonale rettsmidlene som er avgjørende.⁷⁸

Det er ikke grunnlag for å påstå at avgjørelsesmekanismen knyttet til tvangsvedtak etter barnevernloven, ikke er i overensstemmelse med kravene til effektive rettsmidler. Føringerne om at nasjonale rettsmiddel må være tilgjengelig og tilstrekkelig – «available and sufficient»,

⁷⁴ Det er i Dokument 16 (2011-2012) s. 86 lagt til grunn at kravet til en «effective remedy» er tilstrekkelig sikret gjennom og følger av den generelle formuleringen av domstolens prøvingsrett.

⁷⁵ Aall (2018) s. 87.

⁷⁶ Larsen (2019) pkt. 3.3.

⁷⁷ Larsen (2019) pkt. 3.1.

⁷⁸ Aall (2018) pkt. 5.7.

kan like fullt få betydning dersom muligheten for rettslig overprøving blir for snever og begrenset, på grunn av praksis eller endrede regler.

2.5 Subsidiaritetsprinsippet

Subsidiaritetsprinsippetets rolle er å regulere forholdet mellom medlemsstatene og EMD når det gjelder gjennomføringen og håndhevingen av EMK-rettighetene. Utgangspunktet og kjernen er at avgjørelser skal fattes så nært som mulig dem som berøres av avgjørelsene, men samtidig på et høyt nok nivå til at formålet med den aktuelle avgjørelsen kan oppnås.⁷⁹

Prinsippet legger altså opp til at det er medlemsstatene som i første rekke har ansvaret for å ivareta EMK-rettighetene.⁸⁰ Dette kan begrunnes i at det er at nasjonale myndigheter som er nærmest og har best kjennskap til nasjonale særegenheter, og dermed ofte har best forutsetninger til å foreta skjønsmessige vurderinger knyttet til EMK. Prinsippet regnes som et grunnleggende EMK-rettslig prinsipp.⁸¹

Hovedpoenget med prinsippet er at det er medlemsstatene som har ansvaret for ivaretagelsen av EMK-rettighetene, mens EMD spiller en subsidiær rolle og kun griper inn dersom dette er nødvendig for å oppnå formålet med EMK-rettighetene.⁸²

Subsidiaritetsprinsippet innebærer at en sak ikke kan fremmes for EMD dersom klageren ikke har brukt av alle tilgjengelige nasjonale rettsmidler først, jf. EMK artikkel 35 nr. 1. Dette må forstås i sammenheng med artikkel 13, som omhandler den enkeltes rett til en effektiv prøving. Målsetningen er altså at EMK-rettighetene primært skal sikres ved hjelp av nasjonale tiltak og klagemekanismer.

Subsidiaritetsprinsippet er også med på å begrunne EMDs tilbakeholdenhet ved overprøving av nasjonale domstolars bevisvurdering av de faktiske forhold, på samme måte som domstolen er tilbakeholden med å overprøve nasjonale domstolars tolkning av nasjonal rett. Dette gjelder også når klagen knytter seg til forståelsen av nasjonale rettsregler, som

⁷⁹ Settem (2016) pkt. 2.

⁸⁰ Sørensen (2004) pkt. 2.3.1.

⁸¹ Settem (2016) pkt. 2, som også viser til vedtakelsen av en ny tilleggsprotokoll TP 15, som vil medføre et tillegg i EMKs fortale om at «the High Contracting Parties, in accordance with the principle of subsidiarity, have the primary responsibility to secure the rights and freedoms defined in this Convention».

⁸² Rui (2013).

barnevernloven, hvor EMK artikkel 8 nr. 2 tilsier at inngrep i retten til familieliv må ha hjemmel i nasjonal lov.

Retten og muligheten til prøving for EMD er ikke gjenstand for analyse i denne avhandlingen. Subsidiaritetsprinsippet gir likevel en viktig føring, siden det sier noe om dethovedansvaret nasjonale domstoler har til å sikre ivaretagelsen av konvensjonsrettighetene, herunder EMDs forståelse av disse.

3. Saksgangen ved tvungne barnevernstiltak og begrunnelse for denne

3.1 Kapittelets tema

Målet med dette kapittelet er å gi en oversikt over gangen i en sak om tvangstiltak etter barnevernloven, samt å diskutere begrunnelsen for dette. Dels er dette nødvendig som bakgrunnsstoff for drøftelsene i kapitlene 4 -7 om rettslig overprøving, og dels vil dette være nødvendig for de vurderinger som skal gjøres i kapittel 8. Selve behandlingen eller vilkårene for behandling i henholdsvis fylkesnemnda og domstolene vil ikke bli drøftet, bare systemet som er valgt, samt bakgrunnen og begrunnelsen for det.

3.2 Fylkesnemnda som førsteinstans

Som vist i punkt 1.3 hjemler barnevernloven er vidt spekter av tiltak som kan iverksettes, fra mindre inngripende hjelpetiltak i hjemmet til mer inngripende tvangstiltak i og utenfor hjemmet. I de tilfeller hvor det er snakk om å treffe tvangsvedtak ligger vedtakskompetansen i all hovedsak hos fylkesnemnda. I det videre er spørsmålet hvorfor denne kompetansen er lagt til fylkesnemnda. Et ytterligere spørsmål er hvilken betydning det har for den videre saksgangen at kompetansen er lagt til fylkesnemnda.

Barnevernloven, både tiltak og beslutningsorganer og kompetanse, har opp gjennom tidene vært gjenstand for store diskusjoner og endringer. Etter ikrafttredelsen av den nå oppheva barnevernloven av 1953 ble det en økning i antallet barnevernssaker og i vanskelighetsgraden av disse.⁸³ Både loven og praksis ble etter hvert gjenstand for sterk kritikk, hvor kritikken særlig knyttet seg til lovens struktur, og især den dårlige rettsikkerheten ved avgjørelser om tvangsmessige inngrep.⁸⁴ Loven var ikke tilpasset utfordringene som forelå, og behovet for en ny lov som bedre ivaretok rettssikkerheten presset seg frem.

Kritikken mot de tvangsmessige inngrepene rettet seg i stor grad mot den daværende barnevernemnda og alle oppgavene som var lagt til den. Som påpekt av Benneche hadde barnevernemnda ansvaret for å finne frem til de hjelpetrengende, iverksette hjelpetiltak, initiere tvangssakene og å avgjøre sakene.⁸⁵ Barnevernemnda hadde dermed omfattende

⁸³ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 12. Opphevet: Lov 17. juli 1953 nr. 14 om barnevern.

⁸⁴ Haugli (2000) s. 88.

⁸⁵ Benneche (1986) s. 44 og 45.

kompetanse i alt fra hjelp i hjemmet til beslutning om eksempelvis omsorgsovertakelse. En by- eller herredsrettsdommer skulle tiltre nemnda for de mest inngripende tiltakene som omsorgsovertakelse.⁸⁶ Prosessen innebar imidlertid at nemndene i stor grad måtte ta realitetsstandpunkt på et tidlig stadium, og dermed før en dommer ble tilkalt. Den rettssikkerhetsgarantien som skulle ligge i dommerdeltagelsen ble dermed svekket.⁸⁷ I tillegg til kritikken mot de mange funksjonene, ble det også rettet kritikk mot barnevernsnemndas mangelfulle saksbehandling. Kritikken knyttet seg til utredningen av enkeltsaker, og spesielt nemndas mangelfulle saksbehandling i saker om tvang overfor barn og foreldre.⁸⁸

I arbeidet med ny sosialtjenestelov, hvor barnevernloven var ment å inngå, ble rollekonflikten mellom å være hjelpeorgan og organ som forbereder og avgjør tvangssaker, særlig fremhevet som svakheter ved barnevernloven av 1953.⁸⁹ Det ble vist til at det var en bred oppfatning om at avgjørelsene av de mest alvorlige sakene burde legges til domstolene eller et annet nøytralt avgjørelsesorgan utenfor barnevernet. Behovet for en reell kontradiktorisk saksbehandling ble påpekt. Et gjennomgangstema i kritikken mot loven av 1953 var knyttet til partenes rettssikkerhet, og herunder det å styrke barnevernets omdømme og legitimitet. Selv om barnevernloven ikke ble del av en felles sosialtjenestelov, ble tankene fremmet i arbeidet med denne felles loven, videreført inn i arbeidet med ny barnevernlov.⁹⁰

Sosiallovutvalgets vurderinger av kommunens rolle i tvangssakene og hvordan denne ordningen fungerte i de ulike sakstypene, fikk stor betydning i det videre arbeidet.⁹¹

Sosiallovutvalgets konklusjon var at tvangssakene generelt ikke burde avgjøres av en kommunal nemnd.⁹² Utvalget delte seg i et mindretall som mente at sakene skulle behandles direkte av domstolene, og et flertall som mente et statlig forvaltningsorgan i form av en fylkesnemnd ville være best. For en nemnd ble det presisert at den måtte ha en selvstendig og uavhengig stilling, den måtte baseres på grundig saksbehandling, juridisk og faglig innsikt måtte kombineres med legmannsskjønn og sakene måtte avgjøres raskt.⁹³

⁸⁶ Se nærmere NOU 1985:18 pkt. 17.5.2.1.

⁸⁷ Benneche (1986) s. 299 flg.

⁸⁸ Falck og Havik (2000) s. 14 og 15.

⁸⁹ NOU 1985: 18 s. 27.

⁹⁰ Se Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 10.

⁹¹ NOU 1985: 18 s. 283-303.

⁹² NOU 1985: 18 s. 290.

⁹³ NOU 1985: 18 pkt. 17.5 jf. Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 88.

Ved lov 13. desember 1991 nr. 81 om sosiale tjenester ble fylkesnemnder for sosiale saker opprettet for å behandle tvangssakene etter sosialtjenesteloven. Nemnda ble opprettet som et domstolslignende forvaltningsorgan, og ble på bakgrunn av tidsaspektet og rettsikkerhetshensyn foretrukket fremfor å legge myndigheten til domstolen direkte.⁹⁴ Da ny barnevernlov ble vedtatt året etter, ble de nyopprettede fylkesnemndene gitt kompetanse i tvangssakene.⁹⁵

Fylkesnemnda fikk etter lovendringen i 1992 en selvstendig kompetanse til å treffe vedtak, og dermed prøve både de juridiske og faglige sidene av tvangssakene. Saksbehandlingen ble dermed styrket, og prosessen ble lagt tett opp mot reglene om muntlighet og bevisumiddelbarhet i tvistemålsloven.⁹⁶

At fylkesnemnda treffer vedtak i tvangssakene etter barnevernloven innebærer at første vedtak blir truffet av et særlig kyndig domstollignende organ, men altså ikke i domstolen. Det innebærer dermed at tingretten som normalt er førsteinstans, i stedet fremstår som en anneninstans, siden saken alt er prøvd av et domstollignende organ, med en domstollignende prosess og en bredt sammensatt kompetanse. Spørsmålet er da hvilken betydning dette har for den videre domstolsprøvingen.

3.3 Domstolsprøving

3.3.1 Retten til domstolsprøving

Av tvisteloven fremgår flere grunnleggende forutsetninger for behandlingen av sivile saker. Loven skal sikre at borgerne får håndhevet sine rettigheter, samt ivareta samfunnet som helhet og samfunnets behov for å få respektert og avklart rettsreglene.⁹⁷

Tvistelovens formålsparagraf, § 1-1, har ingen direkte saklig eller personell begrensning. Under forutsetning av at kravene i tvl § 1-3 og lovens kapittel 2 er oppfylt, har enhver anledning til å gå til domstolen med en rettstvist.⁹⁸ Grunnloven § 95 første ledd første punktum fastslår også at alle har rett til å få sin sak avgjort av en uavhengig og upartisk

⁹⁴ Ot.prp. nr. 29 (1990-1991) s. 135 og Innst.O. nr. 9 (1991-1992) s. 43.

⁹⁵ Innst.O. nr. 80 (1991-1992) s. 5.

⁹⁶ Opphevet: Lov 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven).

⁹⁷ Jf. tvisteloven § 1-1 første ledd siste pkt. um. Se også uttalelser i Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 39 og 44.

⁹⁸ Noen unntak følger imidlertid av prosessreglene. Her kan de særlige reglene knyttet til småkravprosess nevnes, jf. tvl. Kapittel 10, samt domstolens adgang til å avvise en sak etter § 2-2 siste ledd.

domstol. Retten til domstolsprøving må også forstås i lys av EMK artikkel 6 nr. 1 om retten til en rettferdig rettergang, og artikkel 13 om retten til et effektivt rettsmiddel.

Selve domstolskontrollen med forvaltningens vedtak bygger opprinnelig på domstolskapt rett.⁹⁹ Av forvaltningslovens forarbeider fremgår det at «[d]en enkeltes adgang til å få gyldigheten av vedtak prøvd for domstolene, må anses som en viktig rettssikkerhetsgaranti».¹⁰⁰ Tilgang til å få prøvd sin sak for en domstol bidrar til å styrke befolkningens rettssikkerhet, noe som er særlig viktig i saker om tvangsinngrep. Ved prøvingen av forvaltningens vedtak, kan alltid domstolen prøve om loven er tolket riktig, om det foreligger saksbehandlingsfeil eller om resultatet er bygd på feil faktum.¹⁰¹ Hvor omfattende kontroll domstolene skal bedrive av forvaltningens vedtak utover dette, er omdiskutert, selv om det i hovedsak er enighet om de ytre rammene. Høyesterett har flere ganger gitt oppsummerende vurderinger av domstolenes kontroll med forvaltningens skjønnspregete myndighet, av typen:

«... domstolene kan fastlegge lovbestemmelsens nærmere innhold og prøve om forvaltningen har holdt seg innenfor rammen av denne. Domstolene kan videre prøve om forvaltningen har bygget på riktig faktum, om det er tatt utenforliggende hensyn, og om det foreligger myndighetsmisbruk, vilkårlighet eller en så høy grad av urimelighet at det må få betydning for vedtakets gyldighet.»¹⁰²

De nærmere grensene for hva domstolene generelt kan prøve skal ikke diskuteres her. Det er likevel grunn til å fremheve at utgangspunktet ved overprøving av forvaltningsvedtak er at domstolen gjør en etterfølgende gyldighetskontroll. Det innebærer at domstolene kan prøve lovanvendelsen, saksbehandlingen og om vedtaket er truffet på et faktisk riktig og fullstendig grunnlag, i tillegg til om vedtaket er vilkårlig eller sterkt urimelig.¹⁰³ Her må domstolen bygge

⁹⁹ Se for eksempel uttalelsen i HR-2000-1298. Grunnlovens § 89 kan også nevnes. Bestemmelsen grunnlovsfester prøvingsretten, altså den rett og plikt domstolen har til å påse at lover og andre myndighetsbeslutninger er i overensstemmelse med Grunnloven. Domstolens prøving av forvaltningsvedtak mot ordinær lovgivning reguleres imidlertid ikke av bestemmelsen.

¹⁰⁰ Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven – fvl.). Prop. 62 L (2015-2016) pkt. 23.1.

¹⁰¹ Eckhoff og Smith (2018) s. 544.

¹⁰² HR-1995-13-B på s. 77. Dommen omhandlet en person som kom til Norge i 1973, og som noen år senere ble idømt tre års fengsel for bl.a. voldtekt av sin egen datter. Utlendingsmyndighetene besluttet så å utvise ham, og saken for Høyesterett omhandlet om utvisningen var i strid med EMK artikkel 8, noe retten konkluderte med at den ikke var.

¹⁰³ Schei m.fl (2013) kommentar til § 36-5, s. 1319 og 1320.

på faktum fra vedtakstidspunktet og kan ikke avsi dom for realitetene.¹⁰⁴ For tvangsvedtak etter barnevernloven fastslår bvl. § 7-24 første ledd at vedtakene kan bringes inn for tingretten til rettslig prøving etter tvl. kapittel 36. Det innebærer at det gjelder en særlig prosessform i disse sakene. Denne særlige prosessformen gir en utvidet prøvingsrett i domstolene. Spørsmålet blir da både hva hovedpunktene i den utvidede prøvingsretten er, og ikke minst hvorfor det foreligger en slik særlig prosessform.

3.3.2 Særlig prosessform

Barnevernloven § 7-24 slår fast at fylkesnemndas vedtak kan bringes inn for tingretten etter tvisteloven kapittel 36. Her hjemles således retten til rettslig prøving av forvaltningsvedtaket, i tillegg til at det henvises til en særlig prosessform.

Prøving i medhold av tvl. kapittel 36 innebærer i realiteten at retten har «samme kompetanse og ansvar som det forvaltningsorgan hvis vedtak skal prøves».¹⁰⁵ Det gir en utvidet kompetanse sammenlignet med de alminnelige prosessreglene. Som oppsummert av tvistemålsutvalget innebærer dette særlig at «... retten ikke er bundet av partenes prosesshandlinger, dens ansvar for sakens opplysning, dens kompetanse til å prøve alle sider av saken, og prinsippet om offentlig dekning av kostnadene. Viktig er også kravet om prioritering av slike saker og hurtig avgjørelse [...]».¹⁰⁶ Det skal dermed foretas en full prøving av sakens faktiske og rettslige side, og retten må på selvstendig grunnlag utøve det forvaltningsmessige skjønn og eventuelt treffe realitetsavgjørelse.¹⁰⁷ Avgjørelsen skal videre skje ut fra de faktiske forholdene på domstidspunktet.¹⁰⁸

Tvisteloven kapittel 36 baserer seg i hovedsak på en videreføring av tvistemålsloven kapittel 33. Fra departementets side ble det i arbeidet med tvisteloven vist til at det var et behov for å ha særlige prosessregler i saker som omhandlet rettslig overprøving av tvangsvedtak.¹⁰⁹ Den nærmere begrunnelsen for hvorfor det er behov for en særlig prosessform, knytter seg til de menneskerettslige skrankene som gjelder som følge av at det er snakk om å bruke tvang overfor personer. Det gir særlig behov for å sikre en forsvarlig, rask, reell og tilstrekkelig

¹⁰⁴ At domstolene ikke skal avsi dom for realitetene er lagt i grunn iblant annet NOU 2001: 32 A s. 195 og Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 146, så se også Martnes (2021) kapittel 8, som diskuterer domstolskontroll av forvaltningsvedtak knyttet til barnets beste.

¹⁰⁵ HR-2012-1262-A avsnitt 27.

¹⁰⁶ NOU 2001: 32 A s. 522, gjentatt i Ot.prp. nr. 51 på s. 345.

¹⁰⁷ Schei m.fl. (2013) s. 1308.

¹⁰⁸ HR-2021-476-A avsnitt 40.

¹⁰⁹ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 345.

inngående domstolsprøving av disse sakene.¹¹⁰ I tillegg til de generelle menneskerettslige kravene knyttet til rettferdig rettergang, samt individers rett til personlig integritet, privat- og familieliv, ble også hensynet til barns rettigheter særlig fremhevet. Her ble det henvist til at den type saker må prioriteres.¹¹¹ Tvistemålsutvalget vurderte at særegenheten ved slike tvangssaker og de menneskerettslige forpliktelsene, tilsa at det var grunn til å videreføre hovedinnholdet i de særlige prosessreglene på dette området.

Det at disse sakene innebærer tvangsbruk, er vedtatt av forvaltningen, og retter seg mot privatpersoner, gjør dermed at prosessen knyttet til rettslig overprøving er underlagt en særlig prosessform. Hensynet til barnets beste støtter at retten ikke skal være bundet av partenes prosesshandlinger i saker som vedrører barn, siden retten vil ha et selvstendig ansvar for å ivareta barnets interesser jf. BK artikkel 3 og GrL. § 104. Det er heller ikke tvil om at barn har en særskilt rett til respekt for sitt familieliv og en grunnleggende rett til omsorg. Rettslig overprøving, for å få riktig resultat og det uten at de private parters økonomi blir styrende, er dermed viktig. En rask avklaring er i tillegg viktig av hensyn til barnets omsorgssituasjon, siden tiltakene anvendes i tilfeller hvor barn lever under forhold som kan skade deres helse og utvikling, jf. bvl. § 1-1. Ut fra barns grunnleggende rett til omsorg, må barn gis hjelp så snart som mulig. Den særlige prosessformen søker å ivareta dette, særlig gjennom bestemmelsene om at hovedforhandling skal berammes straks og at saken skal prioriteres jf. tvl. § 36-5 første og andre ledd. For barn kan det likevel spørres om dette er tilstrekkelig. Selv om en domstolsbehandling fremskyndes, tar den tid. Og enda mer tid tar det når en sak eventuelt ankes videre til atter en ny prøving. Den særlige prosessformen baserer seg på en avveining av de ulike interessene til barnet, samt mellom barnet og foreldrene, noe særlig ordningen med silingsadgangen til lagmannsretten illustrerer.

3.4 Silingsadgangen til lagmannsretten

Hensynet til å skape ro om barnets omsorgssituasjon tilsier at adgangen til gjentatt rettslig overprøving bør være noe begrenset, samtidig som hensynet både til barnet og foreldrene tilsier at slike tvangsvedtak må kunne overprøves rettslig. Hensynene her kan ivaretas på ulike måter og i forbindelse med arbeidet med tvisteloven var det særlig to alternativer som ble

¹¹⁰ NOU 2001:32 A pkt. 19.2.4.

¹¹¹ Drøftelsene her ble gjort med henvisning til barnekonvensjonen artikkel 36 (d) og EMDs vurderinger i en sak om omsorgsovertakelse, Olsson mot Sverige (EMD 10465/83) avsnitt 62. avsnitt 62.

fremhevet som aktuelle.¹¹² Å starte den rettslige prøvingen direkte i lagmannsretten, eller å følge normalordningen med prøving i tingretten, men med begrenset mulighetene for videre prøving. Alternativene var allerede kjente fra tidligere utredninger.¹¹³

Befring-utvalget fremhevet i sin utredning om barnevernet i Norge at fylkesnemndene som vedtaksorgan i tvangssakene hadde ledet til økt rettssikkerhet, men at hensynet til å sikre ro og forutberegnelighet for barna talte for å begrense muligheten for rettslig overprøving.¹¹⁴ Etter utvalgets mening burde det skje ved at overprøving av fylkesnemndenes vedtak skjedde direkte for lagmannsretten. Det ville bidra til hurtigere ro, samtidig som innskrenkningen ikke ville medføre vesentlige begrensninger med tanke på rettssikkerheten. Tvistemålsutvalget mente imidlertid at tids- og ressursaspektet ikke tilsa at sakene skulle gå rett for lagmannsretten, og fremhevet særlig at en behandling trolig ville skje hurtigere ved tingretten enn ved lagmannsretten.¹¹⁵ Det ble videre fremhevet at hensynet til partenes reiseavstand tilsa at sakene startet i tingrettene. I departementets vurderinger ble det imidlertid lagt til grunn at «hensynet til barnets beste taler for at disse sakene behandles i lagmannsretten som førsteinstans».¹¹⁶ Dette ville ifølge departementet gi sakene en raskere avklaring og samtidig spare samfunnets ressurser ved at færre instanser ble involvert før en rettskraftig avgjørelse forelå. Et forslag i tråd med dette ble så fremmet av Barne- og familiedepartementet.¹¹⁷

Komiteens flertall i innstillingen til ny tvistelov fastholdt imidlertid at det ikke skulle gjelde noen særregler om instansfølgen ved overprøving av barnevernstiltak.¹¹⁸ Det var ikke ønskelig å gjøre fylkesnemnda til en spesialdomstol og tingrettenes stilling skulle ikke svekkes. Hensynet til at det raskt skulle bli ro omkring barna, burde heller ivaretas ved å innføre strenge vilkår for anke til lagmannsretten.¹¹⁹ Med tanke på rettssikkerheten og overprøvmulighet ble det fremhevet at sakene likevel ville være sikret behandling i både fylkesnemnda og tingretten. Kombinasjonen av hensynet til en kortere saksbehandlingstid og hensynet til rettssikkerhet måtte veie tungt, og det tilsa videre at tingretten alltid skulle ha én

¹¹² NOU 2001: 32 A pkt. 19.2.4.3.

¹¹³ Se blant annet NOU 1972: 30, NOU 1982: 26, NOU 1985: 18 s. 301 flg. og NOU 2000: 12 s. 191-192 (direkte for lagmannsretten).

¹¹⁴ NOU 2000: 12 pkt. 16.8. Liknende vurderinger og forslag i NOU 1985:18 s. 301.

¹¹⁵ NOU 2001: 32 A pkt. 19.2.4.3, særlig s. 526-527.

¹¹⁶ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 345.

¹¹⁷ Ot.prp. nr. 64 (2004-2005) kapittel 10.

¹¹⁸ Innst.O.nr 110 (2004-2005) pkt. 2.2.1.

¹¹⁹ Innst.O. nr. 110 (2004-2005) pkt. 24.2.

fagkyndig og én lek meddommer i disse sakene.¹²⁰

Komiteflertallets forslag ble vedtatt og i påvente av ikrafttredelsen av tvisteloven, ble en tilsvarende bestemmelse inntatt i sosialtjenesteloven § 9-10a.¹²¹ Bestemmelsen i sosialtjenesteloven hadde samme innhold som någjeldende tvl. § 36-10 tredje ledd.

Arbeidet frem mot silingsadgangen, viser at det ikke nødvendigvis er gitt hvordan de ulike hensynene på dette området best kan ivaretas, og ulike forslag har vært vurdert. Uavhengig av ulike forslag synes det å være bred enighet om at det er et mål å få denne typer saker avgjort så hurtig som mulig, samtidig som sentrale rettssikkerhetsgarantier ivaretas.

Lovgiver landet til slutt på at den beste måten å ivareta de kryssende hensynene på, var å begrense muligheten for flere rettslige prøvinger, samtidig som kompetansen og kvaliteten i behandlingen i fylkesnemndene og tingrettene ble sikret. Dette ble også ansett som den beste måten å sikre hurtig vei mot rettskraftig dom. I kapittel 8 vil jeg drøfte om det ut fra praksis fortsatt er grunn til å hevde at dette er den beste måten å ivareta både hensynene til rettssikkerhet og hurtighet, eller om det finnes alternative løsninger eller justeringer som bør vurderes.

¹²⁰ Innst.O. nr. 110 (2004-2005) pkt. 2.2.1.

¹²¹ Opphevet: Lov 13. desember 1991 nr. 81 om sosiale tjenester m.v. (sosialtjenesteloven).

4. Rettslig prøving i tingretten

4.1 Generelt om overprøving av fylkesnemndas tvangsvedtak

Fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker er et uavhengig og domstollignende forvaltningsorgan, som etter bvl. § 7-1 avgjør saker reist av kommunene.¹²² Hvilke saker som avgjøres av fylkesnemnda fremgår ikke av en bestemmelse i loven, men utledes av den enkelte tiltaksbestemmelse.¹²³ Fylkesnemnda kan ikke instrueres i enkeltsaker, verken prosessuelt, materielt eller i skjønnsutøvelsen. Saksbehandlingen hos fylkesnemnda skal etter bvl. § 7-3 første ledd være betryggende, rask, tillitsskapende, tilpasset sakens art og støtte opp om lovens grunnleggende hensyn.

Etter bvl. § 7-24 første ledd kan fylkesnemndas vedtak bringes inn for tingretten etter de særlige reglene om prøving av administrative tvangstiltak mot personer i tvistelovens kapittel 36. Tvistelovens kapittel 36 er i hovedsak en videreføring av tvistemålsloven kapittel 33.¹²⁴ På bakgrunn av dette vil praksis og forarbeider fra tvistemålsloven fortsatt kunne være relevant. Bestemmelsene i kapittel 36 skal etter forarbeidene særlig ta sikte på å ivareta behovet for rask behandling og avgjørelse, jf. tvl. § 36-5 første og annet ledd.¹²⁵ Videre skal bestemmelsene imøtekomme de særlig sterke rettsikkerhetsbehov som gjør seg gjeldende i saker om bruk av administrativ tvang og frihetsberøvelse. Dette gjøres blant annet gjennom at retten skal prøve alle sidene av saken, jf. tvl. § 36-5 tredje ledd.

Barnevernlovens § 7-24 som gir mulighet for å bringe tvangsvedtak inn for domstolene er en naturlig følge av at det ikke foreligger adgang til forvaltningsklage over fylkesnemndas vedtak.¹²⁶ Den eneste muligheten for overprøving er å bringe fylkesnemndas vedtak inn for de ordinære domstoler. Lover som tillater administrative tvangsinngrep, som barnevernloven, stiller strenge krav til rettsikkerheten. Likefult har lovgiver ansett det som nødvendig med ytterligere rettsikkerhetsgarantier, på bakgrunn av sakenes alvorlighet og at de representerer

¹²² Fylkesnemnda er et domstollignende organ da avgjørelsene fattes i forlengelsen av et drøftingsmøte med bevisumiddelbarhet, partene er representert med advokater, og forhandlingene følger tvistelovens regler mv. jf. bvl §§ 7-17 og 7-18, se Kjønsstad, Syse og Kjelland (2017) s. 541 flg.

¹²³ Se eksempelvis bvl. § 4-4 tredje ledd som fastslår at fylkesnemnda kan beslutte tvangsmessige hjelpetiltak, § 4-19 andre ledd som fastslår at fylkesnemnda skal ta standpunkt til samvær og § 4-20 første og andre ledd som viser at når fylkesnemnda har vedtatt omsorgsovertakelse kan den også frata foreldresansvaret og gi samtykke til adopsjon.

¹²⁴ Dette kommer klart frem i lovens forarbeider, se eksempelvis NOU 2001: 32 B s. 1000 og Ot.prp nr. 51 (2004-2005) s. 345.

¹²⁵ NOU 2001: 32 B, s. 1001.

¹²⁶ Ofstad og Skar (2015) side. 419.

tvang overfor enkeltborgere. Slike ytterligere rettssikkerhetsgarantier er gitt gjennom muligheten for full overprøving i domstolene. Bestemmelsene i kapittel 36 legger opp til at domstolen hurtig skal kunne ta stilling til lovligheten og hensiktsmessigheten av tvangstiltakene. Gjennom bestemmelsene i tvisteloven oppfyller Norge også sine internasjonale forpliktelser om særlige prosessregler for tvangsvedtak, jf. EMK artikkel 5 og SP artikkel 9 nr. 4.¹²⁷

Siden det foreligger en ubetinget rett til å bringe fylkesnemndas tvangsvedtak inn for tingretten, gir ikke prøvingen her særlig interessante spørsmål for avhandlingens tematikk. For sammenhengens skyld, og fordi prøvingen i tingretten kan påvirke både de videre rettslige prøvingene og de avsluttende vurderingene, skal visse sider av tingrettens behandling drøftes kort. Først drøftes spørsmålet om hvilke tiltak som kan bringes inn for domstolen til prøving, dernest noen prosessuelle regler.

4.2 Hvilke vedtak kan bringes inn for domstolene?

Barnevernloven § 7-24 første ledd slår fast at «[n]emndas vedtak kan bringes inn for tingretten etter reglene i tvisteloven kapittel 36». Bestemmelsen setter dermed ikke andre grenser enn at det må være snakk om et «vedtak» fra nemnda, samt at reglene i tvisteloven kapittel 36 må følges. Siden barnevernloven ikke gir noen samlet oppstilling av fylkesnemndas vedtakskompetanse, må dette utledes av den enkelte tiltaksbestemmelsen i lovens kapittel 4.

Dette innebærer for det første at det er et vidt spekter av tiltak som kan bringes inn for tingretten. Dette kan gjelde pålegg om hjelpetiltak etter § 4-4 tredje ledd, forbud mot flytting av barn etter § 4-8 første ledd, medisinsk undersøkelse og behandling etter § 4-10 eller behandling etter § 4-11. Videre vedtak om omsorgsovertakelse etter §§ 4-8 andre og tredje ledd og § 4-12. Vedtak om iverksettelse av omsorgsovertakelse, plasseringen, flytting eller oppheving av omsorgsovertakelse likeså. Videre treffer fylkesnemnda vedtak om samvær etter en omsorgsovertakelse jf. § 4-19 og om ytterligere tiltak som fratakelse av foreldreansvar, samtykke til adopsjon og besøkskontakt etter adopsjon jf. §§ 4-20 og 4-20a.¹²⁸

¹²⁷ Se NOU 2001: 32 A pkt. 19.2.3.2, særlig s. 517.

¹²⁸ Syse (2017) s. 143.

Fylkesnemnda har også kompetanse til å treffe vedtak om plassering og tilbakehold i institusjon i visse tilfeller, se bvl. § 4-24 og 4-29.¹²⁹

Alle disse vedtakene vil omfattes av begrepet «nemndas vedtak» i § 7-24. De vil også omfattes av tvisteloven § 36-1 første ledd om «administrative vedtak om tvang mot personer». At pålegg om hjelpetiltak, pålegg om medisinsk behandling eller annen opplæring, omsorgsovertakelse eller samtykke til adopsjon vil være «tvang mot personer» synes åpenbart. For barn er det i utgangspunktet de med foreldreansvar etter barneloven § 30, som regel en eller begge av foreldrene, som tar avgjørelser om hvor et barn skal bo, hvordan omsorg og oppfølging i hjemmet skal gis, hvordan barnets behov skal følges opp, mv.¹³⁰ Når fylkesnemnda griper inn og treffer vedtak om dette, vil det representere et inngrep i barnet og foreldrenes rett til familieliv etter Grl. 102 og EMK artikkel 8.

Det kan imidlertid spørres om vedtak om samvær etter en omsorgsovertakelse egentlig er et vedtak om «tvang mot personer». Dersom samvær fastsettes, innebærer det at barnet og foreldrene nettopp får ha samvær og opprettholde kontakten. Samtidig vil et samværsvedtak alltid representere en begrensning i den ubetinga retten barn og foreldre i utgangspunktet har til å være sammen. Samværsvedtak må dermed regnes som tvang, og dermed vedtak som kan bringes inn for rettslig overprøving. Det er lagt til grunn at også andre former for kontakt kan reguleres med hjemmel i bvl. § 4-19, gjennom at begrepet samvær må forstås som «kontakt».¹³¹ Når begrensninger i kontakt gjennom telefon eller digitale medier kan begrenses gjennom fylkesnemndas vedtak etter § 4-19, må det være klart at også disse vedtakene kan bringes inn for rettslig overprøving.¹³²

Det kan videre spørres om et vedtak om konkret plasseringssted etter en omsorgsovertakelse, kan bringes inn for domstolen. Altså vedtak om hvilket fosterhjem eller institusjon barnet skal plasseres i, eventuelt vedtak om at et bestemt fosterhjem ikke skal benyttes. Et vedtak som bestemmer at et barn skal bo et konkret sted, går ut på tvang. Det er ikke noe valgfritt i et slikt vedtak, og verken barnet eller foreldrene vil ha mulighet til å bestemme noe annet. Slike

¹²⁹ Også barnevernstjenestens leder kan treffe midlertidig akuttvedtak etter bvl. § 4-29 dersom den finner det sannsynlig at det er en nærliggende og alvorlig fare for at barnet utnyttes eller kan bli utnyttet til menneskehandel, og plassering er nødvendig for å beskytte barnet, jf. bestemmelsens fjerde ledd. Se også Collin-Hansen (2017) s. 282.

¹³⁰ Lov 08. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barneloven – bl.)

¹³¹ HR-2020-1967-A avsnitt 48.

¹³² En slik forståelse er også lagt til grunn av Høyesteretts kjæremålsutvalg, se HR-2007-1432-U og HR-2007-1386-U.

vedtak kan dermed bringes inn for domstolen, forutsatt at fylkesnemnda har tatt stilling til konkret plassering.¹³³

I forlengelsen av dette kan det spørres om avgjørelser fylkesnemnda treffer som ledd i saksbehandlingen kan overprøves. Etter bestemmelsens ordlyd er det kun fylkesnemndas «vedtak» som kan bringes inn for domstolene til rettslig overprøving. Avgjørelser truffet som ledd i saksbehandlingen, for eksempel om bevisavskjæring, innhenting av utredninger, mv. kan ikke overprøves etter bestemmelsene i tvisteloven kapittel 36. Dersom fylkesnemnda avviser det å behandle en sak, følger det av rettspraksis og uttalelser i forarbeidene at vedtaket kan bringes inn for rettslig prøving.¹³⁴ Avvisningen innebærer at partene ikke får realitetsbehandlet sitt krav, og det bør være mulighet til å få dette overprøvd av domstolen. Noe annet ville fratatt partene helt grunnleggende prosessuelle rettigheter i saker av inngripende karakter.

Et spørsmål er videre om vedtak som er falt bort, eller vedtak som ikke er iverksatt, kan bringes inn for domstolene. Tvisteloven § 36-1 annet ledd fastslår direkte at en part kan ikke bringe en sak inn for domstolen dersom vedtaket har falt bort før sak er anlagt. Dersom vedtaket faller bort etter at det er krevd rettslig prøving, vil saken måtte heves. Det vil derfor i begge tilfellene ikke være mulig å bringe vedtaket inn for domstolen for prøving. Dette henger sammen med det generelle sivilprosessuelle kravet til rettslig interesse. Hvis vedtaket er bortfalt, vil den rettslige interessen for å få selve vedtaket overprøvd mangle. Det samme må i utgangspunktet gjelde for vedtak som er falt bort som følge av en konkret frist, eksempelvis omsorgsovertakelser som må iverksettes innen seks uker fra vedtakstidspunktet jf. bvl. § 4-13 første ledd.¹³⁵

I forlangelsen av dette kan det spørres om vedtak om å ikke benytte tiltak kan bringes inn for domstolen. I utgangspunktet er det vedtak om tvang som kan bringes inn for domstolsprøving, mens det her er snakk om at fylkesnemnda ikke skal benytte tvang. Det kan derfor hevdes at det faller utenfor ordlyden. En slik forståelse kan imidlertid ikke legges til grunn. Muligheten for å få rettslig overprøving er begrunnet i avgjørelsens art som innebærer tvang mot personer og inngrep i grunnleggende rettigheter. Det å ikke benytte seg av et tvangsvedtak kan ha svært

¹³³ HR-2011-570-A avsnitt 47, HR-2012-650-U avsnitt 23 og HR2018-1252-U avsnitt 13.

¹³⁴ Se eksempelvis Ot.prp. nr. 76 (2005-2006) s. 65, HR-1996-605-K og HR-2011-2269-A.

¹³⁵ Fristen kan forlenges i noen tilfeller, og retten kan fastsette utsatt iverksettelse, noe som kan være aktuelt i tilfeller hvor manglende iverksettelse skyldes at foreldrene har unndratt barna, se HR-2018-1453-U.

alvorlige konsekvenser for barnet det gjelder. I tråd med barnets interesser bør det være mulighet for rettslig overprøving også av et slikt vedtak. En slik forståelse er lagt til grunn i teorien, hvor Schei har uttalt at muligheten for rettslig overprøving også vil gjelde der fylkesnemnda treffer vedtak om å ikke anvende tvang eller at et tvangsvedtak skal opphøre.¹³⁶

4.3 Noen prosessuelle regler

4.3.1 Krav om rettslig prøving

Tvisteloven § 36-2 første ledd fastslår at krav om rettslig prøving skal settes fram overfor den administrative myndighet som har truffet vedtaket som ønskes prøvd, her fylkesnemnda. Bestemmelsen oppstiller ingen formkrav. At de alminnelige kravene til stevning ikke gjelder i disse sakene, fremgår også uttrykkelig av tvl. § 9-2 4 ledd siste setning.

For rettslig overprøving av fylkesnemndas barnevernstiltak skal det dermed «settes fram krav om rettslig prøving» for fylkesnemnda, i stedet for å reise stevning for retten. Det innebærer at det er mindre formkrav, og enklere å vite hvem kravet skal settes frem for. Det gjør det enklere for partene å få saken rettslig behandlet, noe som er viktig ved tvangssaker. I forarbeidene brukes nettopp ønsket om en lav domstols-terkel som begrunnelse for de særlige reglene.¹³⁷

Ordlyden «settes fram krav» peker mot at det må være tilstrekkelig at den tvangsvedtaket retter seg mot, uttrykker at han eller hun ønsker kravet overprøvd. Hensynet til notoritet tilsier imidlertid at kravet enten fremsettes skriftlig eller at det settes opp skriftlig av fylkesnemnda som mottar kravet. Siden målet med bestemmelsen er å senke tekselen for partene, kan det ikke kreves at ordene «krav om rettslig prøving» må benyttes.¹³⁸ Det må likevel være klart at parten ønsker at saken skal prøves på nytt. Liknende vurderinger er lagt til grunn i teorien, hvor Schei har lagt til grunn at hvis parten overfor fylkesnemnda gir uttrykk for at han eller hun er uenig i vedtaket og ikke kan akseptere det, vil dette normalt måtte oppfattes som et krav om rettslig prøving.¹³⁹

¹³⁶ Schei m.fl. (2013) s. 1645.

¹³⁷ NOU 2001: 32 B rett på sak, s. 748.

¹³⁸ Privatpersoner som er part i en barnevernssak for fylkesnemnda har etter dagens regelverk krav på rettslig bistand uten egenbetaling. Dette har de uavhengig av egen økonomisk situasjon. Hovedregelen om gratis rettshjelp fremgår av rettshjelpsloven §§ 17 tredje ledd og 16 første ledd nr. 2, barnevernloven § 7-8 og tvisteloven § 36-8. For en nærmere drøftelse av retten til rettslig bistand se NOU 2020: 5 pkt. 27.3.

¹³⁹ Se Schei m.fl. (2013) s. 1204.

Kravet skal settes frem fylkesnemnda, som etter tvl. § 36-2 første ledd annen setning, straks skal oversende kravet og sakens dokumenter til retten. Dette er i samsvar med ønsket om hurtige avgjørelser og behandling, for å ivareta barnets omsorgssituasjon. Fylkesnemnda skal oversende alle dokumentene i saken. Dette omfatter alle dokumentene fylkesnemnda har, parts- og vitneforklaringer og sakkyndige erklæringer.¹⁴⁰

Hvor papirene skal sendes vil avhenge av hva som er riktig verneting. Dette reguleres av tvl. § 36-2 annet ledd, som angir tre tvungne alternative verneting. Dette behandles ikke nærmere. Det vil imidlertid være fylkesnemnda som skal sende papirene til rettverneting, slik at heller ikke dette vil bli en utfordring som må løses av de private partene.

Fristen for å fremme krav om rettslig overprøving, fremgår av barnevernloven § 7-24 annet ledd, og er satt til «en måned fra den dag den som har rett til å reise søksmål, fikk melding om vedtaket». Innen en måned fra parten fikk melding om fylkesnemndas vedtak, må således fylkesnemnda varsles dersom rettslig overprøving kreves. Frem til 2013 var fristen to måneder. Det hang sammen med at den alminnelige ankefristen i sivile saker frem til år 2000 var to måneder. Da denne ble endret til en måned, ble to måneders fristen for anke over fylkesnemndas tvangsvedtak opprettholdt. For barn er det viktig å få avklart situasjonen, og det var ingen grunn til at det skulle være lenger ankefrist i disse sakene ellers. Fristen for å fremme krav om rettslig overprøving ble dermed redusert fra to til en måned i 2013.¹⁴¹

Når det er anlagt et søksmål etter bestemmelsene i tvisteloven vil saken bli litispending, jf. tvisteloven § 18-1. Bestemmelsen er en alminnelig prosessregel og innebærer at det mellom partene ikke kan reises mer enn én sak om rettslig overprøving av vedtaket. Dette innebærer at det ikke samtidig kan kreves flere rettslige overprøvinger av et fylkesnemndsvedtak. Samtidig utelukker det ikke en ny senere rettslig overprøving, men da av et eventuelt nytt vedtak truffet av fylkesnemnda. Dette fremgår av tvisteloven § 36-1 tredje ledd som fastslår at ny rettslig prøving kan skje etter at saken på nytt er behandlet administrativt, det vil si at fylkesnemnda på nytt har truffet vedtak.¹⁴²

¹⁴⁰ Partene har også mulighet til å gjøre seg kjent med saken og få adgang til slike opplysninger gjennom generelle forvaltningsrettslige bestemmelser, se blant annet forvaltningsloven §§ 18 første ledd og 19. Videre påhviler det også en spesiell rett til dokumentinnsyn i saker for fylkesnemndene, jf. bvl. § 7-4.

¹⁴¹ Endringslov: Lov 21. juni nr. 63 om endring i barnevernloven i kraft fra 1. januar 2014. Behovet for å avklare barnets situasjon er diskutert i forarbeidene, se Prop. 106 L (2012-2013) s. 204.

¹⁴² Dette vil være i tråd med hovedregelen om at hvert vedtak utgjør et selvstendig rettskrav, jf. tvl § 1-3.

4.3.2 Oppsettende virkning

For barn kan det være viktig at et barnevernstiltak kan iverksettes også om selve vedtaket er brakt inn for rettslig overprøving. I andre tilfeller kan det av hensyn til barnet, være viktig nettopp at vedtaket ikke iverksettes i påvente av ny behandling. Situasjonen og behovene kan arte seg svært forskjellig for ulike tilfeller.

Spørsmålet er regulert av tvl. § 36-2 tredje ledd som fastslår at søksmålet ikke vil ha oppsettende virkning. Det innebærer at tvangsvedtaket kan opprettholdes eller settes i verk selv om det blir gjenstand for søksmål. Dette er på den ene siden en inngripende regel, da det innebærer at tvangsvedtaket iverksettes selv om det skal foretas en ny prøving av det. Når det er snakk om tvang overfor private, er det enda mer betenkelig å iverksette tvang når ny prøving skal skje. Samtidig kan iverksettelse eller opprettholdelse av tiltaket være viktig for ivaretagelsen av barnets interesser. Dersom fylkesnemnda treffer vedtak om tvangsbruk i barnevernssaker, er det fordi det legges til grunn at barnet har behov for hjelp. Om denne hjelpen skulle bli stoppet i påvente av en rettslig prøving, kunne det få alvorlige konsekvenser. Det er dermed tungtveiende hensyn i begge retninger. Dette er ivare tatt i loven gjennom et utgangspunkt om at vedtaket kan settes i verk eller opprettholdes, jf. ordene «ikke til hinder for». Samtidig er det et forbehold om at retten kan bestemme noe annet. Det innebærer at retten kan beslutte oppsettende virkning.

Dersom et vedtak gis oppsettende virkning, vil det ikke falle bort, jf. tvl. § 36-2 tredje ledd siste setning. At vedtaket ikke faller bort innebærer et unntak fra hovedregelen i tvangsfullbyrdelsesloven § 4-12 første ledd. Særregelen kan være nødvendig av ulike grunner, blant annet fordi vedtak om omsorgsovertakelse faller bort dersom det ikke er iverksatt innen 6 uker, jf. bvl. § 4-13 første ledd.

Av bestemmelsens utforming synes det klart at dersom intet blir bestemt skal vedtaket settes i verk eller opprettholdes. En oppsettende virkning forutsetter at retten bestemmer noe annet. Det fremgår av ordlyden ikke noe krav om at noe annet bare kan bestemmes etter krav fra partene, noe som innebærer at retten også kan gjøre de på eget initiativ. Som påpekt i forarbeidene vil det sjelden være grunnlag for det.¹⁴³ Bestemmelsen gjør det dermed mulig å ivareta det konkrete barnets interesser best mulig i påvente av rettslig behandling.

¹⁴³ NOU 2001:32 B s. 1000.

Utgangspunktet er imidlertid iverksettelse eller opprettholdelse av tiltaket, noe som i enkelte tilfeller vil være nødvendig for å ivareta barnets interesser. Bestemmelsen er gitt tilsvarende virkning ved videre anke jf. tvl. § 36-10 annet ledd første punktum, behandlet nedenfor i punkt 5.3.2.

4.3.3 Saksomkostninger

Et spørsmål som kan ha stor betydning for de private partenes reelle mulighet til rettslig overprøving, knytter seg til saksomkostninger. Det synes ikke som en rimelig løsning at frykten for å pådra seg store omkostninger, skal forhindre rettslig overprøving av vedtak som går ut på at det benyttes tvang overfor private parter. Især tvang som griper så inn i barnet og foreldrenes grunnleggende rett til familieliv. Tvisteloven har i samsvar med dette særlige bestemmelser om statens ansvar for kostnadene ved saken, uten mulighet til å pålegge saksøkeren ansvar for dette, jf. § 36-8.

Ifølge bestemmelsen skal staten bære alle kostnader ved saken, og den private parten vil dermed ikke ha utgifter knyttet eksempelvis til rettsgebyr eller bruk av sakkyndige.¹⁴⁴ Barnevernloven § 7-24 fastslår i tillegg at kommunen selv dekker sine kostnader med saken. Den eller de private partene vil etter dette ikke kunne bli pålagt å dekke saksomkostningene, og i tillegg fastslår rettshjelploven § 16 første ledd nr. 2 at den som tvangsvedtaket retter seg mot, har krav på prosessfullmektige betalt av det offentlige.¹⁴⁵ Reglene sikrer dermed at det ikke er økonomiske hensyn ved selve prosessen som styrer de private parters mulighet til rettslig overprøving.

4.3.4 Tingrettens sammensetning og behandling av saken

Tvisteloven § 36-4 første ledd fastslår at retten alltid skal settes med to meddommere, en fagkyndig og en lekdommer. Denne ordningen med to meddommere er ny ved tvisteloven. Det ble i tvistemålsutvalget særlig lagt vekt på at tingretten i disse sakene har full kompetanse.¹⁴⁶ Retten skal altså prøve det faglige skjønnet for vedtaket, og kan treffe nytt vedtak. Tvistemålsutvalget ønsket å styrke avgjørelsens legitimitet, både overfor de berørte enkeltpersonene og samfunnet ellers. Meddommere skal bidra med sin kunnskap inn i de sammensatte vurderingene og avveiningene av faglig og allmennmenneskelig art som

¹⁴⁴ At søksmålet skal være kostnadsfritt for den private parten gjelder uavhengig av om de taper saken, se blant annet Kjelland (2017) s. 45.

¹⁴⁵ Lov 13. juni 1980 nr. 35 om fri rettshjelp (rettshjelploven).

¹⁴⁶ NOU 2001: 32 B, s. 1001.

avgjørelsene krever. Tvistelovens bestemmelse gir også mulighet til en forsterket sammensetning med to fagdommere og tre meddommere. Dette kan etter § 36-4 første ledd annet setning, benyttes i saker som er spesielt vanskelig eller dreier seg om tvangsvedtak med uvanlig vidtrekkende konsekvenser.¹⁴⁷ Det skal her legges vekt på sakens art og kompleksitet, samt partenes syn.¹⁴⁸

Tvistelovens § 36-5 fastsetter viktige prinsipper for saksbehandlingen og omfanget av rettens prøving av saken. For tvangssaker er det av hensyn til rettssikkerheten, noen utsettes for tvang og ønsker dette rettslig overprøvd, strenge krav til en hurtig saksbehandling. Dette hensynet forsterkes i barnevernssakene, da barns omsorgssituasjon krever hurtig avgjørelse. Retten har derfor etter § 36-5 første og annet ledd en plikt til å sørge for at saken blir berammet så fort som mulig, prioritert og behandlet så hurtig som det er forsvarlig. Det er dermed presisert at hurtigheten ikke skal gå på bekostning av forsvarligheten. I forarbeidene er dette utdypet slik at tempoet skal tilpasses sakens art og kompleksitet, og at det samlet sett ikke skal gå på bekostning av en forsvarlig saksgang.¹⁴⁹ Dette forsterkes av at retten har det overordnede ansvar for sakens rette opplysning i slike saker der partene ikke har fri rådighet, jf. tvl. §§ 11-4 og 21-2.

Det er likevel ikke mulig å si konkret hvor mye som kreves av hurtighet etter tvl. 36-5. I tillegg vil dette selvsagt avhenge av de konkrete omstendighetene i saken. I litteraturen er det imidlertid lagt til grunn at fristene i tvistelovens § 19-4 femte ledd om domsavsigelse innen fire uker, vil være for lang tid i saker etter tvistelovens kapittel 36.¹⁵⁰ Til illustrasjon kan det henvises til en avgjørelse fra Gulating lagmannsrett.¹⁵¹ Lagmannsretten vurderte her om samtykke til ankebehandling etter tvl. § 36-10 skulle gis i en sak om omsorgsovertakelse og samværsrett. Det ble drøftet om det forelå vesentlige svakheter ved tingrettens avgjørelse, jf. tvl. § 36-10 tredje ledd bokstav c.¹⁵² Ett av de påståtte grunnlagene for dette var tingrettens lange saksbehandlingstid. Lagmannsretten konkluderte i saken med at en saksbehandlingstid på 5 måneder fra hovedforhandling til avsagt dom, klart ikke var forsvarlig hensett sakens art

¹⁴⁷ Adgangen kommenteres eksempelvis i Innst.O. nr. 110 (2004-2005) pkt. 2.2.1, hvor det legges til grunn at det i enkelte saker hvor hensynet til rettssikkerheten veier særlig tungt, må foreligge en slik anledning til å forsterke tingrettens sammensetning.

¹⁴⁸ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) side. 501

¹⁴⁹ NOU 2001: 32 B, s. 1001.

¹⁵⁰ Schei m.fl. (2013) s. 1319.

¹⁵¹ LG-2020-141831.

¹⁵² Denne bestemmelsen blir drøftet nærmere i pkt. 6.4.

og betydning for partene. Denne forsinkelsen utgjorde en «vesentlig svakhet» ved tingrettens saksbehandling etter tvl. § 36-10 tredje ledd bokstav c.¹⁵³

Paragraf 36-5 utvider videre tingrettens kompetanse sammenlignet med alminnelig rettslig overprøving av forvaltningsvedtak. Etter bestemmelsens tredje ledd skal retten prøve «alle sider» av saken. «Alle sider av saken» innebærer en full prøving av sakens faktiske og rettslige side. De alminnelige grensene for rettens prøving av forvaltningsvedtak gjelder dermed ikke. Retten skal på selvstendig grunnlag utøve et hensiktsmessighetskjønn, altså vurdere om tiltaket bør iverksettes, forutsatt at de faktiske og rettslige vilkårene er oppfylt.

Førstvoterende fremhever i HR-2012-1262-A avsnitt 27 at retten ved rettslig prøving etter kapittel 36 har «samme kompetanse og ansvar som det forvaltningsorgan hvis vedtaket skal prøves». Videre har retten et selvstendig ansvar for sakens opplysninger. Dette følger av tvistelovens § 21-3 annet ledd, jf. § 11-4 hvor retten i saker etter lovens kapittel 36 har en plikt til å sørge for at bevisføringen gir et forsvarlig faktisk avgjørelsesgrunnlag. En slik forståelse av ordlyden legges også til grunn i rettspraksis.¹⁵⁴ I forlengelsen av dette skal avgjørelsen skje ut fra de faktiske forhold slik disse er når saken tas opp til doms.¹⁵⁵

At domstidspunktet er avgjørende gjør at det er mulig å hensynta alle forhold frem til domstidspunktet, noe som er i samsvar med den overordnede føringen om at avgjørelser skal være til barnets beste. Det kan enklere ivaretas, når det rent faktisk er anledning til å ta hensyn til alt som skjer frem til domstidspunktet. Både barnets omsorgsbehov, foreldrenes omsorgsevne og tilknytningen mellom dem, for å nevne noe, kan endres. Et mest mulig oppdatert beslutningsgrunnlag er derfor i barnets interesse.

Retten vil etter tvistelovens regler i utgangspunktet være bundet av de spørsmål som har vært behandlet i forvaltningsorganet, og kan dermed ikke gå utenfor det eller de forhold som er gjort til gjenstand for søksmålet.¹⁵⁶ I barnevernssaker viser praksis at det kan gjelde noen særlig hensyn som endrer dette. Høyesterett kom HR-2003-506-A til at tingretten kunne ta

¹⁵³ Lagmannsretten fant likevel at dette ikke hadde hatt betydning for resultatet, og dermed ledet ikke denne feilen verken til oppheving eller samtykke til ankebehandling.

¹⁵⁴ Se eksempelvis HR-2021-78-U avsnitt 6, HR-2020-1613-U avsnitt 8 og HR-2020-663-S avsnitt 94.

¹⁵⁵ HR-2020-662-S avsnitt 42, med videre henvisninger.

¹⁵⁶ Dette følger av tvl. § 11-2 første ledd første punktum hvor retten kun kan avgjøre «de krav som er reist i saken». For at et krav skal anses «reist i saken», må partene ha gjort kravet til søksmålsgjenstand i saken. Bestemmelsen viderefører ulovfestet rett, se for eksempel Rt. 1966 s. 103 K. Se også Pedersen og Skoghøy (2020) s. 221.

stilling til foreldreansvaret, som var avgjort av fylkesnemnda for sosiale saker, men ikke brakt inn for retten. Det avgjørende var at partenes grunnleggende rett til kontradiksjon ble ivaretatt. Førstvoterende uttalte i sin tolkning av tvistemålsloven § 482 (nåværende tvisteloven § 36-5 tredje ledd) i avsnitt 25

«Gode grunner kan tale for å forstå bestemmelsen slik at retten har plikt til å vurdere om den av eget tiltak skal behandle andre spørsmål fylkesnemnda har avgjort enn det eller de som er brakt inn til rettslig prøving. Kommer retten til at den vil ta opp et slikt spørsmål, må den selvsagt sørge for at partene får anledning til å uttale seg om spørsmålet.»

Partene har ikke fri rådighet. Tvisteloven § 11-4 slår i forlengelsen av det fast at retten i disse sakene ikke er bundet av partenes «prosesshandling», noe som omfatter påstandene og anførselene.¹⁵⁷ Selv om partene eksempelvis skulle legge ned sammenfallende påstander om de tiltak saken gjelder, vil ikke dette binde retten. Det innebærer også at retten kan bygge sin avgjørelse på andre rettslige og faktiske grunnlag enn de som er påberopt eller anvendt i fylkesnemdvedtaket. Siden partene ikke har fri rådighet er det ikke mulighet for rettsmekling i formell forstand eller at partene inngår rettsforlik.¹⁵⁸ Dette har nær sammenheng med at det ikke er to «likeverdige» parter i slike saker. Den private parten kan utsettes for tvangsvedtak, og vil ikke være i en reell forhandlingsposisjon. I tillegg er det snakk om å bruke tiltak for å ivareta barns grunnleggende rettigheter, noe som det er vanskelig å inngå forlik om. Staten har her forpliktelser overfor barna, og disse må ivaretas. Her må det imidlertid legges til grunn at bvl. § 1-7 påpeker viktigheten av at barnevernets virksomhet utøves i samarbeid med barnet og foreldrene.

Øvrige bestemmelser om behandlingen av saken vil ikke bli fremstilt her. Det sentrale er at tvl. kapittel 36 gir en rekke særregler som er tilpasset de spesielle omstendigheter som foreligger i disse sakene, både med tanke på tvangstiltak og barn.

¹⁵⁷ Se også Kjelland (2017) s. 45.

¹⁵⁸ Se imidlertid muligheten for en samtaleprosess etter bvl § 7-25.

5. Rettslig prøving i lagmannsretten

5.1 Innledning

Temaet for dette kapitlet er lagmannsrettens rettslige prøving av tingrettens avgjørelser knyttet til tvangsvedtak etter barnevernloven. Normalt og som følge av den hierarkisk oppbygning av domstolene i Norge, er lagmannsrettene å regne for en mellominstans, og etter tvl. § 29-1 ankeinstans for avgjørelser av tingrettene. Retten til anke i sivile saker kan utledes av Grl § 95, siden kravene om rettferdig rettergang her også innebærer en rett til å anke avgjørelser fra domstolene.¹⁵⁹ Det synes likevel klart at verken Grunnloven eller andre kilder gir en absolutt rett til rettslig overprøving av avgjørelser fra domstolene. I teorien er det lagt til grunn at hvilke begrensninger i ankeretten som kan aksepteres vil avhenge av rettergangens totale «rettferdighet».¹⁶⁰ Begrensningene må ha et legitimt formål, ha en hjemmel som er forutberegnelig og må fremstå proposjonal.¹⁶¹ På bakgrunn av dette er det klart at selve retten til rettslig overprøving bare gjelder overprøving i en overinstans. Ytterligere anker, som for eksempel til Høyesterett jf. kapittel 7, kan dermed begrenses. Dette er også gjort for muligheten til å bringe tvangsvedtak etter barnevernloven inn for lagmannsretten. I slike saker har lagmannsretten karakter av å være en tredjeinstans. Siden reglene for fylkesnemndas behandling ligger tett opp til reglene som gjelder for domstolene, vil sakene allerede være sikret en grundig behandling i to instanser. Basert på dette er det inntatt særlige regler i tvisteloven § 36-10 tredje ledd for å begrense antall slike saker som behandles i lagmannsretten. Hensynet til å skape ro og minske belastningen for barna er sentralt. Selv om det i teorien er antydning at denne begrensede ankeretten ligger «i et grenseland for hva som er akseptabelt», synes det å være bred enighet om at denne ordningen er i overensstemmelse med Grunnloven § 95.¹⁶² Bakgrunnen og begrunnelsen for ordningen er nærmere drøftet i punkt 3.4.

Tvisteloven § 36-10 inneholder dermed særlige regler ved anke av administrative tvangsvedtak. I tillegg gjelder de øvrige bestemmelsene i kapittel 36 så langt de passer, jf. § 36-10 fjerde ledd. De særskilte reglene knyttet til ankeerklæring, jf. tvl. § 36-10 første ledd, oppsettende virkning, jf. annet ledd og rettens sammensetning etter fjerde ledd, har

¹⁵⁹ Dette i motsetning til EMK artikkel 6 som ikke i seg selv innebærer en rett til overprøving av sivile saker, se for eksempel Aall (2018) s. 523 og Pedersen og Skoghøy (2020) s. 309.

¹⁶⁰ Aall (2018) s. 525.

¹⁶¹ Pedersen og Skoghøy (2020) s. 310.

¹⁶² Pedersen og Skoghøy (2020) s. 311.

sammenheng med både sakstypen som her behandles, herunder sakens parter, og behovet for rettssikkerhet. Disse reglene behandles kort nedenfor i punkt 5.3.

Det største avviket fra de ordinære regler om ankebehandling er tvl. 36-10 tredje ledd. Bestemmelsen innebærer i realiteten at det er en meget streng begrensning i muligheten til å få saken behandlet av lagmannsretten, siden en ankebehandling er avhengig av et særskilt samtykke. Denne begrensningen er vesentlig strengere enn den ordinære silingsregelen for sivile ankesaker i § 29-13 annet ledd. Utgangspunktet etter § 36-10 tredje ledd er følgelig at tvangsvedtak etter barnevernloven ikke skal behandles i lagmannsretten. Mange barnevernssaker får dermed sin endelige avgjørelse i tingretten. Dette bidrar til en rask avklaring og at det blir få ro om situasjonen fortrest mulig. Rask avklaring og ro rundt barns omsorgssituasjon er som vist i punkt 3.4 viktige hensyn som sto sentralt da silingsadgangen ble innført.

Det spørsmålet som særlig må behandles i fortsettelsen, er i hvilke tilfeller lagmannsretten kan samtykke til ankebehandling av slike saker? Det innebærer en drøftelse av vilkårene i tvl. § 36-10 tredje ledd. Dette behandles i kapittel 6. I dette kapittelet skal jeg først gi en kort oversikt over omfanget av lagmannsrettens behandling av denne type saker. Deretter drøftes noen prosessuelle regler knyttet til behandlingen av sakene i lagmannsretten i punkt 5.3. I punkt 5.4 drøftes om en beslutning om å ikke samtykke til ankebehandling skal begrunnes.

5.2 Omfanget av saker som får samtykke til ankebehandling i lagmannsretten

Som vist var det et bevisst mål å begrense antall anker som ble behandlet i lagmannsretten, gjennom innføringen av kravet om samtykke til anke. Siden sakene alt er grundig behandlet to ganger og fordi hensynet til barnet tilsier avklaring og ro, skal sakene normalt ikke behandles i lagmannsretten. I forarbeidene til tvl. § 36-10 fremgår det ikke noe konkret om hvor mye adgangen til ankebehandling skal begrenses, ut over at ro skal sikres gjennom «strengte vilkår for ankebehandling».¹⁶³ Det er ikke gitt noe anslag på hvor stor andel av ankene som bør tillates fremmet, noe som også er naturlig siden det vil bero på behovet og tolkningen av de konkrete vilkårene opp mot de enkelte saksforhold.

¹⁶³ Innst.O. nr. 110 (2004-2005) pkt. 2.2.1.

I særdomstolsutvalgets utredning er det innhentet tall på antall saker som ankes inn for lagmannsretten og antall saker som får samtykke i perioden 2011-2015. Som det fremgår av tabellen derfra varierer prosentandelen som fikk ankesamtykke i denne perioden fra 14,7 prosent til 20,2 prosent. Gjennomsnittlig for disse fem årene fikk 16,56 prosent av ankene til lagmannsretten samtykke til å bli fremmet i denne perioden.

Tabell 11.2¹⁶⁴ Anker i saker om tvang etter barnevernloven – lagmannsrettene

	2011	2012	2013	2014	2015
Avgjorte krav om samtykke til ankebehandling	232	252	288	352	357
Gitt samtykke	34	43	53	71	55
Nektet samtykke	198	209	235	281	302
Prosentvis andel saker der det er gitt samtykke	14,7	17,1	18,4	20,2	15,4

Etter henvendelser mottok jeg per epost oppdaterte tall fra domstolsadministrasjonen for perioden 2016 - 2020.¹⁶⁵

	2016	2017	2018	2019	2020
Antall innkomne saker	383	352	305	285	235
Antall saker med avgjorte samtykkekrav	383	340	295	274	252
Saker samtykket	81	58	55	82	125
Prosentvis andel saker der det er gitt samtykke	21,1	17,1	18,6	29,9	49,6

¹⁶⁴ Tabellen er kopiert fra NOU 2017:8 s. 105.

¹⁶⁵ E-post mottatt fra Håkon Henriksen, rådgiver i domstolsadministrasjonen, 6. mai 2021.

Tallene her viser at det skjedde en nokså stor økning i 2019 hvor 29,9 prosent av alle ankene fikk samtykke til behandling. Økningen til 2020 er imidlertid voldsom. Hele 49,6 prosent av ankene til lagmannsretten fikk dette året ankesamtykke. Snittet for disse fem årene blir 27,26.

Det er ingen tvil om at det er de mange sakene brakt inn for EMD, og især de avgjørelsene som er behandlet og har konstatert konvensjonskrenkelse, som har ledet til den store økningen først i 2019 men især i 2020. At halvparten av sakene får ankesamtykke synes ikke i overensstemmelse med målet om å skape hurtig ro, eller forarbeidenes betegnelse av «strengt vilkår». Det må forventes at antallet innvilgede samtykker igjen vil gå ned når rettstilstanden får satt seg i hele prosessen, fra og med fylkesnemnda.

5.3 Noen prosessuelle regler

5.3.1 Særlige unntak for ankeerklæringen

Etter tvisteloven § 36-10 første ledd gjelder ikke § 29-9 tredje og fjerde ledd ved anke fra den private part. Bestemmelsen er en videreføring av tvistemålsloven § 485 annet ledd og innebærer en lemping av kravene som normalt stilles til ankeerklæringer.

Tvisteloven § 29-9 inneholder de alminnelige reglene om ankeerklæring. Disse er detaljert listet opp i bestemmelsens tredje ledd, og skal sikre at ankegjensstanden blir klart definert og at det tydelig kommer frem at den som anker har rettslig interessen i ny behandlingen.¹⁶⁶

Ut fra tvl. § 36-10 første ledd gjelder altså ikke disse konkrete kravene til en anke fra den private parten. Spørsmålet blir hvorfor. Verken ankegjensstanden eller kravene til rettslig interessen, er mindre viktig i denne typer saker. Tvert imot. Av hensyn til at det er barns omsorgssituasjon som er berørt, er det klart behov for å både ha klarhet i hvilke spørsmål som ønskes behandlet, og ikke minst til om den som ønsker spørsmålene behandlet har tilstrekkelig interesse i å få dem behandlet. Unødvendige rettslige konflikter og prosesser vil ikke være i barns interesse. Det er også viktig å vite hvilket resultat ankeparten ønsker og krever. Unntaket fra de alminnelige kravene må begrunnes i sakenes art. Sakene omhandler tvangsinngrep overfor private parter. Hensynet til partenes rettsikkerhet står sterkt og deres behov for å kunne få slik tvang rettslig overprøvd, tilsier da at det ikke bør stilles strenge krav

¹⁶⁶ Pedersen og Skoghøy (2020) side. 313.

til en anke.¹⁶⁷ De som er utsatt for tvangen, må enkelt kunne få saken overprøvd. I realiteten har bestemmelsen neppe så stor betydning siden de fleste private partene vil være representert ved advokat.¹⁶⁸ Unntaket kan likevel gjøre at det fremstår enklere for private parter å få tvangen overprøvd, noe som vil være et gode så lenge det ikke leder til unødvendige saker og prosesser for barn. Det er det neppe grunn til å hevde at det gjør. For den offentlige parten vil ikke hensynene bak de mindre strenge kravene til ankeerklæringen gjøre seg gjeldende, og unntaket gjelder således bare anker fra den private part.

5.3.2 Oppsettende og foregrepet virkning

Etter tvisteloven § 36-10 annet ledd første punktum får reglene i § 36-2 tredje ledd tilsvarende virkning i ankesaken.¹⁶⁹ Dette innebærer at dersom retten er kommet til at tvangsvedtaket skal benyttes eller opprettholdes, vil en ankeerklæring som hovedregel ikke være til hinder for at tvangsvedtaket nettopp settes i verk eller opprettholdes. Dette gjelder med mindre lagmannsretten ved kjennelse bestemmer noe annet. Det kan dermed både bestemmes at et vedtak om for eksempel en omsorgsovertakelse av et barn settes i verk eller opprettholdes, eller at det får oppsettende virkning, altså utsettes til etter ankebehandlingen.

Det er i forarbeidene presisert at tvangsvedtaket både vil kunne være det administrative vedtaket og det tvangsvedtaket som er fattet i første instans.¹⁷⁰ Stabilitet og ro rundt barnet er som vist i kapittel 3 et vesentlig hensyn ved utformingen av de særlige prosessreglene, og det at en ankeerklæring som hovedregel ikke vil være til hinder for opprettholdelse eller igangsetting av et tvangsvedtak, gir nettopp mulighet til stabilitet og ro. Videre vil det kunne garantere barnet nødvendig hjelp og omsorg, eventuelt forhindre en flytting til et fosterhjem eller tilbake til foreldrene, til etter at anken er behandlet. Dette er viktig av hensyn til barnet, da enhver flytting vil kunne innebære en påkjenning og belastning, og dermed må unødvendige flyttinger unngås i størst mulig grad.¹⁷¹

¹⁶⁷ Se likende for unntaket fra kravene til stevning ved rettslig prøving av fylkesnemndas vedtak etter tvl. § 36-2, behandlet i pkt. 4.3.1.

¹⁶⁸ Også fremhevet av departementet i Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) på s. 502, men unntakene fra kravene til en anke ble likevel opprettholdt.

¹⁶⁹ Behandlet i pkt. 4.3.2.

¹⁷⁰ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 503.

¹⁷¹ Se for eksempel NOU 2001: 32 A s. 529 hvor nettopp belastningene ved å reversere tiltak, herunder flytte barn, er fremhevet.

At reglene i § 36-2 tredje ledd har tilsvarende virkning i ankesaken, innebærer at ankeinstansen ved kjennelse kan beslutte at vedtaket skal iverksettes eller opprettholdes, eller utsettes gjennom oppsettende virkning, se nærmere i punkt 4.3.2.

Etter tvisteloven § 36-10 annet ledd annet punktum kan ankeinstansen, ved anke over dom som går ut på at tvangsvedtaket skal opphøre, bestemme at tvangsvedtaket likevel skal stå ved lag til det foreligger en rettskraftig avgjørelse. Denne bestemmelsen vil kun ha selvstendig verdi dersom den tidligere instansen ikke har benyttet seg av den tilsvarende adgangen til å bestemme at dommen ikke skal få foregripet virkning, jf. tvl. § 36-9 annet ledd. Et eksempel her kan være at tingretten har besluttet at en omsorgsovertakelse skal opphøre slik at barnet skal tilbakeføres til foreldrene. Etter tvl. § 36-9 første ledd får dette virkning straks. Dersom det foreligger «tungtveiende grunner» kan imidlertid tingretten bestemme at avgjørelsen ikke skal ha foregripet virkning, altså at opphør av tvangen ikke skjer før avgjørelsen er rettskraftig. Dersom tingretten ikke benytter seg av den adgangen, kan altså lagmannsretten etter tvl. § 36-10 annet ledd annet punktum bestemme at omsorgsovertakelsen skal stå ved lag inntil anken er behandlet der og avgjørelsen er rettskraftig. Etter § 36-9 annet ledd er imidlertid vilkåret for å unnlate effektivering at det foreligger «tungtveiende grunner». Ankeinstansen vil dermed ha en friere adgang til å opprettholde tvangsvedtaket, til tross for at det finnes dom som går ut på at tvangsvedtaket skal opphøre, enn det tingretten har i tilsvarende situasjon.¹⁷²

Både tvl. § 36-9 annet ledd og 36-10 annet ledd annet punktum gir mulighet til å forhindre at et vedtak om at tvang skal opphøre, får foregripet virkning. Tvangen skal altså ikke opphøre, før rettskraftig avgjørelse foreligger. Dette er bestemmelser hvor det synes klart at hensynet til å beskytte barnet og eventuelt kunne forhindre unødige flyttinger har fått gjennomslag. I forarbeidene er det særlig vist til barnevernssaker, hvor det kan være grunn til å avvende en rettskraftig dom før det iverksettes flytting eller andre tiltak som «bare med store belastninger kan reverseres».¹⁷³ Dette er begrunnet i hensynet til ro og stabilitet for barnet, i tillegg til at det er fremhevet at det i slike saker kan være «knyttet mer enn vanlig usikkerhet til hva som er det beste for barnet».¹⁷⁴ Samtidig kan det hevdes at dette gir lagmannsretten mulighet til å

¹⁷² Denne friere adgangen for lagmannsretten er også påpekt i forarbeidene se Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 503, noe som viser at forskjellen er tiltenkt.

¹⁷³ NOU 2001:32 A s. 529.

¹⁷⁴ NOU 2001:32 A s. 529.

videreføre eksempelvis en omsorgsovertakelse i påvente av egen behandling, selv om tingretten har ment at barnet skal flytte hjem. Tvangsbruken videreføres dermed selv om en rettslig instans har sagt at den skal opphøre. En slik mulighet er selvsagt betenkelig i et rettssikkerhetsperspektiv, og for et barn kan det ha store konsekvenser at tvangstiltak videreføres, dersom det ikke er til det beste for barnet. Samtidig må det fremheves at det at lagmannsretten gir samtykke til at saken skal behandles der, i seg selv innebære at retten mener det er en spesifikk grunn til å behandle saken på nytt, jf. vilkårene for å gi samtykke til ankebehandling som drøftes i kapittel 6. Muligheten for at lagmannsretten vil komme til et annet resultat, tilsier da at man av hensyn til barnet har mulighet til å la tvangsvedtaket stå ved lag inntil rettskraftig avgjørelse foreligger. Hensynet til å ikke usette barn for unødige flyttinger, i tillegg til at det at ankefristene er korte samt at barn uansett må forberedes på endringer, var nettopp hensyn som departementet vektla i forarbeidene.¹⁷⁵

Utformingen av reglene om foregrepet eller oppsettende virkning, gir mulighet til å ivareta hensynet til barnet i situasjoner hvor det er snakk om å iverksette, videreføre eller avslutte et tvangstiltak. Det kan være behov for å ivareta barns interesser gjennom å opprettholde eller avvente tiltak, og mulig unødige flyttinger kan også forhindres. Reglene her er et eksempel på at hensynet til ro og stabilitet har fått stor gjennomslagskraft i møtet med ulike prosessuelle hensyn i lovgivningsprosessen.¹⁷⁶

5.3.3 Rettens sammensetning og behandling av saken

Når lagmannsretten skal behandle en anke etter reglene i kapittel 36, fastslår § 36-10 fjerde ledd at retten skal settes med to meddommere, en fagkyndig og en lekdommer, samt tre juridiske dommere. Bestemmelsen som er ny ved tvisteloven, gir ikke valgfrihet slik at en annen sammensetning kan benyttes.¹⁷⁷

Det kan spørres om ikke rigide krav til rettens sammensetning, kan lede til både forsinket behandling og at saken i seg selv tar lengre tid. Det vil i så fall gå mot barnets behov for rask behandling og avklaring. Som vist i punkt 4.3.4 er det også for tingrettens behandling av slike saker krav om meddommere, jf. tvl. § 36-4. Behovet for å styrke rettens sammensetning i slike saker, gjør seg i like stor utstrekning gjeldende i lagmannsretten. Kanskje gjøre det seg

¹⁷⁵ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 349-350.

¹⁷⁶ Se for eksempel uttalelser i Ot.prp. nr. 51 på sidene 349-350 og 502.

¹⁷⁷ Tvistelovutvalget foreslo at det skulle være opp til lagmannsretten om meddommerne skulle være fagkyndige eller ei, jf. NOU 2001: 32 A s. 527. Dette ble imidlertid ikke fulgt opp.

gjeldende i enda større grad her, som følge av at silingsreglene medfører at det er bare visse saker som vil kunne bli behandlet. Dersom vilkårene for å gi samtykke til ankebehandling i lagmannsretten foreligger, tilsier sakens art en styrket sammensetning av retten.¹⁷⁸ Kanskje kan kravene til rettens sammensetning, medføre at saken tar noe mer tid å få behandlet, men på den annen side styrkes kvaliteten. Det er viktig både av hensyn til å ivareta barns interesser, men også av hensyn til at sakene representerer inngrep i folks rettigheter.

Det følger videre av § 36-10 fjerde ledd annet punktum at de øvrige bestemmelsene i kapittel 36 gjelder tilsvarende ved anke, så langt disse passer. Det vises her særlig til § 36-5 om rettens behandling og prøving, § 36-7 om offentlighet og dokumentinnsyn og § 36-8 om kostnadene ved saken.¹⁷⁹

5.4 Krav til begrunnelse av ankebeslutning

5.4.1 Generelt om begrunnelse av rettslige avgjørelser

Enhver rettsavgjørelse skal bygge på anvendelse av relevante rettsregler på faktiske omstendigheter, slik at eksempelvis barnevernlovens regler benyttes opp mot de konkrete faktiske forholdene i den enkelte saken. Likebehandling er et viktig mål for rettssystemet. I tillegg er målene for prosessen i sivile saker både konfliktløsning og kontroll med offentlige myndigheter, samtidig som avgjørelsene kan gi grunnlag for rettsskaping og bidra til gjennomføring av lovgivningen.¹⁸⁰ At prosessen er betryggende og tillitsvekkende er også krav som generelt må stilles til en god prosessordning.¹⁸¹ Disse hensynene og målene forutsetter på mange vis at avgjørelser begrunnes. Uten begrunnelse vil kravet om forutsigbarhet og rasjonalitet vanskelig bli oppfylt.¹⁸²

At avgjørelser skal begrunnes følger av kravet til rettferdig rettergang i Grunnloven § 95. Denne er utformet i lys av EMK artikkel 6 nr. 1 som også tolkes slik at den innebærer visse krav til begrunnelse.¹⁸³ Tvisteloven § 19-6, fjerde ledd angir de mer spesifikke kravene til begrunnelser, spesifisert til at begrunnelsen skal omfatte fremstillingen av saken, påstander

¹⁷⁸ Styrking av avgjørelsens legitimitet, at tvangssakenes tema ga behov for sammensatt og bred kompetanse, og sammenhengen i systemet er fremhevet i NOU 2001: 32 A s. 527-528, jf. NOU 2001: 32 B, s. 1001 flg.

¹⁷⁹ Enkelte sider av dette er behandlet i pkt. 4.3.4.

¹⁸⁰ Backer (2020) s. 23-29.

¹⁸¹ Hov (2019) s. s. 46-47.

¹⁸² Dette kan omtales «begrunnelsens rettsfunksjon», jf. Pedersen og Skoghøy (2020) side. 298.

¹⁸³ Pedersen og Skoghøy (2020) s 299-300.

med påstandsgrunnlag og rettens vurdering. Av bestemmelsens femte ledd følger det videre at retten også skal gjøre rede for den bevisvurdering og rettsanvendelse avgjørelsen er bygd på.

Spørsmålet er imidlertid om disse kravene gjelder alle typer rettslige avgjørelser. Ut fra ordlyden i tvl. § 19-6 første til tredje stilles det visse krav til rettens «avgjørelse», noe som omfatter alle typer avgjørelser. Fjerde ledd som omhandler kravene til begrunnelse, retter seg derimot bare mot dommer og kjennelser, og gjelder dermed ikke beslutninger. Det fremgår av tvl. § 19-1 tredje ledd bokstav b) at rettens avgjørelse om å samtykke til eller nekte en anke, skal treffes ved beslutning, jf. også tvl. § 29-13 femte ledd. Kravene til begrunnelse av dommer og kjennelser etter § 19-6 fjerde ledd gjelder dermed ikke direkte.

Spørsmålet blir da om det ikke stilles krav til begrunnelse av denne avgjørelsen?

5.4.2 Begrunnelse av beslutning om å ikke samtykke til ankebehandling

Som vist oppstiller ikke tvisteloven særlige krav til begrunnelse av en beslutning om å ikke samtykke til ankebehandling. For beslutninger knyttet til ankegjensstandens verdi, følger det av tvl. § 29-13 femte ledd at disse skal være «begrunnet når særlige hensyn tilsier det». Noen tilsvarende bestemmelse for beslutninger om å ikke samtykke til ankebehandling etter § 36.10 tredje ledd, finnes ikke. Tvisteloven stiller dermed ikke eksplisitte krav til begrunnelse, verken generelt eller ved særlige hensyn i disse sakene. Dette ble lenge lagt til grunn i rettspraksis, selv om det ble åpnet for en snever plikt til begrunnelse. I HR-2010-404-A ble det vist til at utgangspunktet etter tvl. § 19-6 fjerde ledd er at beslutninger om å ikke gi ankesamtykke, ikke skal begrunnes.¹⁸⁴ Etter en lengre drøftelse av rettskildematerialet, hensynene bak begrunnelsesplikten og rettspraksis, fastholdt retten utgangspunktet om at slike beslutninger ikke krever begrunnelse.¹⁸⁵ Samtidig ble det fremhevet at det kunne være særlige omstendigheter i en sak, som tilsa en begrunnelse.¹⁸⁶

Ut fra utgangspunktet i tvisteloven og vurderingene gjort av Høyesterett i dommen fra 2010, foreligger det dermed ikke noen generell begrunnelsesplikt for slike beslutninger. Samtidig kan særlige omstendigheter, tilsi at begrunnelse gis. Som vist i forrige punkt er det mange hensyn som taler for at avgjørelser skal begrunnes, og det er liten grunn til å hevde at disse ikke gjør seg gjeldende i denne sakstypen med stor betydning for enkeltmennesker. I tillegg

¹⁸⁴ HR-2010-404-A avsnitt 32.

¹⁸⁵ HR-2010-404-A avsnitt 60.

¹⁸⁶ HR-2010-404-A avsnitt 42 og 64, med videre henvisning til HR-2008-543-U avsnitt 31.

handler sakene om ivaretagelse av grunnleggende rettigheter for barn. Det kan diskuteres om hensynene er så sterke at det tilsier en generell begrunnelsesplikt i disse sakene. Dette er uttrykkelig avvist av Høyesterett som har lagt til grunn at selv om sterke grunner taler for en generell begrunnelsesplikt, så kan ikke en slik plikt utledes verken av Grunnloven eller av menneskerettighetene.¹⁸⁷ Det legges likevel til grunn at det kan foreligge en begrunnelsesplikt «i den grad hensynet til forsvarlig saksbehandling tilsier det».¹⁸⁸ Spørsmålet blir da i hvilke tilfeller hensynet til å sikre en forsvarlig saksbehandling gjør at disse beslutningene må begrunnes?

Å sikre «forsvarlig saksbehandling» gir nokså vage rammer knyttet til når begrunnelsesplikten inntreffer, samtidig som det peker ut en retning for vurderingene. Begrepet er noe videre enn begrepet «særlige grunner» som Høyesterett tidligere anvendte.¹⁸⁹ Forsvarlig saksbehandling kan her knytte seg både til ansvarsfordeling mellom domstolene, sikring av en effektiv rett til overprøving og ikke minst etterprøvbarehet. Vilåårene for å samtykke til ankebehandling skal avgjøres av lagmannsretten, men kan overprøves av Høyesterett. Dette tilsier at beslutningen begrunnes når det er nødvendig for en reell overprøving fra Høyesterett. Hvis det foreligger en begrunnelsesplikt har Høyesterett presisert denne slik at ankegrunnene må angis og at anførselne summarisk må angis.¹⁹⁰ Sistnevnte ledet i HR-2019-64-U til at lagmannsrettens beslutning om å ikke samtykke til ankebehandling ble opphevet i en sak om omsorgsovertakelse og samvær. Det ble her fremhevet at lagmannsrettens beslutning ikke gjenga anførselne, noe som gjorde at det var tvil om retten hadde oppfattet og vurdert alle anførselne tilstrekkelig.¹⁹¹

Når det gjelder begrunnelsesplikt for om de konkrete vilåårene for å samtykke til ankebehandling er oppfylt, foretok Høyesterett i HR-2017-776-A presiseringer av begrunnelsesplikten for de enkelte alternativene. For alternativene i tvl. § 36-10 tredje ledd bokstav a om betydning utenfor den foreliggende saken og bokstav d om tvang som ikke er besluttet av fylkesnemnda, la Høyesterett til grunn at det sjelden vil være behov for en nærmere begrunnelse.¹⁹² Disse avgjørelsene er enten nokså enkle eller så ligger det helt tett

¹⁸⁷ HR-2017-776-A avsnitt 39.

¹⁸⁸ HR-2017-776-A avsnitt 36 jf. avsnitt 43, og videre henvisning til HR-2015-2127-U.

¹⁸⁹ HR-2017-776-A avsnitt 43.

¹⁹⁰ HR-2017-776-A avsnittene 55 og 57.

¹⁹¹ HR-2019-64-U avsnitt 18.

¹⁹² HR-2017-776-A avsnittene 46-48.

opp til den silingsvurderingen Høyesterett må foreta i alle andre saker, og derfor er det i følge Høyesterett ikke noe strengere behov for begrunnelse her.

For alternativene i bokstavene b og c ble det imidlertid lagt til grunn at det kunne være større behov for begrunnelse. Vilkårene i bokstav b fordrer både at det foreligger nye opplysninger og en skjønnsmessig vurdering av om de nye opplysningene gir grunn til ny behandling. Hensynet til en effektiv og etterprøvbar saksbehandling og overprøving her, fordrer langt på vei at lagmannsretten har begrunnet sitt vedtak. Dette vil sikre Høyesterett en effektiv og reell mulighet til overprøving. Det samme gjør seg langt på vei gjeldende for alternativet i tvl. § 36-10 tredje ledd bokstav c, om vesentlige svakheter ved avgjørelsen eller saksbehandlingen. Som påpekt av Høyesterett innebærer dette vilkåret vanskelige vurderinger, og derfor bør vurderingene fra lagmannsretten være begrunnet.¹⁹³ Vilkåret i bokstav c favner vidt, slik at svakheter både ved resultatet, begrunnelsen, det faktiske og det rettslige grunnlaget kan omfattes. At dette kan være vanskelige vurderinger støttes av storkammeravgjørelsen HR-2020-661-S, hvor det foretas grundige gjennomganger på bakgrunn av menneskerettighetene og EMD avgjørelser. Ut fra dette oppsummerer retten med tanke på barnevernsvedtak:

«Vedtakene etter barnevernloven må bygge på et tilstrekkelig og oppdatert beslutningsgrunnlag, inneholde en balansert og tilstrekkelig bred avveining og ha en tilfredsstillende begrunnelse. Hvilke krav som stilles, beror på omstendighetene i den enkelte sak og hva slags tiltak det er tale om.»¹⁹⁴

Dersom et vedtak eller en dom fra tingretten, ikke oppfyller disse kravene, kan vilkåret i tvl. § 36-10 tredje ledd bokstav c være oppfylt slik at ankesamtykke skal gis. Dette innebærer at det skal være vurdert om avgjørelsen hvis den blir stående vil kunne krenke menneskerettighetene. Dette er en krevende vurdering. Skal Høyesterett effektivt og reelt kunne overprøve om lagmannsretten har vurdert disse spørsmålene og om dere vurderinger er forsvarlige, må beslutningen om dette være begrunnet.

For den skjønnsmessige vurderingen av om ankesamtykke skal gis la Høyesterett til grunn at det ikke var en absolutt begrunnelsesplikt, men at hensynet til forsvarlig saksbehandling likevel normalt vil tilsi en begrunnelse.¹⁹⁵

¹⁹³ HR-2017-776-A avsnitt 51.

¹⁹⁴ HR-2020-661-S avsnitt 171.

¹⁹⁵ HR-2017-776-A avsnitt 52 og 54.

Gjeldende rett må ut fra dette sies å være at det ikke foreligger en generell og absolutt begrunnelsesplikt for beslutninger om å ikke samtykke til anke. Ut fra omstendighetene i det enkelte tilfellet kan imidlertid kravene til en forsvarlig saksbehandling, lede til en begrunnelsesplikt. Denne vil lettere kunne inntre for vurderinger av tvl § 36-10 tredje ledd bokstav b og c, samt for den skjønsmessige «kan» vurderingen. I tillegg må det ut fra rettspraksis legges til grunn at beslutningen uansett bør angi ankegrunnene og at anførslene summarisk. Dette kan heller ikke sies å være særlig arbeidskrevende eller byrdefult for lagmannsretten. Om det er grunn til å kreve en mer absolutt begrunnelsesplikt, kommer jeg tilbake til i kapittel 8.

6. Vilkårene for å gi samtykke til ankebehandling i lagmannsretten

6.1 Generelt

Tvisteloven § 36-10 tredje ledd bokstavene a-d gir fire alternative vilkår for når lagmannsretten kan gi samtykke til ankebehandling i saker om tvangstiltak etter barnevernloven. Som vist ble silingsadgangen gjennom krav om samtykke innført først og fremst for å skape ro om barnets situasjon, sammenholdt med at saken alt har vært grundig behandlet to ganger. Å begrense muligheten til ankebehandling utgjør da ikke et så stort inngrep i de alminnelige rettssikkerhetsgarantiene.

De fire alternative vilkårene skal i det følgende behandles hver for seg. Samtidig er det grunn til å fremheve at det ved anke til lagmannsretten tidvis påstås at flere av grunnlagene er oppfylt, og at drøftelsen av dem til en viss grad kan gli noe over i hverandre, særlig gjelder det bokstav b og c. Likefult fanger de fire alternativene opp ulike situasjoner hvor det kan være grunn til å gå bort fra det som må anses som hovedregelen etter § 36-10, at disse sakene ikke skal behandles av lagmannsretten.

Det er lagmannsretten som skal foreta vurderingen av om ankesamtykke skal gis. Som jeg kommer tilbake til i neste kapittel kan beslutningen om å ikke gi slikt ankesamtykke bringes inn for Høyesterett etter tvl. § 29-2 jf. 30-3 første ledd, samt § 29-13 femte ledd. Høyesteretts ankeutvalg tar da stilling til om lagmannsrettens beslutning skal oppheves. Dette må da gjøres på bakgrunn av om vilkårene i tvl. § 36-10 tredje ledd anses oppfylt, og disse avgjørelsene blir således en sentral kilde for å fastslå hvordan de fire alternativene skal forstås. I tillegg spiller EMDs praksis en betydelig rolle for særlig alternativet om vesentlige svakheter i bokstav c. I det følgende behandles de fire alternativene, før spørsmålet om hva det innebærer at lagmannsretten etter § 36-10 tredje ledd andre punktum «kan» gi samtykke, drøftes.

6.2 Betydning utenfor den foreliggende sak

Lagmannsretten kan etter tvl. § 36-10 tredje ledd bokstav a, gi ankesamtykke dersom anken gjelder spørsmål som har «betydning utenfor den foreliggende sak». Ut fra ordlyden blir spørsmålet hva kravet til betydning utenfor foreliggende sak innebærer, altså hvilken betydning som kreves, samt hvor stor denne betydningen må være.

Ordlyden viser til betydning «utenfor den foreliggende sak». At fokus rettes mot betydning «utenfor» saken, peker for det første på at det ikke er den aktuelle saken som er i fokus, og heller ikke sakens betydning for de involverte partene. For et saksområde som omhandler bruk av tvang overfor private personer, som i stor grad påvirker livssituasjonen til barn og hvor avgjørelsene kan ha svært stor betydning for livet til alle involverte, kan det fremstå underlig at ikke dette er relevant for samtykkegrunnlaget i bokstav a. På den annen side er det snakk om tilfeller som allerede har vært behandlet to ganger, av fylkesnemnda og tingretten, og hvor det å skape ro om barnas omsorgssituasjon er viktig. Det vil også være viktig å komme i gang med de tiltak som trengs for å gi barnet nødvendig hjelp og omsorg. I tillegg til dette, fanger de øvrige samtykkegrunnlagene i bokstavene b-d opp det som knytter seg mer spesifikt til den konkrete saken og utfallet av den. Det kan derfor legges til grunn at bokstav a utelukkende er ment å fange opp betydningen utenfor den aktuelle saken.

Ordlyden «betydning utenfor» fastslår ikke noe klart om hvor mye som kreves. Det er likevel klart at ikke enhver betydning er tilstrekkelig. Utgangspunktet er at ankebehandling krever samtykke. Altså skal det noe til, samtykke er ikke hovedregelen. Det gjør at betydningen utenfor må forstås som spørsmål av mer prinsipiell betydning, typisk spørsmål som vil påvirke og ha betydning for behandlingen av andre saker innenfor samme område. Dette har også sammenheng med domstolsystemet og Grunnloven § 88 som fastslår at Høyesterett dømmer i siste instans. Høyesterett er dermed gitt en særskilt myndighet til å avklare og bidra til rettsutvikling.¹⁹⁶ Dersom spørsmål som omhandler tvangsbruk etter barnevernloven skal kunne bli prøvd av Høyesterett må sakene ha mulighet til å komme inn for Høyesterett. Uten samtykke til behandling i lagmannsretten, vil det normalt heller ikke være mulig å få saken realitetsbehandlet av Høyesterett. Dersom det foreligger prinsipielle spørsmål, spørsmål som trenger behandling av Høyesterett, må dermed lagmannsretten samtykke til at saken behandles der først. Det vil dermed være behovet for rettsavklaring, rettsutvikling og rettsenhet som begrunner samtykkeadgangen i bokstav a.¹⁹⁷

At saken omhandler mer overordnede eller prinsipielle spørsmål kan dermed lede til at samtykke gis etter bokstav a. Høyesterett har formulert dette slik at alternativet «omfatter i første rekke saker som reiser mer overordnede prinsipielle spørsmål, og saker hvor

¹⁹⁶ Skoghøy (2018) s. 105.

¹⁹⁷ Se. Schei mfl. (2013) s. 1668.

rettstilstanden måtte anses lite avklart».¹⁹⁸ De to kriteriene Høyesterett her fremhever synes å utfylle hverandre på en god måte. Saken må reise prinsipielle spørsmål, altså spørsmål av overordnet art, spørsmål som berører flere tilfeller. I tillegg fremheves at rettstilstanden må anses lite avklart. Det må således foreligge et behov for rettsavklaring eller rettsutvikling.

Akkurat hvor grensen skal trekkes, for om spørsmålet er prinsipielt nok og om rettstilstanden er uavklart nok, er vanskelig å fastslå generelt. Ut fra rettspraksis kan det likevel utledes noen momenter av betydning. Avgjørelsen i HR-2011-1409-U omhandlet spørsmål om oppheving av omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-21. Lagmannsretten hadde besluttet at ankesamtykke ikke skulle gis, men denne beslutningen ble opphevet av Høyesterett. I sin vurdering av om vilkårene i tvl. § 36-10 tredje ledd bokstav a var oppfylt, la Høyesterett vekt på at det forelå begrenset rettspraksis om bestemmelsene tvisten omhandlet, nemlig tilbakeføring etter bvl. § 4-21, samt om barns rett til å si sin mening og få denne vektlagt etter § 6-3. Retten viste videre til at tingretten hadde funnet forholdet mellom bestemmelsene «nokså problematisk», og Høyesterett slo derfor fast at «[d]et er her åpenbart behov for rettsavklaring».¹⁹⁹ Behovet for rettsavklaring var dermed vesentlig i vurderingen.

At nettopp betydningen av å høre eller la være å høre barna, kan reise mer prinsipielle spørsmål fremgår også av saken publisert i HR-2016-2314-U. Saken omhandlet omsorgsovertakelse og nektelse av samvær mellom foreldre og to barn over syv år. I sak om tilbakeføring og subsidiær samværsrett, ga ikke lagmannsretten ankesamtykke. For tingretten hadde det vært oppnevnt en sakkyndig, som hadde hatt som oppgave å informere og hente inn de to barnas syn på spørsmålene. Den sakkyndige hadde imidlertid ikke gjort det, under henvisning til at det ikke var etisk eller faglig forsvarlig å snakke med barna om dette. Slik involvering ville etter den sakkyndiges mening påføre barna ytterligere belastninger. Høyesterett vurderte om vilkåret i tvl. § 36-10 tredje ledd bokstav a var oppfylt. Det ble fremhevet at bvl. § 6-3 ikke åpner for unntak fra å høre barna, og at spørsmålet om hvorvidt et slikt unntak likevel skal eksistere, var et spørsmål som ville ha betydning utenfor den aktuelle saken. Det ble videre fremhevet at spørsmålet ikke tidligere var avgjort av Høyesterett og at bestemmelsen i barnevernloven § 6-3 var endret.²⁰⁰ Lagmannsrettens beslutning ble opphevet.

¹⁹⁸ HR-2011-1409-U avsnitt 25.

¹⁹⁹ HR-2011-1409-U avsnitt 26.

²⁰⁰ I tillegg ble Grl § 104 vedtatt og nye rettskilder knyttet til FNs barnekonvensjon kom frem, se HR-2016-2314-U avsnitt 17.

Om det foreligger uavklarte spørsmål av prinsipiell betydning er således viktig for om vilkåret i bokstav a anses oppfylt. Det vil da ha betydning om liknende spørsmål er behandlet i rettspraksis før. Dette ble fremhevet i HR-2019-596-U. Saken omhandlet en mor som hadde fått tre av sine fire omsorgsovertatte barn tilbakeført. Saken omhandlet tilbakeføring av det fjerde barnet. Tingretten hadde i sin vurdering lagt avgjørende vekt på at totalbelastningen ville bli for stor for mor, siden hun alt hadde fått tilbakeført tre barn. Siden totalbelastningen for mor kunne bli for stor, ble ikke det fjerde barnet tilbakeført. Lagmannsretten ga ikke ankesamtykke og spørsmålet ble brakt inn for Høyesterett. Ankeutvalget fremhevet i sin vurdering at det ikke var «avklart i praksis hvilken vekt det skal tillegges at eldre søsken, som også vil legge beslag på mors oppmerksomhet, på den annen side vil kunne bidra til at C blir sett og ivaretatt».²⁰¹ Det ble fremhevet at dette prinsipielle spørsmålet burde vært vurdert, samtidig som verdien for gutten av å vokse opp med søsken også skulle vært vurdert nærmere. Lagmannsrettens beslutning måtte derfor oppheves da vilkåret for å samtykke til ankebehandling i tredje ledd bokstav a var oppfylt.

Rettspraksis gir ikke grunnlag for å trekke en klar grense for hva det innebærer at anken må gjelde spørsmål som har betydning utenfor den foreliggende saken. Dette må vurderes konkret, ut fra spørsmålene saken reiser. Det rettspraksis likevel viser er at det må foretas en vurdering av spørsmålet eller problemstillingens art. Kan disse ha betydning også for andre saker, og fremstår spørsmålene tilstrekkelig avklarte? I denne vurderingen vurderes rettsreglens klarhet og det øvrige rettskildet. Et viktig moment i vurderingen er om Høyesterett har behandlet spørsmålet tidligere, og eventuelt om det har kommet til nye rettskilder etter denne behandlingen. Endret lovtekst, nye Grunnlovsbestemmelser eller nye kilder knyttet til overordnede menneskerettigheter, må her tillegges stor betydning. Dersom tilsvarende spørsmål er behandlet av Høyesterett uten at nye kilder er kommet til senere, vil det trolig ikke være grunn for å gi ankesamtykke etter bokstav a.

²⁰¹ Se HR-2019-596-U avsnitt 19.

6.3 Nye opplysninger

6.3.1 Oversikt

Etter tvisteloven § 36-10 tredje ledd bokstav b kan ankesamtykke gis dersom «det er grunn til å behandle saken på ny fordi det er framkommet nye opplysninger». Alternativet retter seg dermed mot tilfeller hvor det har kommet til nye opplysninger som gjør at saken bør behandles på ny. Av ordlyden fremgår det dermed en forutsetning om at ikke alle nye opplysninger gjør at ankesamtykke skal gis. De nye opplysningene må gi «grunn til å behandle saken på nytt». Hensynet til å skape ro om barnets omsorgssituasjon, støtter at ikke alle nye opplysninger leder til ankesamtykke. På den andre siden synes det klart at det må være en mulighet for å få samtykke til ankebehandling hvis det foreligger nye opplysninger av betydning, særlig siden saken omhandler barnets og foreldrenes liv. I mange rettslige tvister er det å få saken endelig avgjort, uten mulighet for nye overprøvinger eller «omkamper» et mål i seg selv. I saker som omhandler barn, både etter barnevernloven og etter lov om barn og foreldre, er det imidlertid også et mål at avgjørelsene skal være til barnets beste. Barnevernloven § 4-1 slår uttrykkelig fast at det ved bruk av de særlige tiltakene, herunder tvangstiltakene som denne oppgaven omhandler, skal «legges avgjørende vekt på å finne tiltak som er til beste for barnet». Nye opplysning som ikke er vektlagt, kan innebære at et vedtak ikke er til det beste for barnet. Da bør lagmannsretten ha mulighet til å behandle en anke.

Bestemmelsen i tvl. § 36-10 tredje ledd bokstav b omhandler «nye» opplysninger. Det kan da spørres hvem opplysningene må være nye for. Her handler det om å bruke disse nye opplysningene som grunnlag for å samtykke til at en ny instans, lagmannsretten, skal prøve en sak. Dersom nye opplysninger skal begrunne en slik ny behandling, må det være snakk om nye opplysninger sammenlignet med forrige behandling, altså sammenlignet med tingrettens behandling. Dersom opplysningene var kjent ved tingrettens behandling, er det i utgangspunktet ikke snakk om nye opplysninger i lovens forstand.

Det kan i tillegg spørres om opplysninger som kom til etter fylkesnemndas behandling, men før tingrettens avgjørelse, bør gi grunnlag for ankesamtykke, ut fra tanken om at det bør være minst to prøvinger. Slike opplysninger vil falle utenfor ordlyden «nye opplysninger», og samtykke til ankebehandling må da eventuelt gis på annet grunnlag. Nærliggende er samme spørsmål knyttet til opplysninger som faktisk forelå før tingrettens avgjørelse, men som ikke ble hensyntatt, kan være nye opplysninger. Igjen vil lovens ordlyd stenge for en slik

forståelse, i alle fall i tilfeller hvor det er klart at opplysningene forelå og tingretten bevisst valgte å ikke vektlegge dem. Kanskje blir problemstillingen en annen dersom noe ble oversett, og dermed ikke tatt med i vurderingen. Ut fra målet om avgjørelser tilpasset barnets interesser samt strenge krav til betryggende behandling av saker om tvang, bør slike tilfeller kunne omfattes. Det avgjørende blir da ikke nødvendigvis tidspunktet for når de nye opplysningene forelå, men om lagmannsretten var kjent med dem og tok dem med i sin vurdering.²⁰² Samtidig må det fremheves at det i noen slike tilfeller vil være mer nærliggende å vurdere dette som en vesentlig svakhet etter samtykkeadgangen i bokstav c. Det er derfor ikke behov for å strekke på ordlyden i bokstav b.

I de følgende punktene skal det drøftes hvilke nye opplysninger som kan omfattes. Fremstillingen knyttes til endringer som påvirker barnets omsorgssituasjon og nytt bevismateriale om kjente forhold. Til slutt skal kravene til den forventede betydningen av de nye opplysningene kort drøftes.

6.3.2 Endringer som påvirker barnets omsorgssituasjon

Barnevernstiltak skal etter bvl. § 1-1 bidra til å bi barn «nødvendig hjelp, omsorg og beskyttelse», og det skal etter § 4-1 legges avgjørende vekt på å finne tiltak som er til beste for barnet. De nye opplysningene som eventuelt skal gi rett til ankesamtykke og dermed ny rettslig behandling, bør dermed omhandle noe som påvirker eller kan påvirke barnets omsorgssituasjon og vurderingen av hva som er til barnets beste. En slik forståelse støttes av ordlyden om at opplysningene gir «grunn til å behandle saken på nytt». Det er dermed ikke de nye opplysningene i seg selv, med det at de *gir grunn* til ny behandling som er det avgjørende etter dette samtykkekriteriet.

Dette gir likefult vide rammer. Både direkte endringer i barnets situasjon, eller endringer hos foreldrene eller ved plasseringsstedet, kan påvirke barnets situasjon. Endringene kan være direkte knyttet til barnets behov, eller mer knyttet til barnets omgivelser. I juridisk teori er det nettopp slike faktiske endringer som påvirker barnet, eksempelvis dødsfall, fengsling eller vesentlige og reelle bedringer i omsorgsevnen, som er anført som kjerneområdet for bestemmelsen.²⁰³

²⁰² Se HR-2018-271-U, avsnitt 13, hvor det avgjørende ikke var tidspunktet for de nye opplysningene, men om lagmannsretten kunne ha vurdert alternativ b dersom den hadde hatt opplysningene det var snakk om.

²⁰³ Se Schei m.fl. (2013) s. 1329.

Det trenger imidlertid ikke være snakk om faktiske endringer etter tingrettens dom. Lovens ordlyd bruker begrepet «nye opplysninger» som også vil omfatte tilfeller hvor det ikke har skjedd en faktisk endring, men hvor det kommer frem opplysninger som ikke var kjent. At slike nye opplysninger må kunne tilsi ny behandling synes klart, så lenge dette er opplysninger som kan ha betydning for de vurderinger som er gjort.

Opplysninger om vold eller overgrep, vil i stor grad kunne påvirke de vurderinger og valg som må gjøres knyttet til barns omsorgssituasjon, slik det også er lagt til grunn i HR-2006-1641-U.²⁰⁴ Saken omhandlet tre barn hvor omsorgen var overtatt, og hvor foreldrene krevde tilbakeføring. To av barna ble tilbakeført, mens det tredje forble i fosterhjemmet med samvær med moren og faren. Kommunen anket tingrettens avgjørelse til lagmannsretten, som ikke ga samtykke til at anken ble fremmet. Kommunen påkjærte dette til Høyesterett, som opphevet lagmannsrettens beslutning. Høyesterett begrunnet det med at det var kommet frem nye opplysninger om at to av barna var utsatt for seksuelle overgrep av en venn av familien. Dette var opplysninger som ikke forelå for tingretten, og som ikke var vurdert i lagmannsrettens beslutning. Høyesteretts kjæremålsutvalg fremholdt at opplysningene om seksuelle overgrep både kunne ha betydning for vurderingen av barnas særlige behov, og for vurderingen av foreldrenes evne til å dra omsorg for barna. Mulig betydning for barnas behov og foreldrenes omsorgsevne, ble dermed avgjørende.

Mistanke om vold eller overgrep kan i flere tilfeller være en del av grunnlaget for et barnevernstiltak. Dersom det pågår en politietterforskning eller en straffeforfølgning, er det ikke umulig at det kan være kommet til nye opplysninger om dette etter tingrettens dom. Dersom slike forhold kan påvirke barnets situasjon, bør lagmannsretten kunne samtykke til anke, for å få trukket de nye opplysningene inn i vurderingen. Det kan eksempelvis være snakk om en domfellelse eller frifinnelse, som i et gitt tilfelle kan påvirke vurderingen av hva som fremover vil være de beste løsningene for barnet. En slik forståelse er lagt til grunn i HR-2018-271-U. Her var det i tingrettens avgjørelse om omsorgsovertakelse lagt vekt på en uavklart straffesak som et risikomoment. Straffesaken omhandlet mulige skader påført barnet ved risting. Etter tingrettens avgjørelse, ble straffesaken henlagt da intet straffbart forhold ble

²⁰⁴ Saken er behandlet etter sosialtjenesteloven § 9-10a andre ledd bokstav b som hadde like ordlyd som tredje ledd bokstav b i tvl. § 36-10 «framkommet nye opplysninger».

funnet bevist. Dette fremgikk av et prosesskriv som lagmannsretten ikke hadde sett da den besluttet å ikke gi ankesamtykke. Høyesteretts ankeutvalg opphevet lagmannsrettens beslutning om å ikke gi ankesamtykke, begrunnet med at opplysningene i prosesskrivet var å anse som ny informasjon i saken. Når lagmannsretten ikke hadde vurdert dette, måtte beslutningen om å ikke gi ankesamtykke oppheves. En strafferettslig konklusjon med tanke på om foreldrene har gjort noe staffbart eller ei, endrer ikke nødvendigvis konklusjonen på spørsmålet om omsorgsovertakelsen. Det er likevel trolig at det kan ha betydning for vurderingen, og derfor bør saken av hensyn til barnet og foreldrene kunne bli ankebehandlet.

Nye opplysninger kan også knytte seg til omstendigheter som direkte påvirker barnets situasjon eller det konkrete tiltaket. Eksempelvis opplysninger om at noen som har samværsrett er dømt for seksuelle overgrep, skal sone en straff eller er alvorlig syke. Det kan også tenkes hendelser knyttet til fosterhjemmet, som oppsigelse av fosterhjemsavtalen, samlivsbrudd eller dødsfall. At slike forhold kan være nye opplysninger i lovens forstand, bekreftes av Høyesterett i HR-2018-1252-U. Her hadde tingretten bestemt at en jente skulle bo i fosterhjem hos sin tante. Dommen ble forsøkt anket til lagmannsretten, som ikke ga ankesamtykke. Dette ble så brakt inn for Høyesterett. Høyesterett fremhevet at når fylkesnemnda hadde tatt stilling til en konkret fosterhjems plassering, så kunne domstolen prøve denne, slik tingretten hadde gjort. I ettertid hadde det fosterhjemmet tingretten hadde bestemt at jenta skulle flyttet til, trukket seg. Høyesterett la til grunn at det forhold at tanten nå ikke ville være fosterhjem, utvilsomt måtte regnes som nye opplysninger i saken. Disse var ikke kjent for lagmannsretten, og vilkåret i tvisteloven § 36-10 tredje ledd bokstav b var da oppfylt.²⁰⁵

Siden fosterhjemsavtaler kan sies opp, vil det alltid være en risiko for at en slik plassering avsluttes.²⁰⁶ Spørsmålet blir om en slik oppsigelse alltid vil innebære at det er kommet til nye opplysninger i bokstav b sin forstand. Saken behandlet i HR-2020-2460-U kan tyde på det. Her hadde fylkesnemnda og tingretten bestemt at et barn skulle plasseres i fosterhjem, samt at begjæringen fra foreldrene om et bestemt fosterhjem ikke skulle tas til følge. Anken til lagmannsretten ble nektet fremmet hva gjaldt spørsmålet om omsorgsovertakelsen. Etter dette sa fosterhjemmet opp. Foreldrene brakte dette inn for Høyesterett og mente at oppsigelsen var

²⁰⁵ HR-2018-1252-U, avsnitt 14.

²⁰⁶ Fosterforeldre og barneverntjenesten har etter Fosterhjemsavtalen pkt. 7.1 en gjensidig oppsigelsesfrist på tre måneder.

nye opplysninger som gjorde at saken måtte behandles av lagmannsretten. Kommunen mente imidlertid at tingretten i sin dom hadde tatt høyde for at fosterhjemmet kunne komme til å si opp, og dermed var ikke oppsigelsen nye opplysninger som ga grunn til ankesamtykke.

Høyesteretts ankeutvalg slo først fast at tingretten faktisk hadde tatt i betraktning risikoen for at plassering i det nye fosterhjemmet ikke ville lykkes. Likevel ble det lagt til grunn at det «forhold at fosterhjemmet faktisk har sagt opp, er likevel en ny opplysning, og slik denne saken ligger an, mener utvalget dette er en opplysning som gir grunn til å behandle omsorgsovertakelsen på ny, jf. tvisteloven § 36-10 tredje ledd».²⁰⁷ Den faktiske oppsigelsen var dermed en ny opplysning, selv om risikoen for oppsigelse tidligere var vurdert. Som det fremkommer av sitatet over, fremhever imidlertid ankeutvalget at dette gir grunn til ny behandling «slik denne saken ligger an». Det innebærer at det i den enkelte saken må vurderes om oppsigelsen utgjør en ny opplysning som gir grunn til å behandle saken på nytt. Denne vurderingen må skje ut fra de konkrete omstendighetene. Her må det ha betydning om tingretten eksempelvis har vektlagt konkrete omstendigheter med et gitt fosterhjem, eksempelvis nærheten mellom fosterhjemmet og foreldrene.²⁰⁸ Andre forhold kan være at et fosterhjem er valgt ut fra en særlig match av barnets behov og fosterforeldrenes egenskaper, særlig etnisk eller kulturell match eller et særlig forhold mellom barnet og fosterforeldrene. I slike tilfeller vil en oppsigelse av fosterhjemmet lettere kunne gi grunn for ny behandling ut fra en vurdering av de konkrete omstendighetene. Årsaken til oppsigelsen kan også ha betydning for om vilkåret i bokstav b er oppfylt. Dersom årsaken eksempelvis sier noe om muligheten for å lykkes eller ikke lykkes med en annen plassering, bør det av hensyn til barnet tillates en ny behandling gjennom et ankesamtykke. For barn hvor barnevernstiltaket går ut på omsorgsovertakelse vil selve den alternative plasseringen ha svært stor betydning for barnets liv og omsorgssituasjon, og som det fremkommer av bvl. § 4-15 skal plasseringssted velges ut fra barnets egenart og behov. Når det skjer endringer her, synes det i tråd med hensynet til barnets beste at slike endringer nokså ofte må lede til at vilkåret om nye opplysninger som gir grunn til ny behandling, er oppfylt.

Nye opplysninger kan også knytte seg type plasseringssted. Det mest valgte bostedsalternativet for barn under offentlig omsorg, er fosterhjem.²⁰⁹ Likefult finnes det i

²⁰⁷ HR-2020-2460-U avsnitt 16.

²⁰⁸ HR-2020-2460-U.

²⁰⁹ NOU 2016:16 s. 204.

henhold til bvl. § 4-14 andre alternativer som i et gitt tilfelle kan være mer egnet eller tilpasset det konkrete barnet. Dersom det skulle skje en vesentlig endring i type plasseringssted etter tingrettens avgjørelse, bør det ut fra barnets interesser gis samtykke til ankebehandling etter bokstav b. En slik forståelse støttes av avgjørelsen i HR-2020-183-U. Her var planen at et barn skulle plasseres i fosterhjem, men barnet ble isteden boende på institusjon. Foreldrene anket saken til lagmannsretten, men fikk ikke ankesamtykke. Høyesteretts ankeutvalg uttalte imidlertid at verken «fylkesnemnda eller tingretten har vurdert om omsorgsovertakelsen vil være til Es beste dersom alternativet til foreldrenes omsorg ikke er en trygg base i form av et fosterhjem, men et langvarig institusjonsopphold».²¹⁰ Lagmannsrettens beslutning ble opphevet, og avgjørelsen viser tydelig at de eventuelle nye opplysningene vurderes tett opp mot betydningen de kan ha for vurderingen av barnets beste.

Det må altså foretas en konkret vurdering av om de nye opplysningene kan påvirke vurderingen av hva som er til barnets beste. Hvis det er tilfelle, vil vilkåret i tvl. § 36-10 tredje ledd bokstav b ofte være oppfylt, slik at ankesamtykke bør gis. Det synes videre klart at endringer i barnets bosituasjon, bytte av fosterforeldre, eller bytte av plasseringstype, ofte vil lede til at vilkåret er oppfylt.

6.3.3 Nytt bevismateriale

Det kan spørres om de nye opplysningene som kreves etter tvl. § 36-10 tredje ledd bokstav b, må være reelle endringer i barnets situasjon eller noe som påvirker denne, eller om det også kan være snakk om nytt bevismateriale. Med det menes ny dokumentasjon av noe som allerede var kjent ved tingrettens behandling, men altså ikke nye omstendigheter i seg selv.²¹¹

Ut fra ordlyden «nye opplysninger» synes det klart at slikt nytt bevismateriale kan oppfattes. Det er ikke noen tungtveiende grunne som tilsier en streng og snever avgrensning her, særlig ut fra lovens tillegg om at opplysningene må gi grunn til ny behandling. Ordlyden åpner for en helhetlig vurdering, og det sentrale må her være om det nye bevismaterialet er egnet til å påvirke vurderingen av barnets omsorgssituasjon. I tillegg er det ikke alltid åpenbart om noe skal regnes som nye opplysninger eller nytt bevismateriale om kjente opplysninger.

Avgjørelsen HR-2018-271-U kan illustrere dette. Her hadde tingretten, som nevnt i forrige

²¹⁰ HR-2020-183-U avsnitt 21.

²¹¹ Dette gir assosiasjoner til de prosessrettslige drøftelsene av skillet mellom rettsfakta og bevisfakta, uten at det er grunn til å gå inn i de drøftelsene her.

punkt, lagt vekt på en uavklart straffesak som et risikomoment. Etter tingrettens dom ble straffesaken henlagt da intet straffbart forhold ble funnet bevist. Om dette skal anses som et nytt bevis om den mulige voldsutøvelsen, eller som en ny opplysning i seg selv da det har skjedd en henleggelse, kan ikke være avgjørende. Høyesteretts ankeutvalg opphevet lagmannsrettens beslutning om å ikke gi ankesamtykke, siden lagmannsretten hadde lagt til grunn at det ikke forelå nye opplysninger, noe ankeutvalget slo fast var feil.

Ny informasjon eller nytt bevismateriale om forhold som var kjent da tingretten behandlet saken, vil på samme måte som nye opplysninger eller hendelser, kunne kaste nytt lys over saken og endre vurderingen av barnets beste. Målet med å kunne gi ankesamtykke etter bokstav b, er nettopp å kunne ta inn nye opplysninger av betydning i en pågående sak. Det vil her være snakk om ny informasjon som kan påvirke vurderingen av barnets situasjon. Det tilsier at også nytt bevismateriale kan regnes som nye opplysninger som gir grunn for ny behandling, jf bokstav b. En slik forståelse av ordlyden er lagt til grunn i juridisk teori, hvor det fremheves at både ny informasjon og nytt bevismateriale kan falle inn under ordlyden.²¹²

Det avgjørende for om nye opplysninger skal kunne lede til at ankesamtykke gis, er etter dette først og fremst knyttet til om opplysningene gir grunn for ny behandling. Om det er nye opplysninger eller nye bevis om kjente opplysninger, er således ikke avgjørende

6.3.4 Opplysninger som gir grunn til ny behandling

Som vist over er det sentrale i tvl. § 36-10 tredje ledd bokstav b, ikke de nye opplysningene i seg selv, men om disse gir grunn for ny behandling. Dette er en skjønnsmessig vurdering, som må vurderes helt konkret ut fra omstendighetene i saken. Det overordnede hensynet til å skape ro om barnets omsorgssituasjon, tilsier en viss terskel. Saken har allerede gjennomgått to grundige behandlinger. Skal ankesamtykke til lagmannsretten gis, må det noe særskilt til. De nye opplysningene og betydningen de kan ha, må altså oppveie ulempene ved enda en behandling, med de konsekvenser det kan ha for barnet. Samtidig tilsier sakens art, at nye opplysninger må kunne gi mulighet for ny prøving, siden det kan ha stor betydning for utfallet. Terskelen kan derfor ikke ligge for høyt.

Rettspraksis gir ikke grunnlag for føringer knyttet til en viss sannsynlighet for at de nye opplysningene må gi et annet resultat. Som vist er det sentrale knyttet til om opplysningene

²¹² Schei m.fl. (2013) s. 1329 og Skoghøy (2017) s. 1148.

kan påvirke vurderingen av barnets beste, herunder opplysninger som kan påvirke barnets omsorgsbehov, foreldrenes omsorgsevne eller kvaliteten i det tiltaket som er besluttet.

6.4 Vesentlige svakheter

6.4.1 Generelt

Etter tvisteloven § 36-10 tredje ledd bokstav c kan det gis samtykke til å fremme anken dersom det er «vesentlige svakheter ved tingrettens avgjørelse eller saksbehandling».

Ordlyden viser for det første at det kreves et kvalifisert avvik, gjennom ordene «vesentlige svakheter», slik at enhver feil eller mangel ikke vil være tilstrekkelig. Dette er i tråd med målet bak innføringen av kravet om ankesamtykke. Utgangspunktet skulle være at sakene ikke skal behandles av lagmannsretten. Mer ro for barn og mulighet til å komme i gang med nødvendige tiltak, eventuelt gå videre uten tiltak, skulle sikres.²¹³ Høyesterett har uttalt at kravet om at det må være «vesentlige svakheter» må forstås i lys av «at hele samtykkeordningen i tvisteloven § 36-10 tredje ledd er basert på at behandlingen i fylkesnemnda og tingretten – sett i sammenheng normalt – gir den påkrevde rettsikkerhet og de nødvendige garantier for at avgjørelsen i saken bygger på hensynet til barnets beste som grunnleggende, jf. barnevernloven § 4-1, Grunnloven § 104 andre ledd og FNs barnekonvensjon artikkel 3 nr. 1».²¹⁴ Uttalelsen bekrefter dermed at det kreves kvalifiserte svakheter. Samtidig fremhever den at det sentrale med bestemmelsene og ordningen generelt er å sikre rettssikkerheten for de involverte, samtidig som hensynet til barnets beste ivaretas tilstrekkelig.

De vesentlige feilene må videre være knyttet til saksbehandlingen eller avgjørelsen fra tingretten. Det avgjørende er dermed ikke om lagmannsretten mener resultatet er feil, eller har avvikende synspunkter på vurderingene som er gjort. I utgangspunktet er saken ferdig behandlet etter tingrettens avgjørelse, også om lagmannsretten er i tvil om resultatet. Bokstav c innebærer dermed ikke en generell overprøvingsadgang. Det kreves kvalifiserte mangler, og det er disse som eventuelt gjør at ankesamtykke til lagmannsretten bør gis. Som fremhevet i litteraturen vil samtykkeadgangen etter bokstav c fungere som en slags sikkerhetsventil for de kvalifiserte tilfellene. Som eksempel nevnes tilfeller hvor det er så store mangler ved

²¹³ I Innst.O. nr 110 (2004-2005) pkt. 2.2.1 fremheves hensynet til å raskt få ro omkring barna.

²¹⁴ HR-2014-2129 avsnitt 15.

tingrettens behandling at en anke bør tillates for å sikre at partene har hatt en forsvarlig, rettslig prøving i hvert fall i én rettsinstans.²¹⁵

Rettsikkerhetshensyn må stå sentralt ved vurderinger etter bokstav c. Er manglene av en slik art at det kan stilles spørsmål ved om saken har fått en forsvarlig behandling, bør samtykke til ankebehandling vurderes. Det er snakk om et område hvor det offentlige beslutter og iverksetter tvang mot private personer, eventuelt hvor slike tvangstiltak ikke iverksettes eller avsluttes. Uavhengig av utfall, har avgjørelsene meget stor betydning for private personer og ivaretagelsen av deres grunnleggende rettigheter, særlig fremheves ivaretagelsen av barns rettigheter. Det dreier det seg om å «sikre at barn og unge som lever under forhold som kan skade deres helse og utvikling, får nødvendig hjelp, omsorg og beskyttelse til rett tid» jf. bvl. § 1-1. Iverksettelse av tiltak og manglende iverksettelse av tiltak kan ha alvorlige og uopprettelige konsekvenser for barns liv. En forsvarlig behandling av disse sakene er derfor svært viktig. Har det ikke skjedd i tingretten, så gir altså tvl. § 36-10 tredje ledd bokstav c en mulighet for å rette dette opp gjennom ny behandling.

Ordlyden stiller strenge krav og legger til grunn en høy terskel, samtidig som rettsikkerhetshensyn tilsier at slike svakheter bør kunne lede til behandling i lagmannsretten. Hvor terskelen ligger, er omdiskutert og har endret seg over tid. I litteraturen har Skoghøy tatt til orde for at ordlyden synes å stille for strenge krav, og at den ikke kan tolkes snevert.²¹⁶ Dette følger også av Høyesterettspraksis. I HR-2014-2129-U la Høyesteretts ankeutvalg til grunn at de var enig med lagmannsrettens flertall i at tvisteloven § 36-10 tredje ledd bokstav c får anvendelse «der tingrettens innsats har vært så slett at arbeidet bør gjøres på nytt for å sikre at partene har hatt en forsvarlig, rettslig prøving i hvert fall i én instans».²¹⁷ Videre ble det med henvisning til tidligere avgjørelser lagt til grunn at «også andre vesentlige svakheter ved tingrettens saksbehandling eller avgjørelse er omfattet, herunder selve resultatet, begrunnelsen eller det faktiske og rettslige avgjørelsesgrunnlaget». Bestemmelsen gir etter dette et vidt rom for hvilke svakheter som kan omfattes.

Som vist i punkt 5.2 har det skjedd en stor økning i antall saker som får samtykke til ankebehandling i lagmannsretten. Mange av disse tilfellene knytter seg til alternativ c, som gir

²¹⁵ Schei m.fl. (2013) s. 1329.

²¹⁶ Skoghøy (2017) s. 1148.

²¹⁷ HR-2014-2129-U avsnitt 16.

de videste rammene. Utviklingen er især preget av EMD sakene, samt storkammeravgjørelsene fra Høyesterett i mars 2020.²¹⁸ I det følgende skal betydningen av storkammeravgjørelsen behandles. Deretter drøftes vesentlige svakheter med beslutningsgrunnlaget, gjenforeningsmålet og samværsretten. Til slutt behandles andre vesentlige svakheter ved saksbehandlingen.

6.4.2 Om utviklingen av kriteriet i bokstav c, særlig i lys av Høyesteretts Storkammerbehandling i 2020

Den økningen som statistikken viser for antall ankesamtykker som blir gitt, har både skjedd ved at høyesteretts ankeutvalg har opphevet beslutninger fra lagmannsrettene hvor ankesamtykke ikke ble gitt, og også ved at lagmannsrettene selv har justert sin praksis. Endringen av terskelen for bruk av bokstav c og dermed økningen i ankesamtykker har imidlertid også skjedd gradvis før 2020. Som vist ble det gitt samtykke til anke i 29,9 prosent av sakene i 2019, mot 18,6 prosent året før.²¹⁹

At det skjedde en gradvis endring av praksis knyttet til bokstav c, bekreftes ikke bare av antall samtykker, men også av eksplisitte uttalelser fra Høyesterett. I HR-2017-776-A uttalte Høyesterett at vilkåret etter bokstav c «er mindre strengt i dag enn hva det var da loven trådte i kraft i 2008».²²⁰

Bokstav c har et vidt anvendelsesområde, og utviklingen har gått i retning av en mindre streng fortolkning. I forlengelsen av dette har uttalelsene i HR-2020-661-S medført en styring av praksis mot at noen momenter må underlegges særlig vurdering ved spørsmål om ankesamtykke. Ut fra statistikken har dette ledet til at vilkåret anses oppfylt oftere enn før.

Den sentrale avgjørelsen her er HR-2020-661-S. Saken omhandlet en jente som var omsorgsovertatt og hvor fylkesnemnda hadde gitt samtykke til adopsjon etter bvl. § 4-20. Tingretten stadfestet vedtaket om å frata foreldreansvaret og gi adopsjonssamtykke. Lagmannsretten ga ikke samtykke til behandling av anken over tingrettens dom, og Høyesterett måtte ta stilling til lagmannsrettens saksbehandling, herunder om de lovbestemte vilkårene for ankebehandling var oppfylt.²²¹

²¹⁸ HR-2020-661-S, HR-2020-662-S og HR-2020-663-S.

²¹⁹ Se nærmere om dette i pkt. 5.2.

²²⁰ HR-2017-776-A avsnitt 38.

²²¹ HR-2020-661-S avsnitt 60.

I avsnitt 61 presiserer Høyesterett at en del av prøvingen i slike saker må knyttes seg til en vurdering av om tingrettens dom kan innebære en krenkelse av menneskerettighetene. Retten fastslår at den må «[...]– på samme måte som lagmannsretten – vurdere om tingrettens saksbehandling, herunder dens beslutningsgrunnlag og begrunnelse, medfører at det kan foreligge en krenkelse av retten til familieliv etter Grunnloven § 102 eller EMK artikkel 8 dersom tingrettens dom blir stående som endelig avgjørelse i saken.» Det påpekes videre at EMD dommene nettopp har vist at de norske avgjørelsene har hatt mangler knyttet til at beslutningsgrunnlaget, avveiningene eller begrunnelsene ikke har vært tilstrekkelige.²²²

Høyesterett foretar videre grundige vurderinger av målet om gjenforening, og det fremheves at gjenforening skal være utgangspunktet ved alle tiltak som skiller barn og foreldre. Det har betydning også for arbeidet med å opprettholde personlige bånd mellom barnet og foreldrene. I avsnitt 134 konkluderes det med at «så lenge gjenforening er målet, skal samvær ikke bare sikre at barnet vet hvem foreldrene er, men også bevare muligheten for gjenforening. Og selv om gjenforening ikke lenger er målet, har opprettholdelse av familiebånd fortsatt en egenverdi». I avsnitt 145 fremheves viktigheten av at samvær fastsettes individuelt og etter en konkret vurdering, samt ut fra et mål om gjenforening. Gjenforeningsmålet er viktig også for vurderingen av ankesamtykke, siden manglende vurderinger her fra tingrettens side, kan anses som vesentlige mangler.

Avgjørelsen inneholder videre grundige vurderinger av kravene til beslutningsgrunnlag. Med henvisninger til flere dommer fra EMD fremheves det at dersom det i en sak påstås at det har skjedd endringer av betydning, så må dette vurderes på et «tilstrekkelig bredt og oppdatert grunnlag».²²³ I forlengelsen av det drøftes kravene til begrunnelser. Her fremheves at det kreves balanserte avveininger, og at EMDs praksis viser at hvis målet om gjenforening oppgis, så stilles det skjerpede krav til begrunnelsen.²²⁴ I avsnitt 169 fremheves det videre at EMD har kritisert generelle henvisninger til barns sårbarhet, og synes å kreve en grundigere og mer konkret beskrivelse og bruk av dette. Føringerne knyttet til beslutningsgrunnlag og begrunnelser påvirker vurderingene som må gjøres etter tvl. § 36-10 tredje ledd bokstav c,

²²² HR-2020-661-S avsnitt 112.

²²³ HR-2020-661-S avsnitt 158

²²⁴ HR-2020-661-S avsnitt 165.

siden mangler her ofte kan lede til en konklusjon om at tingrettens avgjørelse lider av vesentlige mangler.

I storkammerdommen oppsummeres vurderingen av forholdet mellom norsk rett og EMK med at det ikke er noen generell motstrid her. Det fremheves så at:

«[d]e norske lovbestemmelsene må praktiseres innenfor de rammer som følger av EMDs praksis. Her er det særlig viktig å følge prinsippene om myndighetenes plikt til å arbeide for gjenforening, blant annet ved konkrete og grundige vurderinger om tilstrekkelig samvær og hjelpetiltak. Vedtakene etter barnevernloven må bygge på et tilstrekkelig og oppdatert beslutningsgrunnlag, inneholde en balansert og tilstrekkelig bred avveining og ha en tilfredsstillende begrunnelse. Hvilke krav som stilles, beror på omstendighetene i den enkelte sak og hva slags tiltak det er tale om».²²⁵

Høyesterett brukte føringene som er utledet, til å foreta en vurdering av om det i den konkrete saken var vesentlige svakheter ved tingrettens avgjørelse og saksbehandling. Spørsmålet som ble stilt i avsnitt 177 var om tingretten hadde «et betryggende beslutningsgrunnlag» og om begrunnelsen i tilstrekkelig grad viste at «de relevante momenter og interesser er betryggende vurdert og avveiet». Det ble konkludert med at det var svakheter ved tingrettens beslutningsgrunnlag knyttet til endringer i morens situasjon. Tingretten hadde heller ikke foretatt en tilstrekkelig konkret avveining av sentrale spørsmål i saken. Det gjaldt særlig verdien av kontakt mellom mor og barn på lengre sikt, veiet opp mot behovet for adopsjon nå. Dette talte med tyngde for at lagmannsretten skulle gi samtykke til ankebehandling.²²⁶ Basert på dette forelå det vesentlige svakheter jf. tvl. § 36-10 tredje ledd bokstav c, og lagmannsrettens beslutning om å ikke gi samtykke til ankebehandling ble opphevet.

Presiseringene i storkammeravgjørelsen ser ut til å ha ledet til at Høyesterett opphever langt flere beslutninger fra lagmannsretten om å ikke tillate anke, enn tidligere.²²⁷ I tillegg kan det se ut til at selve vurderingen av bokstav c er blitt noe endret mot en særskilt vurdering av svakheter ved beslutningsgrunnlaget, ved vurderingen av gjenforeningsmålet og ved

²²⁵ HR-2020-661-S avsnitt 171.

²²⁶ HR-2020-661-S avsnitt 200.

²²⁷ Bendiksen og Haugli (2021) påpeker det samme på s. 207.

vurderingen av samværfastsettelsen. I tillegg har avgjørelsen ledet til at det mer generelt spørres om avgjørelsen kan medføre en mulig krenkelse av EMK om den blir stående.²²⁸

I det følgende skal jeg drøfte disse fire mulige manglene ved tingrettens avgjørelse nærmere, før andre typer saksbehandlingsfeil som kan omfattes av bokstav c diskuteres.

6.4.3 Vesentlige svakheter ved beslutningsgrunnlaget

Tvisteloven § 36-10 tredje ledd bokstav c åpner for at samtykke til ankebehandling kan gis dersom det er vesentlige svakheter ved tingrettens avgjørelse eller saksbehandling. En viktig del av denne vurderingen knytter seg til om det er svakheter ved beslutningsgrunnlaget. I HR-2020-661-S stilte Høyesterett spørsmål ved om tingretten hadde «et betryggende» beslutningsgrunnlag, som etter en samlet vurdering var tilstrekkelig bredt og oppdatert.²²⁹ At grunnlaget er bredt nok for å treffe beslutningen, innebærer at det ikke kan være snevert eller ensformig, og at det må dekke alle de relevante forhold for saken. I tillegg må grunnlaget være tilstrekkelig oppdatert, noe som i større grad peker på tidsperspektivet. Grunnlaget må være slik at det er dekkende for situasjonen når den skal vurderes.

Disse momentene har vært sentrale i flere avgjørelser fra EMD. I Strand Lobben mfl. mot Norge ble det fremhevet at retten anser det «significant» at det ikke forelå oppdaterte ekspertrapporter før tingrettens behandling, og det ble fastholdt at «the lack of a fresh expert examination substantially limitd the factual assessment».²³⁰ Rapportene var i denne saken to år gamle, men i tillegg til alderen fremhevet domstolen at det hadde vært endringer i mors livssituasjon og dermed kanskje også med tanke på hennes omsorgsevne. Det er særlig i tilfeller hvor det er påstander om eller andre holdepunkter for at det har skjedd endringer, samt i tilfeller med svært inngripende tiltak, at EMD ser ut til å stille strenge krav til beslutningsgrunnlaget. Dommen A.S mot Norge omhandlet manglende omsorgsovertakelse og samværsnektelse, og konklusjonen ble enstemmig at EMK artikkel 8 var brutt.²³¹ Beslutningsgrunnlaget tingretten hadde hatt ble også kritisert, og det ble uttalt at;

«Moreover, the Court emphasises the importance of having a sufficiently broad and updated factual basis for far-reaching decisions such as the one taken by the City Court, effectively

²²⁸ Vurderingene i avgjørelsen blir i all hovedsak vist til og dels sitert i den andre storkammeravgjørelsen som ble avsagt samtidig og som også omhandlet prøving av en ankenektelse fra lagmannsretten, HR-2020-663-S.

²²⁹ Avsnittene 158-162, jf. avsnitt 171.

²³⁰ Strand-Lobben mfl. mot Norge (EMD 37283/13) avsnitt 222 og 223.

²³¹ A.S mot Norge (EMD 60371/15).

representing the end-point for the family life between X and the applicant. This is in particular so when a parent, as in this case, submits that there have been positive developments as to his or her parental abilities, warranting a new assessment of the placement order.»²³²

Det må altså foretas en konkret vurdering av det grunnlaget tingretten faktisk hadde tilgjengelig da de gjorde sitt vedtak. Kravene til dette grunnlaget forsterkes dersom det er snakk om svært inngripende og endelige tiltak som omsorgsovertakelse, samværsnektelse, eller adopsjon. I tillegg forsterkes kravene dersom det er holdepunkter for at endringer har skjedd. I barnevernssaker vil denne delen av vurderingen ofte knytte seg til sakkyndige vurderinger, både spørsmålet om slike burde vært innhentet, og om de som er benyttet er oppdaterte nok.

At det ikke er innhentet en sakkyndig vurdering, kan utvilsomt representere en vesentlig mangel dersom omstendighetene i saken tilsier at det var behov for det. Barnevernstiltak innebærer omfattende vurderinger av barnets behov og foreldrenes omsorgsevne og vilje. Ofte vil det være behov for sakkyndige vurderinger av dette. Mangelen på innhenting av en sakkyndig vurdering, kan tilsi at tingretten ikke hadde et tilstrekkelig oppdatert beslutningsgrunnlag, og dermed at ankesamtykke bør gis. I HR-2020-1330-U konkluderte Høyesteretts ankeutvalg med at det var en vesentlig svakhet at det ikke var innhentet en sakkyndig utredning av mor. Dette skyldes særlig at opplysningene i saken ikke var entydige, at det forelå spesifikke hendelser som midlertidig kunne ha påvirket mor og fordi en positiv utvikling hos mor kunne spores i dokumentasjonen. I HR-2020-980-U hvor ankeutvalget fremhevet et behov for en sakkyndig utredning slik at «man fikk en ny vurdering av foreldrenes omsorgskompetanse, deres evne til å motta hjelpetiltak og en nærmere vurdering av samvær mellom foreldrene og det nye barnet».²³³ I denne saken som omhandlet vedtak om omsorgsovertakelse av et barn, var det lagt vekt på tidligere sakkyndige vurderinger foretatt da omsorgen ble overtatt for eldre søsken. Ankeutvalget fremhevet her behovet for oppdatert kunnskap.

Det kan spørres om det ut fra dette alltid må foreligge en sakkyndig utredning og rapport, slik at mangelen på det alltid kan innebære «vesentlige mangler ved beslutningsgrunnlaget». Som det fremgår av avgjørelsene over stilles det ikke et absolutt krav om sakkyndig rapport, men

²³² A.S mot Norge (EMD 60371/15) avsnitt 66.

²³³ HR-2020-980-U avsnitt 17.

det vurderes ut fra behovet i den aktuelle saken. Eksempelvis fordi saken gjelder et barn som ikke er inkludert i tidligere sakkyndige vurderinger, eller fordi de øvrige opplysningene i saken ikke var entydige og en positiv utvikling kunne spores. At det ikke legges til grunn et absolutt krav om en sakkyndigrapport er i samsvar med tvl. § 25-2 første ledd. Her fastslås at sakkyndig kan oppnevnes når «det er nødvendig for å få et forsvarlig faktisk avgjørelsesgrunnlag». Dette støttes også av storkammeravgjørelsen HR-2020-663-S. I dommens avsnitt 99 ble det lagt til grunn at om «[d]et skal oppnevnes sakkyndig i disse sakene, beror på en konkret vurdering der det avgjørende er om saken kan avgjøres på et forsvarlig grunnlag uten slik oppnevning. Ved vurderingen må det blant annet tillegges vekt om det tidligere er innhentet sakkyndig erklæring, tiden som deretter er gått, og om det er skjedd endringer i foreldrenes livssituasjon og omsorgsevne». Det må dermed skje en konkret vurdering av behovet for en slik utredning. En slik konkret vurdering kan lede til at en sak er tilstrekkelig opplyst selv om det ikke forelå en sakkyndig utredning, slik konklusjonen ble i HR-2020-1023-U.

Noen av barnevernssakene tar lang tid både å utrede og i domstolsystemet. I tillegg kan saken starte på nytt, etter at det har skjedd en ny behandling i fylkesnemnda. Dette kan medføre at det foreligger sakkyndige vurderinger, men at disse er gamle. Også dette kan være grunnlag for å si at beslutningsgrunnlaget ikke er tilstrekkelig og at det foreligger vesentlige mangler. Hvor lang tid som medfører at en slik sakkyndig erklæring er «for gammel», kan ikke fastslås generelt. Spørsmålet er om den gir et tilstrekkelig oppdatert grunnlag for beslutningen. I HR-2020-919-U forelå det en fem år gammel sakkyndig utredning av far, og far hadde selv anført at han etter denne hadde gjort tiltak for å bedre sin omsorgskompetanse. Høyesterett fastslo at det burde vært oppnevnt ny sakkyndig før tingrettens behandling, siden den vurderingen som forelå gjaldt omsorgsevnen da barnet var et spedbarn, fem år bak i tid. Fars påstand om forbedret omsorgsevne burde etter rettens vurdering også vært undersøkt nærmere gjennom en ny utredning. Lagmannsrettens beslutning om å ikke gi ankesamtykke ble derfor opphevet.²³⁴ Som vist over kritiserte EMD i Strand Lobben saken, bruken av sakkyndige utredningene som var to år gamle.²³⁵

²³⁴ På samme bakgrunn, men knyttet til mors endrede livssituasjon, ble lagmannsrettens beslutning om å ikke gi ankesamtykke også opphevet i HR-2019-1767-U.

²³⁵ Strand-Lobben mfl. mot Norge (EMD 37283/13) avsnitt 222 og 223.

Manglende beslutningsgrunnlag og dermed vesentlige mangler, kan også skyldes at en sakkyndig rapport som foreligger er mangelfull. Som vist må slike rapporter være tilstrekkelig oppdaterte, men skal de danne et godt beslutningsgrunnlag må de også dekke de relevante temaer. Målet med en sakkyndig utredning og rapport er at denne skal bidra til å gi et «forsvarlig faktisk avgjørelsesgrunnlag» jf. tvl. § 25-2. Dersom rapporten er mangelfull eller ikke belyser det sentrale, gir den ikke et tilstrekkelig avgjørelsesgrunnlag. Dette kan da medføre at vilkåret i tvl. § 36-10 tredje ledd bokstav c anses oppfylt. Dette bekreftes av HR-2020-1789-A, hvor Høyesterett i medhold av domstolsloven § 5 første ledd andre punktum valgte å behandle en slik sak i avdeling med fem dommere framfor i ankeutvalget. Dette er en adgang som bare unntaksvis benyttes, og som vitner om et område hvor det er behov for avklaring.²³⁶ Lagmannsretten hadde nektet å gi samtykke til ankebehandling av en sak om mors krav om tilbakeføring av sønnen. Mor hadde blant annet anført at beslutningsgrunnlaget for tingretten var mangelfullt da guttens tilknytning til mor ikke var omfattet av den sakkyndige vurderingen. Høyesterett ga mor medhold i at mandatet til den sakkyndige skulle ha omfattet en slik vurdering, både fordi det hadde gått tid siden dette var vurdert og fordi det i denne perioden hadde skjedd en opptrapping av samværene.²³⁷ At et begrenset mandat kan lede til at det anses å være vesentlige mangler ved beslutningsgrunnlaget fremgår også av HR-2020-916-U. Manglene gjorde at en eventuell tilbakeføring ikke var tilstrekkelig utredet.²³⁸ Her forelå det dermed en sakkyndig utredning, og selv om denne var tidsmessig oppdatert, var den ikke tilstrekkelig.

Selv om det ikke foreligger noe absolutt krav om sakkyndig utredning, må det konkluderes med at manglende eller mangelfulle slike ofte kan lede til at vilkåret om vesentlige mangler er oppfylt. Hvor oppdaterte og hvor omfattende rapportene må være, vil avhenge av de konkrete omstendighetene.

²³⁶ NOU 2001:32 side. 1005.

²³⁷ HR-2020-1789-A, avsnitt 73.

²³⁸ HR-2020-916-U avsnitt 19 og 20.

6.4.4 Vesentlige svakheter knyttet til vurderingen av gjenforeningsmålet og familielivet

Gjenforeningsmålet har vært fremhevet av EMD i svært lang tid, og ble også uttrykt Johansen mot Norge fra 1996. Her ble det uttalt at;

«...taking a child into care should normally be regarded as a temporary measure to be discontinued as soon as circumstances permit and that any measures of implementation of temporary care should be consistent with the ultimate aim of reuniting the natural parent and the child...»²³⁹

Dette gjenforeningsmålet har så blitt ytterligere fremhevet i de nyere avgjørelsene mot Norge, og særlig påpekt i Høyesteretts storkammeravgjørelser fra mars 2020.²⁴⁰ Gjenforeningsmålet har stor betydning for valg av tiltak etter barnevernloven og for gjennomføringen av tiltakene. Det stilles videre snevre rammer for når gjenforeningsmålet kan oppgis.²⁴¹ Poenget her er imidlertid at disse føringene også har betydning for vurderingen av om ankesamtykke til lagmannsretten skal gis. Som fremhevet av Høyesterett med særlige henvisninger til Stand Lobben mfl. mot Norge, stilles det krav til at begrunnelsene i barnevernssaker godtgjør at det har skjedd en balansert avveining, og at kravene skjerpes for tiltak som ikke er i samsvar med gjenforeningsmålet.²⁴² Basert på de senere EMD avgjørelsene mot Norge fremhever Høyesterett at det må fremgå klart hvorfor gjenforening eventuelt ikke lenger er mulig, at det er foretatt en balansert avveining av kryssende hensyn og hvorvidt mindre inngripende tiltak er mulige. I tillegg må eventuelle begrunnelser knyttet til barnets sårbarhet være konkrete.²⁴³ Hvis ikke tingrettens avgjørelse inneholder tilstrekkelige vurderinger og begrunnelser som godtgjør dette, vil det kunne lede til at det foreligger vesentlige mangler slik at ankesamtykke bør gis.

Av nyere praksis fra Høyesteretts ankeutvalg, synes det klart at disse føringene er blitt fulgt tett opp. Særlig i saker om tilbakeføring, fratakelse av foreldreansvar og samtykke til adopsjon, stilles det klare krav til at gjenforeningsmålet er grundig og tydelig drøftet av tingretten.²⁴⁴ I HR-2020-1789-A som ble behandlet i avdeling, presiserte Høyesterett

²³⁹ Johansen mot Norge (EMD 17383/90) avsnitt 78.

²⁴⁰ Strand Lobben mfl. mot Norge (EMD 37283/13) avsnitt 205, A.S mot Norge (EMD 60371/15) avsnitt 62, Abdi Ibrahim (EMD 15379/16) avsnitt 61 og Pedersen mfl. mot Norge (EMD 39710/15) avsnitt 68.

²⁴¹ Se HR-2020-661-S avsnitt 146 og 147.

²⁴² HR-2020-661-S avsnitt 164 og 165.

²⁴³ HR-2020-661-S avsnitt 166-169.

²⁴⁴ Se for eksempel HR-2020-2453-U og HR-2020-1932-U.

vurderingstemaet slik at lagmannsretten i sin vurdering av om ankesamtykke skal gis, må vurdere «om tingrettens vurderinger og avveining gir et tilstrekkelig trygt grunnlag for å konkludere med at retten til familieliv er ivaretatt».²⁴⁵ I den konkrete vurderinger påpeker Høyesterett mangler ved at utgangspunktet om midlertidighet og målet om gjenforening ikke er løftet frem, i tillegg til at betydningen av familiebandene mellom moren og sønnen ikke var tilstrekkelig vurdert.²⁴⁶

I en overgangsperiode er det grunn til å forvente at manglende tydelighet og presisjon med tanke på gjenforeningsmålet og retten til familieliv, trolig vil lede til at mange ankesamtykker må gis i medhold av tvl. § 36-10 tredje ledd bokstav c. Basert på de grundige føringer som Høyesterett har gitt må det imidlertid forventes at både fylkesnemndene og tingrettene nokså hurtig vil innrette seg slik at disse vurderingene i større grad blir grundige nok.

6.4.5 Vesentlige svakheter ved vurderingen av samvær mellom barnet og foreldrene

EMD har gjennom flere dommer mot Norge satt særlig søkelys på samvær mellom barn og foreldre, både med tanke på gjenforeningsmålet men også ut fra egenverdien. I Strand Lobben mfl. mot Norge kritiseres den praktiserte samværsfastsettelsen ut fra at den bare var motivert av et ønske om å la gutten kjenne til sine røtter, og ikke «to establish a relationship with a view to the child's future return to the care of his biological mother».²⁴⁷ Også i tilfeller hvor det må aksepteres en varig plassering har EMD lagt stor vekt på forpliktelsene til at familielivet skal ivaretas. Det fremheves at myndighetene har «positive duty to take measures to facilitate the applicant's and X's continued enjoyment of a family life, at the minimum by maintaining a relationship by means of regular contact in so far as reasonably feasible and compatible the X's best interests».²⁴⁸ Uttalelsene her peker på omfattende forpliktelser for å sørge for at samværsretten ivaretar barnet og foreldrenes rett til familieliv. Forpliktelsene som kan utledes av menneskerettighetene kan oppsummeres både til å omfatte det å sikre at barnet kjenner foreldrene og muligheten for gjenforening. Hvis gjenforeningsmålet oppgis, skal samværet fortsatt sikre den egenverdien opprettholdelse av familieband har.²⁴⁹ Samvær skal

²⁴⁵ HR-2020-1789-A, avsnitt 63.

²⁴⁶ HR-2020-1789-A, avsnitt 77.

²⁴⁷ Strand Lobben mfl. mot Norge (EMD 37283/13) avsnitt 221.

²⁴⁸ Abdi Ibrahim mot Norge (EMD 15379/16) avsnitt 57.

²⁴⁹ HR-2020-661-S avsnitt 134.

fastsettes med barnets beste som overordnet hensyn, og slik at barnet ikke utsettes for «undue hardship».²⁵⁰

Dette innebærer at det er dette utgangspunktet som skal ligge til grunn for samvær. Dersom tingretten legger til grunn et for snevert utgangspunkt for vurderingen av samvær, kan det lede til at ankesamtykke gis grunnet vesentlige mangler. Vurderingene av samvær må utformes slik at det ivaretar både gjenforeningsmålet og egenverdien. I tråd med dette har Høyesteretts ankeutvalg opphevet beslutninger om å ikke gi ankesamtykke, basert på at tingretten hadde formulert et for snevert utgangspunkt for samværsvurderingen. Dette var formulert slik at samværet skulle bidra til at kontakten mellom et barn og moren ble så god at det kunne gi grunnlag for mer kontakt i voksen alder dersom barnet ønsket det.²⁵¹ Dette ble ikke ansett å være i samsvar med det utgangspunkt EMD har satt.

Samvær skal videre fastsettes etter en konkret og individuell vurdering. Generelle fastsettelse ut fra en slags norm for antall samvær, er som påpekt av Høyesterett ikke i samsvar med EMDs praksis.²⁵² Samværet skal fastsettes konkret i hver sak, og dersom tingretten ikke har foretatt en slik individuell vurdering, vil det være en vesentlig svakhet. Det innebærer at manglende begrunnelser for samværsretten kan gi grunnlag for ankesamtykke.²⁵³ Det samme gjelde samværsvurderinger med for snevert formål og basert på mer skjematiske tilnærminger.²⁵⁴

Som påpekt i barnevernslitteraturen hører samværsspørsmålene til de vanskeligste avgjørelsene hvor det ikke handler om enten- eller, men valg mellom mange ulike løsninger.²⁵⁵ I tillegg har samvær store konsekvenser for muligheten til tilbakeføring, og også for eventuelle ytterligere tiltak som adopsjon. Når det skal vurderes om tingrettens avgjørelse lider av vesentlige svakheter etter tvl. § 36-10 bokstav c, må vurderingene av samvær stå sentralt. Ut fra samværets viktighet bør det her stilles store krav til tingrettens vurderinger og begrunnelser, og dermed vil terskelen for ankesamtykke knyttet til disse spørsmålene trolig være nokså lav dersom det er tvil om menneskerettighetene er overholdt.

²⁵⁰ HR-2020-662-S avsnitt 137.

²⁵¹ HR-2020-1932-U avsnitt 33.

²⁵² HR-2020-661-S avsnitt 125.

²⁵³ HR-2020-1203-U, avsnitt 18 og HR-2020-980-U avsnittene 22 og 24.

²⁵⁴ HR-2020-1012-U.

²⁵⁵ Bendiksen og Haugli (2021) s. 267-268.

6.4.6 Mulig krenkelse av EMK

De tre foregående avsnittene knytter seg til vurderinger som ligger tett opp mot EMK og vurderinger gjort av EMD. Høyesteretts storkammer har eksplisitt uttalt at norsk barnevernrett må følge rammene trukket ut fra EMDs praksis, og vist at dette er sentralt når ankesamtykke etter tvl. § 36-10 tredje ledd bokstav c skal drøftes.²⁵⁶ Høyesterett har videre oppsummert vurderingen som må foretas om dette slik at:

«Lagmannsrettens oppgave ved vurderingen av om samtykke til ankebehandling skal gis, er å påse at tingrettens vurdering og avveining gir et tilstrekkelig trygt grunnlag for å konkludere med at retten til familieliv er ivaretatt. Foreligger det tvil om det vil kunne innebære en krenkelse av EMK artikkel 8 dersom tingrettens dom blir stående, må samtykke til ankebehandling gis.»²⁵⁷

Vurderingen her vil særlig knytte seg til om avgjørelsen bygger på et tilstrekkelig og oppdatert beslutningsgrunnlag, om de er basert på en balansert og tilstrekkelig bred avveining av barnets og foreldrenes interesser, og om begrunnelsen er tilstrekkelig. På grunn av det sterke fokuset på gjenforeningsmålet og samværsrettens betydning, er det for tiden særlig fokus på disse vurderingene. Det er samtidig grunn til å fremheve at vurderingene ikke er begrenset til disse tematikkene.

6.4.7 Andre vesentlige svakheter

Tvisteloven § 36-10 tredje ledd bokstav c fastslår at ankesamtykke kan gis ved vesentlige svakheter. På grunn av den senere tidens utvikling av praksis, særlig basert på de mange EMD avgjørelsene som er behandlet eller venter på behandling, er hoveddelen av vurderinger etter bokstav c på noe vis knyttet til overholdelse av konvensjonskrav og praksis. Det er imidlertid klart at alternativet også omfatter andre svakheter, og særlig nærliggende er vesentlige svakheter ved saksbehandlingen.

Hensynet til partene tilsier at de skal få saken overprøvd hvis det foreligger slike svakheter at de ikke har tillit til avgjørelsen. Det er snakk om inngripende tiltak, og rettssikkerheten må ivaretas sterkt, også om det leder til at saken må behandles på nytt med de ulemper det har.

²⁵⁶ HR-2020-661-S avsnitt 171.

²⁵⁷ HR-2020-1789-A avsnitt 63.

Begrensningen som følger av «vesentlig» medfører imidlertid at ikke enhver saksbehandlingsfeil leder til at vilkåret er oppfylt.

Det å skape ro rundt barna er begrunnelsen for at det kreves samtykke, og det må ha betydning for forståelsen av bokstav c. Begrunnelsen må således komme til anvendelse når hensynet til partene med tyngde tilsier en ny behandling. Høyesterett har oppsummert det slik at alternativet kan brukes når det er behov for å sikre partene en grundig og forsvarlig rettslig prøving, samt vesentlige feil ved selve resultatet, begrunnelsen eller det faktiske og rettslige avgjørelsesgrunnlaget.²⁵⁸ Vesentlige svakheter ved saksbehandlingen vil være et grunnlag som kan lede til ankesamtykke, særlig siden saksbehandlingsreglene er viktige rettsikkerhetsgarantier i saker om tvang. Som ellers må saksbehandlingsfeil vurderes ut fra om de kan ha hatt betydning for avgjørelsen, jf. tvl. § 29-21 første ledd. De saksbehandlingsfeil som etter denne bestemmelsens annet ledd skal ha ubetinget virkning, vil også lede til at tvl. § 36-10 tredje ledd bokstav c er oppfylt. Eksempler her kan være feil ved rettens sammensetning slik tilfellet var i HR-2018-356-U. At retten var satt uten meddommere ledet her til at beslutningen om å ikke gi ankesamtykke ble opphevet.

Andre saksbehandlingsfeil kan også omfattes som vesentlige svakheter, og mangler ved habiliteten til sakkyndige eller dommere vil måtte anses som en vesentlig mangel.²⁵⁹ Det samme gjelder manglende undersøkelser av om et barn som er fylt 15 år ønsker å gjøre sine partsrettigheter etter bvl. § 6-3 andre ledd gjeldende.²⁶⁰ Barnets rett til å bli hørt er videre vesentlig i slike saker. Beskyttelsen dette har etter både grunnloven, barnekonvensjonen og barnevernloven, gjør at vesentlige mangler her, ofte kan lede til at ny behandling bør skje. I tillegg til saksbehandlingsfeil kan det også være snakk om svakheter ved tingrettens rettslige avgjørelsesgrunnlag eller svakheter ved begrunnelsen, ut over det som knytter seg til de konvensjonsbaserte forholdene som er diskutert i punktene over. Ut fra ordlyden «vesentlige svakheter» må det uavhengig av type svakhet en del til.

²⁵⁸ HR-2014-2129-U, avsnitt 16.

²⁵⁹ Se HR-2016-1652-U og HR-2019-56-U.

²⁶⁰ HR-2020-305-U.

6.5 Tvang som ikke er vedtatt av fylkesnemnda

Lagmannsretten kan etter bokstav d gi samtykke til ankebehandling der tingretten har gitt dom for tvang som ikke er vedtatt i fylkesnemnda.²⁶¹ Bestemmelsens kjerneområde er ifølge litteraturen de tilfellene hvor fylkesnemnda ikke har tatt til følge begjæring om omsorgsovertakelse, men hvor tingretten har besluttet omsorgsovertakelse.²⁶² At slike tilfeller bør gis mulighet for prøving av lagmannsretten skyldes at det er snakk om veldig inngripende tiltak, hvor partene bør ha en mulighet til rettslig overprøving. Dersom tvangen er besluttet bare av tingretten, innebærer det at den bare er prøvd en gang. Dette gjelder ikke bare omsorgsovertakelser, men også andre tilfeller hvor kommunen i tingretten har lagt ned påstand om mer inngripende tiltak enn det som var foreslått for fylkesnemnda.²⁶³ Også her vil det altså være en situasjon hvor tvangstiltak overfor private personer, egentlig bare er vurdert av en instans, noe som ikke er i samsvar med de rettssikkerhetsgarantier som bør foreligge ved bruk av tvang. I slike tilfeller bør ankebehandling i lagmannsretten være en mulighet, da begrunnelsen for ankesiling om at tiltaket alt er grundig vurdert to ganger, ikke slår til.

Det kan spørres i hvilken grad tingretten må ha vedtatt tvang utover det som ble bestemt i fylkesnemnda, altså om det kreves kvalifiserte avvik. Etter ordlyden er tvang som ikke er vedtatt av fylkesnemnda, tilstrekkelig. Dette trekker i retning av at det kun kreves ulik grad av tvang for å falle inn under ordlyden, men ikke krav til hvor ulikt dette må være. Ønsket om å raskt få ro rundt barnas omsorgssituasjon, tilsier imidlertid at det må være kvalifiserte avvik. Ellers vil flere avgjørelser blir prøvd i lagmannsretten, til tross for at målet er at de ikke skal behandles her. Dette støttes av forarbeidene, hvor det fremgår at det vil tale mot ny prøving dersom det kun er gradsforskjeller mellom omfanget av den tvang tingretten har gått inn for, og den som er vedtatt i fylkesnemnda.²⁶⁴ Samtidig er det i litteraturen hevdet at enhver utvidet tvangsbruk gir lagmannsretten kompetanse til å samtykke til anke.²⁶⁵ Målet om å skape ro og hindre unødige rettsprosesser knyttet til barnas omsorgssituasjon taler likefullt for at det må et visst avvik til. Om dette gjøres gjennom å si at vilkåret i bokstav d ikke er oppfylt, eller at

²⁶¹ Se kapittel 4 angående hva som regnes som tvang.

²⁶² Schei m.fl. s. 1330 og Skoghøy (2017) s. 1149.

²⁶³ Innst.O. nr. 110 (2004-2005) pkt. 2.2.1.

²⁶⁴ Innst.O. nr. 110 (2004-2005) s. 10.

²⁶⁵ Schei m.fl. (2013) s. 1330.

vilkåret er oppfylt, men at samtykke til anke ikke gis i den etterfølgende skjønnsmessige vurderingen, kan likevel ikke ha særlig betydning.²⁶⁶

I noen tilfeller vil det være klart at det er snakk om at vilkåret i bokstav d er oppfylt. Et eksempel er i tilfeller hvor varigheten av en tvangsplassering forlenges. Dersom tingretten fastslår at et barn skal være tvangsplassert på en institusjon etter bvl. § 4-24 for lengre tid enn det fylkesnemnda har bestemt, vil det klart være snakk om tvang som ikke er besluttet av fylkesnemnda, slik Høyesteretts ankeutvalg til grunn i HR-2017-894-U.²⁶⁷

Det kan videre spørres om redusert samværsrett fra fylkesnemnda til tingretten, kan regnes som «tvang som ikke er vedtatt av fylkesnemnda». Både barn og foreldre har etter bvl. § 4-19 første ledd rett til samvær med hverandre. Reduksjon av samvær innebærer en begrensning i partenes rett til familieliv, og en begrensning av retten etter bvl. § 4-19. Dersom tingretten begrenser fastsatt samvær sammenlignet med fylkesnemnda, er realiteten at mer inngripende tvang benyttes. At vilkåret etter § 36-10 tredje ledd bokstav d er oppfylt i tilfeller hvor tingretten begrenser samværet fylkesnemnda har fastsatt, er også lagt til grunn av Høyesteretts ankeutvalg, også i tilfeller hvor det bare var gjort mindre justeringer.²⁶⁸ Selv om reduksjon av samvær regnes som tvang i bokstav d sin forstand, innebærer ikke det at enhver reduksjon alltid vil lede til at ankesamtykke skal gis. I den skjønnsmessige vurderingen vil det som fremhevet av Høyesteretts ankeutvalg, måtte foretas en konkret vurdering av om saken bør tillates fremmet fordi resultatet kan bli et annet.²⁶⁹

Det kan videre spørres om betydningen av at tingretten utvider samvær, sett i forhold til det som ble vedtatt i fylkesnemnda. På den ene siden kan det her hevdes at det da ikke er besluttet mer tvang enn hva fylkesnemnda gikk inn for, men mindre tvang. Imidlertid kan det tenkes tilfeller hvor økt samvær for et barn kan oppleves som tvang, og hvor det er tvil om dette er i barnets interesser. Slike vurderinger er Høyesterett inne på i HR-2009-728-U. Her fremheves det at også tiltak som for barnet kan oppfattes som en økning av byrdene i forhold til fylkesnemndas vedtak, må kunne gå inn under bokstav d.²⁷⁰ Ankeutvalget viser her til at barnet kan være like sterkt berørt av vedtaket som foreldrene, og at rettigheter for foreldrene

²⁶⁶ Liknende vurdering i HR-2008-98-U avsnitt 19.

²⁶⁷ HR-2017-894-U avsnitt 13.

²⁶⁸ Se HR-2019-1001-U, avsnitt 13 og HR-2019-239-U.

²⁶⁹ HR-2013-460-U, avsnitt 20.

²⁷⁰ HR-2009-728-U, avsnitt 21.

kan fortone seg som plikter eller tvang for barnet. At det ble fastsatt et samvær mellom barnet og moren i tingretten som ikke var fastsatt i fylkesnemnda, ledet dermed til at vilkåret i bokstav d var oppfylt.²⁷¹

Et annet tema som flere ganger har vært diskutert i tilknytning til bokstav d er begrensninger i telefonkontakt. I HR-2007-1386-U var saken slik at tingretten hadde besluttet at en datter og hennes mor hadde rett til å ha telefonkontakt en gang hver 14. dag i en halv time. Fylkesnemnda hadde på sin side ikke uttalt noe om dette. Spørsmålet var om dette innebar tvang som ikke var besluttet av fylkesnemnda, slik at vilkåret i bokstav d for å gi ankesamtykke var oppfylt. Høyesteretts ankeutvalg slo her kort fast at begrensninger i telefonkontakten som ikke var fastsatt av fylkesnemnda kan falle inn under ordlyden i bokstav d.²⁷² Det poengteres imidlertid i avsnitt 23 at den utvidede tvangsbruken kun vil gi lagmannsretten kompetanse, ikke plikt, til å samtykke til ankebehandlingen. På grunn av lagmannsrettens øvrige behandling og begrunnelse, fant ikke Høyesterett grunn til å oppheve lagmannsrettens beslutning. På samme vis ble det lagt til grunn i HR-2014-863-U at tingrettens begrensning av telefonkontakten til fire samtaler i året, innebar tvang ut over det fylkesnemnda hadde pålagt og at vilkåret etter § 36-19 tredje ledd bokstav d dermed var oppfylt.

At også tingrettens begrensninger i telefonkontakt eller annen digital kontakt kan oppfattes som tvang som ikke er bestemt av fylkesnemnda, er godt i samsvar med en nyere dom fra Høyesterett hvor det etter grundige drøftelser konkluderes med at bvl. § 4-19 gir hjemmel til å begrense telefonkontakt.²⁷³ Dette baseres på vurderinger av at begrepet samvær i § 4-19 i lys av samfunnsutviklingen også må omfatte ulike former for digital kontakt. Dersom tingretten benytter denne muligheten uten at fylkesnemnda har gjort det, eller i større grad enn fylkesnemnda har gjort det, kan det innebære at vilkåret i tvl. § 36-10 tredje ledd bokstav d er oppfylt.

²⁷¹ Anken ble likevel forkastet. Høyesteretts ankeutvalg viste her til at lagmannsretten, ut fra en helhetsvurdering, hadde vurdert at anken uansett ikke ville kunne føre til en endret avgjørelse. Høyesterett mente ut fra det at lagmannsrettens feilaktige forståelse av vilkåret i bokstav d, ikke hadde betydning for resultatet.

²⁷² HR-2007-1386-U avsnitt 23.

²⁷³ HR-2020-1967-A.

6.6 Samtykke til ankebehandling «kan» gis

Samtykke til ankebehandling av dom fra tingretten i sak om tvangsvedtak etter barnevernloven, fordrer at ett eller flere av vilkårene i § 36-10 tredje ledd bokstav a til d er oppfylt. At anke over tingrettens dom ikke kan fremmes med mindre ett av disse samtykkealternativene foreligger, gir for det første et spørsmål om anken *skal* fremmes når ett eller flere av vilkårene foreligger. Dette ville i så fall bety at den ankende part har en rett til å få saken behandlet av lagmannsretten om ett av vilkårene er oppfylt.

Ordlyden i § 36-10 tredje ledd viser at samtykke «kan» gis når vilkårene er oppfylt. Det innebærer at det ikke er en automatikk i at oppfylt vilkår gir rett til at saken fremmes til behandling. Lagmannsretten må dermed foreta en skjønnsmessig vurdering av om en anke bør fremmes, dersom ett eller flere av vilkårene er tilstede. Vilråene blir dermed en forutsetning for at lagmannsretten kan fremme en anke, men oppfylte vilkår er ikke tilstrekkelig til at så skal skje. Lagmannsretten er her gitt en skjønnsmessig kompetanse til å bestemme om anken skal fremmes når ett eller flere av vilkårene er oppfylt. For denne vurderingen blir spørsmålet dermed om anken bør fremmes. Det er i realiteten et spørsmål om det etter lagmannsrettens vurdering er grunn til å behandle saken på nytt.

At det skal foretas en slik skjønnsmessig vurdering, har ifølge forarbeidene sammenheng med at saken har vært gjennom to behandlinger, samt at tvangsvedtak kan bringes inn til ny vurdering av fylkesnemnda.²⁷⁴ Om innholdet i den skjønnsmessige vurderingen, fremheves det at det må vektlegges om det er sannsynlig at resultatet vil bli et annet etter ankebehandling. Skjønnen snevres dermed noe inn, noe som støttes av de grunnleggende hensynene på området. Hensynet til at barnet skal få ro, hensynet til at barnets interesser må være tilstrekkelig vektlagt og hensynet til at rettssikkerhet og forsvarlig behandling står sterkt ved tvangstiltak, påvirker vurderingen. For å ivareta disse hensynene blir det sentrale spørsmålet om det er trolig at en behandling i lagmannsretten vil lede til et annet resultat. Dersom det ikke er tilfelle, er det liten grunn til å utsette barnet for en ny rettsprosess samt en lengre periode med uklarhet om den fremtidige situasjonen.

Lagmannsrettspraksis bekrefter at det sentrale vurderingstemaet er om en ny behandling kan lede til et annet resultat. Dette kan illustreres gjennom LG-2020-179694, hvor det var snakk

²⁷⁴ Innst.O. nr. 110 (2005-2005) s. 10.

om en anke over en dom hvor det ikke var fastsatt samvær mellom en 14 år gammel jente i fosterhjem og hennes mor. Jenta var utsatt for vold av moren før omsorgsovertakelsen, og ønsket ikke samvær. Før lagmannsretten drøftet om vilkåret i tvl. § 36-10 tredje ledd bokstav c var oppfylt, ble det uttalt at selv om et av kriteriene i tredje ledd var oppfylt, så måtte det foretas «en skjønsmessig og samlet vurdering av om samtykke bør gis. I denne vurderingen bør det legges vesentlig vekt på om det er sannsynlig at resultatet blir et annet etter ankebehandling». I den konkrete vurderingen konkluderte retten med at vilkåret i bokstav c ikke var oppfylt. Ankesamtykke kunne da ikke gis, og det ble ikke foretatt en skjønsmessig og samlet vurdering. Et annet eksempel er LG-2020-163575 hvor tvl. § 36-10 tredje ledd bokstav c var oppfylt, og den skjønsmessige vurderingen ble foretatt. I den skjønsmessige og samlede vurderingen ble det lagt vekt på at uklarhetene med tingrettens begrunnelse sammenholdt med beskrivelsene av samværet i saken, gjorde at et annet resultat enn det tingretten hadde kommet til ikke kunne utelukkes. Det ble lagt til at lagmannsretten ikke kunne se at hensynet til barna tilsa at samtykke ikke ble gitt.

Den skjønsmessige vurderingen vil selvsagt henge nært sammen med hvilke(t) av de alternative vilkårene som er oppfylt, og det vil påvirke vurderingen. I en særstilling står trolig feil etter bokstav c, dersom det er snakk om saksbehandlingsfeil som etter tvl. § 29-21 annet ledd skal tillegges ubetinget virkning. Dersom det foreligger en saksbehandlingsfeil av denne art, skal det slik Høyesteretts ankeutvalg har lagt til grunn, ikke gjennomføres en skjønsmessig helhetsvurdering av om feilen skal lede til ankesamtykke.²⁷⁵ For øvrig er det ved saksbehandlingsfeil grunn til å se hen til tvl. § 29-21 første ledd, og vurderingen av om det er nærliggende at feilen har hatt betydning for avgjørelsen.²⁷⁶

Den skjønsmessige regelen gir lagmannsretten en mulighet til å foreta en konkret vurdering av den enkelte sak, og dermed ivareta hensynet til å skape ro for barnet eller ivareta grunnleggende rettssikkerhetsgarantier gjennom ankebehandling, alt ut fra omstendighetene i saken.

²⁷⁵ HR-2018-356-U, avsnitt 13 og 14.

²⁷⁶ Lignende i HR-2018-271-U, avsnitt 14.

7. Rettslig behandling i Høyesterett

7.1 Innledning

Høyesterett dømmer etter Grunnloven § 88 første ledd første punktum i siste instans. Dette innebærer at Høyesterett er Norges øverste domstol i et hierarkisk domstolssystem.²⁷⁷ Det medfører at Høyesterett har et ansvar ut over det å ta stilling til den konkrete tvisten. Som siste instans har Høyesterett et ansvar for å sørge for rettsavklaring på områder hvor regelverket er uklart. I tillegg vil Høyesterett i samspill med lovgiver ha et ansvar for rettsutviklingen, samt for å bidra til rettsenhet.²⁷⁸

Høyesterett behandler anker over avgjørelsen truffet av lavere domstoler og er etter tvisteloven § 30-1 første ledd ankeinstans for lagmannsretten. Domstolen har myndighet på alle rettsområder og dømmer dermed både i sivile saker og straffesaker. Sakene behandles først i ankeutvalget som er silingsinstans ved anke over dommer, jf. tvl. § 30-4. Anker fremmes dermed ikke uten ankeutvalgets samtykke. Utvalget avgjør i tillegg anker over kjennelser og beslutninger, etter tvl. § 30-9. Ankeutvalget kan avvise saken eller oppheve den tidligere domstolens avgjørelse. For avhandlingens tema er det særlig aktuelt for lagmannsrettens beslutninger om å ikke gi ankesamtykke etter tvl. § 36-10 tredje ledd.

I det følgende skal Høyesteretts behandling av anke over lagmannsrettens samtykkebeslutning behandles i punkt 7.2, før muligheten for realitetsbehandling behandles i punkt 7.3.

7.2 Prøving av beslutning om å ikke gi ankesamtykke

7.2.1 Oversikt

Utgangspunktet i tvangssaker etter barnevernloven, er at disse ikke skal behandles av lagmannsretten. For å få anken fremmet kreves det etter tvisteloven § 36-10 tredje ledd samtykke fra lagmannsretten. Dersom slikt samtykke ikke gis, avsier lagmannsretten en avvisningsavgjørelse, i form av en beslutning, jf. tvl. § 19-1 tredje ledd bokstav b. Dermed blir ikke saken realitetsbehandlet i lagmannsretten, noe som videre innebærer at saken i utgangspunktet ikke kan realitetsbehandles av Høyesterett. Resultatet blir dermed at dersom lagmannsrettens manglende ankesamtykke blir stående, blir tingrettens avgjørelse den siste

²⁷⁷ Robberstad (2018) s. 30 og Pedersen og Skoghøy (2020) s. 59 flg. Se også NOU 2001: 32 A s. 237 og 363.

²⁷⁸ Pedersen og Skoghøy (2020) s. 19 jf. s. 64.

realitetsbehandlingen i norske domstoler. Dette har store konsekvenser for dem som mener at tingrettens avgjørelse knyttet til tvangstiltak er uriktig eller beheftet med feil. Hensynet til rettssikkerhet i slike saker tilsier at det bør være mulig å få overprøvd lagmannsrettens beslutning om å ikke gi ankesamtykke, når beslutningen har så store konsekvenser. Mot det kan det selvsagt anføres at barnets behov for ro, kunne tilsagt at lagmannsrettens nektelse av å samtykke til anke burde være endelig, uten overprøvingsmulighet. Her har imidlertid rettssikkerhetshensyn blitt ansett så viktig at beslutningen fra lagmannsretten, etter loven kan overprøves. Det er derfor anledning til å få overprøvd lagmannsrettens beslutning, gjennom en anke til Høyesterett.

At beslutningene kan ankes fremgår av tvl. § 29-2 jf. § 30-3 første ledd. Høyesterett er ankeinstans etter tvl. § 30-1, og av bestemmelsens annet ledd fremgår det at Høyesteretts ankeutvalg avgjør anker over kjennelser og beslutninger fra lagmannsretten.²⁷⁹ Etter dstl. § 5 første jf. fjerde ledd kan ankeutvalget likevel bestemme at avgjørelsen skal behandles av Høyesterett i avdeling eller i storkammer. Det siste er etter fjerde ledd mulig ved saker av «særlig viktighet», mens anledningen etter første ledd ifølge forarbeidene bare «unntaksvis» vil være aktuelt.²⁸⁰ Med det store fokuset på konvensjonsrettighetenes betydning for barnevernsretten, er det ikke unaturlig at dette har skjedd flere ganger den siste tiden.²⁸¹

Ut fra tvl. § 30-5 kan en anke over en beslutning «nektes fremmet» i visse tilfeller. Det innebærer at det i utgangspunktet foreligger en rett til å få slike anker behandlet, men at den kan nektes, i motsetning til anker over dommer som etter tvl. § 30-4 ikke kan fremmes «uten samtykke». Selv om utgangspunktet er en rett til behandling av anker over beslutninger, gir § 30-5 vide rammer for å nekte anken fremmet dersom den ikke reiser spørsmål utenfor saken eller andre hensyn taler for prøving. Siden sakens betydning for partene er et vesentlig moment for vurderingen her, vil den i liten grad begrense anke over slike samtykkebeslutninger.²⁸²

²⁷⁹ At beslutninger kan ankes framgår av tvl. § 29-2 første ledd. I tvistemålsloven ble begrepet kjæremål brukt som betegnelse her. Fellesbetegnelsen anke er kritisert av Skoghøy i forordet til boken *Tvisteløsning* (Skoghøy (2017)). Denne diskusjonen blir ikke berørt i denne oppgaven.

²⁸⁰ NOU 2001:32 s. 1005.

²⁸¹ Eksempelvis slik det skjedde for storkammerbehandlingene av HR-2020-661-S og HR-2020-663-S, og avdelingsbehandlingen av HR-2020-1789-A.

²⁸² Reinholdtsen og Øie (2014) pkt. 3.2 og 3.6.

I det følgende behandles først hva Høyesteretts ankeutvalg kan prøve. Dernest drøftes skjæringstidspunktet for de vurderinger som skal gjøres i ankebehandlingen. Til slutt drøftes alternativene for konklusjonen av prøvingen.

7.2.2 Feil i saksbehandlingen

Tvisteloven § 29-2 første ledd fastslår at beslutninger kan ankes til lagmannsretten, og denne gjelder ifølge § 30-3 første ledd tilsvarende for anker til Høyesterett. Begge disse fastslår bare utgangspunktet om at beslutninger kan ankes, men fastslår ikke noe om hva som kan prøves. Det følger av tvl. § 29-13 femte ledd tredje setning, som fastslår at denne type beslutning «kan bare ankes på grunnlag av feil i saksbehandlingen».²⁸³ At Høyesterett bare kan prøve lagmannsrettens saksbehandling, gir i utgangspunktet nokså snevre rammer for prøvingen.

At prøvingsmuligheten er snevret inn gjelder generelt og er ikke særskilt knyttet til at det er snakk om tvangstiltak etter barnevernloven. Begrunnelsen er knyttet til hensynet til Høyesteretts arbeidsbyrde.²⁸⁴ Dersom alle silingsavgjørelser skulle kunne påankes til Høyesterett for en full innholdsmessig overprøving, ville dette innebære mye arbeid og ressursbruk for Høyesterett. En slik løsning ville ikke vært i samsvar med målene med tvistelovreformen om å effektivisere rettspleien og legge til rette for at Høyesterett skulle kunne utøve sine hovedoppgaver med rettavklaring og rettsutvikling. Den nokså snevre ankeadgangen for ankenektelser, synes godt begrunnet ut fra domstolssystemet og ivaretagelsen av Høyesteretts oppgaver. I tillegg kan det anføres at rettssikkerheten ivaretas gjennom vilkårene for ankesamtykke til lagmannsretten, i tillegg til at disse sakene alt har vært gjennom behandling i fylkesnemnda og i tingretten. Det gjennomgående hensynet til å skape ro rundt barnas omsorgssituasjon, tilsier også en begrenset prøving. Spørsmålet blir hvor omfattende prøving Høyesteretts ankeutvalg kan gjøre.

Utgangspunktet for prøvingen er at den blant annet omfatter «om de lovbestemte vilkårene for ankebehandling i lagmannsretten er oppfylt. Ved denne prøvingen har Høyesterett full kompetanse.».²⁸⁵ At Høyesterett har full kompetanse må innebære at ankeutvalget har full kompetanse til å prøve om vilkårene i tvisteloven § 36-10 tredje ledd bokstav a-d er oppfylt, og måten lagmannsretten har behandlet spørsmålet på. Det innebærer at det kan skje en full

²⁸³ Dette er kort lagt til grunn i HR-2020-661-S avsnitt 60.

²⁸⁴ Se Prop. 141 L (2009-2010) pkt. 4.3 med videre henvisninger.

²⁸⁵ Se for eksempel HR-2017-776-A avsnitt 27, også lagt til grunn i HR-2020-661-S avsnitt 60.

vurdering av bevisbedømmelsen og rettsanvendelsen knyttet til vilkårene, i tillegg til en vurdering av om grunnleggende regler om kontradiksjon, habilitet og begrunnelse er oppfylt.²⁸⁶

Som vist i kapittel 6 har overordnede normer i form av konstitusjonelle og konvensjonsbaserte vurderinger fått stadig større plass i vurderingen av om lagmannsretten skal gi ankesamtykke. Dette vil også ha betydning for de vurderinger Høyesterett skal foreta ved behandlingen av en anke. Høyesterett har oppsummert dette til at:

«Som ledd i denne prøvingen må Høyesterett – på samme måte som lagmannsretten – vurdere om tingrettens saksbehandling, herunder dens beslutningsgrunnlag og begrunnelse, medfører at det kan foreligge en krenkelse av retten til familieliv etter Grunnloven § 102 eller EMK artikkel 8 dersom tingrettens dom blir stående som endelig avgjørelse i saken.»²⁸⁷

Om tingrettens dom kan innebære en krenkelse av disse overordnede normene, må altså Høyesterett prøve «på samme måte» som lagmannsretten. Noe annet ville lede til at Høyesterett overlot disse krevende vurderingene til de lavere domstolene, og eventuelt EMD. En slik forståelse vil ikke være i samsvar med den særlige rolle Høyesterett har.

I tillegg til de konkrete vilkårene i bokstav a-d fastslår tvl. § 36-10 tredje ledd at samtykke til å fremme anken «kan gis». Her er lagmannsretten gitt en skjønnsmessig kompetanse og spørsmålet blir hvilken prøving Høyesteretts ankeutvalg skal gjøre ved anke over dette.

For den skjønnsmessige vurderingen av om ankesamtykke skal gis når ett eller flere av vilkårene for det er til stede, har Høyesterett lagt til grunn at kompetansen «er da begrenset til å prøve om skjønnen og den begrunnelse som eventuelt er gitt for dette, er forsvarlig.»²⁸⁸

Det skal dermed ikke skje en overprøving av den skjønnsmessige vurderingen, men bare en prøving av forsvarligheten av lagmannsrettens vurdering her. Også her har imidlertid det økte fokuset på overordnede normer betydning og er blitt fremhevet av Høyesterett. Dersom det at tingrettens dom blir stående kan innebære en krenkelse av retten til familieliv, er det lagt til grunn at lagmannsretten ikke har rom for å nekte å gi ankesamtykke etter en skjønnsmessig

²⁸⁶ Innholdet i tvl. § 36-10 tredje ledd er drøftet i kapittel 6.

²⁸⁷ HR-2020-661-S avsnitt 61.

²⁸⁸ HR-2017-776-A avsnitt 27.

vurdering.²⁸⁹ Det innebærer at om Høyesterett kommer til at tingrettens dom kan medføre en krenkelse av retten til familieliv, så skulle ankesamtykke vært gitt. Høyesterett vil da ikke være bundet av den begrensede prøvingen av den skjønsmessige kompetansen.

For vurderingene Høyesterett skal gjøre blir det så et spørsmål om hvilket skjæringstidspunkt som skal legges til grunn for vurderingen.

7.2.3 Skjæringstidspunktet for Høyesteretts vurdering

Siden det er en tidsmessig forskjell mellom når lagmannsretten gjorde sin vurdering og når Høyesteretts ankeutvalg skal gjøre vurderingen, må det imidlertid spørres hvilket skjæringstidspunkt ankeutvalget skal legge til grunn for prøvingen. Dersom spørsmålet eksempelvis gjelder en anke over et vedtak om omsorgsovertakelse, så kan det ha skjedd endringer i barnet, fosterforeldrene eller foreldrenes situasjon, etter at lagmannsretten ikke ga samtykke til å fremme anken og før Høyesteretts ankeutvalg skal prøve en anke over denne beslutningen. Det kan også komme ny lovgivning eller rettspraksis av betydning i mellomtiden. Spørsmålet blir om ankeutvalget skal prøve om vilkårene var oppfylt på det grunnlaget lagmannsretten hadde da de traff sin beslutning, eller om prøvingen skal skje ut fra beslutningstidspunktet til ankeutvalget. Problemstillingen synes ikke løst av lovens ordlyd. At slike avgjørelser bare kan «ankes på grunnlag av feil i saksbehandlingen» viser at det sentrale er om det er gjort feil, altså fra lagmannsrettens side, men det innebærer ikke nødvendigvis at prøvingen skal skje basert på de rettslige og faktiske forholdene på prøvingstidspunktet. Forarbeidene gir heller ikke veiledning på spørsmålet.

Når det gjelder rettsanvendelsen har imidlertid Høyesterett slått fast at prøvingen skal skje ut fra beslutningstidspunktet. Spørsmålet kom på spissen i storkammeravgjørelsen HR-2020-661-S, siden partenes anførsler i stor grad var basert på Strand Lobben dommen fra EMD. Den kom etter at lagmannsretten hadde vurdert saken og ikke gitt ankesamtykke. Spørsmålet om hvilket rettsgrunnlag som skulle legges til grunn ble ikke gjenstand for særlig drøftelse. Høyesterett slo bare kort fast at «Høyesterett skal dermed prøve saken på et rettskildegrunnlag som ikke forelå da lagmannsretten traff sin avgjørelse».²⁹⁰ En annen løsning vil innebære at Høyesterett måtte foreta vurderinger uten å ta hensyn til nye rettskilder og basert på en rettsforståelse som ikke stemmer. En slik forståelse kan ikke legges til grunn, og vil ikke være

²⁸⁹ HR-2020-1789-A, avsnitt 46.

²⁹⁰ HR-2020-661-S avsnitt 62.

en god utnyttelse av Høyesteretts ressurser eller være riktig av hensyn til partene, især barnet. De måtte da ha startet en ny sak for fylkesnemnda for å få vurdert det nye rettskildebildet. Dette vil ikke være en hensiktsmessig eller ønskelig løsning. Spørsmålet blir om det samme kan legges til grunn for faktiske omstendigheter.

Også dette ble drøftet i HR-2020-661-S, siden det fra kommunens side var anført at Høyesterett i den saken måtte basere seg på de opplysningene som foreligger for Høyesterett, med den følge at faktiske endringer etter lagmannsrettens avgjørelse kunne trekkes inn.²⁹¹ For vurderingene av vilkåret i tvl. § 36-10 tredje ledd bokstav c, ble det fremhevet at ankegjensstanden er lagmannsrettens beslutning, samt at Høyesterett ikke skal være en fjerdeinstans men sikre at saksbehandlingen har vært forsvarlig. Disse systembetragtningene tilsa at avgjørelsen skal prøves ut fra faktum slik det forelå for lagmannsretten.²⁹²

Vilkårene i tvl. § 36-10 tredje ledd, bokstav a (om spørsmålet har betydning utenfor saken), c (om det er vesentlige svakheter) og d (om det gjelder tvang som ikke er vedtatt av fylkesnemnda), vil ankeutvalgets oppgave være tett knyttet til de faktiske omstendighetene for lagmannsretten. Det som skal prøves er om det er gjort feil i saksbehandlingen av disse spørsmålene, og da må faktum slik det forelå for lagmannsretten legges til grunn. For alternativet i bokstav b, om det er grunn til å behandle saken på ny fordi det er nye opplysninger, er vurderingstemaet et noe annet. Her er nettopp poenget at nye opplysninger bør kunne gi en ny behandling. Om de nye opplysningene kom dagen før eller dagen etter lagmannsrettens behandling bør da av hensyn til barnet ikke være avgjørende. Det kan se ut til at Høyesterett legger til grunn et slikt skille i HR-2020-661-S. Hvis det etter lagmannsrettens beslutning om ikke å gi samtykke er fremkommet vesentlige nye faktiske opplysninger, legger retten til grunn at den kan «etter omstendighetene oppheve lagmannsrettens beslutning på grunnlag av at vilkårene i tvisteloven § 36-10 tredje ledd bokstav b nå er oppfylt».²⁹³ Beslutningen kan dermed oppheves, på grunn av at det «nå» foreligger nye opplysninger. Det innebærer at nye omstendigheter prøves av Høyesterett for vilkåret i alternativ b.

²⁹¹ HR-2020-661-S avsnitt 63.

²⁹² HR-2020-661-S avsnitt 63.

²⁹³ HR-2020-661-S avsnitt 66, med videre henvisning til HR-2018-1252-U avsnitt 14.

Som hovedregel skal dermed Høyesterett basere sin vurdering på de faktiske omstendighetene slik de forelå for lagmannsretten. For vurderingen av om nye opplysninger gir grunn til ny prøving, skal imidlertid også nye omstendigheter vurderes.²⁹⁴ Siden nye faktiske forhold dermed kan ivaretas hvis vilkårene i bokstav b er tilstede, synes partenes interesser godt ivaretatt.

7.2.4 Anken kan forkastes eller lagmannsrettens beslutning oppheves

Høyesteretts ankeutvalg kan oppheve lagmannsrettens beslutning eller forkaste anken. At lagmannsrettens beslutning oppheves etter tvl. § 30-3 andre ledd, innebærer ikke at ankeutvalget bestemmer at ankesamtykke skal gis, men at avgjørelsen må vurderes på nytt av lagmannsretten. Samtidig vil det være slik at Høyesteretts opphevelse kan stille opp noen rammer for og sender signaler til lagmannsretten før dens nye vurdering. Ut fra føringene i ankeutvalgets tidligere oppheving, kan det likevel i noen tilfeller være tvilsomt hvor reell muligheten til å ikke samtykke til ankebehandling vil være. Særlig vil det være tilfelle hvor ankeutvalget har opphevet beslutningen begrunnet med at det kan medføre krenkelse av menneskerettighetene dersom tingrettens dom blir stående. Det kan vanskelig tenkes at lagmannsretten i et slikt tilfelle på nytt lar være å gi samtykke til ankebehandling.

Etter tvisteloven § 30-9 annet ledd, kan anken videre avvises eller forkastes uten begrunnelse, dersom det enstemmig finnes klart at den ikke vil føre fram. Dette kan gjelde hele eller deler av en anke, noe som kan ha stor betydning i barnevernssakene hvor det ofte er flere ulike tiltak som behandles i samme sak. Anken over å ikke gi samtykke til behandling av omsorgsovertakelsen kan da forkastes, mens spørsmålet knyttet til samvær behandles, og eventuelt oppheves.²⁹⁵

7.3 Anke over realitetsavgjørelser

7.3.1 Innledning

Høyesteretts oppgave er først og fremst å bidra til rettsavklaring, rettsenhet og rettsutvikling.²⁹⁶ Sakstilfanget må derfor begrenses, slik at Høyesterett får brukt sine ressurser på en mest mulig effektiv måte, og knyttet til disse særlige oppgavene. Den totale arbeidsbelastningen og

²⁹⁴ Dette er også lagt til grunn i den etterfølgende rettspraksis, se for eksempel HR-2020-663-S avsnitt 74 og HR-2020-1789-A avsnitt 47.

²⁹⁵ Se som eksempel HR-2019-2261-U avsnitt 14 og 16.

²⁹⁶ NOU 2001:32 s. 237.

den særlige rollen begrenser således hvilke saker som bør tillates fremmet for Høyesterett. For barnevernssakene styrkes dette av hensynet til å skape ro om barnet og av at disse sakene i tillegg til domstolssystemet blir behandlet av fylkesnemnda som et domstollignende organ. Dette må avveies mot hensynet partene vil ha til å få inngripende tvangstiltak prøvd og vurdert på en best mulig måte.

Saker som har vært realitetsbehandlet av lagmannsretten kan etter tvl. § 29-2 første ledd jf. § 30-3 første ledd ankes, og det er Høyesterett som er ankeinstans etter tvl. § 30-1 første ledd. Anke til Høyesterett kan imidlertid «ikke fremmes uten samtykke» fra ankeutvalget, jf. tvl. § 30-4 første ledd.²⁹⁷ Det foreligger altså en begrensning i ankeadgangen til Høyesterett, ved at samtykke kreves.

I det følgende skal denne ankesilingen for Høyesterett drøftes, og problemstillingene er hvilke saker som kan fremmes. Dernest drøftes Høyesteretts realitetsbehandling av tvangstiltak etter barnevernloven kort.

Vilkårene for at ankeutvalget skal gi samtykke til at anken behandles er etter bestemmelsen at anken gjelder spørsmål som har betydning utenfor den foreliggende sak eller at det av andre grunner er særlig viktig å få saken avgjort i Høyesterett. Ankeutvalget har videre kompetanse etter § 30-3 annet ledd til å avvise eller heve en sak, og mer interessant her, til å oppheve lagmannsrettens avgjørelse. Dette kan gjøres enten fordi det foreligger feil som ubetinget skal gi virkning, eller fordi ankeutvalget enstemmig finner at det er grunn til oppheving. I slike tilfeller går saken tilbake til lagmannsretten, og blir ikke realitetsbehandlet av Høyesterett. Fremstillingen i det følgende vil fokusere på ankesilingen og dermed muligheten for realitetsbehandling av Høyesterett.

7.3.2 Ankesilingen til Høyesterett

Bestemmelsen om ankesiling for Høyesterett fremgår av tvisteloven § 30-4. Bestemmelsen er generell, og det gjelder således ikke særlige regler for anker over tvangsvedtak etter barnevernloven. Etter bestemmelsens første ledd kreves det samtykke for ankebehandling, og et slikt samtykke kan kun gis dersom anken enten har «betydning utenfor den foreliggende

²⁹⁷ Dette i noe motsetning til anker over beslutninger, hvor slik anke «kan nektes» etter § 30-5.

sak» eller i tilfeller hvor det «av andre grunner er særlig viktig å få saken avgjort i Høyesterett».

At saken i utgangspunktet må ha betydning «utenfor den foreliggende sak», viser på samme måte som for vurderingen etter tvl. § 36-10 tredje ledd bokstav c, at fokus rettes mot behovet for rettsavklaring, fremfor partenes behov for avklaring i den konkrete saken. Ut fra sin særlige rolle og funksjon, er det først og fremst saker som kan bidra til dette Høyesterett skal behandle. Det vises her til fremstillingen i punkt 6.4. Særlig nærliggende er det her å nevne at nye fortolkninger fra EMD om hvordan konvensjonskravene skal forstås, i mange tilfeller vil lede til at Høyesterett tar saker til behandling for å konkretisere og avklare betydningen av dette. Om en sak reiser spørsmål som er prinsipielle nok, vil bero på en helhetsvurdering hvor det samle rettskildebildet, nye kilder, om og når liknende tema har vært behandlet og om tematikken ellers er omdiskutert, kan spille inn. Behovet for rettsavklaring vil ut fra Høyesterett sin rolle være det styrende moment.²⁹⁸

Dernest kan ankesamtykke gis hvis det av «andre grunner» er «særlig viktig» å få saken behandlet. Dette fremstår etter ordlyden klart som en unntaksregel, med snevre rammer. Høyesterett sin begrensede kapasitet, samt at disse sakene ikke nødvendigvis vil bidra til nødvendig rettsavklaring, støtter at det er snakk om en unntaksbestemmelse. For barnevernssakene bekreftes dette ytterligere av barnets behov for ro, samt at saken alt har vært behandlet tre ganger. I forarbeidene er det fremhevet at alternativet kan anvendes på tilfeller hvor det er nærliggende at lagmannsrettens dom er uriktig og resultatet har stor betydning for partene.²⁹⁹ Et vedtak om tvangsadopsjon vil eksempelvis ha enorme konsekvenser for barnet og foreldrenes rett til privatliv, og dersom det er tegn som tyder på at en slik dom fra lagmannsretten er uriktig, bør Høyesterett behandle den. Videre kan alternativet omfatte tilfeller hvor det hefter vesentlige svakheter ved lagmannsrettens behandling uten at disse gir grunnlag for å oppheve dommen innenfor ordlyden.³⁰⁰

Adgangen til å få en sak om tvangsvedtak etter barnevernloven realitetsbehandlet for Høyesterett vil dermed være nokså begrenset. I tillegg foreligger det store muligheter etter tvl. § 30-4 andre ledd til å begrense et ankesamtykke slik at sakene skjæres til for at Høyesterett

²⁹⁸ Basert på dette kan også begrepet «prejudikatssiling» benyttes jf. Pedersen og Skoghøy (2020) s. 303.

²⁹⁹ NOU 2001: 32 A, s. 366.

³⁰⁰ NOU 2001: 32 B, s. 791.

skal konsentrere behandlingen om de prinsipielle spørsmålene. Gjennom å kombinere disse mulighetene kan Høyesterett konsentrere og spisse sin virksomhet mot særlig aktuelle tema. Eksempelvis slik det ble gjort da Høyesterett i mars 2021 behandlet tre barnevernssaker, alle om samværsrett.³⁰¹ Det synes klart at den uavklarte rettstilstanden om samværsfastsettelse, som har oppstått på bakgrunn av uttalelser i dommer fra EMD, foranlediget behandlingene.³⁰² Virksomheten ble videre styrt slik at tre slike saker ble behandlet, at det skjedde på samme tidspunkt og at noen saker ble skåret til slik at det bare var samværs spørsmålet som ble vurdert.

Hensynet til barns omsorgssituasjon og behovet for ro, tilsier at det nettopp bør være et begrenset antall saker som behandles i Høyesterett. Samtidig har en del av tiltakene svært vidtrekkende konsekvenser. Dette gjenspeiles imidlertid i at det ut fra sakene som er behandlet de senere årene, klart at det særlig er de mest inngripende tiltakene, omsorgsovertakelse, adopsjonssamtykke og samværsrett, som får samtykke til behandling.

7.3.3 Realitetsbehandling i Høyesterett

Ved en realitetsbehandling av saken, vil de særlige reglene for rettslig overprøving av slike saker gjelde tilsvarende, jf. tvl. § 36-10 fjerde ledd. Utgangspunktene for hva dette innebærer ble oppsummert i den av storkammeravgjørelsene fra mars 2020, som var en realitetsavgjørelse.

«Ved behandlingen av anken skal Høyesterett prøve alle sider av saken, jf. tvisteloven § 36-5 tredje ledd. Retten er ikke bundet av partenes prosesshandlinger lenger enn dette er forenlig med de offentlige hensyn, jf. tvisteloven § 11-4. Vurderingen av om vilkårene for omsorgsovertakelse er oppfylt, skal skje ut fra forholdene på domstidspunktet, jf. HR-2016-2262-A avsnitt 53.»³⁰³

På samme måte som tingretten og lagmannsretten skal altså Høyesterett prøve alle sider av saken etter tvl. § 36-5 tredje ledd. Dette innebærer altså i realiteten den fjerde fullstendige prøvingen av dette. Dette styrker at ankesamtykke til Høyesterett bør praktiseres strengt. Samtidig vil det være perioder, som nå, hvor flere spørsmål synes rettslig uavklarte som følge av eksempelvis avgjørelser fra EMD. Da er det behov for at Høyesterett tar særlig ansvar ut

³⁰¹ HR-2021-474-A, HR-2021-475-A og HR-476-A.

³⁰² Se drøftelsen i HR-2021-474-A, avsnittene 38-41.

³⁰³ HR-2020-662-S avsnitt 42. At prøvingen skal skje ut fra forholdene på domstidspunktet gjelder generelt og ikke bare for omsorgsovertakelse som her var tematikken, jf. HR-2021-476-A avsnitt 40.

fra sin rettsavklarende rolle. Høyesterettspraksis fra 2020 og 2021 viser klart at dette særlige ansvaret er tatt. Etter flere dommer mot og i tillegg mange saker kommunisert til Norge, hersket det utvilsomt en uro og uavklart rettstilstand med tanke på konsekvensene dette skulle ha for Norsk praksis. Høyesterett valgte da å behandle tre saker med dels overlappende og dels ulike problemstillinger i storkammer, på samme tid.³⁰⁴ På liknende vis ble tre saker behandlet tidsmessig sammen i avdeling i mars 2021, alle knyttet til samværsrett.³⁰⁵ I tillegg til dette viser både disse seks sakene og de andre dommene som er avsagt fra Høyesterett i barnevernsaker i 2020 og 2021, at det foretas særlig grundige avklaringer av de rettslige grunnlagene. Betydningen av konvensjonsforpliktelsene undergis i tillegg en særlig særlig grundig vurdering, før det foretas en mer separat vurdering av de utpenslede rettsreglene på det aktuelle faktiske forholdet. På denne måten blir dommene særlig godt egnet til å avklare og styre rettsutviklingen. Viktigheten her styrkes av at feil i anvendelsen av barnevernstiltak, kan være svært vanskelig og ofte umulige å rette opp etter hvert som tiden går. Det er derfor særdeles viktig for ivaretagelsen av de overordnede rettighetene overholdes helt fra begynnelsen. Især gjelder dette for barn og ivaretagelsen av deres rett til både omsorg og familieliv. I HR-2020-661-S uttales det at:

«er det viktig at barnevernet og fylkesnemndene – i sitt arbeid med å treffe de tiltak som er best for barnet – fra første stund tar i betraktning alle de krav Grunnloven § 104 annet ledd, EMK artikkel 8, barnekonvensjonen og barnevernloven kapittel 4 stiller til behandlingen av denne type saker.»³⁰⁶

Denne uttalelsen gjelder selvsagt også for domstolsbehandlingen i de lavere instansene. For å sikre dette er systematiske og grundige realitetsavgjørelser fra Høyesterett viktige. På sikt må målet imidlertid være at det ikke skal være behov for et slik særlig barnevernsfokus fra øverste domstol sin side.

³⁰⁴ HR-2020-661-S, HR-2020-662-S og HR-2020-663-S.

³⁰⁵ HR-2021-474-A, HR-2021-475-A og HR-476-A.

³⁰⁶ HR-2020-661-S avsnitt 116.

8. Rettslig overprøving av tvangsvedtak etter barnevernloven – avsluttende vurderinger

8.1 Innledning

Tvangsmessige tiltak etter barnevernloven reiser en rekke vanskelige problemstillinger. Herunder spørsmål knyttet til hvem som skal treffe beslutningene og i hvilken grad det skal være mulighet til å få vedtakene rettslig overprøvd. Reguleringsene må ivareta rettsikkerheten til barn og foreldre, og delvis motstridende prosessuelle og barnettslige hensyn må balanseres. Hensynet til barnets beste skal ifølge Grunnloven § 104 og BK artikkel 3 være et grunnleggende hensyn. Regulering av dette er en vanskelig øvelse. I kapitlene 4 til 7 over er gjeldende rett drøftet. De ulike hensyn og rettslige rammer knyttet til effektive rettsmidler og målet om riktig resultat, samt hensynet til barnets beste og barnets behov for ro om omsorgssituasjonen, er trukket inn i fremstillingene. I det følgende er målet å komme med noen vurderinger av enkelte spørsmål. Valget av hvilke problemstillinger som er særlig drøftet i denne avsluttende vurderingen, er gjort på bakgrunn av de drøftelser som er foretatt i kapitlene over. Målet er å løfte fram noen særlig aktuelle og mulige endringer, samt områder hvor jeg mener å kunne gi realistiske forslag til endring og forbedring.

To problemstillinger som har vært foreslått og diskutert flere ganger knytter seg til hvem som skal avgjøre disse sakene i første instans, samt til spørsmålet om en form for spesialisering av tingrettene. I lys av dette skal først muligheten for å benytte tingretten som førsteinstans i saker om tvangstiltak etter barnevernloven diskuteres. Deretter drøftes behovet for en eventuell spesialisering av tingrettene. Ut fra drøftelsene i særlig kapittel 5 er det videre nærliggende å spørre om det bør innføres en generell begrunnelsesplikt for beslutninger om å ikke samtykke til ankebehandling i lagmannsretten. Til sist vil selve praktiseringen eller terskelen for å gi slikt samtykke, bli drøftet.

Andre spørsmål og tema kunne også vært løftet frem her. Særlig nærliggende er ideen om egne barnedomstoler, til erstatning for både fylkesnemndene og tingrettene. Opprettelse av slike særdomstoler ser ikke ut til å være en aktuell eller mulig problemstilling slik arbeidet med domstolene og domstolstrukturen har utviklet seg den senere tiden. Jeg velger derfor ikke å fokusere på dette.

8.2 Tingretten som første instans

Spørsmålet om hvilke(t) avgjørelsesorgan som bør behandle barnevernssaker har vært vurdert flere ganger de senere årene. Dette ble særlig grundig vurdert av særdomstolsutvalget som avga sin innstilling ved NOU 2017: 8 «Særdomstoler på nye områder? – Vurdering av nye domstolsordninger for foreldretvister, barnevernssaker og utlendingssaker». Utvalgets mandat var omfattende, men hovedspørsmålene knyttet seg til om foreldretvistene og saker om tvang etter barnevernloven burde behandles av samme organ som første instans.³⁰⁷ Og dernest, hvilken instans dette i så fall skulle være. Her ble ulike alternativer drøftet; egne særdomstoler enten som en barne- og familiedomstol eller en barnevern- og sosialdomstol, å flytte både familiesaker og tvangssaker etter barnevernloven til tingretten, å la fylkesnemndene behandle begge sakstypene som første instans eller å beholde hovedinnretningen i dagens system.³⁰⁸

Hovedkonklusjonene til særdomstolsutvalget var at foreldretvistsakene og sakene om tvang etter barnevernloven skulle behandles samme sted som førsteinstans, og at denne instansen skulle være tingrettene. Selv om det ikke ble foreslått særdomstoler, ble det foreslått at barnesakene bare skulle behandles i noen av landets tingretter, og at dommerne som skulle behandle slike saker måtte ha særskilt og obligatorisk opplæring.³⁰⁹

Særdomstolsutvalget fremhevet en del helt grunnleggende krav til avgjørelsesorganet i barnesaker. Det må ha en dommer eller fylkesnemndleder med god juridisk kompetanse, psykologfaglig og barnefaglig innsikt. Videre god forståelse for ulike bakgrunner, evne til god konfliktløsning og forankring i et sterkt fagmiljø. I tillegg må avgjørelsesorganet ha fagkyndighet gjennom sammensetningen eller sakkyndig bistand, samt at det må være uavhengig og ha stor tillit i befolkningen.³¹⁰ Det ble i forlengelsen av dette fremhevet grunnleggende krav til saksbehandlingen i avgjørelsesorganet. Herunder ivaretagelse av partenes rettssikkerhet, rask behandling preget av hensynsfullhet og respekt. I tillegg må prosessen være kostnadseffektiv og ikke unødig belastende.

At dette er viktige hensyn å ivareta, både med tanke på kompetansen og saksbehandlingen synes åpenbart, særlig i lys av de grunnleggende prosessuelle og barnerettslige hensynene på

³⁰⁷ Se hele utvalgets mandat i NOU 2017:8 s. 15-19, mens en oppsummering av hovedspørsmålene finnes på s. 20.

³⁰⁸ NOU 2017:8 s. 157.

³⁰⁹ Oppsummering av konklusjonene finnes i NOU 2017: 8 på s. 22.

³¹⁰ NOU 2017:8 kapittel 16 samt oppsummering på s. 22.

området, nærmere behandlet i kapittel 2. Noe direkte svar på hva som fremstår som det beste organet for førsteinstansbehandling av tvangsvedtak etter barnevernloven, gir imidlertid ikke føringene. Ei heller om det er nødvendig at familietvister og barnevernssaker har samme avgjørelsesorgan.

Særdomsutvalgets konklusjon om at barnevernssakene og familietvistene skulle behandles i tingretten som første instans innebærer ingen endring for behandlingen av familietvistene, som allerede behandles der som første instans. For saker om tvang etter barnevernloven innebærer imidlertid forslaget å flytte behandlingen i første instans fra et forvaltningsorgan og inn i domstolene. Særdomsutvalget fremholdt at dette ville gi en mer helhetlig behandling av barnsakene innenfor dagens domstolsystem. Siden tvang etter barnevernloven innebærer store inngrep i enkeltmenneskers liv, tilsier det at avgjørelsene bør ligge til domstolene som har den «mest retts sikre» behandlingsmåten, større tillit i befolkningen enn andre instanser samt en særlig uavhengig stilling.³¹¹ Selv om forslaget innebar at fylkesnemndene ikke skulle videreføres, mente flertallet i utvalget at kompetansen hos fylkesnemndene var viktig å videreføre gjennom å bringe dem inn i tingrettene.³¹²

Som vist i kapittel 2 må det som følge av de overordnede rettslige rammene være en reell mulighet til rettslig prøving av inngripende avgjørelser. Tvangsvedtak etter barnevernloven er svært inngripende avgjørelser som har store konsekvenser for de involverte partene. Hensynet til en retts sikker behandlingsmåte og mulighet til overprøving står derfor sterkt.

Særdomsutvalgets forslag om å gjøre tingrettene til første instans, kan på den ene siden anses som en styrking av disse hensynene, siden en behandling innenfor domstolsystemet utvilsomt anses som en betryggende, uavhengig og retts sikker beslutningsform. Samtidig må det fremheves at det verken i særdomsutvalgets utredning eller andre steder er fremsatt særlig kritikk mot fylkesnemnda sin saksbehandling eller kompetanse. Tvert imot fremhever også særdomsutvalget at det er viktig å ta vare på den særlige kompetansen fylkesnemndene har ved å innlemme dem i tingrettene.³¹³ Fylkesnemnda har som vist i en evaluering gjort av Oxford Research høy tillit blant profesjonelle parter, dette være seg barnevernet, advokater og fagkyndige medlemmer av nemnda. Tilliten er imidlertid mindre

³¹¹ NOU 2017:8 s. 190.

³¹² NOU 2017:8 s. 175-177.

³¹³ NOU 2017:8 s. 175-177.

hos de private parter som berøres, eksempelvis foreldre.³¹⁴ Her fremheves det at de private partene har en følelse av at deres mening ikke blir vektlagt. Dette bekreftes imidlertid ikke i en nyere rapport fra Helsetilsynet. I rapporten «Det å reise vasker øynene» fortas en gjennomgang av 106 barnevernssaker i perioden 2016-2017.³¹⁵ Helsetilsynet finner her ingen grunn til å kritisere ivaretagelsen av partenes prosessuelle rettigheter i fylkesnemndas behandling, og det fremheves at nemndsvedtakene er preget av grundige vurderinger av barnas behov og foreldrenes mulighet til å ivareta dem.³¹⁶ Det fremheves at fylkesnemndene tydeliggjør barnas behov, og at nemnda i mange av sakene gir «en vesentlig bedre sammenstilling for barnets behov enn kommunen».³¹⁷ Det slås videre fast at undersøkelsen har vist at kompetansenivået i fylkesnemndene er høyt, og består av en kombinasjon av juridisk kompetanse og betydelig kunnskap om barn og unge. Denne nokså nylige undersøkelsen vitner dermed om høy kompetanse og god ivaretagelse av partenes interesser i fylkesnemndas behandling. Det er ikke noe i denne rapporten som gir grunnlag for at befolkningen mangler tillit til- eller at nemnda ikke anses uavhengig fra barneverntjenesten.

Vedtaketts inngripende karakter taler med styrke for en grundig og god behandling i første instans. Fylkesnemndene har klart spesialkompetanse på disse saksområdene. I tillegg medfører et relativt begrenset antall fylkesnemnder at de opparbeider seg bred erfaring innen sakfeltet. Årsrapporten for Fylkesnemndene for 2019 viser at 92 % av de 4388 sakene som kom inn i 2019, nettopp var saker etter barnevernloven.³¹⁸ Som eksempel kan det videre nevnes at 43 % av barnevernssakene som ble behandlet i fylkesnemndene i løpet av 2019 gjaldt omsorgsovertakelser, noe som gir nemndene en bred erfaring i behandling av slike saker.

Et annet argument som er viktig i disse sakene er saksbehandlingstid. Som fremhevet gjennom denne avhandlingen er det av hensyn til barnets omsorgssituasjon viktig å få en hurtig avgjørelse av sakene. Både tiden før et første vedtak kan treffes, men også tiden før endelig rettskraftig avgjørelse foreligger, vil her ha betydning. Årsrapporten til fylkesnemndene viser at saksbehandlingstiden for behandling av barnevernssakene har gått betraktelig ned fra 2012 til 2019. For alle berørte er det viktig, men især for barna som har

³¹⁴ Oxfords Research (2015) kapittel 8, s. 129–131.

³¹⁵ Det å reise vasker øynene, (2019).

³¹⁶ Det å reise vasker øynene, (2019), s. 93 jf. 98.

³¹⁷ Det å reise vasker øynene, (2019), s. 97.

³¹⁸ Årsrapport 2019 fra Fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker, s. 6.

behov for avklaring knyttet til omsorgssituasjonen og eventuelle behov for hjelp. I 2019 var gjennomsnittlig saksbehandlingstid i fylkesnemndene 51 dager for saker med forhandlingsmøte og 39 dager for saker uten.³¹⁹ Her er det vanskelig å sammenligne med statistikk fra tingrettene, siden de per i dag ikke førsteinstansbehandler slike saker. I tillegg kan det tenkes at tingrettene må styrkes dersom de skal overta førsteinstansbehandlingen her. Samtidig kan det nevnes at særdomstolsutvalget i sin utredning viser til en rapport om foreldretvister i domstolene som viser at den gjennomsnittlige saksbehandlingstiden for foreldrestvister i tingretten er 6-7 måneder.³²⁰ Årsrapport for 2020 for Norske domstoler viser videre at gjennomsnittlig saksbehandlingstid i tingrettene ved sivile tvistesaker økte fra 2019 til 2020, og ligger på cirka 5,5 måneder.³²¹ Selv om dette ikke nødvendigvis sier noe om hvordan saksbehandlingstiden vil bli for førstegangsbehandling av barnevernssaker, gir det en viss grunn til bekymring for at tiden som går før vedtak blir truffet kan øke. Særdomstolsutvalget la også til grunn at i den grad det var mulig å sammenlikne innenfor dagens system, så var inntrykket at behandlingen i fylkesnemndene var mer effektiv enn behandlingen i tingrettene.³²²

Å avvikle fylkesnemnda og flytte førsteinstansbehandling til tingretten, vil videre kunne ha betydning for den reelle muligheten til rettslig overprøving, og i tillegg for tiden som går før rettskraftig avgjørelse foreligger. I realiteten ville endringen gjøre at dagens ordning med en behandling i et forvaltningsorgan og tre mulig rettslige overprøvinger i domstolene, reduseres til tre mulige behandlinger i domstolene. Det vil dermed kunne gi kortere tid før rettskraftig dom foreligger, noe som vil muliggjøre hurtigere avklaring av barnets omsorgssituasjon. Samtidig vil det innebære en reduksjon fra fire til tre mulige behandlinger.

At tvangsvedtak etter barnevernloven først behandles i fylkesnemnda, for så å bli ankebehandlet i tingretten, vil på ett vis sikre en mer grundig behandling, enn om fylkesnemnda utelates. Det vil da være to instanser som behandler saken før den eventuelt ankes til lagmannsretten, hvor det bare er noen saker som fremmes. Som nevnt er det ikke grunn til å betvile fylkesnemndas kompetanse, og deres omfattende erfaring bidrar til å sikre likebehandling. Samtidig gir muligheten for fire prøvinger, en risiko for at det går unødvendig

³¹⁹ Årsrapport 2019 fra Fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker, figur 3.1 på s. 11.

³²⁰ NOU 2017:8 s. 78.

³²¹ Årsrapport 2020 Norges domstoler, særlig Nøkkeltall 2020.

³²² NOU 2017:8 s. 187.

lang tid før rettskraftig avgjørelse foreligger. Dette kan imidlertid ikke overdrives, siden behandling i lagmannsretten krever samtykke, samt at svært få barnevernssaker slipper inn til Høyesterett.

Dersom fylkesnemnda ikke lengre skal være førsteinstans for tvangssaker etter barnevernloven, forutsetter dette trolig at det gjøres endringer i ankeordningen for lagmannsretten. Silingsordningen for lagmannsretten gir mulighet til en streng styring, slik at relativt få saker blir behandlet. Silingsadgangen er i dagens system mindre problematisk i et rettssikkerhetsperspektiv, da tingrettens behandling i praksis er en andreinstansvurdering. Dersom lagmannsretten blir reell første ankeinstans, må lagmannsretten trolig behandle langt flere barnevernssaker enn etter dagens særskilte silingsordning, siden retten til et effektivt rettsmiddel og rettferdig rettergang tilsier en mulighet til overprøving. Silingsordningen som innebærer at behandling i lagmannsretten krever samtykke, kan trolig ikke opprettholdes dersom tingretten blir første vedtaksorgan. Realiteten av en slik endring blir dermed at behandlingen i et spesielt kyndig organ, fylkesnemnda, erstattes med en mulig behandling i en av landets seks lagmannsretter. Igjen kan det være grunn til å være noe skeptisk til hva dette kan gjøre med saksbehandlingstiden. I tillegg kan det gi et behov for styrking av lagmannsrettene, både i kapasitet og faglig spesialisering. En reell ankeadgang til lagmannsretten vil i tillegg kunne innebære at flere saker kommer til behandling i Høyesterett. Igjen kan det være grunn til å være oppmerksom på tidsmessige og kanskje også økonomiske konsekvenser av en slik endring.

Her må det imidlertid nevnes at særdomstolsutvalget foreslår en løsning i tråd med dagens tvistelov § 29-13 annet ledd. Den fastslår at lagmannsretten kan nekte en anke fremmet dersom den finner det klart at anken ikke vil føre frem. Flertallet i utvalget vil i tillegg ha et forbehold om at anker knyttet til vedtak om omsorgsovertakelse eller adopsjon, ikke kan nektes fremmet.³²³ Å sikre at de mest inngripende vedtakene kan behandles to ganger synes fornuftig. Samtidig er det ikke tvil om at også andre vedtak, særlig knyttet til samvær, vil kunne ha svært alvorlige konsekvenser for den reelle muligheten for tilbakeføring og for muligheten av å opprettholde kontakten mellom barn og foreldre. Gjenforeningsmålet er med stor styrke er fremholdt av EMD, og rettslig overprøving kan være med på å sikre dette.³²⁴

³²³ NOU 2017:8 s. 182.

³²⁴ Se for eksempel storkammeravgjørelsen Strand Lobben m.fl. mot Norge (EMD 37283/13) avsnitt 208.

Også andre tiltak etter barnevernloven vil både for barnet og foreldrene kunne være svært inngripende. At disse bare skal avgjøres av en instans, her tingretten og uten rett til overprøving, synes vanskelig å forsvare ut fra retten til effektive rettsmidler. Dagens ordning med mulighet for to reelle behandlinger av alle tvangsvedtak etter barnevernloven synes i et rettssikkerhetsperspektiv som en bedre løsning.

Det må også trekkes inn at det etter at særdomstolsutvalget avga sin utredning har skjedd endringer ved at domstolsreformen er implementert. Konsekvensen av det er at antall tingretter fra april 2021 ble redusert fra 60 til 23.³²⁵ Samtidig er det opprettholdt rettssteder der det tidligere var egne tingretter. Hvordan dette påvirker en eventuell plan om å legge barnevernsvedtakene til tingretten som første instans, er noe usikkert og ikke diskutert i utvalgets utredning.

Regjeringen besluttet i 2019 at særdomstolsutvalgets forslag om å erstatte fylkesnemndene som første instans i saker om tvangsvedtak etter barnevernloven, ikke skulle følges. Selv om det her kan argumenteres for begge løsninger, er det som vist over nokså sterke hensyn som taler for å nettopp beholde fylkesnemndene som spesialiserte første vedtaksorgan i disse sakene. Særlig må hensynet til bred og grundig kompetanse i nemndene samt mulighetene for kortere saksbehandlingstid fremheves. Etter min mening er det dermed ikke grunnlag for å per nå kritisere den ordning som her er videreført. Mot dette kan det midlertid anføres at det vanskeliggjør ønsket om en bedre sambehandling av alle barnesakene, både foreldretvister og barnevernssaker, og særlig målet om å unngå dobbeltsporsaker.³²⁶ Som også særdomstolsutvalget fremhevet er det imidlertid svært få tilfeller hvor en slik sambehandling kunne blitt en realitet, og i tillegg kan det spørres om ikke forskjellene i sakstyper er så store at en sambehandling uansett ville blitt vanskeliggjort.³²⁷ Det er vanskelig å bruke disse relativt få sakene som argument for å flytte alle barnevernssakene inn i tingretten til avgjørelse i første instans. Det som eventuelt kan diskuteres er om fylkesnemnda i en barnevernssak også skal ha en viss kompetanse til å avgjøre noe i en pågående foreldretvist, slik barnelovutvalget er noe inne på, men delte i løsningen om.³²⁸ Spørsmålet drøftes ikke nærmere her da det faller utenfor avhandlingens hovedtema.

³²⁵ Se Innst. 134 L (2020–2021) s. 2.

³²⁶ Betegnelse på saker som på samme tid både pågår som en foreldretvist og som en barnevernssak.

³²⁷ Se NOU 2017:8 s. 22.

³²⁸ NOU 2020:14 s. 281-283.

8.3 Spesialisering av tingrettene

Uavhengig av spørsmålet om hvorvidt tingretten er rettslig overprøvelsesinstans for fylkesnemndas vedtak, eller de som treffer vedtaket i første instans i disse sakene, er det mulig å stille spørsmål ved om det er behov for en viss spesialisering av tingrettene. At en viss spesialisering av tingrettene kunne gi fordeler også om fylkesnemndene ble beholdt som vedtaksorgan, ble også diskutert av særdomstolsutvalget. Gjennom å opprettholde en allerede fungerende ordning, mente utvalget at det likevel var mulig med forbedringer gjennom mer spesialisering for barnesakene i tingrettene. Det kunne skje gjennom å konsentrere overprøvingen av fylkesnemndas vedtak om tvang etter barnevernloven i noen tingretter.³²⁹ Eventuelt gjennom å benytte bare enkelte særlig barnefaglig kompetente tingrettsdommere i disse sakene. Dette kan bidra til å bygge opp særskilte og sterke fagmiljøer. Særdomstolsutvalget fremholdt at det å opprettholde dagens ordning for hvem som behandler sakene, men med disse endringene, ville kunne løfte og styrke kvaliteten på behandlingen i instansene.³³⁰

Argumentene til særdomstolsutvalget er overbevisende. Gjennom å styrke fagmiljøene og konsentrere behandlingen av tvangsvedtak etter barnevernloven i noen utvalgte domstoler, vil dommerne i større grad kunne diskutere relevante problemstillinger og trekke veksler på andres erfaringer. Dette vil også styrke og utvikle domstolens faglige kompetanse.³³¹ Det kan neppe være tvil om at barnevernssakene stiller store krav til dem som skal treffe vedtak eller rettslig overprøve vedtak. Sakene er krevende da de handler om barns fortid, nåtid og fremtid, og krever kompetanse ut over den rent juridiske. I tillegg er det krevende fordi sakene uansett utfall vil kunne ha enorme konsekvenser for ivaretagelse av barns grunnleggende rettigheter, i tillegg til både barn og foreldres rett til familieliv.

Selv om det vil kunne innebære en faglig styrking, bedre behandling av sakene og kanskje større tillit til avgjørelsene, vil alle former for spesialisering av domstolene også kunne ha negative effekter. Domstolkommisjonen oppnevnt i 2017 for å utrede domstolers organisering, fremhevet i sin delutredning fra 2019 noen motargumenter og negative konsekvenser en spesialisering av domstolene kan ha.³³² Det ble fremhevet det å behandle

³²⁹ NOU 2017: 8 s. 161.

³³⁰ NOU 2017: 8 s. 168.

³³¹ Se blant annet NOU 2017: 8 s. 166 og St. meld. nr. 23 (2000–2001) kapittel 8.4.4 s. 75

³³² NOU 2019:17.

barnesaker bare i utvalgte av landets tingretter, kunne ha stor betydning for ressursutnyttelsen i de minste tingrettene som ikke ville oppfylle kravene til fagmiljø.³³³ Flytting av sakene til bestemte tingretter vil videre kunne ha konsekvenser for både ressursutnyttelsen og arbeidsbelastningen der.³³⁴ Det ble videre fremhevet at sakstype berører særlig sårbare grupper, hvor en nærhet til domstolene kan være viktig, i tillegg til at hensynet til likhet tilsier at alle domstolene skal kunne behandle barnesaker.³³⁵

At lang reisevei kan medføre ekstra belastninger for de private partene synes klart, likeledes utfordringer knyttet til tingrettens størrelse og arbeidsfordeling og likhet mellom dem. Samtidig er ønsket om høy grad av kompetanse, god saksbehandling og grundige vedtak, viktig. Dette kan gi større tillit, mindre anker og dermed totalt sett mindre belastning for de involverte.

Det er allerede slik at det foreligger ulike føringer eller reguleringer av hvem som behandler disse sakene. Eksempelvis tilsier retningslinjene at dommerfullmektiger ikke bør behandle saker om overprøving av fylkesnemndenes vedtak etter barnevernloven.³³⁶ Samtidig ser det ut til at dette følges i begrenset grad.³³⁷ I sin gjennomgang av forskjeller i ankefrekvens, fant domstolkommisjonen at det var en høyere andel anker i blant annet barnevernssaker, dersom avgjørelsen var truffet av en dommerfullmektiger enn av en dommer.³³⁸ Det er videre kjent at flere domstoler har hatt ulike forsøk med en form for spesialisering ved at barnesaker bare håndteres av en særskilt gruppe dommere, med særskilt kompetanse og erfaring. Domstoler som har deltatt i slike forsøk har meldt om positive erfaringer i form av økt spisskompetanse som opplevdes stimulerende og motiverende, økt dybde i faglige diskusjoner og økt tilfredshet på jobb.³³⁹

Selv om det kan være utfordringer med en viss grad av spesialisering innad i tingrettene, må det likevel legges til grunn at det også kan gi store fordeler. Både for aktørene i domstolene, men viktigst er likevel effekten det kan ha på grundigheten og kvaliteten av avgjørelsene. Og

³³³ Se NOU 2019: 17 s. 58 og 59. De krav som stilles til fagmiljø går blant annet ut på domstolens størrelse og antall dømmende årsverk. De krav som stilles etter særdomstolsutvalgets vurdering innebærer at kun 14 av dagens tingretter kan vurderes.

³³⁴ NOU 2019: 17 s. 59.

³³⁵ NOU 2019: 17 s. 59.

³³⁶ Rundskriv G-46/1999 Administrative bestemmelser om dommerfullmektigers ansettelsesforhold pkt. 5-6.

³³⁷ NOU 2020:11 s. 135.

³³⁸ NOU 2020:11 s. 156-146.

³³⁹ NOU 2020: 11 s. 292.

dermed også tilliten til dem. Fylkesnemnda er på mange måter spesialisert siden en meget stor andel av deres saker nettopp handler om tvangsvedtak etter barnevernlovene. Dersom det ble bestemt en form for spesialisering innad i tingrettene, slik at særskilte dommere med særlig kunnskap, interesse og erfaring, behandlet disse sakene, ville man kunne oppnå en liknende spesialisering. Etter vedtak i fylkesnemnda og avgjørelse fra tingretten, ville så sakene være behandlet to ganger av særlig kyndige folk. Det vil kunne øke tilliten til avgjørelsene, og minke antall anker videre. Kvaliteten på avgjørelsene vil også i seg selv kunne bidra til at behandlingen stopper, og bør stoppe, etter tingrettens avgjørelse. Barnets omsorgssituasjon vil da bli tidligere avklart, uten at det har gått på bekostning av faglig kvalitet.

Etter at antall tingretter fra april 2021 er kraftig redusert, samtidig som rettssteder er beholdt, vil størrelsen på den enkelte tingrett være økt. Noen av de vesentlige argumentene mot en spesialisering knyttet til likebehandling, ressursbruk og små enheter, vil da ikke ha samme vekt. Trolig medfører denne domstolsreformen at en form for spesialisering vil være enklere å gjennomføre nå innenfor systemet med 23 tingretter. En gjennomførbar mild spesialisering, kan synes som en løsning som bør anbefales.

8.4 Begrunnelse av beslutning om å ikke samtykke til ankebehandling i lagmannsretten

Som drøftet i kapittel 5 og 6 vil en anke over tingrettens dom i sak om tvangstiltak etter barnevernloven, etter tvl. § 36-10 tredje ledd bare fremmes dersom lagmannsretten samtykker til det. Dersom lagmannsretten samtykker vil saken bli realitetsbehandlet. Dersom samtykke ikke gis, kan beslutningen om det bringes inn til overprøving av Høyesterett.

Avgjørelsenes alvorlighet for de involverte partene og det faktum at det er snakk om å anvende tvang overfor private parter, tilsier at folk har et sterkt behov for å kunne få avgjørelser rettslig overprøvd, eventuelt til å forstå hvorfor de ikke får det. Generelt er det videre slik at begrunnelser av avgjørelser er med på å sikre en reell og samvittighetsfull prøving, det gir etterprøvbarhet og det styrker retten til en effektiv overprøving. Kravene til forsvarlig saksbehandling og rettferdig rettergang, taler også for en begrunnelsesplikt. For beslutninger om å ikke samtykke til at en slik anke fremmes for lagmannsretten, har Høyesterett som vist i punkt 5.4.2 uttalt at sterke grunner taler for en generell

begrunnelsesplikt, men at en slik plikt likevel ikke eksisterer etter gjeldende rett.³⁴⁰ Ut fra gjeldende rett er det slik at en begrunnelsesplikt foreligger «så langt dette trengs for å sikre og vise at spørsmålet om å nekte samtykke til ankebehandling er reelt og forsvarlig vurdert».³⁴¹

Selv om dette ikke gir en klar regel om når begrunnelse skal gis, kan det som vist på bakgrunn av Høyesterettspraksis utledes at det er noe større krav til begrunnelse for alternativene i tvl. § 36-10 tredje ledd bokstavene b og c, enn for vilkårene i bokstav a og d.³⁴² I storkammeravgjørelsene fra mars 2020, ble det videre utledet noen generelle føringer med tanke på hvilke krav som må stilles til vedtakene om tvang etter barnevernloven.³⁴³ Hvorvidt disse kravene som knyttes til beslutningsgrunnet, avveiningen og begrunnelsen, er oppfylt, vil ha avgjørende betydning for om lagmannsretten skal samtykke til å behandle en anke over tingrettens dom. Dette vil dermed også være av stor betydning dersom Høyesteretts ankeutvalg skal kunne overprøve lagmannsrettens eventuelle manglende samtykke. Skal Høyesterett effektivt og reelt kunne overprøve om lagmannsretten har vurdert disse spørsmålene og om vurderingene er forsvarlige, må beslutningen om dette være begrunnet.

For den skjønsmessige vurderingen av om samtykke til ankebehandling skal gis dersom ett eller flere av vilkårene i tvl. § 36-10 tredje ledd a-d er oppfylt, har Høyesterett fastslått at det heller ikke her er en absolutt begrunnelsesplikt. Likefullt vil hensynet til forsvarlig saksbehandling likevel normalt tilsa en begrunnelse.³⁴⁴

Det er vanskelig å se hvordan Høyesteretts ankeutvalg på en god måte skal kunne overprøve lagmannsrettens beslutning om å ikke gi ankesamtykke, dersom beslutningen ikke er begrunnet. Det er videre vanskelig å si at partene har et godt nok grunnlag til å vurdere om de kan og bør slå seg til ro med manglende ankesamtykke eller om de skal bringe dette inn for Høyesterett, uten begrunnelse. Avgjørelsene er av stor betydning og de innebærer inngrep i grunnleggende menneskerettigheter både for barn og voksne. Det taler så vidt jeg kan se sterkt for en generell begrunnelsesplikt.

Det kan spørres om en slik generell begrunnelsesplikt vil være svært arbeidskrevende eller belastende for domstolen. Å måtte begrunne alle beslutninger om å ikke samtykke til

³⁴⁰ HR-2017-776-A avsnitt 39.

³⁴¹ HR-2017-776-A avsnitt 36 jf. avsnitt 43, og videre henvisning til HR-2015-2127-U.

³⁴² HR-2017-776-A avsnitt 51.

³⁴³ HR-2020-661-S avsnitt 171.

³⁴⁴ HR-2017-776-A avsnitt 52 og 54.

ankebehandling er selvsagt mer arbeidskrevende enn å ikke måtte gjøre det. Særlig gjelder det siden mange saker som vist nettopp ikke får samtykke til behandling. Samtidig er det klart at selve vurderingene skal gjøres like samvittighetsfullt og grundig, begrunnelsesplikt eller ei. Det ekstra handler dermed om skriftliggjøring og dermed synliggjøring av de vurderinger som allerede skal være gjort. Det er videre ikke lange og omfattende begrunnelser som nødvendigvis kreves, noe som bekreftes av omfanget av de begrunnelser som i dag gis. I tillegg vil et generelt krav om begrunnelse gjøre at det ikke er behov for å bruke tid på vurderingen av *om* det foreligger begrunnelsesplikt eller ei i den konkrete saken.

Samtidig, en generell begrunnelsesplikt vil påføre lagmannsretten mer arbeid. Og kanskje kan det anses unødvendig i tilfeller hvor det oppleves som klart at vilkårene for å samtykke til ankebehandling ikke er til stede. På den andre siden er ikke merarbeidet svært krevende. For partene, og især de private partene, vil en begrunnelse innebære at de har to begrunnede realitetsavgjørelser om tvangstiltakene, samt en begrunnet vurdering av hvorfor en tredje realitetsbehandling ikke skal foretas. Dette kan gjøre avgjørelsen lettere å akseptere, og kanskje vil det bli mindre behov for å anke beslutningene til Høyesterett. Begrunnelse vil i tillegg gi større sikkerhet for at de menneskerettslige kravene som EMD særlig har påpekt for slike avgjørelser, er oppfylt. En generell begrunnelsesplikt vil videre gjøre arbeidet lettere for Høyesterett i den grad beslutningen bringes inn for overprøving der.

Så vidt jeg kan se taler de beste grunner for at alle beslutninger om å ikke samtykke til ankebehandling av tingrettens vedtak etter barnevernloven, må begrunnes. Det vil fremme en effektiv ankebehandling, vise at avgjørelsen er nøye gjennomtenkt og at partenes påstander og argumenter er oppfattet og vurdert. Dermed vil både kvaliteten på og tilliten til beslutningen styrkes. Selv om Høyesterett har fremhevet at en slik generell begrunnelsesplikt ikke kan utledes av Grunnloven, EMK eller øvrige menneskerettigheter, er det like klart at ingen av disse på noe vis forhindrer at en slik generell begrunnelsesplikt innføres.³⁴⁵ Det kan skje enten gjennom endret praksis og dermed Høyesterett sin rettskapende virksomhet, eller gjennom en særskilt bestemmelse om dette i tvisteloven.

³⁴⁵ HR-2017-776-A avsnitt 39.

8.5 Hvor streng bør silingen for ankebehandling i lagmannsretten være?

Et siste spørsmål som drøftelsene i denne avhandlingen gir grunn til å løfte frem, er hvor streng adgangen til å samtykke til fremme av anker for lagmannsretten skal og bør være i disse sakene. Min interesse for tematikken oppsto dels av at jeg så EMD hadde til behandling norske barnevernstiltak som sist var realitetsbehandlet i norske tingretter, og som deretter ikke var realitetsbehandlet før de altså kom til Strasbourg flere år senere. Dette har sammenheng med at adgangen til å få samtykke til å få saken realitetsbehandlet i lagmannsretten enn tvisteloven § 36-10 tredje ledd har vært praktisert strengt. For årene 2011 til 2015 ble det i snitt gitt samtykke til at en anke over tvangsvedtak etter barnevernloven ble fremmet for lagmannsretten i 16,4 prosent av ankene.³⁴⁶ Når dette holdes opp mot inngrepets karakter, konsekvensene for de involverte, behovet for rettsikkerhet ved tvang, med videre, fremstår andelen som får ankesamtykke lav.

Målet med at det kreves samtykke for å få en anke til lagmannsretten fremmet i disse sakene, er særlig hensynet til å skape ro om barnets situasjon. Dette sammenhold med at saken allerede er grundig behandlet to ganger, samt at det i disse sakene er en mulighet for å starte en ny rettsprosess etter litt tid, tilsier at det ut fra rettsikkerhetshensyn kan aksepteres at ankemuligheten for lagmannsretten er nokså begrenset. Samtidig er vilkårene for å samtykke til å fremme en anke i tvisteloven § 36-10 tredje ledd, utformet nettopp for at de tvilsomme og vanskelige avgjørelsene skal kunne være gjenstand for ytterligere rettslig prøving. Spørsmålet blir om terskelen her praktiseres riktig. En pekepinn på det kan finnes ved å se på sakene hvor Norge har blitt domfelt i EMD den senere tiden. I Strand Lobben saken kom flertallet i EMDs storkammer til at Norge hadde krenket EMK artikkel 8 i en sak om fratakelse av foreldreansvar og samtykke til adopsjon for et omsorgsovertatt barn. Fylkesnemndas vedtak om adopsjonssamtykke ble bekreftet av tingretten. Det ble ikke gitt samtykke til at saken kunne behandles i lagmannsretten og anken over den beslutningen førte heller ikke frem. EMDs storkammer konstaterte krenkelse av EMK artikkel 8 med vekt på at vedtakene og tiltakene i saken ikke var i samsvar med målet om gjenforening. Begrensede mulighet til samvær, gjennomføring av samværene og manglende oppdatert beslutningsgrunnlag ble fremhevet. I denne sammenhengen er det interessante at lagmannsretten fant at vilkårene for å

³⁴⁶ NOU 2017:8 tabell 11.2 på s. 105. Se også ovenfor i pkt. 5.2.

gi samtykke til å tillate anke i denne saken fremmet, ikke var til stede. Høyesterett avviste anken over denne beslutningen. EMD er på sin side nokså klar på et grunnleggende menneskerettigheter var brutt.

På liknende er siste realitetsbehandling gjort i tingretten for flere av de andre sakene hvor EMD har avsagt dom i barnevernssaker mot Norge.³⁴⁷ I tillegg til dette viser en gjennomgang av sakene som er kommunisert til Norge og avventer nærmere behandling, at et flertall av disse er saker hvor siste realitetsbehandling skjedde i tingretten.³⁴⁸

Det er ikke nødvendigvis slik at det må være sammenfall mellom hvilke saker som får samtykke til ankebehandling i lagmannsretten og hvilke saker som menneskerettsdomstolen tar inn til behandling. Det synes likevel noe påfallende at det er så mange saker over en relativt begrenset periode, hvor lagmannsretten ikke har funnet at vilkårene for å gi ankesamtykke er til stede, samtidig som EMD har tatt sakene til behandling. Dette kan være en indikasjon på at terskelen for å gi samtykke til ankebehandling for lagmannsretten har vært praktisert for strengt.

Et annet tegn i samme retning er utviklingen som har skjedd i antall saker som faktisk fremmes til behandling. Som vist over var snittet i 2011- 2015, at 16,4 prosent av ankene fikk samtykke til behandling. For de neste tre årene er snittet 18,9 prosent, før dette i 2019 øker til 29,9 prosent. I 2020 opplyser domstolsadministrasjonen at tallet er steget til hele 49,6 prosent av ankene som får samtykke til å bli fremmet for lagmannsretten.³⁴⁹ Dette viser dels en noe gradvis økning, men så en stor økning i 2019 og en ekstremt stor endring for 2020. Denne utviklingen er også påpekt i teorien, hvor det vises til en endring slik at flere barnevernssaker behandles i flere instanser enn tingretten, samt at Høyesterett etter storkammeravgjørelsene i

³⁴⁷ M.L mot Norge (EMD 64639/16), A.S mot Norge (EMD 60371/15) og K.O og V.M mot Norge (EMD 64808/16)

³⁴⁸ M.L mot Norge (EMD 64639/16), K.F og A.F mot Norge (EMD 39769/17), M.A og M.A mot Norge (EMD 48372/18), A.L mfl. mot Norge (EMD 45889/18), M.F mot Norge (EMD 5497/19), D.R mot Norge (EMD 63307/16), E.M og T.A mot Norge (EMD 56271/17), K.E og A.K mot Norge (EMD 57678/18), S.A mot Norge (EMD 26727/19), E.M m.fl. mot Norge (EMD 53471/17), R.O mot Norge (EMD 49452/18), Hernehult mot Norge (EMD 20102/19), R.A mot Norge (EMD 44598/19), A.H mot Norge (EMD 39771/19), E.H mot Norge (EMD 39717/19), G.B mot Norge (EMD 38097/19), A.G mot Norge (EMD 14301/19), G.G mot Norge (45985/19).

³⁴⁹ E-post mottatt fra Håkon Henriksen, rådgiver i domstolsadministrasjonen, 6. mai 2021, se ovenfor i pkt. 5.2.

mars 2020 opphevet en rekke beslutninger fra lagmannsretter hvor samtykke til anke ikke var gitt.³⁵⁰

Dersom tallene for 2020 legges til grunn, viser de at tett opp mot halvparten av ankene over tingrettens dom om tvangstiltak etter barnevernloven, fikk ankesamtykke til lagmannsretten. Som vist i kapittel 3 var målet med å innføre en silingsadgang til lagmannsretten, at det hurtigere skulle bli ro om barnas omsorgssituasjon. Gjennom å innføre «strengte vilkår» for å få et samtykke til behandling her, skulle man sikre at disse sakene ble endelig avgjort tidligere.³⁵¹ Som drøftelsene i kapittel 5 og 6 viser, har vilkårene her vært forstått strenge, og statistikken viser at relativt få saker har fått samtykke til behandling. Den store endringen som nå har skjedd ser klart ut til å henge sammen med dommer fra EMD, samt Høyesteretts analyser av hva disse innebærer i storkammeravgjørelsene fra 2020.

Trolig var det behov for å endre praksis noe. Når det skjer er det alltid en fare for at man av frykt for å være for streng, og få en beslutning om å ikke gi samtykke til å fremme anken overprøvd av Høyesterett, så blir praksis for mild. I form av at for mange saker fremmes til behandling. Det er ikke mulig for meg å si presis hvor den riktige terskelen skal ligge, eller hvor stor prosentandel som skal tillates fremmet for lagmannsretten. Trolig vil praksis her gå seg til over litt tid. Jeg tror imidlertid det er grunn til å være veldig oppmerksom dersom tallene fra 2020 viser å vedvare. Det innebærer at det går svært lang tid før det blir mulighet til ro om barnas omsorgssituasjon i disse sakene. Det er generelt sett ikke til barnas beste.

³⁵⁰ Bendiksen og Haugli (2021) s. 201 med videre henvisninger til avgjørelser fra Høyesterett.

³⁵¹ Innst.O. nr. 110 (2004-2005) pkt. 24.2.

Referanseliste

Norsk lovgivning

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven)

Opphevet: Lov 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven)

Opphevet: Lov 13. desember 1991 nr. 81 om sosiale tjenester m.v. (sosialtjenesteloven)

Opphevet: Lov 17. juli 1953 nr. 14 om barnevern.

Endringslov: Lov 21. juni nr. 63 om endring i barnevernloven

Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene (domstolloven)

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

Lov 13. juni 1980 nr. 35 om fri rettshjelp (rettshjelploven)

Lov 08. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barneloven – bl.)

Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven)

Lov 26. juni 1992 nr. 86 om tvangsfullbyrdelse (tvangsfullbyrdelsesloven)

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

Lov 05. august 1994 nr. 55 om vern mot smittsomme sykdommer (smittevernloven)

Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

Lov 02. juli 1999 nr. 62 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykisk helsevernlov)

Lov 02. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven)

Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile saker (tvisteloven – tvl.)

Lov 24. juni 2011 nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven)

Internasjonal lovgivning

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 04. November 1950. (Den europeiske menneskerettighetskonvensjon/EMK).

International Covenant on Civil and Political Rights, 16. desember 1966 (FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter/SP).

United Nations Convention on the Rights of the Child, 20. November 1989 (Barnekonvensjonen/BK.).

Barnekomiteens General Comments

Committee on the Rights of the Childs General Comment nr. 5, General measures of implementation of the Convention on the Rights of the child, 27. november 2003 (General comment nr. 5).

Committee on the Rights of the Childs General Comment nr. 12, The right of the child to be heard, 1. juli 2009 (General comment nr. 12).

Committee on the Rights of the Childs General Comment nr. 14, The right of the child to have his or hers best interest taken as a primary consideration, 29. mai 2013 (General comment nr. 14).

Proposisjoner, utredninger og innstillinger

NOU 1972: 30 Sosiale tjenester.

NOU 1982: 26 Barnemishandling og omsorgssvikt.

NOU 1985: 18 Lov om sosiale tjenester m.m.

NOU 1993: 18 Lovgivning om menneskerettigheter.

NOU 2000: 12 Barnevernet i Norge.

NOU 2001: 32 Bind A, Rett på sak – lov om tvisteløsning (tvisteloven).

NOU 2001: 32 Bind B, Rett på sak – lov om tvisteløsning (tvisteloven).

NOU 2016: 16 Ny barnevernslov – sikring av barnets rett til omsorg og beskyttelse.

NOU 2017: 8 Særdomstoler på nye områder? – Vurdering av nye domstolsordninger for foreldretvister, barnevernssaker og utlendingssaker.

NOU 2019: 17 Domstolstruktur.

NOU 2020: 5 Likhet for loven – Lov om støtte til rettshjelp (rettshjelpsloven).

NOU 2020: 11 Den tredje statsmakt — Domstolene i endring.

NOU 2020: 14 Ny barnelov — Til barnets beste

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

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

Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).

Ot.prp. nr. 64 (2004-2005) Om lov om endringer i lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester og lov 13. desember 1991 nr. 81 om sosiale tjenester (sosialtjenesteloven) m.v.

Ot.prp. nr. 76 (2005-2006) Om lov om endringer i barnevernloven og sosialtjenesteloven mv. (Saksbehandlingsregler for fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker mv.).

Prop. 62 L (2015-2015) Endringer i forvaltningsloven mv. (administrative sanksjoner mv.).

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

Prop. 141 L (2009-2010) Endringer i straffeprosessloven mv.

Innst.O. nr. 9 (1991-1992) Innstilling fra sosialkomiteen om lov om sosiale tjenester mv. (sosialloven).

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

Innst.O. nr. 110 (2004-2005) Innstilling fra justiskomiteen om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).

Innst. 186 S (2013-2014) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag om grunnlovfesting av sivile og politiske menneskerettigheter, med unntak av romertall X og romertall XXIV.

Innst. 134 L (2020–2021) Innstilling fra justiskomiteen om Endringer i domstolloven (domstolstruktur).

St. Meld. nr. 23 (2000-2001) Førsteinstansdomstolene i fremtiden.

Dokument 16 (2011-2012) Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven, avgitt 19. desember 2011.

Høyesterettspraksis

Rt. 1966 s. 103 K

HR-1995-13-B

HR-1996-605-K

HR-1999-11-A

HR-1999-125-K

HR-2000-1298-K

HR-2002-1046-A

HR-2003-506-A

HR-2006-1641-U

HR-2006-1998-U

HR-2007-1386-U

HR-2007-1432-U

HR-2008-98-U

HR-2008-543-U

HR-2009-728-U

HR-2010-404-A

HR-2011-570-A

HR-2011-1409-U

HR-2011-2269-A

HR-2012-1262-A

HR-2013-46-U

HR-2013-460-U

HR-2014-863-U

HR-2014-2129-U

HR-2014-3139-U

HR-2015-206-A

HR-2015-2127-U

HR-2016-217-A

HR-2016-1652-U

HR-2016-2262-A

HR-2016-2314-U

HR-2017-776-A

HR-2017-894-U

HR-2017-2429-A

HR-2018-271-U

HR-2018-356-U

HR-2018-1252-U

HR-2019-56-U

HR-2019-64-U

HR-2019-239-U

HR-2019-596-U

HR-2019-818-U

HR-2019-1001-U

HR-2019-1767-U

HR-2019-2261-U

HR-2020-183-U

HR-2020-305-U

HR-2020-661-S

HR-2020-662-S

HR-2020-663-S

HR-2020-916-U

HR-2020-980-U

HR-2020-1012-U

HR-2020-1023-U

HR-2020-1203-U

HR-2020-1330-U

HR-2020-1613-U

HR-2020-1789-A

HR-2020-1932-U

HR-2020-1967-A

HR-2020-2453-U

HR-2020-2460-U

HR-2021-78-U

Lagmannsrettspraksis

LG-2020-141831

LG-2020-179694

LG-2020-163575

Dommer og beslutninger fra EMD

A.S. mot Norge	EMDs dom 17. desember 2019, <i>A.S. mot Norge</i> (EMD 60371/15)
Abdi Ibrahim mot Norge	EMDs dom 17. desember 2019, <i>Abdi Ibrahim mot Norge</i> (EMD 15379/16)
Bodnariu mfl. mot Norge	EMDs dom 17. desember 2020, <i>Bodnariu mfl. mot Norge</i> (EMD 73890/16)
Hernehult mot Norge	EMDs dom 10. mars 2020, <i>Hernehult mot Norge</i> (EMD 14652/16)
Jansen mot Norge	EMDs dom 6. september 2018, <i>Jansen mot Norge</i> (EMD 2822/16)
Johansen mot Norge	EMDs dom 07. august 1996, <i>Johansen mot Norge</i> (EMD 17383/90)
K and T mot Finland	EMDs storkammerdom 12. juli 200, <i>K. og T. Mot Finland</i> (EMD 25702/94)

K.O og V.M mot Norge	EMDs dom 19. desember 2019, <i>K.O og V.M mot Norge</i> (EMD 64808/16)
K.T. mot Norge	EMDs dom 25. desember 2008, <i>K.T mot Norge</i> (EMD 26664/03)
Kuric mfl. mot Slovenia	EMDs storkammerdom, <i>Kuric mfl. mot Slovenia</i> (EMD 26828/06).
M.L. mot Norge	EMDs dom 22. desember 2020, <i>M.L. mot Norge</i> (EMD 64639/16)
Mocanu mfl. mot Romania	EMDs storkammerdom, 17. september 2014, <i>Mocanu mfl. mot Romania</i> (EMD 32431/08).
Mohammed Hasan mot Norge	EMDs dom 26. april 2018, <i>Mohammed Hasan mot Norge</i> (EMD 27496/15)
Mr Valentin Câmpeanu mot Romania	EMDs storkammerdom 17. juli 2014, <i>Mr. Valentin Câmpeanu mot Romania</i> (EMD 47848/08)
Olsson mot Sverige (no 1)	EMDs dom 24. mars 1988, <i>Olsson mot Sverige</i> (no. 1) (EMD 10465/83)
Pedersen mfl. mot Norge	EMDs dom 10. mars 2020, <i>Pedersen mot Norge</i> (EMD 39710/15)
Strand Lobben mfl. mot Norge	EMDs storkammerdom 10. september 2019, <i>Strand Lobben mfl. mot Norge</i> (EMD 37283/13)

Litteratur

- Andenæs (2009) Andenæs, Mads Henry, *Rettskildelære*, 2. utgave 2009.
- Backer (2020) Backer, Inge Lorange, *Norsk Sivilprosess*, 2. utgave, Universitetsforlaget 2020.
- Bendiksen (2008) Bendiksen, Lena R.L., *Barn i langvarige fosterhjems plasseringer – foreldreansvar og adopsjon*, Fagbokforlaget 2008.
- Bendiksen og Haugli (2021) Bendiksen, Lena R.L. og Haugli, Trude, *Sentrale emner i barneretten*, 4 utgave, Universitetsforlaget 2021.
- Benneche (1986) Benneche, Gerd, *Barnevernet i Norge*, 2. utgave, Universitetsforlaget 1986.
- Bernt og Rasmussen (2010) Bernt, Jan Fridthjof og Rasmussen, Ørnulf, *Frihagens forvaltningsrett bind 1*, 2 utgave, Fagbokforlaget 2010.
- Boe (2012) Boe, Eirik, *Rettskildelære under debatt*, Universitetsforlaget 2012.
- Collin-Hansen (2017) Collin-Hansen, Ragnhild, «*Barnevernsrett – hjelpetiltak og akuttvedtak*» i *Velferdsrett II – Barneverns- og sosialrett*, Kjønnstad, Asbjørn, Syse, Aslak og Kjelland, Morten, 5 utgave 3 opplag 2020, Gyldendal 2017, side 251 - 283.
- Det å reise vasker øyne (2019) Gjennomgang av 106 barnevernssaker, statens helsetilsyn Oslo 2019, publisert på helsetilsynet.no, hentet 03.05.2021

- Eckhoff (2001) Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. utgave ved Jan E Helgesen, Universitetsforlaget 2001.
- Eckhoff og Smith (2018) Smith, Eivind og Eckhoff, Torstein, *Forvaltningsrett*, 11 utgave, Universitetsforlaget 2018.
- Falck og Havik (2000) Falck, Sturla og Havik, Toril, *Barnevern og fylkesnemnd*, Kommuneforlaget 2000.
- Fleischer (1998) Fleischer, Carl August, *Rettskilder og juridisk metode*, Gyldendal 1998.
- Graver (2011) Graver, Hans Petter, *Rettsforskningens oppgaver og rettsvitenskapens autonomi*, Tidsskrift for Rettsvitenskap 2011/2, årgang 124, side 230-249.
- Harris (2018) Harris, Sam E, med assistanse av Knut Sverre Skurdal Andersen, Norsk Lovkommentar: *Tvisteloven*, rettsdata.no (lest 13. april 2021)
- Haugli (2000) Haugli, Trude, *Samværsrett i barnevernssaker*, Universitetsforlaget 2000.
- Haugli (2020) Haugli, Trude, «Hensynet til barnets beste» i *Barnekonvensjonen – barns rettigheter i Norge*, Høstmælingen, Njål, Kjørholt, Elin Saga og Sandberg, Kirsten (red), 4. utgave, Universitetsforlaget 2020, side 55-78.
- Haukanes (2016) Haukanes, Lill, *Barnets si prosessuelle stilling i barnevernsaker – særlig om omgrepbruken*, Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål 2016/2, Årgang 14, side 188-200.

- Hov (2019) Hov, Jo, *Rettergang i sivile saker*, 4. utgave, Papinian 2019.
- Høstmælingen (2012) Høstmælingen, Njål, *Internasjonale menneskerettigheter*, 2 utgave, Universitetsforlaget 2012.
- Irgens-Jensen (2019) Irgens-Jensen, Harald, *Knophs oversikt over Norges rett*, 15 utgave, Universitetsforlaget 2019.
- Kjelland (2017) Kjelland, Morten, «Velferdsretten og dens plass i rettssystemet» i *Velferdsrett II – Barneverns- og sosialrett*, Kjønstad, Asbjørn, Syse, Aslak og Kjelland, Morten, 5 utgave 3 opplag 2020, Gyldendal 2017, side 23-65.
- Kjønstad, Syse og Kjelland (2017) Kjønstad, Asbjørn, Syse, Aslak og Kjelland, Morten, *Velferdsrett I – grunnleggende rettigheter, rettsikkerhet og tvang*, 6 utgave 4 opplag 2020, Gyldendal 2017.
- Kjørholt (2020) Kjørholt, Elin Saga, «Prinsippet om barnets rett til liv, overlevelse og optimal utvikling» i *Barnekonvensjonen – barns rettigheter i Norge*, Høstmælingen, Njål, Kjørholt, Elin Saga og Sandberg, Kirsten (red), 4. utgave, Universitetsforlaget 2020, side 79-97.
- Larsen (2019) Larsen, Kjetil Mujezinović, *Retten til et effektivt rettsmiddel etter EMK artikkel 13: En studentrettet oversikt*, Jussens venner 2019/6, årgang 54, side 388-402.
- Lindboe (2003) Lindboe, Knut, *Barnevernrett*, 4 utgave, Universitetsforlaget 2003.

- Martnes (2015) Martnes, Mona, *Fengsling av barn i spenningen mellom allmenprevensjon og barnets beste*, Tidsskrift for familierett, arverett og barnerettslige spørsmål 2015/3, årgang 13, side 239-261.
- Martnes (2021) Martnes, Mona, *Barnets beste – Rettighetens innhold i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning*, Universitetsforlaget 2021.
- Matningsdal (2013) Matningsdal, Magnus, *Kontradiksjon i sivile saker og straffesaker*, Jussens venner 2013/1-2, Årgang 48, side 1-115.
- Mestad (2019) Mestad, Ola, «*Rettens kilder og anvendelse*» i *Juridisk metode og tenkemåte*, Høgberg, Alf Petter og Sunde, Jørn Øyrehagen, Universitetsforlaget 2019, side 77-112.
- Mæhle (2004) Mæhle, Synne Sæther, *Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene?*, Jussens venner 2004/5-6, Årgang 39, side 329-342.
- Mæhle og Aarli (2017) Mæhle, Synne Sæther og Aarli, Ragna, *Fra lov til rett*, 2. utgave, Gyldendal 2017.
- Nygaard (2004) Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Universitetsforlaget 2004.
- Ofstad og Skar (2015) Ofstad, Kari og Skar, Randi, *Barnevernloven med kommentarer*, Gyldendal 2015.
- Oppedal (2008) Oppedal, Mons, *Akutthjemlene i barnevernloven*, Gyldendal 2008.

- Oxford Research (2015) *Organisering, effektivitet og rettssikkerhet, Evaluering av Fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker. Evalueringsrapport utarbeidet av Oxford Research i samarbeid med Arbeidsforskningsinstituttet (AFI) og Proba Samfunnsanalyse, publisert <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/evaluering-av-fylkesnemndene-for-barnevern-og-sosiale-saker/id2425119/>, hentet 29 april 2021.*
- Pedersen og Skoghøy (2020) Pedersen, Jussi Erik og Skoghøy, Jens Edvin A, *Grunnleggende sivilprosess*, Universitetsforlaget 2020.
- Reinholdtsen og Øie (2014) Reinholdtsen, Jørgen og Øir, Toril M, *Twisteloven § 30-5: Høyesteretts ankeutvalgs adgang til å nekte fremmet en anke over kjennelse / beslutning*, Lov og rett 2014/5, årgang 53, side 284-289.
- Robberstad (2018) Robberstad, Anne, *Sivilprosess*, 4. utgave, Fagbokforlaget 2018.
- Rui (2013) Rui, Jon Petter, *The Interlaken, Izmir and Brighton Declarations: Towards a Paradigm Shift in the Strasbourg Court's Interpretation of the European Convention on Human Rights?*, Nordig Journal of Human Rights 2013, side 28-54.
- Sandberg (2003) Sandberg, Kirsten, *Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse*, Gyldendal 2003.
- Sandberg (2014) Sandberg, Kirsten, *The role of National Courts in Promoting Children's Rights*, The international Journal of Children's Rights, Volume 22 2014.

- Sandberg (2020) Sandberg, Kirsten, «*Barns rett til å bli hørt*» *Barnekonvensjonen – barns rettigheter i Norge*, Høstmælingen, Njål, Kjørholt, Elin Saga og Sandberg, Kirsten (red), 4. utgave, Universitetsforlaget 2020, side 98-129.
- Schei m.fl. (2013) Schei m.fl., *Twisteloven kommentarutgave bind II*, 2 utgave, Universitetsforlaget 2013.
- Settem (2016) Settem, Ola Johan, *Subsidiaritetsprinsippet og skjønnsmarginen i EMK-retten*, Jussens venner 2016/3 Årgang 51, side 119-141.
- Sigurdson (2015) Sigurdson, Randi Helene, *Tvangsplassering av barn med utfordrende atferd : en sammenligning av regler i barnevernloven, helse- og omsorgstjensteloven og psykisk helsevernloven*, Fagbokforlaget 2015.
- Skoghøy (2002) Skoghøy, Jens Edvind A, «*Bruk av rettsavgjørelser ved lovtolkning og annen rettsanvendelse*» i *Nybrott og Odling: Festskrift til Nils Nygaard på 70-årsdagen 3. april 2002*, Krüger, Kai, Lilleholt, Kåre og Holgersen, Gudrun, Fagbokforlaget 2002, side 323-344.
- Skoghøy (2013) Skoghøy, Jens Edvin A, *Reelle hensyn som rettskilde*, lov og rett 2013/4, årgang 52, side 257-258.
- Skoghøy (2016) Skoghøy, Jens Edvin A, *Høyesteretts rolle og arbeidsmåte*, lov og rett 2016/5, årgang 55, side 302-328.
- Skoghøy (2017) Skoghøy, Jens Edvin A, *Twisteløsning*, 3 utgave, Universitetsforlaget 2017.

- Skoghøy (2018) Skoghøy, Jens Edvin A, *Rett og rettsanvendelse*, Universitetsforlaget 2018.
- Smith (2020) Smith, Lucy, «FNs konvensjon om barnets rettigheter» i *Barnekonvensjonen – barns rettigheter i Norge*, Høstmælingen, Njål, Kjørholt, Elin Saga og Sandberg, Kirsten (red), 4. utgave, Universitetsforlaget 2020, side 19-34.
- Smith, Lødrup og Sandberg (2020) Smith, Lucy, Lødrup, Peter og Sandberg, Kirsten, *Barn og familie*, 8 utgave, Gyldendal 2020.
- Spano (2014) Spano, Robert, *Universality or Diversity of Human Rights?*, Human Rights Law review 2014, side 487-502.
- Stang (2007) Stang, Elisabeth Gording, *Det er barnets sak : en analyse og vurdering av barnevernets hjelpetiltak og barnets rettsstilling i saker etter barnevernloven § 4-4*, Det juridiske fakultetet, UiO 2007.
- Stang (2020) Stang, Elisabeth Gording, «*Barns rett til familie og omsorg, særlig om barnevernet*» i *Barnekonvensjonen – barns rettigheter i Norge*, Høstmælingen, Njål, Kjørholt, Elin Saga og Sandberg, Kirsten (red), 4. utgave, Universitetsforlaget 2020, side 178-208.
- Strand (2019) Strand, Vibeke Blaker, «*FNs menneskerettskonvensjoner og FN-komiteenes håndheving av dem*» i *Juridisk metode og tenkemåte*, Høgberg, Alf Petter og Sunde, Jørn Øyrehagen, Universitetsforlaget 2019, side 420-450.

- Strand og Larsen (2015) Strand, Vibeke Blaker og Larsen, Kjetil
Mujezinovi'c, *Menneskerettigheter i et nøtteskall*,
Gyldendal 2015.
- Syse (2017) Syse, Aslak, «Klage over tildelingsvedtak» i
Velferdsrett II –barneverns- og sosialrett
Kjønstad, Asbjørn, Syse, Aslak og Kjelland,
Morten, 5 utgave 3 opplag 2020, Gyldendal 2017,
side 111 - 151.
- Syse (2020) Syse, Aslak, «Rettigheter for barn med
funksjonsnedsettelse» i *Barnekonvensjonen –
barns rettigheter i Norge*, Høstmølingen, Njål,
Kjørholt, Elin Saga og Sandberg, Kirsten (red), 4.
utgave, Universitetsforlaget 2020, side 231-268.
- Sørensen (2004) Sørensen, Christian Børge, *Læren om statens
skjønnsmargin etter EMK og betydningen for
norsk domstolskontroll med forvaltningen*,
Tidsskrift for rettsvitenskap 2004/1-2, Årgang
117, side 134-196.
- Aall (2018) Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 5
utgave, Fagbokforlaget 2018.

Andre kilder

Skoghøy (2016) – Skoghøy, Jens Edvin A, *Hvilken betydning har uttalelser av FNs menneskerettskomité og FNs barnekomité som rettskilder?*, foredrag på nordisk høyesterettsdommerseminar, Oslo 14-15 mars 2016

E-post som inneholdt statistikk vedrørende innkomne saker til lagmannsrettene i sakstypen anke etter barnevernloven i perioden 2015-2020, mottatt fra Håkon Henriksen, rådgiver i domstolsadministrasjonen, 6. mai 2021.

Fosterhjemsavtalen, utarbeidet i samarbeid med Kommunens Interesse- og arbeidsgiverordniasjon (KS) og Norsk Fosterhjemsforening, Barne, likestillings og inkluderingsdepartementet 2010.

Årsrapport 2019 fra Fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker, publisert <https://www.fylkesnemndene.no/nn/om-fylkesnemndene/arsrapport/> , hentet 14 april 2021.

Årsrapport 2020 Norges domstoler, Nøkkeltall 2020, publisert <https://www.domstol.no/arsrapport-2020/> , hentet 14 april 2021.

