

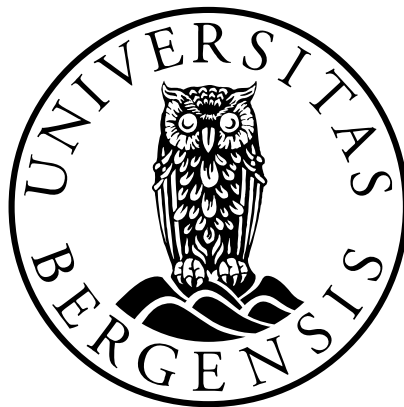
Anketillatelse i medhold av tvisteloven

§ 36-10 (3) bokstav c

Når kan lagmannsretten gi samtykke til anke over tingrettens dom
i barnevernssaker?

Kandidatnummer: 66

Antall ord: 14995



JUS399 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. desember 2020

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning	3
1.1 Oversikt, tema og den overordnede problemstilling	3
1.2 Hensyn og målsetninger	5
1.3 Metode	7
1.4 Avgrensninger	9
1.5 Videre fremstilling	10
2 Hva var rettstilstanden før Strand Lobben?	11
2.1 Grunnvilkår i § 36-10 (3) bokstav c	11
2.1.1 Generelt	11
2.1.2 Hvilke typer «svakheter» er relevante og må svakhetene identifiseres?	11
2.1.3 Må det foreligge flere «svakheter» og skal flere «svakheter» kumuleres?	15
2.1.4 Når er terskelen for «vesentlig[]» oversteget?	16
2.2 Kan-skjønnnet etter § 36-10 (3) bokstav c	22
2.2.1 Oversikt	22
2.2.2 I hvilken grad skal «kan» tolkes som «skal»?	22
2.2.3 Hovedregel ved lagmannsrettens skjønnsutøvelse	25
2.2.4 Nærmere om hvilke momenter som er sentrale i «kan»-vurderingen	27
3 Rettstilstanden i dag	30
3.1 Oversikt	30
3.2 Strand Lobben mot Norge	30
3.2.1 Faktum og saksgang	30
3.2.2 EMDs alminnelige retningslinjer	31
3.2.3 Den konkrete vurderingen	33
3.3 Strand Lobbens påvirkning på § 36-10 (3) bokstav c	34
3.3.1 Oversikt	34
3.3.2 EMDs praksis og vilkåret «vesentlige svakheter»	35
3.3.2.1 Er flere «svakheter» i tingrettens rettsanvendelse, faktiske avgjørelsesgrunnlag og begrunnelse relevante i dag?	35
3.3.1.2 Når er svakheter som vurderes opp mot EMDs praksis «vesentlige»?	38

3.3.3.1	I hvilken grad skal lagmannsretten samtykke til anke av tingrettsdommer som strider med EMK art. 8?.....	43
4	Avslutning	46
5	Litteraturliste	47
5.1	<i>Lov</i>	47
5.2	<i>Forarbeid</i>	47
5.3	<i>Høyesterettspraksis</i>	48
5.4	<i>Juridisk Teori</i>	48
5.4.1	Bøker	48
5.4.2	Artikler/Internett.....	49
5.5	<i>Internasjonale kilder</i>	49
5.5.1	Internasjonale konvensjoner.....	49
5.5.2	European Court of Human Rights (Den europeiske menneskerettighetsdomstolen - EMD).....	50

1 Innledning

1.1 Oversikt, tema og den overordnede problemstillingen

Etter tvisteloven skal saksbehandlingen være «rettferdig, forsvarlig, rask, effektiv og tillitskapende», jf. § 1-1 (1).¹ For å oppnå en «rettferdig, forsvarlig, rask, effektiv og tillitskapende» saksbehandling etter (1) presiseres det blant annet at «avgjørelser av vesentlig betydning [skal] kunne overprøves», jf. tvisteloven § 1-1 (2) siste strekpunkt.

Overprøvingsretten er et sentralt element i kravet til retten til rettferdig rettergang etter Grunnloven § 95.² Retten til overprøving gjelder i utgangspunktet prøving i en instans.³ Avgjørelser overprøves av ankeinstansen ved anke.

Tvisteloven skiller hovedsakelig mellom to typer ankebehandlinger. Saker der anke fremmes, men der anke kan begrenses, sml. blant annet § 29-13 (2). I det andre tilfellet er utgangspunktet at anke ikke fremmes, men samtykke kan gis, sml. § 29-13 (1) og § 36-10 (3). Skoghøy har valgt å benytte seg av terminologien ankesiling for det første og anketillatelse for det andre alternativet, se tilsvarende Rt-2011-1523 avsnitt 27.⁴ Jeg har valgt å benytte meg av Skoghøys terminologi og temaet i avhandlingen er anketillatelse etter tvisteloven § 36-10 (3).

Fylkesnemndas vedtak om barnevern kan overprøves i tingretten etter tvisteloven kapittel 36, jf. barnevernloven § 7-24.⁵ Kapittel 36 omhandler «[s]aker om administrative tvangsvedtak i helse- og sosialsektoren». Administrative tvangsvedtak er inngripende vedtak som er fattet i forvaltningen. Et eksempel på administrative tvangsvedtak innenfor barnevernsrett er adopsjonsvedtak, jf. bvl. § 4-20. Ankeadgangen til lagmannsretten etter § 36-10 (3) er også plassert i kapittel 36.

Det følger av tvisteloven § 36-10 (3) at;

¹ Lov 17. juni 2005 nr. 90 om meklings og rettergang i sivile tvister (tvisteloven – tvl.)

² Lov 15. mai 1814 nr. 17 om Kongeriketets Norges Grunnlov (Grunnloven – Grl.) og nærmere om at overprøvingsrettens sentrale rolle i Grl. § 95, jf. Rt-2015-334 avsnitt 56

³ Torp (2017)

⁴ Skoghøy, *Tvistløsning* (2017) s. 1145

⁵ Lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester (barnevernloven - bvl.)

«[a]nke over tingrettens dom i sak om fylkesnemndas vedtak etter lov om barneverntjenester kan ikke fremmes uten lagmannsrettens samtykke. Samtykke kan bare gis når a) anken gjelder spørsmål som har betydning utenfor den foreliggende sak, b) det er grunn til å behandle saken på ny fordi det er framkommet nye opplysninger, c) det er vesentlige svakheter ved tingrettens avgjørelse eller saksbehandling, eller d) dommen går ut på tvang som ikke er vedtatt av fylkesnemnda».

Lagmannsretten kan samtykke til anke om et av de alternative vilkårene a til d er oppfylt, og etter en «kan»-vurdering vil gi samtykke. Formålet med § 36-10 (3) var å forhindre en tidskrevende rettsprosess som ville gå utover barnas stabilitet.⁶ Rettsprosessen starter i barnevernet, som legger frem krav om vedtak til fylkesnemnda. Om fylkesnemnda velger å fatte vedtaket, kan fylkesnemndas vedtak overprøves i tingretten. Partene har derfor uansett krav på to behandlinger av saken, selv om partene ikke får samtykke til anke i lagmannsretten.

I media er det rettet kritikk mot norsk barnevern. I tidsskriftet *Juristen* skriver redaktør Ole-Martin Gangnes om barneadvokater som reagerer på norske myndigheters håndtering av barnevernet og at flere foreldre blir fratatt barna på sviktende grunnlag.⁷ Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) har også vært kritisk til barnevernet i Norge. Den mest sentrale dommen innen barnevernsrett det siste året avsa EMD i storkammer 10. september 2019, jf. *Strand Lobben mot Norge*.⁸ I *Strand Lobben* vurderte EMD om et omsorgsvedtak og et adopsjonsvedtak stred med EMK art. 8. Behandlingen i barnevernet, fylkesnemnda og domstolene ble vurdert under ett. Norge ble dømt for brudd på EMK art. 8 og i etterkant har dommen hatt betydning for når behandlingen av vedtak innenfor barnevernsrett er i samsvar med EMK. Spørsmålet er om ankeadgangen er rettslig utvidet, der tingrettens behandling av et barnevernsvedtak strider med EMDs praksis.

Den overordnede problemstillingen er når vedtak etter barnevernloven kan ankes til lagmannsretten etter tvisteloven § 36-10 (3) bokstav c. Jeg skiller mellom rettstilstanden før

⁶ Jf. NOU 2000: 12 s. 192 og forutsetningsvis innstilling O. nr. 110 (2004-2005) s. 10

⁷ Gangnes (2019)

⁸ *Strand Lobben and others v. Norway* [GC], no. 37283/13

Strand Lobben og rettstilstanden i dag, for å undersøke om EMDs praksis har hatt en betydning for tolkningen av § 36-10 (3) bokstav c.

1.2 Hensyn og målsetninger

Sivilprosessuelle hensyn styrer utformingen av lovbestemmelsene. Eksempelvis sikres hensynet til proporsjonalitet ved at «saksbehandlingen og kostnadene [skal] stå i et rimelig forhold til sakens betydning», jf. tvisteloven § 1-1 (2) fjerde strekpunkt. Andre eksempler på sivilprosessuelle hensyn er blant annet retten til en uavhengig og upartisk domstol, jf. eksempelvis § 1-1 (1) og likebehandlingsprinsippet. Sivilprosessuelle hensyn står sentralt i vurderingen av problemstillinger etter tvisteloven.

Etter tvisteloven er også sivilprosessens overordnede målsetninger av betydning ved vurderingen av tvisteloven. Målet med sivilprosessuelle målsetninger er å oppnå flest mulige materielt riktige avgjørelser og samtidig sikre en hurtig saksbehandling i domstolene. En av målsetningene er å oppnå en forsvarlig saksbehandling, jf. § 1-1 (1). En saksbehandling er forsvarlig når «saken blir opplyst på en slik måte at flest mulig av de avgjørelser som blir truffet, er materielt riktige», jf. Rt-2012-1985 avsnitt 228. En annen målsetning er å sikre en effektiv behandling i domstolene, jf. § 1-1 (1). En effektiv behandling i domstolene sikres ved at saken så fort som mulig blir ferdig behandlet i domstolene.

Videre er rettssikkerhet et viktig hensyn i vurderingen etter tvl. § 36-10 (3), som gjelder ankebehandling av administrative tvangsvedtak. Det er vanskelig å definere begrepet «rettssikkerhet», men Molden og Gisle har skrevet på Store Norske Leksikon at: «[k]jernen i begrepet er et krav om at de avgjørelsene som domstolene og forvaltningen treffer overfor enkeltpersoner, grupper og befolkningen som helhet, skal være mest mulig rettferdige og forutsigelige. Domstoler, myndigheter og forvaltning skal opptre på en betryggende måte og kunne kontrolleres».⁹

Tvangsvedtakene gjennomføres av forvaltningen og er inngripende overfor borgerne. Det er viktig at myndighetene ikke utfører unødvendig tvangsbruk, og at domstolene oppdager unødvendig tvangsbruk i forvaltningen. Om myndighetene opptre mest mulig rettferdig og

⁹ Molden og Gisle (2019)

forutsigbar når de gjennomfører sine vedtak, vil rettsikkerheten i størst mulig grad være ivaretatt.

Hensynet til rettssikkerhet kommer til uttrykk i ulike bestemmelser i tvisteloven. Eksempelvis skal retten «[i]nnenfor rammene av vedkommende lov [...] prøve alle sider av saken», jf. § 36-5 (3). Etter § 11-4 er retten ikke bundet av partenes prosesshandlinger lenger enn dette er forenlig med offentlige hensyn, dersom saken vurderes etter kapittel 36. Videre skal retten sørge for et forsvarlig faktisk avgjørelsesgrunnlag, at saken blir fullstendig opplyst, hvor offentlige hensyn medfører begrensninger i partenes rådighet etter § 11-4, jf. § 21-3 (2) 1. pkt.

Paragraf 36-10 (3) gjelder anke til lagmannsretten av vedtak etter barnevernloven og avgjørelsene omhandler barn. Betydningen av barnets beste i avgjørelser som gjelder barn, kommer blant annet til uttrykk i Grunnloven. Barnets beste skal være et grunnleggende hensyn ved handlinger og avgjørelser som beror barn, jf. § 104 (2). Barnevernloven § 4-1 gir uttrykk for det samme prinsippet, men viser til at det skal legges vekt på å «gi barnet stabil og god voksenkontakt og kontinuitet i omsorgen». Hensynet til barnets beste har også kommet til uttrykk i internasjonale kilder, jf. eksempelvis FNs barnekonvensjon artikkel 3 nr. 1.¹⁰

Barn er selvstendige individer, men har ikke mulighet til å gå til sak på egne vegne med mindre barnet er over 15 år og forstår hva saken gjelder, eller i særskilte tilfeller er gitt partsrettigheter, jf. bvl. § 6-3 (2). Rettssystemet må sikre at hensynet til barnets beste blir ivaretatt ved avgjørelser som gjelder barn. Formålet med § 36-10 (3) var å sikre at det «raskt skal bli ro omkring barna».¹¹ Barn skal ikke utsettes for unødvendige rettsprosesser, men sikres en stabil oppvekst. I tillegg til det prosessuelle hensynet til barnets beste, har barnets beste en side ved det materielle innholdet. Barnets rettssikkerhet må sikres ved behandling av saker som gjelder barn. Et eksempel er at barnets ønske må tillegges vekt i saken.

¹⁰ FNs konvensjon 20. november 1989 om barnets rettigheter (Barnekonvensjonen – BK), norsk oversettelse.

¹¹ Innst. O. nr. 110 (2004-2005) s. 10

1.3 Metode

De relevante rettskildene for avhandlingen er lov, forarbeid, rettspraksis, teori, internasjonale rett og hensyn. Det er behov for en nærmere avklaring av hvilken relevans og vekt rettskildene har. Hensyn og målsetninger ble behandlet i punkt 1.2.

Twisteloven § 36-10 (3) er en videreføring av sosialtjenesteloven § 9-10a, slik den lød i lov 17. juni 2005 nr. 65. Forslaget om å videreføre § 9-10a til tvisteloven ble fremmet i Innst. O. nr. 110 (2004-2005), som inneholder uttalelser om hvordan § 36-10 (3) skal forstås.

Innstillingen til tvisteloven ble behandlet samtidig på Stortinget som innstillingen til sotjl. § 9-10a.¹² Komiteen til sotjl. § 9-10a foreslo at bestemmelsens første ledd skulle lyde; «[n]emndas vedtak etter lov om barneverntjenester kan bringes inn for lagmannsretten av den private part eller kommunen [...]».¹³ Komiteen til tvisteloven foreslo derimot at bestemmelsen skulle lyde, slik den lyder i § 36-10 (3).¹⁴ Komiteen til tvistelovens sitt forslag ble vedtatt. Paragraf 9-10a ble vedtatt og videreført til tvisteloven, jf. § 36-10 (3). Innstillingen til tvisteloven ser ut til å bygge på eksempelet til departementet i Ot.prp. nr. 64 (2004–2005), som er odelstingsproposisjonen til sotjl. § 9-10a. Det følger av odelsproposisjonen s. 46 at en anke fra tingretten til lagmannsretten bare kan «fremmes dersom den bringer fram noe vesentlig nytt eller påviser vesentlige svakheter ved dommen». Departementet valgte derimot å foreslå til komiteen til sotjl. § 9-10a at anke skulle skje direkte inn til lagmannsretten, tilsvarende forslaget til komiteen til sotjl. § 9-10a.

Det finnes ingen andre konkrete omtaler fra lovgiver om tvl. § 36-10 (3) (tidligere: sotjl. § 9-10a) enn omtalene i innstillingen til tvisteloven. Lovgiver har heller ikke endret bestemmelsen i etterkant eller utgitt etterarbeider.

Rettspraksis har stor betydning ved tolkningen av § 36-10 (3). Jeg kommer til å fokusere på høyesterettspraksis, ettersom underrettspraksis har mindre rettskildemessig vekt.

Lagmannsrettens beslutninger kan ankes til Høyesterett etter § 30-1. Om Høyesterett kunne prøve lagmannsrettens beslutning etter § 36-10 (3) ble avklart i Rt-2008-322. Ankeutvalget i Rt-2008-322 viste til § 29-13 (5) fjerde punktum. Av § 29-13 (5) fjerde punktum fremgår det at; «[b]eslutningen kan bare ankes på grunnlag av feil i saksbehandlingen». Bestemmelsen

¹² Innst. O. nr. 115 (2004-2005)

¹³ Ibid. s. 19

¹⁴ Innst. O. nr. 110 (2004-2005) s. 10

gjelder derimot for krav om samtykke til anke der ankegjensstandens verdi er «mindre enn kr 250 000», jf. (1). Ankeutvalget i Rt-2008-322 uttaler derimot i avsnitt 8 at;

«i innstillingen [er det] ikke holdepunkter for at justiskomiteen tok sikte på at Høyesteretts kompetanse ved prøvingen av ankenektelser etter [§ 36-10 (3)] skulle være en annen enn det som skal gjelde for ankenektelser ellers i sivile saker. Ut fra det system man allerede hadde for straffesaker og som ble tatt opp i tvisteloven, ville det vært nærliggende å gi uttrykk for det dersom man, spesielt for barnevernssaker, ønsket en annen overprøvningskompetanse enn den alminnelige».

Høyesteretts ankeutvalg konkluderte med at Høyesterett kunne prøve saksbehandlingsfeil i lagmannsrettens beslutning, men begrunnet i «[k]lare reelle hensyn» kunne ikke prøvningskompetansen gå lengre enn den alminnelige regelen, jf. avsnitt 9.

Når lagmannsrettens beslutning går ut på å nekte anke og Høyesterett skal prøve om de lovbestemte vilkår for å gi samtykke til ankebehandling er oppfylt, har utvalget full kompetanse, jf. eksempelvis Rt-2012-759 avsnitt 11. Med hensyn til om det bør gis tillatelse til anken der minst ett av de lovbestemte vilkår er oppfylt, kan utvalget prøve om lagmannsrettens skjønn er forsvarlig, jf. eksempelvis Rt-2009-1553 avsnitt 9.

Når lagmannsrettens beslutning går ut på å tillate ankebehandling, «skal det vises adskillig tilbakeholdenhet ved overprøvingen. Dersom lagmannsretten har kommet til at ett av de lovbestemte vilkår for ankebehandling er oppfylt, bør denne vurderingen bare tilsidesettes dersom den er beheftet med åpenbare feil», jf. HR-2018-1921-U avsnitt 15.

Høyesterettspraksis etter tvl. § 36-10 (3) er av omfattende mengde. Avhandlingen inneholder avgjørelser som er avsagt ved ulike avgjørelsestyper. I utgangspunktet er det ankeutvalget som behandler anke over lagmannsrettens beslutning, jf. § 30-1 (2). Dersom saksmengden gjør det påkrevd, kan Høyesterett deles inn i avdeling eller storkammer, jf. domstoloven § 5.¹⁵ Rettspraksis viser at avgjørelsene i storkammer er betydelig mer nyansert enn avgjørelser i ankeutvalget, jf. HR-2020-661-S sml. HR-2012-2227-U. Kjennelser i ankeutvalget kan være så korte at det er vanskelig å få frem hele bildet. Begrenset tilgang til avgjørelser i lagmannsretten, tingretten og fylkesnemnda kan gjøre det problematisk å trekke slutninger fra kjennelser i ankeutvalget. I tillegg kan det trekkes frem at faktumet i

¹⁵ Lov 13. august 1915 nr. 05 om domstolene (Domstoloven – dl.)

barnevernssaker ofte styres av sterke subjektive meninger, og det kan være vanskelig å få frem det objektivt korrekte faktum i avgjørelsene.

EMK «gjelde[r] som norsk lov», jf. menneskerettsloven § 2 nr. 1.¹⁶ I innstillingen til mrl. er det fremhevet at «det overordna mål [er] at norsk rettspraksis i størst mogleg grad samsvarer med den til ei kvar tid gjeldande internasjonale tolkingspraksis».¹⁷ Praksis fra EMD, som er EMK sitt håndhevingsorgan, er derfor en viktig kilde ved tolkningen av EMK. EMD utvikler tolkningen av EMK og gir rettsavklarende uttalelser. Dersom myndighetene skal gjøre inngrep i retten til familieliv (EMK art. 8), er det krav om at inngrepet er i samsvar med lov, er formålmessig og forholdsmessig, jf. art. 8 (2). I Strand Lobben var forholdsmessighetsvurderingen avgjørende for om Norge hadde brutt EMK art. 8. EMD stilte to overordnede krav til tingretten i forholdsmessighetsvurderingen. Tingretten må bruke retningslinjene til EMD og vise til i domspremissene at retningslinjene er anvendt. Om tingretten opptrer i strid med Strand Lobben, strider tingrettsdommen med EMK art. 8. Når tingrettsdommen strider med EMK art. 8, vil det også være i strid med EMK art. 8 å la tingrettsdommen bli stående. Av den grunn har EMK og EMDs praksis betydning ved spørsmålet om lagmannsretten skal samtykke til anke av tingrettens dom. Artiklene i EMK er også benyttet som et tolkningsbidrag, jf. særlig EMK art. 13. Barnevernsrett utvikles stadig i EMDs praksis og nye retningslinjer kommer løpende.

Juridisk teori er lite brukt i avhandlingen. Det finnes begrenset juridisk teori, spesielt i etterkant av Strand Lobben som ble avsagt i 2019. I den grad juridisk teori er brukt, er det som et støtteargument eller for å avklare rettstilstanden ytterligere.

1.4 Avgrensninger

Denne avhandlingen omhandler spørsmålet om samtykke til anke i barnevernssaker til lagmannsretten etter § 36-10 (3) bokstav c. Avhandlingen kommer til å ha et detaljert fokus og må avgrenses på flere punkter.

For det første vil jeg presisere at avhandlingen skal fokusere på barnevernssaker. Anke etter § 36-10 omhandler i utgangspunktet alle saker som gjelder «rettslig prøving av administrative

¹⁶ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetens stilling i norsk rett (mrl.)

¹⁷ Innst. O. nr. 51 (1998–1999) s. 6 første spalte.

vedtak om tvang mot personer», jf. § 36-1 (1). Tredje ledd gjelder derimot kun spørsmål om anketillatelse i barnevernssaker.

For det andre er det bokstav c i § 36-10 (3), som skal behandles. Det er i utgangspunktet fire alternative grunnlag for samtykke til anke, henholdsvis bokstav a til d, men på grunn av et begrenset antall ord må jeg forholde meg til et grunnlag. Anke etter bokstav c og vilkåret «vesentlige svakheter» er mest omtalt i nyere praksis fra Høyesterett, sett i lys av den nyere påvirkningen fra EMD. Problemstillingen min forholder seg til utviklingen før Strand Lobben frem til i dag, og det er mest aktuelt å behandle bokstav c.

Til sist er det behov for å avgrense mot om, og i hvilken grad, lagmannsretten må begrunne en avgjørelse i medhold av § 36-10 (3) bokstav c.¹⁸ Videre avgrenses det mot om lagmannsretten kan reparere svakheter i tingrettens dom i sin begrunnelse.¹⁹

1.5 Videre fremstilling

I andre kapittel utgreier og drøfter jeg rettstilstanden i forkant av Strand Lobben med fokus på tolkningen av vilkåret «vesentlige svakheter» etter bokstav c og «kan»-vurderingen.

I tredje kapittel er det fokus på rettstilstanden i dag. Jeg vurderer om Strand Lobben og senere praksis har hatt betydning for tolkningen av vilkåret «vesentlige svakheter» etter bokstav c og «kan»-vurderingen.

I fjerde kapittel avrunder jeg avhandlingen med en kort avslutning.

¹⁸ Se spesielt HR-2017-776-A

¹⁹ Se nærmere HR-2020-1789-A avsnitt 81.

2 Hva var rettstilstanden før Strand Lobben?

2.1 Grunnvilkår i § 36-10 (3) bokstav c

2.1.1 Generelt

Tvisteloven § 36-10 (3) gjelder anke over tingrettens dom i sak om fylkesnemndas vedtak etter lov om barneverntjenester, som ikke kan fremmes uten lagmannsrettens samtykke. Etter bokstav c kan samtykke gis når det er «vesentlige svakheter ved tingrettens avgjørelse eller saksbehandling». Grunnvilkåret «vesentlige svakheter» gir opphav til å drøfte tre problemstillinger. Den første problemstillingen er hvilke typer «svakheter» som er relevante, og om svakhetene må identifiseres. Den andre problemstillingen er om det må foreligge flere «svakheter», og om flere «svakheter» kan kumuleres. Den tredje problemstillingen er når svakheter er «vesentlige».

2.1.2 Hvilke typer «svakheter» er relevante og må svakhetene identifiseres?

Dersom en tingrettsdom er «perfekt» i et juridisk perspektiv, er det ingen grunn til å vurdere om saken skal fremmes til ny behandling i lagmannsretten. Av den grunn er det et krav om ankegrunn, og etter § 36-10 (3) bokstav c er ankegrunnen «vesentlige svakheter ved tingrettens avgjørelse eller saksbehandling». I dette punktet er det aktuelt å undersøke hvilke typer «svakheter ved tingrettens avgjørelse eller saksbehandling» som er relevante etter bokstav c og om svakhetene må identifiseres.

Den første problemstillingen er hvilke «svakheter ved tingrettens avgjørelse eller saksbehandling» som er relevante etter bokstav c.

For å avgjøre den ovennevnte problemstillingen, er det naturlig å starte med å tolke ordet «svakheter». Ved ordlydstolkning fastlegges meningen med ord og uttrykk. Ordlyden av «svakheter» tilsier feil, mangler, utilstrekkelig behandling o.l. Ordlyden gir ingen nærmere veiledning til hvilke typer svakheter som er relevante, men setter heller ingen begrensning.

For å avklare nærmere hva som ligger i «svakheter», må ordet ses i sammenheng med at svakheter skal gjelde tingrettens «avgjørelse eller saksbehandling».

Ordlyden av «avgjørelse eller saksbehandling» tilsier materielle og prosessuelle svakheter ved tingrettens dom, men ordlyden gir ikke konkret anvisning på hvilke svakheter som er omfattet. Formålet med en åpen ordlyd er å sikre at ankeadgangen ikke begrenses, men at rettssikkerheten skal ivaretas der lovens normalordning om vedtakelse i fylkesnemnda og prøving i tingretten ikke strekker til.

Det er ingen konkrete omtaler av bokstav c og hvilke typer svakheter som er relevante i Innst.O.nr. 110 (2004-2005).

Etter tvl. § 29-3 (1) kan en dom vanligvis ankes til lagmannsretten etter «feil i bedømmelsen av faktiske forhold, rettsanvendelsen eller den saksbehandling» som ligger til grunn for avgjørelsen. I kommentarutgaven til tvisteloven fremkommer det at lagmannsretten ved anke over dommer og kjennelser «som utgangspunkt og hovedregel har kompetanse til å prøve alle sider av den påankede avgjørelse».²⁰ Sammenheng i regelverket tilsier at en part også etter § 36-10 (3) må kunne anke over alle sider av dommen og at «avgjørelse eller saksbehandling» sikter til dette. Ankeadgang etter § 36-10 (3) er derimot særskilt begrunnet i at det raskt skal bli ro rundt barna og det må undersøkes om andre rettskilder støtter opp argumentet om sammenheng i regelverket.

Rt-2014-1034 inneholder prinsipielle uttalelser om hvilke typer «svakheter» som er relevante etter § 36-10 (3) bokstav c. Lagmannsretten hadde en uriktig forståelse av bokstav c og lagmannsrettens beslutning ble opphevet. I avsnitt 16 uttaler Høyesteretts ankeutvalg at; «svakheter ved tingrettens saksbehandling eller avgjørelse er omfattet, herunder selve resultatet, begrunnelsen eller det faktiske og rettslige avgjørelsesgrunnlaget». Tolkningen har fått gjennomgående støtte i senere høyesterettspraksis, jf. eksempelvis Rt-2014-1165.

Høyesteretts uttalelse i avsnitt 16 kan tas til inntekt for at Høyesterett ønsket å tydeliggjøre at parten kan anke over alle sider ved tingrettens dom. Det kan ankes over saksbehandlingen, relevans og vekt av bevis, rettsanvendelsen og resultatet. Svakheter i resultat følger normalt, der tingretten eksempelvis har anvendt rettsgrunnlaget uriktig eller saken ikke er godt nok opplyst. Det er derimot ikke en svakhet om tingrettens resultat avviker fra sakkyndiges

²⁰ Schei mfl. II s. 1011

anbefaling og barnas ønsker, sml. HR-2019-1001-U. Tingretten skal foreta en konkret avveining av hvilke bevis som veier tyngst.

Det er en forutsetning etter § 29-3 at anke skjer for å oppnå en endring av avgjørelsen, og da i favør av den som anker, jf. også § 29-8 (1). Det kan ikke ankes utelukkende for å få endret en faktisk beskrivelse eller en rettsanvendelse man uenig i, dersom vedkommende ikke samtidig krever avgjørelsen endret i sin favør.²¹ Videre kan § 29-8 (1) begrunnes i at parten heller ikke har rettslig interesse etter § 1-3. Sammenheng i regelverket tilsier at uenigheter i en faktisk beskrivelse eller en rettsanvendelse ikke er relevante «svakheter» etter § 36-10 (3). Videre støtter effektivitet i domstolene og formålet om raskt ro rundt barna opp om at partene ikke kan anke til lagmannsretten der partene er enige i resultatet.

Spørsmålet er hvilke typer «svakheter» som kan forekomme i tingrettens saksbehandling, i det faktiske og rettslige avgjørelsesgrunnlaget og begrunnelsen.

For det første kan det være «svakheter» i tingrettens saksbehandling. Sammenhengen i regelverket tilsier at de groveste saksbehandlingsfeilene som følger av tvl. § 29-21 (2) uansett er omfattet. I HR-2018-356-U hadde tingretten ved en feil avgjort saken uten at retten var satt med meddommere. Lagmannsretten samtykket ikke til anke etter § 36-10 (3) bokstav c. Feil ved rettens sammensetning er en ubetinget opphevelsesgrunn etter tvl. § 29-21 (2) bokstav b. Både lagmannsrettens beslutning og tingrettens avgjørelse ble opphevet, jf. tvl. § 30-15. Saksbehandlingsfeil etter § 29-21 (2) er så kvalifiserte at de gir grunnlag for å oppheve tingrettens dom etter § 29-12 (1) bokstav c. Feilene er unntaksvis oppe til ankebehandling.

Ordlyden er derimot åpent formulert og ikke begrenset til saksbehandlingsfeil som skal gis ubetinget virkning etter § 29-21 (2). I HR-2019-1741-U hadde ikke lagmannsretten samtykket til å fremme anke i en barnevernssak. Tingretten hadde behandlet saken skriftlig.

Ankeutvalget viste til at tvl. § 36-10 (3) bygger på en «forutsetning om at saken på dette stadiet har fått en fyllestgjørende behandling både i fylkesnemnda og i tingretten. Dette tilsier at det må være en høy terskel for å tillate skriftlig og forenklet behandling av disse sakene i tingretten», jf. HR-2019-1741-U avsnitt 15. I den konkrete saken forelå ikke særlige tilfeller for skriftlig behandling. Det var svakheter i saksbehandlingen.

²¹ Schei mfl. II s. 1010-1011

For det andre kan det forekomme «svakheter» i det faktiske avgjørelsesgrunnlaget.

«[S]vakheter» i det faktiske avgjørelsesgrunnlaget er også saksbehandlingsfeil, men skiller ut av hensiktsmessighet. Om det er svakheter ved det faktiske avgjørelsesgrunnlaget, vurderes ut fra hvor godt saken er opplyst, jf. målsetningen om en forsvarlig saksbehandling. Ordlyden omfatter alle «svakheter» i det faktiske avgjørelsesgrunnlaget. Svakheter oppstår der det faktiske avgjørelsesgrunnlaget er mangelfullt.

For det tredje kan det forekomme «svakheter» i det rettslige avgjørelsesgrunnlaget. Med det rettslige avgjørelsesgrunnlaget siktes det til tingrettens rettsanvendelse. Anke etter bokstav c gjelder vedtak etter barnevernloven. Ordlyden «svakheter» omfatter alle uriktige tolkninger eller uriktig konkret anvendelse av barnevernloven.

Til sist kan det forekomme «svakheter» i tingrettens begrunnelse. Det avgjørende er hvordan tingretten har vektet ulike bevis og hensyn i saken. Tingrettens konkrete anvendelse av barnevernloven i begrunnelsen behandles under det rettslige avgjørelsesgrunnlaget.

Et eksempel på «svakheter» i begrunnelsen kan hentes fra HR-2019-675-U. Saken gjaldt anke over lagmannsrettens beslutning om å nekte anke i en barnevernssak, jf. § 36-10 (3). I tingrettens dom overprøvde tingretten fylkesnemndas vedtak om fratakelse av foreldreansvar og samtykke til adopsjon av et barn. I vurderingen av adopsjonsvedtaket burde tingretten mer uttrykkelig ha trukket betydningen av at all kontakt mellom barn og foreldre blir brutt ved adopsjon. Det var en svakhet ved tingrettens begrunnelse.

Et annet eksempel fra Høyesteretts ankeutvalg om «svakheter» i tingrettens begrunnelse gir Rt-2011-1053. Saken gjaldt anke over lagmannsrettens beslutning om ikke å gi samtykke til anke over dom av tingretten i sak om overprøving av vedtak av fylkesnemnda etter lov om barneverntjenester, jf. § 36-10 (3). Barnevernet hadde truffet et omsorgsvedtak og mor krevde tilbakeføring etter bvl. § 4-21, subsidiært mer samvær. Ankeutvalget kom frem til at det var «uklart hvilken vekt tingretten hadde lagt på barnets ønske», jf. avsnitt 26 og bokstav c var oppfylt. Hensynet til barnets beste skal tillegges vekt i alle beslutninger som gjelder barn, og det økte fokuset på barnets beste i FN konvensjonen og Grunnloven kan begrunne hvorfor Høyesteretts ankeutvalg kom frem til at det var «svakheter» i tingrettens begrunnelse.

Samlet sett kan det være «svakheter» i tingrettens saksbehandling, i det faktiske og rettslige avgjørelsesgrunnlaget og begrunnelsen. Ordlyden er åpent formulert og kan i utgangspunktet

omfatte alle «svakheter» ved tingrettens dom. Den nærmere avgrensningen av hvilke «svakheter» som kan gjøres gjeldende som ankegrunn må vurderes etter om «svakheter» er «vesentlig[]», se punkt 2.1.4.

Den andre problemstillingen er om «svakheter» må identifiseres.

Ordlyd og forarbeid gir ingen anvisning på om svakheterne må identifiseres.

Det finnes en avgjørelse der ankeutvalget uttaler seg om problemstillingen, jf. HR-2019-1001-U. Kjennelsen gjaldt beslutning av lagmannsretten om å gi samtykke til å fremme anke om overprøving av fylkesnemndas vedtak etter lov om barneverntjenester, jf. § 36-10 (3). Ankeutvalget kom frem til at lagmannsretten hadde anvendt bokstav c uriktig og at spesielle forhold må knytte seg til «identifiserte [] svakheter» ved tingrettens avgjørelse eller saksbehandling, jf. avsnitt 17. Ankeutvalget legger opp til at svakheter må identifiseres uten en nærmere redegjørelse av et eventuelt identifiseringskrav. Et identifiseringskrav knytter seg derimot til om svakheter må påvises.

Det er vanskelig å argumentere for at det foreligger «svakheter», dersom svakheterne ikke kan påvises. Det kan derfor stilles spørsmål ved om en svakhet som ikke kan identifiseres, faktisk er en svakhet. At en svakhet må påvises fremstår underforstått, og det er grunn til å tro at Høyesterett ønsket å tydeliggjøre det i sin uttalelse. Slik jeg forstår det, var det allerede i forkant av uttalelsen i HR-2019-1001-U et underforstått krav til at «svakheter» må identifiseres.

2.1.3 Må det foreligge flere «svakheter» og skal flere «svakheter» kumuleres?

I det forrige punktet ble det undersøkt hvilke typer «svakheter» ved tingrettens avgjørelse og saksbehandling som er relevante. I det videre skal jeg ta for meg spørsmålet om det må foreligge flere «svakheter» og deretter om flere «svakheter» skal kumuleres etter bokstav c.

Det første spørsmålet er om det må foreligge flere «svakheter» etter bokstav c.

Den alminnelige forståelsen av «svakheter» tilsier at det må flere enn en svakhet til, for å oppfylle vilkåret. Selv om ordlyden av «svakheter» isolert tilsier flere «svakheter», har Høyesterett valgt å tolke bestemmelsen på en annen måte, jf. eksempelvis HR-2016-1652-U.

Kjennelsen gjaldt spørsmål om et vitne var inhabil til å gjøre tjeneste som rettsoppnevnt sakkyndig, jf. tvisteloven § 25-3 (3), jf. domstoloven § 106 nr. 6 og § 108. Inhabilitet «er tilstrekkelig til at det i lovens forstand er en vesentlig svakhet ved tingrettens saksbehandling og avgjørelse, jf. tvisteloven § 36-10 (3) bokstav c», jf. avsnitt 20. Den sakkyndige var inhabil og lagmannsrettens beslutning ble opphevet. Inhabiliteten var én svakhet ved tingrettens dom. Selv om domstolen blir mindre effektiv når én svakhet omfattes, tilsier målet om flest mulig materielt riktige resultat at lagmannsretten skal «rette opp» enkle svakheter ved tingrettens dom.

Ut fra gjeldende praksis må det ikke foreligge flere «svakheter» etter bokstav c.

Det andre spørsmålet er om flere «svakheter» skal kumuleres.

Ordlyden begrenser ikke for flere svakheter innenfor samme kategori - «avgjørelse eller saksbehandling». Ut fra ordlyden kan alle relevante typer svakheter innenfor samme kategori kumuleres, men kategoriene fremstår alternative, jf. ordet «eller». I Rt-2014-1034, som er vist til ovenfor, gikk Høyesteretts ankeutvalg bort ifra en alternativ tolkning. I avsnitt 16 uttaler Høyesterett at «lagmannsretten må [...] se eventuelle svakheter med hensyn til saksbehandling og innhold i sammenheng». Uttalelsen har fått støtte i senere rettspraksis, jf. eksempelvis HR-2015-2127-U avsnitt 15. Å kumulere svakheter ved tingrettens «avgjørelse» og «saksbehandling» er hensiktsmessig og effektivt, ettersom lagmannsretten får mulighet til å behandle alle relevante svakheter ved tingrettens avgjørelse eller saksbehandling i én ankebehandling. Saksbehandlingen blir kortere og det blir raskere ro rundt barna.

Rettspraksis er tydelig på at «svakheter» skal kumuleres og det støttes videre opp av effektivitet i domstolene.

2.1.4 Når er terskelen for «vesentlig[]» oversteget?

Punkt 2.1.4 bygger videre på punkt 2.1.2 om hvilke typer «svakheter» som er relevante. Svakheter er «vesentlige» når de overstiger vesentlighetsterskelen. Med terskel menes her grensen som svakheter må overstige for å være «vesentlige». Spørsmålet er når svakheter i tingrettens saksbehandling, det faktiske og rettslige avgjørelsesgrunlaget og begrunnelsen overstiger terskelen «vesentlig[]» etter bokstav c.

For å avklare hvor terskelen går, må ordet «vesentlig[]» tolkes. Ordlyden av «vesentlig[]» tilsier at det skal en god del til for at vilkåret er oppfylt. Lagmannsrettsbehandling er unntaket, ettersom lagmannsretten må samtykke til anke. Av den grunn kan ikke enhver svakhet eller mindre svakheter omfattes. Ordlyden er taus om hvor grensen går for når terskelen er oversteget utover at det skal en god del til. Vurderingen er konkret og skjønnsmessig i hvert tilfelle.

Lovgivers intensjon var at kort behandlingstid må sikres ved at terskelen er relativt høy, jf. Innst.O.nr. 110 (2004-2005). På side 10 i innstillingen følger det at ønsket om at det «raskt skal bli ro omkring barna» tilsier at det skal gjelde «strengt vilkår for ankebehandling i lagmannsretten». Det er tydelig at hensynet til barnets beste ligger til grunn for tvl. § 36-10 (3) om samtykke til anke. Hensikten med bestemmelsen er å beskytte barn mot ankebehandlinger i lagmannsretten, som kan medføre endringer og uvisshet i et barns liv. Enhver sak kan ikke nektes anke, men terskel må settes relativt høyt.

Ankeutvalget har avsagt flere kjennelser som omhandler «vesentlige svakheter» etter § 36-10 (3) bokstav c. Rt-2014-1034 inneholder prinsipielle uttalelser om vesentlighetskravet. I avsnitt 16 følger det at lagmannsretten har kompetanse til å gi samtykke til ankebehandling dersom det knytter seg «spesielle forhold [til saksbehandlingen eller avgjørelsen] som med tyngde taler for at slikt samtykke blir gitt». Om det foreligger «spesielle forhold», beror på en konkret vurdering.

Høyesterett gir ikke en nærmere redegjørelse av «spesielle forhold», men «spesielle forhold» er ment å ramme flere tilfeller enn «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», jf. Rt-2014-1034 avsnitt 16. Uttalelsen stammer fra Tore Schei mfl. i kommentarutgave fra 2013. Tore Schei mfl. bygger på eksempelet om at det forutsetningsvis foreligger «vesentlige svakheter», der tingretten ikke har foretatt en nåtidsvurdering, jf. forutsetningsvis HR-2012-2227-U.²² HR-2012-2227-U gjaldt anke over beslutning om ikke å gi samtykke til anke etter § 36-10 (3) bokstav c. Saksøker A anførte at tingretten bare hadde gjengitt fylkesnemndas begrunnelse og ikke foretatt en vurdering ut fra forholdene på domstidspunktet. Høyesteretts ankeutvalg kom frem til at tingretten hadde foretatt en vurdering ut fra forholdene på domstidspunktet, selv om tingretten i hovedsak hadde bygd på

²² Schei mfl. II s. 1329

fylkesnemndas vurdering. Det var ikke vesentlige svakheter ved tingrettens dom. Anken ble forkastet.

I HR-2017-776-A tar Høyesterett utgangspunkt i at ankeutvalget i Rt-2014-1034 fraviker Schei mfl. sitt synspunkt, og uttaler at kravet til «vesentlige svakheter» er «mindre strengt i dag enn hva det var da loven trådte i kraft i 2008», jf. avsnitt 38. Avgjørelsen gjaldt primært spørsmålet om lagmannsretten må avgi begrunnelse i sin beslutning, men gav likevel en uttalelse tilknyttet utviklingen til bokstav c.

Ordlyd og forarbeid gir anvisning på en relativt høy terskel. Det følger derimot av HR-2017-776-A at «vesentlige svakheter» rammer flere tilfeller enn tidligere og terskelen kan ikke settes like høyt som ved vedtakelse av bestemmelsen. Det er aktuelt å undersøke om rettspraksis oppstiller nærmere retningslinjer i forhold til hvilke typer «svakheter» som foreligger.

Spørsmålet er når det foreligger «vesentlige svakheter» i tingrettens saksbehandling faktiske og rettsanvendelse og/eller begrunnelse etter bokstav c.

For det første kan det forekomme «vesentlige svakheter» i tingrettens saksbehandling. De groveste svakhetene innenfor saksbehandling er svakheter som skal gis ubetinget virkning etter tvl. § 29-21 (2). Et tidligere nevnt eksempel er HR-2018-356-U, der retten ikke var lovlig sammensatt. Høyesterett kom frem til at lagmannsretten hadde korrekt kommet til at «vilkåret for å samtykke til å fremme anken etter tvisteloven § 36-10 (3) bokstav c [var] oppfylt fordi det forel[å] «vesentlige svakheter ved tingrettens [...] saksbehandling»», jf. avsnitt 12. Kjennelsen kan forstås slik at svakheter som skal gis ubetinget virkning etter tvl. § 29-21 (2) uansett er «vesentlige svakheter» etter § 36-10 (3) bokstav c.

På tross av dette, var det ikke «vesentlige svakheter» i HR-2018-1921-U. Kjennelsen gjaldt spørsmål om det var riktig av lagmannsretten å gi samtykke til å fremme en anke utelukkende på grunn av at saken var reist ved feil vernetings i tingretten i en sak om omsorgsovertakelse etter barnevernloven, jf. tvisteloven § 36-10 (3) bokstav c. Ankeutvalget mente at vilkår c ikke var oppfylt og det var ikke korrekt av lagmannsretten å fremme anke. Det forelå «åpenbare feil» ved lagmannsrettens beslutning, jf. forutsetningsvis av prøvingsintensiteten til Høyesterett. Hovedregelen er at brudd på tvungne vernetingsregler er en absolutt opphevelsesgrunn etter tvisteloven § 29-21 (2) bokstav a. Ut fra synspunktet i HR-2018-356-

U hadde det vært nærliggende om Høyesterett kom frem til motsatt resultat av HR-2018-1921-U. Høyesterett i HR-2018-1921-U mente derimot at § 36-10 (3) tilsier at man må foreta en vurdering, selv om det foreligger brudd på § 36-2 (2). Paragraf 36-2 (2) omhandler hvilket vernetings saken skal behandles i. Det er gjort unntak fra regelen om at en avgjørelse som er avsagt i strid med en ufravikelig vernetingsregel må oppheves. Rt-1977-577 og Rt-1983-430 er konkrete eksempler på det, selv om disse avgjørelsene gjaldt annerledes situasjoner fra denne saken. I tillegg hadde saksøker selv ført saken for uriktig vernetings og barnet var bosatt i rettskretsen til tingretten som hadde behandlet saken. Saksøker hadde derfor ikke beskyttelsesverdig interesse av vernetingsreglene. HR-2018-1921-U kan være et eksempel på et enkelttilfelle, men viser at det må foretas en bredere vesentlighetsvurdering etter § 36-10 (3) av kvalifiserte saksbehandlingsfeil, som begrunnes i hensynet til raskt ro rundt barna.

Selv om HR-2018-1921-U kan argumenteres som et enkelttilfelle, kan ikke enhver svakhet i saksbehandlingen være «vesentlig[]». Sammenheng i regelverket tilsier at man skal gjøre en vurdering av om det er «nærliggende at [saksbehandlings]feilen kan ha hatt betydning» for den avgjørelse som er anket, jf. vurderingen i § 29-21 (1), spesielt ettersom grove saksbehandlingsfeil etter bokstav c ses opp mot § 29-21 (2). Ordet «nærliggende» tilsier at det ikke kreves sannsynlighetsovervekt, men det må være en nærliggende mulighet for at saksbehandlingsfeilen har virket inn på innholdet og ikke bare er uheldig eller en formalitetsfeil, sml. HR-2020-950-U. HR-2020-950-U gjaldt anke over lagmannsrettens beslutning om ikke å samtykke til ankebehandling etter § 36-10 (3). Det var uheldig at tingretten var satt med en dommerfullmektig som administrator, som Justis- og politidepartementet i et rundskriv har anbefalt å unngå.²³ Selv om det var uheldig, forelå ikke en saksbehandlingsfeil etter § 29-21 og vilkårene etter bokstav c var i utgangspunktet ikke oppfylt. Lagmannsrettens beslutning ble opphevet på annet grunnlag.

I HR-2019-894-U kom derimot Høyesterett frem til at det var «vesentlige svakheter», selv om det ikke kunne påvises at feilen virket inn på innholdet, jf. avsnitt 17. I tingretten hadde saken vært forberedt av en dommer, som senere ble kjent inhabil i forkant av hovedforhandlingen. Dommeren hadde besluttet å avgrense sakens avgjørelsesgrunnlag på sentrale punkter og det hadde skjedd mot partenes ønsker. Kjennelsen kan tas til inntekt for at bokstav c videre enn § 29-21 (1). Hensynet bak habilitetsreglene er derimot å sikre tilliten til rettssystemet. Det kan være avgjørende for en part om en deltakende i rettssaken opptrer partisk. Ettersom saker om

²³ G-1999-46 punkt 5-6 (4)

barnevern er inngripende, er det avgjørende for rettssikkerheten med habilitetsregler. Domstolene må opptre på en betryggende måte. Det er grunn til å sette inhabilitet i en særstilling. En vid terskel vil også gå på bekostning av å sikre barn mot rettsprosesser og sikre barnas stabilitet. Enhver saksbehandlingsfeil som har virket inn på innholdet kan ikke omfattes. Selv om terskelen rekker videre enn før, må terskelen settes høyere enn § 29-21 (1) for å ivareta det prosessuelle hensynet til barnets beste.

For det andre kan det være «vesentlige svakheter» i det faktiske avgjørelsesgrunnlaget når saken ikke er godt nok opplyst. Ettersom svakheter er saksbehandlingsfeil, vil det også være naturlig å undersøke om svakheter har virket inn på innholdet. Et utilstrekkelig faktisk grunnlag fører til at dommen avgjøres på et utilstrekkelig grunnlag og kan gi et unyansert bilde. Svakheter i det faktiske avgjørelsesgrunnlaget som har virket inn på innholdet må ses i sammenheng med hensynet til proporsjonalitet. Hensynet til proporsjonalitet tilsier at det skal være et proporsjonalt forhold mellom effektiviteten i domstolen og hvor viktig et bevis er for sakens opplysning. Dersom et avgjørende bevis i barnevernssaker utelates, bør det være «vesentlige svakheter». Det gjør seg spesielt gjeldende der beviset skal sikre barnets rettssikkerhet. Et eksempel er om barnets ønske er uteblitt i barnevernssaker. Formålet med § 36-10 er at det raskt skal bli ro rundt barna. Det gjør seg i mindre grad gjeldende, der et bevis som skal sikre barnets rettssikkerhet uteblir. Ved andre opplysninger gjør hensynet til domstolens effektivitet i enda større grad gjeldende, sett i lys av formålet med raskt ro rundt barna. Utviklingen i tolkningen av «vesentlige svakheter» trekker derimot i retning av at effektiviteten i større grad må vike for sakens opplysning.

For det tredje kan det være «vesentlige svakheter» i tingrettens rettsanvendelse. En uriktig forståelse av loven medfører at hele saken bygger på et uriktig grunnlag. Om den uriktige tolkningen er til skade for den private part, vil vedtaket være lite forutsigbart. Hensynet til rettssikkerhet trekker i retning av at svakheter i tingrettens rettsanvendelse er «vesentlige svakheter». Dersom den uriktige tolkningen er til den private parts fordel, gjør hensynet til rettssikkerhet seg gjeldende i mindre grad. Om partene er foreldrene, kan hensynet til barnets beste trekke i motsatt retning. Barnets beste skal alltid tillegges vekt, jf. bvl. § 4-1, men kan gå foran ved motstrid med foreldrenes interesser. Hensynet til barnets stabilitet tilsier at det bør settes en grense for hvilke rettsanvendelsesfeil som skal omfattes. Domstolen skal derimot opptre på en rettferdig måte og sikre likhet for loven. Svakheter i rettsanvendelsen gir et

uriktig resultat i saken. Svakheterne bør omfattes av «vesentlige svakheter» etter bokstav c, slik at lagmannsretten kan «rette opp» uriktige forståelser av loven og sikre likhet for loven.

Til sist kan det være «vesentlige svakheter» i begrunnelsen. I begrunnelsen er det avgjørende å veie hensynet til barnets rettssikkerhet og stabilitet, hensynet til foreldrene og andre bevis og hensyn som gjør seg gjeldende i saken. Om svakheter i tingrettens begrunnelse er «vesentlig[]», varierer etter hvilke svakheter som foreligger i begrunnelsen.

På den ene siden ble det i HR-2019-675-U anført at det var feil av lagmannsretten å nekte anke blant annet fordi tingrettens begrunnelse var utilstrekkelig, jf. tvisteloven § 36-10 (3) bokstav c. Etter utvalgets syn burde tingretten mer uttrykkelig ha trukket frem betydningen av at all kontakt mellom barn og foreldre vil bli brutt ved adopsjon, inn i vurderingen. Tingretten hadde derimot lagt avgjørende vekt på hensynet til barnets beste, herunder at det etter rettens syn var usannsynlig at foreldrene «noen gang i fremtiden» ville gi barnet forsvarlig omsorg, og barnet hadde negative reaksjoner på kontakt med foreldrene. Høyesterett var enig med lagmannsretten at det ikke forelå «vesentlige svakheter» og forkastet anken. På den andre siden var det «vesentlige svakheter» i tingrettens begrunnelse i Rt-2011-1053. I kjennelsen kom ankeutvalget frem til at vilkåret i bokstav c var oppfylt da det var «uklart hvilken vekt tingretten hadde lagt på barnets ønske», jf. avsnitt 26.

At ankeutvalget i Høyesterett kom til ulike resultater i HR-2019-675-U og Rt-2011-1053, kan tas til inntekt for at hensynet til barnets rettssikkerhet har stor betydning ved avgjørelsen av om det foreligger «vesentlige svakheter» ved tingrettens begrunnelse. Ulikt resultat kan begrunnes i avveining mellom hensynet til at det raskt skal bli ro rundt barna og barnets rettssikkerhet. Dersom barnets rettssikkerhet ikke er ivaretatt, vil vekten av formålet bak § 36-10 (3) om raskt ro rundt barna veie mindre. Videre kan Høyesterett tolkes slik at barnets beste har størst vekt i en konflikt mellom barnets og foreldrenes interesser. Det stemmer best overens med at barnets beste er overordnede, jf. Grl. § 104 (2).

Videre kan det argumenteres for at kravet til begrunnelse øker, der resultatet til tingretten avviker fra sakkyndiges anbefaling og barnas ønsker, sml. HR-2019-1001-U. Disse bevisene er ofte avgjørende for å kaste lys over foreldrenes omsorgsevne og barnas situasjon. Dersom tingretten ikke legger avgjørende vekt på disse bevisene, bør begrunnelseskravet heves. Med et økt begrunnelseskrav skal det mindre til for at svakheter er «vesentlige».

Som nevnt tidligere, skal flere svakheter kumuleres. Dersom det foreligger flere svakheter av ulik type, vil målsetningen om et materielt riktig resultat i enda større grad gjør seg gjeldende og trekke i retning av at det skal mindre til for å overstige terskelen. Ved en anke får man muligheten til å rette svakheter ved tingrettens dom som anføres som ankegrunn.

Samlet sett vil det være varierende om det er «vesentlige svakheter» i tingrettens dom etter hvilke «svakheter» som foreligger. Rettspraksis har gått i retning av at det skal mindre til for å overstige terskelen enn ved vedtakelse av tvisteloven, som gjør at flere tilfeller vil omfattes. Lovgivers vilje om en streng bestemmelse for å raskt få ro rundt barna vil i større grad vike for målet med en forsvarlig saksbehandling og hensynet til rettssikkerhet. Enhver feil kan derimot ikke omfattes.

2.2 Kan-skjønn etter § 36-10 (3) bokstav c

2.2.1 Oversikt

Lagmannsretten «kan» samtykke til anke når et av vilkårene i bokstav a til d er oppfylt, jf. tvl. § 36-10 (3). Avhandlingen fokuserer på bokstav c og spørsmålet er i hvilken grad lagmannsretten «kan» gi samtykke til anke når det foreligger «vesentlige svakheter ved tingrettens avgjørelse eller saksbehandling». Kan-skjønn gir opphav til tre problemstillinger. Den første problemstillingen er i hvilken grad «kan» skal tolkes som «skal». Den andre problemstillingen er om det er en hovedregel i «kan»-skjønn. Den andre problemstillingen er hvilke momenter som eventuelt er relevante i «kan»-vurderingen.

2.2.2 I hvilken grad skal «kan» tolkes som «skal»?

I vesentlighetsvurderingen ble det lagt til grunn et skille mellom ulike typer relevante svakheter. Kan karakteren av svakheter ha betydning for lagmannsrettens skjønnsutøvelse? Spørsmålet er i hvilken grad «kan» skal tolkes som «skal».

Ordlyden av «kan» tilsier en valgfrihet. Domstolen kan enten velge å samtykke til ankebehandling eller nekte anke fremmet. På lik linje med ordlyden trekker forarbeidene i retning av en «kan»-regel. Det følger av Innst.O.nr. 110 (2004-2005) s. 10 at det «bør [] etter flertallets oppfatning legges vesentlig vekt på om det er sannsynlig at resultatet vil bli et annet

etter ankeforhandling». Forarbeidene kan forstås slik at lovgiver ikke ønsker å gi partene en rett til ankebehandling, selv om grunnvilkåret er oppfylt.

Rt-2014-1034 trekker i samme retning som ordlyd og forarbeid. Etter at Høyesteretts ankeutvalg har funnet at lagmannsretten hadde foretatt en uriktig forståelse av § 36-10 (3) bokstav c uttaler ankeutvalget i avsnitt 18 at; «å oppheve lagmannsrettens beslutning og overlate den konkrete vurderingen av om samtykke kan og bør gis, til lagmannsretten» stemte best med Høyesteretts funksjon og loven. Lagmannsretten måtte foreta en ny vurdering av om et av vilkårene a-d var oppfylt. I kjennelsen legger Høyesteretts ankeutvalg opp til at bestemmelsen er en «kan»-regel.

Den generelle retningslinjen ut fra ordlyd, forarbeid og Rt-2014-1034 er at «kan»-vurderingen er skjønnsmessig. Vurdering er tillagt lagmannsretten, og «kan» skal ikke tolkes som «skal».

Spørsmålet er om den generelle retningslinje kan fravikes for enkelte typer «vesentlige svakheter».

Saksbehandlingsfeil som er grunnlag for ubetinget opphevelse etter § 29-21 (2) er de groveste «vesentlige svakhet[ene]». Det er behov for å undersøke om disse saksbehandlingsfeilene fraviker den generelle retningslinjen.

Ordlyd og forarbeid skiller ikke mellom saksbehandlingsfeil som er grunnlag for ubetinget opphevelse, jf. § 29-21 (2) og mindre grove saksbehandlingsfeil. Ordlyd og forarbeidene trekker i retning av at den generelle retningslinjen også skal gjelde for de groveste saksbehandlingsfeilene.

Rettspraksis har derimot lagt seg på en annen linje. Det gjelder blant annet om retten er avgjort uten at retten var satt med meddommere, jf. HR-2018-356-U. I kjennelsen mente Høyesteretts ankeutvalg at lagmannsretten hadde vurdert feilene etter § 29-21 (2) bokstav b riktig som «vesentlige svakheter». Domstolen begrunnet derimot nekte av anke av hensyn til barna, og at barna ikke skulle utsettes for ytterligere behandling av saken. Høyesterett hadde forståelse for lagmannsrettens subsumsjon, men mente tvl. § 36-10 (3) ikke kunne forstås slik at saksbehandlingsfeil under tvl. § 29-21 (2) inngår i en skjønnsmessig vurdering, jf. avsnitt 13-14.

Et argument for at svakheter i saksbehandlingen som er grunnlag for ubetinget opphevelse står i en særstilling, jf. § 29-21 (2), er sammenhengen med synspunktet om at en tingrettens dom med slike svakheter uansett kan oppheves etter § 29-12 (2) bokstav c. Et annet argument er at domstolen ikke har opptrådt på en betryggende måte, dersom saksbehandlingen har grove svakheter.

Svakheter i saksbehandlingen som er grunnlag for ubetinget opphevelse står i en særstilling. Ved slike «vesentlige svakheter», skal «kan» tolkes som «skal».

Videre skal det undersøkes om «vesentlige svakheter» i rettsanvendelsen kan stå i en særstilling. Om tingretten har foretatt en uriktig tolkning av barnevernloven til skade for den private part, tilsier hensynet til rettssikkerhet at anke «skal» fremmes. Tvangsvedtak er inngrepene i familielivet og den private part må sikres mot at myndighetene utfører unødvendig tvangsbruk. Dessuten vil en betryggende behandling i domstolene, sikres ved en riktig tolkning av loven. Ved tolkning til skade for den private part, bør «kan» tolkes som «skal». Om en uriktig tolkning er til den private parts gunst, kan det argumenteres for at det skal være opp til lagmannsrettens skjønn om anke skal fremmes. Som nevnt, kan derimot hensynet til barnets beste og en betryggende behandling trekke i motsatt retning. Ettersom det ikke er konkrete omtaler av om at svakheter i rettsanvendelsen skal stå en særstilling, bør man må falle tilbake på det generelle utgangspunktet. En nærmere avklaring må eventuelt gis i rettspraksis eller av lovgiver.

I tillegg må det undersøkes om den generelle retningslinjen kan fravikes for mindre saksbehandlingsfeil og «vesentlig svakheter» i begrunnelse og det faktiske avgjørelsesgrunnlaget. Slike svakheter er av varierende alvorlighetsgrad og det er en konkret vurdering om det foreligger «vesentlige svakheter».

Ved mindre alvorlige saksbehandlingsfeil vil den generelle retningslinjen gjelde, jf. eksempelvis HR-2019-894-U. I HR-2019-894-U hadde saken vært forberedt av en dommer i tingretten, som senere ble kjent inhabil i forkant av hovedforhandlingen. Ankeutvalget var uenig med lagmannsretten om at bokstav c ikke var oppfylt og opphevet lagmannsrettens beslutning. Videre uttaler Høyesteretts ankeutvalg i avsnitt 18 at «lagmannsretten [må] ta stilling til om samtykke skal gis» i den nye beslutningen. Svakheter i det faktiske avgjørelsesgrunnlaget er også en saksbehandlingsfeil. Det er ikke grunnlag for å trekke andre slutninger for det faktiske avgjørelsesgrunnlaget.

I Rt-2011-1053 som etter bokstav c gjaldt svakheter i tingrettens begrunnelse, ble det uttalt i avsnitt 27 at «[h]vorvidt det i tilfeller hvor de lovbestemte vilkår for å gi samtykke til anke til lagmannsretten er oppfylt, skal gis anketillatelse, må vurderes av lagmannsretten». Ut fra denne slutningen er det også opp til lagmannsretten skjønn om samtykke gis og «kan» skal ikke tolkes som «skal» når svakheten gjelder tingrettens begrunnelse.

Samlet sett er tvl. § 36-10 (3) i hovedsak en «kan»-regel, der det er opp til lagmannsretten å vurdere om anke skal fremmes. Saksbehandlingsfeil etter § 29-21 (2) står i særstilling og det kan trekkes samme slutning for rettsanvendelsesfeil. I slike tilfeller skal «kan» tolkes som «skal».

2.2.3 Hovedregel ved lagmannsrettens skjønnsutøvelse

I de tilfellene der lagmannsretten har et «kan»-skjønn, er spørsmålet om det kan oppstilles en hovedregel. Hovedregelen kan enten være at samtykke bør gis når bokstav c er oppfylt eller ikke. Spørsmålet er om det kan oppstilles en generell hovedregel for «vesentlige svakheter» ved tingrettens avgjørelse eller saksbehandling.

Ordlyden gir ingen veiledning til hvordan lagmannsretten skal utøve sitt skjønn. I forarbeidene er det også lite å hente. Om det finnes en hovedregel som lagmannsretten må forholde seg til, må det søkes besvart i andre rettskilder.

I kommentarutgaven til Tvisteloven fra 2013 kommer Schei m.fl. med uttalelser om hvordan samtykkeregelen skal forstås og hva som er formålet.

«Ved praktiseringen av samtykkeregelen – herunder det mer samlede skjønnnet som må foretas – er det viktig å ta utgangspunkt i samtykkeordningens forhistorie og formål: Å sikre at flest mulig barnevernsaker får sin endelige avgjørelse i tingretten, slik at man så raskt som råd kommer til en avklaring for barnet. Dette tilsier en streng praktisering, se innst. side 10. Praksis ved lagmannsrettene synes å bekrefte av dette er fulgt opp».²⁴

En streng praktisering av samtykkevurderingen tilsier at det skal mye til at lagmannsretten kan gi samtykke og en hovedregel om ikke å gi samtykke til ankebehandling.

²⁴ Schei mfl. II s.1331

I Rt-2014-1034 avsnitt 18 peker Høyesteretts ankeutvalg i et obiter dictum på at det som regel vil være slik; «at dersom det først konstateres at tingrettens saksbehandling eller avgjørelse lider av «vesentlige svakheter», så følger det at det også bør gis samtykke til ankebehandling». Lagmannsretten hadde tolket § 36-10 (3) bokstav c uriktig og denne uttalelsen inngår i domspremissene om hvordan bestemmelsen skal tolkes. Jeg forstår det slik, at Høyesterett gir en generell uttalelse om at hovedregelen er at lagmannsretten bør samtykke til anke ved «vesentlige svakheter».

Kjennelsen kan tas til inntekt for det motsatte synspunktet av Schei mfl., altså at det må noe mer til for at lagmannsretten skal nekte samtykke. Høyesterett avsto fra å prøve saken fullt ut, ettersom det var Høyesterett plikt å sende saken tilbake til vurdering i lagmannsretten, jf. Rt-2014-1034 avsnitt 18. Uttalelsen var ikke nødvendig for resultatet og har lavere vekt enn en uttalelse som er nødvendig for resultatet.

På en annen side er det påpekt av Skoghøy at; «partene etter barnevernsloven § 4-21 (2) som hovedregel [kan] kreve at saken blir behandlet på nytt av fylkesnemnda når det er gått tolv måneder etter forrige behandling i fylkesnemnd eller domstol».²⁵

At partene kan få muligheten til å prøve saken på ny i fylkesnemnda etter domstolsbehandling i tingretten, trekker i retning av at hovedregelen bør være at samtykke til anke til lagmannsretten ikke skal gis. Partene må derimot vente et år før de kan prøve saken sin på nytt i fylkesnemnda. Barnevernssaker gjelder inngripende vedtak, som adopsjonsvedtak, og partene ønsker oftest en raskest mulig avklaring. Barnevernssaker er prioritetsaker i domstolene og skal berammes så fort som mulig. Selv om saken kan prøves på ny i fylkesnemnda etter bvl. § 4-21, kan det ikke tilsi at hovedregelen skal være at samtykke til anke til lagmannsretten ikke gis.

I hvilken grad hensyn, som rettssikkerhet og sivilprosessuelle hensyn, gjør seg gjeldende vil variere etter hvilke «vesentlige svakheter» som foreligger. Det kan ikke argumenteres for en generell hovedregel, men hensyn vil inngå som momenter i den konkrete saken av om lagmannsretten bør gi samtykke. I neste punkt behandles nærmere hvilke momenter som er sentrale i «kan»-vurderingen.

²⁵ Skoghøy, *Tvisteløsning* (2017) s. 1147

Selv om skjønnnet hører til lagmannsretten, trekker argumenter fra et obiter dictum i Rt-2014-1034, teori og hensyn i ulike retninger av om det finnes en generell hovedregel. Om det ønskes en klar generell hovedregel, må lovgiver enten vedta en lovendring ellers må Høyesterett gi en avklaring.

2.2.4 Nærmere om hvilke momenter som er sentrale i «kan»-vurderingen

Det finnes ikke en generell hovedregel for om lagmannsretten bør gi samtykke til anke eller ikke. Vurderingen av «kan» er skjønnsmessig og styres av ulike momenter. Spørsmålet er hvilke momenter som er sentrale i en vurdering av om lagmannsretten «kan» gi samtykke til anke etter bokstav c.

Ordlyden gir ingen anvisning på konkrete tilfeller eller hvilke momenter som inngår i lagmannsrettens skjønnsmessige vurdering. Hvilke momenter som er avgjørende, må søkes avklart i andre rettskilder.

Det følger av Innst.O.nr. 110 (2004-2005) s. 10 at;

«[f]lertallet vil understreke at før barnevernssakene møter silingsregelen til lagmannsretten, har den vært gjenstand for behandling både i fylkesnemnda og i tingretten. [...] [E]tter flertallets oppfatning [bør det] legges vesentlig vekt på om det er sannsynlig at resultatet vil bli et annet etter ankeforhandling».

Forarbeidet kan tas til inntekt for at lagmannsretten må gjøre en vurdering av om det er mer sannsynlig enn ikke for et annet resultat.

Momentet som er brakt frem i innstillingen ligger et sted mellom § 29-21 (1) og (2). I (2) ramses opp saksbehandlingsfeil som skal gis ubetinget virkning, mens etter (1) skal det foretas en vurdering av om det er «nærliggende» at saksbehandlingsfeilen «kan ha hatt betydning» for avgjørelsen som er anket. At det er «nærliggende» at saksbehandlingsfeilen «kan» ha virket inn på innholdet, krever mindre enn sannsynlighetsovervekt. Etter innstillingen kreves det at det er mer sannsynlig at resultat vil bli et annet enn ikke. En prognosevurdering kan sile ut unødvendige anker. Vurderingen kan derimot medføre vanskelig problemstillinger i grenseland. Det er viktig å påpeke at momentet i forarbeidene ikke er begrenset til saksbehandlingsfeil som § 29-21 (1).

Det er derimot ikke et absolutt krav at resultatet vil bli et annet, men det er et moment som skal tillegges stor vekt etter lovgivers mening. Det samsvarer med at vurderingen i utgangspunktet ligger til lagmannsrettens skjønn, jf. «kan». Forarbeidsuttalelsen er direkte sitert i Rt-2008-106 avsnitt 20, som gir lovgivers standpunkt støtte i rettspraksis og enda mer vekt.

Et annet moment som er fremhevet i rettspraksis er hvilke typer «vesentlige svakheter» som er anført i saken og alvoret av svakhetene. Ved de groveste saksbehandlingsfeilene, feil som skal tillegges ubetinget virkning etter § 29-21 (2), er det ikke et rom for «kan»-skjønn. I mindre alvorlige saker må derimot lagmannsretten foreta en vurdering. I HR-2019-894-U, som er nevnt ovenfor, ble en saksforberedende dommer kjent inhabil i forkant av hovedforhandlingen. Høyesterett kom frem til at inhabiliteten var «vesentlige svakheter», men saken ble sendt til lagmannsretten for å vurdere om saken skulle fremmes eller ikke. Ut fra alvorlighetsbetraktningen er det større grunn til å nekte anke av saker med en mindre alvorlig ankegrunn.

Om hensynet til forsvarlighet er tillagt vekt, har også betydning for om anke bør fremmes til behandling i lagmannsretten. I Rt-2011-1053 uttales det at «[n]år ett eller flere av vilkårene for å gi anketillatelse er oppfylt, må lagmannsrettens vurdering av hvorvidt anketillatelse skal gis, begrunnes i den utstrekning hensynet til forsvarlig saksbehandling tilsier det».

Høyesteretts ankeutvalg kom derimot frem til at bokstav c var oppfylt, som var det motsatte av lagmannsretten. Beslutningen til lagmannsretten ble opphevet og sendt tilbake for vurdering hos lagmannsretten. Uttalelsen var ikke nødvendig for resultatet og har mindre vekt enn en uttalelse som har hatt betydning for resultatet. Hensynet til en forsvarlig saksbehandling er derimot en grunnleggende målsetning i sivilprosessen og har gjennomgående betydning for vurderinger etter tvisteloven. Rettssystemet streber for at saker skal være fullstendig opplyst og balansert. Hensynet til en forsvarlig saksbehandling er et moment i vurderingen som tilsier ankebehandling.

I tillegg til hensynet til forsvarlig saksbehandling, skal hensynet til barnets beste ha betydning ved alle avgjørelser som gjelder barn. Barnets beste kan derfor også få betydning i vurderingen av om lagmannsretten skal gi samtykke til anke. På en side fremmet justiskomiteen at de ønsket at det «raskt skal bli ro omkring barna» og derfor at

lagmannsretten skal begrense ankeadgangen.²⁶ Standpunktet trekker i samme retning som hensynet til effektivitet i domstolene og at enhver sak ikke kan fremmes til behandling. Om enhver sak fremmes til ankebehandling, vil det senke rettsprosessen og medføre at saker i domstolen får lengre beramningstid. På en annen side kan også hensynet til barnets beste begrunne at lagmannsretten bør gi samtykke til anke. For eksempel kan hensynet til barnets rettssikkerhet være satt på prøve, dersom barnets ønsker ikke er hørt. På lik linje kan hensynet til andres rettssikkerhet tilsi anke. Sakene gjelder administrative tvangsvedtak. Vedtakene er også inngripende overfor foreldre til barna og deres rettssikkerhet må også ivaretas.

Samlet sett finnes det en rekke momenter som skal tillegges vekt i lagmannsrettens vurdering. Alvoret av svakheten ser også ut til å prege vurderingen. Hensynet til en forsvarlig saksbehandling er trukket opp i rettspraksis og hensynet til barnets beste skal alltid tillegges vekt i en vurdering som gjelder barn. Andre hensyn av betydning for vurderingen er effektivitet og rettssikkerhet.

²⁶ Innst.O.nr. 110 (2004-2005) s. 10

3 Rettstilstanden i dag

3.1 Oversikt

Den europeiske menneskerettighetsdomstolen har avsagt flere dommer mot Norge innen barnevernsrett den siste tiden, jf. blant annet Strand Lobben.²⁷ Strand Lobben ble avsagt i storkammer og har i senere tid vært et utgangspunkt for lignende vurderinger i EMD, se for eksempel K.O. og V.M. mot Norge, og blitt vist til i senere høyesterettspraksis, se for eksempel HR-2020-661-S, HR-2020-663-S, HR-2020-1789-A og HR-2020-1968-A.²⁸ For å kunne undersøke hvilken betydning Strand Lobben har hatt for tolkningen av tvl. § 36-10 (3) bokstav c, kommer jeg først til å gjennomgå Strand Lobben og de retningslinjene som EMD har gitt i storkammerdommen.

3.2 Strand Lobben mot Norge

3.2.1 Faktum og saksgang

Strand Lobben-dommen gjaldt en mor som oppsøkte hjelp fra barnevernet under svangerskapet i 2008. Barnevernet var bekymret for morens mentale helse, og hennes evne til å forstå alvoret og konsekvensene av å ha ansvar for et barn. Moren fikk innvilget frivillig opphold på en institusjon for barn og foreldre i tre måneder. Under oppholdet ble moren observert. Når barnet var tre uker gammelt, valgte moren å avslutte oppholdet. Barnevernet fattet da et akuttvedtak om å plassere barnet i fosterhjem med hjemmel i barnevernloven § 4-6 (2), da de vurderte at moren ikke var egnet til å ta vare på barnet alene. Kort tid etter akuttvedtaket fremmet barnevernet et krav om at det ble fattet et nytt vedtak om omsorgsovertakelse, jf. barnevernloven § 4-12. Barnevernet fikk medhold i fylkesnemnda. Moren krevde rettslig overprøving av vedtaket i fylkesnemnda. I tingretten fikk moren medhold, mens lagmannsretten kom til samme resultat som fylkesnemnda. Saken ble ikke anket videre fra lagmannsretten.

²⁷ *Strand Lobben and others v. Norway* [GC], no. 37283/13

²⁸ *K.O. and V.M v. Norway* [J], no. 64808/16

Senere gikk moren til ny sak for å få barnet tilbake, subsidiært ønsket moren mer samvær med barnet enn hun hadde på tidspunktet. Barnet var da tre år gammelt. Mor hadde på dette tidspunktet fått et barn til og giftet seg med dette barnets far. På dette grunnlag mente mor at hennes omsorgssituasjon hadde endret seg. Barnevernet fremmet imidlertid sak om adopsjon etter barnevernloven § 4-20 og vedtaket ble opprettholdt av fylkesnemnda. Moren krevde rettslig overprøving av adopsjonsvedtaket. Tingretten tok ikke i betraktning de nye opplysningene fra mor og kom frem til samme resultat som fylkesnemnda. Lagmannsretten gav ikke sitt samtykke til ankebehandling. Domstolen kom frem til at det ikke forelå vesentlige svakheter eller nye opplysninger. Anken til Høyesterett ble forkastet. Saken om adopsjonsvedtaket ble klaget inn til den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD). EMD kom først til at retten til familieliv (EMK art. 8) ikke var krenket i kammeravgjørelse 30. november 2017. Moren begjærte derimot prøving av avgjørelsen, og saken ble avgjort i favør av moren under dissens i storkammer 10. september 2019.

3.2.2 EMDs alminnelige retningslinjer

Den overordnede problemstillingen var om norske myndigheters behandling av Strand Lobben-saken utgjorde et brudd med EMK art. 8 om retten til familieliv, jf. avsnitt 214.

I avsnitt 204 fastslår flertallet i EMD at det er bred enighet («a broad consensus») om at barnets beste er av størst betydning («of paramount importance») i alle avgjørelser som gjelder barn. På lik linje er hensyn til familiefelleskap og gjenforening («regard for family unity and for family reunification») viktige i vurderingen av retten til familieliv, dersom foreldre og barn blir separert.²⁹ Når barnets beste og hensynet til foreldrene kommer i konflikt må myndighetene avveie mellom barnets beste og familiegjenforening.³⁰ Balansen skal være rettferdig («fair balance»), men det bør legges særlig vekt på barnets beste som, avhengig av art og alvor, kan veie tyngre enn hensynet til foreldrene.³¹

På den ene siden må barnets bånd til familien ivaretas, så lenge foreldrene ikke har vist seg å være spesielt uegnet («particularly unfit»)³² Myndighetene må gjøre alt for å bevare personlige relasjoner («to preserve personal relations») og gjenforene familien («rebuild the

²⁹ Avsnitt 205

³⁰ Avsnitt 206

³¹ Ibid.

³² Avsnitt 207

family») når det er passende.³³ Familiebånd må bare kuttet ved helt spesielle omstendigheter («very exceptional circumstances»)³⁴ På den andre siden, er det klart i barnets interesse å sikre barnets utvikling i trygge omgivelser, og foreldre kan ikke kreve at staten skal gjennomføre tiltak som vil skade barnets helse og utvikling, jf. artikkel 8.³⁵

En annen retningslinje er at omsorgsovertakelse skal anses som et midlertidig tiltak («a temporary measure»), som skal avsluttes så fort som omstendigheter tillater det («soon as circumstances permit»). Den midlertidige omsorgsovertakelsen skal skje i samsvar med det ultimate formålet om å gjenforene de biologiske foreldre med barna («the ultimate aim of reuniting the natural parents and the child»)³⁶ Dersom det har gått lang tid siden barnet ble tatt fra sine foreldre, kan hensynet til barnets stabilitet veie tyngre enn hensynet til foreldrene og gjenforening.³⁷ Dersom myndighetene ikke har sikret gjenforening mellom barn og foreldre, kan de ikke basere sin avgjørelse, om å autorisere adopsjon, på grunnlag av manglende bånd mellom barnet og foreldrene.³⁸

Når myndigheten velger å omplassere et barn fra et fosterhjem og foreta mer drastiske tiltak, som fratakelse av foreldreansvar og adopsjon, er konsekvensen et brudd i kontakten mellom foreldre og barn. Slike tiltak bør bare anvendes i usedvanlige tilfeller («in exceptional circumstances») og kan bare rettferdiggjøres når foreldreansvar eller adopsjon er overveiende til barnets beste, jf. avsnitt 209. Ved adopsjon er det ingen reelle muligheter for familiegjenforening, men da skal det være i barnets interesse å bli plassert permanent i den nye familien.³⁹

Domstolens oppgave er å overprøve avveiningen til myndighetene i medlemslandene med utgangspunkt i EMK, jf. Avsnitt 210. Myndighetene har en vid skjønnsmargin («enjoy a wide margin of appreciation») når de avgjør om det er nødvendig å ta et barn under offentlig omsorg.⁴⁰ Skjønnsmarginen til myndighetene er varierende. EMD har i visse tilfeller lagt vekt på om myndighetene, før de tar barnet under det offentliges ansvar, først har prøvd mindre drastiske tiltak.⁴¹ Videre gjør EMD en grundig undersøkelse av om staten har satt

³³ Ibid.

³⁴ Ibid.

³⁵ Avsnitt 207

³⁶ Avsnitt 208

³⁷ Ibid.

³⁸ Ibid.

³⁹ Avsnitt 209

⁴⁰ Avsnitt 211

⁴¹ Ibid.

begrensninger som medfører at familieforholdet mellom foreldrene og et lite barn blir effektivt begrenset.⁴² Det er også viktig at domstolen avgjør om synspunktene og interessene til de biologiske foreldrene («the views and interests of the natural parents») er gjort kjent med og tatt i betraktning i avgjørelsene til myndighetene.⁴³

3.2.3 Den konkrete vurderingen

I den konkrete saken var inngrepet (adopsjonen) i samsvar med loven, nemlig barnevernloven og formålet var tilstede («pursue legitimate aims, namely the «protection of health or morals» and «rights and freedom»⁴⁴ Det avgjørende var om inngrepet var forholdsmessig, altså om det er foretatt en balansert avveining mellom barnets og foreldrenes interesser.⁴⁵

Når EMD vurderte om inngrepet var forholdsmessig, foretok EMD en samlet vurdering av om behandlingen av omsorgsvedtaket og adopsjonsvedtaket stred med EMK art. 8.

For det første hadde ikke norske myndigheter tatt i betraktning at det hadde skjedd store endringer i mors liv, altså at moren hadde giftet seg og fått et barn til.⁴⁶ Det ble også poengtert av flertallet i EMD at avgjørelsen bygget på en situasjon der mor og barnet hadde hatt veldig begrenset kontakt. Formålet var ikke å etablere en relasjon med mål om å gjenforene barnet med sin biologiske mor i fremtiden, men at barnet skulle være kjent med sine røtter.⁴⁷

For det andre hadde ikke samvær blitt gjennomført slik at moren kunne skape en fri tilknytning til barnet. Selv om samværene ofte ikke hadde fungert, ble det gjort lite for å prøve ut alternative ordninger for å etablere kontakt.⁴⁸ EMD stiller krav til samværets kvalitet og kvantitet.

I avsnitt 222 poengterer flertallet i EMD at et av de avgjørende momentene i saken var at det ikke forelå oppdaterte rapporter fra sakkyndige. Det var to psykologer som vitnet i saken. De hadde utført eksaminasjoner om mors omsorgsevne to år tilbake, men det var før mors liv hadde endret seg. Mangel på nylige rapporter begrenset avgjørelsesgrunnlaget. Mor kunne

⁴² Ibid.

⁴³ Avsnitt 212

⁴⁴ Avsnitt 214

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Avsnitt 220

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Avsnitt 221

ikke klandres for å ta opp saken gjentatte ganger, selv om flere behandlinger i rettsinstansene var skadelig for barnet i det lange løp, jf. avsnitt 223.

Til slutt ble norske myndigheters vurderingen av barnets sårbarhet tatt i betraktning.⁴⁹ Barnet hadde utviklet en sårbarhet på grunn av mye flytting, og sårbarheten var en sentral grunn til å plassere barnet i fosterhjem. EMD mente at det ikke forelå informasjon om hvordan sårbarheten hos barnet kunne forverres ved en gjenforening med mor, ettersom omsorgssituasjonen til moren hadde endret seg. EMD mente at barnets sårbarhet burde ha blitt vurdert mer detaljert i saken, ettersom det var et avgjørende argument fra norske myndigheter for adopsjon.⁵⁰

Samlet sett kom flertallet i Strand Lobben til at Norge ikke hadde foretatt en god nok balanse mellom hensynet til å bevare den biologiske familien og adopsjon. Norske myndigheter hadde fokusert på at det var i barnets interesse å bli adoptert bort, og vurderte ikke muligheten for å gjenforene barnet med moren.⁵¹

Inngrepet var ikke «necessary in a democratic society», jf. EMK art. nr. 2, og det forelå et brudd med EMK art. 8 om retten til familieliv.

3.3 Strand Lobbens påvirkning på § 36-10 (3) bokstav c

3.3.1 Oversikt

Under punkt 2 ble rettstilstanden i forkant av Strand Lobben drøftet. Det ble drøftet hvilke svakheter som var relevante og om svakhetene må identifiseres, om det må foreligge flere svakheter og om flere svakheter kan kumuleres og når terskelen for «vesentlig[]» var oversteget. Kan-vurderingen ble også gjennomgått. I punkt 3.3 skal det vurderes hva rettstilstanden er i dag. Det første spørsmålet er om flere svakheter i tingrettens rettsanvendelse, begrunnelse og faktiske avgjørelsesgrunnlag er relevante i dag. Det andre spørsmålet er når svakheter som vurderes opp mot EMDs praksis er «vesentlig[]». Det tredje

⁴⁹ Avsnitt 224

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Avsnitt 220

spørsmålet er i hvilken grad lagmannsretten skal samtykke til anke over tingrettsdommer som strider med EMK art. 8.

Spørsmålet om svakhetene må identifiseres, om det må foreligge flere svakheter og om flere svakheter kan kumuleres kommer ikke til å bli behandlet nærmere i punkt 3.3, ettersom det ikke er en endret rettsstilstand i dag om dette.

3.3.2 EMDs praksis og vilkåret «vesentlige svakheter»

3.3.2.1 Er flere «svakheter» i tingrettens rettsanvendelse, faktiske avgjørelsesgrunnlag og begrunnelse relevante i dag?

HR-2020-661-S gjaldt anke over lagmannsrettens beslutning om ikke å samtykke til ankebehandling av sak om fratakelse av foreldreansvar og samtykke til adopsjon. Avgjørelsen reiste i hovedsak spørsmål om retten til familieliv, særlig i lys av Strand Lobben. I avsnitt 112 følger det at Høyesterett mener det er behov for justeringer i norsk rettspraksis ettersom EMDs praksis har vist til at beslutningsgrunnlaget, avveining og begrunnelsen ikke alltid har vært tilstrekkelig. I avveiningen inngår rettsanvendelse, der tingretten må anvende bestemmelsen korrekt opp mot det konkrete tilfellet. Spørsmålet er om EMD s praksis har medført at flere svakheter i tingrettens rettsanvendelse, begrunnelse og det faktiske avgjørelsesgrunnlag er relevante i dag.

For det første må det undersøkes om EMDs praksis har påvirket hvilke svakheter som er relevante i tingrettens rettsanvendelse. I HR-2020-1789-A var det spørsmål om tingretten hadde gjort en korrekt rettsanvendelse av det konkrete tilfellet opp mot EMK art. 8 og EMDs praksis. HR-2020-1789-A gjaldt anke over lagmannsrettens beslutning om ikke å gi samtykke til ankebehandling av en sak om opphevelse av vedtak om omsorgsovertakelse, jf. tvisteloven § 36-10 tredje ledd og barnevernloven § 4-21. I HR-2020-1789-A avsnitt 61 følger det at Høyesterett har konkludert med at § 4-21 ikke er i strid med EMK art. 8, men at det var usikkert om terskelen var anvendt riktig med tanke på hvert enkelttilfelle må vurderes opp mot EMK art. 8. En av retningslinjene i Strand Lobben var at det overordnede målet om gjenforening og verdien av familiebåndene må være grundig vurdert av myndighetene. Tingretten hadde blant annet ikke avveid barnets ønske om å bli boende hos fosterforeldrene opp mot målet om gjenforening og verdien av familiebåndene. Svakheter i rettsanvendelsen

kan altså påvises der tingretten ikke har avveid rettsreglene på det konkrete tilfellet opp mot EMK art. 8.

For det andre må det undersøkes om EMDs praksis har påvirket hvilke svakheter som er relevante i det faktiske avgjørelsesgrunnlaget. I forholdsmessighetsvurderingen til EMD i Strand Lobben vurderes hele behandlingen av saken fra barnevernet til domstolene opp mot EMK art. 8. Lagmannsretten vurderer i utgangspunktet tingrettens behandling av saken, men Høyesterett uttaler i HR-2020-661-S avsnitt 153 at svakheter fra tidligere behandlinger kan forplante seg videre. Svakheter fra fylkesnemndas behandling av saken kan derfor også tillegges vekt. Det følger av HR-2020-1789-A avsnitt 73 at fylkesnemnda burde bestemt at en sakkyndig sitt mandat for fylkesnemnda også skulle ha omfattet en oppdatert vurdering av tilknytningen mellom C og mor. Det var opptrappet med samvær og mor hadde en endret omsorgsevne siden en tidligere utredning ble tatt, men mandatet skulle likevel bare omfatte barnets tilknytning til sitt fosterhjem. Det var en svakhet fra fylkesnemnda som hadde forplantet seg videre i tingrettens dom.

Strand Lobben legger tydelig vekt på at om mors omsorgsevne har endret seg, må myndigheten sørge for opplysning om mors endrede omsorgsevne. I HR-2020-661-S kunne mors omsorgsevne vært opplyst med en sakkyndighetsrapport av nyere dato. I HR-2020-661-S kunne mor på lik linje som mor i Strand Lobben vise til positive endringer i sin omsorgssituasjon. Det ble derimot ikke gjennomført en sakkyndighetsrapport som kunne belyse de positive endringene i mors liv. Svakheter i det faktiske avgjørelsesgrunnlaget oppstår der det ikke er gjort nok for å belyse en situasjon der en foreldre har en endret omsorgssituasjon.

Videre stiller Strand Lobben krav til samværets kvalitet og kvantitet. Samvær er et hjelpetiltak og kan belyse foreldrenes omsorgsevne. Dersom samværet har vært begrenset eller utilfredsstillende, vil det i mindre grad belyse foreldrenes omsorgsevne og om tvangsvedtaket burde vært gjennomført. Det faktiske avgjørelsesgrunnlaget vil derfor være utilstrekkelig. I Strand Lobben hadde ikke samværene vært særlig egnet til å la mor fritt knytte kontakt med barnet. Selv om samværene ofte ikke hadde fungert, ble det gjort lite for å finne alternative samværløsninger.

En annen svakhet i det faktiske avgjørelsesgrunnlaget kan påvises der permanent tilsyn av mors og barnets samvær ikke er begrunnet konkret. Det følger av K.O. og V.M.-dommen

avsnitt 69 at «permanent tilsyn må være begrunnet konkret («justified on special grounds» i den enkelte sak, siden formålet med samvær er å styrke familiebandene mellom barn og foreldre», jf. K.O. og V.M. mot Norge avsnitt 69.⁵² K.O. og V.M-dommen gjaldt akutt plassering av spedbarn kort tid etter fødsel og begrenset samvær mellom biologiske foreldre og barnet. Det ble konstatert krenkelse av EMK art. 8 på bakgrunn av samværsfastsettelse.

Det kan også tenkes andre svakheter i det faktiske avgjørelsesgrunnlaget, men tingrettens dom og tidligere ledd i behandlingen av saken må vurderes konkret etter EMK art. 8 opp mot Strand Lobben og annen praksis fra EMD.

For det tredje må det undersøkes om EMDs praksis har påvirket hvilke svakheter som er relevante i tingrettens begrunnelse. Om det er usikkert hvilken vekt barnets beste har hatt i tingrettens begrunnelse, vil det være svakhet. Norsk rett følger allerede EMD på dette punkt, jf. eksempelvis Rt-2011-1053 og bvl. § 4-1. Strand Lobben stiller derimot ytterligere krav. Om barnets sårbarhet er tatt i betraktning, må sårbarheten være velbegrunnet. Dersom sårbarheten ikke er velgrunnet der den er tatt i betraktning, vil det være en svakhet. Strand Lobben stiller også krav til at omsorgsovertakelse skal være midlertidig eller at adopsjon bare skal skje i helt spesielle tilfeller. I HR-2020-1789-A kom Høyesterett til at begrunnelsen i tingrettens dom ikke i tilstrekkelig grad viste at retten hadde tatt utgangspunkt i at en omsorgsovertakelse skal være midlertidig og det forelå svakheter i tingrettens begrunnelse.

Videre viser EMD-praksis at det er «et skjerpet krav til begrunnelse», hvis myndighetene har «gitt opp målet til med gjenforening», jf. HR-2020-661-S avsnitt 165. Gjenforeningsformålet kan bare gis opp når det «foreligger spesielle og sterke grunner», jf. avsnitt 145. «Men dette formålet kan likevel ikke medføre at det fastsettes et samvær som er urimelig belastende for barnet», jf. avsnitt 146. I HR-2020-661-S var barnet i saken i en spesiell situasjon. Jenta skulle i et nytt fosterhjem og måtte få mulighet til ro, jf. avsnitt 147. Det ble derfor fastsatt et minimumssamvær, men det var tidsbegrenset og kunne øke når situasjonen stabiliserte seg, jf. avsnitt 149. Tingretten la avgjørende vekt på å finne et samvær som var til det beste for barnet. Høyesterett fant da gjenforeningsformålet i realiteten ikke var oppgitt, jf. avsnitt 151 og begrunnelsen var uten mangler. Svakheter i begrunnelsen oppstår der

⁵² *K.O. and V.M v. Norway* [J], no. 64808/16

gjenforeningsformålet i realiteten er oppgitt i et tilfelle der tingretten ikke kan vise til spesielle og sterke grunner i sin begrunnelse.

Strand Lobben og senere praksis stiller et mengdetall av retningslinjer til tingrettens dom. Det har oppstått flere svakheter som med utgangspunkt i EMK art. 8 etter en konkret vurdering kan påvises i tingrettens rettsanvendelse, faktiske avgjørelsesgrunnlag og begrunnelse. EMDs praksis utvikler stadig sin praksis og det er mulig at flere retningslinjer kommer løpende og gir grunnlag for flere relevante «svakheter» etter tvl. § 36-10 (3) bokstav c.

3.3.1.2 Når er svakheter som vurderes opp mot EMDs praksis «vesentlige»?

Når tingrettsdommen inneholder «svakheter» som medfører et brudd med EMK art. 8, har rettspraksis konstatert til at det foreligger «vesentlige svakheter», jf. eksempelvis HR-2020-1968-A avsnitt 64. Under punkt 3.2.1.2 er det to problemstillinger som skal behandles. Problemstillingene er hvor sikker man må være for at EMK art. 8 er krenket, og når foreligger det slike svakheter at tingrettens dom strider med EMK art. 8 og at terskelen for «vesentlig[]» er oversteget. Den andre problemstillingen er en fortsettelse av punkt 3.3.1.1, og jeg kommer til å fokusere på når svakheter i rettsanvendelsen, begrunnelsen og beslutningsgrunnlaget som utgjør et brudd på EMK art. 8 er «vesentlige svakheter» etter bokstav c.

Det første spørsmålet er hvor sikker må man være for at EMK art. 8 er krenket.

Dersom man skal konstatere en krenkelse av EMK art. 8, må det avgjøres hvor sikker man må være for å konstatere krenkelse. Er det tilstrekkelig med tvil eller må man være temmelig eller helt sikker? Om terskelen settes ved tvil, vil flere brudd på menneskerettighetene fanges opp. Risikoen er derimot at man fanger opp tilfeller, som i utgangspunktet ikke er en krenkelse av EMK art. 8. Det er derimot myndighetene som utfører inngrepene i retten til liv (EMK art. 8). Dersom man setter terskelen ved tvil, vil innbyggerens rettssikkerhet i større grad være sikret og innbyggerne vernet mot vilkårlige og unødvendige inngrep fra myndighetene. Det må undersøkes nærmere om andre rettskilder gir en avklaring.

I HR-2020-1789-A avsnitt 63 uttaler Høyesterett i avdeling at; «[e]r det tvil om tingrettens dom kan innebære krenkelse av EMK artikkel 8, må det gis samtykke til ankebehandling».

Ut fra Høyesteretts ankeutvalg ståsted er det tilstrekkelig med tvil for å konstatere krenkelse av EMK art. 8. Dersom det er tvil om brudd på EMK art. 8, ønsker domstolen heller å rette

eventuelle feil fra egen statsmyndighet. Tvilen vil komme den private part til gode. Det følger av EMK art. 13 at «[e]nhver hvis rettigheter og friheter fastlagt i denne konvensjon blir krenket, skal ha en effektiv prøvningsrett ved en nasjonal myndighet [...]». EMK art. 13 gir ikke en rett til anke, men legger opp til at myndighetene skal kunne opptre som «reparatører» når menneskerettighetene er krenket av egne myndigheter. EMK art. 13 kan være grunnlaget for standpunktet til Høyesteretts ankeutvalg i HR-2020-1789-A om at tvil er tilstrekkelig for å konstatere krenkelse av EMK art. 8.

Høyesteretts ankeutvalg, EMK art. 13 og reelle hensyn legger til rette for at det kan konstateres brudd med EMK art. 8 ved tvil.

Det andre spørsmålet er når det foreligger slike svakheter at tingrettens dom strider med EMK art. 8.

I rettsanvendelsen er det av avgjørende betydning om den private part har et effektivt vern av retten til familieliv. Dersom tingretten bygger på en riktig rettsanvendelse i lys av EMDs praksis, vil også vernet av retten til familieliv mot unødvendige og vilkårlige inngrep være mer effektiv. Borgerne vil også være mer betrygget i at rettssikkerheten deres er ivaretatt om domstolene opptre i samsvar med menneskerettighetene. I HR-2020-1789-A var det usikkert om terskelen etter bvl. § 4-21 var anvendt riktig med tanke på at hvert enkelttilfelle må vurderes opp mot EMK art. 8. Etter bvl. § 4-21 kan fylkesnemnda oppheve et omsorgsvedtak, men det ble ikke gjort. Rettssikkerheten var ikke tilstrekkelig ivaretatt. Av hensynet til rettssikkerhet og at terskelen settes ved tvil, bør det ikke stilles særlig høye krav for at rettsanvendelsesfeil strider med EMK art. 8.

Om det faktiske avgjørelsesgrunnlaget har Høyesteretts ankeutvalg uttalt at; «det ofte ikke er enkeltstående forhold som er avgjørende, men en samlet vurdering av om beslutningsgrunnlaget er tilstrekkelig til å sikre at foreldrenes synspunkter og interesser behørig blir tatt i betraktning», jf. HR-2020-661-S avsnitt 161. Om foreldrenes synspunkter og interesser behørig ikke er tatt i betraktning, vil saksbehandlingen være beheftet med feil som har virket inn på resultat, jf. forutsetningsvis HR-2020-663-S avsnitt 182.

I Strand Lobben la EMD avgjørende vekt på at myndighetene ikke hadde tatt i betraktning gjenforeningsformålet og ikke belyst morens endrede omsorgsevne med en ny sakkyndighetsrapport. Med utgangspunkt i Strand Lobben, vil det være kortere vei til

«vesentlige svakheter» om tingrettens dom svikter på disse punktene. Det ble også påpekt at dersom foreldrenes og barnas interesser kommer i konflikt, skal barnas interesser gå foran. Når det mer konkret foreligger «vesentlige svakheter» i tingrettens beslutningsgrunnlag kan illustreres nærmere med eksempler fra rettspraksis.

I HR-2020-661-S ble to vedtak vurdert, henholdsvis et omsorgsvedtak fra 2017 og et adopsjonsvedtak fra 2018. Adopsjonsvedtaket kommer jeg tilbake til nedenfor. I vurderingen av omsorgsvedtaket la Høyesterett til grunn at en sakkyndighetsrapport om mors omsorgsevne var blitt avgitt rett før fylkesnemndas vedtak. Den var utarbeidet av to psykologspesialister. Nemnda foretok en konkret vurdering av rapportens relevans for datteren, sammenholdt med konkrete erfaringer knyttet til henne, blant annet mors involvering i voldelige forhold, uansvarlige alkoholforbruk og mangelfulle fungering som omsorgsperson. I tillegg til konkrete observasjoner fra barnevernet fra uanmeldte besøk. For tingretten ble det ikke oppnevnt en ny sakkyndig, men den samme sakkyndige forklarte seg for retten. Høyesterett la til grunn at det gikk under ett år fra den sakkyndige avga sin rapport til tingrettens dom. Det ble også ført 15 vitner, blant annet med tilknytning til mor og hennes nettverk og barnevernstjenesten. Hensett til vurderingene som forelå i den sakkyndiges rapport og den samlede bevissituasjonen, var det forsvarlig at tingretten ikke innhentet en ny sakkyndighets rapport. Retten la til grunn at det forelå et tilstrekkelig beslutningsgrunnlag rundt omsorgsvedtaket, og at saksbehandlingen ikke var beheftet med feil som virket inn på det senere adopsjonsvedtaket, jf. avsnitt 182.

Høyesterett kom til motsatt resultat i HR-2020-1789-A. Mor hadde fremmet krav om tilbakeføring. Barnevernstjenesten vurderte at mors omsorgskompetanse oppfylte kravet om tilbakeføring etter bvl. § 4-21. Vurderingen var basert på en sakkyndig rapport, der det fremgikk at mors omsorgsevne var god nok for tilbakeføring. I etterkant av rapporten hadde barneverntjenesten besluttet å trappe opp samvær mellom mor og barn, som så ut til å fungere for barnet. Fylkesnemnda besluttet derimot at det skulle innhentes en tilleggsutredning. Mandatet for denne ble avgrenset til å vurdere barnets tilknytning til fosterhjemmet, hans fungering og mening, og de erfaringene man hadde gjort seg så langt.

Høyesterett mente at mandatet også burde ha omfattet en oppdatert vurdering av tilknytningen mellom C og mor. Det var en stund siden den forrige sakkyndighetsrapporten. I tillegg hadde barnevernet trappet opp samværet i etterkant av rapporten, for å styrke relasjon med mor og

hennes barn. Barnets tilknytning til mor ville være et sentralt moment både ved vurderingen av mors omsorgsevne og om en tilbakeføring ville skape alvorlige problemer for barnet.

Høyesterett var ikke enig i lagmannsrettens konklusjon om at saken bygde på «et bredt og avgjørelsesgrunnlag». Det er viktig å påpeke at Høyesterett først etter en samlet vurdering av beslutningsgrunnlaget, rettsanvendelsen og begrunnelsen konkluderte med krenkelse av art. 8. Det forelå svakheter i alle deler. Det kan derimot argumenteres for at et utilstrekkelig beslutningsgrunnlag også er et brudd på EMK art. 8 isolert sett. Beslutningsgrunnlaget vil påvirke vurderingen til tingretten og dens begrunnelse. Terskelen er satt ved tvil og i HR-2020-1789-A tok Høyesterett tydelig avstand fra lagmannsrettens konklusjon om beslutningsgrunnlaget.

Om det foreligger «vesentlige svakheter» ved tingrettens begrunnelse, må også vurderes konkret. Strand Lobben illustrerer betydningen av en forutsetning om at hensyn til familiebånd og gjenforening – både overfor foreldrene og for barnet – skal være godt synlig i begrunnelsen fra barnevernet, fylkesnemndene og domstolene. Selv om barnets beste er overordnet når foreldre og barns interesser er i konflikt, kan Strand Lobben trekke i retning av at foreldrene har fått en styrket stilling grunnet målet om gjenforening.

Den overordnede problemstillingen følger blant annet av HR-2020-663-S avsnitt 97 er om «[a]lle tungtveiende momenter [...] være trukket frem og begrunnet, og motstridende hensyn må veies mot hverandre på en balansert måte. Det må fremgå av avgjørelsen at det er foretatt en grundig vurdering».

Et konkret eksempel der tingrettens begrunnelse stred med EMK kan hentes fra HR-2020-1968-A. I HR-2020-1968-A var spørsmålet om lagmannsretten skulle ha gitt samtykke til ankebehandling, fordi tingrettens dom kunne medføre en krenkelse av retten til familieliv etter EMK artikkel 8. Mor i saken hadde trukket frem tre forhold hun mente innebar en krenkelse av EMK artikkel 8; at C ikke fikk ha overnattingsamvær hos henne, at det var tilsyn ved samværene og at det var fastsatt begrensninger i telefonkontakten, jf. avsnitt 46.

I vurderingen av overnattingsamværet ble det overordnet lagt til grunn at overnattingsamvær er en god relasjonsbygger mellom mor og barn. Barnet ønsket overnattingsamvær med mor, og barnet ble ansett normalt fungerende. I tingrettens begrunnelse besluttet retten at det ikke burde være overnattingsamvær begrunnet i «mors

manglende omsorgsevne». Høyesterett konkluderer med at begrunnelsen etterlater tvil om EMK art. 8 er brutt. Høyesterett konkluderte også med at det var etterlatt tvil i tingrettens begrunnelse om EMK art. 8 var brutt i begrunnelsen om tilsyn ved samværene og at det var fastsatt begrensninger i telefonkontakten. Jeg kommer til å gå nærmere inn på dette.

Høyesterett konkluderer med utgangspunkt i forholdene, at det forelå et brudd med EMK art. 8 og vilkåret «vesentlige svakheter» oppfylt. HR-2020-1968-A kan tas til inntekt for at én svakhet som vurderes opp mot EMDs praksis kan være tilstrekkelig for å konstatere brudd med EMK art. 8. Det avgjørende er om hensynet til familieband og gjenforening er ivaretatt.

I HR-2020-663-S var det både en anke fra mor og far. Mors anke gjaldt både omsorgsovertakelse og samvær. Jeg kommer til å fokusere på mors anke om omsorgsovertakelse, ettersom den har størst rettskildemessig betydning for dette punktet.

Begrunnelsen om mors vitneførsel var svært kortfattet kommentert i dommen. Om det utgjorde en feil ved begrunnelsen, måtte ses i lys av det totale bevisbildet som forelå.

Bevisbildet bygde på vitneforklaringer fra flere fagkyndige i ulike roller, som over lengre tid hadde fulgt den negative utviklingen i barnets situasjon og morens manglende omsorgsevne. At mors vitner ikke forstod hvorfor det var nødvendig med hjelpetiltak og at barnevernet grep inn, kunne da ikke rokke ved selve beslutningsgrunnlaget og rettens konklusjon.

Saken lå også annerledes an enn i A.S.-dommen.⁵³ Mor kunne i A.S.-dommen vise til endrede forhold knyttet til sin omsorgsevne og hadde fremlagt utredninger fra psykiater og psykolog.⁵⁴ Det var utgangspunktet for at EMD stilte seg kritisk til at tingretten hadde sett bort fra alle bevis i mors favør med begrenset eller ingen begrunnelse. Mor i HR-2020-663-S kunne ikke gjøre det samme.

Høyesterett konkluderte med at det ikke var en feil at begrunnelsen om mors vitneførsel var svært kortfattet kommentert i dommen. Tingrettens begrunnelse bygde på et tilstrekkelig bredt og nyansert grunnlag om mors omsorgsevne. Barnets sårbarhet var også tilstrekkelig begrunnet. HR-2020-663-S kan tas til inntekt for at det nødvendigvis ikke foreligger brudd med EMK art. 8, der svakheter i begrunnelsen kan avhjelpes i beslutningsgrunnlaget.

⁵³ HR-2020-663-S avsnitt 126

⁵⁴ *A.S. v. Norway* [J], no. 60371/15, avsnitt 66 og 67

I HR-2020-661-S ble det konstatert krenkelse av EMK art. 8 når det gjaldt adopsjonsvedtaket, ettersom både tingrettens flertalls beslutningsgrunnlag og begrunnelse var utilstrekkelig.

I et oppsummeringsavsnitt før konklusjonen uttaler Høyesterett i avsnitt 200 at;

«[e]tter mitt syn foreligger det svakheter ved tingrettens beslutningsgrunnlag, først og fremst knyttet til vurderingen av den nylige endring i mors situasjon. I sin begrunnelse har tingretten heller ikke foretatt en tilstrekkelig konkret avveining av sentrale spørsmål i saken. Særlig gjelder det verdien av kontakt mellom mor og barn på lengre sikt, veiet opp mot behovet for adopsjon nå. Disse forhold taler – ikke minst når de sees i sammenheng – med tyngde for at lagmannsretten skulle gitt samtykke til ankebehandling».

Det kan argumenteres for at tingrettens begrunnelse kan ses på som en følgefeil av et utilstrekkelig beslutningsgrunnlag. Ettersom mors endrede omsorgsevne ikke var tatt i betraktning, kunne ikke tingretten begrunne verdien av kontakt mellom mor og barn ut ifra hvordan situasjonen var etter endrede forhold. Ut fra dette standpunktet kan det argumenteres for at et utilstrekkelig beslutningsgrunnlag ikke kan avhjelpes i begrunnelsen. Videre kan HR-2020-661-S tas til inntekt for at dersom det kan konstateres at flere feil foreligger, er det mer nærliggende å konstatere krenkelse av EMK art. 8 og «vesentlige svakheter».

Samlet sett kan det ikke settes en klar grense for når «svakheter» innebærer en krenkelse av EMK art. 8. Det vil være en konkret vurdering, der tingrettens dom og tidligere stadier i saken må avgjøres ut fra vurderingstemaene og EMDs praksis som jeg har gjennomgått. En retningslinje er derimot at beslutningsgrunnlaget ikke kan «rettes opp» i begrunnelsen, men en mangelfull begrunnelse kan «rettes opp» av beslutningsgrunnlaget. En annen retningslinje er at det overordnede formålet er å gjenforene familier og deretter å sikre et effektivt vern om familielivet. Til sist er terskelen satt ved tvil for å sikre at myndighetene heller dømmes for krenkelse av EMK art. 8 «en gang for mye enn en gang for lite».

3.3.3.1 I hvilken grad skal lagmannsretten samtykke til anke av tingrettsdommer som strider med EMK art. 8?

Etter en konkret vurdering kan det foreligge «vesentlige svakheter» ved tingrettens dom, der tingrettens dom strider med EMK art. 8 og EMDs retningslinjer. Spørsmålet er i hvilken grad lagmannsretten skal samtykke til anke av tingrettsdommer som strider med EMK art. 8.

Ordlyden av «kan» og forarbeidene tilsier, som nevnt, at det er en skjønnsmessig vurdering. Spørsmålet må besvares med utgangspunkt i andre rettskilder enn ordlyden og forarbeid.

I HR-2020-661-S bevegde Høyesterett seg i retning av at en tingrettsdom som strider med EMK art. 8, skal oppheves uten en skjønnsmessig vurdering. Høyesterett uttaler i avsnitt 200 at bruddet med EMK art. 8 talte; «med tyngde for at lagmannsretten skulle gitt samtykke til ankebehandling». Høyesterett opphevet derimot lagmannsrettens beslutning om å nekte anke og sendte saken tilbake til lagmannsretten. Uttalelsen var ikke avgjørende for resultat og har mindre vekt enn en uttalelse som er avgjørende for resultatet. Standpunktet til Høyesterett kan derimot være en indirekte følge av EMK art. 13. EMK art. 13 gir ikke en rett til anke, men legger opp til at myndighetene skal kunne reparere egne brudd på menneskerettighetene.

I HR-2020-1789-A bygget Høyesterett videre på det standpunktet som det fremstår at Høyesterett tok i HR-2020-661-S. Det følger av avsnitt 46 at; «[d]ersom det kan innebære en krenkelse av retten til familieliv om tingrettens dom blir stående, vil det [] i praksis ikke være rom for lagmannsretten til å nekte å gi samtykke etter en skjønnsmessig vurdering». I denne uttalelsen er Høyesterett tydelig på at tingrettsdommer som strider med EMK art. 8 «skal» fremmes, og det er ikke rom for et «kan»-skjønn. Lagmannsrettens beslutning ble derimot opphevet. På lik linje med uttalelsen i HR-2020-661-S var uttalelsen ikke bindende for resultatet og har mindre vekt enn en uttalelse som er bindende for resultatet.

Standpunktet som Høyesterett har tatt i HR-2020-661-S og HR-2020-1789-A reduserer skjønnen til lagmannsretten. Tingrettsdommer som strider med EMK art. 8 inneholder derimot alvorlige svakheter. På lik linje med saksbehandlingsfeil etter § 29-21 (2), bør det ikke være rom for nyanseringer. Brudd på EMK art. 8 utgjør et urettmessig inngrep i retten til familieliv. Retten til familieliv er en grunnleggende menneskerettighet. Menneskerettighetene er også inkorporert i Grunnloven, som er grunnsteinen i det norske rettssystemet. Når tingrettsdommer strider med EMK art. 8, vil de oftest stride med Grl. § 102 om retten til privatliv. Grunnlovens kapittel om menneskerettighetene bygger på EMK. Det er derimot EMD som har utviklet EMK art. 8 i tilknytning til barnevernsrett, jf. Strand Lobben. Det er viktig å påpeke i denne sammenheng at det er Høyesterett, og ikke de internasjonale organene, som skal tolke Grunnloven etter 2015, jf. forutsetningsvis Rt-2015-93 avsnitt 57. Selv om hensynet til effektivitet og raskt ro rundt barna tilsier en «kan»-regel, trekker rettssikkerheten og å forebygge brudd med menneskerettighetene i klar retning av en «skal»-regel. Hensynet til å bevare forholdet innad i biologiske familier trekker i samme retning.

Dersom det er i strid med EMK art. 8 å la tingrettsdommen bli stående, vil det ikke være rom for en «kan»-regel. Om lagmannsretten nekter anke det tilfellet, vil det utgjøre et brudd med EMK art. 8 og oftest Grunnloven § 102. Menneskerettighetene er fundamentale for det enkelte menneske.

4 Avslutning

Formålet med § 36-10 (3) bokstav c var i utgangspunktet at det raskt skulle bli ro rundt barna med en effektiv behandling av saken. Når partene får overprøvd saken sin i fylkesnemnda og tingretten, vurderte lovgiver det slik at lagmannsrettsbehandling bare unntaksvis var nødvendig. Utviklingen fra rettstilstanden før Strand Lobben til i dag viser at det stilles strengere krav til tingrettsdommer, som har medført at det kan identifiseres flere svakheter enn ved vedtakelse av bestemmelsen. En konsekvens er at ankeadgangen utvides. Jo mer ankeadgangen utvides, jo lenger bort føres man fra formålet om rask behandling av saken. En utvidet ankeadgang gir derimot mulighet for å gjenopprette svakheter i tidligere ledd, og kan medføre at flere avgjørelser får et materielt riktig resultat.

I 2017 ble et utvalg satt til å undersøke om det skulle innføres en særdomstol for behandling av barnevernssaker.⁵⁵ Utvalget konkluderte på side 20 med at barnevernssaker bør høre under tingretten i første instans, i tillegg til at behandlingen i fylkesnemnda burde avskaffes. Saken behandles derav i en rettsinstans mindre. For å sikre et faglig sterkt miljø, foreslo utvalget at sakene skulle samles i enkelte utvalgte tingretter. Videre mente utvalget at barnevernssaker burde behandles av dommere som gjennomgår særskilt opplæring på området. Flere kompetente dommere kan gi en ønsket effektiv og flere materielt riktige resultater og deretter den konsekvens at færre saker ankes inn til lagmannsretten. Færre ankebehandlinger i lagmannsretten fører til en effektiv domstolsbehandling og at formålet om raskere ro om barna sikres i større grad. Kan en særskilt behandling av barnevernssaker i tingretten sikre en optimal balanse mellom formålet med § 36-10 (3) om færre ankebehandlinger og samtidig at flest mulig saker får et materielt riktig resultat?

⁵⁵ NOU 2017: 8

5 Litteraturliste

5.1 Lov

Grunnloven – Grl.	Lov 15. mai 1814 nr. 17 om Kongerikets Norges Grunnlov
Domstolloven – dl.	Lov 13. august 1915 nr. 05 om domstolene
Barnevernloven - bvl.	Lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester
Menneskerettsloven - mrl.	Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetens stilling i norsk rett
Endringslov til barnevernl. og sosialtjenestel.	Lov 17. juni 2005 nr. 65 om endringer i lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester og lov 13. desember 1991 nr. 81 om sosiale tjenester (sosialtjenesteloven) m.v.
Twisteloven - tvl.	Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister

5.2 Forarbeid

Innstilling O nr. 51 (1998-1999)	Om lov om styrking av menneskerettane si stilling i norsk rett (menneskerettsloven), papirutgave.
G-1999-46	Justis- og politidepartementet, Rundskriv G-1999-46: «Administrative bestemmelser om dommerfullmektigers ansettelsesforhold», 01. juni 1999.
NOU 2000: 12	Barnevernet i Norge — Tilstandsvurderinger, nye perspektiver og forslag til reformer.
Ot.prp. nr. 64 (2004-2005)	Om lov om endringer i lov 17. juli 1992 nr. 10 om barneverntjenester og lov 13. desember 1991 nr. 81 om sosiale tjenester (sosialtjenesteloven) mv.
Innstilling O. nr. 115 (2004-2005)	Innstilling fra familie-, kultur- og

	administrasjonskomiteen 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.
Innstilling O. nr. 110 (2004-2005)	Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven), papirutgave.
NOU 2017: 8	Særdomstoler på nye områder? - Vurdering av nye domstolsordninger for foreldretvister, barnevernsaker og utlendingssaker

5.3 Høyesterettspraksis

Rt-1977-577	HR-2015-2127-U
Rt-1983-430	HR-2016-1652-U
Rt-2008-106	HR-2017-776-A
Rt-2008-322	HR-2018-356-U
Rt-2009-1553	HR-2018-1921-U
Rt-2011-1053	HR-2019-675-U
Rt-2011-1523	HR-2019-894-U
Rt-2012-759	HR-2019-1001-U
Rt-2012-1985	HR-2019-1741-U
HR-2012-2227-U	HR-2020-661-S
Rt-2014-1034	HR-2020-663-S
Rt-2014-1165	HR-2020-950-U
Rt-2015-93	HR-2020-1789-A
Rt-2015-334	HR-2020-1968-A

55.4 Juridisk Teori

5.4.1 Bøker

Schei mfl. II	Schei, Tore mfl., <i>Tvisteloven Kommentarutgave</i> , Bind I, 2. utg., Universitetsforlaget 2013.
---------------	--

Skoghøy, *Tvisteløsning* (2017)

Skoghøy, Jens E. A., *Tvisteløsning*, 3. utg., Universitetsforlaget 2017.

5.4.2 Artikler/Internett

Gangnes (2019)

Ole-Marting Gangnes, «Barneadvokater med skarp kritikk av norsk barnevern», *Juristen* Knut Lindboe, 26. november 2019, (lest: 10. november 2020).

<https://juristen.no/nyheter/2019/11/barne%20Advokater-med-skarp-kritikk-av-norsk-barne%20Dvern>

Molden og Gisle (2019)

Molden O. og Gisle J., «rettssikkerhet», *Store Norske Leksikon*, 21. juni 2019, <https://snl.no/rettssikkerhet>, (lest 22. November 2020)

Torp (2017)

Sigurd Holter Torp m.fl., *Norsk Lovkommentar: Tvisteloven*, note 18, *Rettsdata.no*, 4. mai 2017 (lest 25. november 2020).

5.5 Internasjonale kilder

5.5.1 Internasjonale konvensjoner

EMK

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4. November 1950. (Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen).

FN konvensjonen

FNs konvensjon 20. november 1989 om barnets rettigheter (Barnekonvensjonen – BK), norsk oversettelse.

5.5.2 European Court of Human Rights (Den europeiske menneskerettighetsdomstolen - EMD)

Strand Lobben	<i>Strand Lobben and others v. Norway</i> [GC], no. 37283/13. 10. september 2019.
K.O. og V.M.	<i>K.O. and V.M v. Norway</i> [J], no. 64808/16. 19. november 2019.
A.S.	<i>A.S. v. Norway</i> [J], no. 60371/15. 17. desember 2019.