



NORGES HØYESTERETT

Den 17. mars 2011 avsa Høyesterett kjennelse i

HR-2011-00570-A, (sak nr. 2010/1178), sivil sak, anke over dom,

A (advokat André Kvakkestad – til prøve)

mot

X kommune (advokat Mette Yvonne Larsen)

B (advokat Wenche Andreassen – til prøve)

STEMMEGIVNING :

- (1) Dommer **Webster**: Saken gjelder overprøving av fylkesnemndas vedtak i barnevernsak, og om domstolene kan prøve den konkrete fosterhjems plasseringen etter reglene i tvisteloven kapittel 36.
- (2) B og A giftet seg i 2001. Etter et turbulent ekteskap ble de skilt høsten 2006. Den 2. mai 2007 fødte B en datter, C. A var far til barnet. Mor hadde psykiske problemer, og fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker i Y fattet 9. november 2007 vedtak om omsorgsovertakelse for C. Det ble videre bestemt at hun skulle plasseres midlertidig i fosterhjem hos far, og at mor skulle ha samvær.
- (3) B brakte fylkesnemndas vedtak inn for Øvre Romerike tingrett. Under tingrettens behandling ble foreldrene enige om at far skulle ha omsorgen for C. Tingretten avsa dom

i tråd med partenes felles påstand om at fylkesnemndas vedtak skulle oppheves, og at faren skulle ha omsorgen for C. Hun har siden bodd hos ham.

- (4) B fødte 19. juni 2008 en datter til; D. X kommune fattet 23. juni 2008 midlertidig vedtak om å plassere D utenfor hjemmet. Vedtaket ble påklaget av B. Fylkesnemnda i Y fattet 30. juni 2008 vedtak om at klagen ikke ble tatt til følge. B oppga A som far til D. Han var usikker på farskapet og ønsket ikke å involvere seg i saken før dette ble avklart ved en DNA-prøve. D ble plassert i fosterhjem.
- (5) A anla sak for fastsettelse av farskapet, og 23. oktober 2008 ble det avsagt dom for at han var far. I mellomtiden behandlet fylkesnemnda spørsmålet om omsorgsovertakelse for D. A ble gitt partsrettigheter.
- (6) Den 14. oktober 2008 fattet fylkesnemnda vedtak om omsorgsovertakelse og plassering i fosterhjem for D. Det ble fastsatt samvær for mor ni ganger i året à to timer, mens far ble gitt samvær 12 ganger i året à to timer.
- (7) På dette tidspunktet var far ikke innstilt på at D skulle plasseres i fosterhjem hos ham. Far anførte at han

”på sikt vil være i stand til å overta den daglige omsorgen for D. Det må derfor legges til grunn at plasseringen av D ikke er en lagvarig plassering. Det må likevel tas høyde for at noe kan inntreffe slik at far ikke klarer å ha omsorgen for to barn, men det er ingen grunn til å tro at dette vil være situasjonen over lang tid. Det er på bakgrunn av dette en må vurdere samværet mellom far og datter.”

- (8) Far la ned påstand om samvær, men ikke om å få D fosterhjemsplassert hos seg.
- (9) I fylkesnemndas premisser ble en mulig fosterhjemsplassing hos far likevel kort kommentert:

”Fylkesnemnda legger til grunn at D skal fosterhjemsplasseres, dette vurderes å være til hennes beste. Forholdene ligger foreløpig ikke til rette for en fosterhjemsplassing hos far. Far har nesten ikke sett D. Dersom han skulle ha omsorgsansvaret for D ville det bli en stor utfordring for jobben. Han må i tilfelle ansette folk på heltid, og sette bort jobben, noe som også vil få økonomiske konsekvenser. Fylkesnemnda har oppfattet at han fortsatt trenger tid for eventuelt å være i posisjon til å ta omsorgen for D. Grunnen til at han kom så sent på banen var at han var i tvil om farskapet, og det tok lang tid å få dette stadfestet.”

- (10) B brakte vedtaket om omsorgsovertakelse og samvær inn for rettslig overprøving ved Øvre Romerike tingrett. Hun nedla prinspal påstand som innebar at omsorgen skulle tilbakeføres til henne. A ønsket nå at D skulle plasseres i fosterhjem hos ham. Han nedla prinspal påstand om dette. Begge foreldrene ønsket subsidiært utvidet samvær.
- (11) Tingretten avsa 30. juni 2009 dom med følgende domsslutning:

”1 X kommune frifinnes for så vidt gjelder omsorgs- og plasseringsspørsmålet.

2 B og A har hver rett til samvær med D, født 19. juni 2008, to timer, fire ganger årlig.”

- (12) A anket tingrettens avgjørelse til Eidsivating lagmannsrett. Lagmannsretten besluttet 23. september 2009 å tillate anken over samværsretten fremmet, jf. tvisteloven § 36-10 tredje ledd. Under ankeforhandlingen ga lagmannsretten også samtykke til å behandle spørsmålet om plassering av D i fosterhjem hos far. Lagmannsretten fant avgjørelsen om fosterhjems plassering vanskelig, men kom til at flytting ikke ville være til barnets beste, blant annet ut fra den tilknytning D har etablert til fosterfamilien og risikoen forbundet med å flytte henne. Lagmannsretten avsa 20. april 2010 dom med følgende domsslutning:

”I tingrettens dom gjøres den endring at B og A hver har rett til samvær med D, født 19. juni 2008, fire timer, fire ganger årlig. For øvrig forkastes anken.”

- (13) A har anket lagmannsrettens rettsanvendelse og bevisvurdering inn for Høyesterett. Det har vært foretatt bevisopptak av foreldrene, en representant for barnevernstjenesten og to sakkyndige som har avgitt sakkyndige erklæringer for tidligere rettsinstanser. Videre har det vært oppnevnt to nye sakkyndige; psykolog Jørn Sjøvik og psykolog Anne Poulsson. De sakkyndige har avgitt en felles sakkyndig erklæring, og begge har også forklart seg muntlig i Høyesterett.

- (14) Foreldrene inngikk 2. juli 2010 avtale om felles foreldreansvar for begge barna. I avtalen omhandles også samvær:

”C bor fast hos far og har samvær med mor 2.hver helg og en ettermiddag i uka; onsdag. Samværet i helgen skjer på dagtid, lørdag og søndag i like uker. Unntatt de lørdagene mor har samvær med D (C sin søster) hos fosterforeldrene.

Avtalen for D blir å gjelde dersom barnevernet omgjør vedtaket om fosterhjems plassering.

Avtalen er gyldig så lenge begge foreldrene er enige i den.”

- (15) Ved stevning 22. februar 2011 til Øvre Romerike tingrett har A reist sak mot B om daglig omsorg for D etter barneloven.
- (16) Ankende part – A – har i korte trekk anført:
- (17) Etter barnevernloven § 4-15 annet ledd kan fylkesnemnda stille vilkår, for eksempel om fosterhjems plassering hos biologiske foreldre, jf. rundskriv 19. juni 2000 om fosterhjems plassering hos biologiske foreldre. Slike beslutninger kan domstolen prøve alle sider av, jf. barnevernloven § 7-24 jf. tvisteloven §§ 36-1 og 36-5 tredje ledd. Spørsmålet om hvor D skal plasseres i fosterhjem, er behandlet av fylkesnemnda, og Høyesterett kan overprøve valg av fosterhjem i et tilfelle som dette.
- (18) Barn skal som utgangspunkt vokse opp hos sine foreldre. Når biologiske foreldre vurderes som fosterforeldre, bør samme krav til omsorgsevne stilles som ved tilbakeføring av omsorgen. Det er ikke nødvendig å oppstille de mer skjerpede kravene som følger av fosterhjemsforskriften. Far har – gjennom at han har den daglige omsorgen for C – vist at han har tilstrekkelig omsorgskompetanse. Alle de sakkyndige har vært skeptiske til far, men det har altså vist seg grunnløst. Det er svært viktig at søstrene får vokse opp sammen. De er tette i alder og vil omgås i det samme nærmiljøet. Det vil ikke være positivt for D å oppleve at hun bor i fosterhjem, mens storesøsteren får bo sammen med faren.

- (19) Det aksepteres at D har en sterk og god tilknytning til fosterforeldrene, men dette er også et forhold som gjør henne rustet til å klare en flytting til far. På sikt vil det være til Ds beste å få alle godene ved å vokse opp i sin biologiske familie. Forholdet mellom mor og far – som har blitt ansett som noe uavklart – har ikke vært noe problem for C, og det er ikke grunn til å tro at det vil bli et problem for D heller. Når mor fungerer godt, lar far henne ha kontakt med C, og dette er en fordel for dem begge. Tilsvarende vil det være for D.
- (20) Far er villig til å samarbeide med hjelpeapparatet, på samme måte som han samarbeidet da han overtok omsorgen for C.
- (21) A har nedlagt følgende påstand:
- ”D, født 19.06.2008, plasseres hos sin far, A, som fosterfar frem til sak etter barneloven er avsluttet.”**
- (22) Ankemotpart – *X kommune* – har i korte trekk anført:
- (23) Domstolene kan prøve valget av fosterhjem i dette tilfellet. Tvisteloven § 36-5 sier at retten kan prøve alle sider av saken. Dette taler for at også spørsmål som står i tilknytning til vedtaket om omsorgsovertakelse kan prøves. Riktignok foreligger det rettspraksis som har blitt tolket slik at fylkesnemnda må ha truffet vedtak om plassering i et konkret fosterhjem, før spørsmålet kan prøves etter tvisteloven kapittel 36. Barnekonvensjonen artikkel 3 – hensynet til barnets beste – tilsier imidlertid at domstolene kan prøve spørsmålet. Det er reelle hensyn som taler både for og mot prøving av fosterhjemplasseringen, men ettersom vi er på ”inngrepsjussens” område, er behovet for rettsikkerhet særlig tungtveiende. Dette tilsier at domstolene har prøvingskompetanse etter tvisteloven kapittel 36.
- (24) Det kan ikke være et vilkår at fosterhjemplasseringen fremgår av slutningen i fylkesnemndas avgjørelse, for det gjøres i praksis sjelden.
- (25) Prøvingsretten må også ses i sammenheng med at det alltid skal vurderes fosterhjemplassering i barnets familie eller nære nettverk, jf. forskrift om fosterhjem 18. desember 2003 nr. 1659 – fosterhjemsforskriften – § 4 annet ledd. Dette innebærer at biologiske foreldre har fått en rettighet – en rett til å bli vurdert – som tilsier prøvingskompetanse etter tvisteloven kapittel 36, selv om fylkesnemnda ikke har tatt stilling til spørsmålet.
- (26) Når det gjelder overprøvingen av det konkrete vedtaket, følger det av rundskriv om fosterhjemplassering hos biologiske foreldre at det må være tatt skritt for å få løst saken etter barnelovens regler før plassering kan foretas. Far har ikke tatt slike skritt før ved stevningen 22. februar 2011 – altså rett før saken skulle behandles i Høyesterett. Dette skaper en uheldig situasjon, hvor domstolene i barnevernsaken må forskuttere hva som vil bli utfallet av saken etter barneloven.
- (27) Uansett er det ikke til Ds beste at hun flytter i fosterhjem hos far. Far oppfyller ikke de kravene som stilles til fosterhjem, selv om kravene kanskje er noe lempeligere for biologiske foreldre som fosterforeldre. Far har ikke tilstrekkelig samarbeidsevner. Forholdet mellom mor og far er også uavklart og problematisk. Barneverntjenesten er

ikke trygg på fars omsorgsevne overfor C, og det er iallfall grunn til å tro at han ikke vil make å ha omsorg for D i tillegg.

(28) X kommune har nedlagt følgende påstand:

”Anken forkastes.”

(29) Ankemotpart – B – har i korte trekk anført:

(30) Det er ikke avklart i rettspraksis om domstolene kan prøve den konkrete fosterhjems plasseringen i tilfeller der fylkesnemnda har tatt stilling til spørsmålet. Imidlertid er det klart at hvis fylkesnemnda ikke har tatt stilling, kan spørsmålet ikke bringes inn for domstolene etter tvisteloven kapittel 36. Det er nemndas vedtak som kan bringes inn for prøving etter tvisteloven kapittel 36, jf. barnevernloven § 7-24. Tvisteloven kapittel 36 gjelder tvang mot personer. Valg av fosterhjem er ikke en beslutning om tvang. At dette er riktig forståelse av loven, følger av rettspraksis. Det støttes også av reelle hensyn ettersom rettslig overprøving etter tvisteloven kapittel 36 av den konkrete fosterhjems plasseringen, vil kunne medføre stadige saker som vil virke forstyrrende for fosterhjemmet og barnet.

(31) Fylkesnemnda har ikke tatt stilling til den konkrete fosterhjems plasseringen i dette tilfellet, og spørsmålet må derfor avvises.

(32) Subsidiært – hvis domstolene har kompetanse til å prøve fosterhjems plasseringen i denne saken – anføres det at D nå bør bli boende i fosterhjemmet. D har det bra hos fosterforeldrene. Far kan være rigid og kommer i konflikt med mennesker omkring seg – blant annet fosterforeldrene. Han har også andre personlige egenskaper som gjør at D ikke bør flyttes til ham.

(33) B har nedlagt følgende påstand:

”Prinsipalt:

Anken avvises fra domstolene.

Subsidiært:

Anken forkastes.”

(34) *Jeg er kommet til at spørsmålet om den konkrete plasseringen i fosterhjem ikke kan prøves etter tvisteloven kapittel 36 i denne saken, og at kravet om domstolsbehandling av dette spørsmålet må avvises.*

(35) Omsorgen for D er overtatt av barnevernet etter barnevernloven § 4-12. Det var mor som etter barneloven hadde omsorgen da vedtaket ble fattet. Etter § 4-14 skal det, når fylkesnemnda har truffet vedtak om omsorgsovertakelse, samtidig treffes vedtak om hvilket plasseringsalternativ som skal benyttes for barnet. For D ble det besluttet fosterhjems plassering.

(36) Det nærmere valget – innenfor de plasseringsalternativene fylkesnemnda fastsetter etter § 4-14 – skal foretas av barneverntjenesten ut fra hensynet til barnet, jf. § 4-15 første ledd:

”Innenfor den ramme som er fastsatt i § 4-14 skal stedet for plassering velges ut fra hensynet til barnets egenart og behov for omsorg og opplæring i et stabilt miljø. Det skal også tas tilbørlig hensyn til at det er ønskelig med kontinuitet i barnets oppdragelse, og til barnets etniske, religiøse, kulturelle og språklige bakgrunn. Det skal videre tas hensyn til hvor lenge det er trolig at plasseringen vil vare, og til om det er mulig og ønskelig at barnet har samvær og annen kontakt med foreldrene.”

(37) Av bestemmelsens annet ledd fremgår:

”I sitt forslag til fylkesnemnda skal barneverntjenesten redegjøre for de synspunkter som bør legges til grunn for valg av plasseringssted i det enkelte tilfelle. I sitt vedtak kan fylkesnemnda stille vilkår når det gjelder plasseringen.”

(38) Bestemmelsen sier ikke noe om hva det kan stilles vilkår om, og dette er heller ikke kommentert nærmere i forarbeidene. I Rt. 1999 side 843 er det forutsatt at det kan stilles vilkår om konkrete valg av fosterhjem. I fosterhjemforskriften § 4 annet ledd er det fastsatt at:

”Barneverntjenesten skal alltid vurdere om noen i barnets familie eller nære nettverk kan velges som fosterhjem.”

(39) Det kan da ikke være noe i veien for at fylkesnemnda kan bestemme at barnet skal plasseres i fosterhjem hos en biologisk forelder.

(40) For D ble det bestemt at hun skulle plasseres i fosterhjem etter barnevernloven § 4-14 bokstav a, men ikke stilt vilkår etter § 4-15 andre ledd. Spørsmålet i saken er om kravet om fosterhjemplassering hos far – som altså ikke har vært behandlet av fylkesnemnda – kan bringes inn for domstolsprøving etter tvisteloven kapittel 36.

(41) Det følger av barnevernloven § 7-24 at

”Nemndas vedtak kan bringes inn for tingretten etter reglene i tvisteloven kapittel 36 (...).”

(42) Tvisteloven § 36-1 første ledd fastsetter:

”Reglene i dette kapitlet gjelder søksmål som etter særskilt lovbestemmelse kan reises for rettslig prøving av administrative vedtak om tvang mot personer. Andre krav kan ikke trekkes inn i saken.”

(43) Tvisteloven kapittel 36 er en særlig prosessform, jf. Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 499. Blant annet prøver retten alle sider av saken, jf. § 36-5 tredje ledd, og staten bærer alle kostnadene ved saken når ikke noe annet følger av særskilt lovbestemmelse, jf. § 36-8. Derfor er det begrenset hvilke krav som kan trekkes inn i prosessen. For eksempel er det ikke adgang til å fremme et erstatningskrav som følge av et tvangsvedtak i en sak om prøvingen av selve vedtaket, jf. Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 499–500.

(44) Etter at barnevernloven ble vedtatt i 1992, ble spørsmålet om hvilke saker som kunne behandles etter tvistemålsloven kapittel 33 – som tilsvarte tvisteloven kapittel 36 – første gang behandlet av Høyesteretts kjæremålsutvalg i Rt. 1994 side 1162. Spørsmålet var her om alle fylkesnemndas vedtak i barnevernsaker – herunder vilkårene fylkesnemnda måtte ha stilt – kunne bringes inn for domstolene etter tvisteloven kapittel 33 med full overprøving etter tvistemålsloven § 483. Dette ville i så fall innebære en utvidelse i

forhold til tidligere rett, hvor bare vedtak om omsorgsovertakelse og enkelte andre vedtak kunne prøves. Høyesteretts kjæremålsutvalg kom til at en slik utvidelse av adgangen til overprøving etter tvistemålsloven kapittel 33 ikke var tilsiktet:

”Spørsmålet om en radikal utvidelse av den rettslige prøvelsesadgang er ikke drøftet i barnevernlovens forarbeider, og Stortinget hadde ikke foranledning til å vurdere dette spørsmål da den nye loven ble vedtatt. Reelle grunner taler mot at vedtak som ikke har karakter av tvangsinngrep og som først og fremst beror på faglige vurderinger, skal være gjenstand for domstolsprøvelse uten noen begrensning. Reglene i tvistemålsloven kapittel 33 passer i denne forbindelse dårlig. Fylkesnemnda har ingen plikt til å treffe bestemmelse om i hvilket fosterhjem barnet skal plasseres, og har i det foreliggende tilfelle heller ikke gjort det.”

- (45) I Rt. 1999 side 843 hadde barnets mor og hennes foreldre nedlagt påstand om at barna skulle plasseres i fosterhjem hos besteforeldrene. Høyesteretts kjæremålsutvalg kom til at denne delen av søksmålet måtte avvises:

”Fylkesnemnda for sosiale saker har i det foreliggende tilfellet truffet vedtak om at X kommune skal overta omsorgen for E og F, og at barna midlertidig skal plasseres i institusjon for utredning og deretter i fosterhjem. Barna er i henhold til dette vedtaket plassert på Z barne- og ungdomshjem. Fylkesnemnda har ennå ikke truffet noe vedtak om valg av fosterhjem. Etter barnevernloven § 7-1 bokstav i, jf. sosialtjenesteloven § 9-10 kan vedtak av fylkesnemnda for sosiale saker bringes inn for domstolene til prøvelse etter tvistemålsloven kapittel 33. Spørsmålet om hvorvidt et vedtak om valg av fosterforeldre kan prøves etter tvistemålsloven kapittel 33, finner utvalget ikke grunn til å gå inn på. Etter kjæremålsutvalgets oppfatning må det under enhver omstendighet være en forutsetning for at spørsmålet om valg av fosterhjem skal kunne prøves av domstolene, at det er truffet vedtak om valg av fosterhjem av fylkesnemnda for sosiale saker. Før fylkesnemnda har truffet vedtak om valg av fosterhjem, kan spørsmålet om hvem barna i tilfelle skal plasseres hos, ikke bringes inn for domstolene til prøvelse.”

- (46) Avgjørelsen holdt det åpent om den konkrete fosterhjems plasseringen overhodet kunne prøves etter tvistemålsloven kapittel 33, men konstaterte at det uansett ikke var aktuelt å overprøve et spørsmål fylkesnemnda ikke hadde tatt stilling til.
- (47) Etter min mening må ordlyden i barnevernloven § 7-24 første ledd, jf. tvisteloven § 36-1 første ledd, hvoretter *nemndas vedtak* om tvang mot personer kan overprøves etter tvisteloven kapittel 36, medføre at domstolene kan prøve spørsmål om fosterhjems plassering hos ”noen i barnets familie eller nære nettverk”, jf. fosterhjemsforskriften § 4 annet ledd. Det innebærer et øket element av tvang når slik plassering ikke kan gjennomføres. En forutsetning som fremgår klart av lovens ordlyd må imidlertid være at *fylkesnemnda har tatt stilling til spørsmålet om slik fosterhjems plassering*. Hvis et slikt krav skulle kunne fremmes for domstolene, uten at forvaltningsorganet først hadde vurdert spørsmålet, ville domstolene tre i forvaltningens sted. Det har ikke vært hensikten med barnevernloven § 7-24 første ledd. Det er de kravene nemnda har tatt stilling til som kan bringes inn til overprøving, ikke andre krav, jf. også tvisteloven § 36-1 første ledd siste setning.
- (48) Som tidligere nevnt har fylkesnemnda i dette tilfellet ikke behandlet spørsmålet om fosterhjems plassering av D hos faren. Faren ønsket ikke dette da, og han nedla heller ikke påstand om det. At fylkesnemnda i sine premisser kommenterer at det ikke er aktuelt å plassere D i fosterhjem hos faren, innebærer ikke at dette er et krav som har vært behandlet av nemnda.

- (49) X kommune har anført at det i praksis er sjelden at fylkesnemnda omhandler denne typen krav i slutningen, og at det taler for at man kan prøve fosterhjems plasseringen også der spørsmålet ikke har vært behandlet av nemnda. Jeg vil imidlertid peke på at fylkesnemnda er et organ med domstolsliknende behandling, og flere av tvistelovens regler gjelder også for fylkesnemndas saksbehandling. Blant annet følger det av barnevernloven § 7-19 at tvisteloven § 19-6 gjelder tilsvarende så langt den passer. Dette innebærer at nemnda må ta standpunkt til de krav som er fremsatt, og det skal fremgå av slutningen om kravet tas til følge eller ikke. Gjør det ikke det, vil det være en saksbehandlingsfeil, men jeg kan ikke se at det kan ha betydning for prøvelsesretten hvis kravet først har vært fremsatt for og behandlet av nemnda. Og utfallet av nemndas behandling er uten betydning for domstolsprøvingen etter tvisteloven kapittel 36.
- (50) Som begrunnelse for at domstolene uansett bør kunne prøve spørsmålet om fosterhjems plassering, har det også vært vist til barnekonvensjonen artikkel 3 – at hensynet til barnets beste alltid skal være et grunnleggende hensyn – og artikkel 9 – som sikrer at biologiske foreldre ikke skal skilles fra sine barn uten at en rekke rettsikkerhetsgarantier blir ivaretatt. Jeg kan imidlertid ikke se at det av disse bestemmelsene kan utledes noe om hvilke spørsmål som kan overprøves etter tvisteloven kapittel 36. De rettsikkerhetsgarantiene artikkel 9 oppstiller har vært ivaretatt ved behandlingen av Ds sak.
- (51) På denne bakgrunn har jeg kommet til at spørsmålet om D skal plasseres i fosterhjem hos far ikke kan prøves etter den særlige prosessformen i tvisteloven kapittel 36.
- (52) Jeg stemmer for denne

K J E N N E L S E :

Tingrettens og lagmannsrettens avgjørelser oppheves for så vidt gjelder valg av fosterhjem. Kravet om fosterhjems plassering hos far avvises fra domstolene.

- (53) Dommer **Skoghøy:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (54) Dommer **Tønder:** Likeså.
- (55) Dommer **Matheson:** Likeså.
- (56) Dommer **Gjølstad:** Likeså.
- (57) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

K J E N N E L S E :

Tingrettens og lagmannsrettens avgjørelser oppheves for så vidt gjelder valg av fosterhjem. Kravet om fosterhjems plassering hos far avvises fra domstolene.

Riktig utskrift bekrefte: