



NORGES HØYESTERETT

D O M

avsagt 26. juni 2024 av Høyesterett i avdeling med

dommer Aage Thor Falkanger

dommer Henrik Bull

dommer Borgar Høgetveit Berg

dommer Knut Erik Sæther

dommer Are Stenvik

HR-2024-1169-A, (sak nr. 23-112462SIV-HRET)

Anke over Hålogaland lagmannsretts dom 25. mai 2023

I.

A

(advokat Harald Grape – til prøve)

(Rettslig medhjelper:

advokat Halvard Helle)

Den Norske Advokatforening (partshjelper)

(advokat Anders Christian Stray Ryssdal)

Stiftelsen barnas rettigheter (partshjelper)

(advokat Karl Nicolai Vogt Skjerdal)

mot

X kommune

(advokat Frode Lauareid)

(Rettslig medhjelper:

advokat Anna Camilla Selman)

II.

X kommune

(advokat Frode Lauareid)

(Rettslig medhjelper:

advokat Anna Camilla Selman)

mot

A

(advokat Harald Grape – til prøve)

(Rettslig medhjelper:

advokat Halvard Helle)

Den Norske Advokatforening (partshjelper)

(advokat Anders Christian Stray Ryssdal)

Stiftelsen barnas rettigheter (partshjelper)

(advokat Karl Nicolai Vogt Skjerdal)

S T E M M E G I V N I N G

(1) Dommer **Stenvik:**

Sakens spørsmål og bakgrunn

- (2) Saken gjelder en mors krav om oppreisning etter at hun ble fratatt omsorgen for sin datter. Anken reiser spørsmål om det foreligger en krenkelse av retten til familieliv etter Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 8 og Grunnloven § 102, og i så fall om krenkelsen gir mor rett til oppreisning fra kommunen.
- (3) A ble i mai 2013, 25 år gammel, mor til B. Fra før hadde hun en sønn, som faren har den daglige omsorgen for. Hun har ikke hatt noe fast forhold til Bs far.
- (4) B ble født to måneder før termin, men har utviklet seg normalt og er i dag en velfungerende jente på 11 år.
- (5) Den første måneden etter fødselen tilbragte mor på sykehuset sammen med datteren. Ved utskrivelsen fattet barnevernstjenesten et midlertidig vedtak om omsorgsovertakelse. Det ble samtidig bestemt at mor og barn skulle ha ukentlige samvær, én time hver gang.
- (6) Det midlertidige vedtaket ble opprettholdt av fylkesnemnda – nå barneverns- og helsenemnda – 21. juni 2013. Begrunnelsen for omsorgsovertakelsen var alvorlig bekymring for mors omsorgsevne og situasjonen i hjemmet. Det ble også vist til at barnet hadde særlige omsorgsbehov på grunn av for tidlig fødsel.
- (7) Den 17. september 2013 fattet fylkesnemnda ordinært vedtak om omsorgsovertakelse, plassering i fosterhjem og samvær mellom mor og barn. Samværet ble satt til 12 ganger det første året, to timer hver gang. Det ble videre bestemt at dersom «tilbakeføring ikke skjer», skulle samværet reduseres til seks ganger det neste året og fire ganger det påfølgende året, fortsatt to timer hver gang.
- (8) I september 2014, da datteren var om lag ett år og fire måneder, fremmet mor krav om tilbakeføring av omsorgen. Ved fylkesnemndas vedtak 22. januar 2015 ble kravet ikke tatt til følge. Det var enkelte positive endringer i mors livssituasjon. Jenta hadde utviklet seg normalt, og hadde ikke lenger særlige omsorgsbehov. Likevel fant nemnda at omsorgssituasjonen hos mor ikke ville være på et forsvarlig nivå. Den viste også til at jenta nå hadde fått en slik tilknytning til fosterhjemmet at flytting ville kunne føre til alvorlige og varige problemer for henne. Samværet ble redusert til tre ganger i året, én time hver gang. Begrunnelsen var at plasseringen i fosterhjemmet sannsynligvis ville bli varig, og at *det* tilsa et begrenset samvær. Nemnda pekte også på at barnet reagerte negativt på samværene.
- (9) Mor brakte fylkesnemndas vedtak inn for retten, men trakk saken før hovedforhandling.
- (10) I mars 2016 fremsatte mor på nytt krav om tilbakeføring av omsorgen, subsidiært utvidelse av samværet. Heller ikke denne gangen førte kravene frem. Fylkesnemnda avviste 2. august 2016 kravet om tilbakeføring fordi den mente at det ikke hadde skjedd vesentlige

endringer i barnets situasjon. Samværet ble opprettholdt uendret med samme begrunnelse som tidligere. Jenta var nå blitt om lag tre år og tre måneder gammel.

- (11) Også denne gangen ble saken brakt inn for retten, men trukket før hovedforhandling.
- (12) I september 2018 fremmet kommunen sak om fosterhjemsadopsjon. Mor motsatte seg adopsjonen og krevde utvidet samvær. Ved vedtak 2. juni 2019 bestemte fylkesnemnda at adopsjonsbegjæringen ikke skulle tas til følge. Det forelå etter nemndas mening ikke særlig tungtveiende grunner som tilsa at adopsjon ville være klart bedre for barnet enn fortsatt fosterhjemsplassing. Samværet mellom mor og barn ble opprettholdt tre ganger per år, men utvidet til to timer hver gang. Nemnda mente at en viss utvidelse ville kunne øke kvaliteten av samværene og styrke familiebåndene.
- (13) Mor fikk en datter til 19. desember 2018. Barnevernstjenesten iverksatte undersøkelsessak, men besluttet etter noen måneder at det ikke var behov for tiltak eller oppfølging. Mor var på dette tidspunktet i fast arbeid, og forholdene i hjemmet hadde utviklet seg positivt.
- (14) Kommunen brakte vedtaket i adopsjonssaken inn for retten, men nådde ikke frem. Tingretten avsa dom 5. februar 2021, som ble rettskraftig 4. juni 2021. Jenta bor fortsatt hos fosterforeldrene.
- (15) A reiste 10. mars 2022 sak mot X kommune med krav om oppreisning. Kommunen krevde seg frifunnet. Nord-Troms og Senja tingrett avsa dom 7. oktober 2022 med slik slutning:
- «X kommune frifinnes.»
- (16) Tingretten kom til at kommunen hadde gjort det den kunne for å legge til rette for gjenforening, så lenge gjenforening ikke var utelukket på grunn av barnets tilknytning til fosterhjemmet. Kommunen hadde derfor ikke krenket retten til familieliv.
- (17) Etter anke avsa Hålogaland lagmannsrett dom 25. mai 2023 med denne slutningen:
- «1. X kommune betaler erstatning til A med 100 000 – etthundretusen – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelse av dommen.
2. I sakskostnader for lagmannsretten betaler X kommune 100 000 – etthundretusen – kroner til A/det offentlige innen 2 – to – uker fra forkynnelse av dommen.
3. I sakskostnader for tingretten betaler X kommune 100 000 – etthundretusen – kroner til A/det offentlige innen 2 – to – uker fra forkynnelse av dommen.»
- (18) Lagmannsretten la til grunn at omsorgsovertakelsen var berettiget, men kom til at kommunen i tiden etter omsorgsovertakelsen hadde gjort for lite for å legge til rette for styrking av båndene mellom mor og datter gjennom samvær. Kommunens passivitet ble ansett å krenke retten til familieliv etter Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 8, og kommunen ble pålagt å betale oppreisning på ulovfestet grunnlag av hensyn til statens forpliktelser etter EMK artikkel 13.

- (19) Begge parter har anket til Høyesterett. Mor har anket over utmålingen. Kommunen har anket prinsipalt over ansvarsgrunnlaget, subsidiært over utmålingen. Ankene gjelder bevisbedømmelsen og rettsanvendelsen.
- (20) Det er fremlagt enkelte nye bevis.
- (21) Den Norske Advokatforening og Stiftelsen barnas rettigheter er partshjelpere på mors side, jf. tvisteloven § 15-7 første ledd bokstav b.
- (22) Norges institusjon for menneskerettigheter har inngitt skriftlig innlegg til belysning av allmenne interesser etter tvisteloven § 15-8.
- (23) Saken ble forhandlet i Høyesterett i sammenheng med sak HR-2024-1170-A, der dom vil bli avsagt senere i dag. For øvrig står saken i det vesentlige i samme stilling som for lagmannsretten.

Partenes og partshjelpernes syn på saken

- (24) A har i korte trekk gjort gjeldende:
- (25) Det foreligger en krenkelse av EMK artikkel 8 og Grunnloven § 102.
- (26) Kommunen forlot gjenforeningsformålet kort etter omsorgsovertakelsen og fastsatte et samvær som var så begrenset at det hindret en mulig senere tilbakeføring av omsorgen til mor. Kommunen pliktet å arbeide aktivt for gjenforening, blant annet ved å øke samværet, eventuelt ved saksframlegg til fylkesnemnda om økt samvær. Mor kom i fast arbeid og gjenvant sin omsorgsevne i 2016. Det er ikke grunnlag for å hevde at hun ved å utebli fra enkelte møter gjorde det umulig for kommunen å oppfylle sine plikter. Dersom kommunen hadde arbeidet aktivt for gjenforening, er det ikke usannsynlig at barnet i dag hadde vært tilbakeført. Begrunnelsen for inngrepene oppfyller heller ikke de kravene som følger av rettspraksis.
- (27) Oppreisning kan tilkjennes med hjemmel i EMK artikkel 13 når krenkelsen – som i dette tilfellet – ikke kan repareres på annen måte. Alternativt kan oppreisning tilkjennes på ulovfestet grunnlag. Utmålingen må skje konkret. Krenkelsens art og konsekvensene for skadelidte taler for et vesentlig høyere oppreisningsbeløp enn det lagmannsretten fastsatte.
- (28) A har lagt ned slik påstand:
- «1. X kommune dømmes til å betale oppreisningserstatning til mor [med] et beløp fastsatt etter rettens skjønn begrenset oppad til kr 1 000 000.
 2. X kommunes anke forkastes.
 3. A / det offentlige tilkjennes sakens sakskostnader for Høyesterett.»
- (29) *Den Norske Advokatforening* slutter seg til mors anførsler. Det har stor betydning for rettssikkerheten at EMK artikkel 13 anerkjennes som hjemmel for å tilkjenne oppreisning på menneskerettsområdet. Alternativt må Høyesterett formulere en ulovfestet regel med

samme innhold. Andre rettslige virkemidler er ikke tilstrekkelige for å sikre effektiv reparasjon av menneskerettskrenkelser og markere den urett som er begått.

(30) Den Norske Advokatforening har lagt ned slik påstand:

«Den Norske Advokatforening tilkjennes sakens omkostninger for Høyesterett.»

(31) *Stiftelsen barnas rettigheter* slutter seg også til mors anførsler. EMK artikkel 13 gir grunnlag for å tilkjenne oppreisning i den grad det er nødvendig for å reparere menneskerettskrenkelser. Andre erstatningsgrunnlag i norsk rett gir ikke tilstrekkelig reparasjon. Tapet av muligheten til å knytte familieband er en stor psykisk belastning for både mor og barn. Oppreisningsnivået bør tilsvare det som følger av EMDs praksis etter EMK artikkel 41.

(32) Stiftelsen barnas rettigheter har lagt ned slik påstand:

«Stiftelsen BARNAS rettigheter tilkjennes sakens omkostninger for Høyesterett.»

(33) *X kommune* har i korte trekk gjort gjeldende:

(34) Kommunen har oppfylt sine forpliktelser etter EMK artikkel 8 og Grunnloven § 102 overfor mor. Kommunens handlemåte må vurderes ut fra rettsstilstanden på tiden for den påståtte krenkelsen i perioden 2014 til 2019. Den gangen var ikke pliktene like strenge som etter senere rettspraksis.

(35) Inngrepene var nødvendige og forholdsmessige, og begrunnelsen var tilstrekkelig. Gjenforeningsmålet ble ikke forlatt. Når kommunen ikke arbeidet aktivt for mer omfattende samvær, skyldtes det manglende medvirkning fra mor, hensynet til barnet og fylkesnemndas vedtak. Kommunen er bundet av vedtakene i fylkesnemnda og kan ikke holdes ansvarlige for disse.

(36) Det er ikke grunnlag i norsk rett for å pålegge oppreisningsansvar i en sak som dette. Bestemmelsen i EMK artikkel 13 pålegger staten å reparere konvensjonsbrudd, men ikke at reparasjonen nødvendigvis må skje i form av oppreisning. På barnevernsområdet er mange botemidler tilgjengelige, og disse oppfyller kravene etter EMK artikkel 13. Skulle Høyesterett komme til at EMK artikkel 13 krever at det tilkjennes oppreisning, er det en forpliktelse som det må være statens ansvar å oppfylle. Subsidiært gjøres det gjeldende at lagmannsretten har fastsatt et for høyt oppreisningsbeløp. Et eventuelt oppreisningsbeløp må i et tilfelle som dette være av symbolsk karakter.

(37) *X kommune* har lagt ned slik påstand:

«*X kommune* vert frifunnen.»

Mitt syn på saken

Retten til familieliv

- (38) Retten til familieliv vernes av EMK artikkel 8. Bestemmelsen fastslår at enhver har rett til respekt for sitt familieliv og privatliv og lyder slik:
- «1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.
 2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.»
- (39) EMK gjelder som norsk lov, jf. menneskerettsloven § 2.
- (40) Retten til familieliv vernes også av Grunnloven § 102 første ledd, som forstås på samme måte som EMK artikkel 8, jf. HR-2022-718-A avsnitt 85.
- (41) En delvis overlappende bestemmelse fins i artikkel 17 i Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter av 16. desember 1966, men denne gir ingen ytterligere beskyttelse av betydning i saken her.
- (42) Retten til familieliv beskytter familiens mulighet til å leve sammen, slik at familieband kan utvikles på en naturlig måte. Både omsorgsovertakelse og begrensning av samvær mellom foreldre og barn utgjør utvilsomt inngrep i retten til familieliv. Artikkel 8 kommer derfor til anvendelse. Det betyr at slike inngrep bare kan gjennomføres i den utstrekning de har hjemmel i norsk lov, ivaretar legitime formål og er nødvendige i et demokratisk samfunn.
- (43) Det nærmere innholdet i retten til familieliv er avklart i storkammeravgjørelsene HR-2020-661-S, HR-2020-662-S og HR-2020-663-S. Det som har særlig betydning for vår sak, kan oppsummeres slik:
- (44) At inngrepet må være *nødvendig i et demokratisk samfunn*, betyr at det må foreligge et presserende samfunnsmessig behov, og at inngrepet må stå i rimelig forhold til det som søkes oppnådd.
- (45) Det må legges stor vekt på *hensynet til familieband* mellom barn og foreldre. I utgangspunktet har barn og foreldre en sterk, felles interesse i at familiebandene bevares og utvikles. Det innebærer at myndighetene bare helt *unntaksvis kan overta omsorgen* for et barn. Hvis hensynet til barnet ikke lar seg forene med opprettholdelse av familiebandene, veier imidlertid hensynet til barnet tyngst. Omsorgsovertakelse er derfor berettiget når det er fare for barnets helse og utvikling.
- (46) Omsorgsovertakelse er i utgangspunktet et *midlertidig tiltak*, og myndighetene plikter å legge til rette for gjenforening så snart det lar seg gjøre uten at barnet blir skadelidende. Gjenforeningsmålet kan ikke oppgis – verken formelt eller reelt – med mindre det er nødvendig av hensyn til barnet.

- (47) En viktig del av plikten til å arbeide for gjenforening er å legge til rette for *samvær* mellom foreldre og barn. Så lenge gjenforening er målet, skal samværene ikke bare sikre at barnet vet hvem foreldrene er, men også være egnet til å utvikle familiebåndene med sikte på gjenforening. Samværene må være tilstrekkelig hyppige og av god kvalitet. Målet om gjenforening forutsetter at det blir gitt så mye samvær som det er mulig å gi uten å tilsesette hensynet til barnet. Hvis samværene ikke fungerer godt, må man forsøke å finne alternative løsninger.
- (48) Avgjørelser må treffes på et *forsvarlig beslutningsgrunnlag*. Det innebærer at myndighetene må skaffe til veie et tilstrekkelig bredt og oppdatert grunnlag for sine vurderinger. Det bør utvises forsiktighet med å trekke konklusjoner om foreldrenes omsorgsevne og samværskompetanse ut fra et begrenset eller utilfredsstillende samvær alene. Myndigheten bør også være forsiktige med å bygge på opplysninger kun fra fosterforeldre.
- (49) *Begrunnelsen* for inngrepet må være relevant og tilstrekkelig. Den må vise at myndighetene har foretatt en *balansert avveining* av kryssende hensyn. I den enkelte sak må det komme tydelig frem at de aktuelle hensynene er vurdert, og hvordan de er veid mot hverandre. Det må fremgå at mindre inngripende tiltak har vært vurdert, og hvorfor de ikke ble ansett som tilstrekkelige. Begrunnelsen bør så langt mulig være konkret og vise til de faktiske forholdene den bygger på.
- (50) Kravene til saksbehandling og begrunnelse skjerpes for særlig inngripende tiltak. Omsorgsovertakelse og oppgivelse av gjenforeningsmålet er eksempler på tiltak hvor det gjelder skjerpede krav.

Er retten til familieliv krenket?

- (51) Etter barnevernsloven varetas omsorgen for barn i tett samarbeid mellom kommunale og statlige myndigheter. Plikten til å sikre retten til familieliv påhviler alle offentlige myndigheter, jf. HR-2022-401-A avsnitt 46. Hvorvidt plikten er oppfylt i det enkelte tilfellet, avhenger av om myndighetene samlet sett har oppfylt konvensjonsforpliktelsene. Kommunale og statlige myndigheters håndtering av saken må derfor ses i sammenheng. Det betyr imidlertid ikke at kommunen alltid vil være ansvarlig for konvensjonsbrudd. Jeg kommer tilbake til det spørsmålet ved vurderingen av om det er grunnlag for oppreisningsansvar i denne saken.

Akuttvedtaket og omsorgsovertakelsen i 2013

- (52) Etter mitt syn hadde barnevernstjenesten gode grunner til å starte *undersøkelser* i forbindelse med Bs fødsel. De hadde i februar 2013 mottatt en bekymringsmelding fra NAV om mulig bruk av rusmidler. Forholdene i hjemmet ga også ellers grunn til bekymring. Mor var på den tiden samboer med en mann som hadde en lang historikk med kriminalitet og rusmisbruk. Dessuten hadde barnevernstjenesten fra før kjennskap til mangler ved mors omsorgsevner. En sakkyndig rapport fra 2008 konkluderte med at mor ikke var i stand til å gi det første barnet forsvarlig omsorg. Det ble blant annet vist til at mors samvær med sønnen var preget av passivitet og initiativløshet, som førte til at gutten

ble understimulert og forsinket i sin utvikling. Sett i sammenheng med at datteren, B, var født to måneder for tidlig og av den grunn særlig sårbar med behov for tett og god oppfølging, er det liten tvil om at tiltak var påkrevd.

- (53) Forberedelsen av akuttvedtaket var imidlertid mangelfull. I sin avgjørelse 21. juni 2013 kritiserte fylkesnemnda barnevernstjenesten for ikke å ha gjennomført samtaler med mor, foretatt hjemmebesøk og skaffet seg et bedre grunnlag for egne vurderinger. Det foreligger heller ingen nærmere vurdering av alternativer til omsorgsovertakelse, for eksempel om det særlige omsorgsbehovet i den første fasen kunne sikres ved at mor og datter flyttet til et barne- og familiesenter.
- (54) Disse manglene ble ikke utbedret før fylkesnemnda 17. september 2013 traff ordinært vedtak om omsorgsovertakelse. Igjen kritiserte fylkesnemnda kommunens saksforberedelse. Jeg peker også på at det ikke var innhentet noen oppdatert sakkyndig vurdering av mors omsorgsevner og situasjonen i hjemmet. Den eneste sakkyndige vurderingen som var foretatt, var den tidligere omtalte fra 2008.
- (55) Det var imidlertid innhentet uttalelser fra fødestua og barneavdelingen på sykehuset. I uttalelsen fra fødestua heter det at mor «møtte til alle avtaler, virket velstelt og var i godt humør». I brevet fra barneavdelingen heter det blant annet:

«Når det gjelder samspill mellom A og B har det stort sett bare vært positive rapporter ifht dette. A viste god omsorg for B, og hun viste stor interesse og glede over barnet.
...

A ble i starten oppfattet som noe initiativløs og usikker, men viste etter hvert en klar positiv utvikling. Hun fikk mye veiledning i stell og hjelp til å observere Bs behov. Hun samarbeidet bra med pleierne og tok til seg informasjonen som ble gitt.»

- (56) Fylkesnemnda merket seg disse signalene om en positiv utvikling. Den pekte også på at det nå ikke forelå holdepunkter for at mor hadde et rusproblem. Likevel kom den til at forbedringene ikke var tilstrekkelige for å sikre barnet forsvarlig omsorg. I vedtaket heter det om dette:

«Når fylkesnemnda til tross for den beskrevne utviklingen, er kommet til at vilkårene for omsorgsovertakelse er oppfylt, jf lov om barneverntjenester [1992] § 4-12 første ledd, bokstav a, er det begrunnet i at endringen hos A har vært svært kortvarig og primært knyttet til en periode der A var gravid og i tiden etter fødselen hvor hun har hatt spesielt tett oppfølging. Fylkesnemnda finner også at endringen i As fungering ikke er av en slik karakter eller et slikt omfang at det er tilstrekkelig til å danne grunnlag for en tilfredsstillende omsorgsbasis. A forklarte selv for nemnda at hun har det bedre, men peker også selv på at de konkrete endringene som har skjedd, ikke er store.
...

Under fylkesnemndas behandling var det vanskelig å få A til å reflektere over de krav som ville bli stilt til henne som mor, og hun evnet i begrenset grad å sette ord på tanker om dette. Sammenholdt med de opplysninger som kom fra NAV om mors kognitive vansker, er det grunnlag for betydelig bekymringer for hennes evne til å ivareta et spedbarn med særlige omsorgsbehov.

B er avhengig av omsorgspersoner som er vare for hennes signaler, klarer å tolke signalene og å respondere på en adekvat måte. Fylkesnemnda finner at det er alvorlige mangler ved As omsorgsevne. Hun fremstår som umoden, og det er grunn til å anta at hun vil være avhengig av tett oppfølging over tid for å klare å ivareta ansvaret for seg selv og sitt eget liv.

...

På bakgrunn av opplysninger fra barneavdelingen ved UNN, legger fylkesnemnda til grunn at A i gitte situasjoner, både ønsker, tar imot og evner å følge opp veiledning. Samværsobservasjoner i tiden etter akuttvedtaket, viser allikevel at evnen til å ta imot veiledning er begrenset og at evnen til å lese Bs signaler og respondere på dem er mangelfull.»

- (57) Nemndas vedtak etterlater tvil om man her sto overfor en så ekstraordinær situasjon at omsorgsovertakelse var nødvendig. Jeg minner om at det stilles strenge krav og viser særlig til det som sies i HR-2020-662-S avsnitt 56:

«Omsorgsovertakelser må altså være i samsvar med kravet om ‘very exceptional circumstances’ og kan dermed bare besluttes helt unntaksvis. Dette er også uttalt i EMDs dom 10. mars 2020 *Hernehult mot Norge* avsnitt 62. Slik jeg ser det, er dette kravet i overensstemmelse med barnevernlovens bestemmelser om omsorgsovertakelse.»

- (58) Fylkesnemnda har ikke i tilstrekkelig grad pekt på konkrete holdepunkter for at mor med nødvendig veiledning ville være ute av stand til å dra omsorg for datteren, slik at det var fare for barnets helse og utvikling. Heller ikke er det gitt en god begrunnelse for at mors evne å ta imot veiledning var så begrenset at andre tiltak enn omsorgsovertakelse ville være utilstrekkelige.
- (59) Heller ikke for øvrig var begrunnelsen for omsorgsovertakelsen tilstrekkelig. Det fremgår ikke av vedtaket at nemnda har foretatt en balansert avveining av kryssende hensyn, særlig hensynet til å bevare familien mot hensynet til barnets helse og utvikling, eller at den grundig har vurdert alternative og mindre inngripende tiltak. Jeg viser ellers til det jeg har sagt om at kommunens utredning var mangelfull.

Fastsettelsen av samvær

- (60) Ved fastsettelsen av *samvær* mellom mor og barn la nemnda i vedtaket 17. september 2013 til grunn at «den positive endringen som har skjedd de siste månedene, kan tilsi at en tilbakeføring av omsorgen for B på et senere tidspunkt, ikke kan utelukkes». Den pekte på at mor hadde behov for veiledning, men at hun «fremstår ... som motivert for å komme videre slik at hun kan ivareta omsorgen». Det forelå ingen opplysninger om at samværet kunne være skadelig for barnet. Tvert imot tydet den allerede nevnte uttalelsen fra barneavdelingen på at samværet fungerte godt med veiledning.
- (61) Barnevernstjenesten hadde foreslått at samværet skulle settes til fire ganger årlig, to timer hver gang. Et så begrenset samvær var etter nemndas vurdering utilstrekkelig. Det måtte «legges opp til en samværsordning som ikke gjør det vanskeligere å gjenforene mor og barn». Mot denne bakgrunn besluttet nemnda at det skulle være månedlige samvær, to timer hver gang.

- (62) Basert på fylkesnemndas forutsetning om at omsorgsovertakelsen var nødvendig – som jeg altså mener ikke var tilstrekkelig underbygd og begrunnet – har jeg ingen innvendinger mot fastsettelsen av månedlige samvær. Et annet spørsmål er om den *nedtrappingsplanen* for samværet som nemda samtidig fastsatte, er forenlig med gjenforeningsmålet. Dersom tilbakeføring av omsorgen ikke kunne skje før 1. oktober 2014, skulle samværet reduseres til seks ganger årlig. Fra 1. oktober 2015 skulle samværet under samme forutsetning reduseres til fire ganger i året. Om begrunnelsen for dette heter det i vedtaket:

«Dersom forholdene ikke ligger til rette for tilbakeføring innen det har gått ett år, vil dette tilsi at målet og tidsperspektivet for plasseringen må endres. Dermed må også formålet med samværene endres og omfanget reduseres. I en slik situasjon vurderes det som riktig med seks samvær det første året, og deretter fire årlige samvær.»

- (63) Etter mitt syn er en slik nedtrappingsplan vanskelig å forene med plikten til å arbeide for gjenforening så snart det lar seg gjøre. Samvær er et sentralt tiltak med tanke på gjenforening, jf. HR-2020-662-S avsnitt 127. Myndighetene må derfor – uavhengig av den antatte lengden på omsorgsovertakelsen – med jevne mellomrom undersøke om omstendighetene har endret seg, og vurdere hvilken betydning dette i tilfelle skal få for samværet, jf. HR-2020-662-S avsnitt 129. Plikten til å arbeide for gjenforening avtar ikke med tiden, men gjør seg tvert imot gjeldende «with progressively increasing force as from the commencement of the period of care», som det er uttrykt av EMD i storkammerdom 10. september 2019 *Strand Lobben mfl. mot Norge* avsnitt 208, gjengitt i HR-2020-661-S avsnitt 127. Reduksjoner i samværet må derfor bygge på en grundig vurdering som tar hensyn til målet om gjenforening, og på et tilstrekkelig bredt og oppdatert beslutningsgrunnlag, jf. HR-2020-661-S avsnitt 132 og HR-2020-663-S avsnitt 95. Nedtrappingsplanen la ikke til rette for dette.

Det første året etter omsorgsovertakelsen

- (64) Etter at fylkesnemnda hadde fattet vedtak om omsorgsovertakelse, oppnevnte barnevernstjenesten en sakkyndig sosionom for å observere samværene mellom mor og barn og gi veiledning. Dette fremstår som et egnet og hensiktsmessig tiltak. Det fremgår av en arbeidsplan som ble utarbeidet av barnevernstjenesten i juni 2014, at mor mottok veiledning fra oktober 2013, og at hun ble presentert for den sakkyndige og var «motivert for å ta i mot hjelp via hennes tjenester».
- (65) Fra november 2013 til september 2014 ble det gjennomført ti samvær og ni veiledningsmøter. Samværene foregikk i fosterhjemmet med fostermor og sakkyndig til stede. I rapporten 17. september 2014 gir den sakkyndige følgende generelle karakteristikk av samværene:

«B virket i utgangspunktet åpen og interessert overfor A når hun kom på besøk. A møtte henne med et smil og smilte mye til henne under besøkene. Hun ville gjerne holde B, klemme og kose med henne og trøste henne når hun gråt. Det kunne virke som om B trengte tid til å bli kjent og trygg på A og at hun ikke var klar for å ha en så tett kontakt med A som A ønsket. [Fostermoren] fortalt[e] at B ikke ville la hennes egen mor komme for nært eller holde henne.»

- (66) Avslutningsvis i rapporten heter det:

«As ønsker for hvordan hun skulle utøve omsorgen sin for B samsvarte ikke med Bs behov. Det var tydelig at [fostermor] var den som hun følte tilknytning til og som hun søkte støtte og trøst hos. Det var nødvendig for A å redefinere rollen sin. ...

På noen områder har det skjedd positive endringer mens på andre områder ville det vært nødvendig å jobbe mer. As evne til innlevelse i B virker begrenset og vil ha betydning for hvordan mor greier å ivareta B følelsesmessig.

Veiledning en gang i måneden er ugunstig med tanke på prosess og at det er mange områder å jobbe med.»

- (67) Den sakkyndiges vurdering ga grunn til en viss optimisme. Mor var positivt innstilt, oppførte seg vennlig mot barnet og søkte kontakt. Det ble ikke observert negative reaksjoner på samværet hos barnet, utover at det ved noen anledninger virket som om datteren ikke kjente igjen moren, og at barnet reserverte seg mot nærkontakt. De sjeldne samværene og måten de ble gjennomført på, ga imidlertid ikke de beste forutsetningene for fremgang. I rapporten gis det som nevnt også uttrykk for at veiledning én gang i måneden «er ugunstig med tanke på prosess og at det er mange områder å jobbe med». Det kan ha bidratt til at mor ikke kom lenger i sin utvikling i denne perioden.
- (68) Jeg anser det klart at rapporten, isolert sett, ikke ga grunnlag for å redusere samværet. Jeg minner om at gjenforeningsmålet forutsetter at det blir gitt så mye samvær som mulig uten å tilsidesette hensynet til barnet, jf. HR-2020-662-S avsnitt 134 og HR-2020-663-S avsnitt 140.
- (69) I et møte med barnevernstjenesten 6. oktober 2014 forteller mor om en positiv utvikling i sin livssituasjon. Hun er kommet i arbeid og trives med det. Samværene med den eldre sønnen er trappet opp og fungerer godt. Hun beretter også om tettere kontakt med og støtte fra familien. Mor sier at hun ønsker mer samvær, og at hun gjerne vil gjenforenes med datteren på nyåret. Likevel beslutter barnevernstjenesten å redusere samværene til seks ganger i året, i samsvar med fylkesnemndas nedtrappingsplan. I en kort e-post 20. oktober 2014 skriver barnevernstjenesten:
- «Etter drøfting med vår advokat Litveit Hansen er vi kommet til at vi fortsatt ønsker å praktisere samvær etter nemnda sitt vedtak. Dette grunnet at vi mener samværene er en for stor påkjenning for [barnet].»
- (70) Uttalelsen om at samværene er en «stor påkjenning» for barnet, er ikke konkretisert og har heller ingen klar forankring i rapporten fra den sakkyndige sosionomen, som var avgitt et par uker tidligere.
- (71) I saksfremlegg 10. november 2014 til fylkesnemnda går kommunen inn for at samværet reduseres ytterligere. Som begrunnelse for dette sier kommunen:
- «Jenta har allerede knyttet seg til fosterforeldrene som sine psykologiske foreldre, og samvær slik det er i dag fungerer ikke til beste for jenta.
- Samværsomfanget foreslås satt til 2 ganger pr år, som dagsamvær á 1 time.»
- (72) Et så begrenset samvær som kommunen her la opp til, medfører en klar risiko for at familiebåndene mellom mor og barn brytes uopprettelig. Kommunens saksfremlegg kan

derfor ikke forstås annerledes enn at barnevernstjenesten på dette tidspunktet anså gjenforeningsmålet som urealistisk. En slik reell oppgivelse av gjenforeningsmålet forutsetter at det foreligger spesielle og sterke grunner. Dette følger av myndighetenes plikt til å gjøre alt «for å opprettholde personlige bånd og – hvis og når det passer – å bygge familien opp igjen», jf. HR-2020-661-S avsnitt 127. Et så inngripende tiltak stiller også strenge krav til utredning og begrunnelse, og krever en nærmere forklaring utover å vise til at barnet trenger stabilitet, jf. HR-2020-662-S avsnitt 128, 132 og 138.

- (73) Det følger av det jeg allerede har sagt, at det høsten 2014 *ikke* var vist til slike spesielle og sterke grunner som kunne rettferdiggjøre at gjenforeningsmålet i realiteten ble oppgitt. B var bare halvannet år gammel. Samværene hadde etter det opplyste budt på noen utfordringer, men det er ikke påvist at de hadde medført skadelige belastninger for barnet. Mor var positiv til veiledning og motivert for å utvikle sine omsorgsevner. Både den sakkyndige og mor selv fortalte om en positiv utvikling, selv om det fortsatt var en vei å gå.
- (74) Barnevernstjenesten ga heller ikke noen nærmere begrunnelse som viser at den foretok en balansert avveining av kryssende hensyn. Hensynet til å bevare familiebandene mellom mor og datter er nærmest fraværende i kommunens saksfremlegg.

Fylkesnemndas vedtak i 2015

- (75) Fylkesnemnda besluttet i vedtak 22. januar 2015 at omsorgen ikke skulle tilbakeføres. Samværet ble fastsatt til tre ganger årlig, én time hver gang. Fastsettelsen av et så begrenset samvær innebar at fylkesnemnda – på samme måte som kommunen – reelt oppga målet om gjenforening. Nemnda la til grunn at fosterhjems plasseringen ville bli varig, og fastsatte derfor samværet ut fra et formål om at «... B skal ha kjennskap til sine biologiske foreldre med henblikk på en evt. senere tilknytning». Den viste også til dårlig samværskvalitet, og til at barnet «etter samvær [har] hatt reaksjoner som har vedvart utover ettermiddag/kveld». Selv om den sakkyndige rapporten altså viste at det var enkelte utfordringer med samværene, ga den ikke grunnlag for å bygge på at månedlig samvær ville skade barnets helse og utvikling. Det er ikke *vist til* noe annet grunnlag for uttalelsen om barnets reaksjoner på samværene enn opplysninger fra fosterforeldrene. Det synes heller ikke å ha vært foretatt noen nærmere vurdering av om samværene kunne tilrettelegges slik at de ville fungere bedre, jf. HR-2020-661-S avsnitt 133 og 143 og HR-2020-662-S avsnitt 127. Jeg kan ikke se at fylkesnemnda begrunner på tilfredsstillende måte at det var berettiget å oppgi målet om gjenforening eller for å fastsette et sterkt begrenset samvær. Jeg viser til det jeg allerede har sagt om kommunens håndtering av gjenforeningsmålet.

Den videre utviklingen

- (76) Den videre utviklingen har etter mitt syn begrenset betydning for spørsmålet om erstatningsansvar. Ved at gjenforeningsmålet i realiteten ble oppgitt og samværet sterkt redusert høsten 2014, var skaden langt på vei skjedd. Man måtte regne med at familiebandene mellom mor og barn etter hvert ville bli utvisket. Det synes da også å være det som etter hvert skjedde. Situasjonen i dag er at datteren helst vil slippe å treffe moren, og iallfall ikke møte henne utenfor fosterhjemmet.

- (77) Mor har anført at hennes livssituasjon og omsorgsevner utviklet seg særlig positivt fra 2016. Hun kom da i fast arbeid og forholdene i hjemmet ble mer stabile. Hun fikk som nevnt en datter til i 2018, som barnevernstjenesten har ansett henne skikket til å dra omsorg for. Som følge av den positive utviklingen burde myndighetene etter mors syn utvidet samværene og tatt opp spørsmålet om gjenforening til ny vurdering. I stedet fremmet kommunen tidlig i 2019 begjæring om fratakelse av foreldreansvar og adopsjon.
- (78) Det er mye som tyder på at mor iallfall i 2018 hadde evne til å dra forsvarlig omsorg for små barn. Når det likevel ble fremmet sak om fratakelse av foreldreansvar og adopsjon, var det ikke begrunnet med mangel på omsorgskompetanse hos mor, men med at barnet nå hadde fått en så sterk tilknytning til fosterfamilien at det kunne føre til alvorlige problemer om hun ble flyttet. Dette underbygger det jeg nettopp har sagt om at den kraftige nedtrappingen av samværet mellom mor og barn fra høsten 2014 svekket familiebandene mellom mor og barn, og med det skapte et uoverstigelig hinder for senere gjenforening. Det er da ikke nødvendig for meg å ta stilling til om myndighetene også sviktet i sin håndtering av saken i perioden etter 2016.
- (79) Kommunen har på sin side sterkt fremhevet manglende medvirkning fra mors side som en viktig årsak til at samværet ble redusert. Jeg er enig i at mor i perioder ikke har medvirket på en god måte, men dette kan ikke være avgjørende. Som jeg tidligere har vært inne på, var mor i utgangspunktet motivert for omsorgsoppgavene og villig til å ta imot veiledning. Da hun ble observert og mottok veiledning fra kommunens sakkyndige i 2013 og 2014, gjennomførte hun i alt vesentlig samvær og veiledningsmøter som avtalt. Fra høsten 2014 ble forholdet til barnevernstjenesten langt mer problematisk, og hun uteble i stor grad fra møter som var avtalt eller som hun var innkalt til. Hvorvidt denne utviklingen kan ha hatt sammenheng med at kommunen, som jeg har redegjort for, på denne tiden i realiteten oppga gjenforeningsmålet og sterkt reduserte samværsomfanget, er det vanskelig å si noe sikkert om. Under enhver omstendighet førte samværsreduksjonene i oktober 2014 og januar 2015 til at skaden i stor grad var skjedd. Manglende medvirkning fra mors side i de påfølgende årene har dermed mindre betydning for det spørsmålet saken gjelder.

Foreløpig konklusjon

- (80) Jeg er kommet til at myndighetenes inngrep har krenket retten til familieliv etter EMK artikkel 8 og Grunnloven § 102.
- (81) Jeg legger særlig vekt på den sterke reduksjonen i samværet fra tolv til seks ganger årlig fra oktober 2014, og videre til tre ganger årlig fra januar 2015, som reelt sett innebar en oppgivelse av gjenforeningsmålet. Inngrepet var ikke basert på et tilstrekkelig bredt og oppdatert beslutningsgrunnlag, og begrunnelsen viser ikke at det var nødvendig og forholdsmessig. Enn mindre viser begrunnelsen at det var foretatt en så grundig og balansert avveining av kryssende interesser som kreves etter Høyesteretts storkammeravgjørelser HR-2020-661-S, HR-2020-662-S og HR-2020-663-S.
- (82) Spørsmålet blir etter dette om krenkelsen gir mor rett til oppreisning fra kommunen.

Ansvarsgrunnlag

- (83) Partene er uenige om det rettslige grunnlaget for erstatning for ikke-økonomisk tap – oppreisning – ved brudd på EMK artikkel 8. Mor gjør gjeldende at artikkel 13 kan anvendes direkte som hjemmelsgrunnlag i norsk rett, og at oppreisning som hovedregel må tilkjennes ved krenkelser av retten til familieliv. Kommunen anfører på sin side at andre botemidler enn oppreisning er tilstrekkelige for å oppfylle plikten etter artikkel 13. Og selv om norsk rett ikke skulle oppfylle de kravene artikkel 13 stiller, er bestemmelsen etter kommunens syn ikke klar nok til å oppfylle hjemmelskravet for oppreisning i norsk rett; det foreligger i så fall et tomrom som det må være en lovgiveroppgave å fylle.
- (84) Høyesterett har allerede i Rt-2013-588 fastslått at krenkelser av EMK artikkel 3 og artikkel 8 kan gi rett til erstatning for både økonomisk og ikke-økonomisk tap. Den rettslige forankringen av ansvaret ble ikke problematisert. Det er imidlertid på det rene at ingen av de alminnelige ansvarsgrunnlagene som er nedfelt i skadeserstatningsloven eller utviklet i rettspraksis, ga rett til oppreisning i det aktuelle tilfellet.
- (85) Det kan være noe av en smakssak om ansvarsgrunnlaget forankres i EMK artikkel 13 – som altså gjelder som norsk lov – eller etableres på ulovfestet grunnlag. Ansvarsgrunnlaget *behøver* ikke forankres «direkte» i artikkel 13. Det er under enhver omstendighet på det rene at artikkel 13 i visse tilfeller gir den som har vært utsatt for en krenkelse, rett til oppreisning. Bestemmelsen lyder slik:

«Everyone whose rights and freedoms as set forth in this Convention are violated shall have an effective remedy before a national authority notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity.»

- (86) Formålet med EMK artikkel 13 er å sørge for effektiv gjennomføring av konvensjonsrettighetene *på nasjonalt nivå*, jf. EMDs storkammerdom 26. oktober 2000 *Kudła mot Polen* avsnitt 155. Det sentrale er at staten må sikre enhver effektiv adgang til å få prøvd om rettighetene etter konvensjonen er krenket, og i så fall reparere krenkelsen på hensiktsmessig måte. Dette er lagt til grunn i HR-2022-401-A, hvor det i avsnitt 31 sies:

«... EMK artikkel 13 krever at det i statene finnes et nasjonalt rettsmiddel som kan bøte på menneskerettsbrudd. ... Det som betyr noe under EMK, er at den som mener seg utsatt for et menneskerettsbrudd har tilgang på reparasjon ved ‘a national authority’. Det er dermed opp til nasjonale myndigheter å lage egnede ordninger for å bøte på EMK-brudd.»

- (87) En dekkende oppsummering av EMDs praksis er gitt i domstolens «Guide on Article 13 of the European Convention on Human Rights – Right to an effective remedy», senest oppdatert 29. februar 2024. Her heter det i avsnitt 33:

«Contracting States are afforded some discretion (or a margin of appreciation) as to the manner in which they provide the requisite remedy and conform to their Convention obligations under Article 13 (*Kaya v. Turkey*, 1998, § 106). Neither Article 13 nor the Convention in general lays down for the Contracting States any given manner for ensuring within their internal law the effective implementation of any of the provisions of the Convention (*Silver and Others v. the United Kingdom*, 1983, § 113; *Council of Civil Service Unions and Others v. the United Kingdom*, Commission decision, 1987). But the nature of the right at stake has implications for

the type of remedy the State is required to provide under Article 13 (*Budayeva and Others v. Russia*, 2008, § 191).»

- (88) Medlemsstatene har altså et visst handlingsrom ved gjennomføringen av artikkel 13. Men i noen tilfeller er bestemte botemidler påkrevd. Om *erstatning* heter det i avsnitt 57:

«Where an arguable breach of one or more of the rights under the Convention is in issue, there should be available to the victim a mechanism for establishing any liability of State officials or bodies for that breach. Furthermore, in appropriate cases, compensation for the pecuniary and non-pecuniary damage flowing from the breach should in principle be available as part of the range of redress (*T.P. and K.M. v. the United Kingdom* [GC], 2001, § 107).»

- (89) Uttrykket «appropriate cases» sikter til tilfeller der andre botemidler ikke er tilstrekkelige for å reparere krenkelsen. I storkammerdom 18. september 2009 *Varnava med flere mot Tyrkia* peker EMD i avsnitt 224 på at konstatering av krenkelsen i en bindende dom i mange tilfeller er «a powerful form of redress in itself». I andre saker kan konsekvensene av krenkelsen ha «impinged so significantly on the moral well-being of the applicant as to require something further». Dette «something further» kan etter omstendighetene være oppreisning. Oppreisning er med andre ord et botemiddel for tilfeller der beskyttelsesbehovet og virkningene for skadelidte gjør det nødvendig å markere krenkelsen på en mer kraftfull måte enn bare ved å konstatere den. Jeg viser til Birgitte Hagland, «Statens oppreisningsansvar ved menneskerettsbrudd», Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og trygderett 2019/2 på side 84–88.
- (90) Storkammerdommen 10. mai 2001 *T.P. og K.M. mot Storbritannia* er sentral for forståelsen av når det er påkrevd å tilkjenne oppreisning ved krenkelse av retten til familieliv etter EMK artikkel 8. En mor var blitt fratatt sitt barn som følge av mistanke om seksuelt misbruk, som viste seg å være ugrunnet. Som følge av at moren ikke uten ugrunnet opphold hadde fått anledning til å kommentere et sentralt videobevis, ble familien holdt atskilt lenger enn nødvendig på sviktende grunnlag. Et vedtak om å tilbakeføre barnet omtrent ett år senere ble ikke ansett som et effektivt botemiddel, ettersom det ifølge avsnitt 108 «did not provide redress for the psychological damage allegedly flowing from the separation over this period». Det forelå dermed en krenkelse av artikkel 13.
- (91) Ettersom det forelå en krenkelse av EMK artikkel 8 som ikke var reparert på nasjonalt nivå i samsvar med artikkel 13, tilkjente EMD mor og barn 10 000 britiske pund hver i medhold av artikkel 41. Artikkel 41 er en bestemmelse som regulerer EMDs kompetanse til å tilkjenne erstatning – «just satisfaction» – og kan ikke anvendes av nasjonale domstoler. Likevel finner jeg grunn til å gjengi domstolens uttalelser om den *skaden* som her måtte kompenseres. I avsnitt 115–116 heter det om denne:

«The Court recalls that the applicants were re-united after a year's separation (see paragraph 29 above). Though it cannot be asserted that they would have been reunited earlier if the video had been available at the initial stage of the procedure, it cannot be excluded either that it might have reduced the duration of their separation. They thereby suffered a loss of opportunity. In addition, the applicants certainly suffered non-pecuniary damage through distress and anxiety and in the case of the first applicant through feelings of frustration and injustice.

The Court thus concludes that the applicants sustained some non-pecuniary damage which is not sufficiently compensated by the finding of a violation of the Convention

(see, for example, *Elsholz v. Germany* [GC], no. 25735/94, §§ 70-71, ECHR 2000-VIII).»

- (92) En berøvelse av *muligheten* for gjenforening («loss of opportunity») er altså en erstatningsrettslig relevant skade etter EMK artikkel 41. Erstatningen skal, om nødvendig, kompensere for den fortvilelse, engstelse, frustrasjon og følelse av urett som krenkelsen har medført. Jeg utleder av dette at nasjonale domstoler, med forbehold for det handlingsrommet konvensjonen åpner for, må kunne kompensere for tort og smerte ved å tilkjenne erstatning for ikke-økonomisk tap. I motsatt fall vil EMD konstatere en krenkelse av artikkel 13 og gi erstatning etter artikkel 41. Norske domstoler kan åpenbart ikke være henvist til å dømme slik at EMD i neste omgang vil felle Norge for konvensjonsbrudd.
- (93) Det følger av det jeg har sagt at EMK artikkel 13, tolket i lys av EMDs praksis, ikke gir svar på alle de spørsmålene som oppstår når nasjonale domstoler skal avgjøre krav om oppreisning. Det skyldes at bestemmelsen legger primæransvaret på nasjonale myndigheter, og i den forbindelse åpner for et handlingsrom. EMDs oppgave er begrenset til å kontrollere om de nasjonale botemidlene er tilstrekkelig effektive i det enkelte tilfelle. Man kan derfor etter mitt syn ikke utlede mer av artikkel 13 – verken som konvensjonsbestemmelse eller som nasjonalt rettsgrunnlag – enn at oppreisning må tilkjennes *i den utstrekning det er nødvendig for å reparere krenkelsen*.
- (94) Når det skal avgjøres om oppreisning er nødvendig i det enkelte tilfelle, hvem som i så fall er ansvarlig og hvor stort beløp som skal tilkjennes, må EMK artikkel 13 derfor i stor grad utfylles av nasjonale domstoler, eventuelt gjennom lovgivning.
- (95) Jeg nevner at det foreligger en utredning fra professor Kjetil Mujezinović Larsen om norsk lovregulering av adgangen til å kreve erstatning for menneskerettighetskrenkelser, avgitt til Justis- og beredskapsdepartementet 1. august 2023. Så vidt jeg kan se, bygger utredningen på den samme forståelsen av EMK artikkel 13 som jeg har gitt uttrykk for ovenfor.
- (96) I vår sak anser jeg det ikke tvilsomt at reparasjon i form av oppreisning er nødvendig. Som følge av at gjenforeningsmålet ble oppgitt for tidlig, og uten tilstrekkelig utredning og begrunnelse, ble mor fratatt muligheten til å utvikle naturlige familiebånd til sin datter. Det kan verken fastslås eller utelukkes at barnet ville blitt tilbakeført om myndighetene hadde oppfylt sine plikter. En slik vurdering vil lett få preg av spekulasjoner. Et så begrenset samvær som i denne saken vil uansett i seg selv føre til skade, ettersom familiebåndene svekkes unødig. Det sentrale er at familien ble fratatt muligheten til å utvikle bånd, noe som utvilsomt har påført mor stor fortvilelse, sorg og følelse av urett. Skaden må antas å være varig; omsorgen for datteren kan som nevnt ikke lenger tilbakeføres fordi hun har utviklet en sterk tilknytning til fosterfamilien, og familiebåndene er klart svakere enn de ville vært om ingen krenkelse hadde skjedd. I et slikt tilfelle er det ikke tilstrekkelig å konstatere krenkelsen i en dom.
- (97) Jeg konkluderer etter dette med at det foreligger et ansvarsgrunnlag som gir mor rett til oppreisning, og går over til spørsmålet om kommunen er ansvarlig.

Kan kommunen holdes ansvarlig?

(98) Det *folkerettslige* ansvaret for konvensjonsbrudd påhviler staten. EMK krever ikke at søksmål om oppreisning skal kunne rettes mot en kommune, såfremt søksmål mot staten gir mulighet for effektiv reparasjon. Konvensjonen er på den annen side ikke til hinder for å anse kommuner som ansvarssubjekter etter nasjonal rett.

(99) I HR-2022-401-A tok Høyesterett stilling til om en sak med krav om oppreisning etter EMK artikkel 13 kunne reises mot en kommune. Her ble det i avsnitt 32 lagt til grunn at spørsmålet måtte avgjøres etter *nasjonal rett*. Deretter sier førstvoterende i avsnitt 46–47:

«Etter intern norsk rett er Den europeiske menneskerettskonvensjonen like bindende for kommuner som for staten, jf. menneskerettsloven § 2 og HR-2018-2388-A avsnitt 70. Dette følger også av Grunnloven § 92, som sier at ‘Statens myndigheter skal respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter’. Grunnlovsbestemmelsen retter seg mot statens myndigheter i videste forstand. Både Stortinget, regjeringen, kommunale og fylkeskommunale myndigheter, andre forvaltningsorganer og domstolene omfattes, jf. NOU 1993:18 punkt 11.3.3.1 på side 159 og Ot.prp. nr. 3 (1998–1999) punkt 3.2.2.

Ved avgjørelsen av spørsmålet om hvem som kan saksøkes for et krav om erstatning etter nasjonal rett, må det viktigste etter mitt syn være hvem som påstås å være ansvarlig internrettslig. Hvem som er folkerettslig ansvarlig for det eventuelle EMK-bruddet har mindre betydning. Norsk erstatningsrett bygger på at rettssubjektet som har begått et rettsbrudd, også vil være erstatningsansvarlig for følgene av rettsbruddet så langt vilkårene for ansvar er oppfylt. Det taler for at søksmålet ikke anses som et krav som etter sin art bare kan reises mot staten.»

(100) Selv om Høyesterett i den saken bare tok stilling til om søksmålet mot kommunen skulle *fremmes*, ikke om kommunen var ansvarlig, bygger den på at en kommune *kan* pådras erstatningsansvar om den ikke oppfyller sine forpliktelser til å sikre menneskerettighetene. Høyesterett tok imidlertid ikke stilling til *hva som skal til* for at en kommune blir ansvarlig. Jeg kan heller ikke se at spørsmålet er berørt i andre høyesterettsdommer eller i lovforarbeidene.

(101) I den tidligere omtalte utredningen foreslår professor Mujezinović Larsen at ansvar for konvensjonskrenkelser skal kunne legges på kommuner, i tillegg til staten. På side 152 kommenteres forslaget slik:

«Det klare utgangspunktet vil her være at det er det offentlige organet som har begått den menneskerettskrenkende handlingen eller unnlåtelsen som er erstatningsansvarlig. Jeg tror imidlertid ikke det kan utelukkes at det etter omstendighetene bør åpnes for at et annet organ enn det som har utført den umiddelbart ansvarsbetingende handlingen, kan holdes erstatningsansvarlig. Eksempelvis kan det tenkes at hvis en kommune gjennom forsvarlig gjennomføring av en menneskerettsstridig lovgivning forårsaker skade (jf. argumentasjonen i Rt-2010-291), kan det etter omstendighetene være urimelig at det er kommunen som skal bære det økonomiske ansvaret, slik at krav heller kan (bør) rettes mot statlige myndigheter som lovgiver. Dette vil imidlertid bare være helt unntaksvis. Det er utvetydig fastslått i norsk rett at kommunen har en selvstendig forpliktelse for oppfyllelse av EMK og SP, og en del av denne forpliktelsen er en plikt til å erstatte skade som følge av menneskerettsstridig opptreden.»

- (102) Etter mitt syn må det som her kommer til uttrykk, også legges til grunn etter gjeldende rett. Jeg ser det slik at en kommune kan holdes ansvarlig for *svikt innenfor sitt område*. Hvis kommunens involvering har vært begrenset til forsvarlig gjennomføring av statlig lovgivning, vil det normalt ikke kunne anses å foreligge en svikt fra kommunens side, slik at staten alene blir ansvarlig. Det samme må gjelde om kommunen på forsvarlig måte har gjennomført et vedtak eller en dom, som den er bundet av.
- (103) Kommunens anførsel om at den er beskyttet av legalitetsprinsippet fordi EMK artikkel 13 ikke gir tilstrekkelig klar hjemmel for erstatningsansvar, anser jeg som uholdbar.
- (104) Spørsmålet blir etter dette om det i saken her foreligger svikt innenfor kommunens ansvarsområde. Dette må vurderes med utgangspunkt i barnevernslovens system og oppgavefordeling mellom kommunale og statlige myndigheter.
- (105) Vedtak om blant annet omsorgsovertakelse og samvær treffes av barneverns- og helsenemnda – tidligere fylkesnemnda – som er et uavhengig, statlig forvaltningsorgan. Den kommunale barnevernstjenesten har ansvaret for å forberede sakene og legge dem frem for nemnda, jf. barnevernsloven § 14-8 første og annet ledd og § 14-9 første og annet ledd, og barnevernloven 1992 § 7-10 første ledd og § 7-11 første ledd. I dette ligger at nødvendige undersøkelser må gjøres, og at saken må legges forsvarlig til rette for behandling i nemnda. Nemnda har rett nok også et ansvar for saksforberedelsen og skal foreta en selvstendig og reell vurdering av avgjørelsesgrunlaget. Dette kan imidlertid ikke utelukke ansvar for kommunen dersom nemnda har bygd på kommunens mangelfulle saksforberedelse.
- (106) Barnevernstjenesten har videre ansvaret for å sette i verk nemndas vedtak og for den videre oppfølgingen av barn og foreldre. Etter barnevernsloven § 8-3 tredje ledd skal barnevernstjenesten «legge til rette for at foreldrene kan få tilbake omsorgen for barnet», og «systematisk og regelmessig vurdere om det er nødvendig å endre tiltaket, eller om vedtak om omsorgsovertakelse kan oppheves». Bestemmelsen viderefører med noen språklige endringer barnevernloven 1992 § 4-16.
- (107) Kommunen har pekt på at § 4-16 siste punktum, som sier at barnevernstjenesten skal legge til rette for at foreldrene kan få tilbake omsorgen for barnet, ble tilføyd og trådte i kraft først i 2018. Jeg kan ikke se at det har betydning. Bestemmelsen tok ikke sikte på å endre rettstilstanden, men på å synliggjøre kommunens aktivitetsplikt, jf. Prop. 169 L (2016–2017) side 65. Plikten til aktivt å arbeide for gjenforening gjaldt også på tiden for inngrepene i denne saken.
- (108) Utover det jeg nå har nevnt, har kommunen ansvar for alle de oppgavene som er omhandlet i barnevernsloven, og som ikke er lagt til et statlig organ, jf. barnevernsloven § 15-2 første ledd, tidligere barnevernloven 1992 § 2-1 første ledd. Dette innebærer at det vesentligste av barnevernsoppgavene er et kommunalt ansvar, jf. NOU 2000: 12 *Barnevernet i Norge* side 28.
- (109) Kommunen har gjort gjeldende at dens handlinger må vurderes ut fra rettstilstanden på tiden for den påståtte krenkelsen, da kravene var mindre strenge enn i dag. Den har anført

at Strand Lobben-dommen fra 2019 og Høyesteretts storkammeravgjørelser fra 2020 medførte en klar skjerping av kravene til myndighetenes aktivitet og saksbehandling.

- (110) Jeg er enig i at den erstatningsrettslige bedømmelsen av en handling eller unnlattelse generelt må vurderes på grunnlag av de normene som gjaldt da skaden ennå kunne vært unngått. Man kan normalt ikke legge vekt på regler som trer i kraft senere. For *rettspraksis* er imidlertid den klare hovedregelen – når ikke noe annet er sagt – at dommer bygger på rettstilstanden på avgjørelsestidspunktet, og ikke etablerer *nye* handlenormer. I dette tilfellet kan jeg ikke se at rettspraksis fra EMD eller Høyesterett innebar en rettsutvikling av en slik karakter at den bare kan gis virkning fremover i tid. Jeg peker på at Strand Lobben-dommen bygger på tidligere praksis fra EMD, og på at Høyesterett i HR-2020-661-S avsnitt 170 la til grunn at det ikke var noen motstrid mellom denne praksisen og bestemmelsene i barnevernloven 1992 kapittel 4.
- (111) Som jeg har vært inne på, hadde barnevernstjenesten gode grunner til å starte undersøkelser i forbindelse med Bs fødsel. Kommunen sviktet imidlertid i saksbehandlingen og forberedelsen av sakene for nemnda. Jeg viser til det jeg har sagt om fylkesnemndas kritikk i vedtakene 21. juni og 17. september 2013 av barnevernstjenestens saksforberedelse.
- (112) Jeg mener videre at kommunen oppga gjenforeningsmålet for tidlig, på sviktende grunnlag og uten forsvarlig begrunnelse. Det var riktignok fylkesnemnda som fattet vedtakene om omsorgsovertakelse og begrenset samvær, som innebar at gjenforeningsmålet reelt sett ble oppgitt. Men kommunen hadde en selvstendig plikt til å gi nemnda et godt beslutningsgrunnlag og til å legge forholdene til rette for gjenforening. Den hadde også plikt til regelmessig å vurdere om gjenforening var mulig. Allerede kommunens saksfremlegg 17. juni 2013 – da barnet ikke var stort mer enn én måned gammelt – og kommunens anførsler for nemnda viser en svikt i arbeidet for gjenforening. Kommunen fremholdt at det ikke forelå et «tilstrekkelig endringspotensiale», og at plasseringen i fosterhjemmet ville være «langvarig». Selv om ordet «langvarig» i seg selv ikke behøver å bety at gjenforeningsmålet er oppgitt, må det her forstås slik, når det ses i sammenheng med det sterkt begrensede samværet som kommunen gikk inn for, bare fire ganger i året. Et så begrenset samvær mellom en mor og hennes spedbarn er ikke egnet til å utvikle familiebånd som legger til rette for gjenforening.
- (113) Svikten ble ikke reparert gjennom kommunens etterfølgende håndtering av saken. I det første året etter nemndas vedtak om omsorgsovertakelse og månedlige samvær fulgte riktignok barnevernstjenesten lojalt opp og satte inn adekvate hjelpetiltak. Nedtrappingen av samværet til 6 ganger per år fra 1. oktober 2014 og forslaget i saksfremlegget 10. november 2014 til fylkesnemnda om ytterligere reduksjon til to ganger i året, var derimot uegnet til å legge til rette for gjenforening. Et slikt samvær ville høyst sannsynlig gjøre gjenforening umulig, selv på lengre sikt, og innebar dermed en endelig oppgivelse av gjenforeningsmålet fra kommunens side.
- (114) Kommunen har anført at den var bundet av nemndas vedtak og derfor ikke kunne tillate mer samvær. Det er jeg ikke enig i. Nemnda fastsetter det samværsomfanget den anser riktig på tidspunktet for vedtaket. Vedtaket er i utgangspunktet ikke til hinder for at barnevernstjenesten senere utvider samværet om forholdene skulle ligge til rette for det. Dette følger av kommunens alminnelige plikt til oppfølging og tilrettelegging for gjenforening, jf. Ot.prp. nr. 44 (1991–1992) side 112–113 og HR-2020-662-S avsnitt 117,

129 og 147. Jeg understreker at dette *ikke* betyr at barnevernstjenesten kan se bort fra nemndas vurderinger. Som det heter i HR 2020-662-S avsnitt 117, kan det gis mer samvær så lenge det ikke er «i strid med forutsetningene» avgjørelsen bygger på. Hvis det fremgår av nemndas vedtak at samværet skal være begrenset av hensyn til barnet, må barnevernstjenesten rette seg etter det. Om utviklingen er mer positiv enn forutsatt i vedtaket, må barnevernstjenesten i så fall legge frem saken for nemnda på nytt med forslag om utvidet samvær.

- (115) I denne saken bestemte nemnda at samværene skulle reduseres til seks ganger per år dersom «tilbakeføring ikke skjer». Isolert sett kan det trekke i retning av at barnevernet var avskåret fra å utvide samværet. Samtidig fremgår det imidlertid uttrykkelig av vedtaket 17. september 2013 at barnevernstjenesten, «dersom utviklingen tilsier det og det er til Bs beste, [kan] legge til rette for en mer omfattende samværsordning». I vedtaket 22. januar 2015 sies det at det samværet nemnda fastsetter, alltid vil være et «minimumssamvær», og at «ytterligere samvær kan innvilges dersom partene ønsker det og barnevernstjenesten finner det forsvarlig og til barnets beste». Jeg kan derfor vanskelig se at kommunens rolle var begrenset til forsvarlig gjennomføring av nemndas vedtak. Snarere var kommunen en avgjørende premissleverandør for oppgivelsen av gjenforeningsmålet.
- (116) Uansett måtte kommunen – dersom den mente seg bundet av forutsetninger i fylkesnemndas vedtak – ha plikt til å bringe saken inn igjen for nemnda, med forslag om at samværet ble satt slik at man unngikk en krenkelse av EMK artikkel 8.
- (117) Kommunen har som nevnt anført at mor var vanskelig å komme i kontakt med og uteble fra møter, og at dette gjorde barnevernstjenestens arbeid vanskelig. Jeg er enig med kommunen i at det ikke kan kreves at myndighetene «make endless attempts at family reunification», jf. EMDs dom 31. mai 2011 *R. og H. mot Storbritannia* avsnitt 88. Som jeg tidligere har vært inne på, oppsto imidlertid de store kommunikasjonsutfordringene mellom mor og barnevernstjenesten *etter* at kommunen reelt sett oppga gjenforeningsmålet. Jeg legger derfor ikke avgjørende vekt på den manglende medvirkningen fra mors side i dette tilfellet.
- (118) Jeg legger heller ingen vekt på at mor i september 2015 og februar 2017 trakk kravene om rettslig overprøving av fylkesnemndas vedtak. Skaden var da i stor grad allerede skjedd, og man kan vanskelig bebreide mor for at hun ikke gjorde mer for å begrense skadevirkningene.
- (119) Jeg er mot denne bakgrunn kommet til at kommunen sviktet i utførelsen av sine oppgaver etter barnevernsloven på en slik måte at den kan holdes erstatningsrettslig ansvarlig.

Utmåling

- (120) Jeg har allerede vært inne på at EMK artikkel 13 gir medlemsstatene en viss skjønnsmargin, og at det i utgangspunktet er opp til nasjonale domstoler å avgjøre hva som er nødvendig for å reparere en konvensjonskrenkelse. Dette får også betydning ved *utmålingen* av oppreisningsbeløpet. I storkammerdom 29. mars 2006 *Apicella mot Italia* avsnitt 77–78 uttaler EMD:

«The Court has already had occasion to reiterate in the *Kudła* judgment [storkammerdom 26. oktober 2000 *Kudła mot Polen*] (... §§154–55) that, subject to compliance with the requirements of the Convention, the Contracting States are afforded some discretion as to the manner in which they provide individuals with the relief required by Article 13 and conform to their Convention obligation under that provision. It has also stressed the importance of the rules relating to the subsidiarity principle so that individuals are not systematically forced to refer to the Court in Strasbourg complaints that could otherwise, and in the Court's opinion more appropriately, have been addressed in the first place within the national legal system.

Accordingly, where the legislature or the domestic courts have agreed to play their true role by introducing a domestic remedy the Court will clearly have to draw certain conclusions from this. Where a State has made a significant move by introducing a compensatory remedy, the Court must leave a wider margin of appreciation to the State to allow it to organise the remedy in a manner consistent with its own legal system and traditions and consonant with the standard of living in the country concerned. It will, in particular, be easier for the domestic courts to refer to the amounts awarded at domestic level for other types of damage – personal injury, damage relating to a relative's death or damage in defamation cases for example – and rely on their innermost conviction, even if that results in awards of amounts that are lower than those fixed by the Court in similar cases.»

- (121) EMD aksepterer altså at medlemsstatenes domstoler tar hensyn til egen rettstradisjon og andre nasjonale forhold. Norske domstoler står dermed relativt fritt ved utmålingen. Det er likevel noen begrensninger. For det første må oppreisningen utmåles slik at den kompensere for den *skaden* som konvensjonen tar sikte på å beskytte mot, altså den tort og smerte som krenkelsen har påført skadelidte, jf. T.P. og K.M.-dommen avsnitt 115. For det andre har EMD i flere saker uttalt at botemiddelet må være «effective in practice as well as in law», noe som etter omstendighetene stiller krav til oppreisningsnivået; beløpet må være «adequate», se for eksempel storkammerdom 10. september 2010 *McFarlane mot Irland* avsnitt 108. Det følger også av sikker praksis at oppreisningsnivået ikke kan være urimelig lavt sammenlignet med det EMD utmåler i sammenlignbare saker etter EMK artikkel 41, se for eksempel *Apicella*-dommen avsnitt 95 og dom 22. oktober 2020 *Roth mot Tyskland* avsnitt 93.
- (122) Oppreisningen skal etter dette utmåles slik at det tilkjente beløpet reparerer skaden og markerer den urett som er begått. Det er selve krenkelsen som er det sentrale.
- (123) Det fins ingen høyesterettspraksis om sammenlignbare saker. Den relativt omfattende praksisen om oppreisning mellom private parter etter volds- og seksuallovbrudd gir etter mitt syn liten veiledning i et tilfelle som dette, hvor det offentlige er skadevolder. Til det er krenkelsene for ulike.
- (124) Ved den konkrete fastsettelsen tar jeg utgangspunkt i at norsk rett i alminnelighet inntar en forsiktig holdning til oppreisning, og legger vekt på at de beløpene som tilkjennes, jevnt over er moderate. Utmålingen baseres på nøktern rimelighet.
- (125) I lys av krenkelsens karakter og konsekvensene for skadelidte er jeg kommet til at oppreisningen må settes høyere enn det lagmannsretten gjorde. Lagmannsretten søkte veiledning i oppreisningsbeløp som er tilkjent i andre typer saker, som etter min mening er lite sammenlignbare.

- (126) Jeg anser 200 000 kroner for å være et passende beløp i denne saken.
- (127) Beløpet er noe lavere enn de beløpene EMD har tilkjent i lignende saker, for eksempel i Strand Lobben-dommen, der moren ble tilkjent 25 000 euro, jf. avsnitt 230. Denne forskjellen fremstår imidlertid ikke som urimelig i lys av norsk rettstradisjon, og når man tar i betraktning den tilleggsbelastningen det innebærer å måtte gå helt til EMD.

Konklusjon

- (128) Min konklusjon blir etter dette at A har rett til oppreisning fordi hennes rett til familieliv etter EMK artikkel 8 er blitt krenket av kommunen. Oppreisningen fastsettes til 200 000 kroner.

Sakskostnader

- (129) Anken har ført frem, og A har krav på dekning av sakskostnader for Høyesterett etter hovedregelen i tvisteloven § 20-2 første ledd. Jeg ser ikke grunn til å gjøre unntak fra hovedregelen.
- (130) Det er krevd salær med 1 812 272 kroner inkludert merverdiavgift. Kravet knytter seg til 619,5 timers arbeid. Det er utført 525 arbeidstimer av advokat Grape og advokatfullmektig Moldestad. De resterende timene er salær for rettslig medhjelper. Ved bedømmelsen av om advokatkostnadene er nødvendige, viser jeg til HR-2023-1157-A avsnitt 52:

«I vurderingen av hva som er 'nødvendige kostnader' etter tvisteloven § 20-5 første ledd, skal det skje en samlet vurdering av kravet basert på hva det er 'rimelig å pådra'. I dette ligger en proporsjonalitetsbegrensing, jf. HR-2020-611-A avsnitt 67, HR-2020-1515-U avsnitt 20 følgende og HR-2023-1128-A avsnitt 99. I de to sistnevnte avgjørelsene vises det også til at lovforarbeidene gir 'klare signaler' om at kostnadsnivået i sivile saker skal reduseres.»

- (131) Saken har vært forhandlet muntlig i Høyesterett over to rettsdager. Advokat Grape har representert parten i begge de tidligere rettsinstansene, hvor de samme spørsmålene har vært behandlet. Etter mitt syn er kravet derfor høyere enn hva som med rimelighet kan aksepteres som nødvendig arbeid. Jeg mener at de nødvendige kostnadene skal settes til 1 000 000 kroner inkludert merverdiavgift, jf. tvisteloven § 20-5. I tillegg kommer rettsgebyret, som er 34 479 kroner. Jeg nevner for ordens skyld at nedsettelsen ikke går ut over ankende part, som er innvilget betinget fri rettshjelp.
- (132) Også partshjelperne har i utgangspunktet krav på å få dekket sine sakskostnader etter § 20-2 første ledd, jf. § 20-1 tredje ledd. Jeg er imidlertid kommet til at det for disse er grunn til å gjøre unntak etter § 20-2 tredje ledd. Det rettsspørsmålet som har vært forhandlet i Høyesterett, og som nå avklares, har stor generell betydning for partshjelperne. Av den grunn mener jeg at Den Norske Advokatforening og Stiftelsen barnas rettigheter må bære egne sakskostnader for Høyesterett, jf. også HR-2022-2251-A *Hurtigruten* avsnitt 64 og HR-2023-728-A avsnitt 97.

(133) Jeg stemmer for slik

D O M :

1. X kommune dømmes til å betale oppreisning til A med 200 000 – tohundretusen – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av dommen.
2. I sakskostnader for Høyesterett betaler X kommune til A 1 034 479 – enmillionogtrettifiretusenfihundreogsyttini – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av dommen.

(134) Dommer **Sæther:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.

(135) Dommer **Bull:** Likeså.

(136) Dommar **Høgetveit Berg:** Det same.

(137) Dommer **Falkanger:** Likeså.

(138) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. X kommune dømmes til å betale oppreisning til A med 200 000 – tohundretusen – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av dommen.
2. I sakskostnader for Høyesterett betaler X kommune til A 1 034 479 – enmillionogtrettifiretusenfihundreogsyttini – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av dommen.