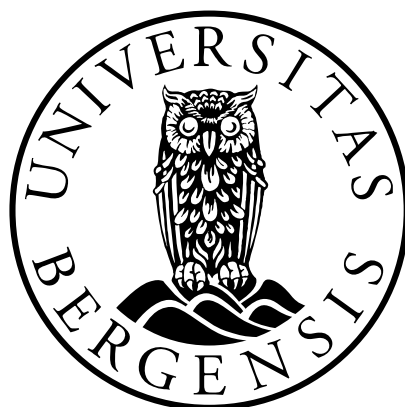


Forholdet mellom barnets uttalerett og barnets beste i barnelovssaker

Kandidatnummer: 183

Antall ord: 14641



JUS399 Masteroppgave/JUS398 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

[Dato: 10.12.2015]

Innholdsfortegnelse

| | |
|--|-----------|
| DEL I | 3 |
| 1. INNLEDNING | 3 |
| 1. 1. TEMA OG AKTUALITET | 3 |
| 1. 2. AVGRENSNINGER | 4 |
| 1. 3. VEIEN VIDERE | 4 |
| 2. RETTSKILDEBILDET | 6 |
| 2. 1. METODISKE UTFORDRINGER | 6 |
| 2. 2. BÆRENDE HENSYN I SAKER ETTER BARNELOVEN | 8 |
| 2. 2. 1. KORT PRESENTASJON AV UTTALERETTEN | 8 |
| 2. 2. 2. PRESENTASJON AV HENSYNET TIL BARNETS BESTE ETTER BARNELOVEN | 9 |
| 2. 2. 3. BARNEPERSPEKTIVET I UTVIKLING | 10 |
| 2. 2. 3. 1. HVORDAN IVARETA BARNEPERSPEKTIVET? | 11 |
| 2. 3. BEHOV FOR BARNETS UTTALERETT | 12 |
| 3. BARNELOVSSAKER | 14 |
| 3. 1. NÆRMERE OM SAKSTYPENE | 14 |
| 3. 2. SIDER VED PROSESSEN MED BETYDNING FOR BARNETS UTTALERETT OG BARNETS BESTE | 16 |
| 3. 2. 1. MER OM DE SOM HØRER BARNET I PROSESSEN | 18 |
| 3. 2. 2. REPRESENTANTORDNINGEN | 20 |
| 3. 2. 3. NOEN UTFORDRINGER I SAKSGANGEN – SAKKYNDIGES ROLLE I BARNELOVSSAKER | 21 |
| DEL II | 23 |
| 4. BARNETS RETT TIL Å UTTALE SEG OG BLI HØRT | 23 |
| 4. 1. PÅVIRKNING FRA BARNEKONVENSJONEN – DENS STILLING I NORSK RETT | 23 |
| 4. 1. 1. INNHOLDET I UTTALERETTEN I BARNEKONVENSJONEN | 24 |
| 4. 1. 2. KRAV TIL KUNNSKAP OM SAMTALEMETODIKK MED BARN | 26 |
| 4. 2. BARNETS UTTALERETT ETTER BARNELOVEN § 31 | 27 |
| 4. 2. 1. MODIFIKASJONER ETTER 2003 | 29 |
| 4. 3. BARNETS RETT TIL Å BLI HØRT MED GRUNNLOVSAUTORITET | 31 |
| 4. 4 KORT SAMMENLIGNING AV BL. § 31, GRL. § 104 OG BARNEKONVENSJONEN ARTIKKEL 12 | 32 |
| 5. VURDERINGEN AV BARNETS UTTALELSE | 34 |
| 5. 1. UTFORDRINGER KNYTTET TIL INNHENTING OG VEKTING AV BARNET UTTALELSE | 34 |
| 5. 1. 1. RETNINGSLINJER FRA PRAKSIS – RT. 2007 S. 376 TIL ILLUSTRASJON | 36 |
| 5. 1. 2. ANDRE MOMENTER SOM PÅVIRKER VEKTINGEN | 37 |
| DEL III | 40 |
| 6. ENKELTE SPØRSMÅL KNYTTET TIL UTTALERETTEN I BL. § 31 | 40 |

| | |
|---|-----------|
| 6. 1. HVORFOR ER DET ET ALDERSSKILLE FOR DEN UBETINGEDE RETTEN TIL Å BLI HØRT? | 40 |
| 6. 2. HVA MED BARNETS BEHOV FOR INFORMASJON? | 42 |
| 6. 3. KAN DET TENKES UNNTAK FRA BL. § 31? | 43 |
| 7. AVSLUTTENDE BETRAKTNINGER | 45 |
| 7. 1. ER DET BEHOV FOR FORBEDRING AV DE NORSKE REGLENE? | 45 |
| 7. 1. 1. KRITISKE INNSPILL TIL SAKSGANGEN | 46 |
| 7. 2. HVORDAN BØR BARNET BLI HØRT? | 48 |
| KILDELISTE | 51 |

Del I

1. Innledning

1. 1. Tema og aktualitet

Hvert år opplever omtrent 25 000 barn i Norge at foreldrene går fra hverandre.¹ Da oppstår spørsmål om hvor barnet skal bo, og om omfanget av samvær for den forelderen som barnet ikke bor hos. Disse spørsmålene har barnet rett til å uttale seg om, og det har rett til å bli hørt. Barns uttalerett er nedfelt i FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989 art. 12, barneloven § 31 (2) og Grunnloven av 1814 § 104 (1).²

Barn, og da særlig små barn, kan ikke verne om sine interesser og ivareta dem selv. Behovet for et sterkere rettslig vern om barn og deres rettigheter er aktuelt både internasjonalt og nasjonalt. Norge har ressurser og kunnskap til å kunne jobbe med og for dette, og bane vei på en god måte. De siste 20 årene har barn retten blitt preget av endringer og utvikling, noe som gjør det interessant å analysere rettsreglene, og dykke dypere ned i rettskildene.

Denne oppgaven skal redegjøre for gjeldende rett for uttaleretten, og uttalerettens forhold til barnets beste-prinsippet. Dette innebærer å klarlegge hvordan hensynet til barnets beste er knyttet til selve innholdet i uttaleretten i det enkelte tilfellet. Oppgaven skal belyse hvilke krav loven setter til hvordan rettsaktørene i barnelovssak forholder seg til uttaleretten.

¹ Statistisk sentralbyrå, Artikkel slik lever vi, http://www.ssb.no/vis/magasinet/slik_lever_vi/art-2005-04-04-01.html

² FNs barnekonvensjon om barns rettigheter (Convention on the Rights of the Child), 20 november 1989 (heretter barnekonvensjonen)
Lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barneloven, forkortes bl.)
Lov 17. mai 1814 kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven, forkortet Grl.)

FNs barnekonvensjon gir alle barn rett til å delta og ha innflytelse i alt som angår dem. I barnelovssakene kan barna oppleve å være gjenstand for foreldrenes konflikt. For disse barna er risikoen stor for å bli påført belastninger som kan ha helsemessige og sosiale konsekvenser.³ Dette er viktige rettslige utfordringer, som også har en etisk side. Staten har etter barnekonvensjonen et ansvar om å sikre at prosess og løsninger i barnelovssaker blir til ”barnets beste”, som dermed påhviler domstolen, jf. barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1, jf. statens ansvar etter artikkel 2.

1. 2. Avgrensninger

Hovedtemaet for oppgaven er foreldretvister som oppstår etter samlivsbrudd, altså saker mellom foreldre som kan omhandle barn. Oppgaven knytter seg til norske statsborgere som er bosatt i Norge, og det avgrenses derfor mot internasjonal tilknytningsproblematikk. Det samme gjelder foreldretvister med særkullsbarn. Da hovedspørsmålet gjelder uttaleretten i sammenheng med barnets beste, avgrenses oppgaven mot barneloven § 37.

Av hensyn til omfanget av fremstillingen, har jeg valgt å avgrense til domstolsbehandlingen i hoveddelen av oppgaven. Derfor vil heller ikke alminnelige sivilprosesslige regler og alminnelig saksbehandling bli fremstilt. Barneloven §§ 31 og 48 står sentralt i oppgaven, i tillegg til den nye grunnlovsbestemmelsen § 104 og bakgrunnen for de nevnte bestemmelsene, nemlig barnekonvensjonen. Barns uttalerett i andre sammenhenger enn samlivsbrudd er ikke innenfor rammene av denne oppgaven.

1. 3. Veien videre

Oppgaven består av tre deler. For å gi hovedproblemstillingen sin riktige rettslige ramme, starter oppgaven med en redegjørelse for rettskildebildet, i del I. Rettskildebildet i barneretten har noen særtrekk som gjør det naturlig å vie dette såpass mye plass i oppgaven. Dette kapittelet vil fungere som et fundament for samtlige problemstillinger underveis i oppgaven, og kommer derfor tidlig i oppgaven. Deretter rettes fokuset mot barnerettslige prinsipper,

³ Kirsti R. Haaland, *Barnet i skilsmissen: Et barneperspektiv på familieforming* (Universitetsforlaget 2002), s. 33

etterfulgt av relevante sider ved saksgangen, ettersom dette er nærliggende å presentere før hoveddelen.

Hoveddelen av oppgaven, del II, søker å redegjøre for og analysere uttaleretten, slik den kommer til uttrykk i barneloven, Grunnloven og barnekonvensjonen, og hvordan uttaleretten er knyttet til hensynet til barnets beste. I del III vil det stilles spørsmål omkring uttaleretten, både slik den fremgår av barneloven, og gjennomføringen i norsk rett.

2. Rettskildebildet

2. 1. Metodiske utfordringer

Temaet for denne oppgaven tar for seg to grunnleggende barnerettslige prinsipper, nemlig barnets rett til å bli hørt og barnets beste. Disse prinsippene er forankret i samtlige bestemmelser, henholdsvis Barneloven §§ 31 og 48, Barnekonvensjonen artikkel 3 og artikkel 12 og Grunnloven § 104.

I barneretten skal hver sak vurderes konkret, som en følge av barnets beste-prinsippet. Barnets rett til å bli hørt og barnets beste fungerer som hensyn ved den materielle siden av barneretten, samtidig som begge er en del av saksbehandlingsreglene. Rettskildebildet i barneretten er derfor dynamisk, og påvirkes av hvordan de to prinsippene til enhver tid forstås.

Ettersom barnekonvensjonen er inkorporert i norsk rett, og danner grunnlaget for store deler av barneloven, er den en naturlig side ved rettsanvendelsen av barneloven.⁴ Ved eventuell motstrid går uttaleretten i artikkel 12 foran bl. § 31.

Rettskildefaktorene står i tilnærmet samme prioritetsrekkefølge som i andre rettsområder,⁵ med unntak fra barnekonvensjonens særstilling. Med andre ord er norsk regeltekst sammen med barnekonvensjonen de viktigste og høyest rangerte av rettskildene.⁶

⁴ Lena Bendiksen og Trude Haugli, *Sentrale emner i Barneretten*, 2. utgave (Universitetsforlaget 2015), s. 41

⁵ Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, 3. opplag (Universitetsforlaget 2012), s. 29:

”Rettskildefaktorene er byggestein, råstoff eller komponentar for innhaldet i rettsregelen.”

⁶ Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. utgave (Universitetsforlaget 2001), s. 23

jf. Jan Fridthjof Bernt og Synne Sæther Mæhle: *Rettsvitenskap og demokrati*, 1. utgave, 5. opplag (Gyldendal 2014), s. 229 flg.

jf. David R. Doublet, Jan Fridthjof Bernt, *Retten og Vitenskapen – En introduksjon til rettsvitenskapens vitenskapsfilosofi*, 2. utgave (Alma Mater Forlag 1993) s. 60

Rettskildebildet i barneretten skiller seg derimot ut ved at rettspraksis ikke er bindende på samme måte som for andre rettsområder. Dette er fordi Høyesterett har et større rettsanvendelsesskjønn i barnelovssaker, hvilket betyr at avgjørelsene i stor utstrekning beror på konkrete vurderinger, noe som begrenser prejudikatsverdien. I tillegg vil det kun være et begrenset antall saker som når helt til Høyesterett, og disse vil gjerne være atypiske.

Samtidig vil høyesterettspraksis fortsatt fungere som en autoritativ rettskilde, ettersom vurderingene og selve rettanvendelsen vil gi retningslinjer med stor vekt, i kraft av at Høyesterett er Norges dømmende makt.⁷ Høyesterett og sine underinstanser har gjennom omfattende praksis fastlagt hvilket innhold barnets rett til å bli hørt har, og retningslinjer for gjennomføringen av bl. § 31 i prosessen, i saker etter barnelovens kapittel 5 og 6.⁸ Dermed er rettspraksis sentral som rettkilde, også fordi den fungerer som empirisk materiale,⁹ og viser viktige erfaringer fra praksis. Det samme gjelder prinsippet om barnets beste.

En utfordring ved oppgaven har vært å benytte praksis i analysen. Dette er fordi at typetilfellene ikke kan generaliseres. Dermed kan man ikke trekke ut noen direkte prejudikatsvirkning av vurderingene domstolene foretar seg, annet enn at generelle uttalelser kan tillegges betydning.

Når det gjelder litteratur av relevans, særlig om barnepsykologi, sosiologi og lignende fagdisipliner, kan disse få større vekt og autoritet enn på andre rettsområder. Dette kan begrunnes med det som ble sagt innledningsvis, nemlig at barnelovssaker skal vurderes konkret, for å ivareta det konkrete barnet. Forskning og undersøkelser har særlig betydning i barneretten, på bakgrunn av kartleggingsbehovet for hva barn påvirkes av og hvordan det stadig endres.¹⁰ Faglitteratur og kunnskap om barns behov er viktig for å kunne vurdere hva som er barnets interesser, og treffe en beslutning som er til barnets beste. Ytterligere kommer dette til uttrykk ved at utredninger og undersøkelser foretatt av barnerettslig kompetente personer, med flere, tillegges betydning i forarbeidene i barneretten. Disse kildene får imidlertid ikke selvstendig vekt som rettskildefaktorer i barnelovssaker.¹¹

⁷ Bernt/Sæther Mæhle, 2007, s. 86-87, jf. s. 155, jf. s. 251

⁸ Barneloven kapittel 5, Om foreldreansvar og kvar barnet skal bu fast, bl. kapittel 6, Om samværsrett

⁹ Bendiksen/Haugli, 2015, s. 66

¹⁰ Barneombudets rapport fra 2012, ”Barnas stemme stilner i stormen – En bedre prosess for barn som opplever samlivsbrudd”, s. 23 (heretter Barneombudets rapport 2012)

¹¹ Bendiksen/Haugli, 2015, s. 35

Samfunnsmessige verdier og reelle hensyn kan ha betydning for hvordan barnet blir hørt. Gjerne fordi den ene eller andre metoden anses å være bedre sett hen til hvordan barnets beste blir definert.¹² Når det gjelder reelle hensyn, vil dette som rettskildefaktor sjelden få selvstendig betydning i barneretten. Dette er fordi barnets beste normalt vil konsumere faktorer og hensyn som spiller inn på et godt og rimelig resultat for det enkelte barnet.¹³

2. 2. Bærende hensyn i saker etter barneloven

Prinsippet om barnets rett til å uttale seg i saker som handler om barnet selv, får stadig større fokus internasjonalt og nasjonalt. På mange måter er denne prosessuelle og materielle rettigheten uatskillelig fra et annet fundamentalt barnerettslig prinsipp, barnets beste.

2. 2. 1. Kort presentasjon av uttaleretten

Barnets rett til å uttale seg og bli hørt, og dermed kunne påvirke saken som har konsekvenser for dets livssituasjon, er forankret i barneloven § 31, og omtales som *medbestemmelsesretten*.¹⁴ Første ledd gjennomfører barnekonvensjonen artikkel 12. Barns rett til å bli hørt etter barneloven gjelder i alle saker om barnets personlige forhold, uansett hvem som treffer avgjørelsen. En fullstendig redegjørelse av § 31 vil fremgå i del II.

Et gjennomgående poeng, som fremgår av forarbeidene til barneloven og i barnekonvensjonen, er at uttaleretten ikke er en plikt, men en rett barnet har for å gi uttrykk for sine synspunkter – dersom barnet selv ønsker det.¹⁵

¹² Bendiksen/Haugli, 2015, s. 35-36

¹³ Trude Haugli, *Lov om barn og foreldre*, Jussens Venner 2007, s. 325-388, s. 333

¹⁴ uttrykket fremgår i stor utstrekning i forarbeidene, praksis og teori, eks. Ot.prp. nr. 29 (2012-2013), punkt 1.

¹⁵ ”it is important to emphasize that there is no requirement that the child express views”, jf. Rachel Hodgkin/Peter Newell, *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, (UNICEF 1998), s. 150.

En rett til å kunne påvirke beslutninger som angår seg selv, er for voksne en naturlig rettighet mange tar for gitt. Dermed er det nærliggende å påstå at det å ivareta en rettighet for barnet som går ut på det samme, med fleksible rammer, vil være til det beste for barnet. Samtidig kan prinsippet barnets beste fungere som en skranke for uttaleretten, blant annet fordi at barnet ikke selv vet hva som er barnets beste.

2. 2. 2. Presentasjon av hensynet til barnets beste etter barneloven

Prinsippet om barnets beste er forankret i barneloven § 48, hvor det heter at avgjørelser i saker etter barneloven først og fremst ”skal [...] rette seg etter det som er best for barnet”. Etter forarbeidene fremgår det at målet var å få prinsippet frem som en overordnet norm.¹⁶ Ut fra juridisk teori kan prinsippet forstås som både en rettesnor for saksbehandlingen i avgjørelser om foreldreansvar, fast bosted og samværsrett, samt grunnlaget for selve avgjørelsen.¹⁷

I praksis kommer barnets beste inn som en helhetsvurdering, som beror på verdipreferanser som ikke er av ren juridisk karakter. Momentene som kan tas i betraktning er faktiske omstendigheter i saken, rådende samfunnsoppfatninger, psykologiske faktorer hos barnet, og særlige tilknytningsforhold i form av for eksempel miljø. Videre er barnets mening et vesentlig moment i denne helhetsvurderingen, som er en av flere grunner til at de to hensynene er tett koblet sammen.

Barnets beste-prinsippet er hovedhensynet i foreldretvister, jf. ”først og fremst”.¹⁸ Samtidig viser ordlyden at prinsippet ikke er det eneste kriteriet. Prinsippet gjelder uavhengig av hvem som avgjør spørsmålet, enten det er foreldrene, mekler eller dommer.

Etter en naturlig språklig forståelse av § 48 åpnes det ikke for å overstyre barnets beste. Derimot vil andre hensyn kunne være av avgjørende betydning i samspill med barnets interesser. Ordlyden ”barnets beste” er dynamisk, og hva som ligger i ordlyden må vurderes

¹⁶ NOU 1998: 17, s. 40

¹⁷ Se blant andre Inge Lorange Backer, *Barneloven, Kommentarutgave*, (Universitetsforlaget 2008), s. 465-473

¹⁸ bl. § 48 (1)

konkret for det enkelte barnet avgjørelsen gjelder eller berører.¹⁹ Barnets forutsetninger og bakgrunn vil naturlig nok omfattes av den konkrete vurderingen.

Prinsippet i § 48 gir ingen veiledning på hva som er barnets beste. Ordlydens dynamikk betyr at prinsippet kan endre seg over tid, og kan dessuten tale for ulike løsninger på kort sikt versus lang sikt i den konkrete saken. Barnets historie og refleksjoner rundt eget liv er nødvendige faktorer når prinsippet skal gis betydning i den aktuelle saken,²⁰ og måten man kan gjennomføre dette på er å høre barnet. Barnets beste-prinsippet etter barneloven vil kreve holdepunkter, eller bevis, for å kunne trekke i den ene eller andre retningen, som følge av at det i denne sammenhengen er et juridisk prinsipp.²¹ Dette kan igjen kobles til betydningen av de spesielle rettskildedefaktorene som får anvendelse i barneretten, jf. 2.1.

2. 2. 3. Barneperspektivet i utvikling

Begrepet barneperspektivet har i de senere år blitt brukt mer og mer, for å sette ytterligere fokus på barns rettsstilling.²² Begrepet betyr å se saken gjennom barnets øyne, og å se barnet tydelig. Dersom man ser barns opplevelser og erfaringer gjennom deres øyne, vil man i større grad kunne fange opp og forstå det konkrete barnets fremstilling og på en bedre måte analysere denne. Gjennom et slikt perspektiv skal man kunne se saken mer helhetlig, og få mer relevant informasjon, med mål om en langsiktig, god løsning.

I praksis vil begrepet medføre en endring av barnets rolle fra objekt til subjekt, noe vi blant annet kan se i form av endring i barnerettslig terminologi, eksempelvis fra begrepet ”barnefordelingssaker” til ”barnelovssaker”.²³ Alternativt brukes begrepet ”foreldretvister”. Endringen av begrepsbruken er gjort for å ivareta barnet, og understreke at barn ikke er et objekt man skal fordele, i tillegg til å markere foreldrenes ansvar og tilknytning til spørsmål

¹⁹ Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 49

²⁰ Barneombudets rapport 2012s. 71

²¹ Backer 2008, s. 465-473

²² Barneombudets rapport 2012, s. 40

Se også Magne Raundalen, ”Det enkle barneperspektivet”, *Tidsskrift for Norsk Psykologforening*, Vol 44, nummer 2, 2007, side 176-177

²³ Se blant andre Høringsnotat fra Barneombudet til Prop. 85 L (2012-2013), sett november 2015

<http://barneombudet.no/wp-content/uploads/2013/09/innsjill-til-barne-og-familiekomiteen-barneloven.pdf>

Artikkel om barnelovssaker, fra advokatfirmaet Øvind Østberg, sett november 2015,

<http://www.familierettadvokaten.com/barnelovssaker.html>

om foreldreansvar, fast bosted og samværsrett.²⁴ Utviklingen av barneperspektivet søker etter å la reglene sette barnet i fokus, og gjennom prinsipper og øvrige normer kunne tilrettelegge for å fange opp barnets egen opplevelse og forståelse av hva som skjer.

I Grunnlovens nye § 104 første og siste ledd fremgår det at barn har ”krav på respekt for sitt menneskeverd” og “rett til vern om sin personlige integritet”, og at dette er statens ansvar. Dermed er barnets integritet stipulert som en grunnlovsfestet, beskyttelsesverdig verdi. For å kunne verne om barnets integritet og selvrespekt, hvilket også følger av våre folkerettslige forpliktelser, kreves det ytterligere innlevelse, fokus og respekt fra apparatet som skal verne om barna, både foreldre og avgjørelsesorgan. Dette setter krav til å kunne sette seg inn i barnets sted, og se situasjonen gjennom barnets øyne. Denne bestemmelsen kommer jeg tilbake til i del II.

I Implementating Child Rights in Early Childhood kan man utlede viktigheten av barneperspektivet og dets frammarsj i FNs Barnekomité's øyne.²⁵ Her uttales det at ”*the right of participation requires adults to adopt a child-centered attitude, listening to young children and respecting their dignity and their individual points of view*”.²⁶

2. 2. 3. 1. Hvordan ivareta barneperspektivet?

Dersom barneperspektivet blir ivaretatt vil barnet ha gode forutsetninger for å være en del av saken som berører barnet. Et spørsmål er hvordan man kan ivareta barneperspektivet i lov og praksis. Ut fra et psykologisk perspektiv er det nærliggende å anta at trygge rammer for et barn med riktig fokus og tidsbruk, slik at barnet opplever tillit, forståelse og føler seg komfortabel, vil gi barnet en trygg arena hvor det kan fremstille sin opplevelse av sin egen situasjon. Dersom barnet føler seg uviktig og ekskludert i prosessen, vil ikke barneperspektivet bli ivaretatt.

Samtalen og behandlingen av barnet må skje på en fornuftig og trygg måte. For å oppnå dette

²⁴ Regjeringens hjemmesider, Nyheter, artikkel om Styrket barneperspektiv og bedre beskyttelse av utsatte barn, fra 20.12.2013, sett oktober 2015

<https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/styrket-barneperspektiv-og-bedre-beskytt/id748480/>

²⁵ Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 7, Implementing Child Rights in Early Childhood (Fortieth session, 2005), U.N. Doc. CRC/C/GC/7/Rev.1 (2006)

²⁶ *ibid*, Article 14 c

må de voksne rundt ha tilstrekkelig kompetanse eller kjennskap til barnet, og ha evne til å tilpasse seg barnets alder, modningsnivå, og eventuelle andre behov. Dette er også forutsetninger som må være til stede for å ivareta informasjonsplikten på en hensiktsmessig måte. En avveining av hvor mye informasjon barnet skal få før og etter er også et viktig spørsmål, som vil bli fremstilt senere i oppgaven.

Ved å tilpasse seg barnet på best mulig måte, vil vedkommende aktivt kunne samtale med barnet på en god måte. I de typiske sakene etter barneloven er det nettopp barnet som sitter på mesteparten av kunnskapen. Med andre ord vil arbeid som utføres med barneperspektivet som metode og ambisjon være i tråd med både prinsippet om barnets beste, og barnelovens øvrige prinsipper, deriblant effektiv prosess, jf. bl. §§ 48 og 59.²⁷ Dermed kan saken bli tilstrekkelig opplyst raskere, og avgjørende momenter kan bli belyst på et tidligere stadium.

2. 3. Behov for barnets uttalerett

Spørsmål om foreldreansvar, fast bosted og samværsrett kan bety inngrep i familielivet, eksempelvis ved samværsrestriksjoner. For barnet vil retten til å uttale seg være en av de få arenaene hvor barnet kan påvirke sin egen situasjon i dette henseende.²⁸ Derfor er det uhyre viktig at barnets stemme blir hørt, eller i det minste at det blir lagt til rette for at dette kan skje. Ikke minst forstått riktig. I undersøkelser gjort i *Children, Family and the State: Decision-making and Child Participation* av Nigel Thomas fremgår det at barna rangerte det å bli hørt høyere enn det å få viljen sin.²⁹ Koch og Walstad uttaler at å ”få kunnskap, forklaringer og delta med egne meninger forsterker barns følelse av kontroll, mestring og egenverd”.³⁰

Hvem er nærmest til å kjenne sin egen situasjon og egne behov? Svaret på dette er i normaltilfellene vedkommende selv. For barn kan faktorer som alder og modenhet og

²⁷ mer om dette i kapittel 3

²⁸ Trude Haugli, *Samværsrett i barnevernssaker*, 2.utgave (Universitetsforlaget 2000), s. 401

²⁹ Nigel Thomas, Jo Campling, *Children, family and the State: Decision-making and Child Participation*, (Macmillan Press Limited 2000)

³⁰ Katrin Koch, Espen Walstad, *Samvær mellom barn og foreldre som ikke bor sammen*, 1. utg., 1. opplag (Gyldendal 2005)

uttrykksevne begrense dette. I alle tilfeller vil mottaker av denne kommunikasjonen måtte kunne sette seg inn i barnets situasjon, og lese barnets kommunikasjon i lys av dette. På grunn av at deres perspektiv er snevrere har barn ofte et begrenset inntrykk av konsekvenser, noe som medfører at de evner å snakke friere enn mange voksne.³¹ Barn har mindre grad av sensur og selvkorrektur enn voksne. En aktiv deltagelse når man hører barnet kan derfor avdekke mer alvorlige forhold. Dette vil igjen være i tråd med barnets beste, ettersom vanskelighetene potensielt kan løses eller bedres.

På den annen side kan lojalitetsplikten barnet står i mellom de to foreldrene forverres dersom barnet deltar aktivt i avgjørelsen. Dette gjør seg særlig gjeldende når det skal kartlegges hvem av foreldrene som får fast omsorg og hvor mye barnet skal være hos hver av dem. Herunder samværets omfang, tilsyn, samværsnekt, jf. bl. § 64. Barnets uttalerett er et middel og moment i den skjønsmessige helhetsvurderingen av hva som er barnets beste etter bl. §§ 43, 43 a, jf. § 48. Overkjøring av barnets rett etter barneloven både ved å ikke bli hørt eller ved uforsvarlig inkludering i avgjørelsen kan medføre at en allerede vond og vanskelig situasjon blir verre, og i verste fall ødeleggende for barnet.

³¹ Elisabeth Gording Stang, *Det er barnets sak*, (Universitetsforlaget 2007,) s. 115

3. Barnelovssaker

3. 1. Nærmere om sakstypene

Barneloven regulerer forholdet mellom barn og foreldre. Lovens formål er at avtalene og avgjørelsene som blir besluttet er til det beste for barnet. I loven reguleres foreldreansvar, daglig omsorg eller fast bosted og samværsretten til barnet. Etter loven er det offentlige pålagt et ansvar for å ta vare på barn i Norge, og ivareta barnets beste, jf. blant andre bl. § 48. Samtidig befinner man seg på privatrettslig område, og store deler av barn retten er bygget opp av prinsippet om avtalefrihet.

I utstrekningen av det offentliges ansvar kan partenes frie rådighet og avtalerett begrenses i domstolene, fordi at retten kan nekte partene å inngå en rettslig bindende avtale dersom den strider eller trolig vil stride mot barnets beste, i kraft av bl. § 48. I tilknytning til det offentliges ansvar med hensyn til barnets beste, er det viktig å understreke at barn ikke har partsstatus i barnelovssaker. Dette tilsier at det offentlige har ansvar for å sikre for at barnets beste ivaretas i prosesser og løsninger i disse sakene.

Samtidig regulerer barneloven § 31 barnets rett til å være med på avgjørelsen. Barneloven er i første rekke en privatrettslig lov, men grenser opp mot offentlige ansvarsområder, regulert i bl.a. barnevernloven og folketrygdloven.³² Saker etter barneloven er såkalt delvis indispositive, fordi partenes rådighet kan bli begrenset, som en følge av barnets beste. Videre betyr dette at retten ikke er bundet av anførlene, og at retten har en selvstendig plikt til å sikre at saken er tilstrekkelig opplyst.

I utgangspunktet er det foreldrene til barnet som har foreldreansvaret, og dersom de er gift deles det dem imellom. I tilfeller hvor foreldrene ikke er gift, eller bor sammen, har mor foreldreansvaret alene, dersom ikke annet blir avtalt, jf. bl. § 35, jf. § 39.

³² Lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenesten, lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd

Foreldreansvaret følger hovedsakelig av bl. § 30. Etter bestemmelsen fremgår det at innholdet i foreldreansvaret består av to sider. Omsorg og omtanke på den ene siden, og plikt og rett til å ta avgjørelser på vegne av barnet på den andre, jf. § 30 (1), første og annet punktum. Med andre ord ligger det en omsorgsplikt og rett til å ta avgjørelser vedrørende barnets ”personlege tilhøve” i foreldreansvaret etter § 30. Videre inngår det et ansvar om forsvarlig oppvekstvilkår, oppdragelse, og utdanning. Det fremgår forbud mot behandling som kan utsette barnet for psykisk og fysisk fare eller skade.

Sammen med foreldreansvar er også fast bosted regulert i bl. kapittel 5. Ettersom foreldrene normalt avtaler å dele ansvaret for barnet, omhandler problemstillingene i foreldretvistene ofte hvor barnet skal bo og hvor mye tid foreldrene skal få tilbringe med barnet. Utgangspunktet er her at foreldrene står helt fritt til å avtale fast bosted eller delt bosted mellom seg.

Dersom foreldrene ikke kommer til enighet om hvor barnet skal bo, kan de ta det til domstolene. Retten vil vurdere spørsmål om fast bosted skjønnsmessig i hvert enkelt tilfelle, hvor det overordnede hensynet er barnets beste, jf. bl. § 48. Som det følger av § 31 har barnet rett til å bli hørt. Barnets synspunkt skal eller skal ikke vektlegges i ulik grad, noe som følger i oppgavens del II.

Barnets rett til samvær med foreldrene reguleres i bl. kapittel 6. En samværsordning kan avtales mellom foreldrene. I tilfeller hvor dette ikke lar seg gjøre, kan foreldrene gå rettens vei og retten vil da bestemme en samværsordning. I dette tilfellet vil samværet settes ut fra en konkret helhetsvurdering, hvor det bærende prinsippet er barnets beste, jf. bl. § 48.³³

³³ Ot.prp. nr. 29 (2002-2003) s. 44

3. 2. Sider ved prosessen med betydning for barnets uttalerett og barnets beste

Endringene i barneloven i 2003, som trådte i kraft i 2004, var omfattende hva gjaldt saksbehandlingen i kapittel 7. Målet var å tydeliggjøre hovedprinsippet om barnets beste. De senere års modifikasjoner har hatt fokus på å beskytte barnet.³⁴

I barneloven § 59 (1) pålegges dommeren å ”påskunde saka så mykje som mogeleg”. Dette setter krav om en effektiv og betryggende prosess, med rask behandling. Bestemmelsen stadfester et elementært prosessuelt prinsipp i barneretten.³⁵ Dette er fordi at prosessen bør være effektiv, slik at barnet ikke må leve lengre enn nødvendig i en konflikt med en uavklart situasjon.

Likevel må behandlingen av saken være såpass grundig at den blir godt nok opplyst, slik at løsningen ivaretar barnets interesser, jf. prinsippet i bl. § 48. Dette fremgår også av forarbeidene.³⁶

Slik Gudrun Holgersen skriver i hennes bok om barnerett, skal ikke saksbehandlingen kortes ned på ”punkter som er viktige for å ivareta hensynet til barnets beste”.³⁷ Å sørge for at saken er så godt opplyst som mulig er også dommerens ansvar, blant annet som følge av at sakene er delvis indispositive.³⁸ Videre kan man utlede prinsippet av bl. § 58 (3), siste punktum. Her heter det at dommeren kan be om ytterligere informasjon og utredning fra partene ”dersom det trengst for å få saken godt nok opplyst”.

³⁴ Bendiksen/Haugli 2015, s. 65 flg.

³⁵ Lovkommentar fra Rettsdata, note 80 ved Kirsten Sandberg, sist hovedrevidert 11.11.2010 jf. Nils Dalseide, ”Saksbehandlingsreglene for tvister om foreldreansvar, barnets faste bosted og samvær etter endringslov 20. juni 2003 – noen utvalgte problemstillinger”, *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål (heretter FAB)* 2004-3/4, s. 173-205

³⁶ Ot.prp. nr. 29 s. 30

³⁷ Gudrun Holgersen, *Barnerett* (Cappelen Damm 2008), s. 252

³⁸ Prinsippet fremgår direkte i rettspraksis, eksempelvis i Borgarting i 2009, LB-2009-106944

I saker med fri rådighet gjelder disposisjons- og forhandlingsprinsippet, som innebærer at det er partene som setter rammen for saken og som sørger for opplysningen av den ved sin bevisførsel for retten. I barnelovssakene er det derimot modifisert grunnet hensynet til barnets beste, som medfører begrensninger i partenes frie rådighet. Av tvisteloven § 11-2 (2) følger det at partene har ”hovedansvaret” for bevisføring, men dette modifiseres for barnelovssakene av tvl. § 11-4,³⁹ hvor det følger at retten ikke er bundet av ”partenes prosesshandlinger”, men plikter å sørge for et ”forsvarlig faktisk avgjørelsesgrunnlag” jf. tvl. § 21-3 (2).

Alle saker etter Barneloven starter med saksforberedende møte. Saksforberedende møte inneholder blant annet mekling, der saken er egnet for det. Alle familievernkontor eller familierådgivningskontor tilbyr mekling. Det samme gjør enkelte prester, advokater, psykologer, med videre.⁴⁰ Formålet med meklingen er naturlig nok at foreldrene skal komme frem til en avtale om foreldreansvar, fast bosted og samvær, aller helst gjennom en skriftlig avtale, jf. bl. § 52. Etter barnekonvensjonen gjelder barnets rett til å bli hørt i alle rettslige prosesser som angår barnet, også meklingsstadiet.⁴¹

I dag blir barnas synspunkt eller ønsker normalt formidlet gjennom foreldrene på meklingsstadiet, blant annet ifølge barneombud Anne Lindmoe.⁴² Etter barneloven fremstår denne videreformidlingen nærliggende, ettersom ordlyden i § 31 sier at det er foreldrenes ansvar å tilrettelegge for at barnet kan uttale seg.

Samtidig følger det av de nye saksbehandlingsreglene at den sakkyndige kan få oppdrag om å undersøke før og mellom de saksforberedende møtene, jf. bl. § 61 nr. 1, siste punktum. Her heter det at den sakkyndige kan ha ”samtaler med [...] barna”.

Dersom vi vender tilbake til ordlyden i bl. § 48, jf. punkt 2.2.2., står det at barnets besteprinsippet skal gjelde både materielt og prosessuelt. Dette betyr at barnets interesser er et hensyn av betydning ved avgjørelsen av typiske foreldretvister, samtidig som det er et prinsipp i saksbehandlingen, jf. ”[a]vgjerder om [foreldretvister]”, jf. ”og handsaminga av

³⁹ Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister

⁴⁰ domstolenes hjemmeside, artikkel om foreldretvist, sett september 2015, <http://www.domstol.no/no/Enkelt-domstol/nedre-telemark/Om-Nedre-Telemark-tingrett/Sakstyper/Barnfordelingssaker/>

⁴¹ FNs barnekomité, Generell kommentar nr. 12, Barns rett til å bli hørt, (2009) punkt 32. Mer om artikkel 12 i del II.

⁴² Ifølge Anne Lindmoe ”høres sjeldent barn på familievernkontoret i forbindelse med mekling. Det er foreldrene som formidler barnets tanker og synspunkter”, jf. artikkel om Barn som opplever samlivsbrudd skal bli hørt, Barneombudets hjemmeside, sett oktober 2015, <http://barneombudet.no/for-voksne/annet-aktuelt/barn-som-opplever-samlivsbrudd-skal-bli-hort/>

slike saker”.⁴³

Utgangspunktet etter bl. § 48 er at alle som deltar i saksbehandlingen. Dommere, advokater, sakkyndige, meklere, med flere, må hele veien handle i tråd med prinsippet om barnets beste. Med andre ord må de ta hensyn til barnets interesser, både i de materielle spørsmålene, og ved tolkning og anvendelse av saksbehandlingsreglene.⁴⁴ Dersom barn i en foreldretvist blir møtt med et system som fungerer til det beste for dem, vil det bærende prinsippet i barneretten i stor grad bli ivaretatt i saksgangen.⁴⁵ Barneombudets erfaringer er at barna gir klart uttrykk for at de ønsker å bli inkludert, fremfor ekskludert, når foreldrene lager avtaler i de saksforberedende møtene.⁴⁶

3. 2. 1. Mer om de som hører barnet i prosessen

Under domstolsbehandling er det normalt sett den utvalgte sakkyndige, dommeren, eller begge to som hører barnet.⁴⁷ Domstolen plikter å ha samtale med barnet, hvilket følger av bl. § 31, jf. § 61 (1) nr. 4. Dersom dommeren hører barnet skjer dette normalt på dommerens kontor, hvor han som nevnt kan la seg bistå av egnede personer,⁴⁸ for å ivareta barnets beste.⁴⁹

Etter bl. § 61 første ledd nr. 1 kan retten oppnevne en sakkyndig til å bistå underveis i de saksforberedende møtene. Det er opp til retten å bestemme hvilke oppgaver den sakkyndige får, i form av et mandat som fastsettes i den enkelte sak, i kraft av fullmakten fra retten. Også på et senere tidspunkt i saken kan retten oppnevne sakkyndig eller annen kyndig person. Denne personen kan oppnevnes for å få skriftlig erklæring om saksspesifikke forhold og spørsmål, jf. bl. § 61, nr. 3.

⁴³ Bl. § 48 (1)

⁴⁴ Ot.prp. Nr. 103, s. 56. Se også Backer 2008, s. 465-473

⁴⁵ Barneombudets rapport 2012, s. 71

⁴⁶ *ibid*, s. 33

⁴⁷ Ot.prp. nr. 29 s. 62-63

⁴⁸ *ibid* s. 62-63

⁴⁹ Kirsten Sandberg, *Barns rett til medbestemmelse – et juridisk perspektiv I: Kjørholt, Barn som samfunnsborgere – til barnets beste* (Universitetsforlaget 2010), s. 58

Etter loven foreligger det ingen krav til sakkyndiges kompetanse. Dette var et bevisst valg fra lovgivers side. I forarbeidene uttrykkes det at gjeldende rett som ”ikke stiller [...] bestemte krav til fagkompetanse [...] bør opprettholdes”, fordi tilgangen på sakkyndige derfor kan økes, og på grunn av de variasjonene i rollene sakkyndige kan få etter lovendringen i 2003.⁵⁰ Det er heller ikke noe krav etter barneloven at samtalen med barnet skal nedfelles skriftlig.⁵¹

Imidlertid blir de sakkyndige innhentet nettopp etter deres kompetanse i praksis. Dette vil eksempelvis være pedagoger, ansatte i barnevernet, eller advokater, helst på bakgrunn av deres barnefaglige kompetanse. Likevel vil manglende krav i barneloven til sakkyndiges kompetanse kunne bety mangelfull kompetanse hos den enkelte som hører barnet. Eller så kan det bety sprik i kompetansenivået mellom de sakkyndige fra den ene foreldretvisten til den andre. Dette understrekes flere ganger i Barneombudets rapport fra 2012.⁵²

Saker om foreldreansvar, fast omsorg og samværsrett er ofte komplekse saker, hvor feil resultat kan få store konsekvenser for det enkelte barnet. Sakenes kompleksitet tilsier derfor at sakkyndig bør velges med omhu og etter det konkrete tilfellet.⁵³ Dersom barnet blir hørt av en uten erfaring med å høre barn, kan det tenkes at den sakkyndige ikke klarer å få tak på barnets reelle oppfatning, noe som kan poengteres i forarbeidene.⁵⁴

Det kan hende at den sakkyndige ikke klarer å tilrettelegge samtalen med barnet på en god måte, og at barnet derfor ikke åpner seg.⁵⁵ I tillegg, dersom barnet blir stilt ledende spørsmål, er det en risiko for at svaret blir det barnet tror at forventes. Dette vil ikke være hensiktsmessig. Formålet med å la seg bistå av sakkyndig er å belyse spesifikke problemstillinger. Bistand fra personer med særlig kompetanse skal gjøre at disse problemstillingene blir sett, og at retten dermed kommer til et resultat som er til det beste for barnet.⁵⁶

Avhengig av den konkrete saken og det enkelte barnet, kan dommeren ta i bruk ulike

⁵⁰ Ot.prp. nr. 29 s. 43

⁵¹ Barneombudets rapport 2012, s. 47

⁵² *ibid*, s. 46 flg.

⁵³ *ibid*, s. 51

⁵⁴ Ot.prp. nr. 29 s. 49

⁵⁵ Barneombudets rapport 2012, s. 46-52

⁵⁶ Barne- likestilling- og inkluderingsdepartementet, informasjonshefte ”Barnefordelingssaker der det er påstander om vold, Psykologfaglig informasjon til dommere advokater og sakkyndige”, (2008) s. 25, jf. s. 46

virkemidler for å gjennomføre barnets uttalerett. Normalt er det personen som skal gjennomføre samtalen som bestemmer på hvilken måte det skal skje, for eksempel om samtalen blir alene med barnet eller ikke.

Etter forarbeidene kan det utledes at riktig forståelse av barnets kommunikasjon er sentralt, ettersom det blant annet fremgår at diverse virkemidler og metoder kan iverksettes alt etter hva som er nødvendig. I enkelte tilfeller vil det være nødvendig å be om en mer helhetlig og tradisjonell sakkyndig utredning.⁵⁷ Dersom barnet ikke har blitt hørt når dommen blir avsagt, er dette i utgangspunktet en saksbehandlingsfeil, med mindre det foreligger særskilt grunnlag for å ikke gjennomføre samtalen med barnet.⁵⁸

I kraft av rettens ansvar for sakens opplysning og barnets beste,⁵⁹ har dommeren et selvstendig ansvar for å sikre innhenting av informasjon fra relevante instanser, i tillegg til tilrettelegging for foreldrene slik at relevant informasjon kommer fram fra dem og barnet.⁶⁰

3. 2. 2. Representantordningen

I barneloven § 61 nr. 5 finner vi en unntaksbestemmelse som åpner for at retten i særlige tilfeller kan oppnevne en representant eller advokat som skal ta vare på barnets interesser i saken ved behov.

Representantens oppgave er å gi støtte og informasjon til barnet, samt ha samtaler med barnet, alt etter hva som er ”naturleg” i den konkrete saken.⁶¹ Den primære rollen for representanten er å tale barnets sak og ivareta barnets beste i forbindelse med saksbehandlingen.⁶² Videre kan vedkommende komme med innspill til hvordan saksbehandlingen på best måte ”kan ta vare på interessene til barnet”, jf. bl. § 61 (1) nr. 5.

⁵⁷ Ot.prp. nr. 29 s. 62-63

⁵⁸ Peter Lødrup, Lucy Smith, *Barn og foreldre -forholdet mellom barn og foreldre etter barneloven av 1981 med senere endringer*, 6. utgave (Gyldendal 2004)

⁵⁹ NOU 2008: 9 s. 35

⁶⁰ Barneombudets rapport 2012, s. 39-43

⁶¹ bl. § 61 nr. 5

⁶² Ot.prp. nr. 29 s. 49

Etter Barneombudets erfaringer og undersøkelser kommer det fram at en nøytral tredjepart som videreformidler barnets ønske har positive effekter for saken. Nærmest alle barna som hadde brukt representasjonsordningen mente at den var verdifull.⁶³

I denne forbindelse har forsker Astrid Strandbu gjort en rekke undersøkelser. Disse viser blant annet at i sakene hvor barnet hadde en representant som talte dets sak aksepterte foreldrene lettere en løsning som tilsvarte det barnet ønsket.⁶⁴

Europarådet støtter også en mer alminnelig regel om representanter for barn i barnelovssaker. I Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on Child Friendly Justice uttales det at "[children] should have the right to their own legal counsel and representation, in their own name, in proceedings where there is, or could be, a conflict of interest between the child and the parents or other involved parties".⁶⁵

3. 2. 3. Noen utfordringer i saksgangen – sakkyndiges rolle i barnelovssaker

I oppdrag for Barne- og likestillingsdepartementet har psykolog Katrin Koch evaluert de nye saksbehandlingsreglene for domstolen i barnelovssaker. I Kochs evaluering redegjør hun for utfordringer ved de nye saksbehandlingsreglene.⁶⁶

Av betydning for barnets rett til å bli hørt og barnets beste er de sakkyndiges rolle(r) etter hennes evaluering uklar, spesielt ved overgangen fra å drive med forhandling til det å drive

⁶³ Barneombudets rapport 2012, s. 30-31

⁶⁴ Astrid Strandbu, *Barnets deltakelse, Hverdagslige og vanskelige beslutninger* (Universitetsforlaget, 2011)

⁶⁵ Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on Child Friendly Justice, pkt 37, tilgjengelig på <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1705197&Site=CM>

⁶⁶ Katrin Koch, "Evaluering av saksbehandlingsreglene for domstolene i barneloven – saker om foreldreansvar, fast bosted og samvær", Oppdrag for Barne- og likestillingsdepartementet, (2008,) s. 21 flg.

med utredning i den konkrete saken.⁶⁷

Det vil utvilsomt være mer i tråd med barnets beste og barnets rettssikkerhet dersom sakkyndiges rolle og konkrete mandat blir tydeligere fastsatt. Tidsfaktoren trekkes også frem som en negativ erfaring, ettersom det blir prioritert for liten tid til grundig arbeid, herunder å høre barnet.

I forbindelse med hennes artikkel om sakkyndige og barnets beste, har advokat og psykolog Grete Nordhelle kommet med enkelte anbefalinger.⁶⁸ Hun anbefaler at de sakkyndige bør holde seg til å presentere ulike hypoteser for dommeren, og at det er domstolens oppgave å holde dem opp mot andre opplysninger i saken.⁶⁹ Det er dommeren som skal avgjøre hvilken bosteds- og samværsordning som er til barnets beste.

Imidlertid redegjør Koch også for en rekke positive sider ved de nye reglene. En av dem, som har relevans i denne oppgaven, er at de nye reglene har gitt et økt fokus på barnets beste, herunder barnets behov og hvordan resultatene kan virke for barnet. De nye reglene gir mer rom for utprøving og oppfølging, og dialog med barnet. Barnets rett til å bli hørt kan derfor sies å ha fått en større plass i praksis, fordi dette er et sentralt virkemiddel for å kartlegge barnets interesser.

⁶⁷ Dette finnes det og støtte for i Camilla Bernt, Sakkyndige i barnelovssaker for domstolene: roller og rettssikkerhet, *FAB* 2014-3, s. 296-316, note 4 flg.

⁶⁸ Grete Nordhelle, ”Praktisering av sakkyndigarbeid i barnefordelingssaker - til barnas beste?”, *FAB* 2011/3, s. 176-197, s. 176

⁶⁹ *ibid*

DEL II

4. Barnets rett til å uttale seg og bli hørt

4. 1. Påvirkning fra Barnekonvensjonen

– dens stilling i norsk rett

For over tyve år siden ble det stilt spørsmål om hvordan og i hvilken grad Norge skulle innarbeide ulike menneskerettighetskonvensjoner.⁷⁰ Selve barnekonvensjonen ble vedtatt i FNs hovedforsamling flere år tidligere, i 1989,⁷¹ og ratifisert av Norge i 1991.⁷² På nittitallet anså ikke justis- og politidepartementet barnekonvensjonen som en naturlig del av den eksisterende Menneskerettighetsloven. De anså den snarere som en særregulering av eksisterende rettigheter.⁷³ Barnekonvensjonen ble inkorporert i norsk lov først ti år senere, med hovedmål om å styrke barnets rettsstilling.

Frem til 2003 gjaldt barnekonvensjonen som en folkerettslig forpliktelse, som en del av folkeretten. Dette var et separat rettssystem fra nasjonal rett, ettersom norsk rett opererer med en dualistisk tilnærming til folkeretten.⁷⁴ Nå er barnekonvensjonen imidlertid inkorporert i en egen norsk lov, menneskerettsloven. I tillegg presumeres norsk rett å være i samsvar med

⁷⁰ Blant annet vurdert og diskutert i NOU 1993:18

⁷¹ Bendiksen/Haugli 2015, s. 40.

⁷² FN-sambandets hjemmesider, om Barnekonvensjonen, sett 14-10-2015, <http://www.fn.no/Bibliotek/Avtaler/Menneskerettigheter/FNs-konvensjon-om-barnets-rettigheter-Barnekonvensjonen>

⁷³ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett

⁷⁴ Bernt/Sæther Mæhle 2007, s. 265 flg.

Se også Store norske leksikon, om dualisme i juss, sett 13-10-2015, <https://snl.no/dualisme%2Fjus>

folkeretten.⁷⁵ I Grunnloven § 92 heter det også at ”Statens myndigheter skal respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter”, med direkte kobling til menneskerettsloven, deriblant barnekonvensjonen. Dermed har barnekonvensjonen fått en sterkere stilling, på lik linje med annen norsk lovgivning, de siste ti årene. I menneskerettsloven (heretter mrl.) § 3 følger det at barnekonvensjonen ved motstrid “skal” gå foran bestemmelser i annen lovgivning, jf. mrl. § 2, nr. 4. Inkorporasjonen innebærer at barnas rettigheter kan leses enkeltvis og i sammenheng med hverandre, og man får en mer helhetlig oversikt over barnas særskilte rettigheter. Barnekonvensjonens rettigheter gjelder for alle barn, altså personer under 18 år, jf. barnekonvensjonen artikkel 2, nr. 1, jf. artikkel 1.

Barnekonvensjonen har betydning for samtlige av bestemmelsene i barneloven, og de etterfølgende endringene av dem, eksempelvis § 31. Imidlertid må barnekonvensjonen selv tolkes etter internasjonale tolkningsregler.⁷⁶ Videre er det verdt å nevne at barnekonvensjonens originaltekst er på engelsk, og ikke har identisk innhold med lovsamlingen, noe som gjør det nærliggende å ta utgangspunkt i originalteksten. Barnekomitéen, komité for barnets rettigheter, utfører oppgaver som følger av barnekonvensjonen, jf. barnekonvensjonen art. 43, hvortil Norge blant annet sender rapporter hvert femte år, jf. art. 44. Et motiv bak retningslinjene for disse rapportene er å legge større vekt på barnets stemme og barnets beste, gjennom fokus på de generelle prinsippene i art. 2, art. 3, art. 6 og art. 12.⁷⁷ Sistnevnte artikkel har stor betydning for medlemslandenes rettsanvendelse av konvensjonen, hvilket blant annet gjelder ved tolkningen av samtlige artikler.

4. 1. 1. Innholdet i uttaleretten i barnekonvensjonen

I barnekonvensjonens artikkel 12, nr. 1 heter det at ”*States Parties shall assure to the child who is capable of forming his or her own views the right to express those views freely in all matters affecting the child, the views of the child being given due weight in accordance with*

⁷⁵ Bernt/Sæther Mæhle 2007, s. 272-274

⁷⁶ Wienkonvensjonen om traktatretten 23. mai 1969 (Vienna Convention on the Law of Treaties), Del III

⁷⁷ Sharon Detrick, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, (Martinus Nijhoff Publishers 1999,) s. 23

the age and maturity of the child".

Dette innebærer at staten først og fremst "shall assure" at barn skal få retten til å "express", det vil si uttrykke, disse meningene "freely" i alle saker eller spørsmål "affecting the child". Imidlertid må barnet være i stand til å danne egne synspunkter, jf. "capable of forming his or her own views".

En naturlig språklig forståelse av "affecting" er vedrører eller påvirker i vid forstand.⁷⁸ Videre følger det av nr. 1 at uttalelsen skal gis "due weight", altså forsvarlig og passende vekt, i samsvar med barnets alder og modenhet. Etter ordlyden er dermed vilkår for uttaleretten etter konvensjonen at barnet i en viss grad evner å forme egne meninger, og vektleggingen av uttalelsene beror på alder og modenhet. Samtidig er det ikke satt noen konkret aldersgrense.

Ordlyden åpner ikke for å gjøre unntak fra barnets rett til å bli hørt. Denne forståelsen underbygges i barnekonvensjonens håndbok, hvor det fremgår at statene "cannot quote the best interests principle to avoid fulfilling their obligations under article 12".⁷⁹

Videre fremgår det av artikkel 12, nr. 2 at uttaleretten skal gjennomføres i juridiske og administrative prosesser som påvirker eller berører barnet, ved å gi barnet muligheten til å ytre sin mening, jf. nr. 1. Dette er enten "either directly, or through a representative or an appropriate body", jf. art. 12, nr. 2, på en måte som samsvarer med den aktuelle statens prosessregler.

Artikkel 12 gir totalt sett barnet en absolutt rett til å bli hørt, hvor de kan gi uttrykk for synspunkter i saker og spørsmål som gjelder dem. Selve spørsmålet om vekting signaliserer en utviklingen av anerkjennelse av barn som selvstendige individer, med en integritet som skal respekteres like fullt som voksne. Bestemmelsen er bevisst ikke utformet med opplisting av tilfeller hvor uttaleretten kommer til anvendelse, for å unngå tvil dersom tilfeller ikke er nevnt.⁸⁰

Uttaleretten har klar sammenheng med samtlige av de andre bestemmelsene i konvensjonen.

⁷⁸ Ordlyden er "vedrører" i den norske oversettelsen på Lovdata

⁷⁹ Hodgkin/Newell, 1998, s. 151. Håndboken bygger på uttalelser fra FNs barnekomité.

⁸⁰ Detrick 1999, s. 215

Blant annet bør artikkel 12 leses i sammenheng med barnets beste-prinsippet i artikkel 3, og barnets rett til ytringsfrihet i artikkel 13. Av sistnevnte artikkel følger det at barnet har ”freedom of expression”, det vil si ytringsfrihet til å ”seek, receive and impart information and ideas of all kinds”, altså søke etter, motta og dele kunnskap og ideer, både muntlig og skriftlig. Ordlyden kan dermed knyttes til barnets rett til å uttale seg og bli hørt i saker som vedrører det. I denne sammenheng trekker artikkel 12 rettigheten lengre, ettersom den også setter krav til å bli lyttet til, herunder at avgjørelsesorganet skal innhente informasjonen.

4. 1. 2. Krav til kunnskap om samtalemotodikk med barn

I barnekonvensjonen står det ikke noen konkrete krav om hvordan høring av barn skal skje. Her er det overlatt til hver enkelt stat. I norsk lov er dette ikke blitt konkretisert eller tydeliggjort.

Samtidig kreves det av barnekonvensjonen at de aktuelle retningslinjer for hvordan og av hvem barnet skal høres skal være i tråd med prinsippet om barnets beste, og at metoden på best mulig måte får frem barnets synspunkt, jf. Alston i *The Best interests of the child: reconciling culture and human rights*.⁸¹ Det fremgår at et avgjørelsesorgan, ”representative” eller ”appropriate body”, skal høre barnet,⁸² men det er ikke noe krav til at barnet må høres av avgjørelsesorganet direkte. Bestemmelsen er såpass åpen på dette punkt for å kunne tillate alternative høringsmetoder, nettopp for å ivareta barnets beste og styrke uttaleretten.

Det er nærliggende å anta at dersom et barn blir presset, lurt eller manipulert, vil det påvirke barnets frie uttrykksevne, hvilket igjen setter krav til den som gjennomfører samtalen med barnet. For at barnets uttalelsesrett skal være så godt ivaretatt som mulig, bør den som samtaler med barnet på best mulig måte kunne formidle barnets rettigheter, situasjonen, og også at barnet har rett til å velge å ikke bruke stemmen sin.⁸³

⁸¹ Philip Alston, *The Best interests of the child: reconciling culture and human rights*, (Oxford University Press 1994,) s. 151.

⁸² Barnekonvensjonen artikkel 12, nr. 2

⁸³ Hodgkin/Newell 1998, s. 151.

4. 2. Barnets uttalerett etter Barneloven § 31

Barneloven § 31 består hovedsakelig av to ulike deler. I første omgang fremgår retten til å bli hørt og derunder en aktiv plikt til å innhente barnets synspunkt, jf. første ledd. I andre ledd fremgår det hvordan barnets syn skal vektlegges i rettsanvendelsen.

Bestemmelsen avgrenses av ordlyden ”personlige forhold for barnet”. En naturlig språklig forståelse av ordlyden er forhold som vedrører barnets person. I forarbeidene fremgår det at ordlyden skal leses i sammenheng med vilkårene i bl. § 30 under foreldreansvar, og betyr forhold som henger sammen med oppdragelse og forsørgelse, herunder for mat, klær, og bosted.⁸⁴

Forhold som er utenfor rekkevidden av barnets ”personlige forhold” er få. Eksempler på dette er saker som tas videre til neste instans for å avgjøre konkrete spørsmål knyttet til gjennomføringen av samværet, bl.a. transport til og fra samværet.

Borgarting lagmannsrett skulle i RG 2006 s. 317 utelukkende fastsette transportordning mellom mor og far med tanke på utføringen av samværet. Her ble spørsmålet ansett utenfor ”personlige forhold”, og barna på 9 og 11 år fikk ikke uttale seg.

Videre innskrenkes medbestemmelsesretten etter § 31 av barnets evne til i det hele tatt å kunne ”danne seg [...] synspunkt”, som har en naturlig sammenheng med det å kunne ytre seg noenlunde begrunnet og vektleggingen av det man har å si.

Etter ordlyden i § 31 følger det ikke noe uttrykkelig krav om å informere barnet. Derimot må det likevel kunne utledes en informasjonsplikt til de voksne av ordlyden ”danne seg egne synspunkt”, da man ikke danne seg en begrunnet mening uten informasjon.

I barnets medbestemmelsesrett ligger det en plikt til å aktivt rådspørre barnet og høre etter hva som blir sagt, noe som kan leses ut fra ordlyden ”skal”.⁸⁵ Som nevnt, som grunnlag for å kunne danne seg et syn, må barnet få passende informasjon, hvilket igjen bør være tilpasset

⁸⁴ Ot.prp. nr. 29 s. 57

⁸⁵ bl. § 31 (1), første punktum.

det konkrete barnets modenhet, alder, forståelseevne og øvrige behov.

Medbestemmelsesrettens funksjon er å forberede barnet på det som skal skje i sammenheng med den aktuelle foreldretvisten. Dette begrunnes i hensynet til rettssikkerhet, forutberegnelighet, og barnets beste. Her tydeliggjøres viktigheten av medbestemmelsesretten, fordi at barn i begrenset grad kan treffe beslutninger og handle på egenhånd. Foreldre bør derfor tar hensyn til barnets mening på en måte som gjør at barnet opplever å få rom for å ytre sin mening, og at synspunktet får en betydning i noen grad for det som avgjøres.

På en annen side betyr ikke medbestemmelsesretten at barnet blir tvunget til å ha et synspunkt på noen måte.⁸⁶ Dette er en del av det totale vernet eller beskyttelsen av barnet og barnets rettssikkerhet som barnekonvensjonen har hatt økt fokus på de siste ti årene.

Ved spørsmål om hvor gammelt barnet kan eller bør være for å bli hørt i en sak, følger det ingen direkte aldersgrense av § 31, (1) for når medbestemmelsesretten inntreer. Derimot følger det av andre ledd, første punktum at barn i alle fall skal høres etter fylte 7 år. Denne syvårsgrensen kom inn ved endringen av loven i 2003, og følger opp de gamle proposisjonene og NOU'en fra 1981.⁸⁷ Grensen ble satt i sammenheng med skolealder.

For barn som er yngre enn syv år må uttaleretten vurderes etter hva saken konkret dreier seg om, sett i lys av i hvilken grad barnet kan "danne seg egne synspunkt", jf. § 31 (1), første punktum, og hvor "gammelt og modent barnet er", jf. § 31 (1), annet punktum.

Av forarbeidene kan det utledes at det er den generelle modenheten som spiller en rolle her, ikke den individuelle.⁸⁸ Barn under 7 år vil kunne ha krav på og mulighet til å fremme sitt synspunkt, selv om det ikke nødvendigvis blir avgjørende i tvisten. I utgangspunktet setter ikke ordlyden noen begrensning i medbestemmelsesretten etter fylte 7 år. Dette underbygges av forarbeidene, hvor det fremgår at det er en "ubetinget rett".⁸⁹

⁸⁶ Ingen barn skal ha plikt til å uttale seg i en sak om foreldreansvar, fast bosted og/eller samværsrett, jf. Innst. O. nr. 96 (2002-2003), s. 22

⁸⁷ Ot.prp. nr. 29 s. 57

⁸⁸ Backer 2008, s. 292-299

⁸⁹ Ot.prp. nr. 29 s. 61

Naturlig nok vil ikke medbestemmelsesretten etter bl. § 31 gjelde i tilfeller hvor foreldre eller voksne ikke har medbestemmelsesrett eller selvbestemmelsesrett, eller hvor annen lovgivning uansett blir avgjørende. Eksempelvis på skolen vil skolelovgivningen være bestemmende.

Etter bestemmelsens andre ledd skal det legges ”stor” vekt på barnets mening når barnet har fylt 12 år. En naturlig språklig forståelse er at det vil være betydningsfullt for avgjørelsen, men ikke nødvendigvis avgjørende. Ser man vilkåret ”stor” i sammenheng med pliktvilket ”skal”, er det klart at meningen skal bli tatt hensyn til.

Etter rettspraksis betyr vilkåret ”vesentlig vekt”, jf. Rt. 2004 s. 999, avsnitt 57. Det å sette en begrensning på vektingen av barnets synspunkt kan leses i sammenheng med barnets beste, fordi at barnets synspunkt trenger å gå gjennom en form for filtrering, som kan se gjennom forhold som kan påvirke barnets uttrykksmåte, og forstå budskapet.

Betydningen av synspunkt skal ikke bare gjelde opp mot foreldrenes anførsler, men også i forhold til andre hensyn som inngår i andre skjønnsmessige vurderinger retten står overfor.⁹⁰ Ordlyden § 31 innebærer ikke noe krav om enighet mellom barn og foreldre, for at barnet skal kunne påvirke saken. Formålet er at barnets skal kunne uttale seg fritt uten hensyn til foreldrenes mening.⁹¹

4. 2. 1. Modifikasjoner etter 2003

Endringen av aldersvilket i § 31 fra 12 til 7 år i 2003 skjedde på bakgrunn av barnekonvensjonen artikkel 12 og en samfunnsutvikling i synet på barnets rettigheter og rettssikkerhet. Dette gjaldt spesielt i spørsmål som er viktige for deres livssituasjon. Denne endringen medfører at tidligere avgjørelser som godtok at barn ikke ble hørt særskilt ikke lenger kan eller bør tillegges vekt, og er uten betydning nå. Med andre ord skal barn bli hørt særskilt ved disse spørsmålene slik det følger av loven og barnekonvensjonen.⁹²

⁹⁰ Backer 2008, s. 292-299

⁹¹ *ibid* s. 298

⁹² Backer 2008, s. 292-299

Til tross for dette klare utgangspunktet etter norsk lov og barnekonvensjonen, kan man likevel tillate seg å spørre hvorvidt det kan forekomme tilfeller hvor det vil være unødvendig å høre barnet særskilt. Det kan jo tenkes at barnets mening har kommet frem på annen måte. Måten og innholdet kan tenkes å være såpass entydig og klart at det vil fremstå overflødig og unødvendig å høre barnet direkte.

Andre grunner som kan gjøre det uhensiktsmessig å høre barnet direkte er beskyttelse av barnet. Spørsmål om unntakstilfeller kan modifisere barns rett til å bli hørt vil bli stilt i del III.

I noen saker før endringen i 2003 ble det hevdet at på grunn av at barnet hadde blitt hørt tidligere i prosessen, var det ikke nødvendig å høre barnet på ny når det ble truffet ny avgjørelse.⁹³ Imidlertid har det skjedd en rettsutvikling her, som, følge av utbedringen av barnets uttalerett etter lovendringen i 2003. Derfor vil dommene tvilsomt kunne opprettholdes i dag, hvilket det finnes støtte for i juridisk teori.⁹⁴

Dersom man følger en naturlig tolkning av § 31 skal barnet høres i slike situasjoner. Dette har en naturlig sammenheng med at barn stadig er i utvikling og har et annet perspektiv enn voksne når de opplever ting. Tidsperspektivet for et barn er ofte annerledes enn for voksne. I tillegg er barneretten som nevnt annerledes enn andre rettsområder fordi at man i rettsanvendelsen skal ta stilling til barnets situasjon her og nå, og slik foreldretvisten er nå. Tiden som har gått kan ha virket inn på barnets erfaringer og meninger, samt at konflikten mellom foreldrene kan ha utviklet seg, til det bedre eller til det verre.

Bli det reist endrings sak, gjelder det nesten ufravikelig at barnet må få uttale seg på nytt. Det samme vil gjelde ved ankebehandling av en ordinær avgjørelse, siden det ofte vil ha gått bortimot et år mellom behandlingen i de to rettsinstansene.⁹⁵ Unntak kan være foreløpig avgjørelse, hvor forholdene kan tilsa at det haster, og en rask avgjørelse blir påkrevd, og at det derfor ikke blir nødvendig å høre barnet på ny.

⁹³ Refererer særlig til Rt. 1982 s. 1335. Rt. 2000 s. 1316.

⁹⁴ Backer 2008, s. 292-299

⁹⁵ *ibid*, s. 292-299

4. 3. Barnets rett til å bli hørt med grunnlovsautoritet

Etter en ny grunnlovsbestemmelse stipuleres atter barns ”rett til å bli hørt” i saker som ”gjelder dem selv”, og barns ”mening skal tillegges vekt i overensstemmelse med deres alder og utvikling”, jf. Grl. § 104 (1). I andre ledd heter det at barnets beste ”skal” være et grunnleggende hensyn i ”handling og avgjørelser som berører barnet”.

Denne grunnlovsfestingen av prinsippet om barnets beste og barnets uttalerett er av stor betydning, spesielt tydeliggjøringen av deres tilknytning til hverandre, ved å la de rettighetene stå i samme bestemmelse på den måten de gjør. Formålet med dette var å samle alle de sentrale menneskerettighetene til barn under én bestemmelse og gi dem samlet grunnlovsautoritet.⁹⁶ Ser man tilbake til barneloven er disse to rettighetene plassert i ulike paragrafer, i to ulike kapitler, henholdsvis § 31 og § 48.

I både bl. § 31 og Grl. § 104 (1) fremgår det at barnet ”skal” få si sin mening. En naturlig språklig forståelse av prinsippet som kommer til uttrykk er at det er en absolutt regel. Nærmere bestemt forstås det etter ordlyden som en plikt for de voksne om å høre etter eller gi barnet mulighet til å ytre seg.

På en annen side kan det, som nevnt, utledes av bestemmelsene at barnet selv velger om det vil uttale seg eller ikke. Dette er en naturlig side av rettigheten, fordi barn ikke bør være pliktige å uttale seg når foreldrene ikke er det.

Vilkårene som innfrir uttalelsesretten favner videre etter den nye bestemmelsen i grunnloven enn i barneloven, ettersom grunnlovsbestemmelsen skal ligge nærmere barnekonvensjonen og derfor på en sterkere måte bygge opp under barnets rettssikkerhet.⁹⁷ Dette kan leses ut fra ordlyden ”berører” etter Grl. § 104 (1), som er vilkåret for at barnet skal bli hørt. I barneloven

⁹⁶ Henriette Sinding Aasen, ”Grunnloven § 104 og barnets beste, Høyesterett viser viser vei”, *FAB* 2015-3, s. 197-201, jf. s. 197

⁹⁷ Bendiksen/Haugli 2015, s. 51

§ 31 heter det derimot at man skal ”høyre kva barnet har å seie før dei tek avgjerd om personlege forhold for barnet” jf. bl. § 31.

4.4 Kort sammenligning av bl. § 31, Grl. § 104 og barnekonvensjonen artikkel 12

Ved å la uttaleretten stå såpass åpen som den gjør i både Grunnloven, barneloven og barnekonvensjonen, åpnes det blant annet for at barnets mening kan formidles gjennom andre. Det vil si at beslutningstaker ikke behøver å snakke med barnet direkte. Bestemmelsenes ordlyd stenger altså ikke for andrehåndskommunikasjon. Dette kan være spesielt hjelpsomt dersom barnets uttrykksmåte er begrenset, eksempelvis på grunn av ung alder eller sterk lojalitetskonflikt. I de fleste tilfeller må barnets stemme tolkes. Barnets adferd og uttalelser, og andrehåndskilder kan styrke tolkningsalternativer eller alene måtte tas i betraktning.

Et fellespunkt for alle tre rettsgrunnlag er at det ikke foreligger en legaldefinisjon av uttaleretten. Verken rettslig eller faktisk. Dermed kan det utledes at uttaleretten ikke har en fast form, og er en relativt dynamisk rett. Dette kan tyde på at lovgiverviljen er å åpne for tilpasning til den aktuelle saken, og det enkelte barnet, for å ivareta de sentrale prinsippene i barneretten.

Ut fra dette kan man utlede en av mange sider av hvordan barnets rett til å bli hørt henger uløselig sammen med prinsippet om barnets beste. I forbindelse med denne tilknytningen vil også en åpen formulering kunne fange opp flere tilfeller, noe som og helt klart søker å være i tråd med barnets beste-prinsippet. En naturlig språklig forståelse av en rett til å uttale seg og rett til å bli hørt, er å kunne ha muligheten til å kommunisere, verbalt og andre uttrykksmåter, og det å få fokus på nettopp hva som blir uttrykt, bli spurt, observert og tatt hensyn til.

Videre fremgår det direkte i Grunnloven at barn har like stor verdi som voksne. I tillegg er det et likebehandlingsprinsipp både i barnekonvensjonen art 2 og Grl. § 98 (1) og (2). I sistnevnte

følger det at ”Alle er like for loven” og at ”Intet menneske må utsettes for usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling”.

5. Vurderingen av barnets uttalelse

5.1. utfordringer knyttet til innhenting og vektning av barnets uttalelse

Hovedvekten i en beslutning i en barnelovssak ligger på forholdene i saken og omstendighetene omkring barnets syn. Momenter som kan modifisere vekten av barnets ønske og mening kan være flere. Det som direkte følger av loven er vilkårene ”barnets alder og modenhet”, jf. bl. § 31 første ledd, første punktum. Disse vilkårene kan forstås som ledende betraktninger, blant annet fordi at de fremgår igjen i andre ledd, annet punktum.

Vilkårene kan knyttes til hvor velbegrunnet barnets synspunkt er, hvilket igjen kan bli en side av beslutningen som kan styrke eller svekke vekten av synspunktet.⁹⁸ Betydningen av hvor velbegrunnet ønsket er knytter seg til viktige sider av medbestemmelsesretten. Disse går blant annet ut på barns utvikling, selvbestemmelsesrett og ansvar for egne handlinger, ved at de skal lære å treffe egne valg. Denne dimensjonen strekkes ut i at barnets skal lære å ta ansvar for egne valg, og stadig bli mer orientert om konsekvensene av sine valg.⁹⁹

Nils Dalseide fremhever at barnets beste vil være bærende for ivaretagelsen av uttaleretten, både når det gjelder tilrettelegging, gjennomføring og videreformidling.¹⁰⁰ Dersom barnets synspunkt samsvarer med vurderingen av hva som er barnets interesser, er det naturlig at barnets mening får sterkere gjennomslag. I unntakstilfeller kan det også svekke vektningen av barnets uttalerett, eller gi grunnlag for å fravike prinsippet, som vil bli problematisert i del III.

Det er nærliggende å anta at innhenting av små barns synspunkt kan by på spesielle utfordringer, noe som støttes av Barne- og familiedepartementets veileder fra 2004.¹⁰¹ I denne

⁹⁸ Lovkommentar fra Rettsdata, note 78 ved Kirsten Sandberg, sist hovedrevidert 11.11.2010

⁹⁹ Backer 2008, s. 298

¹⁰⁰ Dalseide 2003, s. 179

¹⁰¹ Barne- og familiedepartementets veileder [Q-15/2004](#), punkt. 6

forbindelse vil det være viktig hvorvidt barnet har forutsetninger for å innse sentrale mothensyn, for eksempel på grunn av modenhet og utvikling. Dette vil og knyttes til hvorvidt barnet kan orientere seg om konsekvenser, samt barnets evne til å ha oversikt over situasjonen. Noen barn har mindre evne til å forstå et helhetsbilde av sin egen og foreldrenes situasjon, noe som kan påvirke hvordan deres synspunkt skal forstås og vektas. Praktisk gjennomføring og barnets modenhet er faktorer som både kan styrke og svekke barnets synspunkt som argument, og må vurderes konkret.

Videre kan vurderingen av hvem beslutningen sterkest rammer også utledes som et potensielt moment. Dersom avgjørelsen sterkest rammer familien som en helhet, kan dette åpenbart spille inn på en helhetsvurdering, i den forstand at barnets synspunkt sidestilles.¹⁰²

En annen faktor er hvilke problemstillinger saken gjelder. Dette kan ha innvirkning på vektingen av barnets synspunkt. Er det tale om foreldreansvar og fast bosted? Eller er det spørsmål om fastlegging av samværsretten? Alle tre spørsmålene er like viktige, og de skal ikke degradere barnets stemme. Imidlertid kan barnets synspunkt få mindre vekt dersom det er spørsmål om hvor mye barnet skal være hos en forelder, og de ulike alternativene ikke er spesielt motstridende.

Sinnelag, humør og andre forhold omkring barnets oppfatning og måten den har kommet til uttrykk på kan både styrke og svekke betydningen av barnets synspunkt. Her er det nærliggende å se nærmere på bakgrunnen for oppfatningen. For barnets lynne kan svekke betydningen. Eksempelvis dersom barnet var trøtt, dårlig, sur eller preget av en helt utenforstående hendelse den dagen eller i perioden barnet ble hørt av dommer og/eller sakkyndig, er det nærliggende å ta dette i betraktning ved vektingsvurderingen. Dersom barnet er over 12 år, er det på det rene å forvente en begrunnelse for dette, jf. vilkåret ”stor vekt” i § 31.¹⁰³

¹⁰² Lovkommentar note 78, Sandberg

¹⁰³ jf. bl. § 31 (2), siste punktum.

5. 1. 1. Retningslinjer fra praksis – Rt. 2007 s. 376 til illustrasjon

I en Høyesterettsdom som omhandlet fast omsorg, inntatt i Rt. 2007 s. 376, uttales det at ”[barn] skal i utgangspunktet ikke, uansett alder og modenhet, pålegges det ansvar det er å måtte velge mellom sine foreldre. På den annen side må man, når barnet har nådd en viss alder, og har klart gitt uttrykk for en fast mening, legge betydelig vekt på dette. Ellers vil ordningen med å rådspørre barna, som ofte innebærer en stor belastning for dem, kunne virke respektløs og krenkende”.¹⁰⁴ Denne uttalelsen klargjør mye av det som ligger i barns uttalerett.

Dommen omhandlet to barn på tolv og ni år. Begge var altså over syvårsgrensen etter bl. § 31, og dette var etter 2004, altså etter ikrafttredelsen av lovendringene i barneloven i 2003. I dommen ble barnets beste ledende for avgjørelsen, og de to barnas konsistente ønske over flere år om å bo hos mor avgjørende, etter henvisning til prinsippet om barnets beste etter bl. § 48. Flyttingen til mor medførte at begge barna måtte bytte skole.

Dommens retningslinjer har blitt anvendt i flere dommer i ettertid. Uttalelsen over understreker noen av grunnene til at man skal ta hensyn til barnet på en annen måte enn foreldrene, blant annet fordi at barnet befinner seg i en lojalitetskonflikt. Derfor må ikke barnet oppleve ytterligere press fra rettsaktørene. Videre gir uttalelsen uttrykk for barnets menings egenvekt, og hvilke signaler det vil gi overfor barnet dersom man ikke viser hvordan man vektlegger barnets uttalelse.

Den nevnte uttalelsen har blitt anvendt som retningslinje for uttaleretten i rettspraksis, fordi den på mange måter klargjorde momenter i rettsdogmatikken rundt uttaleretten etter lovendringene i 2003. Dommen illustrerer hvordan barnets mening får vekt i kraft av dens egenverdi, og hvordan den vurderes opp mot momenter som tilknytning til miljøet og mest mulig samlet foreldrekontakt.

Dommen illustrerer også betydningen av barnets mening over tid, hvor fast barnet er i sitt standpunkt, og hvilken innvirkningen det har på vektingen. I avsnitt 17 i dommen fremgår det at dersom barna er ”tilstrekkelig store, og [...] de fastholder sin mening over tid, er det riktig

¹⁰⁴ avsnitt 23

å legge avgjørende vekt på deres mening”.

Sammenligner man Rt. 2007 s. 376 med litt eldre høyesterettspraksis, kan det tyde på en rettsutvikling i vektingen av barnets synspunkt i sammenheng med risikoen for miljø-skifte, også kalt status quo-hensynet. Slik det følger av Rt. 1996 s. 420 ”må [det] kreves en viss sannsynlighet for at en flytting vil medføre fordeler for barna, for at man skal endre en vel fungerende ordning”.

Den grunnleggende dommen hvor status quo-hensynet ble slått fast, er inntatt i Rt. 1953 s. 1374. Dommen gjaldt fast bosted for ei 8 år gammel jente. Etter foreldrenes samlivsbrudd hadde hun bodd hos far. Retten fant at det ikke forelå tilstrekkelig begrunnelse for å rive opp i et ”festnet og godt forhold”, og jenta ble boende hos faren.

En av flere dommer som følger opp Rt. 2007 s. 376, er LA-2015-70126. Denne avgjørelsen omhandlet fast omsorg og samværsrett. Begge barna var over 12 år, to gutter på 13 og 17. Den eldste bodde i utlandet, men 13-åringen ønsket å bo hos far, og det ble tatt til følge. Det ble fastsatt samvær på 50% for mor, ettersom hensynet til samlet foreldrekontakt også ble vektlagt. I lagmannsrettsavgjørelsen tar de i bruk Høyesteretts retningslinjer for skjønnsvurderingen av barnets rett til å bli hørt og barnets beste, nemlig barnets følelsesmessige tilknytning, foreldrenes personlige egenskaper, hensynet til stabilitet, barnets synspunkt, risiko ved miljøskifte, hensynet til samlet foreldrekontakt og hensynet til å unngå å splitte søsken. At kontakt med begge foreldrene, og mest mulig samlet foreldrekontakt er til barnets beste, er lagt til grunn i langvarig rettspraksis.¹⁰⁵

5. 1. 2. Andre momenter som påvirker vektingen

Ut fra praksis kan det utledes en motvilje mot å splitte søskenpar, noe Rt. 2007 s. 376 og LA-2015-70126 kan tas til inntekt for. Søskenes interesser kan også være av betydning i vektingen av det enkelte barnets synspunkt.¹⁰⁶

Dette gjelder også tilknytningsforholdet mellom søsken, som ofte tillegges stor vekt i

¹⁰⁵ Blant annet Rt. 1995 s. 946

¹⁰⁶ Lovkommentar note 78, Sandberg

praksis.¹⁰⁷ Dette fremgår blant annet i Kristin Skjørtens studie av lagmannsrettsdommer i 2005, og i Liv J. Martinsens masteroppgave fra 2012.¹⁰⁸ En av dommene som blir anvendt i forbindelse med dette hensynet, er Rt. 1964 s. 1384. I dommen ble status quo-hensynet og tilknytningsforholdet mellom søsknene avgjørende, og barnet ble boende hos moren.

Hensyn til andre i familien kan virke inn på vektingen av barnets stemme, blant annet fordi at barnet sannsynligvis ville tatt hensyn til dette dersom barnet var eldre og mer modent. Når det gjelder foreldre og søsken har disse en rett til å bli tatt hensyn til, noe som underbygges av juridisk teori og langvarig praksis.¹⁰⁹ I utstrekningen av dette har foreldre krav på å få leve et liv som tilfredsstillende dem på en rimelig måte,¹¹⁰ noe som naturlig nok kan moderere vekten av barnets ønske, spesielt dersom ønsket fremstår med grader av urimelighet.

På en annen side er det et poeng å understreke at barnas oppvekstsituasjon og –vilkår som hovedregel vil veie tyngre enn foreldrenes personlige interesser, noe som begrunnes med foreldreansvaret¹¹¹ og barnets beste-prinsippet.¹¹² Dette synspunktet kan underbygges av barns sterke integritetsvern, som følge av at barn er særlig sårbare, og fordi at de i større grad enn voksne trenger beskyttelse og vern om sin rettssikkerhet og sin personlige integritet.¹¹³

Et annet moment av betydning er barnets lojalitet mot foreldrene, spesielt sett i sammenheng med konfliktnivået. Grad av konfliktnivå vil være en naturlig innvirkende faktor på barnets synspunkt. Dette vil bli problematisert senere i oppgaven. Andre problemstillinger som er relevante når det gjelder barnets rett til å bli hørt og barnets beste, er farene ved å gå mot barnets mening. I hvert fall meningen som er ytret direkte.

Dersom barnets ønske i bosteds- eller samværsspørsmålet er noe annet enn dagens situasjon, er det naturlig at retten vurderer hensynet til stabilitet, herunder farene ved miljøskifte. Dette

¹⁰⁷ Backer 2008, s. 344

¹⁰⁸ Kristin Skjørtten, *Samlivsbrudd og barnefordeling: en studie av lagmannsrettsdommer*, (Gyldendal akademisk 2005,) s. 138-140

Liv Johanne Martinsen, *Barnets beste ved fastsettelse av fast bosted for barn - En analyse av lagmannsrettspraksis*, (Universitetet i Tromsø, juridisk fakultet, våren 2012,) s. 50 flg.

¹⁰⁹ Backer 2008, s. 292-299

¹¹⁰ *ibid*, s. 292-299

¹¹¹ jf. bl. § 30, jf. spesielt andre ledd, jf. første ledd, tredje punktum.

¹¹² jf. bl. § 48, jf. Barnekonvensjonen artikkel 18, nr. 1, henholdsvis annet og siste punktum.

Se også Trygg oppvekst for barn og unge, Pressemelding fra Regjeringen, 08.11.2013, <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/styrker-familiene/id745252/>, sett november 2015

¹¹³ jf. Grunnloven § 104 note 239i, av Anine Kierulf, sist revidert 17.06.2015

hensynet blir ofte referert til som status quo-hensynet i praksis. Etter forarbeidene heter det at vurderingen beror på ”hvor lenge barnet har vært i sitt nåværende miljø og hvor festnet det er der, hvor forskjellige miljøene er, og om barnet har hatt kontakt med det aktuelle nye miljøet”.¹¹⁴ Det foreligger en grunnleggende dom for dette hensynet, inntatt i Rt. 1953 s. 1374. Saken gjaldt fast bosted for ei jente på 8 år. Faren fikk den faste omsorgen for datteren, ettersom hun hadde bodd hos faren hele tiden siden samlivsbruddet.

I Rt. 2005 s. 682 ble ikke barnets synspunkt tatt til følge. Saken gjaldt spørsmål om fast bosted og samværsrett for ei jente på 10 år. Jenta hadde bodd hos mor etter samlivsbruddet, med tidvis samvær med far. Far hadde hatt fast omsorg for storesøsteren etter bruddet. Høyesterett uttalte at meningene hennes hadde betydning, men konflikten knyttet til samværet var såpass kompleks, at den eneste måten barnet ble sikret kontakt med begge foreldrene på, var dersom hun flyttet til far.

I dommen kan det altså utledes en rettsutvikling til fordel for mest mulig foreldrekontakt, og barnets interesser i den forbindelse. Status quo var ikke bra for jenta på grunn av foreldrekonflikten og samværs sabotasje. Den eldre søsteren hadde dessuten gode erfaringer med å bo hos far. Tilknytningsforholdet til storesøsteren ble også et moment, som kan leses ut fra avsnitt 38 i dommen, hvor kontakten med søsteren sikres dersom far fikk fast omsorg.

I en dom inntatt i Rt. 2010 s. 216 om foreldreansvar, bosted og samværsrett for ei syv år gammel jente, uttalte førstvoterende at “hensynet til mest mulig samlet foreldrekontakt” tilsa flytting til far. Imidlertid hadde hun et ”klart ønske om å bli boende hos mor”, jf. avsnitt 29. Hennes ønske, sammen med sakkyndiges øvrige vurdering, hvor det fremgikk at flyttingen ville bli en for stor belastning for jenta, ble avgjørende, og hun ble boende hos mor. Høyesterett vektla barnets synspunkt slik på grunn av at jenta var et “spesielt sårbart barn” og “mer morsavhengig” enn andre barn, jf. avsnitt 28 i dommen. Derfor var i barnets interesser å bli værende hos mor. Barnets beste-hensynet gav dermed barnets klare ønske mer vekt, til tross for at det viktige hensynet til samlet foreldrekontakt i dette tilfellet var motstridende.

¹¹⁴ NOU 1977: 35 s. 63

DEL III

6. Enkelte spørsmål knyttet til uttaleretten i bl. § 31

6. 1. Hvorfor er det et aldersskille for den ubetingede retten til å bli hørt?

I lovendringen i barneloven i 2003 ble aldersvilkåret i § 31 senket, og det ble referert til de eldre forarbeidene.¹¹⁵ Spørsmålet blir derfor hvorfor ble det satt et skille for hvem som skulle bli hørt ubetinget og betinget, for så å senke den.

I NOU 1972:30 satte Sosialreformkomiteen for første gang frem forslag om å senke aldersgrensen til 7 år.¹¹⁶ I forarbeidene på slutten av 70-tallet og begynnelsen av 80-tallet ble spørsmålet behandlet videre,¹¹⁷ men konklusjonen ble som i 1972/73 at de ikke endret grensen. Begrunnelsen for å senke alderen for å bli hørt til 7 år var forbundet med at barn da begynte på skolen. I NOU 1977:35 står det at "[etter] utvalgets mening er det en viktig side ved foreldreansvaret at barnet føler det kan legge frem sine problemer for foreldrene og få råd og forståelse fra dem. [...] Særlig når barnet vokser til og kommer i skolealderen, må hovedvekten i foreldreansvaret legges på dette, og ikke på at foreldrene selv skal bestemme".¹¹⁸

Dersom man vender blikket mot uttaleretten etter Grunnloven § 104, gis det i forarbeidene en

¹¹⁵ NOU 1972:30, NOU 1977: 35

¹¹⁶ NOU 1972:30 s. 71, sosialreformkomiteen s. 74

¹¹⁷ NOU 1977:35, Ot.prp. 62 (1979-1980) og Innst. O. nr. 30 (1980-1981)

¹¹⁸ NOU 1977:35, kapittel V 6.4

mer naturlig forklaring på hvorfor barnets alder skal bety noe for uttaleretten. I forarbeidene uttales det at det er mer forsvarlig å gi ungdom som nærmer seg myndighetsalder mer innflytelse enn barn under 7 år. Videre uttales det ”at det kan være store personlige variasjoner i barns modenhet, og barnets rett til medbestemmelse må med nødvendighet variere alt etter hvilke type beslutninger det er tale om”.¹¹⁹ Det presiseres og at det kun er i saker som gjelder det enkelte barnet, altså ikke i saker hvor de potensielt kan bli berørt, men som egentlig omhandler andre personer.¹²⁰

I forarbeidene til lovendringen barneloven i 2003 heter det at ”[hvis] utgangspunktet er at barna skal kunne gi et reelt, informert samtykke om å delta, forutsetter det at deres kognitive utvikling er kommet til et visst nivå. Videre heter det at ”*bruken av ordningen blir tilrettelagt ut fra barnas alder og modningsnivå virker det rimelig å la barn ned til seks-syv års alder omfattes av ordningen*”.¹²¹

Hva man bør merke seg her er gjerne to ting. For det første at barn nå begynner på skolen det året de fyller 6 år. Det vil si at dersom grensen settes ned til 6 år, vil det ha betydning for vurderingen av barna som nærmer seg skolealder. Barn på 5 år vil ikke nødvendigvis bli vurdert på samme måte etter gjeldende rett som de kanskje ville ha blitt dersom vilkåret var seks år, og ikke ”sju år”. For det andre at FNs Barnekomité er kritiske til å i det hele tatt ha en aldersgrense for uttaleretten.¹²² En konsekvens av aldersgrensen slik den har vært og slik den er i dag, er at barn som kan bli hørt ikke blir hørt. Barn som er yngre enn syv år skal imidlertid høres dersom de er i stand til å danne egne synspunkter.

¹¹⁹ Lønning-utvalgets rapport; Dok. 16 (2011-2012), s. 190-191

¹²⁰ *ibid*

¹²¹ Ot.prp. nr. 45 (2002-2003) s. 30

¹²² Hodgin/Newell, 1998, s. 149

6. 2. Hva med barnets behov for informasjon?

Barn har et behov for informasjon for å i det hele tatt kunne danne seg en mening, og dernest uttrykke et standpunkt. Med andre ord er informasjon en forutsetning for kunnskap, for dermed å kunne danne seg veloverveide meninger. Etter forarbeidene til bl. § 31 følger det at det ”skal bare tilrettelegges for at barnet kan gi uttrykk for sine synspunkter dersom barnet selv ønsker det”.¹²³

I tillegg fremgår det at relevant og tilstrekkelig grad av informasjon er en forutsetning for å aktivt kunne delta og uttrykke sine synspunkt, noe som er et underliggende krav etter bestemmelsene.¹²⁴

I forarbeidene legger Departementet til grunn at ”den som hører barnet etter barneloven § 31” skal gi barnet ”slik informasjon som anses tilrådelig og nødvendig for å gjennomføre en formålstjenlig samtale”.¹²⁵ Dette innebærer naturlig nok krav om å tilpasse informasjonen til mottakeren, alt etter barnets modenhet, alder og forståelsesevne.¹²⁶ Slik psykolog Magne Raundalen uttrykker det, må små barns ”verden gjøres begripelig, slik at den kan bli håndterbar for barnet”.¹²⁷

Et annet punkt ved informasjonsplikten ligger til starten av saksbehandlingen, når de voksne skal informere barnet om at barnet har en rett, men ikke en plikt om å uttale seg.¹²⁸

De voksnes plikt til å informere barnet gjelder som nevnt i samtlige ledd av behandlingen, og hensyn som begrunner dette er flere. Barnet har naturligvis et direkte eller indirekte uttrykt behov for forståelse av egen situasjon, rettssikkerhet, og egne rettigheter.

Barnets livssituasjon endres som følge av et samlivsbrudd, som gjør at en barnelovssak kan oppleves inngripende for et barn i større eller mindre grad. I hvert fall i tilfeller hvor saken går

¹²³ Ot.prp. nr. 29 (2002-2003) s. 62

¹²⁴ *ibid* s. 62

¹²⁵ *ibid* s. 62-63

¹²⁶ *ibid* s. 62-64

¹²⁷ ”Samtaler med små barn i saker etter barneloven”, *artikkelsamling av Barne- og likestillingsdepartementet*, 2006, ”Artikkel I: Samtaler med de små barna om samlivsbrudd og barnefordeling – en reflekterende veiledning” av Magne Raundalen, s. 7-13, s. 12

¹²⁸ Lovkommentar note 78, Sandberg

i flere instanser og blir behandlet både etter barneloven og barnevernsloven. Barnet må også bli informert om beslutningens resultat i etterkant. I dag foreligger det ingen føringer i loven om hvordan dette skal kommuniseres på.

Slik professor Søvig uttrykker det er det ”en mangel i dagens barnelov at det ikke framkommer tydelig at barnet også har en rett på informasjon og tilbakemelding”.¹²⁹ Løpende informasjon som er fortalt på en forsvarlig og forståelig måte til barnet i prosessen, deriblant en forklaring av hvordan synspunktet ble vurdert, vil kunne avhjelpe barnas negative opplevelse dersom deres uttalte ønske ikke blir lagt til grunn i avgjørelsen.

Det å få nødvendig informasjon vil gjøre det lettere for barnet å takle situasjonen han/hun er i.¹³⁰ Dette fremgår av Barneombudets rapport fra 2012.¹³¹ I denne forbindelse oppstår spørsmålet om hvordan barnet skal leve med avgjørelsen i ettertid, og hva som gir et tilfredsstillende grunnlag for forståelse. Dette vil problematisert i større grad i kapittel 7.

6. 3. Kan det tenkes unntak fra bl. § 31?

Slik det fremgår i det ovennevnte, er uttaleretten en absolutt rett som de voksne, foreldre og domstol, plikter å etterleve, jf. bl. § 31, tredje punktum.¹³² I utgangspunktet utfolder forholdet til barnets beste-prinsippet seg slik at det er barnets beste å bli sett og hørt i en konflikt. Slik det fremgikk under redegjørelsen av barnekonvensjonen artikkel 12, gir ikke barnets beste-prinsippet adgang til å fravike uttaleretten.¹³³

Likevel er dette et utgangspunkt. I eksepsjonelle situasjoner kan det tenkes unntak. Dette kan være alvorlige situasjoner, hvor det er en reell trussel eller fare for barnet, eksempelvis volds-

¹²⁹ Karl Harald Søvig, Barnets rettigheter på barnets premisser – en utfordring i møtet mellom FNs barnekonvensjon og norsk rett, *Det juridiske fakultets skriftserie* nr. 115, (Universitetet i Bergen 2009,) s. 78

¹³⁰ Søvig, 2009, s. 78

¹³¹ Barneombudets rapport 2012, s. 54

¹³² Lovkommentar note 78, Sandberg

¹³³ Rachel Hodgkin, *Implementation Handbook on the Convention on the Rights of the Child*, (UNICEF 2002,) s. 151

eller kidnappingsfare. Da kan det tenkes at barnets beste-prinsippet fungerer som et argument mot å gjennomføre uttaleretten. Slik fremstillingen vil vise finnes det visse situasjoner der det er funnet grunnlag for å gjøre unntak fra barnets rett til å bli hørt.

Dersom barnet er i det som kalles en høykonfliktsak, kan det være en såpass stor ulempe for barnet at det ikke vil være en god løsning å spørre barnet.¹³⁴ Her kommer barnets beste inn i stor grad, og må vurderes utførlig. Er det belegg for å hevde at påkjenningene vil bli for store for barnet, kan det være grunn for å fravike uttaleretten. Det samme gjelder hvis det foreligger andre tungtveiende grunner som kan gjøre det uakseptabelt å spørre barnet om barnets synspunkt. Er det grunnlag for å fravike uttaleretten vil det være hensiktsmessig å skriftliggjøre begrunnelsen, og fokusere på hva som vil være til barnets beste, både på kort og lang sikt.

En annen grunn til at dommeren kan sette uttaleretten til side, er dersom foreldrene er enige om barnets syn. Spesielt dersom barnet er under 7 år. Dette har sin naturlige årsak i at foreldre har god kunnskap til barnet og at deres videreformidling er forenlig med barnets mening. Det er naturlig å vektlegge en slik enighet i en konflikt, fordi at de er enige om nettopp barnets synspunkt midt i en tvist.

¹³⁴ Barneombudets rapport 2012, s. 7

7. Avsluttende betraktninger

Barnets uttalerett og barnets beste er rettigheter med sterk tilknytning til hverandre. En av hovedgrunnene til dette er deres betydning både materielt og prosessuelt i barneretten. I det følgende vil det fremgå en rettspolitisk vurdering av hvorvidt barnets uttalerett fungerer i praksis. Vurderingen vil bero på om dette er i samsvar med barnets beste, i lys av våre folkerettslige forpliktelser.

7. 1. Er det behov for forbedring av de norske reglene?

Norsk lov oppfyller i utgangspunktene kravene etter artikkel 12. Imidlertid kan det foretas forbedringer i praksis. Både faktisk og rettslig opplever barn fortsatt i mange tilfeller å bli taperen i foreldretvister. Rettslig sett er de svakere stilt i forhold til de voksne. Barn trenger hjelp og støtte gjennom lovregler for å ivareta deres interesser. Derfor er det utvilsomt et behov for å fortsette å forbedre praksis i retning av barns rettssikkerhet og vern. Dette er fordi barn er selvstendige individer, og utvilsomt en uvurderlig gruppe i et samfunnsperspektiv. Det er derfor viktig å la deres stemme bli hørt og respektert. Dette er også noe av det viktigste for barna, å bli sett og ikke minst trodd på.¹³⁵

Når man skal løse rettslige tvister som angår og berører barn kan det være fruktbart å tenke alternativt. Riktig samtalemetodikk og et åpent sinn kan gjøre at barnets mening ikke mister fokus i en tvist som følger et samlivsbrudd. Man må ikke glemme at barnets mening kan komme til uttrykk på alternative måter, og derfor må tenke alternativt.

¹³⁵ Barneombudets rapport 2012, s. 57, jf. Grete Nordhelle, Kritisk blick på sakkyndigrollen i barnefordelingssaker, *Tidsskrift for Norsk Psykologforening*, vol. 47, nummer 8, 2010, side 744-747

Barneombudet har i sin rapport fra 2012 foreslått en rekke konkrete tiltak for å oppfylle barnekonvensjonens krav, og ut fra Barnekomitéens kritikk og innspill.¹³⁶

7. 1. 1. Kritiske innspill til saksgangen

I det følgende vil det bli gitt noen innspill som ledd i oppfølgingen av barnekonvensjonens føringer til barnets rett til å bli hørt, og barnets beste-prinsippet.

I samtlige undersøkelser og begrunnede uttalelser blir det fremmet behov for ytterligere kvalitetssikringstiltak.¹³⁷ Først og fremst kan dette skje gjennom en utbedring av dagens sakkyndigordning. En måte er å utbedre det eksisterende sakkyndigregisteret vi har, i form av et kontinuerlig oppdatert register, hvor det blant annet kreves en viss standard av kunnskap og kvalitet, herunder krav om anerkjent samtalemotodikk og oppdateringer på fagfeltet, mv.¹³⁸

Kompetansekrav om praktisk trening i anerkjente samtalemotoder er krav som bør settes til alle som skal høre barnet etter bl. § 31, både dommer og sakkyndig.¹³⁹ Her kan barnets uttalerett og barnets beste kobles sammen, ved at en forbedring av kvaliteten vil medføre at man blir sikrere på hva barnets reelle mening er, og hvorfor barnet mener dette. Vektingen av barnets synspunkt vil dermed kunne tillegges den vekten den burde ha i vurderingen, i motsetning til tvilstilfellene hvor man ikke har klart å avdekke barnets faktiske syn. En slik kvalitetssikring resulterer i en ryddigere og mer forutsigbar prosess, noe som kan ivareta barnets rettssikkerhet og barnets opplevelse av saken –mens den skjer og i ettertid.

Videre kan krav om skriftliggjøring av barnets uttalelser bedre rettssikkerheten til barnet. Dersom det skriftliggjøres at barnet ble forsøkt hørt, men ikke ønsket å uttale seg, blir barnets uttalerett ivaretatt og skriftligheten viser dette. Barnet kan gå tilbake til avgjørelsen og se at dette ble gjort. Skriftliggjøring kan på denne måten fungere som en indirekte kvalitetssikring, og ivaretagelse av rettssikkerheten. Man kan se hvordan barnet ble spurt, hva barnet sa og

¹³⁶ Barneombudets rapport 2012

¹³⁷ Barneombudets rapport 2012, s. 71

¹³⁸ *ibid*, s. 50, jf. s. 56

¹³⁹ *ibid*, s. 8

gjærne hvordan barnet responderte.

Skriftliggjøring av barnets uttalelse vil gjøre prosessen mer betryggende, både underveis i saken og også for barnet i ettertid. Dette kan for eksempel gjøres ved båndopptak og senere skriftliggjøring. For det enkelte barnet vil krav om skriftlige rapporter være et ledd i en betryggende prosess, og barnet vil kunne få et bedre forståelsesgrunnlag for avgjørelsen, både på avgjørelsestidspunktet og når barnet blir eldre.

Å høre barnet i slike tilfeller vil være svært krevende, og setter en høyere terskel til kompetansen til de som er i kontakt med barnet, for å ivareta barnet. Et velfungerende register og krav til skriftlighet vil kunne være et ledd i en større kompetansehevingsprosess, hvor sakkyndige som bistår i barne lovssaker blir kontrollert, har tilstrekkelig opplæring og praktisk trening i anerkjente samtalemetoder, i tillegg til at de stadig vil holde seg oppdatert på fagkunnskap. En kompetanseheving som når slike mål vil sikre viktige, rettslige hensyn. Først og fremst hensynet til forutberegnelighet, fordi de profesjonelle aktørenes rolle vil være klare. I tillegg vil kompetansen kunne skjerpe fokuset omkring barnet i prosessen.¹⁴⁰ Dette gjelder også tillit til forvaltningen og systemet. Mest fordi rollene, fokuset og oppgavene dermed vil fremstå mer tydelige, men også fordi det vil sette krav til etterlevelse.

Ser man hen til barnevernsretten har de innført systematisk samtalemetodikk, og Barnesakkyndig kommisjon. Denne kommisjonens oppgave er å kvalitetssikre de sakkyndiges rapporter i barnevernssaker. Begrunnelsen for begge disse tiltakene i barnevernsretten kan også gjøre seg gjeldende i barneretten. Dette er fordi barna det gjelder er i noen tilfeller de samme, ettersom de kan gå gjennom prosesser både etter barnevernloven og barneloven.¹⁴¹

Videre vil konsekvensene for barn som gjennomgår prosess etter barneloven være store, noen ganger i tilsvarende/nær grad som i barnevernssakene. Imidlertid er kanskje ikke graden av inngripenhet overfor barnet like stor i barnerettssaker som i barnevernssaker. Hvordan barnets ønske blir hørt og kvaliteten rundt denne prosessen, behøver likevel ikke å være så forskjellig.

Etter bl. § 31 plikter retten å høre barnet når det gjelder alle forhold som er ”personlege”. I

¹⁴⁰ Barneombudets rapport 2012, s. 42

¹⁴¹ Lov om barneverntjenesten av 17. juli 1992

praksis ser det ut til at majoriteten av barna over syv år blir hørt, og at barnets mening er en del av hoved- eller delbegrunnelsen. Imidlertid gjelder dette ikke i mer enn to av fem saker. I en av tre saker var resultatet i strid med barnets mening.¹⁴²

Undersøkelser og erfaringer Barneombudet har gjort tyder på at barnet gjerne får si sin mening om hovedspørsmålet i saken, men ikke om andre problemstillinger, spesielt samværsspørsmålet. Her ble barnet hørt i kun en av fire saker.¹⁴³ I denne forbindelse er det sentralt at barnets mening blir innhentet, noe retten er pliktig i etter bl. § 31, hvilket også blir understreket i forarbeidene.¹⁴⁴ Blir ikke bl. § 31 fulgt her, blir ikke saken tilstrekkelig belyst. Helheten av barnets situasjon vil heller ikke komme fram.¹⁴⁵

7. 2. Hvordan bør barnet bli hørt?

Grunnlovsfestingen av barnets medbestemmelsesrett mener jeg gir sterkere grunnlag for nettopp å høre alle barn. Grunnloven § 104 (1) har en mer åpen ordlyd enn den som følger av barneloven § 31, og den har størst autoritet i norsk lovgivning.

Min oppfatning er at barnets uttalerett bør tilrettelegges for i større utstrekning enn i dag, først og fremst gjennom å tenke alternativt og anvende barneperspektivet. Medbestemmelsesretten etter bl. § 31 og GrL. § 104 (1) bør innebære at barnas situasjon blir undersøkt, kartlagt, og at det dernest blir vurdert hvordan barnets mening bør finnes ut av –med barnets beste som bærende hensyn. I dette legger jeg at metoden medfører at barnet føler seg inkludert og sett. Derfor bør rettsaktørene tenke alternative metoder og alternative løsninger. Dette betyr ikke at barnets mening skal tillegges stor vekt dersom andre sentrale hensyn taler for andre løsninger.

På Fylkesmannen i Vest-Agders konferanse om barns rett til å bli hørt høsten 2015, Se meg –

¹⁴² Barneombudets rapport 2012, s. 55

¹⁴³ Barneombudets rapport 2012, s. 55

¹⁴⁴ Ot.prp. nr. 29 s. 57

¹⁴⁵ Barneombudets rapport 2012, s. 55

Hør meg – Hjelp meg,¹⁴⁶ ble det for eksempel fremhevet at tegninger er en invitasjon fra barnet til å samtale, og at slike former for kommunikasjon bør følges opp med ikke-ledende spørsmål til barnet. I følge Inge Nordhaug, fra Ressurscenter om vald, traumatisk stress og sjølvmoordsforebygging Region Vest, var det derimot mer vanlig for sakkyndige å analysere slike tegninger.

En slik praksis kan bidra til å utvikle, styrke og klargjøre barnets rettssikkerhet og rettigheter, i samsvar med barnets beste. Ikke bare for barnets opplevelse av sakens utfall og behandling her og nå, men også i ettertid. Det enkelte barn skal leve videre med resultatet av avtalen eller avgjørelsen. Barns tidsperspektiv og opplevelse av en barnelovssak er annerledes enn hos de voksne, uten en klar begynnelse og slutt.¹⁴⁷ Derfor er det viktig at rettsaktørene gjør seg bevisst omkring betydningen av uttaleretten. Denne retten omfatter at barnet kan dele sine opplevelser og tanker i en lang prosess, spesielt i deres øyne.¹⁴⁸

Når saksbehandlingen oppleves god for barnet, slik at barnet føler seg inkludert og hørt, vil det føle seg godt ivaretatt, selv om retten skulle beslutte noe annet enn det barnet ønsket. I slik gjennomføring vil gjøre prosessen mer transparent og forsvarlig.

Dersom dommeren inntar en mer fast rolle som en av de som hører barnet vil dette og tilrettelegge bedre for medbestemmelsesretten. Helst i samråd med sakkyndig, for dermed å få et utbytte som er til det beste for barnet. Dommeren har kompetanse på å stille konkretiserte spørsmål, som ikke er ledende eller meningsdannende. En slik samtaleteknikk kan være hensiktsmessig og fruktbart i samspill med den sakkyndiges barnefaglige kompetanse.

Samtalemetodikk var ett av mange viktige tema under den ovennevnte konferansen.¹⁴⁹ Her ble det gitt konkrete eksempler på hva man ikke burde si når man snakker med barn, og forslag på hvordan man burde snakke med barn. Spørsmål som ”hva som skjedde” er meningsdannende, i motsetning til ”hvorfor skjedde det”, og bør unngås. Dette ble

¹⁴⁶ Se meg – Hør meg – Hjelp meg, tverrfaglig høstkonferanse om samhandling og barns rett til å bli hørt, 18.-19. november 2015, for Fylkesmannen i Vest-Agder

¹⁴⁷ Barneombudets rapport 2012, s. 71

¹⁴⁸ *ibid* s. 70 flg.

¹⁴⁹ Se meg – Hør meg – Hjelp meg, 18.-19. november 2015

understreket av Inge Nordhaug.¹⁵⁰

Barnet bør også høres så direkte som mulig av den som faktisk skal vurdere hva som er barnets beste, noe som taler for at dommeren bør høre barnet. I Barneombudets undersøkelser fremgikk det at kun en av tre barn snakket med dommeren i saken.¹⁵¹ Sett i lys av det som ble nevnt kapittel 6.3 burde kanskje ikke alle barn bli direkte spurt om sin mening. Likevel har alle barn en rett til å bli sett, vurdert og eventuelt hørt i en barnelovssak, slik uttaleretten og barnets beste er forankret i norsk rett i dag.

¹⁵⁰ Se meg – Hør meg – Hjelp meg, tverrfaglig høstkonferanse om samhandling og barns rett til å bli hørt, 18. og 19. november 2015, for Fylkesmannen i Vest-Agder

¹⁵¹ Kristin Skjørten, *Barns meninger om samvær I: Kjørholt, Barn som samfunnsborgere – til barnets beste*, (Oslo, Universitetsforlaget 2010,) s. 92-93

Kildeliste

Lover

Lov 17. mai 1814 kongeriket Norges Grunnlov

Lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre

Lov 17. juli 1992 om barneverntjenesten

Lov 28. februar 1997 om folketrygd

Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister

Konvensjoner

Wienkonvensjonen om traktatretten 23. mai 1969 (Vienna Convention on the Law of Treaties)

FNs barnekonvensjon om barns rettigheter (Convention on the Rights of the Child), 20 november 1989, Lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre

Forarbeider

Innst.O. nr. 30 (1980-1981)

Innst. O. nr. 96 (2002-2003)

NOU 1972:30

NOU 1977: 35

NOU 1993:18

NOU 1998: 17

NOU 2008: 9

Ot. Prp. nr. 29 (2012-2013)

Ot. Prp. Nr. 103 (2004-2005)

Ot. Prp. nr. 45 (2002-2003)

Ot. Prp. 62 (1979-1980)

Rettspraksis

Rt. 1953 s. 1374

Rt. 1964 s. 1384

Rt. 1982 s. 1335

Rt. 1996 s. 946

Rt. 2000 s. 1316

Rt. 2004 s. 999

Rt. 2005 s. 682

Rt. 2007 s. 376

Rt. 2010 s. 216

RG 2006 s. 317

LA-2015-70126

LB-2009-106944

Utredninger, rapporter, konferanser, informasjonshefter, o.l.

Barne- likestilling- og inkluderingsdepartementet, Informasjonshefte Barnefordelingssaker der det er påstander om vold, Psykologfaglig informasjon til dommere advokater og sakkyndige, 2008

Barneombudets rapport fra 2012, Barnas stemme stilner i stormen – En bedre prosess for barn som opplever samlivsbrudd, s. 23

Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 7, Implementing Child Rights in Early Childhood (Fortieth session, 2005), U.N. Doc. CRC/C/GC/7/Rev.1, 2006

FNs barnekomité, Generell kommentar nr. 12, Barns rett til å bli hørt, 2009, punkt 32

Høringsnotat fra Barneombudet til Prop. 85 L (2012-2013), sett november 2015

<http://barneombudet.no/wp-content/uploads/2013/09/innspill-til-barne-og-familiekomiteen-barneloven.pdf>

Lønning-utvalgets rapport; Dok. 16 (2011-2012), s. 190-191

Barne- og familiedepartementets veileder Q-15/2004

Se meg – Hør meg – Hjelp meg, tverrfaglig høstkonferanse om samhandling og barns rett til å bli hørt, 18.-19. november 2015, for Fylkesmannen i Vest-Agder

Bøker (o.l.)

Alston, Philip, *The Best interests of the child: reconciling culture and human rights*, Oxford University Press, 1994

Backer Lorange, Inge, *Barneloven, Kommentarutgave*, 2. utgave, Universitetsforlaget, 2008

Bendiksen, Lena, og Haugli, Trude, *Sentrale emner i Barneretten*, 2. utgave, Universitetsforlaget 2015

Bernt, Jan Fridthjof, og Doublet, David R., *Retten og Vitenskapen –En introduksjon til rettsvitenskapens vitenskapsfilosofi*, 2. utgave, Bergen, Alma Mater Forlag, 1993

Bernt, Jan Fridthjof, og Sæther Mæhle, Synne, *Rett, samfunn og demokrati*, 1. utgave 2007, 5. opplag, Gyldendal, 2014

Detrick, Sharon, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers, 1999

Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 1. utgave 1971, 5. utgave, Universitetsforlaget, 2001

Haugli, Trude, *Samværsrett i barnevernssaker*, 2. utgave, Universitetsforlaget AS, 2000

Hodgkin, Rachel, *Implementation Handbook on the Convention on the Rights of the Child*, UNICEF 2002

Hodgin, Rachel, og Newell, Peter, *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, UNICEF, 1998

Holgersen, Gudrun, *Barnerett*, Cappelen Damm, 2008

Haaland, Kirsti R., *Barnet i skilsmissen: Et barneperspektiv på familieforming*, Universitetsforlaget, 2002

Kirsten Sandberg, *Barns rett til medbestemmelse – et juridisk perspektiv I: Kjørholt, Barn som samfunnsborgere – til barnets beste*, Universitetsforlaget, 2010

Koch, Katrin, og Walstad, Espen, *Samvær mellom barn og foreldre som ikke bor sammen*, 1. utg., 1. opplag, Gyldendal, 2005

Lødrup, Peter, og Smith, Lucy, *Barn og foreldre -forholdet mellom barn og foreldre etter barneloven av 1981 med senere endringer*, 6. utgave, Gyldendal, 2004

Nigel, Thomas, og Campling, Jo, *Children, family and the State: Decision-making and Child Participation*, Macmillan Press Limited, 2000

Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, 3. opplag, Universitetsforlaget, 2012

Skjørten, Kristin, *Barns meninger om samvær I: Kjørholt, Barn som samfunnsborgere – til barnets beste*, Oslo, Universitetsforlaget, 2010

Skjørten, Kristin, *Samlivsbrudd og barnefordeling: en studie av lagmannsrettsdommer*, Gyldendal akademisk, 2005

Stang Gording, Elisabeth, *Det er barnets sak*, Universitetsforlaget, 2007

Strandbu, Astrid, *Barnets deltakelse, Hverdagslige og vanskelige beslutninger*, Universitetsforlaget, 2011

Artikler (o.l.)

Bernt, Camilla, ”Sakkyndige i barnelovssaker for domstolene: roller og rettssikkerhet”, *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål (FAB)*, 2014-3 s. 296-316,

Dalseide, Nils, ”Saksbehandlingsreglene for tvister om foreldreansvar, barnets faste bosted og samvær etter endringslov 20. juni 2003 – noen utvalgte problemstillinger”, *FAB* 2004-3/4, s. 172-216

Haugli, Trude, ”Lov om barn og foreldre”, *Jussens Venner*, 2007, s. 325-388

Koch, Katrin, ”Evalueringsreglene for domstolene i barneloven – saker om foreldreansvar, fast bosted og samvær”, Oppdrag for Barne- og likestillingsdepartementet, 2008

Martinsen, Liv Johanne, masteroppgave, ”Barnets beste ved fastsettelse av fast bosted for barn - En analyse av lagmannsrettspraksis”, Universitetet i Tromsø, juridisk fakultet, våren 2012

Nordhelle, Grete, ”Praktisering av sakkyndigarbeid i barnefordelingssaker - til barnas beste?” *FAB* 2011-3, s. 176-197

Nordhelle, Grete, ”Kritisk blikk på sakkyndigrollen i barnefordelingssaker”, *Tidsskrift for Norsk Psykologforening*, vol. 47, nummer 8, 2010

Raundalen, Magne, Det enkle barneperspektivet, *Tidsskrift for Norsk Psykologforening*, vol. 44, nummer 2, 2007

Raundalen, Magne, ”Samtaler med små barn i saker etter barneloven”, artikkelsamling av Barne- og likestillingsdepartementet, ”Artikkel I: Samtaler med de små barna om samlivsbrudd og barnefordeling – en reflekterende veiledning”, s. 7-13, 2006

Søvig, Karl Harald, ”Barnets rettigheter på barnets premisser – en utfordring i møtet mellom FNs barnekonvensjon og norsk rett”, Det juridiske fakultets skriftserie nr. 115, Universitetet i

Bergen, 2009

Aasen Sinding, Henriette, ”Grunnloven § 104 og barnets beste, Høyesterett viser viser vei”, *FAB* 2015-3, s. 197-201

Lovkommentarer hentet fra Rettsdata.no

- til Barneloven § 31, note 78, note 80, ved Kirsten Sandberg, sist hovedrevidert 11.11.2010
- til Grunnloven § 104, note 239i, av Anine Kierulf, sist revidert 17.06.2015

Kilder fra nettsider:

Advokatfirmaet Øivind Østberg sine hjemmesider, artikkel om barnelovssaker, fra sett november 2015, <http://www.familierettadvokaten.com/barnelovssaker.html>

Domstolenes hjemmeside, artikkel om foreldretvist, sett september 2015, <http://www.domstol.no/no/Enkelt-domstol/nedre-telemark/Om-Nedre-Telemark-tingrett/Sakstyper/Barnefordelingssaker/>

Barneombudets hjemmesider, artikkel om Barn som opplever samlivsbrudd skal bli hørt, sett oktober 2015, <http://barneombudet.no/for-voksne/annet-aktuelt/barn-som-opplever-samlivsbrudd-skal-bli-hort/>

FN-sambandets hjemmesider, om Barnekonvensjonen, sett 14-10-2015, <http://www.fn.no/Bibliotek/Avtaler/Menneskerettigheter/FNs-konvensjon-om-barnets-rettigheter-Barnekonvensjonen>

Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on Child Friendly Justice, sett september 2015, <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1705197&Site=CM>)

Regjeringens hjemmeside, Pressemelding fra Regjeringen, 08.11.2013, sett november 2015, <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/styrker-familiene/id745252/>

Regjeringens hjemmeside, artikkel om barneperspektivet fra 20.12.2013, sett oktober 2015
<https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/styrket-barneperspektiv-og-bedre-beskytt/id748480/>

Store norske leksikon, Om dualisme i juss, sett 13-10-2015, <https://snl.no/dualisme%2Fjus>