

Barnets rett til å medvirke i barnevernssaker

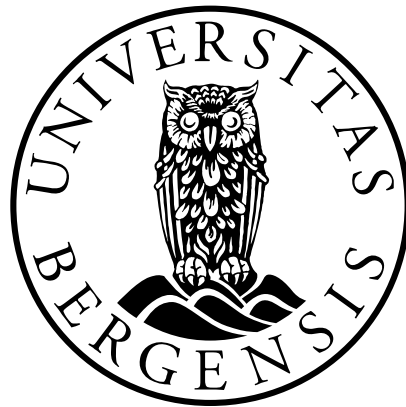
*Medvirkningsrettens stilling som en ubetinget
rettighet i barnevernssaker*

Kandidatnummer:

18

Antall ord:

13 126



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.12.2021

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	2
1 Innledning.....	4
1.1 Tema og problemstilling	4
1.2 Temaets relevans og aktualitet	4
1.3 Rettskildebildet.....	7
1.4 Begrepsavklaring.....	9
1.5 Avgrensing	9
2 Grunnleggende utgangspunkter.....	11
2.1 Barnevernlovens inngripende karakter.....	11
2.2 Barnevernlovens grunnprinsipper	12
2.2.1 Det biologiske prinsipp	12
2.2.2 Minste inngreps prinsipp.....	12
2.2.3 Hensynet til barnets beste.....	13
2.3 Rettslige rammer for medvirkning	15
2.3.1 Grunnloven § 104 første ledd.....	15
2.3.2 Barnekonvensjonen artikkel 12	16
2.3.3 Barnevernloven § 1-6 og § 6-3 første ledd.....	17
3 Medvirkningsrettens innhold.....	19
3.1 Grunnvilkår for å medvirke.....	19
3.1.1 Forhold ved barnet	19
3.1.2 Forhold ved saken	20
3.2 Når skal medvirkning skje?.....	21
3.3 Er medvirkning en rett eller en plikt for barnet?	21
3.4 Plikten til å legge til rette for medvirkning	22
3.4.1 Informasjon til barnet	22
3.4.2 Å fritt kunne gi uttrykk for sine synspunkter	23
3.4.3 Begrensning i dokumentinnsyn	25
3.5 Hvilken vekt skal barnets mening ha?.....	25
3.6 Dokumentasjonskravet	27
3.7 Konsekvenser av brudd på medvirkning	27
4 Medvirkningsrettens stilling i praksis	29

4.1	Barnekomiteens rapport til Norge i 2018	29
4.2	Statens helsetilsyn (2019).....	29
4.3	Gerds-Andresen og Hansen (2020).....	30
4.4	Fjeld-utvalget (2020).....	31
4.5	Konklusjon	31
5	Gjelder medvirkningsretten ubetinget?	34
5.1	En gjennomgang av rettspraksis.....	34
5.1.1	HR-2019-2301-A	34
5.1.2	HR-2016-2314-U	35
5.1.3	Rt. 2004 s. 811.....	36
5.2	Nærmere vurdering av HR-2019-2301-A	37
5.2.1	Rettslige utgangspunkter	37
5.2.2	Barnekomiteens forståelse av barnets beste og rett til medvirkning.....	37
5.2.3	Lovgivers forståelse av barnets beste og rett til medvirkning.....	38
5.2.4	Bruk av Rt. 2004 s. 811	39
5.3	Særlig om avgjørelsestypen og der barnet er hørt tidligere	40
5.4	Konklusjon	41
6	Kilderegister	44
7	Litteraturregister	49
8	Rapporter	51

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Denne masteroppgaven omhandler barnets rett til å medvirke i barnevernssaker, herunder barnets rett til å få informasjon, bli hørt og få sin mening tillagt vekt. I oppgaven behandles medvirkningsrettens innhold og dens stilling i praksis. Det vil også undersøkes om medvirkningsretten for barn i barnevernet gjelder som en ubetinget rettighet, ved å se nærmere på om hensyn til barnets beste, eller andre forhold, kan begrunne unntak.

1.2 Temaets relevans og aktualitet

Rettsutviklingen i Norge de siste tiårene har gått i retning av en anerkjennelse og styrking av barnets rettigheter.¹ Det har i den forbindelse skjedd en rekke lovendringer for å styrke barns medvirkningsrett.

Ved revisjon av Kongeriket Norges Grunnlov 17. mai 1814 (Grunnloven – GrL.) i 2014 ble barnets rett til å medvirke grunnlovfestet som del av de sentrale menneskerettigheter for barn. Barnets rett til å bli hørt og få sin mening tillagt vekt følger nå av Grunnloven § 104 første ledd andre punktum.

Norske myndigheter har imidlertid i lengre tid vært forpliktet til å sikre barnets rett til medvirkning. Etter De forente nasjoners internasjonale konvensjon 20. november 1989 om barnets rettigheter (FNs barnekonvensjon - barnekonvensjonen) artikkel 12 nr. 1 er myndighetene forpliktet til å sikre barnets rett til å fritt gi uttrykk for sine synspunkter, og få disse tillagt vekt. Barnekonvensjonen har vært folkerettslig forpliktende siden den ble ratifisert av Norge i 1991. Den ble en direkte del av norsk lov ved inkorporering i 2003 gjennom lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven – mrl.) § 2 nr. 4,² og vil gå foran annen lovgivning der det er motstrid, jf.

¹ Bendiksen og Haugli (2021) s. 195, se også Prop. 169 L (2016-2017) s. 44

² Endret ved lov nr. 86/2003

mrl. § 3.

Barnets rett til å medvirke i barnevernssaker følger i dag av lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester (barnevernloven – bvl.) § 1-6 og § 6-3 første ledd.

Rettigheten slik den framgår av barnevernloven er endret en rekke ganger, blant annet for å bringe innholdet mer i samsvar med barnekonvensjonen artikkel 12 og Grunnloven § 104.³ En endring kom i 2003 hvor barnets ubetingede medvirkningsrett i barnevernssaker ble senket fra tolv til syv år, jf. bvl. § 6-3 første ledd.⁴

Dagens barnevernlov er fra 1992. Regjeringen oppnevnte den 28. november 2014 et barnevernslovutvalg med oppgave å gjennomgå barnevernloven, med formål å skape en mer tidsriktig barnevernlov.⁵ Endringene i barnevernloven har siden fulgt to hovedspor; det har skjedd enkelte endringer i loven underveis, samtidig som det mer omfattende arbeidet med en helt ny barnevernlov har pågått.⁶

Den 20. april 2018 ble det vedtatt endringer i barnevernloven, basert på forslag fra barnevernslovutvalget, som trådte i kraft den 1. juli samme år.⁷ En sentral endring var å gi medvirkningsretten en mer overordnet og generell angivelse i barnevernloven § 1-6. Dermed fikk medvirkningsretten en sentral plassering i barnevernlovens første kapittel, med ønske fra lovgiver om at den skulle ivaretas og respekteres av alle beslutningstakere, og i alle forhold som gjelder barnet.⁸ Krav til dokumentasjon av barnets synspunkt og barnets beste i vedtak ble styrket ved ny § 6-3 a.⁹

Den 1. juni i år ble en helt ny barnevernslov vedtatt.¹⁰ Loven er besluttet å tre i kraft den 1. januar 2023,¹¹ og innebærer en ytterligere styrking av barnets medvirkningsrett. Barnets medvirkningsrett framgår her av lovens § 1-4, som går noe lenger enn någjeldende § 1-6. Her angis også barnets rett til å uttale seg uavhengig samtykke fra foreldrene, sammen med

³ Lovgiver har ønsket å tydeliggjøre medvirkningsretten etter barnekonvensjonen artikkel 12 og Grunnloven § 104 i barnevernloven, se f.eks. Prop. 169 (L) (2016-2017) s. 43

⁴ Endret ved lov nr. 86/2003; Et mål her var å synliggjøre barnekonvensjonen artikkel 12, se Ofstad og Skar (2015) s. 467

⁵ Prop. 169 L (2016-2017) s. 8

⁶ Prop. 169 L (2016-2017) s. 8

⁷ Endret ved lov nr. 5/2018; For mer om dette se Bendiksen og Haugli (2021) s. 196

⁸ Prop. 169 L (2016-2017) s. 44

⁹ Bendiksen og Haugli (2021) s. 196

¹⁰ Lov 18. juni 2021 nr. 97 om barnevern (barnevernsloven)

¹¹ For ikrafttredelse se <https://www.regjeringen.no/no/dokumentarkiv/regjeringen-solberg/aktuelt-regjeringen-solberg/bld/nyheter/2021/ny-barnevernslov/id2843407/> under «videre prosess»

barnets rett til å få informasjon om hva som skjer med opplysninger det gir til barnevernet, jf. lovens § 1-4 første og andre ledd. Det gjelder ikke lenger noen aldersangivelse på syv år, da saksbehandlingsregelen i barnevernloven § 6-3 første ledd er opphevet.¹²

I lys av de siste tiårenes rettsutvikling for å styrke barnets rettigheter, er det interessant å se på hva som ligger i barnets rett til medvirkning i dag. Noen grunnleggende utgangspunkter for medvirkningsretten vil omtales i oppgavens punkt 2. Deretter vil det nærmere innholdet i medvirkningsretten redegjøres for i oppgavens punkt 3. Her vil det rettslige utgangspunktet om medvirkningsretten som en klar og ubetinget rettighet etableres. Sentrale lovendringer vil omtales nærmere der det er naturlig.

På tross av lovgivers ønske om, og innsats for å styrke medvirkningsretten, er det avdekket problemer med å ivareta barn sin medvirkningsrett i praksis i barnevernet. Norge har også høstet kritikk fra FNs komité for barnets rettigheter (FNs barnekomité eller Barnekomiteen) i deres rapport til Norge i 2018, for ivaretagelse av barnets medvirkningsrett etter barnekonvensjonen.¹³ Det er dermed interessant å se nærmere på medvirkningsrettens stilling i praksis. I oppgavens punkt 4 vil det gis innblikk i ferske rapporter som belyser medvirkningsrettens stilling for barn i praksis i barnevernet. Foruten Barnekomiteens rapport til Norge, vil funnene i en av Statens Helsetilsyn (Helsetilsynet) sine rapporter kommenteres.¹⁴ Funn gjort av det såkalte «Fjeld-utvalget» vil også belyses,¹⁵ og til sist en analyse av fylkesnemndas vedtak foretatt av Tina Gerdts-Andresen og Heidi Aarum Hansen Gerdts-Andresen.¹⁶

Retten skapes imidlertid ikke av lovgiver alene. Høyesterett dømmer i siste instans, jf. GrL § 88 første ledd første punktum, og gir viktige bidrag til forståelsen av lovregler. Høyesterett har i kjennelsen HR-2019-2301-A innfortolket unntak fra medvirkningsretten etter barnevernloven § 1-6 og § 6-3 første ledd, hovedsakelig begrunnet med hensynet til hva som er til det beste for barnet.

Ordlyden i både Grunnloven § 104 første ledd og barnekonvensjonen artikkel 12 tyder på at medvirkningsretten er ment å gjelde absolutt, uten unntak. Tilsvarende gjelder formuleringen

¹² Prop. 133 L (2020-2021) s. 543

¹³ Barnekomiteens rapport til Norge (2018) pkt. 14.

¹⁴ Statens helsetilsyn, *Det å reise vasker øynene: Gjennomgang av 106 barnevernssaker*, Oslo, januar 2019

¹⁵ Fjeld-utvalget (2020)

¹⁶ Gerdts-Andresen og Hansen (2020)

av barnets medvirkningsrett i barnevernloven § 1-6 og § 6-3 første ledd. Kjennelsen er omtalt i juridisk litteratur, og det er pekt på at resultatet i verste fall vil kunne svekke barns rett til å medvirke på lengre sikt.¹⁷ I lys av dommen oppstår det flere spørsmål; Kan det egentlig gjøres unntak fra medvirkningsretten? Hva innebærer slike unntak, og hva er konsekvensen av en slik praktisering? Disse spørsmålene vil bli besvart i oppgavens punkt 5.

1.3 Rettskildebildet

I oppgaven er en rekke rettskilder relevante.

Grunnloven er en sentral rettskilde i oppgaven da den fastslår både barns rett til medvirkning, og barnets beste som et grunnleggende hensyn, jf. Grl. § 104 første og andre ledd.

Barnekonvensjonen er og en sentral rettskilde, som forplikter norske myndigheter til å ivareta både barns rett til medvirkning, og hensynet til barnets beste, jf. art. 12 og art. 3 nr. 1.

Barnekomiteen utgir generelle kommentarer («general comments [...]») for forståelsen av konvensjonens artikler. Vekten av disse har vært omdiskutert, men Høyesteretts har blant annet i plenumskjennelsen HR-2020-661-S uttalt at de skal ha stor vekt ved tolkningen av konvensjonens artikler, jf. avsnitt 80.¹⁸

Den mest sentrale rettskilden for oppgaven er *Barnevernloven*, som gir bestemmelser om medvirkningsrett i § 1-6 og § 6-3 første ledd, og om hensyn til barnets beste i § 4-1. Forskrift 1. Juni 2014 nr. 697 om medvirkning og tillitsperson (medvirkningsforskriften) er gitt i medhold av barnevernloven § 1-6 siste punktum, og regulerer medvirkningsretten nærmere. Denne gjelder for «alle instanser som har oppgaver etter barnevernloven» og har som sentralt formål å «styrke barn og unges medvirkning og innflytelse i barnevernet», jf. medvirkningsforskriften § 2, jf. § 1. Det er dermed relevant å se hen til *medvirkningsforskriften* i redegjørelsen.

Redegjørelsen vil ta utgangspunkt i rettsstilstanden i dag, men knytte bemerkninger til den nye *barnevernsloven av 2021* underveis.

¹⁷ se Haugli (2020) under punktet «kjennelsens betydning og mulige konsekvenser»

¹⁸ Kjennelsen klargjør betydningen av Barnekomiteens generelle kommentarer, jf. Sandberg (2020) s. 149

Barnevernet er en del av den offentlige forvaltning, og lov 10. februar 1967 nr. 10 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (*forvaltningsloven* - fvl.) bestemmelser vil dermed kunne komme til anvendelse, jf. fvl. § 1. Barnevernloven gir imidlertid særregler som vil gjelde foran forvaltningslovens bestemmelser, jf. bvl. § 6-1 første ledd. Oppgaven vil kun omtale forvaltningsloven der den kan gi bidrag ut over dette.

Lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (*Barnelova* – bl.) regulerer forhold mellom foreldre og barn, men har flere likhetstrekk med barnevernloven da den også ivaretar barnets rettigheter. Barnets rett til medvirkning framgår av barnelova § 31. Likheten med barnevernloven gjør barnelova til en aktuell rettskilde for forståelsen av barns medvirkningsrett etter barnevernloven.¹⁹ Tilsvarende vil rettspraksis om barnets medvirkning etter barnelova være en relevant rettskilde.

Europarådets konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (Den europeiske menneskerettighetskonvensjon – EMK) ble ratifisert av Norge i 1952, og inkorporert i norsk rett i 1999 gjennom menneskerettsloven § 2. EMK gir sentrale menneskerettigheter som gjelder for både voksne og barn, men regulerer ikke barns rettigheter særskilt.²⁰ Som medlem av Europarådet er Norge forpliktet til å respektere avgjørelser i Den Europeiske Menneskerettighetsdomstol (EMD), en internasjonal domstol som forvalter EMK.²¹ EMK fastslår ikke barnets medvirkningsrett eksplisitt, men barnets medvirkningsrett har av EMD blitt ansett som en prosessuell rettighet som gjelder ved inngrep i familielivet etter EMK artikkel 8.²² Norge har den seneste tiden blitt domfelt i en rekke barnevernssaker som har vært til behandling i EMD, blant annet for brudd på retten til familieliv.²³ EMD har her uttrykt at inngrep i familielivet må være basert på et tilstrekkelig og oppdatert beslutningsgrunnlag.²⁴ Dette tydeliggjør viktigheten av å la barna medvirke forut for avgjørelser, ettersom barnets medvirkning kan gi viktige bidrag til beslutningsgrunnlaget. Barna har imidlertid ikke vært i fokus i EMD sine avgjørelser, og barn gis generelt ikke en

¹⁹ Det pågår arbeid med ny barnelov, hvor barnelovutvalget har inngitt NOU 2020: 14 Ny barnelov – Til barnets beste. Et forslag er å innta medvirkningsbestemmelsen for barn som en av fire hovedbestemmelser i lovens første kapittel, jf. NOU 2020: 14 s. 93

²⁰ Bendiksen og Haugli (2021) s. 49

²¹ Domstolens virksomhet er regulert i EMK del II, artikkel 19 flg.

²² NIM (2020) s. 30, med videre henvisning til M. and M. v. Croatia, avsnitt 180–181,

²³ For mer om dette se Bendiksen og Haugli (2021) s. 201-207, se for eksempel Strand Lobben and others v. Norway

²⁴ Som fremhevet i A.S. v. Norway, avsnitt 66

selvstendig rolle i å påvirke avgjørelser for EMD.²⁵ På bakgrunn av dette avgrenser oppgaven mot å behandle EMK og praksis fra EMD mer inngående.

1.4 Begrepsavklaring

Medvirkningsretten består av ulike komponenter, som vil omtales særskilt i oppgaven. Dette er i hovedsak rett til å få informasjon, rett til å bli hørt og rett til å få sin mening tillagt vekt. Ordet «medvirkning» er brukt som en samlebetegnelse, der det for enkelhetens skyld er nødvendig med et konsist begrep.

Ordet «barnevernet» sikter i hovedsak til kommunale beslutningstakere etter barnevernloven. Disse er særlig viktig for ivaretagelse av barnets medvirkningsrett i praksis, ved at det er disse som i første omgang møter barna, samtidig som de legger fram sakens beslutningsgrunnlag både for fylkesnemnda og for domstolene.

Fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker er et statlig domstollignende forvaltningsorgan, med ansvar for de mest inngripende tiltak, slik som omsorgsovertakelse, jf. bvl. § 4-12 siste ledd. Fylkesnemndas rolle og saksbehandlingsregler er behandlet i barnevernloven kapittel syv. I barnevernsloven av 2021 er navnet endret til barneverns- og helsenemnda.²⁶ Der oppgaven omtaler forhold med organet eksplisitt, vil begrepet «fylkesnemnda» benyttes.

1.5 Avgrensning

Den viktigste avgrensningen i oppgaven er at den ikke tar for seg retten til medvirkning for barn på et generelt grunnlag, da fokus er på medvirkning i barnevernssaker. Oppgaven tar heller ikke for seg retten til medvirkning for barn som en kollektiv gruppe, men barnets individuelle rett til medvirkning i saker som til en viss grad berører det selv.

Et barn kan opptre som part der det forstår hva saken gjelder og er fylt 15 år, jf. bvl. § 6-3 andre ledd første punktum. Også barn under 15 år kan i visse tilfeller få innvilget partsrettigheter av fylkesnemnda, jf. § 6-3 andre ledd andre punktum. Å være part er en

²⁵ Som problematisert i NIM (2020) s. 63, se også Søvig (2020) under punktet «Barna har kommet i bakgrunnen»

²⁶ Prop. 133 L (2020-2021) s. 426

absolutt rettighet der barnet har atferdsvansker eller kan være utsatt for menneskehandel, jf. bvl. § 6-3 andre ledd siste punktum. Retten til å få medvirke vil følge av barnets status som part i saken. Mindreårige parter mulighet til å gi uttrykk for sitt syn, og få dette tillagt vekt i saken, følger av forvaltningsloven § 17 første ledd. Oppgaven avgrenser imidlertid mot en nærmere omtale av medvirkning der barnet er part i saken.

Barnet kan velge å medvirke gjennom tillitsperson. Bruken av tillitsperson for barnet er regulert i medvirkningsforskriften kapittel 3. For fylkesnemnda kan barnet uttrykke seg gjennom en talsperson jf. bvl. § 7-9. Oppgaven avgrenser mot en nærmere omtale av medvirkning i lys av tillits- og talsperson for barnet.

I oppgavens punkt 4 behandles flere rapporter, som omhandler ulike kritiske forhold ved barnevernets arbeid. Omtalen av funnene i rapportene i oppgaven begrenser seg imidlertid til medvirkningsrettens stilling for barn.

2 Grunnleggende utgangspunkter

2.1 Barnevernlovens inngripende karakter

Barnevernloven er den sentrale loven for barnevernets arbeid. Lovens formål er å sørge for «nødvendig hjelp, omsorg og beskyttelse» til «rett tid» for barn som lever under forhold som er skadelig for deres «helse og utvikling», jf. bvl. § 1-1 første punktum. Barna skal møtes med «trygghet, kjærlighet og forståelse» og få «gode og trygge oppvekstvilkår», jf. bestemmelsens andre punktum.

Den grunnleggende samfunnsordningen i Norge er at foreldre har ansvar for sine barn, og både barn og foreldre har krav på respekt for sitt familieliv, jf. Grl. § 102 første ledd og EMK art. 8 nr. 1.²⁷ Samtidig er myndighetene sterkt forpliktet til å verne barnet mot omsorgssvikt, og har et subsidiært ansvar for barnets omsorg.²⁸ Barnevernet er i barnevernloven kapittel 4 gitt hjemmel for å iverksette ulike tiltak med varierende grad av inngripen, både med og uten samtykke fra foreldrene.

Ved inngripen i familielivet vil legalitetsprinsippet stå sterkt, ved at det kreves hjemmel i lov, jf. Grl. § 113. Det stilles også krav til hvor klar lovhjemmelen skal være.²⁹ Etter EMK artikkel 8 nr. 2 må et inngrep i familielivet i tillegg være nødvendig i et demokratisk samfunn, og ha et legitimt formål.³⁰

Der barnet tidligere var avhengig av at barnevernet utøvet sin *plikt* til å hjelpe, ble barnet ved lovendring i 2018 gitt en selvstendig *rettighet* til å få «nødvendige tiltak», der vilkårene for dette er oppfylt, jf. bvl. § 1-5.³¹ Barnevernloven ble dermed en rettighetslov for barn. Bestemmelsen tydeliggjør at barn er selvstendige individer, og rettighetsbærere i barnevernssaker.³² Barnet skal være hovedpersonen i barnevernssaker som angår dem, ikke

²⁷ Bendiksen og Haugli (2021) s. 187-189

²⁸ Bendiksen og Haugli (2021) s. 187-189

²⁹ jf. Rt. 1995 s. 530, s. 537; Bendiksen og Haugli (2021) s. 189

³⁰ For mer om dette se HR-2020-661-S avsnitt 70-78, se også Bendiksen og Haugli (2021) s. 189

³¹ Endret ved lov nr. 5/2018

³² Prop. 169 L (2016-2014) s. 35-36

bare et objekt i saken.³³

Barnevernloven bygger på tre sentrale prinsipper; hensynet til barnets beste, det biologiske prinsipp og minste inngreps prinsipp.³⁴ Oppgaven vil i det følgende redegjøre for disse.

2.2 Barnevernlovens grunnprinsipper

2.2.1 Det biologiske prinsipp

Det biologiske prinsipp er et viktig hensyn i barnevernets arbeid, og innebærer at barn som utgangspunkt skal vokse opp hos sine foreldre.³⁵ Prinsippet gjennomsyrrer bestemmelsene i barnevernloven, og innebærer at kontakt mellom foreldre og barn skal søkes opprettholdt etter en omsorgsovertakelse,³⁶ for eksempel har de en rett til samvær med hverandre, jf. bvl. § 4-19 første ledd. Av Grunnloven § 104 tredje ledd siste punktum følger at myndighetene skal legge til rette for barnets utvikling, «fortrinnsvis i egen familie». Prinsippet har også vært et moment i flere sentrale Høyesterettsavgjørelser.³⁷

I mange tilfeller vil det være til barnets beste å ivareta familieband. Rettspraksis er imidlertid tydelig på at foreldrenes rett til familieliv ikke vil gå foran det som er barnets beste.³⁸

2.2.2 Minste inngreps prinsipp

Minste inngreps prinsipp innebærer at barnevernet ikke skal iverksette mer inngripende tiltak enn nødvendig.³⁹ Barnevernet må alltid må vurdere om et mindre inngripende tiltak kan være tilstrekkelig for å bedre barnets situasjon. Prinsippet kan omtales som et «nødvendighetskriterium»,⁴⁰ som særlig viser seg ved at omsorgsovertakelse må være «nødvendig ut fra den situasjonen barnet befinner seg i», og at frivillige hjelpetiltak skal være

³³ Prop. 169 L (2016-2017) s. 141

³⁴ Prop. 106 L (2012-2013) s. 81

³⁵ Prop. 106 L (2012-2013) s. 82; Bendiksen og Haugli (2021) s. 189-190; Et ekspertutvalg har drøftet prinsippet inngående i NOU 2012: 5 Bedre beskyttelse av barns utvikling: Ekspertutvalgets utredning om det biologiske prinsipp i barnevernet

³⁶ Prop. 106 L (2012-2013) side 82; Bendiksen og Haugli (2021) s. 189

³⁷ Se HR-2020-661-S, Rt. 2012 s. 1832, Rt. 1991 s. 668, og Rt. 1984 s. 289

³⁸ HR-2020-661-S avsnitt 82, se også Rt. 2012 s. 1832 avsnitt 43

³⁹ Prop. 106 L (2012-2013) s. 82

⁴⁰ Det er nær sammenheng mellom prinsippet og nødvendighetsvurderingen som må foretas etter EMK art. 8 nr. 2, jf. Prop 133 L (2020-2021) s. 95 og Bendiksen og Haugli (2021) s. 189

forsøkt i forkant av omsorgsovertakelse, jf. bvl. § 4-12 andre ledd. I den nye barnevernsloven av 2021 kommer både minste inngreps prinsipp og det biologiske prinsipp eksplisitt til uttrykk i lovens § 1-5 første og andre ledd.

Hvilke tiltak som skal iverksettes, vil avhenge av hva som skal til for å ivareta barnets beste, jf. bvl. § 4-1, og minste inngreps prinsipp vil ikke overstyre dette.⁴¹

2.2.3 Hensynet til barnets beste

Barnets beste er hovedprinsippet og et overordnet hensyn for de som fatter avgjørelser etter barnevernloven.⁴² Barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 fastslår at barnets beste skal være et «grunnleggende hensyn», («primary consideration»). Tilsvarende følger av Grunnloven § 104 andre ledd.

Prinsippet om barnets beste kommer tydelig til uttrykk i barnevernloven § 4-1. Her framgår at det ved vurdering av tiltak skal «legges avgjørende vekt på å finne tiltak som er til beste for barnet», og i dette inngår at barnet får «stabil og god voksenkontakt og kontinuitet i omsorgen.» Ordlyden av at tiltak skal være til «beste for barnet» favner vidt, og sikter til barnets interesser. Selv om «stabil og god voksenkontakt» inngår i vurderingen, er ikke dette en uttømmende angivelse.⁴³ Hva som er barnets beste vil avhenge av en konkret og helhetlig vurdering i det enkelte tilfellet.⁴⁴

Lovgiver har i forarbeidene til den nye barnevernsloven av 2021 gitt en opplisting over momenter som anses særlig relevante for vurderingen av barnets beste i barnevernssaker, med henvisning til Barnekomiteens uttalelser tilknyttet barnekonvensjonen art. 3 nr. 1.⁴⁵ Her framheves barnets medvirkning, barnets identitet, samt barnets behov for omsorg, beskyttelse og trygghet. Barnets behov for å bevare familiemiljø og opprettholde viktige relasjoner er også fremhevet.

For vurdering av tiltak tillegges barnets beste «avgjørende vekt», jf. bvl. § 4-1 første

⁴¹ Prop. 106 L (2012–2013) s. 82

⁴² Prop. 106 L (2012-2013) s. 82; Bendiksen og Haugli (2021) s. 190

⁴³ Ot. prp. nr. 44 (1991-1992) s. 28

⁴⁴ Prop. 106 L (2012-2013) s. 82

⁴⁵ Prop. 133 L (2020-20219) s. 84, jf. Generell kommentar nr. 14, pkt. 48-79

punktum, noe som tilsier at prinsippet har stor gjennomslagskraft. Barnekomiteens uttalelser gir anvisning på at barnets beste skal tillegges stor vekt i møte med motstridende interesser.⁴⁶ Foreldrenes interesser vil kunne komme i bakgrunn idet «[b]arnets grunnleggende behov for beskyttelse og omsorg skal vektlegges framfor foreldrenes rettigheter».⁴⁷ Det det er motstridende hensyn vil sakens alvorlighetsgrad og hvor berørt barnet blir av saken, avgjøre hvor stor vekt prinsippet får.⁴⁸ Der barnevernssaken gjelder barnet direkte, vil hensyn til barnets beste veie særlig tungt.⁴⁹

I Maria-dommen (Rt. 2015 s. 93), som riktignok omhandlet sak etter utlendingsloven,⁵⁰ kom Høyesterett til at en kenyansk kvinne ikke kunne utvises fra Norge. Høyesterett vektla særlig den negative innvirkningen dette ville kunne ha på livet til hennes fem år gamle datter. Barnets beste ble her det avgjørende moment i vurderingen. At prinsippet ikke alltid får avgjørende betydning er imidlertid også klarlagt i rettspraksis.⁵¹

Prinsippet om barnets beste blir sett på som avgjørende både for hvilket tiltak som skal fattes og om det i det hele tatt skal fattes tiltak. Barnets beste kan imidlertid ikke begrunne vedtakelse av et tiltak på egenhånd, her må fortsatt lovens vilkår for tiltak være til stede.⁵² At prinsippet gjelder som et tolkningsmoment også når det kommer til prosessuelle avgjørelser har Høyesterett fastslått i dommen inntatt i Rt. 2004 s. 1300, avsnitt 20. I barnevernsloven av 2021 er prinsippet om barnets beste inntatt innledningsvis i lovens § 1-3, og her understrekes at prinsippet har betydning for alt av barnevernets arbeid, ikke bare valg av tiltak.⁵³

Barnets beste er også en del av hvorvidt «[t]jenester og tiltak» etter barnevernloven er forsvarlig, jf. bvl. § 1-4. Forsvarlighetskravet ble lovfestet i barnevernloven i 2013 med formål å fremheve viktigheten av forsvarlige tiltak og tjenester, uten at det var ment å medføre noen realitetsendringer.⁵⁴

⁴⁶ Generell kommentar nr. 14, pkt. 36-40

⁴⁷ Prop. 106 L (2012-2013) s. 82

⁴⁸ Prop. 133 L (2020-2021) s. 542

⁴⁹ Prop. 133 L (2020-2021) s. 542

⁵⁰ Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)

⁵¹ jf. Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 31 og Rt. 2010 s. 1313 avsnitt 13

⁵² Bendiksen og Haugli (2021) s. 190

⁵³ Prop. 133 L (2020-2021) s. 542

⁵⁴ Endret ved lov nr. 63/ 2013; forsvarlighetskravet gjaldt også før lovfesting, jf. Prop. 106 L (2012-2013) s. 125; Bendiksen og Haugli (2021) s. 192

Ordlyden av «forsvarlig» gir anvisning på en skjønnsmessig vurdering. Det er snakk om en rettslig standard, slik at innholdet vil kunne utvikle seg over tid i samsvar med fagutvikling og faglig praksis i barnevernet.⁵⁵ Hensynet til barnets beste og barnevernlovens formål anses særlig viktige for å fastslå innholdet.⁵⁶

Ordlyden av «tjenester og tiltak» tilsier at forsvarlighetskravet gjelder for barnevernets endelige vedtak. Det er klart at det stilles krav til forsvarlighet både når det gjelder tjenester og tiltaks innhold, omfang og tidspunktet de ytes på.⁵⁷ I barnevernsloven av 2021 er forsvarlighetskravet videreført i lovens § 1-7 med noen justeringer.

Det er klart at hensyn til barnets beste har stor betydning for om saksbehandlingen, men også det materielle innholdet i tjenester og tiltak etter barnevernloven, er forsvarlig, jf. bvl. § 1-4. For at barnevernet skal finne fram til hva som er barnets beste er det viktig å ta i betraktning barnets synspunkter, slik som fastsatt i medvirkningsforskriften § 6 andre ledd første punktum. Medvirkningsretten er dermed også viktig for at barnevernet skal overholde lovens krav til forsvarlighet.

Oppgaven vil i det følgende redegjøre nærmere for de rettslige rammene for medvirkning.

2.3 Rettslige rammer for medvirkning

2.3.1 Grunnloven § 104 første ledd

Barns rett til medvirkning ble inntatt i Grunnloven i forbindelse med revisjon av Grunnloven i 2014. Grunnloven § 104 første ledd lyder (min kursivering):

Barn har krav på respekt for sitt menneskeverd. De har rett til å bli hørt i spørsmål som gjelder dem selv, og deres mening skal tillegges vekt i overensstemmelse med deres alder og utvikling.

Grunnloven § 104 andre ledd fastslår også prinsippet om barnets beste som et grunnleggende

⁵⁵ Prop. 106 L (2012-2013) s. 129

⁵⁶ Prop. 106 L (2012-2013) s. 130

⁵⁷ Prop. 106 L (2012-2013) s. 207

hensyn i alle handlinger og avgjørelser som berører barn.

Barn anses mer sårbare og i en avhengighetsstilling til de voksne, noe som gjør det ekstra utfordrende å ivareta deres menneskerettigheter.⁵⁸ Det var ved revisjon av Grunnloven et ønske fra lovgiver å gi sentrale menneskerettigheter for barn en sterkere forankring i norsk rett,⁵⁹ uten at dette medførte noen materielle endringer av barnets rettigheter.⁶⁰ I rettslig teori er det likevel uttalt at bare det å gi barns rettigheter grunnlovstatus i seg selv styrker rettsvernet.⁶¹

At barnet skal «bli hørt» og at deres mening skal «tillegges vekt» innebærer at barnet skal ha en medvirkningsrett. Forarbeidene angir at rettigheten som utgangspunkt er ment å være en individuell rett for barnet.⁶² Bestemmelsen har funksjon som en tolkningsfaktor for saker som berører barn, samtidig som den setter visse grenser for lovgiver.⁶³ Bestemmelsen kan dermed brukes som tolkningsfaktor for forståelsen av medvirkningsretten etter barnevernloven.

Grunnloven § 104 er utformet etter inspirasjon fra Norges menneskerettslige forpliktelser, og må tolkes i lys av barnekonvensjonen.⁶⁴ Dermed vil medvirkningsretten slik den framgår av barnekonvensjonen artikkel 12 være relevant for forståelsen av Grunnloven § 104.

2.3.2 Barnekonvensjonen artikkel 12

Barnekonvensjonen fastslår en rekke rettigheter for barn opp til 18 år, jf. art. 1. Det følger av artikkel 12 nr. 1 at barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter har en rett til fritt å gi uttrykk for disse, i alle forhold som påvirker barnet. Barnet skal også få sine synspunkter vektlagt i tråd med sin alder og modenhet. Artikkel 12 lyder (originalspråk, min kursivering):

1. 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

⁵⁸ Dok nr. 16 (2011-2012) s. 189

⁵⁹ Dok nr. 16 (2011-2012) s. 51 og s. 56

⁶⁰ Grunlovfestingene av menneskerettighetene tok ikke sikte på å medføre materielle endringer av norsk rett, jf. Dok nr. 16 (2011-2012) s. 42

⁶¹ Se for eksempel Stang, Elisabeth Gording: *Grunnloven paragraf 104 - en styrking av barns rettsvern*, inntatt i Andersland, Geir Kjell (red.) Antologi: *De Castbergske barnelover 1915-2015*, Cappelen Damm Akademisk 2015

⁶² Dok. nr. 16 (2011-2012) s. 191

⁶³ Dok. nr. 16 (2011-2012) s. 189

⁶⁴ Bendiksen og Haugli (2021) s. 26

being given due weight in accordance with the age and maturity of the child.

2. For this purpose, the child shall in particular be provided the opportunity to be heard in any judicial and administrative proceedings affecting the child, either directly, or through a representative or an appropriate body, in a manner consistent with the procedural rules of national law.

Barnekonvensjonen fastslår fire generelle prinsipper; barnets rett til medvirkning, barnets rett til liv og utvikling, barnets rett til ikke-diskriminering samt barnets beste som et overordnet hensyn ved handlinger som berører barn.⁶⁵ Som et generelt prinsipp gir barnets rett til medvirkning bidrag til tolkingen av andre konvensjonsartikler.⁶⁶

2.3.3 Barnevernloven § 1-6 og § 6-3 første ledd

En bestemmelse som fastsetter barnets rettigheter under saksbehandlingen i barnevernssaker er å finne i barnevernloven § 6-3. Bestemmelsen angir at «barn som er fylt 7 år, og yngre barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter, skal informeres og gis anledning til å uttale seg» før avgjørelser som berører barnet treffes, jf. § 6-3 første ledd første punktum. Videre skal «[b]arnets mening [...] tillegges vekt i samsvar med barnets alder og modenhet», jf. bestemmelsens første ledd andre punktum. Forarbeidene angir at barnevernloven § 6-3 er en «[...] spesialbestemmelse om medvirkning når det tas administrative eller rettslige avgjørelser i saker etter barnevernloven».⁶⁷ Bestemmelsen fastslår medvirkningsrett for barn der saken leder fram til et vedtak.

Barnets rett til medvirkning er nå lovfestet i en fanebestemmelse i barnevernloven § 1-6, som trådte i kraft i 2018.⁶⁸ Bestemmelsen fastslår at «[a]lle barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter, har rett til å medvirke i alle forhold som vedrører barnet» etter barnevernloven, jf. § 1-6 første punktum. Bestemmelsen fastslår videre i andre og tredje punktum at medvirkningsretten innebærer at «[b]arnet skal få tilstrekkelig og tilpasset informasjon», at det har «rett til fritt å gi uttrykk for sine synspunkter», at det skal «bli lyttet til» og at «barnets synspunkter skal vektlegges i samsvar med barnets alder og modenhet».

⁶⁵ Generell kommentar nr. 12, pkt. 2

⁶⁶ Generell kommentar nr. 12, pkt. 2.

⁶⁷ Prop. 169 L (2016-2017) s. 44

⁶⁸ Endret ved lov nr. 5/2018

I den nye Barnevernsloven av 2021 er den spesielle saksbehandlingsregelen i barnevernloven § 6-3 første ledd fjernet. Den generelle medvirkningsregelen blir imidlertid videreført i lovens § 1-4. Lovgiver har understreket at kjernen i bestemmelsen er at barnet skal få informasjon og bli snakket med på alle sakens stadier, herunder før barnevernet, domstolen og fylkesnemnda treffer avgjørelser.⁶⁹

Det er «barn» medvirkningsretten etter barnevernloven § 1-6 og § 6-3 første ledd er ment å gjelde for, det vil si de under 18 år, jf. bvl. § 1-3 første ledd.⁷⁰ Det er imidlertid visse grunnvilkår som må foreligge før barnet kan medvirke. Disse knytter seg både til forhold ved barnet og til forhold ved saken.

⁶⁹ Prop. 133 L (2020-2021) s. 88

⁷⁰ Tilsvarende gjelder for forståelsen av «barn» i barnekonvensjonen, jf. barnekonvensjonen artikkel 1; I visse tilfeller kan ungdom fram til fylte 25 år tilbys tiltak etter barnevernloven, jf. bvl. § 1-3 andre ledd. Barnet har imidlertid partsrettigheter fra fylte 15 år, jf. bvl. § 6-3 andre ledd

3 Medvirkningsrettens innhold

3.1 Grunnvilkår for å medvirke

3.1.1 Forhold ved barnet

Etter barnevernloven § 1-6 første punktum er det en forutsetning for medvirkning at barnet er «i stand til å danne seg egne synspunkter». Et tilsvarende krav framgår av saksbehandlingsregelen i lovens § 6-3 første ledd første punktum, for barn som ikke er «fylt 7 år». Å kunne «danne seg egne synspunkter» tilsier at barnet må kunne tenke selvstendig og uttrykke sin egen mening til en viss grad. Formuleringen gir anvisning på en subjektiv vurdering av forhold ved barnet, og tilsier at ikke ethvert barn kan være med å medvirke. At barnet er «i stand» tilsier at det er en iboende egenskap ved barnet.

Medvirkningsretten slik den framgår av barnekonvensjonen artikkel 12 nr. 1 avhenger også av at barnet er i stand til å formulere egne synspunkter («capable of forming his or her own views»). Barnekomiteen uttaler at formuleringen ikke er ment å begrense medvirkning, men er «[...] en forpliktelse for partene til å vurdere barnets evne til å danne seg en selvstendig oppfatning, i den grad det er mulig».⁷¹ Det er klart at dette innebærer mulighet for barnet til å gi uttrykk for sin mening både gjennom verbal og ikke-verbal kommunikasjon.⁷² Det gjelder en presumsjon for at barn *kan* gi uttrykk for sine synspunkter, og det kan ikke kreves at barnet skal bevise dette.⁷³ Barnet trenger heller ikke være i stand til å uttale seg om alle sider av saken.⁷⁴

Overført til barnevernssaker, må barnet bli møtt med troen på at det er i stand til å medvirke. Det er de som møter barnet sin oppgave å se etter egenskaper som muliggjør en form for medvirkning, selv der det er utfordringer.

⁷¹ Generell kommentar nr. 12 pkt. 20

⁷² Generell kommentar nr. 12, pkt. 21 første kulepunkt, se også medvirkningsforskriften § 3 andre ledd første punktum

⁷³ Generell kommentar nr. 12 pkt. 20

⁷⁴ Generell kommentar nr. 12 pkt. 21 andre kulepunkt

Etter barnevernloven § 6-3 første ledd første punktum gjelder medvirkningsretten for barn som er «fylt 7 år» og «yngre barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter». Ordlyden tilsier at der barnet er fylt syv år gjelder en rett til medvirkning ubetinget, og der barnet er under syv år må det foretas en konkret vurdering. En slik forståelse framgår også av lovens forarbeider.⁷⁵ Lovgiver har imidlertid tydeliggjort at syv år ikke er ment som en nedre grense for medvirkning.⁷⁶

Tilsvarende aldersangivelse er ikke å finne i den overordnede medvirkningsbestemmelsen inntatt i barnevernloven § 1-6. Heller ikke medvirkningsregelen i Grunnloven § 104 første ledd opererer med en aldersangivelse. Her skal det foretas en konkret vurdering uavhengig alder. Barnekomiteen har uttrykkelig uttalt at det ikke gjelder noen aldersgrense for barnets medvirkning etter barnekonvensjonen artikkel 12, og har frarådet myndighetene å innføre dette.⁷⁷

I den nye barnevernsloven av 2021 er det ikke gitt noen aldersangivelse for medvirkning, ettersom lovgiver har ansett det uheldig å oppstille syv år som en føring for når barnet kan medvirke.⁷⁸ Ved å utelate aldersangivelsen vil barnevernloven være mer i overensstemmelse med både Grunnloven § 104 og barnekonvensjonen artikkel 12.

3.1.2 Forhold ved saken

Der barnet er «i stand til å danne egne synspunkter», vil det ha rett til å medvirke i alle forhold som «vedrører barnet», jf. bvl. § 1-6 første punktum. Ordlyden «vedrører barnet» er vag, men tilsier at saken må ha en innvirkning på barnet, mer enn rent prinsipielt sett. Lignende formulering følger av barnevernloven § 6-3 første ledd første punktum hvor det er et krav at saken «berører» barnet. Forhold ved saken er også et grunnvilkår for medvirkning etter barnekonvensjonen artikkel 12 nr. 1. Her må saken angå forhold som «påvirker» barnet («matters affecting the child»). Dette tilsier en form for direkte innvirkning. Barnekomiteen uttaler imidlertid at denne grunnleggende forutsetningen skal tolkes vidt.⁷⁹ Barnevernlovens bestemmelser om medvirkning sett i lys av barnekonvensjonen artikkel 12, taler for en lav

⁷⁵ Ot. prp. nr. 45 (2002-2003) s. 62

⁷⁶ Prop. 169 L (2016-17) s. 44

⁷⁷ Generell kommentar nr. 12 pkt. 21

⁷⁸ Prop. 133 L (2020-2021) s. 88

⁷⁹ Generell kommentar nr. 12 pkt. 26

terskel for når forhold ved saken gir barnet rett til å medvirke.

3.2 Når skal medvirkning skje?

Medvirkningsretten gjelder i «alle forhold» som vedrører barnet, jf. bvl. § 1-6 første punktum. Den gjelder også «før det tas avgjørelse i sak», jf. bvl. § 6-3 første ledd første punktum. Dette tilsier at medvirkningsretten gjelder på alle stadier av saksbehandlingen etter barnevernloven.

Forarbeidende uttaler at medvirkningsretten gjelder «[...] i hele beslutningsprosessen og for alle forhold som vedrører barnet [...]», også ved avgjørelser som ikke er «[...] rettslige eller administrative [...]».⁸⁰ Som eksempel nevnes en rett for barnet til å medvirke ved «[...] valg av fosterhjem eller institusjon, ved vurdering av samvær, utarbeidelse av tiltaksplaner, ved tvangsbruk og så videre».⁸¹ Av medvirkningsforskriften § 5 første punktum følger at medvirkningsprosessen skal forstås som en «prosess som må utøves under hele sakens forløp i barnevernet». Også Barnekomiteen har uttrykt at medvirkning skal forstås som en prosess, og ikke noe som kan utøves én gang og deretter være gjennomført.⁸²

Barnekonvensjonen artikkel 12 nr. 2 angir at barnet «særlig» («in particular») skal få anledning til å bli hørt i «enhver rettslig og administrativ saksbehandling» som påvirker barnet (“*the opportunity to be heard in any judicial and administrative proceedings affecting the child*”). Dette tilsier at barnet skal ha mulighet til å bli hørt i alle rettslige prosesser.

Etter dette er det klart at medvirkningsretten gjør seg gjeldende i både faktiske, rettslige og administrative avgjørelser som berører barnet. Den gjelder også der saken ikke leder fram til et konkret vedtak.

3.3 Er medvirkning en rett eller en plikt for barnet?

Der grunnvilkårene er oppfylt, vil barnet ha en «rett til å medvirke», jf. bvl. § 1-6 første punktum. Dette tilsier at medvirkning er en rettighet barnet kan velge å utøve. At dette er en

⁸⁰ Prop. 169 L (2016-2017) s. 141, Også forarbeidende til den nye loven uttaler at medvirkning skal gjelde i «[...] alle faser av saken», jf. Prop. 133 L (2020-21) s. 136

⁸¹ Prop. 169 L (2016-2017) s. 142

⁸² Generell kommentar nr. 12, pkt. 133

rett, men ikke en plikt for barnet, følger også av forarbeidene, som omtaler medvirkning som en «[...] selvstendig og ubetinget rett [...]» for barnet.⁸³

Også barnevernloven § 6-3 første ledd fastslår medvirkning som en rettighet for barnet ved saksbehandlingen. I rettigheten inngår at barnet som del av saksbehandlingen «skal [...] gis anledning til å uttale seg» før avgjørelse treffes, jf. bestemmelsens første ledd første punktum. Ordlyden av at barnet skal «gis anledning» tilsier en mulighet for barnet, men heller ikke her noen plikt til å medvirke. Informasjon fra barnet er viktig for sakens opplysning, men forarbeidene er tydelige på at det er opp til barnet selv å bestemme hva det vil uttale seg om, og hvorvidt det skal komme med synspunkter som er relevant for sakens utfall.⁸⁴

Etter dette er det klart at medvirkning er en rettighet som barnet fritt kan velge å utøve. Ordlyden i barnekonvensjonen artikkel 12 nr.1, «skal garantere» («shall assure»), tydeliggjør at statene har en streng forpliktelse til å sørge for at rettigheten ivaretas.⁸⁵ En forutsetning for at barnet skal kunne utøve sin rettighet, er imidlertid at de som møter barnet legger til rette for dette.

3.4 Plikten til å legge til rette for medvirkning

3.4.1 Informasjon til barnet

Informasjonen barnevernet gir til barnet er viktig da den legger grunnlaget for barnets forståelse og mulighet til å ha en mening av betydning for sakens utfall. Informasjon skal være «tilstrekkelig og tilpasset», jf. bvl. § 1-6 andre punktum. Ordlyden gir anvisning på en konkret vurdering, hvor informasjonen skal sette barnet i stand til å medvirke, samtidig som individuelle forhold ved barnet spiller inn. Det er klart at alder er et slikt individuelt forhold.⁸⁶

Medvirkningsforskriften § 4 angir nærmere hvilken informasjon barnet skal gis. Her fremgår det blant annet at barneverntjenesten skal sørge for at barnet «så tidlig som tilrådelig blir informert på en måte som barnet forstår». Barn skal videre informeres om «situasjoner der

⁸³ Prop. 169 L (2016-2017) s. 141

⁸⁴ Ot. prp. nr. 45 (2002-2003) s. 63

⁸⁵ Dette understøttes av Barnekomiteens egne uttalelser, se Generell kommentar nr. 12 pkt. 19

⁸⁶ At informasjon må gis på en alderstilpasset måte framheves i Bendiksen og Haugli (2021) s. 217

han eller hun kan uttrykke sine synspunkter», «saken og egen situasjon», «tjenestetilbud» «rettigheter», samt «hvilke valg og beslutninger som må treffes og konsekvenser av disse», jf. § 4 bokstav a til e. At barn skal informeres så fort det er «tilrådelig» tilsier også her at det må foretas en konkret vurdering av hvilket tidspunkt barnet tidligst skal få informasjon.

Omstendighetene må legges til rette slik at barnet er trygg på å gi sine egne meninger. Barnekomiteen har uttalt at det er viktig at barnet får vite hva saken handler om, hvilke valgmuligheter det har og mulige resultat eller utfall av saken.⁸⁷ En del av medvirkningsretten er også å gi barnet tilbakemelding på hva som faktisk blir sakens utfall.⁸⁸ Barnet skal både gis informasjon om avgjørelser som treffes og vurderingene som ligger til grunn for disse, jf. medvirkningsforskriften § 6 andre ledd siste punktum.

3.4.2 Å fritt kunne gi uttrykk for sine synspunkter

Barnet har rett til «fritt å gi uttrykk for sine synspunkter», jf. bvl. § 1-6 andre punktum. Denne formuleringen finner vi også i barnekonvensjonen artikkel 12 nr. 1 («*the right to express [his or hers] views freely*»).

Ordlyden av «fritt», tilsier at barnet skal kunne uttrykke seg uten fysiske eller emosjonelle hindringer. Som uttalt av Barnekomiteen skal synspunktene være barnets egne, og de skal være gitt frivillig, uten påvirkning eller press fra andre.⁸⁹

Medvirkningen skal skje i «trygge rammer», og den skal «tilrettelegges utfra barnets alder og modenhet», jf. medvirkningsforskriften § 6 første ledd første og andre punktum.

Bestemmelsen presiserer at den ansvarlige for å høre barnet «må snakke med ham eller henne», med særlig fokus på tilrettelegging for «barn som har problemer med å forstå og få uttrykt sine synspunkter i beslutningsprosesser», jf. § 6 første ledd tredje og fjerde punktum. Barnekomiteen framhever viktigheten av tilrettelegging for eksempel ved funksjonshemninger, eller utfordringer grunnet etniske eller kulturelle forhold. Forarbeidene framhever særlig tilfellet der barnet er avhengig av tolk eller andre fysiske hjelpemidler.⁹⁰ Det er klart at barnevernet også må ivareta barnets «etniske, religiøse, kulturelle og språklige

⁸⁷ Generell kommentar nr. 12, pkt. 25

⁸⁸ Prop. 169 L (2016-2017) s. 73

⁸⁹ Generell kommentar nr. 12, pkt. 22

⁹⁰ Prop. 169 (2016-2017) s. 142

bakgrunn» for å sørge for at barnet er i stand til å uttrykke seg fritt, jf. medvirkningsforskriften § 3 andre ledd siste punktum.

Høringen i beslutningsorganene må etter barnekonvensjonen artikkel 12 nr. 2 skje «enten direkte eller gjennom en representant eller et egnet organ» (*“either directly, or through a representative or an appropriate body”*). Formuleringen gir anvisning på alternativer, men Barnekomiteen anbefaler at barnet blir hørt direkte der det er mulig. Hvordan en samtale med barnet skal gjennomføres er først og fremst opp til det organ som treffer avgjørelsen, og barnets mening må tillegges vekt også her.⁹¹

Barnets mulighet til å uttale seg «fritt», uten påvirkning fra andre, kan avhenge av at barnet får prate med barnevernet alene, uten foreldrene til stede. Barnevernet har hjemmel til dette i forbindelse med undersøkelse, jf. bvl. § 4-3 femte ledd. Det har vært et spørsmål i arbeidet med den nye barnevernsloven av 2021, om barnets mulighet til å snakke med barnevernet alene skal være en hovedregel, og framgå uttrykkelig av loven. Lovgiver har kommet til at en slik hovedregel ikke skal lovfestes, og i alle tilfeller vil bero på en konkret vurdering.⁹² I den nye barnevernsloven av 2021 gis imidlertid barnet en selvstendig rett til å uttale seg til barnevernet «uavhengig av foreldrenes samtykke, og uten at foreldrene informeres om samtalen på forhånd», jf. § 1-4 første ledd andre punktum.

Fylkesnemnda har også et selvstendig ansvar for å ivareta medvirkningsretten, og kan for eksempel måtte oppnevne talsperson for barnet, jf. bvl. § 7-9 første punktum.⁹³ Lovgiver har ønsket å legge bedre til rette for barnets medvirkning i fylkesnemnda, og i barnevernsloven av 2021 er høringen av barnet nærmere regulert i lovens § 14-13. Her lovfestes flere måter barnet kan bli hørt på; barnet kan uttale seg direkte til nemnda, eller det kan oppnevnes talsperson eller sakkyndig for barnet. Departementet er også gitt adgang til å regulere barnets medvirkning nærmere i egen forskrift.⁹⁴

Medvirkning er dermed ikke bare en rettighet for barnet, men det er en rettighet som beslutningstakerne på alle nivåer plikter å legge til rette for på best mulig måte. Både den statlige og kommunale barneverntjenesten, fylkesnemnda og statsforvalteren har dermed

⁹¹ Ot. prp. nr. 45 (2002-2003) s. 63

⁹² For mer om dette se Prop. 133 L (2020-2021) s. 136-137

⁹³ Ot. prp. nr. 45 (2002-2003) s. 63

⁹⁴ For mer om dette se Prop 133 L (2020-2021) s. 432

ansvar for å påse at medvirkningsretten er ivaretatt, alt etter hvor saken befinner seg.⁹⁵

3.4.3 Begrensning i dokumentinnsyn

For at barnet skal føle det trygt å gi sin mening, er det i den nye barnevernloven lovfestet adgang til å begrense foreldrenes rett til dokumentinnsyn, jf. § 12-6.⁹⁶ Her lovfestes barnevernet sin mulighet til å utsette innsyn mens undersøkelse pågår, eller senere dersom innsyn kan medføre at barnet eller andre personer utsettes for fare eller skade. Når barn kan uttale seg fritt uten frykt for foreldrenes reaksjoner kan dette bidra til en bedre opplysning av saken.⁹⁷ Bestemmelsen er imidlertid ikke ment å medføre noen realitetsendringer, ettersom forvaltningsloven fra før regulerer partsinnsyn, jf. fvl. §§ 17-19.⁹⁸

Myndighetene er gjennom barnekonvensjonen artikkel 12 forpliktet til å treffe tiltak for å minimere risikoen for barn ved å uttrykke sin mening.⁹⁹ Lovfesting av unntak fra dokumentinnsyn i barnevernloven vil bidra til at Norge overholder sine menneskerettslige forpliktelser,¹⁰⁰ og at barn vil kunne uttale seg fritt i større grad.

Barnet har en klar rett til å medvirke. Rettigheten innebærer imidlertid ikke at barnet alene kan bestemme sakens utfall.

3.5 Hvilken vekt skal barnets mening ha?

Barnet skal «bli lyttet til» og dets synspunkter skal bli vektlagt «i samsvar med barnets alder og modenhet», jf. bvl. § 1-6 tredje punktum. At meningen skal tillegges vekt etter barnets «alder og modenhet» følger også av barnevernloven § 6-3 første ledd andre punktum.

Ordlyden av «modenhet» tilsier barnets mentale utvikling. Det er barnets alder og mentale utvikling som vil være styrende for vurderingen, jf. ordlyden «i samsvar med». Det skal imidlertid foretas en «[...] konkret og individuell vurdering i hvert enkelt tilfelle [...]», hvor

⁹⁵ Prop. 169 (2016-2017) s. 40

⁹⁶ Prop. 133 L (2020-2021) s. 391

⁹⁷ Prop. 133 L (2020-2021) s. 391

⁹⁸ Unntakshjemlene gis ikke videre anvendelsesområde enn etter forvaltningsloven, jf. Prop. 133 L (2020-2021) s. 392; Det bemerkes at unntak fra dokumentinnsyn ikke gjelder ved behandling av saken i fylkesnemnda eller for domstolene, jf. bvl. § 7-4 andre ledd, og tvl. § 14-1

⁹⁹ Generell kommentar nr. 12, pkt. 134, bokstav h

¹⁰⁰ Prop. 133 L (2020-2021) s. 386

også sakens art vil spille inn.¹⁰¹ Forarbeidene understreker imidlertid at i den helhetlige vurderingen vil barnets mening ikke alltid få avgjørende betydning.¹⁰²

Etter barnekonvensjonen artikkel 12 nr. 1 har barnet rett til å få sin mening «tillagt [...] behørig vekt i samsvar med dets alder og modenhet (*«being given due weight in accordance with the age and maturity of the child»*). Barnekomiteen omtaler barnets «modenhet» som «[...] evne til å forstå og vurdere hvilke implikasjoner en sak har [...]» og hvorvidt barnet kan «[...] gi uttrykk for sine synspunkter i en sak på en fornuftig og selvstendig måte».¹⁰³ Vurderingen av modenhet blir viktigere jo større virkning sakens utfall får for barnet. Videre må barnets «[...] gradvise utvikling og veiledning og støtte fra foreldrene [...] tas med i vurderingen [...]».¹⁰⁴

At barnets mening kan bli tillagt stor vekt i vurderingen i en barnevernssak, uavhengig av hvordan dette oppleves for barnets foreldre, følger blant annet av dommen inntatt i Rt. 2004 s. 1046. I saken var et syv år gammelt barn plassert i fosterhjem, og spørsmålet for domstolen var hvorvidt foreldrene skulle ha samværsrett med barnet. Her tilla Høyesterett både barnets uttalelser, og motviljen det ellers viste mot å besøke foreldrene, særlig vekt i vurderingen.

Barnets mening er viktig for å finne fram til hva som er barnets beste. Det utfallet som samsvarer med barnets synspunkt vil imidlertid ikke alltid samsvare med hva som er til det beste for barnet. Poenget er at barnets synspunkt skal bli tatt i betraktning og inngå i beslutningsgrunnlaget for en avgjørelse.

Barnets rett til å medvirke må også ses i sammenheng med plikten til å dokumentere medvirkning og hvordan barnets beste er vurdert i vedtak.¹⁰⁵

¹⁰¹ Ot. prp. nr. 45 (2002-2003) s. 63

¹⁰² Ot. prp. nr. 45 (2003-2003) s. 63

¹⁰³ Generell kommentar nr. 12, pkt. 30

¹⁰⁴ Generell kommentar nr. 12, pkt. 31

¹⁰⁵ Prop. 169 L (2016-2017) s. 142

3.6 Dokumentasjonskravet

Krav til barnevernstjenestens begrunnelse følger av barnevernloven § 6-3 a. Her framgår at vedtak skal angi «hva som er barnets synspunkt», «hvilken vekt barnets mening er tillagt», og hvordan vurderingen av barnets beste er foretatt. Et tilsvarende krav for skriftlig begrunnelse gjelder for fylkesnemnda, jf. bvl. § 7-19 tredje ledd. Krav til barnevernets dokumentasjon av barnets medvirkning følger også av medvirkningsforskriften § 7.

Dokumentasjonskravet innebærer at det bør begrunnes dersom barnets synspunkt fravikes, og der barnets alder og modenhet spiller inn skal det synliggjøres i dokumentasjonen.¹⁰⁶ Kravet til begrunnelse vil også kunne skjerpes i jo mer inngripende vedtak er.¹⁰⁷

Kravene til dokumentasjon av barnets medvirkning og barnets beste i vedtak, ble inntatt i barnevernloven i 2018, for å styrke barnets medvirkning.¹⁰⁸ Det sentrale formål var å vise om, og eventuelt hvordan barnet har medvirket, samt en ansvarliggjøring av beslutningstakerne.¹⁰⁹ Hovedhensynet var å gi bedre etterprøvbarhet av vedtak.¹¹⁰ Bestemmelsene medførte ikke noen realitetsendringer, ettersom forvaltningsloven allerede stiller krav til begrunnelsen for vedtak, jf. blant annet fvl. §§ 24 og 25.¹¹¹ Det er klart lovfesting likevel vil ha en viktig pedagogisk funksjon for beslutningstakere.

3.7 Konsekvenser av brudd på medvirkning

Manglende ivaretagelse av medvirkningsrett kan ha den virkning av vedtak kjennes ugyldig.

I Høyesteretts kjennelse inntatt i Rt. 2013 s. 1176, kom retten til at det var en saksbehandlingsfeil av lagmannsretten å ikke innhente barnets uttale forut for sin avgjørelse. Saken omhandlet omfang av samvær mellom et gutt på 13 år, og hans mor, i etterkant av omsorgsovertakelse. Høyesterett uttalte i den forbindelse at manglende anledning til å uttale seg hadde «[...] slike likhetstrekk med brudd på det grunnleggende prinsippet om rett til kontradiksjon at det skal lite til før feilen medfører av avgjørelsen må oppheves», jf. avsnitt

¹⁰⁶ Prop. 169 L (2016-2017) s. 73

¹⁰⁷ Prop. 169 L (2016-2017) s. 73

¹⁰⁸ Prop. 169 L (2016-2017) s. 71; tilføyd ved lov nr. 5/2018

¹⁰⁹ Prop. 169 L (2016-2017) s. 71

¹¹⁰ Prop. 169 L (2016-2017) s. 73

¹¹¹ Se også medvirkningsforskriften § 7

17. Høyesteretts uttalelse er fulgt opp i kjennelsen HR-2020-1619-U, avsnitt 24, denne gangen i forbindelse med sak etter barnelova.

I kjennelsen inntatt i Rt. 2011 s. 1053 hadde lagmannsretten avvist anke over tingrettens dom, som omhandlet omsorgsovertakelse. Høyesterett fant at manglende redegjørelse for hvordan tingretten hadde vektlagt barnets ønske, var en vesentlig svakhet ved tingrettens dom, jf. tvl. § 36-10 tredje ledd bokstav c. Dette hadde den følge av lagmannsrettens beslutning måtte oppheves. Dommen illustrerer hvordan manglende vektning av barnets synpunkt kan ses på som en vesentlig svakhet ved begrunnelsen i barnevernssaker.

Det er klart at beslutningstakere etter barnevernloven har en streng forpliktelse til å ivareta barnets rett til medvirkning. På tross av dette, avdekker en rekke rapporter at barnets medvirkningsrett ikke ivaretas tilstrekkelig i praksis.

4 Medvirkningsrettens stilling i praksis

4.1 Barnekomiteens rapport til Norge i 2018

Barnekomiteen er opprettet for å vurdere statenes etterlevelse av forpliktelsene etter barnekonvensjonen, jf. barnekonvensjonen art. 43 punkt 1. Som del av dette skal norske myndigheter hvert femte år innlevere rapport til Barnekomiteen, jf. art. 44 pkt. 1 bokstav b. Barnekomiteen vil deretter gi forslag til forbedringer og generelle anbefalinger, jf. art. 45 bokstav d. I juli 2018 kom Barnekomiteen med avsluttende merknader, «concluding observations [...]», til den femte og sjette rapporten som Norge har levert.¹¹² Dette er femte gang Norge har fått tilbakemelding fra Barnekomiteen.¹¹³

Barnekomiteen påpeker i sin rapport flere forhold hvor norske myndigheter må gjøre en større innsats for å sikre barnets medvirkning. Myndighetene må blant annet i større grad sikre medvirkning for særlig utsatte grupper som risikerer utestengelse, slik som barn med «[...] nedsatt funksjonsevne, yngre barn og innvandrers-, asylsøker- og flyktningbarn [...]».¹¹⁴

At medvirkningsrettens stilling står svakt for de minste barna, synes også funnene i en av Helsetilsynets rapporter fra 2019 å indikere.

4.2 Statens helsetilsyn (2019)

Helsetilsynet har i en av sine rapporter fra 2019 gjennomgått 106 barnevernssaker hvor det var fattet vedtak i fylkesnemnda, som omhandlet akuttiltak eller omsorgsovertakelse.¹¹⁵ Sakene var fra 60 ulike kommuner og behandlet i fem ulike fylkesnemnder i perioden januar 2016 til mai 2017.¹¹⁶ Rapporten tar blant annet for seg involvering av barnet på alle stadiene av en barnevernssak, fram til vedtak i fylkesnemnda fattes.

Rapportens funn tyder på at barns mulighet til å medvirke ikke alltid er til stede, ofte uten en

¹¹² Se Barnekomiteens rapport til Norge (2018)

¹¹³ Kvalø (2018) s. 352

¹¹⁴ Barnekomiteens rapport til Norge (2018) pkt. 14 bokstav a

¹¹⁵ Statens helsetilsyn, *Det å reise vasker øynene: Gjennomgang av 106 barnevernssaker*, Oslo, januar 2019 (heretter Helsetilsynet [2019])

¹¹⁶ Helsetilsynet (2019) s. 5

dokumentert begrunnelse.¹¹⁷ Medvirkningsrettens stilling framstår særlig dårlig for de minste barna. Det synes å være mangel på informasjon til barna om prosessen i barnevernet, og om barnas egne rettigheter. Barns synspunkt dokumenteres ikke tilstrekkelig, og brukes ikke nok i vurderingene fram til en beslutning. Rapportens funn tyder også på at medvirkning ivaretas i større grad der barnevernet forbereder saker om omsorgsovertakelse eller akuttvedtak for fylkesnemnda, enn der hvor barnevernet vurderer hjelpetiltak.

Vekting av barnets synspunkt for fylkesnemnda er belyst i en analyse foretatt av Tina Gerds-Andresen og Heidi Aarum Hansen.

4.3 Gerds-Andresen og Hansen (2020)

Tina Gerds-Andresen og Heidi Aarum Hansen har foretatt studie av barns medvirkningsrett i lys av 108 vedtak i fylkesnemnda om omsorgsovertakelse, fra 1. juli 2018 til 31. desember 2019.¹¹⁸ Studien omfattet 147 barn i alderen 0 til 16 år, og hadde særlig fokus på hvordan fylkesnemnda vektet barnas synspunkt i sine vedtak.¹¹⁹

Studien viser en tendens til at fylkesnemnda ikke foretar en tilfredsstillende vekting av barnets synspunkt, i lys av barnets alder og modenhet.¹²⁰ Det kan synes som at barnets mening tillegges vekt, eller ikke, etter i hvor stor grad det samsvarer med øvrige opplysninger i saken, og med det resultat fylkesnemnda uansett ville kommet til.¹²¹ Funnene i studien kan indikere at barn under syv år som hovedregel ikke får medvirke, og det er mangel på vurderinger av om barnet faktisk er i stand til å medvirke.¹²² Studien fant også at barn over syv år som hadde en funksjonsnedsettelse som medførte problemer med å uttale seg verbalt ikke fikk uttale seg i saken.¹²³

Konsekvenser av manglende medvirkning for barnet kommer tydelig fram i rapporten foretatt av «Fjeld-utvalget».

¹¹⁷ Omtalen av rapportens funn er basert på sammendrag hentet fra Helsetilsynet (2019) s. 8

¹¹⁸ Gerds-Andresen og Hansen (2020) s. 254-255

¹¹⁹ Gerds-Andresen og Hansen (2020) s. 254 og s. 256

¹²⁰ Gerds-Andresen og Hansen (2020) s. 263

¹²¹ Gerds-Andresen og Hansen (2020) s. 263-264

¹²² Gerds-Andresen og Hansen (2020) s. 262

¹²³ Gerds-Andresen og Hansen (2020) s. 263

4.4 Fjeld-utvalget (2020)

Bergen bystyre oppnevnte i 2019 et utvalg for å gjennomgå ti særlig konfliktfylte barnevernssaker i Bergen kommune, omtalt som «Fjeld-utvalget», etter utvalgsleder Rune Fjeld.¹²⁴ Rapporten ble ferdigstilt i 2020, og har fokus på hva som kan redusere konfliktene i barnevernet.

I rapporten konkluderes det med at en hovedgrunn til at det oppsto konflikt mellom barnevernet og de aktuelle barna, var at barna ikke ble tilstrekkelig involvert i saken, og at barnas erfaringer og synspunkter ikke ble tatt på alvor.¹²⁵ Det nevnes eksempel på at barna har fortalt om svært alvorlige forhold rundt sin omsorgssituasjon, men at barnevernet ikke fulgte opp informasjonen med tilstrekkelige undersøkelser. Utvalget sier det har skjedd en grov ignorering av barna.

4.5 Konklusjon

Rapportene som nå er gjennomgått er av nyere dato, og viser at manglende ivaretagelse av medvirkning for barn i barnevernet er en utfordring og en reell problemstilling i dag. Medvirkningsretten er, som tidligere nevnt, del av barnets menneskerettigheter, som følger av Grunnloven § 104 første ledd, og barnekonvensjonen artikkel 12. Det er klart at norske myndigheter har en sterk forpliktelse til å ivareta barnets medvirkningsrett, og gjennomføre rettigheten fullt ut for alle barn.¹²⁶ Rettigheten for barnet i barnevernssaker fremgår som kjent av barnevernloven § 1-6 og § 6-3 første ledd, og gjelder etter sin ordlyd ubetinget. Det er dermed problematisk at medvirkningsretten ikke i tilstrekkelig grad ivaretas.

Som tidligere redegjort for, er det klart at det ikke gjelder noen nedre aldersgrense for medvirkning.¹²⁷ Barn under syv år skal kunne medvirke der grunnvilkårene er oppfylt, og både barnevernet og fylkesnemnda har en vidtrekkende plikt til å tilrettelegge for dette.¹²⁸ Denne plikten gjelder like sterkt der barnet av ulike grunner har problemer med å uttrykke sine synspunkter. Å avskjære medvirkning for mindre barn, og barn som har utfordringer med

¹²⁴ Fjeld-utvalget (2020) s. 3

¹²⁵ Omtalen av rapportens funn er basert på hovedkonklusjon hentet fra Fjeld-utvalget (2020) s. 13

¹²⁶ Generell kommentar nr. 12, pkt. 19, se også denne oppgavens punkt 3.4 for plikten til å tilrettelegge for medvirkning

¹²⁷ Se denne oppgavens punkt 3.1.1

¹²⁸ Slik som redegjort for i denne oppgavens punkt 3.4

å uttrykke seg verbalt, er en krenkelse av plikten til å tilrettelegge for medvirkning.

Det er særlig graverende dersom barnets medvirkning ikke ivaretas i fylkesnemnda. Dette ettersom fylkesnemnda fatter de mest inngripende vedtak, med størst konsekvenser for barn og familie. Fylkesnemnda har som nevnt et selvstendig ansvar for å ivareta barns medvirkningsrett. Analysen til Gerds-Andresen og Hansen er foretatt i tiden etter det ble et lovfestet krav om fylkesnemndas dokumentasjon av barnets medvirkning i vedtak, noe som gjør funnene særlig problematisk.¹²⁹ En utfordring er imidlertid at mangel på dokumentasjon av medvirkning i vedtak, gjør det vanskelig å si sikkert hvordan medvirkning er ivaretatt i praksis, for eksempel hvordan barnets mening er tillagt vekt og om barnets mening overhodet er registrert.¹³⁰

Rapportene peker på ulike konsekvenser ved manglende medvirkning. Fjeld-utvalget viser i sin rapport hvordan barnevernet går glipp av viktig informasjon som gjør at barnet kanskje ikke får de tiltak det trenger.¹³¹ Manglende involvering av barna bidrar til at konfliktene eskalerer, og barna mister tillit til barnevernet.¹³² Rapporten fra Helsetilsynet (2019) peker for eksempel på hvordan manglende ivaretagelse av medvirkning i sakens tidlige fase gjør at hjelpetiltak ikke er tilpasset barnets behov.¹³³ Kanskje gjør dette at situasjonen blir mer alvorlig enn nødvendig. Dette er bare noen av konsekvensene som kan tenkes.

Problemer med ivaretagelse av medvirkningsretten for barn i kontakt med barnevernet er ikke en ny problemstilling, noe også lovgiver har hatt kunnskap om.¹³⁴ Det kan dermed spørres om lovgivers forsøk på å styrke medvirkningsretten for barn har vært tilstrekkelig. Et annet spørsmål er om den nye barnevernsloven av 2021 vil styrke barnets medvirkning i praksis. Dette er et spørsmål som må besvares ved en senere anledning..

Det er klart at det å høre barnets mening kan være med å finne fram til den riktige løsningen for barnet. Det kan imidlertid tenkes situasjoner hvor det å informere og høre barnet kanskje ikke er forenelig med hensynet til barnets beste. Det kan spørres om barnets rett til medvirkning egentlig gjelder ubetinget. Et slikt tilfelle ble behandlet av Høyesterett i

¹²⁹ Lovendringen danner nettopp bakgrunn for drøftelsen i analysen, se Gerds-Andresen og Hansen (2020) s. 262

¹³⁰ Som problematisert i Gerds-andresen og Hansen (2020) s. 256

¹³¹ Fjeld-utvalget (2020) s. 13

¹³² Fjeld-utvalget (2020) s. 13

¹³³ Helsetilsynet (2019) s. 59

¹³⁴ Se for eksempel Prop. 169 L (2016-2017) s. 43 med videre henvisninger

kjennelsen med referanse HR-2019-2301-A.

5 Gjelder medvirkningsretten ubetinget?

5.1 En gjennomgang av rettspraksis

5.1.1 HR-2019-2301-A

I kjennelsen HR-2019-2301-A tar Høyesterett for første gang prinsipielt stilling til spørsmålet om det kan gjøres unntak fra medvirkningsretten av hensyn til barnets beste.¹³⁵ Spørsmålet var om et barn, som var fylt syv år, skulle informeres og høres i sak om endring av samvær med foreldre etter en omsorgsovertakelse. Både tingretten og lagmannsretten hadde kommet til at medvirkning var utelukket. Den fagkyndige mente «særegne forhold» ved barnet gjorde at det var helseskadelig å la barnet medvirke.

Høyesterett foretar i sin vurdering en gjennomgang av de sentrale rettskilder for medvirkning, herunder barnevernloven § 1-6 og § 6-3 første ledd, Grunnloven § 104 første ledd samt barnekonvensjonen artikkel 12. På bakgrunn av dette uttaler høyesterett at barnevernloven § 4-1 om barnets beste innebærer «[...] at det i helt spesielle situasjoner må kunne gjøres unntak fra eller tilpasninger i plikten etter § 6-3», jf. avsnitt 70. Høyesterett uttaler også at «[...] kravet i § 1-4 om at tjenester og tiltak etter loven skal være forsvarlige, jf. også formålsbestemmelsen i barnevernloven § 1-1, setter grenser for når barnet må høres», jf. samme avsnitt. Høyesterett kommer enstemmig til at det var riktig å ikke la barnet få medvirke i saken.

Retten understreker imidlertid at «[...] plikten til å høre barnet – både under forvaltningsbehandlingen og behandlingen for domstolene – i utgangspunktet ligger fast, slik at det bare kan gjøres unntak eller tilpasninger i helt spesielle situasjoner», jf. avsnitt 75. Retten viser også til at «[...] vurderingen kan stille seg annerledes ved førstegangsavgjørelser enn i omgjøringssaker der barnet allerede er blitt hørt tidligere i prosessen», jf. samme avsnitt.

Dommen tyder på at medvirkningsretten ikke er ment å gjelde unntaksfritt. At det foreligger

¹³⁵ Haugli (2020) under innledning

helt «særegne forhold» ved barnet, indikerer at det er forhold som ikke gjelder for barn generelt som kan begrunne unntak fra medvirkningsretten. At det kun er i «helt spesielle situasjoner» medvirkning kan unnlates indikerer imidlertid at dette er en snever unntaksregel. Videre illustrerer uttalelsene at terskelen for å unnta barnet fra å medvirke vil være lavere i «omgjøringssaker» der barnet er «hørt tidligere i prosessen».¹³⁶

Høyesterett viser til flere tidligere rettsavgjørelser for å begrunne sitt resultat, herunder kjennelsen HR-2016-2314-U og dommen inntatt i Rt. 2004 s. 811. Det er interessant å se nærmere på disse.

5.1.2 HR-2016-2314-U

Kjennelsen HR-2016-2314-U gjaldt en barnevernssak, hvor det var fattet vedtak om omsorgsovertakelse. Mor ønsket å ha omsorgen for barna, subsidiært å få mer samvær, men lagmannsretten hadde avslått anke. Tingretten hadde kommet til at barna ikke skulle bli informert eller få anledning til å uttale seg før avgjørelsen. Spørsmålet for Høyesterett var hvorvidt barna hadde rett til å medvirke, slik at anken likevel måtte fremmes for lagmannsretten, jf. bvl. § 6-3 første ledd og tvl. § 36-10 tredje ledd.¹³⁷

Bakgrunnen for at barna ikke hadde fått medvirke var at tingsrettens oppnevnte sakkyndige mente det ikke ville være «[...] etisk eller fagleg forsvarleg [...]», ettersom barna var «svært skada psykisk på grunn av tidlegere omsorgssituasjon hos mor og far [...]», jf. avsnitt 5. Den sakkyndige mente at ved å involvere barna ville man «[...] påføre barna ytterlegare belastningar som vert vurdert å kunne påføre barna ytterlegare skade», jf. samme avsnitt. Barna måtte dermed vernes mot å medvirke. Høyesteretts viste til at medvirkningsretten etter barnevernloven § 6-3 første ledd, Grunnloven § 104 første ledd og barnekonvensjonen artikkel 12, gjelder unntaksfritt. Det ble imidlertid uttalt at «[h]vorvidt det likevel skal oppstilles unntak [...] er [...] et spørsmål som har betydning utenfor denne saken», jf. avsnitt 17. Dermed var et vilkår for ankebehandling oppfylt, jf. tvl. § 36-10 tredje ledd bokstav a. Denne formuleringen forstår Høyesterett i HR-2019-2301-A som et åpent spørsmål om det likevel kan gjelde unntak fra medvirkningsretten.

¹³⁶ Også Haugli forstår dette som at unntaksmuligheter er snevrere ved førstegangsavgjørelser, se Haugli (2020) under «Høyesteretts oppsummering av kilder med nasjonal opprinnelse»

¹³⁷ Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven - tvl.)

5.1.3 Rt. 2004 s. 811

Dommen inntatt i Rt. 2004 s. 811 omhandler endring av dom om samvær mellom barn og foreldre etter barnelova § 39. Det sentrale spørsmålet i saken var om det var en saksbehandlingsfeil at ikke barnet fikk uttale seg i den forbindelse. Her viste førstvoterende til det klare utgangspunkt etter barnelova § 31 andre ledd og barnekonvensjonen artikkel 12, som ikke ga anledning til å gjøre unntak. Barnelova § 31 andre ledd fastslår at «[e]it barn som er fylt sju år, og yngre barn som er i stand til å danne seg egne synspunkt, skal få informasjon og høve til å seie meininga si før det blir teke avgjerd om personlege forhold for barnet, mellom anna om [...] samvær».

Det var likevel ikke en saksbehandlingsfeil at barnet ikke var blitt hørt. Høyesterett uttalte at utgangspunktet om at barnet skal høres ikke står så sterkt «[...] der det er tale om endring av samværsordninga i ein ny dom, som det ville ha stått ved den opphavlege prøvinga», jf. avsnitt 47. Videre begrunnet Høyesterett unntak fra rett til å bli hørt med en vurdering «[...] i lys av det grunnleggjande prinsippet om barnets beste, [...]», jf. samme avsnitt. Retten viste til at barnets beste også gjør seg gjeldende i saksbehandlingen. I relasjon til dette viste retten til den lojalitetskonflikten barnet ville kunne komme i ved å måtte ta stilling til om han skulle uttale seg om samværsspørsmål. Det ble vist til det høye konfliktnivået i saken der barna hadde blitt trukket inn i konflikten. Her ønsket retten å verne barnet for presset i å måtte ta stilling til en eventuell medvirkning. Forhold ved barnet gjorde at han hadde særlig behov for å vernes, da han allerede slet med konfliktene i familien.

I Rt 2004 s. 811 var altså hensyn til barnets beste hovedbegrunnelsen for å unnta barnet fra medvirkning, ved at det talte for å skjerme barnet fra konfliktene mellom foreldrene.

Uttalelsen fra Høyesterett gir anvisning på at der barnet er gitt anledning til å uttale seg tidligere i prosessen om det samme spørsmålet, vil det være en lavere terskel for å unnta barnet fra rett til å bli hørt, av hensyn til barnets beste. I HR-2019-2301-A bruker Høyesterett dommen for å illustrere at barnets beste kan begrunne unntak fra rett til medvirkning.

5.2 Nærmere vurdering av HR-2019-2301-A

5.2.1 Rettslige utgangspunkter

Ordlyden i barnevernloven § 1-6 og § 6-3 første ledd gir anvisning på en unntaksfri regel, der grunnvilkårene for medvirkning er oppfylt. Barnet «skal» da informeres og få mulighet til å uttale seg, jf. bvl. § 6-3 første ledd første punktum. Tilsvarende har barnet en «rett» til å medvirke, jf. bvl. § 1-6 første punktum. Lovens ordlyd gir barnet en ubetinget rettighet, og åpner ikke for unntak av hensyn til barnets beste, eller andre forhold. Dette gjelder også etter Grunnloven § 104 første ledd og barnekonvensjonen artikkel 12. Dette er de rettslige utgangspunktene for Høyesterett sin vurdering i HR-2019-2301-A. Likevel kommer Høyesterett til at det kan gjøres unntak fra barnets medvirkningsrett, hovedsakelig av hensyn til barnets beste.

Det kan spørres om hensynet til barnets beste egentlig kan begrunne unntak fra retten til medvirkning. For dette er det interessant å se nærmere på Barnekomiteen og lovgivers forståelse av forholdet mellom barnets beste og retten til medvirkning,

5.2.2 Barnekomiteens forståelse av barnets beste og rett til medvirkning

FNs barnekomité har uttalt at det ikke er noe motsetningsforhold mellom hensynet til barnets beste og barnets rett til å medvirke, slik det framgår av barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 og artikkel 12.¹³⁸ Dette ettersom rettighetene er ment å utfylle hverandre, ved at ivaretagelse av barnets medvirkning er en forutsetning for å nå målet om avgjørelser til barnets beste.

Barnekomiteen framhever barnets beste som en prosessuell rettighet som må ivaretas gjennom saksbehandlingen.¹³⁹ Å ta hensyn til barnets beste innebærer at barn må ha adgang til å medvirke, og dette gjelder som et obligatorisk trinn i prosessen fram til en avgjørelse.¹⁴⁰

Barnekomiteen uttaler imidlertid at medvirkningsretten ikke skal praktiseres tankeløst, da dette kan ha potensielle negative konsekvenser for barnet.¹⁴¹ Dette er særlig viktig i møte med

¹³⁸ Generell kommentar nr. 12, pkt. 74

¹³⁹ Generell kommentar nr. 12, pkt. 70

¹⁴⁰ Generell kommentar nr. 12, pkt. 70

¹⁴¹ Generell kommentar nr. 12, pkt. 21 fjerde kulepunkt

små barn, eller barn som har vært utsatt for traumatiske handlinger.¹⁴² Myndighetene må her ta forholdsregler for at medvirkningsretten kan utøves samtidig som barnet er beskyttet.¹⁴³

Barnekomiteen synes med dette å anerkjenne at medvirkningsretten kan ha negative sider. Likevel er Barnekomiteen tydelig på at medvirkningsretten skal gjelde «fullt ut for alle barn»,¹⁴⁴ noe som klart gir anvisning på en ubetinget regel.

Barnekomiteens uttalelser taler for at barnets beste kan få betydning for hvordan medvirkning skal gjennomføres, ved at det må gjøres tilpasninger i retten til å medvirke. Det kan dermed spørres om Høyesterett i HR-2019-2301-A skulle gjort en større innsats for å høre barnet, i lys av barnets individuelle forhold, framfor å unnta barnet fra å medvirke.

5.2.3 Lovgivers forståelse av barnets beste og rett til medvirkning

Det er ikke nødvendigvis lovgivers vilje at det kan gjøres unntak fra barnets rett til å medvirke.

I forarbeidene til barnevernloven har lovgiver tatt stilling til forholdet mellom barnets beste og retten til medvirkning. Lovgiver har i den forbindelse uttalt at det kan skje en tilpasning av medvirkningsretten i situasjoner preget av hast.¹⁴⁵ Det kan argumenteres for at Høyesterett i HR-2019-2301-A går imot lovgiver sin forståelse, når det gjøres unntak fra retten til medvirkning.¹⁴⁶

Lovgiver har i forarbeidene til den nye barnevernsloven av 2021, knyttet følgende bemerkninger til kjennelsen i HR-2019-2301-A:

«Departementet understreker at det er en snever mulighet til å gjøre unntak fra barnets rett til å medvirke av hensyn til barnets beste. Dette kan, som Høyesterett vurderer, kun skje i helt spesielle situasjoner. Departementet viser her til tidligere uttalelser om at det av hensyn til barnets beste må kunne gjøres en tilpasning av hvordan barnets rett til å medvirke skal gjennomføres i en akuttsituasjon.»¹⁴⁷

¹⁴² Generell kommentar nr. 12, pkt. 21 fjerde kulepunkt

¹⁴³ Generell kommentar nr. 12, pkt. 21 fjerde kulepunkt

¹⁴⁴ Generell kommentar nr. 12, pkt. 19

¹⁴⁵ Prop. 169 L (2016-2017) s. 45

¹⁴⁶ Haugli mener lovgiver bevisst har ment å gi en unntaksfri regel, se Haugli (2020) under «førstvoterende tolker departementet feil»

¹⁴⁷ Prop. 133 L (2020-2021) s. 88

Lovgiver er altså bevisst at Høyesterett åpner for at det kan gjøres unntak fra medvirkning av hensyn til barnets beste. I den nye barnevernsloven av 2021 er det imidlertid ikke lovfestet unntak fra medvirkningsretten, og bestemmelsen om medvirkning taler fortsatt for en absolutt praktisering av rettigheten. Dette kan ses som et signal fra lovgiver om at det fortsatt gjelder en ubetinget medvirkningsrett for barn.

Samtidig er det klart at lovgiver ikke kan ta i betraktning alle mulige situasjoner ved utforming av en lovregel. Selv om utgangspunktet står fast, kan det oppstå tilfeller i praksis hvor hensynene ikke tar seg forene. Deler av rettsutviklingen må nødvendigvis bli lagt til Høyesterett. At lovgiver i forarbeidende «understreker» at muligheten til unntak er snever, og unntak er knyttet til «helt spesielle situasjoner» gir signaler om at Høyesterett må være forsiktig med å innfortolke unntak, og holde seg på en streng linje.

5.2.4 Bruk av Rt. 2004 s. 811

Høyesterett viser i HR-2019-2301-A til en tidligere sak etter barnelova for å begrunne sitt standpunkt, herunder dommen inntatt i Rt. 2004 s. 811. Det kan imidlertid være usikkert hvor stor rettskildemessig vekt dommen har for medvirkningsretten etter dagens barnevernlov. Som påpekt av Høyesterett i kjennelsen HR-2016-2314-U, kan dommens vekt som rettskilde være begrenset ettersom den er fra 2004, jf. kjennelsens avsnitt 17. På dette tidspunkt var ikke Grunnloven § 104 vedtatt, og Barnekomiteen hadde ikke kommet med generelle kommentarer til forholdet mellom barnekonvensjonen artikkel 3 om barnets beste, og medvirkningsretten i artikkel 12. Det kan argumenteres for at Høyesterett ved å benytte seg av dommen ser bort ifra rettsutviklingen som har skjedd i ettertid i retning av å styrke medvirkningsretten for barn.¹⁴⁸ Det kan etter dette spørres om dommen inntatt i Rt. 2004 s. 811 har overføringsverdi til saker etter barnevernloven, og hvorvidt Høyesterett har tillagt saken for mye vekt.

I HR-2019-2301-A foretar Høyesterett en konkret vurdering av om det kan gjøres unntak fra medvirkning, der barnets beste står sentralt. Høyesteretts har også andre argumenter for å unnta barnet fra medvirkning, knyttet til avgjørelsestypen og at barnet er blitt hørt tidligere.

¹⁴⁸ Som problematisert også av Haugli, se Haugli (2020) under «Høyesteretts oppsummering av kilder med nasjonal opprinnelse». Lucy Smith har kritisert Høyesteretts begrunnelse i Rt. 2004 s. 811, se Smith (2004).

5.3 Særlig om avgjørelsestypen og der barnet er hørt tidligere

I HR-2019-2301-A uttaler Høyesterett at «[...] vurderingen kan stille seg annerledes ved førstegangsavgjørelser enn i omgjørings saker der barnet allerede er blitt hørt tidligere i prosessen», jf. avsnitt 75.¹⁴⁹ Avgjørelsestypen, og om barnet var hørt tidligere, var også i kjennelsen HR-2020-1619-U del av vurderingen av om barnet skulle unntas fra medvirkning. Saken gjaldt anke over en midlertidig avgjørelse i foreldretvist etter barnelova.¹⁵⁰ Høyesterett uttalte her at retten til medvirkning står svakere ved midlertidige avgjørelser enn ved endelige avgjørelser, jf. avsnitt 13.¹⁵¹ Det var av betydning om det var gått «[...] relativt kort tid siden barnet sist uttalte seg om spørsmålet», og om det hadde «[...] inntruffet begivenheter i barnets liv som tilsier at dets syn kan ha endret seg», jf. avsnitt 17. Også sakens grad av hast ble trukket fram som et moment, jf. samme avsnitt.

Det er klart at retten til å bli hørt gjelder “i enhver rettslig og administrativ saksbehandling som angår barnet”, jf. barnekonvensjonen art. 12 nr. 2. Til dette understreker Barnekomiteen i sin generelle kommentar at rettigheten «[...] gjelder alle relevante rettslige prosesser som angår barnet, uten unntak [...]».¹⁵² Dette gir anvisning på en ubetinget regel, uavhengig sakstype og om barnet er hørt tidligere. Likevel understreker Barnekomiteen at «[...] barn ikke skal forhøres oftere enn det som er nødvendig, særlig ikke dersom det er snakk om gransking av hendelser som har vært til skade for barnet. “Høringen” av et barn er en vanskelig prosess som kan ha traumatisk virkning på han eller henne».¹⁵³

Uttalelsene til Barnekomiteen taler for en begrensning i hvor ofte barnet må høres, av hensyn til barnets beste. Høyesterett har derfor støtte for sin forståelse for å sondre mellom tilfeller der barnet er hørt tidligere og ikke. At det ikke kan gå for lang tid fra barnet høres, til retten fatter en avgjørelse, er trukket fram i kjennelsene HR-2017-1996-U og HR-2020-331-U.¹⁵⁴ Her fant Høyesterett at et tilfelle hvor det gikk ti måneder til avgjørelse ble fattet, og et annet

¹⁴⁹ Lignende synspunkt uttrykte Høyesterett i Rt. 2004 s. 811 avsnitt 47

¹⁵⁰ For mer om forholdet mellom barnevernloven og barnelova, se denne oppgaven punkt 1.3

¹⁵¹ Høyesterett bygger på sine tidligere uttalelser i Rt. 2005 s. 1693 avsnitt 27-29

¹⁵² Generell kommentar nr. 12, pkt. 32

¹⁵³ Generell kommentar nr. 12, pkt. 24

¹⁵⁴ HR-2020-331-U gjaldt sak etter barnelova. HR-2017-1996-U gjaldt sak etter barne bortføringsloven, hvor barnets medvirkningsrett følger av barne bortføringsloven § 17. Likheten mellom reglene gjør at Høyesteretts uttalelser er relevant også for forståelsen av barnets medvirkningsrett etter barnevernloven

tilfelle hvor det gikk ett år, var for lang tid uten å innhente en ny uttalelse fra barnet.¹⁵⁵

At det vil kunne sondres mellom ulike avgjørelsestyper, har fått støtte i juridisk teori.¹⁵⁶ Det kan imidlertid framstå uklart hvor Høyesterett i HR-2019-2301-A og HR-2020-1619-U forankrer sin argumentasjon om å gjøre unntak grunnet sakens avgjørelsestype. I saker preget av hast har lovgiver gitt uttrykkelig anvisning på en tilpasning av medvirkning, heller enn å gjøre unntak.¹⁵⁷ Enkelte avgjørelsestyper kan være av en slik karakter at de ikke vil «berøre[r]» barnet, slik at et grunnvilkår for medvirkning ikke er oppfylt, jf. bvl. § 6-3 første ledd første punktum. Som tidligere redegjort for er det imidlertid klart at vilkåret skal praktiseres vidt.¹⁵⁸

Særlig overraskende er Høyesteretts argumentasjon i kjennelsen HR-2020-663-S, som omhandlet en prosessuell avgjørelse. Høyesterett uttaler i den forbindelse av barnet uansett ikke «[...] kunne ha noen begrunnet oppfatning [...]» om de rettslige spørsmålene som Høyesterett skulle behandle, herunder vurderingen av ankebehandling, jf. avsnitt 85.¹⁵⁹

Det problematiske her er at Høyesterett knytter barnets rett til medvirkning til hvorvidt det vil kunne ha en «begrunnet oppfatning» om sakens rettslige spørsmål.¹⁶⁰ Formuleringen indikerer at barnets medvirkningsrett avhenger av hva barnet kan bidra med i opplysning av saken. Dette er ikke et vilkår for medvirkning, og som tidligere redegjort for trenger barnet heller ikke uttale seg om alle sider av saken.¹⁶¹ En slik uklar formulering kan være egnet til å svekke medvirkningsretten på lengre sikt.

5.4 Konklusjon

Barnekomiteens uttalelser tilknyttet barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 og artikkel 12 taler klart for at det ikke gjelder noen motsetningsforhold mellom retten til medvirkning og hensynet til barnets beste. Tilsvarende forståelse må legges til grunn etter Grunnloven § 104, da bestemmelsen bygger på barnekonvensjonen. Lovgiver har i den nye barnevernsloven av

¹⁵⁵ Avgjørelsene er referert i HR-2020-1619-U avsnitt 17

¹⁵⁶ Se Sandberg sine kommentarer til HR-2020-663-S, jf. Sandberg (2020) s. 158

¹⁵⁷ Prop. 133 L (2020-2021) s. 88

¹⁵⁸ Se denne oppgavens punkt 3.1.2 med videre henvisning til Generell kommentar nr. 12 pkt. 26

¹⁵⁹ Kjennelsen ble behandlet i Høyesterett i storkammer, sammen med to andre barnevernssaker, herunder HR-2020-661-S og HR-2020-662-S. ; Tilsvarende synspunkt ble uttrykt av Høyesterett i kjennelsen HR-2021-763-F avsnitt 16, hvor barnet heller ikke fikk medvirke i en prosessuell avgjørelse

¹⁶⁰ Dette problematiser også Sandberg, se Sandberg (2020) s. 158

¹⁶¹ Se denne oppgavens punkt 3.1.1 med videre henvisning til Generell kommentar nr. 12 pkt. 21 andre kulepunkt

2021 valgt å formulere barnets medvirkningsrett som en ubetinget rettighet. Etter dette er det ingen tvil om at den store hovedregel er at medvirkningsretten skal gjelde ubetinget, uten unntak.

Likevel kan rettspraksis illustrere at det ikke gjelder noen regel uten unntak. Kjennelsen HR-2019-2301-A kan tas til inntekt for at det kan gjøres unntak i helt spesielle situasjoner, hovedsakelig av hensyn til barnets beste. Barnets beste er imidlertid ikke brukt som et argument som alene begrunner unntak fra medvirkning. Rettspraksis illustrerer hvordan andre momenter kan senke terskelen, herunder avgjørelsestypen og hvorvidt barnet er hørt tidligere. Av hensyn til barnets beste kan det gjøres unntak i *hvor ofte* barnet høres. Hensynet til et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag taler imidlertid for at det ikke må gå for lang tid, og det må tas hensyn til endringer i barnets livsomstendigheter.

Hvilke forhold som mer konkret må foreligge med barnet for å gjøre unntak, kan fremstå usikkert etter en gjennomgang av HR-2019-2301-A. Den fagkyndige sikter til «særegne forhold» ved barnet, herunder at barnet er skadet og risikerer ytterligere skade. Mange barn i barnevernssaker kan være i en særlig sårbar situasjon, hvor sviktende omsorg kan ha satt sine spor, og vil kunne oppfattes som «skadet» av den grunn.¹⁶² Det kan spørres hvor grensen skal gå for når et barn som anses «skadet» har rett til medvirkning, og ikke. Det kan spørres om Høyesterett burde være enda mer tydelig i sin begrunnelse, der det blir gjort unntak fra en så klar rettighet. Uklare grenser kan bidra til at unntak praktiseres enda videre i neste omgang, og i verste fall bidra til en uthuling av barnets rett til medvirkning.¹⁶³ Dette er særlig problematisk da det allerede er utfordringer knyttet til ivaretagelsen av barns medvirkningsrett i praksis.

Rettspraksis kan vise at det her er behov for en rettsavklaring, og det kan spørres om lovgiver i den nye barnevernsloven av 2021 likevel skulle ha lovfestet en unntaksmulighet.¹⁶⁴ På den ene siden ville slik lovfesting skapt en større forutberegnelighet, dersom det ble gitt klare retningslinjer for i hvilke tilfeller barnet ikke fikk medvirke. På den andre siden ville det å

¹⁶² Haugli problematiserer at det er mange «skadede» barn i barnevernet, og at dette kan gi et press i retning av å unnta barnet fra medvirkning, se Haugli (2020) under punktet «kjennelsens betydning og mulige konsekvenser»

¹⁶³ Haugli problematiserer konsekvensen av HR-2019-2301-A, og at bruken av hensyn til barnets beste i verste fall er en svekket medvirkningsrett, se Haugli (2020) under punktet «Kjennelsens betydning og mulige konsekvenser»

¹⁶⁴ Haugli har oppfordret til en ny vurdering av unntaksspørsmålet, se Haugli (2020) under «Kjennelsens betydning og mulige konsekvenser»

lovfeste unntak kunne bli sett på som et signal om at medvirkningsretten ikke er ubetinget, og dermed åpne for enda videre unntak i neste omgang.

Barnevernssaker omhandler sensitive tema. Det er klart at barnet kan vegre seg for å si sin mening, og dert kan oppleve lojalitetskonflikt ovenfor foreldrene. I noen tilfeller kan barnet også risikere å bli utsatt for vold. En annen side er at informasjon til barnet, og barnets involvering i saken, kan være belastning for barnet i seg selv. Barn kan bli involvert i foreldrenes problemer mer enn det som er nødvendig, og det er klart et behov for å skjerme barn mot de voksnes problemer. Det er klart at de negative aspektene ved medvirkning kan være særlig belastende for et særlig sårbart barn.

Lovgiver har imidlertid forsøkt å bøte på disse problemene. Gjennom unntak fra dokumentinnsyn, og gjennom krav om mer nyanserte drøftelser i vedtak. Det ligger i at barnet skal kunne uttale seg «fritt» at barnet ikke skal bli presset til å medvirke, det sentrale er muligheten. Det er også barnevernet sin oppgave å ivareta barnets beste gjennom hele prosessen. Medvirkning kan i seg selv være viktig og av betydning for barnet, og bidra til mer riktige avgjørelser. Det er vanskelig å se at bare en mulighet kan være skadelig for barnet. Det er og vanskelig å se at målsettingen om at barnet skal være hovedpersonen i saker som angår det, kan realiseres uten at barnet er snakket med.

Jeg deler vurderingene til Trude Haugli, når hun sikter til at gjennomføring av medvirkningsretten kan tilpasses etter hva som er til det beste for barnet.¹⁶⁵ At en løsning der disse hensynene står mot hverandre er å gjøre en innsats for å harmonisere hensyn til barnets beste med retten til medvirkning, er framhevet også av Mona Martnes.¹⁶⁶ Dette innebærer en anerkjennelse av barnet som et eget individ med egne rettigheter, og er i tråd med rettsutviklingen i etterkant av dommen inntatt i Rt. 2004 s. 811. Kanskje kan det også innebære behov for en nærmere undersøkelse og klargjøring av hva det vil si å beskytte barnet, og hvordan man gjør dette på best mulig måte under medvirkning, slik at barnets beste ivaretas samtidig som medvirkningsretten anerkjennes fullt ut.

¹⁶⁵ se Haugli (2020) under punktet «lagmannsrettens kjennelse»

¹⁶⁶ Martnes (2021) s. 173

6 Kilderegister

Lover og forskrifter

Grunnloven - Grl.	Kongeriket Norges Grunnlov 17. mai 1814 (Grunnloven - Grl.)
Forvaltningsloven - fvl	Lov 10. februar 1967 nr. 10 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven – fvl.)
Barnelova - bl	Lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barnelova – bl.)
Barnebortføringsloven	Lov 8. juli 1988 nr. 72 om anerkjennelse og fullbyrding av utenlandske avgjørelser om foreldreansvar m v og om tilbakelevering av barn (barnebortføringsloven)
Barnevernloven – bvl.	Lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester (barnevernloven – bvl.)
Menneskerettsloven - mrl.	Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven – mrl.)
Tvisteloven - tvl.	Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven – tvl.)
Utlendingsloven	Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven – utlend.)

Medvirkningsforskriften
Forskrift 1. juni 2014 nr. 697 om medvirkning og tillitsperson (forskrift om medvirkning og tillitsperson)

Barnevernsloven av 2021
Lov 18. juni 2021 nr. 97 om barnevern (barnevernsloven), (*ikke trådt i kraft*)

Internasjonale konvensjoner og dokumenter

Den Europeiske
Menneskerettighetskonvensjon,
(EMK)
Europarådets konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (Den europeiske menneskerettighetskonvensjon – EMK)

Barnekonvensjonen
De forente nasjoners internasjonale konvensjon 20. november 1989 om barnets rettigheter (FNs barnekonvensjon)

Generell kommentar nr. 12
Committee on the Rights of the Child, General comment no. 12 (2009): *The right of the child to be heard*, CRC/C/GC/12, 20. juli 2009. Norsk oversettelse hentet fra:
<https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/bld/barnets-rettigheter/generell-kommentar-12.pdf>. (lest 1. Desember 2021)

Generell kommentar nr. 14.
Committee on the Rights of the Child, *General comment No. 14 (2013): The right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1)*, CRC/C/GC/14, 29. mai 2013.

Norsk oversettelse hentet fra:

https://www.regjeringen.no/contentassets/1376fac2fe2a427389f9f94b52acdefc/crc_c_gc_14_eng_nor.pdf (lest 1. desember 2021)

Forarbeider

Ot. prp. nr. 44 (1991-1992)

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

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

Ot. prp. nr. 45 (2002-2003) Om lov om endring i menneskerettsloven mv. (innarbeiding av barnekonvensjonen i norsk lov)

Dok. nr. 16 (2011-2012)

Dokument 16 (2011–2012) Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven

NOU 2012: 5

NOU 2012: 5 Bedre beskyttelse av barns utvikling: Ekspertutvalgets utredning om det biologiske prinsipp i barnevernet

Prop. 106 L (2012-2013)

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

NOU 2016: 16

NOU 2016: 16 Ny barnevernslov: Sikring av barnets rett til omsorg og beskyttelse

Prop. 169 L (2016-2017)

Prop. 169 L (2016-2017) Endringer i barnevernloven mv. (bedre rettssikkerhet for

barn og foreldre)

Prop. 133 L (2020-2021)

Prop. 133 L (2020-2021) Lov om
barnevern (barnevernsloven) og lov om
endringer i barnevernloven

NOU 2020: 14

NOU 2020: 14 Ny barnelov: Til barnets beste

Domsregister

Rettstidende

Rt. 1984 s. 289

Rt. 1991 s. 668

Rt. 1995 s. 530 A

Rt. 2004 s. 1300 U

Rt. 2004 s. 811 A

Rt. 2004 s. 1046 A

Rt. 2005 s. 1693 U

Rt. 2009 s. 1261 A

Rt. 2010 s. 1313 A

Rt. 2011 s. 1053 U

Rt. 2012 s. 1832 A

Rt. 2013 s. 1176 U

Rt. 2015 s. 93 A (Maria-dommen)

Saksnummer

HR-2016-2314-U

HR-2017-1996-U

HR-2019-2301-A

HR-2020-661-S

HR-2020-662-S

HR-2020-663-S

HR-2020-1619-U

HR-2020-331-U

HR-2021-763-F

Avgjørelser fra EMD

Strand Lobben and others v. Norway

Strand Lobben and others v. Norway GC,

EMD, nr. 37283/13,

ECLI:CE:ECHR:2019:0910JUD003728313

M. and M. v. Croatia

M. and M. v. Croatia J, EMD, nr. 10161/13,

ECLI:CE:ECHR:2015:0903JUD001016113

A.S. v. Norway

A.S v. Norway J, EMD, nr. 60371/15,

ECLI:CE:ECHR:2019:1217JUD006037115

7 Litteraturregister

Juridisk litteratur

- Bendiksen og Haugli (2021) Bendiksen, Lena R.L og Trude Haugli,
Sentrale emner i barneretten, 4. Utg.
Universitetsforlaget 2021.
- Martnes (2021) Martnes, Mona, 5. *Andre sentrale rettigheters forhold til barnets beste*, inntatt i Martnes, Mona, *Barnets beste. Rettighetens innhold i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning*, Universitetsforlaget 2021.
Side 136-198 elektronisk tilgjengelig på idunn.no
DOI: <https://doi.org/10.18261/9788215049991-2021-05>,
(sjekket 1. desember 2021)
- Ofstad og Skar (2015) Ofstad, Kari og Randi Skar, *Barnevernloven: med kommentarer*, 6 utg., Gyldendal Juridisk 2015.
- Stang, Elisabeth Gording: *Grunnloven paragraf 104 - en styrking av barns rettsvern*, inntatt i Andersland, Geir Kjell (red.) *Antologi: De Castbergske barnelover 1915-2015*, Cappelen Damm Akademisk 2015

Annen juridisk teori

- Haugli (2020) Haugli, Trude, *Kommentar til Høyesteretts kjennelse om hensynet til barnets beste og barns rett til å bli hørt*, *Juridika Innsikt*, 3. januar 2020, elektronisk tilgjengelig på juridika.no (lest 1. desember 2021)
- Kvalø (2018) Kvalø, Kristen Kolstad, «Merknader fra FNs barnekomite til Norge - en kommentar». *Tidsskrift for*

familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål, 2018/4, Årgang 16, s. 352-360. Elektronisk tilgjengelig på idunn.no
DOI: <https://doi.org/10.18261/issn.0809-9553-2018-04-07>

Søvig (2020) Søvig, Karl Harald, *Kommentar til høstens barnevernssaker mot Norge*, Juridika Innsikt, 9. januar 2020, elektronisk tilgjengelig på juridika.no (lest 1. desember 2021)

Sandberg (2020) Sandberg, Kirsten, «Storkammeravgjørelsene om barnevern», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2020/2, Årgang 18, s. 148-159. Elektronisk tilgjengelig på idunn.no
DOI: <https://doi.org/10.18261/ISSN0809-9553-2020-02-05>.

Smith (2004) Smith, Lucy, «Barnets beste og barnet uttalerett», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2004/3-4, årgang 2, s. 222-230. Elektronisk tilgjengelig på juridika.no (publisert 21.04.2016)
DOI: <https://doi.org/10.18261/ISSN0809-9553-2004-03-04-05>

Internettdokument

<https://www.regjeringen.no/no/dokumentarkiv/regjeringen-solberg/aktuelt-regjeringen-solberg/bld/nyheter/2021/ny-barnevernslov/id2843407/>. (lest 1. Desember 2021)

8 Rapporter

Barnekomiteens rapport
til Norge (2018)

Committee on the Rights of the Child,
*Concluding observations on the combined fifth and sixth
periodic reports of Norway*, 4. Juli 2018,

Norsk oversettelse hentet fra:

https://www.regjeringen.no/contentassets/87e11af6044b4c45923d2830d2d6b144/concluding-observations---4-juli---crc_c_nor_co_5-6_31367_e_no-004.pdf

(lest 1. desember 2021)

Helsetilsynet (2019)

Statens helsetilsyn, *Det å reise vasker øynene:
Gjennomgang av 106 barnevernssaker*, Oslo, januar
2019. Hentet fra:

https://www.helsetilsynet.no/globalassets/opplastinger/publikasjoner/rapporter2019/helsetilsynet_rapport_unu_mmerert_gjennomgang_106_barnevernsaker.pdf

(lest 1. desember 2021)

Fjeld-utvalget (2020)

Utvalg for gjennomgang av barnevernssaker i Bergen
kommune, *Det kan høres ut som en bagatell, men ikke
for meg da: Gjennomgang av ti særlig konfliktfylte
barnevernssaker i Bergen kommune*, Bergen, Mars
2020. Hentet fra:

<https://www.bergen.kommune.no/politikere-utvalg/api/fil/3373651/Barnevernsrapport-Fjeld-utvalget>. (lest 1. desember 2021)

Gerds-Andresen og Hansen
(2020)

Tina Gerds-Andresen og Heidi Aarum Hansen,
«Barnets rett til å bli hørt: En analyse av hvordan
barnets uttalelser blir vektet av fylkesnemnda når det
skal fattes vedtak om omsorgsovertakelse».
Tidsskriftet Norges Barnevern, 04/2020 (volum 97), s.
250-265. Elektronisk tilgjengelig på idunn.no
DOI:
<https://doi.org/10.18261/ISSN.1891-1838-2020-04-03>
(lest 1. Desember 2021)

NIM (2020)

Norges Institusjon for menneskerettigheter,
*Hvorfor dømmes Norge i EMD? En statusrapport om
barnevernsfeltet*, 21. desember 2020.
DOI: [https://www.nhri.no/wp-
content/uploads/2020/12/Rapport-hvorfor-dommes-
norge-i-emd-web.pdf](https://www.nhri.no/wp-content/uploads/2020/12/Rapport-hvorfor-dommes-norge-i-emd-web.pdf). (lest 1. Desember 2021)