

UiO • Det juridiske fakultet

Barns medvirkningsrett i barnefordelingssaker

Vektlegging av barnets medbestemmelsesrett i foreldretvister.

Kandidatnummer: 524

Leveringsfrist: 25. april 2014

Antall ord: 17 996



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Oppgavens tema.....	1
1.2	Avgrensning.....	3
1.3	Videre fremstilling.....	3
2	KILDEBRUK.....	5
2.1	Internasjonale kilder.....	5
2.2	Nasjonale kilder.....	6
2.2.1	Lover.....	6
2.2.2	Forarbeider.....	7
2.2.3	Rettspraksis.....	7
3	BEGREPSAVKLARING.....	8
3.1	Hva er foreldreansvar?.....	8
3.2	Hva menes med fast bosted?.....	9
3.3	Hva er samvær?.....	10
3.3.1	Samvær med og uten tilsyn.....	11
4	FNS BARNEKONVENSJON.....	12
4.1	Barnekonvensjonens stilling i norsk rett.....	12
4.2	Barnerettslige prinsipper.....	13
4.2.1	Bakgrunn og utvikling.....	13
4.2.2	Barnets beste.....	14
4.2.3	Rett til liv og utvikling.....	15
4.2.4	Diskrimineringsforbud.....	15
4.2.5	Rett til å bli hørt.....	17
5	BARNES MEDVIRKNINGSRETT.....	19
5.1	Kort om bakgrunn.....	19
5.2	Barns medbestemmelsesrett.....	19
5.2.1	Hva innebærer barnets deltakelse?.....	19

5.2.2	Hvilke barn har rett til å bli hørt?	20
5.2.3	Er barnets uttalelserrett en ubetinget rett?	22
5.2.4	Gjelder barnets uttalerett også i midlertidige avgjørelser?	23
5.2.5	Når skal barnet høres?	24
5.3	Informasjon og tilbakemelding	25
6	DE PROFESJONELLE AKTØRENE.....	26
6.1	Familievernet	26
6.1.1	Mekling.....	26
6.2	Domstolene	30
6.2.1	Rettsforlik	30
6.2.2	Barnefaglig kompetanse	32
6.2.3	Manipulasjon	35
6.2.4	Oppnevning av en advokat eller en representant.....	37
6.3	Barnevernet	38
7	VEKTLEGGING AV BARNETS STEMME.....	40
7.1	Studier	40
7.1.1	Barnets innflytelse	42
7.1.2	Barnets beste v. barnets ønske.....	46
8	FORHOLDET MELLOM BARNELOVEN OG BARNEVERNLOVEN	48
8.1	Lovenes anvendelsesområde.....	48
8.2	To selvstendige prosesser.....	49
8.3	Krysspress	52
9	KONKLUSJON OG AVSLUTTENDE BEMERKNINGER.....	54
	LITTERATURLISTE.....	57

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema

«De ble enige om en avtale, og spurte aldri meg. Nå må jeg gå på familiekontoret, fordi jeg er så vanskelig.»

Gutt, 14 år i en samtale med Barneombud.

«Hvis du har fortalt at du redd og så må du til samvær etterpå, er det fælt.»

Gutt, 17 år.

Disse utsagnene kommer frem i Barneombudets rapport – *Barnas stemme stilner i stormen*¹. Masteravhandlingen vil ta for seg barnets rettsstilling i foreldretvister, også kalt barnefordelingssaker². Det er nettopp i disse sakene barnets interesser ønskes ivaretatt hvor barnet ikke har partsrettigheter, men opptrer som et rettsobjekt foreldrene kjempes om. Barnets rettsstilling ved et samlivsbrudd er hovedsakelig av privatrettslig karakter og reguleres av lov om barn og foreldre av 1981³. Ved et samlivsbrudd er situasjonen som regel knyttet til flere konflikter, og saken blir mer komplisert når også barn er involvert. Med barn menes alle mennesker som er under 18 år⁴. I Norge, og i mange andre vestlige land, har det vært en økning av samlivsbrudd de siste 20-30 årene, og omtrent 25 % av barn under 18 år bor i dag i et hjem med eneforelder⁵.

Hovedtema i avhandlingen er barnets egen medvirkning i foreldretvister, derav barnets rett til å bli hørt. Retten til å bli hørt fremgår uttrykkelig av barneloven § 31, og gjelder særlig der spørsmålet gjelder foreldreansvar, hvor barnet skal bo fast og samvær⁶. Det som er uklart er snarere de tilfeller barn blir hørt, om de da reelt sett bidrar til medvirkning i sakens utfall. Her vil vektlegging av barnets mening i rettsprosessen bli belyst.

¹ Barneoppbudets rapport (2012) ss. 31 og 42

² Begge disse begrepene vil bli brukt om hverandre.

³ Lov om barn og foreldre (barneloven) 8. april 1981 nr. 7

⁴ Lov om vergemål (vergemålsloven) 26. mars 2010 nr. 9 §8 jf. barnekonvensjonen art. 1.

⁵ Statistikk Norge (2011).

⁶ Barneloven § 31(2)

Tidligere gjaldt morspresumsjon i barnesaker, der mor i kraft av sitt kjønn hadde et legalt krav om alene å ha barnet hos seg. Dette er ikke lenger gjeldende rett⁷. Det man skal finne frem til er heller hvor barnet vil få det best, det vil si vurdere hvilke av de foreliggende alternativer vil trygge barnets oppvekst og utvikling. Dette er et skjønnsmessig vurderingstema der dommeren skal, etter å ha tatt alle relevante momenter i betraktning, komme frem til en løsning som er til barnets beste⁸. Ved denne vurderingen skal samtlige momenter avveies; personlige egenskaper, barnets tilknytning til foreldrene, hensynet til best mulig foreldrekontakt, miljøet omkring foreldrene, utdanningsmuligheter, framtidsutsikter, barnets ønsker⁹. Hovedfokuset i avhandlingen vil være barnets ønsker som moment i hva som er til barnets beste.

Den nye lovendringen¹⁰, om styrket barneperspektiv og bedre beskyttelse av barn, som trådte i kraft fra 1. januar 2014 vil bli behandlet i tillegg til tidligere lovendring fra 2003¹¹, vedrørende barnets medvirkning i barnefordelingsaker. Det er et svært viktig hensyn at barns rettsikkerhet i foreldretvister ivaretas, særlig fordi de ikke har utviklet et voksent talerør som enkelt kan forstås i den voksne verden. De er derfor helt avhengige av at voksne handler på deres vegne, og det på en forsvarlig måte. Barnet står i en særstilling også i forhold til foreldrene, der det ofte blir presset inn i en lojalitetskonflikt overfor dem¹².

I tillegg vil vi se på hvordan barnets rettsikkerhet stiller seg i situasjoner der det fremsettes påstander om vold og overgrep mot barn. Saker i disse tilfellene kan ofte falle i skjæringspunktet mellom barneloven og barnevernloven¹³. Her vil vi se på problemer som oppstår som følge av at lovene ikke er samordnet.

⁷ NOU 1977: 35 s. 63

⁸ Barneloven § 48 jf. barnkonvensjonen art. 2

⁹ Rt. 2010 s. 216 (avsnitt 29), LB-2013-103194

¹⁰ Endring av barneloven vedtatt 21.juni 2013 (Prop. 85 L (2012-2013), Innst. 374 L (2012-2013), Lovvedtak 81 (2012-2013)

¹¹ Endring av barneloven vedtatt 20 juni 2003 nr. 40 (ikr. 1. april 2004)

¹² Barneombuds rapport (2012)

¹³ Lov om barneverntjenester (barnevernloven) 17.juli 1992 nr. 100

1.2 Avgrensning

Denne oppgaven vil ha for øye barnets medbestemmelsesrett, og det vil dermed avgrenses mot selvbestemmelsesretten etter barneloven § 33 som gjelder også utenfor barnefordeling. Avgrensningen gjelder også mot retten til å bli hørt i samfunnsspørsmål generelt. Det avgrenses tilsvarende mot lovendringer som faller utenfor her.

1.3 Videre fremstilling

I den videre fremstilling vil det først redegjøres for kildebruk i kapittel 2, herom internasjonale og nasjonale rettskildefaktorer. I hoveddelen av oppgaven blir det innledningsvis i kapittel 3 redegjort for begrepene foreldreansvar, fast bosted og samvær. Kjennskap til innholdet i foreldreansvar er svært viktig ved fastsettelsen av barns rettigheter. Barnets omsorgssituasjon er sterkt knyttet til foreldrenes omsorgsevne¹⁴, og vil som regel ha avgjørende betydning ved vurdering av barnets beste¹⁵.

I kapittel 4 behandles FNs barnekonvensjon¹⁶, herunder konvensjonens stilling i norsk rett og kort om barnerettslige prinsippene som følger av den. Barnekonvensjon operer med fire grunnleggende barnerettslige prinsipper: barnets beste, diskrimineringsforbud, rett til liv og utvikling og rett til å bli hørt¹⁷.

Hovedtema i oppgaven om barn medvirkningsrett behandles dyptgående i kapittel 5. Her tas opp rettslige problemstillinger knyttet til barn deltagelse i barnefordelingsaker.

Alle som behandler saker som angår barn skal sikre at barns rettigheter blir ivaretatt. I kapittel 6 vil vi se på hvordan barnets rett til å bli hørt håndheves av de profesjonelle aktørene i praksis. Her vil vi gjennomgå saksgangen i familievernet, domstolen og barnevernet. Herunder drøftes utfordringer knyttet til barnets rettssikkerhet i forbindelse med mekling, rettsforlik,

¹⁴ Jf. Barneloven § 30(1)

¹⁵ Rt. 1998 s.1702

¹⁶ FNs konvensjon om barnets rettigheter av 1989 med protokoller (heretter BK)

¹⁷ Jf. BK art. 2, 3, 6 og 12.

barnefaglig kompetanse og manipulasjon. utfordringer gjør seg særlig gjeldende der det er fare for at barn kan bli utsatt for vold eller på annet vis kan skades.

I kapittel 7 vil vi analysere hvordan barns stemme vektlegges i rettspraksis. Her vil blant annet Skjørten's undersøkelse¹⁸ av lagmannsavgjørelser bli benyttet som støtte for analysen.

Til slutt, i kapittel 8, vil det redegjøres for forholdet mellom barneloven og barnevernloven, derav problemer knyttet til barnets rettsstilling der saken faller i skjæringspunktet av disse lovene. Denne diskusjonen er viktig i forlengelsen av når barn ikke medvirker i egen sak. Det gjelder særlig i tilfeller der yngre barn er utsatt for vold eller andre handlinger til skade for dem.

¹⁸ Skjørten (2013)

2 Kildebruk

2.1 Internasjonale kilder

FNs barnekonvensjon er en av de få internasjonale kilder som har hatt en atskillig gjennomslagskraft internasjonalt. Det pålegges konvensjonstatene å verne om barns rettigheter som følger av konvensjonen. Norge ratifiserte FNs barnekonvensjon i 1991, og ble i 2003 inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven § 2 nr. 4¹⁹. Konvensjonen gjelder følgelig som norsk lov.

Barnekomiteen angir fire grunnleggende barnerettslige prinsipper; barnets beste, barns rett til å bli hørt, diskrimineringsforbudet og barns rett til liv og utvikling, jf. kapittel 4. Barnets beste er imidlertid et overordnet prinsipp²⁰ som skal tas hensyn til i alle saker som angår barn, og prinsippet skal vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle²¹. Det som er felles for de barnerettslige prinsippene er at de er generelt utformet, noe som gjør at de ikke kan angi ett bestemt resultat, men har heller en karakter av å være retningslinjer²². Prinsippene må derfor gjennom en avveining av flere momenter før disse vil gi utslagsgivende resultat. For å komme frem til barnets beste må dommeren foreta en konkret vurdering og avveie relevante momenter²³. Barnets beste vil altså hele tiden være det overordnede hensyn retten vil forsøke å fremme. Dette vil jeg komme tilbake til i kapittel 4.

Ved tolkning av konvensjonen er uttalelser fra FNs barnekomité av stor interesse. Barnekomiteen er barnekonvensjonens overvåkningsorgan, og står for blant annet tolkning av barnekonvensjon. Barnekomiteen sitter med høykvalifisert faglig kompetanse på området, og er helt avhengig av rapporter den mottar fra FN-organene og medlemslandene for å kunne behandle spørsmål som angår barns rettigheter etter konvensjonen²⁴. I forbindelse med medlemsstatenes rapporter avgir komiteen uttalelser om tolkning av konvensjonen i form av generelle

¹⁹ Lov om styrking av menneskerettigheter (menneskerettslov) av 21. mai 1999 nr. 30

²⁰ NOU 2008: 9 jf. NOU 2000: 12

²¹ NOU 2008: 9

²² Graver (2006) s. 195

²³ LA-2010-134188

²⁴ Smith (2012) s. 22

kommentarer («general comments»). Vekten av kommentarene vil imidlertid kunne variere i henhold til hvor klar disse er utformet²⁵, men vil som regel være svært detaljerte og gjennomarbeidete. Selv om Norge formelt sett ikke er bundet av kommentarene, er de den viktigste internasjonale kilden til forståelse av konvensjonen. Generelle kommentarer fra komiteen har derfor stor betydning ved tolkning av konvensjonsbestemmelsene og blir som regel fulgt av konvensjonsstatene.

Barnets rett til å uttrykke sine meninger følger av barnekonvensjonen art. 12. I forbindelse med denne bestemmelsen utga barnekomiteen i 2009 generell kommentar (No. 12) om barnets rett til å bli hørt. Denne vil bli stort sett benyttet i oppgaven sammen med kommentaren fra 2013 (No. 14) om barnets beste som et grunnleggende hensyn.

2.2 Nasjonale kilder

2.2.1 Lover

De to viktigste lovene som gjelder for barn i Norge er barneloven og barnevernloven. Barne- loven regulerer forelderens plikter og rettigheter overfor barna. I tillegg er loven en viktig del av et omfattende regelverk om barn rettigheter. Disse rettighetene eksisterer i forhold til alle andre som møter barn i rettslig sammenheng. Loven ble vedtatt i 1981 og har gjennomgått omfattende endringer underveis som følge av våre internasjonale forpliktelser og nasjonale utfordringer. Endringene med henblikk på å beskytte barn vil være av særlig relevans for oppgaven min. Det er imidlertid ikke mulig å komme utenom barnevernloven når vi snakker om å ivareta barnets interesser. Barnevernloven kommer til anvendelse der barnet lever under skadelige forhold²⁶. Det er ikke sjelden at barnefordelingssaker bærer elementer av forhold som faller innenfor barnevernslovens anvendelsesområde, slik som høyt konfliktnivå mellom foreldre.

Oppgavens hovedtema om barns rett til å bli hørt og uttrykke sine meninger følger av både barnelovens § 31 og barnevernloven § 6-3.

²⁵ NOU 2008:15 s. 99

²⁶ Barnevernloven § 1-1

2.2.2 Forarbeider

Barnelover har gjennomgått flere endringer i de senere år for å forsterke barn rettigheter i Norge. Forarbeidene er derfor sentrale kilder som danner grunnlaget for lovendringene. Særlig relevant for oss er Ot.prp.nr.29 (2002-2003) om saksbehandlingsregler i barnefordelingsaker for domstolene mv., Ot.prp.nr 103 (2004-2005) om å sikre at barnets interesser bli ivaretatt på en god måte, NOU 2008: 9 «Med barnet i fokus», og den nyeste forarbeider Prop.85 L (2012-2013) som har til formål å styrke barneperspektivet i foreldretvister etter barneloven.

2.2.3 Rettspraksis

Barnefordelingssaker avgjøres ved domstolsbehandling²⁷ etter en konkret vurdering med hensyn til barnets beste. Disse sakene når sjelden til høyesterett, og derfor vil lagmannsretten i de fleste tilfeller i siste instans avgjøre spørsmålet om foreldreansvar, hvor barnet skal bo og samvær. Der saken ender opp i høyesterett vil avgjørelsen imidlertid ha vekt, men vil derimot ikke ha en prejudikatvirkning med mindre saksforholdet i sakene er nær identisk. Det samme gjelder i lavere instanser. Dette på grunn av at domstolene skal legge opp til en konkret vurdering med det enkelte barns interesser i sentrum. Etersom avgjørelser om barnefordeling har begrenset verdi som rettskildefaktor, vil høyesterettsavgjørelser hovedsakelig bli nevnt i forbindelse med saksbehandlingsreglene for domstolen, og der domstolen utgir en prinsipiell uttalelse om et rettsspørsmål. Lagmannsrettsavgjørelser vil derimot bli drøftet for å beskrive hvordan regelen om barns rett til å bli hørt håndheves i praksis.

²⁷ Jf. barneloven § 56

3 Begrepsavklaring

3.1 Hva er foreldreansvar?

I barnefordelingssaker får foreldrene som er eller har vært gift i utgangspunkt felles foreldreansvar ved samlivsbrudd²⁸. Det samme gjelder ugifte foreldre som bor sammen²⁹.

Utgangspunktet og innholdet i foreldreansvar fremgår av barnelovens § 30. Barnet har krav på «omsorg og omtanke» fra dem som har foreldreansvaret³⁰. Hovedregelen er at ansvaret skal utøves utfra barnets interesser og behov³¹. Barnet har altså krav på kjærlighet og en trygg og sikker daglig omsorgssituasjon, hvor det blir vist oppmerksomhet og til enhver tid får nødvendig tilsyn, stell og pleie. En viktig side ved foreldreansvaret er at barnet blir stimulert i sin utvikling, blant annet gjennom lek og samvær med andre³². Bestemmelsen er generell og gjelder både for den barnet bor hos og den det har samvær med. Videre består bestemmelsen av to hovedelementer – både en plikt og en rett til å treffe avgjørelser om personlige forhold som angår barnet. Plikten til å treffe slike avgjørelser må ses i sammenheng med den alminnelige omsorgsplikten. Det er hele tiden barnets interesser og behov som skal være styrende for foreldrene³³. Deres rett til å treffe avgjørelser avgrenses samtidig av barnets rett til medbestemmelse og selvbestemmelse etter barneloven §§ 31-33.

Det er særskilt presisert i barneloven § 30 annet ledd at de som har foreldreansvaret er pliktig til å gi barnet «forsvarleg oppseding og forsyting». Plikten til å oppdra barnet på en forsvarlig måte kan ses på som utdypning av den generelle plikten til å vise omsorg og omtanke. Det sentrale innholdet i foreldrenes plikt til å gi barn omsorg er at de skal sørge for barnets materielle og åndelige behov blir tilfredsstilt³⁴. Kvaliteten på omsorgen, omtanken og oppdragelsen kan ikke prøves etter barneloven, men prøves etter barnevernloven der det settes en nedre

²⁸ Barneloven § 34(2) jf. Rt. 2003 s. 35 (avsnitt 33) – prinsipiell uttalelse (ratio decidendi)

²⁹ Barneloven § 35

³⁰ Barneloven § 30(1) 1. punktum

³¹ Barneloven § 30(1) siste punktum

³² Backer (2008) s. 185-186.

³³ Smith og Lødrup (2006)

³⁴ NOU 2008: 9

grense for hva som kan aksepteres³⁵. Barnevernloven, med andre ord, setter grenser for foreldrenes utøvelse av sitt foreldreansvar, hvor lovens siktemål er hele tiden å sikre at barn lever under betryggende forhold og ikke er eller blir skadelidende³⁶.

3.2 Hva menes med fast bosted?

Barnelovens § 36 fastslår foreldrenes adgang til å avtale med hensyn til hvor barnet skal bo. Begrepet «fast bosted» er ikke definert i loven, men innebærer at barnet bor fast hos en av foreldrene. Dette fremgår blant annet av teorien: ”Med fast bosted menes det rent fysisk å ha barnet boende hos seg og å dekke barnets daglige behov for blant annet mat og klær, stell, pleie, kontakt og nærhet. Hvis barnet ikke bor fast sammen med begge foreldrene, er den barnet bor fast hos gitt en viss rett til å treffe avgjørelser på egen hånd, selv om foreldrene har felles foreldreansvar³⁷. Bostedsforelderens har da den avgjørelsesmyndighet som følger av barneloven § 37³⁸.

Der det avtales *delt bosted*, deler foreldrene derimot på denne myndigheten. Delt bosted «forstås slik at barnet ikke har fast bopel hos en av foreldrene, men bor fast hos begge»³⁹. Avtale om delt bosted har vært svært omstridt og møtt mye faglig uenighet⁴⁰. Det ble imidlertid innført utvidet adgang til å avtale delt bosted med grunnlag i hensyn til barnets beste⁴¹. Adgang til å avtale/tildele delt bosted fremgår i dag av barneloven § 36⁴².

³⁵ Rettsdata - revidert av Kirsten Sandberg 11.11.2010 (lest 31.01.14)

³⁶ Barnerett (2008) s. 201 jf. barnevernloven § 4-12 d.

³⁷ Haugli (2007) s. 328 jf. barneloven § 42(2).

³⁸ Ot.prp. nr. 56 (1996-97) s. 54-55

³⁹ NOU 2008:9 s. 69

⁴⁰ NOU 2008:9 s. 73. Bakgrunn for uenighet var at det forutsettes høy grad av samarbeid mellom foreldrene for at ordningen skal fungere. Uenighet mellom foreldrene ville derfor sannsynligvis føre til flere søksmål og tvister mellom dem.

⁴¹ Jf. Barneloven § 48 jf. BK art. 3

⁴² Endret ved lov 9. april 2010 nr. 13.

3.3 Hva er samvær?

Barnet har rett til samvær med begge foreldre⁴³. Haugli definerer samvær på følgende måte; «Med *samværsrett* menes en begrenset rett for barnet og den av foreldrene som ikke bor sammen med barnet, til å være sammen i et nærmere bestemt omfang. Det er knyttet en omsorgsplikt og en viss bestemmelsesrett også til samværsretten»⁴⁴, jf. barneloven § 42 annet ledd. Det følger videre av barneloven at den forelder barnet ikke bor sammen med, har rett til samvær med barnet om ikke annet er fastsatt eller avtalt⁴⁵.

Omfanget av samværet bedømmes etter en eksplisitt presumsjon for «best mulig samlet foreldrekontakt»⁴⁶. Det forutsettes at samvær mellom barn og foreldre normalt er til barnets beste, og at terskelen er høy for å avskjære samværsretten⁴⁷. Bestemmelsen i § 43 (1) tredje punktum kom inn i loven i 2006⁴⁸. I forarbeidene heter det blant annet:

«Det er et grunnleggende utgangspunkt at barnet skal kunne opprettholde kontakt med begge sine foreldre selv om de lever hver for seg. Det er ikke ment å endre på dette utgangspunktet. Tilføyelsen innebærer imidlertid en presisering av at det er en forutsetning for samvær at dette må anses å være til barnets beste, og tar særlig sikte på situasjoner hvor barnet har vært utsatt for, eller det er fare for at barnet vil bli utsatt for, overgrep»⁴⁹.

Bestemmelsen foreskriver to ulike hensyn; hensyn til foreldre og hensyn til barnet. Dersom samvær ikke er til beste for barnet, må retten ikke pålegge samvær.

Det er videre formulert i rettspraksis at det må foreligge «ganske tungtveiende grunner» til for å nekte samvær mellom en forelder og et barn⁵⁰. Det skal også etter dette kriteriet fastsettes samvær med mindre det foreligger forhold som innebærer at det ikke er til barnets beste.

⁴³ Barneloven § 42

⁴⁴ Haugli (2007) s. 328

⁴⁵ Barneloven § 43(1)

⁴⁶ Barneloven § 43(2) 3.punktum.

⁴⁷ LB-2008-97834

⁴⁸ Ved lov 7. april 2006 nr. 6 (ikr. 1. januar 2007)

⁴⁹ Ot.prp.nr. 103 (2004-2005) s. 34

⁵⁰ Rt. 2010 s. 216 (avsnitt 34) jf. Rt. 1996 s. 888.

Høyesterett har nylig avklart nærmere forståelsen av § 43(1) tredje punktum i dommen fra 2013. Det slås fast her at formuleringen «tungtveiende grunner» ikke er noe tilleggsvilkår ut over det som står i loven⁵¹. Det samme fremgår av forarbeidene:

«Departementet legger til grunn at formuleringen « ganske tungtveiende grunner » er egnet til å belyse det generelle utgangspunktet om at barn og foreldre har en samværsrett, forankret i menneskerettighetene. Det avgjørende vilkåret/hensynet skal imidlertid være barnets beste. Formuleringen « tungtveiende grunner » skal derfor ikke forstås som en form for tilleggsvilkår eller et ekstra kriterium for når domstolen skal/bør fastsette at det ikke skal være samvær etter barneloven. Tilføyelsen av første ledd tredje punktum i barneloven i 2006 ble foretatt nettopp for å tydeliggjøre at barnets beste skal være avgjørende i samværsaker.»⁵²

3.3.1 Samvær med og uten tilsyn

Når vi snakker om samværsrett mener vi samvær uten tilsyn og samvær med tilsyn. Det grunnleggende utgangspunkt er at barnet skal ha kontakt med begge sine foreldre selv om de bor hver for seg⁵³. Hensynet bak tilsynssamværet er å beskytte barnet der det er usikkerhet rundt omsorgssituasjonen. Lovens forutsetning er at omfanget av samværet må avtales eller fastsettes i det enkelte tilfellet⁵⁴. Det følger imidlertid av lovens forarbeider at avgjørelsen om samvær og omfanget av dette skal først og fremst rette seg etter hva som er best for barnet⁵⁵. Loven ble nylig endret på dette området der vi fikk en ny bestemmelse om samvær med tilsyn, jf. barneloven § 43 a. Bakgrunnen for lovendringen var blant annet å styrke barneperspektivet i disse sakene⁵⁶. Den nye lovendringen skiller mellom to former for tilsyn; beskyttet tilsyn og støttet tilsyn⁵⁷.

⁵¹ HR-2013-2214-A (avsnitt 39)

⁵² Prop.85L(2012-2013) - Endringer i barnelova (barneperspektivet i foreldretvister) avsnitt 7.2.4.1

⁵³ Barneloven § 42(1) og Ot.prp.nr.103(2004-2005) s. 34

⁵⁴ HR-2011-2244-A (dommer Normann)

⁵⁵ Ot.prp.nr.103(2004-2005) s. 15 og 54.

⁵⁶ Jf. Prop. 85 L (2012-2013)

⁵⁷ Barneloven § 43 a jf. BLD: Veilder Q-1220 B

4 FNs barnekonvensjon

4.1 Barnekonvensjonens stilling i norsk rett

FNs barnekonvensjon er blitt inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven⁵⁸. Inkorporering av konvensjonen innebærer at den er rettslig bindende for de statene som har ratifisert den, deriblant Norge. Det følger nå av menneskerettsloven at FNs barnekonvensjon gjelder som norsk lov, og at konvensjonens bestemmelser ved motstrid skal gå foran bestemmelser i annen lovgivning⁵⁹. Dermed har konvensjonen fått en meget sterk stilling i norsk rett.

Konvensjonen pålegger konvensjonsstatene å treffe alle lovgivningsmessige, administrative og andre tiltak for å gjennomføre de rettighetene som følger av konvensjonen⁶⁰. Norge har etter denne plikt til å sørge for at barns rett til å uttale seg etter artikkel 12 respekteres av alle myndigheter, organisasjoner, institusjoner og enkeltpersoner som treffer avgjørelser som angår barn. Vi fikk i 2003 en tilsvarende bestemmelse i barneloven § 31. Konvensjonen var i 2012 ratifisert av alle verdensstater (utenom USA, Somalia og Sør-Sudan), som gir den ikke bare betydelig politisk og moralsk styrke, men også juridisk styrke internasjonalt⁶¹.

Selv om konvensjonen er gjort til en del av den nasjonale retten, er ikke alle artiklene egnet til direkte anvendelse av domstolen fordi de kan gi lite veiledning i konkrete tilfeller. Artikkel 12 derimot er etter sitt innhold egnet til å bli anvendt som selvstendig rettslig grunnlag for domstoler eller andre myndigheter⁶², og ment å være en selvkraftig bestemmelse. Spørsmålet om selvkraft avgjøres imidlertid nasjonalt⁶³. Det har dermed blitt gjort endringer både i barneloven og barnevernloven for å styrke barns rettigheter, derav retten til å bli hørt⁶⁴.

⁵⁸ LOV-1999-05-21-30 § 2 nr. 4

⁵⁹ LOV-1999-05-21-30 § 3

⁶⁰ BK art. 4

⁶¹ Barnekonvensjonen – barns rettigheter i Norge (2012) s. 18

⁶² Ibid s. 24

⁶³ Ibid

⁶⁴ Jf. Barneloven § 31 og barnevernloven § 6-3

4.2 Barnerettslige prinsipper

4.2.1 Bakgrunn og utvikling

Barnekonvensjonens bestemmelser er formulert som individuelle, formelle, universelle og juridiske rettigheter, og bygger på såkalte tre P-er; provision, protection og participation⁶⁵. Det er deltakelsesrettighetene⁶⁶ som har fått mest oppmerksomhet i den senere tid. FNs barnekomité fremhever fire av bestemmelsene i barnekonvensjonen som generelle prinsipper for hele konvensjonen. De fire sentrale barnerettslige prinsippene er artikkel 2 om ikke-diskriminering, artikkel 3 nr.1 om barnets beste, artikkel 6 om barnets rett til liv og utvikling, og artikkel 12 om barnets rett til å bli hørt⁶⁷. Prinsippene er *generelle* og skal ikke betraktes isolert, men skal tolkes i lys av hverandre, der alle andre bestemmelser i konvensjonen skal tolkes i lys av disse prinsippene.

Det er viktig å være klar over at barnekonvensjonen blir sett på som en helhet, og Norges forpliktelse innebærer å følge konvensjonen i sin helhet. Det betyr at barnekonvensjonen må tolkes i et helhetlig perspektiv på bakgrunn av alle konvensjonens rettigheter samt sammenhengen mellom de ulike rettighetene⁶⁸. De fire generelle barnerettslige prinsippene vil altså få betydning ved tolkning av alle andre artikler i konvensjonen.

Det kan fremheves at «barnets gradvise utvikling» er et underliggende prinsipp i barnekonvensjonen, som tar sikte på at barnet får stadig større innflytelse over sitt eget liv før det når myndighetsalderen. Dette fremgår særlig av artikkel 5, hvor det heter at veiledning og støtte til barnet skal tilpasses barnets gradvise utvikling av evner og anlegg, og artikkel 12 om retten til å bli hørt. Interessen for å lytte på barn og gi dem innflytelse i saker som berører deres liv, avspeiler på mange måter et paradigmeskifte i synet på barn og barndom.

⁶⁵ Cantwell (1993)

⁶⁶ Jf. BK art. 12, 13, 14, 15 og 17.

⁶⁷ General Comment No. 5 (heretter GC)

⁶⁸ Smith (2012) s. 19

4.2.2 Barnets beste

Alle avgjørelser som gjelder foreldreansvar, fast bosted for barnet og samvær, skal først og fremst rette seg etter det som er best for barnet⁶⁹. Barnets beste er både et rettslig lovtolkningsprinsipp⁷⁰, et hensyn i skjønnsutøvelsen, og i noen tilfeller et lovbestemt vilkår⁷¹. Dette grunnleggende prinsipp er gitt en generell form, jf. § 48, og gjelder også ved saksbehandling, og når foreldrene treffer avgjørelser for barnet.

FNs barnekonvensjon har en tilsvarende, men mer generell bestemmelse i artikkel 3 der det er gitt at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn (a primary consideration) ved alle saker som berører barn (all actions concerning children), og forutsettes lagt til grunn av alle profesjonelle aktører som håndterer barnesaker. Det imidlertid forutsettes at det er mulighet for å trekke inn også andre hensyn⁷².

Prinsippet om barnets beste er et tolkningsprinsipp av sentral betydning for hele konvensjonen, og er også blitt lagt til grunn i Europarådets menneskerettighetsdomstol (EMD)⁷³. I *Adele Johansen-saken* uttaler EMD at «consideration of what is in the best interest of the child is in any event of crucial importance»⁷⁴. Dette viser at EMD legger adskillig vekt på prinsippet om barnets beste. Barnets beste er det overgripende hensyn i konvensjonen, og de øvrige bestemmelsene skal tolkes i samsvar med dette prinsippet. For de øvrige artiklene er det viktig å fastslå at de i tillegg til å være prinsipper, også dreier seg om positive rettigheter for barn⁷⁵.

⁶⁹ Barneloven § 48 jf. BK art. 3 nr. 1

⁷⁰ «It can serve to evaluate laws, practices, and policies relating to children...», Detrick 1999, s. 92 om barnekonvensjonen art. 3 nr. 1.

⁷¹ Barnevernloven § 4-20 (3) bokstav a.

⁷² GC No. 14

⁷³ Internasjonal menneskerettsdomstol i Strasbourg, som avgjør klager og gir sitt siste ord om konvensjonstolkning.

⁷⁴ *Johansen v. Norway*

⁷⁵ Smith (2012) s. 19

4.2.3 Rett til liv og utvikling

I følge artikkel 6 i barnekonvensjonen erkjenner statene at hvert barn har en iboende rett til liv, og statene skal så langt det er mulig sikre barnets utvikling⁷⁶. Hovedformålet med konvensjonen er altså å sikre barnets rett til livet, sikre at barnet behandles med respekt og å fastsette rettigheter som sikrer barnet best mulig oppvekstvilkår, hvorav rett til omsorg, deltagelse, helse, utdanning, fritidsaktiviteter og beskyttelse mot overgrep⁷⁷. Når barnekomiteen har uttalt at artikkel 6 er et av konvensjonens grunnleggende prinsipper, innebærer dette at retten til liv og utvikling skal ivaretas i alle sammenhenger, og at dette hensynet skal tillegges betydelig vekt.

Relevant for oppgavens tema er barnets rett til utvikling. Denne retten skal for eksempel sees i sammenheng med barnets rett til å bli hørt. Mennesker utvikles ved å være aktører i eget liv. Deltagelse i samfunnet anses derfor for å være svært viktig for barnets utvikling. Det kan av den grunn vanskelig tenkes at barnet får optimal utvikling uten å være selv involvert i spørsmål som angår det. Likeledes er det grunnleggende at barnet blir hørt når det skal avgjøres hva som er til barnets beste.

4.2.4 Diskrimineringsforbud

Barnekonvensjonens artikkel 2 gir rett til ikke-diskriminering. Bestemmelsen gir alle barn rett til å få oppfylt barnekonvensjonens rettigheter uten urimelig og usaklig forskjellsbehandling⁷⁸. Forbudet mot diskriminering kan enkelt sies å være et forbud mot forskjellsbehandling som mangler et legitimt formål. Diskrimineringsforbudet i konvensjonen omfatter både direkte og indirekte diskriminering.

Direkte diskriminering er å forstå som tilfeller der handlingen har som formål eller direkte virkning at et individ stilles dårligere enn andre i samme situasjon. Indirekte diskriminering er derimot en tilsynelatende nøytral handling, men som har som konsekvens at en person eller en

⁷⁶ Den norske oversettelsen bruker ordene «vokser opp», som anses ikke dekkende for originalteksten «development», jf. Smith (2012) kapittel 4.

⁷⁷ GC No. 7

⁷⁸ Barnekonvensjonen – barns rettigheter i Norge (2012) s. 31

gruppe kommer særlig ufordelaktig ut i forhold til andre⁷⁹. Dette er tilfelle der for eksempel fremmedspråklige barn som har rett til å bli hørt ikke får tildelt en tolk for å formidle sitt syn. Selv om alle barn som skal høres ikke får en tolk, vil barn som er fremmedspråklige komme uheldig ut av dette, da de ikke vil kunne legge frem sine meninger på en optimal måte. Minoritetsbarn, barn av urbefolkninger, innvandrerbarn og andre barn med et fremmed språk, kan ha krav på tolk eller på å få snakke med en person som kan snakke deres språk og som kan videreformidle deres syn på en forsvarlig måte. Dette gjelder, som i andre tilfeller, i alle instanser som håndterer slike saker. Det at indirekte diskriminering omfattes av forbudet i artikkel 2, betyr at bestemmelsen stiller krav om mer enn en formell likhet, likheten må også være reell⁸⁰.

En funksjonshemning skal heller ikke hindre at et barn får uttrykke sitt syn. I så fall vil dette ikke være brudd på bare artikkel 12, men også på diskrimineringsforbudet i artikkel 2. For barn som er fysisk og/eller psykisk utviklingshemmet, må det legges til rette andre måter som er egnet til å snakke med barnet.

Det finnes ingen generell diskrimineringsbestemmelse i nasjonal lovgivning som tilsvarer artikkel 2 i barnekonvensjonen. Ikke-diskrimineringsprinsippet er likevel et velkjent prinsipp, og kommer til uttrykk i flere spesiallover, og gjelder alle, også barn.

Diskrimineringsforbudet forbyr ikke enhver forskjellsbehandling. Barnekonvensjonen faktisk forutsetter at det gjøres forskjell for barn som har særlige behov, som fremmedspråklige og funksjonshemmede barn. En slik særbehandling skal kompensere for barn som ikke har de samme forutsetninger som andre til å nyttiggjøre seg av rettigheter og muligheter i samfunnet. Forbudet er dermed ikke til hinder for at myndighetene gjennomfører såkalt positiv særbehandling⁸¹.

⁷⁹ Ibid s. 40

⁸⁰ Ibid s. 40

⁸¹ Ibid s. 39

4.2.5 Rett til å bli hørt⁸²

Barnets rett til å bli hørt er hovedtema i denne avhandlingen, men her vil det bare kort redogjøres for denne retten.

Barns rett til å komme til ordet i saker som angår dem, er helt sentral i å anse barn som selvstendige individer. Det har tradisjonelt vært to måter å fremme barnets interesser på; den ene med hovedvekt på beskyttelse av barn ut fra deres sårbarhet, og den andre med vekten på barns evne til deltagelse. Barnekonvensjonen er det første internasjonale instrument som ivaretar begge disse aspektene. Barnets egen deltagelse ivaretas gjennom artikkel 12, som gir barnet retten til å uttale seg. I dag følger denne retten uttrykkelig av § 31 i barneloven.

Artikkel 12 i barnekonvensjonen rekker lenger i forhold til § 31. I konvensjonssammenheng er retten til deltagelse et videre begrep som også brukes om barns demokratiske rettigheter og deres deltakelse i samfunnslivet⁸³. I tillegg til å omfatte personlige forhold for det enkelte barn, omfatter denne også saker som berører barn generelt, som for eksempel skolespørsmål.

Barnekomiteen, etter en omfattende høringsprosess⁸⁴, utga i 2009 en generell kommentar om hva som ligger i retten til å bli hørt etter artikkel 12. Denne kommentaren stiller noen grunnleggende krav til gjennomføringen av barnets rett til å bli hørt⁸⁵. Prosessen skal blant annet være informativ, frivillig og respektfull. Samtidig skal barnet få rom til å uttale seg der det synes å være relevant. Etter artikkel 12 nr. 1 gjelder retten i alle forhold som på en eller annen måte angår barnet, mens nr. 2 presiserer at barnet skal høres i forvaltningssaker og rettssaker der barnet er berørt.

Retten til å bli hørt, i likhet med de andre «generelle rettighetene» i barnekonvensjonen, skal integreres i gjennomføringen av alle andre rettigheter. Samtidig utgjør denne en frittstående rett.

⁸² Se kapittel 7

⁸³ Jf. BK art. 13, 14, 15, 17, 29 og 31.

⁸⁴ FNs barnekomites Day of General Discussion on the Right of the Child - «Day of General Discussion» i september 2006.

⁸⁵ GC No. 12 punkt 134

Retten til å gi uttrykk for sitt syn kalles også en rett til medbestemmelse. Denne betegnelsen er dekkende, for barnet skal være med på å medvirke i egen sak, der dets mening vil i noen grad være bestemmende for avgjørelsen. Denne definisjonen inngår i hovedoverskriften, og vil også følges videre i avhandlingen. Begrepene deltakelse, uttalelsesrett, høringsrett går imidlertid alle under barnets rett til medvirkning. Det er imidlertid viktig å understreke at barnets mening ikke vil være enkeltstående moment ved avgjørelsen⁸⁶.

⁸⁶ Se LB-2013-103194 jf. Smith (2006)

5 Barns medvirkningsrett

5.1 Kort om bakgrunn

Norge er et pionerland når det gjelder barns rett til å bli hørt. Kun få andre land hadde tilsvarende bestemmelser når den norske barneloven kom i 1981. Artikkel 12 i FNs barnekonvensjon fra 1989 om barns rett til å bli hørt var også en nyskaping i internasjonal rett, og viste seg å være kontroversiell. I de senere år har imidlertid barnets rett til å bli hørt fått bredere aksept også internasjonalt. Denne retten ble ytterligere styrket gjennom inkorporering av barnekonvensjonen i norsk rett i 2003.

5.2 Barns medbestemmelsesrett

5.2.1 Hva innebærer barnets deltakelse?

Barns deltakelse anses som en sentral del ved barnekonvensjonen. Ifølge FNs barnekomité har begrepet deltakelse utviklet seg til å beskrive «ongoing processes, which include information-sharing and dialogue between children and adults based on mutual respect, and in which children can learn how their views and those of adults are taken into account and shape the outcome of such processes»⁸⁷. Deltakelse forutsetter at det foreligger informasjonsutveksling og dialog mellom barn og voksne, og hvor barn kan lære hvordan deres egne og voksnes synspunkter blir tatt i betraktning og former utfallet av prosessene⁸⁸. Utøvelsen av barns rett til å bli hørt beskrives som et avgjørende element i slike prosesser⁸⁹. Det er dermed viktig å understreke at vi her snakker om en rett, og i det ligger ingen plikt til å uttale seg⁹⁰. Barnet skal selv velge om han eller hun vil uttale seg. Den som er ansvarlig for høringen skal sørge for at barnet får tilstrekkelig informasjon også på det stadiet der barnet skal velge om det vil benytte seg av høringsretten⁹¹. Hvem som hører barnet, har stor betydning for om barnet velger å uttale seg eller ikke. Hvis man vil virkelig legge opp til en utstrakt grad av høring kan det være en god løsning å la barnet selv velge hvordan det ønsker å bli hørt, som for eksempel å velge mellom direkte høring eller høring gjennom en representant, der det er mulig.

⁸⁷ GC No. 12 pkt 3

⁸⁸ Se barneloven § 31(2) 1.pkt.

⁸⁹ GC No. 12 pkt 13

⁹⁰ Ibid pkt 22

⁹¹ Ibid pkt 16

Retten til å bli hørt henger nær sammen med barns ytringsfrihet etter artikkel 13 og retten til informasjon etter artikkel 17, som også har til hensikt å sikre barns rett til deltakelse. Det er imidlertid en forskjell mellom de nevnte artikler og artikkel 12; staten pålegges en passiv plikt til ikke å hindre barn i å motta informasjon og uttrykke sin mening om alle slags spørsmål etter artikkel 13 og artikkel 17, mens artikkel 12 pålegger staten en aktiv plikt til å tilrettelegge for at barn trekkes inn i spørsmål som angår dem⁹². Kjernen i retten er at den offentlige har ansvaret for at barn får muligheten til å uttale seg.

5.2.2 Hvilke barn har rett til å bli hørt?

Barneloven § 31⁹³ er den sentrale bestemmelsen om barnets rett til å bli hørt og delta før det treffes avgjørelser om personlige forhold som angår barnet. Det er en plikt å høre på barnets mening fra det er fylt 7 år, og når barnet har fylt 12 år, skal det legges stor vekt på barnets mening⁹⁴. I tilfeller der barnet ikke gis anledning til å uttale seg i slike saker, vil dette være en saksbehandlingsfeil som kan føre til opphevelse av avgjørelsen, jf. Rt. 1999 s. 1183⁹⁵. Det fremgår imidlertid av forarbeider til barneloven at barn under syv år kan også bli hørt, men at det opptil dommerens skjønn om han eller hun ønsker å innhente barnets synspunkter⁹⁶. I tilfelle synspunkter innhentes bør de vurderes i lys av barnets alder og modenhet⁹⁷.

5.2.2.1 Modenhet

Begrepet «modenhet» er vanskelig å definere. Barnekomiteen har imidlertid sagt at modenhet refererer til «en persons evne til å forstå og vurdere hvilke implikasjoner en sak har, og barnets modenhet må derfor tas med i betraktning når barnets individuelle kapasitet skal vurderes»⁹⁸.

⁹² Sandberg (2010) ss. 50-51

⁹³ Se også barnevernloven § 6-3

⁹⁴ Barneloven § 31(2)

⁹⁵ Jf. også RG 2005 s. 104

⁹⁶ Jf. Ot.prp. nr. 29 (2002-2003)

⁹⁷ Barneloven § 31(2) jf. BK art. 12 nr. 1

⁹⁸ GC No. 12 pkt 30

Det handler dermed om barnets evne til å gi uttrykk for sine synspunkter i en sak på en fornuftig og selvstendig måte. Det må også tas i betraktning hvilke følger saken kan få for barnet. Det er klart at evnen til å forstå og vurdere hva saken innebærer, også vil avhenge av hva den gjelder, og hvor omfattende og kompleks den er⁹⁹. Dessuten, jo større betydning saken har for barnets liv, desto viktigere blir det å foreta en riktig vurdering av barnets modenhet¹⁰⁰.

Barnet trenger ikke å bevise at det er i stand til å danne egne synspunkter. Staten skal ta som utgangspunkt at barnet har denne evnen¹⁰¹. Det er heller ikke nødvendig at barnet forstår alle sider av saken, det er tilstrekkelig at barnet har forståelse til å gjøre seg opp en mening¹⁰². Denne meningen trenger ikke handle om det endelige utfallet, men kan gjelde noen sider ved saken som kan ha betydning for avgjørelsen¹⁰³.

5.2.2.2 Alder

Det var ved lovendringen i 2003 at 7 års-grensen kom inn i loven, tidligere gjaldt det også her en 12-års-grense¹⁰⁴. Formålet med 7-års-grensen var likevel ikke at barn under syv år ikke skulle bli hørt¹⁰⁵.

Det er verdt å merke seg at barnekonvensjonen ikke operer med en aldersgrense som vi gjør i norsk lovgivning. Barnekomiteen derimot innstiller seg mot at det innføres aldersgrense for høringsretten¹⁰⁶. Komiteen har den oppfatning at uttalelsesretten skal heller tilpasses det barnet det gjelder, og anser det som meningsløst å operere med aldersgrenser, som behandler alle over denne alderen på én måte og alle under på en annen. Norge, som følge av komiteens anbefaling og behov for å styrke barneperspektiv ytterligere, vedtok den 21.juni 2013¹⁰⁷ endring

⁹⁹ Sandberg (2010) ss. 47-48.

¹⁰⁰ GC No. 12 pkt 29-30

¹⁰¹ Ibid pkt 20

¹⁰² Ibid pkt 21

¹⁰³ Sandberg (2010) jf. Veileder Q-15/2004 s. 41

¹⁰⁴ LOV-2003-6-20-40: lov om endringer i barneloven mv. (Nye saksbehandlingsregler i barnefordelingssaker for domstolene mv.). (ikr. 2004)

¹⁰⁵ Sandberg (2010) s. 53

¹⁰⁶ GC No. 12 pkt 21 og 52

¹⁰⁷ Lovvedtak 81 (2012-2013)

i barneloven § 31 annet ledd. Fra og med 1. januar 2014 skal også *ynge barn* som er i stand til å danne seg egne synspunkter, gis informasjon og ha rett til å si sin mening før det blir tatt avgjørelse for dem¹⁰⁸.

Det er viktig å være klar over at barnet er innehaver av rettigheter helt fra starten av sitt liv¹⁰⁹. Forskning viser at barn er i stand til å danne seg synspunkter fra helt ung alder, selv om de ikke helt kan uttrykke dem verbalt¹¹⁰. Følgelig krever gjennomføringen av artikkel 12 anerkjennelse av ikke-verbale kommunikasjonsformer som lek, tegning og maling, kroppsspråk og ansiktsuttrykk¹¹¹. Dette er imidlertid ikke å oppfatte som en streng plikt for statene, men snarere som en «best practice» som det oppfordres til¹¹².

5.2.3 Er barnets uttalellesrett en ubetinget rett?

Det kan reises spørsmål om barn skal ha en ubetinget rett å uttale seg. I Rt. 2004 s. 811 uttaler retten følgende om barnets rett til å bli hørt: «Det er ingen tvil om at utgangspunktet etter så vel barnelova § 31 som barnekonvensjonen artikkel 12 er at C skal høyrast. Etter mitt syn står likevel ikkje dette synspunktet så sterkt der det er tale om en endring av samværsordninga i ein ny dom, som det ville ha stått ved den opphævelege prøvinga. Saken må i alle tilfelle vurderes i lys av det grunnleggjande prinsippet om barnets beste, slik det er slått fast både i barnelova og i barnekonvensjonen. Dette gjeld som nemnt også for saksbehandlinga». Her åpnes det for at uttalellesretten skal i alle tilfeller vurderes opp mot barnets beste. Denne tanken er blitt møtt med kritikk fra blant annet professorene Lucy Smith og Peder Lødrup¹¹³. De mener at det er uheldig å åpne for at barnets uttalellesrett i alle tilfelle må vurderes opp mot barnets beste, og anser dette som både i strid med barneloven og barnekonvensjonen. De viser til at det burde heller vært tilstrekkelig å henvise til det faktum at saken var reist kun kort tid etter at spørsmålet var avgjort i en rettskraftig dom hvor foreldrene hadde vært enige om sam-

¹⁰⁸ Se delkapittel 5.3

¹⁰⁹ GC No. 7

¹¹⁰ Sandberg (2010) s. 53-54

¹¹¹ GC No. 12 pkt 21

¹¹² Sandberg (2010) s. 54

¹¹³ Smith og Lødrup (2006)

værsretten, og det av den grunn var naturlig at gutten ikke ble hørt. Det foreligger etter konvensjonen således en absolutt ubetinget rett til uttalelse¹¹⁴.

5.2.4 Gjelder barnets uttalerett også i midlertidige avgjørelser?

Før det er reist sak om foreldreansvar, bosted eller samvær, kan domstolen treffe en midlertidig avgjørelse når «særlige grunner» taler for det¹¹⁵. Med «særlige grunner» menes der barnet kan lide fysisk eller psykisk overlast hvis det ikke treffes en avgjørelse raskt¹¹⁶. Retten skal dessuten i alle tilfeller, etter krav fra en part, treffe midlertidig avgjørelse dersom det er risiko for at barnet blir utsatt for vold, overgrep eller på annet vis blir utsatt for fysisk eller psykisk fare eller skade, jf. § 60 (1) siste punktum¹¹⁷.

Kjæremålsutvalget har uttalt at «det er et tvilsomt spørsmål om de kan gjelde som alminnelig regel at barn over 12 år skal få si sin mening også i midlertidige avgjørelser av om hvor barnet skal bo»¹¹⁸. Midlertidige avgjørelser kan utgjøre samme påkjenning for barn som i en endelig avgjørelse. Ved midlertidig avgjørelse, på samme måte som ved en endelig dom, er barnets beste det styrende hensyn¹¹⁹. Dette hensynet lar seg vanskelig adskille fra at barnet blir hørt og får anledning til å fremlegge sine ønsker. I en midlertidig avgjørelse er det særlig viktig at barnet blir gitt til de omgivelser som det selv anser som betryggende. Etter Smith og Lødrups syn er det klart at barnets uttalelserett må også gjelde ved midlertidige avgjørelser. De viser til kjennelsen fra 2005¹²⁰ hvor Borgarting opphevet en midlertidig kjennelse om daglig omsorg fordi tingretten ikke hadde sørget for å skaffe uttalelse fra en 11 år gammel gutt. Lagmannsretten uttalte at barn over 7 år skal få si sin mening før det blir tatt avgjørelse om deres personlige forhold. Det dreier seg om en ubetinget uttalerett som er innført for å styrke barnets stilling. Det var følgelig en saksbehandlingsfeil å avgjøre saken uten at sønnen fikk anledning til å uttale seg på forhånd.

¹¹⁴ Ot.prp. nr. 29 (2002-2003) s. 61 og s. 81 jf. GC No. 12 og 14

¹¹⁵ Barneloven § 60(1) 3. punktum

¹¹⁶ Rettsdata - revidert av Kirsten Sandberg 11.11.2010 (lest 16.04.14)

¹¹⁷ Tilført ved lov av lov 21 juni 2013 nr. 62

¹¹⁸ Rt. 2000 s. 874

¹¹⁹ Rt. 1996 s. 471, Rt. 1993 s. 109 jf. barneloven § 48.

¹²⁰ LB-2005-125743

5.2.5 Når skal barnet høres?

Det er videre et spørsmål om tidspunkt for høring av barnet, som dels er et spørsmål om hvor tett opptil beslutningen barnets mening skal innhentes, og dels hvor ofte barnets mening skal innhentes i løpet av saken. Artikkel 12 nevner ikke noe om når i saken barnet skal høres. Barnekomiteen har imidlertid vært inne på det. Den har uttalt at barnet ikke bør intervjues oftere enn nødvendig, særlig når skadelige hendelser blir undersøkt, hvor høringen vil som regel være en vanskelig prosess som kan ha en traumatisk virkning på barnet¹²¹. Der saken er av en viss alvorlighet, og gjelder overgrep eller vold mot barnet ved flere anledninger, bør barnet slippe å fortelle om selve hendelsene gjentatte ganger. I dag finnes barnehusene rundt omkring i Norge som sørger for at barn, som er utsatt for vold eller overgrep, blir avhørt og undersøkt i trygge omgivelser¹²². Dette gjelder imidlertid bare når saken er politianmeldt.

Barnekomiteen fremhever prosess-synspunktet i forbindelse med barn deltakelse på mer generell basis¹²³. Det ønskes gjerne en mer løpende dialog med barnet i saker hvor det skal treffes avgjørelser om barnets liv, og at det legges opp til avgjørelser som ivaretar barnets mulighet til å bestemme over seg selv på lengre sikt. En av tankene bak barnekonvensjonen er nettopp det å fremme barnet som aktiv deltaker. Dette målet er vanskelig å oppnå hvor det nøyes med å høre barnet én gang¹²⁴. Hvis barnets deltakelse i en sak legges opp slik at den får mer preg av en prosess, vil endringer i barnets syn kunne fanges opp, uten at den enkelte høring fremstår som så dramatisk¹²⁵.

For saker som behandles av barnevernet, er det viktig at barnet trekkes inn så tidlig som mulig før avgjørelsen. Skal det være en reell mulighet for påvirkning før avgjørelsen blir truffet skal barnets mening trekkes med i vurderingen hver gang det er aktuelt å sette i gang et barnevernstiltak, endre et tiltak eller eventuelt avslutte saken. Ved omsorgsovertakelse¹²⁶ bør barnet vanligvis høres før forslaget om overtakelsen fremmes. Omsorgsovertakelse vil være en dra-

¹²¹ GC No. 12 pkt 24

¹²² Sandberg (2010) s. 61

¹²³ GC No. 12 punkt 3 og 13.

¹²⁴ Sandberg (2010) s. 61

¹²⁵ Ibid s. 62

¹²⁶ Jf. Barnevernloven § 4-12

matisk endring i barnets liv, hvor det blir enda viktigere at barnet får uttale seg på et tidlig tidspunkt.

5.3 Informasjon og tilbakemelding

Etter lovendring fra 2003 i barneloven, var det fortsatt en mangel at det ikke fremkom tydelig at barnet også hadde rett på informasjon og tilbakemelding. Barnets verden måtte forenkles, slik at den kunne håndteres av barnet. Dette resulterte i enda en lovendring, og i dag er det uttrykkelig nedfelt i lov at barnet skal få informasjon og ha mulighet til å si sin mening før det tas avgjørelse om dets personlige forhold, jf. barneloven § 31(2)¹²⁷.

Retten skal i denne sammenheng sørge for at partene, og spesielt barnet, ikke føler seg neglisjert i rettsprosessen. Det er her viktig å unngå at barnet får inntrykk av at saken behandles på et standardisert grunnlag. Barnet skal dermed forsikres at saken er blitt vurdert konkret og at det er blitt tatt hensyn til barnets mening. Retten skal gjøre en konkret vurdering av barnets behov her-og-nå for henholdsvis beskyttelse eller støtte. Når barnet har formidlet sin mening skal dommeren eller den dommeren peker ut, orientere barnet om utfallet i saken og hvordan barnets mening er blitt tatt i hensyn til, jf. barneloven § 61 (1) nr. 4. Det er derfor helt avgjørende at barn blir aktivt involvert, der det blir hørt, og gis informasjon og tilbakemelding om saken. På denne måten vil det også være mulig å føre kontroll med at barnets synspunkter tillegges vekt. Med andre ord, tilbakemeldingen anses som en garanti for at barnets mening ikke er innhentet som en formalitet¹²⁸. Dette støttes også av tvistelovens krav til forsvarlig og tillitsskapende behandling av rettstvister¹²⁹.

¹²⁷ Endret ved lov 21 juni 2013 nr. 62 Lov om endringer i barnelova (barneperspektivet i foreldretvister)

¹²⁸ Ibid pkt 45

¹²⁹ Tisteloven § 1-1

6 De profesjonelle aktørene

Barneloven § 31 gjelder overfor alle som behandler saker om barns personlige forhold. Vi vil nå se på tre profesjonelle aktører som håndterer og behandler barnesaker; familievernet, domstolen og barnevernet. Disse aktørene i stor grad påvirker barnets rettsstilling, og vil ha betydelig innflytelse på dets liv. Det er derfor viktig å undersøke om barnets rett til å medvirke blir ivaretatt i rettsprosessen.

Barneloven ble tilført et nytt kapittel i 2003¹³⁰ som gir regler på hvordan barnefordelingssaker skal håndteres av rettsaktørene. I bakgrunn for dette lå NOU 1998: 17 *Barnefordelingssaker som gir noen synspunkter på hvordan avgjørelsesprosessen kan bli til barnets beste*. Kapitlet fastsetter ikke at avgjørelsen av saken «først og fremst» skal ligge på barnets beste, men at hensynet også skal legges til grunn ved «handsaminga av slike saker», jf. barneloven § 48(1). Saksbehandlingen skal etter denne rettes seg slik at selve avgjørelsen og prosessen er til barnets beste.

6.1 Familievernet

6.1.1 Mekling

Familievernordningen har som oppgave å gi rådgivning til familier som ønsker hjelp til å løse samlivs- og relasjonsproblemer, og mekling i forbindelse med separasjon og samlivsbrudd¹³¹. I dag må alle par som skiller lag, og som har barn under 16 år, ha minimum én time mekling¹³². Den norske meklingsordningen har som mål å bidra til å sikre et godt fremtidig foreldresamarbeid, med barnets beste i fokus. Her skal foreldre få hjelp til å komme frem til en skriftlig avtale om foreldreansvar, bosted og samvær¹³³.

¹³⁰ Kapittel 7 tilført ved lov av 20.juni 2003 nr. 40 (ikr. 1.april 2004)

¹³¹ Barneombudets rapport (2012)

¹³² Barneloven § 51

¹³³ Barneloven § 52

I undersøkelsen foretatt av Barneombudet mener de fleste meklere at barnets beste var oppnådd i stor grad i avtalene de hadde meklet frem¹³⁴. Det er dermed interessant at det ofte slås fast at avtalen er til barnets beste, når Barneombudet i sin rapport avslører at meklere sjelden møter barna personlig ved mekling. Også foreldrene vil ofte møte opp for kun den obligatoriske timen. Selv om meklere skal påse at hensynet til barnets beste blir ivaretatt, innrømmer de at fokuset på konflikten kan gjøre at fokuset på barnets beste glipper, særlig når tiden avsatt til mekling er begrenset¹³⁵.

I dag blir barn primært hørt i forbindelse med mekling ved familievernkontoret ved at foreldre formidler barnets synspunkt. Altså, det er opptil foreldrene å legge til rette for at barnet får anledning til å uttale seg. Mekleren har imidlertid en plikt til å informere foreldrene om at de må snakke med barnet¹³⁶. Likevel viser SINTEF-undersøkelsen at dette ikke blir fulgt tilstrekkelig i praksis¹³⁷. Av undersøkelsen fremkommer det blant annet at barns direkte deltakelse i mekling er å finne i kun 4 % av sakene¹³⁸. Det kan være flere årsaker til dette. Det kan for eksempel være gjensidig enighet mellom foreldre om ikke å innblande barn inn i mekling. Andre ganger kan det være slik at meklingen er helt uproblematisk, og derfor vil ikke dette tema i det hele tatt dukke opp.

Det er i utgangspunktet enighet om at foreldre er best egnet til å avgjøre hva som gagnar barnet best¹³⁹. Enighet mellom foreldre gis dermed en særlig verdi i rettssystemet. Det antas at når foreldre kommer til enighet i barnefordelingsspørsmålene, bidrar det til å dempe konflikten og danner bedre grunnlag for fremtidig samarbeid¹⁴⁰. Det er imidlertid ingen kontroll med om avtalen er til barnets beste der foreldrene er enige. En viktig problemstilling er derfor knyttet til avtalen som inngås mellom foreldrene, der den avtalte ordning ukritisk blir lagt til grunn til beste for barnet. Selv om foreldrene tilsynelatende er enige om løsning når de kommer til familievernkontoret, er det viktig å sikre at barnet faktisk har blitt sett og hørt i denne

¹³⁴ Barneombudets rapport (2012)

¹³⁵ Ibid

¹³⁶ FOR-2006-12-18-1478 (meklerforskriften) § 2 jf. barneloven § 42

¹³⁷ SINTEF Teknologi og samfunn A20162 (2011) s. 21

¹³⁸ Ibid ss. 21 og 125

¹³⁹ Jf. Barneloven § 36 (1)

¹⁴⁰ Barne- og familiedepartementet: Veileder Q-15/2004 s. 5

prosessen. Det er imidlertid ingen plikt etter barnekonvensjonen artikkel 12 å høre barnet direkte. Det kan også høres gjennom en representant. Til tross for dette anbefaler barnekomiteen at barnet får uttale seg direkte når det er mulig. Det er et naturlig utgangspunkt at foreldrene snakker med barnet om de praktiske spørsmålene etter samlivsbruddet, som hvor barnet skal bo og hvor mye samvær det skal være og lignende. Likevel vet vi at mange foreldre opptrer følsomt når de erfarer et samlivsbrudd. Foreldre vil derfor kunne vanskelig skille mellom hva som er barnets syn, og sine egne ønsker og behov¹⁴¹. Fokuset på barnet vil lettere kunne opprettholdes dersom barnet blir synliggjort gjennom sin tilstedeværelse. Det er samtidig ikke alltid enkelt å si ting direkte til foreldrene eller når foreldrene er tilstede ved mekling. Barnet vil ofte føle en lojalitetskonflikt, der det kan være redd for å si sin virkelige mening om situasjonen. Etter Barneombudets mening bør barnet som hovedregel snakke med mekleren uten foreldrene tilstede. Dette vil kunne bidra til at barnet i større grad snakker fritt og føler seg trygg i samtalsituasjonen¹⁴².

Barneombudet får dessuten mange klare meldinger fra barn som forteller at foreldrene har laget avtaler uten at de føler seg inkludert¹⁴³. Forslag om å ha mer enn én times obligatorisk mekling vil kunne være en forutsetning for å involvere barna bedre i meklingsprosessen¹⁴⁴. En innvending mot dette er at det vil bli kostnadskrevenende å tilby alle barn samtale med en mekler ved familiekontoret når foreldrene er til mekling.

Det er viktig å se på om meklingsordningen i dag i realiteten innebærer at man ikke får fokusert tilstrekkelig på barnets beste i den enkelte sak, og heller ikke får ivaretatt barnets rett til å bli hørt¹⁴⁵. Denne påstanden har sitt grunnlag i at barnets beste kan ikke anses ivaretatt dersom det ikke blir tilstrekkelig involvert. Er det mulig å komme frem til barnets beste uten å høre barnet? FNs barnekomité i sin kommentar svarer benektende¹⁴⁶: den fastsetter at det ikke er motsetningsforhold mellom artikkel 3 og artikkel 12. Den ene slår fast at barnets beste skal

¹⁴¹ Barnekonvensjonen - barns rettigheter i Norge (2012) s. 66

¹⁴² Barneombudets rapport (2012)

¹⁴³ Ibid

¹⁴⁴ Barneombudets rapport (2012). Tidligere gjaldt det her tre timer obligatorisk mekling, men det ble redusert til én time begrunnet i unødvendig bruk av tid ved ukompliserte saker.

¹⁴⁵ Haugen og Rantalaiho (2012) s. 115

¹⁴⁶ GC No. 12 pkt 74, GC No. 14 pkt 53 og 54

være målet, og den andre presenterer framgangsmåten for å nå dette målet, som er å høre på barn. Barnets beste lar seg ikke gjennomføre på rett vis uten at komponentene i artikkel 12 blir respektert, og likeledes forsterker artikkel 3 funksjonaliteten til artikkel 12. Dette bidrar til å forsterke barns rolle i alle beslutningsprosesser som berører deres liv.

Barnekomiteen har uttrykkelig kommentert at alternative konfliktløsningsmekanismer, som mekling og voldgift, er også omfattet av «saksbehandlingen»¹⁴⁷. Det er altså ingen tvil etter denne at barn skal høres også ved mekling. Spørsmålet er dermed om det er tilstrekkelig at foreldrene overbringer barnets mening?

Våre internasjonale forpliktelser gjennom barnekonvensjonen angir at barn skal særlig høres i «enhver rettslig og administrativ saksbehandling»¹⁴⁸, og dette gjelder alle relevante rettslige prosesser som angår barnet¹⁴⁹. Komiteen presiserer i tillegg at lovgivningen skal sikre barnet retten til å bli hørt av beslutningstakere og meklingsprosessen¹⁵⁰. Det betyr at staten har en plikt til å tilrettelegge for at barnet blir hørt når foreldrene er til mekling, og at dette bør nedfelles i regelverket for mekling.

Det er ikke minst problematisk at det i dag er store variasjoner i hvordan man ivaretar og fortolker barns rettigheter ved ulike kontorer og meklere imellom¹⁵¹. For at meklingsprosessen skal være betryggende for barnet må det stilles krav til at de som snakker med barnet er faglig kompetente til å gjennomføre samtalen på en god måte. Det oppfordres til å innføre et krav om bruk av en anerkjent samtalemotodikk av alle som fører samtale med barn. Dette er særlig viktig i saker som gjelder problemstillinger knyttet til vold, overgrep og psykiske lidelser. Dette behandles nærmere under 5.2.2.

¹⁴⁷ GC No. 12 pkt 32 og 52.

¹⁴⁸ BK art. 12 nr. 2

¹⁴⁹ GC No. 12 pkt 32

¹⁵⁰ Ibid pkt 52

¹⁵¹ Barneombudets rapport (2012)

6.2 Domstolene

Rettsaker etter barneloven skal holdes for lukkede dører¹⁵². Foreldre som har fått en meklingsattest kan reise sak for domstolen om foreldreansvar, bosted og samvær¹⁵³. Tvist mellom barnets foreldre om foreldreansvar, om fast bosted og om samvær behandles etter saksbehandlingsreglene i tvisteloven¹⁵⁴. Retten skal angi alle relevante faktiske og rettslige sider av saken, derav sakens hovedpunkter, sakens gjenstand, partenes anførsler og argumenter, sakens fakta og rettslig grunnlag¹⁵⁵. I begrunnelsen skal det gjøres greie for barnets behov, barnets synspunkter samt foreldrenes forhold og forutsetninger¹⁵⁶.

Omfattende saksbehandling vil imidlertid ikke ekskluderer muligheten av at dommere bevisst toner ned bestemte aspekter ved sin vurdering og begrunnelse for å unngå å forverre konflikten mellom foreldrene.

6.2.1 Rettsforlik

Fremgangsmåten i saksbehandlingen starter med at dommeren som hovedregel innkaller foreldrene til et forberedende møte for å diskutere den videre prosess¹⁵⁷. Advokatene og dommeren skal vurdere muligheten til å få partene til å mekle, og legge forholdene til rette for det «saka er eigna for det»¹⁵⁸. Det skal altså legges til rette for rettsforlik på dette stadiet, men bestemmelsen er samtidig ment å beskytte barn mot dårlige forlik der saken er knyttet til påstander om vold. Med rettsforlik menes at foreldrene gjennom forhandlinger blir enige om en avtale uten å gå til hovedforhandling.

¹⁵² Domstolsloven § 125 (2)

¹⁵³ Barneloven § 56

¹⁵⁴ Tvisteloven av 17. juni 2005 nr. 90 jf. barneloven § 59

¹⁵⁵ Tvisteloven § 19-6

¹⁵⁶ FOR-2013-12-19-1636 § 2

¹⁵⁷ Barneloven § 61 nr. 1

¹⁵⁸ Barneloven § 61 nr. 1 (tilført ved lov 21 juni 2013 nr. 62)

I følge en undersøkelse av Katrin Koch, blir ca. 80 % av barnefordelingssakene for domstolen løst med forlik mellom foreldrene¹⁵⁹. Dette utgjør en betydelig stor andel av foreldretvister. Følgelig er det grunn til å spørre om det blir meklet i de riktige sakene? Eller nærmere bestemt, er forlik mellom foreldrene til fordel for barnet?

Ved første øyekast vil man kunne fastslå at mekling krever et visst nivå av samarbeid og kommunikasjon mellom partene for å fungere godt. Det kan foreligge uønskede årsaker bak et forlik som kan skyldes ulike forhold; blant annet utidig press eller et skjevt maktforhold mellom partene. Økonomi spiller også inn. Er det til barnets beste når den svakstilte forelder føler seg tvunget til et forlik? For at det skal være forsvarlig å gjennomføre mekling i svært kompliserte saker, kreves det at dommer og eventuelt sakkyndig både evner å ivareta foreldrene og ha barnets behov for øye, og setter ned foten der løsningen foreldrene kommer til ikke er god for barnet. I disse tilfellene er det særlig viktig å innhente barnets egne ønsker. Det er opptil den enkelte dommerens vurdering å finne ut når tiden er inne for ulike skritt i prosessen. Likeledes, for at dommeren skal kunne vurdere om en løsning er til beste for barnet, enten saken er til mekling eller til hovedforhandling, må dommeren ha tilstrekkelig kunnskap om saken.

Det er altså et alvorlig problem når vanskelige barnefordelingssaker går for retten. Den av foreldrene som ønsker å beskytte barnet, kan i enkelte tilfeller bli presset til å godta dårlige forlik¹⁶⁰ til skade for barnet. Årsak til dette vil i de fleste tilfeller være at de økonomiske midlene ikke strekker til, og forelderen som er lite ressurssterk må gi opp for løsninger han eller hun ikke trives med. I noen slike tilfeller vil jeg tro årsak kan være at mor er redd/unngående for far som er dominerende og/eller voldelig, og omvendt. Forlik kan fra utsiden vise seg å ha den effekt at konflikten løses raskt og fås ut av verden, men det forekommer at resultatet blir det motsatte; dårlige forlik kan bidra til at konfliktene får lengre levetid¹⁶¹. Det kan føre til at det oppstår nye konflikter mellom foreldrene, som barnet må bære konsekvens av.

¹⁵⁹ Koch (2008) s. 9

¹⁶⁰ Breivik og Mevik (2012) s. 68-69

¹⁶¹ Ibid.

Er det riktig å tvinge foreldre til å samarbeide om felles barn i tilfeller der konfliktene er så store at de rammer barns fysiske og psykiske helse? Man får inntrykk av at tidspresset er stort i disse sakene¹⁶².

Det følger imidlertid av tvistelovens formål at saksbehandlingen skal være rask og effektiv¹⁶³. Det er samtidig viktig for både foreldrene og for barnets del at saken avklares raskest mulig.

6.2.2 Barnefaglig kompetanse

Det er viktig at de som behandler saker etter barneloven har spesialkunnskap om barnets behov og oppvekst. Barnefaglig kompetanse er viktig dersom barnets uttalelser skal kunne tillegges tilstrekkelig vekt. Selv om barnefaglig kompetanse er viktig i alle ledd i prosessen, har den størst aktualitet i domstolen som treffer rettskraftige avgjørelser av atskillig betydning for barnet.

I dag er det ingen krav til formell kompetanse eller opplæring for å gjennomføre samtale med barn etter barneloven. Følgelig møter barn sjelden dommere med barnefaglig spisskompetanse. Professor Kirsten Sandberg påpeker at dommere antakelig bør ha med seg en egnet person eller sakkyndige fremfor å snakke med barnet alene når han/hun ikke har slik erfaring¹⁶⁴. Det er viktig at den som fører samtale med barnet har grunnleggende kunnskap om psykologiske mekanismer hos barn, og kan kommunisere med de på en forsvarlig måte. Det er særlig behov for faglig kompetansetilførsel i saker der problematikken er knyttet til vold, overgrep eller psykiske lidelser¹⁶⁵.

6.2.2.1 Sakkyndige og deres mandat

Barnelovens § 61 første ledd nr. 3 hjemler den tradisjonelle bruken av sakkyndige under saksforberedelsen. De sakkyndige blir ofte satt inn til å gjennomføre samtaler med barna, enten alene eller med dommeren. Hensikten med bruk av sakkyndige er å gi domstolen og foreldre-

¹⁶² Ibid.

¹⁶³ Tvisteloven § 1-1(1)

¹⁶⁴ Sandberg (2010) s. 58.

¹⁶⁵ Prop. 85 L (2012-2013) s. 36

ne et barnefaglig perspektiv på de beslutninger som skal fattes om barnet. Metoden den sakkyndige bruker er selve samtalen med barnet. Hvordan samtalen gjennomføres vil avhenge av den enkelte sak; dels av barnets alder, og dels av den sakkyndiges fagkompetanse. Det forutsettes at den sakkyndige avgir en skriftlig erklæring, der det gis en beskrivelse av hvordan oppdraget fra domstolen er utført, hvilket resultat den sakkyndige har kommet til, samt grunnlag resultatet bygges på. Svakheter ved den saksforberedende prosessen er at det ikke stilles krav til at den sakkyndige skal rapportere skriftlig fra samtalen med partene og/eller barna. Ingen får dermed innsyn i hva de har snakket om, og da får man heller ikke vite hva den sakkyndige bygger sine synspunkter på når han gir råd i disse sakene. I dag eksisterer det ikke noe system som kvalitetssikrer den sakkyndiges arbeid, slik som tilfellet er for barnevernssakene¹⁶⁶.

Et annet problem berører sakkyndiges mandat. Det følger videre av barneloven § 61 nr. 3 at retten oppnevner sakkyndig til å uttale seg om ett eller flere spørsmål i saker «der det trengst»¹⁶⁷. Mandatet må gjennomføres innenfor rammene av det domstolen har fastsatt. Det er dermed begrensninger i hva sakkyndige kan utøve av myndighet i barnefordelingsaker og hvilke spørsmål de oppnevnes for å uttale seg om. Det foreligger imidlertid retningslinjer for innholdet av mandatet fra barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet (BLD)¹⁶⁸ der mandatet utvides til flere måter å gjennomføre samtalen på; ytterligere samtaler med partene, observere samspill mellom foreldre og barn, og innhente informanter som er nødvendig for å kunne vurdere de psykologfaglige spørsmål som reises av anførsler og påstander i saken.

Bestemmelsen har også ved siste lovendring blitt tilført en presisering av hvilke saker som regnes for å ha behov for sakkyndig bistand: «Der det er sett frem påstander om vald, overgrep, rus eller psykisk lidning og saka ikkje er tilstrekkeleg opplyst på anna måte».¹⁶⁹

¹⁶⁶ NOU 2006:9 s. 12

¹⁶⁷ Barneloven § 61(1) nr. 3 1.pkt

¹⁶⁸ BLD: Veileder Q-15 (2004b), s. 14-15

¹⁶⁹ Barneloven § 61(1) nr. 3 2.pkt (ikr. 1.jan 2014)

6.2.2.2 Undersøkelser

Skjørtens undersøkelse av lagmannsrettssaker viser at der barnet ikke ønsker samvær, og retten legger til grunn at samværsforelder er voldelig, får barn over 10 år i hovedsak en avgjørelse i samsvar med sitt ønske¹⁷⁰. For yngre barn ser det imidlertid ut til å være vanligere å pålegge samvær med tilsyn, til tross for klart uttrykt motstand fra barnet. Dette begrunnes med at et begrenset og kontrollert samvær vil kunne danne grunnlag for bedre kontakt mellom foreldre og barn i fremtiden¹⁷¹. Her oppstår flere dilemmaer; Er det riktig å påtvinge barnet kontakt med en forelder som har begått handling som svekker hans eller hennes omsorgsevne? Er det riktig å fremtvinge en god relasjon der barnet uttrykkelig motsetter seg kontakt med forelder? Det er verdt å merke seg at slik kontaktnekt trenger nødvendigvis ikke å handle om vold eller andre alvorlige forhold, men kan bare ha sitt grunnlag i at forelder ikke står barnet nært. Hvordan skal retten forholde seg til tilfeller der ingen problematikk er knyttet til samværsforelder, men barnet likevel motsetter seg samvær? Det er mye som må til at retten tillater samvær der barnet klart motsetter seg det¹⁷². Dette fremgår tydelig av forarbeidene, men er fortsatt ikke tatt med i lovteksten.

I en undersøkelse foretatt av Rød, Ekeland og Thuen kommer det frem at barna kan føle seg dobbelt krenket, både av foreldrene, og av retten. Følelser av dobbeltkrenkelse var forankret i at barna følte at de verken ble hørt hjemme av foreldrene før de forhandlet frem en avtale, og heller ikke det offentlige hjelpeapparatet tok hensyn til dem ved avgjørelsen. Barna opplevde det dypt urettferdig at de måtte til samvær med en forelder de avskydde, og opplevde det som grunnleggende urettferdig at deres ønske ikke hadde blitt tatt hensyn til¹⁷³. God informasjon til barna i prosessen, hvor de også får en forklaring på hvordan deres mening har blitt vurdert, vil være lønnsomt for å forsøke å avhjelpe barnas opplevelse av krenkelse, se 4.2.

I Kochs evaluering av saksbehandlingsreglene rapporterte 44 % av foreldrene at barna var positive etter å ha blitt hørt av domstolen, mens 36 % av foreldre var usikre, og 20 % var ne-

¹⁷⁰ Skjørten (2010) s. 99.

¹⁷¹ Ibid s. 100

¹⁷² Prop. 85 L (2012-2013)

¹⁷³ Rød, Ekeland og Thuen (2008)

gative. De som var negative var oftest også misfornøyde med den sakkyndige, utfallet av saken eller hadde forverret konflikt med den andre av forelderen¹⁷⁴.

6.2.3 Manipulasjon

Domstolene håndterer ytterligere komplekse saker der barnet uttrykker motstand mot en av foreldrene, men hvor retten ikke finner at vold eller andre alvorlige forhold har funnet sted. Bakgrunn for motstand uten synlig grunn er en gjenganger i retten, og forbindes ofte med *manipulasjon*. Manipulerende adferd er definert av departementet på følgende måte: «Vold kan forstås som et mønster av overgrep og manipulerende adferd som kan være fysisk, psykisk, emosjonell, økonomisk og/eller seksuell, som overgripere bruker mot deres partnere og/eller barn». ¹⁷⁵ Manipulasjon altså defineres som vold.

Når barnet motsetter seg samvær med en av foreldrene, fremmes det ofte påstander fra denne forelderen om at barnet har blitt manipulert eller presset til uttale seg på en bestemt måte. Lagmannsretten uttalte i en konkret sak som dreide seg om fars samvær med en 15 år gammel jente: «Når lovgjevar først har meint at det beste for barnet og opplysning av saka er at barnets mening skal høyrast, bør det utvisas så pass respekt for både barnet og lova sitt system at *ein ikkje utan vidare legg til grunn at barnet har late seg pressa, eventuelt manipulera, av eksempelvis lojalitet eller anna dersom uttalen går i den ene eller andre retning*. Så mykje meir gjeld når barnet nærmar seg vaksen alder»¹⁷⁶. Retten ser ikke med blide øyne på at mor fremsetter slike påstander, og mener hun utviser manglende respekt for både barnet og loven.

Det kritiske i slike saker er imidlertid å kunne skille barnets egne meninger fra foreldrenes innflytelse i form av manipulasjon. Forskere mener problemet syntes snarere å være at barn holder tilbake informasjon enn at de dikter opp informasjon om vanskelige temaer¹⁷⁷. Det er dermed ikke gitt at barn som tilbakeholder informasjon ikke er manipulert. I BLDs artikkelsamling fremheves det at barn tross for sin avhengige posisjon i forhold til foreldre, ikke nød-

¹⁷⁴ Koch (2008) s. 36.

¹⁷⁵ BLD (2008) s. 9

¹⁷⁶ LA-2006-34016 (mine uthevinger)

¹⁷⁷ Gamst (2006) s. 36.

vendigvis har en «positiv og lik tilknytning til hver av foreldrene»¹⁷⁸. De kan føle ulikt i forhold til hver av foreldrene, og i barnelovssaker kan det være mer regelen enn unntaket. Det kan heller ikke utelukkes at barn kan, som voksne, si ting som ikke er sant, og det er klart at det kan være vanskelig å vurdere hva som er riktig i den enkelte sak.

Et annet spørsmål er hvordan retten skal holde seg til manipulatorene. Når det blir fremsatt påstander om vold mot barn ved barnefordeling, kan det bli oppfattet som eskalering av konflikten. Retten ønsker først og fremst å dempe konflikten, og derfor kan rettens fremgangsmåte oppfattes som barskt når det fremsettes påstander om vold eller overgrep som ikke er bevist. Retten prøver å holde konflikttemaer utenfor rettssalen, og ønsker å skape et klima der foreldrene kan ha et samarbeid som fører til forlik mellom dem¹⁷⁹. Er det riktig av retten å feie de uavklarte spørsmålene under teppe? Domstolen klarer dessverre ikke alltid å avsløre manipulatorene, og dette får et svært uheldig utfall for barnet¹⁸⁰. Det er ikke åpenbart for en tredjeperson å se hvem som er manipulativ. Manipulatorene er som regel selvsikre og veltalende. Det er heller ikke uvanlig at de fremstiller seg selv som offer i saken¹⁸¹. Retten kan på denne måten influeres av foreldrenes spill. Det er dermed feil når fokuset er på foreldre, og ikke barnet. Gitt at manipulasjon er definert som vold, gjør det særlig viktig for retten å avsløre manipulativ adferd.

Fokus på konflikten mellom foreldrene fører til en form for tilsløring av den reelle konflikten - konflikten mellom forelderen og barnet. Det er derfor grunn til å spørre *hvorfor* slike anførsler blir fremsatt. Årsak til dette kan, som sagt, være at parter som er sterk følelsesmessige involvert, og ønsker å beholde barnet for seg selv og derfor fremsetter falske påstander. Det er likevel tilfeller der påstanden gir uttrykk for reell bekymring. Om ikke bekymringen skulle representere hele virkelighetsbildet, gir den retten allikevel grunn til å trå varsomt. Det kan altså skjule seg vold bak konflikten. Retten bør heller spørre hvor disse påstandene kommer fra? Kommer disse fra anklageren – forelderen, eller offeret selv – barnet?

¹⁷⁸ Øvreeide (2006) s. 21

¹⁷⁹ Breivik og Mevik (2012) s. 65

¹⁸⁰ Ibid s. 66

¹⁸¹ Ibid s. 67

Det kan ikke utelukkes at barn kvier seg med å dele samme opplysninger med dommeren eller sakkyndige som med en forelder. Barn har dessuten ulike måter å formidle sine erfaringer på¹⁸². Det hender derfor at dommeravhør av barn bidrar lite for å oppklare saken.

Vold og voldsbruk blir ansett for å være underrapportert i barnefordelingssaker. I mange av disse sakene kan barnet være den sanneste kilden, forutsatt at fagfolk lærer hvordan de kan snakke med barn og tolke det de forteller. Det handler om grunnleggende holdninger hos voksne til å anerkjenne barn som troverdige mennesker. Beskrivelser fra barn om vold ønskes i mindre grad bagatellisert av de voksne som behandler saken. Ingen vil påta seg ansvar for at volden og overgrepene tildekkes, og overgriperen går fri. Særlig ikke dommeren. Det er heller ingen selvfølge at foreldre og barn involvert blir skildret og referert på den måten de anser selv for å være korrekt. Det er til syvende og sist dommerens meninger og vurderinger av saken som danner grunnlag for avgjørelsen.

6.2.4 Oppnevning av en advokat eller en representant

Det er i utgangspunktet foreldrene som skal ivareta barnets behov. Det oppstår ofte tilfeller der barnet blir glemt eller nedprioritert i foreldrenes pågående konflikt. Barneloven § 61(1) nr. 5 gir domstolen mulighet til å oppnevne en egen advokat eller en representant til å ivareta barnets interesser i en rask og ordentlig saksgang. Barnet er altså ikke part i saken. Spørsmålet er dermed om barnets interesser ivaretas gjennom oppnevning av en advokat eller en representant? Forarbeidene til lovendringen slår fast at representantens rolle primært skal være å ivareta barnets interesser i forbindelse med saksbehandlingen¹⁸³. Denne bestemmelsen er ment som en unntaksbestemmelse, jf. «særlege høve». Representantordningen i barneloven blir benyttet i dag i svært få saker¹⁸⁴. Bestemmelsen ble imidlertid nylig endret, og gjelder også i de tilfeller der det er «grunn til å tro at barnet er utsatt for vold eller på annen måte behandlet slik at slik at den fysiske eller psykiske helsa blir utsatt for skade eller fare»¹⁸⁵. Det er

¹⁸² Breivik og Mevik (2012) s. 153

¹⁸³ Ot.prp. nr. 29(2002-2003) s. 49.

¹⁸⁴ Koch (2008) s. 47.

¹⁸⁵ Barneloven § 61(1) nr. 5 - Endret ved lov 21 juni 2013 nr. 62 (ikr. 1. jan 2014)

verdt å merke seg at Europarådet¹⁸⁶ har anbefalt at barn bør ha rett til egen juridisk representant i prosesser hvor det kan være en konflikt mellom barnets og foreldrenes interesser.

Ett av ankepunktene mot dagens saksbehandlingsregler som ofte dukker opp gjelder fare for tilsløring, slik at viktige opplysninger om vold, rus eller personlige forhold ikke kommer fram. Dette skjer trolig blant annet fordi det å komme med den type informasjon for en forelder kan være risikabelt. Det kan lett bli sett på som løse påstander eller manipulasjon. Hvis man ikke blir trodd, kan man i verste fall oppleve at bosteds- og/eller samværsordning blir endret. Når informasjonen derimot kommer fra advokaten til barnet, er det mindre grunn til å se på dette som et partsinnlegg fra en av foreldrene¹⁸⁷.

Ordnningen med å ha egen representant for barn er ressurskrevende. Barnet må dessuten forholde seg til enda flere personer. I forbindelsen med innføringen av ordningen kan det påpekes at dommerens bruk av sakkyndige langt på vei vil kunne imøtekomme barnets behov. Rettspraksis gir også inntrykk for at sakkyndiges uttalelser blir respektert av dommeren når disse foreligger i saken¹⁸⁸.

6.3 Barnevernet

Barnevernssaker og barnelovssaker er ikke adskilte sakstyper slik det blir antatt. Det er likevel vanskelig å trekke inn barnevernet når saken er under rettsbehandling. Alle instanser som håndterer saker om barn har en avvergingsplikt¹⁸⁹. Barnevernets skal helst bli inndratt i de mest alvorlige saker, der det foreligger alvorlig omsorgssvikt som vold, overgrep og andre alvorlige forhold. Det er likevel sjelden praksis å innblande barnevernet tidlig i behandlingsprosessen. Hvorfor forekommer det sjelden at familievernkontoret trekker inn barnevernet?

¹⁸⁶ Europarådet er et europeisk samarbeidsorgan der Norge er en av de ti grunnleggerne. Norges innsats har det overordnede mål å legge til rette for sosial og økonomisk utvikling for et demokratisk Europa, der menneskerettigheter og rettsstatsprinsipper respekteres. Norge legger derfor stor vekt på samarbeidet i Europarådet og støtter organisasjonens utvikling – regjering.no (lest 05.03.2014)

¹⁸⁷ Barneombudets rapport (2012)

¹⁸⁸ Skjørten (2005)

¹⁸⁹ Straffeloven § 139

Bakgrunn for det er nok at saken er i liten grad opplyst når den legges frem ved mekling. På dette stadiet er det sjelden klare holdepunkter for å anse innblanding av barnevernet om nødvendig. Det er heller foreldrenes samlivsbrudd som står i fokus, hvor partene skal komme frem til en løsning som anses å være i barnets interesse.

Barnevernet har imidlertid en plikt til å undersøke barnets omsorgssituasjon, dersom det mottar bekymringsmelding som gir rimelig grunn til å tro at det foreligger forhold som hjemler tiltak etter barnevernloven¹⁹⁰. Barnevernet involveres utelukkende i barnefordelingssaker der konfliktnivået svekker omsorgsevnen hos den ene eller begge foreldre. Barneverntjenestens ansvar for barn og unge omfatter også tilfeller der foreldrene ikke bor sammen og har en konflikt som går utover omsorgen for barnet. Barnevernet kan gjennomføre undersøkelser både der barnet bor fast, og hos samværsforelderen der det er grunn til bekymring. Det foreligger en ny veileder om forholdet mellom barneloven og barnevernloven¹⁹¹. Målet med veilederen er å gi ansatte i barneverntjenesten kunnskap om hvordan de kan håndtere slike saker på en forsvarlig måte. Det redegjøres for hvordan barnevernloven og barneloven virker i forhold til hverandre, og hvilke oppgaver barneverntjenesten har i tilfeller hvor barn lider under foreldrenes konflikt. Den vil også kunne være relevant for andre som kommer i kontakt med saker i skjæringspunktet mellom de to lovene. Dette behandles nærmere i kapittel 8.

Utgangspunktet er at foreldrene har avtalefrihet, der foreldrene har myndighet til å avtale egne løsninger i henhold til barnets interesse og behov. De fleste foreldre greier selv å bli enige, og uenighet om disse spørsmålene faller i utgangspunktet utenfor barneverntjenestens ansvarsområde. Det er imidlertid ikke alltid lett å oppdage når en avtale går ut over omsorgen for barnet, og det kan være vanskelig for barnevernet å skille mellom spørsmål som faller inn under barnevernloven, og hva som etter barneloven er foreldrenes oppgave å løse. Når foreldrene har en langvarig konflikt som får negativ effekt på deres omsorgsevne, kan dette føre til at barnets helse og utvikling blir skadet. En konflikt som i utgangspunktet er en privat tvist mellom foreldrene vil, dersom den går ut over foreldrenes omsorgsevne, derfor føre til at barnet får behov for bistand fra barnevernet.

¹⁹⁰ Barnevernloven § 3-1 jf. kapittel 4 i loven.

¹⁹¹ BLD: Veileder 06/2013

7 Vektlegging av barnets stemme

7.1 Studier

Studier viser at det kan være en substansiell avstand mellom barnets deltagelse og barnets innflytelse i avgjørelsen. Kirstin Skjørten har utført en studie basert på 292 lagmannsrettsavgjørelser¹⁹². Rettsavgjørelsene er fra delvis før og etter lovendringen i 2004. Nærmest halvparten av avgjørelsene er fra før lovendringen (1998-2000), og resten fra etter (2006-2007). Skjørtens studie gjelder hovedsakelig spørsmålet om fast bosted.

I følge retningslinjer som gjelder høring av barn, skal dommeren velge om samtalen med barnet skal gjennomføres av en sakkyndig eller en annen egnet person for å fremskaffe barnets mening. I saker barn er blitt hørt, skal det skriftlig rapporteres om hvem som hadde samtale med barnet og hva barnet uttalte. Mer enn 10 % av alle foreldre som skilles hvor problemene er knyttet til bosted og samvær blir avgjort av domstolen¹⁹³. Antall tvister i domstoler om bosted og samvær øker, til tross for meklingsordningen som tilbyr foreldrene å finne en løsning utenfor domstolen.

I tillegg viser statistikken at hele 82 % av barna etter samlivsbrudd bor hos sin mor, 8 % bor hos sin far, mens resten har delt bosted hvor barnet tilbringer like mye tid hos hver av foreldrenes hjem¹⁹⁴. Mest sannsynlig har tallene på delt bosted forandret seg etter endringen i 2010, jf. barneloven § 36 om adgang til å avtale/tildele delt bosted. Opplysninger fra barnevernet viser at foreldrene i økende grad velger delt bosted¹⁹⁵. Disse tallene er således resultat av avtalen mellom foreldrene. Utfallet er noe annerledes ved domsavgjørelser der fedrene fikk medhold i henholdsvis 44 % (1998-2000) og 37 % (2006-2007) av sakene. Det er viktig å understreke at disse resultatene representerer kun ankesdomstolens avgjørelser og beskriver ikke lavere instanser.

¹⁹² Skjørten (2013)

¹⁹³ Skjørten (2013)

¹⁹⁴ Kitterød (2005)

¹⁹⁵ Åndnanes et al (2011)

Barnekomiteen har uttalt i sin kommentar om tolkning av artikkel 12 at barn bør gis mulighet til å uttrykke sitt syn fra de er i stand til å danne en mening om saken, og at de er berettiget til å motta informasjon tilpasset deres alder. Bestemmelsen har en innebygd forutsetning for å treffe et opplyst valg. Informasjonen skal gis i en barnevennlig form der barnet opplyses om hva spørsmålet gjelder, hvilke alternativer som finnes, og hva blir konsekvensene av de ulike alternativene¹⁹⁶. Samtidig som barnets syn tillegges tilstrekkelig vekt i forhold til dets alder og modenhet¹⁹⁷. Retningslinjer spesifiserer samtidig at barnet trenger ikke nødvendigvis ha en klar mening, men at også annen informasjon delt av barnet vil noe å si ved vurdering av hva som er til fordel for barnets interesser¹⁹⁸.

Hvordan var rettstilstanden før 7 års grensen ble introdusert? Rettspraksis viser at før lovendringen i 2003 ble barn over 7 år hørt i litt over halvparten av sakene, og i omtrent litt over en tredel av sakene var barn over 12 år. Det betyr at også før lovendring ble yngre barn hørt. Etter lovendring, ble det i nærmest 9 av 10 saker referert til uttalelsen til barn på syv år eller eldre. Det er kun få saker der det ikke forelå en spesiell grunn bak hvorfor barnet ikke ble hørt. Det vi kan fastslå er kun det at barnet ikke ble hørt, uten å redegjøre for årsaken bak. Det kan være gjerne ligge legitime grunner bak dette, som for eksempel at barnet selv ikke ønsket å uttale seg.

Et nøkkelfunn i studiet viser at barn blir hørt i saker om bostedsspørsmålet i større grad enn før, dette kommer også klart frem i domspremissene¹⁹⁹. Tidligere var fokuset på foreldre, og barna var nærmest usynlige²⁰⁰. Et klart eksempel på at barn kommer synligere frem i avgjørelser finner vi blant annet i en lagmannsrettsavgjørelse fra 2006, der to barn på 10 og 8½ år ble referert som hovedpersonene i saken²⁰¹. Vi ser at fokuset er nå gradvis flyttet fra foreldrene til barnet.

¹⁹⁶ GC No. 12 pkt 25 og 34.

¹⁹⁷ GC No. 12

¹⁹⁸ BLD: Veileder Q-15/2004

¹⁹⁹ Jf. LE-2006-112561

²⁰⁰ Smith (2008)

²⁰¹ LE-2006-112561

Det faktum at barn nå regelmessig blir hørt er særlig interessant i tilfeller der foreldre må delta i mekling. Studier viser at når foreldre kommer frem til en løsning, får barn sjelden mulighet til å uttale seg²⁰². Man kan si at avtalen som foreldrene forhandler seg i mellom blir automatisk ansett å være til barnets beste, uten at barnet blir hørt. Rettstilstanden på dette stadiet, der foreldrene avtaler en løsning utenfor domstolen, er derfor uklar. Tidligere ble en familie oppfattet som en enhet der alle delte samme interesser. I dag er det i større grad forståelse for at en familie fremstiller individuelle interesser, delvis motstridende interesser²⁰³.

I Skjørtens undersøkelse fremkom imidlertid at barnet gjerne høres om det som regnes som hovedspørsmålet i saken, enten det er bosted eller samvær. Men i saker der fast bosted var hovedspørsmålet, ble barnet ikke hørt om samværsspørsmålet og omvendt. For at barnets uttelsesrett skal ha noe vekt, bør det vurderes bruk av tiltak som sikrer at barn får anledning til å uttale seg om hele saken, og ikke bare hovedspørsmålet i saken²⁰⁴. Poenget med å snakke med barnet er nettopp å få frem helheten i barnets situasjon.

Barnekomiteen oppfordrer Norge til å fortsette å implementere barnekonvensjonens artikkel 12 og promotere respekt for barnets meninger i hver alder i både administrative og juridiske prosesser. For å følge denne anbefalingen har Norge bestemt seg for å iverksette tiltak for å sikre at barn blir hørt også ved obligatorisk mekling²⁰⁵. Denne retten mener Sandberg følger av FNs barnekonvensjon²⁰⁶. Det er imidlertid uklart hvordan disse tiltakene skal følges opp.

7.1.1 Barnets innflytelse

Barnets ønsker bør bli vurdert i kontekst av andre momenter som vil påvirke barnets beste. Avgjørelser som er i samsvar med barnets ønsker blir som regel begrunnet i andre momenter. Dette fører til at det ikke er enkelt å skille mellom tilfeller der barn har hatt innflytelse på avgjørelsen og når andre momenter har spilt avgjørende rolle. Det er grunn til å understreke at

²⁰² Haugen og Rantalaiho (2011) s. 29

²⁰³ Smart (2002)

²⁰⁴ BLD (2011).

²⁰⁵ BLD (2011)

²⁰⁶ Sandberg (2012)

vurdering av samværs spørsmålet må skje på grunnlag av forholdene i dag²⁰⁷. Etter lovendringen, ble to femtedeler av alle avgjørelser der barnet var syv år eller eldre, begrunnet i barnets ønsker. Kun en fjerdedel av avgjørelsene var mot barnets ønsker. Resten av avgjørelsene refererte til andre momenter²⁰⁸. Sammenlignet med før lovendringen, har det vært en merkbar økning i avgjørelser der barnets ønsker har hatt betydning for utfallet. Tidligere var det bare en femtedel av avgjørelsene som bygget på barnets syn som var hovedargumentet eller en del av det²⁰⁹.

Ser man nærmere på disse avgjørelsene der barnet har hatt innflytelse på resultatet, ser vi ofte at domstolen ofte fastslår at ønskene var enten utvetydige og godt betraktet, eller uttrykte barnets fri vilje og hadde vært opprettholdt i noe tid. Hva som ligger i «godt betraktet» anser domstolen som blant annet følelsen av velvære i hjemmet, barnets tilknytning, barnets sosiale nettverk knyttet til bosted. I denne sammenheng oppstår problemet med å avklare omstendigheter der barnets utvetydige utsagn skyldes press fra foreldrene, jf. 4.2.4.

I likhet med barneloven § 31 skal barn som er fylt 7 år og yngre barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter informeres og gis anledning til å uttale seg i saker som berører dem etter barnevernloven § 6-3²¹⁰. Barnets mening skal også her tillegges vekt i samsvar med barnets alder og modenhet. Et eksempel der barnets mening ble tillagt stor vekt finner vi i Rt. 2004 s. 999. Saken gjaldt overtagelsen av omsorgen for en 12 år gammel gutt, der det var betydelig usikkerhet om morens omsorgsevne. Høyesterett under tvil ga omsorgen til moren. Retten la særlig vekt på at gutten hadde sterkt ønske om å få bo sammen med moren, og oppholdet i fosterhjemmet hadde ikke fungert godt nok. Det kan godt spørres om resultatet ville vært det samme dersom gutten bodde hos sin far, og ikke fosterforeldre. Domstolen gir ikke klart svar på dette. Vi ser likevel at barnets medvirkningsrett blir styrket også etter barnevernloven.

²⁰⁷ HR-2013-2214-A (avsnitt 40)

²⁰⁸ Skjørten (2013)

²⁰⁹ Ibid

²¹⁰ Endret ved lover 9 mai 2003 nr. 29 (ikr. 1 jan 2004)

Studier viser at alder har en klar sammenheng med om barnets ønsker får innflytelse på sakens utfall. Det blir sagt at alder er nøkkelen til innflytelse²¹¹. Fra barn er 12 år, har de en sterk rolle i disse sakene. Alder er et sentralt moment ved vurdering av barnets kompetanse. Tidligere var det svært vanlig at barnets kompetanse ble knyttet til alder, hvor barnets utvikling, både fysisk og intellektuelt, ble forklart gjennom ulike faser og stadier definert av alder²¹², siden den ville være felles for alle barn. De siste årene har det således vært en annen forståelse av dette. Barns kompetanse blir nå knyttet til kontekst og erfaring²¹³. I denne sammenheng spiller barnekonvensjonen en viktig rolle. Det understrekes av barnekomiteen at BK artikkel 12 skal vektlegge både modenhet og alder; «makes it clear that age alone cannot determine the significance of a child's view»²¹⁴, og at barns forståelsesgrunnlag ikke kan begrenses til deres biologiske alder. Dette underbygges av studier som viser at både informasjon, erfaringer, miljøet, sosiale og kulturelle forventninger, og nivået av støtte vil bidra til å utvikle barnets evne til å danne egne meninger²¹⁵.

Det er mer komplekst å fastsette regler for hvordan domstolen skal forholde seg til ønsker fra yngre barn. Når det gjelder barn fra 7 til 12 år, er det opptil dommers skjønn å avgjøre hvilken vekt uttalelse skal tillegges. Det er en underliggende presumsjon at det viktigst er at barnet kan danne seg et synspunkt, og ikke nødvendigvis det at innholdet i det skal kunne tillegges vekt²¹⁶.

Er det slik at barn under 12 år skal bare ha adgang til å uttale seg, men at uttalelsen innebærer ingen reell innflytelse på vurderingen?

Etter lovendringen ble barnets ønsker brukt som hoved eller delvis argument for avgjørelsen i tre fjerdedeler av sakene som gjaldt barn 12 år og eldre, mens barn under 12 år hadde innflytelse på en tredjedel av sakene. Før lovendringen var det ingen avgjørelser som refererte til

²¹¹ Cashmore og Parkinson (2009) s. 16

²¹² Smart...[et al.] (2001)

²¹³ James og James (2004)

²¹⁴ GC No. 12

²¹⁵ Ibid

²¹⁶ Archard og Skivenes (2009) s. 19

barn på 9 år eller yngre²¹⁷. Dette viser en radikal endring i dommerens vurdering av forholdet mellom barnets alder og vektlegging av dets syn. Denne endringen gjenspeiles i dommen fra 2005²¹⁸: En syv år gammel jente hadde et sterkt ønske om å bo sammen med sin mor, og uttrykte frykt for å bo hos faren. Selv om hennes frykt for å bo hos faren var i noen grad influert av morens holdning mot han, hadde barnet dannet seg en klar mening om å bo hos moren. Selv om barnet ville få best kontakt med begge foreldre hvis det bodde hos faren, kunne han ikke i det konkrete tilfellet gi barnet nødvendig stabilitet og omsorg. Barnet fikk følgelig bo hos sin mor. Ankeinstansen uttalte at barnets eksplisitte ønske og det faktum at hun alltid hadde bodd hos sin mor var avgjørende for utfallet i saken. Som vi ser er barnets ønsker ikke lenger knyttet strengt til alder.

I forhold til yngre barn vil imidlertid alder generelt være en avgjørende faktor²¹⁹. Selv om hensynet bak syv-årsregelen ikke var å hindre yngre barn å komme til ordet²²⁰, har den uheldigvis hatt den effekt at færre barn under syv år blir hørt. Kun 10 % av disse barna ble hørt, hvorav alle var seks år gamle²²¹. Kan det hevdes at syv-årsregelen etterleveres på bekostning av yngre barns rett til å bli hørt, og dermed har en uønsket bivirkning? Andelen på ti prosent taler sterkt i retning av at det kan ha vært tilfellet.

Vi ser imidlertid at FNs barnekomiteens forutsetning bak artikkel 12 om barns rett til å bli hørt er ikke helt i samsvar med det vi ser blir lagt til grunn i norsk rettspraksis. Komiteen har utvetydig lagt til grunn at det ønskes ingen definisjon av aldersgrense ved høring av barn²²². Det blir dessuten argumentert for at yngre barn blir hørt for å kunne beslutte om barnets synspunkter kan bidra til å ta hensiktsmessige avgjørelser. Det er altså en tydelig spenning mellom nåtid og fremtid i barnets liv i mange av avgjørelsene, der her-og-nå perspektivet vil som regel bli representert av barnet.

²¹⁷ Skjørten (2013)

²¹⁸ LA-2005-136932

²¹⁹ Skjørten (2013)

²²⁰ Ot.prp.nr.29(2002-2003), Veileder Q-15/2004

²²¹ Skjørten (2013)

²²² GC No.12 s. 9

7.1.2 Barnets beste v. barnets ønske

I det følgende vil det bli drøftet forholdet mellom barnets beste og barnets ønske. Hvordan forholder man seg til situasjoner der det er motstrid mellom disse prinsippene? Spørsmålet, med andre ord, gjelder forholdet mellom barnekonvensjonens artikkel 3 og artikkel 12. Formålet bak artikkel 3 er å ivareta barnets beste i alle sammenhenger som involverer barn. Artikkel 12 må således ses i lys av artikkel 3. Barnekomiteen fastslår at bestemmelsene er i harmoni med hverandre²²³: hensynet i artikkel 3 objektivt etablerer å oppnå barnets beste, mens artikkel 12 refererer seg til metodikken i det å høre barn. Samtidig har bestemmelsene den funksjon at de underbygger hverandre. Barnets beste må fastlegges i samråd med barnet, og artikkel 3 kan ikke anvendes riktig uten at fremgangsmåten i artikkel 12 blir respektert²²⁴.

Det hender likevel at problemstillingen kommer på spissen, og det oppstår en potensiell konflikt mellom artikkel 3 og artikkel 12. Dette har blant annet kommet til uttrykk i lagmannsrettsavgjørelsen av 2006²²⁵: Avgjørelsen gjaldt spørsmålet om fast bosted for to gutter på 8 år og 15 år. Lagmannsretten hadde hørt barna og de hadde et klart ønske om å bo med moren. Retten kom imidlertid frem til et annet resultat. Det ble anført at barnets ønske var ikke å anse som den avgjørende faktor. I barnefordelingssaker er det dessuten problemer knyttet til omsorgssituasjonen, og retten vil derfor i noen tilfeller komme frem til et resultat i strid med barnets ønsker. Moren hadde i dette tilfellet neglisjert barna og hadde gjentatte ganger opptrådt truende overfor dem. Faren hadde derimot en normal omsorgsevne, og egnet seg bedre til å ta hånd om barna. I domsbeslutningen formidlet dommeren følgende beskjed til barna: «Lagmannsretten har for øvrig fått et godt inntrykk av (...) de to guttene som det rettslige spørsmålet nå gjelder. Det er derfor grunn til å beklage overfor C og D (guttene) at lagmannsretten ikke har funnet å kunne etterkomme deres ønsker, av hensyn til det som lagmannsretten både på kort og ikke minst litt lengre sikt anser som den beste løsningen for begge guttene». Retten er altså beklagelig over at barnas ønsker ikke kunne etterkommes etter en helhetsvurdering.

²²³ GC No. 12 pkt 71 og 74

²²⁴ Ibid

²²⁵ LG-2006-62064

Spenningen mellom barnets ønske og barnets beste er også tydelig i en annen avgjørelse fra 2006²²⁶. Her konkluderte retten i samsvar med barnets ønske. Saken gjaldt også her to gutter, på 9 år og 13 år. Guttene bodde hos sin far og ønsket å bli boende der. Moren hadde derimot langt bedre evne til å ta vare på barna. Guttene hadde en sterk negativ holdning til moren. Til tross for at dommeren erkjente at holdningen ikke hadde rimelig grunnlag, og at guttene hadde blitt påvirket av faren og delvis av bestefaren, ville det innebære et stort problem å flytte guttene mot sin vilje. Lagmannsretten utviste betydelig tvil i denne saken. Selv om det viser seg å være svært urettferdig for moren, er retten forsiktig med å motsette seg barnas eksplisitte ønsket om å bo hos faren. Retten la avgjørende vekt på at det nå og i fremtiden ville være praktisk umulig å flytte barna til moren.

I motsatt tilfelle ville flytting innebære tvang, som vil være uforenlig med prinsippet om barnets beste. Denne problemstillingen har også blitt formulert slik: Det er heller slik at når barnet blir hørt, at vi spør hva barnet, og ikke nødvendigvis hva vi, tenker er best for barnet²²⁷. Selv om retten anser det som best at barnet har mest mulig kontakt med begge foreldre, vi ser at dommeren viser motvilje til å tvinge barn til å holde kontakt mot sitt ønske. Dette gjelder særlig i forhold til eldre barn. Vurdering av barnets beste strekker seg over et bredt spekter av skjønn, og må bedømmes etter en konkret vurdering i det enkelte tilfellet.

²²⁶ LE-2006-23887

²²⁷ Archard og Skivenes (2009), s. 2 (min oversettelse).

8 Forholdet mellom barneloven og barnevernloven

8.1 Lovenes anvendelsesområde

Alle saker som involverer barn reguleres av to sentrale lover; barneloven og barnevernloven. Den førstnevnte er en privatrettslig lov der foreldrene selv velger om de vil bringe saken inn for tingretten, mens barnevernloven utgjør en offentligrettslig lov der det offentlige gis adgang til å gripe inn med rettslige skritt. Her er fylkesnemnda avgjørelsesinstansen²²⁸. Det har i det siste vært mye diskusjon om forholdet mellom barneloven og barnevernloven. Diskusjonen baserer seg på den nåværende uklare overgangen mellom lovene, der man ser behov for samordning av disse to²²⁹. Det er altså «hullet» som ønskes utfylt med tydelige rettsregler. Det er ikke uvanlig at barnesaker ofte faller i skjæringspunktet mellom begge barneloven og barnevernloven. Dette gjelder særlig ved vanskelige barnefordelingssaker hvor det er mistanke om vold mot barn.

Barneloven regulerer barnets situasjon etter samlivsbruddet, hvor det fastsettes en avtale/avgjørelse mellom foreldrene vedrørende spørsmål om foreldreansvar, bosted for barnet og samvær. Barnevernloven derimot regulerer saker der barn lever under forhold som kan være til skade for deres helse og utvikling²³⁰. Her gir loven den offentlige adgang til å sette inn hjelpetiltak overfor barnet, for å bedre dets livssituasjon. Barnevernloven har således fokus på hvilken omsorg foreldrene er i stand til å gi barnet.

I mange av barnefordelingssakene er konfliktnivået så høyt at det er grunn til å involvere barnevernet for å ivareta barnets interesser. Det gjelder særlig i tilfeller der det fremsettes påstander om vold eller overgrep. I tilfeller som dette er det viktig at barn får den beskyttelsen de trenger umiddelbart. Vi ser at dette ikke er enkelt å gjennomføre etter nåværende rettssituasjon.

²²⁸ Jf. barnevernloven kapittel 7

²²⁹ Breivik og Mevik (2012) kapittel 5

²³⁰ Barnevernloven § 1-1

8.2 To selvstendige prosesser.

I tilfeller der far eller mor etterforskes for vold mot familien – en pågående straffesak – kan det spørres hvorfor ikke tingretten opplyses om det ved en barnefordelingssak²³¹. Det handler nok om å respektere partenes rettssikkerhet i den enkelte sak. Det spørsmål som kan stilles i så fall er om foreldrenes rettssikkerhet skal gå på bekostning av barnets rettssikkerhet. Det er ingen tvil om at både barneloven og barnevernloven skal ivareta barnets rettigheter, men hvorfor finnes det ingen form for koordinering av saksbehandlingen i saker hvor begge lover kommer til anvendelse? I de tilfeller fylkesnemnda treffer et vedtak om omsorgsovertakelse etter barnevernloven § 4-12, må spørsmålet om fast bosted likevel avgjøres av tingretten etter barneloven for at vedtak av nemnda skal gjennomføres²³². Altså, ett vedtak om at barnet midlertidig skal flyttes til den ene forelderen, hvor tingretten senere ikke tilkjenner fast bosted, må fylkesnemnda oppheve sitt vedtak om midlertidig plassering av barnet. I slike tilfeller, der barnevernsaken behandles før barnelovssaken, er det ingen varslingsplikt fra fylkesnemnda til tingretten om det vedtaket de har fattet²³³. Det er altså ingen automatikk i at denne informasjonen kommer til tingretten før deres behandling av fast bosted og samvær etter barneloven. Det er en stor svikt i rettssituasjonen der fylkesnemnda finner at barnet blir utsatt for vold fra en av foreldrene. Det som ofte skjer er at barnevernssaken gjerne blir utsatt i påvente av barnelovssaken. Derfor ønsker ikke barnevernet å gripe inn der saken allerede pågår i vente i domstolen²³⁴.

Det er også interessant å se hvordan barneloven og barnevernloven praktiseres overfor barn som har to hjem etter samlivsbrudd; et bostedshjem og et samværshjem. Barnevernets mandat om omsorgsvurdering kun omfatter bostedshjemmet for barnet. Samværsforelderen går med andre ord fri fra barnevernets kontroll. Det påpekes i en veileder om dette at barnevernet også har et ansvar for barn som er på samvær under barneloven. I praksis er dette et begrenset ansvar. Det heter blant annet i veilederen: «Dersom barneverntjenestene mottar en melding om bekymring må denne behandles som enhver annen melding i den avklarende fasen. Barnever-

²³¹ Breivik og Mevik (2012) s. 98

²³² Dersom retten tidligere ikke har vedtatt en avgjørelse i samsvar med fylkesnemndas vedtak

²³³ Breivik og Mevik (2012) s. 99

²³⁴ Veileder Q-1121B

net kan imidlertid ikke stanse et barns samvær med samværsforelder, men barnevernet kan råde bostedsforelder til å gjøre dette, og gi vedkommende nærmere veiledning omkring hvordan dette kan skje»²³⁵.

På grunn av en foreliggende rettslig avgjørelse om samvær, kan ikke barnevernet gripe direkte inn og overprøve tingrettens avgjørelse ved å stanse samværet selv om det er bekymret for barnets helse under samvær. Barnevernet kan kun gjennom bostedsforelder anmode om å la være å sende barnet på samvær dersom det er grunn til å tro at barnet utsettes for omsorgssvikt, jf. 7.3. Barnevernet kan riktignok utføre undersøkelser²³⁶ i samværshjemmet, og anbefale tiltak som kan avhjelpe situasjonen i samværshjemmet, men det er helt avhengig av samtykke fra foreldrene²³⁷. Vi ser at barnets behov viker dersom foreldrene unnlater å samtykke. Barnevernet har altså ikke adgang til å endre en samværsordning som er fastsatt av domstolen. Det barnevernet imidlertid kan gjøre er å frata bostedsforelder den daglige omsorgen uten samtykke²³⁸.

Som vi ser er det flere årsaker bak at barnevernet har en passiv holdning i vanskelige barnefordelingssaker, der det hadde vært til barnets beste at barnevernet opptrådte mer aktivt. Barnevernloven har med andre ord ingen hjemmel for regulering av samvær av privatrettslig karakter, heller ikke der det er mistanke om at barn utsettes for overgrep under samvær. Den eneste måten å endre samværsordningen på er å reise sak for tingretten. Det er ingen tvil om at muligheten for barnevernet til å gripe inn blir svært innskrenkende når foreldrene ikke bor sammen. Barnevernet vegrer seg i redsel for at de skal bli beskyldt for å ta stilling i en eventuell foreldrekonflikt. Det er viktig å påpeke at samvær ikke bør være et rettighetsspørsmål for foreldrene, men et spørsmål for barn som er involvert. Bør samvær være en juridisk rettighet som skal avgjøres ved dom? Er ikke barn mer tjenlig med at kvaliteten i samvær avgjøres av et organ som til enhver tid kan gå inn uavhengig av bosted og samværssted. Når samværet avgjøres av domstolen, blir samværshjemmet unndratt den kontroll som barnevernet bør ha for å trygge oppvekstforholdene til barnet.

²³⁵ BLD: Veileder Q-1121B (2006) s. 13

²³⁶ Barnevernloven § 4-3

²³⁷ Jf. barnevernloven § 4-4 (unntak i § 4-4(3) trenger ikke samtykke)

²³⁸ Barnevernloven § 4-12 sml. § 4-4, § 4-10 eller § 4-11

Også politikere har engasjert seg i spørsmålet om barnets rettssituasjon i disse tilfellene. SV-politiker Inga Marte Thorkildsen har selv støttet forslag om å få en ny paragraf i barnevernloven. Den skal gi barnevernet rett til å stanse samvær når det er begrunnet mistanke om at barnet utsettes for vold hos samværsforelderen. Barneombudet (Reidar Hjermann) formidler et tilsvarende synspunkt i et intervju i Aftenposten og sier: «Barnet skal ikke tvinges til samvær, hvis barnet viser redsel og sterk uro. Barnevernet bør oftere trosse domstolenes avgjørelser i disse sakene»²³⁹. Barneombudet er samtidig åpen for at barnevernet må kunne akutt plassere barn i fosterhjem der barnevernet frykter at domstolen har fattet beslutning om fast bosted som kan være til alvorlig skade for barnet. Dette forslaget byr på flere problemer. For det første vil dette være en trussel mot domstolsmyndighet. Domstolen vil miste sin autoritet dersom en underinstans skal kunne endre på en domstolsavgjørelse. For det andre vil dette svekke tillit til rettssystemet generelt. Når barnevernet får myndighet til å handle i motstrid med domstolsavgjørelsen, betyr det at domstolen er ikke kompetent til å foreta avgjørelser som angår barn og de avgjørelser som den treffer er mer eller mindre vilkårlig. Det er slett ikke ønskelig at norske domstoler mister sin autoritet blant folket.

En bedre løsning kan være at domstolene gir fra sin avgjørelsesmyndighet til fylkesnemndene som kan ha bedre forutsetning for å avgjøre i omsorgssituasjonen. Fylkesnemndene er sammensatt av både det juridiske og sosiologiske perspektiv, og besitter barnefaglig kompetanse i større grad enn domstolen. I motsetning til tingretten bruker fylkesnemnda tid på en grundig vitneførsel omkring omsorgsspørsmål. Nemnda har også lang erfaring med å se og forstå hvilke faktorer som er utviklingsfremmende for barn og hvilke som ikke er det. De arbeider dessuten utelukkende med saker som angår barn. Det er altså gode forutsetninger for at fylkesnemnda er i stand til å ta gode avgjørelser med barnets beste reelt i fokus²⁴⁰. Barnevernloven sikter å ha fokus på at barnet får tilstrekkelig god omsorg, der barnets behov for trygghet og utvikling ivaretas.

En annen løsning kan være at fylkesnemndene kommer inn når mekling har mislykket, og etter at barnevernet har lagt fram saken for nemnda etter en grundig undersøkelse av foreldre-

²³⁹ Aftenposten 24. november 2011.

²⁴⁰ Breivik og Melvik (2012) s. 169-172 jf. BLD (2014)

nes omsorgsevne. Fylkesnemnda, med andre ord, skal fungere på samme måte som den gjør i dag i barnevernssaker, som en avgjørelsesinstans. Saken skal kunne likevel bringes inn for tingretten dersom en av foreldrene krever det. I tillegg taler det økonomiske hensynet i favør av en slik ordning; foreldrene vil unngå å bli alvorlig økonomisk skadelidende, for alle advokatutgifter under barnevernloven dekkes av det offentlige²⁴¹. Oppsummeringsvis kan vi si at gode grunner taler for at barnelov og barnevernlov samordnes ved at barnesaker som omhandler foreldreansvar, fast bosted og samvær overføres til barnevernloven før den skal bli tatt opp i tingretten.

Videre vil vi se på et annet problem ved manglende samordning mellom barneloven og barnevernloven.

8.3 Krysspress

I det foreliggende omtales krysspress om foreldrenes situasjon i vanskelige barnefordelingsaker relatert til vold og overgrep. Situasjonen oppstår ved at en av foreldrene sitter i klem mellom tingrettens avgjørelse og barnevernets råd. Dette er den forelderen (bostedsforelderen) som ønsker å beskytte barnet mot vold og overgrep fra den andre (samværsforelderen). Det problematiske her er altså det at barnevernet ikke kan gripe inn direkte for å stoppe samvær som er avgjort av retten. Det barnevernet derimot kan gjøre er å råde bostedsforelderen til å unnlate å sende barnet til samvær. For å begrense samvær som forelderen ser som skadelig for barnet, med andre ord, reises for tingretten av bostedsforelderen. Paradoks i dette er at dersom bostedsforelderen sender barnet på samvær hos forelder som utøver vold, kan barnevernet gripe inn og ta omsorgen fra bostedsforelderen begrunnet i omsorgssvikt. Bostedsforelderen har dermed kommet i en klem mellom barneloven og barnevernloven; idet forelderen plikter å følge påleggelsen fra tingretten, risikerer han/hun å bli fratatt omsorgen for barnet.

I motsatt tilfelle; dersom bostedsforelderen følger barnevernets råd om ikke å sende barnet til samvær vil han/hun risikere å bli stemplet som samværs sabotør. I verste fall vil en voldelig forelder få overført fast bosted for barna til seg. Resultatet vil bli vondt for barna uansett hva bostedsforelderen velger. Barnets rettssikkerhet er betydelig svekket ved at det er minste mu-

²⁴¹ Barnevernloven § 9-1

lighet for at barnet sendes til den forelder som utsetter barnet for skade. Det avgjørende i ethvert tilfelle må likevel være til barnets beste. Dette hensynet ser imidlertid ut til å være truet på grunn av det uavklarte forholdet mellom barneloven og barnevernloven.

9 Konklusjon og avsluttende bemerkninger

Etter å ha skrevet denne avhandlingen og ha sett nærmere på barns rettssikkerhet i rettsprosessen, kan man tydelig se problemer knyttet til barns rettsstilling i barnefordelingssaker. Samtidig ser vi en forbedring i rettssituasjonen i barnets medbestemmelsesrett. Tidligere ble barn under syv år i sjelden grad hørt i forbindelse med spørsmål om foreldreansvar, fast bosted og samvær, og ble i enda mindre grad hørt om samtlige spørsmål samtidig. Det har senere vist seg å være hensiktsmessig å la barnet få uttale seg om alle disse spørsmålene, for å få best oversikt over barnets situasjon.

Det har vært en merkbar økning i tilfeller der barn blir hørt. Barnets deltagelse er uttrykkelig kommet frem i barnelovens § 31, og er også lagt til grunn i BK art. 12. Barnets meninger vurderes i lys av barnets alder og modenhet²⁴². Vurderingen har tidligere vært sterkt knyttet til barnets alder, der yngre barn sjelden ble gitt anledning til å avgi sin mening om saken. Forskning viser imidlertid at barn danner synspunkter uavhengig av sin biologiske alder, men at også erfaringer og andre forhold vil danne grunnlag for barnets synspunkter²⁴³.

Retten til å uttale seg gjelder i enhver rettslig og administrativ saksbehandling²⁴⁴. Denne retten er like aktuell ved mekling som ved behandling i domstolen. Etter dagens familievernordning ser vi at barnets synspunkter formidles av foreldrene. Adgangen til deltagelse begrenses sterkt ved at foreldrene kommer frem til en avtale uten at det føres kontroll med at avtalen er til beste for barnet. Dette bekreftes av undersøkelsen foretatt av SINTEF²⁴⁵. Fokuset på dette stadiet er på foreldre og hindrer barn fra å bli involvert ved at foreldrene kommer frem til en løsning i stedet for barnet.

Saksbehandlingsregler for domstolen er svært utstrakt²⁴⁶. Domstolene skal i første omgang tilrettelegge for at foreldrene forliker uten å gå til hovedforhandling. Rettsforlik tar sikte på å

²⁴² Jf. barneloven § 31(2), barnevernloven § 6-3(1) og BK art. 12 nr. 1.

²⁴³ James og James (2004)

²⁴⁴ BK art. 12 nr. 2

²⁴⁵ SINTEF (2011)

²⁴⁶ Barneloven § 59 jf. tvisteloven § 9-16

forene foreldrenes meninger slik at de kan komme frem til en enighet. På dette stadiet ønsker man å beskytte barn mot dårlige forlik som skyldes foreldrenes forhold; slik som skjev maktfordeling, press, økonomi og lignende.

En annen utfordring vi ser i forbindelse med barnefordelingssaker er manipulasjon. Barnet stilles i en svært kritisk situasjon der retten ikke klarer å avsløre manipulerende adferd, særlig der barnets liv og helse kan stå i fare for skade. I denne sammenheng er det viktig at retten er spesiell varsom med hensyn til barnet.

I tillegg til dette ser man behov for økt barnefaglig kompetanse i domstolene, der fagkyndige tar i bruk barnevennlig samtalemetodikk i forbindelse med samtale med barn. Dette er særlig viktig for å oppdage om barnet er utsatt for vold eller annen ugjerning. Bruk av sakkyndige oppfyller i noen grad dette kravet, men det følger imidlertid begrensinger av deres mandat tildelt av domstolen.

Når det gjelder vektlegging av barnets mening er ikke rettstilstanden like klar. Før lovendringen ble barnets mening i sjeldnere grad vektlagt, og det hadde sammenheng med at de i mindre grad ble hørt. Selv om flere blir hørt i dag, kommer dette ikke klart frem om deres mening har blitt vektlagt i tilstrekkelig grad. Det kommer av at dommeren ofte begrunner resultatet i andre momenter i tillegg til barnets mening, herunder foreldrekontakt, tilknytning og miljøskifte. Når andre momenter anføres i domspremissene, medfører dette at barnets meninger faller i bakgrunnen. Det er altså ikke lett å fastslå hvilken vekt barnets mening er tilagt, særlig i de tilfeller der resultatet er i samsvar med barnets ønske. Det blir derfor viktig å påse at barn i det minste får tilbakemelding og informasjon om hvordan deres mening har blitt vurdert, slik det fremkommer også av den nye lovendringen²⁴⁷.

Det er viktig at barn ikke føler seg overskjørt i prosessen. Samværsretten står ganske sterk i barneloven²⁴⁸. Barnet blir i praksis pålagt samvær selv om det foreligger påstander om vold²⁴⁹. Det kan stilles kritisk til om dette er i samsvar med det overordnede prinsipp om bar-

²⁴⁷ Jf. barneloven § 31(2)

²⁴⁸ Breivik og Mevik (2012) s. 99

²⁴⁹ Ibid s. 97-98

nets beste. Retten begrunner sin avgjørelse i regelen om at barnets beste består i å ha «best mulig samlet foreldrekontakt»²⁵⁰. Det er altså et spenningsforhold mellom foreldrenes rettigheter og barnets rettigheter, likevel skal samvær vurderes i forhold til barnets beste²⁵¹.

Mange barn gir allikevel uttrykk for å ha blitt oversett når de blir informert om rettens avgjørelse²⁵². Et alvorligere problem oppstår der barnet ikke er helt i stand til å uttrykke seg eller er redd for å si noe. Hvordan skal man kunne fange opp de gråfelte områdene der barnet ikke kan uttrykke hva det er utsatt for? Vi så at FNs barnekonvensjon i disse tilfellene anbefaler bruk av også ikke-verbale kommunikasjonsmidler. Med utgangspunkt i barnekonvensjon oppfattes barn i dag som samfunnsborgere eller medborgere med mange av de samme rettighetene som voksne. Når barn blir sett som kompetente aktører i eget liv med egne rettigheter er det særlig viktig at barns stemme vektlegges i tråd med dette.

I forhold til foreldre, er det et alvorlig rettssikkerhetsproblem for barn dersom også foreldre ikke tørr å komme med viktig informasjon om fortiden som kan kaste lys over hva som vil være en god løsning for barnet. Det ønskes derfor at domstolen skal sikre at det innhentes informasjon fra alle instanser, slik at dommerens bilde av saken kan bli så komplett som mulig, deriblant barnets uttalelse. Også barnevern bør alltid bes om en uttalelse dersom den er involvert i familien. Slik det fremgår av nåværende situasjon, ser man et klart behov for samordning av barneloven og barnevernloven.

Vi ser at barn i løpet av de siste ti årene har utviklet seg fra å være utviklingsbarn til rettighetsbarn, som en kompetent aktør bidrar til utforming av eget liv gjennom deltakelse i avgjørelse av rettsspørsmål som angår dem. De betraktes som rettssubjekter fremfor en passiv deltager i rettsprosessen.

²⁵⁰ LB-2008-97834 jf. barneloven § 43(2) 3. pkt.

²⁵¹ Ot.prp. nr. 104 (2008-2009)

²⁵² Barneombudets rapport (2012)

Litteraturliste

Bøker

- Holgersen, Gudrun *Barnerett*. 1 utgave. Kristiansand, 2008
- Barn som samfunnsborgere – til barnets beste?* Redigert av Anne Trine Kjørholt. Oslo, 2010.
- Barnekonvensjonen - barns rettigheter i Norge*. Redigert av Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kristen Sandberg. 2. utgave. Oslo, 2012.
- Breivik, Fritz Leo og Kate Mevik *Barnefordeling i domstolen. Når barnets beste blir barnets verste*. Oslo 2012.
- Smith, Lucy og Peter Lødrup *Barn og foreldre*. 7. utgave 1.oppslag. Oslo, 2006.
- Backer, Inge Lorange *Barneloven - kommentarutgave*. 2. utgave. Oslo, 2008.
- Skjørten, Kristin *Samlivsbrudd og barnefordeling*, 1. utgave, 1 oppslag. Oslo, 2005.
- James, Allison og Adrian James *Constructing Childhood: Theory, Policy and Social Practice*. New York, Palgrave Macmillan, 2004.

Lover

- | | |
|------|--|
| 1915 | Lov om domstolene (domstolloven) av 13. august 1915 nr. 5 |
| 1981 | Lov om barn og foreldre (barnelova) av 8. april 1981 nr. 7 |
| 1992 | Lov om barneverntjenester (barnevernloven) av 17. juli 1992 nr. 100 |
| 1999 | Lov om styrking av menneskerettigheter (menneskerettslov) av 21. mai 1999 nr. 30 |
| 2005 | Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) 17. juni 2005 nr. 90 |
| 2010 | Lov om vergemål (vergemålsloven) av 26. mars 2010 nr. 9 |

Forskrifter

- | | |
|------|---|
| 2006 | Forskrift om mekling etter ekteskapsloven og barneloven 18. desember 2006 (FOR-2006-12-18-1478) |
| 2013 | Forskrift om samvær med tilsyn etter barnelova 19. desember 2013 (FOR-2013-12-19-1636) |

Forarbeider

NOU 1977: 35 Lov om barn og foreldre (barneloven)

NOU 2000: 12 Barnevernet i Norge

NOU 2006: 9 Kvalitetssikring av sakkyndiges rapport i barnevernssaker

NOU 2008: 9 Med barnet i fokus

NOU 2008:15 Barn og straff – utviklingsstøtte og kontroll.

Prop. 85 L (2012-2013) *Endringer i barnelova*

Ot.prp.nr.104 (2008-2009) Om lov om endringer i barnelova mv. (flytting, delt bosted, samvær, vold mv.)

Ot.prp.nr. 103 (2004-2005) Om lov om endringer i barnelova mv. (omfang av samvær, styrking av meklingsordningen, tiltak for å beskytte barn mot overgrep, foreldre ansvar etter dødsfall, tilbakebetaling av barnebidrag mv.)

Ot.prp.nr. 29 (2002-2003) Om lov om endringer i barneloven mv. (Nye saksbehandlingsregler i barnefordelingssaker for domstolene mv.)

Ot.prp.nr. 56 (1996-1997) Om lov om endringer i lov om barn og foreldre (barnelova)

Traktater

Barnekonvensjonen FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989
(norsk oversettelse).

Vedtak, Veileder og Rapporter

Barneombudets rapport. Barns stemme stilner i stormen - en bedre prosess for barn som opplever samlivsbrudd. Mars 2012. (http://barneombudet.no/wp-content/uploads/2013/09/barnas_stemme_stilner_i-stormen.pdf).

FNs barnekomité. General Comment No. 5: “General Measures of Implementation”. 27. November 2003. CRC/GC/2003/5
([http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/3bba808e47bf25a8c1256db400308b9e/\\$FILE/G0345514.pdf](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/3bba808e47bf25a8c1256db400308b9e/$FILE/G0345514.pdf)).

FNs barnekomité. General Comment No. 7: “Implementing child rights in early childhood”. 20. September 2006. CRC/7/Rev. 1
(<http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/GeneralComment7Rev1.pdf>)

FNs barnekomité. General Comment No. 12: “The right of the child to be heard”. 1. juli 2009. CRC/GC/2009/12. (<http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC-C-GC-12.pdf>).

FNs barnekomité. General Comment No. 14: “The right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration”. 29. Mai 2013. CRC/GC/2013/14 (http://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC_C_GC_14_ENG.pdf).

Ådnanes, Haugen, Jensberg, Rantalaiho, Husum SINTEF Rapport A20162/29-08-2011. Oppdrag frå BLD. (<http://www.regjeringen.no/upload/BLD/FORELDRE/mekling.pdf>).

Barne- og familiedepartementet. Veileder om saksbehandlingsregler i barnefordelingssaker for domstolene og høring av barn. Veileder Q-15/2004. s(2004b) (http://www.regjeringen.no/upload/kilde/bfd/bro/2004/0005/ddd/pdfv/203406-veiledning_q15-041.pdf)

Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet. Veileder om barnevernets rolle ved mistanke om overgrep under samvær. Veileder Q-1121 B/2006. (http://www.regjeringen.no/upload/kilde/bld/bro/2006/0010/ddd/pdfv/293678-q1121b_web.pdf)

Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet. Veileder om samvær med tilsyn etter barneloven § 43 a. Veileder Q-1220 B. (<http://www.regjeringen.no/upload/BLD/Veileder1220.pdf>)

Koch, Katrin. *Evaluering av saksbehandlingsreglene for domstolene i barneloven – saker om foreldreansvar, fast bosted og samvær*. Rapport 14.03.2008. Oppdrag fra BLD. (http://www.regjeringen.no/nb/dep/bld/dok/rapporter_planer/rapporter/2008/evaluering-av-saksbehandlingsreglene-for.html?id=503721)

Cantwell, N. *Monitoring the Convention through the Idea of the “3Ps”*. Eurosocial report 45/1993:121-30 (1993).

Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet. *Oppfølging av avsluttede merknader fra FNs barnekomité av 2010* (2011) (http://www.regjeringen.no/upload/BLD/Rapport_Barnekomiteens_merknader.pdf)

Langballe, Åse. *Avdekkende samtaler med voldsutsatte barn. Barn i Norge 2011 – Vold og traumer*. Organisasjonen Voksne for barn, s. 8-28 (2011). (http://www.vfb.no/filestore/Publikasjoner/Barn_i_Norge/NYweb_BARNiNORGE2011.pdf)

Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet. *Informasjonshefte: Barnefordelingssaker der det er påstander om vold. Psykologfaglig informasjon til dommere, advokater og sakkynndige* (2008). (http://www.regjeringen.no/upload/BLD/Veiledning%20og%20brosjyrer/2008/Info_barnefor dsaker_paastand_om_vold.pdf)

Statistisk Sentralbyrå. *Barn (2011)* <https://www.ssb.no/befolkning/statistikker/barn/aar/2011-04-28#content>

Artikler

Graver, Hans Petter *I prinsippet prinsipiell - om rettsprinsipper*. I: Tidsskrift for rettsvitenskap: 119(2/3) (2006), s 189- 221.

(http://www.idunn.no/file/pdf/33189833/tfr_2006_02_pdf.pdf)

Haugli, Trudi. *Lov om barn og foreldre*. I: Jussens venner 2007 nr. 06 s.325-388

Gamst, Kari Trøften...[et. al]Samtaler med små barn i saker etter barneloven, Q-1106 B, 2006

Skjørten, Kristin. *Children's voices in Norwegian* I: International Journal of Law, Policy and the Family (2013), s. 289-309.

Archard, David og Marit Skivenes. *Balancing a Child's Best Interests and a Child's Views*. I: The International Journal of Children's Rights 17 (2009), s. 1-21.

(<http://www.jcu.edu/education/dshutkin/readings/Archard&Skivenes2009BalancingChildBest%20InterestsandViews.pdf>)

Cashmore, Judy og Patrick Parkinson. *Children's participation in family law disputes*. I: Family Matters 2009 No. 82 (2009), s. 15-21.

(<http://www.aifs.gov.au/institute/pubs/fm2009/fm82/jc.pdf>)

SINTEF og NTNU Samfunnsforskning (Ådnes, Haugen, Jensberg, Rantalaiho, Husum). *Hvordan oppleves meklingsordningen av foreldrene?* I: Fokus på familien 2-2012 (2012), s. 100-124. (http://www.sintef.no/upload/Helse/Mekling-Jensberg_Andanes_Haugen_Rantaliho_Husum.pdf)

Rød, P.A., Ekeland, T.J. & Thuen, F. *Barns erfaringer med konfliktfylte samlivsbrudd: Problemforståelse og følelsesmessige reaksjoner*. I: Tidsskrift for Norsk Psykologforening (2008), s. 555-562.

Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet. *Fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker*. Sist endret 08.04.2014 (Lest 13.04.2014).

(<http://www.regjeringen.no/nb/dep/bld/dep/tilknyttede-virksomheter/fylkesnemndene-for-sosiale-saker.html?id=418110>)

Smart, Carol *From Children's Shoes to Children's Voices*, *Family Court Review* 40(3), s. 307-319, 2002. (<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.174-1617.2002.tb00842.x/pdf>)

Smart Carol, Bren Neale og Amanda Wade *The Changing Experience of Childhood: Families and Divorce*, Cambridge: Polity Press, 2001. (<http://www.cjonline.ca/pdf/childhood.pdf>)

Dommer

Internasjonale dommer:

Johansen v. Norway, The European Court of Human Rights, Strasbourg 07.08.1996

Høyesterettsdommer:

Rt. 2010 s. 216

Rt. 2003 s. 35

Rt. 2000 s. 874

Rt. 1998 s.1702

Rt. 1996 s. 888

Rt. 1996 s. 471

Rt. 1993 s. 109

Lagmannsrettsdommer:

LB-2013-103194 (Borgarting)

LA-2010-134188 (Agder)

LB-2008-97834 (Borgarting)

LA-2006-34016 (Agder)

LE-2006-112561(Eidsivating)

LE-2006-23887 (Eidsivating)

LG-2006-62064 (Gulating)

LA-2005-136932 (Agder)

RG 2005 s. 104 (Eidsivating)