

BARNETS MEDBESTEMMELSESTRETT

Betydningen av barnets uttalelser i barnefordelingssaker

Kandidatnr: 311

Veileder: Ken Uggerud

Leveringsfrist: 30.05.2005

Til sammen 17.964 ord

30.05.2005

1. Innledning	1
1.1 Problemstillinger	2
II. Hvilken betydning har barnets alder for vektleggingen av dets synspunkter?.....	3
1.2 Avgrensning	3
1.3 Kilder og metode	4
2. Historikk og aktualitet.....	6
2.1 Den juridiske utviklingen	6
2.2 FNs barnekonvensjon.....	7
2.3 Hensyn bak §31	8
2.4 Forholdet til § 30 og §33.....	11
3. Regelen i §31	12
3.1 Den generelle regelen i §31,1. ledd.....	12
3.1.1 "Personlege tilhøve"	12
3.1.2 Barnets refleksjonsnivå	13
3.2 Den ubetingede retten - §31,2. ledd	14
3.2.1 Syvårsregelen	14
3.2.2 12 års-regelen	17
4. Saksbehandlingsreglene	20
4.1 Avgjørelser under saksforberedelsen.....	21
4.2 Dom i saken.....	25
4.3 Saksbehandlingsfeil	27
5. Barnets beste - skjønnsmomentene	31
5.1 Risikoen ved miljøskifte	32
5.2 Selvtekt	33
5.3 Hensynet til størst mulig samlet foreldrekontakt.....	35
5.4 Barnets ønsker.....	36
5.5 Foreldrenes personlige egenskaper.....	38
5.5.1 Vold.....	40
5.6 Hensynet til ikke å dele en søskenflokk.....	42
5.7 Nettverk og materielle forhold.....	42
5.8 Øvrige momenter	43
6. Vilkår og forholdsmessighet	44
6.2 Grunnlaget for å kunne stille vilkår.....	44
6.2 Avveiningene	47
7. Samværsnekt og bevis.....	50
7.1 Ulike grunnlag for samværsnekt.....	50
7.2 Avveiningene	53
8. Oppsummering og avslutning	56
Litteraturliste	59
Lovens for- og etterarbeider.....	61

1. Innledning

Oppgaven omhandler barnets rett til å være med på avgjørelser som vedrører dets personlige forhold, jf. barneloven §31. Denne lyder slik:

§31

Rett for barnet til å være med på avgjerd

Etter kvart som barnet blir i stand til å danne seg egne synspunkt på det saka dreier seg om, skal foreldra høyre kva barnet har å seie før dei tek avgjerd om personlege tilhøve for barnet. Dei skal leggje vekt på det barnet meiner alt etter kor gammalt og modent barnet er. Det same gjeld for andre som barnet bur hos eller som har med barnet å gjere.

Når barnet er fylt 7 år, skal det få seie si menining før det vert teke avgjerd om personlege tilhøve for barnet, mellom anna i sak om kven av foreldra det skal bu hos.

Når barnet er fylt 12 år skal det leggjast stor vekt på kva barnet meiner.

Barneloven gjelder først og fremst forholdet mellom foreldre og barn, og regulerer en rekke rettigheter og plikter i forholdet mellom dem¹.

Det følger av dette at det ikke er barnets rettsstilling i sin alminnelighet som reguleres, slik FNs barnekonvensjon gjør. Som tolkingsfaktor er imidlertid barnekonvensjonen sentral både for forståelsen av §31 og andre bestemmelser i barneloven.

Barns rett til å bli hørt og få sine synspunkter vektlagt ved beslutninger som vedrører dem, er også regulert flere andre steder i regelverket. Dette gjelder blant annet ved avgjørelser om barnet etter barnevernloven², barnets rett til å uttale seg vedrørende adopsjon³, vedrørende endring av navn⁴, om tilhørighet til kirken⁵ og lignende. Når det gjelder

¹ Smith og Lødrup, 2004

² Bvl. §6-3

³ Adopsjonsloven §6

⁴ Navneloven §12

avgjørelser om foreldreansvar etter dødsfall, jf. bl. §63, 4.ledd, siste punktum, vises det eksplisitt til barnets rett etter §31.

Bakgrunnen for at jeg har valgt barnets medbestemmelsesrett som tema for min avhandling, er at det 1.4.2004 ble gjort endringer i ordlyden. Den mest sentrale endringen var senkingen av aldersgrensen for den ubetingede uttaleretten fra 12 til syv år, jf. regelens 2. ledd. Formålet med denne endringen var blant annet at flere barn skulle få anledning til å uttale seg.

Ordlyden i den generelle regelen i 1.ledd ble også ført nærmere opp mot teksten i barnekonvensjonens artikkel 12 nr.1 enn den i den tidligere regelen. Den nye ordlyden fremhever sterkere barnets individuelle modenhetsnivå som veiledning for vektleggingen⁶ av barnets uttalelser.

1.1 Problemstillinger

Det fremgår av regelens siste ledd, at barnets rett til å bli hørt spesielt aktualiseres i såkalte barnefordelingssaker, jf. bl. §56. Dette er tvister om barnets bosted, bl. §36, og om samvær, §43, samt om foreldreansvaret, §§34, 35. Det gjelder også midlertidige avgjørelser om forannevnte, §60, og avgjørelser om tvangsfullføring av slike, §65.

Opgaven omhandler medbestemmelsesretten knyttet til barnefordelingssakene.

Avgjørelsene skal rette seg etter ”*det som er best for barnet*”, jf. bl. §48. Innholdet i dette begrepet er i hovedsak et skjønnsspørsmål.

Det spesielle ved disse sakene, er at avgjørelsene skal gjelde den fremtidige ordningen for barnet. Vurderingen av hvilken løsning som vil være til det enkelte barnets beste, må dermed inneholde en prognose for år fremover. Avhengig av barnets behov, vil ulike momenter være relevante. Disse må veies mot hverandre og barnets synspunkter skal inngå i denne avveiningen. Det ideelle må være slik barneombud Trond Waage i sin tid uttalte, at:

”først når barnet selv har fått uttrykt sine meninger og disse er tatt med i beslutningsgrunnlaget, kan barnets beste i egentlig forstand ivaretas.”⁷

⁵ Kirkeloven §3

⁶ Se vedlegg 1 for gammel ordlyd

⁷ Artikkelen i konferanserapport, 1999

Jeg har to problemstillinger som søkes belyst gjennom oppgaven. For det første;

I. Hvilken posisjon har barnets meninger i vurderingen av hva som er til barnets beste?

For å undersøke denne problemstillingen, har jeg funnet det nødvendig med en gjennomgang av både rettsgrunnlaget og skjønnsutøvelsen i praksis.

Den andre problemstillingen har jeg formulert slik:

II. Hvilken betydning har barnets alder for vektleggingen av dets synspunkter?

I denne forbindelsen fokuseres barnets alder ved gjennomgangen av de skjønsmessige avveiningene. Foruten 12 års-regelen i siste punktum, skal vektleggingen etter regelen bero på en skjønsmessig vurdering hvor barnets alder og modenhet skal være styrende, jf. regelens 1. ledd, 2. punktum.

1.2 Avgrensing

Veldig ofte enes foreldre i forbindelse med samlivsbrudd om både bosteds- og samværløsninger barna sine. I hvor stor grad de gir barna anledning til å delta i beslutningene, varierer nok en del fra familie til familie. Slik gjeldende rett er bygd opp rundt samlivsbrudd, eksisterer det ingen formell sikkerhet eller kontroll for at barnets rett til å bli tatt med på avgjørelser ivaretas, før uenighet om spørsmålene eventuelt bringes inn for rettsapparatet. I det henseende har regelen først å fremst adresse til domstolene. For å kunne undersøke problemstillingene, har jeg derfor konsentrert meg om de tvistene som bringes inn for domstolene.

Opgavens tema tangerer flere felt. I tillegg til det juridiske, impliserer det barnas følelsesliv – og de voksnes. Det har både moralske, etiske og politiske aspekter. Skjønnsstemaet i bl. §48 reflekterer da også vår kulturs verdier knyttet til forelderskap, barndom, ungdom, fellesskap og individualitet blant annet.

Opgaven har basis i de juridiske betingelsene og rettsvirkningene knyttet til medbestemmelsesretten. Hensyn som hvor barnet skal bo, sammen med hvem og hvilken

kontakt det skal være med den av foreldrene barnet ikke bor sammen med, er av grunnleggende betydning for barnet. Slike reelle hensyn illustrerer den praktiske siden av reglene. Disse er sentrale momenter i avveiningene frem mot den løsningen som vil være best for barnet. For å undersøke realiteten i medbestemmelsesretten, er derfor de skjønnsmessige avveiningene viet relativt stor plass.

Uttalerett knyttet opp til praktiseringen av barnevernsloven behandles ikke, ei heller mindreåriges økonomiske forhold i henhold til vergemålsloven.

FN konvensjonen om barns rettigheter er sentral som tolkingsfaktor. Dette gjelder både generelt i forhold til barnets beste – vurderingen, jf. artikkel 3 nr. 1. Dernest spesielt i forhold til barnas rett til å bli tatt med på avgjørelser om sine personlige forhold, jf. artikkel 12. Jeg går ikke inn på konvensjonen ut over dette.

1.3 Kilder og metode

Det er gjeldende rett om barnets medbestemmelsesrett som behandles. Utgangspunktet er bl. §31; både den ubetingede uttaleretten som oppstår når barnet fyller syv år, og den generelle regelen i 1. ledd. Sistnevnte angir ingen eksakt aldersgrense, men oppstiller en skjønnsmessig plikt til å ta hensyn til barnets synspunkter etter dets alder og modenhet. Foruten lovtekst og forarbeider, er praksis fra landets lagmannsretter sentralt kildemateriale for oppgaven. For ”ordinære”⁸ barnefordelingssaker er 29 avgjørelser hentet fra Lovdatas abonnementtjeneste i perioden 16.8.2004 – 16.2.2005. Disse omhandlet 34 barn og drøyt halvparten⁹ var under syv år. Kun en av avgjørelsene gjaldt et barn over 12 år, de resterende fordelte seg på aldersgruppen syv – 12 år. Midlertidige avgjørelser i henhold til bl. §60, 1. ledd fra samme periode er benyttet for å belyse enkelte problemstillinger.

Praksis knytter seg altså til rettstilstanden etter lovendringen 1.4.2004.

Høyesterettsavgjørelser har rettskildemessig større vekt enn avgjørelser fra lagmannsrett. Materialet er imidlertid ikke så stort, men der jeg har funnet sentrale avgjørelser, er disse tatt med.

⁸ I motsetning til midlertidige avgjørelser, bl. §60,1., endringssaker iht. §64,2., saker om tvangsgjennomføring iht. bl. §65 jfr. tvangsfullbyrdelseslovens regler.

⁹ 18 barn

I den videre fremstilling følger først et historisk tilbakeblikk. Derneft belyses problemstillingene med fokus på både rettsgrunlaget og selve praktiseringen av reglene. Det nye ved saksbehandlingsreglene som styrker barnets medbestemmelsesrett, er viet plass i et eget kapittel.

2. Historikk og aktualitet

Barndoms- og ungdomsbegrepet har endret seg sterkt de siste hundre år. I dag er barn under 18 år i mye større grad løsrevet fra familiekonteksten både rettslig og kulturelt. Familiekonstellasjonene er også annerledes enn for bare 100 år siden. Sammensetningen av familiemedlemmer kan endres flere ganger i løpet av oppveksten og langt flere omsorgs- og oppdragsoppgaver ligger utenfor hjemmet.

Hvert år opplever ca. 10.000 barn foreldrenes skilsmisse, enda flere opplever at foreldrenes samboerskap oppløses¹⁰. Av alle barn i Norge bor 75 % sammen med begge foreldrene sine. Blant disse har 60 % gifte foreldre, mens 15 % har samboende foreldre. Barn av samboende foreldre har tre ganger høyere risiko for å oppleve foreldrenes brudd enn de som har gifte foreldre¹¹.

Ved inngangen av 2004 bodde 17 % av barna kun sammen med mor, mens 3 % bodde kun sammen med far. 4 % bodde sammen med mor og stefar, mens 1 % bodde sammen med far og stemor.

Tallenes tale er klar: barns behov for individuelle og selvstendige rettigheter, samt nødvendigheten av at deres meninger tillegges vekt, er åpenbart annerledes enn for 100 år siden.

2.1 Den juridiske utviklingen

Når en ser på den rettslige utviklingen de siste hundre år, har den gått fra et fokus på å beskytte barn og gi dem likeverdige oppvekstbetingelser¹², til å handle om deres selvstendige rettigheter. Likeledes har barns rettsstilling endret seg fra å være nært knyttet til familien, til en økende rettslig autonomi. Dagens barn er ikke lenger bare rettighetsmottakere, de utøver også rettigheter, og betraktes i større grad som en samfunnsressurs. Medbestemmelsesretten må ses i denne sammenheng. Barneloven av

¹⁰ Smith og Lødrup 2004

¹¹ Tall fra statistisk sentralbyrå, pr. 1.1.2004

¹² Lovregulering av bl.a. barnearbeid, skolegang og helsetjenester, Hilde Liden, 2004.

1981 fulgte opp utviklingen ved at den i større grad enn tidligere lovgivning så problemer fra barnets synsvinkel og erkjente barnet som rettssubjekt fremfor rettsobjekt. Barnets rett til å være med på avgjørelser, var en av reglene som stadfestet dette, og det var få andre land som hadde tilsvarende bestemmelser på det tidspunktet¹³.

2.2 FNs barnekonvensjon

Da FNs barnekonvensjon kom i 1989, sikret den barnet subjektstatus i alle saker som har med det å gjøre. Den inkluderte også en egen artikkel om barns rett til å bli hørt – barnets demokratiartikkel - hvilket var kontroversielt i internasjonal rett¹⁴.

Artikkelen er en alminnelig regel om at barn som er i stand til det, skal ha rett til å gi uttrykk for egne synspunkter i alle saker som omhandler det selv. Det skal legges vekt på meningene deres. I artikkelens nr. 2 fremgår det uttrykkelig at barnet skal ha rett til å uttrykke seg enten direkte, eller gjennom en sakkyndig ved enhver rettslig og administrativ saksbehandling som angår det.

Norge ratifiserte konvensjonen i 1999. Ved ratifikasjonen ble vi rettslig bundet som en del av våre folkerettslige forpliktelser. I tillegg følger det av presumsjonsprinsippet at dersom norsk lovgivning er åpen og usikker, må det antas at konvensjonens bestemmelser vil få direkte virkning som norske regler¹⁵.

I februar 2001 sendte justisdepartementet ut et høringsnotat som drøftet ulike måter å innarbeide barnekonvensjonen bedre i norsk rett. Det ble blant annet foreslått endringer i det eksisterende lovverket for å synliggjøre konvensjonen. Forslaget om å senke aldersgrensen i barneloven for barnets ubetingede uttalerett til syv år var ett av disse. Konvensjonsbestemmelsen knytter nemlig ikke retten til noen bestemt alder. Et stort flertall av høringsinstansene ønsket en slik aldersgrense. Hovedargumentene var at dette ville samsvare bedre med konvensjonen, ettersom det ble antatt å føre til en praksis hvor flere barn ble hørt enn etter dagjeldende 12 års-regel¹⁶.

Endringen av aldersgrensen i §31, 2. ledd, må altså ses i sammenheng med barnets rett i henhold til artikkel 12 i barnekonvensjonen. Denne er sentral som rettskildefaktor.

¹³ Lucy Smith, 1991

¹⁴ Artikkel 12, se vedlegg 2

¹⁵ Lucy Smith i Jussens Venner 1991

¹⁶ Karnov på www.reettsdata.no pr. januar 2005

I forarbeidene¹⁷ bemerkes det at endringen i aldersgrensen ikke endrer den bestående rettstilstanden med hensyn til vekten av barnets uttalelser. Barnets mening skal tillegges behørig vekt i samsvar med dets alder og modenhet. Med dette som utgangspunkt skal barnets mening fortsatt være ett av flere momenter som skal tas med i en helhetlig vurdering, og det kan være andre forhold som skal tillegges større vekt. I en av avgjørelsene fra mitt utvalg, uttrykte lagmannsretten dette slik¹⁸;

”Lagmannsretten viser til at C nå er 10 ½ år og ... normalt utviklet for alderen. Det er grunn til å tro at barnet opplever sitt syn på saken som ekte og selvstendig, selv om synet bl.a. er påvirket av miljøet gutten vokser opp i. Guttens mening må tillegges vekt i saken.”

Konvensjonen er nå også inkorporert i norsk lov gjennom menneskerettsloven¹⁹. Denne trådte i kraft 1.10.2003. Inkorporeringen og de øvrige endringene i gjeldende rett²⁰ har altså medført at barnets rett til å bli hørt både er kommet enda klarere frem, og til dels er blitt styrket.

2.3 Hensyn bak §31

Avgjørelser om bosted og samvær er av vesentlig betydning for barnets hverdag. Av den grunn, kan det hevdes at barnet ikke bør være uten innflytelse på spørsmålene. Det er også viktig for barnets selvfølelse og utvikling at det opplever å bli hørt og at dets synspunkter har betydning.

Samlivsbrudd involverer mye følelser og kan derfor bli styrt av og fokusert på de voksnes premisser. Det handler om familiens reorganisering, samt økonomiske og materielle spørsmål. Barnet kan bli ubevisst nedprioritert og en ”brikke” i foreldrenes planer eller dragkamp om hvordan deres tilværelse for fremtiden skal se ut. Barnas selvstendige rett til å få uttrykke seg i denne situasjonen, kan bidra til å sikre at deres fokus ikke blir nedprioritert, og fremme ønsket kontakt med begge foreldrene. Sentralt i forarbeidene²¹ sto også målet om at flere barn i slike situasjoner skulle få komme til orde, enn det som var

¹⁷ Ot.prp. nr. 29 (2002 – 2003), s. 61

¹⁸ Etter først å ha sitert fra ovennevnte Ot. prp.

¹⁹ Ml. Av 21. mai 1999 nr. 30

²⁰ Gjelder både barneloven og eksempelvis endringene vist til under note 2 - 5

²¹ Ot. prp. Nr. 29 (2002 – 2003)

praksis etter 12 års-regelen. Et annet av argumentene for en bestemt aldersgrense, var at det ville forhindre usikkerhet omkring forståelsen av bestemmelsen, med påfølgende ulik praksis²².

På den annen siden kan medbestemmelsesretten bidra til at barnet involveres i foreldrenes konflikter. Å uttale seg om bostedsspørsmål i en situasjon hvor foreldrene er uenige, kan for barnet fremstå som å velge mellom to foreldre det er like glad i. Barn har oftest like sterk lojalitet til begge foreldrene. Konsekvensen av å følge sine egne ønsker, kan bli frykt for å såre eller skuffe en av foreldrene. Noen barn opplever å stå i klemma mellom mor og far som begge argumenterer for hvorfor en bør velge deres bosted – det vil si at de blir utsatt for krysspress. Atter opplever andre barn at deres mening kan bli benyttet av den ene av foreldrene til å såre den annen part. Enkelte av høringsinstansene uttrykte nettopp slik skepsis i forbindelse med det første forslaget om å senke aldersgrensen til syv år²³. Det ble eksempelvis uttrykt at barnets rett kunne gi uenige foreldre gode muligheter til å spille på barnet og sette det opp mot den andre for å få sin vilje igjennom. Det ble også uttrykt at medbestemmelsesrett fra syv år kunne føre til at barnet ble pålagt mer ansvar for personlige forhold enn det har evne og modenhet til å bære i den alderen.

Videre kan selve ”høringssituasjonen” fremstå som en umulig valgsituasjon. Følelsen av å bære ansvaret for den endelige løsningen er ikke uvanlig. Dersom det i tillegg er store konflikter mellom foreldrene, kan barnet føle press på å ta stilling for å avslutte konflikten, selv om det ønsker at foreldrene skal foreta valget. Til dette ble betydningen av kvalitativt gode samtaler understreket i forarbeidene²⁴. Det ble fremhevet at det spesielt for de yngste barna ville være naturlig å oppnevne sakkyndig.

Barn som opplever samlivsbrudd mellom foreldrene har svært ofte tapsopplevelser knyttet til situasjonen. De mister familieenheten slik de har blitt vant med at den skal være, en av foreldrene flytter ut og lignende. Dermed kan barnet frykte konsekvensene av å foreta valg knyttet til eksempelvis bosted. Uavhengig av om frykten for å miste er reell, vil opplevelsen være tilstede for barnet som en del av konteksten.

Dessverre opplever også enkelte barn å være redd for vold, trusler eller overgrep dersom de uttrykker sine synspunkter. I disse situasjonene vil retten til å uttale seg være vanskelig

²² ” pkt. 10.5

²³ Ot. prp nr. 62 (1979 – 1980)

²⁴ Ot. prp. Nr. 29 (2002-2003)

å håndtere for barnet. Dette er da også et moment knyttet til den avgjørelse retten tar. En av avgjørelsene i mitt utvalg²⁵ eksemplifiserer dette. Det ble uttalt at mor hadde ”hjernevasket” datteren til å ha et negativt inntrykk av sin far. Dette ble ansett å

”.. ha skapt betydelig usikkerhet hos C. At den ene av foreldrene på denne måten inngår avtaler med barnet som den andre ikke skal gjøres kjent med er også svært uheldig og vitner om liten forståelse for hva som er barnets beste.”

Barnet hadde uttalt at hun ikke ville ha samvær med far og ville bo hos mor. Om hvilken betydning morens påvirkning ble tillagt i forhold til barnets uttalelser, uttalte retten seg slik:

”Under slike omstendigheter finner lagmannsretten ikke å kunne tillegge barnets mening samme vekt som ellers.”

Avgjørelsen lød på at barnet skulle flytte bosted til far.

I forarbeidene²⁶ uttrykte enkelte høringsinstanser at en annen fare ved aldersgrenser, er at de kan hindre skjønnsmessige vurderinger. Individuelle vurderinger er ment å sikre at det enkelte barn, uavhengig av alder, gis anledning til å uttale seg dersom dets modenhet tilsier det. På den måten kunne en syv års-grensen komme til å virke som et hinder for at også yngre barn fikk uttale seg²⁷. I forarbeidene fra 1980²⁸ var imidlertid departementet²⁹ klar på at dette ikke var intensjonen med en syvårsgrense:

”Det skulle etter departementets mening være selvsagt at forslaget om at det skal være plikt til å høre barn over 7 år, ikke innebærer at foreldre aldri bør gi noen medbestemmelsesrett til yngre barn.”

En av de vektige grunnene til å sette en aldersgrense lavere enn den dagjeldende, var nettopp å bedre rettssikkerheten for barna. Dersom en syvårsgrense kunne medføre at flere barn generelt fikk komme til orde, ville deres rettssikkerhet bli bedre ivarett³⁰.

²⁵ LG-2003-16440

²⁶ NOU 1998:17

²⁷ Dommene i mitt utvalg viser for så vidt at antagelsen slo til for dette tidsrommet.

²⁸ Ot.prp. nr. 62 (1979-1980)

²⁹ Justisdepartementet

³⁰ Ot. prp. Nr. 29 (2002 – 2003)

2.4 Forholdet til § 30 og §33

Barnets rett til å være med på avgjørelser etter § 31, knytter seg til foreldrenes rett og plikt etter §30. Denne angir foreldrenes ansvar for å gi barnet omsorg på ulike plan, inkludert å treffe avgjørelser for barnet i personlige forhold. Bestemmelsen vil kunne begrense barnets gjennomslagskraft for sine meninger i henhold til §31, og motsatt vil foreldrenes rett eller ansvar til å bestemme for barnet i henhold til §30, kunne begrenses av §31. Langt på vei gir barnets alder anvisning på hvilke spørsmål foreldrene bør ta hånd om og hvilke som kan overlates til barnet. Ettersom barnets med-og selvbestemmelsesrett³¹ gradvis øker, reduseres foreldrenes bestemmelsesrett tilsvarende.

Bestemmelsen i §33 regulerer de mer dagligdagse problemstillingene og barnets rett til gradvis selvbestemmelse på disse områdene. Denne gjelder altså andre områder enn de direkte lovregulerte³². Med foreldrenes omsorgsplikt som ramme, må barna gradvis gis større påvirkning på sitt dagligliv slik at de kan utvikle seg til selvstendige mennesker. Om strømpebuksa skal være blå eller rød, om en vil spille handball eller fotball på fritida, velge filosofi eller tegning som valgfag, allmenn- eller yrkesfaglig utdanning er eksempler på gradvis økende selvbestemmelsesrett. Slik vil foreldrenes ansvar ”uttynnes” etter hvert som barnet vokser.

På bestemte områder opphører også foreldreansvaret før barnet er 18 år som følge av særlige aldersgrensebestemmelser i andre lover.³³

³¹ Barnelovens §§31 - 33

³² Kirsten Sandberg 2003

³³ Eksempelvis kirkeloven, adopsjonsloven m.fl.

3. Regelen i §31

Regelen gjelder for alle barn, uavhengig av relasjonen til foreldrene og relasjonen foreldrene imellom. Den har adresse til foreldrene og andre som har med barnets personlige forhold å gjøre, eksempelvis fosterforeldre, sykehus, skole, fylkesnemnd og domstoler³⁴. I forarbeidene³⁵ uttales det at retten innebærer et ansvar for meklere, advokater, sakkyndige, retten, og dommere i tillegg til de ovennevnte. Dette henspiller på de saker som behandles i rettsapparatet.

Selv om den gjelder barnets personlige forhold, faller personlige økonomiske forhold utenfor og reguleres av vergemålslovens §40.

3.1 Den generelle regelen i §31,1. ledd

Regelens 1.ledd inneholder det som refereres til som den generelle regelen og som også danner rammen for den mer konkrete reguleringen i 2. ledd. Ordlyden setter en skjønnsmessig ramme for retten til å bli tatt med på avgjørelser. Dermed hviler barnets rett etter 1. ledd på henholdsvis foreldres og offentlige myndigheters skjønn.

Det er to sentrale betingelser i lovteksten. For det første må det dreie seg om barnets personlige forhold. Dernest må barnet være ”i stand til å danne seg egne synspunkt på det saka dreier seg om”.

3.1.1 ”Personlege tilhøve”

Den første betingelsen har direkte referanse til §30. Avgjørelsene kan variere fra hvilken bukke barnet vil ha på seg, om det vil spille fotball eller cello, til hvem av foreldrene det skal bo hos og hvilken samværordning det skal være mellom foreldre og barn som ikke bor sammen. I tråd med regelen bør barnet tidligst mulig gis mulighet til å påvirke sin situasjon

³⁴ Smith og Lødrup 2004

³⁵ Ot.prp. nr. 29 2002 - 2003

i sine ulike personlige forhold og foreldre bør samrå seg med barnet så snart det har nådd en alder og modenhet som gjør at det kan danne seg synspunkter om saken.

I tråd med avgrensingen innledningsvis, foretar jeg ikke noen drøftelse av hvilke andre forhold i barneloven som faller inn under definisjonen ”personlege tilhøve”.

3.1.2 Barnets refleksjonsnivå

Den andre betingelsen som fremkommer i 1. ledd er at barnet har nådd en slik alder og utviklingsnivå at det er i stand til å ha egne synspunkter på det saken dreier seg om. En treåring kan uttale seg om hun vil ha shorts eller skjørt på, men ikke om hun skal gå i barnehagen eller ikke. Barn på seks år kan imidlertid vise både verbalt og ved handling hvor de ønsker å bo.

Mens 1. punktum i 1. ledd referer til relevansspørsmålet, referer 2. punktum til vekstspørsmålet. Foreldrene har plikt til å høre hva barnet har å si før de treffer en avgjørelse, disse skal ikke treffes over hodet på barna. De skal dernest vektlegge deres meninger i henhold til alder og modenhet. Denne passusen er i tråd med formuleringen i barnekonvensjonens artikkel 12. Dette legger opp til en skjønnsmessig vurdering fra foreldrenes side. I sammenheng med vurdering og avveining av andre momenter, må de vurdere om barnet forstår rekkevidden av sitt standpunkt, og hvor fast og velbegrunnet dette fremstår. Foreldrene kan komme til at andre interesser veider tyngre enn barnets mening, eksempelvis hensynet til familien som helhet eller til søsken. I forarbeidene³⁶ uttrykkes det at ettersom formuleringen er vag, kan den vanskelig brukes som et klart argument i konkrete konflikter. Departementet vektla imidlertid formuleringen som uttrykk for et verdifullt prinsipp. For rettens behandling av spørsmålene, gjelder den samme plikten.

I rettspraksis sammenholdes ofte barnets ønske med de øvrige forhold i saken slik at det er vanskelig å si noe generelt om vekten før barnet når 12 års alder. Blant mitt utvalg av avgjørelser, synes vekten å avhenge av tyngden til de øvrige momentene. Hvor nært opptil 12 år barnet er, synes også å spille inn. I en av avgjørelsene fra mitt utvalg³⁷ var barna henholdsvis åtte og elleve år. Lagmannsretten uttrykte seg slik:

³⁶ Ot.prp. nr. 62 (1979-1980), kapittel 5.2

³⁷ LB-2004-28053

”Både C og D ga under samtale med rettens medlemmer klart uttrykk for ønske om å bo fast hos mor. Begge barna begrunnet sitt ønske blant annet med at de hadde flest venner i området ved mors bolig. C ga også uttrykk for at mor har mer tid enn far til å hjelpe ham med lekser. ... Selv om barns ønsker i større eller mindre grad også kan være influert av blant annet foreldrenes oppfatninger, finner lagmannsretten at de klart uttrykte ønskene fra C og D bør tillegges relativt stor vekt ved avgjørelsen. Dette gjelder ikke minst for C som snart fyller 12 år. ”

I dette tilfellet kan det synes som om vekten av barnas uttalelser hviler på tre forhold: For det første at barna uttrykker et klart ønske, dernest at de begrunner ønskene på en måte som synes fornuftig. Til sist nevnes betydningen av 12 års-grensen. Barnas begrunnelser er sammenfallende med hensyn som regelmessig vektlegges i rettspraksis. Retten hadde nok stilt seg annerledes dersom barna hadde begrunnet ønsket med at de fikk være lengre oppe om kvelden?

3.2 Den ubetingede retten - §31,2. ledd

Paragrafens 2. ledd inneholder både regelen om den ubetingede retten som oppstår ved syv års alder, samt 12 års-regelen som refererer til vekstspørsmålet.

I forarbeidene fremgår det at senking av aldersgrensen særlig ble antatt å få betydning i saker for domstolene om bosted eller samvær, samt for gjennomføring av samvær ved tvangsbot³⁸.

3.2.1 Syvårsregelen

Den ubetingede retten for barnet, motsvares av en plikt for domstolen. Er barnet fylt syv år, skal det gis anledning til å bli hørt. Som rettssikkerhetsgaranti for barna er denne absolutte formuleringen sterkere enn den generelle formuleringen i første ledd.

Barnet har imidlertid ingen plikt til å uttale seg dersom det ikke ønsker det. Har det ikke noen synspunkter eller ønsker det ikke å uttale seg om saken, skal det respekteres.

På den annen side kan barnet ha behov for å ytre seg om saken uten at det har konkrete meninger eller ønsker om den fremtidige omsorgsløsningen. Dette fordrer en sensitivitet hos foreldrene på hvorledes barnet stiller seg til saken. I høringsuttalelsene til lovendringen

³⁸ Ot. Prp. nr. 29 2002 – 2003 s. 89

fremkom det at ordlyden kunne tolkes som om barnet må ha en mening om hvordan problemet skal løses, altså et synspunkt på den konkrete saken. I denne forbindelsen ble det uttalt at det burde være nok at barnet får uttale sin mening om det som er temaet³⁹. Det kan imidlertid ikke ses bort fra at i praksis kan de involverte voksnes antagelser om barnets kapasitet, sette grenser for hva det inviteres til å si noe om. Etter min mening kan de nye saksbehandlingsreglene bidra til å sikre at barnet får uttale seg i saken uavhengig av hvordan det stiller seg til selve løsningen.

Retten innebærer på den annen side ingen rett til å bestemme. Det er det henholdsvis foreldre og retten som gjør. Barnets mening skal være et moment ved avgjørelsen, ikke utslagsgivende. Hvor viktig dette momentet skal være i helhetsvurderingen, avhenger av hva saken gjelder, og forhold ved barnet⁴⁰. Flere eksempler fra mitt utvalg av avgjørelser viser at barnets meninger tillegges større vekt ved valget mellom to like gode bosteder, enn dersom det hefter mangler ved det ønskede bosted.

Barnets meninger kan også få betydning for selve utformingen av den samværsrett en dom lyder på. Dette ble uttalt slik av høyesterett i 2004⁴¹:

”.. er det slik at eit barn skal ha rett til å uttale seg om eit spørsmål som det om omfanget av samværsretten, ut frå alder, mogning og dei føresetnadene barnet har for å ha sjølvstendige synspunkt om dette.”

Eksempelvis kan barn i småskolealder gi uttrykk for at de synes det går for lang tid mellom samvær hver annen helg. Dette skal da vektlegges når retten utformer de konkrete avtalene om samværet.

En annen side av samme tema, er at eldre barn i kraft av sin medbestemmelsesrett kan praktisere samvær utover dom uten at bostedsforelder kan motsette seg dette (med mindre det er saklig grunn for det)⁴². Det enkelte barns behov og interesser skal være styrende. Er det eksempelvis slik at 15 åringen velger å bli en natt ekstra hos samværforelder fordi de sammen skal dra på fotballturnering neste dag, har han rett til det.

³⁹ Ot. prp. nr. 45, 2002 - 2003

⁴⁰ Ot.prp. nr. 62 (1979-1980)

⁴¹ Rt. 2004 / s. 811

⁴² Smith og Lødrup, 2004, s. 149

Videre er det heller ikke barnet som skal ha ansvaret for løsningen. I praksis er nok dette mer problematisk enn det kan høres ut som. Dom både mot og i samsvar med barnets ønske kan godt oppleves som dennes ansvar. Flere av avgjørelsene i utvalget bidrar til å lette ansvaret fra barnet ved å uttrykke at de legger mindre vekt på barnets uttalelser hvor det er tydelig at barnet er i en lojalitetskonflikt. Muligens – og kanskje forhåpentlig – har barnets eventuelle ønsker likevel blitt vektlagt i forhold til løsningen.

3.2.1.1 Om forholdet til skjønnsregelen i 1. ledd

I Ot.prp. nr. 62⁴³ understreket som nevnt departementet at plikten til å høre barn over syv år, ikke innebærer at foreldre aldri bør gi noen medbestemmelsesrett til yngre barn. I mange av dagliglivets spørsmål vil det være naturlig at også små barn får si sin mening og at foreldrene legger vekt på denne.

I forhold til rettens behandling av barnefordelingssakene, oppstår spørsmålet om de barna under syv år som kan og vil uttrykke seg, får anledning til det. Blant de avgjørelser jeg har gjennomgått, var 18 av 34 barn i aldersgruppen opp til syv år. Altså over halvparten av det totale antall barn. Drøyt halvparten av disse igjen var henholdsvis fem og seks år⁴⁴. Det fremgår ikke av noen av dommene at disse barna ble hørt. Heller ikke går det frem om dette ble vurdert individuelt i forhold til barnets modenhet. Sett i sammenheng med at de ved syv års alder har en ubetinget rett til å bli hørt, kan dette virke som en streng praktisering i forhold til den generelle regelen i 1. ledd. Ut over spørsmål om løsning av konflikten, kan samtaler med barna bidra til å bli kjent med det enkelte barnet og dets individuelle behov. I forsøksprosjektet ved Indre Follo tingrett⁴⁵ var også barna gjennomgående små, ofte ikke begynt på skolen ennå. Dersom denne aldersfordelingen er representativ, kan det påberopes en større bruk av skjønnsregelen. De nye saksbehandlingsreglene muliggjør også samtaler med yngre barn uten at de nødvendigvis trenger å omhandle selve løsningsalternativene.

I 7 av de 18 sakene var det sakkyndige eller annen barnefaglig kompetanse inne i bildet, og det kan stilles spørsmålstegn ved hvorfor disse ikke ble benyttet til direkte samtale med

⁴³ 1979-1980

⁴⁴ Aldersfordelingen for hele gruppen var slik: 6 år = 4 barn, 5 år = 6 barn, 4 år = 3 barn, 3 år = 3 barn, 2 år = 1 barn, 1 år = 1 barn

⁴⁵ "Konflikt og forsoning" Barnefordeling i et rettsbasert forsøksprosjekt.

barna med tanke på deres synspunkter⁴⁶. Forholdsvis flere eldre barn hadde samtale med sakkyndig sammenlignet med barna under syv år. Dette er ikke i tråd med føringene fra forarbeidene⁴⁷. I flere av sakene fremgår det klart at barnas behov er utredet, likeså samspillet mellom foreldre og barn, og/eller foreldrenes egnethet som omsorgspersoner for barna. Det er da nærliggende å anta at de sakkyndige har hatt slik direkte samtale med barna i utredningsøyemed, men den type samtale som handler om deres egne synspunkter og tanker omkring situasjonen, synes ikke vurdert for denne aldersgruppen⁴⁸.

Det er retten som utformer den sakkyndiges mandat, bl. §61 nr.1 og nr. 4. Retten er da ansvarlig for at det blir vurdert å gi barna muligheten til å uttrykke seg, enten til den sakkyndige, eller direkte til retten.

I aldersgruppen syv til og med elleve år, var det 16 barn i mitt utvalg. Av disse ble 14 hørt i forbindelse med saken. For syv av disse igjen, var dommen i overensstemmelse med barnas ønsker. Tre av barna hadde ingen klare ønsker, og de resterende fire fikk dom mot sine ønsker. For alle de fire avgjørelsene hvor dommen gikk mot barnas ønsker, var det forhold utenfor barnet som var avgjørende. En av dommene lød på samvær trass i barnets motvilje da denne for en stor del ble tilskrevet bostedsforelders negative påvirkning. Også for ett av de barna som ikke ble møtt på sitt ønske om bosted, ble det lagt vesentlig vekt på at barnets mening syntes ”hjernevasket” av mor. For de to siste avgjørelsene, var det usikkerhet knyttet til den ønskede forelderens omsorgskapasitet som konkurrerte ut barnets ønsker.

3.2.2 12 års-regelen

I 2. ledds 2. punktum videreføres den tidligere regelen om at barnets mening skal tillegges stor vekt etter fylte 12 år. Høyesterett har uttalt at det er barnets alder på domstidspunktet som er avgjørende⁴⁹. I løpet av prosessen kan altså barnet oppnå en alder som tilsier at vekten av dets uttalelser endres. Dette ble uttrykt slik i dommen:

⁴⁶ Disse fordelte seg slik; i 3 saker ble det benyttet sakkyndig for tingsretten. Dennes vurderinger ble deretter referert til under ankebehandlingen for lagmannsretten. I 3 saker ble det kun benyttet sakkyndig for lagmannsretten, og i 1 sak var det sakkyndige i begge instanser.

⁴⁷ Ot. prp. Nr. 29 (2002-2003)

⁴⁸ Ved gjennomgangen av avgjørelsene fremgår det at flertallet av barn over syv år har gjennomført slike samtaler.

⁴⁹ Rt. 1997 /s. 797

”At de under behandlingen ved de tidligere instanser hadde en alder som tilsa at deres oppfatning ikke burde veie så tungt som i dag, kan ikke tillegges betydning.”

Rettspraksis viser at ”stor vekt” innebærer at det skal noe spesielt til for å fravike barnets mening⁵⁰. I praksis kan det tenkes at dom i strid med såpass store barns klare ønsker, lett kan skape konflikter for både foreldre og barn. Likevel kan en ikke si kategorisk at barnets mening er utslagsgivende. Det må foretas en helhetsvurdering med basis i hva som totalt vil fremstå som den beste løsningen for barnet. Det er naturlig å anta at ettersom barnet nærmer seg myndighetsalderen, vil meningene bli tillagt gradvis større vekt. Blant mitt utvalg av avgjørelser, var det kun ett barn som tilhørte gruppen over 12 år. Kanskje gjenspeiler dette nettopp at foreldre tillegger barnas meninger større vekt med alderen, og derved unngår rettssak om spørsmålene. Under den mekling som går forut for saksanlegg, jf. ekteskapslovens § 26 og bl. §§34, 44a, vil i alle fall foreldrene bli informert om dette. Antagelig bidrar det til løsning av en del spørsmål om bosted for barn over 12 år. Ungdommen i denne saken var 17 år⁵¹. Gutten ble hørt både ved samtale med den sakkyndige i saken og ved dommersamtale. Dommen var ikke i samsvar med hans uttrykte ønske om bosted. Retten begrunnet dette med hans spesielle omsorgsbehov, samt at hjelpetiltak knyttet til disse var godt tilrettelagt på nåværende bosted. Av denne grunn ble ikke flytting antatt å være til hans beste. Om vekten av guttens uttalelser uttalte lagmannsretten følgende:

”Vanligvis vil det bli lagt avgjørende vekt på ønske til en 17 åring ved spørsmålet om hvor gutten skal bo fast.. . Når lagmannsretten likevel ikke legger avgjørende vekt på C`s ønske, er det begrunnet i guttens psykiske begrensninger.”

Slik jeg tolker utsagnet, sier høyesterett to ting: For det første at hovedregelen ved så gamle barn, er at de selv avgjør sitt bosted. Dernest et unntak; dersom forhold ved barnets konstitusjon tilsier at det ikke ivaretar sitt eget beste, er det de voksne som avgjør.

I en avgjørelse fra høyesterett⁵² uttrykkes dette mer generelt:

⁵⁰ jf. også Smith og Lødrup, 2004

⁵¹ LA-2004-67657

⁵² Rt. 1998 /s. 857

”Dersom barnet er fylt 12 år ... skal det legges stor vekt på hva barnet selv mener ... Om barnets syn blir avgjørende for sakens utfall, vil bero på en konkret vurdering. Flertallet kan vanskelig se at man ut over dette kan oppstille bindende retningslinjer for denne vurderingen.”

Dommen gjaldt midlertidig avgjørelse om bosted og samvær for et barn på 15 ½ år hvor dommen ikke var i overensstemmelse med barnets ønske. Det var imidlertid dissens og mindretallet uttrykte seg slik om betydningen av barnets alder:

”Dreier det seg om et barn som er nærmere 16 år eller eldre, som har tatt et klart valg ved å flytte til en av foreldrene og etablere et nytt tilfredsstillende miljø der, må det etter mindretallets oppfatning legges avgjørende vekt på barnets mening med mindre det foreligger særlige omstendigheter som tilsier at det ikke bør tas hensyn til den.”

Vekten av barnets uttalelser å varierer altså med omstendighetene i saken for øvrig. Unntakene fra hovedregelen synes generelt å bero på to forhold: forhold ved barnet selv som tilsier at det ikke foretar forsvarlige nok vurderinger, eller ytre forhold som kvaliteten ved omsorgstilbudet hos det ønskede bostedet.

Dilemmaet ved ungdommer, er vel nettopp nærheten til myndighetsalderen. Som ledd i prosessen mot voksenlivet, er det naturlig å la gradvis større beslutninger være ungdommens eget ansvar. Dette gjelder også de dårlige beslutningene. Spørsmålet blir hvor grensen går og hva som kan oppnås av positive ringvirkninger ved å ta beslutningen fra ungdommen.

4. Saksbehandlingsreglene

Parallelt med endringen i ordlyden i §31, ble det innført en del nye saksbehandlingsregler i barnelovens kapittel 7. I forarbeidene uttrykkes en antagelse om at disse vil styrke barns rettssikkerhet ved at barnets beste skal fokuseres i både fremgangsmåte, avgjørelsens innhold og med hensyn til tidsaspektet. Dette er i tråd med barnekonvensjonens artikkel 3 som fastslår at barnets beste skal være grunnleggende hensyn ved alle handlinger som gjelder barn⁵³. I tillegg presiseres det i bl. §48 at barnets beste også er styrende for saksbehandlingen.

Saksbehandlingsreglene fungerer på mange måter som en prosessuell garanti for at barnet holdes i fokus og ivaretas hele veien frem mot en avgjørelse.

Forsøksprosjektet ved Indre Follo Tingrett har inspirert den nye lovgivningen⁵⁴. Gjennom seks år og 70 saker i prosjektet, var erfaringen at bare 5 % av sakene ble tatt opp igjen. Prosjektet hevder at ikke bare det at løsningene megles fram, men også arbeidsformen med tid til utprøving og modning, har bidratt til de gode resultatene.

Reglene har det grunnsyn at det beste for barna vil være at foreldrene blir enige om de spørsmål saken gjelder, fremfor en dom i saken⁵⁵. Dette henger sammen med at det spesielle ved barnefordelingssaker – i motsetning til andre sivile saker – er at partene skal fortsette å ha mye kontakt med hverandre, ofte i år fremover. Det er da nærliggende å anta at foreldre vil være mer motivert for å etterleve egne avtaler og rettsforlik som er resultat av forhandlinger og kompromisser, enn en avgjørelse som er diktert av domstolen.

På den ene siden kan konflikten løses ved rettens beslutning, men for barnet vil den ikke være løst psykologisk dersom konsekvensen er at foreldrene har fått forsterket sin konflikt. Sentralt ved reglene er derfor det offentlige og rettens konfliktdependende og meklende rolle⁵⁶. Det gis rom for forhandlingsbaserte løsninger på ethvert trinn av saken.

Jeg har derfor valgt å ta med en oversikt over det nye ved behandlingen i disse sakene.

⁵³ Artikkel 3 Barnets beste, se vedlegg 3

⁵⁴ Knut Rønbeck, 2004

⁵⁵ Smith og Lødrup 2004

⁵⁶ NOU 1995:23, kapittel 5

Ut over disse, gjelder imidlertid tvistemålslovens regler grunnleggende.

4.1 Avgjørelser under saksforberedelsen

Intensjonen om å søke å bringe foreldrene til enighet gjennom mekling gjør at reglene som gjelder forberedelsene før hovedforhandling er sentrale. De viktigste finnes i bl. §61, samt §49 som tildeler advokatene en noe annerledes rolle enn i andre sivile saker.

Regelen i §49 om advokatens rolle må ses i sammenheng med §48. Advokaten har et selvstendig ansvar for å vurdere om det er mulig for foreldrene å komme frem til en avtaleløsning. Han må dermed vurdere muligheten for forlik underveis og eventuelt ta initiativ til dette⁵⁷. Hans valg av kommunikasjonsform vil kunne få betydning for forliksmulighetene. Selv om barnet ikke har partsstatus, kan man forvente av advokaten at han påpeker for sin klient at det er barnet det skal søkes en best mulig løsning for, ikke klienten selv⁵⁸. For noen advokater vil denne fremgangsmåten kunne være kontrastfylt i forhold til øvrige sivile saker. For barnet vil det imidlertid både kunne innebære et raskere tidsforløp før avklaring av situasjonen, samt at skadeeffekten ved å være foreldrenes konflikttema, reduseres. I tillegg slipper barnet belastningen ved å være del av en rettssak med de konsekvenser dette kan få relasjonene i ettertid.

Dommeren skal også på ethvert trinn av saken vurdere muligheten for forlik og legge til rette for det, §59, 2. ledd. Barnet skal da gis anledning til å bli hørt ved at enten dommer eller sakkyndig har minst en samtale med det før forliket inngås.

I henhold til bl. §61 nr. 1 kan det da holdes ett eller flere saksforberedende møter.

Dommeren kan la seg bistå av en sakkyndig i disse. De ulike stadier og formål sakkyndige kan benyttes til, er beskrevet i bl. §61⁵⁹. Dennes mandat kan være å gjøre undersøkelser på forhånd; herunder ha samtale med barnet og/eller foreldrene, eller bare delta på møtet.

Erfaringer så langt⁶⁰ kan tyde på at sakkyndigbruk under saksforberedende møter kan bidra til mer konstruktive samtaler rundt barnas behov på veien mot en løsning. Dersom fokuset

⁵⁷ Veileder Q-15 2004

⁵⁸ Knut Rønbeck, 2004

⁵⁹ Se også tvml. §239

⁶⁰ Artikkel i "Rett på sak", nr. 1, 2005, samt erfaringer fra forsøksprosjektet ved Indre Follo Tingrett.

flyttes fra foreldrenes konflikt og over på barnets behov, vil antagelig både løsningene og samarbeidsklimaet påvirkes positivt.

Allerede i en undersøkelse ved landets domstoler i perioden 1994 -96⁶¹ ble det uttalt at det var grunn til å tro at både dommernes meklingspraksis og bruk av sakkyndige påvirket forlikprosenten⁶².

Dersom det på sikt viser seg at det er slik sammenheng mellom økt bruk av sakkyndige, hvorledes barnet gis anledning til å uttale seg, og hvordan barnet fokuseres gjennom prosessen, kan dette fungere som en styrking av barnets posisjon. Barnet vil høste de positive ringvirkningene av en samarbeidende dialog mellom foreldrene. For sin egen del vil jeg også anta det er en bedre løsning for barnet at det gis anledning til å snakke med en som innehar barnefaglig kompetanse; kunnskap om barns utvikling og behov, enn med en dommer. Det er vanlig at sakkyndige samtaler med barnet i dets egne omgivelser, oftest med en eller begge foreldrene tilstede. Rammene er dermed annerledes enn i rettslokalene.

Blant de barna mellom syv og ti år omhandlet i mitt utvalg, var det forholdsvis flere som ble hørt av dommer i forhold til av sakkyndig. Kanskje vil de nye reglene på sikt bidra til en endring i dette. Retten fastsetter den sakkyndiges oppgaver i et mandat etter at partene har fått uttalt seg. Nytt er det også at det er staten som betaler kostnadene til den nye bruken av sakkyndig, jf. §61, 2. ledd. Dette gir klare signaler om at det prioriteres å få foreldrene i dialog om hvordan de skal løse sine foreldreoppgaver.

Bruk av sakkyndig kan forlenge prosessen. Noen ganger er dette en ulempe, andre ganger er det en fordel da det kan innebære utprøving av midlertidige løsninger. Slik utprøving kan også gjøres under veiledning av den sakkyndige, bl. §61 nr. 7. I forsøksprosjektet ble slike løsninger gjort i form av midlertidige forlik. Vanligvis påløp ca. seks måneder frem til saken ble løst ved forlik, hvilket er noe mindre tid enn det som vanligvis brukes i barnefordeligssakene⁶³. Ved anvendelsen av de nye reglene må en da for hver sak avveie hensynet til opplysning av saken – herunder barnets rett til å bli få være med på avgjørelsen - opp mot behovet for en rask avklaring⁶⁴. En lengre prosess kan bidra til at uenige foreldre ser barnets interesser klarere eksempelvis dersom foreløpige løsninger

⁶¹ Resultater fra undersøkelsen inntatt i NOU 1998:17

⁶² Kapittel 5.4 i ovennevnte NOU

⁶³ Knut Rønbeck, 2004

⁶⁴ Nils Dalseide, 2002

viser seg å fungere bra. Ved evaluering av slike prøveperioder, vil det være naturlig å også høre barnas evalueringer⁶⁵ for å sikre at den endelige løsning blir til det enkelte barnets beste.

Retten kan også vise partene til mekling utenfor retten, eksempelvis ved familievernkontorene, §61 nr. 2. Meklingspraksis⁶⁶ viser at barn i svært liten grad deltar direkte under mekling. Meklere innehar imidlertid relevant barne- og familiefaglig kompetanse og arbeider regelmessig med barnets perspektiv som utgangspunkt. Ulempen ved denne typen mekling sammenlignet med den som foregår i retten, er at mekler ikke har kompetanse til å fatte en avgjørelse slik dommer har. I retten vil foreldrene ha i bakhodet at meklingen nødvendigvis resulterer i enighet eller en dom.

Den sakkyndiges oppgave kan videre innebære en utredning av saken med henblikk på eksempelvis foreldrenes omsorgsevne, jf. bl. §61 nr. 3. Slik utredning kan være aktuelt ved større adferds- eller personlighetsavvik. Flere av avgjørelsene i mitt utvalg hvor det ble påberopt begrensninger i samværsrett, inneholdt denne typen sakkyndigarbeid.

Avgjørelsene viser gjennomgående at utredning som konkluderer med dårlig omsorgsevne, eller psykiske problemer, veier tyngre enn barnets ønsker, også når dette har passert 12 årsgrensen.

En av dommene eksemplifiserer dette⁶⁷. En ti år gammel jente ønsket å flytte fra far til mor, men hennes ønske ble ikke imøtekommet. Begge foreldrene kunne tilby tilfredsstillende materielle oppvekstvilkår. Om betydningen omsorgsevnen derimot, uttrykte retten seg slik:

”Det hefter imidlertid også usikkerhet ved mors omsorgstilbud.”

Dernest fulgte en gjengivelse av den sakkyndiges utredning av mors egenskaper som skapte vansker for barna. Om vektleggingen av denne i forhold til jentas ønske, uttrykte de seg slik:

⁶⁵ Veieleder Q-15 2004

⁶⁶ Ekeland m fl. 1996 / 1997

⁶⁷ LF-2004-15503

” I lys av den usikkerhet som en flytting til mor vil innebære for C, finner lagmannsretten ikke at hennes ønske kan tillegges avgjørende betydning i saken.”

I andre tilfeller kan det vel også tenkes at en slik konklusjon kan bidra til å lette trykket på barns eventuelle motvilje mot å være sammen med en av foreldrene.

Utgiftene til denne typen sakkyndigarbeid dekkes av partene. Det kan tenkes at rasjonale bak dette er at slike sakkyndigoppgaver erfaringsmessig eskalerer konflikten og dermed forverrer situasjonen for barnet. Motsatt er erfaringene med bruk av sakkyndige under saksforberedende møter og mekling, at dette bidrar til å fokusere barnet og defokusere foreldrenes konflikt, med påfølgende bedring i samarbeidsklimaet.

Dommeren kan også ha samtaler med barnet, jf. bl. §61 nr. 4. Dersom det er ønskelig, kan samtalen gjennomføres sammen med den sakkyndige. Det er da naturlig at det blir gjort referater fra slike samtaler slik at en sikrer en forsvarlig ivaretagelse av barnets uttalelser i den påfølgende behandling.

I særlige tilfeller kan det oppnevnes advokat eller representant for barnet, bl. §61 nr. 5. Denne skal ikke fremlegge barnets syn, men kan anmode om at dommer eller sakkyndig gjennomfører en samtale med barnet. Forøvrig skal han også på andre måter⁶⁸ sikre at saken er tilstrekkelig opplyst og kan dermed fungere som en garanti for at barnet reelt blir tatt med på avgjørelsen; at dets uttalelser blir viet tilstrekkelig fokus og tilstrekkelig vektlagt. I tillegg skal advokaten påse at saksbehandlingen skjer raskt i henhold til barnets beste, samt orientere barnet. Det er blitt antatt at dette i praksis vil være et lite aktuelt alternativ, velegnet dersom det er tale om eldre barn, eller spesielle konflikter. Blant de ordinære avgjørelsene mine, var det ikke oppnevnt advokat for barnet i noen. Innenfor samme periode ble det imidlertid fattet en midlertidig avgjørelse om bosted for et barn på 10 år, jf. bl. §60⁶⁹. For dette barnet ble det oppnevnt advokat i medhold av §61 nr. 5 allerede under tingsrettens behandling. Av dommen fremgår det at advokaten under saksforberedende møte redegjorde for de ytringer barnet hadde hatt til henne. Også for lagmannsretten hadde advokaten samtaler med barnet som det dernest ble redegjort for.

⁶⁸ Eksempelvis ved å foreslå vitneførsel, at tiltak utprøves m.v., jf. NOU 1998:17

⁶⁹ LE-2004-55842

4.2 Dom i saken

Barnefordelingssakene er såkalt delvis dispositive⁷⁰. Dette innebærer blant annet at retten har et selvstendig ansvar for å opplyse saken, jf. tvml. §190. I disse sakene medfører det at den skal påse at barnets mening er blitt hørt, jf. bl. §31, og at dette er gjort av adekvat kompetanse. Ansvaret omfatter også å påse at barnets eventuelle ønsker er gitt tilstrekkelig fokus under forhandlingene, og vektlagt i forhold til den avgjørelse som så blir truffet. Dersom foreldrene ønsker å inngå forlik, jf. bl. §59,2. ledd, er det rettens ansvar å påse at avtalen ikke er i strid med barnets beste⁷¹. Et hvilket som helst forlik er altså ikke å foretrekke fremfor en dom. Som det fremgår av bl. §64,2.ledd, skiller slike avtaler seg i rettsvirkningen fra formuerettslige avtaler. De kan endres dersom ”særlege grunnar talar for det”, jf. bl. §64,2.ledd. Om hva som ligger i dette kravet har høyesteretts kjæremålsutvalg uttalt⁷² at det ikke er noe krav om sterke grunner, men snarere ”konkrete og påviselige grunner”. Dette referer seg til at løsningene i det tidligere rettsforliket ikke lenger er til barnets beste. Eksempelvis kan samværforelder ha flyttet ut av landsdelen slik at avtalt samværsordning ikke lenger lar seg gjennomføre uten store ulemper for barnet.

Retten er i utgangspunktet heller ikke bundet av foreldrenes påstander eller anførsler⁷³ om hvordan omsorgsløsningen skal være, men er avskåret fra å avsi dom om felles bosted mot begge foreldrenes ønske, jf. bl. §36,2. ledd. Med barnets beste som styrende hensyn, vil imidlertid både foreldrenes tilslutning og barnets ønsker være vektige hensyn.

Foreldrene kan ha ulik oppfatning (i retten har de som regel det) av hva barnets mening er. Barnet har eksempelvis sagt det ene hos den ene og det andre hos den andre. Under rettens behandling kan samtaler med dommer eller sakkyndig bidra til å avklare barnets reelle meninger, dersom det da har latt seg gjøre for barnet å ha noen selvstendig mening. Alternativt kan da press eller lojalitetskonflikt komme frem og derved tas hensyn til. Selv om barnet ikke har opplevd noen kamp om dets mening, vil jeg anta situasjonen svært ofte kan oppleves som under press. Barnet vet at foreldrene får høre hva det har uttrykt og at dette vil få betydning for utfallet av saken.

⁷⁰ Skoghøy, 1998

⁷¹ Skoghøy, s. 437

⁷² Rt. 1997 /s. 442

⁷³ Skoghøy, s. 437

Retten kan avsi dom uten hovedforhandling dersom partene samtykker og retten anser det forsvarlig, bl. §61 nr. 8⁷⁴. Forutsetningen fra barnets ståsted må da være at det på en forsvarlig måte har fått anledning til å uttale seg om spørsmålene som skal avgjøres, slik at sakens faktum er tilstrekkelig opplyst. Motsatt vil dette være saksbehandlingsfeil, jf. avsnitt 4.3.

For barn og voksne som over tid har levd med usikkerhet omkring omsorgsløsningen, kan det oppstå spesielle dilemma knyttet til avgjørelsens rettskraft. Dommen skal i utgangspunktet ikke kreves oppfylt før den er rettskraftig. Det er likevel ikke uvanlig å begjære en midlertidig avgjørelse etter bl. §60 om at den ordningen dommen legger opp til, skal settes i verk før dommen er rettskraftig. Enkelte ganger kan en slik fremskyndet effektivering av avgjørelsen være en lettelse for barnet. Men også den motsatte situasjonen er vanlig; at den etablerte ordning skal bestå inntil ankesak er avgjort.

Det er hensynet til status quo som da fokuseres fremfor andre hensyn, inkludert barnets mening. En midlertidig avgjørelse belyser dette: Barnet var ni år og bodde fast hos far. Tingsretten fulgte de sakkyndiges anbefalinger om at det ville være best for barnet å ha bosted hos mor. Lagmannsretten tok likevel ikke morens påkjæring om midlertidig bosted hos henne frem til endelig dom, til følge. Om dette uttalte retten:

”Når det gjelder valg av midlertidig omsorgsordning er perspektivet mer kortsiktig. Spørsmålet vil ofte være om det er til barnets beste å foreta endringer i den ordning som har vært praktisert. Status quo-hensynet vil ofte lede til at det er hensiktsmessig ikke å gjøre endringer i den bestående situasjon gjennom en midlertidig ordning.”

Det samme ble uttrykt slik i en annen midlertidig avgjørelse⁷⁵:

”Det vil være til barnas beste at de flytter så lite som mulig. Risikoen for fram og tilbakeflyttinger må medføre at den bestående tilstanden gis forrang, og at det derfor kreves en særlig begrunnelse for umiddelbar flytting utover at mora fikk medhold i førsteinstansen.”

Slike avgjørelser tydeliggjør at det er barnet som er den sentrale personen for avgjørelsen. Hensynet til den voksne kunne motsatt tilsi at barnet flyttet når dommen var rettskraftig.

⁷⁴ Regelen har paralleller til tvistemålslovens §§322 – 322c om forenklet rettergang

⁷⁵ LE-2005-9030

Også i avveiningen mot barnets ønske gis hensynet til status quo ofte forrang. En midlertidig avgjørelse om bosted for ei jente på ti år, gikk mot hennes ønske om å flytte til mor etter farens dødsfall. Avgjørende var hensynet til risikoen for å måtte flytte flere ganger⁷⁶.

4.3 Saksbehandlingsfeil

Regelens prosessuelle side er at dersom barn over syv år ikke gis anledning til å uttale seg, er det saksbehandlingsfeil, jf. ordlyden i §31.2. ledd ”skal”.

Vanligvis er dette en feil som kan ha hatt innvirkning på resultatet, unntaket er hvor barnet er hørt for tidligere instanser og det ikke har endret sitt standpunkt i løpet av prosessen⁷⁷, eller at saken er slik stilt at en ny høring ville påføre barnet ytterligere press og lojalitetskonflikt⁷⁸.

Feilen kan lede til opphevelse av avgjørelsen, tvml. §§383 – 386. I en av dommene⁷⁹ ble det ved en henvisning til en av høyesteretts avgjørelser⁸⁰ slått fast at retten uansett skal vurdere feilen av eget tiltak. Tingsretten hadde ved kjennelse avgjort hvor to gutter midlertidig skulle bo, uten først å høre den eldste gutten på syv år. Hans ytringer hadde heller ikke kommet frem på annen måte. Lagmannretten fant at dette var en saksbehandlingsfeil som måtte lede til opphevelse av kjennelsen. Feilen var ikke påberopt, men om dette uttalte retten:

”Selv om feilen ikke eksplisitt er tatt opp av den kjærende part, skal retten i slike saker vurdere feilen av eget tiltak.”

Tingsretten ble så bedt om å la gutten komme til orde, enten gjennom samtale med dommer, eller gjennom referat fra samtale mellom gutten og en sakkyndig, før det ble fattet ny midlertidig avgjørelse⁸¹.

⁷⁶ LE-2004-55842

⁷⁷ Jf. Rt. 1999 / s. 1830

⁷⁸ jf. Rt. 2004 / s. 811

⁷⁹ LE-2004-37968; midlertidig avgjørelse.

⁸⁰ Rt. 1999 / s. 1183

⁸¹ Lagmannsrettens avgjørelse er i sin helhet gjengitt i vedlegg 4 da den er avklarende ift. spørsmålet om saksbehandlingsfeil.

Høyesterett har i en dom fra 1997⁸² slått fast at det er barnets alder på domstidspunktet som er avgjørende. Rettens sitat er gjengitt foran under punkt 3.2.2.

Blant mine avgjørelser var det to av barna over syv år som ikke ble hørt. I disse sakene ble feilen ikke påberopt. Dommene for de to barna, skiller seg ut på hver sin måte.

Det ene barnet, var ni år og hadde et søsken på seks år. Om beslutningen å ikke høre niåringen, ble det uttrykt⁸³:

”Saken var reist og avgjort av tingsretten før endringen av barneloven i 2003 var trådt i kraft. ... Det ble ikke fremsatt krav fra noen av partene om avhør av C. Han var således ikke hørt før saken skulle opp i lagmannsretten. Dette ble tatt opp av administrator under hovedforhandlingen, men ingen av partene ønsket saken utsatt for at det skulle kunne foretas avhør av ham.”

For det første hviler ikke niåringens rett på at foreldrene fremsetter krav om at han blir hørt. Retten er selvstendig og ubetinget. For det andre kan heller ikke saken anses tilstrekkelig opplyst, jf. tvml. §190 når han ikke har fått anledning til å uttale seg før det fattes avgjørelse. Hadde han derimot uttalt seg for tingsrett, og tidsforløp og situasjonen for øvrig tilsa at hans standpunkt ikke var endret, kunne lagmannsretten basert seg på disse uttalelsene, jf. ovenfornevnte avgjørelse fra høyesterett⁸⁴. Derneft skal altså retten også selv påse at medbestemmelsesretten er respektert før det avsies dom.

Det andre barnet står i ”headingen” til dommen referert som ”ca 7 år”⁸⁵ slik at det ikke lar seg klargjøre hvorvidt det rent faktisk ble begått saksbehandlingsfeil eller ikke. Det fremgår ikke av dommen om det ble vurdert å gi barnet anledning til å uttale seg. Det var rettsoppnevnt sakkyndig inne i saken under lagmannsrettens behandling. Denne tilrådte bosted hos far på bakgrunn av mors ustabilitet. Retten konkluderte imidlertid på tvers av den sakkyndiges tilråding, men modererte sitt standpunkt ved å appellere sterkt til mor om å forbedre samarbeidsviljen overfor far.

”Lagmannsrettens sakkyndige har i sin tilråding gitt uttrykk for at det hefter så stor usikkerhet ved morens helse at det ikke kan legges til grunn at hun vil være en stabil omsorgsperson for barnet.

⁸² Rt. 1997 /s. 797

⁸³ LE-2004-09751

⁸⁴ Gjelder Rt. 1999 / s. 1830

⁸⁵ LE-2004-13900

Den beste løsningen for C vil etter den sakkyndiges syn derfor være å bo fast sammen med sin far. ... Den viktigste forutsetningen for at lagmannsretten mener det beste for barnet er å bli boende hos sin mor, er imidlertid at det praktiseres en omfattende besøksordning mellom far og barn, og at dette skjer i en atmosfære av samarbeid og ikke strid mellom foreldrene.”

Denne avgjørelsen er ganske enestående blant mitt utvalg i å konkludere på tvers av de sakkyndiges tilrådinger. Tatt i betraktning de klare uttalelsene fra denne, synes jeg dommen virker noe urealistisk ved at den legger inn en slik forutsetning om samarbeidsklimaet. Det er stor forskjell på å fastsette tidspunkter for samvær og innstilling til samarbeid. Det siste kan ikke måles og resultatet kan i verste fall bli en ny sak dersom foreldrene er uenige om hvorvidt samarbeidet har bedret seg eller ikke. Det var også uttrykt tvil ved avgjørelsen. Uavhengig av om barnet var fylt syv år, eller nær opptil, kunne en samtale med henne bidratt til en avklaring av tvilen, jf. avgjørelsen sitert ovenfor hvor barnet akkurat var fylt syv år⁸⁶:

”Ikke desto mindre kan det etter lagmannsrettens syn neppe ses bort fra at hans ytringer vil kunne påvirke avgjørelsen, særlig i et tilfelle som dette hvor retten har uttrykt tvil.”

Som nevnt innledningsvis, kan ytterligere høring av barnet i enkelte tilfeller anses å ikke være til barnets beste⁸⁷. I denne saken var spørsmålet imidlertid om det var saksbehandlingsfeil når et barn ikke ble spurt om å uttale seg i en sak om endring av dom om omfanget av samværsrett. Det spesielle ved saken var at det ble krevd endring av samværsretten bare får dager etter at dommen om bosted var rettskraftig og det hadde ikke tidligere vært tvist om omfanget av samværsretten. Det kunne synes som om barnets rett ble benyttet av den voksne til å prøve saken nok en gang. Det ble vektlagt at barnet var i en lojalitetskonflikt og det var et sterkt motsetningsforhold mellom foreldrene. Ytterligere høringssamtale ble antatt å kunne utsette barnet for press. Retten uttrykte seg slik:

”Det er ingen tvil om at utgangspunktet etter så vel barnelova §31 som barnekonvensjonen artikkel 12 er at C skulle høyrast. Etter mitt syn står likevel ikkje dette synspunktet så sterkt der det er tale om endring av samværsordninga i ein ny dom, som det ville ha stått ved den opphavelige prøvinga.

⁸⁶ LE-2004-37968 – gjengitt i vedlegg 4

⁸⁷ Rt. 2004 / s. 811

Saka må også i alle tilfelle vurderast i lys av det grunnleggjande prinsippet om barnets beste, slik det er slått fast både i barnelova og i barnekonvensjonen.”

Dette ble også understreket i en avgjørelse vedrørende tvangsfullbyrdelse av høyesteretts kjæremålsutvalg⁸⁸. Lagmannsretten hadde ikke hørt den 12 år gamle jenta på tidspunktet for avgjørelsen. Hennes mening var imidlertid kommet klart til uttrykk for lagmannsretten med både begrunnelse og fasthet:

”Hensett til den dokumentasjon som forelå for lagmannsretten, kan utvalget ikke anse det som en saksbehandlingsfeil at spørsmålet om pikens mening ikke ble forelagt henne nok en gang.”

Etter min tolking anvendes reglene her til barnets beste. Den motsatte konklusjon ville lede til at jenta nok en gang måtte redegjøre for sine standpunkter med ytterligere forlengelse av konflikten. I tillegg kunne det tolkes som en indirekte aksept for at foreldre kan benytte barnas rett til å dra ut saken.

⁸⁸ HR-1995-00680k

5. Barnets beste - skjønnsmomentene

Avgjørelser om bosted, samvær og foreldreansvar, jf. bl. §56, skal rette seg etter det som er best for barnet. Som for saksbehandlingsreglene er barnekonvensjonens artikkel 3 nr. 1 relevant. Ordlyden i §48; ”..*best for barnet*” (min understreking) henspiller på at det er det enkelte barns interesser i den konkrete saken som danner rammen. I vurderingen frem mot den endelige løsningen, inngår barnets synspunkter. Reglene i bl. §31 blir da en retningslinje for skjønnnet⁸⁹, jf. også barnekonvensjonens artikkel 12. Reglene i §31 er for så vidt de eneste lovfestede anvisningene for vurderingen. De øvrige fremkommer av rettspraksis. Avgjørelsens individuelle preg innebærer at tidligere rettsavgjørelser har begrenset verdi som prejudikater. Likevel gir praksis en veiledning om de momenter det generelt er naturlig å trekke inn i vurderingen, samt den innbyrdes avveiningen av dem. Det avgjørende er likevel det som passer best for det barnet saken gjelder. Hvorvidt de gjentakende momentene og deres innbyrdes vekt bidrar til å binde det individuelle skjønnnet, er et interessant spørsmål, men vanskelig å undersøke ved å lese domsavgjørelsene. Hvilken status barnets uttalelser har i denne vurderingen, kan kanskje antyde noe om dette. Siktemålet med å vie skjønnsmomentene i vurderingen etter §48 såpass mye plass, er nettopp at avveiningene kan si noe om betydningen av barnets uttalelser i forhold til de øvrige momentene.

Formuleringen ”*Først og fremst*” etter det som er best for barnet, betyr at andre hensyn kan være relevante, men at barnet er den sentrale personen for avgjørelsen. Prinsipielt bør det bety at foreldrenes innsigelser i enkelte tilfelle må vike, men i praksis er det vanskeligere å se for seg. Barna skal vokse opp i den løsning som velges, slik at foreldrenes tilslutning vil være av stor betydning for om denne i praksis er til dette barnets beste. Dette er også i tråd med intensjonen bak de nye saksbehandlingsreglene.

Sentralt i vurderingen av hvilken løsning som er best for barnet, ligger den biologiske presumsjonen. Denne innebærer en antagelse om at det generelt er til barnets beste å ha

⁸⁹ Kirsten Sandberg, 2003

kontakt med begge sine biologiske foreldre. Presumsjonen veier svært tungt, noe flere av dommene understreker. I en av avgjørelsene⁹⁰ ble dette uttrykt slik:

”Barnets rett til kontakt med begge foreldre er vesentlig for barnet og er gitt sterk beskyttelse gjennom lovgivning og internasjonale konvensjoner. Det skal hefte sterke betenkeligheter ved slikt samvær før dette bør nektes. Det må i så fall finnes godtgjort med rimelig grad av sannsynlighet at samvær er uheldig for barnet.... .. barnekonvensjonen formulerer det dit hen at nektelsen må finnes nødvendig for barnets beste.”

For å kunne treffe en avgjørelse, avveies så de ulike momentene i sammenheng med barnets eventuelle ønsker. Vekten av de ulike momentene varierer med barnet og omstendighetene i saken for øvrig.

5.1 Risikoen ved miljøskifte

Det synes som om domstolene tar utgangspunkt i at miljøskifte er skadelig⁹¹. Momentet er gjentakende både i mitt utvalg av dommer og eldre avgjørelser. Formodningen må ses i sammenheng med status quo-prinsippet. Dette innebærer at den ordning som allerede er etablert med hensyn til bosted og samvær, generelt foretrekkes fremfor en endring i situasjonen. I praksis medfører det at dersom barnet trives der det bor og er tilknyttet et nettverk, skal det særlige grunner til for at det flyttes⁹². Det kreves konkrete omstendigheter som tilsier at barnet likevel vil være tjent med å flytte. Dette gjelder spesielt der hvor begge foreldre har like gode omsorgstilbud. I en av avgjørelsene⁹³ ble dette uttrykt slik:

”I en situasjon hvor barnet trives der det bor skal det særlige grunner til for å gjennomføre en flytting. ... Siden en flytting ikke vil innebære noen overvekt av fordeler for henne finner retten likevel at flytting ikke bør gjennomføres.”

En annen av dommene⁹⁴ uttrykte det samme:

⁹⁰ LB-2004-4976

⁹¹ Smith og Lødrup, s. 117

⁹² Smith og Lødrup, 2004

⁹³ LE-2004-11770

⁹⁴ LA-2004-14910

”.. avgjørende, er hensynet til ikke å forrykke de bestående forhold.”

Lagmannsretten anså begge foreldre vel skikket til å ta hånd om barnet, og det ble ikke påvist forskjeller av betydning i barnets følelsesmessige tilknytning til foreldrene. Hjemmene, boligmiljøene og skolemiljøene ble ansett likeverdige.

I tidligere nevnte endringssak for høyesterett⁹⁵ var barna både etablert og hadde klart ønske om å bo hos mor. For endring av denne situasjonen uttalte retten at det:

”..må være begrunnet med at meget tungtveiende hensyn likevel tilsier at det vil være best for barna å bo hos faren.”

En forsiktig tolking av dette kunne tilsi at når barnas ønsker kommer til hensynet til status quo, forsterkes kravene for endring til meget tungtveiende grunner.

5.2 Selvtekt

Dette momentet har blitt brukt som argument mot status quo. Det innebærer at barnet kan bli flyttet på tross av risikoen man antar foreligger ved miljøskifte. Det anses som et moment mot å opprettholde en tilstand at den er etablert ved rettsstridig adferd⁹⁶. Det motsatte ville ofte innebære en belønning av den av foreldrene som uhjemlet har tatt barna. Mitt utvalg av dommer viser imidlertid begge utfall. Hensynet til status quo er da sentralt, men også barnets mening er et viktig moment ved avgjørelsen. I enkelte tilfeller veier hensynet til status quo så tungt at det fører til at det aksepteres at den etablerte situasjonen er kommet i stand ved selvtekt. For foreldrene kan dette kanskje oppleves som om ”bordet fanger”. Den andre forelderens uenighet – alternativt barnets uenighet – må da kanskje være ekstra sterk for å slå igjennom mot hensynet til stabilitet?

Ettersom gjentatte flyttinger ikke antas å være til barns beste, må en ”tilbakeflytting” etter selvtekt fremstå som en klart bedre løsning enn den som er blitt etablert ved selvtekten. Altså på tross av at denne kom i stand ved at den ene av foreldrene har tatt seg til rette både overfor den andre og barnet. I en midlertidig avgjørelse⁹⁷ om bosted var dette tema⁹⁸;

⁹⁵ Rt. 1997/s. 797

⁹⁶ Kirsten Sandberg 2003 med referanse til Rt. 1997/43

⁹⁷ Midlertidige avgjørelser iht. bl. §60 skal også rette seg etter barnets beste.

”Selv om lagmannsretten er enig med tingsretten i at det kan reises spørsmål ved mors adgang til å flytte barna uten samtykke, og hennes fremgangsmåte ved flyttingen av barna, vurderes det uansett som svært uheldig for barna å åpne for den situasjon at de risikerer å måtte flytte en ekstra gang. ... Lagmannsretten ser at far kan oppleve dette som om mor belønnes for det som etter hans oppfatning er rettstridig og illojal opptreden fra mor. Bekymringen om merbelastning for barna ved flytting er imidlertid den samme for barna uavhengig av om mor hadde adgang til å flytte uten fars samtykke eller ikke.”

Avgjørelsen understreker at det er barnet som er den sentrale personen for avgjørelsen slik at hensynet til den andre av foreldrene kan måtte vike selv om det synes urimelig.

En annen type selvtekt er sabotering av samværsrett. I en av avgjørelsene⁹⁹ ble barnet flyttet fra mor til far mot sitt eget ønske trass i at dette innebar miljøforandring. Mor hadde i lang tid sabotert barnets samvær med far og ”hjernevasket” henne til å ha et negativt inntrykk av far. Om betydningen av mors selvtekt i forbindelse med avveiningen av alle momentene, uttalte retten:

”.. legges i denne forbindelse vesentlig vekt på at B tilnærmevis har ignorert samværsretten i lang tid til tross for at hun både har inngått rettsforlik og det foreligger rettslige avgjørelser som pålegger henne å etterkomme dette.”

Her vektlegges den biologiske presumsjonen fremfor hensynet til status quo. Det er nærliggende å anta at begrunnelsen er at det på sikt antas å være mer skadelig å vokse opp uten kontakt med faren enn å måtte skifte bosted. I tillegg veide dette hensynet tyngre enn hensynet til barnets mening. Jenta var ti år og hadde uttrykt sterk motvilje mot flytting. Om dette uttalte retten;

”.. ser lagmannsretten alvorlig på den påvirkning som C utvilsomt har vært utsatt for fra sin mor og som har medført at hun har fått en slik motvilje mot far som hun gir uttrykk for. Under slike omstendigheter finner lagmannsretten ikke å kunne tillegge barnets mening samme vekt som ellers.”

⁹⁸ LG-2004-65196

⁹⁹ LG-2003-16440

I ovennevnte endringssak for høyesterett¹⁰⁰ hadde far gjennom år hatt problemer i forbindelse med utøvelse av samværsretten. Dette hadde blant annet sin bakgrunn i morens sterke uvilje mot faren. Om betydningen av dette momentet uttalte retten generelt at:

”..en slik holdning fra den av foreldrene som har omsorgen for barna, viser en alvorlig svikt i forhold til det ansvar som vedkommende er pålagt. En slik svikt vil kunne lede til at omsorgen blir overført til den andre av foreldrene.”

Dette ble imidlertid ikke resultatet i denne dommen da barnas ønsker ble tillagt større vekt.

5.3 Hensynet til størst mulig samlet foreldrekontakt

Dette momentet innebærer at det tilstrebes en omsorgsløsning som ikke hindrer samvær. Til grunn for dette ligger også antagelsen om at det generelt er best for barnet å ha kontakt med begge foreldrene. Foreldrenes samarbeidsvillighet er sentralt i hensynet. Dersom det påvises at den ene av foreldrene hindrer den andre i samvær med barnet, mens den andre viser samarbeidsvillighet, viser rettspraksis at den samarbeidsvillige forelder foretrekkes. Dette vil gi barnet den beste kontakten med foreldrene totalt og vise respekt for barnets behov for dem begge. I mitt utvalg av avgjørelser fremgår det at hensynet har stor vekt, og det har medført at barnet har blitt flyttet fra der de var etablert.

I en avgjørelse om fast bosted¹⁰¹ la flertallet vesentlig vekt på at mor ikke hadde respektert samværsretten tilstrekkelig:

”Dette ... kan indikere at den samlede foreldrekontakt vil kunne lide under at barna bor fast hos mor, også ved at hun ikke synes å ha utvist like stor samarbeidsvillighet som B i forhold til samvær.”

I denne avgjørelsen innebar ikke valget av bosted noe miljøskifte for barna, ettersom de var like godt etablert begge steder. Disse barna var henholdsvis fire og fem år, og ingen av dem var hørt i forbindelse med saken. Det var heller ikke sakkyndige inne i saken.

¹⁰⁰ Rt. 1997 / s. 797

¹⁰¹ LF-2004-17311

Ser en uttalelsen i sammenheng med de foran nevnte avgjørelsene under punkt 5.2, kan de tolkes som om retten betrakter slik motvillighet hos foreldre som en frarøvelse av barnets egne meninger. Det kan også synes som om det ligger til grunn en formodning om at alle barn ønsker kontakt med begge foreldre. Alternativt at dette uansett barnets innstilling, anses som den ideelle løsningen. Ved at retten flytter barnet til den samarbeidsvillige forelder, kan en anta at det derigjennom skal signaliseres respekt for disse antagelsene. Videre kan det tyde på at barnets mening tillegges mindre vekt når denne ikke anses å være selvstendig, men farget av en motvillig forelder.

5.4 Barnets ønsker

Barnets synspunkter inngår altså i avveiningene frem mot en løsning. Er barnet fylt 12 år, skal det legges stor vekt på dets mening. Er barnet under 12 år, vil vektleggingen bero på en vurdering hvor det tas hensyn til hvor gammelt barnet er, hvordan det reflekterer over spørsmålet, og hvilken type avgjørelse det dreier seg om. I rettspraksis har forhold som om barnet eksempelvis i ord og handling sterkt har gitt uttrykk for sitt ønske, hvilken begrunnelse det oppgir, samt press eller lojalitetskonflikter betydning for vekten. Til sist avveies alle de relevante momentene mot hverandre.

Om vurderingstemaet og vektleggingen av barnets ønsker i denne, ble det i en av dommene¹⁰² referert til Ot.prp. nr. 29, kapittel 10.5:

”Barnets mening vil som regel fortsatt måtte være ett av flere momenter som skal tas med i en helhetlig vurdering, og det kan være andre forhold som må tillegges større vekt.”

En slik referanse er såpass generell at den ikke uttrykker annet enn at det er rettens mandat å foreta de endelige avveiningene.

Dette barnet var ti år. I den konkrete avveiningen uttalte lagmannsretten at barnets ønske ikke kunne tillegges avgjørende betydning på grunn av den usikkerhet en flytting ville innebære for henne. Hensynet til status quo veide her altså tyngre enn barnets ønsker trass i at hun var ti år.

¹⁰² LF-2004-15503

I en annen avgjørelse¹⁰³ var barnet snart åtte år og begge foreldre kunne tilby omtrent like gode oppvekstkår. Det ble imidlertid antatt at far ville tilby en mer stabil og trygg tilværelse enn mor som hadde hatt planer om flytting. Barnet ønsket bosted hos mor. Under avveiningen av momentene ble dette uttalt om barnets mening i forhold til de øvrige momentene:

”.. to forhold lagmannretten finner grunn til å trekke frem, bytte av skole og barnets eget ønske. .. Hvorvidt yngre barns mening skal vektlegges vil måtte avhenge bl.a. av hvor begrunnet barnets oppfatning synes å være. Ut fra den sakkyndiges vurdering av hvordan barnet var kommet frem til sin oppfatning og den begrunnelse hun ga for denne, finner lagmannsretten at hennes uttalelse må tillegges vekt. Ved avveiningen (skifte av skole og barnets eget ønske) .. sistnevnte forhold bør være avgjørende.”

I en annen av dommene¹⁰⁴ var det spørsmål om bosted for to barn på henholdsvis fire og et halvt og ni år. Foreldrene ble ansett å kunne tilby barna likeverdige oppvekstforhold. I forbindelse med vektleggingen av niåringens uttalelser ble følgende uttalt om lojalitetskonflikt som kontekst for barnets uttalelser:

”... har hun meget sterkt gitt uttrykk for at hun ikke ønsker at noen av foreldrene skal bli såret, og at dagens ordning bør fortsette.. . . C blir stilt overfor et for henne svært vanskelig, for ikke å si umulig valg. Lagmannsretten finner i denne situasjonen ikke å kunne legge vekt på hennes uttalelser.”

Ved sin uttalelse kan en si at retten fritok barnet fra ”ansvaret” ved å være den som kunne avgjøre spørsmålet. Kanskje kunne en meklingsprosess i tråd med de nye saksbehandlingsreglene bidratt til en løsning mer i tråd med hennes behov?

Ingen av de 18 barna under syv år i mitt utvalg ble hørt i forbindelse med saken. For aldersgruppen syv – 12 år var det totalt 15 barn. Av disse ble 13 ble hørt i forbindelse med saken. Det var høy grad av overensstemmelse mellom barnets uttrykte ønsker og dommen. For syv av barna lød dommen i overensstemmelse med deres ønske. Fire av barna fikk dom imot sine klare ønsker. Ett av barna i denne aldersgruppen ble altså ikke

¹⁰³ LA-2004-11616

¹⁰⁴ LH-2004-39883

hørt, mens de resterende tre ikke hadde noe klart ønske. Gjennomgående synes barnets ønsker å tillegges størst vekt dersom de to foreldrene anses likeverdige i å tilby barnet god omsorg.

For de avgjørelsene som viser at barnets mening ikke ble utslagsgivende, var det andre momenter i barnets beste – vurderingen som talte for en løsning på tvers av barnets uttrykte ønsker, jf. nedenfor.

5.5 Foreldrenes personlige egenskaper

Momentet er relevant i de saker hvor dette kommer fram som evne til å yte stabilitet og følelsesmessig kontakt til barnet. Avveiningene som foretas i denne forbindelse, skaper vanskelige problemstillinger spesielt i samværsaker. Barns og samværforelders interesser kan da bli motstridende. Både barnet og den av foreldrene barnet ikke bor sammen med, har rett til samvær, jf. §§42 og 43. Av dette kan det imidlertid ikke utledes at barnet har rett til ikke å ha samvær, det vil si å nekte samvær i de situasjoner hvor det ikke er i dets interesse å gjennomføre samvær. Det er nettopp disse situasjonene som skaper problemer: barnet nekter samvær og samværforelder krever sin samværsrett. Høyesterett har i flere avgjørelser uttalt at det skal ganske tungtveiende grunner til for å nekte samvær mellom foreldre og barn¹⁰⁵. Følgende uttalelse fra høyesterett¹⁰⁶ ble sitert i en av avgjørelsene¹⁰⁷:

”Dersom samvær helt skal nektes en far eller mor på grunn av vedkommendes personlige egenskaper, må det normalt dreie seg om negative egenskaper utover normal variasjonsbredde.”

Igjen synes formodningen om at kontakt med begge foreldre er til barns beste, å ligge til grunn. Dette synes også å gjelde hvor det er tale om dårlige foreldreegenskaper. I sist nevnte lagmannsrettsdom uttrykkes dette eksplisitt ved en henvisning til en av høyesteretts dommer juni 2004¹⁰⁸.

”Det kan imidlertid være grunn til å fremheve at de strenge krav som gjelder for å kunne nekte foreldre samvær, nettopp har sammenheng med at det normalt anses å være til barnets beste –

¹⁰⁵ Eksempelvis Rt.1987/598 og Rt. 1995/946

¹⁰⁶ Rt.1989/148 på side 152-153

¹⁰⁷ LB-2003-11758, og i LB-2004-4976

¹⁰⁸ HR-2004-01112-A. Dommen gjaldt besøksrett etter omsorgsovertakelse.

særlig i en mer langsiktig vurdering – å ha samvær med sine biologiske foreldre også etter en omsorgsovertakelse.”

En samværforelder som ikke ønsker samvær med barnet sitt, kan likevel ikke tvinges til å gjennomføre dette gjennom en rettslig avgjørelse. Motsatt kan imidlertid barnet presses ganske langt i å gjennomføre samvær det ikke ønsker. Dette vises ved at det i enkelte avgjørelser stilles spørsmålstegn ved barnets meninger eller grunnlaget for disse. Uansett de reelle forhold, vil barnas oppfatning være deres virkelighet. En kan undre seg over hvor ”barnevennlig” dette utgangspunktet er. Fra barnets ståsted er det ofte i slike situasjoner retten etter §31 får stor betydning.

I mitt utvalg av avgjørelser kan det synes som om barnets motvilje tillegges vekt dersom det dokumenteres omsorgssvikt eller psykiske problemer hos den ene av foreldrene, ”hjernevasking” eller sabotasje av samværsretten fra bostedsforelders side. I motsatt fall, tillegges barnets motvilje mindre vekt. I praksis veier da samværforeldres rett tyngre enn barnets meninger. Likevel viser enkelte av avgjørelsene at sterk motvilje – som uttrykkes med både ord og adferd – hvor barnet risikerer å lide psykisk overlast, kan føre til at barnets mening tillegges avgjørende vekt.

I dommen referert foran under punkt 5.5.¹⁰⁹, var barnet på ti år helt avvisende til samvær. Alderen, samt de negative konsekvensene det ble antatt å få for barnet dersom samvær likevel skulle gjennomføres, ble avgjørende for konklusjonen som lød på at det ikke skulle være samvær. I flere andre avgjørelser ble imidlertid resultatet det motsatte. I en av avgjørelsene¹¹⁰ bestemte lagmannsretten at den ti år gamle jenta fortsatt skulle bo fast hos sin far. Hennes ønske om å flytte til mor ble ikke tillagt avgjørende vekt da det var usikkerhet omkring morens omsorgsevne på det psykiske plan. Forhold som kjønn; betydningen av moren for datterens egen identifikasjonsprosess, ble kun kort nevnt. I forannevnte avgjørelse¹¹¹ under punkt 5.2 gjaldt spørsmålet bosted. Tiåringen fikk dom mot sitt ønske. Følgende ble uttalt om avveiningen i forhold til hennes meninger:

”Den motvilje C gir uttrykk for overfor faren og som fremkom i samtalen retten hadde med henne, finnes ikke basert på reelle forhold, men oppfattes hovedsak å ha sammenheng med den påvirkning hun har vært utsatt for fra sin mor. ... ser lagmannsretten alvorlig på den påvirkning som C

¹⁰⁹ LB-2003-11758

¹¹⁰ LF-2004-15503 også referert til under punkt 5.4

¹¹¹ LG-2003-16440

utvilsomt har vært utsatt for fra sin mor og som har medført at hun har fått en slik motvilje mot far som hun gir uttrykk for. Under slike omstendigheter finner lagmannsretten ikke å kunne tillegge barnets mening samme vekt som ellers.”

I Smith og Lødrups siste utgave av ”Barn og foreldre” fremgår det at viktigste årsak til at samværsrett nektes, er personlige forhold hos den som krever samværsrett. Dette fremgår også av mitt utvalg. Ved kravet om at samværet må være uheldig for barnet, oppstår vanskelige dilemma. Hvor mye ubehag eller tvang må barnet oppleve før det resulterer i innskrenking, vilkår eller samværsnekt? I de avgjørelsene hvor barnets negative innstilling ble tatt til følge, var det tale om sterke uttrykk fra barnet. Spørsmålet er hvordan situasjonen er for de barna som ikke uttrykker seg like sterkt eller ikke tør av frykt for konsekvenser. Likeså for de barna som motsetter seg samvær uten at det finnes noen negative egenskaper ved samværforelder som tilsier innskrenking i samværsretten.

5.5.1 Vold

Hvor vold eller trusler inngår i bildet av samværforelders personlige egenskaper, oppstår spesielle problemstillinger. Det kan være konkrete tilfeller, eller mistanke om overgrep eller vold. I dette inngår også at barnet er vitne til vold mot andre i husstanden.

Trusler oppleves oftest like sterkt som reelle voldsepisoder. Barnets redsel kan uansett oppleves reell uavhengig av hvorvidt den er berettiget eller ikke. Det spesielle ved disse sakene, er at det raskt oppstår spørsmål om bevis. For barnet er det vanskelig å bevise og få gehør for sin redsel uten å kunne vise til konkrete tilfeller. I lys av barnas relasjon til sine foreldre, holder de ofte slike opplevelser skjult. Spesielt dersom foreldrene allerede er i konflikt, vil barnet lett kunne oppleve at det å ta opp temaet, kan bidra til å forsterke konflikten ytterligere. I tillegg kan barnets indre lojalitetskonflikt forsterkes.

I sivile saker – i motsetning til i straffesaker – skal det alternativ som fremstår som mest sannsynlig legges til grunn. At barnet ”mest sannsynlig” ikke er vitne til eller utsettes for vold, kan imidlertid innebære en relativt høy risiko for at det faktisk gjør det. Neste spørsmål blir da om frykten for å ta stilling til samværforelders eventuelle straffbare forhold, medfører at barnets uttalelser får mindre vekt eller mindre reell innflytelse enn tilsiktet? Sagt på en annen måte; tillegges barnets meninger like stor vekt i slike saker som i saker hvor denne risikoen ikke er tilstede?

En undersøkelse av barnefordelingssaker for lagmannsrett i perioden 1998 til 2000¹¹² viser at mistanke og bekymring for vold og seksuelle overgrep har liten betydning når retten skal bestemme hvem som skal være sammen med barna¹¹³. Innebærer dette at ivaretagelsen av den voksnes samværsrett prioriteres fremfor hensynet til barnet inntil det kan påvises konkret? Hvilken risiko løper barnet da inntil det er tilstrekkelig sannsynliggjort til å berettigede samværsnekt? Jeg vil hevde at dette stiller urimelige krav til barna gitt den situasjonen de er i.

For den bostedsforelder som ønsker å beskytte sitt barn mot slik risiko, oppstår et vanskelig dilemma: På den ene siden risikoen for å bli betraktet som illojal og ikke samarbeidsvillig i forhold til gjennomføringen av samværsretten. På den andre siden risikoen for å ikke gi sitt barn nødvendig omsorg og beskyttelse mot omsorgssvikt eller overgrep.

Retten til å beskytte seg mot vold på samvær er en grunnleggende menneskerettighet¹¹⁴. Barneombudet har også stilt spørsmålet om konsekvensen av dagens ordning er at barnets beskyttelse blir knyttet til straffeforfølgelsen av overgriper?¹¹⁵ I tråd med dette har ombudet foreslått¹¹⁶ at lovverket gir barn over 12 år muligheten til å avslutte et samvær dersom de utsettes for vold på samværet, uavhengig av om de ønsker å uttale seg om saken¹¹⁷. En slik løsning ville innebære at vi i større grad tok hensyn til barnas selvstendige vurderinger og opplevelser, enn det rettspraksis viser om gjeldende rett.

Motsatsen til å beskytte barnet mot slik risiko, er de tilfeller hvor anklage om overgrep eller vold fremsettes av den ene av foreldrene uten grunn. Konsekvensen i slike situasjoner er at barnet berøves en av foreldrene og det kan skapes en uberettiget avvisning og fremmedgjøring mot denne hos barnet på grunn av holdningen til den forelder som fremsetter mistanken. Ikke sjelden resulterer slike problemstillinger i at det bestemmes at det skal være samvær; i begrenset omfang, med opptrapping, eller tilsyn.

¹¹² Samfunnsforsker Kristin Skjørtens studie

¹¹³ Hennes konklusjon var at domstolene må øke sin kompetanse om vold.

¹¹⁴ Barnekonvensjonens artikkel 19

¹¹⁵ Barneombudets høringsuttalelse til NOU 2003:31, Retten til et liv uten vold

¹¹⁶ ”Tiltak for å beskytte barn mot overgrep. Forslag om endringer i barneloven m.v.” Utvalget har som mandat å vurdere hvilke beviskrav som skal legges til grunn i barnefordelingssaker når det fremkommer påstander om overgrep mot barnet eller personer i barnets nære omgivelser.

¹¹⁷ Ovenfornevnte høringsnotat s. 10 - 11

5.6 Hensynet til ikke å dele en søskenflokk

Mange barn opplever at båndene til søsken får sterkere betydning når foreldrene går fra hverandre. Om de ikke uttrykker dette i forbindelse med barnefordelingssak, er det likevel et moment når det skal treffes en avgjørelse.

I en sak om endring av tidligere inngått rettsforlik om bosted og samvær¹¹⁸, uttalte høyesterett¹¹⁹ følgende om betydningen av søskenforholdet i den aktuelle saken:

I og med at de to søstre er nært knyttet til hverandre, vil det ikke være noen aktuell løsning å skille dem. Dermed får Cs standpunkt indirekte også betydning for D.”

Det eldste barnet var 12 ½ år på domstidspunktet og den yngste var ti år.

En annen avgjørelse av høyesterett tillar også søskenforholdet betydelig vekt ved avgjørelsen¹²⁰. Felles for begge avgjørelsene var imidlertid at omsorgsbasene ble betraktet som likeverdige og at det ikke var andre vektige hensyn som tilsa en løsning fremfor en annen.

5.7 Nettverk og materielle forhold

Hvorvidt det er slekt i nærheten, lekekamerater, barnehage, barnets tilknytning til eksempelvis fritidsinteresser, samt generelle oppvekstkår for barn i gjeldende alder, er også relevante argumenter. Disse vurderes ofte i sammenheng med den følelsesmessige tilknytningen til foreldrene. Vekten avhenger blant annet av barnets alder. Er barnet lite, fremheves ofte følelsesmessig tilknytning fremfor slike materielle forhold. Er barnet eldre, er hensyn som tilhørighet til nettverk, dets egne meninger, samt hensynet til status quo, momenter som konkurrerer med dette momentet.

Stabile forhold i hjemmet er imidlertid relevant på en annen måte enn de materielle forhold. Stabiliteten kan omhandle boforhold, men også arbeids- og samboforhold og lignende kan være relevante for barnets emosjonelle oppvekstkår. Blant mine avgjørelser ble slike momenter regelmessig nevnt, men ikke tillagt avgjørende betydning.

¹¹⁸ Dagjeldende bl. §39,2.ledd. Nå-gjeldende §64, 2. ledd. Det kreves ”særskilte grunner”.

¹¹⁹ Rt. 1997/797

¹²⁰ Rt. 1990 / s. 198

5.8 Øvrige momenter

I teorien refereres en del andre momenter som kan være relevante avhengig av hvordan saken ellers står. Aldersforskjell mellom foreldre kan eksempelvis tenkes relevant dersom alderen spiller inn i forhold til oppfølging av barna. Ingen av dommene i mitt utvalg refererte imidlertid til dette.

Barnets kjønn nevnes videre i teorien som et relevant moment. Kun en av avgjørelsene uttalte seg som nevnt foran om dette uten at det ble tillagt særlig vekt ved avveiningene.

6. Vilkår og forholdsmessighet

Lovens klare utgangspunkt er at samvær skjer uten vilkår. Barneloven §43, 3. ledd, hjemler imidlertid vilkår for gjennomføring av samværsretten. Regelen kom inn i barneloven i 1997¹²¹, og gjelder først og fremst vilkår om tilsyn. Vilkår om opptrapping av samvær, er heller ikke uvanlig.

Tilsyn innebærer i praksis at en annen person er tilstede sammen med samværberettigede og barnet under gjennomføringen av samværet. Rettspraksis viser at vilkår vanligvis benyttes dersom samværforelders personlige egenskaper tilsier at denne ikke er alene sammen med barnet, eller at barn eller bostedsforelder av denne eller andre årsaker har en utrygghet knyttet til samværene. Vilkår om tilsyn har også blitt benyttet dersom det ikke tidligere har vært opprettet kontakt mellom samværforelder og barn, og barnet derved trenger en trygghet i ”tilvenningsperioden” inntil en god relasjon er opprettet.

I forarbeidene ble det bemerket at retten bør vurdere hvorvidt det er mulig å finne en villig tilsynsperson før vilkår om tilsyn fastsettes. Retten har nemlig ikke myndighet til å pålegge eksempelvis barneverntjenesten å skaffe slik tilsynsperson¹²².

Vanligvis går vilkåret ut på at tilsynspersonen skal oppnevnes av en av foreldrene.

Rettsvirkningen av vilkåret vil da bli at samværet skal gjennomføres med tilsynspersonen tilstede, i motsatt fall, at det ikke kan gjennomføres.

6.2 Grunnlaget for å kunne stille vilkår

Problemstillingen aktualiseres når barnet eksempelvis viser en motvilje mot samvær som representerer en faktisk hindring for å få gjennomført dette. Barnet kan ha et ønske, men samtidig en redsel for samvær med en forelder av ulike årsaker. Barnets uttalelser og interesser må da avveies mot samværforelders rett.

¹²¹ Sandberg, 2003

¹²² Ot.prp. nr. 56 (1996-1997), jfr. Rt. 1998 / s. 749: ”Domstolene har ingen kompetanse til å pålegge forvaltningsorganer eller andre nøytrale instanser eller personer noen plikt til å foreta oppnevning av egnet tilsynsperson, og langt mindre noen adgang til å pålegge en bestemt person å fungere som tilsynsperson.”

Det forekommer også at det er bostedsforelder som betviler barnets sikkerhet under samvær, og derfor krever tilsyn. I begge situasjonene gjennomføres ofte sakkyndigsamtaler med både barn og samværberettigede for å vurdere hvorvidt det er reell grunn til å frykte for barnets sikkerhet. I enkelte tilfeller gjennomføres ”prøvesamvær” under tilsyn av sakkyndig for å vurdere samspill. Uansett bakgrunn for påberopelse av vilkår, er gjennomgående relasjonen mellom samværforelder og barn dårlig. Samarbeidsrelasjonen mellom foreldrene var også uten unntak dårlig i alle sakene. I tillegg til å sikre barnet, kan da tilsyn bidra til en gjenopprettelse av bedre relasjoner som på sikt kan gi grunnlag for positivt samvær. En av avgjørelsene uttrykte dette slik¹²³:

”Tilsyn av tredjeperson bør gjelde alle samvær under overgangsordningen, for at barnet kan føle seg trygt, herunder ha noen å støtte seg til, under samvær i den første tiden. Tilsyn bør ikke gjelde samvær under fast ordning deretter, når barnet etter en skånsom tilvenning antas å føle seg trygg på faren, slik at samvær bør skje ubundet på vanlig måte.”

Å stille vilkår ved samvær står i sterk kontrast til presumsjonen om at det er til barnets beste å ha kontakt med begge sine foreldre. Alle avgjørelsene uttrykker styrken i den biologiske presumsjonen implisitt eller eksplisitt ved avveiningen av hvorvidt det er berettiget å stille vilkår. En av dommene¹²⁴ uttaler seg slik om grunnlaget for å kunne stille vilkår om tilsyn:

”Å sette vilkår om tilsyn er et vesentlig inngrep i samværsretten og forutsetter konkrete og tungtveiende grunner. As rett til samvær uten vilkår må veies opp mot ivaretagelsen av Cs sikkerhet – Cs beste.”

Dette er i tråd med det alminnelige proporsjonalitetsprinsipp i forvaltningsretten. Vilkåret må stå i forhold til målet som ønskes oppnådd, her gjennomføring av samværet.

Våre internasjonale forpliktelser stiller også krav til forholdsmessighet mellom de grunner som tilsier vilkår og det vilkår som settes. I en av avgjørelsene¹²⁵ ble dette uttrykt slik:

¹²³ LH-2004-12511

¹²⁴ Jf. LA-2004-08190

¹²⁵ LB-2004-4976

”Praktisering av disse bestemmelser må ses i lys av konvensjoner og protokoller nevnt i menneskerettsloven §2, særlig artikkel 9 nr. 1 i FNs barnekonvensjon, som gjør retten til adskillelse av barnet fra en forelder betinget av at dette er nødvendig for ivaretagelse av barnets beste.”

Avgjørelsene synliggjør at styrken i den biologiske presumsjonen nesten kan synes urimelig i enkelte situasjoner. Det argumenteres ikke like sterkt for barnets rett til å unndra seg samvær. Rent juridisk har det heller ikke slik lovfestet rett. Barnelovens. §42, 2. ledd gir imidlertid barnet rett til omsorg og omtanke fra den som er sammen med barnet. Konsekvensen burde kanskje være at barnet gis rett til å ikke gjennomføre samvær som ikke gir tilstrekkelig omsorg og omtanke, og at slik rett veide like tungt som samværforelders rett. Det er vanskelig å forstå at barn må gjennomføre samvær som innebærer risiko for dets psykiske helse. Foreldreansvaret i §30 innebærer da også et ansvar for at dette ikke skjer. Foreldre som gjennom sine handlinger under samvær utsetter barnet for fysisk eller psykisk fare eller skade, forsømmer derfor sitt ansvar. Likeledes bostedsforeldre som sender barna til samvær som innebærer slik risiko. Fra barnets ståsted er det rimelig at dette burde få konsekvenser for samværsretten. På den andre siden har barn behov for kontakt med begge sine foreldre i utviklingen av sin egen identitet. Tilsyn under samvær kan da lette en situasjon som barnet opplever ubehagelig eller utrygg. Forutsetningen burde være at de situasjoner som faktisk innebærer risiko for barnet, er luket ut. Slik er det dessverre ikke i praksis. Fra barnets perspektiv kan det da argumenteres med at vilkåret ikke står i forhold til formålet. Når formålet for barnet er trygt og positivt samvær, vil vilkår som ikke bidrar til dette, være uforholdsmessig.

Hvis en holder fast i presumsjonen om at samvær normalt vil være positivt i seg selv, vil forventningen om at innskrenket samvær med tiden skal utvides opp mot ”ordinært” samvær, og at samvær med tilsyn med tiden skal foregå uten tilsyn, alltid være tilstede. Styrken i disse forventningene synes imidlertid å variere en del med hvilket grunnlag vilkåret hviler på. Likeså må vilkåret stå i forhold til grunnlaget og eventuell forventet ”progresjon” i samværene. Her kan forholdsmessigheten slå forskjellig ut for henholdsvis barn og samværforelder. Fra den voksnes ståsted kan målet om samvær uten tilsyn berettige en kortere periode med samvær under tilsyn enn det barnet kjenner seg vel med.

Enkelte ganger forventes ikke slik progresjon opp mot ordinært samvær.

En av sakene belyser dette. Moren hadde betydelige psykiske problemer som påvirket barnet negativt under samvær. Normalt samvær var derfor uaktuelt for tiden uten at det ble tatt stilling til fremtidsperspektivet. Retten uttalte seg slik om begrunnelsen for at det likevel skulle være samvær, dog med tilsyn:

”Når det likevel er viktig med et visst samvær, er det først og fremst for at C skal gis anledning til å opprettholde og utvikle et realistisk bilde av moren sin. Men det tilsier et langt mindre samværsomfang enn normalt.”

6.2 Avveiningene

Avveiningene vil som det fremgår i hovedsak dreie seg om på den ene siden barnets behov for trygghet og beskyttelse, og på den andre siden forelderens rett til samvær. De konkrete momentene vil variere med bakgrunnen for at det påberopes vilkår.

I en av avgjørelsene hvor problemstillingen var oppe hevdet bostedsforelder at seksåringen hadde opplyst at hun hadde vært utsatt for slag fra samværforelder. Om kravet til konkrete og tungtveiende grunner for å stille vilkår, uttalte retten:

”Lagmannsretten legger .. til grunn at det har vært samspillsvansker mellom A og C, og at A ved enkeltanledninger kan ha beveget seg på grensen av det forsvarlige under grensesettingen av datteren. Lagmannsretten finner imidlertid ikke å kunne legge til grunn at A har utøvet fysisk vold mot C, og viser til at denne opplysningen ... fremkom som svar på direkte spørsmål til barnet fra fars ektefelle.”

Dette stiller relativt strenge krav til barnet. Legger lovgivningen opp til at det er barnet som må bevise at slike situasjoner finner sted?

Avhengig av om en lar barnets beste eller barnets sikkerhet være styrende, kan en oppnå ulike resultat. Det kan tenkes at barnets sikkerhet ivaretas, men at løsningen likevel ikke er til barnets beste dersom det opplever trusselen eller risikoen som så skremmende at det påvirker dets psykiske helse negativt.

I de sakene hvor det benyttes sakkyndig, overlates bevisene for negativ innvirkning på barnet i større grad til dennes utredning. En av sakene omhandlet et barn på fem år hvor både bosted og vilkår for samvær i stor grad hvilte på den sakkyndiges undersøkelser og

vurderinger¹²⁶. Samværforelders egenskaper tilsa etter dette innskrenket samvær i en periode før opptrapping til vanlig samvær. Mistanker om tidligere seksuelle overgrep mot andre, ble det ikke funnet grunnlag for. Likevel uttalte retten seg slik:

”Selv om retten .. ikke har tilstrekkelig grunnlag for å kunne si at det har skjedd seksuelle overgrep fra A mot en yngre søster .., foreligger det tilstrekkelig grunnlag for å kunne gi uttrykk for rettens bekymring for hvorledes A i dag er i stand til å utøve samværsretten med C dersom samværet varer ut over vanlig dagsamvær. .. Til tross for disse betenkeligheter har retten kommet til at det er riktig å fastsette en samværsordning med opptrapping..”

Dette gir barnet en form for midlertidig beskyttelse. På den annen side kan det bety en utsettelse av problemet. Hva skjer dersom samværforelder ikke endrer på de forhold som var grunnlag for vilkåret? Må det gjennomføres en ny sak? Når dette barnet blir syv år, har det rett til å bli hørt, spørsmålet da blir om dette vil lette eller vanskeliggjøre situasjonen for barnet.

For å oppnå den ønskede utvikling under slikt opptrappingsamvær, vil det kreves mye innsats også fra bostedsforelder. Denne må oppmuntre og støtte barnet, samt vise seg lojal overfor samværsretten. Flere av sakene viser at dette kan være vanskelig. Bostedsforelder kan ha problemer med å slippe barnet til en situasjon som fortsatt oppleves utrygg, eller kan la personlige antipatier skinne igjennom. Dette vil naturlig nok påvirke barnets holdning, hvilket gjør det vanskelig for samværforelder å vise til endringer.

En annen av avgjørelsene belyser dette¹²⁷. Det hadde tidligere vært stans i samvær, med påfølgende samvær under tilsyn. Barnet var nå syv år og uttalte seg fortsatt negativt til samvær. Etter sakkyndiges utredning, konstaterte retten at far ikke hadde negative personlige egenskaper som gjorde samvær betenkelig. Retten uttalte seg slik:

”Lagmannsretten legger til grunn at C i dag vegrer seg for å besøke faren. Spørsmålet er hva dette skyldes. .. legger til grunn at dersom C selv har opplevd noe negativt under samvær med faren, må dette ha skjedd før juni 2000.”

¹²⁶ LA-2004-30626

¹²⁷ LA-2004-07963

Både morens og eldre søskens antipatier mot faren ble oppfattet som sentrale for syvåringens vegring. Dette ble tillagt stor vekt ved avgjørelsen som lød på at det skulle være samvær, dog med en forutgående opptrapping:

”Objektivt sett er det ikke holdepunkter for at dette ikke vil være til barnets beste. Problemet er i hvilken grad Cs holdning til faren og mulig samvær har ”låst seg”. Det som her er problemet, er .. å få mor med på at samvær er det beste for datteren.”

For barnet kan dette synes som en uløselig situasjon. Det vil være vanskelig for henne både å glede seg over samvær, og å utvikle sin egen oppfatning av relasjonen til far, når både mor og søsken i hennes daglige bosted er så negativt innstilt. I denne situasjonen kan en kanskje si at vilkåret sto i forhold til formålet for barnet. Fra farens ståsted derimot, kunne det synes uberettiget. På den andre siden representerer barnets vegring også en faktisk hindring for han, selv om det ikke ble påvist negative egenskaper som skulle tilsi slik vegring.

Gjennomgangstema for alle avgjørelsene hvor det ble stilt vilkår om tilsyn, eventuelt med opptrappingsamvær, var at det på sikt skulle gjennomføres vanlig samvær.

En av avgjørelsene¹²⁸ som uttrykte dette veldig klart, oppsummerte samtidig de grunner som syntes å gå igjen i alle avgjørelsene som bakgrunn for vilkår. Barnet var ti år og hadde i samtale med sakkyndig uttalt at hun både ønsket samvær med far, men ville at det skulle skje sammen med noen hun stolte på:

”Overgangsordning anses best for barnet for å hindre at barnet utsettes for noen urimelig risiko eller uheldig belastning ved samvær med sin far. Dette begrunnes særlig i farens begrensede kontakt med barnet i årene etter samlivsbruddet, barnets uttalte engstelse og utrygghet for samvær og vekslende holdning til samvær, partenes samarbeidsproblem vedrørende samvær, og morens engstelse for fortidige og fremtidige seksuelle overgrep fra barnefaren mot datteren.”

¹²⁸ LH-2004-12511 også nevnt under punkt 6.2

7. Samværsnekt og bevis

Som det fremgår av kapitlet foran, står utgangspunkt om samvær svært sterkt, jf. bl. §§42 og 43. Betydningen av barnets kontakt med sitt biologiske opphav innebærer derfor at det skal mye til før samvær nektes helt. Høyesterett har i flere avgjørelser¹²⁹ uttrykt at det skal tungtveiende grunner til for å nekte dette.

7.1 Ulike grunnlag for samværsnekt

Regelen i §43 inneholder imidlertid en reservasjon som åpner for å nekte samvær: ”..om ikke anna er avtala eller fastsett..”. Det siste alternativet – fastsatt – er det relevante i denne forbindelsen. Dette betyr at rettspraksis kan gi veiledning på hvilke grunnlag som aksepteres for samværsnekt. Allerede i 1976¹³⁰ uttalte høyesterett at:

”Skal faren nektes samværsrett, må det altså foreligge en rimelig grad av sannsynlighet for at samværet kan ha uheldige følger for barnet.”

Neste spørsmål blir da hvem som må sannsynliggjøre dette. I praksis innebærer dette ofte at barnet og/eller bostedsforelder må redegjøre for at samvær faktisk er uheldig for barnet. For å sannsynliggjøre slike uheldige konsekvenser, gjennomføres regelmessig en sakkyndig utredning av samværforelders egenskaper, en utredning av forhold ved barnet, og eventuelt en vurdering av samspillet dem imellom. Deretter foretas avveiningene av henholdsvis barnets interesser og den samværberettigedes rett. Bostedsforelders innstilling er også sentral.

Viktigste årsak til at samværsnekt aksepteres, har vist seg å være personlige forhold hos den som krever samværsrett¹³¹. Det fremgår blant annet av høyesteretts avgjørelse¹³² som

¹²⁹ Rt. 1996/ 888, Rt. 1987/598 (på s. 606), Rt. 1995/946 (på s. 949)

¹³⁰ Rt. 1976 / s. 1497

¹³¹ Smith og Lødrup, 2004

¹³² Rt. 1995 / s. 946

henviser til en tidligere avgjørelser¹³³ om at det må dreie seg om ”negative egenskaper utover normal variasjonsbredde”.

Vold mot mor¹³⁴ ble i en av avgjørelsene fra mitt utvalg akseptert som en slik egenskap. Dette barnet var kun ett og et halvt år og det hadde ikke vært kontakt mellom far og barn siden dette var fem uker gammelt. Avgjørende for dommen hvor far ble nektet samvær, var at han var dømt for vold mot mor. Uavhengig av risiko for barnet, vil belastningen for mor ved å utlevere barnet til samvær i en slik situasjon, antagelig indirekte påvirke barnets situasjon.

Rusproblemer og kriminalitet er også eksempler som har blitt godtatt i rettspraksis. Dette var avgjørende i en av avgjørelsene¹³⁵ hvor far på dette grunnlag ikke fikk samvær med sitt tre år gamle barn.

Andre grunnlag som har ført frem i rettspraksis er eksempelvis at samvær ville virke svært opprivende for barnet. I forhold til de to foregående momentene, stiller dette større krav til barnet i å fremvise hvilke konsekvenser opprivende samvær får for det. I de siste to avgjørelsene fra mitt utvalg var dette hensynet tillagt så stor vekt at dommen lød på at det ikke skulle være samvær¹³⁶. Sakene gjaldt barn på henholdsvis syv og ti år hvor begge viste vegring mot samvær av en slik art og styrke at det ikke ble ansett til barnas beste å gjennomføre samvær. Når det gjaldt syvåringen, var dette det avgjørende hensyn ettersom det ikke var godtgjort negative egenskaper ved samværforelder. For det andre barnet var det imidlertid også et sterkt motsetningsforhold mellom foreldrene. Disse sakene viste altså at barnets uttrykk veide tungt, spørsmålet blir bare hvordan barna opplevde situasjonen frem mot en endelig avgjørelse.

Andre grunnlag som har vært påberopt, er som foran nevnt påstand om seksuelle overgrep. I en av høyesteretts avgjørelser¹³⁷ ble betydningen av dette avveid i forhold til barnas ønske. Mor påberopte risiko for seksuelle overgrep som grunnlag for at to døtre på

¹³³ Rt. 1989/148 (på s. 152-53), jf. også Rt. 1971 / s. 204

¹³⁴ LB-2004-2464

¹³⁵ LB-2004-4976

¹³⁶ LG-2004-42336 og LB-2003-11758

¹³⁷ Rt. 1989 / s. 320

henholdsvis 13 og 11 år skulle ha bosted hos henne. Døtrene på sin side ønsket å fortsette å bo hos far. Dommen gikk mot deres ønske og overførte bostedet til mor.

”At påtalemyndigheten bygget på at det ikke forelå tilstrekkelige bevis i en straffesak, er ikke avgjørende i denne sak. .. overhodet ikke kan tas noen risiko i et slikt forhold. .. Det som .. i sterk grad å tale mot at moren får omsorgen for barna, er at det hos begge døtrene kan synes å foreligge et sterkt, vedvarende og dypt rotfestet ønske om å være hos faren. .. ikke å kunne tillegge barnas mening utslagsgivende vekt i den foreliggende sak.”

Flere av avgjørelsene foran viste at når barna uttrykte sine ønsker så sterkt, gikk dommen regelmessig i favør av deres mening. Risiko for seksuelle overgrep, veide derimot i denne saken tyngre enn barnas meninger. Etter min mening er avgjørelsen forbilledlig.

Dynamikken i overgrepssrelasjoner gjør barnet avhengig av at andre voksne tar ansvar. Uavhengig av om risikoen vil resultere i faktiske overgrep, er det viktig å signalisere at ansvaret ikke overlates til barnet. Dette er også i tråd med barnets rett til beskyttelse i henhold til bl. §30, 3. ledd, samt barnekonvensjonens artikkel 19.

Andre avgjørelser viser likevel at denne risikoen kan avhjelpest ved tilsyn eller opptrapping slik som to av avgjørelsene sitert foran under punkt 6.2¹³⁸. I den første ble det idømt vilkår om tilsyn under samvær trass i at retten uttalte at det ikke ble ansett å være saklig grunnlag for beskyldningene om seksuelle overgrep. Morens bekymring for slike var imidlertid ikke det eneste grunnlag som tilsa at tilsyn var til barnets beste.

Av grunnlag som i utgangspunktet ikke skal være tilstrekkelig for å nekte samvær, er bostedsforelders motvilje eller antipati for samværforelder. Det legges til grunn en samarbeidsplikt for begge foreldre med hensyn til gjennomføring av samvær. På tross av at domstolen ikke kan pålegge foreldrene å bedre samarbeidsklime, ligger dette ofte implisitt i avgjørelsene. Følgende uttalelse av høyesterett¹³⁹ er flere ganger blitt sitert i senere avgjørelser¹⁴⁰:

¹³⁸ Gjelder LH-2004-12511 og LA-2004-30626

¹³⁹ Rt. 1976 / s. 1497

¹⁴⁰ Eksempelvis Rt. 1989 / s. 148

”... den ene av partene i en samværsak ofte vil ha en dypt forankret motvilje mot samværsrett og at denne motvilje ikke bare kan bero på personlig innstilling overfor den annen, men også på oppriktig bekymring for virkningen på barnet. Men skulle domstolene i slike tilfelle bøye av for motviljen, ville den ordning loven har påbudt som den normale, lett kunne bli uthulet.”

Dette skaper dilemma fra barnets ståsted: På den ene siden vil det innebære en merbelastning for barnet å starte opp samvær når bostedsforelder tydelig viser antipati og motvilje. Det er vanskelig å si om det er best for barnet å stå i denne situasjonen, eller slippe belastningen og derved være uten kontakt med den andre. På den annen side er det urimelig at den voksne skal få uttelling for å ikke respektere barnets rett med de konsekvenser det kan få for barnets selvutvikling.

7.2 Avveiningene

Som det fremgår, veies den voksnes og barnets interesser mot hverandre. Det er vanskelig å si noe generelt om betydningen av barnets meninger, både fordi avgjørelsene er individuelle, og fordi jeg har relativt få avgjørelser til rådighet¹⁴¹. For de to lagmannsrettsavgjørelsene hvor barna var over syv år, ble deres meninger tillagt relativt stor vekt. Det var likevel snakk om ganske sterke uttrykk fra barna, slik at alternativet tvangsgjennomføring, var vanskelig å se for seg.

For de øvrige var det snakk om faktorer som generelt veier tungt i forhold til beskyttelse av barn¹⁴²; vold, kriminalitet, rus og seksuelle overgrep.

Mellom slike situasjoner og kvalitativt gode samvær, kan det imidlertid være en stor ”gråsoner”. Spørsmålet blir da om de nevnte sakene sier noe om kravet til nivået på det dårlige samværet. Sagt på en annen måte; hvor dårlig må det være for å kvalifisere for at barnet blir møtt på sin samværsnekt? Og i hvor stor grad er det rimelig at vi lar barna bære byrden ved å fremvise konsekvensene av dette?

For saker hvor graden av negativt samvær synes mer uklar, kan barnets alder være en faktor av betydning for hvilken vekt motviljen tillegges. I en av avgjørelsene ble dette uttrykt slik¹⁴³:

¹⁴¹ Avgjørelser hvor dommen lød på at det ikke skulle være samvær.

¹⁴² Eksempelvis også i barnevernlovgivningen.

¹⁴³ LB-2004-38050

”Lagmannsretten er enig i at det at E selv motsetter seg samvær, ikke kan være tilstrekkelig for å konstatere at samvær ikke kan gjennomføres. Han er åpenbart preget av spenningsforholdet mellom foreldrene og av at søsknene nekter samvær med mor. For et barn på 8 år kan egen vegring imidlertid ikke tillegges samme avgjørende vekt som for eldre barn. Det sentrale for lagmannsrettens vurdering vil være om samvær vil innebære psykiske skadevirkninger for E.”

Betyr dette at hans mening ville blitt tillagt større vekt dersom bostedsforelder hadde utvist større samarbeidsvilje i forhold til gjennomføring av samværet? Eller betyr det at han bør være nærmere 12 års-grensen for å bli tatt på alvor? Og videre; er ikke barnets mistriivsel eller utrygghet av betydning for avgjørelsen før denne manifesterer seg i psykiske vansker?

En av avgjørelsene¹⁴⁴ gjaldt daglig omsorg og samvær med et barn på syv år. Samvær i henhold til tidligere rettsforlik var stoppet av mor da hun hevdet barnet ikke ville til far. Barnet nektet, sa at far ikke var snill og etter tidligere forsøk på samvær hadde barnet fått psykiske vansker. Fra den sakkyndiges samtale med barnet, ble følgende referert i dommen:

”Hun sa til F at hun ikke hadde lyst til samvær. Det var ikke så morsomt å være hos pappa. Den sakkyndige spurte henne hvordan hun stilte seg til samvær hvis hun måtte. Hun svarte at ”da er det greit”.”

Avgjørelsen lød på at det skulle være samvær og i den forbindelse uttalte retten:

”Retten finner det likevel klart at det bør være samvær mellom C og faren. Objektivt sett er det ikke holdepunkter for at dette ikke vil være til barnets beste.”

Om bevisene for at barnet opplevde ubehagelige ting under samvær, uttalte retten seg slik:

”Lagmannsretten legger til grunn at C i dag vegrer seg for å besøke faren. Spørsmålet er hva dette skyldes. ... dersom C selv har opplevd noe negativt under samvær med faren, må dette ha skjedd før juni 2000. ... Retten anser det usannsynlig at C har opplevd noe ubehagelig under samværene etter rettsforliket.”

¹⁴⁴ LA-2004-07963 også referert foran under punkt 6.2

For faren er de objektive fakta av betydning for hans samværsrett. For syvåringen derimot, er den subjektive opplevelsen den reelle virkeligheten. Hva kan det forventes at syvåringer verbaliserer i slike situasjoner? Dette aktualiserer spørsmål om hvor grensen går mellom hva som er mulig og hva som er barnets beste.

8. Oppsummering og avslutning

Som en kortfattet oppsummering knyttet til første problemstilling, kan det sies at først når barna har passert syv år, inngår deres meninger eksplisitt i avveiningene. Det er mitt inntrykk at synspunktene da gjennomgående inngår som et like gyldig moment som de øvrige.

Til andre problemstilling synes praksis i overensstemmelse med regelen; eldre barns ønsker tillegges stor vekt.

8.1 "Barn under syv år høres ikke"

Ved oppsummering av hovedfunnene, er det mest iøynefallende at ingen av barna under syv år ble gitt anledning til å uttale seg. Det er i alle fall ikke mulig å lese dette ut av begrunnelsene. Hvorvidt det for det enkelte barnet ble vurdert om det skulle uttale seg, fremgår heller ikke. Betyr dette at syvårsregelen i praksis forhindrer slike individuelle vurderinger? Det er ikke mulig å gi noen entydig konklusjon på dette ut fra materialet, da slike vurderinger kan ligge implisitt uten at det fremgår direkte av dommen.

Erfaringer ett år etter innføringen av de nye saksbehandlingsreglene¹⁴⁵ kan gi forhåpninger om at dette kan endre seg i takt med domstolenes erfaring i å anvende de nye reglene. Økt bruk av mekling kan bringe barnet i fokus på en annen måte enn tidligere. I forannevnte artikkel uttrykte sorenskriver ved en av landets domstoler at de hadde gode erfaringer med å snakke med barn godt under syv år. Samtalene bar da mer preg av å bli kjent med det enkelte barnet og hvilke behov dette har, fremfor å etterspørre dets meninger knyttet til løsningsalternativene. I denne forbindelse var det også positive erfaringer med økt bruk av den nye sakkyndigrollen.

I mitt utvalg av avgjørelser for denne aldersgruppen, fremgikk det også at det ble benyttet sakkyndig i forholdsvis færre saker enn for de eldre barna. Dette strider mot intensjonen i forarbeidene. Forhåpentlig pågår en praksisendring. Dersom de endringer i bruken av sakkyndige artikkelen nevner er representative, vil det med tiden innebære et større og bedre fokus også på de yngre barna underveis mot en løsning.

¹⁴⁵ Artikkel i "Rett på sak"

8.2 "Barn av samarbeidsvillige foreldre får større gjennomslag enn andre barn"

For barna fra syv til og med elleve år, ble så godt som alle gitt anledning til å uttale seg. En kan håpe at de to barna som ikke ble hørt, er utslag av "barnesykdom"; det vil si at syvårsregelen ikke var godt nok innarbeidet.

Videre er det mitt inntrykk at barnas meninger jevnt over inngår eksplisitt i de avveiningene som foretas, det vil si at barnas synspunkter blir vurdert reelt i forhold til de øvrige momentene. Generelt synes det som om de barna som uttrykker klare ønsker som er fornuftig begrunnet, ofte imøtekommes. Forutsetningen synes imidlertid å være at omsorgsalternativene er likeverdige i å gi barna gode oppvekstvilkår. Unntaket som kan redusere betydningen av barnets ønsker, er hensynet til status quo. For de barna som nærmer seg 12 år, veier dette hensynet imidlertid mindre når de uttrykker slike klare ønsker.

Forhold som jevnt over reduserer betydningen av barnets meninger, er psykiske problemer, rus/kriminalitet eller annen ustabilitet hos det ønskede bosted. Dette var de momentene som slo igjennom for de sakene hvor barna fikk dom mot sine uttrykte ønsker.

I en spesiell situasjon står de sakene hvor negativ påvirkning fra den ene av foreldrene slo igjennom overfor barnets mening. Det synes å ligge under at barnets mening i disse sakene ikke oppfattes som reell, men et resultat av den negative påvirkningen. I praksis kan det nok likevel bli et dilemma for barnet. Uavhengig av hva som har forårsaket meningen, vil den være barnets psykiske realitet og dets utgangspunkt for gjennomføringen av dommen. Det er muligens litt spissformulert å si at hensynet til den andre av foreldrene veier tyngre enn barnets uttalelser i slike avgjørelser. Likevel kan det skape noen nyttige refleksjoner.

I saker om samværsnekt synes det gjennomgående som om den biologiske presumsjonen svekker betydningen av barnets uttalelser. Dette gjelder spesielt hvor bostedsforelder ikke har vist seg lojal og samarbeidsvillig overfor samværsretten. Motsatt levnes barnas meninger noe større vekt, men det kreves svært mye av barnet før samværsnekt imøtekommes ved dom. Sagt på en enklere måte; det kreves mer av barnet dersom det motsetter seg noe, enn dersom det ønsker seg noe.

8.3 "Barn over 12 år tas på alvor"

Generelt tillegges barnets meninger større vekt, jo eldre det blir. Begrensningen i forhold til mitt materiale, er at det er forholdsvis få avgjørelser som omhandler de eldre barna. Men

kanskje reflekterer dette nettopp at eldre barn gis større medbestemmelsesrett slik at rettsak er unødvendig? Som nevnt foran, var det kun to avgjørelser¹⁴⁶ som omhandlet barn over 12 år. For disse ble det prinsipielt uttalt at det skal legges stor vekt på deres meninger. For begge sakene var det imidlertid særlige forhold som medførte at barnas ønsker ikke ble tillagt avgjørende vekt.

Dersom en ser på 11 – 12 åringene, kan en kanskje få en pekepinn. Blant disse fem, fikk tre dommer i overensstemmelse med sine uttrykte ønsker. For de to barna hvor dommen gikk mot deres uttrykte ønsker, var det negative personlige egenskaper og negativ påvirkning av barnet som ble avgjørende.

Avgjørelsene skaper inntrykk av at det som gjenstår for barna, er en bedre beskyttelse mot foreldrenes konflikt eller antipatier mot hverandre. Det ideelle ville være at barnet opplever at dets meninger har relevans, uten at denne brukes mot noen. Forhåpentlig kan de nye saksbehandlingsreglene bidra til at flere foreldre under forberedende mekling får fokus bort fra egne interesser og over på barnet.

Et annet inntrykk som har blitt hengende igjen, er at enkelte barn må strekke seg veldig langt for å oppfylle foreldrenes samværsrett. Det kan stilles spørsmålstegn ved rimeligheten i dette overfor barna.

¹⁴⁶ En av lagmannsrett og en fra høyesterett

Litteraturliste

Borøchstein, Tage, (2005), Regelendringene i barnefordelingssaker etter ett år: På vei fra partenes til barnets beste? Fra "Rett på sak", Aktualitetsmagasin for domstolene, nr. 1 2005

Borøchstein, Tage, (2005), Barnefordelingssakene – Å finne en god løsning må ta tid, Fra "Rett på sak", nr. 1 2005

Dalseide, Nils (2002), Barnefordelingssaker i retten: Noen synspunkter på Hvordan også avgjørelsesprosessen kan bli til barnets beste, Bonus Pater Familias, festskrift til Peter Lødrup, Gyldendal Norsk Forlag.

Freeman, Michael (1999), *Children and divorce: Making their voice heard*. Konferanserapport fra "Barns menneskerettigheter ved samlivsbrudd", 1999.

Galtung, Terje (2004), *Nye utfordringer for barnesakkyndige*. I Tidsskrift for norsk psykologforening, nr. 4 2004 s. 273 – 274.

Haugli, Trude (2002), Det mangfoldige barnets beste, Bonus Pater Familias, festskrift til Peter Lødrup, Gyldendal Norsk Forlag AS.

Isdal, Per, (200), VOLD MOT MOR ER VOLD MOT BARN – om barn som vokser opp som vitne til vold i familien. Kontekst

Karnov, Norsk lovkommentar, Gyldendal Akademisk Elektronisk bibliotek, utskrift januar 2005.

Liden, Hilde, (2004), *Barns rettigheter – en realiserbar intensjon?* Tidsskrift for velferdssforskning, Vol.7, NO.4, 2004 s. 196-212.

Monsen, Nina Karin (1999), *Barnet, også en person*, Konferanserapport fra "Barns menneskerettigheter ved samlivsbrudd", 1999.

Nygård, Astrid, (2004), *Foreldrenes konfliktfylte skilsmisse – barns erfaringer og konsekvenser for eget voksenliv*. Fordypningsoppgave til spesialiteten i klinisk voksenpsykologi mars 2004.

Rækken, Rune (1999), *Samlivsbrudd og menneskerettigheter. Åpningsord*. Konferanserapport fra "Barns menneskerettigheter ved samlivsbrudd", 1999.

Rønbeck, Knut (2004), *Fra konflikt til forsoning – barnefordeling i et rettsbasert forsøksprosjekt*. I Tidsskrift for norsk psykologforening, nr. 4 2004, s. 275 – 281.

Sandberg, Kirsten, Norsk lovkommentar, Barneloven 8. april 1981 nr. 7, Gyldendal Rettsdata 2003.

Skoghøy, Jens Edvin A. (2001), Tvistemål, Universitetsforlaget.

Smith, Lucy, Barns menneskerettigheter, særlig om barns medbestemmelsesrett. I : JV. Bind XVI 1981 hefte 9/10 (s. 418 – 430).

Smith, Lucy, *Barn, foreldre og menneskerettigheter*. I: JV. 1991 hefte 3, s. 101 – 122.

Smith, Lucy og Lødrup, Peter (1998), *Barn og foreldre*, 6. utgave, 2004.

Waage, Trond (1999), *Barnet ved samlivsbrudd. "Se på meg – hør på meg". Hva gjør vi nå?* Konferanserapport fra "Barns menneskerettigheter ved samlivsbrudd", 1999.

Lovens for- og etterarbeider

NOU 1995:23, kapittel 5; Utvalgets drøfting av sakkyndighetsrollen.

NOU 1998:17 Barnefordelingssaker – avgjørelsesorgan, saksbehandlingsregler og delt bosted.

Ot. Prp. Nr. 29 (2002 – 2003) Om lov om endringer i barneloven m.v.

Ot.prp. nr. 45 (2002 – 2003) Kapittel 5: Synliggjøring av barnekonvensjonen 12 – respekten for barnets synspunkter.

Inst. O. nr. 96 (2002 – 2003) om lov om endringer i barneloven m.v.

Barneombudets hørings svar til NOU 1998:17, Barnefordelingssaker – avgjørelsesorgan, saksbehandlingsregler og delt bosted. Avgitt 1999.

Barneombudets hørings svar til Justisdepartementet 31.05.01. Om innarbeiding av Barnekonvensjonen i norsk lov.

BFD – Høringsnotat: Forslag om å innføre obligatorisk mekling ved samlivsbrudd for samboere med felles barn og å oppheve barnelovens definisjon av vanlig samværsrett. (Gjelder forslag fremkommet i St.meld. nr. 29, 2002 – 2003).

Barneombudets høringsuttalelse i fulltekst, 01.04.04. Gjelder; NOU 2003:31 Retten til et liv uten vold.

Barneombudets hørings svar av 06.07.04. Gjelder: Rapport fra arbeidsgruppe om ”Tiltak for å beskytte barn mot overgrep. Forslag om endringer i barneloven m.v.”

Rundskriv Q-15/2004 fra barne- og familiedepartementet.

Veileder Q-15/2004 Om saksbehandlingsregler i barnefordelingssaker for domstolene og høring av barn. BFD

Lovhenvisninger

Adopsjonsloven, nr. 8, 1986
Barneloven, nr. 7, 1981
Lov av 20.06.03 om lov om endringer i barneloven – ikr. 1. april 2004
Barnevernloven, nr. 100, 1992
Ekteskapsloven, nr. 47, 1991
Kirkeloven, nr. 31, 1996
Menneskerettsloven, nr. 30, 1999
Navneloven, nr. 19, 2002
Tvangsfullbyrdelsesloven, nr. 86, 1992
Tvistemålsloven, nr. 6, 1915
Vergemålsloven, nr. 3, 1927

Domsregister

Høyesterett:

Rt. 2004 / s. 811
Rt. 1999 / s. 1830
Rt. 1998 / s. 857
Rt. 1998 / s. 749
Rt. 1997 / s. 797
Rt. 1997 / s. 2012
Rt. 1996 / s. 888
Rt. 1995 / s. 946
Rt. 1994 / s. 992
Rt. 1990 / s. 198
Rt. 1989 / s. 148
Rt. 1988 / s. 708
Rt. 1983 / s. 359
Rt. 1976 / s. 1497

Høyesteretts kjæremålsutvalg:

HR-2005-00627-U
Rt. 1999 / s. 1830
HR-1995-00680k
Rt. 1988 / s. 708

Agder lagmannsrett:

LA-2004-67657
LA-2004-30626
LA-2004-14910
LA-2004-14479

LA-2004-14472
LA-2004-11616
LA-2004-08190
LA-2004-07963
LA-2003-17242

Borgarting lagmannsrett:

LB-2005-1531
LB-2004-93262
LB-2004-4976
LB-2004-36506
LB-2004-28053
LB-2004-2464
LB-2003-11758

Eidsivating lagmannsrett:

LE-2005-9030
LE-2004-55842
LE-2004-43883
LE-2004-37968
LE-2004-13900
LE-2004.11770
LE-2004-09751

Frostating lagmannsrett:

LF-2004-69739
LF-2004-69145
LF-2004-17311
LF-2004-15503

Gulating lagmannsrett:

LG-2004-99059
LG-2004-69269
LG-2004-65196
LG-2004-43688
LG-2004-42336
LG-2004-41331
LG-2003-16440
LG-2003-07158

Hålogaland lagmannsrett:

LH-2004-40941
LH-2004-39883
LH-2004-38015
LH-2004-35541
LH-2004-28327
LH-2004-12511

Vedlegg 1

Historisk versjon

§31. *Barnets rett til å vere med på avgjerd*

Etter kvart som barnet utviklast og mognast, skal foreldra høyre kva barnet har å seie før dei tek avgjerd om personlege tilhøve for barnet. Dei skal leggje vekt på det barnet meiner. Det same gjeld for andre som barnet bur hos eller som har med barnet å gjere.

Når barnet er fylt 12 år, skal det få seie si meining før det vert teke avgjerd om personlege tilhøve for barnet, herunder i sak om kven av foreldra det skal bu hos. Det skal leggjast stor vekt på kva barnet meiner.

Vedlegg 2

Artikkel 12 Å si sin mening

1. Partene skal garantere et barn som er i stand til å gjøre seg egne synspunkter, retten til fritt å gi uttrykk for disse synspunkter i alle forhold som vedrører barnet, og gi barnets synspunkter behørig vekt i samsvar med dets alder og modenhet.
2. For disse formål skal barnet særlig gis anledning til å bli hørt i enhver rettslig og administrativ saksbehandling som angår barnet, enten direkte eller ved en representant eller et egnet myndighetsorgan på en måte som samsvarer med vedkommende lands saksbehandlingsregler.

Vedlegg 3

Barnekonvensjonens artikkel 3.

1. Ved alle handlinger som berører barn, enten de foretas av offentlige eller private velferdsorganisasjoner, domstoler, administrative myndigheter eller lovgivende organer, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.
2. Partene påtar seg å sikre barnet den beskyttelse og omsorg som er nødvendig for barnets trivsel, idet det tas hensyn til rettighetene og forpliktelsene til barnets foreldre, verger eller andre enkeltpersoner som har det juridiske ansvaret for ham eller henne, og skal treffe alle egnede, lovgivningsmessige og administrative tiltak for dette formål.
3. Partene skal sikre at de institusjoner og tjenester som har ansvaret for barns omsorg eller beskyttelse, retter seg etter de standarder som er fastsatt av de kompetente myndigheter, særlig med hensyn til sikkerhet, helse, personalets antall, og kvalifikasjoner samt kvalifisert tilsyn.

Vedlegg 4

Eidsivating lagmannsrett – kjennelse av 23.08.2004 LE-2004-37968

Midlertidig avgjørelse. Barneloven §31 annet ledd og §61.
(Kun lagmannsrettens bemerkninger gjengis.)

Lagmannsretten bemerker at etter de siste endringene i barneloven §31 skal barn fra de er fylt syv år høres i saker som berører deres personlige forhold. Endringene trådte i kraft den 1. april 2004 og gjelder også for midlertidige avgjørelser etter barneloven §60 første ledd.

Denne saken gjelder spørsmål om hvor to gutter på henholdsvis syv og tre år skal bo i påvente av endelig avgjørelse. Saken reiser også spørsmål om hvilket samvær de skal ha med den av foreldrene de ikke skal bo hos. Disse spørsmålene berører rimeligvis deres personlige forhold.

Tingretten har ikke hatt samtale med barna. I C` tilfelle bryter dette mot lovens påbud. I tillegg foreligger det få holdepunkter for hva gutten mener. Av tingrettens premisser går det rett nok frem at partene er enige om at gutten har uttrykt ønske om å fortsette i samme klasse. Etter lagmannsrettens syn gir dette likevel ikke tilstrekkelige holdepunkter for hva gutten mener og ikke minst med hvilken styrke. I anketilsvaret er for øvrig guttens motvilje mot å bytte klasse nyansert, uten at verken retten eller motparten har hatt noen mulighet for å gå dette nærmere i sømmene.

Ovennevnte saksbehandlingsfeil er av en slik art at den må regnes som en feil som kan ha virket inn på innholdet av avgjørelsen, jf. Rt.-1999-1183. Selv om feilen ikke eksplisitt er tatt opp av den kjærende part, skal retten i slike saker vurdere feilen av eget tiltak. C har kun i noen måneder vært på det aldersnivå hvor han etter loven skal høres. Hans ytringer vil derfor ikke ha samme vekt som hos et eldre barn, jf. §31 første ledd annet punktum. Ikke desto mindre kan det etter lagmannsrettens syn neppe ses bort fra at hans ytringer vil kunne påvirke avgjørelsen, særlig i et tilfelle som dette hvor retten har uttrykt tvil.

Lagmannsretten har enstemmig funnet at tingrettens avgjørelse skal oppheves. Opphevelsen gjelder kun avgjørelsen og ikke det forberedende rettsmøtet. I dette ligger det at tingretten før ny midlertidig avgjørelse fattes, må la C komme til orde, enten gjennom samtale mellom ham og dommeren eller gjennom referat fra samtale mellom gutten og en sakkyndig.

Kjæremålet har ikke vært forgyves. Saksomkostningene skal derfor avgjøres etter tvistemålslovens §180 annet ledd. Lagmannsretten finner imidlertid at omkostningsavgjørelsen i dette tilfellet bør utsettes til tingretten har vurdert saken på nytt, jf. Samme lov §179 første ledd.
Kjennelsen er enstemmig.

Vedlegg 5

Barnekonvensjonens artikkel 19

1. Partene skal treffe alle egnede lovgivningsmessige, administrative, sosiale og opplæringsmessige tiltak for å beskytte barnet mot alle former for fysisk eller psykisk vold, skade eller misbruk, mens en eller begge foreldre, verge(r) eller eventuell annen person har omsorgen for barnet.
2. Slike beskyttelsestiltak bør omfatte effektive prosedyrer for utforming av sosiale programmer som yter nødvendig støtte til barnet og til dem som har omsorgen for barnet, samt andre former for forebygging, påpeking, rapportering, viderehenvisning, undersøkelse, behandling og oppfølging av tilfeller av barnemishandling som tidligere beskrevet og, om nødvendig, for rettslig oppfølging.

(<http://www.jus.uio.no/sekr/studieinformasjon/fagsider/spesialoppgave/retningslinjer>)

