

HØRING AV BARN

**- en gjennomgang av regelverk og praksis etter
gjennomføring av barnekonvensjonen i norsk rett**

Kandidatnummer: 568

Leveringsfrist: 05.05.09

Til sammen 16051 ord

05.05.2009

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING:</u>	<u>1</u>
1.1	Oppgavens tema.	1
1.2	Rettskildene i barneretten	2
1.2.1	Internasjonale konvensjoner	2
1.2.2	Lover og forarbeider.	4
1.2.3	Andre rettkilder	4
1.2.4	Avgrensing	5
1.2.5	Oppgavens oppbygging.	6
<u>2</u>	<u>BARNERETT.</u>	<u>7</u>
2.1	Begrepet ” barnets beste”	8
<u>3</u>	<u>HISTORISK UTVIKLING – KORT OM TIDLIGERE LOVGIVNING.</u>	<u>10</u>
3.1	Barnets synspunkt skal tillegges vekt.	12
<u>4</u>	<u>BARNEKONVENSJON.</u>	<u>12</u>
4.1	Nærmere om tolkning av innholdet i Barnekonvensjonen	14
4.2	Barnekomiteen	15
4.3	Gjennomføringsmetode i norsk rett	17
4.4	Barnekonvensjonen artikkel 12	18
4.4.1	Grensen for retten til å bli hørt.	20
4.4.2	Barns grunnleggende friheter.	21
4.4.3	Formålet med barns uttalerett	22

<u>5</u>	<u>OVERSIKT AV REGELVERK I NORSK RETT ETTER INKORPORERING AV BARNEKONVENSJON ART. 12</u>	<u>23</u>
5.1	Barnelovens regler for medbestemmelsesrett	23
5.1.1	Ordlyd/forarbeider	24
5.1.2	Rettspraksis	27
5.2	Barneloven § 61 - Innhenting av barnets mening.	30
5.2.1	Ordlyd/forarbeider	30
5.2.2	Retningslinjer for innhenting av barnet mening/Q-15/2004	31
5.2.3	Rettspraksis	34
5.3	Barnevernloven § 6-3	35
5.3.1	Ordlyd/forarbeider	36
5.3.2	Rekkevidde for uttalelseretten.	37
5.3.3	Vekten av barnets mening/rettspraksis.	39
5.4	Adopsjonsloven § 6	40
5.4.1	Ordlyd/forarbeider	41
5.4.2	Rettspraksis	43
5.5	Utlendingsloven.	44
5.5.1	Forskriftsbestemmelser	45
5.5.2	Rettspraksis	48
5.6	Gjennomføring i forvaltningen/fylkeskommunal og kommunal lovgivning	48
5.7	Prosessreglene.	51
5.7.1	Rettspraksis EMD	52
5.7.2	Tvisteloven	53
5.7.3	Straffeprosessloven	54
5.8	Rettspraksis	56
<u>6</u>	<u>TALSPERSONINSTITUTTET</u>	<u>57</u>
<u>7</u>	<u>LOVVERKETS FRAGMENTARISKE OPPBYGGNING</u>	<u>59</u>

8	VURDERINGER/AVSLUTTENDE KOMMENTAR	61
9	LITTERATURLISTE	63
9.1	Bøker:	63
9.2	Artikler	64
9.4	Dommer	65
9.5	Forarbeider	66
9.6	Nettdokument	A

1 Innledning:

1.1 Oppgavens tema.

Denne oppgaven omhandler den rettslige stilling reglene om høring av barn har fått etter at Barnekonvensjonen skal gjelde som norsk rett .

Barns rettsstilling i samfunnet har variert en del, fra beskyttelse og omsorg, til autonomi eller selvbestemmelse.¹

Trude Haugli stiller i sin artikkel² spørsmål om beskyttelse av barnets rettigheter er viktigere enn beskyttelse av barnet, og er det eventuelt noen motsetninger mellom dette. Videre setter hun søkelys på hvorvidt barnerettigheter i hovedsak fremstår som en ide eller også som et faktisk fenomen.

Hvordan er barns rett til å bli hørt gjennomført i norsk lovgivning og utøver barn reell medbestemmelse ved at det står i loven? Hvordan er reglene for høring av barn gjennomført i rettssystemet?

Senkingen av aldersgrense for uttaleretten kan by på utfordringer for dem som deltar i prosessen, dersom barnet skal ivaretas på en betryggende måte.

Etablering av metoder for gjennomføring av høring av barn er en mulighet til å sikre at målet med reglene blir oppfylt. Valg av metode skal samtidig være egnet til å få fram barnets egen mening i det forhold saken gjelder.

Jeg vil med denne oppgaven forsøke å belyse hvorvidt de endringene som gjennomføring av Barnekonvensjonens artikkel 12 medførte i norsk rett kan gi svar på noe av temaene artikkelforfatteren problematiserer.

¹ Trude Haugli. Skiftende ideologier i barnelovgivningen – alltid til barnets beste? Jubileumsskrift til Universitet i Tromsø; Fra Driftsentralen til Teorifagbygget 2004 s77(JUB-2004-uit-77).

² Trude Haugli. Skiftende ideologier i barnelovgivningen – alltid til barnets beste? Jubileumsskrift til Universitet i Tromsø; Fra Driftsentralen til Teorifagbygget 2004 s77(JUB-2004-uit-77).

Vi utsettes alle bevisst eller ubevisst for påvirkning utenfra mer eller mindre hele tiden, særlig barn er sårbare i denne sammenheng. Samtidig vil det være en stor utfordring å få barn til å forstå at de kan si hva de mener, men at de likevel ikke har noe ansvar for hva løsningen blir. I denne sammenheng er det også et poeng om hva barnets mening eventuelt brukes til.

Hva vet vi om virkningene av prosessuelle regler for / om barn vårt rettssystem? Hva gjør det med små barns tillitt til voksne, etter at de først trekkes inn i en vanskelig prosess, som i ettertid viste seg ikke spiller noen rolle i utfallet? Motsatt, at barnets mening er i tråd med resultatet, gir dette grunnlag for barnet til å utvikle skyldfølelse i ettertid. Konflikten mellom partene der barnet er tvistegjenstanden kan tilspisse seg ytterligere etter at det er truffet en avgjørelse i tvisten.

1.2 Rettskildene i barneretten

1.2.1 Internasjonale konvensjoner

De siste 25 år er det blitt klart at folkeretten stiller visse krav til innholdet i norsk lovgivning om barns rettstilling og forholdet mellom barn og foreldre.³ Dette gjelder særlig for menneskerettighetene, som er sikret både gjennom internasjonale konvensjoner og nasjonal lovgivning.⁴

I Grunnloven §110 c uttrykkes dette slik:

” Det paaligger Statens Myndigheder at respektere og sikre Menneskerettighetene. Nærmere Bestemmelser om Gjennemførelsen av Traktater herom fastsættes ved Lov.”

Ved utarbeidelse av Lov av 21 mai 1999 nr 30 lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett(menneskerettsloven) ble det vedtatt at de tre mest sentrale menneskerettighetskonvensjonene skulle gjelde som norsk

³ Inge Lorange Backer: Barneloven, Kommentartutgave, 2.utgave, Universitetsforlaget 2008

⁴ Trude Haugli: Lov om barn og foreldre, Jussens Venner 2007 s 325

lov, og ved motstrid skulle bestemmelsene i konvensjonene gå foran annen lovgivning, jfr menneskerettighetsloven § 3 jfr § 2.

Det var *Europarådets konvensjon 4. November 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter* med tilleggprotokoller(EMK), *De forente nasjoners internasjonale konvensjon(FN) 16. Desember 1966 om økonomiske, sosiale og kulturelles rettigheter(ØSK)*, og *De forente nasjoners internasjonale konvensjon(FN) 16 desember 1966 om sivile og politiske rettigheter* med tilleggprotokoller (SP). Dette er konvensjoner som gjelder generelt og som skal beskytte alle mennesker, også barn. I sitt arbeid med beskyttelse av barn vedtok FN en egen konvensjon spesielt utformet for barn, *De forente nasjoners internasjonale konvensjon 20. November 1989 om barnets rettigheter* med tilleggprotokoller(BK). Denne konvensjonen ble ratifisert av Norge 8. Januar 1991 ble ved Lov av 1. August 2003 nr 86 Lov om endringer i menneskerettsloven mv.(innarbeiding av barnekonvensjonen i norsk lov). Ved gjennomføring av denne endringen i menneskerettloven § 2 fikk Barnekonvensjonen samme status som EMK, ØSK og SP. Barnekonvensjonen gjelder følgelig som norsk lov og rettsanvendere som skal ta stilling til barns rettigheter og rettslige stilling i norsk rett må forholde seg til konvensjonen.⁵

I tillegg kan *De forente nasjoners internasjonale konvensjon for avskaffelse av all diskriminering mot kvinner(KDK)* også ha betydning i og med at halvparten av barna også er kvinner. Norge har ratifisert denne konvensjonen, men den er ikke gjort til norsk lov gjennom menneskerettsloven.⁶

Bestemmelsen er at utslag av lex superior prinsippet⁷, jfr menneskerettsloven § 2 som gir de 4 konvensjonen forrang foran norsk lov. Derfor bruker jeg konvensjonene og EMD-praksis som rettskilder i oppgaven. Barnekonvensjonen og EMK skal begge i vareta hensynet til barns rett til å bli hørt.

⁵ Trude Haugli: Love om barn og foreldre, Jussens Venner 2007 s 325

⁶ Trude Haugli: Lov om barn og foreldre, Jussens Venner 2007 s 325

⁷ Torstein Eckhoff og Eivind Smith: Forvaltningsrett 6. Utgave. Universitetsforlaget 1997

1.2.2 Lover og forarbeider.

Lov av 8 april 1981 nr, Lov om barn og foreldre(barneloven) er en sentral rettskilde.

Loven omhandler forholdet mellom barn og foreldre på områder for foreldreansvar, samværsrett, fast bosted mm. Ved avklaring av rettslige spørsmål på barnerettens område er barneloven den kilden som blir et naturlig utgangspunkt. Barnelovens regler gjelder det private forhold mellom barn og foreldre, og utgangspunktet er prinsippet om avtalefrihet. Den inneholder også regler om offentlig myndighetsutøvelse i saker som konflikter ved foreldreansvar og samvær og hvor barnet skal bo mm.⁸

I forarbeidene har lovgiver redegjort for bakgrunnen for lovgivningen, lovgivers intensjoner og politiske strømninger da loven ble vedtatt. Ved tolkning av loven er de derfor sentrale i prosessen for å finne lovgivers mening.⁹

Andre rettskilder er de lover og deres forarbeider som ble endret som følge av prinsippene i Barnekonvensjonen artikkel 12, se punkt 1.2.4.

1.2.3 Andre rettkilder

Etter lov og forarbeider er det rettspraksis som har størst vekt som rettskilde, og Høyesteretts avgjørelser er de avgjørelser som har størst rettskildemessig verdi.¹⁰ Hvilke rettskildemessig vekt en dom skal tillegges, avhenger av hvilke problemstilling som står for retten. I realitetsavgjørelser der resultatet har et stort

⁸ Trude Haugli: Lov om barn og foreldre, Jussens Venner s 325

⁹ Torstein Eckhoff, Rettskildelære, 5. Utgave ved Jan E. Helgesen, Univeristetforlaget, 2. Opplag 2005

¹⁰ Torstein Eckhoff: Rettskildelære, 5. Utgave ved Jan E. Helgesen, Universitetsforlaget, 2 opplag 2005

innslag av skjønn, følger det direkte av loven at avgjørelsene skal treffes ut fra barnets beste jfr barneloven § 48. Samlet sett blir høyesterett sin praksis retningslinjer for hvilke momenter som kan være relevante ved vurdering av hva som er barnets beste.¹¹ Antall Høyesterettsavgjørelser på det området denne oppgaven tar for seg, er ikke mange. Jeg har derfor tatt med lagmannsrettsdommer for å belyse rettspraksis på noen av problemstillingene. Sentral kilder i juridisk litteratur i forbindelse med oppgaven har vært Barnekonvensjonen av Høstmælingen, Kjørholt og Sandberg, Barn og foreldre av Smith og Lødrup, Barnevernrett av Lindboe og lovkommentarer til lovene som er omhandlet.

1.2.4 Avgrensing

Barn har rett til å bli hørt også i mange sammenhenger og andre lover enn de jeg skal behandle i denne i oppgaven. Pasientrettighetsloven § 4-4 sier at et barn skal få si sin mening i alle spørsmål som angår egen helse. Lov av 13. juni nr 25. 1969 om trdomssamfunn og ymist anna § 6 sier for eksempel at et barn over 12 år skal få si sin mening om innmelding eller utmelding fra trossamfunn. Materialet ville imidlertid bli alt for stort hvis avhandlingen skulle gjennomgå alle type saker, så jeg har valgt å konsentere meg om noen få viktige rettsområder.

Barneloven skiller mellom medbestemmelsesrett § 31 og selvbestemmelsesrett jfr § 33, men det er i første rekke reglene om medbestemmelsesrett som denne oppgaven tar sikte på å behandle.

Lov av 17 juli 1992 nr 100 Lov om barneverntjenester(barnevernloven) har en del grunnleggende begreper i tilknytning til reglene, så som "det biologiske prinsipp" og "minste/mildeste inngrepps prinsipp". Disse prinsippene og andre sentrale begreper blir ikke behandlet nærmere i denne oppgaven, og er utelatt fordi de ligger litt på siden av hovedtema i oppgaven.

¹¹ Trude Haugli: Lov om barn og foreldre, Jussens Venner s 325

De psykologiske faktorene ved å la barnet utøve sin medbestemmesrett og virkningene de ulike prosessen kan påføre barnet vil ikke bli drøftet i forbindelse med oppgaven her.

1.2.5 Oppgavens oppbygging.

For å belyse temaet som behandles i avhandlingen, vil det bli en kort oversikt over historisk utvikling på barnerettens område, deretter en gjennomgang av gjeldene rett på området. Jeg vil ta utgangspunkt i Barnekonvensjonen, særlig artikkel 12, som et grunnlag for å vurdere hvordan gjennomføringen har vært i norsk rett.

Artikkel 12 har stor betydning i mange ulike regelsett, og dette har medført endringer i en rekke lover. For å synliggjøre artikkel 12 betydning ble det foretatt endringer i barneloven, barnevernloven, adopsjonsloven, utlendingsloven, tvisteloven, vergemålsloven, straffeprosessloven og forvaltningsloven.

Hensikt bak dette var blant annet for å forbedre det rettslige grunnlaget for forvaltningens og domstolenes praktiske gjennomføring av artikkelen jfr artikkel 2.¹²

Jeg har avgrenset oppgaven til de overnevnte lovene og vil komme tilbake til de enkelte endringene i disse lovene som er relevant for oppgavens tema senere i bevarelsen. Videre vil jeg forsøke å belyse hvordan den praktiske gjennomføringen av barns medbestemmelsesrett ivaretas og hvorvidt dette er i tråd med intensjoner og prinsipper i Barnekonvensjonen.

I den forbindelse vil jeg komme med innspill og vurderinger ved gjennomgang av hver enkelt regel/praksis og forsøke å gi en sammenfatning av dette under avsluttende kommentarer.

¹² Ot.prp. nr 45 (2002-2003)

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/regpubl/otprp/20022003/Otprp-nr-45-2002-2003-/5.html?id=172828>

Metoden vil bygges opp ved å utgangspunkt i lover, forarbeider, rettspraksis og juridisk litteratur.

2 Barnerett.

Barnerett er et juridisk fagområde som tar for seg barns rettsstilling på flere områder, blant annet reglene mellom foreldre og barn. Det omhandler også rettslige disposisjoner barn kan foreta, samt reglene om barnevern og om barns stilling innenfor straffe- og erstatningsretten.¹³

Barneretten er bygget opp omkring en bestemt persongruppe, barn. Barn er i denne sammenheng alle "mindreårige, det vil si alle under 18 år", jfr lov av 22. april 1927 nr 7 lov om vergemålslov for umyndige (vergemålsloven) § 1.

En aldersgruppe med så stor forskjell (0-18) utgjør ingen ensartet gruppe, og ulike rettigheter og plikter inntre ved ulike alderstrinn.¹⁴

Rettsevne, evne til å ha rettigheter og plikter, har alle mennesker uansett alder.¹⁵ Denne grunnleggende evnen kan man ikke si ifra seg eller bli fratatt.

Barns rettslige handleevne, evne til å opptre på egen hånd i rettslige spørsmål, inngå avtaler og ta ansvar for egne handlinger, skiller seg fra myndige personer over 18 år. I utgangspunktet har ikke mindreårige rettslig handleevne hvis ikke annet er bestemt. Den rettslige, men også den faktiske avhengigheten av andre personer, gjør barn som gruppe spesiell.¹⁶

¹³ Trude Haugli: Lov om barn og foreldre, Jussens Venner 2007 s 325

¹⁴ Trude Haugli: Lov om barn og foreldre, Jussens Venner 2007 s 325

¹⁵ Erik Boe, Innføring i Juss, Statsrett og forvaltningsrett bind 2 Erik Boe og TANO 1993 s 362 flg

¹⁶ Trude Haugli, Lov om barn og foreldre, Jussens Venner 2007 s 325

Fram til myndighetsalderen får barnet etter hvert en del formelle rettigheter og plikter fastsatt ved aldersgrenser for ulike formål.¹⁷

2.1 Begrepet ” barnets beste”

Prinsippet om at barnets beste skal ligge som et grunnleggende hensyn for alle handlinger som vedrører barn er nedfelt i Barnekonvensjonens artikkel 3.

Dette prinsippet er inntatt i barneloven § 48 hva gjelder i saker om foreldreansvar mm, og i barnevernloven § 4-1 som sier at det legges ”*avgjørende vekt på å finne tiltak som er til beste for barnet.*”

Artikkel 3 innebærer at det at det foretas en avveining mellom barnets interesser og andre interesser. Det betyr at barnets beste skal tas med som en viktig del av avgjørelsen, men trenger ikke alene å være utslagsgivende. I originalversjonen heter det at barnets beste skal være ”a primary consideration”. I den norske oversettelsen av konvensjonen er dette uttrykt ved at det ”først og fremst” skal ”tas hensyn til hva som gavner barnet best.”, og fremstår ikke like klart som i originalteksten.¹⁸

I NoU-2008:9 har utvalget sett på barnets beste som kriterium for avgjørelse av barnefordelingssaker, særlig om begrepet bør utdypes nærmere i lovteksten. Det påpekes at et så generelt prinsipp kan bidra til manglende forutberegnelighet mht. hvilket resultat domstolene lander på. Utvalget konkluderer allikevel med at man ikke bør definere begrepet nærmere i loven. De uttaler at ”*Hensynet til barnets beste skal først og fremst bidra til at barnets perspektiv legges til grunn for*

¹⁷ Ot.prp. nr 45 (2002-2003) del 5.1.2.

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/regpubl/otprp/20022003/Otprp-nr-45-2002-2003-/5.html?id=172828>

¹⁸ Trude Haugli: Det mangfoldige barnets beste. Festskrift til Peter Lødrup: Bonus Pater Familias. Gyldendal akademisk 2002 s 313.

*drøftelser og løsninger, slik at dette blir overordnet hensynet til ønsker og rettigheter for hver av foreldrene.”*¹⁹

I forbindelse med utvalgets drøftelser av hva som er ”barnets beste” i forhold som omhandler foreldreansvar, bosted og samvær, legger det til grunn at en individuell vurdering av hva som er barnets beste gjøres etter en konkret helhetsvurdering, der ikke ett aspekt kan overskygge alle andre. ”*Det er til barnets beste at foreldrene sikrer barnets forsørgelse; men også at det etableres kontakt og tilhørighet mellom foreldre og barn og at denne vedlikeholdes; og videre at barnet mottar praktisk omsorg og utviklingsstøtte fra sine foreldre.*” Innholdet i prinsippet på et generelt grunnlag er det bare delvis mulig å kartlegge.

Typisk vil dette være et begrep som vil variere avhengig av tid og kulturelle påvirkninger.²⁰

Hvor fri er den rettelige vurderingen av hva som er barnets beste. Lovgiver har lagt inn føringer og avveiningsnormer for det nærmere innholdet av prinsippet i flere lovbestemmelser.²¹ I Barnevernloven § 4-1, andre setning lyder ”*Herunder skal legges vekt på å gi barnet stabil og god voksenkontakt og kontinuitet i omsorgen.* Her har lovgiver gitt momenter for vurdering av hva som er barnets beste ved ”*stabil og god voksenkontakt og kontinuitet i omsorgen*”. Dette innebærer at noe av begrepets innhold er gitt på forånd. Disse verdimeslige vurderinger som er gitt av lovgiver blir premisser som rettsanvenderen senere vil måtte ta hensyn til i sin anvendelse av regelen. Utvalget legger også dette til grunn og uttaler ”*at rettsavgjørelser er bare aktuelt når enighet ikke oppnås, og også ved rettslige avgjørelser må det legges betydelig vekt på hva foreldrene samlet er i stand til å enes om. De rettslige løsninger bør primært bidra til at*

¹⁹ Høring - NOU 2008: 9 Med barnet i fokus

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/bld/dok/NOUer/2008/nou-2008-9/9.html?id=508192>

²⁰ Høring - NOU 2008: 9 Med barnet i fokus

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/bld/dok/NOUer/2008/nou-2008-9/9.html?id=508192>

²¹ Trude Haugli: Det mangfoldige barnets beste. Festskrift til Peter Lødrup: Bonus Pater Familias. Gyldendal akademisk 2002 s 313

*foreldre får et solidarisk ansvar for sine barn og unngå at foreldrene ikke skal fastholdes i en konflikt. Sekundært bidrar domstolene med å avskjære eller regulere konflikter om utøvelse av barneomsorgen mellom foreldre.*²²

I den forbindelse uttaler utvalget at *"Således er barnets beste ikke bare et kriterium for avgjørelser, men også en rettesnor for saksbehandlingen."*

Utvalget legger videre vekt på at disse behovene skal i varetas på måter som sikrer forutsigbarhet men også respekt for barnas behov, personlige kapasiteter og preferanser.

Etter artikkel 3 gjelder dette for "alle handlinger", både private og offentlige handlinger.

3 Historisk utvikling – kort om tidligere lovgivning.

Barns rett til medbestemmelse har vært et hovedperspektiv i norsk barnepolitikk i lang tid. Prinsippet er nedfelt blant annet i barneloven, barnevernloven, lov om pasientrettigheter, lov om opplæring og sosialtjeneste loven.²³

Før barnet når myndighetsalderen får det en del formelle rettigheter og plikter, med fastsatte aldersgrenser for ulike formål. Eksempler på dette finnes både i vergemålsloven, i barneloven og i annen lovgivning.

²² Høring - NOU 2008: 9 Med barnet i fokus

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/bld/dok/NOUer/2008/nou-2008-9/9.html?id=508192>

²³ Ot.prp. nr 45 (2002-2003) del 5.1.2.

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/regpubl/otprp/20022003/Otprp-nr-45-2002-2003-/5.html?id=172828>

Slike bestemmelser kan være begrunnet i barnets behov for beskyttelse og i en vurdering hvorvidt barnet har nådd en modenhet på et område som tilsier at det kan få ansvar, forpliktelser og rettigheter.

Norsk rett inneholder bestemmelser som gir barn rett til selvbestemmelse i enkelte saker, videre finnes det regler som krever samtykke fra barnet før avgjørelse kan tas, og det finnes også regler som gir barnet rett til informasjon/innsyn og til å uttale seg personlig eller gjennom verge.²⁴

Barneloven – lov 8.april 1981 nr 7 og barn og foreldre, i kraft fra 1.januar 1982, avløste lov 21.desember 1956 om barn i ekteskap(nr.9) og barn født utenom ekteskap(nr 10). I tillegg førte det til mindre endringer i flere lover.²⁵

Før barneloven av 1981 skilte norsk lovgivning mellom barn i og uten for ekteskap. Dette skillet innebar store forskjeller i rettsstillingen mellom de to gruppene.

Rettsutvikling har bidratt til mindre forskjell mellom barn i og utenfor ekteskap, først gjennom barnelovene av 1915(De Castbergske barnelover)²⁶ og 1956 og fram til barneloven av 1981. Andre trekk ved rettsutviklingen er likestilling mellom foreldrene og større selvstendighet for barnet i forholdet mellom barn og foreldrerollen.²⁷

Hvis vi tar for oss utviklingen av barns medbestemmelsesrett har den fulgt den generelle utviklingen i barneretten. Økt fokus på barnets beste har medført at det også er naturlig å høre hvilke meninger barnet selv mente var best for seg i den aktuelle situasjon. Den første bestemmelsen om barn rett til å bli hørt kom i barnevernloven av 1953, § 8. Barneloven av 1981 gikk lenger på dette området da den kom, og for å få en samkjøring mellom benyttet man denne bestemmelsen analogisk.

²⁴ Ot.prp. nr 45 (2002-2003) del 5.1.2.

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/regpubl/otprp/20022003/Otprp-nr-45-2002-2003-/5.html?id=172828>

²⁵ <http://abo.retsdata.no/propub/template.htm?view?main>, kommentar av Kirsten Sandberg

²⁶ Gudrun Holgersen, Barnerett, Høyskoleforlaget 2008

²⁷ Inge Lorange Backer: Barneloven, Kommentartutgave, 2. Utgave, Univeritetsforlaget 2008

Utviklingen av internasjonal barnerett kom til uttrykk med "Erklæringen om barns rettigheter" i 1959. Det var imidlertid ikke før barnekonvensjonen ble ratifisert av de første landene i 1989 at barns rettigheter kom på plass internasjonalt.²⁸

EMK art 8 har også bidratt til å styrke barns rettigheter, men det er først fra midten av 80- tallet og fram til i dag, at barns rettigheter ble tolket inn til å gjelde i denne artikkelen.

3.1 Barnets synspunkt skal tillegges vekt.

Beslutningene i barnevernet ble tidligere tatt av hensyn til samfunnet, og det var liten plass til barnet i beslutningsprosessen.

I løpet av 1950-tallet fikk man imidlertid større forståelse for at barnet måtte tas med i prosessen og denne utviklingen har fortsatt og i dag er det mer fokus på hva barnet selv mener i personlige forhold.²⁹ Bukholdt og Sandbæk(1998) hevder at "det har vært en voksende forståelse av at et barn besitter en kunnskap om eget liv som ikke andre har".

Dersom denne kunnskapen ikke blir tatt med vil det kunne medføre at det blir vanskeligere å komme fram til hva som er barnets beste. Videre er det av hensyn for at barnet ikke skal føle seg utelatt i saker som angår barnets personlige forhold.

4 Barnekonvensjon.

Barnekonvensjonen regulerer forholdet mellom stat og "ethvert menneske under 18 år,..." jfr artikkel 1. Konvensjonen tar sikte på å ivareta barns særlige stilling og behov, og Norge ble ved ratifisering av den folkerettslig forpliktet til å oppfylle alle

²⁸ Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt, Kirsten Sandberg: Barnekonvensjonen, FN's konvensjon om barnets rettigheter av Lucy Smith. Universtietsforlaget 2008

²⁹ Vigdis Bukholdt Mona Sandbæk, Praktisk barnevernsarbeid, Univesitetsforlaget 1998 4.rev.utg.

bestemmelsene i konvensjonen.³⁰ Dette innebærer at myndighetene er ansvarlige for å følge opp barnekonvensjonen.³¹ Konvensjonen forplikter i tillegg til regjering og Storting, også kommunene, fylkeskommunene og andre offentlige organer til å handle i tråd med bestemmelsene i konvensjonen.

Barn har en grunnleggende og ubetinget rett til omsorg. Omsorgsretten er en nødvendig forutsetning for barns rett til liv, og for deres rett til beskyttelse av integritet og verdighet. Omsorgsretten har ingen eksplisitt forankring i menneskerettighetskonvensjonene, men fremgår indirekte gjennom beskyttelsen av retten til liv i EMK artikkel 2 og SP artikkel 6, samt barnekonvensjonen artikkel 6 nr. 1.

Omsorgsretten har kommet til uttrykk flere steder i barnekonvensjonen, ikke som en uttrykkelig bestemmelse om barns rett til omsorg, men som spredte elementer, som på ulikt vis fremhever sider av omsorgsretten. Omsorgsretten fremgår tydelig i innledningen til konvensjonen .

Konvensjonen legger til grunn at barns fysiske og mentale umodenhet medfører et behov for særskilt omsorg og spesielle vernetiltak.

I del I (artikkel 1-41) inneholder sivile, politiske, økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter. De samme rettighetene finnes også i de alminnelige menneskerettskonvensjonene (hovedkonvensjonene-SP, ØSK, EMK-), men ved at de i tillegg er tatt inn i barnekonvensjonen, presiserer at de også gjelder for barn. I tillegg har konvensjonen regler som ivaretar barns særlige behov. Barn er i konvensjonen definert som personer under 18 år.³²

³⁰ Njål Hæstmælingen, Elin Saga Kjørholt, Kirsten Sandberg, Barnekonvensjonen, Lucy Smith FNs konvensjon om barnets rettigheter s 15, Universitetsforlaget 2008

³¹ Ot.prp nr 45 (2002-2003) del 3
<http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/regpubl/otprp/20022003/Otprp-nr-45-2002-2003-5.html?id=172828>

³² Ot.prp nr 45 (2002-2003) 3 kort oversikt over barnekonvensjonen
<http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/regpubl/otprp/20022003/Otprp-nr-45-2002-2003-5.html?id=172828>

Aldersgrensen gjelder for spesiallovene på rettsområdet dersom ikke annet er særlig bestemt i den lov som får anvendelse for barnet, slik at myndighetsalder nås tidligere (art. 1).

Retten til respekt for familielivet regnes som en av de grunnleggende menneskerettighetene, og er kommet til uttrykk i blant annet EMK art 8.nr1 *"sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse"*-

Forholdet mellom barn og foreldre regnes som å omfatte familieliv. Dette foreldre/barn forholdet er videre beskyttet etter Barnekonvensjonen art 7,8,9 og 16, i tillegg er retten til å opprettholde kontakten med foreldre regulert i Barnekonvensjonen art 9 nr 3.

Konvensjonen har en unik og sterk stilling internasjonalt og i 2007 var det bare USA og Somalia av alle verdens stater som ikke hadde ratifisert konvensjonen.

4.1 Nærmere om tolkning av innholdet i Barnekonvensjonen

I FAB 2008-2 – Nyere utvikling i barneretten av Lucy Smith sies følgende om tolkning av Barnekonvensjonen: *"Ved tolkingen av Barnekonvensjonen er – som ved konvensjoner ellers – den naturlige forståelse av ordene det klare utgangspunkt for tolkingen. Dette fremgår også av Wien-konvensjonen om traktatretten artikkel 32, punkt 1. Mange av konvensjonens artikler er lite presise, og det forhold at det ikke eksisterer en internasjonal domstol eller et klageorgan fører til at det hersker usikkerhet om innholdet av flere artikler."*

I Barnekonvensjonen brukes begreper som "respekter" og "sikre". Dette medfører at myndighetene må avstå fra å foreta handlinger eller beslutninger som er i strid med konvensjonen. Dette er en passiv utøvelse men i tillegg kreves det at myndighetene må foreta aktive handlinger for å sikre barns rettigheter. Dette følger

av artikkel 4 at myndighetene må *”treffe alle egnede lovgivningsmessige, administrative og andre tiltak for å gjennomføre de rettigheter som anerkjennes i denne konvensjon.”*

Det medfører at myndighetene må bruke ulike virkemidler i tillegg til juridiske for å fullbyrde konvensjonen. Eksempelvis tilrettelegging og koordinering av diverse hjelpetiltak, skoler og undervisning, slik at barn får den hjelpen de trenger. Økonomi er ett viktig virkemiddel i denne sammenheng slik at ved budsjettbehandling må det også tas hensyn til forpliktelsene i barnekonvensjonen. Det fremheves av Barnekomiteen, (se 4.2), at fire artikler i barnekonvensjonen skal gjelde som generelle prinsipper for hele konvensjonen, artikkel 2 om ikke-diskriminering, artikkel 3 nr 1 om barnets beste, artikkel 6 om barnets rett til liv og utvikling og artikkel 12 om respekten for barns synspunkter. Konvensjonen gir uttrykk for et generelt prinsipp. Det vil være opp til statene å presisere og konkretisere bestemmelsen på de forskjellige saksområder.³³

4.2 Barnekomiteen

Til tross for Barnkonvensjonens brede tilslutning, er det mange barn på verdensbasis som idag ikke får oppfylt sine rettigheter. FN har nedsatt en komité som skal følge med på at konvensjonen blir fulgt opp; FNs komité for barns rettigheter (Barnekomiteen). Komiteen er opprettet i medhold av barnekonvensjonen artikkel 43 – 45 og er konvensjonens tilsynsorgan og fører tilsyn ved hjelp av obligatorisk statsrapportering hvert 5 år. Disse rapportene skal redegjøre for statenes nasjonale gjennomføring av Barnekonvensjonen. Barnekomiteen utarbeider sluttkommentarer (“concluding observation”) til de enkelte rapportene. Sluttkommentarene gjengir positive og negative sider ved gjennomføringen i tillegg til anbefalinger til den enkelte stat.

³³ Ot.prp. nr. 29 (2002-2003) <http://www.regjeringen.no/nb/dep/bld/dok/regpubl/otprp/2002-2003/Otprp-nr-29-2002-2003--/10.html?id=126193>

Barnekomiteen er ett overvåkningsorgan og utgir på lik linje som andre overvåkningsorgan "general comments" – generelle kommentarer om tolkning av enkelte artikler og særlig viktige spørsmål, hvor det er tatt utgangspunkt i statsrapporteringene.³⁴ Disse kommentarene er imidlertid ikke rettslig bindene men er anses som "verdifulle retningslinjer for tolkingen og anvendelsen av konvensjonen."³⁵

Disse kommentarene vil imidlertid kunne medføre en viss dynamikk i tolkingen av konvensjonen og danne grunnlag for utvikling av sedvanerett. Barnkomiteen tolker konvensjonen i tråd med folkerettslig juridisk metode³⁶, slik at Barnekomiteen generelle kommentarer bør tillegges betydelig vekt i norsk rett.

Komiteen behandler ikke klager fra enkeltpersoner. Den nasjonale oppfølging av hvert enkelt land ivaretas ved at Komiteen behandler konvensjonsstatenes obligatoriske rapporter til Barnekomiteen og avgir konkluderende rapporter til den enkelte konvensjonsstat. Medlemsstatene skal levere en rapport hvert 5. år.

I tillegg til rapporten fra myndighetene, sendes det rapporter fra det sivile samfunn som utfyller og kommenterer myndighetenes rapport. Barneombudet har et særlig ansvar for å påse at norsk rett og forvaltningspraksis er i samsvar med konvensjonens bestemmelser, og som ledd i dette arbeidet sender Ombudet en egen rapport til barnekomiteen.

Innholdet i tilbakemeldingen fra Barnkomiteen er ikke juridisk bindende for landene slik at det følger ingen sanksjoner dersom et land lar være å følge konvensjonenes oppfordringer. Det er antatt at det er politisk vilje i medlemslandene slik at myndighetene jobber med å følge opp anbefalingene fra komiteen fortløpende.³⁷

³⁴ OHCHR – Committee on the Rights of the Child

(<http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/index.htm>)

³⁵ Njål Høstmælingen. Elin Saga Kjørholt, Kirsten Sandberg, Barnekonvensjonen - FNs konvensjon om barnets rettigheter, Lucy Smith s 22, Universitetsforlaget 2008

³⁶ Smith 2008 s 21-23

³⁷ Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt, Kirsten Sandberg: Barnekonvensjonen -FN konvensjon om barnets rettigheter av Lucy Smith,, Universitetsforlaget 2008

4.3 Gjennomføringsmetode i norsk rett

Selv om Norge følger det dualistiske prinsipp og ikke monistiske der konvensjonene kan anvendes direkte, vil de ratifiserte konvensjonene være relevante rettskilder med betydelig vekt. Presumpsjonsprinsippet i norsk rett medfører at norsk lov skal tolkes slik at den på best mulig måte samsvarer med våre internasjonale forpliktelser. De nasjonale domstolene vil dermed legge betydelig vekt på folkerettslige forpliktelser selv om de ikke er gjort til norsk lov. Skulle det vise seg at det oppstår motstrid mellom en folkerettslig regel som ikke er inkorporert(gjort til norsk lov) i norsk lov og, er hovedregelen at norsk lov går foran.³⁸

Barnekonvensjonen ble først gjennomført ved passiv transformasjon(konstatning av rettsharmoni), som har vært den vanligste metode for gjennomføring av menneskerettskonvensjoner i norsk rett.³⁹ Fordelen med denne metoden er at det kan bidra raskere til at konvensjonen trer i kraft. Denne prosessen kan i ettertid suppleres med aktiv innarbeiding(inkorporasjon).

Norge vedtok menneskerettighetsloven av 21.juni 1999 nr 30, og FNs SP, ØSK og EMK ble inkorporert i norsk rett.

Konvensjonens metode for gjennomføring følger det dualistiske prinsipp, som krever at konvensjonene måtte få en særskilt gjennomføringsakt for at reglene kan anvendes direkte i norsk rett.

Dette innebærer at ved motstrid mellom regelverkene vil konvensjonene som er inkorporert gå foran annen norsk lovgivning jfr mskl § 3.

³⁸ Torstein Eckhoff: Rettskildelære, 5.utgave ved Jan E. Helgesen s 315 flg, Universitetforlag 2.opplag 2005

³⁹ Ot.prp. nr. 45 (2002-2003) Om lov om endring i menneskerettsloven mv.

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/regpubl/otprp/20022003/Otprp-nr-45-2002-2003-/5.html?id=172828>

Barnekonvensjonen ble inkorporert i menneskerettighetsloven ved lov av 1. august 2003 nr 86: Lov om endringer i menneskerettsloven mv. (innarbeiding av barnekonvensjonen i norsk lov). Denne metoden ga bedre signaleffekt for barnekonvensjonen i norsk rett, og medførte til en sterkere formell rettslig stilling ved at den anvendes direkte som lov. Effekten av gjennomføringsmetoden gir også signaler til andre stater om Norge tar denne konvensjonen alvorlig. Inkorporasjonen innebærer at konvensjonen blir gjeldene som norsk lov på originalspråket i den utstrekning den er bindene for Norge.⁴⁰

4.4 Barnekonvensjonen artikkel 12

Barns rett til å si sin mening i saker som har betydning for dem, er en grunnleggende utøvelse av sin rett i til å bli anerkjent som selvstendige individer. Historisk sett har det vært to retninger i utviklingen med å fremme barns interesser; beskyttelse av barn ut fra deres sårbarhet og vekten på barnets evne til å opptre selv.⁴¹ Barnekonvensjonen har ivaretatt begge aspektene i konvensjonens artikkel 12. Artikkelen er en helt sentral rettighet i barnekonvensjonen og kommer inn uavhengig av livsområde.

Da artikkel 12 ble vedtatt, var den en nyskaping i internasjonal rett og som var kontroversiell. Etter hvert har det internasjonalt også blitt en større aksept for barnets rett til medbestemmelse i avgjørelser om personlige forhold.⁴²

⁴⁰ Torstein Eckhoff: Rettskildelære, 5.utgave ved Jan E. Helgesen, s 315 flg, Universitetforlaget, 2. Opplag 2005

⁴¹ Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt, Kirsten Sandberg: Barnekonvensjonen – Kirsten Sandberg kapitel 5 s 77 flg Universtitetsforlaget 2008

⁴² Lucy Smith/Peter Lødrup: Barn og foreldre s 116, Gyldendal Norske Forlag AS 2206, 7 utgave, 1.opplag 2006

Artikkel 12 i barnekonvensjonen gjelder barnets rett til å bli hørt i alle forhold som angår barnet selv og har fått følgende norsk oversettelse:

"1. Partene skal garantere et barn som er i stand til å danne 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 og på en måte som samsvarer med vedkommende lands saksbehandlingsregler."

Det følger av artikkel 12 at staten skal garantere at et barn som er i stand til å danne egne synspunkt skal ha rett til å gi uttrykk for det i saker som vedrører barnet ("affecting the child"), og at barnets synspunkter skal tillegges behørig vekt i samsvar med dets alder og modenhet. Dette innebærer at i saker som angår det enkelte barn skal avgjørelsen ikke tas "over hodet" på det, barnet skal få ha mulighet for påvirkning i utfallet. Bestemmelsens 2.ledd uttrykker at denne retten skal gjelde særlig i rettsaker og forvaltningsaker.⁴³

Innholdet i uttrykket "vedrører barnet"⁴⁴ er ikke entydig og det er tatt til orde for ulike tolkninger i fagmiljøene. En utvidene tolkning av uttrykket innebærer at "vedrører" skal omfatte alle beslutninger som angår barn, både på individ – og gruppenivå, uavhengig av hvem som fatter avgjørelsen. En så vid tolkning innebærer at barn skal høres som gruppe som for eksempel i politiske beslutninger om miljø og trafikksikkerhet.

Om dette er intensjonen bak artikkel 12 er tvilsomt og likeledes om statene har plikt til å høre barn i slike typer beslutning. En utbredt oppfatning er imidlertid at

⁴³ Ot.prp. nr. 29 (2002-2003) <http://www.regjeringen.no/nb/dep/bld/dok/regpubl/otprp/2002-2003/Otprp-nr-29-2002-2003--/10.html?id=126193>

⁴⁴ Lucy Smith, Nyere utvikling i barneretten – FAB 2008-2

artikkel 12 ikke bare gjelder for enkelt individ men også i en viss grad på gruppenivå, typisk i institusjoner, skoler og barnehager.⁴⁵

Artikkel 12 har først og fremst betydning for et barns rett til å bli hørt i alle forhold som angår barnet direkte. Særlig viktig er det at denne retten blir utøvet i administrative saker og domstolene, som er slått fast i artikkel 12, 2.ledd.

I flere land er dette gjennomført ved at barn er representert i flere ulike type organer i kommunene som behandler saker som angår barn direkte, eksempelvis ved planlegging av lekearealer, miljø ol. Det er uenighet om hvorvidt dette følger direkte av Barnekonvensjonen, men en uttalelse av Barnekomiteen vil være retningsgivende for rekkevidden av dette.⁴⁶

Hensynet til barnets beste skal i følge artikkel 3 være et overordnet prinsipp ved private og offentlige myndigheters behandling av spørsmål som gjelder barn i tillegg til barnets rett til å uttrykke sin mening i alle forhold som angår barnet.

Det er en nær sammenheng mellom artikkel 12 og artikkel 3 fordi barnets mening må tas i med i vurderingen av hva som er barnets beste. Uttaleretten kan i tillegg til å ivareta barnets menneskeverd, bidra til at saken blir bedre opplyst. Dette styrker også intensjonen i konvensjonen om å se saken med barnets øyne.⁴⁷

4.4.1 Grensen for retten til å bli hørt.

”Å bli hørt” kan etter ordlyden bli oppfattet som at barnet gis en passiv rolle, men i juridisk litteratur er dette også uttrykt som rett til å si sin mening, rett til å uttale seg

⁴⁵ Lucy Smith, Nyere utvikling i barneretten – FAB 2008-2

⁴⁶ jfr ot.prp. nr 45 (2002-2003) 5.1.

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/regpubl/otprp/20022003/Otprp-nr-45-2002-2003-/5.html?id=172828>

⁴⁷ Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt, Kirsten Sandberg: Barnekonvensjonen- Barns rett til å bli hørt, Kirsten Sandberg s 79, Universitetsforlaget 2008

og rett til å komme til orde. I forarbeidene og oversettelsen er dette utformet som rett "til å gi uttrykk for sine synspunkter i saker som berører det..."⁴⁸

Retten til å uttrykke sin mening kan etter barnkonvensjonen uttrykkes som en medbestemmelserett, slik at artikkel 12 ikke regulerer barns rett til selvbestemmelse. Dette medfører at barnekonvensjonen ikke gir barn rett til selvbestemmelse på områder som helsespørsmål, religionsfrihet og valg av utdanning før de har nådd en generelle myndighetsalder. "Medical autonomy" er ett begrep i mange europeiske land som har lavere grense enn myndighetsalder. Hovedregel i norsk rett er at barn oppnår full selvbestemmelsesrett i medisinske spørsmål fra fylte 16 år, jfr Lov av 2.juli 1999 nr 63: Lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven) § 3-3 1.ledd.⁴⁹

4.4.2 Barns grunnleggende friheter.

Barnets rett til innflytelse og medbestemmelse følger av konvensjonens grunnsyn om at barndommen har egne verdi og at barn er samfunnsborgere med krav på respekt for grunnleggende menneskerettigheter. Dette er et grunnsyn som gjenspeiles i konvensjonen ved at det er gitt egne bestemmelser som gir barn rett til ytringsfrihet, informasjon og tanke- og trosfrihet . Disse rettighetene utfyller retten til innflytelse og medbestemmelse. Barns rett til ytringsfrihet er gitt i konvensjonens artikkel 13. Ytringsfriheten rekker videre enn retten til å bli hørt, fordi ytringsfriheten gjelder i alle situasjoner, også i saker som ikke angår barn eller barns rettigheter. Dette innebærer at myndighetspersoner ikke kan sensurere barns

⁴⁸ jfr ot.prp. nr 45 (2002-2003) 5.1.1

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/regpubl/otprp/20022003/Otprp-nr-45-2002-2003-5.html?id=172828>

⁴⁹ ot.prp nr 45(2002-2003) 5.1.1

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/regpubl/otprp/20022003/Otprp-nr-45-2002-2003-5.html?id=172828>

ytringer, som for eksempel i en skoleavis. Ytringsfriheten medfører også en viss plikt for myndighetene å tilrettelegge forholdene slik at barns rett til å meddele og motta meninger blir ivaretatt. Formålsparagrafer jfr Lov av 19. desember 2008 nr 118 – Lov om grunnskolen og den vidaregåande opplæringa § 1-1, i grunnskole og vidaregåande skole gir klart uttrykk for at demokratiske verdier skal realiseres i forbindelse med skolens virksomhet .

Et eksempel på et slikt demokrati er elevråd og skoleavis, som kan være incentiver for barn til å benytte seg av sin rett til medbestemmelse.⁵⁰

4.4.3 Formålet med barns uttalerett

Hensikten med å gi barn rett til å bli hørt er at myndighetene og samfunnet bedre skal kunne avgjøre hva som er til barnets beste. Dette innebærer blant annet at man må aktivt innhente informasjon om og fra barnet. Ved å få barnets eget perspektiv i ulike konkrete tilfeller sørger myndigheter/forvaltning for at saken blir bedre opplyst. Etter Barnekonvensjonen er det barnet som kjenner sin livssituasjon best, slik at å utelukkende beskrive barnet "utenfra", etter hva foreldre eller saksbehandlere mener om barnets situasjon ikke oppfyller de krav som stilles i art 12 for å treffe en god nok avgjørelse som berører barn.

Barns uttalerett har i tillegg en egenverdi. I mange forhold der et barns uttalerett kan være aktuell, er det ofte sammensatte dilemma som reises, med komplekse livssituasjoner hvis løsning kan medføre store og omfattende endringer for barnet. Kritikken av dette instituttet har vært at det kan virke mot sin hensikt ved at lovens krav om å ha "barnets beste" (se mer om dette senere i oppgaven) som et overordnet prinsipp i mange tilfelle kan bryte med barns rett til å bli hørt.⁵¹

⁵⁰ Informasjonshäfte for barne- og familiedepartementet(BDF) utarbeidet av SMR.

⁵¹ Trude Haugli. Det mangfoldige barnets beste, Festskrift til Peter Lødrup; Bonus Pater Familias s 313

5 Oversikt av regelverk i norsk rett etter inkorporering av Barnekonvensjon art. 12

Myndighetsalderen i Norge er 18 år jfr vergemålsloven § 1, og fram til myndighetsalder er det vergen som opptrer på vegne av barnet. Normalt er tilsvarer vergen den/de som har foreldreansvaret for barnet.

I økonomiske forhold er utgangspunktet vergemålsloven § 33 flg som regulerer vergens plikter og oppgaver for barnet. Er barnet 14 år skal vergen høre barnets mening i før det treffes avgjørelser om økonomiske disposisjoner, med henvisning til barnelovens § 31 .

5.1 Barnelovens regler for medbestemmelsesrett

Barneloven er utgangspunktet for regulering av personlige forhold for barnet. Barneloven § 31 avløste en 12-års regel for medbestemmelsesrett i personlige forhold i vergemålsloven § 40.

Ved innføring lov 20. juni 2003 nr. 40, i kraft 1. april 2004, ble det omfattende endringer i barneloven. Et nytt kapittel kapittel 7 om saksbehandlingen i barnefordelings- og samværssaker ble innlemmet, og alle de andre prosessuelle reglene i barneloven ble flyttet til kapittelet. Det ble også innført en adgang for retten til å benytte ulike nye tiltak under saksforberedelsen, med sikte på å oppnå enighet mellom partene. En generell bestemmelse om barnets beste ble tatt inn i § 48, og prinsippet ble også gjort gjeldende for saksbehandlingen.⁵²

For å styrke barns rett til medbestemmelse ble det i Ot.prp. nr 29 (2002-2003) foreslått at grensen for barns ubetingede uttalerett burde senkes fra 12 til 7 år. Dette ble gjennomført i ny § 31-2.ledd. I originalteksten til artikkel 12 er aldersgrensen for når ett barn oppnår rett til medbestemmelse ikke nærmere angitt

⁵² Ot.prp. nr. 29 (2002-2003) <http://www.regjeringen.no/nb/dep/bld/dok/regpubl/otprp/2002-2003/Otprp-nr-29-2002-2003--/10.html?id=126193>

enn at denne inntreer når barnet er i stand til å danne egne meninger om personlige forhold jfr artikkel 12(1).

Medbestemmelse innebærer ikke først og fremst avgjørelser om hvilke klær barnet skal ha, det er heller ikke nødvendig at barnet er i stand til å danne seg et syn på det som skal avgjøres. Det holder at barnet har evne til å mene noe om som kan ha betydning for utfallet av saken.⁵³

Formålet med bestemmelsen er å gi barnekonvensjonens generelle prinsipp et synlig og konkret innhold i barneloven, slik at dette bidrar til en god gjennomføring av bestemmelsen i praksis blant annet ved at den får større gjennomslagskraft.⁵⁴

5.1.1 Ordlyd/forarbeider

I § 31 omhandles barnets rett til å være med på å ta avgjørelser om personlige forhold.

§ 31.1ledd:

Etter kvart som barnet blir i stand til å danne seg egne synspunkt på det saka dreiar 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.

Barneloven § 31- 1.ledd gir en alminnelig regel om barnets medbestemmelserett, og gjennomfører Barnkonvensjonen artikkel 12. Barnet skal etter bl §31- 1.ledd - 1.punktum få lov å si sin mening og etter 1.ledd-2.punktum skal det legges vekt på hva barnet mener.⁵⁵

⁵³ Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt, Kirsten Sandberg: Barnekonvensjonen, Barns rett til å bli hørt av Kirsten Sandberg, s 83-84, Universitetsforlaget 2008

⁵⁴ Q-15/2004 – Om saksbehandlingsregler i barnefordelingssaker for domstolene og høring av barn. 39-48

⁵⁵ Inge Lorange Backer: Barneloven, Kommentartutgave, 2 utgave s 292, Universitetsforlaget 2008

Medbestemmelsesretten etter § 31 gjelder bare for barnets personlige forhold. Dette innebærer ikke at det er barnet som bestemmer, men det skal vektlegges i den beslutningen foreldrene kommer til. Foreldrene kan mene at andre hensyn bør få større betydning – f.eks hensyn til søsken. Det følger av barneloven § 30 at foreldreansvaret innebærer at foreldrene har rett og plikt til å bestemme for barnet i personlige forhold. Foreldrenes bestemmelsesrett begrenses av offentligrettslige regler samt barneloven §§ 31-33.

Ved økonomiske forhold er medbestemmelsesretten regulert i vergemålsloven § 40, der grensen er trukket ved 14 år. Det fremgår ikke direkte av ordlyden i bestemmelsen at vergen skal vektlegge barnets mening, men det er naturlig at den forstås slik. Videre kan det ikke utelukkes at vergemålslovens § 40 er i strid med intensjonene i artikkel 12, slik at barn under 14 år også må få si sin mening i økonomiske forhold. I NOU 2004:16 er det i utkast § 2-4 til ny vergemålslov foreslått å senke denne grensen til 12 år.⁵⁶

Selv om barneloven § 31 ikke krever at barnet ikke informeres om familiens økonomiske situasjon eller andre endringer som får konsekvenser for barnet, er det naturlig å følge prinsippene i § 31.⁵⁷

§31-2.ledd:

Når barnet er fylt 7 år, skal det få seie si mening 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.

Det følger av andre ledd at barn fra 7 år skal få si sin mening før foreldre og andre tar avgjørelser om personlige forhold for barnet. Senking av aldersgrensen er i tråd med forslaget i NOU og prp fra 1981, jfr inst s 8-9.⁵⁸ Særlig aktuelt er dette i

⁵⁶ Inge Lorange Backer: Barneloven, Kommentarutgave, 2. utgave s 293, Universitetsforlaget 2008

⁵⁷ Inge Lorange Backer: Barneloven, Kommentarutgave, 2. utgave s 293, Universitetsforlaget 2008

⁵⁸ Inge Lorange Backer: Barneloven Kommentarutgave, 2. utgave s 294. Universitetsforlaget 2008, 2. opplag

saker om hvem av foreldrene barnet skal bo hos. Dette betyr ikke at barn under 7 år ikke kan høres eller ikke har noen mening. De har rett til å uttale seg etter den generelle regelen i første ledd. Plikten til å høre barnet henger sammen hva barnet skal mene noe om. Hvor mye barnet forstår av forholdet det dreier seg om, må vurderes konkret i hver sak. Barn under 7 år kan ha verdifull informasjon og plikten til å høre barn har nær sammenheng med hvilke forhold det dreier seg om.⁵⁹ Har barnet fylt 12 år skal det imidlertid legges stor vekt på barnets mening. Hvor stor vekt det skal tillegges vil i utgangspunktet øke proporsjonalt med barnets alder etter 12 år. Er barnet mindre modent enn alderen skulle tilsi så må dette avveies som ett moment i vurdering om hvor mye barnets mening skal vektlegges.⁶⁰ Barnets mening er ett moment som skal hensynstas når det fattes en beslutning, men barnets syn vil ha variende vekt. Dette vil variere med hva slags spørsmål barnet skal ta stilling til, og beror etter dette på omstendighetene og foreldrenes skjønn jfr NOU s 124 sp 1.⁶¹

Det er frivillig om barnet vil si sin mening i saker om foreldreansvar, fast bosted eller samværsrett, det er en rett og ingen plikt.⁶² Det som er essensielt er at barnet har fått muligheten til å uttale seg.

I første ledd tredje punktum gjelder barnets medbestemmelsesrett også i forhold til "*andre som barnet bur hos eller som har med barnet å gjøre.*" Dette tillegget som kom inn i forbindelse med Justiskomiteens behandling, har i Innsr.O.nr.30 (1980-1981) s.9 gitt følgende innhold:

"...Komiteen tenker her særlig på verger, fosterforeldre, institusjoner eller andre som barnet bor hos i kortere tid eller som på annen måte har med barnets personlige forhold å gjøre."

⁵⁹ <http://abo.reettsdata.no/propub/template.htm?view=main>, Kirsten Sandberg, kommentarer note 77

⁶⁰ <http://abo.reettsdata.no/propub/template.htm?view?main>. Kirsten Sandberg, kommentarer note 79

⁶¹ Inge Lorange Backer: Barneloven Kommentarutgave, 2. utgave s 298. Universitetsforlaget 2008.

⁶² Innst.O nr .96 (2202-2003) s 22.

Forarbeidene, Ot.prp.29(2002-2003), angir at § 31 viderefører gjeldene rett i bestemmelsens første ledd, at det skal legges en skjønnsmessig vurdering til grunn om barnet skal høres og om hva det skal høres.

Endringen i 1.ledd, første og andre punktum er endret for å være i samsvar med barnekonvensjonen art 12 nr 1 og er ikke ment å være noen realitetsendring av gjeldene rett.

Det Stortinget behandlet saken ble det i Inst. O nr 96 (2002-2003) uttalt at:

”Komiteen er av den oppfatning at barn bør få mulighet til å uttale seg i

barnefordelingssaker, men at ingen barn har plikt til å uttale seg”. Komiteen

understreker at domstolen alltid skal vurderer barnets eventuell uttalelse i forhold til barnets alder og modenhet, og at barnets uttalelse også i framtiden skal tillegges stor, men ikke nødvendigvis avgjørende vekt.. Det er ikke krav til skriftelighet for viderefremidling av barnets uttalelser .

5.1.2 Rettspraksis

Dersom barn over 7 år ikke er har fått anledning til si sin mening i saken før det treffes et vedtak, har rettspraksis fastslått at dette vil være en saksbehandlingsfeil som vil føre til opphevelse av avgjørelsen.

I en kjennelse av Høyesterett(HR) – Rt. 1999 s 1183 ble lagmannsrettens kjennelse i en sak om midlertidig avgjørelse i en barnefordelingssak opphevet fordi barnet ikke hadde fått si sin mening i samsvar med bl § 31. På dette tidspunktet var ikke aldersgrensen endret fra 12 til 7 år, men HR legger vekt på ordlyden og forarbeidene. Fra dette kan det være grunnlag for å anta at HR avgjørelse ville ha blitt det samme dersom aldersgrensen hadde vært senket til dagens.

Dette var også resultatet i Rettensgang - 2005 s1387 som gjaldt en sak om midlertidig avgjørelse av spørsmål om omsorg og samvær. Tingretten hadde ikke hørt barnet, som var 9 år - hverken direkte eller ved avhør av den rettsoppnevnte sakkyndige. Tingrettens kjennelse ble opphevet av lagmannsretten, som anså

barnets rett til å uttale seg som så ubetinget at den også gjaldt ved midlertidige avgjørelser.

Rettstidene 2004 s 811 gjaldt en sak om endring av dom for omfanget av samværsrett, jf barnelova § 39 annet ledd 2 punktum. Barna ble ikke spurt om å uttale seg. Selv om utgangspunktet er at barn skal gis anledning til å uttale seg når det etter modenhet, alder og forutsetninger ellers har grunnlag for å gjøre det, jf barneloven § 31 og barnekonvensjonen artikkel 12, kom HR etter en konkret vurdering til at lagmannsrettens avgjørelse ikke var beheftet med saksbehandlingsfeil. Når saken sto for Borgarting Lagmannsrett var ikke Barnekonvensjonen inkorporert i menneskerettsloven av 1999 og endringen av Barneloven § 31 var ikke gjennomført. Det rettslige utgangspunktet som skal legges til grunn blir lovreglene på domstidspunktet jfr avsnitt 29 i dommen.

I avsnitt 37 uttaler HR at det etter førstvoterendes mening ikke var noen absolutt grense for uttalesesrett ved 12 år. Dette begrunnes med at *"i alle tilfelle må det skje ei vurdering av barnet sine personlege føresetnader. Og til grunn for denne vurderinga må, både etter barnelova og etter barnekonvensjonen, barnets beste vere styrande.* Når det er slik, er det også klart nok at det vil ha *"innverknad kva interesser det er som det er tale om."* I avsnitt 39 og 40 kommer førstvoterende inn på barnets mentale alder og balanse, som antas å fravike fra det som ellers er normalt for et barn på samme alder. Førstvoterende legger til grunn at det må foretas en konkret helhetsvurdering ut fra de forhold som saken gjelder. (avsn 44) Videre uttaler førstvoterende i avsn. 47 at utgangspunktet etter barneloven §31 og Barnekonvensjonen art 12 er at barnet skulle høres, men i dette konkrete tilfellet vil det grunnleggende hensynet til barnets beste veie tyngre enn retten til å bli hørt. Dette vil også gjelde for saksbehandlingen i dette tilfellet.

Grunnen til dette kommer frem i avsn 49, barnet kunne i dette tilfellet lett bli utsatt for press, slik at barnets beste ikke ville bli tilstrekkelig i varetatt dersom det skulle forklare seg for retten.

Resultatet i denne avgjørelsen kan oppfattes som et brudd med den rettspraksis som nevnt over. Imidlertid oppfatter jeg avgjørelsen i Rt. 2004.s 811 som en konkret avgjørelse i en spesiell sak.

Resultatet i avgjørelsen endrer med dette ikke nødvendigvis den tidligere rettspraksis (se over) om at brudd på barnets rett til å bli hørt, innebærer en saksbehandlingsfeil som resulterer i opphevelse av avgjørelser i de saker dette ikke gjennomført etter reglene i barneloven § 31 og Barnekonvensjonen art 12. I Lødrup/Smith, Barn og foreldre, kommentere forfatterene avgjørelsen og sier seg enig i dens resultat. Imidlertid påpeker forfatterne at det er uheldig at Høyesteretts i sin uttalelser åpner for at barnets rett til å bli hørt i alle tilfeller må vurderes opp mot barnets beste. Forfatterne hevder at dette er i strid med både barnekonvensjonen og barneloven.⁶³

Rettstidende 2005 s 682 omhandler flytting av fast bosted fra mor til far. HR gikk i mot barnets ønske om å opprettholde sitt fastebosted. Med en kort henvisning til at endringene barneloven § 31, som ikke var trådt i kraft på avgjørelsestidspunktet, problematiseres ikke endringene av førstvoterende, da de ikke kommer til anvendelse(avsn 26). Det avgjørende i denne saken var etter HR synspunkt var barnets beste jfr barnelovens § 48. Fordi det var et høyt konflikt nivå mellom foreldrene, ble det lagt avgjørende vekt på den sakkyndiges mening(avsn 41).

Rettstidende 2007 s 376. I en tvist om hvorvidt to barn på 9 og 12 skulle flyttes fra faren til moren, ble det avgjørende vekt på barnas ønsker. HR uttaler i avsn 22 ” *at begge foreldrene har god og tilnærmet lik omsorgsevne*”. Barna er velfungerende og det legges til grunn at er veletablert hos sin far. Som grunnlag for å endre dette uttaler HR :”*I et slikt tilfelle må det, for å endre situasjonen, kreves at en flytting vil medføre fordeler for barna jf Rt 1996 s420.*”

⁶³ Lucy Smith og Peter Lødrup: Barn og foreldre 7.utgave Gyldendal Norsk Forlag AS 2006, 1. Opplag 2006, s 117

I avsnitt 23 uttaler førstvoterende at barnas fordel i denne saken vil være at de får bo *"der de selv har uttrykt ønske om å få bo."* Førstvoterende tar utgangspunkt i ordlyden i barneloven § 31 uten å problematisere den nærmere. Imidlertid sier førstvoterende noe om vekten av barnets mening; *"når barnet har nådd en viss alder, og har klart gitt uttrykk for en fast mening, legge betydelig vekt på denne."* Videre uttales det : *"Ellers vil ordningen med å rådspørre barna, som ofte innebærer en stor belastning for dem, kunne virke respektløs og krenkende."* Dette blir da også det som er avgjørende for resultatet, HR finner ikke at noen av ulempene ved å flytte(bytting av skole) veier tyngre enn barnas ønsker(avsn 29). Det avgjørende etter en konkret vurdering ble barnas egne ønsker.

5.2 Barneloven § 61 - Innhenting av barnets mening.

I forbindelse med reformen av 2003(se pkt 5.1) ble kapittel 7 om *"Sakshandsaminga i saker om foreldreansvaret, om kvar barnet skal bu fast og om samvær"* vedtatt. Bakgrunnen var å legge til rette for en saksbehandling som bedre ivaretar løsninger i samsvar med prinsippet om barnets beste, og å dempe eller forhindre konflikter mellom foreldre i deres forhold til barnet.⁶⁴

I § 61 angis nærmere virkemidler for rettens behandling i saker om barnfordeling, fast bosted eller samvær. Paragrafen er en nøkkelbestemmelse i reformen og må suppleres med bestemmelsene i tvisteloven, som medfører at enkelte bestemmelser i § 61 får generell anvendelse i sivile saker.⁶⁵

5.2.1 Ordlyd/forarbeider

§ 61 nr 4 gjelder innhenting av barnets mening:

Etter ordlyden kan dommeren jfr § 31 snakke med barnet aleine,

⁶⁴ Inge Lorange Backer: Barneloven Kommentarutgave, 2.utgave s 426, Universitetsforlaget 2008

⁶⁵ Inge Lorange Backer: Barneloven Kommentarutgave, 2 utgave s546, Universitetsforlaget 2008

jfr § 61-1-ledd-nr 4 første punktum, eventuelt med sammen med en ”sakkunnig eller annen eigna person” som retten etter andre punktum engasjere i forbindelse med saken. Fordi om det er oppnevnt sakkyndig i saken, kan dommeren velge gjennomføre samtale med barnet alene. Etter annet punktum kan retten velge å la den sakkyndige ha samtale alene med barnet og rapportere tilbake til retten, jfr § 50- 2.ledd – andre punktum.⁶⁶

Dersom det er oppnevnt en representant for barnet etter regelen i § 61 nr 5, er det uttalelser i Ot.prp. nr 29(2002-2003) s 47 som taler mot at representaten kan innhente barnets mening, selv om ordlyden i nr 5 kan tolkes til å åpne for det. Det samme advares det mot i veilederer Q-15/2004 - Om saksbehandlingsregler i barnefordelingssaker, for domstolene og høring av barn s 20.

Etter § 61-1.ledd.nr 4 står dommeren fritt til å velge mellom alternativene alt etter hvilke forutsetninger som ligger til grunn i den enkelt sak . Det er opp til dommeren, eventuelt den som er oppnevnt av dommeren, å bestemme hvor og hvordan samtalen med barnet skal gjennomføres. Partene kan på forhånd få uttale seg om hvordan det skal gjennomføres men kan ikke bestemme innholdet i samtalen. Dommersamtalen vil normalt skje utenfor rettsmøte.⁶⁷

5.2.2 Retningslinjer for innhenting av barnet mening/Q-15/2004

I Q-15/2004- Om saksbehandlingsregler i barnefordelingssaker for domstolene og høring av barn s 39-48 pkt 6.2.3 er det fokus på å gi barnets meningen ett nærmere innhold. Herunder oppsummeres dette til at barnet ofte tror at sin mening om saken er ens egen objektivt sett. Videre fremkommer det at barnets mening i mange tilfeller må anses å være påvirket fra en av foreldrenes side, dette bør legges til grunn med mindre det helt klart fremkommer at barnet har et selvstendig objektivt syn på saken. Forøvrig er det i denne veiledning i all hovedsak fokus på saker om barnefordeling og hvor barnet skal bo ved samlivsbrudd. Når veilederen

⁶⁶ Inge Lorange Backer: Barneloven Kommentartutgave, 2.utgave s 555, Universitetsforlaget 2008

⁶⁷ Inge Lorange Backer: Barneloven Kommentartutgave, 2.utgave s 555, Universitetsforlaget 2008

under pkt 6.2.4 tar utgangspunkt i barnets generelle og utvikling og grunnleggende funksjoner, herunder hukommelse, forståelse, problemløsning mm (kognitiv kapasitet), er det nærliggende å anta at disse betraktninger også vil gjelde i andre sammenhenger der barnet har en rett å bli hørt.

Hvor det enkelte barn er i denne utviklingen anbefales at dommer eller en oppnevnt sakkyndig har satt seg inn i på forhånd eller alternativt kartlegger dette i den innledende delen av samtalen med barnet som har til hensikt å få fram barnets mening. Praktiske råd om gjennomføring av samtalen under pkt 6.2.6 er også generelle. Hvorvidt tidspunktet for gjennomføring av samtalen bør foretas tidlig eller sent i prosessen vurderes konkret i hvert tilfelle, ut fra grad av konflikt nivå mellom foreldrene.

Hovedregel er iflg 6.2.6 at man skal drøfte/planlegge gjennomføring av samtalen med foreldrene i forkant. En slik praksis kan gi god innsikt i konflikten, men hvorvidt det er egnet til å la barnets mening tolkes objektivt, vil kunne være usikkert. Man kan langt på vei danne seg ett forhåndsuttrykk som igjen kan medføre mindre objektivitet i det som anses som barnets mening.

Videre er det også lagt til grunn at barn på barneskole-nivå kan oppleve det vanskelig å snakke alene med fremmede voksne, slik at det anbefales at minst en av foreldrene deltar i samtalen. Unntak for dette er i saker der foreldrene er uenig i bosted, samværs og foreldreansvar. Slik denne veilederen er utformet, vil det ofte medføre at dette er tilfellet og veilederen har da gitt forslag til løsning på dette – dersom barnet ønsker å ha med foreldrene under samtalen. Begrunnelsen er hensynet til barnets beste. Strengt tatt er vel hele regelverket lagt opp etter hensynet til barnets beste.

Videre gis det forslag til en del utgangspunkt som samtalen med barnet bør inneholde. Slik den er utformet er det nærliggende å anta at det vil bli utformet en konkret tilpassing i hvert tilfelle.

Under pkt 6.3 om videreformidling av barnets uttalelser slås det fast foreldrenes rett til å få vite barnets mening, av hensyn til regelen om kontradiksjon i forbindelse med sakens opplysning i norsk rett.⁶⁸

Hvorvidt det da skulle gies en adgang for barn til å imøtegå de innsigelser som måtte komme fra foreldrene om barnets mening, er ikke opplyst. Kanskje rekkes ikke kontradiksjonsprinsippet så langt. Er barnet redd for å uttrykke seg fritt av hensyn til foreldrene kan en avklaring på foreldrenes reaksjon avhjelpe barnets frustrasjon og usikkerhet.

Selv om det ikke er krav til skriftlighet ved gjengivelse av barnets mening (se punkt 5.1.1), så legges det føringer om at skriftlig referat er en foretrukket fremgangsmåte..

Hva som skal videreformidles er basert på en konkret vurdering utfra konfliktnivå mm i den enkelte sak, og det anmodes om at man skal unngå å forsterke familiekonflikten ved uheldige uttryksmåter etc.

En slik konkret vurdering kan være uheldig i det barnets mening blir utsatt for tolkning når det skal gjengis og det er vanskelig å etterprøve om det var barnets mening som objektivt fremkom.

Til sist tas det høyde for at det kan fremkomme opplysninger om alvorlige forhold som barnet ikke ønsker skal videreformidles, eller at det under samtalen oppstår situasjoner som gir grunnlag for bekymring eller at barnet er satt under press. I slike situasjoner er det anbefalt at dommer og sakkyndig vurderer hvordan dette best håndteres.

Det blir en konkret avveining som legges til grunn. Skulle det oppstå uenighet om hva som er juridisk og etisk riktig handlemåte overfor slikt opplysninger, gir ikke veilederen nærmere klarhet i hvordan dette kan løses. Videre er det ingen

⁶⁸ Henry John Mæland: Kort prosess, 2.opplag 2007 s 28, Justian AS

anbefalinger om hvorvidt avgjørelsen som treffes er i samsvar med barnets oppfatning av situasjonen.

I Barneloven kommentarutgave 2. utgave av Inge Lorange Backer tar forfatteren til orde for at formidlingen må være lojal overfor barnet. Når barnet har sagt at klart fra om at en opplysning ikke må bringes videre, kan det medføre en konflikt mellom prinsippet om barnets beste i barnelovens § 48 og prosessuelle regler, herunder det kontradiktoriske prinsipp. Videre hevder Backer at hensynet til barnet bør veie tyngst slik at Barnekonvensjonens prinsipper settes foran de prosessuelle prinsippene i EMK.

Veilederen gir bare generelle retningslinjer for å innhente barnets mening og saken tilstrekkelig opplyst og den praktiske gjennomføring kan variere. Det er ønskelig med en forutberegnlighet i norsk rett. Så langt er det eneste som er forutberegnlighet er at man har rett til å si sin mening. Dette er i stor grad gjennomført i nyere Høyesterettspraksis. Hvor stor tyngde barnets mening skal vektlegges og hvorvidt det synspunkt som tillegges barnet er det som reelt er fremkommet, er noe uklart og synes hovedsakelig basert på en konkret avveinig i hvert tilfelle.

5.2.3 Rettspraksis

Rettstidene 2005 s 466 gjaldt en avgjørelse hvorvidt det skulle oppnevnes sakkyndig etter barnelovens § 61. Under behandling i lagmannsretten fant retten at det ikke var nødvendig med oppnevning av sakkyndig.

Høyesterett viser i avgjørelsen, avsn 23 til forarbeidene; ”*sikre seg at barnets medbestemmelsesrett reelt sett blir i varetatt ved at den ev. høring og den etterfølgende vektleggningen av denne skjer på en forsvarlig måte.*” Videre uttaler førstvoterende at gitt det høye konfliktnivå som er mellom foreldrene, kan samtalen med barnet under slike forhold, ivaretas ved at det oppnevnes en sakkyndig etter reglene i § 61-1.ledd nr 4.

Høyesterett kom til at lagmannsrettens avgjørelse ble opprettholdt.

5.3 Barnevernloven § 6-3

Det er et grunnleggende prinsipp i det norske samfunn at forsørgeransvaret for barna ligger hos foreldrene. Det er også de som har ansvar for å oppdra barnet. I 1896 kom Norge med den såkalte vergerådloven, en egen barnelov, og var det første land i verden med egen lov for dette rettsområdet.

Lov om barneverntjenester av 17.juli 1992 nr 100 trådte i kraft 1. januar 1993. Loven avløste lov av 17. juli 1953 nr 14 om barnevern.⁶⁹

Ved barnevernloven i 1993 - § 7-9, kom det inn en bestemmelse om bruk av talsperson for barnet, for å sikre at barnets rett til å bli hørt ble bedre ivarett. Barnets talsperson oppnevnes av Fylkesnemda og har som oppgave å ivareta barnets interesser på en objektiv måte og skal komme med en vurdering om barnets mening i en rapport.⁷⁰

Barnevernlovens formål er å sikre at barn og unge ikke blir utsatt for omsorgssvikt eller andre skadelige oppvekstvilkår. Dette innebærer at barnevernloven gir det offentlige adgang til innskrenkning i foreldrenes ansvar og rettigheter overfor barnet. Videre regulerer loven grensene for når det kan iverksettes tiltak og hvilke typer tiltak som kan iverksettes i forholdet mellom barn og foreldre.⁷¹

Loven gir regler om administrative forhold og ansvarsforhold mellom ulike offentlige organer, i tillegg til materielle regler for inngreps- og hjelpetvedtak samt

⁶⁹ Knut Lindboe: Barnevernrett, 5.utgave, s 37 Universitetsforlaget 2008

⁷⁰ Knut Lindboe: Barnevernloven, 5.utgave 2006, s 92-93 Gyldendals Norske Forlag AS 2006

⁷¹ Knut Lindboe: Barnevernloven, 5 utgave 2006 s 11, Gyldendals Norske Forlag AS 2008

regler for ivaretagelsen av barn i saker ved omsorgsovertakelse. Barnevernloven regulerer også de ulike kravene som stilles til kompetanse når det fattes vedtak.⁷² Kapittel 7 i loven omhandler regler for Fylkesnemda for barnevern og sosiale saker. Fylkesnemdene har vedtaksmyndighet i de reglene som har karakter av tvangsinngrep. Barnevernloven gir adgang til meget inngripende tiltak, det er imidlertid knyttet strenge vilkår til for de ulike tiltakene. Dette er i samsvar med legalitetsprinsippet i norsk lov, det må være en lovhjemmel som gir adgang til et inngrep i den enkelte familie.⁷³

5.3.1 Ordlyd/forarbeider

Barnevernloven § 6-3-1 regulerer barn rett til å bli hørt i barnevernsaker.

Et barn som er fylt 7 år, og yngre barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter, skal informeres og gis anledning til å uttale seg før det tas avgjørelse i sak som berører ham eller henne. Barnets mening skal tillegges vekt i samsvar med barnets alder og modenhet .

Bestemmelsens 1.ledd ble endret i forbindelse med inkorporasjonen av Barnekonvensjonen gjennom menneskerettsloven og synliggjøring av konvensjonens artikkel 12, se over.

Før endringen var det bare barn over 12 år som hadde en ubetinget rett til å si sin mening før det ble truffet vedtak etter barnevernloven. Denne rettigheten gjaldt bare i saker om plassering i fosterhjem, institusjon og flytting.

Barnekonvensjonen art 2 fastslår denne retten gjelder til å gjelde også i rettssaker og forvaltningssaker. (se over)

⁷² NOU 2000:2 Barnevernet i Norge, <http://www.regjeringen.no/nb/dep/bld/dok/NOUer/2000/NOU-2000-12/4/2.html?id=358173>

⁷³ Knut Lindboe: Barnevernloven, 5 utgave 2006 s 41, Gyldendals Norske Forlag AS 2008

§ 6-3 1.ledd gir etter endringen barn over 7 år en ubetinget rett til å uttale seg og til å få informasjon i saker der barnevernet skal treffes avgjørelse som angår barnet. Barn over 7 år har en ubetinget rett uansett modenhet og utvikling. Barn under 7 år har denne rett dersom det er modent nok til å ha egne synspunkter om forholdene. Det skal bero på en konkret vurdering i hvert tilfelle hvorvidt barnet er i stand til å danne egne synspunkt og derfor få rett til uttale seg og til å få informasjon. Som i barneloven er dette en rett men ikke noe plikt for barnet og i forarbeidene⁷⁴ understrekes det at det er viktig at barnet ikke føler et press for å si sin mening. Dette innebærer at barnet skal opplyses at det er frivillig om det vil uttale seg.

5.3.2 Rekkevidde for uttalelsesretten.

Rett til å si sin mening og rett til informasjon gjelder i "*avgjørelser i sak som berører han eller henne*".

Bestemmelsen innebærer at et barn som er fylt 7 år, skal ha en ubetinget rett til informasjon og til å uttale i seg i alle saker etter barnevernloven som berører barnet før det fattes en avgjørelse. Det vil bero på en konkret vurdering i hvert enkelte tilfelle om et barn som er under 7 år, anses å være i stand til å danne egne synspunkter, slik at det bør informeres og gis anledning til uttrykke sine synspunkter.

Dette innebærer at uttalelsesretten gjelder for alvorlige saker mellom foreldre og barn, som ved omsorgsovertagelse, samværsrett og adopsjon, og til mindre inngripende saker som eksempel oppnevning av støttekontakt og besøkshjem. Det synes å trekke en grense i denne retten mot saker som i første rekke berører foreldrene direkte, som for eksempel saker om økonomisk stønad til foreldrene.

Formålet med bestemmelsen er å sikre at barnet gis anledning til å uttale seg før avgjørelse treffes. Dette er et viktig element i arbeidet med tilstrekkelig opplysning av saken.

⁷⁴ Ot.prp.nr .45(2002-2003) s 29-30

Plikten til å sørge for at barnet får informasjon, er en forutsetning for at barnet skal kunne få et grunnlag å uttale seg på . Av forarbeidene⁷⁵ fremgår det at barnet ikke trenger å ha en mening om utfallet i saken, det som er essensielt er at barnet gis rett til å uttale seg som det ønsker om forholdet.

Barnet skal gis anledning til å uttale seg om forhold det selv ønsker å si noe om i sakens anledning.

Barnevernmyndigheten har etter bestemmelsen plikt til å informere barnet og til å legge til rette for at barnet får anledning til å uttale seg.

Ansvar for å påse at barnet har fått anledning til å sin mening og mottatt den informasjon som de er berettiget til hviler på det organet som fatter avgjørelse i saken. Dette er presisert i forarbeidene⁷⁶.

Dette organet er ofte den kommunale barneverntjenesten. Det er imidlertid fylkesnemnda som har ansvaret for sosiale saker der den har myndighet til å treffe avgjørelser. Finner nemnda at barnet ikke i tilstrekkelig grad har fått anledning til å uttale seg tidligere i prosessen, må nemnda selv ta initiativ til at dette gjennomføres. Fylkesnemnda kan for eksempel oppnevne en talsperson for barnet, for eksempel ved at det oppnevnes talsperson for barnet etter bvl § 7-4. Fylkesmannen vil også være forpliktet til å påse at barnet i nødvendig grad har fått anledning til å uttale seg når Fylkesmannen behandler klagesaker etter barnevernloven.⁷⁷

⁷⁵ Ot.prp. nr 45 (2002-2003)

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/regpubl/otprp/20022003/Otprp-nr-45-2002-2003-5.html?id=172828>

⁷⁶ jf. Ot.prp. 45 (2002-2003) <http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/regpubl/otprp/20022003/Otprp-nr-45-2002-2003-5.html?id=172828>

⁷⁷ Knut Lindboe, Barnevernloven, s 92-93 Gyldendal Norske Forlag AS 2006, 5.utgave

I forarbeidene⁷⁸ er det lagt til grunn at det organ som skal treffe avgjørelsen bestemmer hvordan samtalen med det enkelte barn skal tilrettelegges og gjennomføres ut fra hensynet til barnet. Også når det gjelder tilrettelegging og gjennomføring, må barnets mening tillegges vekt. Videre fremgår det av forarbeidene⁷⁹ at organet som fatter avgjørelsen ikke nødvendigvis trenger å gjennomføre samtalen selv.

Annet ledd gir regler om barnet selvstendig partsrettigheter fra fylte 15 år. Denne bestemmelsen vil bli behandlet sammen med forvaltningslovens regler for barn.

5.3.3 Vekten av barnets mening/rettspraksis.

Det organ som tar avgjørelse i saken, skal se hen til barnets alder og modenhet når den avgjør hvor stor vekt barnets mening skal tillegges jfr.1-ledd 2. Punktum. Dette vil bero på en konkret og individuell vurdering i hvert enkelt tilfelle. Som hovedregel vil det være slik at jo eldre og mer modent barnet er, jo større vekt skal det legges på dets mening om saken. Barnets mening vil imidlertid være ett moment i den helhetsvurderingen som foretas i en barnevernsak. Det innebærer at barnets mening ikke alltid kan få avgjørende betydning. Det vil bli en konkret vurdering i det enkelte tilfelle og momenter som er av betydning er blant annet hvilke forhold for barnet det skal fattes avgjørelsen om.

Dette er kommet frem i rettspraksis, Rt. 1998 s.1702⁸⁰. Saken gjaldt omsorgsovertakelse og førstvoterende uttalte at bestemmelsens regel om at det skal legges vekt på barnets mening ikke medfører at det uten videre er barnets mening som skal følges.

⁷⁸ Ot.prp.nr 45 (2002-2003) s.29-30

⁷⁹ jf. Ot.prp 45 (2002-2003) s.29-30

⁸⁰ Før lovendring av § 6-3 i 2003 inneholdt bestemmelsen en generell formulering som innebar at barnets mening skal tillegges vekt. Dommen er av den grunn fortsatt ansett som relevant jfr Ofstad/Skar – Barnevernloven med kommentarer s 274.

I Rt. 2004 s 999 gjaldt tvist om omsorgsovertakelse av en 12 år gammel gutt med adferdsvansker. Førstvoterende uttaler i avsn 54 at "etter barnevernloven § 6-3 skal det legges vekt på barnets mening " i samsvar med barnets alder og modenhet".. HR vurderer at vekten av guttens mening i saken bør reduseres. I midlertid er ikke reduksjonen så stor at det ikke skal legges vekt på barnets standpunkt i grunnlaget for avgjørelsen. Barnets alder tilsier at hans mening må tas på alvor (avsn 55). Dette gjentas av førstvoterende i avsn 56 med henvisning til bl § 31 som uttrykker at det skal tillegges stor vekt på barnets mening etter fylte 12 år. Resultatet førte til en tilbakeføring til moren som var i tråd med guttens eget ønske. Avgjørelsen var enstemmig. HR uttrykker at saken var kompleks og resultatet kom etter en helhetvurdering men resultatet er i tråd med barnets ønske slik at det kan være grunnlag for å slutte at guttens mening har blitt tillagt vesentlig vekt. Rt-2004-1046 gjaldt samværsrett for forelderene med sin syv år gamle datter som var plassert i fosterhjem. HR fant etter en bred vurdering at foreldrene ikke skulle få samværsrett. I denne vurdering ble det lagt særlig vekt på barnet motvilje til å besøke foreldrene, jf bvl § 6-3- 1.ledd 1.punktum. (avsn 60). Videre i avsn 60 henviser førstvoterende til bestemmelsens 2.punktum at barnets mening "tillegges vekt i samsvar med barnets alder og modenhet". HR fester lit til at barnets uttalelser samsvarer med barnets opplevelser og at hun er i stand til å danne et selvstendig synspunkt i saken. Det kan på dette grunnlag antas at HR har lagt vekt på barnets mening selv om den samsvarer med sakkyndiges oppfattelse av forholdene. Avgjørelsen er enstemmig.

5.4 Adopsjonsloven § 6

Adopsjonssamtykke etter barnevernloven § 4-20 er, både i innhold og varighet, det mest inngripende tiltak som kan benyttes i barnevernssammenheng. Samtykke til adopsjon innebærer at alle rettslige bånd mellom barnet og de biologiske foreldre/familie brytes. Prosessen medfører at det samtidig blir etablert nye rettslige bånd mellom barnet og adoptivforeldrene. Adoptivforeldrene får da status som barnets foreldre i rettslig henseende, jf. adopsjonslovens § 13. Et vedtak om adopsjon er i motsetning til de øvrige barnevernstiltakene et varig tiltak. En

adopsjon er uangripelig, uavhengig av om barnets, de biologiske foreldrenes eller adoptivforeldrenes situasjon endres. Rettsvirkningen av en adopsjon kan kun endres ved en ny adopsjon, jf. i Lov om adopsjon av 28. februar 1986 nr 08, (adopsjonsloven) § 15. En adopsjon medfører også at barneverntjenesten ikke lenger er involvert, og barneverntjenestens ansvar er redusert til det generelle ansvar overfor alle barn i henhold til barnevernloven § 1-1.⁸¹

5.4.1 Ordlyd/forarbeider

I forbindelse med inkorporeringen av Barnekonvensjonen i msk.loven ble det gjennomført endringer i bla annet adopsjonsloven § 6. Bestemmelse om høring av barn § 6 – 1.ledd lyder :

”Et barn som er fylt 7 år, og yngre barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter, skal informeres og gis anledning til å uttale seg før det tas avgjørelse om adopsjonsbevilling skal gis.

Barnets mening skal tillegges vekt i samsvar med dets alder og modenhet.”

Bestemmelsen endret aldersgrensen og innebærer at barn som er fylt 7 år har en ubetinget rett til informasjon og til å si sin mening før det treffes et vedtak om adopsjon skal innvilges – jfr 1.ledd -1.punktum. Barn som er yngre kan også gis informasjon- og uttalesesrett dersom man etter en konkret vurdering kommer til at barnet er i stand til å danne egne synspunkt. I forarbeidene legges det opp til at ved adopsjon fra utlandet, må bevilgningsmyndigheten sørge for at denne retten blir oppfylt før det det fattes et vedtak adopsjon.⁸²

⁸¹ Knut Lindboe, Barnevernrett, 5. Utgave s 135-143, Univsersitetsforlaget 2008

⁸² Knut R.Steenberg, Adopsjonsloven, kommentarer ,note 10

http://gnfgrqa.retsdata.no:8080/propub/template.htm?view=browse&doc_action=setDoc&doc_keytype=tocid&doc_key=051892&hilite=adopsjon*;

Vekten av barnets mening får betydning ut fra barnet alder og modenhet, basert på konkret vurdering jfr 1-ledd, 2.punktum. Dette er også slått fast i forarbeidene.⁸³

Barnets mening vil være ett av flere hensyn som skal vurderes i adopsjonsprosessen.

§ 6 - 2.ledd;

"Den som har fylt 12 år, kan ikke adopteres uten eget samtykke."

I annet ledd er det satt en 12 års grense som i utgangspunktet er ufravikelig. Dette ble også lagt til grunn i forarbeidene i tidligere lov. Etter ordlyden innebærer dette at barnets mening skal være avgjørende fra fylte 12 år. Motsetter barnet seg adopsjon, skal det etter bestemmelsen ikke gis samtykke til adopsjon i det konkrete tilfellet. Denne utformingen utvider barnets medbestemmelsesrett og ligger nær opp selvbestemmelsesrett etter § 33 i barneloven. At loven er uklar på dette punktet, kan i følge Steenbergs kommentarer ikke forstås slik at denne gruppen skal være avskåret fra adopsjon. Det vil være en begrensning i vektlegging av barnets mening dersom barnet av årsaker som sinnslidelse eller annen psykisk utviklingshemming er varig ute av stand til å innse rekkevidden av hva samtykke til adopsjon innebærer. Det vil da være tilstrekkelig med samtykke fra verge eller den som har foreldreansvaret.⁸⁴

§ 6 - 3.ledd:

Kommunen skal på anmodning bistå bevillingsmyndigheten i å opplyse saken etter første ledd og i å innhente samtykke etter annet ledd.

⁸³ Knut R.Steenberg, Adopsjonsloven, kommentarer ,note 11

http://gnfgrqa.retsdata.no:8080/propub/template.htm?view=browse&doc_action=setDoc&doc_keytype=tocid&doc_key=051892&hilite=adopsjon*;

⁸⁴ Knut R.Steenberg, Adopsjonsloven, kommentarer ,note 12

http://gnfgrqa.retsdata.no:8080/propub/template.htm?view=browse&doc_action=setDoc&doc_keytype=tocid&doc_key=051892&hilite=adopsjon*;

Bestemmelsen 3.ledd medfører at det er kommunen som har ansvar for at barnet får tilstrekkelig informasjon og mulighet til å uttale seg etter vilkårene § 6. Dette er uttalt i forarbeidene.⁸⁵

5.4.2 Rettspraksis

Høyesteretts praksis i adopsjonssaker har bla annet lagt vekt på at det må foreligge sterke grunner for å samtykke til adopsjon mot foreldrenes vilje, jfr Rt. 2007 s 561.

Saken gjaldt å frata biologiske forelder foreldreansvaret og samtykke til adopsjon av barnet, jfr barnevernloven § 4-20. HR bemerket at det kreves særlig tungtveiende grunner for adopsjon av barn uten foreldres samtykke, og at det skal legges vekt på barnets mening om forholdet. Jfr barnevern § 6-3 og Barnekonvensjonens art 12. (avsn 53,54)

HR finner også støtte for dette i praksis fra EMD og refererer til i den andre saken i Adele Johanson mot Norge, der domstolen legger vekt på barnets eget ønske i tillegg til barnets spesielle behov for sikre livsbetingelser.(avsn 55) HR opprettholdt tingrettens dom, som ga fosterforeldrene tillatelse til adopsjon. Dommen er enstemming.

2001-01-15. I dom LH-2000-00349 ble det gitt samtykke til adopsjon. Dissens 6-1. Flertallet fant ut at det forelå sterke reelle grunner til å samtykke til adopsjon. Som en del av vurdering ble barnets mening også vektlagt jfr barnevernloven § 6-3 – 1.ledd jfr adopsjonsloven § 6. Flertallet la til grunn at barnet hadde ”*nådd en slik utvikling og modenhet at det også bør legges vekt på hva han selv mener om dette.*” Retten mente at adopsjon ville være til barnet beste.

⁸⁵ Knut R.Steenberg, Adopsjonsloven, kommentarer note 13

http://gnfgrqa.rechtsdata.no:8080/propub/template.htm?view=browse&doc_action=setDoc&doc_keyt ype=tocid&doc_key=051892&hilite=adopsjon*;

5.5 Utlendingsloven.

Utlendingsloven 15. mai 2008 nr. 35 erstatter utlendingsloven 24. juni 1988 nr. 64, og viderefører i det vesentlige substansen i gjeldende utlendingslovgivning.⁸⁶

Hensikten med barns rett til å uttale seg i utlendings saker er å i vareta det prinsipp som er nedfelt i Barnekonvensjonens art 12 og samtidig få frem de opplysninger som er tilgjengelig for å få den enkelte sak tilstrekkelig opplyst.

Utlendingsloven har ingen generell bestemmelse om barns uttalerett, og i den nye loven er det heller ikke nå tatt inn noe regel om barns rett til å uttale seg.

I forarbeidene vises det til § 4 i loven som henviser til at Mskl § 2 også gjelder på dette området. Videre etter utlendingsloven § 32 vil de alminnelige reglene i forvaltningslovens § 17 komme til anvendelse i utlendings saker. Med dette mener lovgiver at det særlige behov for vern barn har rett til etter Barnekonvensjonen blir i tilstrekkelig ivaretatt.

Noen endringer omfatter en utvidet rett til status som flyktning samt styrking av barns rettigheter.

I forarbeidene uttales det følgende: *"Barnekonvensjonen artikkel 12 pålegger statene å la barn fritt gi uttrykk for sine synspunkter i alle forhold som vedrører dem. Bestemmelsen medfører ikke at forvaltningen alltid må høre barnet direkte. Det vil ofte være tilstrekkelig at barnets syn er innhentet via den som representerer barnet i forvaltningssaken."* Videre vises det til den generelle bestemmelse om høring av barn i forvaltningssaker, forvaltningsloven § 17- 1.ledd, andre punktum.

⁸⁶ Ot.prp nr.75(2006-2007) 1.2 -

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/aid/dok/regpubl/otprp/20062007/otprp-nr-75-2006-2007-/1.html?id=474153>

Dagens utlendingslov har ingen egen bestemmelse om barns uttalerett, men enkelte regler er gitt i forskriften.

Spørsmålet om høring av barn i utlendingssaker reiser en rekke dilemmaer, og som det fremgår i kapittel 17.1.6.4 har departementet foreslått en særskilt hjemmel for nærmere forskriftsregulering av barns rett til å bli hørt i utlendingsaker”.⁸⁷

5.5.1 Forskriftsbestemmelser

Under saksbehandlingsregler etter utlendingsloven, er det i § 81 om utlendingers rett til å uttale seg, fastsatt i 2.ledd at regler for høring av barn skal gis ved forskrift.

Vedrørende arbeids- og oppholdtillatelse er det inntatt følgende bestemmelse om høring av barn FOR av 22.oktober- 2008 nr 1139:

§ 23. Hvem som er nærmeste familiemedlemmer

” Som nærmeste familiemedlemmer, jfr. § 22 , regnes:

.
.

e) barn, jfr. annet ledd, når bare én av foreldrene bor i riket, med mindre hensynet til barnets beste taler mot at det får opphold her. Det er et vilkår at herboende har (del i) foreldreansvaret. Er foreldreansvaret delt, må samtykke som hovedregel foreligge fra den andre av foreldrene. Barn over 12 år skal gis anledning til å uttale seg.”

Etter ordlyden i § 23 første ledd bokstav e fjerde punktum, skal barn over 12 år som søker gjenforening med en forelder i Norge, skal gis anledning til å uttale seg.

⁸⁷ Ot.prp nr.75(2006-2007) kap 3.7.2

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/aid/dok/regpubl/otprp/20062007/otprp-nr-75-2006-2007-/1.html?id=474153>

Departementet utaler i forarbeidene⁸⁸ at praktiseringen av denne regel kan medføre praktiske begrensninger da realiteten i mange av disse sakene medfører at det søkes om gjenforening i utlandet. Dette kan medføre at samtaler med barn ned i 7 års alderen gjennomføres på den enkelte utenriksstasjon. Videre uttrykker departementet at det vil variere i hvilken grad uttaleretten til barn i denne sammenheng blir ivaretatt.

Intervju av barn som trenger beskyttelse(asyll) er omhandlet i utlendingsforskriften § 55a:

Barn har uavhengig av asylgrunnlag og livssituasjon særlige behov under intervjusituasjonen.

Søker under 18 år som er kommet til riket uten foreldre eller andre som utøver foreldreansvar over søkeren, skal alltid ha hjelpeverge eller fullmektig til stede under intervjuet. Intervjuet skal så vidt mulig foretas innen 14 dager etter at søknad er fremsatt.

Bestemmelsens annet ledd regulerer intervju av enslig mindreårige asylsøkere. Etter ordlyden skal de alltid ha hjelpeverge eller fullmektig til stede under intervjuet, og intervjuet skal foretas innen 14 dager etter at søknad er fremsatt.

Dette kan tolkes dit at andre ledd forsøker å synliggjøre og ivareta noen av de "særlige behov" etter bestemmelsens første ledd . Etter retningslinjene i Rundskriv UDI 2006-018 ASA om samtale med medfølgende barn i asylsaker, er det tatt utgangspunkt at barnet har foreldre eller omsorgspersoner som kan dokumenter at de har foreldreansvaret. Rundskrivet angir ingen nærmere retningslinjer for høring av mindreårige uten foreldre eller andre omsorgspersoner. Det kan være nærliggende å anta at noen av rundskrivets retningslinjer vil ha overføringsverdi

⁸⁸ Ot.prp. 75(2006-2007) kap 17.1.6.4

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/aid/dok/regpubl/otprp/20062007/otprp-nr-75-2006-2007-/1.html?id=474153>

når enslige mindreårige skal uttale seg om sin situasjon. Herunder at retningslinjene for medfølgende barn i asylsaker blir å betrakte som en nedre grense for hvordan man skal ivareta enslige mindreåriges rett til å uttale seg.

Den totale livssituasjonen til medfølgende barn skal klarlegges under intervjuet av foreldrene. I den forbindelse skal det avholdes en samtale med barnet med mindre det anses åpenbart unødvendig eller foreldrene motsetter seg dette. Minst en av foreldrene må være til stede under samtalen.

Etter ordlyden i § 55 a tredje ledd fastsettes at i de tilfeller der barn kommer sammen med sine foreldre, skal barnets livssituasjonen kartlegges under intervjuet av foreldrene. Videre skal det separat gjennomføres en samtale med barnet om det som blir belyst og minst en av foreldrene skal være med. Hensikten med å snakke med barnet uten foreldre er å få barnets egen vurdering av sin nye situasjon, tidligere bakgrunn og tanker om fremtiden. Den skal ikke brukes til å kontrollere foreldrenes opplysninger.⁸⁹

I UDIs interne retningslinjer er det presisert at alle medfølgende barn i asylsaker, som er fylt syv år, og yngre barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter, skal få et tilbud om å ha en samtale med utlendingsmyndighetene, jf. rundskriv UDI 2006-018 ASA.

For øvrig gjelder bestemmelsene i § 55 så langt de passer.

Utlendingsloven opererer med ulik aldersgrense for når barn skal høres. For tilfeller som rammes av § 23 i forskriften gis det uttalerett til barn over 12 år. Asylsaker som skal behandles etter § 55a - 3.ledd har trukket en grense for uttalerett på 7 år eller yngre.

Det er vites i den forbindelse til tidligere utredning om hva som er lagt til grunn ved praktisering av aldersgrense og etter hvor modent barnet jfr Barneloven § 31 mm

⁸⁹ RUNDSKRIV UDI 2006-018 ASA, Saksnummer: 06/6228

I forbindelse med utarbeidelsen av ny utlendinglov er det gjennomført en publisert studie på oppdrag fra UDI som har resultert i en rapport – Å høre barn i Utlendingssaker.

Rapporten inneholder beskrivelser og vurderinger om gjeldene regelverk, rutiner og forvaltningspraksis for utlendingsrett og hvordan disse ivaretar forpliktelsene i forbindelse med barn rett til å bli, jfr Barnkonvensjonens artikkel 12.

Studien har ved en gjennomgang av eksisterende lovverk og praksis vist at dette i dag ikke ivaretar barns uttalerett tilstrekkelig i alle sakstyper.

5.5.2 Rettspraksis

Rettstidene 2005 s 229. HR fant under tvil at lagmannsretten utvisning av en mann var ugyldig. Det forelå særlige omstendigheter som tilsa at belastningen på barna ville være uforholdsmessig. I avsn 53 fremkommer det at barna har uttalt seg om sin situasjon iforbindelse med bevisføringen for lagmannsretten.

Borgarting Lagmannsrett- 2008-40393, gjaldt ett utvisningsvedtak som ble kjent ugyldig av retten. Det fremkommer at barna har fått uttale seg om sin livssituasjon og tanker om fremtiden. Omgjørelses av utvisningsvedtaket kom etter en konkret helhetsvurdering og er i tråd med barnas ønsker.

5.6 Gjennomføring i forvaltningen/fylkeskommunal og kommunal lovgivning

I forbindelse med at Barnekonvensjonen ble gjort til norsk lov, ble som nevnt over, prinsippet om barnets rett til å bli hørt synliggjort i flere lover.

Lov av 10.februarar 1967, lov om behandlingssmåten i forvaltningssaker(forvaltningsloven):

§ 11 d - første ledd

I § 11 d -1.ledd ble det tilføyd et nytt andre punktum om at hvis et barn er part i en sak og blir representert av verge, skal også barnet selv ha rett til en samtale med en tjenestemann ved det forvaltningsorganet som behandler saken, på samme vilkår som myndige parter. En slik rett vil være særlig viktig for barn, som ikke uttrykker seg like godt skrifelit . Forvaltningen bør derfor vise imøtekommenhet i forhold til slike forespørsler. Hvis en mindreårig ikke er representert av verge, fordi den mindreårige har fulle partsrettigheter etter særlig lovbestemmelse, følger det allerede av § 11 d første ledd første punktum at den mindreårige har rett til muntlig konferanse.⁹⁰

§ 17 krever at forvaltningen skal påse at saker er så godt opplyst som mulig før det fattes et vedtak:

Etter at Barnekonvensjonen ble inkorporert i menneskerettighetsloven ble det tatt i inn lovteksten §17 at organet ”skal påse at mindreårige parter har fått mulighet til å gi uttrykk for sitt syn, iden grad det er i stand til å danne seg egne synspunkter på det saken gjelder. Etter ordlyden er det ikke fastsatt noen aldersgrense for når forvaltningen har plikt til å innhente barnets syn. Forarbeidene uttaler at forvaltningen må ”vurdere konkret i forhold til sakens arat i hvilken grad barnet kan være i stand til å danne egne sysnpunkt, jfr Ot.prp.nr 45(2002-2003) s 61. I mange saker kan det være tilstrekkelig at den som er representant for barnet i forvaltningssaken innhenter barnet syn⁹¹

”De mindreåriges syn skal tillegges vekt i samsvar med deres alder og modenhet.”

Dette punktet ble også tilføyd etter lov av 1. August 2003 nr 86. Etter ordlyden er det et vurderingstema hvor stor vekt barnet syn skal ha. Jan F. Bernt sier i sin

⁹⁰ Jan Fridthjof Bernt, Forvaltningloven, kommentar, note 217, Gyldendals Rettsdata
http://gnfgrqa.rettsdata.no:8080/pub/template.htm?view=browse&doc_action=setDoc&doc_keytype=gadests&doc_key=gL19670210z2EzA717&hash=gL19670210z2EzA717

⁹¹ Jan Fridthjof Bernt, Forvaltningloven, kommentar, note 434, Gyldendals Rettsdata
http://gnfgrqa.rettsdata.no:8080/pub/template.htm?view=browse&doc_action=setDoc&doc_keytype=gadests&doc_key=gL19670210z2EzA717&hash=gL19670210z2EzA717

kommentar at det her bør tas hensyn til saksforholdes karakter – om det dreier seg om en avgjørelse av personlig karakter for barnet, eller rent praktiske forhold uten umiddelbare konsekvenser for barnets dagligliv.⁹²

Dette punktet presiserer lov av 14.juni 1985 nr 77 Plan- og bygningslov(plan-og bygningsloven) krav om medvirkning jfr § 16-1-1.ledd-2.punktum, *"Berørte enkeltpersoner og grupper skal gis anledning til å delta aktivt i planprosessen."*

En forutsetning for at barn skal ha reell innflytelse, er at barn får god og tilrettelagt informasjon om forskjellige alternativer og hvilke konsekvenser de gir. En slik tilrettelegging vil gi bedre mulighet for barnet til å ha en reell innflytelse og ikke kun et skinn av innflytelse.Det innebærer at prosedyrene i beslutningsprosessene må tilpasses barns deltakelse. Dette stiller krav til at de enkelte kommunalt ansatte bør ha kunnskap om hvordan man kommuniserer med barn. Etter Barnekonvensjonen er hensyn til det enkelte individ i den enkelte situasjon som skal legges til grunn. Dette utgangspunktet kan virke uproblematisk, men i praksis kan det lett oppstå problemer. Et rettsikkerhetsprinsipp i forvaltningsretten innebærer at man skal være beskyttet mot vilkårlighet fra myndighetene, og ha mulighet til å kunne forutberegne sin rettstilling.⁹³

Alle skal behandles likt under samme regel⁹⁴. Dette prinsippet om likebehandling kan sett opp mot det å kunne ta individuelle hensyn i enkeltsaker medføre en konflikt.

Det kan være at barn har behov for en voksen til å fremføre deres synspunkter. En slik ordning med representant er nedfelt i plan- og bygningsloven § 9-1-siste punktum: *"Kommunestyret skal peke ut en etasjesjef eller en annen tjenestemann*

⁹² Jan Fridthjof Bernt, Forvaltningsloven, kommentar, note 435, Gyldendals Rettsdata
http://gnfgrqa.retsdata.no:8080/propub/template.htm?view=browse&doc_action=setDoc&doc_keytype=gadests&doc_key=gL19670210z2EzA717&hash=gL19670210z2EzA717

⁹³ Torstein Eckhoff og Eivind Smith: Forvaltningsrett 6. Utgave. Universitetsforlaget 1997 s 69

⁹⁴ Torstein Eckhoff og Eivind Smith: Forvaltningsrett 6. Utgave. Universitetsforlaget 1997 s 70

som skal ha et særlig ansvar for å ivareta barns interesser når det faste planutvalget etter denne paragraf utarbeider og behandler forslag til planer.”

Etter dette regelverket har ikke kommunene plikt til å innhente barns synspunkter på forhånd, men i mange tilfeller vil dette bli gjort i følge uttalelser i forbindelse med RPR⁹⁵. Dette er utdypet i retningslinjene tilhørende regelverket som sier at ”kommunen skal organisere planprosessen slik at synspunkter som gjelder barn som berørt part kommer fram og at ulike grupper barn og unge selv skal gis anledning til å delta.” Innføring kom inn som et ledd i tilretteleggingen av norsk lov for å oppfylle Barnekonvensjonens krav.

Dersom en voksen opptre på vegne av barnet i enkeltsaker, skal det etter konvensjonen kreves at den voksne representanten skal videreformidle barnets meninger, og ikke bare gi sin egen vurdering av hva som er det beste for barnet. Som nevnt over er det ikke krav om skriftelig i formidlingen av barns synspunkter. En gjennomgang av kommunenes anvendelse av disse retningslinjene fra 2006 viser at selv om kommunene kjenner til retningslinjene og formålet med dem, er det i mange tilfeller andre hensyn som blir vektlagt ved konflikt mellom barn og unges interesse og andre interesser.⁹⁶

5.7 Prosessreglene.

EMK artikkel 6 stiller noen grunnleggende krav til rettergangen. I bestemmelsens nr. 1 fremsettes et generelt krav om rettferdig rettergang i så vel sivile saker som straffesaker. Første del av bestemmelsen lyder slik i norsk oversettelse:

⁹⁵ Rikspolitiske retningslinjer for barn og planlegging 20 september 1995 nr 4146 punkt 4. Krav til den kommunale planleggingsprosessen.

Ordningen er inntatt i Rundskriv Barn og planlegging. Miljøverndepartementet – Rundskriv T- 2/2008.

⁹⁶ Rundskriv T-2/2008. Om barn og planlegging

(1) For å få avgjort sine borgerlige rettigheter og plikter eller en straffesiktelse mot seg, har enhver rett til en rettferdig og offentlig rettergang innen rimelig tid ved en uavhengig og upartisk domstol opprettet ved lov.

Offentlighet i rettspleien er med på å styrke tilliten til rettsvesenet og ivareta hensynet til ytrings- og informasjonsfriheten.

Prinsippet om offentlighet i rettspleien inneholder regler om åpne rettsmøter(møteoffentlighet), offentlig gjengivelse(massemediers og andres referatadgang)og rett til innsyn i og utskrift av rettsavgjørelser og andre saksdokumenter.

Prinsippet om kontradiksjon, som blant annet følger av EMK artikkel 6, innebærer at partene skal ha rett til innsyn i det materialet som legges frem i retten(partsoffentlighet)

5.7.1 Rettspraksis EMD

I EMK innledes de fleste bestemmelsene med at enhver("everyone") har fastsatte rettigheter og alle borgere ("any person") har klagerett etter art 34. Dette medfører at alle fysiske individer, også mindreårige har samme beskyttelse. EMD har i enkelte saker mer indirekte berørt barns interesser eller rettigheter bla ved å uttale at hensyn til barns velferd er en legitim grunn til å gripe inn i familielivet, jfr EMK art 8(2)⁹⁷.

EMD har behandlet flere saker hvor et sentralt tema har vært fravær av høring av barn, men utfra et foreldreperspektiv. I Kutzner mot Tyskland la EMD til grunn som et element i vurderingen for omsorgsovertagelse at barna på 4 og 6 år ikke hadde blitt hørt av nasjonale domstoler.

I Sahin mot Tyskland gjaldt fars rett til familieliv etter art 8. EMD uttalte at det ikke var tilstrekkelig at jenta på 5 hadde hatt samtaler med psykologisk sakkyndig men

⁹⁷ NOU 2008:9 Med barnet i fokus – 2 Overordnede rettslige normer – hvilke skranker setter menneskerettighetene? – 2.3.2.1 Barn som rettssubjekter etter EMK

skulle ha blitt hørt av domsapparatet. Storkammeret kom til motsatt resultat og at dette ikke var i strid med Barnekonvensjonens art 12.

5.7.2 Tvisteloven

Partenes innsynsrett i prosesskrift, rettsavgjørelser, rettsbøker og andre dokumenter i saken er regulert i lov om mekling og rettergang i sivile tvister av 17.juni 2005 nr 90 (Tvisteloven)(i kraft 1.1 2008), og har fått følgende utforming:

§ 14-1. Partenes innsynsrett

(1) Partene har rett til innsyn hos domstolen i prosesskriv, rettsbøker, rettsavgjørelser og andre dokumenter i saken og kan forlange kopi av dem eller få dem tilsendt elektronisk. Mindreårige parter over 15 år har samme rett til innsyn. Parter under 15 år kan gis innsyn når deres alder og modenhet tilsier det, men skal ikke gjøres kjent med opplysninger som er underlagt lovbestemt taushetsplikt.

Dersom en mindreårig under 15 år gis rett til innsyn etter første ledd tredje punktum, skal vedkommende ikke gjøres kjent med opplysninger som er underlagt lovbestemt taushetsplikt. Opplysninger som gjelder barnet selv, kan likevel i utgangspunktet gis uavhengig om det informasjonen er underlagt taushetsplikt.⁹⁸ Barnet bør imidlertid ikke gis innsyn i opplysninger som det må anses utilrådelig at det får innsyn i av hensyn til sin helse eller forhold til sine nærstående. Hvorvidt barnet skal få innsyn, vil derfor bero på en konkret vurdering. I saker hvor mindreårige er prosessdyktige, har de innsynsrett etter hovedregelen som gjelder for parter, jfr tvisteloven § 2-2.

⁹⁸ jfr Ot.prp.nr 45 (202-2003) s 61

Dette regulerer barns rett til informasjon men ikke barns rett til å bli hørt etter reglene i Barnekonvensjonen og barneloven.

Adgangen til å gjennomføre fjernavhør reguleres av tvisteloven § 21-10, som fastsetter:

”Parter, vitner og sakkyndige kan avhøres for den dømmende rett ved fjernavhør dersom direkte avhør ikke lar seg gjennomføre eller er spesielt byrdefullt eller kostnadskrevenende....”

Fjernavhør er en betegnelse på avhør av parter, vitner eller sakkyndige i et tradisjonelt rettsmøte, men der selve avhøret gjennomføres via telefon eller som videokonferanse. Ved fjernavhør anses den som skal forklare seg, ikke som deltaker i rettsmøtet utenom avhøret. En part som avgir forklaring ved fjernavhør, kan derfor for eksempel ikke hindre at det blir avsagt uteblivelsesdom (fraværdom).⁹⁹

5.7.3 Straffeprosessloven

Lov av 22. Mai 1981 nr 25 om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven(strpl)) bygger på de to grunnleggende prinsipper bevisumiddelbarhet og kontradiksjon i forbindelse med formidling av forklaringer.¹⁰⁰ Etter strpl § 296 -1.ledd skal forklaringer avgis muntlig for den dømmende rett(bevisumiddelbarhet). Strpl § 135 -1.ledd - 2. punktum, regulerer partenes adgang til å kommentere motpartens bevis og anførsler.

Det er imidlertid unntak for disse grunnleggende prinsippene i saker som omhandler barn. Når barn under 16 år er det i all hovedsak reglene etter

⁹⁹ Henry John Mæland, Kort Prosess, 2. Opplag 2007 s 56, Justian AS

¹⁰⁰ Dommeravhør og menneskerettigheter – konvensjonspraksis om særlig sårbare vitner, Festkrift til Carl August Fleischer, Dog Fred er ej det Bedste..... (FEST-206-caf-247). Forfatter: Ragnhild Helene Hennem.

dommeravhør i straffeprosessloven § 234 -2.ledd jfr straffeprosessloven § 239 som legges til grunn:

§ 234-2.ledd.

”Avhør av vitne under 16 år i sak om forbrytelse eller forseelse mot sedeligheten bør fortrinnsvis begjæres foretatt etter reglene i § 239...”

§ 239.

”Ved avhør av et vitne under 16 år eller et vitne med psykisk utviklingshemming eller tilsvarende funksjonssvikt i en sak om forbrytelse eller forseelse mot sedelighet, skal dommeren ta imot forklaringen utenfor rettsmøte, når han finner det ønskelig av hensyn til vitnet eller av andre grunner. Dommeren skal i så fall som hovedregel tilkalle en særlig skikket person til å bistå ved avhøret eller foreta avhøret under dommerens kontroll.”

Etter ordlyden er det dommeren som har ansvar for gjennomføringen av avhøret og for at dette skjer i tråd med det som er forsvarlig for både barnet og siktede. Dette innebærer at dommeren har plikt til å gripe inn straks dersom avhøret kan oppfattes som ledene eller på annen måte uforsvarlig. Det er vanlig at det legges inn en pause underveis i avhøret. En av grunnene til dette er at dommeren skal få mulighet til å utøve innflytelse på de tilleggsspørsmål som kan komme

. . Avhøret skal tas opp ved videoopptak og om nødvendig ved eget lydopptak, når det er mulig og ikke hensynet til vitnet eller formålet med forklaringen taler mot det. På samme vilkår skal som hovedregel siktedes forsvarer gis anledning til å overvære avhøret.”

Oppfølgingsspørsmål- og/eller tilleggsspørsmål fra påtalemyndighet, forsvarer eller bistandsadvokat legges frem for dommeren. Etter en vurdering av spørsmålene gir dommeren videre instruks til den som holder avhøret.

Når vitnets alder eller særlige omstendigheter tilsier det, kan dommeren bestemme at det i stedet eller forut for avhør etter første ledd skal foretas observasjon av

vitnet. Ved observasjon gjelder reglene i §§ 152, 153 og 159 tilsvarende. Første ledd tredje punktum i paragrafen her får tilsvarende anvendelse.

Avhør etter første ledd og observasjon etter tredje ledd skal foretas innen 2 uker etter at anmeldelse av den straffbare handlingen er inngitt til politiet, med mindre særlige grunner tilsier at det foretas senere.

Kongen kan gi nærmere regler om fremgangsmåten ved avhør utenfor rettsmøte og observasjon.”

Dette innebærer at barn forklarer seg utenfor rettsmøtet, og forklaringen leses opp eller spilles av under hovedforhandlingene, jfr strpl § 298, ”*tre i stedet for personlig avhør*”. Barnet er ikke tilstede under hovedforhandlingen.

Under Nyhet, publisert 08.02.2008, på regjeringens nettsider er det i ”Bedre rettigheter for ofre i straffesaker”, i forbindelse med heving av aldersgrensen for bruk av dommeravhør fra 14 til 16 år, uttalt at fornærmede mellom 14 og 16 år fortsatt skal kunne forklare seg under hovedforhandling etter ønske.

5.8 Rettspraksis

I Rt. 1999 s. 586 var en far var tiltalt for utuktig handling med datter. Dommeravhør av fornærmede ble, jfr. straffeprosessloven § 239, gjennomført uten at forsvareren hadde kontakt med siktede verken forut for det første eller det siste barneavhøret. Datteren(fornærmede) ble ikke tillatt ført som vitne for lagmannsretten. Høyesterett kom fram til at det var en klar saksbehandlingsfeil at det aktuelle avhør av fornærmede var brukt som et sentralt bevis når siktede ikke hadde hatt reell mulighet til å få stilt spørsmål til fornærmede, jfr. EMK art. 6 nr. 3 bokstav d. Barnets vitneplikt og fritaksadgang følger i utgangspunktet de vanlige vitnebestemmelsene etter straffeprosessloven kapitel 10, bevis, se særlig straffeprosessloven § 132 (1), og straffeprosessloven § 122, rett til å unnlate å forklare seg dersom det er mistanke om overgrep fra nærstående.

I en kjennelse i Agder lagmannsrett – LA-2005-57065 – var det spørsmål om det var barnet eller den oppnevnte settevergen som etter straffeprosessloven § 127 skal informeres om retten til å ikke å forklare seg etter straffeprosessloven § 122 og avgjøre hvorvidt fritaksretten skal påberopes i forbindelse med dommeravhør utenfor rettsmøtet. Straffeprosessloven eller Høyesterettspraksis gir ingen anvisning på hvordan man skal forholde seg til små barn i dette spørsmålet. Lagmannsretten tar utgangspunkt i Barneloven § 31, og slutter ut fra dette at det må bero på en helhetsvurdering hvorvidt man skal fortelle barn under 7 år om fritaksretten. Herunder vil barnets alder og modenthet inngå som en viktig del.”*Settevergens oppgave innbefatter å vurdere hva som er barnas interesse. I spørsmålet saken gjelder vil settevergens oppgave naturlig være å søke kartlagt om barna selv ønsker å forklare seg, og å gjøre den kjent med retten til å la være. Settevergen bør også forklare barna at det er hun som tar avgjørelsen om dette, og slik hindre at barna utsettes for et uønsket press ved å føle at de ansvarliggjøres eller må ta stilling til en vanskelig konflikt.*”.....

Lagmannsretten kom fram til at det er settevergen som skal ta beslutningen om barnet skal forklare seg, og som derfor må informeres om fritaksplikten i strpl.§ 127, herunder avgjør hvorvidt barnet benytter seg av fritaksretten og formidler dette til dommeren, jfr strpl § 121. Videre uttalte Lagmannsretten at en slik løsning ivaretok barnas rett etter prinsippet i barneloven § 31 og Barnkonvensjonens artikkel 12.

Avgjørelsen viser at rettsapparatet trekker veksler fra reglene om sivilrettslige områder inn i vurdering om hvordan straffeprossens regler kan håndheves.

6 Talspersoninstituttet

En talsperson hjelper til så barn og unges stemmer lettere kan bli hørt i saker som angår dem. En viktig oppgave for en talsperson er å utvikle gode

kommunikasjonsmetoder. En talsperson er i stor grad det samme som en brukerrepresentant.

”Med brukerrepresentant menes en som representerer brukere av tjenester. Det kan være en som selv er funksjonshemmet eller en som er pårørende til for eksempel et barn eller en som på grunn av sin funksjonshemming vanskelig kan gi uttrykk for sine meninger, eller som er ansatt eller tillitsvalgt i en av funksjonshemmedes organisasjoner.” (Fra Stortingsmelding 34 (1996-97) Resultater og erfaring fra Regjeringens handlingsplaner for funksjonshemmede og veien videre)

Det oppstår regelmessig spørsmål om anvendelse av sakkyndig bistand i saker der barn er involvert, enten allerede under saksforberedelsen eller i hovedforhandlingen. Talsperson-ordningen er godt innarbeidet i barnevernsaker, hensikten med denne ordningen er å ivareta barnets interesser når det offentlige er part i saken (se punkt 5.3).

Etter barneloven § 61-1 nr 4, jf. kan dommeren oppnevne en sakkyndig. Adgangen til å søke bistand begrenser seg ikke til hovedforhandlingen, og mye kan være vunnet ved å oppnevne f.eks. en psykolog allerede forut for eller i det saksforberedende møte.

I juridisk litteratur hevdes det å være svært ulik praksis mellom domstolene når det gjelder bruk av sakkyndig bistand mht. praktiseringen, og kanskje enda mer når det gjelder mer situasjonstilpasset bruk av sakkyndig bistand allerede under saksforberedelsen.¹⁰¹ Dalseide hevder at det er viktig at man stadig har for øye muligheten for en mer allsidig og fleksibel bruk av sakkyndige i disse sakene, noe som både kan øke sjansene for å finne frem til riktige og gode løsninger for barnet og å redusere partenes og samfunnets utgifter. Det kan bidra til bedre opplysning av saken, samt å kunne øke sjansene for en minnelig løsning. § 61-1.ledd nr 4 har

¹⁰¹ Dalseide, Nils: Barnefordelingssaker i retten - noen synspunkter på hvordan også avgjørelsesprosessen kan bli til barnets beste Festskrift til Peter Lødrup; Bonus Pater Familias s 191

medført større frihet for dommeren til å vurdere behovet konkret i den enkelte sak. Vurderingen må bygge på den enkelte saks behov. Det vil kunne gi verdifull tilleggsinformasjon å studere foreldre og barn sammen i forkant av hovedforhandlingen. Økt forekomst av tvister der parter har fremmedkulturell bakgrunn har medført behov for større bruk av relevant sakkyndig bistand i retten.

Alle kommuner skal ha en talsperson for barn- og unge i plan- og bygningssaker, jfr plan- og bygningsloven § 9-1. Praktiseringen av dette overvåkes av Barneombudet. I forbindelse med en planlagt lovendring, vil det ikke lenger krav til at representanten skal være en som er særskilt ansatt i kommunen. Dersom dette blir en realitet kan det medføre at barns interesser ivaretas mer uavhengig av kommunens interesser.

Med en utbredt bruk av talsperson kan erfaringer fra det også gi verdifull informasjon om talspersonsinstituttet fungere etter lovgivers intensjoner. Herunder også hvorvidt barn rett til å bli hørt blir tilstrekkelig i varetatt etter dagens regelverk.

7 Lovverkets fragmentariske oppbygging

Regelverket for høring av barn favner vidt også når det gjelder aldersgrenser. Barneloven og Barnekonvensjonen legger opp til at barn fra 7 år kan få praktisere sin uttalerett og dette er gjennomført i rettspraksis der det har blitt vurdert som en saksbehandlingsfeil som er inngripende nok til at resultat er blitt opphevet i påvente av at barnets rettigheter er blitt tilstrekkelig i varetatt. Langt på vei er det gjennomgående høyere aldersgrense i de tilfeller der barnet kan ha partsevne – dette etterlater imidlertid et form for gap - Det skal legges vekt på barns uttalelser når det har fylt 12 men det anses ikke for å ha partsevne før 15.

Dette kan medføre i praksis flere uavklarte rettsområder. Dersom man i en tenkt situasjon står overfor en situasjon der en sak om seksuell overgrep på et barna under 14 år er henlagt fordi man ikke kunne finne tilstrekkelig bevis for at overgrep hadde funnet sted. Fra rettspraksis, Karmøysaken, er det fullt mulig å bli idømt erstatning for et overgrep selv om bevisene ikke var gode nok strafferettslig. I den hypotetiske situasjonen kan man tenke seg at mor vil forfølge saken for sin snart 14-årige datter ved å gå til privat søksmål og erstatningskrav mot den antatte overgriperen. På den annen side så ønsker ikke datteren dette – av ulike personlige årsaker.

Dette reiser flere mulige problemstillinger;

- i) Kan moren gå til sak selv om barnet ikke vil – vil i såtilfelle reglene etter bl § 31 og Barnekonvensjonens art 12 ikke komme til anvendelse?
- ii) Subsidiert – dersom det anlegges sivil erstatnings sak – har barnet status som vitne eller part?

Etter gjeldene rett har barnet ikke selvstendig partsevne før fylte 15 slik at hun blir da en kombinasjon av tvistens objekt og samtidig hovedvitne.

Dette er kompleks saksforhold.

Når datteren får status som vitne – hvilke regler skal gjelde for henne –er det de samme reglene som ved dommeravhør i straffesaker?

Dagens system har ikke noe entydig regelverk for sivilprossen på dette området, og retningslinjene i Q-15/2004 s 39-48 drøfter heller ikke dette eksplisitt, i det den i hovedsak omhandler barnefordeling- og omsorgssaker. Det er muligens et resultat av dette så langt ikke har vært en gjeldende problemstilling. I Karmøysaken hadde straffeprosess og sivilprosess behandlet i samme rettssak. (Den bruk at rettsapparatet kan synes effektiv – men har i ettertid blitt kritisert av EMD).

Som vist under LA-2005-57065 ser ikke retten det som problematisk og trekke veksler den motsatte veien.

8 Vurderinger/Avsluttende kommentar

Forutberegnlighet er et begrep som ligger som en grunnstein i norsk rett, jfr Grunnloven. Når lovgiver omhandler hva som skal legges som standard for innholdet i begrepet barnets beste, legges det opp til at "barnets beste" skal ha en slags standard som ivaretar behovet for forutberegnlighet. Lovgiver går ikke i detalj på hva en eventuell standard skal være, og dette synes å være i tråd med mye av lovgivning for ivaretagelse av barns rettigheter. I arbeidet med oppgaven har det kommet fram hvor bredt høring av barn favner i norsk rett. Retten til å uttrykke sin mening går på tvers av norsk lovgivning. Det er trukket grenser i alderssammenheng på flere områder av barns rettigheter, men felles for mange av disse er at de sjelden har enkeltstående status, slikt at verdien og innholdet i rettighetene blir ett av flere element i en konkret helhetsvurdering.

Er rettsområdet "barns rettigheter" så uoversiktlig og ullent at i realiteten er de reelle hensyn i den enkelte sak som blir retningsgivende for rettens avgjørelser? At et barn ikke er hørt etter barneloven § 31 eller barnevernlovens § 6-3 ansees som en saksbehandlingsfeil som fører til opphevelse av vedtaket. Det som er interessant vil være hvorvidt retten etter at barnet har fått si sin mening endrer resultatet. Dersom det ikke fører til noen realitetsendring er det vanskelig å avgjøre om hva som ble ansett som barnets beste før og etter at barnet hadde fått uttale seg. Det er utfra dette nærliggende å stille spørsmål om det kan påberegnes noe grad av forutberegnlighet utover ved de tilfellene i lovverket hvor reglene er klare. I Adopsjonsloven er det som nevnt over ikke adgang til å samtykke til adopsjon dersom barn som har fylt 12 år motsetter seg det. Dette fremstår kanskje som den bestemmelsen med mest entydig ordlyd. Imidlertid er det i 2-ledd lagt opp til at dette kan fravikes i enkelte tilfelle.

En totalvurdering av den rettspraksis som er omhandlet i oppgaven, kan det tyde på at det i nyere rettsavgjørelser lagt større vekt på å synliggjøre barns rett til å uttrykke sitt synspunkt. Dersom barnet ikke er hørt etter gjeldene rett, er dette en saksbehandlingsfeil som i utgangspunktet skal medføre at en avgjørelse blir satt

til side, og at saken må realitetbehandles på nytt. Dette gjennomføres ikke i alle avgjørelsene. Eksempelsvis har retten etter en konkret helhetsvurdering falt ned på et resultat der andre momenter enn barnets mening har hatt større vekt. Gitt de ofte kompleks saksforholdene der barn involveres er dette vanskelig å unngå.

9 Litteraturliste

Bøker:

Lucy Smith, Peter Lødrup: Barn og foreldre, 7 utgave, 1. opplag 2006, Gyldendal Norsk Forlag AS 2006.

Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt, Kirsten Sandberg(red):
Barnekonvensjonen, Barns rettigheter i Norge, Universitetsforlaget 2008

Inge Lorange Backer: Barneloven Kommentarutgave 2. utgave
Universitetsforlaget 2008

Gudrun Holgersen: Barnerett Høyskoleforlaget 2008

Kirsten Sandberg: Barnets beste, Ad Notam forlag 1990

Knut Lindboe: Barnevernrett, 5 utgave, Universitetsforlaget 2008

Knut Lindboe: Barnevernloven, 5 utgave, Gyldendal Norsk Forlag AS 2006

Terje Einarsen: Utlendingsloven med kommentarer, Fagbokforlaget Vigmostad
& Bjørke AS 2008

Geir Woxholth: Forvaltningsloven med kommentarer, 4 utgave, Gyldendal
Norske Forlag AS 2006

Henry John Mæland: Kort Prosess, 2, opplag 2007, Justian AS

Torstein Eckhoff: Rettskildelære, 5 utgave ved Jan E. Helgesen, 2. Opplag
2005 Universitetsforlaget 2001

Erik Boe: Innføring i Juss Bind 2, Erik Boe og TANO A.S. 1993

Torstein Eckhoff og Eivind Smith: Forvaltningsrett 6. Utgave.
Universitetsforlaget 1997

Artikler

Trude Haugli. Skiftende ideologier i barnelovgivningene – alltid til barnets beste?
Jubileumsskrift til Universitet i Tromsø; Fra Driftsentralen til Teorifagbygget
2004 s77(JUB-2004-uit-77).

Trude Haugli: Lov om barn og foreldre, Jussens Venner 2007 s 325

Trude Haugli: Det mangfoldige barnets beste. Festskrift til Peter Lødrup: Bonus
Pater Familias. Gyldendal akademisk 2002 s 313.

Lucy Smith, Nyere utvikling i barneretten – FAB 2008-2

Dommeravhør og menneskerettigheter – konvensjonspraksis om særlig
sårbare vitner, Festskrift til Carl August Fleischer, Dog Fred er ej det Bedste.....
(FEST-206-caf-247). Forfatter: Ragnhild Helene Hennem.

Dalseide, Nils: Barnefordelingssaker i retten - noen synspunkter på hvordan
også avgjørelsesprosessen kan bli til barnets beste Festskrift til Peter Lødrup;
Bonus Pater Familias s 191

Informasjonshäfte for barne- og familiedepartementet(BDF) utarbeidet av SMR.

Q-15/2004 – Om saksbehandlingsregler i barnefordelingsaker for domstolene og høring av barn. 39-48

Rundskriv UDI 2006-018 ASA, SAKSNUMMER: 06/6228

Rikspolitiske retningslinjer for barn og planlegging 20 september 1995 nr 4146 punkt 4. Krav til den kommunale planleggingsprosessen.

Ordningen er inntatt i Rundskriv Barn og planlegging. Miljøverndepartementet – Rundskriv T- 2/2008.

9.4 Dommer

Rt 1999 s 1183

Rt 2004 s 811

Rt.2005 s 682

Rt 2007 s 376

Rt 2005 s 466

Rt 1998 s 1702

Rt 2004 s 999

Rt 2004 s 1046

Rt 2007 s 561

Rt 2005 s 229

Rt 1999s 586

LA- 2005- 57065

LH-2008-40393

LH- 2000-00349

EMD

Kutzner mot Tyskland

Sahin mot Tyskland

9.5 Forarbeider

Høring - NOU 2008: 9 Med barnet i fokus

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/bld/dok/NOUer/2008/nou-2008-9/9.html?id=508192>

Ot.prp. nr 45 (2002-2003) del 5.1.2.

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/regpubl/otprp/20022003/Otprp-nr-45-2002-2003-/5.html?id=172828>

Ot.prp. nr. 29 (2002-2003)

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/bld/dok/regpubl/otprp/2002-2003/Otprp-nr-29-2002-2003--/10.html?id=126193>

Innst.O nr .96 (2002-2003) s 22.

NOU 2000:2 Barnevernet i Norge,

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/bld/dok/NOUer/2000/NOU-2000-12/4/2.html?id=358173>

Ot.prp nr.75(2006-2007) 1.2 -

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/aid/dok/regpubl/otprp/20062007/otprp-nr-75-2006-2007-/1.html?id=474153>

9.6 Nettdokument

Kirsten Sandberg, kommentarer Barneloven

<http://abo.rettsdata.no/propub/template.htm?view?main>,

Knut R.Steenberg, Adopsjonsloven, kommentarer ,note 10

http://gnfgrqa.rettsdata.no:8080/propub/template.htm?view=browse&doc_action=setDoc&doc_keytype=tocid&doc_key=051892&hilite=adopsjon*;

Jan Fridthjof Bernt, Forvaltningloven, kommentar, note 217, Gyldendals Rettsdata

http://gnfgrqa.rettsdata.no:8080/propub/template.htm?view=browse&doc_action=setDoc&doc_keytype=gadests&doc_key=gL19670210z2EzA717&hash=gL19670210z2EzA717

OHCHR – Committee on the Rights of the Child

(<http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/index.htm>)