

UiO : **Det juridiske fakultet**

Hvilke prosessuelle rettigheter har barn uten partsstatus i saker etter barnevernloven?

- I hvilken grad er dagens situasjon i tråd med menneskerettighetene?

Kandidatnummer: **552**

Leveringsfrist: **25.04.2018**

Antall ord: **17 614**



INNHALDSFORTEGNELSE

| | | |
|----------|---|-----------|
| 1 | INNLEDNING | 2 |
| 1.1 | TEMA OG AKTUALITET | 2 |
| 1.2 | PROBLEMSTILLING OG PERSPEKTIV | 3 |
| 1.3 | AVGRENSNINGER OG PRESISERINGER | 4 |
| 1.4 | RETTSKILDER | 5 |
| 1.4.1 | <i>Særlig om Grunnlovens kapittel E</i> | 5 |
| 1.4.2 | <i>Særlig om EMK og BK</i> | 6 |
| 1.4.3 | <i>Oppsummering</i> | 8 |
| 1.5 | BEGREPSBRUK | 8 |
| 1.6 | VIDERE DISPOSISJON | 9 |
| 2 | PROSESSUELLE RETTIGHETER | 10 |
| 2.1 | INNLEDNING | 10 |
| 2.2 | RETTE TIL INFORMASJON OG UTTALERETT | 11 |
| 2.2.1 | <i>Brukslovene</i> | 11 |
| 2.2.2 | <i>Menneskerettighetene</i> | 18 |
| 2.2.3 | <i>Sammenstilling</i> | 22 |
| 2.3 | RETTE TIL BEGRUNNELSE | 24 |
| 2.3.1 | <i>Brukslovene</i> | 24 |
| 2.3.2 | <i>Menneskerettighetene</i> | 24 |
| 2.3.3 | <i>Sammenstilling</i> | 25 |
| 2.4 | KLAGEADGANG OG SØKSMÅLSKOMPETANSE | 26 |
| 2.4.1 | <i>Brukslovene</i> | 26 |
| 2.4.2 | <i>Menneskerettighetene</i> | 28 |
| 2.4.3 | <i>Sammenstilling</i> | 32 |
| 2.5 | MENNESKERETTLIGE KLAGEORDNINGER | 33 |
| 3 | HVORVIDT DAGENS SITUASJON ER I TRÅD MED MENNESKERETTIGHETENE | 38 |
| 3.1 | INNLEDNING | 38 |
| 3.2 | RETTE TIL INFORMASJON OG UTTALERETT | 38 |
| 3.3 | RETTE TIL BEGRUNNELSE | 41 |
| 3.4 | KLAGEADGANG OG SØKSMÅLSKOMPETANSE | 42 |
| 3.4.1 | <i>Forvaltningsklage</i> | 42 |
| 3.4.2 | <i>Søksmål, herunder reise sak for fylkesnemnda</i> | 44 |
| 3.5 | MENNESKERETTLIGE KLAGEORDNINGER | 46 |
| 3.6 | OPPSUMMERING | 48 |
| 4 | AVSLUTNING | 48 |

1 INNLEDNING

1.1 Tema og aktualitet

Denne oppgaven handler om prosessuelle rettigheter for barn uten partsstatus i barnevernsaker. I 2016 mottok 54 620 barn og unge opp til 22 år hjelp fra barnevernet.¹ Dette utgjorde nesten fire prosent av befolkningen i nevnte aldersspenn.

Barn i kontakt med barnevernet er i en særstilling som gjør dem mer sårbare enn andre barn. I tillegg til å være mindreårige, og dermed avhengige av voksne på de fleste livsområder, har de ofte et behov for hjelp fra barnevernet. Hjelpen ytes i form av frivillige hjelpetiltak eller tvangstiltak. I sistnevnte tilfeller kan tiltakene utgjøre svært alvorlige inngrep i barnets mest fundamentale relasjoner – nemlig dets forhold til egne foreldre og søsken. Barn bør derfor ha prosessuelle rettigheter som gjør at de i størst mulig grad kan involveres i egen barnevernsak.

I barnevernlovgivningen har den paternalistiske tankegangen vært regjerende; fordi det påstås at barn ikke kan vurdere de langsiktige konsekvensene av alternativene som foreligger, er det de voksne som vet best. Det er de som skal ta beslutninger på vegne av barna.² Lov om barneverntjenester av 17.juli 1992 nr. 100 (barnevernloven – bvl.) pålegger det offentlige plikter overfor barn, men barn er ikke gitt korresponderende rettigheter. Siden ratifisering av FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989 (Barnekonvensjonen - BK) og menneskerettighetenes inntog i norsk lovgivning på begynnelsen av 1990-tallet, har det med årene blitt stadig større fokus rundt barn og styrking av deres rettigheter. Særlig i de senere årene tales det blant annet mye om barns rett til å bli hørt og barnets beste. Men hvordan fungerer de som prosessuelle rettigheter, og hvilke andre prosessuelle rettigheter har barn i barnevernsaker?

For å kunne fastslå et barns rettsstilling må både materielle og prosessuelle rettigheter undersøkes. Ofte diskuteres det bare hvorvidt de materielle reglene er gode nok for barna. Prosessen blir glemt og mye går tapt når barn ikke får delta i egen sak. Barn er individer med egne interesser, og det er særlig viktig at disse kan fremmes i situasjoner hvor det er konflikt mellom barnets interesser, foreldrenes rettigheter og statens forståelse av egen plikt til å verne

¹ Statistikk fra www.bufdir.no - sist oppdatert 12. desember 2017.

² Schjelderup, Omre og Marthinsen (2005) s. 18.

barnet. I denne oppgaven skal det undersøkes i hvilken grad norsk lovgivning gir barn prosessuelle rettigheter de har krav på etter menneskerettighetene.

1.2 Problemstilling og perspektiv

Problemstillingen for denne oppgaven er ”(h)vilke prosessuelle rettigheter har barn uten partsstatus etter barnevernloven?”. Som underproblemstilling har jeg valgt ”(i) hvilken grad er dagens situasjon i tråd med menneskerettighetene?”. Jeg har fått stigende interesse for temaet og problemstillingene gjennom arbeidserfaring som frivillig saksbehandler i Barnas Jurist og som advokatsekretær i et firma som arbeider mye med menneskerettigheter og barnevernssaker.

Det er stor forskjell på å være part med partsrettigheter og det å være sakens hovedperson uten å ha partsstatus. Barn med partsstatus har alminnelige partsrettigheter etter Lov om behandling av forvaltningssaker av 10. februar 1967 (forvaltningsloven – fvl.), i tillegg til de særlige partsrettigheter som fremgår av barnevernloven, samt prosesslovgivningen. I denne oppgaven vil jeg fokusere på prosessuelle rettigheter et barn uten partsstatus har i egen barnevernssak. Barn uten partsstatus etter barnevernloven kan heller ikke opptre som part representert ved verge.³ Jeg har derfor satt meg inn i barnevernlovgivningen og de relevante konvensjonene for å se om den nasjonale lovgivningen samsvarer med rettighetene som følger av konvensjonene. Spørsmålet blir om menneskerettighetene kommer godt nok til syne. Har vi lykket med å styrke menneskerettighetene gjennom vedtakelsen av Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21. mai 1999 nr. 30 (menneskerettsloven – mrl.)?

Oppgavens problemstilling vil besvares ut fra et rent rettsdogmatisk perspektiv og ut fra målsettingen om å kartlegge gjeldende rett basert på alminnelig juridisk metode. Oppgavens hovedformål er å bidra til diskusjonen av barns prosessuelle rettigheter gjennom å forsøke å trekke paralleller mellom rettighetene etter intern lovgivning og menneskerettighetene.

³ Rt. 2000 s. 358

1.3 Avgrensninger og presiseringer

Oppgaven tar for seg rettsstillingen til barn uten partsstatus i barnevernssaker. Det avgrenses derfor mot barn med partsstatus i egen barnevernssak. Det følger av fvl. § 2 bokstav e at en part er den som «en avgjørelse retter seg mot eller som saken direkte gjelder». Det oppstilles ingen aldersgrense for når en kan anses som part i en forvaltningssak. I bvl. § 6-1 første ledd heter det at forvaltningsloven «gjelder med de særregler som er fastsatt i denne loven».⁴ Der barnevernloven har andre saksbehandlingsregler enn de som følger av forvaltningsloven, gjelder barnevernlovens regler.⁵

I forhold til forvaltningsloven blir dermed bvl. § 6-3 annet ledd å anse som *lex specialis*, og er avgjørende for hvilke barn som får partsstatus i barnevernssaker. Bestemmelsen sier at barn som har fylt 15 år og som forstår hva saken gjelder, kan opptre som part og gjøre partsrettigheter gjeldende. Også barn under 15 år kan innvilges partsrettigheter i «særskilte tilfeller», jf. bvl. § 6-3 annet ledd. Avgjørelsen for om det foreligger særskilte tilfeller beror på en konkret skjønnsmessig vurdering, hvor terskelen er høy.⁶ Videre i siste punktum heter det at barn i saker som gjelder tiltak for atferdsvansker eller menneskehandel alltid skal regnes som part.⁷ Fordi denne oppgaven omhandler barn uten partsstatus, faller disse barna utenfor fremstillingen.

På grunn av oppgavens omfang går jeg ikke nærmere inn på vilkårene for å få innvilget partsstatus. Av kapasitetshensyn gjøres det bare rede for et utvalg prosessuelle rettigheter barn uten partsstatus har. Med utvalget jeg har gjort er hensikten å fremstille det jeg mener er de viktigste kontrastene mellom barn uten partsstatus og barn med partsstatus. Fokuset ligger likevel på å fremheve rettighetene for barn uten partsstatus, slik at dette ikke er en sammenlikningsoppgave.

⁴ se også fvl. § 1 første punktum.

⁵ Holgersen og Tellefsen (2003) s. 347.

⁶ NOU 2016:16 pkt. 16.3.1.

Se også f.eks. Rt. 1998 s. 1592, hvor et kjæremål fra et 14 år gammelt barn som ønsket å gjøre partsrettigheter gjeldende som hjelpeintervenient ble forkastet. Se også Rt. 1999 s. 490, hvor en 14 år gammel jente ble nektet partsrettigheter fordi det ble uttalt at hennes eget syn på eget behov for å være part ikke kunne være avgjørende. Dessuten ville hennes syn kunne komme frem på annen måte.

⁷ Tjomsland (red.) (1997) s. 117 og Olsen (2002) s. 80.

1.4 Rettskilder

Kildematerialet oppgaven bygger på er først og fremst nasjonal lovgivning, lovforarbeider, internasjonale menneskerettskonvensjoner og juridisk litteratur.

Rettspraksis fra Norges Høyesterett er brukt for å belyse den nasjonale rettstilstanden, mens praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) har blitt brukt for å belyse rettstilstanden hva gjelder Den europeiske menneskerettskonvensjon av 4. november 1950 (EMK). Barnekonvensjonen har ikke en egen domstol som utøver kontroll med etterlevelsen av konvensjonen. Det er vedtatt en tredje tilleggsprotokoll til konvensjonen som oppretter en klagemekanisme, men Norge har verken undertegnet eller ratifisert den. Barnekomiteen har foreløpig ikke realitetsbehandlet noen klager etter ordningen.

1.4.1 Særlig om Grunnlovens kapittel E

I mai 2014 ble en rekke menneskerettigheter løftet inn i Norges viktigste lov – Kongeriket Norges Grunnlov av 17. mai 1814 (Grunnloven – Grl.). Endringene var ikke ment å forandre rettstilstanden. Tanken var å gi de mest sentrale menneskerettighetene, som allerede var en del av gjeldende rett, grunnlovs rang.⁸ Fordi Grunnloven er «lex superior» (lov av høyere rang), kan det ikke i ordinær lov vedtas noe som strider med disse rettighetene. På denne måten er menneskerettighetene som direkte følger av Grunnloven gitt et vern for fremtiden.

De relativt nye grunnlovsbestemmelsene har blitt tolket i lys av sine menneskerettslige forbilder i samsvar med EMDs metode. Samtidig har Høyesterett presisert at det skal foretas lovgiverlojale tolkninger. Det er gitt uttrykk for at det ved rettstomrom vil være større rom for Høyesterett, som Norges øverste domstol, til å argumentere for hva man nasjonalt mener er riktig avveining.

Et eksempel finner vi i Rt. 2015 s. 93, som omhandler utvisning av en kenyansk kvinne og hvilke følger dette hadde for hennes datter. I avsnitt 57 uttales følgende om tolkingen av Grunnloven § 102 om retten til familieliv:

⁸ Innst.186 S (2013-2014) s. 20.

«Jeg legger til grunn at § 102 skal tolkes i lys av de folkerettslige forbildene, men likevel slik at fremtidig praksis fra de internasjonale håndhevingsorganene ikke har samme prejudikatsvirkning ved grunnlovstolkningen som ved tolkningen av de parallelle konvensjonsbestemmelsene: Det er etter vår forfatning Høyesterett - ikke de internasjonale håndhevingsorganene - som har ansvaret for å tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettsbestemmelser.»⁹

I avsnitt 64 siste punktum gjentar Høyesterett at de har et selvstendig ansvar for grunnlovstolkningen. Disse grunnleggende formuleringene er fulgt opp i senere rettspraksis.¹⁰

1.4.2 Særlig om EMK og BK

Ytterligere kommentarer må tildeles menneskerettighetene som rettskilder. Før menneskerettsloven ble vedtatt hadde menneskerettskonvensjoner blitt påberopt og grundig behandlet i en rekke saker for Høyesterett. I NOU 1993: 18 s. 67-68 fastslo derfor menneskerettslovutvalget at menneskerettskonvensjonene var en relevant rettskilde av betydelig vekt. I dag følger det av mrl. § 3 at EMK og BK gjelder som norsk lov og skal ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning.¹¹

Antallet saker hvor menneskerettigheter blir påberopt i norske domstoler øker stadig. I slike saker plikter domstolene, som statens dømmende makt, å tolke norsk rett i tråd med konvensjonene, og til eventuelt å sette annen kolliderende lovgivning til side, jf. Grl. § 98. Hva gjelder forrangsregelen i mrl. § 3 jf. § 2, har Høyesterett beveget seg fra kravet om at en regel som bygger på folkerettslige kilder må være tilstrekkelig «klar og entydig»¹² til å si at det er tilstrekkelig når et tolkningsresultat «har de beste grunner for seg».¹³

Om tolkning av EMK har Høyesterett uttalt følgende:

«Ved anvendelse av reglene i EMK skal norske domstoler foreta en selvstendig tolking av konvensjonen. Herunder skal de benytte samme metode som EMD. Norske domstoler

⁹ Se også Innst. 165 S (2015-2016) s. 10 om tolkningen av Grl. § 115 som nevner denne uttalelsen.

¹⁰ Rt. 2015 s. 155 (avsnitt 40), Rt. 2015 s. 385 (avsnittene 28 og 29).

¹¹ BK med de to første tilleggsprotokollene ble innarbeidet ved endring i menneskerettsloven ved lov 1. august 2003 nr. 86. Se bl.a. Lindboe (2012) s. 241.

¹² Rt. 1994 s. 610 (s. 616).

¹³ Rt. 2002 s. 557 (s. 565).

må således forholde seg til konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og EMDs avgjørelser. Det er likevel i første rekke EMD som skal utvikle konvensjonen. Og dersom det er tvil om forståelsen, må norske domstoler ved avveiningen av ulike interesser eller verdier kunne trekke inn verdiprioriteringer som ligger til grunn for norsk lovgivning og rettsoppfatning.»¹⁴

For Barnekonvensjonens vedkommende er det relevant å se på hvilken vekt Høyesterett har gitt avgjørelser foretatt av FN-komiteer i individklagesaker. I Rt. 2008 s. 1764, som omhandlet betydningen av FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter av 16. desember 1966 (SP-konvensjonen – SP) i norsk rett, uttalte Høyesterett følgende:

«På bakgrunn av det jeg her har gjennomgått av forarbeidene til menneskerettsloven, finner jeg det klart at en konvensjonstolking foretatt av FNs menneskerettskomité må ha betydelig vekt som rettskilde.»¹⁵

FNs barnekomité (barnekomiteen) er overvåkningsorganet som definerer og utvikler innholdet og rekkevidden av bestemmelsene i barnekonvensjonen. I tillegg til å utarbeide avsluttende merknader og rekommandasjoner til rapporter fra de enkelte medlemslandene, utgir komiteen også generelle kommentarer (General Comments - GC), jf. BK artikkel 45, bokstav d. Generelle kommentarer er ofte knyttet til bestemte artikler i BK, og gis på bakgrunn av komiteens erfaringer sluttet fra medlemslandenes rapporter. Verken generelle kommentarer eller anbefalinger er bindende. Likevel anser Høyesterett dem som relevante rettskilder.

I Rt. 2015 s. 93, som blant annet omhandlet Grl. § 104 annet ledd om hensynet til barnets beste, ble det uttalt at bestemmelsen har sin parallell i BK artikkel 3 nr. 1.¹⁶ Videre i avsnitt 64 heter det:

«I General Comment No. 14 (2013) «on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration» [GC-2013-14-CRC], har FNs Barnekomité redegjort for regelens bakgrunn og funksjon, og foretatt en konsoliderende gjennomgang av en rekke

¹⁴ Rt. 2005 s. 833 (avsnitt 45).

¹⁵ Rt. 2008 s. 1764 (avsnitt 81).

¹⁶ Rt. 2015 s. 93 (avsnitt 63).

tolkningsspørsmål. Det Barnekomiteen gir uttrykk for her, utgjør etter mitt syn et naturlig utgangspunkt ved tolkningen av artikkel 3 nr. 1 - og dermed også ved tolkningen av Grunnloven § 104 andre ledd.»

1.4.3 Oppsummering

I utgangspunktet skal grunnlovsbestemmelsene fortolkes i lys av de folkerettslige forbildene.¹⁷ Før grunnlovsreformen i mai 2014, var EMD øverste fortolker av EMK. Etter grunnlovsreformen har Høyesterett uttrykkelig forbeholdt seg ansvaret for å tolke, avklare og utvikle menneskerettsvernet som fremgår av menneskerettsbestemmelsene inntatt i Grunnloven.¹⁸ Dette medfører muligheter for divergens mellom menneskerettsvernet som følger av Grunnloven, og vernet som fremgår av de tilsvarende konvensjonsbestemmelsene. Det har foreløpig ikke vært tilfeller hvor dette har vært problematisk. Det er uvisst hvorvidt dette på sikt vil medføre nyanser mellom tolkningene til Høyesterett og EMD, men det foreligger foreløpig ingen grunnlag for det, hva gjelder barnevernssaker.

1.5 Begrepsbruk

Tradisjonelt har vi brukt barnevernloven, forvaltningsloven, vergemålsloven og tvisteloven for å bestemme barnets prosessuelle rettigheter i barnevernssaker. I denne oppgaven vil jeg bruke samlebetegnelsen *barnevernets brukslover* om disse lovene. Det presiseres at både det som følger av brukslovene og det som følger av menneskerettskonvensjonene er gjeldende norsk rett. Det understrekes at barnevernet ikke bare bruker disse lovene. Det er imidlertid slik at vi tradisjonelt bruker mest brukslovene for å løse barnevernssaker, mens menneskerettighetene i større grad er blitt brukt i de senere tiår. Det understrekes også at dette ikke er et forsøk på å innføre et nytt begrep i litteraturen, men er bare gjort i den hensikt å lette på lesingen av oppgaven.

Med *prosessuelle rettigheter* siktes det til barnets rettigheter ved behandlingen av barnevernssaker eller ved en eventuell iverksettelse av et barnevernstiltak. Disse er ment å sikre barn prosessuell rettssikkerhet, som betyr rettssikkerhet med hensyn til måten saken behandles på i forvaltningen og rettsvesenet.¹⁹

¹⁷ Rt. 2015 s. 93 (avsnitt 57), senere fulgt opp i Rt. 2015 s. 155 (avsnitt 40).

¹⁸ Rt. 2015 s. 93 (avsnitt 57).

¹⁹ Gisle (2007) s. 256.

Med *menneskerettighetene* menes rettigheter med et materielt innhold som har sitt opphav i FNs Verdenserklæring om menneskerettigheter (Verdenserklæringen).²⁰ Eksempelvis er Grl. § 102 tydelig inspirert av EMK artikkel 8, som igjen bygger på Verdenserklæringen artikkel 12. Ordlyden er annerledes, men det sentrale innholdet er den samme. Rettighetene karakteriseres ved at de springer ut av de grunnleggende verdiene frihet, likhet og menneskeverd. De betraktes ofte som allmenngyldige og ukrenkelige.²¹ Når det i denne oppgaven vises til menneskerettighetene, refereres det til rettighetene som følger av de inkorporerte konvensjonene. Mange av menneskerettighetene er inntatt i norsk rett, blant annet gjennom den norske forfatningen og gjennom menneskerettsloven.

1.6 Videre disposisjon

Kapittel 2 er én av oppgavens to hovedkapitler. Her foretas det en fremstilling av gjeldende rett og er ment for å gi materiale til å besvare oppgavens andre problemstilling. Det gjøres rede for prosessuelle rettigheter barn uten partsstatus har i barnevernssaker. Fremstillingen omfatter prosessuelle rettigheter som kan utledes både av brukslovene og de internasjonale menneskerettskonvensjonene EMK og BK.

Underkapitlene er bygget opp slik at det først gjøres rede for de prosessuelle rettighetene som kan utledes av brukslovene. Deretter går jeg over til å gjøre rede for tilsvarende prosessuelle rettigheter etter menneskerettighetene. Illustrerende Høyesterettspraksis og praksis fra EMD flettes inn fortløpende.

I kapittel 3, som er oppgavens andre hovedkapittel, behandler jeg spørsmålet om hvorvidt dagens situasjon er tilfredsstillende ut fra menneskerettighetene. Her foretas det nærmere analyser i forsøk på å besvare problemstillingen i oppgavens undertittel. Her gjøres det også rom for rettspolitiske betraktninger. Endelig i kapittel 4 avsluttes oppgaven med min konklusjon.

²⁰ Grunnokumentet i det internasjonale arbeidet for menneskerettigheter. Et rettspolitisk dokument hvor en finner formuleringen av de mest sentrale menneskerettighetene.

²¹ Gisle (2007) s. 207.

2 PROSESSUELLE RETTIGHETER

2.1 Innledning

Barn med partsstatus i barnevernssaker har blant annet lovfestet rett til dokumentinnsyn, å påklage vedtak, å bringe sak inn for domstolene, å bli innkalt til møter, og til å la seg bistå av advokat. Hvilke prosessuelle rettigheter har barn uten partsstatus, og hvordan er deres rettssikkerhet? Med rettssikkerhet menes at samfunnets borgere skal være «beskyttet mot overgrep og vilkårlige inngrep fra myndighetenes side, og at borgerne skal ha mulighet til å forutberegne sin rettsstilling og forsvare sine rettslige interesser».²² Også hensynet til likhet og rettferdighet inngår i begrepet.²³

Særegent for barnevernssaker er at det kan foreligge motstridende interesser mellom barn og foreldre. I slike tilfeller har barnet krav på rettsvern. Ifølge Bendiksen og Haugli (2015) omfatter rettssikkerhet for barn derfor både at barn sikres et vern mot urettmessige inngrep fra det offentlige, og at de sikres nødvendig beskyttelse mot egne foreldre.²⁴ Fordi barn i mindre grad enn voksne kan hevde egne rettigheter, er det viktig at de har prosessuelle rettigheter.

I det følgende foretas en fremstilling av et utvalg prosessuelle rettigheter. I de tilfeller hvor rettigheten kan utledes av brukslovene, undersøkes det hvorvidt menneskerettighetene medfører ytterligere prosessuelle rettigheter som må respekteres av norske myndigheter. I kapittel 2.5 har jeg tatt med en prosessuell rettighet for barn, som ikke kan anvendes direkte i barnevernssaken, men som kan bli aktuell i etterkant. Dette har jeg valgt å gjøre fordi jeg synes det er viktig å fremheve adgangen til å utnytte klageordninger etter menneskerettighetene som en mulighet for barn til å få slått fast og kreve erstatning for forsømmelser fra myndighetenes side.

Fordi menneskerettsbestemmelsene nedfelt i Grunnloven har samme innhold som tilsvarende bestemmelser i EMK, forholder jeg meg til en fremstilling av EMK. En særskilt redegjørelse

²² Olsen (2002) s. 27.

²³ Eckhoff og Smith (2010) s. 58.

²⁴ Bendiksen og Haugli (2015) s. 24.

for Grunnlovens menneskerettsbestemmelser trekkes eventuelt inn der det foreligger praksis fra Høyesterett etter 2014, som trekker i annen retning i forhold til EMD-praksis.²⁵

Det bemerkes at alle nevnte rettskilder er norsk rett. Selv om det er vanlig å fremstille disse rettskildene samlet, kan dette være problematisk med hensyn til barnevernssaker. Gjennom arbeidet med stoffet, har jeg kommet til at det synes å være en del punkter hvor det er stor avstand mellom reglene som følger av brukslovene og reglene som følger av menneskerettighetene. Jeg har ut fra denne hypotesen valgt å se på brukslovene først, for så å se på menneskerettighetene. Det er også i tråd med oppgavens problemstilling. De vil imidlertid sammenstilles til slutt, slik at det fremgår hva som er gjeldende rett. Der det er forskjeller mellom brukslovene og menneskerettighetene, vil disse konstateres. Den nærmere vurdering av forskjellene foretas imidlertid i kapittel 3.

2.2 Retten til informasjon og uttalerett

2.2.1 Brukslovene

Etter forvaltningsloven er det bare parter som blant annet har rett til forhåndsvarsling (jf. § 16) og rett til informasjon- og uttalerett, herunder rett til varsling om nye omstendigheter, (jf. § 17). Videre har de rett til dokumentinnsyn etter fvl. §§ 18 flg.

Barn uten partsstatus i barnevernssaker har imidlertid rett til informasjon og varsling etter bvl. § 6-3 første ledd. Bestemmelsen regulerer barns uttalerett, også kalt retten til å bli hørt. Ifølge Oppedal (2008), kan retten betegnes som «barnets grunnleggende prosessuelle rettighet som skal ivaretas i alle saker».²⁶ Bestemmelsen bygger på Lov om barn og foreldre av 08. april 1981 nr. 7 (barnelova – bl.) § 31, men er noe enklere utformet.²⁷ Samtidig med inkorporeringen av BK i norsk rett, ble den nedre grense for uttalerett senket fra 12 til 7 år.²⁸ Ifølge forarbeidene innebærer bestemmelsen en ubetinget informasjons- og uttalerett for barn som er fylt 7 år. For barn under 7 år må det foretas en konkret vurdering av om det enkelte barnet kan anses å være i stand til å danne seg egne synspunkter.²⁹

²⁵ Jf. Rt. 2015 s. 93 (avsnitt 57 – om endret prejudikatsvirkning for praksis fra internasjonale håndhevingsorganer).

²⁶ Oppedal (2008) s. 459.

²⁷ Ot.prp.nr.44 (1991-1992) til § 6-3.

²⁸ Lindboe (2012) s. 180.

²⁹ Stette (2014) s. 115 jf. Ot.prp. nr. 45 (2002-2003). Se også Gording Stang (2016) s. 185.

For at et barn skal kunne uttale seg i egen barnevernssak, er det nødvendig å gi barnet tilstrekkelig med informasjon, slik at barnet får et grunnlag å uttale seg på. Informasjon og anledning til å uttale seg om saken skal foreligge før en beslutning tas.

Barnet skal selv få velge om han eller hun har lyst til å uttale seg, og eventuelt hvilke forhold i saken barnet ønsker å si noe om.³⁰ Det er en rett, men ingen plikt for barnet til å uttale seg.³¹ Dersom barnet velger å uttale seg, skal dets mening også tas i betraktning ved avgjørelsen av hvordan samtalen med barnet skal tilrettelegges og gjennomføres. Ansvaret for å påse at barnet har fått realisert disse rettighetene påligger organet som skal fatte avgjørelsen.³²

Barnets uttalelser skal tillegges vekt «i samsvar med barnets alder og modenhet», jf. bvl. § 6-3 første ledd, siste punktum. Loven innebærer at barnets mening ikke alltid skal få helt utslagsgivende betydning. Dette beror på en konkret og individuell vurdering i det enkelte tilfellet. Jo eldre og mer modent barnet er, desto større vekt skal det tillegges barnets uttalelser.³³ Ytterligere momenter i vurderingen av uttalelsenes vekt kan være sakens art, hvor klare ytringene er, hvorvidt uttalelsene er skiftende, og om uttalelsene kan være utslag av lojalitetskonflikter.³⁴

I Rt. 2004 s. 1046 var det spørsmål om foreldrenes rett til samvær med deres 7 år gamle datter som bodde i fosterhjem. Med særlig vekt på blant annet jentas motvilje mot samvær, kom Høyesterett enstemmig til at foreldrene ikke skulle tilkjennes samværsrett. Retten la til grunn følgende:

«Selv om C står noe tilbake i sin utvikling i forhold til alderen, er det ikke tvilsomt at hun forstår hva samværene konkret innebærer. Men den betraktning at det - særlig sett i et lengre tidsperspektiv - generelt sett kan være fordelaktig å ha opprettholdt kontakten med de biologiske foreldre, kan hun selvsagt ikke ha innsikt i. Hvor stor vekt man bør legge på hennes

³⁰ Ot.prp.nr. 45 (2002-2003) s. 63.

³¹ Lindboe (2012) s. 182.

³² Ot.prp.nr. 45 (2002-2003) s. 63. Dette kan være den kommunale barneverntjenesten, fylkesnemnda, Fylkesmannen eller domstolene.

³³ Se f.eks. Rt. 1990 s. 657 (s. 659), som gjaldt spørsmålet om en 14 år gammel gutt kunne adopteres av fosterforeldrene i samsvar med eget ønske.

³⁴ Se f.eks. Rt. 2004 s. 1046 (avsnitt 60).

motvilje mot samværene avhenger etter mitt syn av hvor grunnfestet motviljen er og hva som reelt sett er årsaken til den.»

Høyesterett viser tydelig at når et barn er fylt 7 år, skal det absolutt høres. Etter en konkret vurdering legges det utslagsgivende vekt på barnets holdninger og følelser.

Ved en rekke anledninger har Høyesterett behandlet spørsmålet om betydningen av barns uttalerett i prosessuelle spørsmål. Kjennelsen Rt. 2013 s. 1176 gjaldt en 13 år gammel gutts adgang til å uttale seg i egen sak. Tingrettens dom om samvær hadde blitt anket til lagmannsretten, hvoretter lagmannsretten besluttet utsatt iverksettelse uten at gutten ble hørt. Det ble vist til at gutten hadde uttrykt seg gjennom talsperson i tingretten. Ankeutvalget la til grunn følgende:

«Både hensynet til hans rettigheter etter barnevernloven og hensynet til en forsvarlig opplysning av saken tilsier at også lagmannsretten skulle ha gitt ham anledning til å uttale seg før den avsa sin kjennelse om utsatt iverksettelse.»³⁵

Videre uttales:

«(...) når et barn på 13 år ikke har fått anledning til å uttale seg før lagmannsretten avsa sin kjennelse, har denne feilen slike likhetstrekk med brudd på det grunnleggende prinsippet om rett til kontradiksjon at det skal lite til før feilen medfører at avgjørelsen må oppheves. Ankeutvalget har etter dette kommet til at lagmannsrettens kjennelse om utsatt gjennomføring av tingrettens dom må oppheves (...)»³⁶

I den enstemmige kjennelsen HR-2016-2314-U hadde lagmannsretten nektet å fremme anke i en barnevernssak. Barna saken gjaldt hadde ikke blitt informert og derfor heller ikke fått anledning til å uttale seg før lagmannsretten avsa kjennelse i saken. I avsnitt 15 uttales følgende:

³⁵ Rt. 2013 s. 1176 (avsnitt 16).

³⁶ Rt. 2013 s. 1176 (avsnitt 17).

«Det er på det rene at tingrettens avgjørelse «berører» barna - i alle fall så langt det gjelder omsorgen for, og foreldrenes samvær med, vedkommende barn. Da fastslår § 6-3 at før avgjørelsen treffes, «skal» barn som er fylt 7 år informeres og gis anledning til å uttale seg. Slik den er formulert, åpner bestemmelsen ikke for unntak.»

Videre viste ankeutvalget til Grl. § 104 og BK artikkel 12, som etter sine ordlyder heller ikke åpner for unntak.³⁷

Også i HR-2017-18-U, som gjaldt fast bosted for to barn på 7 og 9 år, opphevet Høyesteretts ankeutvalg lagmannsrettens beslutning om å nekte anke fremmet, fordi barna ikke hadde blitt hørt. Ankeutvalget omtalte retten til å bli hørt som et grunnleggende krav til saksbehandlingen. En mangel på begrunnelse for hvorvidt hensynet til denne retten stod i veien for å avgjøre anken, måtte medføre derfor at lagmannsrettens begrunnelse ble opphevet. Selv om saken gjaldt barneloven § 31, har den enstemmige kjennelsen overføringsverdi for barns rett til å bli hørt etter barnevernloven.³⁸

Høyesterettspraksis for øvrig viser at barnets syn i barnevernssaker har blitt tillagt mindre vekt enn i saker etter barneloven.³⁹ Særlig gjelder dette når barnet er uenig i barneverntiltaket,⁴⁰ når barnets mening er skiftende, eller der det foreligger lojalitetskonflikt. Begrunnelsen synes å ligge i ulikheten mellom det barnevernloven og barneloven regulerer.⁴¹ I barnevernssaker er spørsmålet ofte mer alvorlige og kan være mer inngripende for barnet.

Lindboe skriver at det er «grunn til i større grad å vektlegge barnets syn ved avgjørelser i barnevernssaker enn det som til nå har vært vanlig.»⁴² Under henvisning til uttalelsen i Prop. 106 L (2012—2013), punkt 18.4.1 om endringer i barnevernloven, argumenterer han for at det vil kunne svekke barnets selvfølelse og krenke dets verdighet dersom det fattes vedtak uten hensyn til barnets uttalelser eller i strid med barnets meninger, etter at man har inkludert barnet ved å innhente dets mening etter bvl. § 6-3.

³⁷ HR-2016-2314-U (avsnitt 16).

³⁸ Se også HR-2017-1996-U om lagmannsrettens mangel på innhenting av oppdatert uttalelse fra barnet i sak om tilbakeføring av barn etter barne bortføringsloven § 11. Se særlig avsnittene 15-16.

³⁹ Se eksempelvis Rt. 1987 s. 289, Rt. 1998 s. 1702.

⁴⁰ Lindboe (2012) s. 180-182.

⁴¹ Eksempelvis Rt. 2006 s. 1308 (avsnitt 59).

⁴² Lindboe (2013) s.81-82.

Bvl. § 4-1 annet ledd om barns rett til medvirkning ble tilføyet ved Lov om endringer i barnevernloven 21. juni 2013 nr. 63 og trådte i kraft 1. juni 2014. Bestemmelsens formål er å styrke barn og unges rett til deltakelse i barnevernssaker.⁴³ I forarbeidene er det vist til BK artikkel 12 om barns rett til å gi uttrykk for egne synspunkter i forhold som vedrører barnet. Medvirkningsretten forutsetter at barnet blir «godt og skikkelig informert, blir hørt, får anledning til å uttale seg i trygge omgivelser og på måter som gir barnet en følelse av å bli lyttet til og tatt hensyn til».⁴⁴ Lovendringen ble vedtatt for å synliggjøre barnekonvensjonens mål og verdier ytterligere.⁴⁵

Bestemmelsen er ment å ha samme anvendelsesområde som § 6-3, slik at den gjelder barn som har fylt 7 år og yngre barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter.⁴⁶ Selv om bestemmelsens plassering kan gi et inntrykk av at den bare gjelder for saker etter barnevernlovens kapittel 4, er det lagt til grunn i forarbeidene at annet ledd første setning er overordnet, slik at barnets rett til medvirkning skal gjelde i alle forhold som vedrører barn.⁴⁷

2.2.1.1 Talsperson

Etter bvl. § 7-9 første punktum kan fylkesnemnda oppnevne en talsperson for barnet i saker som skal behandles for nemnda. Hensikten med å innføre regelen ved lovendring i 1993 var å øke barns rettssikkerhet gjennom å høre dem.⁴⁸ Tanken er at barnets mening skal komme frem selv om barnet ikke kan opptre som selvstendig part.⁴⁹

Det er fylkesnemndas leder som oppnevner barnets talsperson.⁵⁰ Ifølge forskrift om barnets talsperson i fylkesnemndsaker 18. februar 2013 nr. 203 (forskriften) § 1, skal barnets ønske om å få oppnevnt talsperson tillegges stor vekt. Det skal ikke oppnevnes talsperson dersom

⁴³ Prop.106 L (2012—2013) s. 131 flg. og s. 208.

⁴⁴ Merknader fra Prop.106 L (2012—13) til § 4-1 annet ledd.

⁴⁵ Ofstad og Skar (2015) s. 68.

⁴⁶ Ofstad og Skar (2015) s. 68.

⁴⁷ Prop. 106 L (2012—2013) s. 308.

⁴⁸ Holgersen og Tellefsen (2003) s. 366 og Ofstad og Skar (2015) s. 382.

⁴⁹ NOU 2005: 9 Ressursbruk og rettssikkerhet i fylkesnemndene for sosiale saker s. 22.

⁵⁰ Forskrift av 18. Mars 2013 nr. 203 om barnets talsperson i saker som skal behandles i fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker § 1 annet ledd.

barnet ikke ønsker det. Barnet skal informeres om muligheten til å få oppnevnt talsperson så tidlig som mulig under saksforberedelsen, jf. forskriften § 2.

Selv om ordningen gjelder generelt for saker som behandles i fylkesnemnda, skal det ifølge forarbeidene ikke oppnevnes talsperson for barn som er part i saken, fordi de selv kan utøve partsrettigheter og er representert ved egen advokat.⁵¹ Det er ingen nedre aldersgrense for bruk av talsperson.⁵² Dersom et barn med uttalelsesrett ikke får oppnevnt talsperson, skal det tilrettelegges for at barnet får uttale seg på annen måte.

Talspersonen skal fungere som barnets talerør og være uavhengig av barneverntjenesten og barnets foreldre, jf. forskriften § 1. Eksempelvis kan førskolelærere, lærere, helsesøstre og personer med sosialfaglig bakgrunn være talspersoner.⁵³ Vedkommende er også underlagt taushetsplikt, jf. forskriften § 6. For å sikre legitimitet, er det viktig at talspersonen er nøytral.⁵⁴ Talspersonen skal verken foreta egne vurderinger av hva som er til beste for barnet, eller hvor overbevisende barnets uttalelse virker. Det skal utarbeides en skriftlig rapport om samtaler med barnet, og talspersonen skal vitne i nemnda for å redegjøre muntlig for barnets mening, jf. forskriften § 5.

2.2.1.2 *Samtaleprosess*

Samtaleprosess er en saksbehandlingsform hvor nemndsleder inviterer partene til samtaler, i forsøk på å komme til enighet om en løsning til barnets beste.⁵⁵ Ordningen er regulert i bvl. § 7-25. Formålet med ordningen er oppnå en mer uformell og skånsom prosess sammenliknet med ordinært forhandlingsmøte. Et mindre fryktingytende dialogklima gir anledning til å høre barnet på andre måter enn det som tradisjonelt har vært gjort i rettsforhandlinger.⁵⁶ Det er flere forslag til formidling av barnets mening. Et alternativ er å la barnet delta på møtet i følge med en støtteperson. Et annet alternativ er å oppnevne en talsperson som snakker med

⁵¹ Rundskriv Q-11/2013 (mars 2013) s. 4 med henvisning til Innst. O. nr. 126 (1992—93). Se også Lindboe (2012) s. 185.

⁵² Rundskriv Q-11/2013 (mars 2013) s. 4, som sier at også barn under sju år kan få oppnevnt talsperson, forutsatt at barnet forstår hva saken gjelder og har et ønske om å uttrykke sine synspunkter.

⁵³ Rundskriv Q-11/2013 s. 6.

⁵⁴ Rundskriv Q-11/2013 (mars 2013) s. 3.

⁵⁵ Ofstad og Skar (2015) s. 441.

⁵⁶ Telefonsamtale med fylkesnemndsleder Magnus Aarø 04.04.18.

barnet i forkant av samtalemøtet. Et tredje alternativ er at barnet snakker med nemndsleder eller den sakkyndige, eller begge. Dette skal protokollføres.⁵⁷

Grunnet uenigheter rundt ordningens hensiktsmessighet, ble det vedtatt at prøveprosjekter skulle igangsettes før forslaget eventuelt kan bli en generell ordning for fylkesnemnda.⁵⁸ Av hensynene som talte mot en slik ordning var blant annet at de private parter på den ene siden, og barneverntjenesten på den andre siden, ikke er likeverdige parter.⁵⁹ Et annet mothensyn var at i tilfeller der samtaleprosessen ikke fører frem, vil en endelig avgjørelse være forsinket.

Saken skal normalt avklares etter to eller tre samtalemøter. Ved oppnådd enighet kan kommunen trekke begjæringen slik at saken heves, eller partene kan nedlegge felles forslag til vedtak, slik at saken avgjøres av fylkesnemndsleder uten forhandlingsmøte, jf. bvl. § 7-5 annet ledd og § 7-14 bokstav a. Dersom enighet ikke oppnås, berammes forhandlingsmøte snarest og saken behandles som ordinær sak etter barnevernloven.⁶⁰

Barn uten partsstatus har ikke krav på å bli innkalt til samtalemøte med anledning til å delta i prosessen. Dersom de ønsker å delta, avgjøres dette av fylkesnemndsleder etter en konkret vurdering.⁶¹ Barn som ikke har partsstatus, ikke ønsker å delta, eller ikke er gitt rett til å delta, skal likevel gis anledning til å uttale seg før første samtalemøte i samsvar med bvl. § 6-3 første ledd.⁶²

I skrivende stund er en rekke fylkesnemnder inne i sine siste måneder av prøveordningen.⁶³ Prøveordningen var iverksatt i mai 2016 og skal avsluttes i mai 2018. Fylkesnemndsleder Magnus Aarø mener det kan være et godt forum for barn å møte i. Av egenerfaring uttalte Aarø at en samtaleprosess, som er mer åpne og diskusjonspregede enn formelle forhandlingsmøter, legger opp til å involvere barnet i større grad. Han oppfatter det slik at det

⁵⁷ Retningslinjer for samtaleprosess i fylkesnemndene s. 9-10.

⁵⁸ Lindboe (2012) s. 196.

⁵⁹ Ot.prp. nr.76 (2005-2006) s. 63.

⁶⁰ Retningslinjer for samtaleprosess i fylkesnemndene s. 3.

⁶¹ Retningslinjer for samtaleprosess i fylkesnemndene s. 3.

⁶² Retningslinjer for samtaleprosess i fylkesnemndene s. 3.

⁶³ Fylkesnemnda i Oslo og Akershus, Fylkesnemnda i Trøndelag, Fylkesnemnda i Hordaland og Sogn og Fjordane, Fylkesnemnda i Rogaland, og Fylkesnemnda i Møre og Romsdal.

kan være konstruktivt i en del saker.⁶⁴ Ordningen er gjenstand for fortløpende evaluering og drøftelse.⁶⁵ Det gjenstår å se i hvilken grad den omfattende prøveordningen har vist seg å være effektiv.

2.2.2 Menneskerettighetene

Barnets rett til å gi uttrykk for sin mening i alle forhold som vedrører barnet er regulert i BK art. 12. Dette er en sentral prosessuell bestemmelse som også utgjør én av fire generelle prinsipper i barnekonvensjonen. Det innebærer at den har betydning for tolkingen av de øvrige artiklene, samt at den skal tas i betraktning i alle saker som gjelder barn.⁶⁶

Bestemmelsen gir barn rett til å delta i saken. Barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter, har rett til å gi uttrykk for disse, og synspunktene skal tillegges vekt i samsvar med barnets alder og modenhet. Dette er en rett, men ingen plikt. Barnet skal informeres om adgangen til å la være å uttale seg. Retten gjelder i «alle forhold som vedrører barnet», og særlig i «rettslig og administrativ saksbehandling» som angår barnet, jf. BK artikkel 12. Ifølge Bendiksen og Haugli (2015) gir artikkelen uttrykk for anerkjennelse av barn som «selvstendige og fullverdige mennesker med rett til å delta i samfunnet».⁶⁷

EMK har ikke egne bestemmelser som uttrykkelig gir barn rett til å bli hørt. EMD har imidlertid i sin praksis innfortolket retten til å bli hørt som en del av de prosessuelle garantier i EMK artikkel 8 om retten til familieliv. Etter EMK art. 8 første ledd har enhver rett til respekt for sitt «privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse». Bestemmelsen har sitt opphav i Verdenserklæringen artikkel 12. I barnevernssaker er det av særlig betydning at bestemmelsen regulerer individets vern mot vilkårlige inngrep i familieliv. Foreldre og barn har en gjensidig glede av å være sammen. Artikkel 8 er ment å beskytte mot tiltak som forhindrer dette. Det er ikke et krav om at foreldre og barn må bo sammen for at familieforholdet skal beskyttes.⁶⁸ I barnevernssaker vil blant annet omsorgsovertakelser,

⁶⁴ Telefonsamtale med fylkesnemndsleder Magnus Aarø 04.04.18.

⁶⁵ Telefonsamtale med fylkesnemndsleder Magnus Aarø 04.04.18.

⁶⁶ Bendiksen og Haugli (2015) s. 41.

⁶⁷ Bendiksen og Haugli (2015) s. 43.

⁶⁸ Bendiksen og Haugli (2015) s. 47.

nektelse av tilbakeflytting, samværsbegrensninger og begrensninger i adgangen til kontakt med foreldre utgjøre inngrep i retten til familieliv.⁶⁹

Fordi beslutningsprosessen har betydning for selve beslutningen, har EMD innfortolket prosessuelle garantier som en implisitt del av vernet etter artikkel 8. Ifølge Oppedal (2008) har domstolen slått fast at bestemmelsen gir rett til rask fremdrift, grundige og upartiske undersøkelser, og til å bli involvert i prosessen⁷⁰.⁷¹ Det er kravet til involvering som gjøres rede for her. Hva som er tilstrekkelig involvering beror på en konkret vurdering av saksbehandlingen i den enkelte sak.⁷² De prosessuelle rettighetene var opprinnelig bare knyttet til foreldre, fordi det bare var foreldre som klaget. I de senere år har også barn fått anerkjent prosessuelle rettigheter. Dessuten kan man se en økt anvendelse av barnekonvensjonens bestemmelser i saker som berører barn.⁷³

Den enstemmige dommen *Kutzner mot Tyskland* (2002) gjaldt spørsmål om krenkelse av EMK artikkel 8 i en sak om omsorgsovertakelse og plassering i fosterhjem. I vurderingen av om inngrepene var nødvendige etter artikkel 8 annet ledd, fremhevet domstolen at barna ikke på noe tidspunkt var blitt hørt av nasjonale domstoler.⁷⁴ Begge jentene var intellektuelt underutviklet, slik at deres mentale alder var lavere enn deres faktiske alder. Dette ble ikke diskutert i dommen, og EMD mente den manglende høringen var en mangel ved saksbehandlingen.

M. og M. mot Kroatia (2015) gjaldt blant annet spørsmålet om retten til familieliv var blitt krenket overfor en 14 år gammel jente og hennes mor. I barnefordelingssaken ble faren, som barnet bodde hos, anklaget for å ha utsatt barnet for fysisk og psykisk mishandling. Det pågikk derfor både straffesak og barnefordelingssak samtidig. Barnefordelingssaken ble trukket ut og fikk dermed en lang saksbehandlingstid. I avsnitt 171 uttales det at barns begrensede rett til personlig autonomi utøves gjennom retten til å bli hørt, som følger av BK artikkel 12. Under

⁶⁹ Tjomsland (red.) (1997) s.74 og Møse (2002) s. 417.

⁷⁰ Se eksempelvis *McMichael mot Storbritannia* (1995) hvor det ble konstatert krenkelse av EMK artikkel 8, som følge av at foreldrene ikke fikk se saksdokumenter som hadde betydning ved den judisielle behandlingen av sak om omsorgsovertakelse.

⁷¹ Oppedal (2008) s. 504-505.

⁷² *Sommerfeld mot Tyskland* (2003), avsnitt 68.

⁷³ Gording Stang (2016) s. 171.

⁷⁴ *Kutzner mot Tyskland* (2002), avsnitt 77.

henvisning til blant annet barnets beste som et grunnleggende hensyn, uttales følgende i det neste avsnittet:

«...(T)aking the best interests of the child as a primary consideration, the Court considers that the applicants' complaints that the domestic authorities have been ignoring the first applicant's wish to live with her mother, and that she has not yet been heard in the custody proceedings, ... raise issues regarding the right to respect for private and family life...»

I avsnitt 180 legger domstolen til grunn at selv om artikkel 8 ikke innebærer noen eksplisitte prosessuelle krav, må beslutningsprosessen være rettferdig og respektere interessene som er søkt vernet i bestemmelsen. Videre i avsnitt 181 bekrefter EMD at barn har de samme prosessuelle rettigheter etter artikkel 8 som voksne har, men at de må anvendes med nødvendige tilpasninger (*mutatis mutandis*). I den konkrete saken ble det lagt utslagsgivende vekt på at jenta, som var 9 og et halvt år da prosessene startet og som på domstidspunktet var blitt 13, ikke på noe tidspunkt hadde blitt hørt av den nasjonale domstolen.⁷⁵ Jentas sterke ønske om å flytte til moren var ikke blitt respektert, og domstolen konstaterte en krenkelse av barnets rett til familieliv.⁷⁶

N.Ts. m.fl. mot Georgia (2016) gjaldt tre gutter som etter sin mors bortgang bodde sammen med morens familie. Den eldste gutten var 14 år gammel, mens tvillingbrødrene var 10 år gamle da saken ble tatt til behandling hos EMD. Etter å ha igangsatt sak om å få barna overlevert, fikk faren medhold. Barnas tante klagde saken inn for EMD på deres vegne, fordi det ble hevdet at barnas rett til familieliv etter EMK artikkel 8 var krenket. Domstolen gjentok utgangspunktet om de innfortolkede prosessuelle rettigheter etter artikkel 8, og la til følgende om hvordan dette gjør seg gjeldende for barn:

«In the case of children, the above principle is exercised through their right to be consulted and heard (see *M. and M. v. Croatia*...)» (avsnitt 72).

For barns vedkommende består altså retten til å bli involvert i avgjørelsesprosessen i å bli konsultert og hørt. I den konkrete vurderingen av om de tre brødrene var «duly involved in the proceedings»,⁷⁷ ble det vurdert om barna var representert på en tilfredsstillende måte, og om

⁷⁵ *M. og M. mot Kroatia*, avsnitt 184.

⁷⁶ *M. og M. mot Kroatia*, avsnittene 186-187.

⁷⁷ *N.Ts. m.fl. mot Georgia* (2016), avsnitt 73.

barna hadde blitt hørt av avgjørelsesinstansene. Domstolen la til grunn følgende:

«In any event, taking into account the relevant international standards, the Court does not understand why the domestic courts failed both to give any consideration to the possibility of directly involving the older boy in the proceedings and to give reasons for not hearing him...» (avsnitt 80).

Særlig viktig var det å høre den eldste gutten, da brødrene ikke var blitt representert på en tilfredsstillende måte. På grunnlag av utilstrekkelig representasjon, og følgelig manglende høring av barna, konkluderte domstolen med at dette undergravde den prosessuelle rettferdigheten av beslutningsprosessen.⁷⁸ Barnas rett til familieliv etter artikkel 8 var følgelig krenket.

M.K. mot Hellas (2018) gjaldt en mor som ikke fikk utøvd foreldrerett for sin sønn, til tross for at hun var tilkjent en slik rett av greske og franske domstoler. Begge hennes sønner bodde i Hellas med sin far, mens hun bodde i Frankrike. Moren anførte at Hellas hadde brutt sine konvensjonsplikter etter EMK artikkel 8, da greske myndigheter ikke hadde etterkommet dommene, samt nektet å tilrettelegge for en gjenforening mellom henne og sønnen. EMD konkluderte med at det ikke forelå krenkelse av artikkel 8. Domstolen la blant annet vekt på den generelle familiesituasjonen, hvordan den hadde forandret seg over tid, og barnas beste. Sønnen saken gjaldt, som var 13 år på domstidspunktet, hadde overfor greske myndigheter uttrykket et klart ønske om å forbli hos sin far og bror i Hellas. Domstolen uttalte at ønsker uttrykket av et barn som har tilstrekkelig forståelse for hva saken gjelder, er en nøkkelfaktor som må tas i betraktning i alle juridiske og administrative spørsmål som angår barnet. Videre ble det understreket at barnets rett til å bli hørt og involvert i beslutninger i familiesaker som angår dem er nedfelt i en rekke internasjonale konvensjoner.⁷⁹

Dommene viser at EMD tillegger barns uttalelser stor vekt. Det må derfor vises stor tilbakeholdenhet med å tilsidesette deres uttalerett. Barn har rett til å bli hørt når barnevernet griper inn i deres rett til familieliv. Dersom dette unnlates, kan det foreligge krenkelse av retten til respekt for familieliv etter EMK artikkel 8.

⁷⁸ *N.Ts m.fl. mot Georgia* (2016), avsnitt 84.

⁷⁹ ECHR Factsheet – "Parental Rights" s. 17. Det vises ikke til dommen som primærkilde, da dommen foreløpig bare er tilgjengelig på fransk og rumensk.

2.2.3 Sammenstilling

Det følger av mrl. § 3 jf. § 2 at 7-årsgrensen ikke kan tilsidesette bestemmelsene om retten til å bli hørt i BK artikkel 12 og Grl. § 104. For så vidt er det mulig å forene ordlydene. Det kan vanskelig sies at dagens regelverk er klart i strid med menneskerettighetene, såfremt 7-årsgrensen i bvl. § 6-3 første ledd også gir barn under 7 år adgang til å bli hørt. Ordningen med talsperson, samtaleprosess og bestemmelsen om rett til medvirkning i bvl. § 4-1 styrker barnets rett til å bli hørt etter BK artikkel 12. Barn har uttalerett uavhengig av alder, så lenge det faktisk er i stand til å ytre seg.

Et annet spørsmål er om det er adgang til å la være å høre barnet, fordi det anses for å være til barnets beste. Ifølge Gording Stang (2016) vil dette i utgangspunktet ikke være forenlig med BK artikkel 12.⁸⁰ Hun viser til General Comment No. 14 (2013) om BK artikkel 3 og General Comment No. 12 (2009) om BK artikkel 12, som begge understreker den nære koblingen mellom bestemmelsene. Barnekomiteen legger til grunn at det ikke er noen motsetningsforhold mellom artikkel 3 og artikkel 12, men at de derimot er komplementære.⁸¹

I kjennelsen HR-2016-2314, som er omtalt ovenfor i punkt 2.2.1, hadde både fylkesnemnda og tingretten etter en konkret vurdering valgt å unnlate å høre barnet. Lagmannsretten la til grunn tingrettens vurdering og valgte også ikke å høre barna. I sin begrunnelse uttalte lagmannsretten at «det kunne oppstå situasjoner der hensynet til barnets beste tilsier at barnets rett til uttalelse må vike».⁸² Høyesteretts ankeutvalg viste til ordlyden i bvl. § 6-3, Grl. § 104 første ledd og BK artikkel 12, og uttalte at deres ordlyder ikke åpnet for unntak dersom avgjørelsen angår barnet, og barnet har oppnådd tilstrekkelig alder og modenhet.⁸³

Det interessante kommer i avsnitt 17, hvor ankeutvalget uttaler at spørsmålet om hvorvidt det kan oppstilles unntak fra retten til å bli hørt har betydning utenfor saken. Videre påpekes det at spørsmålet tidligere ikke er blitt avgjort av Høyesterett, før det nevnes at bvl. § 6-3 er

⁸⁰ Gording Stang (2016) s. 185.

⁸¹ General Comment No. 12 (2009) avsnitt 74 og General Comment No. 14 (2013) avsnitt 55.

⁸² HR-2016-2314, avsnitt 13.

⁸³ HR-2016-2314, avsnitt 16.

endret siden avgjørelsen i Rt. 2004 s. 811⁸⁴, at Grl. § 104 ble vedtatt i 2014, og at General Comment No. 12 (2009) har kommet til som nyere rettskilde. Etter min oppfatning kan denne uttalelsen tolkes til inntekt for at en eventuell senere anke på dette spørsmålet vil bli behandlet av Høyesterett.

Med utgangspunkt i ordlydene til bvl. § 6-3, Grl. § 104 første ledd og BK artikkel 12, samt uttalelsene i General Comment No. 12 (2009) punktene 19-21, mener jeg at det ikke foreligger en slik adgang til å oppstille unntak. Det eneste tilfellet hvor slik unntakelse kan tenkes, vil være i saker hvor barnet er så lite at det ikke er i stand til å uttrykke sin mening.

Også Gording Stang (2007) argumenterer for dette rettslige utgangspunkt. Dette gjør hun under henvisning til blant annet UNICEFs håndbok til barnekonvensjonen⁸⁵, mindretallets syn i storkammerdommen *Sahin mot Tyskland* (2003), og barnekomiteens General Comment No. 7 (2005).⁸⁶ Gording Stang legger til grunn at i stedet for å se på barnevernsbarn som barn med et ekstra behov for beskyttelse mot å bli eksponert i saken, kan de sees fra motsatt hold:

«Særlig sårbare grupper barn kan generelt anses å ha en sterkere interesse enn andre barn i å delta i saken, uttale seg og bli respektert som sakens hovedperson, fordi disse barna er spesielt utsatt for å bli overhørt, overkjørt og utestengt, og har minst ressurser å stille opp med for å tilkjempe seg sin rettmessige plass gjennom å gjøre krav på deltakerrettighetene.»⁸⁷

Dersom det hadde vært en adgang til å la være å høre barn under henvisning til barnets beste etter BK artikkel 3, ville mange sårbare barn vært i fare for å bli diskriminert i gjennomføringen av BK artikkel 12. FNs barnekomité har derfor understreket viktigheten av derimot å tilrettelegge for særlig utsatte grupper.⁸⁸

⁸⁴ Sak om endring av samværsomfang. Høyesterett la til grunn at det ikke var begått saksbehandlingsfeil da lagmannsretten valgte ikke å høre barnet. Dommen er senere blitt kritisert fra flere hold, fordi det er hevdet at førstvoterendes formuleringer kunne bidra til å svekke barns rett til å bli hørt.

⁸⁵ UNICEF: Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child, Second edition, United Nations Children's Fund 2002

⁸⁶ Gording Stang (2007) s. 41-43.

⁸⁷ Gording Stang (2007) s. 42-43.

⁸⁸ Day of General Discussion on the Right of the Child to be heard, Unedited version, 29. September 2006, Recommendations II a) punkt 8.

2.3 Retten til begrunnelse

2.3.1 Brukslovene

Vedtak i barneverntjenesten skal begrunnes samtidig som de fattes, jf. fvl. § 24 første ledd. En begrunnelse gjør det lettere for den det gjelder å forsones seg med utfallet. Det er også lettere å bedømme hvorvidt vedtaket skal angripes, og i tilfelle på hvilket grunnlag. Begrunnelsen skal gjengi den faktiske, konkrete motivasjon for vedtaket. Det følger av fvl. § 25 første ledd at avgjørende rettslige forhold, som for eksempel lovhjemler, må gjengis. Videre skal hovedhensyn ved anvendelse av skjønn og avgjørende faktiske forhold nevnes, jf. fvl. § 25 annet og tredje ledd.⁸⁹ Etter høyesterettspraksis skjerpes kravene der det er tale om inngripende vedtak.⁹⁰

Unntaksvis kan barneverntjenesten etter fvl. § 24 annet ledd la være å gi samtidig begrunnelse dersom en søknad innvilges og det ikke er grunn til å tro at den det gjelder vil være misfornøyd med vedtaket. Det samme gjelder i saker om fordeling av begrensede ytelser mellom flere søkere.⁹¹ Dette har liten betydning i barnevernssaker.

Retten til begrunnelse etter forvaltningsloven gjelder imidlertid bare parter. Barn uten partsstatus i barnevernssaker har etter denne lovgivningen ingen krav på begrunnelse.

2.3.2 Menneskerettighetene

Barnekonvensjonen artikkel 12 regulerer en rett for barnet til å få en tilbakemelding på hvordan dets synspunkter er vektlagt i saken. FNs barnekomité har uttalt følgende om dette:

«Since the child enjoys the right that her or his views are given due weight, the decision maker has to inform the child of the outcome of the process and explain how her or his views were considered. The feedback is a guarantee that the views of the child are not only heard as a formality, but are taken seriously. The information prompt the child to insist, agree or make

⁸⁹ Eckhoff og Smith (2010) s. 308, Woxholt (2011) s. 460-464.

⁹⁰ Rt.1981 s.745 (s. 748), senere henvist til i Rt. 2000 s. 1056 (s. 1063), Rt. 2000 s. 1066 (s. 1071) og Rt. 2011 s. 111 (avsnitt 51).

⁹¹ Eckhoff og Smith (2010) s. 305 og Lindboe (2012) s. 164.

another proposal or, in the case of a judicial or administrative procedure, file an appeal or a complaint.» (General Comment No. 12, avsnitt 45)⁹²

Det stilles også krav til begrunnelsen av vedtak og rettslige avgjørelser som gjelder barn. Ifølge barnekomitéen må avgjørelsene være «motivated, justified and explained»⁹³. Videre har barnekomitéen lagt til grunn følgende:

«The motivation should state explicitly all the factual circumstances regarding the child, what elements have been found relevant in the best-interests assessment, the content of the elements in the individual case, and how they have been weighted to determine the child's best interests. If the decision differs from the views of the child, the reason for that should be clearly stated.» (General Comment No. 14, avsnitt 97).

Begrunnelsen må vise at barnets beste er tilfredsstillende avklart. I tilfeller der en beslutning ikke er i tråd med hensynet til barnets beste, skal det forklares hvorfor det måtte vike for andre hensyn.⁹⁴

2.3.3 Sammenstilling

Barnekomiteens fortolkning av BK artikkel 12 tilsier at barnet har rett på en begrunnelse når det fattes avgjørelser i deres barnevernssak. Komiteens uttalelser om kravet til begrunnelse og begrunnelsens innhold fremkommer i en General Comment. Det kan derfor være vanskelig å fastslå at barneverntjenesten gjør feil ved å unnlate å gi en slik begrunnelse. Jeg heller likevel til at det er noe barneverntjenesten bør gjøre.

Selv om komiteens fortolkninger som rettskilde ikke er tung, og konvensjonsorganets uttalelse ikke er rettslig bindende, vil og bør det være en forventning om at de følges opp, da

⁹² Se også tidligere uttalelse i Day of General Discussion on the Right of the Child to be heard (2006), avsnitt 41.

⁹³ General Comment No. 14 (avsnitt 97).

⁹⁴ General Comment No. 14 (avsnitt 97).

de tillegges betydelig vekt av Høyesterett.⁹⁵ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 64, som er omtalt under punkt 1.4.2, viser at Høyesterett anser generelle kommentarer som relevante rettskilder.⁹⁶

2.4 Klageadgang og søksmålskompetanse

2.4.1 Brukslovene

Ofte fattes det vedtak barnet har sterke innvendinger mot. Særlig i saker der interessene til barneverntjenesten og foreldrene strider med barnets interesser, er det viktig for barnet å ha en klageadgang.

Ifølge bvl. § 6-5 første ledd kan enkeltvedtak fattet av barneverntjenesten og oppfølgingsvedtak fattet av Barne-, ungdoms- og familieetaten, påklages til fylkesmannen. Alle avgjørelser som gjelder «ytelser og tjenester» etter barnevernloven regnes som enkeltvedtak, jf. bvl. § 6-1 annet ledd. Både avgjørelser om å iverksette tiltak, og avgjørelser som går ut på at det ikke skal iverksettes tiltak kan påklages.⁹⁷ Av forarbeidene fremgår det at klageadgang har vergen og barnet selv, dersom barnet har fylt 15 år og forstår hva saken gjelder.⁹⁸ Barn uten partsstatus har derfor ingen klagerett etter barnevernloven.

Partsbegrepet står også sentralt hva gjelder adgangen til å reise søksmål. I sivilprosessen skilles det mellom partsevne og prosessdyktighet. Med partsevne menes retten til å være selvstendig subjekt i saken, jf. Lov om mekling og rettergang i sivile tvister av 17. juni 2005 nr. 90 (tvisteloven – tvl.) § 2-1. Enhver fysisk person har partsevne. Med prosessdyktighet, også kalt prosessuell handleevne, menes evne til å foreta prosesshandlinger, herunder reise og ta imot søksmål, samt utøve partsrettigheter, jf. tvl. § 2-2 første ledd.⁹⁹ Etter tvl. § 2-2 tredje ledd er mindreårige bare prosessdyktige når det følger av «særlig lovbestemmelse». Generelt kan barn ha partsevne uten å være prosessdyktige.

⁹⁵ Wille (2008) s. 181.

⁹⁶ Se også HR-2016-2314-U avsnitt 17 som nevner General Comment nr. 12 (2009) som relevant rettskilde.

I Rt. 2015 s. 1142, som gjaldt frist for fremstilling ved pågripelse, viste Høyesterett til FNs menneskerettskomité's uttalelser i avsnitt 29. I avsnitt 31 vises det til tidligere rettspraksis, og det gjentas at uttalelser fra FNs menneskerettskomité har «betydelig vekt som rettskilde ved tolkningen av SP». Sett i lys av den økende tendensen av å vise til General Comments i domstolene, er det etter min mening grunn til å anta at vekten av barnekomiteens uttalelser vil øke etter hvert som de begynner å behandle individklagesaker etter konvensjonens tredje tilleggsprotokoll.

⁹⁷ Ofstad og Skar (2015) s. 337.

⁹⁸ Merknader fra Ot.prp. nr. 28 (2007—2008) til § 6-5 første ledd (punkt 15.1).

⁹⁹ Skoghøy (2017) s. 291, Robberstad (2009) s. 73 jf. s. 40.

Saker som etter barnevernlovens kapittel 7 hører under fylkesnemnda, kan ikke påklages til fylkesmannen etter bvl. § 6-5 annet ledd. Eksempler på slike saker er tvangssaker, vedtak i akuttssituasjoner og vedtak om flytting. De må bringes inn for tingretten etter tvisteloven kapittel 36 av den private part eller kommunen, jf. bvl. § 7-24.¹⁰⁰

Tvl. § 36-3 er en «særlig lovbestemmelse» i tvl. § 2-2 tredje ledds forstand. Også tvl. § 36-3 stiller krav om særskilt lovbestemmelse for at mindreårige under 15 år skal kunne reise sak.¹⁰¹ En slik bestemmelse finnes ikke i barnevernssaker, utenom adgangen i bvl. § 6-3 annet ledd til å tilkjenne barn under 15 år partsrettigheter i «særskilte tilfeller». Bestemmelsen har et snevert anvendelsesområde, jf. punkt 1.3 ovenfor. Fordi det er fylkesnemnda som har myndighet til å gi partsstatus etter denne unntaksbestemmelsen, er det bare i saker som behandles av nemnda hvor unntaket kan være aktuelt.

Både lovens ordlyd, forarbeider, og rettspraksis tilsier at barn under 15 år sjeldent kan få partsstatus etter bvl. § 6-3 annet ledd. Disse barna kan verken representere seg selv eller få uavhengig representasjon i saken etter vergeordningen regulert i Lov om vergemål av 26. mars 2010 nr. 9 (vergemålsloven – vgml.). Loven har per i dag ingen ordninger for å oppnevne en uavhengig tredjeperson som verge for barn uten partsstatus i barnevernssaker, hvor barnets interesser strider med foreldrenes eller barneverntjenestens interesser. Barns adgang til å reise søksmål begrenses dermed av vilkåret om at barnet må være part etter bvl. § 6-3 annet ledd. Når barnet ikke har partsstatus har det verken partsevne eller prosessuell handleevne.¹⁰²

Den enstemmige kjennelsen Rt. 2014 s. 530 gjaldt en barnevernssak, hvor barnet var gitt egne partsrettigheter etter bvl. § 6-3 annet ledd, annet punktum. Lagmannsretten hadde oppnevnt en annen advokat for barnet enn den advokatfullmektig barnet selv ønsket. Ankeutvalget konkluderte med at lagmannsretten feilaktig hadde tatt utgangspunkt i foreldrenes syn og ikke i barnets eget ønske. Om barns prosessdyktighet uttalte ankeutvalget følgende:

¹⁰⁰ Ofstad og Skar (2015) s. 338-339.

¹⁰¹ Skoghøy (2017) s. 296.

¹⁰² Oppedal (2008) s. 471.

«Mindreårige er i utgangspunktet ikke prosessdyktige, jf. tvisteloven § 2-2, og de må da opptre ved verge... Et barn som har partsrettigheter i medhold av barnevernloven § 6-3, er imidlertid prosessdyktig, jf. tvisteloven § 2-2 tredje ledd første punktum...» (avsnitt 15).

Dette illustrerer Høyesteretts avvisende holdning til den prosessuelle handleevnen til barn uten partsstatus.

Barn uten partsstatus har imidlertid visse muligheter dersom barnet er misfornøyd eller uenig i en beslutning. Barnet kan gi en henstilling til barneverntjenesten om å endre vedtaket. Dersom henstillingen medfører at barneverntjenesten kommer til at vedtaket som ble fattet ikke vil være til barnets beste, kan barneverntjenesten etter fvl. § 35 første ledd, bokstav a selv endre vedtaket. Dersom barneverntjenesten ikke gjør om sitt vedtak, kan barnet henvende seg til fylkesmannen. Ifølge bvl. § 2-3 har fylkesmannen et alminnelig tilsynsansvar med barnevernet i kommunen. Fylkesmannen kan ikke fatte realitetsavgjørelse, men kan rette kritikk mot barneverntjenesten det gjelder.¹⁰³

2.4.2 Menneskerettighetene

Verdenserklæringen artikkel 10 fastslår kravet om rettferdig rettergang både i sivile saker og straffesaker. Artikkelen innhold er videreutviklet og inntatt i EMK art. 6. Bestemmelsens detaljingsnivå sammenholdt med den omfattende domstolspraksisen som hører til, slår fast grunnprinsippene nasjonal prosesslovgivning skal bygge på. I barnevernssaker er det bestemmelsens første setning som er av interesse:

«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.» (EMK artikkel 6 nr. 1 første punktum).

Konvensjonsstatene plikter å sørge for at enhver har adgang til å få sine borgerlige rettigheter og plikter avgjort ved en rettferdig og offentlig rettergang. Begrepet «borgerlige rettigheter og plikter» er autonomt.¹⁰⁴ White og Ovey (2010) uttalte følgende om dette:

¹⁰³ Lindboe (2012) s. 165.

¹⁰⁴ Høstmælingen (2015) s. 196.

«(T)he question whether a dispute relates to ‘civil rights and obligations’ could not be answered solely by reference to the way in which it is viewed under the national law of the respondent State; the concept has an ‘autonomous’ meaning under the Convention.»¹⁰⁵

Begrepets innhold står på egne ben og er ikke avhengig av definisjoner i nasjonale rettssystemer.¹⁰⁶ Noe annet ville muliggjort en omgåelse av garantiene som oppstilles etter artikkel 6. EMK artikkel 6 krever at en borgerlig rettighet har hjemmel i nasjonal lovgivning. Oppedal (2008) har argumentert for at akuttvedtak, som er en innblanding i barnets rett til familieliv og privatliv etter EMK artikkel 8, utgjør inngrep i barnets rettigheter også etter nasjonal lov.¹⁰⁷ For det første er retten til familieliv og privatliv gjort til norsk lov ved menneskerettsloven. For det andre ble retten til familieliv tatt inn i Grl. § 102 ved grunnlovsendringene i 2014. Det kan vanskelig tenkes en lov som er av mer nasjonal karakter enn Grunnloven.

Etter samme argumentasjon må barn kunne reise søksmål i saker hvor deres rett til beskyttelse etter EMK artikkel 3 er krenket. Bestemmelsen er inkorporert ved menneskerettsloven, og er inntatt i Grl. § 93 annet ledd. Rettigheten har dermed grunnlag i nasjonal lov og må anses som en «borgerlig rettighet» i henhold til EMK artikkel 6.

EMD-praksis har medført at bestemmelsen har gått fra bare å omfatte privatrettslige forhold til også å omfatte saker med offentligrettslig preg.¹⁰⁸ Det er ikke et krav om at det må være tale om privatrettslige forhold, eller at konflikten står mellom private parter.¹⁰⁹ Enhver har derfor rett til å få sine forvaltningsrettslige avgjørelser overprøvd av nasjonale domstoler.¹¹⁰ På barnevernrettens område betyr det at saksbehandlingen i barnevernssaker kan prøves etter bestemmelsen.¹¹¹

¹⁰⁵ White and Ovey (2010) s. 247-248.

¹⁰⁶ Møse (2002) s. 298 jf. s. 101. Se eksempelvis *Le Compte, Van Leuven og De Meyere mot Belgia* (1981).

¹⁰⁷ Oppedal (2008) s. 472.

¹⁰⁸ Møse (2002) s. 298-299, Aall (2007) s. 329, Robberstad (2009) s. 49.

¹⁰⁹ Se *Ringeisen mot Østerrike* (1971), avsnitt 94.

¹¹⁰ Tjomsland (red.) (1997) s. 86.

¹¹¹ Se for eksempel *Olsson mot Sverige* (1988) og *McMichael mot Storbritannia* (1995), som begge gjaldt omsorgsovertakelse.

Avgjørelsen skal foretas av et uavhengig og upartisk domstolsorgan opprettet ved lov. Det følger av rettspraksis i EMD at karakteristikken «domstol» etter intern rett verken er nødvendig eller tilstrekkelig. Det er antatt at fylkesnemndene må anses som domstoler i konvensjonens forstand.¹¹²

Retten til en «rettferdig rettergang» innebærer blant annet at myndighetene plikter å sikre enhver tilgang til domstolsordningene (access to court). Retten gjelder ikke bare saker som allerede er inne for domstolene, men omfatter også adgangen til å bringe egen sak inn for domstolene. Det kan ikke leses direkte ut av ordlyden, men følger av EMDs praksis. I den prinsipielle avgjørelsen *Golder mot Storbritannia* (1975), ble det under dissens (9-3) konstatert krenkelse da en innsatt var nektet å brevveksle med advokat for eventuelt å anlegge sivil sak om ærekrenkelse mot en fangevokter.¹¹³ Staten hadde på denne måten lagt fysiske hindringer i veien for klagerens domstolsadgang. Begrunnet i alminnelige rettsprinsipper og ordlyden lest i sammenheng med bestemmelsens formål, mente flertallet at artikkel 6 også omfatter en rett til adgang til domstolene.¹¹⁴ Rettergangsgarantiene som følger av artikkel 6 ville vært uthult dersom det ikke skal være mulig å bringe saken inn for domstolen.¹¹⁵

Når det gjelder barn og umyndige, tok domstolen imidlertid et forbehold om i hvilken grad de kan opptre på egne vegne.¹¹⁶ Retten gjelder for enhver, men med hensyn til hvordan rettigheten skal utøves, uttrykte EMD at de ville akseptere nasjonale ordninger som kan begrense barns rett til å reise sak. Slike ordninger må likevel ikke undergrave essensen i barnets rett til å reise sak. Domstolen trakk paralleller til *Belgian Linguistic Cases*¹¹⁷, hvor spørsmålet var i hvilken grad retten til utdanning kunne utsettes for begrensninger.¹¹⁸ EMD uttalte at retten til utdanning måtte reguleres av konvensjonsstatene, og at det derfor kunne forekomme variasjoner i tid og sted i samsvar med både individets og samfunnets behov og

¹¹² Oppedal (2008) s. 434-435. Se også Ot.prp. nr. 29 (1990—1991) Om lov om sosiale tjenester side 134 og Ot.prp. nr. 44 (1991—1992) Om lov om barneverntjenester side 89.

¹¹³ Møse (2002) s. 313, Aall (2007) s. 345.

¹¹⁴ *Golder mot Storbritannia* (1975) avsnitt 35. Se også NOU 2005: 9 s. 31.

¹¹⁵ White & Ovey (2010) s. 254.

¹¹⁶ *Golder mot Storbritannia* (1975), avsnitt 39.

¹¹⁷ Case "Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" v. Belgium (MERITS) - Application no 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64.

¹¹⁸ Oppedal (2008) s. 473-474.

ressurser. En slik regulering skal imidlertid ikke utgjøre skår i essensen av retten til utdanning eller kollidere med andre konvensjonsrettigheter.¹¹⁹

I Oppedals avhandling (2008) er det redegjort for et utvalg EMD-dommer, hvor domstolen har vurdert spørsmålet om anvendelse av artikkel 6 i saker om barneverninngrep.¹²⁰ Ifølge Oppedal, bekrefter praksisen at retten til rettferdig rettergang etter artikkel 6 også gjelder for barn i barnevernsaker, både hvor barnet er klager sammen med foreldre og i saker hvor barnet klager på egenhånd.¹²¹ Hans drøftelse baserer seg på at de inkorporerte rettighetene i EMK artikkel 3, 5 og 8 også er norske rettigheter.

Fordi praksis ikke gir konkrete anføringer på hvilke nasjonale begrensninger på barns søksmålsadgang som er akseptable, mener Oppedal at det bør «vises varsomhet med å anta at EMD vil gi et barn medhold i et krav om å få utøve rettigheten etter art. 6 fullt ut.»¹²² Han oppstiller imidlertid to minimumskrav han mener må være oppfylt for å kunne ivareta essensen i rettigheten:

(1) «For det første bør det kunne kreves at barnets synspunkter kan komme frem for og bli vurdert av en domstol når det er uenig og ingen andre reiser sak.»¹²³

Eksempelvis kan det være tale om et barn som er mishandlet, men hvor barnet ikke får hjelp fra barnevernet. Etter EMK artikkel 3 og Grl. § 93 har barnet rett til beskyttelse fra samfunnet mot tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff. Barn har dermed krav på beskyttelse mot alle former for vold som stammer fra dets omsorgsgivere. Dersom barnet prøver å få hjelp, men ikke får det, må barnet under henvisning til EMK artikkel 6 kunne gå til domstolene for å få dom på at det har krav på beskyttelse. Når barnets

¹¹⁹ *Belgian Linguistic Cases* s. 28 punkt 5. Oppedal (2008) s. 474 viser videre til utdypingen i *Ashingdane mot Storbritannia* (1985) punkt 57. I Rt. 2003 s. 301 (avsnitt 34) la Høyesterett også til grunn utgangspunktet om at EMK aksepterer at nasjonal lovgivning fastsetter begrensninger i domstolsadgangen, forutsatt at begrensningene ivaretar et legitimt formål, og det er et rimelig forhold mellom formålet og virkningene av begrensningene.

¹²⁰ Oppedal (2008) s. 474-476, hvor følgende dommer omtales: *TP og KM mot Storbritannia* (2001), *Z m.fl. mot Storbritannia* (2001), *P, C og S mot Storbritannia* (2002), *Venema mot Nederland* (2002), *Moser mot Østerrike* (2006).

¹²¹ Oppedal (2008) s. 476.

¹²² Oppedal (2008) s. 476.

¹²³ Oppedal (2008) s. 477.

representanter ikke bringer saken inn for domstolene, og nasjonal rett ikke gir barnet adgang til selv å reise sak i et slikt tilfelle, mener Oppedal at essensen i rettigheten etter artikkel 6 ikke vil være ivaretatt.

Et eksempel ut fra retten til familieliv kan være et tilfelle hvor barnet er uenig i foreldre og barneverntjenestens enighet om plassering utenfor hjemmet etter bvl. § 4-4. Barnet vil i disse tilfellene ikke kunne få saken overprøvd etter brukslovene. Men etter EMK artikkel 6 vil barnet ha en selvstendig rett til å få prøvd vedtaket.

(2) «For det andre bør det kreves at barnets synspunkter kan komme frem for og bli vurdert av en domstol i en pågående sak.»¹²⁴

Det er særlig viktig at synspunktene til barn som ikke har partsstatus, men som ønsker å gi uttrykk for sitt syn, kommer frem i en pågående barnevernssak, da det ikke alltid er gitt at de høres, jf. fremstillingen under punkt. 2.2. I saker hvor det er opp til barneverntjenesten og foreldrene å belyse barnets synspunkter i saken, foreligger det risiko for at barnets synspunkter ikke kommer frem. For å kunne ivareta essensen i artikkel 6, er det dermed nødvendig å gi barnet adgang til å reise sak etter EMK artikkel 6 i tilfeller hvor barnets rett til å bli hørt ikke respekteres.

Spørsmålet om i hvilken grad våre ordninger ivaretar barnets rett til rettferdig rettergang kommer jeg tilbake til i punkt 3.4.

2.4.3 Sammenstilling

Her er det ikke samsvar mellom brukslovene og det som følger av menneskerettighetene. Brukslovene er nærmest absolutte hva gjelder reguleringen av barns rett til å klage og deres søksmålskompetanse. Det er en total avvisning av barn uten partsstatus. Mens brukslovene krever at en verge klager eller reiser sak på barnets vegne, er dette ikke et krav etter EMK. Barn er riktignok ofte assistert når de klager saker inn for EMD, men det er ikke et krav etter konvensjonen.¹²⁵ EMK artikkel 6 utfordrer derfor partsreglene i barnevernloven.

¹²⁴ Oppedal (2008) s. 477.

¹²⁵ Søvig (2009) s. 66.

Kjernen i retten som følger av artikkel 6 skal være i behold når konvensjonsstatene opererer med begrensninger i retten til rettferdig rettergang. Også høyesterett har gitt uttrykk for at de er enige i dette utgangspunktet. I Rt. 2015 s. 385, som omhandlet retten til domstolsprøving og erstatningsansvar ved ugrunnet søksmål, la Høyesterett til grunn at Grl. § 95 grunnlovsfester prinsippet i EMK artikkel 6 nr. 1. Det uttales at det følger av sikker rett at bestemmelsen innebærer en rett til domstolsbehandling. Eventuelle begrensninger i retten må oppfylle visse vilkår, og må ikke være av slik art eller omfang at selve kjernen i retten rammes.¹²⁶

Når retten til domstolsadgang er blitt løftet inn i Grunnlovens kapittel om menneskerettigheter, blir det særlig problematisk at den ikke er gjennomført for barn uten partsstatus. Det er derfor uheldig at brukslovene hindrer barn i å reise sak for domstolene. Med mindre det er tale om atferdssaker eller saker om menneskehandel, er barn uten partsstatus avhengig av å måtte appellere til foreldre eller barneverntjeneste for å kunne klage eller reise sak.

Av hensyn til at EMK er gitt forrang gjennom mrl. § 3 og at Grl. § 95 grunnlovsfester prinsippene i EMK artikkel 6 nr. 1,¹²⁷ må innholdet i EMK artikkel 6 anses for å være gjeldende rett. Barnevernssaker utgjør inngrep i barnets rett til familieliv etter EMK artikkel 8, og kan innebære krenkelse av barnets rett til vern mot tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling etter EMK artikkel 3. Disse rettighetene er inkorporert gjennom menneskerettsloven og løftet inn i Grunnlovens kapittel E. Rettighetene har dermed grunnlag i nasjonal rett. På bakgrunn av redegjørelsen ovenfor, slutter jeg meg til Oppedals argumentasjon og mener det finnes klare eksempler på at barn uten partsstatus kan klage og reise sak etter EMK artikkel 6 når det er tale om krenkelse av barnets rettigheter etter EMK artikkel 3 og artikkel 8.

2.5 Menneskerettslige klageordninger

Det finnes ingen intern lovgivning som regulerer barns mulighet til å utnytte klageordninger som følger av menneskerettighetene. Dette er bare regulert i menneskerettighetskonvensjonene. Fordi klageordningen som følger av EMK er effektiv, slik

¹²⁶ Rt. 2015 s. 385 (avsnitt 28).

¹²⁷ Rt. 2015 s. 385 (avsnitt 28).

at den parallelle klageordningen til FNs menneskerettskomité som følger av SP ikke blir særlig aktuell, går jeg ikke nærmere inn på den.

I den europeiske klageordningen under EMK er artikkel 13 og artikkel 34 av særlig viktighet. Bestemmelsene omfatter enhver, slik at det ikke gjøres noe skille mellom barn med og uten partsstatus. Dette underkapitlet skiller seg dermed fra de forrige underkapitlene, idet det ikke søkes å fremstille forskjeller på rettsstillingen til barn med- og barn uten partsstatus i egen barnevernssak. Jeg har valgt å ta med denne redegjørelsen likevel, da ordningene har stor betydning for håndteringen av barnevernssaker, all den tid konvensjonspartene vil unngå kritikk fra internasjonale klageorganer.

Etter EMK artikkel 13 har enhver som påstår seg å være utsatt for krenkelse av konvensjonsrettighetene rett til effektiv prøvingsrett for nasjonale myndigheter.¹²⁸ Det er ikke knyttet noen aldersgrenser til bestemmelsen. Utgangspunktet er derfor at barn, uten å være part, har krav på å få prøvd for eksempel spørsmålet om et barnevernsvedtak utgjør konvensjonsbrudd for en nasjonal prøvingsinstans.¹²⁹

Til forskjell fra artikkel 6, som er begrenset til å gjelde borgerlige rettigheter, og som kommer til anvendelse når barn ønsker å tre inn i en pågående sak, gjelder artikkel 13 når det er konstatert krenkelse av en eller flere konvensjonsrettigheter.¹³⁰ Bestemmelsen er ikke ment å gi rett til domstolsprøving slik artikkel 6 gjør. I tilfeller der det ikke finnes andre muligheter for overprøving, gir bestemmelsen imidlertid et selvstendig grunnlag for domstolsadgang.¹³¹ Selv om rettigheten ikke utgjør en del av de prosessuelle rettighetene i løpende barnevernssaker, gir den mulighet for barn til å få oppreisning og erstatning i ettertid.

I saken *D.P. og J.C. mot Storbritannia* (2002) var klagerne, som var to søsken, blitt seksuelt misbrukt av sin stefar fra de var 8 og 10 år gamle. De hevdet å ha informert lokale myndigheter om forholdene, men opplysningene ble ikke fulgt opp. I avsnitt 135 uttales følgende om generelle prinsipper under EMK artikkel 13:

¹²⁸ Søvig (2009) s. 67, Aall (2007) s. 330, Robberstad (2009) s. 50. Se eksempelvis *Klass m.fl. mot Tyskland* (1978).

¹²⁹ Søvig (2009) s. 67.

¹³⁰ Høstmælingen (2015) s. 284.

¹³¹ Robberstad (2009) s. 50 med videre henvisning til Rt. 2003 s. 301 (avsnitt 39) som eksempel.

«Where alleged failure by the authorities to protect persons from the acts of others is concerned, Article 13 may not always require that the authorities undertake the responsibility for investigating the allegations. There should however be available to the victim or the victim's family a mechanism for establishing any liability of State officials or bodies for acts or omissions involving the breach of their rights under the Convention. Furthermore, in the case of a breach of Articles 2 and 3 of the Convention, which rank as the most fundamental provisions of the Convention, compensation for the non-pecuniary damage flowing from the breach should in principle be available as part of the range of redress...»

Selv om domstolen etter en konkret vurdering kom til at det ikke forelå krenkelse av EMK artikkel 3 og artikkel 8, kom de til at det forelå en krenkelse av artikkel 13:

«The applicants did not however have available to them an appropriate means of obtaining a determination of their allegations that the local authority failed to protect them from serious ill-treatment or the possibility of obtaining an enforceable award of compensation for the damage suffered thereby. Consequently, they were not afforded an effective remedy in respect of their claims of a breach of Articles 3 or 8 and there has, accordingly, been a violation of Article 13 of the Convention.» (avsnitt 138)

Det synes å være myndighetenes oppfatning at krav etter EMK artikkel 13 ikke kan reises av barnet, men av dets verge. I Prop. 169 L (2016—2017) heter det:

«Mindreårige har partsevne i saker for domstolen, jf. § 2-1 første ledd, men er bare prosessdyktige hvis det følger av særlige lovbestemmelser, jf. tvisteloven § 2-2 tredje ledd. Dette innebærer at barnet må ha fylt 18 år for selv å opptre i en rettssak, jf. § 2-1 første ledd. Mindreårige er dermed avhengige av vergen for å kreve erstatning fra kommunen på grunn av feil eller forsømmelser i barnevernet, for å gå til sak mot staten for brudd på EMK eller bringe fylkesmannens vedtak i klagesak over barneverntjenestens vedtak inn for domstolen.»¹³²

På bakgrunn av redegjørelsen ovenfor er det etter mitt syn en feil oppfatning. Hvem som kan klage etter EMK artikkel 13 må ligge nær opp til hvem som kan klage til EMD, fordi domstolen krever at saken er prøvd i de nasjonale rettssystemene. Det følger av EMK art. 34 at «enhver» person har rett til å levere inn klage over konvensjonsbrudd til EMD, når det ikke når frem i det nasjonale rettssystemet. Dette omfatter alle fysiske individer, da også

¹³² Prop. 169 L (2016—2017) s. 26.

mindreårige. Mange barn vil likevel ikke være i stand til å håndheve egne rettigheter, slik at deres sak må bringes inn for EMD ved hjelp av voksne.¹³³ EMD har behandlet en rekke saker hvor barn er klager. I *Eriksson mot Sverige* (1989), som omhandlet manglende tilbakeføring etter omsorgsovertakelse, hevdet moren at det forelå krenkelse av EMK art. 8. Hun klagde på både egne og barnets vegne.¹³⁴ EMD behandlet begge klager samtidig og konstaterte krenkelse av EMK art. 8 for begge klagere. Domstolen har også behandlet saker hvor barnet ikke har vært part for nasjonale domstoler, men hvor domstolen uten å gå nærmere inn på det likevel behandlet klage fremsatt på barnets vegne.¹³⁵

Strand Lobben m. fl. mot Norge (2017) gjaldt spørsmålet om plassering i fosterhjem, fratakelse av foreldreansvar og tvangsadopsjon innebar en krenkelse av retten til respekt for privatliv og familieliv etter EMK artikkel 8. Både moren, hennes to barn, og barnas besteforeldre var oppført som klagere. Det var bare den eldste sønnen saken gjaldt. På grunn av tvil om morens omsorgsevne, ble han plassert hos fosterforeldre da han var én måned gammel. Etter tre år hos fosterforeldrene, ble moren fratatt foreldreretten og gutten ble adoptert.

Norge anførte at moren ikke kunne klage på sønnens vegne, da det forelå interessekonflikter. I behandlingen av anførselen viste domstolen til *Scozzari og Giunta mot Italia* (2000), avsnittene 138-139.¹³⁶ Der ble det lagt til grunn at mindreårige kan og bør kunne klage til domstolen også i tilfeller hvor de er representert av en mor som er i konflikt med myndighetene på grunn av påståtte brudd på konvensjonsrettigheter. Dette ble blant annet begrunnet med at i tilfeller hvor det strides mellom barnets biologiske foreldre og barnets verge om hva som er til barnets beste, er det fare for at ikke alle barnets interesser kommer frem for domstolen. Da oppnår barnet ikke det effektive rettsvern det har krav på etter konvensjonen. For å kunne beskytte barnets interesser, er det derfor adgang for en biologisk mor til å klage på barnets vegne, selv om hun er fratatt foreldreretten.

Videre siterte domstolen avsnitt 139 i *Scozzari og Giunta mot Italia* (2000):

¹³³ Søvig (2009) s 66.

¹³⁴ Se også *Scozzari og Giunta mot Italia* (2000), hvor moren kunne fremsette klage på vegne av datteren, selv om hun var fratatt foreldreansvaret, *T.P. og K.M. mot Storbritannia* (2001) og *Moser mot Østerrike* (2006).

¹³⁵ *Kleuver mot Norge* (2002). Se også Søvig (2009) s. 66-67 som omtaler dommen.

¹³⁶ *Strand Lobben m.fl. mot Norge* (2017), avsnitt 81.

«Moreover, the conditions governing individual applications are not necessarily the same as national criteria relating to locus standi. National rules in this respect may serve purposes different from those contemplated by Article 34 of the Convention and, whilst those purposes may sometimes be analogous, they need not always be so...»

EMD kom enstemmig til at moren kunne klage på barnets vegne.¹³⁷

I *Z m.fl. mot Storbritannia* (2001) opptrådte fire søsken mellom 6 og 13 år som klagere. Barna hevdet at britiske myndigheter hadde brutt sin konvensjonsforpliktelse i forhold til EMK art. 3 da de unnlot å gripe inn til tross for kjennskap til barnas umenneskelige og nedverdiggende forhold.

N.Ts. m.fl. mot Georgia (2016), som er omtalt under punkt 2.2.2, er interessant også i denne sammenheng. I saken var det tale om en tante som klaget på vegne av sine tantebarn. I avsnitt 54 i dommen uttales følgende:

«Specifically with respect to children, the Court has previously held that the position of children under Article 34 calls for careful consideration, since they generally have to rely on others to present their claims and represent their interests, and may not be of an age or capacity to authorise steps to be taken on their behalf in any real sense. A restrictive or technical approach in this area is therefore to be avoided...»

I den konkrete vurderingen av tantas adgang til å klage på barnas vegne, vurderer domstolen hvilken rolle hun har hatt i deres liv, hvorvidt hun har egeninteresser som strider med barnas interesser, samt risikoen for at barna vil lide rettstap dersom tanten ikke hadde klaget på deres vegne.¹³⁸ Dommen klargjør tydelig at barn som ikke har verge også kan klage til EMD, samt hvilke kriterier som i så tilfelle må være oppfylt.

Hva gjelder individklageordningen til barnekonvensjonen, har ikke Norge ratifisert barnekonvensjonens tredje tilleggsprotokoll. Dette kommer jeg tilbake til under punkt 3.5.

¹³⁷ Under dissens (4-3) konkluderte domstolen med at det ikke forelå krenkelse av EMK artikkel 8. Den 9. april 2018 ble det imidlertid besluttet at saken skal behandles i Storkammer.

¹³⁸ *N.Ts. m.fl. mot Georgia* (2016), avsnittene 55-57.

3 HVORVIDT DAGENS SITUASJON ER I TRÅD MED MENNESKERETTIGHETENE

3.1 Innledning

I det følgende gjøres det rede for hvorvidt reguleringen i de interne brukslovene reflekterer menneskerettighetene. Her gjøres det rom for rettspolitiske betraktninger. Det følger av gjennomgangen foran at det er stort samsvar mellom brukslovene og menneskerettighetene når det gjelder retten til informasjon og uttalerett. Jeg vil imidlertid under punkt 3.2 diskutere hvorvidt 7-årsgrensen bør fjernes og i hvilken grad barnet bør få medvirke.

Det er større avstand mellom brukslovene og menneskerettighetene hva gjelder retten til begrunnelse og barnets klageadgang og søksmålskompetanse. Under punkt 3.3 redegjør jeg kort for hvilke endringer jeg mener kan foretas for å bringe brukslovene i samsvar med menneskerettighetene når det gjelder retten til begrunnelse. I punkt 3.4 om retten til å klage og retten til å reise sak foretas det en litt lengre drøftelse, da jeg mener det er store endringer som må til. Først diskuteres adgangen til å klage. Deretter tar jeg for meg adgangen til å reise søksmål, herunder reise sak for fylkesnemnda.

Under punkt 3.5 drøftes adgangen til å benytte seg av menneskerettslige klageordninger, herunder hvorfor jeg mener Norge bør ratifisere barnekonvensjonens tredje tilleggsprotokoll. Endelig avsluttes kapitlet med en oppsummering i punkt 3.6.

3.2 Retten til informasjon og uttalerett

Brukslovenes regulering av retten til informasjon- og uttalerett synes langt på vei å være i samsvar med menneskerettighetene. BK artikkel 12 er blitt tatt på alvor, og en fortjenestefull utvikling er gjort av lovgiver på feltet. Det er derfor grunn til å være optimistisk for hvordan lovgivningen utvikler seg videre. Samtidig gjelder det å gjøre rettigheten mest mulig effektiv. Det er fortsatt mange barn som ikke blir tilstrekkelig involvert, herunder hørt, i sine barnevernssaker.¹³⁹ Etter min mening er det viktig å gjøre rettigheten tydeligere i lovtekst enn det som per i dag er tilfellet.

¹³⁹ ”Brukerundersøkelse – Barn i statlige og private barneverntiltak” (mars 2014) s. 67.

En senkning av den tidligere aldersgrensen på 12 år er positiv og i større grad i tråd med Barnekonvensjonen. Spørsmålet er om dagens 7-årsgrense etter bvl. § 6-3 første ledd er å oppfatte som en nedre grense. En angitt nedre grense medfører etter mitt syn en risiko for at blant annet nemndsledere forholder seg til 7-årsgrensen, slik at mange barn under 7 år i realiteten mister retten de har etter BK artikkel 12. Det er et tankekors at uttaleretten for barn under 7 år forutsetter en konkret vurdering av barnets alder og modenhet, når barn anses å ha tilstrekkelig modenhet til å begynne på skolen året barnet fyller 6 år.

Lov om barnehager av 17. juni 2005 nr. 64 (barnehageloven – bhl.) § 3 har ingen aldersgrense hva gjelder barns rett til medvirkning. Alle barn skal kunne «gi uttrykk for sitt syn på barnehagens daglige virksomhet», og «jevnlige få mulighet til aktiv deltakelse i planlegging og vurdering av barnehagens virksomhet», jf. bhl. § 3. Da dette er en bestemmelse som gjelder barnehagebarn, gjelder den altså bare for barn under 7 år. Bestemmelsen forutsetter heller ingen modenhet. Det er først ved vektleggingen av synspunktene at barnets alder og modenhet får betydning. Det viser et endret syn hos lovgiver på hva barn kan få lov til å uttale seg om.

Det er uenigheter rundt hvorvidt 7-årsgrensen burde fjernes. I NOU 2016: 16 ble det foreslått å fjerne 7-årsgrensen, slik at barnets rett til informasjon og uttalerett bare vil «bero på konkret vurdering av barnets utviklingsnivå og modenhet».¹⁴⁰ Også høringsinstansene som har kommentert forslaget var positive til utvalgets forslag.¹⁴¹ Departementet foreslo likevel å la 7-årsgrensen etter bvl. § 6-3 første ledd stå.¹⁴² Etter min oppfatning er dette begrunnet i at bestemmelsen slik den er utformet i dag sikrer barn som er fylt 7 år en absolutt rett til å bli hørt. Jeg slutter meg til utvalgets forslag, fordi dette i større grad vil være i tråd med BK artikkel 12, som ikke opererer med noen aldersgrense.¹⁴³ En slik endring vil tydeliggjøre at det ikke skal være noen nedre grense for barns rett til å uttale seg, og at det alltid skal foretas en konkret vurdering.

Et ytterligere moment mot å operere med en slik aldersgrense, er at nemndsleder, som skal vurdere om et barn under 7 år skal bli hørt, ikke kjenner barnet. Fylkesnemnda er dermed

¹⁴⁰ NOU 2016:16 s. 57.

¹⁴¹ Prop. 169 L (2016—2017) punkt 6.3.

¹⁴² Prop. 169 L (2016—2017) punkt 6.4.

¹⁴³ General Comment No. 12 (2009) punkt 21.

avhengig av informasjon fra partene og sakkyndige for å kunne vurdere hvorvidt barnet er i stand til å danne seg egne synspunkter. Når barnevernet mottar en bekymringsmelding og beslutter å iverksette undersøkelse, sendes det ut henvendelser til alle deler av barnets nettverk. Barneverntjenesten forsøker å innhente uttalelser fra blant annet leger, lærere, helsesøstre, og kontaktpersoner ved barnets fritidsaktiviteter. Men hvor ofte gjennomføres det samtale med barnet først?

Retten til medvirkning, som følger av bvl. § 4-1 annet ledd, styrker barnets rett til å bli hørt. Barnet skal være en deltaker i hele prosessen. Det er derfor viktig at barn høres når en undersøkelse iverksettes, før resten av barnets nettverk kobles inn. På denne måten kan det innhentes barnets umiddelbare mening og oppfatning før saken utvikler seg, og barnet eventuelt tilpasser sine uttalelser etter sakens utvikling. Barnet skal holdes løpende orientert og høres i alle stadier av en barnevernssak. Gode løsninger for barnets livssituasjon forutsetter kontinuerlig dialog med barnet. I Prop. 169 L (2016—2017) uttaler departementet følgende:

«Til tross for dagens lovregulering om medvirkning, tyder praksis på at barn i barnevernet ikke får medvirke i ønsket grad. Resultater fra brukerundersøkelser og tilsynserfaringer viser at mange barn og unge melder om liten grad av medvirkning i kontakten med barnevernet. Barn opplever at de ikke informeres godt nok av barneverntjenesten, og at de i liten grad får mulighet til å bidra med informasjon selv.»¹⁴⁴

Med vedtakelsen av Barnekonvensjonen, som i aller høyeste grad anerkjenner barn som egne rettssubjekter¹⁴⁵, er det viktig at vi beveger oss bort fra tanken om at barn er objekter som skal skånes mest mulig. I barnevernssaker, hvor utfallet ofte medfører inngripende konsekvenser for et barn, og hvor følgene kan være irreversible, er det enda viktigere at barn i større grad får delta. Når det argumenteres med at å høre barnet kan være belastende for barnet, er det viktig å huske at barnet alltid vil ha en interesse av at saken løses med sikte på barnets beste. Barnekomiteen har lagt til grunn at barnets beste etter artikkel 3 ikke kan oppnås dersom retten til å bli hørt etter artikkel 12 ikke respekteres.¹⁴⁶ Dersom belastningsargumentet skal være avgjørende, ville det ikke vært noen uttalerett for barn, da en barnevernssak alltid vil

¹⁴⁴ Prop. 169 L (2016—2017) punkt 6.4.

¹⁴⁵ *Se M. og M. mot Kroatia* (2015), avsnitt 171, hvor også EMD understreker dette.

¹⁴⁶ General Comment No. 12 (2009) avsnitt 74 og General Comment No. 14 (2013) avsnitt 55.

være belastende for et barn. Følelsen av ikke å bli inkludert kan også oppleves som en stor belastning. Dessuten er det ment som en rettighet, og ikke en plikt for barnet.

Departementet sluttet seg til lovutvalgets forslag om å flytte bvl. § 4-1 om retten til medvirkning til lovens innledende kapittel, for «å tydeliggjøre at retten til medvirkning gjelder for anvendelse av hele loven, og ved alle stadier av en barnevernssak».¹⁴⁷ Når departementet foreslår at aldersangivelsen skal bestå i § 6-3, som er en spesialbestemmelse om medvirkning når det tas administrative eller rettslige avgjørelser som berører barnet, virker dette for meg som selvmotsigende.

Som tidligere nevnt, kan det vanskelig hevdes at ordlyden i bvl. § 6-3 første ledd, med en angitt 7-årsgrense, direkte bryter med BK artikkel 12. Det kan imidlertid foretas endringer med sikte på i større grad å oppfylle konvensjonsforpliktelsene. Utfordringen ved praktiseringen av uttaleretten etter brukslovene ligger primært i å sikre også barn under 7 år retten til å bli hørt. Spørsmålet blir hva som over tid anses som hensiktsmessig. Da bestemmelsen ble endret, slik at aldersgrensen ble satt ned fra 12 år til 7 år, kunne det i lys av tiden anses som et fremskritt. Jeg mener tiden er moden for å fjerne aldersgrensen helt og at det heller bør opereres med vurderinger av det enkelte barns evne til å forstå hva saken gjelder.

3.3 Retten til begrunnelse

Ifølge brukslovene er retten til begrunnelse forbeholdt parter. Barnekomiteen har imidlertid uttalt at alle barn har en slik rett til begrunnelse. I bl. § 61 nr. 4 heter det «(d)er barnet har formidla meininga si, skal dommaren eller den dommaren peiker ut orientere barnet om utfallet av saka og korleis meininga til barnet har blitt teke omsyn til». Av hensyn til hvor inngripende barnevernssaker kan være for barn, er det stor grunn til å få en tilsvarende bestemmelse i barnevernloven.

For det første, vil en plikt til begrunnelse innebære en effektivisering. Det vil gi en garanti for at barn faktisk blir hørt. For det andre, vil en begrunnelse gi en forklaring som gjør det lettere for barnet å forstå, og eventuelt forsone seg med utfallet. For det tredje, muliggjør det en

¹⁴⁷ Prop. 169 L (2016—2017), punkt 6.4.

vurdering av hvorvidt det vil være hensiktsmessig å få vedtaket endret. Dersom barnet bestemmer seg for å angripe vedtaket ved klage, Ombudsmannsklage eller rettssak, vil en begrunnelse kunne gi holdepunkter for hvilke argumenter man bør bruke.¹⁴⁸

Videre vil en begrunnelse kunne ha betydning for barneverntjenesten selv, dersom det skulle oppstå flere saker i ettertid. Også for andre myndigheter kan det ha betydning. Det vil for eksempel være av sentral betydning når vedtaket overprøves av domstolene. En annen fordel er at det oppnås større grundighet og nøyaktighet i saksbehandlingen. En begrunnelsesplikt vil gjøre det nødvendig for tjenestemannen som fatter vedtaket å tenke gjennom grunnene før vedtaket treffes.

I NOU 2016: 16 ble det foreslått å lovfeste krav til hvordan vedtak etter barnevernloven skal begrunnes.¹⁴⁹ Jeg er enig i dette. Etter mitt syn bør det tas inn et tillegg til bvl. § 6-3, som sier at barnet skal få en begrunnelse når vedtak er fattet. Det kan være vanskelig for barneverntjenestekontorene å vite om en slik rett, når det verken står i lov, forskrift, eller rundskriv. Det kan vanskelig tenkes at alle ansatte i barnevernet er klar over de relevante avsnittene i General Comment No. 12 og General Comment No. 14. Ved å innta et tillegg til bvl. § 6-3 vil det komme tydeligere frem, slik at praktikerer gjøres oppmerksom på det.

3.4 Klageadgang og søksmålskompetanse

3.4.1 Forvaltningsklage

Etter brukslovene er det bare parter som kan klage, jf. punkt 2.4.1. Klageordningen er slik utformet at en part aktivt må klage for å få saken overprøvd. Barn uten partsstatus med interesser på tvers av et barnevernsvedtak, er dermed avhengige av at foreldre eller annen part klager. Dersom for eksempel foreldrene ikke klager på et vedtak barnet er uenig i, har barnet ingen mulighet etter brukslovene til å få vedtaket overprøvd. Et barn som for eksempel er uenig i et vedtak om plassering, står dermed uten et prosessuelt vern.

En annen problemstilling oppstår der barnet ikke ønsker at det klages over et vedtak, fordi barnet selv anser vedtaket for å være i tråd med eget beste. Selv om det er mulighet for at

¹⁴⁸ Woxholt (2011) s. 449.

¹⁴⁹ NOU 2016: 16 s. 55.

barnet blir hørt når foreldrene klager på et vedtak, er det ikke alltid dette besluttes, jf. blant annet drøftelsen i punkt. 3.2 om risikoen for at 7-årsgrensen oppfattes som en nedre grense.

Formålet med en klagerett er blant annet å sikre riktige vedtak og trygge den enkeltes rett. Det er derfor bekymringsverdig at det er varierende rettssikkerhet for barn uten partsstatus i barnevernssaker. Det er ikke gitt at foreldrenes beslutninger om å klage eller å avstå fra å klage eller barnevernets avgjørelser ivaretar barnets beste. Barnets mulighet til å begjære omgjøring eller henvende seg til fylkesmannen for tilsyn kan fort komme til kort. Når barn uten partsstatus ikke er sikret en betryggende saksbehandling, kan det være vanskelig å få brakt på det rene hvorvidt et vedtak er i tråd med barnets beste. Jeg slutter meg til Oppedal når han uttaler at «(d)et hjelper da lite om barnets interesse gis høy prioritet i de materielle reglene, når det ikke finnes rettssikkerhetsgarantier som kan følge opp denne målsettingen i de prosessuelle reglene».¹⁵⁰

Selv om menneskerettighetene foreløpig ikke gir barn krav på å få klage etter forvaltningsloven, mener jeg klageretten ikke bør være forbeholdt de som etter dagens brukslover er ansett som parter. Da det vil være praktisk vanskelig å gi alle barn partsstatus, mener jeg partsalderen bør senkes, slik at en større gruppe barn kan klage. Samtidig bør det være adgang til å innvilge barn under angitt partsalder partsstatus, basert på deres alder og modenhet. Det viktigste er at myndighetene erkjenner problemet, og legger opp til ordninger som inkluderer flere barn.

I samsvar med barnevernlovens system, bør klager over vedtak med mindre alvorlig innhold behandles av fylkesmannen. Eksempelvis kan det dreie seg om en klage over at barnet ikke har fått nok hjelp etter bvl. § 4-4. For saker med et mer alvorlig innhold, eksempelvis hvor det er mangel på beskyttelse i strid med EMK artikkel 3 eller hvor barnet skilles fra sine foreldre og søsken i strid med EMK artikkel 8, bør barnet kunne reise sak for fylkesnemnda. Fylkesnemnda har den nødvendige rettssikkerhetsmessige tyngden til å avgjøre slike spørsmål. Dette drøftes mer inngående nedenfor.

¹⁵⁰ Oppedals høringssvar til NOU 2016:16 (2017)

3.4.2 Søksmål, herunder reise sak for fylkesnemnda

Hva gjelder søksmålskompetanse for barn uten partsstatus, er vi kommet tilbake til spørsmålet om i hvilken grad våre nasjonale ordninger ivaretar barnets rett til rettferdig rettergang etter EMK artikkel 6. Når en sak kommer for EMD, vil det foretas en konkret prøving av den enkelte saken, og ikke de norske reglene generelt.¹⁵¹ Dersom det i den konkrete saken har vært anledning til å føre argumenter fra både foreldre og barnevernets side, samtidig som barnet har blitt gitt anledning til å medvirke ved uttalelse, vil dette være i tråd med EMK artikkel 6. En nasjonal ordning som legger opp til et slikt saksforløp må kunne anses å ivareta essensen i barnets rett til rettferdig rettergang, jf. *Golder mot Storbritannia* (1975).

Et hovedproblem jeg har funnet når det gjelder prosessuell lovgivning, er at barnets rettigheter etter EMK artikkel 6 ikke synes å være kommet særlig godt til syne i brukslovene. I prosesslovgivningen er barn avskåret fra adgangen til å reise søksmål. Barn uten partsstatus er ikke prosessdyktige og er derfor avhengig av at en verge utøver deres prosessuelle handleevne. Barn har rett til familieliv og rett til beskyttelse mot tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling. De har derfor krav på at tvister om disse rettighetene blir behandlet av en domstol. Tidsaspektet i disse sakene tilsier at barnet raskt må kunne få saken opp i domstolene, uten å måtte gå veien om klage til fylkesmannen.

Barnet må få anerkjennelse for sin rett til rettferdig rettergang. Som minimum må barnet kunne få reise sak dersom ingen andre tar opp saken. Videre må barnet kunne reise sak for å kreve å bli hørt dersom det ikke er blitt hørt i en pågående sak. Under punkt 2.2.1 ble det redegjort for nyere høyesterettskjennelser, hvor manglende høring av barn har medført oppheving av lagmannsrettens beslutninger. Når Høyesterett anser det som utslagsgivende hvorvidt barnet er hørt, mener jeg dette også tilsier at barnet bør ha rett til å anke når de ikke høres. Denne retten må bygges inn i den norske lovgivningen. Hvordan det kan løses i dagens lovgivning er vanskelig å si. Det bør her foretas en lovutredning. Uansett må brukslovene avspeile rettighetene i artikkel 6, og rettighetene må være praktiserbare.

Konvensjonsbestemmelsene er vanskelig tilgjengelige og kan være utfordrende å tolke. Når det i dag ikke finnes et klagesystem for barn uten partsstatus, som gjør at de enkelt kan

¹⁵¹ White & Ovey (2010) s. 256.

påklage barnevernsvedtak eller reise sak om nemndsavgjørelser de er uenige i, går barn uten partsstatus glipp av essensielle rettigheter som kan være utslagsgivende for deres livssituasjon og videre fremtid. Det må være krevende for barn å møte avvisende regler og heller ikke ha mulighet til å få en uavhengig representant som kan klage og reise søksmål på deres vegne.

I NOU 2016: 16 mangler det en inngående redegjørelse for hvilke rettigheter barn, familiemedlemmer og fosterforeldre har til å anlegge eller delta i sak etter artikkel 6. En slik mangel på utredning må etter min mening anses for å være en betydelig svakhet ved rettskilden. Også Oppedal har kritisert dette i sin høringsuttalelse.¹⁵²

Det bør også utvikles mer barnevennlige systemer. Statens barnehus er det eneste tiltaket som er iverksatt for å oppnå en barnevennlig prosess.¹⁵³ Tiltaket er imidlertid forbeholdt straffesaker. Til sammenlikning er barnet alltid ansett som part i barnevernssaker i det engelske rettssystemet. Der representeres de av en CAFCASS-verge (Children and Family Court Advisory and Support Service).¹⁵⁴ CAFCASS-representanten er en uavhengig person som skal ivareta barnets interesser og sørge for at alle avgjørelser tas med utgangspunkt i barnets beste. I New Zealand får barn en egen advokat både i barnevernssaker og i foreldretvister. Av kapasitetshensyn går det ikke nærmere inn på dette.

Det er et tankekors at barn etter vergemålsloven kan få oppnevnt verge i saker om økonomiske spørsmål, mens det i barnevernssaker ikke eksisterer et tilsvarende system. Eksempelvis kan et barn bringe saken sin inn for domstolene ved hjelp av verge når foreldrene underslår barnets penger.

Endelig nevnes det at subsidiaritetsprinsippet, som går ut på at EMD skal ha en subsidiær rolle i forhold til nasjonale domstoler når det gjelder å sikre etterlevelsen av rettighetene nedfelt i EMK, tilsier at nasjonale domstoler er nærmest til å behandle klager. Det bør derfor ikke være slik at EMD blir eneste reelle klageorgan for barn uten partsstatus. Det er viktig å få et system hvor barn kan komme til ordet, som er barnevennlig, og hvor det kan få assistanse når det føler at dets rettigheter er tilsidesatt.

¹⁵² Oppedals hørings svar til NOU 2016: 16 Ny barnevernlov, datert 20. januar 2017.

¹⁵³ <https://www.statensbarnehus.no/>

¹⁵⁴ <https://www.cafcass.gov.uk/about-cafcass/>

3.5 Mennekerettslige klageordninger

I 2011 ble en tredje tilleggsprotokoll til barnekonvensjonen vedtatt. Tilleggsprotokollen om individuell klagerett gir anvisning på at barn kan bringe enkeltsaker om brudd på deres rettigheter inn for barnekomiteen. Norge har ikke ratifisert protokollen, som trådte i kraft i 2014. I Barneombudets høringsbrev av 10.11.2016 vedrørende ratifikasjon tilleggsprotokollen legges det til grunn at en ratifikasjon vil styrke barns rettssikkerhet i Norge og være i tråd med barnets beste.¹⁵⁵ På brevets første side uttales blant annet følgende:

«Tilleggsprotokollens fremste mål at statene skal styrke sine nasjonale klageordninger for barn, slik at en klage til barnekomiteen kun skal være en aller siste sikkerhetsventil. Det er et dokumentert og anerkjent behov for å styrke de nasjonale klageordningene for barn i Norge.»

I Barneombudets redegjørelse for egne erfaringer i arbeidet med barn, beskrives et mangelfullt klagesystem og manglende gjennomføring av barnets rett til å bli hørt. I brevet uttales følgende:

«Rettsystemet er lite tilgjengelig for barn. Barn mangler ofte egne partsrettigheter, og anses i begrenset grad å være prosessdyktige. Dette betyr at barn ikke kan bringe sin sak inn for domstolene uten bistand fra foreldre eller verge. I en gitt andel saker vil ikke barnets og foreldrene eller vergens interesser være sammenfallende. Det mest alvorlige for barn er likevel manglene ved klageordningene for barn i Norge fordi mange avgjørelser med svært stor betydning for barn aldri blir avgjort av domstolene. Barneombudet jobber hver dag med saker der barn ikke når frem i de instanser som fører tilsyn og behandler klager.»¹⁵⁶

Dette samsvarer med bildet som er forsøkt skissert gjennom denne oppgavens redegjørelse for gjeldende rettstilstand. Forutsatt at det etableres et godt klagesystem, vil en slik klagerett etter min mening styrke barns muligheter til å få gjennomført rettighetene de har etter Barnekonvensjonen. Fordi Barnekomiteen foreløpig ikke har realitetsbehandlet saker etter klageordningen, er det uklart hvor langt komiteen vil gå i å overprøve nasjonale myndigheters

¹⁵⁵ Barneombudets høringsbrev av 10.11.2016 ”Vedr. ratifikasjon av barnekonvensjonens tilleggsprotokoll om individuell klagerett, Meld. St. 39 (2015-2016)”.

¹⁵⁶ Barneombudets brev av 10.11.2016 ”Vedr. ratifikasjon av barnekonvensjonens tilleggsprotokoll om individuell klagerett, Meld. St. 39 (2015-2016)”, siste avsnitt på side 1 og de to første avsnittene på side 2.

vurderinger i skjønnspregede spørsmål ved behandlingen av individklager. Hvilken vekt praksisen får i norske domstoler er derfor også uvisst. Jeg antar at vekten uansett vil avhenge av blant annet hvor klart Barnekomiteen gir uttrykk for forståelse av konvensjonen.

Etter mitt syn bør Norge slutte seg til individklageordningen. Vi er allerede part til barnekonvensjonen, og dermed bundet av dens innhold. En tilslutning til ordningen vil bidra til å sikre at Norge følger opp forpliktelsene som følger av konvensjonen. Alle sivile samfunnsorganisasjoner som deltok på høringen om individklageordningene til FNs konvensjoner om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, barnets rettigheter og rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne¹⁵⁷ støttet en ratifikasjon av barnekonvensjonens klageordning.¹⁵⁸ En ratifikasjon vil også være i tråd med regjeringens målsetting om å ha en pådriverrolle i implementeringen av barnekonvensjonen, se Meld. St. 10 (2014—2015).

På den annen side har barn uten partsstatus allerede klagerett etter EMK artikkel 13 og EMK artikkel 34. Klageordningen under EMK er langt mer effektiv, da den er godt etablert, detaljert, klar, og har bindende virkning for medlemsstatene. Det finnes omfattende praksis på området som viser at barn utvilsomt kan klage saker inn for EMD. Dessuten gir klageadgangen mulighet for full prøving av saken.

Det er etter min mening underlig at EMK artikkel 13 og EMK artikkel 34 ikke nevnes oftere i norske barnevernssaker. Jeg tror det skyldes partenes manglende kjennskap til klageordningen, som igjen har rot i manglende oppmerksomhet og aksept rundt ordningen fra myndighetenes side. Ofte opplever barn vanskeligheter når de ønsker å klage, fordi de møter et krav om verge. Det følger imidlertid av EMD-praksis at barn ikke behøver verge for å kunne klage, se punkt 2.5. Dersom Norge ikke lar barn klage på egenhånd, når EMD tar imot klager fra barn alene, vil det foreligge motstrid. En avvisende lovgivning vil dessuten overbelaste EMD, hvilket ikke samsvarer med systemets formål, som forutsetter at en klager må ha utnyttet alle muligheter for behandling av saken i hjemlandet, jf. EMK artikkel 35. Det er derfor viktig at barneverntjenesten, de private parter i en barnevernssak, og barn uten partsstatus gjøres oppmerksom på at klagemulighetene finnes.

¹⁵⁷ Meld. St. 39 (2015—2016)

¹⁵⁸ Innst. 161 S (2016—2017) s. 4.

Klageordningen etter barnekonvensjonen blir etter min mening et viktig supplement til ordningen etter EMK, da førstnevnte vil være av særlig viktighet når det gjelder rettigheter som ikke er regulert i EMK.

3.6 Oppsummering

Innledningsvis spurte jeg hvorvidt brukslovene gir barn uten partsstatus i egen barnevernssak prosessuelle rettigheter de har krav på etter menneskerettighetene. Situasjonen er forholdsvis tilfredsstillende hva gjelder barnets rett til informasjon og uttalerett. Det kan likevel bygges inn noe mer i dagens lovgivning; 7-årsgrensen bør fjernes og barnet bør ha rett på en tilbakemelding om hvordan dets mening er vektlagt.

Hva gjelder partsrettigheter, synes jeg norsk lovgivning har inntatt en restriktiv holdning. Der er det større avstand mellom brukslovene og konvensjonene. Jeg mener myndighetene må erkjenne problemet med at prinsippene i EMK artikkel 6 ikke er innarbeidet i brukslovene, og at det må legges opp til ordninger som i større grad samsvarer med bestemmelsen, slik at flere barn inkluderes. Videre må det i større grad opplyses om muligheten til å benytte seg av de menneskerettslige klageordningene.

4 AVSLUTNING

Min konklusjon er at de prosessuelle rettigheter barn uten partsstatus har etter brukslovene ikke i tilstrekkelig grad samsvarer med menneskerettighetene. Selv om Norge langt på vei oppfyller sine konvensjonsforpliktelser, gjenstår det et stykke å gå. Et barnevernvedtak angår et barn uten partsrettigheter i like stor grad som den angår et barn med partsrettigheter. Likevel går barn uten partsstatus glipp av fundamentale prosessuelle rettigheter.

Det kan synes som om dagens lovgivning har større fokus rundt foreldrenes rettigheter enn barnets rettigheter. Når barnet er under 15 år, er det foreldrene som er part i saken. Foreldrene er de første som kontaktes av barnevernet, og det er foreldrene barneverntjenesten hovedsakelig samarbeider med ved undersøkelse og beslutning om tiltak. Det er lett å få inntrykk av at det bare er inngrepet i foreldrenes rett til familieliv som står sentralt. Barnet, som i barnevernssaker er sakens gjenstand, må få en mer fremtredende stilling.

Det er bekymringsverdig at barnevernloven, som har til formål å verne barn mot omsorgssvikt og overgrep, snevrer inn partsbegrepet sammenliknet med forvaltningsloven. I forarbeidene står det «(f)remtidens barnevern må utvikles med utgangspunkt i barnas behov».¹⁵⁹ Videre er det understreket at «barn og unge skal medvirke i alle prosesser som gjelder barnet. Barnas synspunkter skal alltid være med i vurderingen av hva som er barnas beste».¹⁶⁰

Selv om bvl. § 6-3 annet ledd åpner for å gi barn under 15 år partsstatus i «særskilte tilfeller», har bestemmelsen, som tidligere nevnt, et snevert anvendelsesområde.¹⁶¹ Etter en fremsatt begjæring av barnet, er det opp til fylkesnemnda eller rettens skjønn å vurdere om barnet bør innvilges partsrettigheter. Fordi det vil være tilfeldig om barnet er kjent med en slik adgang til å begjære partsstatus, vil rettssikkerheten variere. Barn uten partsstatus er avhengig av at myndighetene følger opp lovgivningen for at de skal kunne utøve de få prosessuelle rettighetene de har etter brukslovene. De blir dermed sårbare når lovgivningen ikke følges opp.

Aldersgrensen for partsstatus er etter mitt syn for høy. Barn er subjekter som kan tenke og reflektere rundt egen livssituasjon og egne utfordringer. Cashmore og Parkinson (2008) skriver følgende om forståelsen av barn som sosiale aktører:

«Children are no longer seen as the passive recipients of parental influence, the targets of socialization within and outside the family nor as 'objects of concern' in relation to outside intervention. They are now seen as social actors who are shaping their own lives, and influencing the lives of those around them, particularly their parents and siblings.»¹⁶²

Også av hensyn til harmoni i velferdslovgivningen vil det være positivt å sette ned aldersgrensen. Eksempelvis følger det av Lov om pasient- og brukerrettigheter av 2. juli 1999 nr. 63 (pasient- og brukerrettighetsloven – pbrl.) § 6-5 at barn som har fylt 12 år, og som forstår hva saken gjelder, kan opptre som part og gjøre partsrettigheter gjeldende.

¹⁵⁹ Prop. 106 L (2012—2013) s. 9.

¹⁶⁰ Prop. 106 L (2012—2013) s. 10.

¹⁶¹ NOU 2016: 16 s. 220.

¹⁶² Cashmore & Parkinson (2008) s. 7.

Det er behov for ordninger hvor barnet har en sterkere plass i prosedyren, som part eller på annen måte sikres en uavhengig prosessuell posisjon. Lovgiver er kommet lengre i å ivareta BK artikkel 12 sammenliknet med å ivareta EMK artikkel 6. Men det er stor forskjell på bare å få uttale seg, og å få utøve øvrige partsrettigheter. I sistnevnte tilfelle vil barnet i større grad være direkte involvert i egen barnevernssak. Det understrekes at staten har et ansvar for å utvikle saksbehandlingsreglene, slik at de ivaretar det som følger av EMK og BK slik de er å fortolke.

Beskyttelsestenkning sammenstilt med en undervurdering av barns evne til å medvirke på en konstruktiv måte, hindrer barn i å få en mer fremtredende rolle i sin egen barnevernssak. Fordi barn har egne interesser som ofte kan være i strid med statens, foreldrenes, og i enkelte tilfeller også fosterforeldres interesser, er det viktig at de gis prosessuelle rettigheter som kan sikre dem vernet de trenger. Enda viktigere er det å lovfeste ytterligere prosessuelle rettigheter for disse barna når statistikk viser at barn i barnevernet har større utfordringer knyttet til skole, utdanning, og arbeidsledighet, sammenliknet med andre barn. De som har hatt en tøff oppvekst, bestående av blant annet vold, overgrep og misbruk, har også større risiko for å få helsevansker av både psykisk og somatisk art.¹⁶³ Vi kan ikke lukke våre øyne for dette.

I NOU 2016: 16 ble det foreslått å innføre lavere partsstatus, en ny ordning med trygghetsperson, direkte uttalerett for barneverntjenesten og fylkesnemnda, samt videreføring av selvstendig klage- og søksmålskompetanse for barn med partsrettigheter. Viktigst av alt, er imidlertid forslaget om å gjøre barnevernloven om til en rettighetslov.¹⁶⁴ Sett i lys av dagens rettstilstand, vil dette ha størst betydning for barn uten partsstatus. En slik endring vil medføre større fokus på barnet som rettighetshaver, hvilket er i tråd med barnekonvensjonens formål. I praksis vil det bety at barn får rett til å bestemme om rettighetene det innehar skal hevdes, i stedet for å være avhengig av at foreldre eller barneverntjenesten skal ta skritt på deres vegne. Dersom forslagene vedtas, vil dette kunne endre rettssikkerheten for mange barn.

Det er viktig å ha brukslover som er detaljerte og som bidrar til saksstyringen. Samtidig er det viktig at slike brukslover er utformet slik at det bare unntaksvis skal være nødvendig å se på menneskerettighetene for å se om brukslovene er holdbare hva gjelder gjeldende rett.

¹⁶³ Bendiksen og Haugli (2015) s. 168.

¹⁶⁴ NOU 2016: 16 s. 81.

Prosessuelle rettigheter handler i denne sammenheng om å etablere mekanismer for å beskytte barnet. Det foreligger store mangler på rettssikkerhet for barn uten partsstatus når de ikke har lovforankrede mekanismer. Når disse barna faller utenfor rettsstatens kjerne, kan vi spørre om vi faktisk har en rettsstat. Avslutningsvis ønsker jeg å sitere advokat Arild Humlens uttalelser om dette:

«Rettsstatens sanne ansikt viser seg i ytterkanten. Barn uten partsstatus i barnevernssaker befinner seg i nettopp denne ytterkanten. Hvis barn, som er de mest ressursvake, ikke har tilstrekkelig rettssikkerhet, mister rettsstaten sin betydning.»¹⁶⁵

¹⁶⁵ Møte med advokat Arild Humlen 22.02.18.

REFERANSER

Nasjonale kilder

Lover og forskrifter

| | |
|-------|---|
| Grl. | Kongeriket Norges Grunnlov av 17. mai 1814 |
| mrl. | Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21. mai 1999 nr. 30 (menneskerettsloven) |
| fvl. | Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker av 10. februar 1967 (forvaltningsloven) |
| tvil. | Lov om mekling og rettergang i sivile tvister av 17. Juni 2005 nr. 90 (tvisteloven) |
| bvl. | Lov om barneverntjenester av 17. juli 1992 nr. 100 (barnevernloven) Lov om endringer i barnevernloven 21. juni 2013 nr. 63 |
| bl. | Lov om barn og foreldre av 8. april 1981 nr. 7 (barnelova) |
| vgml. | Lov om vergemål av 26. mars 2010 nr. 9 (vergemålsloven) |
| pbvl. | Lov om pasient- og brukerrettigheter av 2. Juli 1999 nr. 63 (pasient- og brukerrettighetsloven) |
| bhl. | Lov om barnehager av 17. juni 2005 nr. 64 (barnehageloven) |

Forskrift 18. februar 2013 nr. 203 om barnets talsperson i saker som skal behandles i fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker (forskrift om barnets talsperson i fylkesnemndsaker), Barne- og likestillingsdepartementet.

Rundskriv Q-11/2013 ”Rundskriv om barnets talsperson – kommentarer til forskrift 18. Februar 2013 nr. 203 om barnets talsperson i saker som skal behandles i fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker”, Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet, 22. mars 2013

Forarbeider

| | |
|--------------|--|
| NOU 1993: 18 | Lovgivning om menneskerettigheter |
| NOU 2005: 9 | Ressursbruk og rettssikkerhet i fylkesnemndene for sosiale |

| | |
|----------------------------|--|
| | saker |
| NOU 2016: 16 | Ny barnevernslov – Sikring av barnets rett til omsorg og beskyttelse |
| Meld. St. 10 (2014—2015) | Muligheter for alle – menneskerettighetene som mål og middel i utenriks- og utviklingspolitikken |
| Meld. St. 39 (2015—2016) | Individklageordningene til FNs konvensjoner om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, barnets rettigheter og rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne |
| Ot.prp. nr. 29 (1990—1991) | Om lov om sosiale tjenester mv. (sosialloven) |
| Ot.prp. nr. 44 (1991—1992) | Om lov om barneverntjenester (barnevernloven) |
| Ot.prp. nr. 45 (2002—2003) | Om lov om endring i menneskerettsloven mv. (innarbeiding av barnekonvensjonen i norsk lov) |
| Ot.prp. nr. 76 (2005—2006) | Om lov om endringer i barnevernloven og sosialtjenesteloven mv. (saksbehandlingsregler for fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker mv.) |
| Ot.prp. nr. 28 (2007—2008) | Om lov om endringer i lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester mv. |
| Prop. 106 L (2012—2013) | Endringer i barnevernloven |
| Prop. 169 L (2016—2017) | Endringer i barnevernloven mv. (bedre rettssikkerhet for barn og foreldre) |
| Innst. 186 S (2013—2014) | Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag fra Per-Kristian Foss, Martin Kolberg, Marit Nybakk, Jette F. Christensen, Anders Anundsen, Hallgeir H. Langeland, Per Olaf Lundteigen, Geir Jørgen Bekkevold og Trine Skei Grande om grunnlovfesting av sivile og politiske menneskerettigheter, med unntak av romertall X og romertall XXIV |
| Innst. 165 S (2015—2016) | Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om Grunnlovsforslag fra Per-Kristian Foss, Martin Kolberg, Marit Nybakk, Jette F. Christensen, Hallgeir H. Langeland, Per Olaf Lundteigen, Geir Jørgen Bekkevold og Trine Skei Grande om grunnlovfesting av økonomiske, sosiale og kulturelle menneskerettigheter (romertall IX – begrensninger i de grunnlovfestede rettigheter) |

Innst. 161 S (2016—2017) Innstilling fra utenriks- og forsvarskomiteen om Individklageordningene til FNs konvensjoner om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, barnets rettigheter og rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne

Høyesterettspraksis

Rt. 1981 s. 745

Rt. 1987 s. 289

Rt. 1990 s. 490

Rt. 1990 s. 657

Rt. 1994 s. 610

Rt. 1998 s. 1592

Rt. 1998 s. 1702

Rt. 2000 s. 358

Rt. 2000 s. 1056

Rt. 2000 s. 1066

Rt. 2002 s. 557

Rt. 2003 s. 301

Rt. 2004 s. 811

Rt. 2004 s. 1046

Rt. 2005 s. 833

Rt. 2006 s. 1308

Rt. 2008 s. 1764

Rt. 2011 s. 111

Rt. 2013 s. 1176

Rt. 2014 s. 530

Rt. 2015 s. 93

Rt. 2015 s. 155

Rt. 2015 s. 385

Rt. 2015 s. 1142

HR-2016-2314-U

HR-2017-18-U

HR-2017-1996-U

Litteratur

- Aall (2007) Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 2. utgave, Fagbokforlaget, Bergen, 2007
- Bendiksen og Haugli (2015) Bendiksen, Lena R.L. og Haugli, Trude, *Sentrale emner i barneretten*, 2. utgave, Universitetsforlaget, 2015
- Cashmore & Parkinson (2008) Cashmore, Judy & Parkinson, Patrick, *The Voice of a Child in Family Law Disputes*, Oxford University Press, 2008
- Eckhoff og Smith (2010) Eckhoff, Torstein og Smith, Eivind, *Forvaltningsrett*, 9. utgave, Universitetsforlaget, 2010
- Gisle (2007) Gisle, Jon, *Jusleksikon*, 3. utgave, Kunnskapsforlaget, Oslo, 2007
- Gording Stang (2007) Gording Stang, Elisabeth, "Barnets rett til deltakelse i barnevernssaker" i *Kritisk Juss* 2007 (33) s. 35-56
- Gording Stang (2016) Gording Stang, Elisabeth, "Barns rett til familie og omsorg, særlig om barnevernet" i *Barnekonvensjonen – barns rettigheter i Norge*, Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholdt, Kirsten Sandberg (red.), 3. utgave, Universitetsforlaget, 2016, s. 165-194
- Holgersen og Tellefsen (2003) Holgersen, Gudrun og Tellefsen, Marianne, *Barnet og loven – Lovtekster med kommentarer for deg som arbeider med barn*, Kommuneforlaget AS, 2003
- Høstmælingen (2015) Høstmælingen, Njål, *Internasjonale menneskerettigheter*, 2. utgave, Universitetsforlaget Oslo, 2015
- Lindboe (2013) Lindboe, Knut, *Barns stemme i fylkesnemnda og ved rettslig overprøving*, Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål, 2013, Årg. 11, nr. 2, s. 81-82
- Lindboe (2012) Lindboe, Knut, *Barnevernrett*, 6. utgave, Universitetsforlaget, 2012
- Møse (2002) Møse, Erik, *Menneskerettigheter*, J.W. Cappelens Forlag a.s., Oslo, 2002
- Ofstad og Skar (2015) Ofstad, Kari og Skar, Randi, *Barnevernloven med kommentarer*, 6. utgave, Gyldendal Norsk Forlag AS, 2015

- Olsen (2002) Olsen, Bente Kristin, ”Historisk perspektiv på rettssikkerheten i barnevernet” i *Barnevern, fylkesnemnder og rettssikkerhet*, Asbjørn Kjønstad (red.), Gyldendal Norsk Forlag AS, 2002, s. 25-118.
- Oppedal (2008) Oppedal, Mons, *Akutthjemlene i barnevernloven*, Gyldendal Norsk Forlag AS, 2008
- Robberstad (2009) Robberstad, Anne, *Sivilprosess*, Fagbokforlaget, 2009
- Schjelderup, Omre og Marthinsen (2005) Schjelderup, Liv, Omre, Cecilie, Marthinsen, Edgar (red.), *Nye metoder i et moderne barnevern*, Fagbokforlaget, 2005
- Skoghøy (2017) Skoghøy, Jens Edvin A., *Tvisteløsning*, 3. utgave, Universitetsforlaget, 2017
- Stette (2014) Stette, Øyestein (red.), *Barnevernloven og forskrifter – Med forarbeid og kommentarer*, PEDLEX Norsk Skoleinformasjon, 2014
- Søvig (2009) Søvig, Karl Harald, *Barnets rettigheter på barnets premisser – utfordringer i møtet mellom FNs barnekonvensjon og norsk rett*, Det juridiske fakultet, Universitetet i Bergen, 2009
- Tjomsland (1997) Tjomsland, Steinar (red.), *Barnevern og omsorgsovertakelse*, Kommuneforlaget AS, 1997
- White & Ovey (2010) White, Robin C. A. and Ovey, Clare, *Jacobs, White and Ovey: The European Convention on Human Rights*, Fifth edition, Oxford University Press, 2010
- Wille (2008) Wille, Petter F., “Oversikt over internasjonale rettskilder og aktiviteter med focus på barn og barns rettigheter” i *Barnerett – i et internasjonalt perspektiv*, Mary-Ann Hedlund (red.) Fagbokforlaget, 2008, s. 179-187
- Woxholt (2011) Woxholt, Geir, *Forvaltningsloven med kommentarer*, 5. utgave, Gyldendal Norsk Forlag AS, 2011

Rapport: ”Brukerundersøkelse – Barn i statlige og private barneverntiltak”, Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet, mars 2014.

Internasjonale kilder

Konvensjoner

| | |
|--------------------|---|
| Verdenserklæringen | FNs verdenserklæring om menneskerettigheter, 11. desember 1948 |
| EMK | Den europeiske menneskerettskonvensjon, 4. november 1950 |
| Barnekonvensjonen | FNs konvensjon om barnets rettigheter, 20. november 1989 |
| SP | FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter, 16. desember 1966 |

Praksis fra EMD

| | |
|--|--|
| Belgian linguistic cases (nos. 1 & 2) | Den europeiske menneskerettsdomstol, Strasbourg, 9. februar 1967 og 23. juli 1968 |
| Ringeisen mot Østerrike | Den europeiske menneskerettsdomstol, Strasbourg, 16. juli 1971 |
| Golder mot Storbritannia | Den europeiske menneskerettsdomstol, Strasbourg, 21. februar 1975 |
| Klass m.fl. mot Tyskland | Den europeiske menneskerettsdomstol, Stras- bourg, 6. september 1978 |
| Le Compte, Van Leuven og De Meyere mot Belgia | Den europeiske menneskerettsdomstol, Strasbourg, 10. oktober 1982 |
| Olsson mot Sverige (no. 1) | Den europeiske menneskerettsdomstol, Strasbourg, 24. mars 1988 |
| Eriksson mot Sverige | Den europeiske menneskerettsdomstol, Strasbourg, 22. juni 1989 |
| McMichael mot Storbritannia | Den europeiske menneskerettsdomstol, Strasbourg, 24. februar 1995 |
| Scozzari og Giunta mot Italia | Den europeiske menneskerettsdomstol, Strasbourg, 13. juli 2000 |
| Z. m.fl. mot Storbritannia | Den europeiske menneskerettsdomstol, Strasbourg, 10. mai 2001 |
| T.P. og K.M. mot Storbritannia | Den europeiske menneskerettsdomstol Strasbourg, 10. mai 2001 |
| Kutzner mot Tyskland | Den europeiske menneskerettsdomstol, Strasbourg, |

| | |
|--------------------------------|--|
| | 26. februar 2002 |
| Kleuver mot Norge | Den europeiske menneskerettsdomstol, Strasbourg, 30. april 2002 |
| P, C og S mot Storbritannia | Den europeiske menneskerettsdomstol, Strasbourg, 16. juli 2002 |
| D.P. og J.C. mot Storbritannia | Den europeiske menneskerettsdomstol, Strasbourg, 10. oktober 2002 |
| Venema mot Nederland | Den europeiske menneskerettsdomstol, Strasbourg, 17. desember 2002 |
| Sommerfeld mot Tyskland | Den europeiske menneskerettsdomstol, Strasbourg, 8. juli 2003 |
| Sahin mot Tyskland | Den europeiske menneskerettsdomstol, Strasbourg, 8. juli 2003 |
| Moser mot Østerrike | Den europeiske menneskerettsdomstol, Strasbourg, 21. september 2006 |
| M. og M. mot Kroatia | Den europeiske menneskerettsdomstol, Strasbourg, 3. september 2015 |
| N.Ts. m.fl. mot Georgia | Den europeiske menneskerettsdomstol, Strasbourg, 2. februar 2016 |
| Strand Lobben m.fl. mot Norge | Den europeiske menneskerettsdomstol, Strasbourg, 30. november 2017 |
| M.K. mot Hellas | Den europeiske menneskerettsdomstol, Strasbourg, 1. februar 2018 |

Generelle kommentarer fra FNs barnekomité

General Comment No. 12 (2009) - The right of the child to be heard, 20. juli 2009

General Comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1), 29. mai 2013

Øvrige kilder

UNICEF: *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, Second edition, Rachel Hodgkin and Peter Newell, United Nations Children's Fund, juni 2002

Day of General Discussion on the Right of the Child to be heard, Unedited version, FNs barnekomité, 29. september 2006

”Factsheet – Parental rights”, European Court of Human Rights, april 2018.

Barneombudets høringsvar ”Vedr. ratifikasjon av barnekonvensjonens tilleggsprotokoll om individuell klagerett, Meld. St. 39 (2015-2016)”, Barneombudet, 10.11.2016, nettlénke:

<http://barneombudet.no/wp-content/uploads/2016/11/H%C3%B8ring-FN-barnekonvensjons-tredje-tilleggsprotokoll-om-indiviuell-klagerett.pdf>

Høringsvar til NOU 2016:16 Ny barnevernlov fra Mons Oppedal, professor dr. juris (emeritus) ved OsloMet – storbyuniversitetet, , 30.01.2017, nettlénke:

<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing-nou-2016-16-ny-barnevernslov2/id2519335/?uid=1d28edb8-5519-495e-8678-ed9ee6bd5e10>

Nettsider

https://www.bufdir.no/Statistikk_og_analyse/Barnevern/#heading13691 (sist lest 14.02.18)

<https://www.statensbarnehus.no/> (sist lest 16.04.18)

<https://www.cafcass.gov.uk/about-cafcass/> (sist lest 18.04.18)

Personlige meddelelser

Telefonsamtale med fylkesnemndsleder Magnus Aarø, Fylkesnemnda i Møre og Romsdal, 04. april 2018

Møte med advokat Arild Humlen, Humlen Advokater AS, 22. februar 2018