



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

Blir retten til medvirkning for barn under 7 år ivaretatt i foreldretvister?

Vanja Helen Heggmo

Masteroppgave i Rettsvitenskap...JUR-3902...Høsten 2021

Innholdsfortegnelse

1.	Innledning.....	1
1.1	Problemstilling.....	1
1.2	Særlig om temaets formulering og avgrensning.....	3
1.3	Metode.....	4
1.4	Kort oversikt over egen tekst.....	5
2.	Hva innebærer medvirkning?.....	6
1.5	Retten til å gi uttrykk for sine meninger.....	6
1.5.1	Hva innebærer «i stand til å danne seg egne synspunkter»?.....	7
1.5.2	Hva innebærer «retten til fritt å gi uttrykk for disse synspunkter i alle forhold som vedrører barnet»?.....	10
1.6	Retten til å få sin mening vektlagt.....	10
1.7	Hvem skal høre barnet?.....	11
1.8	Forholdet til barnets beste.....	14
3.	Hvordan blir dette ivaretatt etter reglene i Norge?.....	15
1.9	Hvor reguleres barnets rett til medvirkning?.....	15
1.10	Hvordan skal barn høres etter norsk rett?.....	19
1.10.1	Hvem skal høre barnet?.....	19
1.10.2	Hvor og hvordan skal barnet høres?.....	24
1.11	Barnets advokat.....	25
4.	Hvordan gjennomføres retten til å bli hørt i praksis?.....	27
1.12	HR-2019-1230-A.....	27
1.13	Hvordan påvirker HR-2019-1230-A underrettspraksis?.....	30
1.14	Oppsummering og vurdering.....	33
5.	Avslutning.....	35
	Referanseliste.....	38

1. Innledning

1.1 Problemstilling

Barn er ansett å være selvstendige rettighetshavere på lik linje med voksne, og bør i kraft av dette ha rett til å medvirke til avgjørelser som berører dem. Dette er noe som blant annet kommer til uttrykk i Grunnloven § 104. Ved at barn får medvirke i saker som angår dem, herunder opplever at deres erfaringer og meninger blir hørt og vektlagt på en respektfull måte bidrar dette til at deres menneskeverd blir ivaretatt. Videre vil det kunne sikre et bedre avgjørelsesgrunnlag for de sakene som berører barna selv. Dette forutsetter imidlertid at de voksne som skal ta disse avgjørelsene tilrettelegger for dette. Barn, og særlig de yngste barna, kan naturlig nok ikke ta viktige avgjørelser selv, slik som hvor de skal bo og hvor mye de skal være sammen med den andre forelderen. De er avhengig av at voksne, enten det er foreldrene, fagfolk eller rettsvesenet tar disse valgene for dem. Likevel har de en grunnleggende rett til å få medvirke i saker som angår dem.

Barnets rett til medvirkning fremgår av Barnekonvensjonen art. 12, er grunnlovsfestet i Grl. § 104 og nærmere regulert i barnelova § 31. Den norske bestemmelsen i bl. § 31 gir en absolutt rett til å bli hørt for barn over 7 år i saker etter barneloven, typisk er dette saker om foreldreansvar, fast bosted og samvær. Spørsmålet blir da, hva med barna under 7 år? Ordlyden i både BK art. 12 og bl. § 31 sier her at også barn under 7 år – som er i stand til å danne seg egne synspunkt – skal få muligheten til å si sin mening, har rett på informasjon, og deres mening skal tillegges vekt i samsvar med alder og modenhet. Det finnes imidlertid lite veiledning på hvordan denne vurderingen for de minste barna skal gjøres i praksis.

Et vesentlig spørsmål er hva som ligger i ordlyden «i stand til å danne seg egne synspunkt». Små barn har ofte et mer begrenset språk, men kan kommunisere og uttrykke forståelse, valg og preferanse på ikke-verbale måter, hvilket gjør at en høring på tradisjonelt vis ofte blir vanskeliggjort.¹ Barnekomiteen har uttalt helt utvetydig at også slike former for kommunikasjon må anerkjennes og aksepteres.²

¹ Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.), *Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge*, 4. utg., Oslo 2020 s. 109.

² CRC/C/GC/12 s. 9 punkt 21.

I FNs barnekomité's avsluttende merknader til Norges 5. og 6. periodiske rapport i 2018 uttalte barnekomiteen i avsnitt 14 innledningsvis at Norges regelverk angående retten til å bli hørt for en stor del er i tråd med prinsippene nedfelt i artikkel 12 i Barnekonvensjonen. Likevel anbefaler de at Norge øker innsatsen for å styrke at barnets rett til å bli hørt blir overholdt i praksis, og at dette særlig gjelder barn som i større grad risikerer å bli utelatt, hvor yngre barn blir nevnt spesifikt. For å bedre dette anbefaler komiteen at Norge sikrer at relevante fagfolk får regelmessig opplæring om realisering av en alderstilpasset, meningsfylt og myndiggjort deltagelse for barn i beslutninger som berører livet deres, og at man skal gjøre foreldrene oppmerksomme på den positive virkningen det har å respektere barnets mening.³

Også i NOU 2020: 14 påpeker utvalget at selv om lovbestemmelsene vi har her i Norge også etter utvalgets syn ivaretar de kravene som stilles etter menneskerettighetene til barnets rett til å bli hørt, er gjennomføringen av denne retten fortsatt mangelfull.⁴ Empiriske undersøkelser av domstolspraksis viser at selv om svært mange barn høres i tråd med loven, avdekkes det samtidig at det i gruppen med de minste barna fremdeles er mange barn som ikke høres.⁵

Egen gjennomgang av rettspraksis i denne oppgaven viser også at det er stor variasjon i hvordan domstolene behandler spørsmålet om de minste barna skal høres, og mye tyder på at det eksisterer en forståelse blant enkelte dommere som ikke er i tråd med de internasjonale forpliktelsene eller norsk lovtekst.

Formålet med oppgaven er å belyse hvordan dagens regelverk for barns rett til medvirkning fungerer for de minste barna, samt hva som eventuelt er problematisk. De minste barna har en begrenset mulighet til å gjøre rettighetene sine gjeldende på egenhånd – de er avhengige av at reglene rundt dem fungerer. De tre siste årene har det imidlertid kommet frem både i rapporten fra FNs barnekomité, i forslaget til ny barnelov og av rettspraksis at reglene kanskje ikke fungerer så godt som tiltenkt, hvilket gjør dette til et interessant tema å undersøke nærmere.

³ Avsluttende merknader til Norges kombinerte femte og sjette periodiske rapport (CRC/C/NOR/CO/5-6) avsn. 14 bokstav b.

⁴ NOU 2020: 14, Ny barnelov Til barnets beste, punkt 8.5.2.3.

⁵ Kristin Skjørten og Kirsten Sandberg, "Children's participation in Family Law proceedings" i *Children's Rights in Norway: An Implementation Paradox?*, Oslo 2019 s. 300-331 (s. 321).

Problemstillingen for oppgaven er derfor om retten til medvirkning for barn under 7 år blir ivaretatt i foreldretvister. For å besvare dette, har jeg valgt å dele oppgaven inn i tre underproblemstillinger som jeg skal gå nærmere inn i.

For det første skal jeg se nærmere på hva medvirkning innebærer. For det andre hvordan retten til medvirkning blir ivaretatt etter reglene i Norge. Den tredje problemstillingen er hvordan reglene om medvirkning blir ivaretatt etter norsk praksis. Avslutningsvis kommer jeg til å si noe kort om helheten i det norske regelverket, herunder hva som er problematisk og eventuelt på hvilken måte utvalget har foreslått å endre det i forslaget til ny barnelov.

1.2 Særlig om temaets formulering og avgrensning

Oppgavens rammer tillater ikke å sette fokus på hele aldersgruppen 0-7 år. Dette fordi barn under 3 år mangler et tilstrekkelig verbalt språk, herunder også evnen til å på en selvstendig og tydelig måte kunne danne og gi uttrykk for sin mening. Disse barna vil kreve flere metodikker for å høres som vil falle langt utenfor denne oppgavens å gå inn på. Oppgaven er derfor avgrenset til å gjelde retten til medvirkning for barn mellom 3 og 7 år

Jeg kommer videre kun til å se på de saker som ikke lar seg løse ved mekling, altså de saker som blir tatt opp til hovedforhandling.

Når det gjelder medvirkning og foreldretvister, kommer jeg ikke til å gå inn i den konkrete argumentasjonen i enkeltsaker når det gjelder spørsmålene rundt hvor barnet skal bo og hvilket samvær som skal utøves – jeg kommer utelukkende til å se på prosessen rundt retten til medvirkning.

Jeg kommer heller ikke til å gå dypt inn drøftinger rundt barnets beste, det vil kun bli omtalt der det er særlig relevant. Dette grunnet kompleksiteten rundt begrepet barnets beste.

1.3 Metode

I denne oppgaven befinner vi oss i et krysningsfelt mellom barnerett og menneskerettigheter, hvilket innebærer at også internasjonale konvensjoner og tilhørende dokumenter er relevante. En av de mest sentrale bestemmelsene når det kommer til barns rett til deltagelse og medvirkning finner man i FNs barnekonvensjon.

Barnekonvensjonen ble vedtatt av FNs generalforsamling 20. november 1989, og trådte i kraft i Norge 7. februar 1991. I menneskerettsloven § 3 er barnekonvensjonen gitt forrang fremfor annen lovgivning. Dette innebærer at Norge er folkerettslig forpliktet til å oppfylle bestemmelsene i konvensjonen, og fortolkningen av bestemmelsene i konvensjonen vil således ha stor betydning for fortolkningen av tilsvarende norske bestemmelser.

Barnekonvensjonen har i likhet med andre internasjonale konvensjoner lite forarbeid eller andre tilsvarende dokument en kan støtte seg på når det gjelder fortolkningen av de ulike artiklene. Barnekomiteen har imidlertid utarbeidet flere dokumenter i ettertid som sier noe om hvordan de ulike artiklene skal fortolkes. Særlig relevant i denne sammenhengen er barnekomiteens generelle kommentarer. Disse dokumentene er ikke bindende for Norge, men har likevel blitt tillagt vekt som en relevant rettskilde.

At generelle kommentarer fra Barnekomiteen er en relevant rettskilde når innholdet av en konvensjonsbestemmelse skal kartlegges er lagt til grunn i flere avgjørelser i Høyesterett, senest i HR-2018-2096-A. Om hvilken vekt disse kan tillegges uttaler førstvoterende i avsnitt 14 i dommen at vekten beror blant annet på hvor godt de er forankret i konvensjonsteksten. Et annet sentralt moment er om hvorvidt det dreier seg om tolkningsuttalelser, eller om uttalelsen må anses mer som en tilrådning om optimal praksis på konvensjonens område.

Dette er et rettsområde som er under stadig utvikling, og som særlig de siste årene har begynt å belyse utfordringene med barn under 7 år og deres rett til medvirkning. Norge høstet kritikk fra barnekomiteen i deres periodiske rapport i 2018, og i 2019 kom Høyesterett med en dom som skapte protester i fagmiljøet. I 2020 kom det et nytt forslag til ny barnelov, NOU 2020:14 som enda er på høring, hvor det er gitt en rekke lovforslag som vil ha betydning for de minste barna og deres rett til å medvirke i alle saker som angår dem selv.

1.4 Kort oversikt over egen tekst

I kapittel 2 gjøres det rede for hva retten til medvirkning innebærer, i lys av de internasjonale forpliktelser som fremkommer av Barnekonvensjonens artikkel 12. Dette omfatter retten til å gi uttrykk for sine meninger (2.1) med utdypning av hva som ligger i ordlyden «i stand til å danne seg egne synspunkter» (2.1.1) og «retten til fritt å gi uttrykk for disse synspunkter i alle forhold som vedrører barnet» (2.1.2). Videre i punkt 2.2 belyses barnets rett til å få sin mening vektlagt, og påfølgende hvem som skal høre barnet (2.3). Avslutningsvis gis en kort redegjørelse av forholdet mellom barnets rett til å bli hørt, og barnets beste (2.4).

I kapittel 3 gjøres det rede for hvordan retten til medvirkning blir ivaretatt etter det norske regelverket, herunder hvor barnets rett til medvirkning reguleres (3.1.). I punkt 3.2. fremgår en redegjørelse av hvordan barn skal høres etter norsk rett, med utdypning av hvem som skal høre barnet (3.2.1.) samt hvor og hvordan barnet skal høres (3.2.2.). I punkt 3.3. belyses reglene om barnets advokat eller representant.

I kapittel 4 vil det bli redegjort for hvordan retten til å bli hørt blir gjennomført i praksis. I punkt. 4.1. vil dommen inntatt i HR-2019-1230-A bli belyst, mens neste punkt omhandler hvordan HR-2019-1230-A påvirker underrettspraksis (4.2.). Til slutt følger en kort oppsummering og vurdering (4.3.).

Avslutningsvis i kapittel 5 følger en kort oppsummering av helheten i det norske regelverket, herunder hva som er problematisk og eventuelt på hvilken måte utvalget har foreslått å endre det i forslaget til ny barnelov slik at barnets rett til å bli hørt blir bedre ivaretatt.

2. Hva innebærer medvirkning?

1.5 Retten til å gi uttrykk for sine meninger

Mest relevant i denne sammenheng er barnekonvensjonens artikkel 12 som omhandler barnets rett til å bli hørt. Den norske oversettelsen lyder som følger:

“1. Partene skal garantere et barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter, retten til fritt å gi uttrykk for disse synspunkter i alle forhold som vedrører barnet, og tillegge barnets synspunkter behørig vekt i samsvar med dets alder og modenhet.

2. For dette formål skal barnet særlig gis anledning til å bli hørt i enhver rettslig og administrativ saksbehandling som angår barnet, enten direkte eller gjennom en representant eller et egnet organ, på en måte som er i samsvar med saksbehandlingsreglene i nasjonal rett.”

Ordlyden i art. 12 stadfester et hvert barns rett til fritt å gi uttrykk for sine synspunkter i alle forhold som vedrører barnet, samt også retten til å kreve at disse synspunktene blir tillagt behørig vekt, i samsvar med barnets alder og modenhet. Barnekomiteen har fremhevet at innholdet i artikkelen innebærer at partene, det vil si Norge som stat, er pålagt en klar juridisk forpliktelse til å erkjenne rettighetene som fremgår av bestemmelsen og sørge for at de blir realisert gjennom å lytte til barnas synspunkter og gi dem behørig vekt.⁶ Denne forpliktelsen forutsetter videre at Norge enten garanterer denne retten i rettssystemet vårt direkte, eller at Norge vedtar eller endrer på de lover med den virkning at alle barn fullt ut kan nyte godt av denne retten.⁷

⁶ CRC/C/GC/12 s. 8 punkt 15.

⁷ CRC/C/GC/12 s. 8 punkt 15

1.5.1 Hva innebærer «i stand til å danne seg egne synspunkter»?

Ifølge barnekomiteen innebærer ordlyden «i stand til å danne seg egne synspunkter» en forpliktelse for partene å vurdere barnets evne til å danne seg en selvstendig oppfatning – i den grad det er mulig. Om hva som nærmere ligger i dette fremgår det at:

«Dette betyr at partene ikke bare kan anta at et barn ikke er i stand til å gi uttrykk for egne oppfatninger. Tvert imot skal partene gå ut fra at barnet har evne til å danne seg egne synspunkter, og erkjenne at hun eller han har rett til å gi uttrykk for disse synspunktene. Det skal ikke være opp til barnet å først bevise at det har denne evnen.»⁸

At man skal gå ut ifra at barnet har evne til å danne seg egne synspunkter fremfor å anta at det ikke er i stand til det, er et punkt som vil være særlig relevant for de minste barna. Dette er også hvorfor bruken av aldersgrenser kan begrense barnets rett til å bli hørt. Ved å si at alle barn over en viss alder skal høres, knytter man opp en forventning om barnets evner i henhold til alder i mye større grad enn det ordlyden i artikkelen legger opp til.

Forskning viser at barn kan danne seg egne synspunkter fra de er ganske små, selv om de ikke nødvendigvis kan uttrykke dem i ord.⁹ Gjennomføringen av rettigheten som fremgår av art. 12 forutsetter derfor en anerkjennelse av, og respekt for ikke-verbale former for kommunikasjon, slik som lek, kroppsspråk, ansiktsuttrykk, tegning og maling, som små barn gjerne viser sin forståelse og sine valg gjennom.¹⁰

Det er heller ikke nødvendig at barnet har omfattende kunnskaper om alle sider ved de forhold som berører han eller henne for at det skal bli hørt, det avgjørende er om barnet har tilstrekkelig forståelse til å kunne danne seg en egen oppfatning om saken. En vesentlig forutsetning for at barnet skal ha tilstrekkelig forståelse for å kunne danne seg en egen oppfatning om saken er at barnet får tilstrekkelig, relevant og alderstilpasset informasjon og

⁸ CRC/C/GC/12 s. 9 punkt 20.

⁹ Gerison Lansdown, "The evolving capacities of the child", Innocenti Research Centre, UNICEF/Redd barna, Firenze 2005 og CRC/C/GC/12 s. 9 punkt 21.

¹⁰ CRC/C/GC/12 s. 9 punkt 21.

veiledning om saken, samt om hvilke valg og eventuelle beslutninger som må treffes.¹¹ Barnet skal også informeres om sin rett til fritt å gi uttrykk for sine synspunkter og hva som ligger i dette, og om plikten partene har til å ta behørig hensyn til disse synspunktene. Barna har også rett på informasjon om hvordan medvirkningen skal skje, herunder om dens omfang, formål og potensielle følger av denne.¹²

Dette omtales som barnets rett til informasjon, og fremgår ikke uttrykkelig av ordlyden i art. 12.

Det materielle innholdet i retten til informasjon er i liten grad behandlet i den generelle kommentaren fra FNs barnekomité. Det kan tenkes at det er slik fordi det er så stor variasjon i hvordan dette kan oppfylles, slik at det mest hensiktsmessige er å overlate den nærmere utfyllingen til hvert enkelt land.

Retten til informasjon gjelder ikke bare forut for avgjørelsen – den gjelder også i etterkant – ved at beslutningstakeren skal orientere barnet om utfallet av prosessen, hvor det skal forklares for barnet hvordan hans eller hennes synspunkter er blitt vektlagt. Komiteen fremmer at dette er en garanti for at barnets synspunkter ikke bare blir hørt som en formalitet, men også blir tatt alvorlig.¹³ Avgjørelsen om hvilken informasjon som skal gis, det å skulle forenkle informasjonen etter barnets modenhetsnivå samt selve oppgaven med å gi denne informasjonen vil kunne være en stor utfordring for den som skal snakke med barnet, og utfordringen vil være større jo mindre barnet er.¹⁴

Barnets rett til informasjon knyttes altså direkte opp mot høringen av barn. Dette innebærer at de barna som retten beslutter ikke skal høres, heller ikke har rett på informasjon. Dette er noe i særlig grad vil ramme de yngre barna, og som vil kunne være problematisk av flere grunner. Yngre barn i alderen 3 – 6 år vil bli påvirket av foreldrenes konflikt enten barnet får informasjon om det eller ikke, og vil få med seg mye selv om man ikke snakker direkte om konflikten med barnet. Det kan være store konflikter om samvær, hvor den ene forelderen

¹¹ CRC/C/GC/12 s. 10 punkt 25.

¹² CRC/C/GC/12 s. 30 punkt 134 bokstav a.

¹³ CRC/C/GC/12 s. 13 punkt 45.

¹⁴ Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.), *Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge*, 4. utg., Oslo 2020 s. 123.

tilbakeholder barn fra samvær, det kan være spørsmål om flytting og bytte av barnehage – alle ting som kan endre og påvirke hverdagen til barnet i vesentlig grad. Foreldrene som står i tvisten vil ofte være svært preget av konflikten og slite med å samarbeide om barnet, og informasjonen barnet får fra dem kan være farget av dette. Barnet kan også streve med å prate med foreldrene om situasjonen av lojalitetshensyn. Behovet for alderstilpasset og nøytral informasjon fra en person som står utenfor konflikten vil derfor kunne være stort, uavhengig av om barnet skal høres eller ikke.¹⁵

Videre kan man også stille spørsmålstegn ved at det i noen tilfeller blir besluttet helt i oppstarten av en sak at et barn ikke skal høres fordi det er ansett at barnet ikke er i stand til å danne seg egne meninger – ofte under henvisning til at barnet er for «ungt». Helt i oppstarten av en sak vil ofte ikke barnet ha fått noe informasjon, og det fremstår derfor som noe underlig at det kan besluttes at barnet ikke skal høres på dette tidspunktet – når det fremgår uttrykkelig at det er en forutsetning for å kunne danne seg egne meninger at barnet har fått tilstrekkelig og relevant informasjon på forhånd. Det ville i så fall vært mer naturlig at barnet fikk alderstilpasset og relevant informasjon først, og at avgjørelsen om barnet skulle høres og i så fall hvordan tatt i etterkant når en hadde en bedre oversikt over barnets forståelsesnivå.

Vurderingen av barnets evne til å danne seg egne synspunkter på en fornuftig og selvstendig måte omtales ofte som en vurdering av barnets kapasitet. Komiteen oppstiller selv ingen retningslinjer for fremgangsmåten for denne vurderingen eller om hva som skal vektlegges, men legger ansvaret for dette over på partene selv. Selv om yngre barn stadig oftere blir hørt i flere sammenhenger, er forskningen rundt hvordan barns rett til medvirkning faktisk skal utøves i praksis fremdeles tvetydig, særlig i forhold til barnefordelingssaker.¹⁶ Denne uklarheten i hvordan barnets evner skal fastslås er noe som spesielt vil kunne ramme de yngre barna og barn med funksjonsnedsettelse.

¹⁵ CRC/C/GC/12 s. 20 pkt. 82.

¹⁶ Emmie Henderson-Dekort, Veronica Smits og Hedwig von Bakel, «The Meaningful Participation and Complex Capacities of Children in Family Law» i *The International Journal of Children's Rights* 29, 2021 s. 78-98, [på side 79 \(s. 79\)](#).

1.5.2 Hva innebærer «retten til fritt å gi uttrykk for disse synspunkter i alle forhold som vedrører barnet»?

At barnet har rett til å uttale seg fritt innebærer her at barnet har rett til å velge om hvorvidt han eller hun ønsker å uttrykke seg, og at barnet ikke skal manipuleres eller utsettes for utilbørlig påvirkning eller press.¹⁷ At barnet ikke skal manipuleres eller utsettes for utilbørlig påvirkning eller press betyr også at foreldrene ikke skal legge noen føringer på hva barnet mener. Barna kan havne i en lojalitetskonflikt når foreldrene er uenige, og det kan derfor være vanskelig for barnet å uttrykke seg fritt med foreldrene til stede.

«Fritt» i denne sammenhengen sikter også til barnets perspektiv, altså at barnet har rett til å gi uttrykk for sine egne synspunkter – ikke noen andres.¹⁸

For at barnet skal kunne uttale seg fritt, er det imidlertid en forutsetning at barnet har fått relevant og alderstilpasset informasjon om saken på forhånd. Det er således en rød tråd mellom retten til å uttale seg fritt og retten til informasjon. Ofte blir det forventet at foreldrene skal informere barnet, men i de sakene hvor foreldrene står i stor konflikt med hverandre vil dette kunne farge informasjonen barna gis – og dermed også muligheten barnet har til å kunne uttale seg fritt.

1.6 Retten til å få sin mening vektlagt

Dersom barnet blir hørt, skal barnets mening bli vektlagt. Dette er viktig for å sikre at barnet blir tatt på alvor. At barnet skal bli hørt, og at deres mening skal bli vektlagt innebærer imidlertid ikke at barnet skal få bestemme. Hvilken vekt barnets synspunkter skal tillegges er derimot et sentralt spørsmål.

Av ordlyden kan man lese at alder ikke er avgjørende for hvilken vekt barnets synspunkter skal tillegges, det må gjøres en konkret vurdering av barnets modenhet. Om alder og

¹⁷ CRC/C/GC/12 side 10 pkt. 22.

¹⁸ CRC/C/GC/12 side 10 pkt. 22.

modenhet fremhever komiteen selv at barnets forståelsesnivå ikke bare er en funksjon av dets biologiske alder, men at også opplysning, erfaring, miljø, sosiale og kulturelle forventninger og graden av støtte og veiledning også vil bidra til å utvikle et barns evne til å danne seg egne synspunkter.¹⁹ Modenhet refererer her til «[...] en persons evne til å forstå og vurdere hvilke implikasjoner en sak har, og barnets modenhet må derfor tas med i betraktning når barnets individuelle kapasitet skal vurderes.»²⁰ Klausulen referer altså til barnets kapasitet, som må vurderes både for å kunne avgjøre om barnet er i stand til å danne seg egne meninger, for å kunne tillegge synspunktene behørig vekt – samt for å kunne formidle til barnet hvordan barnets synspunkter har påvirket resultatet av prosessen. Videre vil en kompetent vurdering av barnets modenhet være mer relevant i de tilfeller hvor utfallet av saken har stor innvirkning på barnets liv. Dette vil særlig gjelde i foreldretvister om bosted og samvær, hvor avgjørelser kan endre hverdagen til et barn drastisk.

Selv om det her uttales uttrykkelig fra FNs barnekomité at alder ikke skal begrense barnets rett til medvirkning eller legge føringer på vurderingen av barnets kapasitet viser forskning at det er en sterk sammenheng mellom det antatte modenhetsnivået til barn og alder.²¹ Ordlyden i art. 12 sett i sammenheng med det som fremgår i barnekomiteens generelle kommentar kan tolkes slik at terskelen for å høre barnet skal være svært lav. En kan derfor undres om det kan være slik at all eventuell tvil om barnets evner burde komme barnet til gode, fremfor at tvilen blir tatt som argument for at barnet ikke skal høres.

1.7 Hvem skal høre barnet?

I Art. 12 nr. 2 fremgår det at barnet særlig skal gis anledning til å bli hørt i enhver rettslig og administrativ saksbehandling som angår barnet, «enten direkte eller gjennom en representant eller et egnet organ».

¹⁹ CRC/C/GC/12 s. 11 punkt. 29.

²⁰ CRC/C/GC/12 s. 11 punkt. 30.

²¹ Emmie Henderson-Dekort, m.fl., «The Meaningful Participation and Complex Capacities of Children in Family Law», 2021 s. 78-98 (s. 87).

Ordlyden i «enhver rettslig og administrativ saksbehandling som angår barnet» gir ikke rom for å tolke eller forfordele noen sakstyper over andre, ei heller at noe kan utelukkes – så lenge de er relevante og angår barnet. Barnekomiteen ramser opp en rekke sakstyper innenfor både sivil- og strafferett som relevante²², selv om saker som gjelder skilsmisse mellom foreldre samt om barnefordeling og eller foreldrerett åpenbart er sentrale her.

Videre fremgår det at barnet skal høres «enten direkte, eller gjennom en representant eller et egnet organ». Her fremgår det tre alternative måter som et barn kan høres på.

Med «direkte» menes det her direkte under saksbehandlingen i det organet som skal avgjøre saken²³, og komiteen anbefaler at barnet gis anledning til å bli hørt direkte der det er mulig.²⁴ Hvem som skal høre barnet er derimot mer åpent. At det omfatter beslutningstakeren ved organet, altså dommeren som skal avgjøre saken, er nokså åpenbart. Komiteen fremhever imidlertid at det også kan være en voksen som selv er involvert i de forhold som angår barnet slik som en sosialarbeider eller en omsorgsperson eller en fagperson som f.eks. en barnepsykolog. Ordlyden «direkte» kan i utgangspunktet tolkes slik at barnet skal høres i retten, men dette er ikke nødvendig. Det anbefales å legge opp høringen slik at den foregår som en samtale fremfor utspørring, og at denne foregår under fortrolige forhold fremfor i et rettsmøte.²⁵

Ordlyden i «gjennom en representant» legger ingen føringer på hvem dette skal være, og hvem som skal gjøre dette, men komiteen selv uttaler at en eller begge foreldre, sakfører eller annen person kan utpekes. Det avgjørende er at representanten kan formidle barnets synspunkter på en korrekt måte til den eller de som skal ta avgjørelsen i saken, og at vedkommende har tilfredsstillende kunnskap om og forståelse for de ulike aspektene ved beslutningsprosessen, samt at vedkommende har erfaring fra arbeid med barn.²⁶ De minste barna har ofte et noe mangelfullt språk, hvor talefeil heller ikke er uvanlige, noe som kan by på utfordringer i dette henseende. En kan stille spørsmål ved om en fremmed person som ikke

²² CRC/C/GC/12 s.11 punkt. 32.

²³ Kirsten Sandberg (red.) m.fl., *Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge*, 4. utg., Oslo 2020 s. 117.

²⁴ CRC/C/GC/12 s.11 punkt. 35.

²⁵ CRC/C/GC/12 s.13 punkt. 43.

²⁶ CRC/C/GC/12 s.13 punkt. 36.

er kjent med barnet og dets måter å uttrykke seg på egentlig er i stand til dette, eller om dette er noe som burde gjøres av – eller i samråd med – en nøytral person som kjenner barnet bedre, slik som f.eks. barnets kontaktperson i barnehage eller skole.

Videre må den eventuelle representanten være bevisst på at vedkommende utelukkende skal representere barnets interesser, og ikke til noen andre slik som f.eks. foreldrene.²⁷

Komiteen understreker imidlertid risikoen for interessekonflikt mellom barnet og de som er barnets mest naturlige representanter, altså foreldrene.²⁸ Foreldretvister som det her er snakk om er ofte komplekse, hvor foreldrene står i høykonflikt med hverandre. De vil ofte være styrt av egne standpunkter i saken, noe som kan medføre at foreldrene ikke klarer å se og formidle barnets interesser og behov på en tilstrekkelig objektiv måte, ei heller klare å gjøre kritiske beslutninger av barnets behov for informasjon og støtte.²⁹ Dette vil særlig være aktuelt der barnets og foreldrenes interesser og ønsker skiller seg fra hverandre.

Den tredje muligheten er å høre barnet gjennom «et egnet organ». Hva som ligger i dette er uklart, og komiteen selv gir ingen forklaring eller tolkning på hvordan dette skal forstås. En rettsoppnevnt sakkyndig er imidlertid i norske forarbeider og litteratur nevnt som et mulig alternativ for «egnet organ», men da under den forutsetning at vedkommende ikke bare er oppnevnt for å utrede sider ved foreldrene, hen må også ha god barnefaglig kompetanse.³⁰ Dersom den sakkyndige skal formidle barnets syn må dette videre fremgå uttrykkelig av mandatet, og barnets syn og vurderingen av barnets beste må holdes klart fra hverandre.³¹ Dette er noe som kan være vanskelig, da det kan være en flytende overgang mellom barnets syn og hensynet barnets beste. Det å klare å høre og presentere barnets syn på en nøytral måte overfor retten når en også skal legge frem vurderingen av barnets beste vil kunne være krevende, og en kan stille spørsmål ved om det egentlig er tilrådelig at samme personen skal

²⁷ CRC/C/GC/12 s.13 punkt. 37.

²⁸ CRC/C/GC/12 s.12 punkt. 36.

²⁹ NOU 2020: 14 punkt 15.7.3.6.

³⁰ NOU 2017: 8 s. 68 og Kirsten Sandberg (red.) m.fl., *Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge*, 4. utg., Oslo 2020 s. 119.

³¹ NOU 2017: 8 s. 68 og Kirsten Sandberg (red.) m.fl., *Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge*, 4. utg., Oslo 2020 s. 119 og UNICEF, «*Implementation handbook for the convention on the rights of the child*», 3. utg., 2007 s. 157.

stå i begge rollene.

1.8 Forholdet til barnets beste

BK art. 12 og retten til å bli hørt har en nær sammenheng med de andre generelle prinsippene i konvensjonen, og da særlig art. 3 om hensynet til barnets beste.³² Barnekomiteen fremhever at det ikke er noe motsetningsforhold mellom disse rettighetene. Tvert imot komplementerer de hverandre, hvor den ene artikkelen slår fast at barnets beste skal være målet, og den andre artikkelen presenterer fremgangsmåten for å nå dette målet, hvilket innebærer å høre på barnet³³. Videre fremhever barnekomiteen at en korrekt gjennomføring av art. 3 er avhengig av at komponentene i art. 12 blir respektert, samtidig som at art. 3 forsterker funksjonaliteten til art. 12, og gjør det enklere for barn å spille en viktig rolle i alle beslutningsprosesser som berører barnas liv.³⁴ Retten til å bli hørt har altså en egenverdi, men kan i tillegg også styrke barnets beste.

Innholdet i begrepet barnets beste er ikke definert i hverken lovgivning eller retningslinjer, og vil derfor kunne tolkes svært forskjellig i ulike land og ulike kulturer, og fra person til person.³⁵ I teorien tales det også om «the problem of indeterminacy», som handler om at vi ikke kan vite sikkert hva som er barnets beste, ei heller alltid være enig om hvilke verdier som er viktige.³⁶ Hva som er til det beste for barnet kan derfor bli ubestemmelig og spekulativt, noe som kan være problematisk når hensynet barnets beste skal være overordnet alt annet – herunder også hensynet til andre rettigheter slik som retten til å bli hørt.

Det pågår derfor debatt om hvorvidt disse rettighetene alltid harmonerer og utfyller hverandre, altså om det kan være situasjoner hvor disse står i en konflikt med hverandre – og

³² CRC/C/GC/12 s.17 punkt. 68.

³³ CRC/C/GC/12 s.18 punkt. 74.

³⁴ CRC/C/GC/12 s.18 punkt. 74.

³⁵ Nigel Thomas og Claire O’Kane, “When children’s wishes and feelings clashes with their ‘best interests’”, The International Journal of Children’s Rights 6, 1998 s. 137-154 på s.137.

³⁶ Nigel Thomas og Claire O’Kane, “When children’s wishes and feelings clashes with their ‘best interests’”, The International Journal of Children’s Rights 6, 1998 s. 137-154 på s.138.

da især i de tilfeller hvor det de voksne i saken har vurdert er barnets beste kolliderer med barnets rett til å bli hørt. Det vil imidlertid falle utenfor oppgavens rammer å gå nærmere inn på debatten og innholdet i barnets beste her.

3. Hvordan blir dette ivaretatt etter reglene i Norge?

1.9 Hvor reguleres barnets rett til medvirkning?

I Grunnloven § 104 implementeres Barnekonvensjonens art. 12. Grl. § 104 ble skrevet inn i 2014 for å bidra til å virkeliggjøre justiskomiteens forutsetning om at barns rett til medbestemmelse skal være en realitet i Norge, samt den særlig vil kunne benyttes som et tolkningsmoment når annen lovgivning skal fortolkes.³⁷

Den nærmere reguleringen av barns rett til medvirkning i familien finner man imidlertid i barneloven § 31. Bestemmelsen finner man i lovens kapittel 5, som omhandler foreldreansvar og hvor barnet skal bo fast, og har følgende ordlyd:

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

Eit barn som er fylt sju år, og yngre barn som er i stand til å danne seg egne synspunkt, skal få informasjon og høve til å seie meininga si før det blir teke avgjerd om personlege forhold for barnet, mellom anna om foreldreansvaret, kvar barnet skal bu fast og samvær. Meininga til barnet skal bli vektlagt etter alder og modning. Når barnet er fylt 12 år, skal det leggjast stor vekt på kva barnet meiner.»

³⁷ Dok. Nr. 16 (2011-2012) s. 191.

Det fremgår av forarbeid og rundskriv at formålet med denne bestemmelsen er å synliggjøre samt konkretisere det generelle prinsippet fra barnekonvensjonen i barneloven, og gjennom dette bidra til god praksis av bestemmelsen, herunder også gi den større gjennomslagskraft.³⁸

I bl. § 31 første ledd gis barn etter ordlyden her en rett til å medvirke til avgjørelser om personlige forhold for barnet, hvor foreldreansvar, fast bosted og samvær nevnes som eksempler på disse. Det oppstilles samtidig en plikt til å høre barnet før det blir tatt en avgjørelse, og denneplikten gjelder for det første forholdet mellom barnet og foreldrene. Det fremgår imidlertid av ordlyden atplikten etter første ledd også gjelder andre som barnet bor hos. I Innst. O. nr. 30 (1980-81) på s. 9 fremgår det at komiteen her særlig tenkte på verger, fosterforeldre, institusjoner eller andre som barnet bor hos i kortere tid, eller på annen måte har noe med barnets personlige forhold å gjøre.

Retten til å medvirke etter annet ledd er mer skjønnsmessig utformet, og det fremgår av Innst. O. nr. 30 at annet ledd ikke bare gjelder foreldre, «[...] men også dem som i tilfelle av tvist skal ta den endelige avgjørelse om hvem barnet skal bo hos, dvs. fylkesmannen og retten [...] De vil alle ha plikt til å påse at barnet får anledning til å uttale seg.»³⁹ Plikten til å høre barnet utvides altså her ytterligere.

Et annet spørsmål er imidlertid hva denneplikten innebærer. Ordlyden pålegger de som skal fatte en avgjørelse i saken, det være seg foreldre eller retten, en plikt til å gi barnet en mulighet til å si sin mening. Dette har en sammenheng med at barnet ikke må uttale seg dersom det ikke ønsker det, å uttale seg er en rett barnet har, ikke en plikt. Videre innebærerplikten at de som har med avgjørelsen å gjøre skal påse at barnet får tilstrekkelig, tilrådelig og nødvendig informasjon før det gjennomføres en samtale med barnet, og at disse opplysningene må tilpasses etter barnets alder og forståelse.⁴⁰

Plikten til å høre barnet etter § 31 er imidlertid avhengig av at barnet enten er fylt 7 år – eller er «i stand til å danne seg egne synspunkt». Til tross for at barnekomiteen har frarådet bruk

³⁸ Q-2004-15 s. 40.

³⁹ Innst. O. nr. 30 (1980-81) på s. 9, sitert i Ot. prp. Nr. 29 (2002-03) på s. 57.

⁴⁰ Kirsten Sandberg (red.) m.fl., *Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge*, 4. utg., Oslo 2020 s. 124.

av aldersgrenser ble syvårsgrensen, opprinnelig 12 år, satt som et tiltak for å sikre at flere barn under 12 år ble hørt i saker om fast bosted og samvær.

Barn under 7 år skal få medvirke i avgjørelser om personlige forhold, herunder foreldretvister, dersom de «er i stand til å danne seg egne synspunkt». Både i litteratur og i forarbeid fremgår det at dette innebærer at det må foretas en konkret vurdering av hva beslutningen gjelder, sammenholdt med barnets alder og modenhet.⁴¹ Det skal være en form for presumsjon for at barnet skal få uttale seg, og at det er heller ikke nødvendig at barnet har en mening om utfallet i en sak for å kunne bli hørt. Videre må det ikke legges til grunn en for snever forståelse av hva det vil si å uttrykke en mening, hvor det vises til uttalelsen i FNs generelle kommentar nr. 12 om viktigheten av å anerkjenne og respektere ikke-verbale former for kommunikasjon.⁴² Hva som nærmere ligger i denne vurderingen, herunder hva som er relevante hensyn samt retningslinjer for vektlegging er imidlertid vanskelig å finne.

Dersom det blir besluttet at barnet skal høres, skal det også legges vekt på det barnet mener. Det fremgår av lovteksten at barnets mening skal bli vektlagt etter alder og modenhet, og at det skal legges stor vekt på barnets mening der det er passert 12 år. Ordlyden innebærer at barnets mening ikke er ment å være utslagsgivende – barnet skal således ikke kunne bestemme utfallet av en sak. Derimot skal barnets mening tas i betraktning når avgjørelser skal tas, og hvor stor vekt barnets mening skal tillegges avhenger blant annet av «om barnet forstår rekkevidden av sitt standpunkt, hvor fast og velbegrunnet standpunktet er, og hvilke hensyn som trekker i andre retninger».⁴³

Undersøkelser av vekten av barnets mening etter barneloven i foreldretvister viser at det må gjøres en helhetsvurdering, hvor vekten vil avhenge blant annet av hvilket spørsmål det dreier seg om, hvor direkte saken angår barnet, om barnets mening er sterk og vedvarende og hvor godt begrunnet meningen er.⁴⁴

⁴¹ NOU 2017: 8, Særdomstoler på nye områder, s. 63.

⁴² Prop. 85 L (2012-13) s. 39.

⁴³ Prop. 85 L (2012-13) s. 36.

⁴⁴ Kirsten Sandberg (red.) m.fl., *Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge*, 4. utg., Oslo 2020 s. 125.

Av ordlyden «skal» i både første og andre ledd kan en naturlig tenke at plikten til å gi barnet anledning til å høres er absolutt. Det er den imidlertid ikke. I HR-2019-2301-A behandlet Høyesterett spørsmålet om barns rett til å bli informert og bli hørt er ubetinget etter barnevernloven § 6-3. Selv om Høyesterett behandlet spørsmålet etter barnevernloven – og ikke barneloven – trekker Høyesterett inn og støtter seg på en uttalelse i Rt-2004-811 hvor det ble sagt at selv om utgangspunktet etter bl. § 31 og BK art. 12 er at barnet skal uttale seg, er ikke regelen absolutt.⁴⁵ Den må vurderes i lys av prinsippet om barnets beste. Høyesterett konkluderer med at selv om plikten til å høre barnet både under forvaltningsbehandlingen og behandlingen for domstolen i utgangspunktet ligger fast, kan det gjøres unntak eller tilpasninger i helt spesielle situasjoner.⁴⁶ Hvilke situasjoner dette gjelder blir ikke nærmere redegjort for, annet enn at det vises til de tilfeller hvor hensynet til barnets beste tilsier det.

At dommen får relevans også for tolkningen av bl. § 31 andre ledd kan også begrunnes med at innholdet i barnevernlova § 6-3 er identisk med hverandre. Vi ser altså her at Høyesterett innfortolker en unntaksregel for retten til å bli hørt som ikke kan hjemles i ordlyden. Når dette unntaket kan innfortolkes i ordlyden for retten til barn over 7 år til å bli hørt som er så klar, kan man stille spørsmålstegn til hvordan det vil påvirke de som står enda svakere stilt – nemlig de under 7 år.

Det fremgår imidlertid av forarbeider og rettspraksis at dersom et barn ikke er hørt i en sak hvor barnet skulle vært hørt, er det en saksbehandlingsfeil som kan føre til opphevelse av den rettslige avgjørelsen, se bl.a. Rt. 1999 s. 1183 og Rt. 2006 s. 929.⁴⁷

⁴⁵ HR-2019-2301-A avsn. 71.

⁴⁶ HR-2019-2301-A avsn. 75.

⁴⁷ Prop. 85 L (2012-13) s. 36.

1.10 Hvordan skal barn høres etter norsk rett?

1.10.1 Hvem skal høre barnet?

Barneloven § 61 oppstiller flere regler for avgjørelser under saksforberedelsen av saker etter barneloven, herunder foreldretvister. Særlig relevant i denne sammenheng er bl. § 61 første ledd nr. 4, hvor det angis hvordan barnets rett til å bli hørt kan ivaretas. Her fremgår det at:

«Dommaren kan gjennomføre samtalar med barnet, jf. § 31. Retten kan oppnemne ein sakkunnig eller annan eigna person til å hjelpe seg, eller la ein sakkunnig ha samtale med barnet aleine. Der 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.»

Ordlyden stiller her opp noen regler om hvem som kan høre barnet. For det første kan dommeren selv høre barnet ved gjennom samtale. Dommeren kan også la seg bistå av en sakkyndig eller annen egnet person, eller la den sakkyndige ha samtale med barnet alene. Det er særlig for de yngste barna at bruken av sakkyndig etter denne bestemmelsen er relevant, og departementet skriver at det i slike situasjoner vil være naturlig å oppnevne en sakkyndig med det mandat å klargjøre for barnets eventuelle synspunkter. Det fremgår også at det i en del tilfeller vil være nødvendig å be om en helhetlig tradisjonell sakkyndig utredning «for å få en reell forståelse av barnets syn og bakgrunnen for dette».⁴⁸

Retten kan altså be den sakkyndige om å høre barnet og uttale seg i retten om barnets synspunkter. Der det er behov for en sakkyndig utredning utover det som følger av bl. § 61 første ledd nr. 4 kan dette gjøres på tre måter.

For det første kan retten oppnevne en sakkyndig med begrenset mandat til å gjennomføre en samtale med forelderen og med barnet, hvor en inkluderer i mandatet at den sakkyndige skal gi en vurdering av om det bør foretas ytterligere undersøkelser eller tiltak etter dette.⁴⁹

⁴⁸ Q-2004-15 s. 40 og Ot. Prp. Nr. 29 (2002-03) s. 63.

⁴⁹ Nasjonal veileder for behandling av foreldretvister, versjon 2.0 2019, Domstolsadministrasjonen, s. 22.

For det andre kan det retten ved behov for ytterlige undersøkelser oppnevne en sakkyndig etter bl. § 61 første ledd nr. 1:

«Retten skal som hovedregel innkalle partane til eitt eller fleire førebuande møte for mellom anna å klarleggje tvistepunkta mellom dei, drøfte vidare handsaming av saka og eventuelt mekle mellom partane der saka er eigna for det. Retten kan oppnemne ein sakkunnig til å vere med i dei saksførebuande møta. Retten kan jamvel be den sakkunnige ha samtalar med foreldra og barna og gjere undersøkingar for å klarleggje tilhøva i saka, med mindre foreldra set seg i mot dette. Retten fastset kva den sakkunnige skal gjere, etter at partane har fått høve til å uttale seg.»

Her fremgår det altså at retten kan oppnevne en sakkyndig til å være med på de saksforberedende møtene i saken, og herunder be den sakkyndige ha samtaler med foreldre og barna og gjøre undersøkelser for å kartlegge forholdene i saken – med mindre foreldrene setter seg imot dette. Retten fastsetter mandatet, altså hva den sakkyndige skal gjøre, etter at partene har fått mulighet til å uttale seg.

Dette er den mest brukte hjemmelen, og det fremgår av forarbeidene at intensjonen med bestemmelsen var å bidra til å tilføre mer barnefaglig kompetanse i domstolen. Ordlyden oppstiller ingen krav til den sakkyndige, og oppnevningen etter denne bestemmelsen forutsetter også samtykke fra foreldrene. Ordlyden stiller heller ikke noen krav til hva mandatet kan og bør inneholde. Det fremgår av forarbeidene at intensjonen med bestemmelsen er at dommeren kan la seg bistå av en barnefaglig sakkyndig for å medvirke til avtaleløsninger, herunder mekle mellom og veilede foreldrene ved praktisering av avtale i prøveperiode.⁵⁰

En kan av det utlede at bestemmelsen her ikke legger opp til noen grundig sakkyndig utredning, og at den retter seg mot foreldrene i første omgang fremfor barnet. At det innvilges et så stort skjønn til både hvem som kan oppnevnes og hva den oppnevnte skal gjøre gir stor mulighet for å tilpasse bruken av den sakkyndige til den enkelte sak. Det kan likevel by på problemer ved at forutsigbarheten blir mindre, samt medføre at like saker blir behandlet ulikt. At foreldrene i tillegg har mulighet til å si nei til at den sakkyndige går inn og kartlegger

⁵⁰ Prop. 85 L (2012-13) s. 18.

forholdene i saken og snakker med barnet er også problematisk sett opp mot den selvstendige rettigheten barnet har til å få medvirke i egen sak.

I retningslinjene fra Domstolsadministrasjon fremgår det at dersom det er oppnevnt sakkyndig etter bl. § 61 første ledd nr. 1, og den sakkyndige ikke tidligere har snakket med barnet alene, burde dommeren ha med seg den sakkyndige i samtalen for å unngå at barnet høres to ganger i samme sak.⁵¹

Den tredje hjemmelen for å oppnevne sakkyndig finner man i bl. § 61 første ledd nr. 3:

«Der det trengst, bør retten oppnemne sakkunnig til å uttale seg om eitt eller fleire av spørsmåla som saka reiser. Der det er sett fram påstandar om vald, overgrep, rus eller psykisk lidning og saka ikkje er tilstrekkeleg opplyst på anna måte, kan retten oppnemne ein sakkunnig.»

Her ser man at ordlyden oppstiller rom for å ilegge den sakkyndige et større mandat enn etter første ledd nr. 1. Heller ikke her oppstiller ordlyden noen begrensing på hvem som kan oppnevnes som sakkyndig, men mandatet må formuleres slik at den sakkyndige uttaler seg om ett eller flere av spørsmålene i saken. Videre er ikke oppnevning etter denne bestemmelsen avhengig av at foreldrene samtykker. Det er altså her grunnlaget for en grundig sakkyndig utredning hjemles.

Forutsetningen for å kunne oppnevne sakkyndig etter denne bestemmelsen er imidlertid at det «trengs», og dette vil særlig kunne gjelde i de tilfeller som nevnes i andre punktum, altså hvor det er fremsatt påstander om vold, overgrep, rus eller psykisk lidelse som kan påvirke foreldrefunksjonene. Selv om det i forarbeid er nevnt at det kan være nødvendig å be om en helhetlig tradisjonell sakkyndig utredning for å få en reell forståelse av barnets syn og bakgrunnen for dette⁵², er ikke dette nevnt i ordlyden som et relevant hensyn ved vurderingen av om det trengs sakkyndig etter denne bestemmelsen.

At vurderingen i tillegg i stor grad gjøres avhengig av om det er fremsatt påstander om ting som kan påvirke foreldrefunksjonen, slik som vold eller psykisk helse kan også være problematisk for de yngste barna – for der det ikke er fremsatt slike påstander vil behovet for

⁵¹ Barn i foreldretvister - Praktiske anbefalinger, veileder fra Domstolsadministrasjon, 2019 s. 5.

⁵² Q-2004-15 s. 40 og Ot. Prp. Nr. 29 (2002-03) s. 63.

en helhetlig vurdering for en reell forståelse av de yngste barnas synspunkter lett kunne falle utenfor.

Som en ser ovenfor legger ikke lovteksten noen føringer for hvem den sakkyndige kan være eller for hvordan avgjørelsen av hvem som skal snakke med barnet skal tas. En blir derfor nødt til å se på andre kilder for å finne slike retningslinjer, og en viktig kilde her er veiledere fra Domstolsadministrasjonen.

I veilederne fremgår det blant annet at avgjørelsen av hvem som skal snakke med barnet skal avklares på planmøtet. Her skal det videre avklares om barnet ønsker å snakke direkte med dommeren, om det har spesielle behov eller om det er grunner som tilsier at barnet heller burde snakke med en barnefaglig sakkyndig.⁵³ Videre skal det kartlegges hvilke hensyn som gjør seg gjeldende med tanke på når barnet skal høres. Det fremgår videre at den sakkyndige normalt velges blant de som står på psykologforeningens liste over sakkyndige som har gjennomført et utdanningsprogram for barnefaglig sakkyndige, eller fra tingrettens eget utvalg over sakkyndige med den forutsetning at de har gjennomført samme utdanningsprogram.⁵⁴

I bl. § 61 første ledd nr. 4 fremgår det direkte av ordlyden at barnet skal informeres om utfallet i saken og hvordan barnets mening har blitt tatt hensyn til. Samme ordlyd finner man ikke i hverken nr. 1 eller nr. 3. I veiledere fra Domstolsadministrasjonen er det imidlertid tatt inn ei anbefaling om å informere barnet om resultatet i saken, hvor det fremgår at ved dom i saken bør den som snakket med barnet være den som informerer barnet om resultatet og begrunnelsen for denne – likevel slik at det gjøres en «barnets beste»-vurdering med tanke på hvor mye informasjon som gis.⁵⁵

Utformingen av mandatet er noe av det viktigste i en slik prosess, da det er mandatet som er avgjørende for om hvorvidt barnet høres eller ikke. Også for disse finner man nærmere informasjon om utforming i veiledere fra Domstolsadministrasjonen. Mandatet skal ifølge veilederne avklares på planmøtet.⁵⁶ Der den sakkyndige skal snakke med barnet bør det også fremgå av mandatet at det skal utarbeides et notat fra samtalen som oversendes retten og

⁵³ Barn i foreldretvister - Praktiske anbefalinger, veileder fra Domstolsadministrasjon, s. 4.

⁵⁴ Nasjonal veileder for behandling av foreldretvister, Domstolsadministrasjonen, s. 9.

⁵⁵ Barn i foreldretvister - Praktiske anbefalinger, veileder fra Domstolsadministrasjon, s. 10.

⁵⁶ Nasjonal veileder for behandling av foreldretvister, Domstolsadministrasjonen, s. 7.

partene.⁵⁷ I den nasjonale veilederen for behandling av foreldretvister finner man også detaljerte maler for utforming av mandat etter henholdsvis bl. § 61 første ledd nr. 1 og nr. 3, hvor en finner flere forslag til mandat som retten kan velge mellom. Slike maler gir god veiledning til dommere landet over, i tillegg til at det sikrer kvaliteten på mandatene.

Samtidig er det noe betenkelig at retningslinjene for oppnevning av sakkyndig og formulering av mandat fremgår av veiledere i stedet for forskrift når ordlyden i lovteksten er så generell som den er. Arbeidet som de sakkyndige gjør i slike saker har enorm betydning for barnet som er involvert, og uttalelser og notater fra de sakkyndige blir en viktig og i mange saker også avgjørende del av beslutningsgrunnlaget. En veileder fra Domstolsadministrasjonen er ikke bindende og har heller ikke like tung vekt som en forskrift vil ha. Selv om de gir gode veiledninger, er det her tale om barnets grunnlovfestede rett til å bli hørt, og reglene rundt gjennomføringen av dette burde fremgå av forskrifter fremfor veiledende dokumenter utarbeidet av Domstolsadministrasjonen. En forskrift vil også kunne bidra til å sikre at like saker blir behandlet likt i alle landets domstoler.

Videre kan det stilles spørsmål ved den rolleblanding som den sakkyndige ofte får i slike saker. I malen til mandat i nasjonal veileder oppstilles det som forslag i en og samme setning at «[d]et forutsettes at den sakkyndige har samtaler med begge partene (og med barnet, og at det foretas observasjon av begge partene sammen med barnet i foreldrenes respektive hjem).»⁵⁸. Det legges her opp til at den sakkyndige skal gjøre rede for foreldrenes syn, barnets syn og hva som vil være barnets beste i ett og samme notat. Som redegjort for i punkt 2.3. skal barnets beste og barnets synspunkt holdes klart fra hverandre. Det å skulle fremlegge alle disse tre redegjørelsene på en nøytral måte i samme notat – uten å blande sammen eller trekke inn hverandre vil kunne være svært vanskelig.

⁵⁷ Nasjonal veileder for behandling av foreldretvister, Domstolsadministrasjonen, s. 9.

⁵⁸ Nasjonal veileder for behandling av foreldretvister, Domstolsadministrasjonen, s. 42.

1.10.2 Hvor og hvordan skal barnet høres?

Når det er dommeren som skal snakke med barnet, vil samtalen normalt foregå på dommerens kontor, i et møterom eller i et spesialtilpasset rom for samtaler med barn – og at særlig for de mindre barna vil et tilpasset rom kunne ha positiv betydning for samtalen. Dersom det er en sakkyndig som skal snakke med barnet alene, vil den sakkyndige stå fritt til å vurdere hvor det er mest hensiktsmessig å gjennomføre høringen av barnet.⁵⁹

Om barnesamtalen har Domstolsadministrasjonen utarbeidet en nasjonal veileder for behandling av foreldretvister, hvor en finner både mal på samtaler, innkalling til barnesamtale, og huskelister for samtale med barn, egen eller ved sakkyndig etter bl. § 61 første ledd nr. 4, jf. § 31.⁶⁰

Selve samtalen skal fortrinnsvis gjøres med barnet alene, men dersom barnet ønsker å ha foreldrene med, burde fortrinnsvis begge være til stede, eller så bør man snakke to ganger med barnet – en gang med hver av foreldrene til stede. Belastningene for barnet ved å ha en samtale med dommer eller sakkyndig alene, må her avveies mot belastningen det kan være å snakke med en eller begge foreldre til stede, hvor barnets beste er det styrende.⁶¹ Det legges her mye vekt på hvor belastende slike samtaler kan være for barnet, hvor hensynet til barnets beste også dras inn, noe som kan være problematisk da dette lett kan dras inn som argumenter mot at barnet skal høres.

I etterkant av samtalen og der barnet har formidlet meningen sin, skal dommeren eller den dommeren peker ut orientere barnet om utfallet av saken, samt hvordan meningen til barnet har blitt tatt hensyn til, jf. bl. § 61 første ledd nr. 4 tredje punktum.

Det legges altså her opp til at høringen av barnet fortrinnsvis skal være en enkeltstående hendelse, gjort av en person som er fremmed for barnet. Dette er i strid med det som fremgår i den generelle kommentaren fra barnekomiteen, hvor det fremgår uttrykkelig at «[d]ersom barnas deltakelse skal være effektiv og meningsfylt, må den forstås som en prosess, og ikke

⁵⁹ Barn i foreldretvister - Praktiske anbefalinger, veileder fra Domstolsadministrasjon, s. 6.

⁶⁰ Nasjonal veileder for behandling av foreldretvister, veileder fra Domstolsadministrasjon.

⁶¹ Q-2004-15 s. 46.

som en individuell engangsforeteelse.»⁶² Denne forståelsen støttes også av utvalget til den nye barneloven, hvor de fremhever at det er mer naturlig at barnet konsulteres flere ganger, hvor det gis rom til å skifte mening etter hvert som tiden går.⁶³

Særlig sett hen til at det er tale om en avgjørelse som kan ha enorme konsekvenser for barnets fremtid, vil det å bruke litt ekstra ressurser for å sikre at barnet får tid til å bygge opp en relasjon til den som skal høre barnet, samt flere muligheter til å si sin mening der det er behov for dette, kunne bidra til å unngå fremtidige problemer for barnet og sikre at avgjørelsen blir gjort på et forsvarlig grunnlag.

1.11 Barnets advokat

I bl. § 61 første ledd nr. 5 finner vi reglene om barnets advokat eller representant:

«Retten kan i særlege høve, mellom anna når det er grunn til å tru at barnet er utsett for vald eller på anna vis blir handsama slik at den fysiske eller psykiske helsa blir utsett for skade eller fare, oppnemne ein advokat eller annan representant til å ta vare på interessene til barnet i samband med søksmålet. Den som er oppnemnd, kan samtale med barnet og skal gje slik informasjon og støtte som er naturleg. Advokaten eller representanten skal få saksdokumenta. Han kan kome med framlegg om handsaminga av saka og skriftleg eller i rettsmøte gje råd om korleis sakshandsaminga best kan ta vare på interessene til barnet. Retten avgjer om og eventuelt kor lenge han skal vere til stades under rettsmøta i saka. Når advokaten eller representanten er til stades i rettsmøta, kan han stille spørsmål til partar og vitne.»

Ordlyden oppstiller her en unntaksbestemmelse, hvor retten kan oppnevne en advokat eller annen representant som skal ivareta barnets interesser forutsatt at det foreligger «særlige høve». Sett bort ifra de tilfeller som ordlyden selv oppstiller om vold m.v., fremgår det i

⁶² CRC/C/GC/12 s.29 punkt. 133.

⁶³ NOU 2020: 14 pkt. 8.5.2.3.

forarbeidene at bestemmelsen også er aktuell dersom det er fare for at barnets interesser ikke blir tilstrekkelig ivaretatt, eller at det er særlige behov hos barnet som tilsier dette.⁶⁴

Videre fremgår det at det er i første rekke dommeren som er adressat for jobben representanten skal gjøre, men at typiske oppgaver vil være å gå gjennom saksdokumenter og snakke med barnet, for så å komme med forslag til tiltak etter § 61. Videre skal representanten informere og støtte barnet slik at barnet lettere kan forstå hva som skjer og forholde seg til det.⁶⁵

Reglene om barnets advokat eller representant tilhører per i dag unntakstilfellene og er en bestemmelse som sjeldent blir brukt. Dette er beklagelig, da en oppnevning av advokat etter denne bestemmelsen vil kunne bidra til å sikre at barnet får den nøytrale og relevante informasjon om prosessen som barnet har krav på etter både BK art. 12 og bl. § 31. Videre vil en slik oppnevning bidra til å løfte barnets interesser frem i konflikten, samt bidra til å sørge for at dommeren har best mulig beslutningsgrunnlag for avgjørelsen av om og hvordan barnet skal høres ved at advokaten selv kan komme med forslag om tiltak etter bl. § 61 – herunder oppnevning av sakkyndig etter bl. § 61 nr. 1 og nr. 3.

Denne forståelsen støttes ytterligere av tolkningen som er lagt til grunn i forslaget til ny barnelov. Her fremhever utvalget at barnets advokat særlig burde vurdere om barnets rett til å bli hørt ivaretas på en tilfredsstillende måte, og at advokaten eventuelt kan komme med forslag som kan oppfylle retten til å bli hørt på en bedre måte. Dette i lys av at barnet står uten partsrettigheter. Videre fremhever utvalget at advokaten burde påse at barnets rett til informasjon blir oppfylt gjennom hele saksgangen.⁶⁶

De foreldretvistene som er så alvorlige at de tas hele veien til doms er ofte sammensatte og vanskelige, hvor barnet lett kan havne i bakgrunnen. Der det er oppnevnt sakkyndig, vil denne ofte ha som mandat å utrede flere ulike sider av saken. Oppnevning av en advokat etter denne bestemmelsen som ikke er knyttet til noen av partene i saken vil i slike tilfeller kunne fungere

⁶⁴ Prop. 85 L (2012-13) s. 61.

⁶⁵ Ot. Prp. 29 (2002-03) s. 48.

⁶⁶ NOU 2020: 14 pkt. 15.7.3.6.

som en ekstra sikkerhet for at barnets rettigheter blir ivaretatt i foreldretvister, noe som særlig vil kunne være relevant for de minste barna som lettere faller utenfor.

4. Hvordan gjennomføres retten til å bli hørt i praksis?

1.12 HR-2019-1230-A

For å få et bedre innblikk i hvordan reglene rundt barnets rett til medvirkning fungerer i praksis ville jeg se på om, og i så fall hvordan, Høyesterett har behandlet spørsmålet vedrørende retten til å bli hørt for barn under 7 år. Den ferskeste dommen fra Høyesterett angående dette temaet er HR-2019-1230-A. Dette er en dom som har fått mye oppmerksomhet for måten Høyesterett valgte å tolke retten til å bli hørt for denne aldersgruppen, da den er i konflikt til ordlyden i både Grl. 104 og bl. § 31.

Saken gjaldt spørsmål om foreldreansvar og flytting. Foreldrene var separert, med felles foreldreansvar for to barn på fem og seks år. Barna bodde fast hos mor, mens far hadde omfattende samvær med barna. Mor var fra Italia, og ønsket å ta med seg barna og flytte fra Norge og til Italia. Høyesterett måtte derfor ta stilling til hva som ville være til barnas beste, herunder også om hvorvidt barna skulle høres.

Høyesterett starter med å uttale at barn har rett til å bli hørt i spørsmål som har betydning for de, jf. Grl. § 104 første ledd, BK art. 12 og bl. § 31, og at det ikke er noen aldersgrense på denne retten.⁶⁷ Så kommer Høyesterett med et noe uventet synspunkt. Førstvoterende uttaler innledningsvis at barnas mening etter omstendigheter kan få avgjørende vekt, og at dette forutsetter at barna er i stand til å vurdere spørsmålet på et selvstendig grunnlag. Så uttales det at «[...] Det er ikke tilfellet her. Barna er for små til å ha noka velgrunna mening om dette komplekse spørsmålet. Partane er samde i å skjerme borna mot spørsmålet om flytting.»

⁶⁷ HR-2019-1230-A avsn. 56.

Hvis man starter med å se på uttalelsen om at barnas mening etter omstendighetene kan få avgjørende vekt, og at dette forutsetter at barna er i stand til å vurdere spørsmålet på et selvstendig grunnlag, så ser man at Høyesterett her knytter «barnas mening» direkte til spørsmålet i saken – altså om flytting. Dette står i strid med presumsjonen lagt til grunn i forarbeid til både bl. § 31 og BK art. 12, hvor det blant annet fremgår uttrykkelig at selv om barnet ikke har noen mening om det rettslige spørsmålet i saken kan barnet ha verdifull informasjon å komme med, og at det å høre barnet vil kunne bidra til å opplyse saken og gi et bedre beslutningsgrunnlag.⁶⁸ Selv om det også etter BK art. 12 kreves at barna er i stand til å danne seg egne synpunkter, kreves det ikke at barna har inngående kunnskaper om saken som helhet eller meninger om hva slags resultat de ønsker i saken. Retten til å bli hørt er heller ikke bare viktig av hensyn til beslutningsgrunnlaget i saken, det er også en sentral rettighet for barna. Det at barna opplever at de blir hørt og tatt på alvor har en egenverdi i seg selv.

Neste setning i avsnitt 56 er at Høyesterett uttaler at «...[b]orna er for små til å ha noka velgrunna meining om dette komplekse spørsmålet». Det er flere ting man her kan reagere på. For det første viser ikke Høyesterett til noen vurdering av barnas kapasiteter og evner, bortsett fra at de er «for små». For det andre avgrenser Høyesterett her retten til å uttale seg til at det kun gjelder «dette komplekse spørsmålet» som da er flytting. Det fremgår heller ingenting i sakens faktum som skulle tilsi at barna hadde utfordringer som kunne begrunne et slikt synspunkt fra Høyesterett.

Dette blir en kontrast til det som fremgår i punkt 20 og 21 i den generelle kommentaren til Barnekomiteen, hvor det fremheves at ordlyden i «i stand til å danne seg egne synpunkter» innebærer en forpliktelse til å vurdere barnets evne til å danne seg en selvstendig oppfatning, og at dette betyr at partene ikke bare kan anta at barna ikke er i stand til å gi uttrykk for sine synpunkter basert på alder. Man skal heller tvert imot gå ut fra at barnet har denne evnen, samt erkjenne at barnet har en rett til å gi uttrykk for disse synpunktene. Barnekomiteen understreker uttrykkelig at det heller ikke er nødvendig at barnet har omfattende kunnskaper om alle sider ved de forhold som berører det, det avgjørende vil være om barnet har *tilstrekkelig* forståelse til å kunne danne seg en egen oppfatning av saken.

⁶⁸ Prop. 85 L (2012-13) s. 36.

Videre er det her tale om et spørsmål med stor innvirkning på barnas liv, og derav vil viktigheten av en individuell vurdering av barnas evner og modenhet være tilsvarende stor. At Høyesterett bare avfeier barnas rett til å bli hørt i en sak av så stor betydning for dem, uten å gjøre en vurdering av om hvorvidt barna kan ha tilstrekkelig forståelse til å kunne danne seg egne oppfatninger om saken er i strid med det som fremgår i barnekonvensjonen.

Det fremgår i dommen at foreldrene var enige om å skjerme barna fra spørsmålet om flytting. Høyesterett lar her beskyttelseshensynet veie tyngre enn barnets rett til å bli hørt og medvirke i egen sak, og begrunner dette med at foreldrene var enige om at dette var det riktige å gjøre. Dette er problematisk av flere årsaker. For det første ser det ut til at Høyesterett enda holder på et noe gammeldags syn på barn som sårbare og med et særlig beskyttelsesbehov som må skånes fra konflikten, fremfor å se på barnet som et kompetent individ med egne rettigheter. Høyesterett tolker altså her at det vil være til barnets beste å ikke høre dem. Selv om det er klart at barn er sårbare, og uten tvil har et beskyttelsesbehov, så er det ikke slik at barna ved å ikke bli spurt eller få lov å ta del i saken blir skjermet fra konflikten, ei heller fra resultatet som var at de skulle flytte ut av landet.

For det andre er det slik at selv om barna skal skjermes fra å måtte velge mellom foreldrene, inneholder retten til medvirkning mye mer enn dette. Barna har en klar rett på å få tilpasset og relevant informasjon om saken, og de har en rett til å få muligheten til å si sin mening.

Denne dommen fra Høyesterett har høstet kritikk fra flere, deriblant fra Kirsten Sandberg⁶⁹, i tillegg til at dommen også er inntatt i NOU 2020: 14. I NOU'en uttaler utvalget at avgjørelsen gir uttrykk for en forståelse av barns rett til å bli hørt som neppe er i tråd med BK art. 12, og dermed trolig heller ikke Grl. § 104 første ledd. Utvalget mener her at barnekonvensjonen må forstås slik at «[...] det ikke kan være en forutsetning for å innhente barnets mening at barnet har evne til å danne seg synspunkter om det konkrete spørsmålet som skal avgjøres. Det bør være tilstrekkelig at barnet har meninger om noe som kan ha betydning for avgjørelsen av spørsmålet.» Utvalget fremhever så at dommen fra Høyesterett etterlater imidlertid tvil om hvorvidt Høyesterett er enig i en slik forståelse.⁷⁰

⁶⁹ Kirsten Sandberg, «Generelt om saken og HRs vurdering av den - HR-2019-1230-A», *Nytt i privatretten* nr. 3/2019 s. 6-8.

⁷⁰ NOU 2020:14 punkt 8.5.2.3.

Utvalget er også uenig i Høyesteretts beslutning om å ta foreldrenes enighet om å skjerme barnet som utgangspunkt for vurderingen av om barnets mening skulle innhentes. Utvalget uttaler om dette at selv om foreldrene ofte vil være med på å gi informasjon som kan avdekke behovet for å høre barna, kan ikke foreldrene uten videre sette til side barnets rett til å bli hørt under henvisning til behovet for skjerming av barna. Utvalget fremhever at dommeren har en plikt til å gjøre en selvstendig og konkret vurdering av barnets rett til å bli hørt.⁷¹

1.13 Hvordan påvirker HR-2019-1230-A underrettspraksis?

Dette er den nyeste dommen vedrørende de yngre barns rett til medvirkning, og når Høyesterett med sin prejudikatvirkning kommer med slike uttalelser kan en spørre hvordan dette påvirker lovtolkningen og praksisen i domstolene som behandler den største delen av slike saker – nemlig tingrettene og lagmannsrettene.

Hoveddelen av rettspraksis vedrørende barns rett til å bli hørt knytter seg til barn over 7 år. En gjennomgang av 18 dommer fra lagmannsretten som alle behandlet spørsmål om medvirkning for barn under 7 år, valgt ut fra tidsperioden 2019 – 2021, viser at det er stor variasjon i hvordan spørsmålet om barna skal høres blir behandlet. Flere viser en positiv utvikling, hvor barn ned i 5 års alder har blitt hørt og fått meningen sin vektlagt, og hvor det fremgår av begrunnelsen hvilken vekt synspunktene har fått.

Eksempel på dette er bl.a. LB-2020-143619, hvor lagmannsretten behandlet spørsmål om fast bosted for to barn på 5 og 6 år, og om mor skulle få flytte til Finland med barna. Det fremgår i dommen at begge barna har fått gitt uttrykk for sin mening overfor den sakkyndige, og at de har gitt klart uttrykk for at de ønsker å bo mest hos mor. Selv om de var bare 5 og 6 år gamle, oppfattet den sakkyndige at begge var i stand til å danne seg egne synspunkter om spørsmålet, og at synspunktene var oppriktige. Om spørsmålet vedrørende flytting til Finland sa barna at de aldri hadde vært der, hvorpå lagmannsretten uttaler at de finner det klart at barna under enhver omstendighet er for små til å fatte rekkevidden av hva en flytting til Finland eventuelt vil innebære for dem. I begrunnelsen fremhever lagmannsretten at de har sett hen til at fast

⁷¹ NOU 2020:14 punkt 8.5.2.3.

bosted er i samsvar med barnas eget uttrykte ønske, men uten at barnas ønske har fått avgjørende betydning for utfallet av saken.

Barna i denne saken var på samme alder som barna i dommen fra Høyesterett, og også her gjaldt saken spørsmål om flytting utenlands. Likevel ser man i denne saken at det er gjort en vurdering av barnets evner til å danne seg egne synspunkter om spørsmålet, det står uttrykkelig at barna er hørt og hvordan dette er blitt gjort, og det fremgår også hvordan lagmannsretten har vurdert og vektlagt meningene i avgjørelsen. Dette er en kort, men konsis vurdering av barnets rett til medvirkning, som tilfredsstiller de krav som oppstilles etter barnekonvensjonen og barneloven.

En kan kritisere at retten her har snevret barnets rett til å bli hørt til å gjelde spørsmålet om flytting, da barnets rett til å bli hørt omfatter mye mer enn en mening om resultatet i en sak. Videre bør det fremheves at man ikke er avhengig av at barna skal forstå rekkevidden av hva en flytting til utlandet vil innebære for å kunne snakke med dem om det. Barna uttalte selv at de aldri hadde vært i Finland, og dette er en uttalelse som blant annet kan gi et inntrykk av hvilken tilknytning barna har til landet.

Likevel er vurderingen etterprøvable, også for ettertiden – og kan derav argumenteres for å være tilstrekkelig grundig. En kan ha med flere elementer i vurderingen eller mindre, men disse elementene er hovedpunkter i barnets rett til å bli hørt og burde følgelig være med i en domsbegrunnelse.

Flere andre dommer viser det samme, slik som LB-2020-186451, LB-2021-21860, LB-2020-141825. Ikke alle barna blir hørt, og ikke alle barna får meningen deres vektlagt, men likt for alle disse dommene er at det i alle blir gjort en konkret og helhetlig vurdering av barnas evne til å danne seg egne synspunkter, og der meningen deres ikke blir vektlagt fremgår det også av begrunnelsen hvorfor. Ofte begrunnes det i sterk lojalitetskonflikt mellom foreldrene, utfordringer hos barnet eller barnets modenhet.

Selv om man ser en positiv trend til at flere yngre barn høres, er det også mange saker hvor barnets rett til å bli hørt ikke blir tatt på alvor.

I LB-2020-129663 behandlet lagmannsretten en sak om samvær og foreldreansvar for et barn på 6 år og 4 mnd. Ved behandling av spørsmålet om barnet skulle høres fremgår det at lagmannsretten mente at barnet fikk mulighet til å si sin mening ved at meningen har kommet

til uttrykk gjennom foreldrene – og de mente videre at forklaringen til foreldrene er tilstrekkelig til å oppfylle de prosessuelle kravene som følger av Grl. § 104 og bl. § 31.

I saken var det oppnevnt to sakkyndige, men ingen av dem snakket med barnet selv. Bakgrunnen for dette var ifølge en rapport til tingretten 19. mai 2020 at en slik samtale kunne skape «unødvendig uro». I en senere rapport ble det fremhevet av sakkyndig at det var grunnlag for å hevde at barnets rett til å bli hørt langt på vei er ivaretatt gjennom «foreldrenes felles opplevelse av Cs ønsker».

Det er flere ting i denne avgjørelsen en kan reagere på. For det første er det bekymringsverdig at lagmannsretten mente at forklaringen til foreldrene var tilstrekkelig for å oppfylle de prosessuelle reglene som følger av Grl. § 104 og bl. § 31. Disse oppstiller jo en rett for barnet til å bli hørt i saker som angår dem, og gir også barnet rett på informasjon gjennom prosessen. For det andre kan en reagere på at tross to oppnevnte sakkyndige i saken, snakket ingen av dem med barnet for å unngå «unødvendig uro». Barnet i denne saken var over 6 år, og det fremgikk ikke noe om barnet som skulle tilsi at slik skjerming var nødvendig.

I LB-2020-146003 ble det stilt spørsmål om et barn på knappe fire år skulle høres i en sak om bosted og samvær. Lagmannsretten uttalte kort at barnet var etter rettens vurdering for ung til å kunne danne seg egne synspunkt om det spørsmål saken gjelder. Videre uttaler retten at foreldrene heller ikke har bedt om at barnet skal høres.

Det er ingen tvil om at et barn på tre år, knappe fire, meget vel kan være for ung til å danne seg egne synspunkt. Det fremgår imidlertid ingenting om hva som ligger i denne vurderingen, og hvorfor retten kom til dette resultatet. Det gjør vurderingen svært vanskelig å etterprøve. Videre kan en sette spørsmålsteget ved at retten viser til at foreldrene ikke har bedt om at barnet skal høres. Med dette utsagnet gis foreldrene en makt til å påvirke barnets rett til å bli hørt på en måte som ikke samsvarer med ordlyden i hverken barnekonvensjonen eller barneloven, og som underminerer det faktum at det er barnets rettigheter det her er tale om. I tillegg forskyves ansvaret og den plikt som retten har til å gjøre en selvstendig vurdering av hvert enkelt barn over til foreldrene, ved at foreldrene selv må be om det.

En lignende begrunnelse ble også gitt i LB-2021-54863. Barnet i saken var fire år, og det eneste en kan lese ut av dommen vedrørende spørsmålet om barnets rett til å bli hørt er at lagmannsretten legger til grunn at barnet er for ung til å danne seg egne synspunkter. Videre

fremholder retten at det heller ikke var fremholdt fra partenes side at det var aktuelt å gi barnet informasjon og høre henne.

Også her blir det lagt til grunn at barnet var for ungt, uten å vise til en konkret vurdering av barnets evner og kapasitet. Videre ser man at retten også her lener seg på begrunnelsen at det ikke var fremholdt av foreldrene at barnet skulle få informasjon og høres.

1.14 Oppsummering og vurdering

Dette er et svært lite utvalg av rettspraksis, og viser i tillegg kun de sakene hvor foreldrene står i stor konflikt med hverandre. Det er viktig å huske på at i de aller fleste sakene blir foreldrene enige – det er de færreste som blir tatt opp til doms. Disse sakene har likevel alle enorm innvirkning på barns liv, både mens rettssaken pågår og tiden etterpå. Det er derfor bekymringsverdig at det er så stor variasjon i hvordan domstolene behandler barnets rett til å bli hørt.

Som en ser av dommene ovenfor, ser man at de tyder på at domstolene – herunder også Høyesterett – har en tendens til å legge til grunn at barna er for små eller for unge, uten å vise til at det er gjort noen konkret vurdering av barnets evner eller kapasitet til å danne seg egen mening. Det kan også se ut til at domstolen i noen saker har en for snever tolkning av omfanget av retten til å bli hørt, hvor de vurderer barnets evne til å danne seg synspunkt om det konkrete spørsmålet i saken eller sakens utfall – og ikke saken som helhet. Barna kan ha verdifulle opplysninger om saken for øvrig, slik som hvordan barnet opplever sin egen hverdag, om forholdet til foreldrene samt hva som er viktig i dagliglivet ellers.⁷²

Særlig bekymringsfullt er det man ser antydning til i to av dommene nevnt ovenfor, hvor retten tar inn som støtte for at barnet ikke skal høres at foreldrene ikke ønsket det, eller at foreldrene ikke har bedt om det. Dette er en utvikling av rettspraksis som ikke har støtte i hverken lovtekst eller forarbeid, og som påvirker barnets rett til medvirkning direkte. Foreldrene gis her en slags «veto-rett», hvor foreldrene har makten til å påvirke om hvorvidt barnet deres skal høres eller ikke – hvilket blir helt feil både for barnet og for foreldrene. Ofte tales det i samme sammenheng om at de er «for unge» eller at barna må skånes fra konflikten,

⁷² Ot. prp. Nr. 29 (2002-03) s. 63.

og det kan tyde på at det da er hensynet til barnets beste som løselig benyttes som et argument for at barnet *ikke* skal høres.

Som det tidligere er redegjort for i punkt 2.4. er en korrekt gjennomføring av art. 3 om barnets beste avhengig av at komponentene i art. 12 om retten til å bli hørt blir respektert. Det er to rettigheter som skal utfylle hverandre, og det gjør de ikke i slike tilfeller. Videre er det jo også slik at selv om foreldrene skulle være enige om å skjerme barnet fra å bli hørt, eller har en omforent mening om hva som er barnets synspunkt, er det ikke sikkert at dette gjenspeiler barnets faktiske synspunkt, for det er jo bare deres tolkning. Her kommer man unektelig også inn på det med rolleblanding, interessekonflikt og lojalitetskonflikt – alle sammen elementer som vil kunne påvirke foreldrenes oppfatning og formidling av barnets synspunkt betraktelig – og som gjør det betenkelig å gi foreldrene en slik rolle i rettssaken.

Autonomi er også en vesentlig del av barnets rett til å bli hørt, og det å få muligheten til å påvirke eget liv ved å delta i avgjørelser er en del av det som ligger i begrepet menneskeverd.⁷³ Dette innebærer at det å bli hørt har en verdi i seg selv for barna det gjelder, det er ikke bare en forpliktelse som påhviler myndighetene – og dette er et aspekt som synes å forsvinne litt i enkelte dommer. Det er heller ikke slik at man kan skåne barna fra livets realiteter ved å unnlate å høre dem – de står like fullt i konflikten uansett. Det som imidlertid vil skje, er at barnet mister kontrollen over eget liv, hvor det blir plassert i den situasjon at de ikke vet hva som skjer eller kommer til å skje dem fremover. Å skulle skjerme barna ved å holde dem utenfor blir derfor helt feil.

I dommene hvor barna er under 5 år ser vi at lagmannsretten ofte legger til grunn at barna er for små, uten å gjøre noen konkret vurdering av barnets evner og kapasitet. Noe underlig er også det faktum at lagmannsretten her også argumenterer med at foreldrene ikke har bedt om at barna skal høres – når det er rettens selvstendige plikt å gjøre denne vurderingen uavhengig av hva foreldrene tenker.

Oppsummert sett kan en se en trend i praksisen fra underretten i at enten blir det gjort en selvstendig og konkret vurdering hvor begrunnelsen for valget retten gjør fremgår i dommen – eller så avskjæres både vurderingen og retten til å bli hørt med forklaringen «barnet er for

⁷³ Trude Haugli, Anna Nylund, Randi Sigurdsen og Lena R. L. Bendiksen, *Children's Right to Participate in Decision-Making in Norway*, Leiden Boston 2020 s. 205.

ung» uten nærmere forklaring eller begrunnelse. Videre hadde ingen av de dommene fra underrettspraksisen som ble gjennomgått i løpet av denne oppgaven henvist til dommen og vurderingene gjort i HR-2019-1230-A. Det er med andre ord ikke noe som med dette tyder på at dommen fra Høyesterett har fått spesielt stor prejudikatsvirkning for underrettspraksisen.

5. Avslutning

Etter å ha gått gjennom reglene rundt retten til å medvirke i både internasjonal og norsk rett ser man at det norske regelverket rent formelt sett tilfredsstillende de krav som følger av barnekonvensjonen. Likevel er det flere ting som er problematiske, og som også barnekomiteen selv har tatt opp. Dette gjelder særlig for de minste barna.

Selv om regelverket formelt sett tilfredsstillende de krav som følger av barnekonvensjonen, er ordlyden i loven svært generell og gir liten veiledning, og det finnes ikke noen forskrift som gir noen støtte. Særlig for de minste barna er det svært lite å finne når det kommer til vurderingen av barnets evner til å danne seg egen mening.

FNs barnekomité har fremhevet viktigheten av å respektere ikke-verbale former for kommunikasjon som ofte er typisk for de minste barna. Likevel er det tydelig at det norske regelverket favoriserer språk som kommunikasjonsform jf. ordlyden «få muligheten til å si sin mening». Når en i tillegg ser på hvordan barnets rett til å bli hørt blir gjennomført i praksis, så ser man at det nesten utelukkende tales om barnets mulighet til å forstå og klare å formidle i en samtale hva som er dets synspunkter. Dette innebærer at de minste barna, og da særlig de barna som kanskje ikke har like velutviklet språk som sine jevnaldrende lett vil kunne falle utenfor.

Utvalget har i forslaget til ny barnelov uttrykkelig sagt at de mener det er behov for økt oppmerksomhet rundt hva barnets rett til å bli hørt innebærer, og viser til HR-2019-1230-A som eksempel.⁷⁴ For å bidra til dette har utvalget foreslått at retten til å bli hørt skal løftes frem i et innledende kapittel. I den innledende delen skal også barnets rett til informasjon

⁷⁴ NOU 2020: 14 pkt. 8.5.2.3.

synliggjøres, samt dommerens plikt til å ivareta denne. I tillegg har utvalget foreslått at barnets rett til å bli hørt skal tydeliggjøres som en rettighet når domstolene skal behandle saker om foreldreansvar, fast bosted, samvær og flytting m.v. Dette forslaget er ment å tydeliggjøre dommerens plikt til å sørge for at barns rett til å bli hørt blir ivaretatt i den rettslige prosessen.

Det er veldig positivt dersom retten til å bli hørt blir løftet frem i et innledende kapittel som vil gjelde anvendelsen av hele loven, fremfor plasseringen som den har i dag. Disse forslagene vil kunne bidra til å dempe forskjellene i hvordan retten til å bli hørt for de minste barna utøves i praksis, og ikke minst gjøre det vanskeligere å fravike retten til å bli hørt i foreldretvistsaker.

Utvalget har også tatt opp endring av 7-årsgrensen, hvor utvalget delte seg i to like store fraksjoner. Den første fraksjonen foreslår å vedlikeholde en nedre aldersgrense, men likevel slik at den endres fra 7 år til 6 år. Dette for å sikre at alle barna over 6 år blir hørt.⁷⁵

Den andre fraksjonen foreslår å fjerne aldersgrensen helt, med det synspunktet at aldersangivelsen i dagens lov kan oppfattes som en nedre grense, og således noe som avleder retten fra å vurdere hvert barns modenhetsnivå konkret dersom barnet er yngre enn den satte terskelen. De fremhever videre at det er nødvendig at retten vurderer barnets evner til å danne seg egne meninger i hvert enkelt tilfelle, og mener at dette sikres best ved at loven ikke oppstiller noen aldersgrenser om dette.⁷⁶

Hvilket av disse to forslagene som vil føre til størst forbedring av hvor mange barn som høres er vanskelig å si på forhånd. Begge vil uansett kunne føre til en viss forbedring sammenlignet med dagens situasjon, men det siste forslaget vil nok best harmonere med intensjonen i barnekonvensjonens art. 12.

Utvalget foreslår videre å lovfeste en forskriftshjemmel som kan gi grunnlag for forskrift om mandater for, og rapporter fra de sakkyndige, slik at de ikke bare fremgår av veiledere fra Domstolsadministrasjonen.⁷⁷ Dette er også positivt, da forskriften er bindende for de norske

⁷⁵ NOU 2020: 14 pkt. 15.11.5.2.

⁷⁶ NOU 2020: 14 pkt. 15.11.5.2.

⁷⁷ NOU 2020: 14 pkt. 15.7.3.4.

domstolene, og vil kunne hindre ulik praksis i de ulike domstolene. Dette vil imidlertid ikke avhjelpe på den rolleblanding som den sakkyndige har etter dagens regelverk.

Man ser at foreldrene jevnt over blir gitt mye makt i forhold til utøvelsen av barnas rett til å bli hørt. Foreldrene får mye rom for på påvirke avgjørelsen om og hvordan barna skal høres, herunder kan foreldrene motsette seg at den sakkyndige skal snakke med barnet etter bl. § 61 første ledd nr. 1 – som er den mest brukte hjemmelen for oppnevning av sakkyndige i foreldretvistsaker. Dette er noe som i aller høyeste grad vil kunne gå ut over de minste barna.

Dette vil imidlertid kunne avhjelpes av forslaget til utvalget vedrørende regelverket rundt oppnevning av advokat eller representant for barnet jf. bl. § 61 første ledd nr. 5. Utvalget foreslår i sitt lovforslag å omformulere vilkårene i bestemmelsen slik at retten skal oppnevne advokat eller representant for barnet der hensynet til barnet tilsier det – og ikke ved særlige behov slik regelen er i dag. Det fremheves at utvalgets intensjon med denne lovendringen er at tiltaket skal anvendes oftere enn det gjør i dag.⁷⁸

Dette forslaget vil kunne bidra til stor forbedring av reglene sammenlignet med nå, og vil i de saker hvor dette benyttes bidra til å sikre at barnets rettigheter til medvirkning, herunder også retten til informasjon, blir ivaretatt. En slik sikkerhet vil kunne ha særlig stor betydning for de minste barna.

⁷⁸ NOU 2020: 14 pkt. 15.7.3.6.

Referanseliste

Litteratur

Haugli, Trude, Anna Nylund, Randi Sigurdsen og Lena R. L. Bendiksen, *Children's Constitutional Rights in the Nordic Countries* (Leiden Boston 2020).

Henderson-Dekort, Emmie, Veronica Smits og Hedwig van Bakel, «The Meaningful Participation and Complex Capacities of Children in Family Law» i *The International Journal of Children's Rights* 29, (2021) s. 78-98.

Høstmølingen, Njål, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.), *Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge*, 4. utg. (Oslo 2020).

Lansdown Gerison, "The evolving capacities of the child" i *Innocenti Insights*, UNICEF/Redd barna, (2005)

Sandberg, Kirsten, «Generelt om saken og HRs vurdering av den - HR-2019-1230-A» i *Nytt i privatretten* nr. 3/2019 s. 6-8.

Skjørten, Kristin og Kristin Sandberg, "Children's participation in Family Law proceedings" i *Children's Rights in Norway: An Implementation Paradox?*, Malcolm Langford, Marit Skivenes og Karl Harald Søvig (red.) (Oslo 2019) s. 300-331.

Thomas, Nigel og Claire O'Kane, "When children's wishes and feelings clashes with their 'best interests'" i *The International Journal of Children's Rights* 6, (1998) s. 137-154.

UNICEF, *Implementation handbook for the convention on the rights of the child*, 3. utg., 2007.

Rundskriv

Q-2004-15.

FNs Barnekomité

Generell kommentar nr. 12 (2009), Barnets rett til å bli hørt (UN doc. CRC/C/GC/12).

Avsluttende merknader til Norges kombinerte femte og sjette periodiske rapport (UN doc. CRC/C/NOR/5-6, 4 July 2018).

Forarbeid og offentlige dokumenter

NOU 2020: 14, Ny barnelov Til barnets beste.

NOU 2017: 8, Særdomstoler på nye områder.

Dok. Nr. 16 (2011-2012).

Innst. O. nr. 30 (1980-81).

Ot. Prp. Nr. 29 (2002-03).

Prop. 85 L (2012-13).

Veiledere fra Domstolsadministrasjonen

Barn i foreldretvister - Praktiske anbefalinger (2019)

Nasjonal veileder for behandling av foreldretvister, versjon 2.0 (2019)

Domsregister

Høyesterett

HR-2019-1230-A.

HR-2019-2301-A.

HR-2018-2096-A.

Underrettsavgjørelser

LB-2021-54863.

LB-2021-21860.

LB-2020-143619.

LB-2020-129663.

LB-2020-146003.

LB-2020-186451.

LB-2020-141825.

