



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet ved UiT Norges arktiske universitet

## **Barns medbestemmelsesrett i foreldretvister**

Lise Friberg Solnes

Masteroppgave i Rettsvitenskap, JUR-3902, mai 2022

# Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Problemstilling og tema .....	1
1.2	Avhandlingens relevans .....	2
1.3	Rettskilder .....	3
1.4	Metode.....	7
1.5	Avgrensning .....	8
1.6	Sentrale begreper.....	9
1.7	Reelle hensyn .....	10
2	Barnets rett til å bli hørt.....	11
2.1	Innledning.....	11
2.1.1	Skillet mellom selv- og medbestemmelsesrett.....	11
2.1.2	Rettsens avgjørelsesbegrensninger .....	12
2.2	Barnets uttalelserett etter barneloven § 31.....	14
2.2.1	Rettslig utgangspunkt.....	14
2.2.2	Medbestemmelsesrett og prinsippet om «barnets beste» har Grunnlovs rang .	16
2.2.3	«barnets alder og modenhet».....	18
2.3	Internasjonale bestemmelser Norge er forpliktet av .....	20
2.4	Barnets beste – en helhetsvurdering av en rekke momenter bl.a. barnets uttalelserett.....	22
2.4.1	Innledning.....	22
2.4.2	Helhetsvurderingen .....	25
2.5	Tiltak dommeren kan foreta under saksforberedelsen, jf. barnelovens § 61.....	28
2.5.1	Rettslig utgangspunkt.....	28
2.5.2	Sakkyndiges rolle .....	31
2.5.3	De forskjellige høringsmetodene .....	32

2.6	Rettens vektlegging av barnets mening og konsekvenser når barnet ikke har fått uttale seg.....	33
3	Foreldrefiendtlighet.....	36
3.1	Innledning.....	36
3.2	Rettspraksis .....	39
4	Rettspolitiske vurderinger .....	45
4.1	Innledning.....	45
4.2	HR-2020-1843-A .....	45
4.3	NOU 2020:14 Ny barnelov .....	49
4.4	Avslutning .....	54
	Kilder.....	1

# 1 Innledning

## 1.1 Problemstilling og tema

Denne avhandlingen handler om barns medbestemmelsesrett, nærmere bestemt om barns rett til å bli hørt i tvister om fast bosted og samvær. Disse sakene som bringes inn til rettsinstansene i Norge har som regel høyt konfliktnivå og vurderingene som gjennomføres av domstolene kan være meget komplisert på grunn av det frie skjønn. Dette fører til at saker som er relativt like ikke får det samme utfallet noe som igjen truer barns rettsikkerhet. Denne avhandlingen spisser seg inn på når tvisten om barnets faste bosted og samvær er inne i den rettslige prosessen, før og under hovedforhandling og fokuserer dermed på domstolens plikt til å høre barnet.

Retten skal etter barneloven § 36 andre ledd avgjøre hvor barnet skal bo fast og hvordan samværet med den andre forelderen skal være og denne avgjørelsen skal baseres på barnets uttalelsesrett, jf. barneloven § 31. Dette gjelder bare dersom tvisten bringes inn til retten ved at den ene forelderen sender stevning til domstolen. Stevning kan igjen ikke sendes inn før partene har vært på mekling, jf. barneloven § 56 andre ledd. Unntaket for dette er når en av foreldrene er dømt for alvorlig vold eller overgrep mot egne barn eller er overført til tvunget psykisk helsevern, jf. Barneloven § 56 andre ledd, andre setning.

Problemstillingen i denne avhandlingen er;

Hvordan barns uttalelsesrett etter barneloven § 31 blir ivaretatt av domstolene, spesielt der det er mistanke om foreldrepåvirkning?

For å besvare problemstillingen skal jeg ta for meg de relevante rettskildene og spesielt ha fokus på dommer fra retten.

Avhandlingen er delt opp i fire deler hvor den første er innledninger som beskriver relevante rettskilder, avgrensning, metode og sentrale begreper. I andre del skal det handle om barnets rett til å bli hørt og hvordan denne uttalelsesretten er ivaretatt av både nasjonale og internasjonale bestemmelser samt barnets beste vurdering. I tredje del skal det handle om foreldrefiendtlighet og derfor hvordan domstolene håndterer foreldretvister spesielt med tanke på mistanke om foreldrepåvirkning. I fjerde del skal jeg fremstille en nyutvikling i retten og en utarbeidelse ny barnelov.

## 1.2 Avhandlingens relevans

Barn kan havne i en lojalitetskonflikt mellom foreldrene når de gjennomgår samlivsbrudd. Foreldrene kan ha problemer med å inngå avtaler hvor de setter barnets beste som fokus for bosted- og samværsavgjørelsen.<sup>1</sup> Foreldretvister med høyt konfliktnivå settes i særstilling da barna som er tvistegjenstanden ikke har partsrettigheter selv.<sup>2</sup> De har m.a.o. ikke mulighet til å påvirke rettssaken på noen annen måte enn at de har en prosessuell rett til å uttale seg, jf. barneloven § 31. Når foreldrene kommer til mekling kan de noen ganger være enige, og stiller dermed opp til timen med avtalen i boks. Dette kan medføre problemer da barna i slike situasjoner ikke alltid får utøve sin medbestemmelsesrett, jf. barneloven § 31.<sup>3</sup>

Etter min mening oppstår relasjonsproblemene ved foreldrenes samlivsbrudd. Ved samlivsbruddet kan foreldrene ofte ha vanskelig for å skille sine egne følelser og interesser fra barnets. Det er ikke alltid foreldrene lar barnet utøve uttalelsesretten eller tar hensyn til barnets ønsker og avgjørelser som tas på vegne av barnet er derfor ikke basert på hva barnet vil. Foreldrene fokuserer heller på sin relasjon til barnet og gjerne hvordan deres relasjon til barnet kan bli sterkere. Dette kan noen gang føre til at den ene forelderen forverrer barnets relasjon til den andre forelderen. Bitterheten mellom barn og foreldre kan sementere seg eller oppløses med tiden.

Det er også i de senere årene kommet en del uttrykk på konflikter mellom barn og foreldre som ikke er omtalt mye i juridisk teori, bl.a. foreldrefremmedgjøring eller foreldrefiendtlighet. Begrepet blir brukt om en tilstand i barnet, ikke en psykiatrisk diagnose, der en av foreldrene involverer barnet i deres konflikt for å «forgifte» barnet mot den andre slik at den andre blir utstøtt.<sup>4</sup>

Det er også kommet en del mer informasjon de siste årene til alle instanser som har med barnet å gjøre, f.eks. til domstolene og innad i familievernkontoret fra både familievernkontoret og domstolsadministrasjonen.<sup>5</sup> Domstoladministrasjonen har gitt ut en

---

<sup>1</sup> Barneombudet, 2012, s. 31

<sup>2</sup> Ot.prp.nr.29 (2002-2003) s. 8

<sup>3</sup> Barneombudet, 2012, s. 31 og Ot.prp.nr.29 (2002-2003) s. 8

<sup>4</sup> Meland, Sjøgren og Thuen, 2019 og LH-2020-63154

<sup>5</sup> Domstoladministrasjonen, 2019 og Frafjord, 2020

veileder som forteller dommerne hvordan de skal samhandle med barn for å høre deres mening på best mulig måte.<sup>6</sup>

Både Smith, Haugli og Bendiksen mener at barnets rett til å uttale seg er en selvstendig rettighet, og det er en feil ved saksbehandlingen å ikke høre barnet.<sup>7</sup> Når barnet har en selvstendig rettighet til å uttale seg handler det om en prosessuell rettighet barnet har.<sup>8</sup> Dersom det er fastslått saksbehandlingsfeil, kan dette føre til opphevelse av dommen.<sup>9</sup>

### 1.3 Rettskilder

Den primære rettskilden LOV-1981-04-08-7 Lov om barn og foreldre (barnelova) (heretter bl.) § 31. Det er denne bestemmelsen som regulerer hvordan barns med- og selvbestemmelsesrett (også kalt uttalelsesrett) kan utøves av barn i situasjonen hvor foreldrene gjennomgår samlivsbrudd i retten og innad i familien i hverdagen. Grunnen til at denne bestemmelsen er det primære rettsgrunnlaget er fordi denne inneholder vilkårene for barns uttalelsesrett. Man anvender ikke Grunnloven som den primære rettskilden, fordi barneloven er spesiallov (lex specialis som betyr at spesiell lov går fremfor generell lov). På barnerettens område og dermed er spesialbestemmelser for hvordan fordeling av fast bosted og samvær skal skje ved samlivsbrudd. Uttalelsesretten er også en del av «barnets beste» vurderingen som går ut på bl.a. hvem av foreldrene som er den beste omsorgspersonen og hvem av de som kan tilby det mest stabile hjemmet.<sup>10</sup> Men uttalelsesretten er også en selvstendig- og prosessuell rettighet som domstolene må vurdere for å avgjøre hvem av foreldrene barnet skal bo fast hos, jf. bl. § 48.

I tillegg kommer LOV-1814-05-15 Kongeriket Norges Grunnlov (heretter grl.) § 104 til anvendelse. Grunnloven har høyest trinnhøyde i norsk rett pga. Lex superior prinsippet som også blir kalt trinnhøydeprinsippet. Etter dette prinsippet skal lov av høyere rang gå foran motstridende rettsregel med lavere rang.<sup>11</sup>

---

<sup>6</sup> Op.cit.

<sup>7</sup> Smith, 2004 og Haugli, Bendiksen, 2021, s. 97 og Prop.85 L (2012-2013) s. 36

<sup>8</sup> Gisle, 2018, Internettlenke

<sup>9</sup> Prop.85 L (2012-2013) s. 36

<sup>10</sup> NOU 2008:9 s. 38

<sup>11</sup> Holmøyvik, 2019

Da Grunnloven ble endret i 2014, ble det etablert et menneskerettighets kapittel hvor menneskerettighets bestemmelser inspirert at den europeiske menneskerettighetskonvensjon (som også ble inkorporert til norsk rett gjennom LOV-1999-05-21-30-Menneskerettighetsloven) ble tatt inn. Det ble bestemt at Grunnloven skulle inneholde ytterligere menneskerettslige bestemmelser for å vise at de er grunnleggende kjerneverdier i det norske samfunnet.<sup>12</sup> Det var også en tanke at bestemmelsene i Grunnloven ville fungere som et tolkningsmoment og fortolkning av annen lovgivning.<sup>13</sup>

Årsaken til at Grunnloven har høyest trinnhøyde er fordi det skal så mye mere til for å endre denne loven enn andre lover, jf. Grl. § 121. Etter denne bestemmelsen skal;

«endringsforslag bli fremsatt i et av de tre første årene i en stortingsperiode, behandles i et av de tre første storting i neste periode og vedtas med to tredjedels flertall. Minst to tredjedeler av Stortingets representanter må være til stede når det skal fattes vedtak om grunnlovsending. Kravet om grunnlovsending forankres i to ulike valgperioder og vedtas med kvalifisert flertall, gir grunnlovsvedtak høy demokratisk legitimitet.»<sup>14</sup>

Grunnloven og andre bestemmelser som blir anvendt i tillegg til barneloven, er sekundære kilder som kan defineres slik;

«Det som kjennetegner sekundære rettskilder, er at de har et opphav som ikke i seg selv er rettsnormerende; de er avledet av og bygger på primære rettskilder.»<sup>15</sup>

Norge har ratifisert flere konvensjoner og gjort de til nasjonal lov. Et godt eksempel på dette er den europeiske menneskerettighetskonvensjon (Her etter EMK, Den Europeiske menneskerettighetskonvensjon 4. november 1950) som ble til Menneskerettighetsloven.

I denne avhandlingen er det grl. § 104 som er mest sentral. I bestemmelsens første ledd er barns medbestemmelsesrett regulert. I andre ledd er barnets beste regulert. Det mest sentrale i denne avhandlingen er første ledd om uttalelsesretten til barnet, men annet ledd om barnets

---

<sup>12</sup> Dokument 16 (2011-2012) pkt. 10.2.

<sup>13</sup> Dokument 16 (2011-2012) pkt. 32.5.1.

<sup>14</sup> Mæhle, Aarli, 2017, s. 235

<sup>15</sup> Skoghøy, 2018, s. 44

beste må også anvendes fordi det inngår i en helhetsvurdering av en rekke momenter, bla. uttalelsesretten.

Internasjonal skal også rett anvendes; FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989 (her etter BK) hvor art. 3 og 12 er relevante som tolkningsbidrag. EUs Charter of Fundamental Rights art. 24 gir også tolkningsbidrag. Paragrafene 31 og 48 i bl. må derfor tolkes i lys av disse bestemmelsene som Norge er forpliktet av. Skillet mellom art. 24 og barneloven er at barneloven er nasjonal lov, mens art. 24 stammer fra internasjonal rett som Norge er forpliktet til å følge og sørge for at det finnes tilstrekkelig lovverk som tilsvarer denne bestemmelsen i nasjonal rett. Rettsinstansene i Norge går ut fra at norsk rett går i overensstemmelse med folkeretten og dette kalles presumsjonsprisnippet.<sup>16</sup>

Lovens ordlyd er utgangspunktet for tolkningen av bestemmelsene. Det er alltid her rettsanvendelsen begynner, fordi man starter med å tolke ordlyden før man kan gå videre i forarbeider, rettspraksis, juridisk teori o.l. Ordlyden i bestemmelsen kan gi en indikasjon på hva intensjonen med loven er. Som regel starter man med en naturlig språklig forståelse av ordlyden i teksten; hvordan forstår jeg innholdet i bestemmelsen? Man starter med andre ord med en objektiv tolkning av ordlyden; når man tolker ordlyden ved bruk av naturlig språklig forståelse, kan man kartlegge hvordan lovteksten skal forstås. Det som er uklart skal drøftes ytterligere, mens det som er klart ikke trenger tolkning. Tolkningen av ordlyden skal også ta utgangspunkt i vilkårene som er i loven, for å anvende disse under vektleggingen i rettsanvendelses prosessen. Når man har foretatt en objektiv tolkning av ordlyden, går man videre til den subjektive tolkningen; hva mener lovgiver med loven og hva sier forarbeidene? Man må argumentere for om vilkårene i lovteksten er oppfylt eller ikke.<sup>17</sup> F.eks. heter det i barnelovens § 30 første ledd første setning at «Barnet har krav på omsut og omtanke fra dei som har foreldreansvaret». Her er det vilkåret «omsut» som må tolkes. Hvordan tolker jeg ordet «omsut»? Hvilket vilkår er dette og hvordan kan jeg anvende min tolkning i vektlegging og argumentasjon? Om tolkning av ordlyd sier Skoghøy at;

«Skrevne rettsregler kan bli tolket utvidende, innskrenkende eller presiserende. Med "utvidende" tolkning mener jeg at regelen blir gitt et videre anvendelsesområde eller

---

<sup>16</sup> Gisle, 2021

<sup>17</sup> Mæhle, Aarli, 2017, s. 84 og 85



en større rekkevidde enn det som følger av bestemmelsens ordlyd. Med "innskrenkende" tolkning mener jeg at regelen blir gitt et snevrere anvendelsesområde eller en mindre rekkevidde enn det ordlyden tilsier. Med "presiserende" tolkning mener jeg at innholdet eller anvendelsesområdet for regelen blir klargjort innenfor rammen av ordlyden. At en regel blir anvendt "analogisk", vil si at den blir anvendt tilsvarende på forhold som ikke omfattes av regelen. Med antitetisk tolkning menes at en rettsregel ved løsning av rettsspørsmål som faller utenfor regelen, blir benyttet som argument for å komme til et annet resultat enn det som følger av regelen. Regelen blir altså benyttet som argument for en annen løsning; den blir benyttet som grunnlag for en motsetningsslutning.»<sup>18</sup>

Forarbeider til loven, Høyesteretts dommer og juridisk teori som tolkningsbidrag blir også anvendt i henhold til alminnelig juridisk metode.

Forarbeider er utarbeidet som ledd i lovgivningsprosessen og for å gi en tydeligere forklaring for lovens ordlyd dersom den er vag. Når en ordlyd er vag betyr det at den er uklar. Det er heller ikke alltid lovens ordlyd inneholder vilkår eller at vilkårene også er vage og man må dermed anvende subjektiv tolkning; hva mener lovgiver? Vilkår kan være én eller flere betingelser som utløser eller er med på å utløse en rettsvirkning.<sup>19</sup> For denne avhandlingen er dette sant om helhetsvurderingen av barnets beste etter bl. § 48. Her fremkommer det av forarbeidene at helhetsvurderingen inneholder en rekke momenter som ikke er nevnt i bestemmelsen.<sup>20</sup>

Høyesteretts dommer er relevante fordi Høyesterett dømmer i siste instans, jf. grl. § 88. Dommene fra Høyesterett kan også ha prejudikatsvirkning, hvilket vil si at det er en «rettsavgjørelse, i praksis av Høyesterett, som formulerer eller bygger på en forståelse av lov eller ulovfestet rett som – alminnelig regel – anses som bindende for senere avgjørelser.»<sup>21</sup> Høyesterett går også noen ganger grundig gjennom og forklarer rettskildene. Disse skildringene kan brukes av andre rettsanvendere i lignende tvister. Høyesterett er med andre ord rettsavklarende og rettsutviklende. Høyesteretts avgjørelser er ofte ansett som ulovfestet

---

<sup>18</sup> Skoghøy, 2018, s. 23

<sup>19</sup> Gisle, 2010, s. 458

<sup>20</sup> NOU 2008:9 s. 38

<sup>21</sup> Gisle, 2010, s. 314

rett. Også dommer fra underrettende er relevante, men disse har ikke like mye vekt som Høyesterett, da Høyesterett bare behandler saker av prinsipiell betydning, samt at Høyesterett dømmer i siste instans. I denne avhandlingen finnes det mange høyesteretts dommer på området om barnets uttalelsesrett, men tvister som omhandler foreldrefiendtlighet finnes det bare dommer fra lagmannsretten.

Juridisk teori kan gi gode argumenter og et annet syn på hvordan man skal anvende forskjellige bestemmelser. Her kan man hente mye inspirasjon, men det er også viktig å huske at juridisk teori er akkurat det; en teori. Forfattere av de forskjellige fagbøkene har ulike meninger og sine egne tolkninger på både lovtekst, forarbeider, andre fagbøker og Høyesteretts avgjørelser. Selvsagt skal disse anvendes med forsiktighet. Som rettsanvender kan man være både enig og uenig, men juridisk teori kan brukes som et argument hentet fra en mer anerkjent kilde enn deg selv.

## 1.4 Metode

De metodiske spørsmålene i avhandlingen knytter seg til helhetsvurderingen domstolene foretar av barnets rett til å uttale seg, jf. bl. § 31 som også er en del av barnets beste vurdering. Vurderingen om barnets beste er det flere momenter som gjennomgås av domstolene; foreldrenes omsorgsevne, deres økonomi, deres personlighet, deres evne til å opprettholde best samlet kontakt mellom barn og foreldre, deres evne til stimulering av barnet gjennom fritidsaktiviteter eller hjelp med lekser; kort sagt, alt foreldrene kan gjøre for å øke barnets trygghetsfølelse, gi det et stabilt hjemmemiljø og stabile voksne rundt det.<sup>22</sup> Disse momentene kan være ganske like for foreldrene. Med dette mener jeg at foreldrene kan oppfylle de samme vilkårene for å være gode omsorgspersoner for barnet, men to dommere kan ha et totalt forskjellig bilde av foreldrene.

En metodisk utfordring for temaet er å trekke grensdragningen mellom juridiske og psykologiske vurderinger. Dette er en juridisk avhandling, men i delen hvor foreldrefiendtlighet blir tatt opp blir balansen utfordrende. Dette er fordi barnets mening som retten skal innhente, jf. bl. § 31, kan fremstå som deres egen, men i realiteten er det en av foreldrene som sitter bak denne. Retten kan finne ut hva barnets reelle mening er ved at sakkyndig avlegger rapport eller at dommer hører barnet selv, jf. bl. § 61 første ledd nr. 4.

---

<sup>22</sup> NOU 2008:9 s. 38

Den juridiske problematikken er her hva retten kan gjøre dersom barnets mening ikke er deres egen, og verre; ikke til deres beste, jf. bl. § 48. Det er i den skjønnsmessige vurderingen at psykologiske elementer får innspill. Dommeren settes i en vanskelig avgjørelse; å avgjøre det som er best for barnet, jf. § 48 eller basere avgjørelsen på barnets ønsker, jf. bl. § 31.

## 1.5 Avgrensning

Denne avhandlingen er avgrenset til kun å omhandle barns medbestemmelsesrett i foreldretvister om hvor barnet skal bo og samvær. Medbestemmelsesrett og uttalelserett er i utgangspunktet det samme. Med dette mener jeg at medbestemmelse og uttalelserett er barnets rett til å bli hørt av foreldrene og andre voksne som tar personlige avgjørelser på vegne av barnet. Selv om det finnes medbestemmelsesrett i andre deler av barnereetten, skal fokuset bare være på tilfeller hvor foreldrene gjennomgår et samlivsbrudd med høyt konfliktnivå.

Avhandlingen skal handle om konsekvenser av at domstolene ikke overholder bestemmelsen i bl. § 31 om barnas uttalelserett.

Avhandlingen skal også avgrenses mot barnet og foreldrenes rett til samvær. Samværsordning er ikke noe som skal drøftes i denne avhandlingen, annet enn når det omhandler hvilken løsning retten kan komme til m.h.t samværsrett. Haugli og Bendiksen sier at;

«Grunnloven § 102 gir også rett til respekt for privat- og familielivet og er utformet svært likt EMK art. 8. Retten til samvær bygger på en oppfatning om at det naturlige forholdet mellom barn og foreldre ikke bør opphøre selv om man ikke bor sammen.

Den bygger på det biologiske prinsipp og på en presumsjon for at samvær som utgangspunkt er bra for barn – til barnets beste.»

Barn har medbestemmelsesrett i flere former; rett til å inngå arbeidsavtale, jf. vgml. § 10, rett til å drive egen næringsvirksomhet, jf. vgml. § 11, rett til å råde over midler de selv har fått til rådighet, jf. vgml. § 12, rett til å disponere egen husholdning når den mindreårige ikke bor hos foreldrene, jf. vgml. § 13 og rett til å bestemme hvilken utdanning det skal ta og hvilke foreninger det vil være medlem av, jf. bl. § 32. Det avgrenses mot disse formene for med- eller selvbestemmelsesrett da avhandlingen i all hovedsak gjelder barnets rett til å bli hørt etter bl. § 31; med- og selvbestemmelsesretten til barn med foreldre under samlivsbrudd.

I denne avhandlingen er foreldretvister med høyt konfliktnivå, samt nærmere om tvister med foreldrefiendtlighet det sentrale. Dette er et relasjonsproblem mellom barn og forelder som kan fremstå som en hindring på reell uttalelse fra barnet. F.eks. kan barnet uttrykke at det ikke vil ha kontakt med far fordi mor har omtalt far i en negativ kontekst. Mor har kanskje involvert barnet i konflikten mellom foreldrene, for å spille på barnets empati. Hun vil vise barnet at far er slem med henne, slik at barnet vil vise lojalitet til mor. Dette er svært relevant å skrive om i avhandlingen da det i 2020 kom et forslag til ny barnelov; NOU 2020:14, hvor temaet ikke blir inkludert.

Dette er meget betenkelig da temaet er anerkjent av flere psykologer som jobber med barn i foreldretvister, bl.a. i barne-, ungdoms- og familieetaten.<sup>23</sup> Man ser at antall saker om foreldrefiendtlighet øker og at et ønske om optimalisering på problemløsning på området skal legges frem av domstolene og andre instanser som behandler slike saker.

## 1.6 Sentrale begreper

I denne avhandlingen blir ordet foreldrefiendtlighet/ foreldrefremmedgjøring/ Parental alienation syndrome anvendt<sup>24</sup>. Dette uttrykket gjelder i situasjoner hvor foreldrene går igjennom et samlivsbrudd og barnet blir inkludert i konflikten mellom foreldrene. Det spesielle ved disse tilfellene er at forelderen noen ganger kan påta seg en offerrolle overfor barnet, og oppfører seg som om den andre forelderen virkelig sårer dem. På den måten spiller forelderen på barnets empati. Barna kan da utvikle foreldrefiendtlighet; barnet tar parti med en av foreldrene og får en ambivalent holdning for den andre. Barnet blir da ofte involvert i forelderens negative følelsesliv; forelderen som spiller offer deler sine negative følelser med barnet om den utstøtte forelderen.<sup>25</sup> Dette uttrykket ble omdiskutert i flere saker i lagmannsretten.<sup>26</sup>

Foreldretvister er en rettslig tvist mellom to parter, som må løses med rettslige midler.<sup>27</sup> Foreldrene blir ikke enige om fast bosted og samværets hyppighet, og dette må derfor

---

<sup>23</sup> Frafjord, 2020, internettlenke

<sup>24</sup> Meland, Sjögren og Thuen, 2019

<sup>25</sup> Frafjord, 2020

<sup>26</sup> LH-2020-63154, LG-2015-33088, LE-2019-185481, LB-2021-125712, LH-2021-167192, LA-2009-159013, LA—2011-185682, LB- 2019-184932-2 og LF-2021-38028

<sup>27</sup> Gisle, 2021

avgjøres av en domstol. Grunnloven § 104 inneholder bestemte rettigheter om uttalelserett og barnets beste. Barnets rett til uttalelse i henhold til bl. § 31 må tolkes i lys av grl. § 104 på grunn av Grunnlovens forrang, jf. grl. § 76. Anvendelse av grl. § 104 gir derfor menneskerettigheten forrang dersom det er motstrid ved bl. § 31.

Status quo prinsippet er definert som uforandret stilling eller tilstand.<sup>28</sup> I dette tilfellet vil det være snakk om å la barnet bli hvor det er i en tvist om fast bosted, fordi å flytte barnet ikke vil være til dets beste.

Rettsikkerhet har også relevans i forhold til barnets uttalelserett og at denne ikke alltid blir overholdt, og den er definert slik;

«Det er et krav om at de avgjørelsene som domstolene og forvaltningen treffer over enkeltpersoner, grupper og befolkningen som helhet, skal være mest mulig rettferdige og forutsigelige.»

Noen av disse rettsikkerhetsprinsippene er fastsatt i Grunnloven; Legalitetsprinsippet (grl. § 113), offentlighetsprinsippet (grl. § 100 fjerde ledd), det kontradiktoriske prinsipp, enhver har rett til å få sin sak avgjort av en uavhengig og upartisk domstol og innenfor rimelig tid, og domsavsigelsen skal være så rettferdig som mulig (grl. § 95), ingen kan dømmes uten etter lov eller straffes uten etter dom (grl. § 96), uskyldspresumsjonen (grl. § 96), ingen lov må gis tilbakevirkende kraft (grl. § 97) og til slutt at alle er like for loven og ingen må utsettes for usaklig og uforholdsmessig forskjellsbehandling (grl. § 98).<sup>29</sup>

I internasjonal rett innebærer likhetsprinsippet at barn har menneskerettigheter på likhet med voksne, men at dette blir eksplisitt lovfestet fordi barns rett til beskyttelse skal stå høyere enn voksne ettersom barna er de svakeste i vårt samfunn. Likhetsprinsippet fra grl. § 104 første ledd innebærer at barn skal ha den samme beskyttelsen som voksne.<sup>30</sup>

## 1.7 Reelle hensyn

I denne avhandlingen er reelle hensyn en relevant rettskilde. Dette ser vi klart av de sentrale dommene på området. Med reelle hensyn menes det som dommeren eller andre

---

<sup>28</sup> Karlsen, 2019

<sup>29</sup> Gisle, 2021

<sup>30</sup> Haugli, Bendiksen, 2021, s. 56

rettsanvendere mener er rimelig, fornuftig og hensiktsmessig.<sup>31</sup> Haugli og Bendiksen har definert reelle hensyn slik;

«Når man vektlegger reelle hensyn, blir det foretatt vurderinger av om resultatet er rimelig, rettferdig, hvilke virkninger det vil få, og om resultatet er i samsvar med lovens formål og de grunnleggende prinsipper loven bygger på. I barneretten må hensynet til å oppnå et godt og rimelig resultat for det barnet konflikten dreier seg om, i særlig grad vektlegges. Om resultater er rettferdig foreldrene imellom, om det fremmer likestilling eller andre av lovens formål, må ha en underordnet betydning.»<sup>32</sup>

I dommene som skal gjennomgås i avhandlingen, utviser retten skjønn i form av helhetsvurdering av barnets beste. Retten anerkjenner i mange dommer sine egne begrensninger ved å si at avgjørelsen er basert på diffuse skildringer av foreldrene. Det kan være den minste ting som taler i favør av en av foreldrene, som fører til at dommeren tar en avgjørelse basert på denne lille forskjellen. Domstolene som behandler tvister hvor barna vegrer seg for en av foreldrene, skal mange ganger avgjøre hvor stor vekt barnets mening skal tillegges dersom deres mening er utelukkende negativ mot en utstøtt forelder. Dommerne blir satt i en spesielt vanskelig stilling, da begge foreldre virker skikket til å ivareta barnets beste og gi det den beste omsorgen det kan få. Dette er spesielt tydelig i HR-2020-1843-A. I denne dommen er mindretallet uenig i hvor mye mangel på varsling til far, jf. bl. § 42 a, ved flytting skulle vektlegges i mors disfavør og om denne dommen skulle sanksjonere bruddet.

## **2 Barnets rett til å bli hørt**

### **2.1 Innledning**

#### **2.1.1 Skillet mellom selv- og medbestemmelsesrett**

Det er viktig å skille mellom selvbestemmelsesrett og medbestemmelsesrett.<sup>33</sup>

Selvbestemmelsesrett utøves etter bl. § 33, hvor ordlyden i lovteksten tilsier at barn skal gis økende grad av rett til å være med på avgjørelser som gjelder barnet; det være seg hårklipp

---

<sup>31</sup> Boe, 2021

<sup>32</sup> Haugli, Bendiksen, 2021, s. 39

<sup>33</sup> Ot.prp.nr.29 (2002-2003) s. 60

eller hva barnet skal ha på seg.<sup>34</sup> Mens medbestemmelsesretten utledes av bl. § 31. Det er dette som er det sentrale i denne avhandlingen.

Utgangspunktet for barns med- og selvbestemmelsesrett finnes i bl. § 30. Første ledd sier noe om rammene for foreldreansvaret; at foreldrenes bestemmelsesrett ikke kan overtre begrensningen satt i bl. §§ 31 og 33. Videre skal foreldrene dersom de har foreldreansvaret sammen ta avgjørelser for barnet sammen. I tredje ledd heter det at barnet ikke må utsettes for vold eller bli behandlet slik at den fysiske og psykiske helsa blir utsatt for skade eller fare. Det poengteres at dette også gjelder ved bruk av vold i oppdragelsesøyemed da dette er forbudt. Siste ledd i bestemmelsen fastsetter at foreldrene kan ta økonomiske avgjørelser for barnet etter reglene i vergemålsloven, som er listet i pkt. 1.5.

Bestemmelsen i bl. § 30 setter som vilkår at foreldrene ikke kan overtre begrensningen satt i §§ 31 og 33. I bl. § 33 skal foreldrene gi barnet stadig større råderett; det vil si at jo eldre barnet blir, jo mere skal de få rett til å ta egne avgjørelser om personlige forhold. Forarbeidene sier at bestemmelsen viser at foreldreansvaret faller bort ved at barnet fyller 18 år og dermed er myndig etter vergemålsloven.<sup>35</sup> Dette stemmer også med bl. § 31, hvor barnets mening skal vektlegges alt etter hvor moden barnet er, og dets alder når avgjørelser av personlig art skal tas av voksne.

Barnets rett til å bli hørt, jf. bl. § 31 er den eneste rettssikkerhetsgarantien barna har ettersom de ikke blir ansett som part i saken, men heller er tvistegjenstanden.

## **2.1.2 Rettens avgjørelsesbegrensninger**

### **2.1.2.1 Innledning**

For å kunne gå videre i bl. § 31, er bl. § 36 andre ledd essensiell i å forklare rettens avgjørelsesbegrensninger; det er i bestemmelsens andre ledd man finner at retten er begrenset til å avgjøre delt fast bosted, bosted hos en av foreldrene og samvær.

Fast bosted for et barn hvor foreldrene har gjennomgått samlivsbrudd innebærer at foreldrene kan avtale eller la domstolene avgjøre hvor barnet skal bo i hverdagen. Samvær innebærer at

---

<sup>34</sup> NOU 1977:35 s. 125

<sup>35</sup> Op.cit. s. 124 og 125

barnet får være sammen med den forelderen det ikke bor med i hverdagen. Samværsretten er regulert i kapittel 6 i barneloven.

### **2.1.2.2 Foreldreansvaret**

Utgangspunktet er at foreldre som gjennomgår et samlivsbrudd kan avtale at de skal ha foreldreansvaret sammen, eller at en av dem skal ha det alene, jf. bl. § 34 annet ledd og § 35 annet ledd. Sist nevnte bestemmelse gjelder for samboere.

Dersom foreldrene ikke blir enige, kan de bringe saken inn for domstolene, jf. bl. § 56. Dette gjelder dersom vilkåret om gyldig meklingsattest kan legges frem.

En avgjørelse om foreldreansvar skal først og fremst rette seg etter hva som er det beste for barnet, jf. bl. § 48. «Barnets beste» er en helhetsvurdering av en rekke momenter, ett av disse er medbestemmelsesretten i bl. § 31.

### **2.1.2.3 Fast bosted**

Utgangspunktet er som nevnt at foreldrene kan avtale at barnet skal bo fast sammen med begge foreldrene eller bo fast hos den ene, jf. bl. § 36 første ledd. Etter bestemmelsens andre ledd skal retten avgjøre at barnet skal bo hos en av foreldrene, dersom de ikke blir enige selv etter første ledd. Videre at retten kan avgjøre at barnet skal bo fast hos begge dersom det foreligger «særlige grunner». Med «særlige grunner» menes det at;

«Foreldrene må bo i nær geografisk avstand, barnet må kunne opprettholde kontakt med venner og fritidsaktiviteter fra begge hjem, foreldrene må kunne samarbeide godt om barnet og ikke ha et høyt konfliktnivå, og barnet må selv trives med en slik ordning. Domstolen må treffe en avgjørelse basert på hva som er best for barnet, jf. bl. § 48. Det er ikke tilstrekkelig at ovennevnte forutsetninger foreligger, eller at barnet vil kunne klare leve med delt bosted. Domstolene må foreta en konkret vurdering av hvilken bostedsløsning som vil være til barnets beste, og ikke falle ned på en mindre god løsning av hensyn til rettferdighet mellom foreldrene. I kravet om at det må foreligge særlige grunner dersom domstolen skal idømme delt bosted, ligger at domstolen må være overbevist om at delt bosted vil være barnets beste før det fattes avgjørelse om dette. Det innebærer at forutsetningene må ligge til grunn ved domsavgjørelsen, og at delt bosted ikke kan idømmes basert på antagelser om en fremtidig utvikling, for eksempel om at et eventuelt konfliktnivå vil bedre seg i etterkant av rettssaken. Dersom det er tvil om delt bosted vil være til barnets beste, må



domstolen idømme fast bosted hos den ene forelderen og samvær for den andre.

Idømmende av delt bosted antas ikke å være aktuelt for barn under syv år.»<sup>36</sup>

Det forutsetter dermed at foreldrene bor i nær geografisk beliggenhet til hverandre og at de kan samarbeide for at retten kan tilkjenne delt fast bosted. Dette blir ikke grundigere gjennomgått fordi det i denne avhandlingen handler om foreldre som gjennomgår et samlivsbrudd hvor det er høyt konfliktnivå. Altså vil delt bosted aldri være en god løsning i disse foreldretvistene som drøftes i denne avhandlingen.

## **2.2 Barnets uttalellesrett etter barneloven § 31**

### **2.2.1 Rettslig utgangspunkt**

Denne bestemmelsen angår barnas medbestemmelsesrett når det gjelder avgjørelser av personlig art. Deres mening skal høres av foreldre og andre voksne som tar avgjørelser om barnas bosted og samvær. Det er viktig å poengtere at denne uttalellesretten er sentralt fordi det er en selvstendig prosessuell rettighet samt at den skal sikre korrekt materielt innhold i avgjørelsen som tas.

Bestemmelsen lyder som følger;

«Etter kvart som barnet blir i stand til å danne seg egne synspunkt på det saka dreiar seg om, skal foreldre 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.»

I bestemmelsens første ledd fremkommer det at barnet skal gis mulighet til å uttale seg til foreldrene før de tar avgjørelser av personlig art på vegne av barnet. Det skal alltid tas hensyn

---

<sup>36</sup> Ot.prp.nr.104 (2008-2009) s. 73 og 74

til barnets alder og modenhet ved innhentning og vektlegging av dets mening. Videre at dette også gjelder andre som har med barnet å gjøre. Etter ordlyden i første ledd «skal foreldre høre kva barnet har å seie» tilsier at første ledd omhandler barnets uttalelsesrett i familien, mens «før det blir teke avgjerd om personlege forhold for barnet, mellom anna om foreldreansvaret, kvar barnet skal bu fast og samvær» kan ses som en direkte henvisning til bl. § 36 andre ledd, altså at andre ledd omhandler rettens begrensning ved å bare kunne avgjøre fast bosted og samvær.

Andre ledd er mer spesifisert for domstolene eller andre instanser i det offentlige som kan ta avgjørelser for barn. Her har loven fastsatt en nedre og øvre aldersgrense for hvor mye vekt meningene til barna bør ha. Når barna er 7 år skal man høre deres mening, og deres mening bør tilkjennes noe vekt alt etter barnets modenhet. Når barnet er over 12 år skal deres mening tilkjennes ytterligere vekt, men deres mening skal ikke nødvendigvis være utslagsgivende. Det skal derimot foreligge sterke grunner til å ikke følge den.<sup>37</sup>

I forarbeidene heter det at medbestemmelsesretten fra fylt 7 år kan føles som et overgrep fordi man pålegger barnet uforholdsmessig mye ansvar i forhold til alderen og modenhet når det gjelder deres personlige forhold.<sup>38</sup> Selv om barna har rett til å si sin mening skal de ikke presses til det.<sup>39</sup> Det er også fastsatt at første ledd gjelder alle som har med barnet å gjøre, ikke bare foreldre.<sup>40</sup>

Utgangspunktet for denne bestemmelsen er at alle barn har rett til å bli hørt i saker som gjelder deres personlige forhold. Barnet må ikke ha en bestemt mening om forholdene; det holder at de har synspunkter som er relevante for avgjørelsen.<sup>41</sup>

Bestemmelsens første ledd legger ikke opp til en bestemt aldersgrense på barna for at deres mening skal høres, men heller modenheten og alder til barnet. Denne aldersbegrensningen i andre ledd er noe uheldig ettersom det kan føre til at domstolen vurderer yngre barns mening som uinteressant, eller at det ikke er modent nok til å danne seg en mening om den. Det å ikke

---

<sup>37</sup> Sandberg, 2018

<sup>38</sup> Ot.prp.nr.62 (1979-1980) s. 23

<sup>39</sup> Innst. O. Nr. 96 (2002-2003) s. 22

<sup>40</sup> Innst. O. Nr. 30 (1980-2981) s. 9

<sup>41</sup> Sandberg, 2018

innhente barnets mening kan lede til en saksbehandlingsfeil, noe som igjen fører til at dommen blir opphevet. Barnets uttalelsesrett jf. bl. § 31, er en prosessuell rettighet som domstolene skal overholde.

### **2.2.2 Medbestemmelsesrett og prinsippet om «barnets beste» har Grunnlovs rang**

Medbestemmelsesretten innebærer at barna skal få informasjon om situasjonen slik at de kan foreta en gjennomtenkt beslutning. Alt dette avhenger av modenheten til barnet og hvor reflekterte avgjørelser barnet tar, jf. bl. § 31.

Det er ikke alltid at retten legger avgjørende vekt på barnets mening, men det hender at Høyesterett avgjør tvister på grunnlag av det.<sup>42</sup>

Barnets medbestemmelsesrett er ikke bare å finne i barneloven, men er også grunnlovsfestet. I grl. § 104 heter det at;

«Barn har krav på respekt for sitt menneskeverd. De har rett til å bli hørt i spørsmål som gjelder dem selv, og deres mening skal tillegges vekt i overensstemmelse med deres alder og utvikling.

Ved handlinger og avgjørelser som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.

Barn har rett til vern om sin personlige integritet. Statens myndigheter skal legge forholdene til rette for barnets utvikling, herunder sikre at barnet får den nødvendige økonomiske, sosiale og helsemessige trygghet, fortrinnsvis i egen familie.»

I første ledd er likhetsprinsippet lovfestet. Første ledd kan også trekkes paralleller med bl. § 31, mens andre ledd har en søsterbestemmelse i bl. § 48. I tredje ledd er ikke ordlyden like klar som i de to første. Det er her snakk om at barna har rett til beskyttelse av sin personlige frihet og videre at det er opp til myndighetene for å tilrettelegge for best mulig utvikling, både økonomisk og helsemessig. Til slutt er det tilføyd at dette helst skal skje i egen familie. Dette vil si at barna helst skal bo med en av foreldrene dersom det er til barnets beste, samt at barna

---

<sup>42</sup> Rt. 2004 s. 999 og Rt. 1990 s. 669

har en rett til å bli hørt av både foreldre og andre organer som tar beslutninger på barnets vegne.

Fra andre ledd finnes «barnets beste», som er det mest grunnleggende prinsippet i barneretten. Barnets beste er grundigere beskyttet enn barnets uttalelserett, fordi barnets beste gjelder beskyttelse for barnet dersom det er «berørt» av en tvist<sup>43</sup>, men uttalelseretten er igjen beskyttet av barnets beste da dette inngår som en del av helhetsvurderingen.

Det er også viktig å skille mellom at avgjørelsen retten tar skal være til barnets beste, altså en materiell rettighet og den prosessuelle rettigheten barnet har som er dets uttalelserett. Denne prosessuelle rettigheten barnet har om dets uttalelserett, skal igjen sørge for at avgjørelsene domstolene tar er materielt riktige; når barnet blir hørt i tvister om fast bosted og samvær medfører dette at retten har tatt hensyn til barnets uttalelserett som igjen leder til at de materielle vilkårene i bl. § 31, grl. § 104 første ledd og BK art. 12 oppstiller er oppfylte.

Fra tredje ledd må ordet «personlige integritet» tolkes. Ordet kan bety personlig autonomi eller personlig selvstendighet. Bestemmelsen gjelder barnets vern for personlig autonomi overfor alle voksne i barnets liv; foreldre, andre private parter og det offentlige.<sup>44</sup>

Det fastsettes at barnet er sårbart for utnyttelse, vold, mishandling og omsorgssvikt, og at dette er grunnen til at barnekonvensjonens bestemmelser er rettet mot statens plikt til å beskytte barnas personlige integritet.<sup>45</sup>

Grunnen til at barnets medbestemmelsesrett er fundamental i både lovgivning og rettspraksis er for å ivareta barnas rettssikkerhet. Som allerede nevnt kan dette føre til at dommerne kan utøve stort skjønn i tvister om fast bosted, noe som kan føre til at like saker får forskjellige utfall. Dette grunnleggende vernet gir barna den sterkeste beskyttelse fordi de er de svakeste i samfunnet og at det er opp til voksne og eller myndighetene å iverksette beskyttelse for barnas personlige autonomi i form av lovgivning. Lovgivningen skal påse at barnets beste er sentralt i alle saker som berører barnet og at det får uttale seg om sine ønsker.

---

<sup>43</sup> Haugli og Bendiksen, 2021, s. 56 og 57

<sup>44</sup> Haugli og Bendiksen, 2021, s. 57

<sup>45</sup> Dokument 16 (2011-2012) pkt. 32.5.5.

### 2.2.3 «barnets alder og modenhet»

I bl. § 31 andre ledd, fremkommer det to aldersgrenser; syv og tolv år.

Når barnet er fylt syv år skal det få tilstrekkelig informasjon for å kunne si sin mening om samvær og fast bosted. Denne syvårsgrensen ble satt i 2003 i forbindelse med inkorporeringen av barnekonvensjonen i norsk rett.<sup>46</sup> I forarbeidene heter det at;

«En ubetinget rett for barnet til å uttale seg fra 7-års alder i medhold av barneloven, slik foreslått i barneverntjenesteloven og adopsjonsloven, vil være et effektivt virkemiddel for å sikre at barn fra denne alderen blir hørt. I praksis vil dette føre til at flere barn enn i dag får komme til ordet. En aldersgrense vil også kunne forhindre usikkerhet om forståelsen av bestemmelsen og derav følgende ulik praktisering av denne.»

Her sier forarbeidene at dersom det knesettes en hovedregel om at barn på syv år skal høres, vil det være et effektivt virkemiddel for å sikre uttalelsesretten, også for mindre barn. Dette taler for at syvårsgrensen bør settes inn i loven. Videre i samme forarbeid drøftes ulempen ved å knesette en aldersgrense som blir at yngre barn blir glemte i prosessen. Det argumenteres derimot også for at en syvårsgrense ikke vil lede til at yngre barn ikke blir hørt ettersom det i bestemmelsen også heter at vektleggingen av barnets mening skal skje i samsvar med alder og modenhet.<sup>47</sup> I et annet forarbeid heter det at;

«Etter barneloven § 31 andre ledd skal et barn som har fylt syv år høres før det treffes avgjørelser om personlige forhold for barnet, blant annet i saker om hvem av foreldrene barnet skal bo hos. Aldersgrensen for barnets ubetingede uttalerett ble senket fra tolv år til syv år i 2003. Aldersgrensen på syv år er ikke til hinder for at også yngre barn kan ha rett til å uttale seg etter den generelle regelen i barneloven § 31 første ledd, avhengig av om de er i stand til å danne seg egne synspunkter på saken. Dette følger også av FNs barnekonvensjon. Plikten til å høre barnet har nær sammenheng med hva slags spørsmål det dreier seg om.»<sup>48</sup>

---

<sup>46</sup> Haugli, Bendiksen, 2021, s. 94

<sup>47</sup> Ot.prp.nr. 29 (2002-2003) s. 62

<sup>48</sup> Prop.85 L (2012-2013) s. 36

I det samme forarbeidet heter det at ordlyden tilsier at barnet skal høres, men det betyr ikke at barnets mening skal tillegges avgjørende vekt.<sup>49</sup> Det presiseres også at barnet har en rett, men ikke en plikt til å uttale seg i foreldretvister. Barnet skal også få informasjon situasjonen og dermed også at rettigheten ikke må gjennomføres.

Den øvre aldersgrensen i bl. § 31 andre ledd er at barnet skal høres etter de er fylt 12 år, og at deres mening skal da tillegges betydelig vekt.

I forarbeidene heter det at;

«Det følger av barneloven § 31 andre ledd siste punktum at det skal legges stor vekt på hva et barn over 12 år mener. Selv om barnets mening heller ikke i disse tilfellene trenger å bli utslagsgivende, skal det sterke grunner til for å ikke følge den.»<sup>50</sup>

Her sier forarbeidene at dersom barn over 12 år har uttrykt en mening skal det «sterke grunner» til for ikke å følge den. Videre sier samme forarbeid at;

«Enkelte høringsinstanser er uenige i forslaget om å presisere at også barn under syv år skal gi sine synspunkter i saker etter barneloven, og mener bestemmelsen vil legge utilbørlig press på de yngste barna om å uttale seg. Dette er et viktig hensyn, og departementet vil presisere at barnet må gis tilstrekkelig informasjon om at det ikke behøver å uttale seg. Det å gi uttrykk for sine synspunkter er et valg barnet har, ikke en forpliktelse.»<sup>51</sup>

Forarbeidene er tydelige på at alle barn skal høres dersom de er i stand til å danne seg en mening etter de har fått tilstrekkelig informasjon om situasjonen. Det vil si at syvårsgrensen ikke er absolutt, og det er ikke tolvårsgrensen heller, men her skal det sterke grunner til å ikke følge barnets mening.

Vilkåret om «sterke grunner» etter Prop.85 L (2012-2013) s. 36 er f.eks. dersom det ikke er til barnets beste, jf. bl. § 48.

---

<sup>49</sup> Op.cit.

<sup>50</sup> Op.cit. s. 36 og 37

<sup>51</sup> Prop.85 L (2012-2013) s. 39

## 2.3 Internasjonale bestemmelser Norge er forpliktet av

Utgangspunktet for at barnets mening skal bli hørt er jo som allerede nevnt bl. § 31, men barnets uttalelsesrett også er en menneskerettighet etter BK art. 12. Som allerede nevnt er Norge forpliktet av traktaten; at staten skal påse at barnas menneskerettigheter er ivaretatt i den nasjonale lovgivningen i tillegg til den internasjonale. Ikke bare er BK art. 12 inntatt i bl. §§ 31 og 48, men også grl. § 104. Bestemmelsen i art. 12 lyder som følger;

«1. Partene skal garantere et barn som er i stand til å gjøre 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 tilsier at barna har en rett til å bli hørt. Bestemmelsen er gjenspeilet i bl. § 31. BK Art. 12 gir bl. § 31 tolkningsbidrag og bidrar til vektlegging og argumentasjonen for å på best mulig måte ivareta barnas uttalelsesrett.

Det fremkommer av første ledd at statene som har ratifisert denne loven ved å undertegne den skal garantere at barn som er i stand til å danne seg en mening, skal kunne fritt gi uttrykk for disse i alle forhold som gjelder barnet. Domstolene, foreldre og offentlige organer; alle som tar avgjørelser på barnets vegne skal tillegge barnets mening adekvat vekt etter alder og modenhet.

I andre ledd fremkommer det at i enhver saksbehandling som berører barnet; enten av det offentlige eller i retten, skal barnet høres. Enten igjennom representant eller egnet organ. Disse må stå i samsvar med nasjonal rett. Ifølge nasjonal rett kan dommeren utnevne sakkyndig for å innhente barnets mening eller høre det selv etter bl. § 61 første ledd nr. 4. Dette kommer jeg tilbake til nedenfor.

I bestemmelsen finnes det ingen aldersbegrensning. Dette kan være både positivt og negativt. Det negative kan være at rettsanvendere kan tro at syvårs grensen er absolutt, og ikke ivaretar yngre barns uttalelsesrett. Det positive kan være at retten hører barn som er mindre enn dette

basert på ordlyden «modenhet og alder». Barnet kan bli hørt i saker som angår dem uansett alder. I den norske bestemmelsen fremgår det klart hvor terskelen går for vektlegging av barnets mening etter alder, men det fremkommer som nevnt i første ledd at man må vektlegge modenhet når en skal ta standpunkt til barnets mening. Ifølge juridiske teori fremkommer det klart at barnets rett til å bli hørt ikke nødvendigvis er relatert til alder, men heller modenhet.<sup>52</sup> Barnekomitéen mener at det å sette en aldersgrense for når barnet skal bli hørt, er uheldig da barn er meget forskjellige; noen er reflekterte fra en meget ung alder og andre ikke.<sup>53</sup>

Selv om barnet har en rett til å bli hørt, har de ikke en plikt til å si noe, jf. Innst. O. Nr. 96 (2002-2003) s. 22. Det er ikke alltid at barna vil si noe i fare for å såre en av foreldrene. Normalt sett er barna splittet når det kommer til hvem av foreldrene de vil bo hos, og det å skulle ta et standpunkt kan føles meget ubehagelig.<sup>54</sup> Både bestemmelsen i bl. § 61, rundskriv Q-2004-15 og veilederen fra domstoladministrasjonen i 2019 gir grundig veiledning hvordan barnets mening kan innhentes slik at man unngår situasjoner hvor barnet settes i lojalitetskonflikt mellom foreldrene. I saker som er spesielt krevende benyttes som regel sakkyndig, jf. bl. § 61 nr. 3. Ellers kan dommeren ha samtaler med barnet, jf. bl. § 61 første ledd nr. 4, jf. bl. § 31.

Selv om BK art. 12 ikke nødvendigvis er et utgangspunkt ved vurderingen av en tvist i norske domstoler kan denne bestemmelsen tjene som en rettskilde av sekundær art og videre underbygge barnelovens bestemmelser som typisk blir anvendt i norsk rett. Barneloven må tolkes i lys av barnekonvensjonen fordi Norge er forpliktet til å følge konvensjoner som de selv har undertegnet.

Ikke bare finnes det bestemmelser om barnets rett til å bli hørt i internasjonal lovgivning som Barnekonvensjonen, men også i EUs Charter of Fundamental Rights art. 24 -the rights of the child. I denne bestemmelsen heter det at;

«1. Children shall have the right to such protection and care as is necessary for their well-being. They may express their views freely. Such views shall be taken into

---

<sup>52</sup> Høstmælingen, Kjørholt og Sandberg, 2019 s. 109 og 124

<sup>53</sup> FNs barnekomité's generelle kommentar nr. 12, 2009, premiss 21

<sup>54</sup> Barneombudet, 2012, s. 31



consideration on matters which concern them in accordance with their age and maturity.

2. In all actions relating to children, whether taken by public authorities or private institutions, the child's best interest must be a primary consideration.

3. Every child shall have the right to maintain on a regular basis a personal relationship and direct contact with both his or her parents unless that is contrary to his or her interests».

I første ledd heter det at barn har rett til slik beskyttelse og omsorg som er nødvendig for deres beste velferd. De får lov å uttrykke sin mening uten begrensning. Disse meningene skal tas til vurdering ved saker som berører barnet i henhold til alder og modenhet. I andre ledd heter det at alle vedtak eller avgjørelser som omhandler barnet, enten tatt av offentlig eller privat institusjon skal ta utgangspunkt i barnets beste. I tredje ledd at hvert barn skal ha rett til å ivareta ved jevne mellomrom deres direkte kontakt med og personlig forhold til deres foreldre dersom det ikke strider imot deres beste.

Ordlyden i første ledd har en del likhetstrekk med BK. Art. 3 og 12, bl. §§ 48 og 31 og grl. § 104. Alle disse bestemmelsene er med på å konstatere at barn har rett til å bli hørt og at avgjørelser tatt på deres vegne skal alltid basere seg på deres beste.

## **2.4 Barnets beste – en helhetsvurdering av en rekke momenter bl.a. barnets uttalelserett**

### **2.4.1 Innledning**

Det er i denne delen domstolene utøver sitt skjønn da «barnets beste» inngår som en helhetsvurdering av flere momenter som til sammen skal utgjøre en best mulig situasjon for barnet med tanke på både bosted og samvær, som jo nevnt er begrensningen til retten, jf. bl. § 36 andre ledd. Det er her den materielle rettigheten til barnet er lovfestet og grundig beskrevet både i ordlyden og forarbeidene.

Bestemmelsen som ofte kalles «barnets beste» er bl. § 48. I bestemmelsen heter det at;

«Avgjerder om foreldreansvar, flytting med barnet ut av landet, kven barnet skal bu fast saman med og samvær, og handsaminga av slike saker, skal først og fremst rette seg etter det som er best for barnet.

Ved avgjerda skal de takast omsyn til at barnet ikkje må bli utsett for vald eller på anna vis bli handsama slik at den fysiske eller psykiske helsa vert utsett for skade eller fare.»

I bestemmelsen første ledd kommer det klart til uttrykk at barnets beste er det mest sentrale når avgjørelser om barnets personlige forhold skal tas på vegne av det. I andre ledd er det tydelig at vold mot barn er forbudt og enhver form for plagsom adferd ikke må finne sted og at dette også er sentralt når avgjørelser skal tas.

I forarbeidene heter det at andre ledd ble tilføyd for å beskytte barnet mot vold eller andre former for overgrep, og at dette var grunnleggende for alle vurderinger av barnets beste.<sup>55</sup> Dette blir ikke videre drøftet ettersom det ikke er relevant for avhandlingen, men det blir tatt med for å vise alvoret i bestemmelsen.

I NOU 1998:17 S. 11 heter det at barnets beste er sentralt i alle behandlinger av barns personlige forhold og når avgjørelser skal treffes. Også i Ot.prp.nr.29 (2002-2003) s. 82 heter det at bestemmelsen ble plassert først i kapitlet om saksbehandling så lovanvendere forstår at dette er sentralt i saker av barnerettslig karakter. På s. 41 heter det at det er essensielt at barnets beste ligger til grunn for avgjørelser av fast bosted for barn når foreldrene går fra hverandre.

I NOU 2008:9 s. 38 heter det at i tillegg til barnets beste er et generelt lov motiv er regelen både et tolkningsprinsipp og moment til en skjønnsmessig helhetsvurdering. På s. 41 heter det at de mest sentrale vurderingsmomentene er risiko ved miljøskifte, ønsket om å gi barnet størst mulig samlet foreldrekontakt, barnets egne uttalte ønsker og ønsket om å unngå deling av søsken. På samme side ble det også tatt opp et ønske om å lovfeste denne listen, men å presisere at denne ikke er uttømmende. Dette var ønsket slik at foreldrene viste hva vurderingen gikk ut på og dermed øke rettssikkerheten og forutberegneligheten.

Bestemmelsen i bl. § 48 er meget sentral i saker hvor barnets bosted skal avgjøres i domstolene. Det finnes også en lik bestemmelse i BK art. 3, som jo bl. § 48 skal tolkes i lys av. I BK. Art. 3 heter det at;

---

<sup>55</sup> Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 56

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

Ordlyden i bestemmelsen tilsier at barnets beste alltid skal stå sentralt i avgjørelser som berører barnets personlige integritet. Barnets autonomi skal respekteres av avgjørelsesorganer og foreldre. Dette er likt som i bl. § 48 om at barnets fremtid skal stå i fokus når avgjørelser tas på vegne av det.

Også I grl. § 104 andre ledd heter det at alle avgjørelser som omhandler barnets personlige forhold skal avgjøres på grunnlag av barnets beste. Denne bestemmelsen ble tatt inn for å statuere et eksempel ved at barnas menneskerettigheter er særlig beskyttet av Norge og dets rettssystem. Menneskerettighetsutvalget sier at formuleringen i første ledd første setning; «Barn har krav på respekt for sitt menneskeverd» fremhever barns likeverd og individualitet og at barn ikke har mindre verdi enn voksne.<sup>56</sup>

Det finnes derimot ingen definisjon om hva som er barnets beste i BK art. 3. Ikke bare er «barnets beste» prinsippet å finne i BK art. 3, bl. § 48 og grl. § 104, men også i EUs Charter of Fundamental Rights art. 24. Hva dette innebærer må avgjøres etter en helhetsvurdering av hver enkel sak. Det er for omfattende og skulle ha en generell definisjon ettersom foreldretvister er så forskjellige.

---

<sup>56</sup> Dokument 16 (2011-2012) pkt. 32.5.2 og Krierulf, 2015

Ordlyden «først og fremst» i bl. § 48 gir barnets beste en sterkere stilling enn etter art. 3 fordi bl. § 48 gjelder forholdet mellom foreldre og barn, mens art. 3 brukes i alle forhold som gjelder barn.<sup>57</sup>

## **2.4.2 Helhetsvurderingen**

### **2.4.2.1 Flere vurderingsmomenter**

Når en domstol skal avgjøre hvor barnet skal bo fast, er det flere vilkår som skal vurderes. Ikke bare har barnet rett til å bli hørt etter § 31, men det er flere momenter som må hensyntas; foreldrenes personlige egenskaper; det vil si hvem av dem har best økonomisk stabilitet, foreldrenes evne til stimulering via fritidsaktiviteter eller f.eks. mulighet til å hjelpe med lekser, foreldrenes intelligens, foreldrenes helse, foreldrenes alder, foreldrenes bidrag til husholdning og til slutt hvem av foreldrene setter barnas interesser fremfor deres egne. Klart skal foreldrene ha sitt eget liv, men barnas beste skal være grunnlaget for foreldrenes avgjørelser. Momenter som også spiller inn er hvem av foreldrene som kan bidra til best samlet foreldrekontakt, risiko ved evt. miljøskifte og splittelse av søsken.

### **2.4.2.2 Risiko ved miljøskifte**

Dersom domstolene skal avgjøre at et barn skal flyttes fra den ene forelderen til den andre, må risikoen ved miljøskifte vurderes. Ikke bare endres bostedet, men også skole/barnehage, omsorgsperson, venner og familie. Dommeren skal ta stilling til om disse forandringene er for radikale for et barn i den spesifikke tvisten. Noen ganger bor foreldrene så nære hverandre at dette er uten betydning, men det må fortsatt tas hensyn til endring av omsorgsperson. Det med ending av omsorgsperson kan være sårt for barnet dersom det kan være meget knyttet til den forelderen den bor med når tvisten oppstår. Dersom risikoen er for høy blir barnet boende hvor det er; altså status quo-prinsippet.<sup>58</sup> I situasjoner hvor den ene forelderen bortfører barnet kan retten som regel reagere negativt på dette å tilkjenne den andre forelderen fast bosted da forelderen som bortfører barnet setter sine egne interesser fremfor barnet.<sup>59</sup> Dette har også vært en problemstilling i en Høyesterettsdom fra nyere tid.<sup>60</sup>

---

<sup>57</sup> Smith, Lødrup, Sandberg, 2020 s. 128-129

<sup>58</sup> Smith, Lødrup, Sandberg, 2020 s. 131

<sup>59</sup> Rt. 1997 s. 43 og LB-2021-125712

<sup>60</sup> HR-2020-1843-A

### **2.4.2.3 Best samlet foreldrekontakt**

I de senere år har domstolene lagt økende vekt på best samlet foreldrekontakt.<sup>61</sup> Det tyngste vurderingsmomentet er hvem av foreldrenes bosted som kan føre til best mulig samlet kontakt mellom begge foreldrene og barnet. Det vil si at den ene forelderen f.eks. kan være flinkere å tilsidesette sine egne interesser og fremme barnets. Hvis den ene forelderen viser at den ikke er samarbeidsvillig kan dette tyde på at samvær for den andre forelderen kan være problematisk da den ene forelderen setter sitt følelsesliv fremfor barnets interesser. Retten kan da finne at risiko ved miljøskifte ikke veier tyngre enn best samlet foreldrekontakt.<sup>62</sup>

Samværs sabotasje er også et vurderingstema i slike saker; dersom den ene forelderen, f.eks. faren som barnet bor fast med omtaler mor negativt slik at barnet ikke vil dra eller sier at barnet er sykt når samvær nærmer seg slik at barnet ikke vil dra. Dersom dette er tilfellet kan det tale sterkt imot at faren skal beholde fast bosted. Da setter han sine interesser fremfor barnets. Det skal poengteres at barnets beste er å ha kontakt med begge foreldrene.

### **2.4.2.4 Deling av søsken**

Det neste vurderingsmomentet er deling av søsken. Høyesterett har vist motvilje til å dele opp en søskenflokk.<sup>63</sup> Et av vurderingstemaene om deling av søsken er da om hvor avhengige søsknene er av hverandre i det problematiske samlivsbruddet mellom foreldrene. Noen ganger er det derimot det beste for at foreldrene ikke skal være bitter, å bryte opp en søskenflokk.<sup>64</sup>

Det er også en vurdering om søskenflokken er svært knyttet til hverandre. Dersom de er knyttet til hverandre taler dette imot splittelse, men er de ikke knyttet til hverandre kan domstolen fort splitte de. Dette kan de gjøre for at f.eks. ingen av foreldrene sitter uten barn. Dersom retten legger opp til splittelse av søsken, legger som regel retten opp til at samvær skjer slik at barna kan være samme med den ene forelderen.

### **2.4.2.5 Foreldrenes personlige egenskaper**

Foreldrenes personlige egenskaper har også en del og si for avgjørelsen om hvor barna skal bo. Det er da snakk om foreldrenes mulighet til å gi barnet åndelig stimulans, deres intelligens, intellektuelle egenskaper og deres mulighet til å vise omsorg og kjærlighet for

---

<sup>61</sup> Smith, Lødrup, Sandberg, 2020 s. 134

<sup>62</sup> Rt. 1982 s. 116, Rt. 1983 s. 266, Rt, 1991 s. 1148 og Rt. 1997 s. 43

<sup>63</sup> Rt. 1982 s. 1335

<sup>64</sup> LH-2020-63154

barnet.<sup>65</sup> Foreldrenes intelligens har noe og si for hvor godt de kan bidra f.eks. med lekse hjelp eller å påvirke barnet til selvstendig tenkning. Foreldrenes evne til å gjøre barna interessert i fritidsaktiviteter. Foreldrenes helse har også noe å si for avgjørelsen. Dersom den ene har kroniske sykdommer som fører til nedsatt evne til å ivareta barnet, taler dette imot dens omsorgskapasitet. Foreldrenes alder er også en faktor. Dersom det er en stor aldersforskjell mellom foreldrene, kan dette også ha innvirkning på en avgjørelse på hvor barnet skal bo; hvis den ene er en del eldre enn den andre, kan de tale for den andres fordel.<sup>66</sup> Foreldrenes evne til å bidra til husholdningen er også en faktor som påvirker avgjørelsen. Dersom den ene alltid gjorde det meste av husarbeidet, passet barna og bidro økonomisk på lik linje med den andre, taler dette for at denne forelderen har en større evne til å ivareta en god standard i hjemmet. Foreldrenes evne til å tilside sette sine egne interesser for å fokusere på barnets, taler for at forelderen tenker på barnets beste. Retten har lagt avgjørende vekt på hvordan barna er rustet for fremtiden basert på hvem av foreldrene som er villig til å gi barnet det beste utgangspunktet.<sup>67</sup>

#### **2.4.2.6 Andre momenter**

Barnets mening etter bl. § 31 er selvsagt et stort vurderingsmoment, som drøftet overfor. Uttalelsesretten er derimot en selvstendig rettighet og bør alltid vurderes for seg selv.

Det er også andre momenter som ofte blir trukket frem, men som ikke vektlegges ved barnets beste vurdering; f.eks. hvem av foreldrene som har skyld i samlivsbruddet eller foreldrenes religiøse tilknytning.<sup>68</sup>

Det interessante er at selv om barnets beste står sentralt, og at en helhetsvurdering om hvor barnet skal bo egentlig tilsier at barnet skal bo hos den ene forelderen, kan også den andre forelderens interesser være avgjørende om fast bosted.<sup>69</sup> Det er i utgangspunktet barnet og ikke foreldrene som skal stå i fokus.

---

<sup>65</sup> Smith, Lødrup, Sandberg, 2020, s. 141

<sup>66</sup> Op.cit. s. 142

<sup>67</sup> Rt. 1986 s. 997

<sup>68</sup> Stråtveit og Herskind, 2021, s. 34

<sup>69</sup> Rt. 2010 s. 216

Problemet er også at en helhetsvurdering av momentene ikke nødvendigvis leder til en avgjørelse som baserer seg på hva som er best for barnet. Noen ganger tar domstolen avgjørelser basert på foreldrenes interesser eller avgjørelser som baserer seg helt og fullt på barnets mening, selv om dette ikke nødvendigvis er til barnets beste. Dessverre er domstolene begrenset i hva et evt. utfall kan bli i en barnefordelingssak; De kan bare avgjøre hvor barnet skal bo fast og hvordan samvær skal se ut for den andre, jf. bl. § 36 i foreldretvister med høyt konfliktnivå. Dersom det ikke er et høyt konfliktnivå, kan retten avgjøre delt fast bosted, jf. bl. § 36 andre ledd siste setning. Det kan være meget problematisk for domstolene å avgjøre hvem av foreldrene som oppfyller vurderings momentene overfor da begge foreldrene kan fremstå helt like. Dette dilemmaet gjør at domstolene ikke alltid kan treffe den beste løsningen; f.eks. familie terapi eller delt bosted. Den eneste måten domstolen kan oppnå en slik løsning er å inngå forlik mellom foreldrene gjennom mekling. Dette kan se ut til å bli forbedret ifølge forslag til ny barnelov, NOU 2020:14. Her er det nevnt at ved å øke antall meklingstimer med foreldrene før rettsbehandling, kan følgen være at flere saker avgjøres utenomrettslig.

Høyesterett har i flere dommer sagt at disse vurderingene kan være vanskelig, bl.a. i HR-2020-1843-A premiss 67.

## **2.5 Tiltak dommeren kan foreta under saksforberedelsen, jf. barnelovens § 61**

### **2.5.1 Rettslig utgangspunkt**

Før partene kan ta en sak inn for retten, må vilkåret om mekling ved familievernkontoret etter § 56 andre ledd være oppfylt. Dette gjelder uansett om foreldrene er gift eller ikke, jf. bl. § 51.

Deretter må den ene forelderen engasjere en advokat som utarbeider en stevning som blir sendt til domstolen. I utgangspunktet er barneloven bygd opp slik at foreldrene kan være selvprosederende, og at retten kan foreta en forenklet behandling, men tvistene som kommer inn til domstolen er som oftest ikke egnet for enkel behandling da de ofte har høyt konfliktnivå og at foreldrene sjeldent kan forholde seg objektive eller rolige nok til å prosessføre en så emosjonell sak.

Det første som skjer, er at partene møter opp til saksforberedende møte med sine respektive advokater hos dommeren i saken. Dommeren skal da forsøke å mekle mellom partene for å se om det er mulighet til at de kan inngå et kompromiss og til slutt forlik. Dersom dommeren ser

at det kan være mulighet for en løsning, men at partene kanskje trenger litt lengere tid vil det bli satt opp flere møter. Her kan også rettsoppnevnt sakkyndig delta, jf. bl. § 61 første ledd nr. 1 andre setning.

Dersom partene ikke kommer til enighet og saken skal bringes inn til hovedforhandling, kan partene kreve å få byttet dommer dersom en av partene føler at dommeren ikke lengere er upartisk. Det som derimot taler mot å bytte dommer i slike tilfeller er om dommeren og barnet har fått en god relasjon.<sup>70</sup>

Det finnes saker som ikke egner seg til mekling og det er i de sakene hvor barna blir utsatt for vold eller annen psykisk belastning.<sup>71</sup> I disse sakene er det avgjørende å beskytte barnet for ytterligere belastning, og det vil være opp til dommer å belyse saken på best mulig måte. Partenes rådighet i tvisten er begrenset, og retten vil derfor ikke være bundet av partenes prosesshandlinger lenger enn dette er forenlig med de offentlige hensyn, jf. LOV-2005-06-17-90 Tvisteloven § 11-4.

Bestemmelsen er ment som tiltak dommeren kan foreta under saksforberedelsen.

I bl. § 61 første leddfastsetter at;

«Retten fastset tid for hovudforhandling straks eller etter at eitt eller fleire av tiltaka i nr. 1 til 7 nedanfor er gjennomført.

1. Retten skal som hovudregel 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 imot dette. Retten fastset kva den sakkunnige skal gjere, etter at partane har fått høve til å uttale seg.
3. Der det trengst, bør retten oppnemne sakkunnig til å uttale seg om eitt eller fleire av spørsmåla som saka reiser.

---

<sup>70</sup> Stråtveit og Herskind, 2021, s. 49

<sup>71</sup> Prop.85 L (2012-2013) s. 89



4. 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 i bestemmelsen er i utgangspunktet ganske omfattende, men her er kun den relevante delen innhentet. Den mest sentrale ordlyden er første ledd nr. 4 om at dommeren kan gjennomføre samtaler med barnet, jf. bl. § 31, men nr. 1 og 3 er tatt inn for å poengtere at det kan oppnevnes en sakkyndig. Dermed er også sakkyndiges rolle i tvisten sentral, da sakkyndig alltid skal ha barnets beste i tankene. Det vil da si at sakkyndig skal høre hva barnet tenker og ønsker.

Dommeren kan etter § 61 nr. 1 og 3 oppnevne en sakkyndig som kan ha samtale med begge parter og barnet, men dette krever en helhetsvurdering av saken.

Etter første ledd nr. 4 kan dommeren gjennomføre samtaler med barnet, jf. bl. § 31. Som allerede begrunnet overfor, er bl. § 31 bestemmelsen om barns uttalelsesrett. Dermed kan dommeren møte barnet med tanke på å innhente barnets synspunkter og dets ønsker. Det kan derimot være problematisk ettersom en dommer har juridisk bakgrunn, mens en sakkyndig har psykologisk bakgrunn og vil kunne gjøre en grundigere analyse av barnet og om dets meninger faktisk er deres egne. I 2004 ble det i forbindelse med ny barnelov utgitt et rundskriv til dommere for å sikre barns uttalelsesrett. Rundskrivet inneholder informasjon til dommere om hvordan de skal tolke barnets mening og hvordan de best kan kommunisere med barnet.<sup>72</sup> I dette rundskrivet heter det bl.a. at;

«Når barn uttaler seg, vil det ofte være vanskelig å vurdere om det barnet gir uttrykk for er egne eller andres synspunkter, og om det som sies er et relativt stabilt syn eller mer situasjonsbestemt.

Samtaler med barn der de gis anledning til å gi uttrykk for sin mening, forutsetter først og fremst at barnet får alderstilpasset informasjon om hva saken gjelder, hva denne

---

<sup>72</sup> Q-2004-15 pkt. 6

informasjonen skal brukes til, hvem som får tilgang til den, hvordan den skal formidler, og at barnet står fritt til å ikke si noe.

Når den sakkyndige eller dommeren snakker med barnet, er det viktig at en sikrer at barnet har forstått informasjonen riktig. Det kan f.eks. gjøres ved å gjennomgå en tenkt situasjon sammen med barnet, og stille passende spørsmål.

Mange barn ønsker å få vite hva som skal skje og bli hørt, selv om de er ganske små. Samtidig er foreldre og andre voksne som regel opptatt av å skjerme barn, fordi informasjon og anledning til å si sin mening også innebærer en risiko for at barn utsettes for utidig press. Å bli hørt kan for noen barn bety at de opplever et direkte eller indirekte ansvar for foreldrenes eller domstolenes beslutninger. Dette må søkes motvirket.»<sup>73</sup>

I dette rundskrivet finnes også detaljert veileder for hvordan en samtale med barnet skal gjennomføres under pkt. 6.3. Veilederen i rundskrivet er opparbeidet av barne- og familiedepartementet, hvilket vil si at denne har status som en sekundær rettskilde. Regjeringen sier at «Rundskriv er orienteringer fra departementet til berørte parter om tolkninger av lover og forskrifter.»<sup>74</sup>

I mars 2019 kom også domstoladministrasjonen med en veileder til alle dommere som jobber med barn i retten bør følge. Her finnes detaljerte veiledere for hvordan samtaler med barn involvert i en foreldrekonflikt bør håndteres og hvordan en utspørring av barnet bør foregå.<sup>75</sup>

### **2.5.2 Sakkyndiges rolle**

Både i grl. § 104, BK art. 12 og bl. § 31 finnes det bestemmelser som skal bidra til å beskytte barnets rett til å bli hørt i saker som gjelder dem. Barnets rett til å bli hørt er ifølge BK art. 12 også en menneskerettighet, hvilket viser til at denne medbestemmelsesretten har et godt rettslig fundament i både internasjonal og nasjonal rett. Sakkyndiges rolle i foreldretvister er nettopp å høre barnets mening og dermed analysere barnet under samvær med foreldre.

---

<sup>73</sup> Q-2004-15 pkt. 6 s. 41 og 42

<sup>74</sup> Regjeringen, internettlenke

<sup>75</sup> Domstoladministrasjonen, 2019

Sakkyndige kan bli oppnevnt til å delta i saken allerede ved forberedende rettsmøte, jf. bl. § 61 første ledd nr. 1. Dersom saken ikke blir løst i rettsforberedende møte, kan sakkyndig bli oppnevnt av dommer for å delta i møter med barnet eller på egenhånd får ansvar for å innhente barnets mening ved å samarbeide med foreldrene og barnet, jf. bl. § 61 første ledd nr. 4.

Sakkyndiges jobb er å innhente informasjon og gi sin anbefaling til retten basert på hva som er det beste for barnet. Den sakkyndige er ikke bundet av sin rapport, men kan endre mening da vedkommende skal avlegge sin anbefaling ved slutten av hovedforhandlingen etter vitnene er hørt.<sup>76</sup> Den sakkyndige gis også mulighet til å stille spørsmål til øvrige vitner. Høyesterett har derimot uttalt at det ikke er en selvfølge at sakkyndig blir oppnevnt.<sup>77</sup> Det må også tas hensyn til at oppnevning av sakkyndig kan tilføre lengere behandling av saken og da selvsagt tar lengere tid.<sup>78</sup> Om sakkyndig skal anvendes i tvisten, må begge parter godkjenne dette.

Prinsippet om «barnets beste» står sentralt i avgjørelser om fast bosted. Domstolene må alltid vurdere hva som er det beste for barnet, jf. bl. § 48 opp mot hvem av foreldrene som er best egnet til daglig omsorg, jf. bl. § 30. Som allerede nevnt, har barn rett til å bli hørt i saker som gjelder dem, jf. bl. § 31. Den sakkyndige har som nevnt en psykologisk bakgrunn og ikke en juridisk. Det kan derfor ikke tas høyde for at den sakkyndige kan innholdet i barneloven, men den sakkyndige skal alltid ha barnets beste som et utgangspunkt for sine anbefalinger.

Dommeren er heller ikke forpliktet til å følge sakkyndig anbefaling, da det er opp til dem å avgjøre hva som er det beste for barnet.

### **2.5.3 De forskjellige høringsmetodene**

I forbindelse med ny barnelov i 2004 ble det i tillegg til loven gitt ut et rundskriv som allerede nevnt ovenfor. Det er i dette rundskrivet detaljerte veiledere i hvordan man som dommer kan håndtere møter med barn som er involvert i foreldretvister.<sup>79</sup>

---

<sup>76</sup> Stråtveit og Herskind, 2021, s. 136

<sup>77</sup> Rt. 1984 s. 762

<sup>78</sup> Rt. 2000 s. 82 og Rt. 2003 s. 478

<sup>79</sup> Q-2004-15

I 2019 kom også domstoladministrasjonen med en nasjonal veileder for behandling av barns i foreldretvister. I denne er det detaljert beskrevet hvordan dommere kan gå frem for å høre barnets mening selv om dommerne kan anvende sakkyndige etter bl. § 61.

Etter bl. § 61 første ledd nr. 4 kan dommeren selv ha møte med barnet enten alene eller ved hjelp av sakkyndig som kan oppnevnes i saken. I introduksjonen til veilederen utgitt av domstoladministrasjonen heter det at;

«Veilederen er ikke ment som noen bindende retningslinje for hvordan dommere skal behandle slike saker. Det vil alltid være mange ulike måter å håndtere slike saker på, og det vil også være ulike oppfatninger om hva som er den beste måten å håndtere en sak på. Likevel håper vi at veilederen kan være et fundament, en inspirasjon og et praktisk hjelpemiddel. Det er også et håp at bruk av veilederen vil medføre at saksbehandlingen blir mer åpen og forutsigbar for partene og de profesjonelle aktørene uansett hvilke beslutninger den enkelte dommer tar.»<sup>80</sup>

Veilederen er ikke ment som en streng retningslinje, og dommeren kan fritt velge det alternativet som passer best i saken som ligger fremfor han/henne. Hver sak og hvert barn er forskjellige, og det vil derfor være opp til dommeren å utvise sitt skjønn for hvilken løsning som er best for barnet i den aktuelle tvisten.

Det som er sentralt i begge disse veilederne er at retten skal innhente barnets mening etter bl. § 31. Det skal mye til for å ikke gjøre det; f.eks. i henhold til modenhet og alder. Dersom barnet er 3-4 år er det kanskje ikke nødvendig ettersom de ikke har utviklet evnen til å reflektere over sine valg eller utsagn.

## **2.6 Rettens vektlegging av barnets mening og konsekvenser når barnet ikke har fått uttale seg**

Som allerede nevnt er det ikke nødvendigvis slik at barnets mening har avgjørende utslag på vektleggingen av hvor barnet skal bo fast. Enkelte Høyesterettsdommer tillegger barnets mening uttrykkelig vekt, mens andre ikke nødvendigvis synes det å høre barnet er så viktig i en evt. rettssak. Det hender at Høyesterett ikke vektlegger barnets mening i de tilfellene dommeren mener at barnet er for lite og at å innhente dets mening blir unødvendig. I dette

---

<sup>80</sup> Domstoladministrasjon, 2019, s. 5

kapittelet skal flere forskjellige dommer gjennomgås, for å se hvor forskjellige meninger Høyesterett har og hvordan de vektlegger barnets mening.

Hva har Høyesterett gjort dersom et barn ikke har blitt hørt av lagmannsretten eller tingretten? Hva er resultatet ved at barnet ikke er hørt? Disse spørsmålene skal besvares her ved bruk av Høyesterettsdommer. Det finnes situasjoner hvor barnets mening ikke blir vektlagt selv om det er over 12 år. Det er i slike situasjoner hvor barnet kan havne i en lojalitetskonflikt mellom foreldrene. I disse tilfellene tillegges barnets mening mindre vekt.<sup>81</sup>

I Rt. 2007 s. 376 behandler Høyesterett medbestemmelsesrett etter bl. § 31 som gir barna rett til å uttale seg om saker som gjelder deres personlige forhold. Dette betyr at barnet skal gis tilstrekkelig informasjon om saken og skal gis anledning til å si sin mening. Dersom barnet ikke blir hørt når det har gitt ettertrykkelig uttrykk for hvor det vil bo, vil det miste tro på rettssystemet. I premiss 23 heter det at;

«Den fordel det kan bli snakk om for barna i denne saken, er at de får bo der de selv har uttrykt ønske om å få bo, Etter barnelova § 31 skal barn som har fylt 7 år få si sin mening før det blir tatt avgjørelse om dets personlige forhold, blant annet om hvem av foreldrene det skal bo hos. Når barnet er fylt 12 år, skal det legges stor vekt på hva barnet mener. Det er likevel ikke slik at barnas mening i seg selv skal være avgjørende. Barn skal i utgangspunktet ikke, uansett alder og modenhet, pålegges det ansvar det er å måtte velge mellom sine foreldre. På den annen side må man, når barnet har nådd en viss alder, og har klart gitt uttrykk for en fast mening, legge betydelig vekt på dette. Ellers vil ordningen med å rådspørre barna, som ofte innebærer en stor belastning for dem, kunne virke respektløst og krenkende.»

Disse ordene fra førstvoterende Stabel er kvass, men gir gode poeng. Dersom man skal høre barnets mening, og det faktisk gir uttrykk for hva det vil, men ikke blir hørt, kan dette virke krenkende.

I både Rt. 2012 s. 1985 og Rt. 2012 s. 2039 kan det virke som om Høyesterett har redusert betydningen av barnas rett til å uttale seg.<sup>82</sup> I den første saken var det snakk om avslag av en

---

<sup>81</sup> Stråtveit og Herskind, 2021, s. 145

<sup>82</sup> Haugli, Bendiksen, 2021, s. 96

asylsøknad. Høyesterett hørte ikke barna i denne saken da de så det som unødvendig. Årsaken var at barnets mening ikke hadde blitt utslagsgivende i avgjørelsen om avslaget på asyl var gyldig. Også i den andre dommen har Høyesterett nedtonet betydningen av barnets mening med samme grunn som den første dommen. Haugli og Bendiksen er uenig, og mener at dersom barna ikke blir hørt er det en klar saksbehandlingsfeil.<sup>83</sup> Høyesterett har i mange saker vurdert det samme. Se bl.a. Rt. 1999 s. 1183 og Rt. 2006 s. 929. Det finnes derimot også mange dommer hvor Høyesterett har konstatert at det å ikke høre barnet, ikke er en saksbehandlingsfeil, se bl.a. Rt. 2004 s. 811, Rt. 2005 s. 1693 og HR-2019-1230-A.

I Rt. 2015 s. 1388 ble et avslag på asyl behandlet av Høyesterett. Det skulle prøves om hvorvidt avslaget var gyldig. Også i denne saken har Høyesterett uttalt at barnet på 6 år hadde blitt representert av foreldre og advokat i nemda og at jenta da var blitt tilstrekkelig hørt. Det var dissens i denne saken, og seks av 19 dommere var uenige i at barnet hadde blitt tilstrekkelig hørt i denne plenumsdommen.

I HR-2020-1619-U var det omtvistet hvor barna skulle bo. Barna på 11 og 12 år hadde ikke fått uttalt seg i saken og deres mening var ikke innhentet på over ett år. Høyesterett mener i premiss 17 at det er «et visst rom for unntak dersom det er gått relativt kort til siden barnet sist uttalte seg om spørsmålet, og det heller ikke har inntruffet begivenheter i barnets liv som tilsier at dets syn kan ha endret seg.» Videre sier Høyesterett i premiss 18 at dersom lagmannsretten skal unnlate å innhente barnets mening «må det begrunnes hvorfor barnet ikke har slik rett, og hvorfor det heller ikke av hensyn til sakens opplysning er behov for å innhente det». Dette har sammenheng med at barnets uttalelsesrett etter bl. § 31 er en prosessuell rettighet som lagmannsretten må oppfylle av eget tiltak, uavhengig av hva foreldrene gjør gjeldende. Lagmannsretten hadde ikke hørt barnets mening, og dette mente Høyesterett var en saksbehandlingsfeil. Høyesterett begrunnet dette med at det var gått over et år siden barna var blitt hørt i saken sist, og at livssituasjonen til hvert fall et av barna var endret. Høyesterett mente også at denne feilvurderingen kunne virket inn på resultatet for saken og dermed opphevet lagmannsrettens kjennelse. Også i HR-2017-1996-U har Høyesterett sagt at dersom det går mere enn et år, skal barnets mening innhentes på nytt da mye skjer med barnet med hensyn til utvikling og endring av meninger. Her kom også Høyesterett frem til at det var en saksbehandlingsfeil av lagmannsretten å ikke innhente

---

<sup>83</sup> Op.cit.

barnets mening i nyere tid. I HR-2020-331-U har Høyesterett også fastsatt at det å ikke innhente barnets mening i tiden nær domsavsigelsen, men heller vente et år, er for lenge. Også denne kjennelsen ble opphevet.

I mange saker har barnet blitt hørt og fått medhold av Høyesterett i sine ønsker om fast bosted. I Rt. 2010 s. 216 handler saken om fast bosted og samvær for partenes felles datter på syv år. Jenta hadde bodd hos moren hele livet, og ville fortsette med det. Jenta fikk medhold av Høyesterett pga. hensynet til status quo, samtidig som at hun aldri hadde bodd med faren og nesten ikke kjente han. En flytting til far ville innebære sterke negative reaksjoner i følge sakkyndig. Det samme utfallet har flere lignende tvister, se bl.a. Rt. 1990 s. 669, Rt. 1997 s. 797 og Rt. 2004 s. 999.

Som nevnt ovenfor skal «særlige grunner» foreligge for å ikke gi et barn medhold i deres ønsker om fast bosted. I disse sakene er «særlige grunner» forholdet til barnets beste. Med dette mener jeg at barnet ikke har fått medhold av Høyesterett fordi deres ønsker ikke er til deres beste. F.eks. best mulig samlet foreldrekontakt eller at en av foreldrene har stilt seg negativ til samvær mellom den andre forelder og barnet. Se bl.a. Rt. 1989 s. 320, Rt. 1998 s. 857 og Rt. 2005 s. 682.

Alle disse dommene viser at Høyesterett vinger litt i å klargjøre hvor grensen går for når barnet skal høres i henhold til alder og modenhet. Dessuten kan det også virke som Høyesterett ikke klarer å fastsette grensedragningen for når det å ikke høre barnets mening er en saksbehandlingsfeil eller ikke. Dette fremstår som meget negativt fordi det svekker rettsikkerheten domstolene har blitt tilkjent for å ivareta. Forutberegneligheten blir også svekket.

## **3 Foreldrefiendtlighet**

### **3.1 Innledning**

Høyt konfliktnivå over lengere tid kan være skadelig for barna.<sup>84</sup> Dette er et typisk kjennetegn ved foreldretvister med høyt konfliktnivå. Når foreldrene ikke blir enige, fører

---

<sup>84</sup> Regjeringen, Domstolsbehandling av foreldretvister, 2021

dette til økt press for barna da de kan føle det som en lojalitetskonflikt dersom de skal «velge side» mellom foreldrene. Forarbeidene sier at;

«Sterke konflikter mellom foreldrene er noe av det som skaper størst problemer for barna ved samlivsopphør mellom foreldrene. Dersom konflikten er vedvarende og sterk, og foreldrene ikke klarer å skjerme barna for konflikten, kan det føre til varige skader for de barna striden gjelder.»<sup>85</sup>

Foreldrefiendtlighet har som regel en rot i at forelderen som ikke er utstøtt har en meget negativ holdning overfor den forelderen som er utstøtt. Når den ene forelderen ikke klarer å tilsidesette sine egne følelser for den andre når barnet er til stede, får dette innvirkning på fordi forelderen setter sine egne interesser fremfor barnets.<sup>86</sup> Dette begrepet om foreldrefiendtlighet er ikke mye brukt, men det er et begrep som blir anvendt mere og mere de siste årene.

Foreldrefiendtlighet er et begrep som er kjent ved flere navn, men de omfatter det samme; barn blir dratt inn i konflikten mellom foreldrene. Foreldrene har kanskje hatt et bittert samlivsbrudd, og vil derfor oppføre seg negativt i forhold til den andre forelderen. Forelderen som er bitter kan utvise en adferd som er med på å skape foreldrefiendtlighet hos barnet; reagere negativt ved omtale av den andre forelderen, sverte den andre forelderen, begrense kontakt med den andre forelderen, gi inntrykk av at den andre forelderen er uansvarlig og upålitelig, fortelle barnet om det økonomiske aspektet (må kanskje selge huset barnet har vokst opp i osv.), at den ene forelderen påtar seg en «offer rolle», forelderen skjermer ikke barnet for sine sårede følelser og til slutt at den ene forelderen er en bedre omsorgsperson enn den andre.<sup>87</sup> Dette resulterer i at barnet adopterer de negative holdninger som et resultat av barnets lojalitet overfor forelderen. Dette er ikke en uttømmende liste, men dette kan bidra til at barnet ikke vil dra til den utstøtte forelderen. Ofte blir også den utstøtte forelderens øvrige familie fryst ut av barnet. Flere sakkyndige er klare i sin mening; dette er omsorgssvikt.<sup>88</sup> Det

---

<sup>85</sup> NOU 1998:17 s. 41

<sup>86</sup> LH-2020-63154

<sup>87</sup> Frafjord, 2020

<sup>88</sup> Op.cit. og Meland, Sjögren og Thuen, 2019



er også bevist at dette kan ha negative konsekvenser for barnets psykologiske utvikling.<sup>89</sup>

Bufetat sier dette;

«Det som starter som en reaksjon hos barnet på foreldrenes samlivsbrudd eller konflikt (alliance), kan i noen tilfeller utvikle seg til en varig avvisning av en forelder. Barnet kan da ha blitt bærer av den ene forelderens bitterhet og ensidig negative oppfatninger av den andre. I faglitteraturen omtales dette ofte som fremmedgjøring eller foreldrefiendtlighet (parental alienation). Definisjonen på fremmedgjøring/foreldrefiendtlighet er at barnet konsekvent og over tid uttrykker sterke negative følelser og oppfatninger (har, raseri, frykt) overfor en forelder, som ikke står i samsvar med barnets faktiske erfaringer med den foreldereren. Barnets oppfatning av den avviste foreldereren utgjør et brudd med barnets tidligere relasjon til denne foreldereren, uten at dette kan forklares tilstrekkelig med at han/hun har handlet slik at barnet har behov for å beskytte seg selv.»<sup>90</sup>

Det som blir domstolenes rolle her er å ta omsorgssvikten på alvor, og å ta dette med i vurderingen av barnets beste ved avgjørelse om barnets bosted og samværsordning.

Dommeren må i disse sakene om foreldrefiendtlighet ta i betraktning at barnet ikke alltid uttrykker sin reelle mening. I rundskriv gitt ut av Barne- og familiedepartementet heter det at;

«Lojalitet mot en av foreldrene kan ikke bare forstås som negativ, men vil også kunne være et uttrykk for en gjensidig og god emosjonell relasjon. Lojalitet vil først være uheldig hvis den bunner i ansvar for den voksnes velbefinnende, ved å innta rollen som en som handler på vegne av den voksne, eller i trusler. Metodisk er dette ofte vanskelig å finne ut av, slik at det igjen vil være viktig å supplere informasjon fra barnet med observasjoner og annen informasjon.»<sup>91</sup>

Som allerede nevnt inngår hensynet til best samlet foreldrekontakt som moment i vurderingen om barnets beste. Hensynet ble for første gang vurdert i Rt. 1982 s. 116 hvor Høyesterett ga mor fast bosted fordi far la hindringer i samværet. Dessverre finnes det en rekke dommer som

---

<sup>89</sup> Meland, Sjögren og Thuen, 2019

<sup>90</sup> Bufetat, 2020, s. 44

<sup>91</sup> Q-2004-15 pkt. 6 s. 46

er kommet i ettertid om temaet.<sup>92</sup> Man kan trekke mange paralleller mellom samværssabotasje og foreldrefiendtlighet.

Noen barn ønsker ikke kontakt med den ene forelderen under et samlivsbrudd. Det kan f.eks. være fordi barnet føler at de velger side dersom de tilbringer tid med begge foreldre. Det kan også være at den ene forelderen uttaler seg negativt om den andre, slik at barnet får negative assosiasjoner til den andre forelderen (likt som i foreldrefiendtlighet). Det har også skjedd at den ene forelderen formidler på falsk informasjon til den andre at barnet er syk e.l. og ikke kan stille på samvær. Dette kalles for samværssabotasje eller samværshindring. Akkurat dette er lovregulert i bl. § 43 femte ledd.

Problemet til retten i disse tilfellene er å avgjøre om denne omsorgssvikten skal få en sanksjon; barnet må flytte fra forelderen som skaper negativ holdning i barnet. Skal dommeren sette best samlet foreldrekontakt over barnets mening?

### **3.2 Rettspraksis**

Det finnes en rekke dommer som handler om barnets uttalellesrett satt opp mot barnets best. I disse dommene skal vi se hvordan barn som har svært sterke aversjoner for en av foreldrene, uttrykker en negativ mening om en av sine foreldre som ikke fremstår som dets reelle mening. Det blir i denne delen gjennomgått to dommer om foreldrefiendtlighet med to forskjellige vurderinger og utfall.

I LH-2020-63154 gjør lagmannsretten en vurdering av foreldrefiendtlighet i en foreldretvist om fastsettelse av fast bosted og samvær.

I faktum fremkommer det at tvisten gjelder fast bosted og samvær for partenes fire barn; tvilling par på 11 år og to gutter på 14 og 16 år. De to yngste som er tvillinger og jenter har ingen problemer med noen av foreldrene, og har ikke blitt inkludert i konflikten. De vil bo like mye hos begge foreldrene. De to eldste guttene viser derimot klassiske trekk ved foreldrefiendtlighet ifølge flere psykologer i saken (for det er nemlig mange i denne tvisten; 7 psykologer og tre sakkyndige). Konfliktnivået er følgelig høyt i saken og partene blir ikke

---

<sup>92</sup> Rt. 1983 s. 266, Rt. 1989 s. 176, Rt. 1991 s. 1148, Rt. 2010 s. 216 og HR-2020-1843-A

enige om forlik. Det er i denne saken uten tvil faren som har involvert de to eldste barna i foreldrenes konflikt ved å påta seg offerrollen for å spille på guttenes empati.

Tingretten avsa slik kjennelse; barna skal bo fast hos mor og ha samvær med far utenom de første fire månedene.

Ved starten av vurderingen av det rettslige utgangspunktet legger lagmannsretten til grunn at avgjørelser av tvister om hvem barnet skal bo fast hos, skal først og fremst rette seg etter det som er best for barnet, jf. bl. § 48. Med dette i tankene fremlegger lagmannsretten at hva som er til barnets beste, må fremkomme av en helhetsvurdering som jeg allerede har gjennomgått overfor; barnets tilknytning til hver av foreldrene, foreldrenes og barnets personlige egenskaper, barnets ønske, risikoen ved miljøskifte, bomiljøet og hensynet til best mulig samlet foreldrekontakt.

Videre sier lagmannsretten at fastsettelse av samværet også først og fremst skal rette seg etter hva som er til barnets beste. Det blir også henvist til bl. § 43 andre ledd, andre punktum, hvor det heter at ved avgjørelser om samvær skal legges vekt på: «omsynet til best mulig samla foreldrekontakt, kor gammalt barnet er, i kva grad barnet er knytt til nærmiljøet, reiseavstanden mellom foreldra og omsynet til barnets ellers.»

Til slutt viser lagmannsretten til Grunnloven § 102 og EMK art. 8. Disse inneholder bestemmelser om rett til respekt for familieliv og privatliv. Det fastsettes av lagmannsretten at disse setter rammer for rettens avgjørelse om fast bosted og samvær.

Lagmannsretten vurderer begge foreldrene som ressurssterke økonomisk sett og at begge vil tilby barna gode boforhold samt at de begge vil at barna skal drive med fritidsaktiviteter. Til slutt at begge vil at barna skal nå sitt potensiale. Det poengteres at begge foreldrene i utgangspunktet er gode omsorgspersoner, men at det har skjedd noe ved samlivsbruddet som gjør at guttene ikke lenger vil ha kontakt med moren. Da det skulle formidles til barna at foreldrene skulle gå fra hverandre hadde faren sagt at det var mor som ville dette. Da reagerte guttene svært negativt og meddelte at etter barneloven kunne de selv bestemme hvor de skulle bo fordi de var gamle nok, videre at de derfor ikke trengte å ha kontakt med moren mere. Det blir også poengtert at guttene hadde vært kritisk til moren før dette møtet, og at de muligens har blitt fortalt om barneloven av en voksen.

Da familien er på familievernkontoret året før hovedforhandling i lagmannsretten for å meddele til guttene at mor skulle overta deres barndomshjem, sies det at faren forteller guttene dette med en gråtkvalt stemme. Dette er overhodet ikke en formidling som hjelper situasjonen fordi far ikke er positiv på noen måte og at dette medfører at guttene får medlidenhet for faren og dermed blir mere fiendtlig mot moren. Lagmannsretten konkluderer med at faren mest sannsynlig har påvirket barna til å bli negativt innstilt til moren.

Lagmannsrettens konkluderer i denne saken har lagmannsretten vurdert det slik at faren har omtalt mor negativt ved flere anledninger i samtaler med andre fremfor barna. Dette peker på at han nok har vært nokså negativ i sin omtale om mor når han snakker med barna uten andre tilstedte. Dette vises til i sitat fra både sakkyndige og referat fra møter hos familievernkontoret. Videre at far har inntatt en offerrolle for å spille på guttenes empati. De skal synes synd i han. Det er i det vesentlige faren som er årsaken til guttenes negative holdning overfor mor.

Det er i denne delen jeg finner det bemerkelsesverdig at lagmannsretten kommer frem til den konklusjonen de gjør. Vurderingen begynner ved å fastslå at fast bosted for barnet må avgjøres på bakgrunn av barnets beste, jf. bl. § 48, videre at en av momentene i helhetsvurderingen går ut på at barnet skal bl.a. ha best mulig samlet foreldrekontakt. I denne delen mener jeg at tingretten behandler saken bedre; de konkluderer med at dersom guttene fortsetter å bo hos far, vil de miste kontakt med moren og at dette ikke er til barnets beste ettersom de da ikke vil ha best mulig samlet foreldrekontakt hos mor. Lagmannsretten poengterer som nevnt at det er i det vesentlige faren som er årsaken til guttenes negative holdning overfor mor. Deretter at guttenes mening skal vektlegges svært tungt. Som jeg allerede har vært igjennom overfor, skal det «særlige grunner» til for å avvike fra barnets mening, når de er så store som guttene i saken. «Særlige grunner» kan være at det ikke ville være til barnets beste å vektlegge deres mening så tungt å avgjørende som lagmannsretten gjør her. Det er ikke til barnets beste å bli boende hos far, når han åpenbart ikke forsøker å oppfordre guttene til å ha en bedre holdning overfor mor eller å ha kontakt med henne. Det beste i dette tilfellet ville vært å avgjøre fast bosted hos mor og samvær med far for å kunne bygge opp forholdet mellom mor og barn igjen. På en annen side kan jeg til en viss grad forstå poengene som blir fremstilt; guttene må tvinges til mor og dette vil ikke være med på å styrke deres opplevelser med moren, heller tvert imot. Det at foreldrene bor på samme plass gjør det også lettere for guttene og finne veien hjem til far igjen. Lagmannsretten fastsetter

samvær mellom mor og guttene. Jentene får fast bosted hos mor, med samvær med far. Lagmannsretten gjør lignende vurderinger i andre like tvister.<sup>93</sup>

Også i LB-2021-125712 vurderer lagmannsretten en annen sak om foreldrefiendtlighet. Her blir det et helt annerledes resultat ved vurdering av samme element som forrige dom.

I faktum fremkommer det at tvisten gjelder fast bosted, samvær og foreldreansvar for partenes felles barn på 11 og 13 år. Det har blitt oppnevnt en og samme sakkyndig for behandling i både tingretten og lagmannsretten, jf. bl. § 61 første ledd nr. 5.

Det ble avdekket at mor hadde svingende psykisk helse. Det har blitt poengtert at hun ikke er en egnet omsorgsperson for partenes døtre. Mor evner ikke å se at det er hun som driver konflikten med far. Hun er også vedvarende utelukkende negativ i sin omtale av faren. Det har gått så langt at hun under sin yngste datters navn har sendt inn bekymringsmelding om far til barneverntjenesten angående fars nye sønn. Da dette ikke fikk følger ringte moren til barneverntjenesten for å klage. Denne oppførselen er så belastende for barna at de holder med mor for å ikke være i en konstant lojalitetskonflikt mellom foreldrene og for at hverdagen skal være overkommelig.

Tingretten avsa slik kjennelse; Barna skal bo fast hos far med begrenset samværsrett for mor.

Også i denne dommen starter lagmannsretten med å fastslå at alle avgjørelser av personlig art som tas på vegne av barnet, skal være basert på barnets beste, jf. bl. § 48. I denne dommen ble det også henvist til grl. § 104 og BK. Art. 3, for å underbygge betydningen av prinsippet om barnets beste. Videre henvises det til en rekke Høyesterettsdommer inkludert HR-2020-1843-A som blir gjennomgått grundig nedenfor. I denne sammenhengen poengterer lagmannsretten at det er en fremtidsrettet vurdering som må tas. Altså hva som vil være det beste for barna med tanke på oppvekst og utvikling. Også bl. § 31 om barnets uttalelsesrett blir fastslått av retten. De vurderer at barna er henholdsvis 11 og 13 år, og at deres mening skal tillegges betydelig vekt, spesielt den eldste som er over 12 år, jf. bl. § 31 andre ledd, siste punktum.

Lagmannsretten avfeier mors anførsel om saksbehandlingsfeil på bakgrunn av sakkyndig rapport.

---

<sup>93</sup> LG-2015-33088 og LE-2019-185481

Når det gjelder fast bosted har lagmannsretten bemerket at barna har til nå ikke hatt et stabilt omsorgsmiljø hos mor da hennes psykiske helse svinger. Dessuten blir det også bemerket at barna blir involvert i foreldrenes konflikter av mor og at dette har medført at barna har utviklet foreldrefiendtlighet mot far. Dette har påført barna betydelig belastning da de lever i konstant lojalitetskonflikt. Løsningen må derfor belage seg på hva som kan lette situasjonen for barna etter barnets beste i bl. § 48.

Lagmannsretten vurderer mor som i utgangspunktet er en ressurssterk mor som vil det beste for barna sine og hun forsøker etter beste evne å ivareta barnas interesser. Hun strever derimot med å mestre hverdagen og dermed omsorgen for barna. Hun evner ikke gi jentene trygg og stabil psykososial omsorg. Mors vedvarende psykologiske plager resulterer i at hun ikke kan gi barna et stabilt hjem. Sakkyndig sier i sin rapport til tingretten at selv om mor strever med vedvarende psykologiske plager, er ikke dette et hinder for å kunne gi barna et stabilt hjem med omsorg. Det blir også poengtert av den sakkyndige at barna beskriver at mor får funksjonsfall når jentene har møtt far. Hun har vært sengeliggende i flere dager både før jentene drar og etterpå, noe som tyder på at mor pådrar seg en offerrolle. Dette vises også når hun møter motstand ved samarbeid med f.eks. skole. Da kutter hun all kontakt mellom voksne som forsøker å hjelpe barna, og barna. Videre vurderer den sakkyndige at det er mor som driver konflikten med far, samtidig som hun mangler evne til å se sitt eget betydelige bidrag til dette.

Lagmannsretten bemerker også at barna selv beskriver situasjonen sin til miljøterapeut ved skolen, med at de strever i hverdagen fordi situasjonen hos mor er belastende. Det er med andre ord ikke forenelig med det barna nå sier om far og at de ikke vil være med han. Det blir konkludert med at barna kun er enige med mor, for å slippe ytterligere belastning i hverdagen, men at deres reelle mening er at de også vil se far. Det bemerkes også at den yngste jenta på 10 år (ved hendelsen) sendte en bekymringsmelding til barneverntjenesten mot faren om hans nye sønn. I denne e-posten uttrykker jenta bekymring for brorens omsorgssituasjon fordi faren hadde vært voldelig tidligere. Hun innrømmer at hun har fått hjelp hos moren, men ikke til å lese gjennom denne før den ble sendt. Jenta sier til sakkyndig når hun spør om hendelsen at hun har hørt fra mamma, bestefar og hans kjæreste at barnevernet skal gi tilbakemelding på bekymringsmeldinger. Når barnevernet ikke undersøker saken, ringer mor for å klage. Det fremkommer også klart at det er moren som står bak meldingen, og at hun har manipulert barnet som er i strid med barnets beste. Det blir også poengtert at mor tok barna og reiste til et annet land, og ved dette satte sine egne interesser fremfor barnets. Det er derfor ikke til

barnets beste å bli hos mor. Barna uttrykker at de vil bli hos mor, men vil flytte tilbake til Norge.

Når det gjelder vektleggingen av barnets synspunkter i vurderingen av barnets beste sier lagmannsretten at barnas beskrivelser av faren blir mer drastiske og dramatiske, videre at dette utvilsomt ikke er beskrivelse av deres reelle opplevelser med far, men heller stammer fra overdrevne og vedvarende negative utsagn om far fra mor. Lagmannsretten legger heller vekt på barnas synspunkter til miljøterapeut fra tiden før den eskalerende konflikten; at det var fint hos far.

Når det kommer til «best samlet foreldrekontakt» vurderer lagmannsretten det slik at barna kan få bedre kontakt med begge foreldrene dersom de bor hos far. Far er åpen for å få assistanse hos psykologer og andre støttepersoner ved overflyttingen til han og hans nye samboer, samt at han ikke er drivverket for konflikten mellom han og mor. Det finnes med andre ord ingen holdepunkter for at far ikke vil gjennomføre samvær med barna og mor.

Som tidligere nevnt vil lagmannsretten til slutt foreta en samlet vurdering av barnas fremtidsutsikter. Den sakkyndige er svært bekymret for den psykiske helsen og den fremtidige utviklingen til barna dersom de fortsetter å bo hos mor. Det blir poengtert at mors flytting med barna til utlandet er rettsstridig og at dette kan sees på som omsorgssvikt overfor barna.

Lagmannsrettens konkludere med at barna får fast bosted hos far og samvær med beskyttet tilsyn mellom mor og barna. Når det gjelder foreldreansvaret sier lagmannsretten at utgangspunktet er at partene har felles foreldreansvar, med mindre særlige grunner taler for at den ene forelderen har foreldreansvaret alene. I denne konkrete vurderingen står barnas interesser og behov sentralt, jf. bl. § 48. Forelderen som har foreldreansvaret har rett og plikt til å treffe avgjørelser for barnet i personlige forhold, jf. bl. §§ 31-33. Barna skal bo med far, og lagmannsretten vurderer det som uhensiktsmessig at det skal være delt foreldreansvar fordi dette vil være et hinder for fars daglige omsorg. Felles foreldreansvar forutsetter at foreldrene

kan samarbeide, noe som ikke er tilfellet her. Det har blitt gjennomført lignende vurderinger i andre saker.<sup>94</sup>

Lagmannsretten foretar etter min mening riktige vurderinger i denne tvisten. De tar for seg fordeler og ulemper ved avgjørelsen, men kommer med gode poeng og vektlegging av bevisene. De vektlegger «barnets beste» fremfor barnets ønske helt riktig etter min mening da de poengterer at fremtidsutsiktene vil være bedre hos far fordi å ho hos han vil føre til best samlet foreldrekontakt og en stabil framtid med en omsorgsfull hverdag for jentene.

## **4 Rettspolitiske vurderinger**

### **4.1 Innledning**

Det har flere ganger og senest i 2017 vært spekulert i om det skulle vært opprettet særdomstoler for å foreta avgjørelser som krever spesialutdannelse innenfor de forskjellige retts emne.<sup>95</sup> Mange ganger må dommerne ta meget vanskelige avgjørelser i tvister om barnets faste bosted. Den siste dommen som viser denne problemstillingen, er HR-2020-1843-A. Denne vil bli gjennomgått grundigere nedenfor.

Hva skjer dersom barnets mening ikke er til dets beste? Det finnes noen foreldretvister hvor barnet motsetter seg all kontakt med den andre forelderen. Hva gjør man da?

Rettsystemet har gått i begge retninger når det gjelder barna; det har både gitt barna medhold vel vitende at dette kan sementere deres mening om den utstøtte foreldrene, men også fastsatt at det er til barnets beste at de bor med den utstøtte forelderen fordi dette leder til best mulig samlet foreldrekontakt.

### **4.2 HR-2020-1843-A**

Denne dommen er tatt inn i denne delen av avhandlingen fordi momentene første- og annet voterende baserer sine avgjørelser på er så ulike at det nærmest er kritikkverdig. Her vises

---

<sup>94</sup> LB-2021-125712, LH-2021-167192, LA-2009-159013, LA-2011-186582, LB-2019-184932-2 og LF-2021-38028

<sup>95</sup> NOU 2017:8 og Andersland, 2017



også hvor fritt en dommer står i å anvende fritt skjønn i tvister angående fast bosted og samvær.

Denne foreldretvisten går ut på fastsettelse av fast bosted og samvær for partenes felles barn på åtte år. Forholdet tok slutt da mor oppdaget svangerskapet som hun ønsket, men far ikke ønsket. Det har siden vært et meget høyt konfliktnivå som toppet seg da far bestemte å kjøpe nabohuset til mor etter at barna ble større. Mor likte det slettes ikke og krevde at han flyttet. Da dette ikke skjedde, tok mor barna med til en annen del av landet hvor hun vokste opp uten å varsle far, og ble der.

I premiss 33 starter førstvoterende som representerer flertallet med rettslige utgangspunkter. Først poengteres det at når foreldrene ikke blir enig om hvor barnet skal bo, skal retten som hovedregel avgjøre at barnet skal bo fast hos en av dem, jf. bl. § 36. Videre at bl. § 48 fastsetter at avgjørelsen av personlig art tatt på vegne av barnet, først og fremst rette seg etter det som er «best for barnet». Grl. § 104 annet ledd og BK art. 3 blir også nevnt ettersom bl. § 48 er en refleksjon av prinsippet om hensynet til barnets beste.

Videre trekkes tidligere Høyesteretts dommer frem for å konstatere at «vurderingen i denne saken foretas på grunnlag av forholdene på avgjørelsestidspunktet og ta sikte på å finne den løsningen som må antas å være best for barnet i tiden fremover.» Videre går vurderingen ut på hvilke alternativer som best vil trygge barnets oppvekst og utvikling.

Også barnets uttalelsesrett jf. bl. § 31 annet ledd blir brukt for å poengtere at barna i saken skal høres ettersom de er over syv år. Videre at «Retten har imidlertid et selvstendig ansvar for å vurdere hva som tjener barnet best – man kan ikke legge ansvaret for å velge mellom foreldrene på barnet selv.»

Deretter trekker Høyesterett frem barnets rett til samvær med begge foreldrene, jf. bl. § 42. Videre at bl. § 42 a pålegger den forelderen som vil flytte, enten i Norge eller til utlandet å varsle den andre forelderen tre måneder før flytting. Vilkåret som oppstilles her er klare; Mor vil flytte og må derfor varsle far tre måneder før hun flytter. Til slutt sier Høyesterett at «Ved flytting innenlands kreves det etter barneloven § 37 ikke samtykke fra den av foreldrene som bare har samværsrett, men motsetter denne flytting, må den andre kreve megling.»

I utgangspunktet er først- og annet voterende enige om rammene for avgjørelsen retten kan ta, jf. bl. § 36. De er også enige i den skjønnsmessige helhetsvurderingen om barnets beste, jf. bl.

§ 48, grl. § 104 annet ledd og BK art. 3. Enigheten strekker seg også til det materielle innholdet i de tidligere Høyesterettsdommene i premiss 34 og barnets uttalelsesrett, jf. bl. § 31 samt samværsretten, jf. bl. § 42. Uenigheten ligger i bruddet på varslingsplikten av mor til far og dermed hva konsekvensen av dette skal være.

I premiss 58 begynner førstvoterende vurderingen sin av brudd på varslingsplikten etter bl. § 42 a. Deretter fremheves bl. § 37 hvor det fremkommer at det er den som barnet bor hos, som avgjør hvor i Norge barnet skal bo. Derfor er hensikten med § 42 a å gi foreldrene tid og anledning til å tenke igjennom situasjonen før flytting skjer. Det skal føre til at foreldrene drøfter hvordan flyttingen vil virke på samværet og også om det må foretas en ny vurdering om hvor barnet skal bo fast. Tidsfristen fremheves også som en mulighet for å innlede en rettslig prøving av spørsmålet om fast bosted og derfor be om en midlertidig avgjørelse i tvisten før flytting kan skje. Førstvoterende viser også til Rt. 2011 s. 1564 premiss 36 med henvisning til Ot.ptp.nr. 104 (2008-2009) s. 43-44 hvor det står det samme som førstvoterende fremhever i premiss 59. Videre heter det at i Prop.102 LS (2014-2015) s. 113 ikke oppstiller formkrav til varselet, men at formålet er å gi den andre forelderen klar og tydelig beskjed om flyttingen slik at det er tid til å drøfte problemstillingene ved flytting kan skje. Førstvoterende sier at det er klart at mor har brutt varslingsplikten, jf. bl. § 42 a, og at hun dermed fratok faren muligheten til å få spørsmålet belyst i megling evt. få det prøvd rettslig.

Det er her uenigheten virkelig fremtoner seg. Førstvoterende mener at mors brudd på varslingsplikten ikke er opp til retten i denne saken å sanksjonere. Dette sier førstvoterende er fordi barneloven ikke inneholder sanksjonsregler og at dette er et bevisst valg fra lovgiver, jf. Prop. 102 LS (2014-2015) s. 113 og Ot.prp.nr. 104 (2008-2009) s. 45. Her poengterer førstvoterende derimot også at det i sist nevnte forarbeid heter: «unnlatt varsling kan si noe om hvor godt vedkommende er egnet til å ivareta barnets behov for kontakt med begge foreldrene.» Videre at retten må legge avgjørende vekt på barnets beste, men at unnlatelse av varsling må være et av momentene av betydning ved vurderingen av barnets beste. Ordlyden i bl. § 48 «så vidt åpner for at fast bosted skal «først og fremst» rette seg etter det som er best for barnet – I visse tilfeller kan åpne for å flytte fast bosted fra den av foreldrene som ikke har overholdt varslingsplikten, selv om dette i den konkrete saken ikke skulle være til barnets beste.» Derfor sier førstvoterende at «selv om ordlyden i § 48 for så vidt åpner for det, er jeg sterkt nølende til å anvende barneloven § 48 på den måten som sanksjon ved unnlat varsling etter § 42 a. Forarbeider til det nå er § 42 a, gir ikke holdepunkter for at en slik praktisering av

prinsippet om barnets beste i § 48 har vært overveid.» Det blir til slutt sagt av førstvoterende at selv om det er klart at mor viste at hun ved å flytte så langt unna med barna ville begrense fars kontakt med dem, og at hennes brudd på varslingsplikten ikke taler for hennes favør, kan ikke dette være avgjørende for konklusjonen-

Annetvoterende begynner i premiss 77 med å si at hun er enig i de rettslige utgangspunktene til førstvoterende, men at hun er uenig i den konkrete vurderingen av barnas beste og at hun har et annet syn på bruddet på varslingsplikten og hensynet til best mulig samlet foreldrekontakt. De samme forarbeidene fremheves med det poeng at varslingsplikten er der for å verne om barnets rett til uttalelse og at mor derfor har brutt denne. Annetvoterende er også uenig i hvordan forarbeidene skal forstås og siterer av Prop.161 L (2015-2016) s. 46 at «I en sak for retten om hvor barnet skal bo fast, vil brudd på varslingsplikten og/ eller meklingsplikten kunne være et moment som vektlegges i disfavør av den som flyttet.» Hun sier også at i samme forarbeid på s. 37 fremkommer det at det beste for barnet er at foreldrene fortsetter å bo i nærheten av hverandre for å opprettholde best mulig samlet foreldrekontakt. Hun mener derfor at bruddet på varsling bør få betydning ved vurdering av barnets beste. Til slutt sier annetvoterende at varslingsplikten etter bl. § 42 a er ment for å hindre nettopp denne situasjonen mor her har satt far i. I tillegg er foreldrene i en rettslig prosess, hvor meklingsmøte var berammet og sakkyndig oppnevnt. Annetvoterende sier i premiss 85 at:

«At mor i denne situasjonen velger å flytte uten varsel og uten å benytte tilgjengelige ressurser for å finne en løsning, skaper både tvil om hennes evne til å samarbeide med far videre og hennes evne til å legge til rette for barnas utvikling og beste på sikt. Etter mitt syn innebar flyttingen en klar tilsidesettelse av barnas interesser. Den fratok også far muligheten til å be om midlertidig avgjørelse før flytting skjedde, noe som kan ha hatt betydning for det endelige utfallet av saken.»

Annetvoterende er enig i at barna får best samlet foreldrekontakt dersom de bor hos faren. Her legger hun betydelig mere vekt enn førstvoterende. Videre sier hun at hun ikke tillegger problematikken ved flytting til far like mye vekt som førstvoterende fordi barna skal tilbake dit de vokste opp og hvor de har et godt og stabilt miljø rundt seg. Annetvoterende poengterer også at mor har satt sine egne interesser fremfor barnas da hun valgte å flytte de uten forvarsel fra deres kjente miljø. Dette taler også i mors disfavør.

Konklusjonen ble at barna skulle fortsette å bo hos mor med begrenset samvær hos far pga. den lange reisen mellom foreldrene.

Etter min mening gjør annetvoterende en grundigere drøftelse som gir et resultat jeg sier meg enig i. Høyesterett tilkjenner her fast bosted hos mor selv om de vet at dette leder til at far kommer til å miste kontakten med sine barn, spesielt når de blir eldre. Det er også meget kritikkverdig at flertallet ikke ser mors brudd på varslingsplikten som et moment som taler meget sterkt i hennes disfavør ved helhetsvurderingen av barnets beste. Videre finner jeg det kritikkverdig at flertallet tolker loven slik at brudd på varslingsplikten ikke har sanksjon, for hva er da poenget med en slik regel? Jeg mener at brudd på en pliktbestemmelse, så absolutt skal sanksjoneres. Etter min mening viser denne dommen at selv om to dommere står fremfor den samme saken, kan de komme til to forskjellige konklusjoner, noe som tilsier at rettsikkerheten i barneretten, nærmere bl. § 36 er svekket på bakgrunn av den skjønnsmessige vurderingen. Kan man egentlig si at skjønnsutøvelsen til dommerne har den virkning at avgjørelsene i en sak om fast bosted og samvær leder til uforutsigbarhet og forskjellsbehandling som igjen fører til svekkelse av rettssikkerhetsideale i norsk barnerett?

### **4.3 NOU 2020:14 Ny barnelov**

Det ble i 2018 oppnevnt et barnelovutvalg i statsråd. Oppgaven var å skape en helt ny barnelov, hvor det er store forbedringer fra dagens barnelov.

I pkt. 8.5.1.3. har utvalget vurdert barnets beste;

«Prinsippet om barnets beste, et av grunnprinsippene i barnekonvensjonen, er inntatt i Grunnloven § 104, som er en av reglene som særskilt gjelder for barn. Utvalget ser det som en svakhet med dagens barnelov at prinsippet om barnets beste bare er tatt inn i § 48 som er plassert i lovens saksbehandlingskapittel, og etter ordlyden avgrenser seg til avgjørelser om foreldreansvar, flytting med barnet ut av landet, hvem barnet skal bo fast med, samvær og saksbehandlingen av slike saker.»

«Utvalget foreslår å ta inn en generell bestemmelse om barnets beste først i loven, som § 1-1 i utvalgets lovforslag. I tillegg til en innledende fanebestemmelse bør også prinsippet om barnets beste tas inn enkelte andre steder i loven, der det kan konkretiseres etter behov. Det foreslås derfor inntatt både i en bestemmelse om innholdet i foreldreansvaret og i en bestemmelse som relaterer seg til innholdet i noen materielle avgjørelser og saksbehandlingen av disse, som dagens § 48. Denne

lovgivningsteknikken vil etter utvalgets syn ivareta hensynet til at prinsippet må ha et allment virkeområde i loven og være synlig, samtidig som prinsippet konkretiseres og noen steder i loven knyttet til enkelte handlinger og avgjørelser.»

Utvalget har derfor i nytt lovutkast fastsatt barnets beste i §1-1 som en innledende bestemmelse i den nye barneloven. I tillegg mener utvalget at denne regelen skal være en generell bestemmelse om barnets beste som skal rette seg mot alle som har med barn å gjøre. Videre mener utvalget at dersom en bestemmelse om barnets beste skal inneholde en uttømmende momentliste som rettsanvendere skal bruke for hver sak som skal vurderes vil dette snevre inn skjønnet i bestemmelsen på en uheldig måte. Under punkt 8.5.2.3. heter det at;

«Utvalget legger til grunn at barnets rett til å bli hørt er et grunnleggende og viktig prinsipp som skal være fremtredende i en moderne barnelov. Utvalget mener at prinsippet er av stor betydning i begge de to dimensjonene det har virkning i dagens barnelov: innad i familien og i saksbehandlingen i foreldretvister.

Utvalget mener at innholdet i de materielle reglene om barns rett til å bli hørt etter gjeldende barnelov i all hovedsak er godt, og at reglene i utgangspunktet er dekkende for de kravene som stilles etter barnekonvensjonen og Grunnloven. Det er imidlertid etter utvalgets syn nødvendig å gjøre noen strukturelle grep for å synliggjøre prinsippet både allment og i de to nevnte dimensjonene og for å sørge for at loven gir uttrykk for både barnets rettighet og korresponderende pliktbestemmelse.»

Utvalget understreker at barnets rett til medvirkning først og fremst er en rettighet for barna. Videre sier utvalget at barnets rett til medvirkning ikke kan utelates fordi saken virker opplyst. Det å utelate barnets uttalelsesrett må i så tilfelle ha grunnlag i at barnet må skjermes for barnets beste. Utvalget foreslår at retten til å medvirke skal tas inn som en innledende bestemmelse. I lovutkastet ble dette satt til § 1-2 hvor dagens aldersgrense ikke ble videreført.

Når det gjelder dagens bl. § 36 mener utvalgets flertall at formuleringen er noe uheldig, og at retten skal kunne fastsette delt fast bosted for barnet, men at terskelen for å avgjøre dette skal senkes i den nye barneloven. I dagens barnelov er det fastsatt at dersom retten skal avgjøre delt bosted, må foreldrene bo nært hverandre og kunne samarbeide. Det samme skal gjelde i en ny lov, men det er en tanke at foreldrene i henhold til de nye meklingsbestemmelsene i kapittel 10 skal kunne samarbeide mye bedre. Det heter i pkt. 11.3.4.4. at;

«Utvalgets flertall foreslår å ikke videreføre barneloven § 36 annet ledd annet punktum om at det må foreligge særlige grunner for at det kan bestemmes delt fast bosted hvis foreldrene ikke er enige om hvor barnet skal bo. Flertallet mener retten bør stå fritt til å avgjøre om barnet skal ha fast bosted hos den ene av foreldrene, eller om det skal være delt fast bosted. Avgjørelsen av fast bosted og om det skal være delt fast bosted, bør treffes på bakgrunn av en konkret vurdering av hva som er det beste for barnet. Flertallet ønsker med dette en endring i terskelen, noe som kan innebære at flere får delt fast bosted idømt.»

«Utvalgets mindretall, mener at lovens ordlyd skal angi at det skal "særlige grunner" til for å idømme delt fast bosted. Etter mindretallets mening krever delt fast bosted en høy grad av samarbeidsevne mellom foreldrene, all den tid alle beslutninger av vesentlig betydning som gjelder omsorgen for barnet, må tas av foreldrene i fellesskap. Utvalgets mindretall peker på at de foreldrene som bringer sak om barnets bosted inn for retten, ikke har klart å bli enige om bostedordningen utenrettslig, og samarbeidsforholdene vil derfor ofte allerede være utfordrerne.»

Mindretallet understreker at det skal være rom for å tildele delt fast bosted, men det kan bare skje dersom det er til barnets beste.

Når det gjelder behandling av foreldretvister mener utvalget under pkt. 14.6.2 at dagens system for behandling av foreldretvister i all hovedsak bør videreføres. For at flere saker skal kunne løses utenfor domstolene, må det skje en endring i meklingsprosessen.

Familievernutvalget anbefalte i NOU 2019:20 at kravet om økt antall meklings timer måtte opp før en meklingsattest utstedes, som dette barnelovsutvalget støtter. Videre mener utvalget at økt antall meklings timer kan føre til at det inngås avtaler mellom foreldrene utenrettslig.

Dette vil derfor spare samfunnet for tid og ressurser. Dessuten har økt antall timer med mekling stort potensiale for konfliktløsning. Utvalget sier i pkt. 14.6.2 at;

«I mekling legges det vekt på å styrke partenes kontroll over løsningene og å understreke partenes eget eiendomsforhold til konflikten. Løsninger kan testes ut, og mulige konsekvenser kan diskuteres. Løsningen partene kommer frem til, er en løsning partene selv har valgt, ikke en løsning de er pålagt. Løsninger som partene selv har skapt, antas både å være bedre tilpasset den enkeltes families situasjon og i større grad å ville etterleves enn løsninger som er pålagt partene. For mange foreldre

vil det være bedre å finne løsning sammen i mekling utenfor domstolen, og for mange forutsetter dette en lengere prosess med en rekke meklingstimer.

Som nevnt pekte både særdomsutvalget (NOU 2017:8) og familievernutvalget på at det kan vurderes om familievernkontorene mer formelt skal kunne anbefale foreldrene en tidsbegrenset avtale, slik at foreldrene i større grad blir nødt til å forholde seg til aktuelle løsningsalternativer. Dette utvalget mener mekler bør kunne anbefale en tidsbestemt avtale, og vil peke på dette som en anbefaling. Dersom en mekler i en konkret situasjon ser at det innenfor meklingen er rom for utprøving av løsninger, kan mekler på en upartisk måte anbefale at partene tester ut mulige løsninger og sammen vurdere hvordan ulike ordninger fungerer. Dette kan etter utvalget syn være et virkemiddel som kan bidra til konfliktløsning utenfor domstolene for noen foreldre.»

Utvalget sier også at barn skal gis større rådighet over meklingstimer, og at barnet selv kan kreve å få endret avtaler dersom det ikke passer. Det blir også poengtert at barnet bør kunne få en samtale med familievernkontoret etter foreldrene går igjennom et samlivsbrudd uten samtykke fra foreldrene. Når det gjelder prosessen ved domstolsbehandling er det ikke noe utvalget vil endre. Det påpekes at domstolene har høy tillit hos befolkningen, og at dette ikke bør rokkes ved. Dessuten påpekes det at domstolene generelt sett har god fagkompetanse til å avgjøre tvister og at dersom antall meklingstimer økes, vil dette kunne føre til kortere prosess hos domstolene da partene allerede har forsøkt utenrettslig løsning.

Til slutt påpeker utvalget i pkt. 15.11.5 at barns rett til å bli hørt må styrkes og fremheves i en ny barnelov. «Det er avgjørende at høring av barn i foreldretvister bygger på et rettighetsperspektiv og ikke bare et spørsmål om opplysning av saken». Videre mener halvparten av utvalget at det ikke bør settes en fast aldersgrense, men at barnets alder og modenhet skal være nok for å vurdere dets mening. Den andre halvdel stemmer for å senke den nedre aldersgrensen til seks år, men også videreføre vilkåret om barnets modenhet og alder. Utvalget mener også at det ikke bør være opp til foreldrene å avgjøre om barnet er blitt tilstrekkelig hørt da det er barnets mening som skal høres og som er sentral for en evt. løsning. Utvalget sier til slutt at dersom barnet ikke er blitt hørt i tvisten er dette en saksbehandlingsfeil da det er en selvstendig prosessuell rettighet barnet har.

Barnelovutvalget har også bestemt at dagens regler om hvem som skal høre barnet skal videreføres. De påpeker at domstoladministrasjonen har utgitt en nasjonal domstol veileder

for hvordan en samtale med et barn i foreldretvist bør foregå. Denne veilederen er allerede nevnt ovenfor. Videre at vekten av barnets synspunkter skal videreføres slik det er i dag; etter barnets alder og modenhet. Barnets mening skal fremkomme i avgjørelsen, og at foreldrene dermed får innsynsrett gjennom saksdokumentene. Utvalget viderefører også det at barnet ikke skal ha partsrettigheter.

Etter min mening er ikke dette tilstrekkelig for å sikre barnets rettighet til å bli hørt. Selv om loven begynner med at alle avgjørelser eller handlinger skal ta utgangspunkt i barnets beste i § 1-1, og dets uttalelsesrett fastsatt i § 1-2, er ikke det nok for å komme frem til en løsning som kan føre til en bedre fremtid for både barn og foreldre. Spesielt med tanke på barn som er utsatt for foreldrefiendtlighet. Retten kan fremdeles ikke avgjøre at partene og deres barn skal i terapi for å reparere forholdet mellom dem etter den nye barneloven.

På en annen side er jeg enig i at en utvidelse av meklingstimer kan føre til at flere saker får en utenforrettslig løsning. Utvalget ønsker ikke å videreføre dagens ordning om tvangsmidler ved samværs sabotasje, noe jeg mener er svært uheldig. Denne muligheten for å kunne gi den forelderen bot dersom den saboterer samvær, er grunnen til at mange i det hele tatt får se sine barn slik ordningen er i dag. Utvalget har heller ikke nevnt foreldrefiendtlighet som er behandlet i et økende antall tvister. Det har riktignok ikke blitt behandlet en sak i Høyesterett om foreldrefiendtlighet, men det tror jeg bare er snakk om tid. På en annen side har grunnlaget for barnets beste og dets uttalelsesrett fått et mye sterkere fundament ved at det er tatt inn i de innledende bestemmelsene i den nye loven, noe jeg synes er en meget positiv utvikling.

Jeg mener at NOU 2020:14 ikke dekker over dagens problemer med samværsvegring eller samværs sabotasje fordi dersom den nye barneloven ikke viderefører mulkt for samværs sabotasje vil mange foreldre og barn aldri kunne gjenoppta tapt kontakt. Dette blir konsekvensen av at en av foreldrene avskiller barnet fra den andre forelderen.



# Kilder

## Litteratur

«Fra lov til rett», Synne Sæther Mæhle, Ragna Aarli, 2. utgave, 2017, Gyldendal

«Barn og foreldre», Lucy Smith og Peter Lødrup, 7. utgave 2006, Gyldendal

«Barn og foreldre», Lucy Smith, Peter Lødrup og Kristen Sandberg, 8. utgave, 2020, Gyldendal

«Foreldretvister etter barneloven», Maria Cabrera Stråtveit og Ane Fuglesang Herskind, 2021, Gyldendal

«Sentrale emender i barneretten», Trude Haugli og Lena R.L. Bendiksen, 4. utgave, 2021, Universitetsforlaget

«Barnekonvensjonen, barns rettigheter i Norge», Njål Høstmælingen, Elin Saga kjørholt og Kristen Sandberg, 4. utgave ,2019, Universitetsforlaget

«Jusleksikon», Jon Gisle, 4. utgave, 2010, Kunnskapsforlaget

«Rett og rettsanvendelse», Jens Edvin A. Skoghøy, 2018, Universitetsforlaget

## Tidsskrift

«Bedre rettslig behandling av barnesaker», tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål, 2017, s. 169-183, Geir Kjell Andersland

## Barneombudet

Barneombudet (2012) *Barnas stemme stilner i stormen - En bedre prosess for barn som opplever samlivsbrudd*

## Barne-, ungdoms- og familieetaten (Bufdir)

«Samværsvegring, Faglig forståelse og intervensjoner når barn avviser en forelder etter samlivsbrudd», region nord, 2020

## Domstoladministrasjonen

Domstoladministrasjonen, Nasjonal veileder for behandling av foreldretvister, 2019, versjon 2.0.

## Internett lenker

Anine Kirerulf, 2015, norsk lovkommentar, note 239C – rettsdata,

<https://min.reettsdata.no/Dokument/gL18140517z2EzA7104?directHit=1&dq=grl&noteid=gN18140517z2E239C> (sjekket 03.05.2022)

Definisjon på prejudikat, <https://www.ordnett.no/search?language=no&phrase=Prejudikat> (sjekket 03.05.2022)

Eivind Meland, Lena Hellblom Sjögren og Frode Thuen, «Foreldrefremmedgjøring som helserisiko», 2019, <https://tidsskriftet.no/2019/03/kronikk/foreldrefremmedgjoering-som-helserisiko> (sjekket 03.05.2022)

Jon Gisle, 2018, Store norske leksikon, <https://snl.no/prosessuell> (sjekket 03.05.2022)

Espen Karlsen, 2019, Store norske leksikon, [https://snl.no/status\\_quo](https://snl.no/status_quo) (sjekket 03.05.2022)

Eirik Holmøyvik, 2019, Store norske leksikon, [https://snl.no/Lex\\_superior-prinsippet](https://snl.no/Lex_superior-prinsippet) (sjekket 03.05.2022)

Jon Gisle, 2021, Store norske leksikon, <https://snl.no/rettssikkerhet> (sjekket 03.05.2022)

Jon Gisle, 2021, Store norske leksikon, <https://snl.no/presumsjon> (sjekket 03.05.2022)

Jon Gisle, 2021, Store norske leksikon, <https://snl.no/rettstvist> (sjekket 03.05.2022)

Erik Magnus Boe, 2021, Store norske leksikon, <https://snl.no/rettskilder> (sjekket 03.05.2022)

Jartrud Sofie Frafjord, 2020, Webinar fra Bufetat, Youtube, <https://www.youtube.com/watch?v=WLvOpOWqws> (sjekket 03.05.2022)

Kristen Sandberg, kommentarer til barneloven, (2018), Note 78, <https://min.reettsdata.no/Dokument/gL19810408z2D7z2EK5?directHit=1&dq=bl.&noteid=gN19810408z2D7z2E78> (sjekket 03.05.2022)

Kristen Sandberg, kommentarer til barneloven, (2018), Note 80, <https://min.reettsdata.no/Dokument/gL19810408z2D7z2EK5?directHit=1&dq=bl&noteid=gN19810408z2D7z2E80> (sjekket 03.05.2022)

Regjeringen, Domstolsbehandling av foreldretvister, 2021,

<https://www.regjeringen.no/no/tema/familie-og-barn/innsiktsartikler/bosted-og-samvar/foreldretvister/foreldretvister-for-domstolen/id2076318/> (sjekket 03.05.2022)

Regjeringen, om rundskriv,

[https://www.regjeringen.no/no/dokument/lover\\_regler/rundskriv/id1762/](https://www.regjeringen.no/no/dokument/lover_regler/rundskriv/id1762/) (sjekket 03.05.2022)

## **Domsregister**

### **Høyesterett**

Rt. 1982 s. 116

Rt. 1983 s. 266

Rt. 1984 s. 762

Rt. 1986 s. 997

Rt. 1989 s. 320

Rt. 1990 s. 669

Rt. 1991 s. 1148

Rt. 1997 s. 43

Rt. 1997 s. 797

Rt. 1998 s. 857

Rt. 1999 s. 1183

Rt. 2000 s. 82

Rt. 2003 s. 478

Rt. 2004 s. 811

Rt. 2004 s. 999

Rt. 2005 s. 682

Rt. 2005 s. 1693

Rt. 2006 s. 929

Rt. 2007 s. 376

Rt. 2010 s. 216

Rt. 2011 s. 1564

Rt. 2012 s.1985

Rt. 2012 s. 2039

Rt. 2015 s. 1388

HR-2017-1996-U

HR-2019-1230-A

HR-2020-331-U

HR-2020-1619-U

HR-2020-1843-A

### **Lagmannsretten**

LA-2009-159013

LA-2011-186582

LG-2015-33088

LE-2019-185481

LB-2019-184932-2

LH-2020-63154

LF-2021-38028

LB-2021-125712

LH-2021-167192

## **Lov register**

### **Barneloven**

§§ 30, 31, 32, 33, 36, 43, 43 a, 48, 51, 56 og 61.

### **Grunnloven**

§§ 73, 88, 95, 96, 97, 98, 102, 104, 113 og 121

### **Tvisteloven**

§ 11-4

## **Vergemålsloven**

§§ 10, 11, 12 og 13

## **Konvensjons register**

### **Barnekonvensjonen**

Art. 3 og 13

### **EMK**

Art. 8

## **Forarbeider**

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

NOU 1998:17 Barnefordelingssaker – avgjørelsesprosessen, saksbehandlingsregler og delt bostad

NOU 2008:9 med barnet i fokus – en gjennomgang av barnelovens regler om foreldreansvar, bosted og samvær

NOU 2017:8 Særdomstoler på nye områder? Vurdering av nye domstolsordninger for foreldretvister, barnevernssaker og utlendingssaker

NOU 2019:20 En styrket familietjeneste En gjennomgang av familieverntjenesten

NOU 2020:14 Ny barnelov Til barnets beste

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

Ot.prp.nr.62 (1979-1980) (om lov om barn og foreldre (barneloven)

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

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

Innst. O. Nr. 30 (1980-1981) Innstilling fra justiskomiteen om lov om barn og foreldre (barnelova)

Innst. O. Nr. 96 (2002-2003) Innstilling til Odelstinget fra familie-, kultur- og administrasjonskomiteen

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

Prop.102 LS (2014-2015) Lov om gjennomføring av konvensjon 19. oktober 1996 om jurisdiksjon, lovvalg, anerkjennelse, fullbyrdelse og samarbeid vedrørende foreldremyndighet og tiltak for beskyttelse av barn, og endringer i enkelte andre lover, og samtykke til ratifikasjon av konvensjonen

Prop.161 L (2005-2006) Endringer i barnelova mv. (likestilt foreldreskap)

Dokument 16 (2011-2012) Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven, 19. desember 2011

## **Rundskriv**

Rundskriv fra Barne- og familiedepartementet Q-2004-15

