

UiO : **Det juridiske fakultet**

«Barnets beste»

Om «Foreldretvister» og hvordan begrepet «barnets beste» i barneloven § 48 vurderes i avgjørelser om foreldreansvar, fast bosted og samvær.
- Analyse av lagmannsrettspraksis fra 2013 til 2015 i spørsmål om foreldreansvar.

Kandidatnummer: 204

Leveringsfrist: 10.04.2016

Antall ord: 36264



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Tema og rettslig plassering	1
1.2	Aktualitet.....	2
1.3	Avgrensninger	3
1.4	Sentrale begreper.....	4
1.4.1	Foreldretvister	4
1.4.2	Foreldreansvar.....	4
1.4.3	Fast bosted.....	4
1.4.4	Samvær	5
1.5	Metode	5
1.5.1	Relevante kilder for masteroppgaven	5
1.5.2	Fremgangsmåte for undersøkelsen.....	9
1.6	Oppgavens formål og videre fremstilling	11
2	SENTRALE HENSYN I FORELDRETVISTER	13
2.1	Likestilling mellom barn.....	13
2.2	Likestilling mellom foreldre	13
2.3	Øke beskyttelsen av de utsatte barna.....	14
2.4	Barnets beste og styrkingen av barnets selvstendighet.....	15
2.4.1	Barnets beste	15
2.4.2	Styrke barnets selvstendighet i forhold til foreldrene.....	16
2.4.3	Grunnlovsvernets betydning og forhold til internasjonale konvensjoner og håndhevingsorganer.....	16
3	KORT OM DOMSTOLPROSSESS I FORELDRETVISTER	19
3.1	Bakgrunn og hensikt.....	19
3.2	Alminnelige vilkår – prosessuell forutsetning for sak.....	20
3.2.1	Søksmålsgjenstanden, partsevne og verneting i foreldretvister	20
3.2.2	Behov for avgjørelse og krav om mekling.....	21
3.3	Partenes rådighet over tvistegjenstanden.....	22
3.4	Saksforberedende møte, bruk av sakkyndige og foreløpig avtale.....	22
3.5	Oppnevning av representant for barnet.....	24
4	FORELDRETVISTENS MATERIELLE BETYDNING	25
4.1	Juridisk innhold i foreldreansvar	25
4.1.1	Avgjørelser for barna i personlige forhold.....	25

4.1.2	Forbud mot voldsbruk.....	31
4.1.3	Opplysningsplikt til forelder uten foreldreansvar	32
4.2	Juridisk innhold i «bosted»	32
4.2.1	Rettigheter og plikter som følge av fast bosted.....	33
4.3	Juridisk innhold i samværsrett	35
4.3.1	Rettigheter og plikter som følge av samvær	36
5	FORELDRETVISTER I DOMSTOLEN	39
5.1	Mulige resultater i spørsmål om foreldreansvar.....	39
5.1.1	Rettslig utgangspunkt	39
5.1.2	Rettens kompetanse til å begrense eller sette vilkår til foreldreansvaret.....	39
5.2	Mulige resultater i spørsmål om «bosted»	40
5.2.1	Rettslig utgangspunkt	40
5.2.2	Mulige løsninger for retten	40
5.2.3	Eksempler på lagmannsrettens avgjørelser om delt bosted	41
5.3	Mulige løsninger for samværsrett.....	42
5.3.1	Rettslig utgangspunkt	42
5.3.2	Vanlig samvær.....	43
5.3.3	Samvær med vilkår	44
6	«BARNETS BESTE» SOM VURDERINGSGRUNNLAG I FORELDRETVISTER.....	45
6.1	«Barnets beste» i spørsmål om foreldreansvar.....	46
6.1.1	Rettslig utgangspunkt for foreldreansvar.....	46
6.1.2	Utgangspunkt for vurderingen av foreldreansvar i saker der foreldre har vært gift eller samboende.....	47
6.1.3	Utgangspunkt for vurderingen av barnets beste i spørsmål om foreldreansvar i saker der mor er alene.....	48
6.1.4	Utgangspunkt der foreldre blir samboere etter barnefødsel.....	49
6.1.5	Sentrale momenter for vurderingen av foreldreansvar	52
6.1.6	Sentral Høyesterettspraksis i spørsmål om foreldreansvar	54
6.2	«Barnets beste» i spørsmål om fast bosted	57
6.2.1	Rettslig utgangspunkt	57
6.2.2	Sentrale momenter for vurderingen av fast bosted.....	57
6.3	«Barnets beste» i spørsmål om samvær.....	61
6.3.1	Rettslig utgangspunkt	61
6.3.2	Sentrale momenter for vurderingen av samvær	62
6.3.3	Samværsnektelse	65
6.4	Andre hensyn enn barnets beste	67

7	UNDERSØKELSE AV LAGMANNSRETTSPRAKSIS – AVGJØRELSER I SPØRSMÅL OM FORELDREANSVAR I TIDSRUMMET 2013-2015	69
7.1	Resultat i spørsmål om foreldreansvar	69
7.2	Noen sentrale argumenter i undersøkelsen.	72
7.2.1	Foreldrenes egenskaper.....	72
7.2.2	Kontakt og avstand – Meningsfull utøvelse av foreldreansvaret.....	82
7.2.3	Kidnapping eller bortføringsfare	83
7.2.4	Vold	84
7.2.5	Barnets eget ønske	87
7.2.6	Vurdering av grunnlag for fremtidig samarbeid.....	88
8	AVSLUTTENDE VURDERINGER OG FUNN I UNDERSØKELSEN.....	91
8.1	Egenskaper - direkte og indirekte virkning på barnet.....	91
8.2	Kontakt og avstand – meningsfull utøvelse av foreldreansvaret	92
8.3	Kidnapping eller bortføringsfare	93
8.4	Vold	93
8.5	Barnets eget ønske.....	94
9	KILDER.....	96
9.1	Litteratur	96
9.2	Lov- og forskriftregister.....	97
9.3	Internasjonale konvensjoner	99
9.4	Lovforarbeider og andre offentlige dokumenter	99
9.4.1	Offentlig utredninger	99
9.4.2	Proposisjoner.....	99
9.4.3	Innstillinger	100
9.4.4	Andre offentlige dokumenter	101
9.5	Doms- og kjennelsesregister	102
9.5.1	Høyesterett	102
9.5.2	Lagmannsretten og tingretten.....	102
9.6	Internett-adresser	103

1 Innledning

1.1 Tema og rettslig plassering

Denne masteroppgaven vil behandle det juridiske innholdet i foreldreansvar, fast bosted og samvær samt hvordan begrepet «barnets beste» i barneloven¹ § 48 vurderes i foreldretvister.

Barneretten omfatter nasjonale regler, internasjonale regler og prinsipper som gjelder barnets rettsstilling.² Barn er definert i FNs barnekonvensjon³ artikkel 1 som enhver person under 18 år. Barneretten strekker seg inn over privatrettslige og offentligrettslige områder innen blant annet familierett, personrett, strafferett, erstatningsrett og den spesielle forvaltningsretten.⁴ I forholdet mellom foreldre og barn ligger det en rekke underliggende spørsmål. Hvordan løser jussen spørsmålet om hvor en jente eller en gutt skal bo, eller hvem som skal ha foreldreansvaret, i saker der foreldrene ikke blir enige? Hvordan bestemmer retten hvor mye, eller om i det hele tatt, et barn skal få være sammen med den forelder barnet ikke bor fast hos?

Barnets beste skal være det styrende hensynet for avgjørelser i foreldretvister.⁵ Ved å legge barnets beste til grunn for beslutninger i foreldretvister åpnes det for et viktig spørsmål om hvem som får uttale seg om barnets beste.⁶ Barn er forskjellige og vil ha individuelt forskjellige behov. Oppgaven vil derfor ikke kunne komme frem til noe klart regelinnhold for hva som er barnets beste i alle foreldretvister, men vil kunne besvare hvilke momenter som ofte anses som relevante og tillegges vekt. Masteroppgavens hovedhensikt er å redegjøre for hva som er av betydning for vurderingen av det materielle innholdet i barnets beste knyttet til avgjørelser i foreldretvister.

Oppgaven reiser følgende to hovedproblemstillinger:

- Hva er det juridiske innholdet i foreldreansvar, fast bosted og samvær, og hvilke resultat kan retten komme frem til?
- Hvilke momenter er sentrale i en vurdering av hva som er til det beste for barnet i foreldretvister?

¹ Lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barneloven).

² Bendiksen og Haugli (2015), s. 17.

³ FNs konvensjon om barns rettigheter (barnekonvensjonen) som ble inkorporert i norsk rett ved lov 1. august 2003 nr. 86 om endringer i lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven eller EMK.).

⁴ Kjølberg og Johansen (2006) s. 14.

⁵ Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven) § 104 andre ledd, barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 og barneloven § 48.

⁶ NOU 2008:9 vedlegg 1.

Oppgaven inneholder en undersøkelse av lagmannsrettpraksis fra perioden 2013 til 2015. Problemstilling for undersøkelsen er:

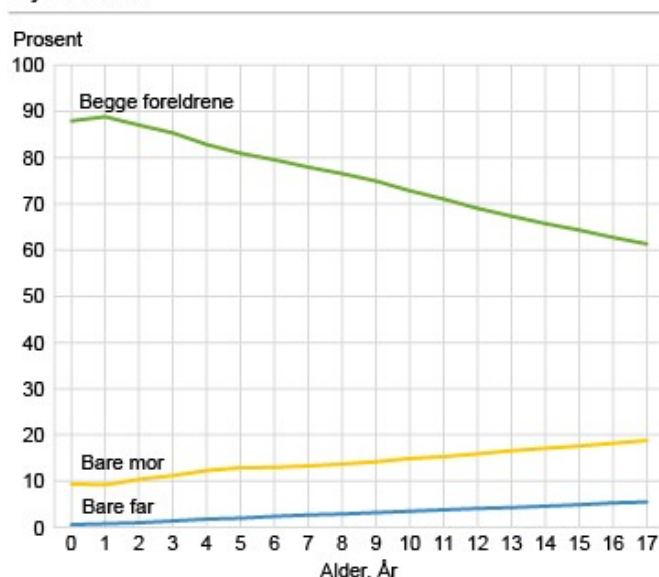
- Hvilke momenter inngår i lagmannsrettens vurdering av hva som er til barnets beste i spørsmål om foreldreansvar?

1.2 Aktualitet

I henhold til barnestatistikken fra 2014 levde omtrent 20% av 1,1 millioner barn i Norge sammen med kun en av foreldrene.⁷ I en samlet oversikt over antall saker for alle landets tingretter fremkommer det at det fra 2011 til 2015 har vært 12967 saker til behandling etter barneloven i landets tingretter.⁸

Tabell 1.1: Oversikt over barns bosituasjon pr. 1. januar 2013.⁹

**Barn 0-17 år, etter hvilke foreldre de bor sammen med.
1. januar 2013**



Tallene fra barnestatistikken sier ikke noe om årsaken til at omtrent 1 av 5 barn bor med kun en forelder.¹⁰ Det høye tallet av barn som bor med en forelder gir grunnlag for å si at spørsmålet om hvem som skal ha foreldreansvaret, hvor barnet skal bo, og hvilket samvær det skal være med den andre forelder er en problemstilling som berører svært mange barn.

⁷ Statistisk sentralbyrå (2016) «Barn og unges familier».

⁸ Domstolsadministrasjonen (2015), «Innkomne saker etter barneloven, 2011-2015».

⁹ Statistisk sentralbyrå (2016) «Barn og unges familier».

¹⁰ Det fremkommer blant annet ikke hvor mange tilfeller som skyldes dødsfall, ukjent far eller forelder som ikke ønsker kontakt med barnet.

1.3 Avgrensninger

Det er det materielle innholdet i barneloven § 48 som utgjør oppgavens hovedtema. Det er den gjeldende rett, i motsetning til hva loven kunne eller burde være, som er målet for redegjørelsen. Av hensyn til tid og omfang vil det avgrenses mot rettspolitiske drøftelser, med unntak av spørsmålet om hensiktsmessigheten av begrepet «vanlig samvær». Det avgrenses mot de prosessuelle bestemmelser og materielle innhold som gjelder for midlertidige avgjørelser. Betydningen av «barnets beste» for prosessuelle bestemmelser vil kun kommenteres kort der det er av betydning for helhetsforståelsen av foreldretvister.

Oppgavens tema avgrenses til de forhold der det er en avklart mor og far som er i foreldretvist, slik at barnevernssaker eller saker med annen 3. person ikke vil være tema for redegjørelsen eller masteroppgavens undersøkelse. Utgangspunktet i foreldretvister er at foreldrene har avtalefrihet.¹¹ Det er vanskelig å etterprøve hvilke momenter som får avgjørende betydning i avtale mellom foreldre. Oppgaven vil avgrenses til de momentene som retten legger til grunn for sine avgjørelser i foreldretvister. Det er det juridiske innholdet i bestemmelsene som er av interesse for denne oppgaven, og det avgrenses derfor mot hvordan foreldre i praksis praktiserer sin rett eller hvordan andre faggrupper vurderer begrepet «barnets beste».

Hovedvekten i denne oppgaven vil være foreldreansvar, og undersøkelsen omfatter kun momenter som av lagmannsretten ble fremhevet i dommer som avgjorde spørsmål om foreldreansvar. Momenter som inngår i vurderingen av fast bosted har vært undersøkt en rekke ganger tidligere, og er betydelig omtalt i juridisk teori.¹²

Av hensyn til omfang er undersøkelsen videre avgrenset til perioden 2013-2015. Av hensyn til tid og etterprøvbarehet er undersøkelsen avgrenset til de dommene som fremkom av de søkekriterier som er redegjort for under «fremgangsmåte for undersøkelse». På samme måte som det fremkom treff som ikke var i tråd med kriteriet for søk, så er en mulig feilkilde i oppgaven at ikke alle dommer som omhandler temaet fremkom i mitt søk. Undersøkelsen har som sådan ikke noe mål å fremstille en analyse av absolutt alle dommer i tidsperioden, men å analysere det utvalget som fremkom ved søk, og således enkelt kan gjenfinnes ved tilsvarende søk. Undersøkelsen avgrenses til kun å omfatte ratio decidendi – momentene slik de fremkommer i dommen. I de tilfeller der retten positivt henviser til at tidligere anført grunnlag for avgjørelse også legges til grunn for spørsmålet om foreldreansvar vil momentene være en del av empirien.

¹¹ Barneloven §§ 34 andre ledd, 35 tredje ledd, 36 første ledd og 43 andre ledd.

¹² Sandberg (1990), Skjørten (2005), Haugli (2007) og Martinsen (2013).

Det er kun saker der foreldrene ikke tidligere har fått avgjort spørsmål om foreldreansvar som vil være en del av undersøkelsesgrunnlaget. Endringsdommer vurderes ut ifra et vilkår om «særlige grunner».¹³ Med «særlige grunner» menes ikke sterke grunner, men at grunnlaget må være konkret og påviselig.¹⁴ Allikevel kreves det mer til endring av tidligere dom enn hva som kreves ved førstegansprøving av spørsmålet.¹⁵ Undersøkelsen avgrenses mot endrings saker da målet er et likest mulig grunnlag for momentvurdering i dommene.

1.4 Sentrale begreper

1.4.1 Foreldretvister

Med «foreldretvister» menes de tilfeller der foreldrene til et barn er uenige om hvor barnet skal bo fast, hvem som skal ha foreldreansvaret og/eller hvordan samværet skal være med den forelderens barnet ikke bor fast hos. Foreldretvister erstatter begrepet «barnefordelingssaker» eller «barnefordelingstvister». Departementet brukte begrepet «foreldretvister» gjennomgående i Innst. 374 L (2012-2013), og domstolen har adaptert begrepet på sine hjemmesider.¹⁶ Bakgrunnen for begrepsvalget er å understreke foreldrenes eierskap til konflikten, samt markere at barn ikke er til fordeling.¹⁷

1.4.2 Foreldreansvar

«Foreldreansvar» som begrep kom inn i barneloven av 1981 og erstattet tidligere begrepsuttrykk som «foreldremyndighet» og «foreldremakt» i tidligere lovgivning.¹⁸ Begrepet kan til tider misforstås i dagligtalen med det tidligere begrepet «daglig omsorg», men foreldreansvar handler om den rett og plikt foreldre har til å bestemme over barnet i personlige forhold.¹⁹

1.4.3 Fast bosted

Med fast bosted menes det stedet der barnet bor flest netter, og har sitt folkeregistrerte bosted.²⁰ Begrepet erstattet «daglig omsorg» ved lovendring som trådte i kraft 1. januar 1998.²¹ Hensynet bak endringen var å synliggjøre at den faktiske omsorgen også utøves av samværsforelderens ved samvær.²² Begrepet «daglig omsorg» benyttes fortsatt i annen lovgivning.²³

¹³ Barneloven § 64.

¹⁴ Rt. 1997 s. 442.

¹⁵ Sandberg (2010) note 236.

¹⁶ Domstolsadministrasjonen (2016) om foreldretvister.

¹⁷ Innst. 374 L (2012-2013) punkt 1.1.1.

¹⁸ Sandberg (2010) note 68.

¹⁹ Rettigheter og plikter i foreldreansvaret redegjøres nærmere i masteroppgavens punkt 4.1.

²⁰ Kjølberg og Johansen (2006) s. 60.

²¹ Lov 13. juni 1997 nr. 39: endring av lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre.

²² Ot.prp. nr. 56 (1996-1997) punkt 6.1.4.

Begrepet «eneomsorg» benyttes i Lignings-ABC der det menes «fast bosted» etter barneloven.²⁴

Delt bosted tilsier at foreldrene deler de ansvar og rettigheter som følger av fast bosted. Delt bosted forutsetter enighet mellom foreldrene eller avgjørelse fra domstolen, og inntreffer ikke automatisk som følge av likedelt samværsordning.²⁵

1.4.4 Samvær

Med samvær menes den tidfestede retten barnet og forelderen barnet ikke bor fast hos har krav på å tilbringe sammen.²⁶ Samværet kan følge av avtale eller dom. Med «vanlig samvær» menes samværsordning i tråd med legaldefinisjonen i barneloven § 43 andre ledd. «Vanlig samvær» gir rett til å være sammen med barnet en ettermiddag i uken med overnatting, annenhver helg, til sammen tre uker i sommerferien, og annenhver høst-, vinter-, jul- og påskeferie.

1.5 Metode

Oppgaven består av en redegjørelse for gjeldene rett, og en undersøkelse av lagmannsrettens behandling av spørsmål om foreldreansvar for perioden 2013-2015. I det følgende vil jeg ta for meg de kilder som vil benyttes, og de metodiske avveininger som ligger til grunn for bruken av rettskildene i masteroppgaven. Videre vil jeg redegjøre for fremgangsmåten som er benyttet for masteroppgavens undersøkelse av lagmannsrettspraksis.

1.5.1 Relevante kilder for masteroppgaven

1.5.1.1 Internasjonale konvensjoner

De fem menneskerettskonvensjonene er sentrale rettskilder i barneretten.²⁷ Menneskerettskonvensjonene er inkorporert i menneskerettsloven.²⁸ Menneskerettsloven og barnekonvensjonen er gitt rettskildemessig rang over vanlig lov.²⁹ Betydningen av at lovgiver gir bestemmelsene forrang ved motstrid er at domstolen må fravike fra å benytte ordinære forrangsregler

²³ Lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester (barnevernloven) § 4-12.

²⁴ Lignings-ABC 2015-2016, foreldrefradrag, punkt 5.3 s. 574.

²⁵ Sandberg (2010) note 92.

²⁶ Kjølberg og Johansen (2006) s. 93.

²⁷ Den europeiske Menneskerettskonvensjonen med tilleggsprotokoller 4. november 1950 (Menneskerettskonvensjonen eller EMK.), FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter 16. desember 1966 (ØSK), FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter 16. desember 1966 (SP), FNs barnekonvensjon 20. november 1989 (barnekonvensjonen) og FNs kvinnekonvensjon 18. desember 1979.

²⁸ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) § 2

²⁹ Menneskerettsloven § 3.

ved motstrid. De rettskildemessige prinsippene som *lex posterior* og *lex specialis*, som ellers gjelder i norsk rett, kommer derfor i utgangspunktet ikke til anvendelse for menneskerettsloven.³⁰ For denne masteroppgavens tema er det spesielt menneskerettskonvensjonen art. 6 og 8 og barnekonvensjonens art. 3,7,8,9,12,18 og 19 som vil ha relevans.³¹ Grunnloven § 92 sikrer at alle konvensjoner Norge har knyttet seg til på menneskerettsområdet skal respekteres og sikres av myndighetene.³² FNs barnekonvensjon ble inkorporert i norsk lov med virkning fra 1. oktober 2003, og gjelder som norsk lov i alle barnerettslige spørsmål.³³ Menneskerettsloven gjelder «enhver», og således også barn.³⁴ I norsk rett er det tradisjoner for å praktisere det dualistiske prinsipp, men motstridsspørsmål i forhold til folkeretten søkes allikevel løst ved å presumere at norsk rett stemmer overens med folkeretten.³⁵ En foretar i så tilfeller en harmonerende tolkning av norsk rett som følge av dette presumsjonsprinsippet. Ved motstrid mellom folkeretten og norsk rett, der folkeretten ikke kan innfortolkes i gjeldende norsk rett, eller der avgjørelser i internasjonale domstoler ikke kan følge av norsk lov, skal den nasjonale rettsregel gå foran.³⁶ Som en følge av dette vil en kunne si at argumenter og rettskilder av folkerettslig opprinnelse, konvensjoner og internasjonale avgjørelser er relevante i barneretten, men ved motstrid som ikke kan harmoneres er det norsk rett som går foran.

1.5.1.2 Lovgivningen

Barneloven trådte i kraft 1. januar 1982. Barneloven avløste tidligere lover av 21. desember 1956 nr. 9 om born i ekteskap (bie) og nr. 10 om born utanom ekteskap (bue), samt tre mindre lover³⁷. Barneloven hører nå inn under Barne-, likestillings-, og inkluderingsdepartementet.

Gjeldende barnelov regulerer det indre forholdet i barnefamilien. Loven skal gi grunnlag for å løse spørsmål om foreldreansvar, hvem barnet skal bo sammen med og spørsmål om samværsrett der hensynet i stadig større grad har gjort seg gjeldende i at avgjørelser skal tas ut ifra hva som er det beste for barnet.³⁸ Barneloven vil være en svært sentral kilde i denne masteroppgaven. Departementet har uttalt at «... barnekonvensjonen i alle hovedsak anses oppfylt i norsk rett, og at norsk rett til dels gir sterkere rettigheter enn det som følger av konvensjo-

³⁰ NOU 2002:12 punkt 7.6.

³¹ Barnekonvensjonen står nærmere omtalt i Innst. O. nr. 92 (2002-2003).

³² Bendiksen og Haugli (2015) s. 29.

³³ Menneskerettsloven § 2 nr. 4, jfr. lov 1. august 2003 nr. 86, se også: Ot.prp. nr. 45 (2002-2003)

³⁴ EMK. art. 1.

³⁵ Innst. S. nr. 252 (2004-2005) punkt 3.6.1.1 «Folkerettslige forpliktelser og intern rett».

³⁶ Rt. 2000 s. 1811, særlig s. 1831-1832.

³⁷ Lov 19. juni 1931 nr. 3 om inndrivelse av underholdningsbidrag fastsatt av fremmed stat, lov 21. desember 1956 nr. 8 om gransking av arvemerke til bruk i barnefarsak og lov 20. desember 1974 nr. 66 om indeksregulering av underholdningsbidrag.

³⁸ Barneloven § 48.

nen».³⁹ Av hensyn til det kildemessige omfanget vil det i den videre behandlingen legges til grunn at barneloven er i tråd med barnekonvensjonen innenfor oppgavens tema.

1.5.1.3 Lovendringer og forarbeider

Barneloven har siden vedtagelsen vært gjennom en rekke endringer. De siste endringer som har trådt i kraft ble vedtatt 21. juni 2013. Endringene som har blitt vedtatt etter 2013, som knytter seg til forpliktelsene etter Haagkonvensjonen 19. oktober 1996 som trer i kraft 1. juli 2016, vil kun kommenteres der det er naturlig.⁴⁰ Konvensjonen inneholder bestemmelser om internasjonal privatrett og samarbeid når det gjelder foreldremyndighet og tiltak for beskyttelse av barn.⁴¹ Disse endringene kan ikke legges til grunn som gjeldende rett i skrivende stund.

Forarbeidene til barneloven utgjør en viktig kilde for å tolke innholdet i bestemmelsene. Alle endringer som er trådt i kraft i barneloven medfører at både de opprinnelige forarbeidene til barneloven og forarbeidene til endringslovene vil være sentrale kilder i denne oppgaven. De argumenter som fremkommer i merknader og begrunnelser for endringer vil ha betydelig verdi som uttrykk for lovgivers hensikt og intensjon, som i norsk rettsanvendelse tillegges stor vekt.

1.5.1.4 Rettspraksis

Høyesteretts lojalitet til egen tidligere praksis, prinsippet om likhet for loven, samt det faktum at Høyesterett dømmer i siste instans i Norge, jfr. Grunnloven § 88, tilsier at Høyesterettspraksis er en viktig rettskilde i norsk rettsanvendelse. Høyesterettspraksis vil i masteroppgaven ha en viktig betydning for vurderingen av selve innholdet i bestemmelsene og reglene om saksbehandling. Rettsanvendelsen i barneretten skiller seg noe fra tradisjonell rettsanvendelse som handler om å holde faktum mot en regel.⁴² Vurderingsgrunnlaget «barnets beste» medfører at avgjørelser ikke bare handler om hva som har vært, men i større grad om hva som vil bli til det beste for barnet.⁴³ Resultatet skal avgjøres ut ifra en skjønnsmessig vurdering av hva som vil bli det beste for det individuelle barnet fra domsavsigelsen og fremover i tid.⁴⁴ Det tilsier ikke at tidligere hendelser er uten betydning, men at retten bygger avgjørelsen sin på hvilket resultat som vil være det beste for barnet i fremtiden. Barn er forskjellige, og har for-

³⁹ Ot.prp. nr. 45 (2002-2003) punkt 4.3.3 første avsnitt.

⁴⁰ Lov 4. september 2015 nr. 85 om gjennomføring av konvensjon 19. oktober 1996 om jurisdiksjon, lovvalg, anerkjennelse, fullbyrdelse og samarbeid vedrørende foreldremyndighet og tiltak for beskyttelse av barn (lov om Haagkonvensjonen 1996) samt undertegning og ratifikasjon av konvensjonen og utpeking av sentralmyndighet.

⁴¹ Innst. 329 L (2014-2015).

⁴² Bendiksen og Haugli (2015) s. 23 siste avsnitt.

⁴³ Bendiksen og Haugli (2015) s. 69

⁴⁴ Bendiksen og Haugli (2015) punkt 2.1 og punkt 6.4.

skjellige behov. Det medfører at en må avveie rettskilders relevans og vekt ut ifra hva som er relevant for det barnet avgjørelsen retter seg mot.

Argumentasjon Høyesterett har benyttet i vurderingen av innholdet i loven vil være av betydning i form av hva som kan ha relevans i vurderingen av barnets beste.⁴⁵ Det samme må kunne sies dersom Høyesterett anser at et argument ikke er relevant på et generelt grunnlag. De momenter Høyesterett tidligere har benyttet vil kunne være et utgangspunkt for vurderingen av hva som kan legges til grunn for avgjørelser til det beste for barnet.⁴⁶ Prinsippet om barnets beste tilsier, ut ifra at det omhandler hva som er best for det enkelte individuelle barnet, at vektingen Høyesterett foretar av argumenter i den enkelte sak er av mindre interesse i barneretten enn annen rettsanvendelse.⁴⁷ I vurderingen av hva som er til barnets beste, vil argumenter som ennå ikke er nedfelt i Høyesterettspraksis også kunne være relevante.⁴⁸ Dette følger av den skjønnsmessige vurderingen som må foretas i hver enkelt sak, og at hensyn og relevans vil avhenge av den konkrete saken som vurderes. Vurderingen av barnets beste er et område hvor det over tid vil kunne skje verdimessige og forskningsmessige endringer av hva som er til det beste for barnet. Dette er forhold som retten må ta i betraktning ved skjønnsmessige vurderinger, og som vil medføre at Høyesterett sin prejudikatvirkning i foreldretvister ikke får like stor betydning som den gjør på andre rettsområder.⁴⁹

Det fremkommer ni dommer fra Høyesterett i perioden 2004-2014 som omhandler «barnets beste» i saker om samvær, foreldreansvar eller fast bosted.⁵⁰ Det at omfanget av praksis fra Høyesterett er begrenset medfører at underrettspraksis får en mer sentral plass i undersøkelse av hvordan retten vurderer «barnets beste» i foreldretvister. Lagmannsrettens praksis er av den grunn en viktig kilde for denne oppgaven. Masteroppgavens undersøkelse har utelukkende lagmannsrettspraksis som empirisk grunnlag.

1.5.1.5 Juridisk teori

Vurderinger foretatt i juridisk teori vil være en sentral kilde for redegjørelsen i oppgaven. Det er Bendiksen og Haugli (2015) sin «Sentrale emner i barneretten» som p.t. er den nyeste utgaven av faglitteratur i barnerett på universitetsnivå.⁵¹ Øvrig litteratur som fagbøker og artikler

⁴⁵ Bendiksen og Haugli (2015) s. 33.

⁴⁶ Kjølborg og Johansen (2006) s. 19.

⁴⁷ Rt. 1985 s. 467, innledende bemerkninger av førstvoterende.

⁴⁸ Martinsen (2013) punkt 2.3.

⁴⁹ Bendiksen og Haugli (2015) s. 34.

⁵⁰ Rt. 2004 s. 47, Rt. 2004 s. 811, Rt. 2005 s. 682, Rt. 2007 s. 376, Rt. 2007 s. 967, Rt. 2010 s. 216, Rt. 2011 s. 1439, Rt. 2011 s. 1572, Rt. 2013 s. 1329.

⁵¹ «Barnekonvensjonen: Barns rettigheter i Norge» av Høstmælingen, Kjørholt og Sandberg kommer i ny utgave våren 2016.

vil holdes opp mot denne, eller supplere, innenfor de temaer oppgaven omhandler. Backer sin lovkommentar og Sandberg sin lovkommentar til barneloven, med de henvisninger som fremgår av disse, vil være sentrale utgangspunkt for redegjørelsen av gjeldende rett.⁵² Sandberg sine kommentarer ble sist hovedrevidert i 2010 og Backer sin seneste utgivelse er fra 2008. Den juridiske teori som fremkommer av lovkommentarene holdes opp mot senere lovendringer, rettspraksis eller teoretisk utvikling innenfor barneretten i redegjørelsen av gjeldene rett.

1.5.1.6 Reelle hensyn

Reelle hensyn i foreldretvister står svært sentralt i form av hensynet til «om resultatet er godt» i forhold til lovgivers intensjon om at avgjørelsen først og fremst skal rette seg mot det som er det beste for barnet. Da hensynet til «barnets beste» først og fremst skal vektlegges i foreldretvister vil reelle hensyn knyttet til barnet kunne tillegges vekt, mens lovens øvrige hensyn om eksempelvis likestilling og rettferdighet vil anses mindre avgjørende. Reelle hensyn vil tillegges betydelig vekt når argumenter trekker mot et godt og rimelig resultat for barnet i foreldretvisten. Barnelovens øvrige hensyn, blant annet hensyn til foreldre, anses å ha en underordnet betydning for oppgavens redegjørelse av «barnets beste».⁵³ Øvrige hensyn vil allikevel gjøre seg gjeldende for tolkningen av barnelovens øvrige bestemmelser.⁵⁴

1.5.1.7 Sakkyndigvurderinger og forskning på barn

Sakkyndigvurderinger eller forskning på barn vil kunne fungere som bevisgrunnlag på lik linje med andre bevis som føres i argumentasjonen om hva som vil være det beste for barnet i konkrete saker. Slike vurderinger og forskningsresultater vil kunne ha rettslig argumentasjonsverdi da begrepet «barnets beste» fra lovgiver sin side er ment å være dynamisk og i tråd med kunnskap om hva som er best for barnet. Av hensyn til oppgavens omfang vil ikke sakkyndigvurderinger eller forskning på barn fra andre fagfelt være en del av kildegrunnlaget i denne oppgaven, selv om slike kilder kunne vært av betydning for analyse av både nye og tidligere brukte momenter.

1.5.2 Fremgangsmåte for undersøkelsen

Lagmannsrettdommer ble valgt av hensyn til at det empiriske grunnlaget over en tre års periode vil ha overkommelig omfang, samtidig som det er bredt nok til at empirien vil kunne gi indikasjoner på momentenes faktiske frekvens i retten. Ved valg av Høyesterettsdommer som empirisk grunnlag ville omfanget vært lavere innen samme periode, eller betydelig eldre dersom samme antall dommer skulle danne empirien. Det er også av betydning at lagmannsretten, i motsetning til Høyesterett, møter partene. Lagmannsretten er slik sett bedre i stand til å

⁵² Backer (2008) og Sandberg (2010).

⁵³ Bendiksen og Haugli (2015) s. 35.

⁵⁴ Sentrale hensyn bak barneloven er videre omtalt i masteroppgavens kapittel 2.

danne seg et inntrykk av partenes evne og vilje til utøvelse av, og samarbeid om, foreldreansvar. Argumentene som retten drøfter vil danne grunnlaget for empirien. Av hensyn til omfang vil ikke hver enkelt dom i undersøkelsen være gjenstand for argumentasjonsanalyse, men eksempler innenfor hvert sentrale moment vil fremheves for å vise generelle trekk ved rettens behandling av momentet. Grunnlaget for undersøkelsen er de treff som fremkom ved søk i Lovdata sin database med følgende søkekriterier:

Tabell 1.2: Søkekriterier.

Emne:	Foreldreansvar
Avgjørelse:	Dom
Rettskilde:	Lagmannsretten
Tid:	2013-2015
Lovhenvisning:	Barneloven §§ 34 og 48
Lovhenvisning:	Barneloven §§ 35 og 48

Søket ga treff på 51 dokumenter. I 12 av dommene tok retten utgangspunkt i at dette var en endringssak etter barneloven § 64.⁵⁵ Disse tolv dommene er ikke en del av undersøkelsen.

3 av dommene var kjennelser og er ikke en del av undersøkelsen.⁵⁶ En av dommene som fremkom som treff omhandlet i realiteten ikke spørsmål om foreldreansvar.⁵⁷

Undersøkelsesgrunnlaget utgjør etter dette 35 dommer fra lagmannsretten i perioden 2013 til 2015 som omhandler spørsmål om foreldreansvar.⁵⁸

⁵⁵ LB-2013-74693, LB-2013-165575, LF-2014-191338, LB-2015-19037, LF-2014-88678, LB-2014-170185-2, LB-2014-153376, LE-2015-21458, LB-2015-72631, LA-2015-83370, LE-2015-39136 og LG-2015-30003-2

⁵⁶ LF-2013-194460, LB-2013-207684 og LB-2013-60428.

⁵⁷ LH-2012-82295.

⁵⁸ LB-2015-55792, LF-2015-131007, LF-2015-104413, LE-2015-18153-2, LA-2015-72150, LG-2015-19204, LB-2014-109826, LB-2015-2351, LG-2014-193880, LB-2015-52886, LB-2014-205741, LB-2015-3000, LB-2015-39080, LE-2014-173185, LB-2014-118476, LB-2013-202941, LB-2014-48187, LF-2014-11252, LH-2014-28728, LB-2013-193046, LB-2013-144485, LF-2013-151160, LH-2012-156454, LB-2013-142075, LB-2013-47603, LE-2012-144984, LB-2013-31903, LH-2012-61364, LG-2012-142193, LB-2012-194580, LB-2012-83598, LE-2012-191345, LE-2012-153285, LB-2012-133470 og LF-2012-125825.

Dommene i denne undersøkelsen fordeler seg ved lagmannsrettene slik:

Tabell 1.3: Dommenes fordeling på de 6 lagmannsrettene.

Agder lagmannsrett	2,9%	1
Borgarting lagmannsrett	51,3%	18
Eidsivating lagmannsrett	14,3%	5
Frostating lagmannsrett	14,3%	5
Gulating lagmannsrett	8,6%	3
Hålogaland lagmannsrett	8,6%	3
Totalt	100%	N = 35

Det er de momentene lagmannsretten behandler som vil undersøkes i analysen. Det avgrenses i undersøkelsen mot de argumentene partene fører eller kunne ha ført. Undersøkelsen vil ha som mål å kunne besvare hvilke momenter som fremkommer i praksis. Foreldreansvaret avgjøres ofte av en helhetlig vurdering, der det ikke nødvendigvis er ett moment som vil ha avgjørende betydning alene. En utfordring og mulig feilkilde ved undersøkelsen vil være den tolkning jeg må foreta dersom momenter behandles implisitt, ved henvisning til tidligere drøftelse eller momentene legges til grunn uten at retten direkte viser til hvilket moment retten mener, eller i hvilken grad dette vektlegges.

1.6 Oppgavens formål og videre fremstilling

Først vil jeg foreta en redegjørelse i kapittel 2 for de sentrale hensyn som ligger til grunn for barneloven. Formålet med denne delen er å redegjøre for «barnets beste» og øvrige sentrale hensyn i barnelovgivningen. Disse hensynene vil være relevante for oppgaven videre.

Videre vil de prosessuelle vilkår som gjelder for foreldretvister, samt hvilke virkemidler domstolen kan benytte for å komme frem til sin avgjørelse, redegjøres for kort i kapittel 3. Formålet med redegjørelsen er å undersøke hvilke vilkår som må være oppfylt for at retten kan/må ta stilling til barnets beste i foreldretvister. «Barnets beste» i de prosessuelle bestemmelsene er ikke en del av denne masteroppgavens tema, og vil derfor kun løftes kortfattet frem av hensyn til helhet og oversikt innenfor oppgavens rettsområde.

Selv om begrepet «barnets beste» fremstår som likt i ordlyd for de forskjellige rettsspørsmålene, vil det juridiske innholdet og virkningen av resultatet kunne være styrende for de momenter retten vektlegger for å komme frem til barnets beste i foreldretvister. Eksempelvis vil de hensyn som vektlegges i en vurdering av barnets beste i spørsmål om foreldreansvar kunne skille seg fra de hensyn som vektlegges i vurdering av fast bosted. Selv om avgjørelsen gjelder det samme barnet, og omhandler det samme juridiske begrepet, vil resultatets betydning kunne være avgjørende for de hensyn som vektlegges. Det er således avgjørende å vite hvilke løsninger som kan velges, og hvilken juridisk betydning løsningen vil ha, for å best mulig

kunne komme til en avgjørelse som er til barnets beste. Det juridiske innholdet i foreldreansvar, fast bosted og samvær vil redegjøres for i kapittel 4, og hvilke resultat retten kan komme frem til vil redegjøres for i kapittel 5.

Den andre delen av masteroppgaven består av en redegjørelse i kapittel 6 og en domsanalyse i kapittel 7 og 8. Temaet i denne delen er hvilke momenter som er sentrale for vurderingen av barnets beste i spørsmål om foreldreansvar, fast bosted og samvær. Formålet med denne delen er å redegjøre for det juridiske innholdet i barnets beste i barneloven § 48 slik det legges til grunn i rettspraksis. Gjennom empirien vil undersøkelsen kunne besvare hvilke momenter retten faktisk benytter i sin vurdering av barnets beste i avgjørelser om foreldreansvar. Som tidligere nevnt så finnes det flere empiriske undersøkelser for momenter som legges til grunn for avgjørelser om fast bosted.⁵⁹ Spørsmål om foreldreansvar skiller seg fra spørsmål om fast bosted. Det vil være interessant å se hvilke momenter som benyttes, og hvilken frekvens momentet har i rettspraksis, for spørsmål om foreldreansvar. Dommene vil isolert sett ha liten rettskildemessig betydning, men gjennom empirien vil oppgaven kunne bekrefte juridisk teori på området, eller vise til et skifte i momenter som fremstår som avgjørende i vurderingen av barnets beste. Undersøkelsens begrensede utvalg av dommer vil begrense muligheten til å kunne konkludere om klare skiller. Verdien av undersøkelsen vil ligge i å kunne vise til tendenser som over tid vil kunne stadfestes gjennom ytterligere undersøkelser.

⁵⁹ Sandberg (1990), Skjørten (2005), Haugli (2007) og Martinsen (2013)

2 Sentrale hensyn i foreldretvister

2.1 Likestilling mellom barn

En av hovedmålsettingen med barnelovutvalgets arbeid var «mest mulig felles regler for alle barn, og gjennom dette sørge for økt likestilling mellom barn utenfor ekteskap og barn født i et ekteskap».⁶⁰ Barneloven likestiller barn i og utenfor ekteskap i form av at bestemmelsene er samlet i en barnelov, og at reglene til dels er de samme.⁶¹ Hensynet kommer frem i dagens lovgivning blant annet ved at det er barnets beste som skal ligge til grunn for avgjørelser, jfr. barneloven § 48, og ikke hvorvidt barnet har vært i eller utenfor et ekteskap.

2.2 Likestilling mellom foreldre

Opprinnelig var en av hovedhensiktene med barneloven å fremme likestilling mellom mor og far i deres forhold til barnet.⁶² Likestillingshensynet gjør seg blant annet gjeldene i reglene om foreldreansvar der barneloven legger opp til at ansvaret gjelder «dei» som har foreldreansvaret, og på den måten skiller ikke barneloven mellom mor og far i deres materielle plikter og rettigheter som følge av foreldreansvar, jfr. barneloven § 30. Det forutsettes i barneloven at det deles på omsorg, og at begge foreldre har likt ansvar, når foreldrene bor sammen. I barneloven § 6 andre ledd står det at «kvar av foreldra» har rett til å reise sak om farskap.⁶³ Det kanskje viktigste uttrykket for likestilling av foreldrene i barneloven er det faktum at reglene om morens fortrinnsrett til foreldreansvar for små barn er fjernet, jfr. bie § 8 andre ledd. Barnelovutvalget uttalte at gjeldende morspresumsjon bryter med «prinsippet om barnets beste» og «prinsippet om at foreldre skal stilles likt i forhold til barnet».⁶⁴ Likestillingshensynet er gjeldende også i dag, og med endringene som trådte i kraft 1.1.2009 er også hensynet bak barneloven å likestille medmor, på lik linje med far, både i rettigheter knyttet til medmorskapskap og i likestillingen ved foreldretvister.⁶⁵ Departementet uttalte i forarbeidene til lovendringen at ønsket virkning var at «barna likestilles med andre barn i måten foreldreskapet fastsettes på, og medmor får følgelig alle rettigheter som en far som er gift med barnets mor har.» og at «Gjeldende farskapspresumsjon utvides til en foreldreskapspresumsjon».⁶⁶ Denne likestillingen gjelder for samboende lesbiske par som får barn født etter assistert befruktning, og denne gruppen foreldre likestilles samboende heterofile par i barneloven.⁶⁷ Det ble i forarbei-

⁶⁰ NOU 1977:35 s. 10 og spesielt 4. og 5. ledd.

⁶¹ Backer (1988) s. 4-5.

⁶² Backer (1988) s.5.

⁶³ Backer (1988) s. 5.

⁶⁴ NOU 1977:35 s. 63 punkt 8.3.2.

⁶⁵ Innst. O. nr. 63 (2007-2008).

⁶⁶ Innst. O. nr. 63 (2007-2008) punkt 1.6.1.1.2 «Hvem skal være barnets medmor/far» avsnitt 5 og 6.

⁶⁷ Lov 4. juli 1991 nr. 47 om ekteskap (ekteskapsloven) § 4.

dene fremhevet at «Hensynet til likebehandling av homofile og heterofile samboere er et annet argument som veier tungt.»⁶⁸ Med likestillingen av medmor kom naturlig spørsmålet om likestilling av medfar. Siden surrogati ikke er tillatt i Norge, jfr. bioteknologiloven⁶⁹ § 2-15 første ledd og barneloven § 2 andre ledd, medfører det at medfar ikke er likestilt med medmor etter barneloven. Muligheten for homofile par til å bli foreldre er begrenset til stebarnsadoptions etter vilkår i adopsjonsloven.⁷⁰

Med dette kan det sies at lovens formål i dag er å fremme likestilling mellom far, mor og medmor i deres forhold til barnet. Av nyere forarbeider fremkommer det at hensynet til likebehandling og likeverd mellom foreldrene skal ivaretas, men at «Likebehandling og likeverd betyr imidlertid ikke at normen kan eller bør være resultatlikhet mellom foreldre i saker om barna. Grunnloven, barneloven og barnekonvensjon forutsetter at barnets beste skal legges til grunn.»⁷¹ Det avgjørende for likebehandling og likeverd mellom foreldre er ikke likhet i resultat, men likhet i vurderingen av den enkelte part når avgjørelsen skal tas ut ifra hva som er det beste for barnet.⁷²

2.3 Øke beskyttelsen av de utsatte barna

Barneloven har med tiden fått stadig klarere bestemmelser som har til hensikt å verne barn fra vold og overgrep. Den refselsesretten foreldremakten tidligere gav foreldrene ble opphevet i 1972.⁷³ Forbudet mot bruk av vold i oppdragelsen ble tatt inn i barneloven § 30 tredje ledd i 1987. Av forarbeidene fra denne lovendringen fremkommer det at lette klaps på hånden eller buksebaken som en spontanreaksjon ble godtatt, men ørefiker eller mer markant avstraffelse var forbudt.⁷⁴ Høyesterett uttalte i en dom fra 2005 at «lettere klaps» mot barn som en del av oppdragelsen ikke rammes av forbudet i barneloven § 30. Dommen medførte til en politisk debatt som endte med en lovendring.⁷⁵ Ved lovendringen i 2010 ga Stortinget et klart signal til domstolen om at vold mot barn ikke skal aksepteres. Dette forbudet skal også gjelde selv om det er lette klaps i oppdragelseshensikt fra foreldrene. Dersom forholdet kan løses på annet vis skal det lite til før fysisk maktbruk som et middel i oppdragelsen av barn anses som straffbart.⁷⁶

⁶⁸ Innst. O. nr. 63 (2007-2008) punkt 1.6.1.2 avsnitt 4

⁶⁹ Lov 5. desember 2003 nr. 100 om humanmedisinsk bruk av bioteknologi m.m. (bioteknologiloven).

⁷⁰ Sandberg (2010) note 5.

⁷¹ Innst. 374 L (2012-2013) om barneloven og barnekonvensjonen, punkt 1.1.1

⁷² Innst. 374 L (2012-2013) punkt 1.1.1

⁷³ Sandberg (2010) note 75

⁷⁴ Ot.prp. nr. 8 (1986-87) s. 7

⁷⁵ Lov 9. april 2010 nr. 13

⁷⁶ Ot.prp. nr. 104 (2008-2009) punkt 6.7 s.37-38 og Innst. 160 L (2009-2010) punkt 1.4.1.1

2.4 Barnets beste og styrkingen av barnets selvstendighet

Det rettslige grunnlaget for barnets medbestemmelsesrett og at avgjørelser skal fattes ut ifra barnets beste er nedfelt i Grunnloven, barnekonvensjonen og barneloven.⁷⁷ I det følgende vil det redegjøres for barnets beste som hensyn samt hensynet til barnets selvstendighet. Betydningen av Grunnlovsvernet av barnets beste og barnets medbestemmelsesrett vil redegjøres for avslutningsvis.

2.4.1 Barnets beste

Hensynet til barnets beste var gjeldene også i eldre barnelovgivning. I lov om barn i ekteskap av 1954 § 8 sto det at fylkesmannen kan avgjøre spørsmål om hvem som skal ha «foreldremakta» over barnet, dersom begge foreldre er enige om det. Det fremkom av denne bestemmelsen at avgjørelsen skulle «fyst og fremst retta seg etter det som er det beste for barnet». Det juridiske innholdet i barnets beste står ikke nærmere definert i den eldre lovgivningen, men ut ifra lovteksten er det tydelig at hensynet til barnets beste var ansett som et hensyn som skulle vektlegges også før barneloven av 1981.

En hovedhensikt ved barneloven i dag er å sørge for at hensynet til barnets beste blir ivaretatt i de prosessuelle valg som tas og den materielle løsningen som velges i avgjørelse eller avtale.⁷⁸ Dette medfører at hensynet til barnet skal ivaretas både på veien frem til en avgjørelse og i resultatet av avgjørelsen. Det at begrepet omfatter både «avgjørelser» og «avtaler» vil si at domstolen må ta hensyn til barnets beste ved domstolsbehandling, men også at foreldre må gjøre det dersom de inngår avtale. Barnets beste slik det fremstår i lovgivningen er et juridisk begrep for det overordnede hensyn som skal danne grunnlag for avgjørelser som omhandler barn.⁷⁹ Det at begrepet benyttes juridisk medfører at det er rettskildene som er avgjørende for begrepets innhold fremfor eksempelvis fremstillinger i psykologisk, sosiologisk og/eller barnepedagogisk teori, eller slik det kan fremstilles ut ifra barnets eller foreldres subjektive mening. Innholdet i begrepet er de momenter, som enten enkeltvis eller samlet, har juridisk relevans for å avgjøre hva som er til barnets beste. Begrepets innhold i den enkelte avgjørelse vil avhenge av hvilken avgjørelse som skal fattes, og individuelle forhold ved eller rundt barnet avgjørelsen retter seg mot.⁸⁰

Om det juridiske innholdet i begrepet «barnets beste» uttaler Komité for barnets rettigheter følgende:

⁷⁷ Barnets beste som hensyn i avgjørelser er nedfelt i Grunnloven. § 104 andre ledd, barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 og barneloven § 48, og barnets medbestemmelsesrett er nedfelt i Grunnloven § 104 første ledd, barnekonvensjonen art. 12 og barneloven § 31.

⁷⁸ Barneloven § 48

⁷⁹ Grunnloven § 104, barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 og barneloven § 48

⁸⁰ Se masteroppgavens punkt 3.1 og kapittel 6

“It should be **adjusted and defined** on an **individual basis**, according to the specific situation of the child or children concerned, taking into consideration their personal context, situation and needs. For individual decisions, the child's best interests must be assessed and determined in light of the specific circumstances of the particular child. ...**Not all the elements will be relevant to every case, and different elements can be used in different ways in different cases**. The content of each element will necessarily vary from child to child and from case to case, depending on the type of decision and the concrete circumstances, as will the importance of each element in the overall assessment”.⁸¹

2.4.2 Styrke barnets selvstendighet i forhold til foreldrene

Styrkingen av barnets selvstendighet gjør seg særlig gjeldende i forhold til barnets medbestemmelsesrett etter barneloven § 31 og barnets selvbestemmelsesrett etter barneloven §§ 32 og 33. Medbestemmelsesretten sikrer barnet en rett til å være med på bestemmelsen i personlige forhold.⁸² Av forarbeidene til endringene i barneloven som trådte i kraft i 2013 fremkommer det som formål å styrke barneperspektivet i foreldretvister gjennom å styrke barns rettsikkerhet og deltagelse i foreldretvister.⁸³ Barnets medbestemmelsesrett og selvbestemmelsesrett vil kunne begrense foreldrenes bestemmelsesrett overfor barnet, samt inngå som et moment i vurderingen av barnets beste. Barnets medbestemmelsesrett og selvbestemmelsesrett omtales nærmere nedenfor.⁸⁴ Styrkingen av barnets selvstendighet har vært gradvis i barneloven, og det kan nevnes at aldersgrensen for barns absolute rett til å uttale seg ble senket fra 12 år til 7 år ved lovendringen som trådte i kraft 1. april 2004.⁸⁵ Barnets rett til å si sin mening gjelder allikevel uansett alder, så lenge barnet er i stand til å forstå hva saken dreier seg om og kan danne seg egne synspunkter.⁸⁶

2.4.3 Grunnlovsvernets betydning og forhold til internasjonale konvensjoner og håndhevingsorganer

Prinsippet om barnets beste og prinsippet om barnets medbestemmelsesrett er gitt grunnlovsværn.⁸⁷ Interessant for denne oppgaven er den rettslige betydningen av at barnets beste og barnets rett til å bli hørt har fått et vern i Grunnloven. Grunnlovsvernets generelle betydning ble omtalt i Rt. 1976 s. 1 der førstvoterende uttalte:

⁸¹ General Comment No. 14 (2013) s. 9, avsnitt 32 (egen uth.)

⁸² Grunnloven § 104 første ledd, jfr. barnekonvensjonen art. 12 og barneloven § 31 andre ledd.

⁸³ Innst. 374 L (2012-2013) punkt 1.1.1.

⁸⁴ Masteroppgaven punkt 4.1

⁸⁵ Endret ved lov 20. juni 2003 nr. 40

⁸⁶ Barneloven § 31 første ledd.

⁸⁷ Grunnloven § 104.

«Gjelder det bestemmelser til vern om enkeltmenneskets personlige frihet eller sikkerhet, antar jeg at grunnlovens gjennomslagskraft må være betydelig.»

Lex-superior prinsippets formelle side tilsier at bestemmelsen vil være styrende for lovgivermakten på området, samtidig som den vil gi grunnlag for domstolskontroll.⁸⁸ Lex-superiorprinsippets materielle side tilsier at maktutøvelse, herunder avgjørelser i foreldretvister, skal utøves i tråd med bestemmelsen.⁸⁹ Ved motstrid vil Grunnloven gå foran lover av lavere rang. Grunnloven § 104 vil fungere som et tolkningsmoment i forhold til annen lovgivning som antas å være i tråd med Grunnlovsbestemmelsen.⁹⁰ Innholdet i Grunnloven § 104 andre ledd er likt med barneloven § 48 som tilsier at avgjørelser og behandling av saker skal være til barnets beste. Grunnlovsvernet vil fungere som en skranke som gjør at lovgiver ikke kan endre at barnets beste skal ligge til grunn for avgjørelser ved vanlig lovendring.

Menneskerettskonvensjonene omtales i teorien som et levende instrument, og tolkes i lys av den dynamiske praksis som følger av internasjonale håndhevingsorganer. Dette medfører at det kan oppstå metodiske spørsmål om menneskerettigheter nedfelt i Grunnloven skal forstås i tråd med forståelsen internasjonale håndhevingsorganer legger til grunn. Spørsmålet om tolkningen av Grunnlovsbestemmelser som omhandler menneskerettigheter og forholdet til menneskerettighetene ble omtalt av menneskerettighetsutvalget.⁹¹ Menneskerettighetsutvalget uttalte følgende om Grunnloven § 104:

«Formuleringen minner også om de formuleringene som er benyttet i barnekonvensjonen artikkel 3 og EUs Charter. Dette gjør at praksis relatert til disse bestemmelsene, i likhet med tidligere norsk praksis på området, vil være nyttige bidrag til fortolkningen av en grunnlovsbestemmelse om barnets beste.»⁹²

Spørsmålet om tolkning av Grunnloven § 104 var til behandling i Høyesterett i 2015.⁹³ Høyesterett uttalte at Grunnloven §§ 102 og 104 «...skal tolkes i lys av de folkerettslige forbildene, men likevel slik at fremtidig praksis fra de internasjonale håndhevingsorganene ikke har samme prejudikatsvirkning ved grunnlovstolkningen som ved tolkningen av de parallelle konvensjonsbestemmelsene.»⁹⁴

⁸⁸ Grunnloven § 89.

⁸⁹ Kierulf (2015) note 194D og 239B.

⁹⁰ Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven, avgitt 19. desember 2011 (Dok. 16 (2011-2012) punkt 32.5.1

⁹¹ Dok. 16 (2011-2012).

⁹² Dok. 16 (2011-2012) s. 192.

⁹³ Rt. 2015 s. 93.

⁹⁴ Rt. 2015 s. 93 punkt 57, jfr. punkt 64 vedrørende tolkning av Grl. § 104 (egen uth.).

Grunnloven representerte for riksforsamlingen i Eidsvoll det generelle verdigrunlaget som nasjonen Norge skulle tuftes på.⁹⁵ Dette stadfestet de gjennom endringsbestemmelsens vilkår om «ånd og prinsipper».⁹⁶ Internasjonale håndhevingsorganer som EMD⁹⁷ vil ha prejudikativ virkning i parallelle konvensjonsbestemmelser, men Høyesterett stadfestet sitt selvstendige ansvar for grunnlovstolkningen.⁹⁸ Grunnloven har forrang annen lovgivning i Norge, og Grunnloven § 104 skal tolkes med utgangspunkt i de folkerettslige forbildene i tilsvarende konvensjonsbestemmelser som allerede er gjeldende etter menneskerettsloven § 2.⁹⁹ Høyesterett viser til «*General Comment No. 14 (2013)*» der FNs barnekomite har redegjort for barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 sin bakgrunn og funksjon. Barnekomiteens gjennomgang av tolkningsspørsmålene er utgangspunktet for tolkning av barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 og Grunnloven § 104 andre ledd.¹⁰⁰ Det er allikevel slik at etter norsk forfatning så er det Høyesterett, og ikke de internasjonale domstoler, som har tolkning, avklaring og utviklingsansvaret for menneskerettsbestemmelsene som er gitt Grunnlovsværn av Stortinget.¹⁰¹

⁹⁵ Dok. 16 (2011-2012) punkt 10.3.1 «Verdigrunlaget samlet i Grunnloven».

⁹⁶ Grunnloven § 121.

⁹⁷ Den Europeiske menneskerettighetsdomstol.

⁹⁸ Jfr. Rt. 2015 s. 155, jfr. Rt. 2015 s. 93.

⁹⁹ Rt. 2015 s. 155, jfr. Rt. 2015 s. 93.

¹⁰⁰ Rt. 2015 s. 93.

¹⁰¹ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 57.

3 Kort om domstolprosess i foreldretvister

3.1 Bakgrunn og hensikt

Foreldretvister skiller seg fra andre sivile saker ved at foreldretvister fikk egne saksbehandlingsregler ved lov 20. juni 2003 nr. 40.¹⁰² Hensikten med lovendringen var å innføre mer fleksible regler for tvisteløsning slik at det enklere skulle kunne oppnås enighet mellom partene i foreldretvister.¹⁰³ Det forhold at foreldrene kjenner sitt barn best og således er best i stand til å finne løsninger som er til barnets beste, samt at enighet vil virke konfliktdepende, ligger bak ønsket om økt fleksibilitet og mulighet for forlik på tidlig stadium.¹⁰⁴ Den overordnede prosessmessige endringen som ble innført er at barnets beste også skal være styrende for den prosessen som benyttes frem til resultatet i foreldretvister.¹⁰⁵ Bestemmelsen gjelder for alle involverte i en foreldretvist. Advokater, dommere, eller andre involverte, skal legge til rette for en prosess som er til det beste for barnet. Det er praktiseringen av prosessreglene bestemmelsen sikter til, og ikke tolkningen av prosessreglene.¹⁰⁶ I avgjørelser av saksforberedende tiltak etter barneloven § 61 første ledd skal barnets beste være styrende. Det samme gjelder saksbehandlingsregelen i barneloven § 59 der det fremgår at saken skal behandles så fort som mulig, og at dommeren skal legge til rette for, og vurdere, muligheten for forlik. Foreldretvister som inneholder vold, rus, overgrep, psykiatri eller andre forhold som kan sette barnets omsorg i fare må kunne sies å være lite egnet til forliksløsninger. Det at avgjørelser om saksbehandling skal rette seg mot barnets beste tilsier at andre hensyn som f. eks. rettsøkonomiske hensyn må tilsidesettes i saker som har kompromissløsninger som ikke er til det beste for barnet.¹⁰⁷

Det ligger et lovmessig krav om at barnet skal bli hørt og at avgjørelser skal rette seg mot det som er til det beste for barnet.¹⁰⁸ Dommeren har en plikt til å prioritere foreldretvister og sørge for tilstrekkelig fremdrift, samt å vurdere mulighetene og legge til rette for forlik på hvert trinn i saken.¹⁰⁹ Prosessreglene i barneloven suppleres av de bestemmelsene som gjelder etter domstolsloven og tvisteloven.¹¹⁰

¹⁰² Barnefordelingsprosessutvalget utarbeidet et forslag til nye saksbehandlingsregler allerede i NOU 1998:17. Tvistemålsutvalget foreslo i NOU 2001:32 (s. 226) at adgangen til rettsmekling gjøres generell. Forutsetningen i tvistemålsutvalgets forslag var at partene har fri rådighet over sakens gjenstand ved rettsmeklingen.

¹⁰³ Kjølborg og Johansen (2006) s. 140 og Sandberg (2010) note 199.

¹⁰⁴ Bendiksen og Haugli (2015) s. 148.

¹⁰⁵ Barneloven § 48.

¹⁰⁶ Sandberg (2010) note 143 fjerde avsnitt.

¹⁰⁷ Sandberg (2010) note 184.

¹⁰⁸ Barneloven §§ 31 første ledd, jfr. andre ledd og 48 første ledd.

¹⁰⁹ Barneloven § 59 første og andre ledd.

¹¹⁰ Barneloven § 59 tredje ledd.

3.2 Alminnelige vilkår – prosessuell forutsetning for sak

3.2.1 Søksmålgjenstanden, partsevne og verneeting i foreldretvister

Barneloven § 56 avgrensar, i skrivende stund, søksmålgjenstanden i foreldretvister til å omfatte foreldreansvar, fast bosted og samvær.¹¹¹ Ved lov 4. september 2015 nr. 85 som trer i kraft 1. juli 2016 vil søksmålsretten også omfatte spørsmål om flytting ut av landet, dersom forelderen har eller samtidig reiser sak om foreldreansvaret.¹¹²

Med de unntakene som fremkommer av barneloven §§ 45 og 63 er det kun foreldrene som har partsevne i foreldretvister.¹¹³ Dersom andre enn foreldrene ønsker å reise sak om samvær følger det av barneloven § 45 at en eller begge foreldrene må være døde. En forelder som nektes samvær kan fremme krav om at foreldrene får fastsatt samværsrett. Partsevne etter dødsfall følger videre av barneloven § 63.

Av barneloven § 57 fremkommer det at verneetinget for søksmålet i utgangspunktet er der barnet har sitt alminnelige verneeting. Det følger av tvisteloven § 4-4 andre ledd at barnets verneeting følger av hvor barnet har sitt faste bosted. Hvor barnet har fast bosted følger av en helhetsvurdering der ikke bare folkeregistrert adresse er av betydning, men også hvor barnet faktisk har bodd vil kunne være avgjørende. Dersom barnet bor fast hos begge foreldre har barnet verneeting i begge rettskretser.¹¹⁴ Reglene om norske domstolars kompetanse i saker der foreldre har tilknytning til utlandet vil bli endret ved lov av 4. september 2015 nr. 85. I skrivende stund er regelen slik at norsk domstol har kompetanse i foreldretvister dersom personen kravet i saken retter seg mot har bosted i Norge, barnet er bosatt i Norge eller spørsmål om samværsrett eller foreldreansvar tidligere har vært avgjort i Norge.¹¹⁵ Fra 1. juli 2016 vil regelen endres slik at bestemmelsen regulerer domstolens kompetanse for saker som omfatter flytting ut av landet, foreldreansvar, fast bosted og samvær. Lovendringen skal sikre en best mulig tilpasning i norsk rett til «Haagkonvensjonen 1966».¹¹⁶ Fra 1. juli 2016 vil vilkåret for domstolens kompetanse være at barnet har «vanleg bustad» i Norge. Begrepet «vanleg bustad» står ikke kommentert særskilt i forarbeidene som omhandler endringer i barneloven, men det følger av forarbeidene til endringen av barnevernloven at lovgiver legger til grunn at det med

¹¹¹ Søksmål om tvangsfullbyrdelse følger av bl. § 65 med henvisning til tvangsfullbyrdelsesloven kap. 13.

¹¹² Lov 04.09.2015 nr. 85 § 56.

¹¹³ Barneloven § 56, se også Kjølberg og Johansen (2006) s. 145.

¹¹⁴ Rt. 1990 s. 568.

¹¹⁵ Barneloven § 81.

¹¹⁶ Innst. 329 L (2014-2015) endringer i barneloven.

«vanlig bosted» menes ansees bosatt.¹¹⁷ Hensynet bak lovendringen i barneloven og barnevernloven var sammenfallende.¹¹⁸ Det antas at forståelse av «vanlig bosted» etter barnevernloven også legges til grunn for behandling av saker etter barneloven.

3.2.2 Behov for avgjørelse og krav om mekling

Det fremgår av barneloven § 56 at foreldrene kan reise sak, og at vilkåret for å fremme saken for domstolen er «uenighet» om foreldreansvaret, fast bosted eller samvær. Det vil foreligge tilstrekkelig uenighet i de saker der det kun er en av partene som ikke ønsker nåværende ordning.¹¹⁹ Det følger ikke prosessuelle krav til behovet for dom. Dette medfører at kravet skal behandles ved første gangs fremsettelse selv om det er åpenbart grunnløst.¹²⁰ Endring av tidligere avtale med tvangskraft, rettsforlik eller dom har vilkår om særlige grunner for å kunne fremmes.¹²¹ Som tidligere nevnt er ikke «særlige grunner» et krav om «sterke» grunner, men at grunnene er konkrete og beviselige.¹²² Det er i vurderingen av det materielle innholdet av barnets beste Høyesterett har uttalt at det «kreves mer til endring enn man vil gjøre for å vinne frem i den første sak».¹²³ Denne uttalelsen åpner for spørsmålet om en slik praksis, der terskelen for endring høynes, er i tråd med prinsippet om at avgjørelser skal være til det beste for barnet. Spørsmålet faller utenfor denne oppgavens tema, og vil derfor ikke drøftes videre.

Det følger av barneloven § 56 andre ledd at gyldig meklingsattest skal fremlegges dersom det skal fremmes sak for domstolen om foreldreansvar, fast bosted eller samvær. Barneloven § 51 regulerer hvem som må møte til mekling. Plikten gjelder for alle foreldre med barn under 16 år som skal fremme sak for domstolen om foreldreansvar, fast bosted eller samvær. Dersom ikke gyldig meklingsattest kan fremlegges vil domstolen måtte avvise eller utsette behandlingen av saken.¹²⁴ En meklingsattest er gyldig i 6 måneder.¹²⁵ Reglene for hvordan selve meklingen skal gjennomføres er gitt ved forskrift 1478 av 18. desember 2006.

¹¹⁷ Innst. 329 L (2014-2015) «endringer i barnevernloven».

¹¹⁸ Innst. 329 L (2014-2015) hensyn bak «endringer i barneloven» lest opp imot hensyn bak «endringer i barnevernloven».

¹¹⁹ Barneloven § 64 andre ledd første punktum, jfr. første ledd.

¹²⁰ Kjølborg og Johansen (2006) s. 146.

¹²¹ Barneloven § 64 andre ledd andre punktum.

¹²² Backer (2008) s. 592.

¹²³ Rt. 2003 s. 1283 avsnitt 27.

¹²⁴ Ot.prp. nr. 29 (2002-2003) s. 85.

¹²⁵ Barneloven § 54.

3.3 Partenes rådighet over tvistegjenstanden

Foreldretvister for domstolen er delvis indispositive.¹²⁶ Det fremkommer av tvisteloven § 11-4 at domstolen kun kan avgjøre de krav partene fremmer i foreldretvister. Partene styrer med dette saken selv i forhold til hvilke krav som skal behandles av domstolen. Avgjørelsen domstolen kommer til er ikke avhengig av partenes påstand, men hva retten finner er barnets beste innenfor det spørsmålet kravet retter seg mot. Foreldre kan omgjøre tidligere avtale eller avgjørelse.¹²⁷ Betydningen av dette er full avtalefrihet for foreldre både før, under og etter en rettsbehandling. Partene kan komme frem til helt eller delvis rettsforlik underveis i domstolsbehandlingen. Retten vil ta stilling til de spørsmålene foreldrene ikke har kommet til enighet om.¹²⁸

Etter at kravet er fremmet for domstolen står ikke partene fritt i forhold til egne prosesshandlinger.¹²⁹ Retten har en selvstendig plikt for å opplyse saken.¹³⁰ Vilkåret om «offentlige hensyn» vil i foreldretvister være at avgjørelser er til barnets beste. Domstolen har adgang til å benytte ulike metoder for saksopplysning og forberedelse.¹³¹ Fastsettelsen av tiltak etter § 61 er skjønnsmessig og skal rette seg etter barnets beste.¹³² De virkemidler dommeren velger å benytte fattes som beslutning som ikke kan ankes.¹³³

3.4 Saksforberedende møte, bruk av sakkyndige og foreløpig avtale

Hovedregelen før hovedforhandling i foreldretvister er at det gjennomføres saksforberedende møte.¹³⁴ Det fremkommer av barneloven § 61 nr. 1 at hensynet bak møtet er å klarlegge tvistepunkt mellom partene, drøfte videre håndtering av saken og/eller mekle mellom partene. Disse hensynene må sees i sammenheng med øvrige prosessuelle hensyn som ligger bak lovendringen. Lovgiver ønsker en saksbehandling som retter seg mot barnets beste, samt legger til rette for enighet på et tidlig stadium. Det kan avholdes ett eller flere saksforberedende møter. Domstolen kan allerede til det første forberedende møtet innkalle en sakkyndig. Dersom foreldrene ønsker det kan retten bestemme at den sakkyndige skal ha samtaler med hver av partene og barna, eller gjøre andre undersøkelser i forkant av et saksforberedende møte. Eksempler på slike undersøkelser vil kunne være samtale med barnehage eller skolepersonale.¹³⁵

¹²⁶ Kjølberg og Johansen (2006) s. 152.

¹²⁷ Barneloven § 64 første ledd, jfr. bl. §§ 34, 36 og 43.

¹²⁸ Barneloven § 56 og barneloven § 64 andre ledd.

¹²⁹ Tvisteloven § 11-4.

¹³⁰ Tvisteloven § 11-4 jfr. § 21-3 annet ledd første punktum.

¹³¹ Barneloven § 61.

¹³² Barneloven § 48.

¹³³ Sandberg (2010) note 199, med henvisning til Ot.prp. nr. 29 (2002-2003) s. 42-43.

¹³⁴ Barneloven § 61 nr. 1.

¹³⁵ Barne- og likestillingsdepartementets, Veileder Q-15/2004, s. 13-14.

Det er et vilkår at foreldrene samtykker til slike undersøkelser. Det er retten som bestemmer sakkyndiges mandat etter at foreldrene har fått uttale seg. Retten kan også, som et alternativt virkemiddel, henvise partene til pliktig mekling hos en godkjent mekler utenfor retten.¹³⁶ Partene har plikt til å møte til saksforberedende møte eller mekling.¹³⁷ Saksforberedende møter må ikke avholdes dersom dommeren mener at stevning og/eller tilsvar tilsier at sakens karakter eller forhold ved partene gir grunn til å anta at barnet er best tjent med at hovedforhandling berammes så snart som mulig.¹³⁸

Retten kan gi partene anledning til å prøve ut en ordning over en nærmere bestemt tid uten at partene mister sin rettsstilling som følge av den midlertidige avtalen.¹³⁹ Forutsetningen for slik foreløpig avtale er at foreldrene samtykker. En part kan når som helst i denne prøveperioden kreve at saken fortsetter og at retten tar stilling til tvistes spørsmålet.¹⁴⁰

Retten kan, dersom begge parter samtykker, avsi en dom uten at det foretas hovedforhandling i saken¹⁴¹ Det er et vilkår at retten finner en slik dom forsvarlig. En slik vurdering må vurderes i tråd med bestemmelsen om rettens plikt til å opplyse saken. I foreldretvister, og andre tvister der partene ikke har fri rådighet, har retten en selvstendig plikt til å sørge for at saken er tilstrekkelig opplyst.¹⁴²

I tillegg til uttalelser fra sakkyndig etter barneloven § 61 nr. 1 bør retten hente inn uttalelser fra barneverntjenesten eller sosialtjenesten der det trengs for å få saken opplyst. Manglende innhenting av bevis vil kunne utgjøre en saksbehandlingsfeil som kan føre til opphevelse.¹⁴³ Retten har anledning til å innhente en sakkyndig til å uttale seg om ett eller flere av spørsmålene retten skal behandle.¹⁴⁴ Vilkåret for å innhente slik vurdering er at det «trengs», og beror på en skjønnsmessig vurdering dommeren tar. Det at begge foreldre ønsker en slik uttalelse er et moment, men ikke avgjørende. I en slik vurdering vil hensynet til sakens fremgang, barnets beste og viktigheten av sakens opplysning på området være avgjørende.¹⁴⁵

¹³⁶ Barneloven § 61 nr. 2.

¹³⁷ Tvisteloven § 23-1.

¹³⁸ Veileder Q-15/2004, s. 16.

¹³⁹ Barneloven § 61 nr. 7.

¹⁴⁰ Sandberg (2010) note 215.

¹⁴¹ Barneloven § 61 nr. 8.

¹⁴² Tvisteloven § 21-3 andre ledd.

¹⁴³ Rt. 1984 s. 181.

¹⁴⁴ Barneloven § 61 nr. 3.

¹⁴⁵ Sandberg (2010) note 207.

3.5 Oppnevning av representant for barnet

Retten har i foreldretvister muligheten til å oppnevne en representant til å bistå barnet.¹⁴⁶ Barnet er ikke part i foreldretvisten. Mandatet til barnets representant blir derfor begrenset som en direkte følge av barnets manglende partsevne. Hovedoppgavene til barnets representant vil være å gi barnet informasjon og støtte, samt sørge for barnets interesse i saken.¹⁴⁷ Det materielle vilkåret for å oppnevne en slik representant er «særlige høve». Naturlig språklig forståelse av «særlige høve» taler for at representant for barnet oppnevnes i saker som skiller seg ut ved at det er behov utenom det som er vanlig i foreldretvister. Bestemmelsen nevner blant annet vold og seksuelle overgrep som eksempler på slike særlige tilfeller. Det at loven benytter «mellom anna» før eksemplene tilsier at eksemplene etter ordlyden ikke er ment å være uttømmende. Det fremkommer av bestemmelsen at retten «kan» oppnevne representant. Det tilsier at det ikke er et krav om representant i saker der eksemplene i bestemmelsen gjør seg gjeldende. Barnets beste er det overordnede hensynet i foreldretvister, og barnet har en rett til å få informasjon og bli hørt.¹⁴⁸ Det tilsier at retten må anse at det foreligger et særlig tilfelle i de saker der hensynet til barnets beste, behov for informasjon eller muligheten til å bli hørt er så utfordrende på grunn av forhold i saken, at barnet bør ha en representant for at barnets rettigheter skal bli ivaretatt. Et eksempel på slike forhold, foruten de loven selv nevner, vil kunne være de saker der foreldrene ikke evner eller vil gi barnet den informasjon barnet etter loven har krav på.¹⁴⁹

¹⁴⁶ Barneloven § 61 nr. 5.

¹⁴⁷ NOU 1998:17 punkt 7.7.4.

¹⁴⁸ Barneloven §§ 48 første ledd og 31 første ledd.

¹⁴⁹ Barneloven § 31 andre ledd

4 Foreldretvistens materielle betydning

Dersom foreldre har barn sammen, men ikke bor sammen, er det tre hovedspørsmål som har avgjørende betydning i forhold til barnet:

- Hvem skal ha foreldreansvar for barnet?
- Hvor skal barnet bo fast?
- Hvilket samvær skal barnet ha med forelderen barnet ikke bor med?

I det følgende kapittelet vil det redegjøres for hvilken juridisk betydning det har for forelderen i relasjon til barnet å ha foreldreansvar, fast bosted, eller samværsrett. Hvilke resultater retten kan komme til vil behandles i kapittel 5, og grunnlaget for rettens avgjørelse vil redegjøres for i kapittel 6.

4.1 Juridisk innhold i foreldreansvar

Foreldreansvaret fremgår av barneloven § 30. Foreldreansvaret gir foreldrene en plikt og en rett til å vise «omsut og omtanke» og «ta avgjørelser for barna i personlege tilhøve» innenfor de grenser som er satt i barneloven §§ 31-33.¹⁵⁰ Det følger av barneloven §§ 31-33 at det er barnets rett til medbestemmelse og selvbestemmelse som legger begrensning i foreldrenes rett til å bestemme over barna. Foreldreansvaret skal utøves «ut frå barnet sine interesser og behov».¹⁵¹ Foreldreansvarets praktiske side fremkommer av barneloven § 30 andre ledd der det står at foreldrene skal gi forsvarlig «oppsetting og forsyting» samt at de får «utdanning etter evne og givnad». I utøvelse av foreldreansvaret er det et forbud mot vold, også i oppdragelsesøyemed.¹⁵²

Barnelovutvalget pekte på at barnets rett til omtanke og omsorg burde skyves i forgrunnen, og at loven bør legge opp til at ansvaret skal utøves med grunnlag i barnets interesse, sammen med foreldreansvarets plikt til å gi forsvarlig oppdragelse og sørge for passende utdanning. Utvalget så at avveiningen av barnets interesse mot familiens øvrige interesse kunne være en vanskelig avveining, og vurderingen vil etter utvalgets syn bero på hvem beslutningen angår sterkest.¹⁵³

4.1.1 Avgjørelser for barna i personlige forhold

Bestemmelsesrett i «personlige forhold» tilsier ut ifra en naturlig språklig forståelse at det er en rett til å bestemme alle forhold som omhandler forhold vedrørende barnet.¹⁵⁴ Det fremkommer i barneloven § 30 fjerde ledd at vergemålslovens bestemmelser regulerer de økono-

¹⁵⁰ Barneloven § 30 første ledd.

¹⁵¹ Barneloven § 31 første ledd siste punktum.

¹⁵² Barneloven § 30 tredje ledd.

¹⁵³ NOU 1977: 35 s. 45-47 særlig om begrepsbruk i punkt 6.3.

¹⁵⁴ Barneloven § 30 første ledd.

miske forhold rundt barnets bruk av penger. Foreldreansvaret regulerer således ikke de økonomiske sidene av barnets personlige forhold. Av vergemålsloven § 16 fremkommer det at vergemålet skal utøves av den som har foreldreansvaret, og er myndige.¹⁵⁵ Vergemålet kan skilles fra foreldreansvaret, helt eller delvis, av hensyn til barnets beste.¹⁵⁶ Av barnelovutvalgets utredning fremkommer det at det ble ansett som uheldig at foreldrenes plikt til å vise personlig omsorg «...skulle bli begrenset etter de økonomiske kår».¹⁵⁷ Personlige forhold som inngår i foreldreansvaret eksemplifiseres i forarbeidene som utstedelse av pass, valg av skole, avgjørelser om medisinsk behandling, samtykke til ekteskapsinngåelse, samtykke til adopsjon, innmelding i trossamfunn, flytting utenlands og valg av navn.¹⁵⁸

Med «rett og plikt» til å ta avgjørelser legges ansvaret på den som har foreldreansvaret, og understreker at de uten foreldreansvar ikke kan ta slike avgjørelser på vegne av barna. Det gjelder også for foreldre uten foreldreansvar. Retten og plikten til bestemmelse over barnet som følge av foreldreansvaret vil ha en rekke begrensninger utover det økonomiske. Foreldreansvarets rett til å bestemme vil blant annet begrenses av annen lovgivning som beskytter barnet, barnets rett til medbestemmelse og selvbestemmelse, og at bestemmelsesretten skal utøves i tråd med barnets interesser og behov.¹⁵⁹

4.1.1.1 Begrensninger i foreldreansvaret som følge av annen lovgivning

Bestemmelsesretten foreldre har som følge av foreldreansvar kan ikke utøves i strid med annen lovgivning. Eksempel på et slikt brudd vil være at foreldre bestemmer at barnet ikke får den utdanning de har krav på etter opplæringsloven¹⁶⁰ § 2-1 første og femte ledd. Selv om avgjørelser om utdanning er innenfor språklig forståelse av «personlige forhold», og avgjørelsen om utdanning er innenfor et område der forarbeidene spesifikt uttrykker at bestemmelsesretten gjelder, vil de hensyn til beskyttelse av barns rettigheter loven ivaretar gjennom spesiallovgivningen gå foran den retten foreldre har i kraft av foreldreansvar. Arbeidsmiljøloven har bestemmelser som regulerer barn sine arbeidsforhold.¹⁶¹ Foreldre kan ikke i kraft av bestemmelsesretten de er gitt etter barneloven bestemme at barnet skal arbeide i strid med de bestemmelsene som er ment til å ivareta barnet i arbeidsforhold.

¹⁵⁵ Lov 26. mars 2010 nr. 9 om vergemål (vergemålsloven) § 2 tredje ledd.

¹⁵⁶ Vergemålsloven § 19.

¹⁵⁷ NOU 1977:35 s. 123.

¹⁵⁸ Ot.prp. nr. 56 (1996-1997) s. 39 og 56.

¹⁵⁹ Bendiksen og Haugli (2015) s. 80-81 og Sandberg (2015) note 71, avsnitt 3-4.

¹⁶⁰ Lov 17. juli 1998 nr. 61: om grunnskolen og den videregående opplæring (opplæringsloven).

¹⁶¹ Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) § 11-1.

4.1.1.2 Begrensning i foreldreansvaret som følge av barnets medbestemmelsesrett eller selvbestemmelsesrett

Barnets medbestemmelsesrett gir de som skal ta avgjørelser som omhandler barnet en plikt til å høre barnet før avgjørelser skal tas.¹⁶² Det følger av barneloven § 31 første ledd at medbestemmelsesretten gjelder alle barn, uansett alder, som er i stand til å danne seg egne synspunkter i forhold til saken. Etter annet punktum fremkommer det at retten til å si sin mening ikke bare er en rett barnet har. Retten til å si sin mening også gir en rett til at synspunktet skal vektlegges etter alder og modenhet.¹⁶³

Retten til å uttale seg gjelder som en absolutt rett for alle barn over 7 år.¹⁶⁴ Selv om barnet ikke er 7 år vil barnet allikevel ha rett til å uttale seg dersom barnet er i stand til å danne seg egne synspunkter om forholdet.¹⁶⁵ Vekten som tillegges barnets synspunkt vil variere ut ifra alder og modenhet, samt i hvor stor grad avgjørelsen har innflytelse på barnet. Vekten må også avveies i forhold til andre som er involvert.¹⁶⁶ Eksempelvis vil det være forskjell på vektningen av barnets medbestemmelsesrett i spørsmål om familieflytting som berører hele familien og forhold som knytter seg til delttagelse i idrettsforeninger eller religiøse aktiviteter som i takt med økende alder og modenhet hos barnet i stor grad bare omfatter barnet. Det skal legges betydelig vekt på hva barn over 12 år mener. Det synes derfor klart at lovgiver ønsker at medbestemmelsen til barn over 12 år skal være stor, og at det skal tungtveiende hensyn til for at meningen ikke skal tillegges vekt i avgjørelser. Medbestemmelsesretten gjelder alle personlige forhold, og vil være et viktig moment i foreldretvister.¹⁶⁷ Medbestemmelsesretten til barnet legger begrensninger i foreldrenes bestemmelsesrett i form av at barnets mening skal vektlegges, men gir allikevel ikke barnet rett til selv å avgjøre.

Av barneloven § 33 fremkommer det at barnet skal gis «stendig større sjølvråderett med alderen». Selvråderett vil si retten til å selv avgjøre personlige spørsmål. I selvråderetten så ligger det en plikt for foreldrene og en rett for barnet til å kunne ta stadig større avgjørelser med alderen, så lenge det barnet bestemmer er forenelig med foreldrenes omsorgsplikt.¹⁶⁸ Barnets selvbestemmelsesrett er ikke avgrenset til personlige forhold, men er en generell bestemmelse som gjelder for alle forhold rundt barnet, også de forhold som omhandler økonomi og faller

¹⁶² Barneloven § 31.

¹⁶³ Barneloven § 31 første ledd andre punktum.

¹⁶⁴ Barneloven § 31 andre ledd.

¹⁶⁵ Barneloven § 31 første ledd.

¹⁶⁶ Sandberg (2010) note 78 og 79.

¹⁶⁷ Se masteroppgavens kapittel 6.

¹⁶⁸ Sandberg (2015) note 82.

inn under vergemålsloven.¹⁶⁹ Barnets selvbestemmelsesrett vil sette begrensninger i foreldrenes utøvelse av foreldreansvaret.¹⁷⁰ Selvbestemmelsesretten vil også reguleres av annen lovgivning. Eksempler på andre bestemmelser som sikrer barnet selvbestemmelsesrett finnes i kirkeloven¹⁷¹ § 3 nr. 6 og trossamfunnsloven¹⁷² § 3 om retten til inn og utmelding av trossamfunn, og vergemålsloven § 10 om retten til selvstendig inngåelse av arbeidsavtale fra fylte 15 år. Barnets selvråderett gjør seg også gjeldene i navneloven ved at det kreves samtykke fra barn over 12 år for navnebytte.¹⁷³ Barn skal informeres og gis mulighet til å uttale seg i adopsjonssaker fra fylte 7 år, samt mulighet til å hindre adopsjon etter fylte 12 år.¹⁷⁴ Selv om foreldreansvaret i utgangspunktet gir foreldre rett og plikt til å ta avgjørelser i forbindelse med medisinske inngrep etter barneloven § 30 første ledd annet punktum vil jenters rett til selvbestemmelse etter abortloven gå foran foreldrenes bestemmelsesrett som følge av foreldreansvaret.¹⁷⁵ Retten til å fremsette begjæring om svangerskapsavbrudd gjelder for barn over 16 år, og dersom barnet er under 16 år skal legen avgjøre om foreldre skal informeres, jfr. abortloven¹⁷⁶ § 4. Dette viser et klart ønske fra lovgivers side om at barn skal ha en selvstendig selvråderett på saker som omhandler dem selv.

I barneloven § 32 er det en bestemmelse som styrker barnets selvstendighet ved at barnet selv skal kunne bestemme medlemskap i foreninger eller hvilken utdanning de vil ta fra fylte 15 år. Bestemmelsen skal ikke tolkes antitetisk i det barnet skal gis stadig mer selvråderett etter alder og modenhet, jfr. barneloven § 33.¹⁷⁷ Det er klart at selvstendigheten til å melde seg ut av foreninger er absolutt, mens selvbestemmelsesretten til innmeldinger og utdanningsvalg vil kunne begrenses ut ifra økonomiske hensyn som avgjøres av vergemålslovens bestemmelser. Videre kan ikke barnet velge bort utdanning før etter det tiende skoleåret er avsluttet, jfr. opplæringsloven § 2-1 fjerde ledd. Et eksempel som kan tenkes er at barnet ikke ønsker å starte på privat ungdomsskole, men heller gå offentlig skole sammen med venner fra nærmiljøet. Det vil ofte være til barnets beste at foreldre kan legge til rette for et kontinuerlig skolevalg. Barn når selvråderettsalderen midt i ungdomsskoletiden, og gode grunner taler av den grunn for at barnets mening skal gis betydelig vekt allerede ved valg av ungdomsskole i 13-14 års alderen slik at barnet ikke må vente til 15 års alder for å bytte ungdomsskole til eget ønske.

¹⁶⁹ Lov 26. mars 2010 nr. 9 om vergemål (vergemålsloven) særlig kap. 3, se Kjølberg og Johansen (2006) s. 21.

¹⁷⁰ Se masteroppgavens punkt 4.1 «innhold i foreldreansvaret».

¹⁷¹ Lov 7. juni 1996 nr. 31 om Den norske kirke (kirkeloven).

¹⁷² Lov 13. juni 1969 nr. 25 om trdomssamfunn og ymist anna (trossamfunnsloven).

¹⁷³ Lov 7. juni 2002 nr. 19 om personnavn (navneloven) § 12.

¹⁷⁴ Lov 28. februar 1986 nr. 8 om adopsjon (adopsjonsloven) § 6.

¹⁷⁵ Abortloven § 4.

¹⁷⁶ Lov 13. juni 1975 nr. 50 om svangerskapsavbrudd (abortloven).

¹⁷⁷ Sandberg (2010) note 81, første avsnitt.

Barnets medbestemmelsesrett og selvbestemmelsesrett medfører begrensninger i foreldrenes utøvelse av foreldreansvaret. Selvbestemmelsesretten og medbestemmelsesretten er økende med alder og modenhet. Ut ifra lovgivningen så taler dette for at vurderingen av foreldreansvar til yngre barn krever mer av forelderen enn for eldre barn, men foreldrenes evne til å respektere barnets selvbestemmelsesrett og medbestemmelsesrett bør være av betydning i spørsmålet om foreldreansvar fra den tid barnet er i stand til medbestemmelse og selvråderett i tråd med barnelovens hensikt.

4.1.1.3 Begrensning i foreldreansvaret som følge av barnets interesser og behov

Med bestemmelsen «foreldreansvaret skal utøvast ut frå barnet sine interesser og behov» menes at ansvaret som gis foreldrene gjennom denne loven gis for barnas skyld.¹⁷⁸ Av forarbeidene fremkommer det at det er foreldrenes plikt å vurdere hva som objektivt vil være til det beste for barnet i avgjørelser som tas.¹⁷⁹

«Dette innebærer ikke at de skal føye seg etter barnet i alle spørsmål, men må vurdere hva som vil gagne barnet både på kort og lang sikt.»¹⁸⁰

Omsorgen som utøves må tilpasses det enkelte barnet. I dette ligger en dynamisk tolkning av interesser og behov ut ifra barnets individuelle psykiske eller fysiske forutsetninger eller fase i livet. Problemstillinger som kan oppstå er eksempelvis ved spørsmål om medisinsk hjelp som går imot foreldrenes tro, overbevisning eller ønske. I utgangspunktet er spørsmål som omhandler medisinsk hjelp en del av foreldreansvaret.¹⁸¹ Barneloven § 31 første ledd tredje punktum vil her legge en begrensning i foreldreansvaret ved at det er barnet sine behov som må gå foran i spørsmål om behandling som er i strid med foreldrenes egen tro eller overbevisning. Spørsmål knyttet til alvorlige medisinske forhold løses nå gjennom pasientrettighetsloven § 4-4. Det er barnets interesse og behov for behandling som skal være styrende for bestemmelsen. Det kan etter dette ikke tas gyldige avgjørelser i alvorlige medisinske spørsmål i strid med barnets beste.¹⁸²

4.1.1.4 Plikt til omsorg, omtanke, forsvarlig forsørgelse og utdanning etter evne

Med «omsut og omtanke» menes blant annet kjærlighet, trygghet, oppmerksomhet, stell og pleie, tilsyn, mulighet for lek og samvær med andre samt stimulering av barnet i tråd med barnets utvikling.¹⁸³ Av lovteksten fremkommer det ikke noe kvalitetskrav, eller annet innhold, i omsorgen eller omtanken. Selv om lovteksten selv ikke gir noen minstekrav til omsorg

¹⁷⁸ Sandberg (2010) note 73

¹⁷⁹ NOU 1977:35 s. 123.

¹⁸⁰ NOU 1977:35 s. 123 (egen uth.).

¹⁸¹ Se masteroppgaven punkt 4.1.1: om avgjørelser i personlige forhold.

¹⁸² Syse (2012) note 97.

¹⁸³ Sandberg (2010) note 70.

og omtanke virker det klart at dersom omsorgen ligger under et minstemål kan tiltak i henhold til barnevernloven kapittel 4¹⁸⁴ iverksettes.¹⁸⁵ Av forarbeidene så fremkommer det som et tydelig lovgiverønske at ansvaret for omsorg og omtanke først og fremst skulle hvile på foreldrene, og at omsorgsplikten vil være særlig omfattende de første leveårene.¹⁸⁶ Dette taler for at barnets alder målt opp imot forelderens omsorgsevne er relevant i vurderinger av foreldreansvar. Siden omsorgsplikten anses å være omfattende de første leveårene vil det medføre at omsorgsevnen til forelderen må vurderes ut ifra dette. Det taler for at det kan stilles større krav til omsorgsevnen til foreldre som ønsker foreldreansvar for yngre barn.

Selv om «forsørgelse» ut ifra en naturlig språklig forståelse kan forstås som økonomisk omsorg, så ble spørsmålet om økonomi skilt fra foreldreansvaret til egne bestemmelser i barneloven kapittel 8.¹⁸⁷ Økonomiske midler er således ikke direkte relevant for vurderingen av evne til å forsørge barnet. Med forsvarlig forsørgelse menes plikten til å sørge for mat, klær og et sted å bo.¹⁸⁸ Heller ikke på dette området gir lovteksten noe videre veiledning om innholdet, men også her må det alminnelige forsvarlighetskravet kunne stilles til det foreldreansvaret som skal utøves. Når det gjelder oppdragelse så er det klart ut ifra lovteksten at ansvaret ligger på den som har foreldreansvaret, og dette ansvaret gjelder alt fra å sørge for sosialisering av barnet i tidlig alder og læring av normer for oppførsel. Ut ifra lovteksten står foreldrene fritt i forhold til hvilke verdier de skal oppdra barna etter.¹⁸⁹

Bestemmelsen om utdanning etter evne må tolkes i lys av opplæringslovens bestemmelser om barns skolegang og retten til å ta viktige avgjørelser for barna i personlige forhold etter barneloven § 30 første ledd. Av opplæringsloven fremkommer det at barn har rett og plikt på grunnskoleutdanning.¹⁹⁰ Det er denne retten og plikten som foreldreansvaret etter barneloven fordrer at oppfylles. Foreldre med foreldreansvar har en plikt til å sørge for grunnskoleopplæring, men kan selv velge mellom offentlig eller privat skoletilbud, eller besørg grunnskoleopplæringen selv.¹⁹¹

¹⁸⁴ Barnevernloven kap. 4 gir hjemmel for alt i fra lavterskeltilbud som råd, veiledning og hjelpetiltak etter § 4-4 ved «særlig behov», eller vedtagelse om å overta omsorgen av barnet fra foreldrene etter § 4-12 dersom det foreligger «alvorlige mangler» ved foreldrenes omsorg for barnet. Uansett tiltak så er vurderingsgrunnlaget i disse tilfellene barnets beste, jfr. barnevernloven § 4-1.

¹⁸⁵ Sandberg (2010) note 70.

¹⁸⁶ NOU 1977:35 s. 123 første avsnitt.

¹⁸⁷ Sandberg (2010) note 73.

¹⁸⁸ Sandberg (2010) note 73, se også NOU 1977:35 s. 123.

¹⁸⁹ Sandberg (2010) note 73.

¹⁹⁰ Opplæringsloven § 2-1.

¹⁹¹ Opplæringsloven § 2-1 og § 2-13.

4.1.2 Forbud mot voldsbruk

Grunnloven § 104 sikrer barn et vern om sin personlige integritet. Dette vernet gjelder både kroppslig og mental integritet.¹⁹² Barnekonvensjonen art. 19 nr. 1 pålegger myndighetene å verne barnet mot «alle former» for fysisk eller psykisk vold, skade, misbruk, eller mishandling. Høyesterett uttalte i Rt. 2005 s. 1567 at lettere klaps i oppdragelsesøyemed ikke rammes av straffeloven § 228.¹⁹³ Dommen ble kraftig kritisert, og førte til en endring og presisering som tydeliggjør at vold mot barn ikke er tillatt, selv ikke av hensyn til oppdragelsen. Barneloven § 30 inneholder et generelt forbud mot vold, og det understrekes at forbudet også gjelder vold i oppdragelsesøyemed.

Forbudets plassering i barneloven tilsier at det er snakk om et forbud som gjelder for foreldreansvar. Det er uttalt i juridisk teori at forbudet også gjelder andre personer i kontakt med barnet.¹⁹⁴ Det er klart at voldshandlinger som rammes av straffelovgivningen anses i strid med forbudet i barneloven. Dette antas også å gjelde seksuelle overgrep, selv om dette ikke nevnes direkte i forarbeidene.¹⁹⁵ Av merknadene til lovendringen står det at «"Lettere klaps", "lette klaps" eller "forsiktede klaps" vil følgelig ikke være tillatt.»¹⁹⁶ Handlinger som utføres for å hindre at barnet eller andre skader seg rammes ikke av bestemmelsen i tredje ledd, under forutsetning av at handlingen står i forhold til den faren som skal avverges.¹⁹⁷ Foreldre har fortsatt rett til grensesetting i barneoppdragelsen. Det antas at mild holding, dersom hensikten er å hindre fare må anses innenfor rammen av hva som er lovlig maktbruk etter barneloven.¹⁹⁸ Barnets alder og modenhet eller situasjonens risiko vil således være momenter som vil avgjøre hvorvidt holding anses som hensiktsmessig. Det fremkommer av rettspraksis at en forelder som har unnlatt å gripe inn i voldshandlinger mot barn kan straffes.¹⁹⁹ Den samme vurderingen som ligger til grunn for vurdering av passiv medvirkning i strafferetten må kunne legges til grunn for vurderingen av forelderens utøvelse av foreldreansvaret. Rettstilstanden må etter dette være endret fra uttalelsen om at lettere klaps tillates i Rt. 2005 s. 1567 til å forby irettesettende kraftanstrengelse mot barn som etter forholdene kunne vært løst på en mer skånsom måte.

Forbudet i barneloven § 30 tredje ledd rammer også psykiske vold som er i stand til å skade, skremme, ydmyke eller krenke barnet uten bruk av fysisk makt. Den psykiske krenkelsen må

¹⁹² Kierulf (2015) note 239.

¹⁹³ Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven) § 271 har erstattet tidligere Lov 22. mai 1902 nr.

10 Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven) § 228 som Høyesterett uttaler seg om i denne dommen.

¹⁹⁴ Sandberg (2010) note 75.

¹⁹⁵ Sandberg (2010) note 75.

¹⁹⁶ Ot.prp. nr. 104 (2008-2009) merknad til § 30.

¹⁹⁷ Ot.prp. nr. 104 (2008-2009) merknad til § 30.

¹⁹⁸ Sandberg (2010) note 75.

¹⁹⁹ LB-2013-011613.

være egnet til å gi barnet følelse av frykt, skyld, avmakt, skam mindreverd, en grunnleggende følelse av å ikke være ønsket eller elsket, eller fortvilelse.²⁰⁰ Av forarbeidene fremgår det eksempler som ikke er ment å være uttømmende, men som eksempler for terskelen av hva som rammes av forbudet nevnes: innlåsing av barnet i et rom, trusler om å skade barnets omsorgsperson, søsken eller dyr, trusler om straff eller at barnet skal skades eller forlates, ydmykelser, utskjelling, kalle barnet ukvemsord og verbal trakassering, latterliggjøring og da særlig hvis andre hører, manipulering, nedvurdering og følelsesmessig avvisning. Det fremgår av forarbeidene at gjentakende mønstre av mindre alvorlige forhold skal vektlegges i vurderingen av om hendelser rammes av forbudet, og at for de mer alvorlige hendelsene vil det være tilstrekkelig med enkelthendelse for å rammes av forbudet.²⁰¹

Selv om det ikke er sanksjoner knyttet opp imot bestemmelsen, utover straffelovens generelle sanksjoner mot voldsforbrytelser, så er det klart at den legger begrensninger i utøvelsen av foreldreansvaret. Lovgiver har gitt et klart signal om forbud mot enhver form for kraftanstrengelse mot barn i oppdragelsen. Foreldreansvar som utøves i strid med bestemmelsen vil ha betydning i spørsmål om hvem som skal ha foreldreansvaret, eller om en person er skikket til foreldreansvar, jfr. barneloven § 48 og barnevernloven § 4-12 bokstav c.²⁰²

4.1.3 Opplysningsplikt til forelder uten foreldreansvar

Dersom en forelder ikke har foreldreansvar for barnet vil den andre forelder ha plikt til å gi opplysninger om barnet til forelder uten foreldreansvar dersom han/hun spør om det.²⁰³ Den samme retten til opplysninger vil forelder uten foreldreansvar i utgangspunktet ha overfor offentlige instanser som er i kontakt med barnet. Opplysninger som en forelder uten foreldreansvar ber om kan nektes dersom de kan være til skade for barnet.²⁰⁴

4.2 Juridisk innhold i «bosted»

Selv om foreldrene har felles foreldreansvar vil en del plikter og rettigheter i forhold til barnet knytte seg til hvor barnet bor fast. Hvilke rettigheter og plikter dette er har sitt rettslige grunnlag i barneloven § 37 som omhandler fast bosted. Bestemmelsen må tolkes i lys av barnets rett til samvær, og det beslutningsgrunnlaget som fremkommer av barneloven § 42 andre ledd som omhandler omsorgsansvaret til den som er sammen med barnet.

²⁰⁰ Sandberg (2010) note 75.

²⁰¹ Ot.prp. nr. 104 (2008-2009) punkt 6.7 s. 39 og spesialmerknader i kapittel 14.

²⁰² Bendiksen og Haugli (2015) s. 88.

²⁰³ Barneloven § 47.

²⁰⁴ Barneloven § 47 første ledd tredje punktum.

4.2.1 Rettigheter og plikter som følge av fast bosted

Samværsforelderens kan ikke sette seg imot at bostedsforelderens tar avgjørelser i forhold til «vesentlige sider» ved dagliglivet, selv om foreldrene har felles foreldreansvar.²⁰⁵ Bestemmelsen kan ikke tolkes antitetisk slik at den andre kan motsette seg mindre avgjørelser.²⁰⁶ Retten til å bestemme mindre avgjørelser følger av barneloven § 42 andre ledd, og etter denne bestemmelsen er det forelderens som er sammen med barnet som tar slike mindre avgjørelser alene. Av overskriften kan det virke som om lovgiver mener samværsforelderens beslutningsmyndighet, men andre ledd retter seg mot «den som er saman med barnet» og omfatter således også bostedsforelderens i den tid bostedsforelderens er sammen med barnet.²⁰⁷ Avgjørelser som følger av samvær vil redegjøres for under.²⁰⁸

Som tidligere redegjort for så gir foreldreansvaret i utgangspunktet rett til å bestemme over barnet i personlige forhold. Det at samværsforelderens ikke kan sette seg imot at den andre tar avgjørelser som ellers anses som «personlige forhold» vil i realiteten medføre en begrensning i foreldreansvaret for samværsforelderens. Det er klart at også slike avgjørelser skal fattes ut ifra barnets beste etter barneloven § 48, og loven er ikke til hinder for at foreldrene blir enige fra sak til sak. Barneloven § 37 gjelder således for vesentlige avgjørelser der foreldrene ikke blir enige.²⁰⁹ Spørsmålet som reiser seg er da er hvilke avgjørelser som faller på bostedsforelderens alene i saker de ikke blir enige. Lovteksten gir noen retningslinjer på hva som er «vesentlige avgjørelser» bostedsforelderens kan ta.

4.2.1.1 Bestemmelser som gjelder barnehage

«Om barnet skal være i barnehage» følger direkte av lovteksten som en av de vesentlige avgjørelser den andre ikke kan motsette seg.²¹⁰ Bruken av ordene «om» knyttet direkte mot barnehage kan isolert sett tale for at det kun er selve avgjørelsen om bruk av barnehage eller ikke denne forelderens kan bestemme. Sett i sammenheng med «og andre større avgjørelser» taler for at lovgiver mener dette som ett av flere eksempler på større avgjørelser bostedsforelderens kan bestemme alene hvis enighet ikke oppnås. Dette understøttes av forarbeidene der justisdepartementet uttalte at det er lite hensiktsmessig at loven er uttømmende på detaljregulering av hva bostedsforelderens kan avgjøre alene, og at felles foreldreansvar fordrer at foreldrene har vilje til å løse problemstillinger knyttet til barnets personlige forhold i fellesskap.²¹¹ I dette

²⁰⁵ Barneloven § 37

²⁰⁶ Sandberg (2010) note 93 siste ledd.

²⁰⁷ Sandberg (2010) note 113.

²⁰⁸ Masteroppgaven punkt 4.3 «rettigheter og plikter som følger av samværet».

²⁰⁹ Ot.prp. nr. 62 (1979-80) s. 26.

²¹⁰ Barneloven § 37.

²¹¹ Ot.prp. nr. 62 (1979-80) s. 26.

ligger derfor bestemmelsesrett til å avgjøre om barnet skal være i barnehage, omfanget og hvilken barnehage barnet skal gå i, men også om annen form for barnevaksordning skal benyttes.²¹²

4.2.1.2 Bestemmelser som gjelder skole

Spørsmål knyttet til valg av skole er av forarbeidene et eksempel på avgjørelse som skal fattes i fellesskap dersom begge har foreldreansvaret.²¹³ Rent praktisk så vil i utgangspunktet barnet høre til skolekretsen barnet bor fast og ha rett på skole der barnet står i folkeregistret.²¹⁴ Det følger av barneloven § 37 at bostedsforeldereren kan velge hvor i landet barnet skal bo. Betydningen av dette medfører at bosted indirekte bestemmer skolevalget. Skolevalg utover barnets skolekrets fordrer enighet.²¹⁵ Valg av skole kan være grunnlag for uenighet i de tilfeller der foreldre med felles foreldreansvar ønsker en annen løsning enn det tradisjonelle skolevalget som følger av opplæringsloven § 8-1. Det være seg privatskole, annen offentlig skole eller hjemmeskole. I de tilfeller så følger det av forarbeidene at foreldrene må bli enige om valg av skole. Grunnlaget for avgjørelsen skal være hva som er til det beste for barnet. Det var i hovedsak praktiske hensyn i forhold til bostedsforelderens daglige gjøremål som lå til grunn for at samværsforeldereren ikke kunne motsette seg spørsmål om barnehage. Disse hensynene vil også gjelde for valg av skole, men fra skolealder er det klart at hensynet til barnets medbestemmelsesrett også vil være mer og mer avgjørende i slike spørsmål etter hvert som barnet blir mer selvstendig.²¹⁶

4.2.1.3 Flytting

Flytting innenlands faller inn under myndigheten til den som har fast bosted for barnet, og det følger av barneloven § 37 at den andre ikke kan motsette seg dette. Dersom det er avtale eller avgjørelse om samvær for den andre foreldereren, skal samværsforeldereren varsles 6 uker før slik flytting skjer, jfr. barneloven § 42 første ledd. Hensynet bak varslingsplikten er å pålegge bostedsforeldereren å informere om avgjørelser som er vesentlige for barnets oppvekstvilkår. Av forarbeidene til bestemmelsen ble det drøftet hvorvidt en slik varsling bare skulle gjelde for flytting av betydning for samværet med den andre.²¹⁷ Flertallet mente at all flytting vil kunne ha innvirkning på samværet, og uansett være av interesse for den andre med foreldreansvar. En bestemmelse som kun gjelder varsling av betydning vil kunne føre til unødvendige konflikter rundt varslingsplikten. Varslingsplikten gjelder uansett avstand og eventuell virk-

²¹² Ot.prp. nr. 62 (1979-80) s. 26.

²¹³ Ot.prp. nr. 62 (1979-80) s. 26.

²¹⁴ Opplæringsloven § 8-1.

²¹⁵ Barneloven § 30.

²¹⁶ Barneloven § 31.

²¹⁷ Ot.prp. nr. 104 (2008-2009) pkt. 7.6: «Kriterier for varslingsplikt».

ning dette har for samværet. Det er likevel bostedforelderens som alene har beslutningsmyndighet i spørsmålet om flytting innenlands.²¹⁸ Selv om bostedsforelderens har beslutningsmyndighet vil flyttingen kunne ha betydning for vurdering av fast bosted.²¹⁹ For flytting ut av landet kreves samtykke av begge foreldre som har foreldreansvar, jfr. barneloven § 40 første ledd.

4.2.1.4 Andre bestemmelser som gjelder forhold ved barnet

Av forarbeidene nevnes eksempler som fritidsaktiviteter, skolefritidsordning og valg av type aktiviteter i et idrettslag som beslutningsmyndighet som tilfaller forelderens der barnet bor fast.²²⁰ Videre fremkommer det av forarbeidene at eventuelle konflikter som ikke faller inn under foreldreansvaret, eller som følge av samværet er tenkt løst ved at bostedsforelderens har det avgjørende ordet.²²¹

4.3 Juridisk innhold i samværsrett

Forelderens rett til samvær følger av barneloven § 43 første ledd. Retten til samvær gjelder for den forelderens som ikke barnet bor sammen med. Barnet har rett til samvær med begge foreldrene, jfr. barneloven § 42 første ledd. Det at retten gjelder «begge foreldra» tilsier at det ikke er av betydning hvorvidt foreldrene har vært gift, bodd sammen eller har felles foreldreansvar. Samværsretten gir barnet, og forelderens barnet ikke bor med, muligheten til å få eller opprettholde personlig forbindelse og direkte kontakt.²²² Barnets rett til samvær åpner for problemstillinger i de saker der en av foreldrene motsetter seg slikt samvær. Det er ikke knyttet tvangskraft til barnets rett, slik at bestemmelsen ikke er grunnlag for å kreve dom eller tvangsfullbyrdelse av selve samværet.²²³ Rettigheten kommer til anvendelse som et utgangspunkt i vurderingen av samvær for den andre enn bostedsforelderens, men klargjør også at det ikke bare er forelderens rett som saboteres ved en samværs sabotasje, men også barnets individuelle rett til slikt samvær.²²⁴ Begge bestemmelsene om retten til samvær tar utgangspunkt i at det skal være samværsrett.²²⁵ Spørsmål som reiser seg i forbindelse med denne retten er først og fremst omfanget av samværet, men også innholdet i retten kan være grunnlag for problemstillinger.

²¹⁸ Barneloven § 37, og nærmere omtalt i Ot.prp. nr. 56 (1996-1997): merknad til § 35b.

²¹⁹ Se masteroppgave kap. 6 om vurdering av fast bosted – risiko ved miljøforandring, stabile trygge oppvekstsvilkår og barnets mening.

²²⁰ Ot.prp. nr. 56 (1996-97) s. 54.

²²¹ Ot.prp. nr. 56 (1996-97) merknad til § 35b.

²²² Barnekonvensjonen art. 9 nr. 3.

²²³ NOU 2008:9 punkt 9.5.3 og 9.5.4.

²²⁴ Sandberg (2010) note 111.

²²⁵ Barneloven §§ 42 første ledd og 43 første ledd.

Omfanget av samværet kan avtales mellom foreldrene ut ifra hva som er til barnets beste, eller fastsettes ved dom, jfr. barneloven § 43 andre ledd. Innholdet i foreldreansvaret kan ikke begrenses ved avtale eller dom, men innholdet i samværet kan knyttes til bestemte vilkår i avtale eller dom, jfr. barneloven § 43 tredje ledd.²²⁶

4.3.1 Rettigheter og plikter som følge av samvær

Utgangspunktet for forelderens rett og plikt under samværet fremkommer av barneloven § 42 andre ledd der det står at den som er sammen med barnet kan ta avgjørelser som omfatter «omsorgen» under samværet. Plikt og rett til omsorg og omtanke følger også av foreldreansvaret, men også tilsvarende for foreldre som har samvær uten å ta del i foreldreansvaret etter barneloven § 42 andre ledd.²²⁷ Omsorgsbegrepet er ikke nærmere definert i loven. Av forarbeidene fremkommer det at bestemmelsesretten knytter seg til avgjørelser om «daglige gjøremål» og eksempler som trekkes frem er «måltider, påkledning, leggetider, venner, tilsyn og stell».²²⁸ Bestemmelsesretten utover avgjørelser i forhold til daglige gjøremål i samværet tilfaller bostedsforelderens, eller begge som følge av foreldreansvaret i personlige forhold.²²⁹ Samværsforelderens er således avskåret fra å ta avgjørelser om faste fritidssysler som går utover den fastsatte samværstiden.²³⁰

Som tidligere redegjort for kan bostedsforelderens ta avgjørelser om fritidsaktiviteter, barnehage o.l. Denne retten til avgjørelser gjelder i utgangspunktet også avgjørelser om aktiviteter som faller på tidspunkt for samværet. Samværsretten til den andre forelderens er en rettighet som følger av hensynet til barnets beste, og for å opprettholde personlig forbindelse med den andre forelderens, jfr. barnekonvensjonen artikkel 9 nr. 3. Det å avgjøre at barnet skal ha aktiviteter til tider den andre har samvær vil kunne stride med hensynet til «personlig forbindelse» og «direkte kontakt» slik bestemmelsen er ment å ivareta. Overnevnte hensyn bak samværsretten vil trolig kunne gi samværsforelderens rett til å begrense aktiviteter som er bestemt av bostedsforelder i den tiden samværet foregår.²³¹

Det er neppe uvanlig med samværsavtaler som strekker seg utover ukedagene, eller begynner i midtuken. Det åpner for spørsmålet er om samværsforelderens er avskåret fra å bestemme at barnet skal være i barnehage under den tiden barnet har samværstid. Bendiksen og Haugli fremholder at det ikke er sagt noe spesifikt om bestemmelsesrett for samværsforelderens ved-

²²⁶ Se masteroppgave punkt 5.1.2 for redegjørelse om rettens kompetanse i spørsmål om foreldreansvar.

²²⁷ Bendiksen og Haugli (2015) s. 133.

²²⁸ Ot.prp. nr. 56 (1996-97) skjema i punkt 6.2.4 og merknad til § 44.

²²⁹ Barneloven § 30, jfr. barneloven § 37.

²³⁰ Sandberg (2010) note 113.

²³¹ Bendiksen og Haugli (2015) s. 133.

rørende barnehage i barneloven § 42, og hevder at dette taler for at bestemmelsesretten om barnet skal være i barnehage, og eventuelt hvilken, faller i sin helhet på bostedsforelderens etter barneloven § 37.²³² Det synes klart at samværsforelderens ikke kan ta bestemmelser som gjelder for tidspunkt denne forelderens ikke har samvær med barnet. Det fremstår ikke som like klart at avgjørelser ikke kan fattes av samværsforelderens for den tiden samværsforelderens har samvær med barnet. Selv om hensynet bak samværet er direkte kontakt, så åpner forarbeidene for at tilsyn av barnet kan bestemmes av samværsforelderens.²³³ Barnehage er en vanlig tilsynsordning for barn under skolepliktig alder. Det virker lite hensiktsmessig at samværsforelderens kan organisere tilsyn utført av ufaglærte, men nektes å sende barnet til barnehage med pedagogisk utdannet personale i den tiden samværsforelderens har samværstid med barnet. Dette taler for at samværsforelderens kan organisere tilsyn i form av barnehage i sin del av samværstiden som en del av barnets daglige gjøremål. Eventuell uenighet fra bostedsforelderens, som har sitt grunnlag i at tiden i barnehagen heller kan brukes som økt foreldrekontakt med bostedsforelderens, kan gi grunnlag for ny vurdering av samværets omfang.

I spørsmål om helsehjelp til barnet under utøvelse av samværet er utgangspunktet at foreldre med felles foreldreansvar tar avgjørelser om samtykke til behandling og undersøkelse sammen.²³⁴ Endringen i pasient- og brukerrettighetsloven § 4-4 har medført et unntak fra hovedregelen, og en presisering av bestemmelsene i barneloven §§ 37 og 42 andre ledd for spørsmål om helsehjelp for barn.²³⁵ Med pasient- og brukerrettighetsloven § 4-4 ble retten til den av foreldrene som er sammen med barnet lovfestet til å alene kunne gi samtykke til helsehjelp som regnes som en del av den daglige og ordinære omsorgen.²³⁶ Det medfører at bostedsforelderens, eller den andre forelderens med foreldreansvar, ikke kan motsette seg behandling av mindre betennelser, forkjølelser, skader og lignende som anses som en del av den daglige omsorgen. Slike behandlingsavgjørelser skal etter dette avgjøres av den som til enhver tid er sammen med barnet, jfr. barneloven §§ 37 og 42 andre ledd.²³⁷ Av forarbeidene så fremgår det som et bevisst valg fra lovgiver å ikke flytte samtykkekompetansen i helse spørsmål fra foreldreansvaret og over på bostedsforelderens. Lovgiver ønsker å gi samværsforelderens muligheten til å få helsehjelp i situasjoner der det mistenkes at årsaken skyldes forhold i bostedshjemmet til barnet.²³⁸ For mer alvorlige situasjoner er det klart at utgangspunktet er at foreldrene tar avgjørelse sammen, jfr. barneloven § 30, men det vil være tilstrekkelig med en av

²³² Bendiksen og Haugli (2015) s. 133.

²³³ Ot.prp. nr. 56 (1996-97) skjema i punkt 6.2.4.

²³⁴ Barneloven § 30.

²³⁵ Ot.prp. nr. 104 (2008-2009) punkt 11.1.5.

²³⁶ Syse (2012) note 99.

²³⁷ Ot.prp. nr. 104 (2008-2009) punkt 11.1.1.

²³⁸ Ot.prp. nr. 104 (2008-2009) punkt 11.1.5.

foreldrenes samtykke i de situasjoner der kvalifisert helsepersonell anser behandlingen som nødvendig for at barnet ikke skal ta skade, jfr. pasient- og brukerrettighetsloven § 4-4 andre ledd bokstav b.

5 Foreldretvister i domstolen

Dersom foreldrene ikke kan bli enige om foreldreansvar, fast bosted og/eller samvær kan hver av dem reise sak for domstolen, jfr. barneloven § 56 første ledd. Dersom partene har brakt en tvist inn for domstolen kan ikke tvistes spørsmålet overlates alene til partene, selv om avgjørelsen for retten synes vanskelig eller retten er usikker på fremtidige utsikter.²³⁹ Dommen skal avgjøre det spørsmålet som partene har brakt inn. I det følgende vil jeg ta for meg hvilke resultat domstolen kan komme frem til i foreldretvister.

5.1 Mulige resultater i spørsmål om foreldreansvar

5.1.1 Rettslig utgangspunkt

Domstolen har kompetanse til å avgjøre om foreldrene skal ha felles foreldreansvar, eller om kun en av foreldrene skal ha foreldreansvar, jfr. barneloven § 56. Det er klart at en forelder kan få medhold i foreldreansvaret mot den andres vilje.²⁴⁰ Dette kan begrunnes i hensynet til barnet går foran hensynet til hva den andre ønsker.

Bendiksen og Haugli utaler at spørsmålet om en forelder burde kunne idømmes foreldreansvar mot sin egen vilje kan diskuteres, uten at problemstillingen drøftes videre.²⁴¹ Departementet uttalte at en dom om foreldreansvar mot forelderens egen vilje «neppe er til barnets beste».²⁴² Ut ifra et samfunnshensyn så kan det virke positivt å pålegge foreldre ansvar for barnet de setter til verden, og et slikt pålegg vil kunne fungere som et signal om at foreldre må ta ansvar for egne barn. Av hensyn til det innholdet foreldreansvaret har for barnet så synes det vanskelig å kunne være til barnets beste at det pålegges en forelder som ikke ønsker foreldreansvar dette ansvaret. Det antas at et pålegg om foreldreansvar mot forelderens vilje vil kunne skape usikkerhet for barnet i forhold til forelderens faktiske gjennomføring av foreldreansvaret. Det er ingen sanksjonsmulighet i forhold til utøvelse av foreldreansvar utover det å frata foreldreansvar. Pålegg om foreldreansvar til en som ikke ønsker dette virker vanskelig å følge opp i praksis. Et pålegg om foreldreansvar mot en forelders vilje må i så tilfelle ha særlige hensyn som taler for at dette er til det beste for barnet, og det er vanskelig å se for seg hvilke hensyn som kan oppveie den ulempen det vil være for barnet at forelderens med foreldreansvar ikke ønsker del i ansvaret.

5.1.2 Rettens kompetanse til å begrense eller sette vilkår til foreldreansvaret

Et spørsmål som tidligere har vært reist er om domstolen kan fordele eller begrense foreldreansvaret. Det er i norsk rett ingen åpning for fordeling eller begrensnings i selve foreldreansva-

²³⁹ LB-2014-170185-2.

²⁴⁰ Innst. O. nr. 100 (1996-1997) s. 22, Bendiksen/Haugli (2015) s. 99.

²⁴¹ Bendiksen og Haugli (2015) s. 99.

²⁴² Ot.prp. nr. 56 (1996-1997) punkt 5.3.4.

ret.²⁴³ Det fremkommer dels av at lovteksten ikke åpner for noen slik ordning, jfr. barneloven § 30, og underbygges av at Høyesterett ikke har godtatt en slik fordeling fra lagmannsretten der de påla felles foreldreansvar med begrensninger.²⁴⁴ Høyesterettsdommen er lagt til grunn som prejudikat i spørsmål om tilgang til begrensning eller vilkår i foreldreansvaret for lagmannsretten i ettertid.²⁴⁵ Foreldreansvaret tildeles etter dette uten begrensninger, til en eller begge foreldrene, etter hva retten vurderer er til det beste for barnet.

5.2 Mulige resultater i spørsmål om «bosted»

5.2.1 Rettslig utgangspunkt

I utgangspunktet står foreldre som ikke bor sammen fritt til å avtale hvor barnet skal bo fast, jfr. barneloven § 36 første ledd. Barnelovens ordlyd utelukker ikke at barnet bor fast hos en forelder uten foreldreansvar. Det fremkommer av forarbeidene at ordning ikke bør aksepteres. Barnelovkomiteen uttrykte at det lett gir grunnlag for uenighet om hvilke rettigheter som følger av fast bosted i forhold til hvilke rettigheter som følger av foreldreansvaret.²⁴⁶ Backer har lagt til grunn at en slik ordning vil harmonere dårlig med prinsippet om barnets beste, og dette synet støttes også av Bendiksen og Haugli.²⁴⁷ Når det kun er en av foreldrene som har foreldreansvaret, vil det juridisk innebære at barnet bor fast hos denne. Det er i saker der foreldrene har felles foreldreansvar at spørsmål om bosted må avtales, eller fastsettes av en domstol.²⁴⁸ Foreldrene kan avtale at barnet skal bo fast hos en av de, eller ha delt bosted mellom foreldrene. Grunnlaget for foreldrenes avgjørelse skal være ut ifra hva som er til det beste for barnet, jfr. barneloven § 48 første ledd. Dersom foreldrene ikke blir enige må retten avgjøre fast bosted, jfr. barneloven § 36 andre ledd.

5.2.2 Mulige løsninger for retten

Dersom foreldrene ikke blir enige om barnets bosted skal retten avgjøre at barnet skal bo hos «ein av dei», jfr. barneloven § 36 andre ledd. Dette medfører at domstolen som utgangspunkt skal velge den ene, eller den andre av foreldrene.

Dette var også rettstilstanden i Norge i lang tid, og retten var avskåret fra å velge delt bosted der den ene forelder ikke ønsket det. Hensynet bak at retten ikke kunne pålegge foreldrene delt bosted var synet på at retten ikke kunne pålegge foreldrene det samarbeidet en slik ordning medfører. Etter lovendringen i 2010 er ikke lenger retten avskåret fra å pålegge delt bo-

²⁴³ Bendiksen og Haugli (2015) s. 100.

²⁴⁴ Rt. 2000 s. 185.

²⁴⁵ LE-2015-21458.

²⁴⁶ NOU 1977: 35 s. 70.

²⁴⁷ Backer (2008) s. 336 og Bendiksen og Haugli (2015) s. 106.

²⁴⁸ Bendiksen og Haugli (2015) punkt 9.2.

sted der en av foreldrene ikke ønsker en slik ordning. Gjeldene rett er at domstolen kan avgjøre at barnet skal ha delt bosted dersom det foreligger «særlige grunner» for valget. Av bestemmelsens oppbygning og ordlyd følger det at hovedregelen er at det skal avgjøres ett fast bosted hos en av foreldrene, og at «særlige grunner» tilsier at delt bosted er unntaket. Det fremkommer av forarbeidene at «særlige hensyn» må tolkes i lys av prinsippet om at avgjørelser skal rettes mot det som er det beste for barnet, jfr. barneloven § 48.²⁴⁹ Dette taler for at unntaksregelen skal benyttes i de tilfeller der retten etter en konkret vurdering av situasjonen kommer til at barnet vil ha det best med delt bosted.

Det antas i forarbeidene at ordningen ikke er særlig aktuell for barn under 7 år.²⁵⁰ Vurderingskriteriene for å pålegge delt bosted som ble fremholdt i forarbeidene er: nærhet mellom hjemmene, mulighet til å opprettholde kontakt med venner og aktiviteter fra begge hjem, foreldrene må kunne samarbeide, det må ikke være høyt konfliktnivå, barnet må trives med ordningen, domstolen må være overbevist og forutsetningene må ligge til grunn ved domstidspunktet.²⁵¹ Forarbeidene gir her veiledning på forståelsen ut ifra den forskningen som forelå ved vedtagelsen. Av forarbeidene fremkommer det at domstolen må «forsikre seg om at forutsetninger forskningen har vist må foreligge for at delt bosted skal fungere bra, foreligger».²⁵² Dette åpner for en dynamisk tolkning av unntaksregelen om delt bosted i tråd med nyere forskning. Det synes klart at domstolen bør benytte eventuelt nye forskningsresultater som grunnlag for å vurdere om delt bosted vil være til barnets beste dersom forskningen har gjort fremskritt siden vedtagelsen. Det er spesielt kriteriene om at det ikke må være høyt konfliktnivå på domstidspunktet og at domstolen må være overbevist om at løsningen er til barnets beste som trekkes frem av Bendiksen og Haugli som begrunnelse for at de vanskelig ser for seg at delt bosted blir aktuell i særlig mange saker.²⁵³

5.2.3 Eksempler på lagmannsrettens avgjørelser om delt bosted

I LH-2011-85527 kom lagmannsretten frem til delt bosted og begrunnet dette i hovedsak med at ordningen fungerte fint i dag, og at begge barna ønsket dette som resultat.

En interessant avgjørelse finnes i LG-2011-91169 der moren påstår at konfliktnivået er høyt og at delt bosted derfor burde utelukkes. Lagmannsretten kom derimot frem til delt bosted med begrunnelse i at foreldrene samarbeidet greit, barna ønsket delt bosted, og at de geografiske forholdene lå til rette for delt bosted.

²⁴⁹ Ot.prp. nr. 104 (2008-2009) s. 72-73.

²⁵⁰ Ot.prp. nr. 104 (2008-2009) s. 72-73.

²⁵¹ Ot.prp. nr. 104 (2008-2009) s. 72-73.

²⁵² Ot.prp. nr. 104 (2008-2009) s. 72-73.

²⁵³ Bendiksen og Haugli (2015) s. 107-108.

Det siste eksempelet viser at rettens egen vurdering av barnets beste blir utslagsgivende for avgjørelsen, og ikke foreldrenes påstand om konflikt eller samarbeidsproblemer. Retten så bort ifra motvilje og påstand om konflikt. En konkret vurdering førte til at retten mente forholdene lå til rette for delt bosted, og at dette vil være det beste for barna. Dommen taler for at barnets beste går foran hensyn som taler imot at domstolen kan pålegge samarbeid mellom foreldre som ikke ønsker det. Domstolen skal i utgangspunktet avgjøre fast bosted hos en av foreldrene, men kan benytte unntaksbestemmelsen om delt bosted dersom retten er overbevist om at dette er til barnets beste.

5.3 Mulige løsninger for samværsrett

5.3.1 Rettslig utgangspunkt

Grunnlaget for samværsrett finnes både i barnets rett til samvær etter barneloven § 42 og foreldrens rett til samvær etter barneloven § 43 første ledd. Foreldrene kan selv bestemme omfanget av samværet.²⁵⁴ Dersom enighet ikke oppnås kan foreldrene reise sak for domstolen om fastsettelse av samvær.²⁵⁵ Omfanget av samværet må vurderes i hver enkelt situasjon.²⁵⁶ Barneloven gir en definisjon på «vanlig samvær».²⁵⁷ Bruken av begrepet «vanlig samvær» kan etter en normal språklig forståelse tilsi at «vanlig samvær» er normalsamværet, og således et utgangspunkt for vurderingen av samværet. I Rt. 2011 s. 1572 hevdet den ene parten at «vanlig samvær» er lovens utgangspunkt og at begrensninger i utgangspunktet krever «særlige grunner».²⁵⁸ Høyesterett gikk imot en slik presumsjon og stadfestet at lovens forutsetning er at omfanget skal fastsettes i hvert enkelt tilfelle. Høyesterett støttet seg på forarbeidene og slo fast at avgjørelser om samvær og omfang skal fastsettes etter en vurdering av hva som er best for barnet.²⁵⁹ Det kan nok rent subjektivt oppleves som en begrensning av samværet i de saker det fastsettes mindre samvær enn «vanlig samvær». Gjeldene rett har ikke noe fastsatt utgangspunkt som domstolen må forholde seg til. En fastsettelse av mindre samvær enn «vanlig samvær» er således i realiteten ikke noen begrensning av samværsretten, men en fastsettelse med utgangspunkt i barnets beste.²⁶⁰

²⁵⁴ Barneloven § 43 andre ledd første punktum.

²⁵⁵ Barneloven § 56.

²⁵⁶ Barneloven § 43 tredje ledd, jfr. barneloven § 48.

²⁵⁷ Barneloven § 43 andre ledd.

²⁵⁸ Rt. 2011 s. 1572 avsnitt 39.

²⁵⁹ Rt. 2011 s. 1572 avsnitt 40, jfr. Ot.prp. nr. 62 (1979-1980) side 37 og Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) side 15 og 54.

²⁶⁰ Bergum (2004) s. 114.

5.3.2 Vanlig samvær

Legaldefinisjonen «vanlig samvær» har ved flere anledninger blitt foreslått fjernet.²⁶¹ Hensyn som taler for en fjerning er å oppnå best mulig individuelle løsninger. Av forarbeidene så fremkommer det at hensynet til å beholde legaldefinisjonen er de tilfeller det ellers kan bli fastsatt lite samvær, samt unngå konflikter og enklere løse konflikter utenom domstolen.²⁶²

Det er grunn til å stille spørsmål om det er konfliktdepende å ha en legaldefinisjon i de tilfeller der det er barnets beste å ha mindre samvær enn forutsatt i legaldefinisjonen. Det at legaldefinisjonen skal fremme løsninger utenom domstolen, samtidig som legaldefinisjonen ikke skal være et utgangspunkt for vurderingen av omfanget, fordrer god kunnskap hos foreldrene om at samvær skal avtales i tråd med prinsippet om barnets beste.

Spørsmålet om lovbestemt omfang som utgangspunkt i fastsettelse av samvær har vært grunnlag for debatt knyttet til samværsretten etter barnevernsløven § 4-19.²⁶³ Avveiningene i en vurdering av samvær etter barnevernsløven skiller seg fra avveiningene etter barneløven.²⁶⁴ Det er allikevel slik at spørsmålet om lovfesting av samværets utgangspunkt, og enkelte argumenter som ble fremmet i debatten, også er relevante i samme spørsmålet om «vanlig samvær». Samværsretten på begge rettsområder har som sitt utgangspunkt å sikre «personlig forbindelse» og «direkte kontakt» med foreldre de er adskilt fra, jfr. barnekonvensjonen art. 9 nr. 3.

Et argument mot en lovfesting av normalomfang av samværsrett etter barnevernsløven var at det «fjerner fokus fra det konkrete, individuelle barnets beste».²⁶⁵ Et slikt argument vil også gjøre seg gjeldende mot en legaldefinisjon av «vanlig samvær» som har til hensikt å øke samvær og unngå konflikter. Avgjørelser om samværets omfang skal først og fremst rette seg mot barnets beste. Det vanlige samværet vil, dersom lovens intensjon etterleves, være det som individuelt sett er best for barnet. Argumentet mot et lovfestet utgangspunkt synes således å være mer i tråd med gjeldene rett enn de hensyn som taler for lovfestet utgangspunkt eller en legaldefinisjon av vanlig samvær. En legaldefinisjon som gir uttrykk for hva som tidsmessig anses som «vanlig samvær» vil kunne virke forstyrrende i prosessen det er å finne omfanget av samværet ut ifra det individuelle barnets behov. Videre kan det tilføyes at legaldefinisjonen ikke sier noe om alder, som er et svært sentralt moment i fastsettelsen av samværsomfang for de yngste barna. Legaldefinisjonen virker derfor svært lite hensiktsmessig i vurderingen av

²⁶¹ Sandberg (2010) note 121.

²⁶² Ot.prp. nr. 104 (2008-2009) punkt 9.3.

²⁶³ Bergum (2004) og Haugli (2004).

²⁶⁴ Rt. 1996 s. 1684.

²⁶⁵ Haugli (2004) s. 234.

barnets beste i de saker som omhandler små barn. Det er klart at den kan benyttes som en rettesnor i en gradvis økning, men kan synes å ha liten juridisk verdi i fastsettelsen. Barneloven gir ingen tidfestede føringer for fastsettelse av samvær annet enn at domstolen må følge den logiske begrensningen som ligger i at samværet ikke kan overstige halvparten av tiden, og at barneloven åpner for samværsnektelse der det er til barnets beste.²⁶⁶

5.3.3 Samvær med vilkår

Det kan settes vilkår for samværet i avtale eller dom, jfr. barneloven § 43 tredje ledd. Selve ordlyden i lovteksten åpner for at avtalen eller dommen kan sette en hvilken som helst forutsetning for gjennomføring av samvær. Eksempel som nevnes i forarbeidene er en nøytral tredjeperson tilstede under utøvelsen av samværet, eller at samværet skal finne sted i barnets hjem eller lignende.²⁶⁷

I LF-2014-88678 ble det fastsatt samvær med tilsyn fra BUF-etat, eller etter avtale om tilsynsperson mellom foreldrene. Lagmannsretten begrunnet vilkåret med at det var frykt for bortføring. I Rt. 1998 s. 562 behandler Høyesteretts kjæremålsutvalg en dom der Lagmannsretten hadde satt tilsyn som vilkår for å minske risiko for seksuelle overgrep. Kjæremålsutvalget fant ikke lagmannsrettens lovforståelse uriktig. I LB-2013-165575 ble det fastsatt at det skulle være tilsyn ved første samvær for å hjelpe til med starten av samværsordningen.

Bestemmelsen om vilkår er generelt utformet, og andre vilkår enn tilsyn kan settes av retten.²⁶⁸

²⁶⁶ Barneloven § 43 første ledd tredje punktum.

²⁶⁷ Ot.prp. nr. 56 (1996-1997) punkt 7.3.2.1.

²⁶⁸ Sandberg (2010) note 122.

6 «Barnets beste» som vurderingsgrunnlag i foreldretvister

Avgjørelsen i foreldretvister skal først og fremst rette seg etter det som er best for barnet.²⁶⁹ Barneloven bygger på at foreldrene selv skal kunne avgjøre spørsmål om foreldreansvar, fast bosted og samvær.²⁷⁰ Foreldretvister anses med dette i utgangspunktet som et familieanliggende, der det foreldrene bestemmer sammen anses som barnets beste. Foreldrenes avtalefrihet gjelder med de begrensninger som følger av at barnet har rett til å bli hørt og at foreldrene skal ta hensyn til hva som er det beste for barnet i sin avgjørelse overfor barnet.²⁷¹

«Etter gjeldende rett skal hensynet til barnets beste være det avgjørende kriterium både når foreldrene selv skal avgjøre spørsmål knyttet til barn etter samlivsbrudd, og når spørsmålet skal avgjøres av forvaltningen eller domstolene. Både internasjonale konvensjoner og norske lovregler inneholder bestemmelser om at hensynet til barnets beste skal gå foran konkurrerende interesser. På tilsvarende måte har EMD i sin praksis omkring foreldrenes rett til respekt for familielivet i EMK artikkel 8 i flere avgjørelser uttalt at barnets beste må være et sentralt hensyn. Barnets beste er imidlertid et mangfoldig begrep og har avstedkommet mye diskusjon knyttet til den nærmere fortolkningen. Det er et dynamisk begrep som andre hensyn - også hensynet til likestilling mellom foreldre - må prøves opp mot. Å søke etter omsorgsløsninger som er til barnets beste, er å søke etter det aktuelle barnets erfaringsverden, hva som kan bidra til oppfyllelse av dette barnets særlige behov og dets muligheter. Både i norsk og nordisk rett ser man en utvikling der fokus i lovgivningen har blitt flyttet fra foreldrene til barnet.»²⁷²

Av øvrige forarbeider til barneloven fremkommer det at lovgiver ikke ønsket å gi noen utfyllende liste med momenter som skal stå sentrale i vurderingen av hvor barnet skal bo fast. Lovgiver ønsket med dette at retten skulle ha fokus på behandling av det enkelte barns beste ut ifra det enkeltes barns individuelle behov.²⁷³ Dette er gjentatt ved senere forarbeider der det blant annet uttales at: «Å gi generelle regler om hva som er til beste for barnet i alle saker synes vanskelig. Barnets beste bør bero på en konkret individuell vurdering i hver sak».²⁷⁴ Det vil i det følgende redegjøres for hvilke momenter som vanligvis har betydning i vurderingen av hva som er barnets beste i avgjørelser om foreldreansvar, fast bosted og samvær. Vurderingen har for alle hovedspørsmål det samme utgangspunktet i at avgjørelsen først og fremst skal rette seg etter det som er «best for barnet».²⁷⁵

²⁶⁹ Barneloven § 48 første ledd, jfr. Grunnloven § 104 andre ledd, jfr. barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1.

²⁷⁰ Barneloven § 36 første ledd, jfr. § 64 første ledd.

²⁷¹ Barneloven § 31, jfr. Grunnloven § 104 første ledd og barneloven § 48, jfr. Grunnloven § 104 andre ledd og barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1.

²⁷² NOU 2008:9 punkt 6.1 (egen uth.).

²⁷³ NOU 1977: 35 s. 63.

²⁷⁴ Ot.prp. nr. 29 (2002-2003) s. 28.

²⁷⁵ Barneloven § 48 første ledd.

6.1 «Barnets beste» i spørsmål om foreldreansvar

Gjennom å se på innholdet i foreldreansvaret, og avveie dette mot barnets behov og foreldrenes egenskaper, vil en kunne vurdere om begge eller kun en av foreldrene skal ha foreldreansvaret. Av forarbeidene fremkommer det at et slikt felles foreldreansvar forutsetter en vilje og evne til å samarbeide. Det er ikke tilstrekkelig grunn til å fratas eller ikke tildeles foreldreansvar at en av partene ikke ønsker samarbeid.²⁷⁶ Retten foretar en skjønnsmessig vurdering av hva som er det beste for barnet. Det er lovgivers hensikt at avgjørelsesgrunnlaget må vurderes individuelt i hver enkelt sak. Av barnelovens forarbeider fremkommer det at det som regel vil være et gode at begge foreldre har del i foreldreansvaret.²⁷⁷ Dette synet ble fulgt opp av Høyesterett som uttalte at i utgangspunktet er regelen felles foreldreansvar «med mindre særlige grunner» tilsier at den ene skal ha foreldreansvaret alene.²⁷⁸

Det må foretas en konkret vurdering med utgangspunkt i barnets situasjon. Det kan tenkes at resultatet etter en slik vurdering avviker fra utgangspunktet om at barnet har det best med at begge foreldre har foreldreansvar.²⁷⁹ I det følgende vil jeg ta for meg det rettslige utgangspunktet for foreldreansvar, utgangspunktet for vurderingen ved rettslig prøving og hvilke momenter som er sentrale i det retten skal ta stilling til spørsmål om foreldreansvar.

6.1.1 Rettslig utgangspunkt for foreldreansvar

For foreldre som ikke er gift eller samboende er det moren som får foreldreansvaret alene, jfr. barneloven § 34 første ledd. Dersom foreldre er gift, eller registrerte samboere hos folkeregisteret, jfr. barneloven § 39, har de ikke anledning til å avtale noe annet enn felles foreldreansvar, jfr. barneloven §§ 34 første ledd og 35 andre ledd.²⁸⁰ Det følger av «pater est» prinsippet at dersom et barn fødes inn i et ekteskap så er det ektemannen, eller den kvinnen som moren er gift med hvis barnet er avlet ved lovlig assistert befruktning, som regnes som barnets far/medmor, jfr. barneloven § 3 første og annet ledd. Det er således morens sivilstatus på fødselstidspunktet, og ikke barnets biologiske tilknytning, som er avgjørende for farskap og gir grunnlag for felles foreldreansvar etter barneloven § 34. I tilfelle for samboende foreldre så er det ikke nok med et samboerskap ved barnefødselen. Det er et videre vilkår i at farskapet er fastsatt.²⁸¹ Mellom 2006 og 2014 kunne samboende far vedgå farskap uten at dette behøvde morens samtykke. Bestemmelsen fikk kritikk i en eksaminasjon av Norges oppfyllelse av FNs

²⁷⁶ Innst. O. nr. 100 (1996-1997) s. 22.

²⁷⁷ NOU 2008:9 s. 43 og Ot.prp. nr. 29 (2002-2003) punkt 16.1.

²⁷⁸ Rt. 2003 s. 35.

²⁷⁹ Ot.prp. nr. 56 (1996-1997) s. 43.

²⁸⁰ Bendiksen og Haugli (2015) s. 99.

²⁸¹ Sandberg (2010) note 88.

kvinnediskrimineringskonvensjon der komiteen hadde følgende "concluding comments" til den norske regelen om at far ensidig kunne erklære farskap uten samtykke fra mor ved folke-registrert samboerskap:

"31. (...)The Committee is also concerned about the new amendments to the rules relating to recognition of paternity, under which cohabiting fathers no longer need the approval of the mother to recognize the paternity of her child."²⁸²

Lovendringen som trådte i kraft 1.1.2014 endret denne rettsstillingen, og nå må moren enten ha oppgitt samboeren som far eller godkjenne erklæringen til far for at han skal regnes som juridisk far.²⁸³

Foreldre som har felles foreldreansvar fortsetter å ha dette etter samlivsbrudd, med mindre de avtaler noe annet, jfr. barneloven §§ 34 tredje ledd og 35 tredje ledd, eller de mister ansvaret ved dom eller omsorgsovertagelse.²⁸⁴ Foreldreansvaret opphører når barnet blir 18 år, med unntak for særtilfeller for støtte til skolegang. Endring i foreldreansvaret før barnet fyller 18 år må meldes til folkeregisteret for å få rettsvirkning, jfr. barneloven § 39, og det er selve meldingen og ikke registreringen som er avgjørende for rettsvirkningen.²⁸⁵ Avtale etter barneloven § 35 tredje ledd eller avgjørelse etter barneloven § 56 som endrer dette kan meldes folkeregisteret for felles foreldreansvar, jfr. barneloven § 39.²⁸⁶

6.1.2 Utgangspunkt for vurderingen av foreldreansvar i saker der foreldre har vært gift eller samboende

Av barnekonvensjonen art. 18 fremkommer det at tilknyttede stater skal «sikre anerkjennelse av prinsippet om at begge foreldre har et felles ansvar for barnets oppdragelse og utvikling». Foreldre som er gifte, eller bor sammen, har felles foreldreansvar for felles barn, jfr. barneloven §§ 34 første ledd og 35 andre ledd. Departementet ga klare føringer for at dersom det ikke hefter noe ved personen som ønsker del i foreldreansvaret så skal foreldreansvar normalt tildeles.²⁸⁷ Flertallet i stortingskomiteen støttet seg på denne uttalelsen, men spesifiserte at for å fravike utgangspunktet må forholdene være av en slik art at «... vedkommende er uskikket til å utøve foreldreansvar...». Fra lovgivers side er det klare holdepunkter for at felles foreldreansvar i utgangspunktet er til det beste for barnet.²⁸⁸ Dette utgangspunktet synes fulgt opp av

²⁸² Prop. 105 L (2012-2013) punkt 4.3.4 s. 21.

²⁸³ Barneloven § 4 andre ledd.

²⁸⁴ Barneloven § 56 og barnevernloven § 4-12.

²⁸⁵ Ot.prp. nr. 56 (1996-1997) punkt 5.5.4.

²⁸⁶ Barneloven § 64.

²⁸⁷ Ot.prp. nr. 56 (1996-1997) s. 43.

²⁸⁸ Bendiksen og Haugli (2015) s. 100.

Høyesterett for spørsmål om foreldreansvar etter samlivsbrudd. Det skal særlige grunner for at felles foreldreansvar ikke tildeles etter samlivsbrudd.²⁸⁹

Felles foreldreansvar anses som barnets beste, med mindre særlige grunner tilsier annet, i saker der foreldre har hatt felles foreldreansvar eller bodd sammen med barnet.²⁹⁰ Følgene av dette er at den som ønsker foreldreansvar alene har bevisbyrden for at slike særlige grunner foreligger, og at det er til barnets beste at foreldreansvaret tilfaller den ene.

6.1.3 Utgangspunkt for vurderingen av barnets beste i spørsmål om foreldreansvar i saker der mor er alene

Moren gis foreldreansvaret alene i de tilfeller mor ikke er gift, eller far ikke har bodd sammen med barnet, jfr. barneloven § 35 første ledd. Dette er den eneste lovbestemmelsen som opprettholder morspresumsjonen i barnelovgivningen. Spørsmålet om mor og far skal likestilles i spørsmål om foreldreansvar, uavhengig av om de har bodd sammen eller vært gift, ble drøftet i NOU 2008:9. Flertallet i utvalget la til grunn at etter dagens regler «er de rettslige skrankene høye» for å nekte far å ta del i foreldreansvaret.²⁹¹ Flertallet mente at selv om morspresumsjonen i § 35 første ledd bryter med likestillingsloven så tilsier hensynet til den belastningen det er for en mor å gå til sak for å frata en far foreldreansvaret at morspresumsjonen bør opprettholdes på dette området.²⁹² Spørsmålet var oppe i St.meld. nr. 8 (2008-2009) og sendt ut på høring igjen i «Høringsnotat av 25 juni 2015».²⁹³

Høyesterett behandlet krav om felles foreldreansvar med utgangspunkt i barneloven § 35 første ledd i en sak i 2010. Høyesterett uttalte at regelen er at mor har foreldreansvaret alene, og dersom dette utgangspunktet skal fravikes må det begrunnes i barnets beste.²⁹⁴ Høyesterett støttet seg på Backer sitt syn om at dersom foreldrene ikke har bodd sammen skal det i utgangspunktet mye til for at faren skal tildeles foreldreansvar, og da særlig i de saker hvor kontakten har vært minimal.²⁹⁵ Denne regelen ble fulgt opp i Rt. 2011 s. 1572 hvor Høyesterett uttaler at utgangspunktet om at mor har foreldreansvaret alene også gjelder de saker der foreldrene ikke har bodd sammen men allikevel vært mye sammen.²⁹⁶ I saker der foreldrene ikke har hatt felles foreldreansvar, eller bodd sammen med barnet, skal det foretas en vurdering av

²⁸⁹ Rt. 2003 s. 35 avsnitt 33.

²⁹⁰ Bendiksen og Haugli (2015) s. 102.

²⁹¹ NOU 2008:9 punkt 7.2.3.

²⁹² NOU 2008:9 punkt 7.2.3, uttalelse fra utvalgets flertall.

²⁹³ Høringsnotat av 25 juni 2015 fra Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet: Forslag til endringer i barneloven for å fremme likestilt foreldreskap.

²⁹⁴ Rt. 2010 s. 216 avsnitt 46.

²⁹⁵ Rt. 2010 s. 216 avsnitt 47.

²⁹⁶ Rt. 2011 s. 1572 avsnitt 32.

hvorvidt det er til barnets beste å fravike fra utgangspunktet om at mor har foreldreansvaret alene.²⁹⁷ Overnevnte dommer har ikke prinsipielle uttalelser om den rettslige skranken for å nekte felles foreldreansvar, men rettsanvendelsesspørsmålet og utgangspunktet for vurderingen vil ha prejudikatverdi i saker med lignende utgangspunkt.

Det at slike saker skal løses med et utgangspunkt i morspresumsjonen i barneloven § 35 første ledd tilsier at det skal mer til enn likestillingshensyn, eller at faren er skikket, for å tildele felles foreldreansvar – det må etter en åpen vurdering anses som barnets beste. Følgene av dette er at det er den som ønsker del i foreldreansvaret som har bevisbyrden for at felles foreldreansvar vil være til barnets beste.

6.1.4 Utgangspunkt der foreldre blir samboere etter barnefødsel

Et spørsmål som har vært oppe for lagmannsretten tidligere var hvordan utgangspunktet vurderes i de tilfeller der foreldre flytter sammen først en tid etter at barnet er født, for så å bryte samlivet. Det er klart at moren i slike saker har foreldreansvaret alene når barnet blir født, jfr. barneloven § 35 første ledd, med mindre annet avtales.²⁹⁸ I saker der moren har blitt samboer med barnefar etter fødselen kan det virke som om lagmannsretten tar utgangspunkt i barneloven § 35 første ledd i spørsmål om foreldreansvar etter påfølgende brudd i samlivet.²⁹⁹

For samboende foreldre er hovedregelen at foreldreansvaret, for felles barn, er felles når foreldrene bor sammen.³⁰⁰ Hovedregelen må tolkes i lys av barneloven § 39 som setter som vilkår at farskapet/medmorskap er fastsatt, og foreldrene enten har felles registrert adresse eller erklærer samboerskap. Det er kun foreldre som ikke er gift eller samboende som kan avtale noe annet enn felles foreldreansvar.³⁰¹ Etter samlivsbrudd har partene fortsatt felles foreldreansvar, men står nå fritt til å avtale annen ordning, jfr. barneloven § 64, eller kan reise sak om foreldreansvar, jfr. barneloven § 56. Gjeldene rett for foreldre som er registrert som samboere ved fødselstidspunktet er felles foreldreansvar, også som utgangspunkt etter samlivsbrudd.³⁰² Det er klart at dette gjelder foreldre som sammen har erklært samboerskap i ettertid på tilsvarende måte som ved fødselsmelding. Det kan stilles spørsmål ved om felles foreldreansvaret også gjelder som utgangspunkt for rettsanvendelsen i de tilfeller der far flytter inn etter at mor har fått foreldreansvaret alene, og kun registrerer flyttemelding.

²⁹⁷ Barneloven § 35 første ledd.

²⁹⁸ Barneloven § 35 tredje ledd.

²⁹⁹ LB-2014-205741 og LB-2015-52886.

³⁰⁰ Barneloven § 35 andre ledd.

³⁰¹ Barneloven § 35 tredje ledd, se også Bendiksen og Haugli (2015) punkt 8.5.1, s. 99.

³⁰² Barneloven § 35 andre ledd

Det følger av barneloven § 39 at folkeregisteret skal registrere felles foreldreansvar for foreldre som bor sammen, og farskapet/medmorskapet er fastsatt. Felles foreldreansvar registreres automatisk for foreldre som gifter seg etter farskapsfastsettelse. Folkeregisteret praktiserer automatisk felles foreldreansvar for samboere som var registrerte på samme adresse da farskapet ble erkjent. Flyttemelding etter fastsettelse av farskap gir ikke automatisk felles foreldreansvar etter folkeregisterets praksis.³⁰³ Folkeregisterets praksis medfører en innskrenkende tolkning av barneloven § 35 andre ledd til kun å omfatte folkeregistrerte samboerskap der samboerregistreringen skjer før fødselen, eller etter felles melding om samboerskap.

I forarbeidene ble det foreslått at felles foreldreansvar for samboende forutsetter felles melding til folkeregisteret.³⁰⁴ Forslaget ble endret i stortingsbehandlingen, der flertallet mente det ikke skal være nødvendig å sende inn melding om samboerskap.³⁰⁵ Dette taler for at felles foreldreansvar skal gjelde der foreldre er registrert på samme bostedsadresse, og farskapet er fastsatt. Problemstillingen i forhold til foreldreansvar for samboerskap som kommer i stand etter barnefødsel blir ikke vurdert spesifikt i forarbeidene, og det gir utsagnet i forarbeidene noe mindre vekt i vurderingen av saker der samboerskapet blir registrert etter barnefødselen.

Lagmannsretten kommenterte rettsanvendelsesspørsmålet slik i en sak som kom opp for retten i 2015:

«ikke ethvert samboerskap i et slikt tilfelle vil utløse felles foreldreansvar og dermed et krav om særlige grunner dersom moren igjen skal ha foreldreansvaret alene når barnet bor fast hos henne. Formålet tilsier et visst minimum av forpliktende samliv når foreldrene ikke var samboere verken da barnet ble unnfanget, under graviditeten eller under barnets første leveår. Dette må særlig gjelde når foreldrene gjennom erklæring til folkeregisteret har gjort et bevisst valg om at moren skulle ha foreldreansvaret alene.»³⁰⁶

Lagmannsretten tar i denne saken ikke stilling til rettsanvendelsesspørsmålet videre, da det i foreliggende sak uansett foreligger særlige grunner for at mor skal ha foreldreansvaret alene. I en annen sak med tilsvarende problemstilling tar lagmannsretten utgangspunkt i barneloven § 35 første ledd, selv om foreldrene har bodd sammen etter barnet ble født.³⁰⁷ Lagmannsretten støtter seg til Backer sin vurdering av rettslig utgangspunkt dersom foreldrene ikke har bodd sammen.³⁰⁸ Lagmannsretten bemerker at selv om Backer sine uttalelser gjelder der foreldre

³⁰³ Skatteetaten (2016) om farskap og foreldreansvar.

³⁰⁴ Ot.prp. nr. 82 (2003-2004).

³⁰⁵ Innst. O. nr. 84 (2004-2005).

³⁰⁶ LB-2015-52886.

³⁰⁷ LB-2014-205741.

³⁰⁸ Backer (2008) s. 333.

ikke har bodd sammen vil «betraktningene langt på vei gjelde tilsvarende når foreldrene - som her - bare har bodd sammen en meget kort periode etter barnets fødsel.»

Backer sine betraktninger, om tilknytning til moren – og tilsvarende manglende tilknytning til far, vil ha betydning i vurderingen av hva som er barnets beste i saker om foreldreansvar der foreldrene har flyttet sammen i ettertid.³⁰⁹ Det er allikevel usikkert om hans betraktninger om rettslig utgangspunkt ved vurderingen av foreldreansvar, i saker der foreldrene ikke har bodd sammen, kan benyttes som utgangspunkt for rettsanvendelsen i saker der foreldrene faktisk har bodd sammen. Backer fremhever i sin begrunnelse for synspunktet at «Vanligvis har barnet da fått en fast tilknytning til moren, og hatt vesentlig dårligere kontakt med faren.» Dette kan neppe tas til inntekt for at rettslig utgangspunkt skal være barneloven § 35 første ledd i saker der foreldrene har inngått samboerskap en tid etter fødselen. Dette fordi at ved et samboerskap vil barnet få tilknytning til faren, og dermed også kontakt med barnet. Det kan videre bemerkes at lovens utgangspunkt om felles foreldreansvar for gifte/samboere synes å gjelde dersom bruddet skjer kort tid etter fødselen, og tilknytningen til far/medmor reelt sett også er begrenset.

Hensynet bak barneloven § 35 andre ledd var å likestille samboende foreldres rettsstilling med de som er gift. Komiteen uttalte i forarbeidene at: «Foreldrenes sivilstatus bør ikke være bestemmende for den formelle tilknytningen mellom far og barn, i de tilfellene hvor de lever og bor sammen.»³¹⁰ Det at rettslig utgangspunkt for vurdering av foreldreansvar etter samlivsbrudd for de par som har inngått samboerskap etter fødselen skal tilbakestilles til fødselstidspunktet, slik lagmannsretten legger til grunn, kan virke i strid med de likestillingshensyn som ligger bak barneloven § 35 andre ledd. Av forarbeidene fremkommer det at flertallet i komiteen uttalte, i spørsmålet om godkjennelse fra mor om erklæring av farskap, at en slik erklæring ikke er nødvendig med begrunnelse i at «... vi nå skal gi samboere lik rett til foreldreansvar som foreldre som lever i ekteskap».³¹¹ For gifte foreldre kan ikke foreldreansvaret tildeles kun den ene etter barneloven så lenge de er gift.³¹² Det samme synes å gjelde for samboende.³¹³

Foreldre som senere gifter seg får automatisk felles foreldreansvar. Rettsanvendelsen etter skilsmisse er med utgangspunkt i felles foreldreansvar.³¹⁴ Det er neppe slik at barnet tilknyttes

³⁰⁹ Barneloven § 48.

³¹⁰ Innst. O. nr. 84 (2004-2005) punkt 2: «komiteens merknader».

³¹¹ Innst. O. nr. 84 (2004-2005): merknader til § 39.

³¹² Sandberg (2010) note 84.

³¹³ Bendiksen og Haugli (2015) s. 99.

³¹⁴ Barneloven § 34.

far i større grad ved giftemål enn ved samboerskap. Hensynet Backer fremhever om barnets tilknytning til far kan ikke anses som avgjørende i spørsmålet om rettsanvendelse. Mor måtte etter tidligere lovgivning gi far del i foreldreansvar gjennom aktiv handling dersom de ikke var gift. Dersom samboerskapet fordrer en fortsatt aktiv handling fra mor, for at far skal få del i foreldreansvaret, vil i realiteten ikke lovendringen likestille samboende med gifte som inngår samliv etter fødselen. Hensynet til likestilling av gifte og samboende tilsier at felles foreldreansvar bør gjelde som utgangspunkt for registrerte samboere i de tilfeller der foreldrene har blitt samboere etter barnefødsel, og farskapet er fastsatt. Fars tilknytning til barnet vil uansett være relevant for den materielle vurderingen av om det er til barnets beste med fortsatt felles foreldreansvar, men ikke ut ifra et annet utgangspunkt enn hva som gjelder for en far som har giftet seg med mor etter fødselen. Dette taler for at spørsmål om foreldreansvar i saker der foreldre har vært samboende etter barnefødselen bør løses med utgangspunkt i barneloven § 35 andre ledd - foreldreansvaret er i utgangspunktet felles, og dersom dette utgangspunktet skal fravikes må det begrunnes i barnets beste på tilsvarende måte som for foreldre som har vært gift.

6.1.5 Sentrale momenter for vurderingen av foreldreansvar

Forelderens evne til å utøve foreldreansvaret i tråd med barnelovens bestemmelser vil være et moment for vurdering i spørsmål om foreldreansvar.³¹⁵ Dette følger av at lovgiver har bestemt hva foreldreansvaret innebærer. Vedkommende som har, eller får tilkjent foreldreansvar, må således være i stand til å utøve dette. Med evner menes den faktiske egenskapen til å utøve foreldreansvar, men også viljen foreldereren viser til å følge opp barnet i tråd med barnelovens bestemmelser vil være av betydning for vurderingen. Sentrale momenter vil således være forelderens vilje eller evne til å handle ut ifra barnets interesser og behov eller i å vise omsorg og omtanke.

Innholdet i foreldreansvaret tilsier at viktige avgjørelser skal tas i felleskap. Et moment ved vurderingen av felles foreldreansvar vil være foreldrenes evne til å samarbeide. Av forarbeidene fremkommer det at konflikter som relaterer seg til spørsmål knyttet til foreldreansvaret vil kunne tale imot fortsatt felles foreldreansvar.³¹⁶ Dette synet ble gjentatt også ved senere lovforarbeider der det framgår at der samarbeidet fremstår som umulig som følge av konfliktskapende handlinger vil dette kunne være grunnlag for at personen ikke anses som skikket til foreldreansvaret.³¹⁷ Hensynet bak at foreldreansvaret bør utøves alene ved manglende samarbeid er at dersom foreldrene ikke er i stand til å samarbeide om utøvelsen av foreldreansvaret, eller at omsorgsevnen svekkes som følge av samarbeidet, vil felles foreldreansvar direkte eller

³¹⁵ Barneloven § 30, se masteroppgaven punkt 4.1 om innholdet i foreldreansvaret.

³¹⁶ Ot.prp. nr. 56 (1996-1997) s. 43.

³¹⁷ NOU 2008: 9 punkt 7.2.2 3, avsnitt 3.

indirekte gå ut over barnet. Det er således til barnets beste at en av foreldrene har kompetanse til å fatte beslutninger alene i de tilfeller der samarbeidet vil ha mer negativ enn positiv effekt for barnet.

Det fremgår av barneloven at barnets mening skal bli hørt i spørsmål om foreldreansvar, jfr. barneloven § 31 andre ledd. Innholdet og betydningen av barnets medbestemmelsesrett er tidligere redegjort for i forbindelse med begrensninger i foreldrenes bestemmelsesrett.³¹⁸ Det at loven klart fremholder foreldreansvar, som ett av tre eksempler på viktige avgjørelser der barnets mening skal bli hørt, tilsier at retten til å si sin mening er absolutt for barnet i rettens avgjørelser om foreldreansvar. En slik tolkning vil også være i tråd med barnekonvensjonen art. 12. Avgjørelser om foreldreansvar er et forhold som angår barnet. Utgangspunktet er at alle barn som er i stand til å danne seg egne meninger om hva saken omhandler skal gis rett til å uttale seg.³¹⁹ Barnets rett til å uttale seg er en absolutt rett for barnet fra fylte 7 år.³²⁰ Barnets ønske skal vektlegges i økende grad med alder og modning.³²¹ Barnet har en rett til å bli hørt i spørsmål om foreldreansvar.

I barneloven § 30 tredje ledd fremkommer det at barnet ikke skal bli utsatt for vold, eller på annen måte bli håndtert på en måte som gjør at den fysiske eller psykiske helsen blir skadet eller truet.³²² Av forarbeidene nevnes manglende omsorgsevne i form av å utsette barnet, eller den andre omsorgspersonen, for psykisk eller fysisk mishandling.³²³ Dette tilsier at handlinger i strid med barneloven § 30 tredje ledd er uforenelig med foreldreansvaret og et moment som vektlegges i tilfeller der volden retter seg mot barnet, men også i tilfeller der volden retter seg mot omsorgspersonen til barnet.

Videre fremholder forarbeidene at dersom en forelder ikke lar seg oppspore vil det tale imot at vedkommende tildeles foreldreansvaret, og tilsvarende dersom forelderens konsekvent viser motvilje til å ta del i ansvaret.³²⁴ Den kontakten forelderens har eller ønsker å ha med barnet vil etter dette ha betydning for vurderingen. Det er allikevel klart at selv om samvær ikke gis, så utelukkes ikke felles foreldreansvar.³²⁵ Grunnlaget for utøvelsen av foreldreansvaret må vurderes konkret.

³¹⁸ Masteroppgaven punkt 4.1.

³¹⁹ Barneloven § 31 første ledd.

³²⁰ Barneloven § 31 andre ledd.

³²¹ Barneloven § 31 andre ledd siste punktum.

³²² Se masteroppgaven punkt 4.1.4.

³²³ NOU 2008: 9 punkt 7.2.2 3. avsnitt 3.

³²⁴ Ot.prp. nr. 56 (1996-1997) s. 43.

³²⁵ Rt. 2003 s. 35.

6.1.6 Sentral Høyesterettspraksis i spørsmål om foreldreansvar

Det er syv dommer siden 1995 der problemstillingen for Høyesterett er knyttet til foreldreansvar alene eller sammen med spørsmål om fast bosted og/eller samvær.³²⁶ I Rt. 1996 s. 398 var det enighet mellom partene at mor skulle ha foreldreansvaret alene dersom retten kom frem til at barna på 9 og 11 år skulle bo fast hos henne. Retten kom frem til at barna skulle ha fast bosted hos mor, og Høyesterett la enigheten til grunn i spørsmålet om foreldreansvar. Denne saken har derfor ikke videre interesse i forhold til oppgavens tema, selv om spørsmålet om hvorvidt retten i slike saker har, eller burde ha, anledning til å vurdere om løsningen er til barnets beste kunne vært drøftet videre.

Rt. 2011 s. 1439 omhandler spørsmål om foreldreansvar etter morens død. Både biologisk far og stefar fikk i denne saken foreldreansvar. Saken faller utenfor denne avhandlingens tema som omhandler tvister mellom foreldrene, og vil derfor ikke behandles videre.

6.1.6.1 Rt. 1994 s. 992

I Rt. 1994 s. 992 var hovedproblemstillingene knyttet til fastsettelse av fast bosted, samvær og foreldreansvar for partenes 7 år gamle barn. Det sentrale spørsmålet for Høyesterett i forhold til foreldreansvar var hvorvidt far kunne ha del i foreldreansvaret når mor ikke ønsket det.

Høyesterett kom frem til felles foreldreansvar. Dommen er den første dommen som stadfester at en av foreldrene ikke ensidig kan si opp avtale om felles foreldreansvar, og på den måten få foreldreansvar alene. Dommen har fått prejudikatsvirkning i spørsmålet om det kan fastsettes felles foreldreansvar selv om den andre ikke ønsker felles foreldreansvar. Synspunktet ble fulgt opp i forarbeidene til endringene i barneloven i 1997.³²⁷ Det er i dag sikker rett at en av foreldrene ikke får foreldreansvaret alene bare fordi vedkommende motsetter seg felles foreldreansvar.³²⁸ Rekkevidden av prejudikatet må kunne sies å være de tilfeller der begge partene ønsker foreldreansvar. Dommen gir ikke svar på om foreldreansvar kan pålegges mot den andres vilje. Det er antatt i teorien at det neppe kan fastsettes felles foreldreansvar hvis en av foreldrene ikke ønsker del i foreldreansvaret.³²⁹

6.1.6.2 Rt. 2000 s. 185

I Rt. 2000 s. 185 var hovedproblemstillingene for retten om domstolen, i fastsettelse av foreldreansvar, kan velge mellomløsninger eller legge begrensninger i utøvelse av foreldreansvaret. Høyesterett kom frem til at det ikke kan legges begrensninger i foreldreansvaret. Det ble

³²⁶ Rt. 1994 s. 992, Rt. 1996 s. 398, Rt. 2000 s. 185, Rt. 2003 s. 35, Rt. 2010 s. 216, Rt. 2011 s. 1439 og Rt. 2011 s. 1572, se: Kjølborg og Johansen (2006) punkt 2.4.2 s. 49 for Høyesterettsdommer frem til 2006.

³²⁷ Innst. O. nr. 100 (1996-1997) s. 22.

³²⁸ Rt. 2003 s. 35.

³²⁹ Bendiksen og Haugli (2015) s. 99.

tatt dissens 3-2 i resultatet. Flertallet begrunnet resultatet med at det ikke var holdepunkter for innskrenking av foreldreansvaret i loven eller forarbeidene. Flertallet uttalte at det er lovgivers ansvar å fastsette innholdet i foreldreansvaret. Mindretallet var enige i at foreldreansvaret som hovedregel ikke kunne splittes opp, men mente i motsetning til flertallet at spørsmålet om flytting utenlands var i en særstilling for unntak. Dommen medfører en stadfestelse av rettens kompetanse. Dommen vil fungere som prejudikat for rettens kompetanse til å begrense foreldreansvaret. Dommen uttrykker klart at dersom retten fastsetter foreldreansvar, så er det foreldreansvar i sitt fulle som skal fastsettes uten vilkår eller begrensninger.

6.1.6.3 Rt. 2003 s. 35

Rt. 2003 s. 35 gjaldt foreldreansvaret til partenes 9 år gamle barn. Barnet hadde autisme, og det var fastsatt at hun skulle bo fast hos moren og ikke ha samvær med far.

Høyesterett tok utgangspunkt i felles foreldreansvar, jfr. barneloven § 34. Høyesterett henvis- te til Rt. 1994 s. 992 og forarbeidene til lovendringen i 1997 da de slo fast at det ikke er grunn for foreldreansvar alene bare fordi en av partene motsetter seg felles foreldreansvar. Selv om det i denne dommen ble fastslått at far ikke skulle ha samvær med barnet, kom Høyesterett frem til at utgangspunktet for vurderingen av foreldreansvar skulle være felles foreldreansvar. Regelen om felles foreldreansvar som utgangspunkt for vurderingen tilsier at felles foreldre- ansvar skal fastsettes, med mindre særlige grunner tilsier at den ene skal ha foreldreansvaret alene. Høyesterett kom frem til at særlige grunner forelå og at moren skulle ha foreldreansvar alene. Både sakkyndige og Høyesterett vurderte det slik at det ikke var noe å utsette på farens evne til å utøve foreldreansvaret. Forholdet mellom far og mor var konfliktfylt. Høyesterett begrunnet tildelingen av foreldreansvar med at det forelå en risiko ved at farens utøvelse av foreldreansvaret ville «vekke kraftige og uforutsigbare reaksjoner hos barnet», samt at moren var en betydelig og viktig omsorgsperson, og risiko for økt konfliktnivå ved felles foreldrean- svar ville kunne føre til at moren kunne bli «satt ut av spill» som omsorgsperson.

Dommen tilsier at utgangspunktet for vurderingen av foreldreansvaret i saker der foreldrean- svaret har vært felles er at det må særlige grunner til å komme til foreldreansvar alene for en av partene. Dommen viser at slike særlige grunner kan foreligge dersom felles foreldreansvar kan ha en negativ effekt på bostedsforelderens³³⁰ til barnet og det anses å kunne være av be- tydning for barnet. Det er neppe slik at dommen kan forstås slik at en negativ effekt på bo- stedsforelderens alene er nok til at det foreligger særlige grunner for å tildele foreldreansvar til denne alene. Høyesterett holder argumentet om mors reduserte omsorgsevne opp mot barnets behov for omsorg. I denne saken fikk argumentet stor betydning da barnet med autisme hadde stort behov for omsorg og trygghet. Dommen gir ikke noe grunnlag for å si noe om terskel

³³⁰ Omtales i dommen som «hovedomsorgspersonen».

eller grense for tildeling av foreldreansvar alene i slike saker, men vektingen av argumentet må vurderes opp imot det behovet barnet har i saken avgjørelsen dreier seg om. Videre viser dommen at Høyesterett vektlegger argumentet om negative reaksjoner hos barnet i vurderingen av foreldreansvar. Dommen viser at det vil det være grunnlag for å tildele en av foreldrene foreldreansvaret alene dersom utøvelsen av foreldreansvaret har risiko for å vekke sterke negative reaksjoner hos barnet.

6.1.6.4 Rt. 2010 s. 216

I Rt. 2010 s. 216 behandlet Høyesterett spørsmålet om fast bosted, samvær og foreldreansvar for partenes 7 år gamle barn. Det ble fastsatt dagssamvær av seks timer en dag i måneden for far. I spørsmålet om foreldreansvar tar Høyesterett utgangspunkt i at mor skal ha foreldreansvar alene, jfr. barneloven § 35 første ledd. Det ble lagt til grunn at dersom dette skal fravikes må det være til barnets beste. Høyesterett støttet seg på en uttalelse fra Backer i juridisk teori om at det skal mye til for felles foreldreansvar i saker der det ikke har vært samliv mellom foreldrene, og barnet hadde fått en fast tilknytning til moren, og vesentlig dårligere kontakt med faren. Høyesterett kom frem til at mor skulle ha foreldreansvaret alene.

Høyesterett begrunnet avgjørelsen med at de utfordringer som ligger i felles foreldreansvar vil være en risiko for at konfliktnivået øker. Det ble også vektlagt at en meningsfull utøvelse av foreldreansvaret forutsetter en nærmere kontakt mellom far og barnet enn de har i dag og som følge av samværsordningen som er fastsatt. Høyesterett uttrykte i denne dommen at foreldreansvaret skal tildeles dersom dette er til barnets beste, og vurderte at lite kontakt taler for at en ikke skal gå bort ifra utgangspunktet om at mor har foreldreansvaret alene.

6.1.6.5 Rt. 2011 s. 1572

Dommen omhandlet foreldreansvar og samvær til to barn på 4 og 8 år. I spørsmålet om foreldreansvar tok Høyesterett først stilling til spørsmålet om utgangspunktet for vurderingen i saker der foreldrene ikke har bodd sammen eller vært gift, men vært en del sammen. Høyesterett kom frem til at utgangspunktet også i saker der foreldrene har vært mye sammen må være at mor har foreldreansvaret alene, og at dersom dette skal fravikes så må det være ut ifra at det totalt sett er til barnets beste. Høyesterett kom frem til at mor skulle ha foreldreansvaret alene. Høyesterett la i avgjørelsen vekt på at barna var sårbare og at partene hadde høyt konfliktnivå. Felles foreldreansvar ville kunne utgjøre en risiko for barnas omsorgssituasjon.

Dommen vil ha prejudikatvirkning i forhold til utgangspunktet for vurderingen i saker der samværsforelder har hatt mye kontakt med barnet, men allikevel aldri bodd sammen med barnet eller vært gift med moren. Høyesterett har i denne dommen slått fast at vurderingen om foreldreansvar i slike saker skal være åpen, og ikke med utgangspunkt i en regel om felles foreldreansvar. Betydningen av dommen er at samværsforelder har bevisbyrden for at felles

foreldreansvar er til barnets beste også i de saker der det har vært mye kontakt, men aldri noe samliv.

6.2 «Barnets beste» i spørsmål om fast bosted

6.2.1 Rettslig utgangspunkt

Dersom foreldrene ikke bor sammen og ikke blir enige om hvor barnet skal bo fast må retten ta stilling til hvor barnet skal ha sitt faste bosted.³³¹ Avgjørelsen skal være et resultat av en «åpen og konkret» helhetsvurdering der retten finner frem til hvor barnet vil få det best.³³² Hva som anses som barnets beste fremgår ikke direkte av loven utover at loven angir noen hensyn som skal inngå i vurderingen.³³³ I den videre redegjørelsen vil de mest sentrale momenter som fremgår av loven, rettspraksis og juridisk teori redegjøres for.

6.2.2 Sentrale momenter for vurderingen av fast bosted

6.2.2.1 Barnets ønske

Det fremgår direkte av loven at barnets mening skal bli hørt i spørsmål om fast bosted, jfr. barneloven § 31. Innholdet i barnets medbestemmelsesrett er tidligere redegjort for i forbindelse med begrensninger i foreldrenes bestemmelsesrett og vurderingsgrunnlag for spørsmål om foreldreansvar.³³⁴ Høyesterett viser ved sin praksis at barnets eget ønske gis betydelig vekt i spørsmål om fast bosted, men at momentet ikke nødvendigvis gis avgjørende vekt alene.³³⁵ Fra 12 års alder skal det legges betydelig vekt på barnets mening i avgjørelsen. Høyesterett har uttalt at barnets eget ønske er et vesentlig moment i vurderingen av barnets beste, og hvor vesentlig momentet er vil avhenge av ønskets fasthet samt barnets alder.³³⁶ I Rt. 2010 s. 216 fremholder Høyesterett at et barn på 7 år har gitt klart uttrykk for et ønske om å bo hos mor. Høyesterett ga uttrykk for at hensynet til best samlet foreldrekontakt tilsa å flytte jenta til far. Avgjørelsen ble allikevel i tråd med barnets eget ønske om å bli boende hos mor. Høyesterett støttet seg på de sakkyndiges vurdering i at argumentet om best mulig samlet foreldrekontakt må vike i denne saken da en endring av miljø vil kunne få negative konsekvenser «hvis hun blir nødt til å flytte fra mor, til fordel for en far, som hun har en så klar uttalt motvilje mot å forholde seg til». Dommen viser at Høyesterett viser vilje til å vektlegge klare og tydelige uttalelser fra barn under 12 år. I en annen sak viser Høyesterett at barnets ønske ikke fikk av-

³³¹ Barneloven § 56

³³² Bendiksen og Haugli (2015) s. 110.

³³³ Bendiksen og Haugli (2015) s. 109.

³³⁴ Barnets medbestemmelsesrett er nærmere redegjort for i masteroppgaven punkt 4.1 og 6.1.5.

³³⁵ Rt. 2007 s. 376, særlig avsnitt 28.

³³⁶ Rt. 1990 s. 669.

gjørende betydning for resultatet.³³⁷ I denne dommen hadde barnet på 10 år et klart ønske om å bli værende hos mor. Høyesterett nedtonet betydningen av barnets ønske ved å vektlegge at hennes oppfatning av faren ble dannet i en konfliktfylt situasjon, og at hun ikke har hatt noen reell mulighet til å oppleve faren som omsorgsperson. Høyesterett fremholder i begrunnelsen at barnets mening gjorde avgjørelsen vanskelig, men at totalbildet i saken tilsa at barnets mening ikke skulle få avgjørende betydning.

6.2.2.2 Risiko ved miljøskifte – «status quo» prinsippet

Risiko ved miljøskifte har betydning i vurderingen av hva som er det beste for barnet da det anses som en belastning for barnet å bytte miljø. Videre innebærer et miljøskifte en risiko i form av at den «nye» ordningen er uprøvd og kan få uforutsette konsekvenser.³³⁸ Høyesterett har lagt til grunn at det kreves en viss sannsynlighet for at flyttingen vil medføre fordeler for barna.³³⁹ Høyesterett trakk frem barnas ønske som en slik fordel som talte for endring av en etablert og fungerende bostedsordning i Rt. 2007 s. 376. Høyesterett har vurdert en slik fordel å foreligge med begrunnelse i foreldrenes egenskaper, best samlet foreldrekontakt og en mer stabil og forutsigbar tilværelse.³⁴⁰

Status quo vektlegges særlig i de saker der ordningen er velfungerende, foreldrene ellers står likt og/eller det ikke foreligger andre sterke argumenter for flytting.³⁴¹ Selve risikoen kan relatere seg både til bytte av bostedsforelder og/eller bytte av bomiljø. Dersom barna har spesielle behov eller er unge virker domstolen å vektlegge betydningen skifte i omsorgsperson eller hjemmemiljø kan ha. Dersom barna er eldre virker retten å vektlegge skifte i ytre miljø i større grad.³⁴² I Rt. 2010 s. 216 ble status quo momentet vektlagt i form av betydningen det ville ha for barnet å beholde den etablerte ordningen barnet var i, og selve risikoen for miljøskifte lå implisitt i vurderingen av nåværende ordning.

6.2.2.3 Best samlet foreldrekontakt

Barnekonvensjonen artikkel 9 nr. 3 og barneloven § 42 første punktum gir barnet en rett til å ha kontakt med begge foreldre. Argumentet om best samlet foreldrekontakt i spørsmål om fast bosted dreier seg om hvem av foreldrene som er best i stand til å sørge for at barnets rett til foreldrekontakt blir oppfylt. Det er således særlig saker der en av foreldrene ikke har samarbeidet om samværet at retten vurderer om bytte av bosted for barnet vil kunne sørge for best

³³⁷ Rt. 2005 s. 682.

³³⁸ Bendiksen og Haugli (2015) s. 115.

³³⁹ Rt. 1996 s. 420.

³⁴⁰ Rt. 2005 s. 682.

³⁴¹ Sandberg (2010) note 143.

³⁴² Sandberg (2010) note 143.

mulig samlet foreldrekontakt. Retten foretar i de sakene en vurdering av hensynene i status quo mot fordelene av best mulig samlet foreldrekontakt.³⁴³

En analyse av fem Høyesterettsdommer viser enkelte likhetstrekk i de dommene der argumentet om best samlet foreldrekontakt fremholdes.³⁴⁴ Det er høy grad av samværssabotasje og retten legger til grunn at samlet foreldrekontakt vil bedres som følge av flytting av barnet.³⁴⁵ Dommene bærer preg av individuelle forskjeller, og Høyesterett synes å foreta en konkret skjønnsmessig vurdering av hensynet bak «status quo» og best samlet foreldrekontakt. I to av dommene ble barnets ønske fremholdt som avgjørende for at barnet skulle bli værende.³⁴⁶ I en dom ble resultatet motsatt av hva barnets ønsket.³⁴⁷ I denne dommen hadde ei jente på 9 år klart uttrykt at hun ønsket å bo hos mor. Høyesterett kom til at barnet skulle bo hos far, selv om jenta hadde bodd 6 år hos mor, og miljøskiftet ville være betydelig. Høyesterett vektla i betydelig grad betydningen av best samlet foreldrekontakt i denne dommen. Tidligere undersøkelser av underrettspraksis viser at retten benytter momentet om best mulig samlet foreldrekontakt som en del av drøftelsen i omtrent halvparten av dommene, men at momentet i svært liten grad tillegges avgjørende vekt i spørsmål om fast bosted.³⁴⁸

6.2.2.4 Foreldrenes personlige egenskaper og forutsetninger

Foreldrenes egenskaper og forutsetninger vil være avgjørende i forhold til hvilke oppvekstsvilkår forelderen er i stand til å gi barnet. Hvem av foreldrene som er best i stand til å sørge for best mulig oppvekstsvilkår vil derfor ha betydning i spørsmålet om fast bosted.³⁴⁹ Det er spesielt saker der det er klare forskjeller i foreldrenes egenskaper eller at egenskapene vil få betydning for omsorgen at retten trekker frem argumentet i begrunnelsen for dommen.³⁵⁰ Eksempler på egenskaper som retten anser som negative er lite samarbeidsvilje, setter egne behov foran barna, alvorlig psykisk lidelse, rusmisbruk eller manglende evne til å skjerme barna fra voksenkonflikten. Tidligere undersøkelser viser at lagmannsretten i større grad enn Høyesterett vektlegger foreldrenes personlige egenskaper.³⁵¹

³⁴³ Bendiksen og Haugli (2015) s. 117.

³⁴⁴ Bendiksen og Haugli (2015) s. 117-125: Analyse av Rt. 1982 s. 116, Rt. 1991 s. 1148, Rt. 1997 s. 779, Rt. 2005 s. 682 og Rt. 2010 s. 216.

³⁴⁵ Bendiksen og Haugli (2015) s. 124.

³⁴⁶ Rt. 1997 s. 779 og Rt. 2010 s. 216.

³⁴⁷ Rt. 2005 s. 682.

³⁴⁸ Martinsen (2013) sin undersøkelse av lagmannsrettspraksis fra 2011 viser at argumentet nevnes i 48% av dommene, men står aldri som avgjørende argument alene. Argumentet ble vektlagt sammen med andre argumenter i kun 2 (6,2%) av dommene i undersøkelsen.

³⁴⁹ Bendiksen og Haugli (2015) s. 125.

³⁵⁰ Rt. 1989 s. 176 og Rt. 1993 s. 707.

³⁵¹ Bendiksen og Haugli (2015) s. 127.

6.2.2.5 Oppvekstsvilkår

Argumentet oppvekstsvilkår har i rettspraksis blant annet inneholdt en vurdering av bomiljøet, foreldrenes arbeid, hvilke utviklingsmuligheter barnet vil ha og om familiesituasjonen fremstår som stabil. Retten vektlegger stabilitet og trygghet fremover i tid.³⁵² Forhold som jobb, økonomi og bolig, og barnets videre utdanningsmulighet vil være momenter som kan tale for stabilitet i oppvekststilbudet til barnet.³⁵³ En nyere studie viser at lagmannsretten også vektlegger hvorvidt forelderen har etablert seg med ny partner som et moment i vurderingen av stabiliteten.³⁵⁴ I Rt. 2005 s. 682 uttaler Høyesterett at barnet vil få problemer uansett hvem av foreldrene som velges, men at retten må se hvem som kan gi samlet best mulig foreldrekontakt og best mulig stabilitet i fremtiden. Høyesterett foretar en vurdering der stabilitet i forelderens forhold, stabilitet i bomiljø og stabilitet i psykologiske forhold ble vektlagt.³⁵⁵

6.2.2.6 Søsken

Argumentet om å ikke dele søskenflokk inngår som et relevant moment i vurderingen av barnets beste.³⁵⁶ Hensynet bak argumentet er at det anses som en støtte og en stabilitet for barna å være sammen. Høyesterett har uttalt at splittelse av søskenflokk som hovedregel ikke skal skje.³⁵⁷ Høyesterett har allikevel kommet til at søsken skulle splittes i en dom der søsknene hadde forskjellige ønsker om hvor de skulle bo.³⁵⁸ Argumentet om splittelse av søskenflokk vil vektlegges mindre i saker der hensynet bak argumentet er mindre fremtredende, og argumentet inngår som ett av flere argumenter i en konkret vurdering av hva som er det beste for barnet.³⁵⁹

6.2.2.7 Hovedomsorg under samliv

Hvem av foreldrene som har hatt den sterkeste følelsesmessige tilknytningen til barnet eller hvem som har hatt den faktiske omsorgen for barnet fremkommer av forarbeidene som et argument som er relevant.³⁶⁰ Argumentet knytter seg til forhold under samlivet, og det er således naturlig at argumentet vektlegges mindre i de tilfeller der det er lang tid siden samlivet. Undersøkelser av lagmannsrettspraksis taler for at argumentet benyttes lite.³⁶¹ Dette kan ha sammenheng med at retten legger betydelig vekt på hvilket resultat som i fremtiden vil bli det

³⁵² Bendiksen og Haugli (2015) s. 127.

³⁵³ Rt. 1986 s. 997.

³⁵⁴ Bendiksen og Haugli (2015) s. 129.

³⁵⁵ Sandberg (2010) note 143.

³⁵⁶ Sandberg (2010) note 143.

³⁵⁷ Rt. 1990 s. 198.

³⁵⁸ Rt. 1983 s. 266.

³⁵⁹ Bendiksen og Haugli (2015) s. 128.

³⁶⁰ Innst. O. nr. 30 (1980-81) s. 14.

³⁶¹ Martinsen (2013) s. 60.

beste for barnet.³⁶² I den grad retten benyttet argumentet i tidligere undersøkelse ble argumentet benyttet i form av hvem barnet har nærmest tilknytning til.³⁶³

6.2.2.8 Vold og seksuelle overgrep

Av barneloven § 48 andre ledd fremkommer det at barnet ikke skal utsettes for vold eller andre former for overgrep. Det er således lovfestet at en skal ta hensyn til risiko for vold eller overgrep i avgjørelser om hvor barnet skal bo. Barnet skal beskyttes mot handlinger som skader barnet psykisk eller fysisk.³⁶⁴ I de sakene der en av foreldrene er dømt for overgrep må domstolen legge dette til grunn ved vurderingen av hvor barnet skal bo.³⁶⁵

De saker der det foreligger en mistanke er vanskeligere for retten. I slike saker står retten ovenfor en vurdering av hvorvidt barnet utsettes for en risiko målt opp imot at retten på feilaktig grunnlag hindrer barnet å bo med forelderen. I en Høyesterettsdom går retten inn på spørsmål om bevisproblematikken i spørsmål om fast bosted der det foreligger en mistanke om seksuelt misbruk.³⁶⁶ Spørsmålet for retten var fast bosted for to døtre som snart var 11 og 13 år. Begge jentene hadde i hovedsak bodd store deler av livet hos far. Far var anmeldt for seksuelt misbruk av stedatter, men anmeldelsen ble henlagt. Mor krevde fast bosted hos seg for begge jentene. Jentene uttalte at de ville bo hos far. Retten kom frem til at jentene skulle bo fast hos sin mor. Høyesterett uttaler at det ikke anses som relevant for vurderingen av fast bosted at politiet har henlagt saken. Høyesterett uttaler at det kan hevdes at i slike saker kan det overhode ikke tas noen risiko, og at argumentet er relevant selv om det er bevismessig vanskelig. I denne saken talte også øvrige omstendigheter for at barna skulle ha fast bosted hos moren.

6.3 «Barnets beste» i spørsmål om samvær

6.3.1 Rettslig utgangspunkt

Forelderen som ikke bor sammen med barnet har rett til samvær dersom ikke noe annet er avtalt eller fastsatt, jfr. barneloven § 43 første ledd første punktum. Hovedregelen om at det skal være samvær understøttes også av barnets rett til samvær etter barneloven § 42. Utgangspunktet for retten må etter dette være at samvær skal fastsettes. Hensyn bak endringen i lov 7. april 2006 nr. 6 var at foreldre skulle avtale økt samværsomfang, samtidig som bestemmelsen i § 43 annet ledd skulle understreke at det er behovet til det individuelle barns beste i hver

³⁶² Sandberg (2010) note 143.

³⁶³ Bendiksen og Haugli (2015) s. 131.

³⁶⁴ Barneloven § 48 andre ledd.

³⁶⁵ Bendiksen og Haugli (2015) s. 131.

³⁶⁶ Rt. 1989 s. 320.

enkelt situasjon som skal være styrende ved fastsettelsen.³⁶⁷ Begrepet «vanlig samværsrett» etter § 43 annet ledd er følgelig ikke en norm som bør følges i de fleste tilfeller. Det avgjørende er barnets beste, og som en følge av dette vil samværet kunne settes til mer eller mindre omfang enn lovens definisjon av «vanlig samvær».³⁶⁸

Barneloven § 43 gir noen momenter som kan legges til grunn for vurderingen av hvilket samværsomfang som anses som det beste for barnet. Momentene loven stiller er ikke ment som en uttømmende liste over hva som er relevante momenter i vurderingen av barnets beste, slik at relevante momenter utover de som fremgår direkte av bestemmelsen kan legges til grunn for vurderingen.³⁶⁹ Departementet uttalte at lovteksten skulle angi sentrale momenter Høyesterett har lagt til grunn ved vurderingen av barnets beste.³⁷⁰ Momentene som kom inn i lovteksten ved lovendringen i 2006 er således en lovfesting av de sentrale momentene som kan legges til grunn. Andre momenter som fremkommer av rettspraksis kan også være relevante, men først og fremst vil behovet til barnet avgjørelsen dreier seg om være styrende for hvilke momenter som er relevante, og i hvilken grad disse skal vektlegges.³⁷¹

6.3.2 Sentrale momenter for vurderingen av samvær

6.3.2.1 Momenter som fremgår av loven

De momentene som fremgår av lovgivningen, som går på barnets egen mening og at barnet ikke skal utsettes for vold, vil kunne være avgjørende moment i fastsettelsen av samværets omfang.³⁷² Av lovteksten fremgår det at barnets alder og modenhet vil være av betydning for vektning av barnets ønske i spørsmål om samvær. Selv om barnet har rett til å si sin mening, og retten skal tillegge meningen vekt etter alder og modning, vil prinsippet om barnets beste være styrende for fastsettelsen av samværets omfang.³⁷³ Barnets egen mening inngår i så måte som ett av flere hensyn retten skal vurdere i fastsettelsen av samværets omfang.

6.3.2.2 Best mulig samlet foreldrekontakt

Hensynet til best mulig samlet foreldrekontakt er et hensyn forarbeidene fremhever som et moment rettspraksis vektlegger mye.³⁷⁴ I spørsmål om samværets omfang fremkommer det av

³⁶⁷ Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) merknader til § 43.

³⁶⁸ Rt. 2011 s. 1572.

³⁶⁹ Sandberg (2010) note 120.

³⁷⁰ Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) punkt 3.7.

³⁷¹ NOU 2008:9 punkt 6.1, jfr. General Comment No. 14 (2013): The right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration, art. 3, § 1.

³⁷² Barneloven § 31.

³⁷³ Barneloven § 48.

³⁷⁴ Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) punkt 3.7.

forarbeidene at momentet best mulig samlet foreldrekontakt handler om å finne konkrete løsninger som vil kunne sikre barnet best kontakt med samværsforelderen ut ifra barnets behov. Det er innholdet i foreldrekontakten momentet retter seg mot. Retten bør finne best mulig konkrete løsninger som tar hensyn til barnets behov for kontakt. Denne kontakten må ikke bestå av fysisk samvær, men kan settes til andre former for kontakt dersom det anses som det beste for barnet.³⁷⁵ Et eksempel på samværsfastsettelse som omhandler foreldrekontakt med og uten fysisk kontakt finnes i TSTRO-2013-118086 der Sør-Trøndelag tingrett fastsatte det fysiske samværet til hver tredje helg, men med et tillegg av ukentlige samtaler mellom far og barnet ved bruk av «Skype»³⁷⁶. I LF-2014-88678 uttaler lagmannsretten at: «Best mulig samlet foreldrekontakt er et viktig moment ved fastsettelse av samværet. Ukentlig Skype-kontakt har bidratt til å opprettholde den gode tilknytningen». Slik bruken av momentet fremstår i rettspraksis taler det ikke for mest mulig foreldrekontakt, men at kontakten skal optimaliseres ut ifra hensyn til barnet. Best mulig samlet foreldrekontakt i spørsmål om samvær er et moment som taler for fastsettelse av best mulige kvalitative ordninger for å ivareta barnets rett til kontakt med samværsforelderen.

6.3.2.3 *Barnets alder*

Barnets alder fremholdes i forarbeidene som et moment i vurderingen av samværets omfang.³⁷⁷ Forarbeidene peker på at det er hensiktsmessig «å forandre samværsordningen etter hvert som barnet blir eldre».³⁷⁸ Det fremholdes at små barn ofte vil ha bedre av korte og hyppige samvær, mens det for eldre barn vil være mer hensiktsmessig med lengre samvær. Det følger av rettspraksis at det ikke er den faktiske alderen som skal være avgjørende, men at forholdet må vurderes individuelt for hvert barn. Trygghet og tilknytning til samværsforelderen vil være momenter som vurderes i tillegg til, og opp imot, alder.³⁷⁹

6.3.2.4 *Miljøtilknytning*

Ved fastsettelse av samvær kan graden av tilknytning til nærmiljøet vektlegges.³⁸⁰ Momentet er lite omtalt i juridisk teori hva angår innhold.³⁸¹ Hvorvidt momentet gjelder bostedsmiljøet alene eller også miljøtilknytning hos samværsforelderen fremkommer ikke av loven, forarbeidene eller juridisk teori. Rent språklig sett så kan grad av miljøtilknytning tale for økt samværsomfang i tilfeller der barnet er knyttet til samværsforelderens nærmiljø, eller begrenset

³⁷⁵ Sandberg (2010) note 120.

³⁷⁶ Det antas at retten mener videosamtale slik bl. annet Microsoft tilbyr ved bruk av tjenesten Skype.

³⁷⁷ Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) punkt 3.7.

³⁷⁸ Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) punkt 3.7

³⁷⁹ Rt. 1976 s. 546.

³⁸⁰ Barneloven § 43 andre ledd.

³⁸¹ Bendiksen og Haulgi (2015) s. 135 og Sandberg (2010) note 120.

samvær dersom samværet vil gå utover miljøtilknytningen hos bostedsforelderens. Høyesterett har benyttet hensynet til miljøtilknytning som argument mot omfattende samvær.³⁸² I denne dommen pekte retten på at omfattende samvær, med lang reiseavstand, vil virke forstyrrende for barnets alminnelige miljøtilknytning. Av dommen så fremstår «alminnelig miljøtilknytning» som noe uklart da retten ikke konkret peker på i hvilken grad eller på hvilken måte den lange reiseveien påvirker miljøtilknytningen. Den alminnelige miljøtilknytningen henviser til nærmiljøet hos bostedsforelderens. Det virker klart at retten henviser til tiden borte fra hjemmet som grunnlaget for den negative effekten reiseveien vil ha for den alminnelige miljøtilknytningen. Det antas allikevel at reisevei ikke vil være til hinder for omfattende samvær dersom det er til barnets beste å opprettholde miljøtilknytning hos samværsforelderens. Det kan tenkes situasjoner der bostedsforelderens flytter til en annen kant av landet, og miljøtilknytning slik sett kan tale for økt samvær dersom samværet kan medføre at savn dempes og kontakt med venner opprettholdes for barnet.

6.3.2.5 Reiseavstand

Reiseavstanden mellom foreldrene vil kunne få betydning i det retten må vurdere samværsomfanget ut ifra den ekstra belastningen reisen kan være for barnet. Av forarbeidene fremkommer det at lang reisevei kan utelukke ettermiddagssamvær og heller tale for lengre samvær som tar hensyn til skole og lignende.³⁸³ I Rt. 2010 s. 216 uttaler Høyesterett at den har hensyntatt reisevei i fastsettelsen av 6 timers samvær en helg i måneden i tråd med sakkyndig uttalelse. De sakkyndige uttalte at 3 timers kjørevei, hver vei, er så belastende for en 7-8 åring at samværet bør begrenses til en gang per måned. Rettspraksis viser at momentet ikke bare har betydning for samværets varighet, men at også samværets hyppighet kan begrenses av hensyn til reiseveiens belastning for barnet.³⁸⁴ Det er belastningens negative effekt på barnet som synes å være det avgjørende for momentets betydning ved fastsettelse av samværsomfanget.

6.3.2.6 Andre hensyn

Tidligere utførelse av omsorgsoppgaver fremheves i forarbeidene som et moment som kan vektlegges i fastsettelsen av samværet. Rettspraksis vil i stor grad vektlegge fremtidsutsiktene for samvær. Dersom forelderens tidligere har vist manglende evne til omsorg så vil det kunne vektlegges, og da i særlig grad dersom retten legger til grunn at det ikke foreligger noe som taler for bedring.

Forhold ved foreldrenes egenskaper vil kunne få betydning i fastsettelse av samvær. I Rt. 1994 s. 1394 kom retten til at selv om det ikke forelå noen fare for vold mot barna så har fa-

³⁸² Rt. 2004 s. 47, avsnitt 29.

³⁸³ Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) punkt 3.7.

³⁸⁴ Rt. 2010 s. 216 og Rt. 2005 s. 682.

rens voldelige tendenser slik effekt på moren som omsorgsperson at samværet må foregå under tilsyn og begrenses. I Rt. 1986 s. 82 uttalte retten at den plagsomme oppførselen til far var et utslag av varig karaktertrekk og hensynet til å hindre videre konflikt mellom foreldrene talte derfor for et redusert samvær.

Tilknytning til foreldrene vil også kunne være av betydning i fastsettelse av samvær.³⁸⁵ Forarbeidene taler for at retten i slike tilfeller bør gradvis øke samværet der tidligere kontakt har vært minimal eller fraværende.³⁸⁶ Rettspraksis viser at retten ofte fastsetter slik gradvis opptrapping både av hensyn til alder, men også av hensyn til at barnet skal få en gradvis økt tilknytning til den andre forelderen.

Trygghet og stabilitet kan også vektlegges i vurderingen av barnets beste ved spørsmål om samvær. Alkohol, vold, stadige partnerbytter, usikker bosituasjon, psykiske lidelser m.m er eksempler på elementer som kan virke utslagsgivende for vurderingen av samværsforelderens evne til å tilby et trygt og stabilt samvær for barnet.

Et annet moment som vil kunne være avgjørende for fastsettelse av en samværsordning er særlige forhold ved foreldrenes arbeidssituasjon. For at samværet skal fungere til barnets beste er det nødvendig at fastsettelsen av samvær tar hensyn til eventuelle skiftordninger eller arbeidsreiser slik at samværet kan få en hensiktsmessig gjennomføring.³⁸⁷

6.3.3 Samværsnektelse

Det fremkommer av barneloven § 43 tredje punktum at retten skal fastsette at det ikke skal være samvær dersom samvær ikke er til det beste for barnet. Høyesterett har slått fast at regelen om at samvær ikke skal fastsettes dersom samvær ikke er til barnets beste er absolutt.³⁸⁸ Hensynet til barnets beste går foran foreldrenes rett til samvær i de tilfeller der retten finner at det beste for barnet er å nekte samvær. Det at Høyesterett slår fast at denne regelen er absolutt tilsier at unntaket fra hovedregelen om samvær også må gjelde i de saker der barnet selv ønsker samvær. Hensynet til barnets beste i de saker der det ikke anses som barnets beste å fastsette samvær går således foran hensynet til barnets rett til samvær etter barneloven § 42. Spørsmålet blir således hvilke argumenter som kan føre til at retten kan fastsette at det ikke skal være samvær.

Av forarbeidene fremkommer det at tilføyelsen om at det ikke skal fastsettes samvær «særlig tar sikte på situasjoner hvor barnet har vært utsatt for, eller det er fare for at barnet vil bli ut-

³⁸⁵ Rt. 1976 s. 546.

³⁸⁶ Ot.prp. nr. 103 (2004-2005).

³⁸⁷ Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) punkt 3.7.

³⁸⁸ Rt. 2013 s. 1329 avsnitt 33.

satt for, overgrep».³⁸⁹ Dette taler klart for at lovgiver mener det ikke er til barnets beste at det fastsettes samvær der det har vært overgrep, eller foreligger fare for overgrep. Fare for seksuelt misbruk har i rettspraksis blitt ansett som grunnlag for å ikke fastsette samvær.³⁹⁰ I Rt. 1995 s. 1152 fremholder Høyesteretts kjæremålsutvalg at det ikke bør tas noen risiko ved fastsettelse av samvær. I denne dommen var anmeldelsen mot far om overgrep henlagt på grunn av bevisets stilling. Risiko for overgrep kan vurderes uavhengig av politiets henleggelse. Kjæremålsutvalget understreker at retten til samvær må avveies mot at barnet ikke må utsettes for noen urimelig risiko. Fare for overgrep vil kunne være en slikt urimelig risiko.

Videre fremkommer det av forarbeidene at forhold som angst hos bostedsforelderen i forhold til gjennomføring av samvær kan få betydning i fastsettelse av samvær dersom dette går ut over omsorgsevnen til bostedsforelderen.³⁹¹ Det at forarbeidene her taler om en situasjon som «kan få betydning» tilsier at forholdet må vurderes konkret av retten for å avgjøre om det i den konkrete saken foreligger forhold som tilsier at samvær ikke skal fastsettes.

Høyesterett har tidligere lagt til grunn at det skal «ganske tungtveiende grunner» til for å avgjøre at samvær ikke skal fastsettes.³⁹² Samvær ble fastsatt selv om det var aktuell risiko for overgrep. I spørsmålet om samvær viste Høyesterett i denne dommen til at samvær skal foregå med trygghetsperson slik at barnet uansett ville være beskyttet mot eventuell risiko.

Ved senere forslag til endring av barneloven kommenterer departementet denne regelen om «tungtveiende grunner» for å nekte samvær. Departementet uttaler at det avgjørende vilkåret i barneloven § 43 første ledd tredje punktum er barnets beste. Det er således ikke noe tilleggsvilkår utenom barnets beste som skal ligge til grunn for å nekte samvær.³⁹³ Det fremheves i teorien at departementet legger sterke føringer om at samværsnekt skal benyttes i tråd med forståelsen om at det er barnets beste som skal være vilkår.³⁹⁴ Høyesterett legger i Rt. 2013 s. 1329 til grunn at «tungtveiende grunner» ikke utgjør noe tilleggsvilkår, og at det er barnets beste som er avgjørende vilkår for om samvær skal nektes. I denne dommen kom Høyesterett til at det ikke skulle fastsettes samvær. Høyesterett la avgjørende vekt på den belastning samvær ville være for moren og hennes omsorgsevne. Høyesterett anså i denne dommen at farens rett til samvær måtte vike i det retten kom frem til at barnet hadde større ulempe ved morens reduserte omsorgsevne enn gevinst i form av kontakt med sin far.

³⁸⁹ Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 54.

³⁹⁰ Sandberg (2010) note 115.

³⁹¹ Sandberg (2010) note 115.

³⁹² Rt. 2010 s. 216.

³⁹³ Prop. 85 L. (2012-2013) s. 42.

³⁹⁴ Bendiksen og Haugli (2015) s. 142.

Forarbeidene til lovendringen og senere Høyesterettspraksis taler således for at det ikke bare er i saker der barnet er i direkte fare for vold eller overgrep at samvær skal nektes. Retten til samvær bør vike også i de tilfeller der det totalt sett utgjør en større ulempe enn gevinst for barnet å gjennomføre samvær ut ifra en helhetsvurdering av situasjonen.

6.4 Andre hensyn enn barnets beste

I foreldretvister skal både saksbehandlingen frem til resultatet –det prosessuelle, og innholdet i avgjørelsen –det materielle, «først og fremst» rette seg mot det beste for barnet, jfr. barneloven § 48. Det at avgjørelsen «først og fremst» skal rette seg mot barnets beste åpner for at det også er andre hensyn som kan gjøre seg gjeldende. I forarbeidene til barneloven fremkommer det at i saker der det synes vanskelig å avgjøre hva som er best for barnet kan andre argumenter kunne få avgjørende betydning.³⁹⁵

Før endringen av barneloven var ikke betegnelsen «først og fremst» knyttet til alle avgjørelser som skulle ta hensyn til barnets beste. Departementet uttalte at «først og fremst» er mer passende ut ifra gjeldende tolkning og fører til en mindre absolutt bestemmelse.³⁹⁶ Sandberg fremholder at endringen lite trolig har noen reell betydning, og hun viser til at det kun er få saker det har vært aktuelt å treffe avgjørelser ut fra andre hensyn enn barnets beste.³⁹⁷

Barnelovens forarbeider til senere lovendringer henviser i vurderingen av hva som ligger i «først og fremst» til Backer sin lovkommentar fra 1988.³⁹⁸ Backer slår der fast at hovedkriteriet er barnets beste i foreldretvister, og det kan synes som det kun er de saker der barnet får det like godt i begge løsninger at andre hensyn kan vektlegges i en avgjørelse.³⁹⁹ Høyesterett har uttalt at slike argumenter kun kan gjelde i saker der ingen av løsningene peker seg ut som den beste for barnet.⁴⁰⁰ Andre hensyn enn hensyn til barnets beste vil etter dette ikke være relevante i saker der en løsning skiller seg ut som best for barnet.

Av eksempler som viser at retten har vektlagt momenter som ikke direkte knytter seg til barnets beste er Rt. 1989 s. 176 der retten fremholder at tildeling av fast bosted til far vil være en

³⁹⁵ Innst. O. nr. 30 (1980-81) s. 14.

³⁹⁶ Ot.prp. nr. 29 (2002-2003) punkt 4.2.3.

³⁹⁷ Sandberg (2010) note 143, tredje avsnitt.

³⁹⁸ Ot.prp. nr. 29 (2002-2003) punkt 4.2.3.

³⁹⁹ Backer (1988) s. 222: «Andre hensyn enn barnets beste».

⁴⁰⁰ Rt. 1984 s. 728.

uønsket belønning av uhjemlet bortføring av barna. Høyesterett har også vektlagt hvem av foreldrene som synes å lide mest tap ved å ikke vinne frem.⁴⁰¹

Et annet argument som kan sies å ligge i grenseland mellom hensyn til barnets beste og andre hensyn er de argumenter som omhandler foreldrenes evne til å samarbeide med det offentlige i saker der barnevernet har overtatt omsorgen for barnet.⁴⁰² Retten vurderer ikke bare hvem som skal ha omsorgen ved en tilbakeføring, men også hvem som er best egnet å ha omsorgen under forutsetning av at barnevernets omsorgsovertagelse blir langvarig.⁴⁰³

Avgjørelser i foreldretvister kan ikke ha motstridende hensyn enn det som er det beste for barnet. Andre hensyn vil kunne tillegges vekt i de saker der det ikke fremstår som klart hva som er den beste løsningen for barnet.

⁴⁰¹ Rt. 1985 s. 179.

⁴⁰² Rt. 2000 s. 1096 og Rt. 2000 s. 1351.

⁴⁰³ Bendiksen og Haugli (2015) s. 130.

7 Undersøkelse av lagmannsrettspraksis – avgjørelser i spørsmål om foreldreansvar i tidsrommet 2013-2015

7.1 Resultat i spørsmål om foreldreansvar

Undersøkelsen består av 35 lagmannsrettsdommer fra tidsrommet 2013 til 2015. Det var totalt 49 barn som i tidsperioden fikk avgjort spørsmål om foreldreansvaret i en av Norges lagretter. Det yngste barnet var rett under 2 år, og det eldste var fylt 17 år.

Tabell 7.1: Oversikt over aldersmessig fordeling

Aldersgruppering:	Antall barn:
0-2 år	4
3-6 år	18
7-11 år	17
12-17 år	10
Totalt	49

Flere av sakene inneholdt søsken. Retten skal i spørsmålet om foreldreansvar ta stilling til det enkelte barns beste i vurderingen av foreldreansvar.⁴⁰⁴ Det var ikke noen av dommene i undersøkelsen som endte med forskjellig resultat for søsken. I en av sakene var det fire søsken i en alder fra 10 til 17 år.⁴⁰⁵ Retten vurderte forholdet individuelt for de fire søsknene, men fant ikke grunnlag for ulikt resultat ut ifra en konkret vurdering.

I undersøkelsens 35 saker ble felles foreldreansvar resultatet i 8 saker. Mor fikk foreldreansvaret alene i 25 saker, mens far fikk foreldreansvaret alene i 2 saker.

Tabell 7.2: Resultat foreldreansvar

	Antall dommer:	Prosent:
Felles foreldreansvar	8	22,9 %
Mor alene	25	71,4 %
Far alene	2	5,7 %
	N=35	100%

⁴⁰⁴ Barneloven § 48

⁴⁰⁵ LG-2012-142193

Det ble tatt dissens i to av dommene (5,7%), og det ble uttrykt tvil i forhold til resultatet i to dommer (5,7%).⁴⁰⁶ Det ble avsagt dom uten uttrykk for tvil eller dissens i 88,6 % av dommene i undersøkelsen.

I dissensdommene ble flertallets resultat «mor alene» i den ene dommen, og «felles foreldreansvar» i den andre dommen.⁴⁰⁷ De dommene lagmannsretten uttrykte tvil endte også med en dom på «mor alene», og en dom på «felles foreldreansvar».⁴⁰⁸

Dersom en ser på resultatet i dommene fordelt på alder, så var barna i skolepliktig alder i de dommene far ble tilkjent foreldreansvaret alene. Det var kun en av dommene der felles foreldreansvar ble vurdert til barnets beste hvor barnet var 2 år eller yngre.

Tabell 7.3: Resultat foreldreansvar i forhold til alder.

	Felles foreldreansvar	Mor alene	Far alene	
0-2 år	1	3	0	N=4
3-6 år	5	13	0	N=18
7-11 år	3	11	2	N=17
12-17 år		5	5	N=10
Totalt	9	32	7	

Vurderingsgrunnlaget i spørsmål om foreldreansvar er barnets beste, men utgangspunktet for vurderingen av hva som er barnets beste vil avhenge av om foreldreansvaret skal vurderes ut ifra at foreldrene har hatt samliv, jfr. barneloven § 34 og § 35 andre ledd, eller om mor har vært alene med barnet, jfr. barneloven § 35 første ledd. Tabellen under viser utgangspunktet for rettens vurdering i undersøkelsesgrunnlaget.

Tabell 7.4: Oversikt over utgangspunkt for sakene

Utgangspunkt:	Antall saker:	Prosent:
Felles foreldreansvar, barneloven § 34 ⁴⁰⁹	19	55,9 %
Felles foreldreansvar, barneloven § 35 andre ledd	8	23,5 %
Mor alene, barneloven § 35 første ledd	7	20,6 %
	N=34 ⁴¹⁰	100% ⁴¹¹

⁴⁰⁶ Det er kun registrert dissens der dissensen knytter seg til spørsmål om foreldreansvar. Til eksempel så er det i LG-2015-19204 dissens på spørsmål om samvær, men ikke i spørsmål om foreldreansvar.

⁴⁰⁷ LB-2015-55792 og LB-2012-133470.

⁴⁰⁸ LB-2013-202941 og LB-2014-48187.

⁴⁰⁹ LB-2013-144485: Lagmannsretten har brukt barneloven § 34 som utgangspunkt. Partene har aldri vært gift, men bodd sammen fra 2002-2007. Registrert i denne undersøkelsen i henhold til rettens utgangspunkt.

Tidligere undersøkelse viser at 44% av barn som fødes, blir født i ekteskap.⁴¹² Den undersøkelsen tar ikke for seg hvor mange barn som blir født utenfor ekteskap hvor foreldrene senere gifter seg. Min undersøkelse viser at foreldre har vært gift i 55,5 % av dommene som omhandler foreldreansvar for lagmannsretten. Det kan tale for at det knytter seg mer konflikt til spørsmålet om foreldreansvar i saker der foreldre har vært gift.

Utgangspunktet i saker der foreldrene har vært gift er felles foreldreansvar. Undersøkelsen viser at fortsatt felles foreldreansvar bare ble resultatet i 31,6 % av dommene, og at mor fikk foreldreansvaret alene i 63,2 % av dommene der foreldrene hadde vært gift.

Tabell 7.5: Resultat i dommer der partene har vært gift, jfr. barneloven § 34

	Resultat:	Prosentvis resultat:
Felles foreldreansvar	6	31,6 %
Mor alene	12	63,2 %
Far alene	1	5,2 %
	N=19	100 %

Antall saker der utgangspunktet var at foreldre var samboende var bare 8. Resultatet viser at retten også i disse saker fraviker utgangspunktet om felles foreldreansvar der de finner grunnlag for det.

Tabell 7.6: Resultat i dommer der partene har vært samboere, jfr. barneloven § 35 andre ledd.

	Resultat:	Prosentvis resultat:
Felles foreldreansvar	1	12,5 %
Mor alene	6	75 %
Far alene	1	12,5 %
	N=8	100%

Utgangspunktet for vurderingen av foreldreansvar er likt for gifte og samboere.⁴¹³ Hvis en sammenholder resultatet av undersøkelsen for disse to gruppene viser undersøkelsen at retten fraviker utgangspunktet i 74 % av disse dommene, og gir foreldreansvaret til en av foreldrene alene. Mor fikk foreldreansvaret alene i 66,6 % av overnevnte dommer, og far fikk foreldreansvaret alene i 7,4 % av dommene.

⁴¹⁰ LB-2015-52886 er utelatt da retten ikke tar stilling til rettsanvendelsesspørsmålet.

⁴¹¹ Det er avrundet til en desimal gjennomgående i oppgaven der resultatet vises i prosent.

⁴¹² Hirsch (2010).

⁴¹³ Barneloven § 34 og § 35 andre ledd.

Tabell 7.7: Resultat i dommene der utgangspunktet er felles foreldreansvar etter barneloven §§ 34 eller 35 andre ledd.

	Resultat:	Prosentvis resultat:
Felles foreldreansvar	7	25,9 %
Mor alene	18	66,6 %
Far alene	2	7,4 %
	N=27	99,9 %

Undersøkelsen omfatter kun 7 dommer der utgangspunktet var at mor hadde foreldreansvar alene.⁴¹⁴ Retten har vurdert det til barnets beste med felles foreldreansvar i 1 av disse dommene.

Tabell 7.8: Resultat i dommer der mor hadde foreldreansvar alene, jfr. barneloven § 35 første ledd.⁴¹⁵

Mulig resultat:	Resultat:	Prosentvis resultat:
Felles foreldreansvar	1	14,3 %
Mor alene	6	85,7 %
Far alene	0	0 %
	N=7	100%

7.2 Noen sentrale argumenter i undersøkelsen.

7.2.1 Foreldrenes egenskaper

Lagmannsrettens vurdering av foreldrenes egenskaper kom til syne både gjennom evne og vilje til å samarbeide foreldrene imellom, men også gjennom vurdering av evne og vilje til å utøve omsorg eller å handle etter barnas behov og interesse.⁴¹⁶

En eller begge av foreldrenes egenskaper ble trukket frem i 32 av dommene (91,4%).⁴¹⁷ Felles for to av dommene der foreldrenes egenskaper ikke blir trukket frem er at lagmannsretten kommer frem til at det ikke skal være samvær, og at det er barn over 12 år som hadde et meget klart uttrykt ønske om å ikke ville se den andre forelderen.

⁴¹⁴ Barneloven § 35 første ledd.

⁴¹⁵ LB-2015-52886 er utelatt da retten ikke tar stilling til rettsanvendelsesspørsmålet.

⁴¹⁶ Vold/misbruk behandles for seg.

⁴¹⁷ N=35

Undersøkelsen viser at begreper som «høyt konfliktnivå», «anstrengt» og «konfliktfylt» er gjennomgående for de saker der en av foreldrene fikk foreldreansvaret alene. Det kan være vanskelig å se noen direkte differensiering i vektingen der disse uttrykkene er brukt.

7.2.1.1 Direkte og indirekte følger for barnet

I 23 av dommene (85%) som endte med at en av foreldrene fikk foreldreansvar alene viste lagmannsretten i sin begrunnelse til at foreldrenes handling hadde gått ut over barnet enten direkte eller indirekte.⁴¹⁸

Forhold som direkte går utover barnet er manglende evne eller vilje til å vise omsorg, manglende evne eller vilje til å se og prioritere barnas interesser og behov, eller vanskeligheter med felles utøvelse av foreldreansvar som har materialisert seg. De indirekte følgene for barna viser seg i form av at bostedsforelderens omsorgsevne blir svekket.

Direkte og indirekte virkning for barnet som ikke knytter seg til konkrete materialiserte samarbeidsproblemer ble kommentert i 18 av dommene i undersøkelsen (51,4%).

Ett eksempel på at lagmannsretten viser til både direkte og indirekte følger for barnet finnes i LA-2015-72150. Saken omhandlet foreldreansvaret, fast bosted og samvær for et barn på 4 år. Utgangspunktet var at de hadde felles foreldreansvar. Lagmannsretten kom i denne saken frem til at mor skulle ha foreldreansvaret alene. I begrunnelsen for at mor skulle ha foreldreansvar alene trakk retten frem konflikten som bunnet i en sterk gjensidig mistillit.⁴¹⁹ Det var ikke noe som tilsa at en part var mer skyld i konflikten, men retten mente at felles foreldreansvar ville medføre en fare for motarbeidelse fra far sin side. Retten kommenterte virkningen av foreldrenes handlinger på følgende måte:

«...foreldrenes konflikter vil ramme C direkte ved at hun forstår at de krangler og/eller indirekte ved at det reduserer mors omsorgsevne for C».

Lignende direkte og indirekte konsekvenser for barna ble fremhevet i LB-2013-142075. I denne dommen benyttet ikke retten begrepene «direkte» eller «indirekte», men trakk frem at mor sine handlinger med gjentatte SMS og telefonoppringninger er en «slitsom pågang» for barna, og at hennes opptreden svekker fars omsorgsevne. LB-2014-48187 er et eksempel som viser at retten ga mor foreldreansvaret alene, selv om retten kommer frem til at far er en god omsorgsperson. I denne saken var utgangspunktet at mor hadde foreldreansvaret alene. Retten kom under noe tvil til at mor skulle ha foreldreansvaret alene, og begrunnet dette med at mor har «personlige utfordringer hun må jobbe med» og at felles foreldreansvar vil stresse henne ytterligere på grunn av det anstrengte forholdet mellom foreldrene.

⁴¹⁸ N=27, se tabell 7.2 «Resultat foreldreansvar».

⁴¹⁹ I spørsmålet om fast bosted/samvær ble risiko for bortføring vektlagt, men dette kom ikke direkte frem av rettens begrunnelse i spørsmålet om foreldreansvar.

I andre dommer kommer det klart frem at den ene forelderens handling går ut over den andre forelder uten at retten fremholder direkte at dette svekker omsorgsevne eller at handlingen på annen måte går utover barnet. Det er allikevel grunn til å tro at retten i sin vurdering tar hensyn til barnet indirekte og ikke forelder direkte. Et eksempel på dette er LB-2015-55792. I denne saken hadde foreldrene felles foreldreansvar, men retten kom frem til at mor skulle ha foreldreansvaret alene for det 2 år gamle barnet. Rettens flertall fremholdt i sin begrunnelse at samarbeidet med far har en negativ innvirkning på mor. Mor får angst som følge av samarbeidet på bakgrunn av tidligere voldshandling fra far mot henne. Flertallets begrunnelse er her ikke direkte knyttet til barnet, men til moren. Mindretallet vurderte at påkjenningen for mor ikke var så stor at hennes omsorgsevne ble svekket vesentlig, og kom under noe tvil til at hovedregelen om felles foreldreansvar var riktig resultat i denne saken.

7.2.1.1.1 Når problemene knyttet til felles foreldreansvar har materialisert seg

Spørsmålet om problemer har materialisert seg knytter seg til om det foreligger uenighet eller konflikt knyttet til den faktiske utøvelsen av foreldreansvaret. Undersøkelsen viser at retten kommenterte momentet om samarbeidsproblemer har materialisert seg i 19 dommer (54,3%).

Av de 20 sakene der utgangspunktet var felles foreldreansvar og mor eller far ender med foreldreansvaret alene så er det positivt slått fast at problemer med felles foreldreansvar har materialisert seg i 12 dommer (60%), og forholdet er ikke kommentert i 7 dommer (35%). Det er kun en av dommene (5%) som ender med foreldreansvar alene som retten positivt poengterer at problemene ved felles foreldreansvar ikke har materialisert seg.

Tabell 7.9: Antall dommer retten tar stilling til om problemer har materialisert seg

	Kommentert	Ikke kommentert
Utgangspunktet var felles, og resultatet ble mor/far alene.	13 (65%)	7 (35%)
Utgangspunktet var mor alene, og resultatet ble mor alene.	0 (0%)	6 (100%)
Utgangspunktet var felles, og resultatet ble felles.	5 (71,4%)	2 (28,6%)
Utgangspunktet var mor alene og resultatet ble felles.	1 (100%)	0 (0%)

Av de dommene som ender med at mor eller far får foreldreansvaret alene er materialiserte problemer kommentert i halvparten av dommene.⁴²⁰ I de dommene retten kom frem til at problemer knyttet til utøvelsen av foreldreansvaret har materialisert seg så ender 92% av dommene med at en av foreldrene får foreldreansvaret alene. Dette taler for at foreldreansvar alene

⁴²⁰ 13 dommer.

synes å bli resultatet i de fleste dommer der konflikten mellom foreldrene har materialisert seg.

Tabell 7.10: Frekvens av dommer retten kommenterer at problemer har materialiserte seg.

	Har materialisert seg	Har ikke materialisert seg
Utgangspunktet var felles, og resultatet ble mor/far alene.	12 (92%)	1 (8%)
Utgangspunktet var felles, og resultatet ble felles.	1 (20%)	4 (80%)
Utgangspunktet var mor alene og resultatet ble felles.	1 (100%)	0

7.2.1.1.2 Andre direkte følger for barnet

Handlinger som direkte får følger for barnet, men som ikke knytter seg til materialiserte samarbeidsproblemer ble trukket frem i seks av dommene. I to av dommene var den direkte følgen for barnet knyttet til foreldrenes samarbeidsproblemer. Retten fremhevet at barnet forstår at foreldrene krangler og at konflikten er belastende for barnet.⁴²¹ Den ene saken omhandlet foreldreansvaret til et barn på 4 år, og den andre saken omhandlet barn på 10 til 17 år. Begge dommene fikk til resultat at en av foreldrene skulle ha foreldreansvaret alene.

LG-2012-142193 omhandlet spørsmålet om foreldreansvaret til fire barn i alderen 10 til 17 år. Dette var den eneste dommen i undersøkelsen som viste til virkningen konflikten hadde på barna uten å kommentere virkningen konflikten hadde på den andre forelderens omsorgsevne. Utgangspunktet var felles foreldreansvar, og retten kom frem til at far skulle ha foreldreansvaret alene. Retten fremholdt at konflikten anses å være en belastning for barna. Relevant for denne dommen var også at mor ikke kjente barnas behov, samt at barna hadde en negativ innstilling til morens evne til å ta beslutninger til deres beste. Hvilken betydning felles foreldreansvar hadde for farens utøvelse av omsorg ble ikke fremhevet i denne dommen. Det avgjørende var at morens utøvelse av foreldreansvaret hadde negativ effekt på barna.

I to av dommene fremhever retten at en av foreldrene driver med slitsom pågang mot barnet.⁴²² Begge sakene ender med at den foreldereren som ikke driver med slitsom pågang mot barnet får foreldreansvaret alene.

I de to andre dommene var de negative følgene for barnet knyttet til en av foreldrenes handlinger. I LB-2015-3000 kommer retten frem til at barnet får negative holdninger som følge av far sine handlinger. Mor fikk i denne saken foreldreansvaret alene.

⁴²¹ LG-2012-142193 og LA-2015-72150.

⁴²² LH-2014-28728 og LB-2013-142075.

LF-2012-125825 viser at retten også fremhever og vektlegger direkte følger andre barn i samlivet har fått. Tvisten omhandlet samvær og foreldreansvar for parets 3 år gamle sønn. I denne saken hadde mors særkullsbarn negative opplevelser med faren til barnet som tvisten omhandlet. Retten fremhevet at far sine handlinger hadde medført traumatiske opplevelser for to av mor sine særkullsbarn. Motsetningsvis kan LB-2013-202941 fungere som eksempel på at konflikten i seg selv ikke utelukker felles foreldreansvar. I denne dommen var det konflikt mellom foreldrene. Retten bestemte felles foreldreansvar, og viste til at begge foreldrene var skikket og barnet var skjermet fra konflikten.

7.2.1.1.3 Indirekte følger for barnet

Virkningen felles foreldreansvar har på bostedsforelderens ble fremholdt i 15 dommer (42,9%).

I LB-2014-109826 slår retten fast at felles foreldreansvar vil kunne svekke morens omsorgsevne. Saken mellom foreldrene bærer preg av høyt konfliktnivå, og mor bor på sperret adresse. Far er domfelt en rekke ganger, blant annet for trussel mot ansatte i barnevernstjenesten, skadeverk hos mor og brudd på besøksforbud mot mor. I LA-2015-72150 legger retten til grunn at far er konfliktskapende og at det er fare for motarbeidelse av mor ved felles foreldreansvar. Begge dommene ender med at mor får foreldreansvaret alene.

I tre av dommene vises det til at mor i utgangspunktet er svak, og felles foreldreansvar vil svekke mors psyke ytterligere.⁴²³ I to av disse dommene hadde samarbeidsproblemerkene materialisert seg, og mor fikk foreldreansvaret alene. I LB-2014-48187 viser ikke retten til at samarbeidsproblemet har materialisert seg. I denne dommen fremkommer det at far er en god omsorgsperson. Utgangspunktet i denne saken var at mor hadde foreldreansvaret alene. Retten viser til at mor har personlige utfordringer som vil medføre at hun kan bli stresset av å samarbeide om felles foreldreansvar. Retten kom under noe tvil til at mor skulle fortsatt ha foreldreansvaret alene.

I de øvrige 10 dommene som viser til indirekte følger er fellesnevneren at den nedsatte omsorgsevnen skyldes konkrete handlinger fra den andre part. I LF-2013-151160 viser retten til at mor får psykiske belastninger som følge av rettslige fremstøt fra far, fremfor forsøk på forhandlinger. I denne dommen var begge foreldrene ansett som skikket for foreldreansvar. Samarbeidsproblemerkene hadde materialisert seg gjennom at far motsatte seg mors flytting.

Vurderingen av indirekte følger for barna var tema i en dissensdom.⁴²⁴ Flertallet la til grunn at det hadde vært voldsepisoder mot mor, og at mor sin omsorgsevne ville bli vesentlig svekket av samarbeidet. Mindretallet var mer tvilende til de påståtte voldshandlingene, og viste til at beskyldningen kom opp i forbindelse med foreldretvisten samt en god stund etter selve sam-

⁴²³ LB-2013-47603, LF-2015-104413 og LB-2014-48187.

⁴²⁴ LB-2015-55792.

livsbruddet. Mindretallet mente at selv om mor var negativ til samarbeid med far så ville ikke samarbeidet medføre en vesentlig svekkelse av omsorgsevnen. Flertallet fastslo at mor skulle ha foreldreansvaret alene.

Trussel fra en av partene ble nevnt i fire dommer. I LB-2013-47603 blir trusselen omtalt som alvorlig. Mor sin psyke er redusert, og retten legger til grunn at omsorgsevnen vil svekkes vesentlig av felles foreldreansvar. Mor fikk i denne dommen foreldreansvaret alene.

Trussel ble lagt til grunn for å vise til høyt konfliktnivå i LH-2014-28728. Mor fikk foreldreansvaret alene i denne dommen. Selv med konstatert trussel ble det ikke fremholdt at mors omsorgsevne var svekket vesentlig. Samarbeidsproblemene mellom foreldrene hadde materialisert ved at far ikke hadde samarbeidet om utstedelse av pass to ganger tidligere. Det avgjørende for utfallet i denne saken var at samarbeidsklimaet var dårlig og problemer i forbindelse med utøvelse av foreldreansvar hadde materialisert seg.

Undersøkelsen viser også at trussel i seg selv ikke trenger å svekke den andres omsorgsevne vesentlig. I LE-2012-153285 slo retten fast at frykten mor opplevde var reell. Retten la til grunn at far hadde truet mor på livet. Dommen omhandler foreldreansvaret til et 2 år gammelt barn. Resultatet i denne dommen ble felles foreldreansvar. Trusselen hadde skjedd for over 2 år siden. Retten viste i begrunnelsen til at det ikke var holdepunkter for å si at konflikten hadde gått utover barnet, og at samarbeidsproblemene ikke hadde materialisert seg.

7.2.1.2 *Konfliktskapende handling*

I ni av dommene (25,7%) trekker retten frem den ene part som konfliktskapende, eller legger ansvaret for konflikten på den ene part sine handlinger.⁴²⁵

Det er i varierende grad hvor klart retten legger ansvaret på den ene part. I enkelte dommer kommer det frem hvilken part lagmannsretten anser som den konfliktskapende part, og begrunnelsen for dette. I LB-2013-144485 og LF-2015-131007 viser retten til at konflikten klart skyldes far sin adferd. I andre dommer går ikke retten like langt i å legge skylden alene på den ene parten, men viser at en av partene fremstår som mer konfliktdrivende enn den andre. I LB-2015-2351 fremheves det at konflikten «i stor grad» skyldes far.

I åtte av de ni dommene (89%) hvor ansvaret for konflikten skyldes den ene part i større grad enn den andre kommer retten frem til at den parten som er minst skyld i konflikten får medhold i sitt krav. I den ene av disse dommene var utgangspunktet at mor hadde foreldreansvaret alene.⁴²⁶ Mor hadde vært konfliktdrivende ved å nekte far helseopplysninger. Felles foreldreansvar ville sikre far opplysninger, og retten kom frem til at felles foreldreansvar således var til barnets beste.

⁴²⁵ N=35.

⁴²⁶ LE-2012-191345.

Syv av dommene endte med at mor skal ha foreldreansvaret alene. Ingen av dommene endte med resultatet at den konfliktskapende part skal ha foreldreansvaret alene.

I en av dommene kommer retten frem til at det skal være felles foreldreansvar selv om en av partene hadde vært konflikt drivende.⁴²⁷ Saken omhandlet foreldreansvaret til en 5 år gammel jente. Utgangspunktet for saken var at de hadde felles foreldreansvar. Far hadde sendt en rekke støtende e-poster til mor og hennes familie. Tingretten hadde kommet frem til at mor skulle ha foreldreansvaret alene. Lagmannsretten kom under noe tvil frem til felles foreldreansvar og vektla i betydelig grad at begge foreldrene var skikket. Avgjørende for retten synes å være at barnet hadde blitt skjernet fra konflikten. Helseopplysninger var viktige for samværet, og mor hadde vist gjennom tidligere handlinger at helseopplysninger ikke ble delt i tilstrekkelig grad.

7.2.1.3 Manglende evne til å samarbeide

Manglende evne til samarbeid kan vise seg ved at partene enten ikke har de personlige egenskapene som trengs og/eller at personen viser motvilje til et samarbeid.

I seks av dommene i undersøkelsen karakteriserer lagmannsretten en av partene som dårligere til å samarbeide enn den andre.⁴²⁸

I to av dommene slår retten fast at far er lite samarbeidsvillig og at det er fare for samarbeidsproblemer ved felles foreldreansvar. Begge dommene ender med at mor får foreldreansvaret alene. Begrunnelsen i den ene saken er at foreldreansvaret har materialisert seg gjennom at far har nektet å samarbeide om utstedelse av pass.⁴²⁹ I den andre saken viser ikke retten til at samarbeidsproblemer har materialisert seg, men begrunner risiko for fremtidig manglende samarbeid med at foreldrene er svært mistroisk til hverandres utøvelse av foreldreansvar.⁴³⁰ Retten la til grunn bortføringsfare i spørsmålet om samvær, men momentet nevnes ikke i begrunnelsen for at mor får foreldreansvaret alene.

I fire av dommene viser retten til konkrete eksempler på den ene parts manglende vilje eller evne til å samarbeide.

Et klart eksempel på at retten fremhever den ene parts manglende evne til å samarbeide er LB-2015-39080. I denne saken har far mangler både i forhold til evnen til å samarbeide med mor, men også evne til å vise omsorg for barnet. Om samarbeidsevnene uttaler sakkyndig at far har utsatt mor for psykisk vold. Retten legger til grunn at far har utvist «utilbørlig opptreden» ovenfor mor. Retten uttaler at mor og barn trenger «ro» for å starte nytt liv i sin begrunnelse for resultatet.

⁴²⁷ LB-2013-202941.

⁴²⁸ LE-2014-173185 og LF-2015-104413.

⁴²⁹ LF-2015-104413.

⁴³⁰ LA-2015-72150.

LE-2014-173185 omhandler spørsmålet om foreldreansvaret for parets 13 år gamle barn. Retten kom frem til at mor skulle ha foreldreansvaret alene. Retten viste til at ankeforhandlingen har vist at far «har vanskelig for å lytte og rette seg etter innspill fra andre». Hans fokus blir omtalt som rettet mot seg selv, og sine rettigheter. Far hadde vist negativ holdning overfor mor, og samarbeidsproblemene hadde materialisert seg.

I LH-2014-28728 ble far omtalt som en person med «reduisert stabilitet i sine reaksjoner og adferd» av sakkyndige. Saken omhandlet foreldreansvaret til et barn på 10 år. Foreldrene hadde vært i en langvarig konflikt, og far mistet foreldreretten. Retten la de sakkyndiges vurdering av farens evne til grunn for vurderingen.

Motsetningsvis kan LB-2013-193046 illustrere at retten vurderer innholdet i konflikten mot foreldrenes samarbeidsevne. I denne saken som omhandlet foreldreansvaret til et barn på 4 år kommer retten til at hovedregelen om felles foreldreansvar ikke skal fravikes. Retten begrunnet felles foreldreansvar med at samarbeidsproblemene ikke har knyttet seg til forhold som har med utøvelsen av foreldreansvaret, og uttaler at foreldrene «kan [samarbeide] hvis de vil».

7.2.1.4 Manglende evne til utøvelse av foreldreansvaret

Manglende evne til å utøve foreldreansvaret gjør seg gjeldende i de sakene forelderen ikke er i stand til å utøve foreldreansvar i tråd med foreldreansvarets krav om omsorg, omtanke, se behov og handle etter barnets interesse. Vold, misbruk og bortføring vil også være handlinger i strid med foreldreansvarets innhold, men behandles som egne moment senere.⁴³¹

En eller begge foreldres evne til utøvelse av foreldreansvar ble kommentert i 19 dommer (54,3%).⁴³²

Tabell 7.11: Rettens vurdering av foreldrenes evne til utøvelse av foreldreansvaret.

	Foreldre ble omtalt som skikket.	Retten fremholder negative evner.
Dommer som endte med « felles foreldreansvar ».	3	2
Dommer som endte med « foreldreansvar alene ».	4	10

⁴³¹ Se masteroppgaven punkt 7.2.4 «vold».

⁴³² N=35

Undersøkelsen viser at retten fremholder at en eller begge foreldrene har negative evner i 63% av dommene der forelderens evne trekkes frem i rettens grunnlag for dom. I den videre analysen vil jeg se på hvordan retten vurderer evne ut ifra resultatet retten har kommet til.

7.2.1.4.1 Foreldrenes evne i dommer som endte med felles foreldreansvar

Undersøkelsergrunnlaget er lite, men legges dette til grunn viser det at retten har omtalt evnene til en av foreldrene negativt i 25% av dommene som endte med felles foreldreansvar.⁴³³ En eller begge foreldrene omtales som skikket i 37,5%, mens foreldrenes evne ikke kommenteres konkret i 62,5% av dommene.

I LB-2012-133470 ser retten med «bekymring på mors manglende evne til å se de problemene hun skaper for sønnens utvikling». Dommen omhandlet fast bosted, samvær og foreldreansvar til et barn på 6 år. Barnet hadde i store deler av livet bodd hos mor. Retten kom frem til at barnet skulle bo fast hos far, og ha begrenset samvær med mor med tilsyn. I synet på fortsatt felles foreldreansvar delte retten seg. Mindretallet vektla mors «spontanistisk og usammenhengende væremåte, og at hun har vanskelig for å sette seg inn i barnets situasjon». Etter mindretallets syn ville dette innebære en økt risiko for at barnet havner i en konfliktsituasjon mellom foreldrene. Mindretallet fremhevet også at morens manglende evner, sammen med redusert samvær, vil gjøre det vanskelig å utøve et meningsfullt foreldreansvar. Flertallet synes ikke å vektlegge morens manglende evne, og viste til at det ikke foreligger en konflikt i saken som vil by på ekstra utfordringer i utøvelsen av foreldreansvaret.

I LB-2013-31903 uttaler retten følgende: «At mor til tider har fremsatt ukloke, uempatiske og uakseptable uttalelser, særlig overfor C [eldste barn, 11 år], finner lagmannsretten sannsynlig». Saken omhandlet fast bosted, samvær og foreldreansvar til to barn på 9 og 11 år. Barnevernet mente at moren var uegnet som omsorgsperson. Sakkyndig for retten var ikke enig i dette. Retten kom frem til at barna skulle bo fast hos far, og ha samvær uten tilsyn med mor. I spørsmålet om foreldreansvaret la ikke retten vekt på mors uakseptable uttalelser mot det eldste barnet. Retten la i sin begrunnelse vekt på at selv om konfliktnivået var høyt, så hadde ikke samarbeidsproblemene materialisert seg i forhold til utøvelsen av foreldreansvaret. Foreldrene var ikke uenige i avgjørende spørsmål om barnas personlige forhold.

I tre dommer som endte med felles foreldreansvar ble foreldrenes evner kommentert på en positiv måte.⁴³⁴

LB-2013-202941 er spesielt interessant da lagmannsretten kommer til et annet resultat enn tingretten. Retten kom, under noe tvil, frem til felles foreldreansvar. I denne saken hadde far sendt en rekke støtende epost til mor. I begrunnelsen for felles foreldreansvar uttaler retten at

⁴³³ N=8, se tabell «resultat foreldreansvar».

⁴³⁴ LB-2013-202941, LF-2014-11252 og LE-2012-191345.

særlig vekt legges på at begge foreldre er skikket til foreldreansvaret og ønsker å prioritere barnets beste.

7.2.1.4.2 Foreldrenes evne i dommer som endte med foreldreansvar alene

Retten uttalte seg negativt om evne til foreldreansvar i 10 dommer (37%) som endte med at en av foreldrene fikk foreldreansvar alene.⁴³⁵

LB-2015-52886 er illustrerende for hvordan farens «uheldige valg» viser at han ikke ser barnets behov. Etter rettens syn medførte dette en risiko for skjevutvikling. Retten viser i sitt grunnlag for avgjørelsen til en rekke kriminelle handlinger, samt manglende oppfølging av andre barn. Retten uttaler i denne saken at det også er relevant for vurderingen hvordan faren tidligere har håndtert foreldreansvaret i forhold til sine særkullsbarn.

I to av dommene så benytter retten beskrivelsen «liten forståelse for barnets reaksjon» i sin omtale av forelderen som ikke får ta del i foreldreansvaret.⁴³⁶ I denne beskrivelsen virker det som om retten mener at forelderen mangler evne til å se at egen negativ adferd er uheldig for barnets utvikling. Det kan virke som at «liten forståelse for barnets reaksjon» forsterker vekten retten legger i vurderingen av en handling negative betydning for barnet. Det at forelderen ikke klarer å forstå barnets reaksjon på egen handling gir risiko for at lignende handlinger også vil kunne skje fremover.

I LB-2015-3000 blir faren beskrevet som en person med mangler i den emosjonelle omsorgskompetansen. Moren blir beskrevet å ha gode emosjonelle omsorgsevner. I denne saken kommer retten frem til at barna skal bo fast hos mor, og ha begrenset samvær med trygghetsperson sammen med far. Retten legger vekt på at faren er ansvarlig for barnas negative holdning til mor. Selv om faren subjektivt mener at han har handlet til barnas beste, viser det forhold at han har handlet på en måte som har gitt barna et traumatisert forhold til moren at han ikke klarer å se hvordan hans påvirkning av barna har negativ innvirkning.

I fire av dommene som ender med at en av foreldrene få foreldreansvaret alene omtaler retten den andre part med positiv omtale i forhold til omsorgsevne. Det er varierende hvordan omtalen kommer til uttrykk.

⁴³⁵ N=27, se tabell «resultat foreldreansvar».

⁴³⁶ LH-2012-156454 og LB-2013-142075.

I en dom omtales far som en «god omsorgsperson».⁴³⁷ Dommen ender med at mor får foreldreansvaret alene. I denne dommen blir det avgjørende for retten at mor i utgangspunktet er så svak at det stresset hun vil oppleve ved felles foreldreansvar ikke er til det beste for barnet. I LF-2013-151160 kommenterer retten at begge foreldrene er «skikket» for foreldreansvaret. Retten kommer allikevel til at farens rigide holdning overfor mor, og tidligere vanskeligheter med samarbeidet, tilsier at fortsatt felles foreldreansvar vil kunne medføre en psykisk belastning for moren som ikke er til det beste for barnet.

I LB-2012-194580 og LB-2012-83598 er retten noe mer varsom i sin uttalelse om fedrenes egnethet. Begge dommene ender med at mor får foreldreansvaret alene. Felles for disse dommene er at retten har lagt til grunn at far har utvist vold mot mor. I vurderingen av omsorgsevne uttaler retten at «det ikke er grunnlag for å fastslå dårlig omsorgsevne» og at far har kunnskapen som skal til for å utøve foreldreansvar.

7.2.2 Kontakt og avstand – Meningsfull utøvelse av foreldreansvaret

Argumentet om meningsfull utøvelse av foreldreansvar ble trukket frem av retten i seks av dommene (17,7%). Felles for alle disse dommene er at det ikke skulle være samvær eller begrenset samvær med tilsyn.

Det var ni dommer i undersøkelsen som endte med at den ene part ikke skulle ha noe samvær.⁴³⁸ I samtlige av dommene som endte med samværsnektelse, ble resultatet i spørsmålet om foreldreansvar at bostedsforelderens skulle ha foreldreansvaret alene. Argumentet om meningsfull utøvelse av samvær ble lagt til grunn i bare 22% av disse dommene.

Argumentet om meningsfull utøvelse av foreldreansvar ble brukt i LF-2015-131007. Denne dommen omhandlet et barn på 1 år. I dommen uttaler lagmannsretten at felles foreldreansvar «forutsetter antakelig også en nærmere kontakt enn det som vil følge av den samværsordningen som fastsettes i tingrettsdommen». Tingretten fastsatte støttet samvær inntil 32 timer pr. år.

I LB-2012-133470 ble det fastsatt dagssamvær lørdag og søndag en gang pr. måned for mor med tilsyn. I denne dommen ble foreldreansvaret bestemt å være felles. Lagmannsretten vektlegger grunnlaget for konflikten. Det begrensede samværet med mor trekkes ikke frem som argument mot felles samvær hverken av flertallet eller mindretallet.

I LB-2013-202941 ble det tildelt felles foreldreansvar selv om samværet kun ville være 5 helger i året i tillegg til Skype-samtaler. I denne dommen bor samværsforelderens i et annet land, men synes allikevel å ha god kontakt med barnet.

⁴³⁷ LB-2014-48187.

⁴³⁸ LB-2014-205741 ble det bestemt ett års karantenetid på samvær før gradvis opptrapping. Denne dommen er ikke tatt med som en av ni dommer det ikke er bestemt samvær.

I LB-2013-193046 drøftes praktiske utfordringer ved utøvelse av foreldreansvar. Dommen omhandler foreldreansvaret til et barn på 4 år. Samværet ble satt til 3 timer per uke med tilsyn i de ukene far er i Norge. Lagmannsretten uttaler at samarbeidet om foreldreansvar vil by på praktiske vanskeligheter. I denne saken var de praktiske vanskelighetene knyttet til at faren ikke hadde oppholdstillatelse i Norge. Retten legger til grunn at dersom begge foreldrene ønsker det burde de praktiske ulempene reduseres til et minimum.

7.2.3 Kidnapping eller bortføringsfare

Bortføringsfare ble drøftet som argument i fem av dommene (15%). Bortføringsfaren ble vektlagt i bare en av dommene (20%) der bekymringen ble drøftet som et argument.⁴³⁹ Saken omhandlet foreldreansvaret for en 2 år gammel jente. Det ble uttalt at det forelå en «viss fare» for bortføring. Bortføringsfaren ble begrunnet i farens uavklarte oppholdstillatelse. Det er noe uklart hva flertallet mener med en «viss fare», og om den uavklarte oppholdstillatelsen alene lå til grunn for denne vurderingen.

Mindretallet mente at den ene bemerkningen om bortføring kom i en opphetet diskusjon, og at det ikke kan anses å være reell risiko for bortføring.

Bortføringsargumentet ble lagt til grunn av flertallet som ett moment i tillegg til det at samarbeidsproblemene hadde negativ effekt på mors omsorgsevne. Bortføringsargumentet kan ikke anses å ha enestående betydning i denne saken.

I LB-2013-202941 kom retten til at bortføringsfaren ikke var reell. I denne saken som omhandlet et barn på 5 år hadde far fått medhold i foreldreansvar alene i en amerikansk domstol, og fremmet krav etter Haagkonvensjonen om tilbakelevering. Tilbakeleveringen fikk ikke medhold i Norge. Far anket, men frafalt senere kravet. Far hadde i tillegg hentet barnet i barnehagen uten mors kjennskap. Mor fikk ved politiets hjelp barnet tilbake. Far hadde forholdt seg til rettens avgjørelse om avslag på tilbakelevering. Retten festet lit til at han ville gjøre det også i fremtiden da en bortføringssak ville ha uheldige konsekvenser for hans sikkerhetsklaring i jobben. Denne saken viser at det skal en del til for at bortføringsfaren anses som reell, og tillegges vekt i vurderingen av foreldreansvar.

I LB-2013-144485 ble bortføringsfare drøftet som argument for foreldreansvar alene, men retten fant at det ikke forelå noen fare for bortføring. Begrunnelsen for at retten ikke anså bortføringsfaren som reell i denne saken var at far hadde etablert seg i Norge.

I LA-2015-72150 ble bortføringstrussel nevnt i forbindelse med lagmannsrettens behandling av spørsmålet om fast bosted. Lagmannsretten fant det sannsynlig at trusselen hadde blitt fremmet, og slo fast at den var et utslag av samværsforelderens sinne. Lagmannsretten kom i

⁴³⁹ LB-2015-55792.

denne saken til at mor skulle ha foreldreansvaret alene. Bortføringstrusselen ble ikke lagt til grunn direkte i begrunnelsen for resultatet i spørsmålet om foreldreansvar. Retten viste i dette spørsmålet til det anstrengte samarbeidet mellom foreldrene.

7.2.4 Vold

Vold omfatter i denne undersøkelsen fysisk eller psykisk handling som en person gjennomfører eller truer med skal gjennomføres mot en annens vilje. Dette inkluderer også overgrep utøvd mot barn. Beskyldning om vold foreligger dersom den ene part fremmer at fysisk eller psykisk handling har blitt utøvd mot ens vilje, og retten drøfter momentet i vurderingen av foreldreansvaret.

7.2.4.1 Vold mot forelder

Tabell 7.12: Frekvens av beskyldninger om vold mot forelder

	Mor ble beskyldt	Far ble beskyldt
Fysisk eller psykisk vold	2	8
Trussel	0	2

I 11 dommer (31,4%) ble vold eller trussel mot en eller begge foreldrene drøftet som et argument. Det er kun to av dommene der beskyldninger om vold er rettet mot mor.⁴⁴⁰ Undersøkelsen viser at det er klar overvekt av dommer der far blir beskyldt for vold eller trussel.

Tabell 7.13: Resultat i dommer der det er beskyldninger om vold mot forelder

	Felles foreldreansvar	Mor alene	Far alene
Mor ble beskyldt for vold	1 (50%)	0	1 (50%)
Far ble beskyldt for vold	1 (12,5%)	7 (87,5)	0
Far ble beskyldt for trussel	0	2 (100%)	0

Undersøkelsen viser at i de fleste dommene der det var fremsatt beskyldning mot en av partene om vold eller trussel mot den andre forelderen, så ender dommen med at den voldsutsatte forelderen får foreldreansvaret alene. Den eneste dommen som er unntaket fra dette er LB-2013-193046. Denne dommen omhandler foreldreansvaret for et barn på 4 år. I denne dommen beskyldte foreldrene hverandre for vold. Lagmannsretten tar ikke stilling til beskyldningene om vold i denne saken utover å konstatere at det ikke foreligger noen reell frykt for den andre fra noen av partene. Det avgjørende for retten er således ikke selve voldshandlingen, men hvorvidt det foreligger grunnlag til samarbeid om foreldreansvaret.

⁴⁴⁰ I LB-2013-193046 beskyldte begge parter den andre for vold.

I LB-2013-142075 kommer det frem at mor har slått far på en måte som har ført til gjentatte sykehusbesøk. Dommen omhandler foreldreansvaret for 3 barn i alderen 10 til 17 år. Far får foreldreansvaret alene. Det kommer ikke frem i dommen at far har frykt for mor, men retten fremhever at barna har vært vitne til voldshandlingene.

I LB-2013-144485 konstaterer ikke retten bare at vold har blitt utøvd, men legger til grunn og vektlegger at det er en reell fare for fortsatt voldsutøvelse ved felles foreldreansvar. Retten bygger i denne dommen på at det ikke bare er vold direkte mot barn som er forbudt etter barneloven men også det å skade eller true barnets nære omsorgsperson.⁴⁴¹

Lagmannsrettens uttalelse i LB-2012-83598 om at «Det forhold at volden ble utøvet for mer enn åtte år siden, hindrer likevel ikke at den kan ha satt varig preg på mor» er illustrerende for rettens syn på tidligere voldshandlinger mot en av foreldrene. Tingretten hadde ikke vektlagt denne handlingen da den var langt tilbake i tid. Lagmannsretten la ikke vekt på hvor lenge siden hendelsen skjedde, men hvilke konkrete virkninger episoden hadde for fremtidig samarbeid om foreldreansvar.

7.2.4.2 Vold mot barn

Undersøkelsen inneholder bare fire dommer der det konkret kommer frem at retten drøfter beskyldninger om vold mot barn i vurderingen av foreldreansvar.

Tabell 7.14: Hvem av foreldrene ble beskyldt for å utøve vold.

	Antall dommer
Mor ble beskyldt for vold mot barn	2
Far ble beskyldt for vold mot barn	2

Denne undersøkelsen kan tale for at beskyldninger om vold mot barn er likt fordelt mellom foreldrene, selv om undersøkelsens omfang tilsier at en skal være forsiktig med å slå dette fast. I LB-2013-31903 var beskyldningen fremsatt av barnet mot moren i samtale med barnevernet. I de øvrige dommene var beskyldningen fremsatt av den andre forelderen.

⁴⁴¹ Ot.prp. nr. 104 (2008-2009) s. 72.

Tabell 7.15: Ble beskyldningen om vold vektlagt i avgjørelse om foreldreansvar.

	Ble beskyldningen vektlagt i avgjørelsen	
	Ja	Nei
Mor ble beskyldt	0	2
Far ble beskyldt	1	1

Undersøkelsen viser at vold mot barn bare ble vektlagt i en av dommene.

I LB-2013-144485 kom lagmannsretten til at det var en reell fare for at far vil «utøve vold, true og trakassere både mor og barna». Saken omhandlet foreldreansvaret til to barn på 7 og 12 år. Retten kom frem til at mor skulle ha foreldreansvar alene. Lagmannsretten viste til barneloven § 30 første og tredje ledd i sin begrunnelse for at far sin handlemåte ikke er forenelig med å ha foreldreansvar.

I LB-2015-39080 kom retten til at far hadde utsatt mor for grov psykisk vold. Saken omhandlet foreldreansvar for barn på 7,6 og 3 år. Retten fant det ikke bevist at far hadde utsatt barna for psykisk vold direkte. Mor fikk foreldreansvaret alene. Retten vektla den indirekte virkningen felles foreldreansvar ville ha for barna på grunnlag av vold mot moren. Vold mot barn omfatter også skade eller å true barnets nære omsorgspersoner.⁴⁴² I denne saken var det klart at barnets nære omsorgsperson var truet, men det var ikke klart at denne var truet på en slik måte at det direkte skapte frykt i barnet. Det avgjørende for retten ble da å se hvilken påvirkning fars handlingsmønster har på omsorgsevnen. Da retten kom frem til at omsorgsevnen vil bli svekket ved felles foreldreansvar var det til barnets beste at mor hadde foreldreansvar alene.

I LB-2015-3000 beskyldte far og barna mor for vold. Dommen omhandlet foreldreansvar til to barn på 10 og 8 år. Retten uttalte at etter deres skjønn fremsto vold som usannsynlig og faren og et annet vitnes uttalelse om voldshendelsen fremsto som lite troverdig. Lagmannsretten kom frem til at mor skulle ha foreldreansvaret alene. Retten vektla farens manglende evner som ansvarlig voksen og de negative virkningene dette hadde hatt på barna, og forholdet deres til moren, i vurderingen av foreldreansvaret. Barna og farens påstand om vold ble ikke vektlagt da retten ikke fant den troverdig.

LB-2013-31903 omhandlet foreldreansvaret til to barn på 9 og 11 år. Barna beskylte moren for å ha utøvd vold. Barnevernet hadde konkludert med at moren hadde utøvd vold mot barna og rådet faren til å nekte mor samvær med barna. Lagmannsretten kom frem til at foreldrene skulle ha felles foreldreansvar. Retten festet ikke lit til barnevernets konklusjon, og mente de

⁴⁴² Ot.prp. nr. 104 (2008-2009) s. 72.

hadde vært pådriver til å skape en uoversiktlig situasjon. Retten viste til at det barnevernet karakteriserte som vold var barnets uttalelse om at «det hender mor klyper oss hvis vi ikke er flinke». Retten mente at vold var temmelig unyansert. Retten viste videre til at hovedinnholdet i rapporten var at barna hadde det hyggelig hos mor. Retten kom etter en konkret vurdering frem til at det ikke forelå noe grunnlag for å fravike lovens hovedregel om felles foreldreansvar.

7.2.5 Barnets eget ønske

I vurderingen av barnets eget ønske, i forbindelse med spørsmål om foreldreansvar, har jeg først sett på frekvensen av uttalelsesmulighet for barna i alle dommene, uten å ta hensyn til hvilket rettsspørsmål uttalelsen er rettet mot.

Tabell 7.16: Oversikt over antall barn som fikk uttale seg, fordelt etter alder.⁴⁴³

	Fikk barnet uttale seg i saken?	
	Ja	Nei
Barn 0-6 år	3 (13,7%)	19 (86,3%)
Barn 7-11 år	13 (86,7%)	2 (13,3%)
Barn 12-17 år	10 (100%)	0

Undersøkelsen viser at et klart flertall av barn under 7 år ikke fikk muligheten til å uttale seg.⁴⁴⁴ Det er to dommer som er registrert med barn over 7 år der barnet ikke fikk mulighet til å uttale seg. I LB-2013-47603 fremgår det at barnet er født i 2006. Det er mulig barnet ikke har fylt 7 år i det retten behandlet saken. Det fremgår ikke av dommen hvorvidt barnet var i stand til å danne seg synspunkt om det saken omhandlet. I LB-2012-83598 var barnet 9 år. Tingretten kom frem til felles foreldreansvar, men lagmannsretten kom frem til at mor skulle ha foreldreansvaret alene. Det fremkommer ikke at barnet har fått muligheten til å uttale seg i saken. Det fremgår heller ikke at barnet ikke er i stand til å uttale seg. Dommen omhandler kun spørsmål om foreldreansvar.

Et barn som har fylt 7 år, og yngre barn som er i stand til å danne seg en mening, skal få muligheten til å si sin mening før det blir tatt en avgjørelse. Dette gjelder også i spørsmål om foreldreansvar, jfr. barneloven § 31 andre ledd. Det er derfor interessant å se om barnet fikk informasjon om, og muligheten til å si sin mening i spørsmålet om foreldreansvar, og ikke bare spørsmål om fast bosted og/eller samvær. Det interessante for denne undersøkelsen er å

⁴⁴³ Det var muligheten for å uttale seg som ble registrert. Enkelte barn valgte å ikke uttale seg, men det avgjørende for undersøkelsen var at slik mulighet ble gitt. Se eks. LF-2014-11252.

⁴⁴⁴ Masteroppgave tabell 7.16.

se om retten legger til rette for en differensiering av rettsspørsmålene slik at barnet får muligheten til å si sin mening om foreldreansvar.

Tabell 7.17: Oversikt over antall dommer barnets mening om foreldreansvaret fremkommer.

	Hvis barnet fikk uttale seg, kommer synspunkt om foreldreansvar frem?	
	Ja	Nei
Barn 0-6 år	0	3 (100%)
Barn 7-11 år	2 (15,4%)	11 (84,6%)
Barn 12-17 år	6 (60%)	4 (40%)

I LG-2012-142193 kommer det tydelig frem at retten har hatt samtale med hver av barna. Retten uttaler at «de ønsker at det er han alene som skal ta de bestemmelser som det tilligger foreldre å ta». I LE-2014-173185 fremkommer det at dommeren har hatt en samtale med barnet på 13 år og hun gir klart uttrykk for at hun ikke har tillit til at faren vil handle til hennes beste. Retten uttaler at barnet «forklarte at hun ønsker at mor skal ha foreldreansvaret alene». I de andre dommene der barnets mening fremkommer i spørsmål om foreldreansvar fremkommer barnets mening i form av lagmannsrettens tolkning av uttalelser i forbindelse med spørsmål om samvær og fast bosted.

I LB-2013-142075 fremkommer det i drøftelsen av foreldreansvaret at «Alle tre barna har hatt samtale med den rettsoppnevnte sakkyndige, både under tingrettens behandling og under ankeforberedelsen. Fokus har først og fremst vært samværs spørsmålet.» I denne saken var det eldste barnet 17 år. Det er ut ifra alder og opplysninger som fremkommer i dommen ingen grunnlag for å si at barnet ikke skulle være i stand til å si sin mening om hvem som skal ha foreldreansvaret.

I LE-2015-18153-2 fremkommer det at barnet har hatt en samtale med psykolog med begrenset mandat. Mandatet omhandlet ikke spørsmål om foreldreansvar.

7.2.6 Vurdering av grunnlag for fremtidig samarbeid

Felles foreldreansvar medfører at foreldrene må samarbeide om viktige personlige avgjørelser. I alle sakene bortsett fra en ble samarbeidet mellom foreldrene trukket frem i vurderingsgrunnlaget (97 %).

I LB-2014-118476 ble samarbeidet mellom foreldrene ikke kommentert. Det at mor skulle få foreldreansvar alene var betinget av at jenta fikk fast bosted hos mor. Lagmannsretten kom frem til at jenta skulle bo fast hos far, og kommenterte ikke begrunnelse videre.

I 29 av dommene har retten i begrunnelsen fremhevet sin risikovurdering av felles foreldreansvar for fremtiden. Av de seks dommene der retten ikke har fremhevet utsiktene for samarbeid i fremtiden spesielt er det to av dommene som endte med at mor skulle ha foreldreansvaret alene, og fire som endte med felles foreldreansvar.

Tabell 7.18: Fremkommer det klart at retten har vurdert betydningen av felles foreldreansvar for fremtiden?

Resultat	Ja	Nei	
Felles foreldreansvar	4	4	N=8
Mor alene	23	2	N=25
Far alene	2	0	N=2

Felles for to av dommene som endte med felles foreldreansvar var at spørsmålet om fast bosted/samvær i hovedsak avgjorde resultatet i spørsmålet om foreldreansvar.⁴⁴⁵

I LF-2014-11252 fikk ikke mor medhold i fast bosted. Til tross for konflikten mente far allikevel at mor skulle ha del i foreldreansvaret og begrunnet dette med at foreldreansvaret «...har en følelsesmessig og symbolsk funksjon». Lagmannsretten var enig i at foreldrene burde være sammen om viktige avgjørelser knyttet til barnets personlige forhold.

I to av dommene (N=27) som ga foreldreansvar alene har retten ikke kommentert sine betraktninger om betydningen av felles foreldreansvar for fremtiden.⁴⁴⁶ Felles for begge sakene var tidligere alvorlige hendelser, knyttet til henholdsvis hensynsløs adferd i hjemmet og trussel om vold mot mor, som lå til grunn for vurderingen.

Grunnlaget for å fastslå risiko for konflikt skiller seg fra sak til sak. Felles for alle er at retten prøver å foreta en vurdering av fremtiden, basert på faktum som foreligger i saken.

I LF-2015-104413 uttalte retten i spørsmålet om foreldreansvar for to barn på 3 og 7 år at felles foreldreansvar uten tvil ville by på utfordringer, og «antakelig» ville medføre økte konflikter. Partene gikk fra felles foreldreansvar til at mor fikk foreldreansvaret alene. Risikoens betydning var at mor fikk svekket omsorgsevne som følge av konflikten. Grunnlaget for risikovurderingen var at konflikten hadde materialisert seg i uenighet direkte knyttet til utøvelsen av foreldreansvaret. Far hadde motsatt seg utstedelse av pass. Retten vurderte motsettelsen som grunnløs. Det er nok neppe slik at motsettelse av pass i seg selv tilsier at en ikke skal ha foreldreansvar, selv om motsettelsen er grunnløs. Saken bærer preg av en omfattende og langva-

⁴⁴⁵ I LB-2014-118476 var grunnlaget for resultatet ikke knyttet seg til vurderingen av barnets beste men et direkte resultat av at kravet om fast bosted ikke førte frem.

⁴⁴⁶ LB-2014-109826, LB-2013-47603.

rig konflikt som retten påpeker har materialisert seg i forhold som omhandler foreldreansvaret. I denne saken var det klart at konflikten gikk utover barnet.

I LA-2015-72150 uttalte retten at det er grunn til å tro at konfliktnivået vil øke dersom far får felles foreldreansvar. Foreldrene hadde som utgangspunkt felles foreldreansvar for et barn på 4 år. Betydningen av risikoen var at den vil ramme barnet direkte gjennom at barnet forsto at de kranglet, men også indirekte gjennom at mors omsorgsevne ble svekket. Grunnlaget for risikovurderingen var den lave tilliten og dårlige holdningen foreldrene hadde vist hverandre. I undersøkelsen er det to saker der retten kommer frem til felles foreldreansvar selv om den ene parten fremholder at det er konflikt.

I LE-2012-191345 anførte mor samarbeidsproblemer i forbindelse med samværsgjennomføring og barnets helseproblemer. Lagmannsretten uttalte at selv om partene hadde hatt samarbeidsproblemer, så var det klart at det i denne saken ikke foreligger samarbeidsproblemer knyttet til foreldreansvaret. Det var mor sitt forsøk på å hindre far tilgang til helseinformasjon som var mye av grunnen til konflikten. Far hadde som følge av samværsforliket et betydelig samvær med barnet, og felles foreldreansvar ble vurdert til barnets beste.

I LB-2013-193046 uttalte mor at hun fryktet kidnapping og påsto samarbeidsproblemer knyttet til foreldreansvaret. Far var bosatt i Pakistan, og lagmannsretten hadde forståelse for uro knyttet til besøk hos far. Retten fant det ikke bevist at det forelå slikt konfliktnivå at lovens hovedregel om felles foreldreansvar kunne fravikes.

8 Avsluttende vurderinger og funn i undersøkelsen

8.1 Egenskaper - direkte og indirekte virkning på barnet

Frekvensen av rettens vurdering av foreldrenes egenskaper i spørsmål om foreldreansvar er høy (90%).⁴⁴⁷ Undersøkelsen viser at foreldrenes evne til utøvelse av foreldreansvar vektlegges av lagmannsretten i tilfeller der negative evner har direkte eller indirekte følger for barnet.

I de dommene retten la til grunn at en av partene i stor grad var den konfliktskapende, viste undersøkelsen at den konfliktskapende handlingen ikke alltid ble tillagt avgjørende vekt, dersom det forelå andre tungtveiende hensyn, som kunne tilsi at felles foreldreansvar var til barnets beste. Det at barnet har helseproblematikk, som medfører at det er i barnets interesse at det er felles foreldreansvar, er et eksempel på tungtveiende hensyn som medførte at en konflikt drivende forelder ble tildelt foreldreansvar på tross av konfliktskapende handlinger.⁴⁴⁸

God omsorgskompetanse er ikke noe avgjørende argument alene dersom retten ikke finner at felles foreldreansvar totalt sett er til barnets beste. Foreldrenes egnethet ble i hovedsak vektlagt i form av at grunnlaget for samarbeid fremover er tilstede, og at felles foreldreansvar i utgangspunktet er best for barnet.

Undersøkelsen taler for at reell frykt eller trussel mot bostedsforelderen i seg selv ikke er avgjørende. Retten vektla betydningen handlingen hadde for utøvelse av omsorg i forhold til barnet. Det avgjørende for retten var om omsorgsevnen til bostedsforelderen ble svekket. Dette hensynet ble vektlagt uavhengig av om svekkelsen skyldtes den andres handlinger. Dette tyder på at det ikke er den direkte følgen for bostedsforelderen, men den indirekte følgen for barnet som får avgjørende betydning.

Ved å sammenligne dommene i undersøkelsen kan det virke som retten i stor grad vektlegger direkte negative følger for barnet som skyldes forelderens egenskaper. Det avgjørende synes ikke å være hva slags egenskap eller handling som har blitt utført av forelderen, men dens betydning for barnet. De sakene som hadde sitt grunnlag i vold eller trussel mot bostedsforelderen viste retten kun tvil i forhold til faktum. Der retten kom frem til at vold eller trussel var årsak til vesentlig nedsatt omsorgsevne ble dette vektlagt på en måte som skjermet bostedsforelderen fra samarbeid om foreldreansvar.

⁴⁴⁷ Se masteroppgave punkt 7.2.1.

⁴⁴⁸ LB-2013-202941.

Undersøkelsen tyder på at i saker der en av foreldrene har utvist adferd som er uforenelig med foreldreansvar, så vil tidligere handlinger avskjære for felles foreldreansvar uten en vurdering av om vedkommende har endret, eller vil endre adferd. Det kan med dette antas at det ikke anses til barnets beste at foreldre som har utført handlinger som er grovt uforenelig med innholdet i barneloven § 30 skal tildeles foreldreansvar.⁴⁴⁹

8.2 Kontakt og avstand – meningsfull utøvelse av foreldreansvaret

Meningsfull utøvelse av foreldreansvar tilsier evne og vilje til å ta avgjørelser ut ifra barnets behov og interesser. Undersøkelsen taler for at dersom denne kjennskapen til barnet i utgangspunktet er liten, og samværet fremover ikke gir grunnlag for å anta at denne vil bedres, vektlegger retten at manglende kjennskap til barnet taler for at barnets beste er at den som kjenner barnet best får foreldreansvaret alene. Undersøkelsen viser at det ikke nødvendigvis er antall timer per uke retten vektlegger, men den kontakten samværsforelderen antas å opprettholde med barnet ved samværet. Det er klart vanskelig der det ikke skal utøves noe samvær, og betydelig enklere der omfanget er tilnærmet likt «vanlig samvær».

I de dommene retten kom frem til at samvær skulle nektes, ble resultatet at bostedsforelderen skulle ha foreldreansvaret alene. Det er uttalt i Høyesterett at samværsnektelse ikke i seg selv er et grunnlag for ikke å ha foreldreansvar.⁴⁵⁰ Undersøkelsen taler for at retten i praksis tildele foreldreansvaret alene til bostedsforelderen i de saker retten fastsetter at det ikke skal være samvær. Tilsvarende kan en se at felles foreldreansvar ble resultatet i samtlige dommer der retten bestemte at samværet skulle være tilnærmet likt «vanlig samvær». Undersøkelsen taler med dette for at samværsomfang er av betydning i vurderingen av foreldreansvar, og at retten vektlegger hvorvidt samværsforelderen kan utøve et meningsfullt foreldreansvar. Det at samværet ble fastsatt til mindre enn «vanlig samvær» taler ikke i seg selv imot å ha felles foreldreansvar.⁴⁵¹ Dette synes også å gjelde dersom begrensningen i omfang var begrunnet i at en av foreldrene bor i utlandet.⁴⁵²

Det synes vanskelig ut ifra undersøkelsen å trekke noen klare linjer for når argumentet benyttes i de sakene retten kommer til at samværet skal være begrenset. Undersøkelsen taler for at fysisk avstand mellom forelderen og barnet i seg selv ikke er noe argument i spørsmålet om foreldreansvar.

Meningsfull utøvelse av foreldreansvaret synes ikke å bli vektlagt forskjellig om samværsforelderen bodde i Norge eller i utlandet. Det var allikevel slik at dersom avstanden var stor,

⁴⁴⁹ Se masteroppgaven punkt 7.2.1 om direkte følger for barnet.

⁴⁵⁰ Rt. 2003 s. 35.

⁴⁵¹ LB-2012-133470.

⁴⁵² LB-2013-202941.

samværet lite og konflikten var høy så fant lagmannsretten det lite sannsynlig at samarbeidet kunne utvikle seg positivt fremover. Lang avstand og/eller landegrenser kan i så tilfelle tale for at retten vurderer felles foreldreansvar som mer utfordrende.

Undersøkelsen taler for at retten ikke har noen grense for omfang de anser som lite hensiktsmessig for utøvelse av foreldreansvar, men vurderer om kontakten mellom samværsforelderen og barnet tilsier at forelderen er i stand til å utøve et meningsfullt foreldreansvar ut ifra barnets interesse og behov.

8.3 Kidnapping eller bortføringsfare

Frekvensen av antall saker retten finner at bortføringsfaren er reell var svært lav.⁴⁵³ Undersøkelsen viser at bortføringsfare vektlegges i vurderingen av foreldreansvar dersom retten anser faren som reell. Tilknytning til Norge ble benyttet som argument for og imot at en slik fare foreligger.

Undersøkelsen taler for at dersom foreldrene bor i hvert sitt land, eller at den ene forelder ikke har opphold i Norge, så er ikke det i seg selv til nok til å fastslå bortføringsfare. Dersom samværsforelderen har uavklart oppholdstillatelse kan det tale for at det foreligger en fare for bortføring som kan vektlegges, dersom retten etter en konkret vurdering av risiko legger til grunn at en slik bekymring er reell.

8.4 Vold

Felles for alle dommene som omhandlet vold mot den andre forelderen er at lagmannsretten vurderer virkningen voldhendelsen vil ha på samarbeidet om foreldreansvaret, bostedsforelderens omsorgsevne eller om barnet på en annen måte har blitt lidende etter voldshandlingen. Dersom barnet hadde vært vitne til volden, eller det var slik at barnet følte frykt for vold mot bostedsforelderen så ble dette betydelig vektlagt.

Undersøkelsen viser at tidligere voldshendelser mot forelder, der barnet ikke er berørt, vektlegges i liten grad dersom det ikke anses som en fare for gjentakelse.⁴⁵⁴ Virkningen hendelsen har hatt på omsorgspersonen ble vektlagt der hendelsen har ført til at fremtidig samarbeid om foreldreansvar medfører at bostedsforelderens omsorgsevne svekkes. Frykt og traumer i forbindelse med samarbeid kan ha betydning for vurderingen av den andres omsorgsevne ved felles foreldreansvar. Undersøkelsen taler for at dersom det foreligger reell fare for fortsatt

⁴⁵³ Masteroppgave punkt 7.2.3.

⁴⁵⁴ LB-2015-55792.

voldsutøvelse eller at omsorgsevnen forringes av samarbeid så får bostedsforelderens foreldreansvaret alene.⁴⁵⁵

Dersom retten kommer til at det har vært voldsutøvelse mot barnet ble dette vektlagt som argument mot felles foreldreansvar. I en dom kom retten til at det var reell fare for grovere vold både mot barn og mor.⁴⁵⁶ I denne saken ble volden ansett som avgjørende for spørsmålet om foreldreansvaret. Konsekvensene av en slik handling ble ansett som klart uforenelig med å ha del i foreldreansvaret.

Retten la ikke avgjørende vekt på at moren kløp barna i en sak der helheten viste at barna hadde godt av samvær med moren.⁴⁵⁷ Det å klype barn kan isolert sett anses som en slik plagsom oppførsel barneloven § 30 tredje ledd omtaler som uforenelig med foreldreansvar. Forarbeidene uttaler at ved gjentakende mønstre skal det mindre til for at den plagsomme adferden vil rammes av forbudet.⁴⁵⁸ Undersøkelsen viser at retten ikke legger avgjørende vekt på enhver kraftanstrengelse mot barn. Dette taler for at retten vurderer alvorligheten av handlingen opp imot verdien av felles foreldreansvar. Slik klypingen fremsto i LB-2013-144485 var dette ikke nok, etter rettens vurdering, til å rammes av forbudet mot vold som anses uforenelig med foreldreansvar etter barneloven § 30 tredje ledd.

8.5 Barnets eget ønske

Det er bare i to av dommene det helt klart fremkommer at det er spørsmålet om foreldreansvar barnet uttrykker sin mening om.⁴⁵⁹ Undersøkelsen viser at det er uklart om barnet har fått tilstrekkelig mulighet til å uttale seg i spørsmålet om foreldreansvar.

I LB-2012-83598 er det kun foreldreansvaret retten skal ta stilling til. I denne dommen er ikke barnets mening kommentert. Dette til tross for at barnet er 9 år. I flertallet av dommene der barnet får si sin mening om fast bosted og samvær blir ikke barnets mening om foreldreansvar løftet frem. I LE-2015-18153-2 uttaler retten selv at sakkyndig har mandat til å spørre om barnets mening, men at dette mandatet ikke gjelder for spørsmål om foreldreansvar. I LH-2014-28728 er det et barn på 10 år som uttaler at det ønsker samvær med far. Mor får foreldreansvaret alene, og det fremkommer ikke av dommen hvorvidt retten har hørt barnets mening om foreldreansvar eller hvorvidt barnets ønske om samvær tas til inntekt for ønske om felles foreldreansvar.

⁴⁵⁵ LB-2013-144485.

⁴⁵⁶ LB-2013-144485.

⁴⁵⁷ LB-2013-31903.

⁴⁵⁸ Ot.prp. nr. 104 (2008-2009) s. 72.

⁴⁵⁹ LG-2012-142193 og LE-2014-173185.

Som tidligere redegjort for skal barnet bli hørt før det tas avgjørelse om foreldreansvar.⁴⁶⁰ Barnets mening skal vektlegges i spørsmål om foreldreansvar ut ifra alder og modenhet. Undersøkelsen viser at det fremstår som uklart hvorvidt barnet har fått muligheten til å si sin mening i forhold til spørsmålet om foreldreansvar. Det er klart at barnets mening ikke nødvendigvis trenger å få avgjørende betydning i spørsmålet om foreldreansvar, men like fullt fremgår det av barneloven § 31 andre ledd at det skal vektlegges. For rettens behandling av spørsmål om foreldreansvar taler undersøkelsen således for at det er grunn til å stille spørsmål ved om barnets mening innhentes, vurderes og vektlegges i tråd med de hensyn som ligger bak barnets rett til å uttale seg i barneloven § 31.

⁴⁶⁰ Masteroppgaven punkt 6.1.5 jfr. punkt 4.1.1.2.

9 Kilder

9.1 Litteratur

Backer (1988)

Backer, Inge Lorange, *Barneloven: Kommentartutgave*, 3. utgave, 1988

Backer (2008)

Backer, Inge Lorange, *Barneloven: Kommentartutgave*, 2. utgave, 2008

Bendiksen og Haugli (2015)

Bendiksen, Lena R.L. og Haugli, Trude, *Sentrale emner i barnretten*, 2. utgave, 2015

Bergum (2004)

Nisja, Anne Bergum, «Samværets omfang (hvor ofte og hvor lenge) - barnevernloven § 4-19», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2004 s. 101-127.

Haugli (2004)

Haugli, Trude, «Bør samværsrettens omfang lovfestes», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2004 s. 232-235.

Haugli (2007)

Haugli, Trude, «Lov om barn og foreldre», *Jussens venner*, 2007 nr. 6 s. 325-388

Haugli (2011)

Haugli, Trude, «Betyr størst og mest det samme som best?», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål* nr. 1 2011 s. 38-55.

Hirsch (2010)

Agnes Aaby Hirsch, Gro Flatebø, Ingrid Modig, Toril Sandnes, Lotte Rustad Thorsen, Reid Jone Stene, «*Dette er Kari og Ola. Kvinner og menn i Norge*», 2010, ssb.no

Kierulf (2015)

Kierulf, Anine, «Kommentar til Grunnloven», i: *Norsk Lovkommentar nettversjon*. [Revidert 17. juni 2015]

Sandberg (1990)

Sandberg, Kirsten, *Barnets beste: om barnefordeling, rettspraksis og rettferdighet*, 1990.

Sandberg (2010)

Sandberg, Kirsten, «Kommentar til barneloven», i: *Norsk Lovkommentar nettversjon*. [Sist hovedrevidert 11. september 2010].

Skjørten (2005)

Skjørten, Kristin, *Samlivsbrudd og barnefordeling: en studie av lagmannsrettsdommer*, 2005.

Syse (2012)

Syse, Aslak, «Kommentar til pasient og brukerrettighetsloven», i: *Norsk Lovkommentar nettversjon*. [Revidert 7. oktober 2012].

Martinsen (2013)

Martinsen, Liv Johanne, «Barnets beste ved fastsettelse av fast bosted for barn», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, nr. 1 2013 s. 44-75.

9.2 Lov- og forskriftregister

Lov 17.mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven).

Lov 22. mai 1902 nr. 10 Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven).

Lov 19. juni 1931 nr. 3 om inndrivelse av underholdningsbidrag fastsatt av fremmed stat.

Lov 21. desember 1956 nr. 8 om gransking av arvemerke til bruk i barnefarsak.

Lov 21. desember 1956 nr. 9 om born i ekteskap (bie).

Lov 21. desember 1956 nr. 10 om born utanom ekteskap (bue).

Lov 13. juni 1969 nr. 25 om trdomssamfunn og ymist anna (trossamfunnsloven).

Lov 20. desember 1974 nr. 66: om indeksregulering av underholdningsbidrag.

Lov 13. juni 1975 nr. 50 om svangerskapsavbrudd (abortloven).

Lov 8.april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barneloven).

Lov 28. februar 1986 nr. 8 Lov om adopsjon (adopsjonsloven).

Lov 4. juli 1991 nr. 47 om ekteskap (ekteskapsloven).

Lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester (barnevernloven).

Lov 7. juni 1996 nr. 31 om Den norske kirke (kirkeloven).

Lov 13. juni 1997 nr. 39 endring av lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barneloven).

Lov 17. juli 1998 nr. 61 om grunnskolen og den vidaregåande opplæringa (opplæringsloven)

Lov 21.05.1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

Lov 2. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven)

Lov 7. juni 2002 nr. 19 om personnavn (navneloven)

Lov 20. juni 2003 nr. 40 om endringer i barneloven mv. (Nye saksbehandlingsregler i barnefordelingssaker for domstolene mv.)

Lov 1. august 2003 nr. 86 om endringer menneskerettsloven mv. (innarbeiding av barnekonvensjonen i norsk lov).

Lov 5. desember 2003 nr. 100 om humanmedisinsk bruk av bioteknologi m.m. (bioteknologiloven).

Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).

Lov 7. april 2006 nr. 6 endring av lov 8.april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barneloven).

Lov 26. mars 2010 nr. 9 om vergemål (vergemålsloven)

Lov 9. april 2010 nr. 13 om endringer i barnelova mv.

Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven)

Lov 4. september 2015 nr. 85 om gjennomføring av konvensjon 19. oktober 1996 om jurisdiksjon, lovvalg, anerkjennelse, fullbyrdelse og samarbeid vedrørende foreldremyndighet og

tiltak for beskyttelse av barn (lov om Haagkonvensjonen 1996) samt undertegning og ratifikasjon av konvensjonen og utpeking av sentralmyndighet.

Forskrift 1478 av 18. desember 2006 om mekling etter ekteskapsloven og barneloven.

9.3 Internasjonale konvensjoner

Den europeiske menneskerettskonvensjonen, 4. november 1950.

FNs konvensjon om barns rettigheter, barnekonvensjon, 20. november 1989.

Konvensjon 19. oktober 1996 om jurisdiksjon, lovvalg, anerkjennelse, fullbyrdelse og samarbeid om foreldremyndighet og tiltak for beskyttelse av barn (Haagkonvensjonen 1966).

9.4 Lovforarbeider og andre offentlige dokumenter

9.4.1 Offentlig utredninger

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

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

NOU 2001: 32 A Rett på sak Lov om tvisteløsning (tvisteloven)

NOU 2001: 32 B Rett på sak Lov om tvisteløsning (tvisteloven)

NOU 2002: 12 Rettslig vern mot etnisk diskriminering.

NOU 2008: 9 Med barnet i fokus - en gjennomgang av barnelovens regler om foreldreansvar, bosted og samvær.

9.4.2 Proposisjoner

Ot.prp. nr. 62 (1979-80) Om lov om barn og foreldre (barnelova).

Ot.prp. nr. 8 (1986-87) Om lov om endring i barneloven § 30 (vold og annen mishandling av barn).

Ot.prp. nr. 56 (1996-1997) Om lov om endringer i lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barnelova).

Ot.prp. nr. 29 (2002-2003) Om lov om endringer i barneloven mv.

Ot.prp. nr. 45 (2002-2003) Om lov om endring i menneskerettsloven mv. (innarbeiding av barnekonvensjonen i norsk lov)

Ot.prp. nr. 82 (2003-2004) Om lov om endringer i barneloven (felles foreldreansvar for samboende foreldre)

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.)

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

Prop. 105 L (2012-2013) Endringer i barnelova (farskap og morskap)

9.4.3 Innstillinger

Innst. O. nr. 30 (1980-81) om lov om barn og foreldre (barnelova).

Innst. O. nr. 100 (1996-1997) om lov om endringer i lov av 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barnelova) m.v.

Innst. O. nr. 92 (2002-2003) om lov om endring i menneskerettsloven mv. (innarbeiding av barnekonvensjonen i norsk lov)

Innst. O. nr. 84 (2004-2005) om lov om endringer i barnelova (felles foreldreansvar for samboende foreldre)

Innst. S. nr. 252 (2004-2005) fra «Den særskilte komité» nedsatt av Stortinget 18. mars 2005 for behandling av St.meld. nr. 17 (2004-2005) Makt og demokrati

Innst. O. nr. 63 (2007-2008) om endringer i ekteskapsloven, barnelova, adopsjonsloven, bioteknologiloven mv. (felles ekteskapslov for heterofile og homofile par)

Innst. 160 L (2009-2010) om lov om endringer i barnelova mv. (flytting, delt bosted, samvær, vold mv.)

Innst. 374 L (2012-2013) om endringer i barnelova (barneperspektivet i foreldretvister)

Innst. 329 L (2014-2015) om 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

9.4.4 Andre offentlige dokumenter

St.meld. nr. 8 (2008-2009) om menn, mansroller og likestilling: Tilråding frå Barne- og likestillingsdepartementet av 12. desember 2008, godkjend i statsråd same dagen. (Regjeringa Stoltenberg II)

Høringsnotat av 25 juni 2015 fra Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet: Forslag til endringer i barneloven for å fremme likestilt foreldreskap.

Barne- og likestillingsdepartementets Veileder Q-15/2004: Om saksbehandlingsregler i barnefordelingssaker for domstolene og høring av barn (saksbehandlingsrundskrivet).

Dokument 16 (2011-2012): Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettsutvalget om menneskerettighetene i Grunnloven, avgitt 19. desember 2011

FN: Committee on the Rights of the Children, General Comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1), 29.05.2013

Skatteetaten, «Skatteetatens Lignings-ABC 2015-2016», revisjon: 5, 17.12.2015

9.5 Doms- og kjennelsesregister

9.5.1 Høyesterett

Rt. 1976 s. 1	Rt. 1996 s. 420
Rt. 1976 s. 546	Rt. 1996 s. 1684
Rt. 1982 s. 116	Rt. 1997 s. 442
Rt. 1983 s. 266	Rt. 1997 s. 779
Rt. 1984 s. 181	Rt. 1998 s. 562
Rt. 1984 s. 728	Rt. 2000 s. 185
Rt. 1985 s. 179	Rt. 2000 s. 1096
Rt. 1985 s. 467	Rt. 2000 s. 1351
Rt. 1986 s. 82	Rt. 2000 s. 1811
Rt. 1986 s. 997	Rt. 2003 s. 35
Rt. 1989 s. 176	Rt. 2004 s. 47
Rt. 1989 s. 320	Rt. 2005 s. 682
Rt. 1990 s. 198	Rt. 2005 s. 1567
Rt. 1990 s. 568	Rt. 2007 s. 376
Rt. 1990 s. 669	Rt. 2010 s. 216
Rt. 1991 s. 1148	Rt. 2011 s. 1439
Rt. 1993 s. 707	Rt. 2011 s. 1572
Rt. 1994 s. 992	Rt. 2013 s. 1329
Rt. 1994 s. 1394	Rt. 2015 s. 93
Rt. 1995 s. 1152	Rt. 2015 s. 155
Rt. 1996 s. 398	

9.5.2 Lagmannsretten og tingretten

LH-2011-85527	LB-2013-207684	LB-2015-19037
LG-2011-91169	LB-2013-202941	LB-2015-2351
LH-2012-82295	LB-2013-31903	LE-2015-21458
LE-2012-144984	LB-2013-47603	LB-2015-3000
LH-2012-156454	LB-2013-60428	LB-2015-39080
LH-2012-61364	LB-2013-011613	LB-2015-72631
LG-2012-142193	LB-2014-109826	LA-2015-83370
LB-2012-83598	LF-2014-11252	LE-2015-39136
LB-2012-194580	LB-2014-153376	LG-2015-30003-2
LE-2012-191345	LB-2014-170185-2	LB-2015-52886

LE-2012-153285	LE-2014-173185	LB-2015-55792
LB-2012-133470	LF-2014-191338	LF-2015-131007
LF-2012-125825	LG-2014-193880	LF-2015-104413
LB-2013-74693	LB-2014-205741	LE-2015-18153-2
LB-2013-142075	LH-2014-28728	LA-2015-72150
LB-2013-144485	LB-2014-48187	LG-2015-19204
LF-2013-151160	LF-2014-88678	TSTRO-2013-118086
LB-2013-165575	LB-2015-19037	
LB-2013-193046	LB-2015-2351	
LF-2013-194460	LE-2015-21458	

9.6 Internett-adresser

Domstolsadministrasjonen (2015)

<https://www.domstol.no/globalassets/upload/da/internett/domstol.no/domstoladministrasjonen/statistikk/statistikk-2015/barneloven-2011-2015.pdf> [sitert 15.03.16].

Domstolsadministrasjonen (2016)

<http://www.domstol.no/no/Sivil-sak/Sakstyper/Foreldretvister/> [sitert 02.02.16].

Statistisk sentralbyrå (2016)

<http://www.ssb.no/a/barnogunge/2014/familie/> [sitert 01.04.16].

Skatteetaten (2016)

<http://www.skatteetaten.no/Person/Folkeregister/Fodsels-og-navnevalg/Barn-fodt-i-Norge/Farskap-og-foreldreansvar-nar-foreldre-ikke-er-gift/> [sitert 05.01.16].

Lovdata

www.lovdata.no, Norges lover, rettspraksis og forarbeider mv. (enkelte områder krever innlogging).

Rettsdata

www.rettsdata.no, «*Norsk Lovkommentar*» og rettspraksis (krever innlogging).