

Med barnet i fokus

– en gjennomgang av barnelovens regler om foreldreansvar, bosted og samvær

Norges offentlige utredninger 2008

Seriens redaksjon:
Departementenes servicesenter
Informasjonsforvaltning

1. Kvinner og homofile i trossamfunn.
Barne- og likestillingsdepartementet.
2. Fordeling av inntekter mellom regionale helseforetak.
Helse- og omsorgsdepartementet.
3. Sett under ett.
Kunnskapsdepartementet.
4. Fra ord til handling.
Justis- og politidepartementet.
5. Retten til fiske i havet utenfor Finnmark.
Fiskeri- og kystdepartementet.
6. Kjønn og lønn.
Barne- og likestillingsdepartementet.
7. Kulturmomsutvalget.
Finansdepartementet.
8. Bourbon Dolphins forlis den 12. april 2007.
Justis- og politidepartementet.
9. Med barnet i fokus.
Barne- og likestillingsdepartementet.

NOU

Norges offentlige utredninger **2008: 9**

Med barnet i fokus

– en gjennomgang av barnelovens regler om foreldreansvar, bosted og samvær

Utredning fra utvalget oppnevnt av Regjeringen ved kgl. res. 18. januar 2007
Avgitt til Barne- og likestillingsdepartementet 29. april 2008

ISSN 0333-2306
ISBN 978-82-583-0967-0

Lobo Media AS

Til Barne- og likestillingsdepartementet

I statsråd 18. januar 2007 oppnevnte Regjeringen et utvalg som skulle gjennomgå barnelovens bestemmelser om foreldreansvar, bosted og samvær. Utvalget skulle også se på reglene om søksmålsbyrde og tvangsfullbyrdelse, samt de økonomiske rammene for barn og foreldre etter et samlivsbrudd.

Utvalget legger med dette fram sin utredning, som inneholder utvalgets syn på de temaer som er beskrevet i mandatet. Utvalgets forslag er enstemmig, med unntak for spørsmål knyttet til felles foreldreansvar (kap. 7.3), innenlands flytting med barnet (kap. 8.3), legaldefinisjon av samvær (kap. 9.3), delt bosted (kap. 10.3 og 10.4) og tvangsfullbyrdelse av samværsavgjørelser (kap. 11). Utvalgets oppdrag er dermed avsluttet.

Bergen/Oslo 29. april 2008

Asbjørn Strandbakken
leder

Sonja Cassidy

Anne Lise Ellingsæter

Hanne Haavind

Marianne Fallan
Kristensen

Jørgen Lorentzen

Annette Janicke
Musæus

Tor-André
Ribe-Anderssen

Stig Rusten

Frode Thuen

Inge Unneberg

Henning A. Jakobsen

Innhold

0	Sammendrag	11			
1	Utvalgets oppnevning, sammensetning og mandat	15			
2	Gjeldende rett	17			
2.1	Innledning	17			
2.2	Foreldreansvaret	17			
2.3	Barnets faste bosted	18			
2.4	Særlig om delt bosted	18			
2.5	Samværsretten	19			
2.6	Tvangsfullbyrdelse	20			
2.7	Statistikk mv.	21			
2.7.1	Generelt	21			
2.7.2	Bosted og samvær	21			
2.7.3	Barnefordelingssaker i domstolene ..	21			
3	Fremmed rett	23			
3.1	Sverige	23			
3.1.1	Generelt	23			
3.1.2	Barnets beste	23			
3.1.3	Vårdnad	23			
3.1.4	Bosted og samvær	24			
3.2	Danmark	25			
3.2.1	Generelt	25			
3.2.2	Foreldremyndighet og bosted	25			
3.2.3	Særlig om delt bosted	27			
3.3	Finland	27			
3.4	Island	28			
4	Noen utgangspunkt	29			
5	Begrepsbruken i barneloven	32			
5.1	Er barneloven kjønnsnøytral?	32			
5.2	Begrepene «fast bosted» og «samvær»	32			
5.3	Begrepet «foreldreansvar»	33			
5.4	Begrepet «delt bosted»	33			
6	Barnets beste	35			
6.1	Innledning	35			
6.2	Barnets beste som rettesnor for saksbehandlingen.....	36			
6.3	Barnets beste som kriterium for avgjørelsen av en barnefordelingssak	37			
7	Foreldreansvaret	42			
7.1	Innledning	42			
7.2	Felles foreldreansvar uavhengig av om foreldrene er gift eller har bodd sammen ved fødselen?	42			
			7.2.1	Innledning	42
			7.2.2	Hensyn og momenter	42
			7.2.3	Utvalgets vurdering og konklusjon ...	45
			7.3	Samtykke til helsehjelp.....	48
			7.3.1	Noen utgangspunkter	48
			7.3.2	Reguleringen av samtykke-spørsmålet i Danmark og Sverige	49
			7.3.3	Utvalgets vurdering og konklusjon ...	51
			7.4	De øvrige beføyelsene under foreldreansvaret	52
			7.5	Særlig om grunnskoleopplæring ved to skoler og to barnehageplasser	52
			8	Bostedskompetansen	54
			8.1	Innledning	54
			8.2	Innenlands flytting	54
			8.3	Utvalgets vurdering og konklusjon ...	55
			8.4	Rettslig prøving av flyttespørsmålet..	59
			8.5	De øvrige beføyelsene under bostedskompetansen	60
			9	Samvær	61
			9.1	Innledning	61
			9.2	Utviklingstrekk.....	61
			9.3	Utvalgets vurdering og konklusjon ...	61
			9.4	Særlig om samvær under tilsyn	63
			9.4.1	Generelt om ordningen	63
			9.4.2	Utvalgets vurdering og konklusjon ...	64
			9.5	Samværsplikt?.....	66
			9.5.1	Innledning	66
			9.5.2	Rettsutviklingen	67
			9.5.3	Hensyn for og imot en samværsplikt	68
			9.5.4	Utvalgets vurdering og konklusjon ...	68
			10	Delt bosted	69
			10.1	Innledning	69
			10.2	Adgangen til å avtale delt bosted.....	69
			10.3	Hva bør være barnelovens utgangspunkt etter samlivsbrudd?	72
			10.3.1	Innledning	72
			10.3.2	Forskning om delt bosted	72
			10.3.3	Utvalgets vurdering og konklusjon ..	73
			10.4	Domstolenes adgang til å kunne idømme delt bosted	74
			10.4.1	Innledning	74
			10.4.2	Betydningen av å gi domstolene kompetanse til å pålegge delt bosted	74
			10.4.3	Forskning om domstolspålagt delt bosted.....	75

10.4.4	Momenter og hensyn i vurderingen av om domstolene bør gis adgang til å kunne idømme delt bosted	77	16.1	Endringer i barneloven	97
10.4.5	Utvalgets vurdering og konklusjon...	82	16.2	Endringer i andre lover	98
11	Tvangsfullbyrdelse	85	16.2.1	Lov om arv m.m. av 3. mars 1972 (arveloven)	98
11.1	Innledning.....	85	16.2.2	Lov om pasientrettigheter av 2. juli 1999 nr. 63 (pasientrettighetsloven)	99
11.2	Tvangsbot som eneste virkemiddel i Norge.....	85	16.3	Endring i forskrift	99
11.3	Utvalgets vurdering og konklusjon...	86	17	Lovutkast.....	100
12	Sakskostnader i barnefordelingssaker	89	17.1	Innledning.....	100
12.1	Innledning.....	89	17.2	Nødvendig helsehjelp.....	100
12.2	Gjeldende norsk og nordisk rett	89	17.3	Foreldreansvaret.....	100
12.3	Utvalgets vurdering og konklusjon...	90	17.4	Delt bosted	100
13	De økonomiske rammene for barnet og foreldrene.....	92	17.5	Domstolenes kompetanse til å idømme delt bosted	100
13.1	Innledning.....	92	17.6	Bostedskompetansen	101
13.2	Underholdsbidrag.....	92	17.7	Samvær	102
13.3	Trygdelovgivningen.....	93	17.8	Samvær under tilsyn.....	102
13.4	Skattereglene.....	94	17.9	Sakskostnader	102
14	Endringer i arveloven	95	17.10	Tvangsfullbyrdelse	102
15	Økonomiske og administrative konsekvenser av lovforslaget.....	96	17.11	Underholdsplikt	102
16	Merknader til den enkelte paragraf i lovutkastet	97	17.12	Arverett	103
			Vedlegg		
			1	Om begrepet «barnets beste».....	104
			2	Overordnede rettslige normer – hvilke skranker setter menneskerettighetene?	111

Litteratur, offentlige publikasjoner og forkortelser

Litteratur:

- Andenæs 2001 Andenæs, Agnes: Delt bosted for barn etter skilsmisse – en gjennomgang av relevant forskning. Norsk institutt for forskning om oppvekst, velferd og aldring (NOVA), Oslo 26. april 2001.
- Backer 1982 Backer, Inge Lorange: Barneloven. Kommentartutgave. Oslo 1982.
- Bauserman 2002 Bauserman, Robert: Child Adjustment in Joint-Custody Versus Sole-Custody Arrangements: A Meta-Analytic Review. *Journal of Family Psychology* 2002, Vol. 16, No. 1, s. 91-102.
- Boele-Woelki m.fl. 2007 Boele-Woelki, Katharina, Ferrand, Frédérique, González Beilfuss, Cristina, Jänträ-Jareborg, Maarit, Lowe, Nigel, Martiny, Dieter and Pintens, Walter: Principle of European Family Law Regarding Parental Responsibilities. *Intersentia*, Antwerpen. Oxford 2007.
- Brækhus 2004 Brækhus, Hege: Kjønnroller i den rettslige reguleringen av foreldreskap. Jubileumsskrift til Universitetet i Tromsø; Fra Driftssentralen til Teorifagbygget skriftserie nr. 61. Tromsø 2004.
- Dalseide 2002 Dalseide, Nils: Barnefordelingssaker i retten – noen synspunkter på hvordan også avgjørelsesprosessen kan bli til barnets beste. Festskrift til Peter Lødrup, s. 191-207, Oslo 2002.
- Danielsen 2003 Danielsen, Svend: Nordisk børneret II. Nordisk ministerråd, København 2003.
- Ekeland og Myklebust 1997 Ekeland, Tor-Johan og Myklebust, Vidar: Foreldremekling, brukarperspektivet. *Forskningsrapport nr. 23*, Volda 1997.
- Eriksson 2001 Eriksson, Maria: Om vårdnad, boende och umgänge. I Barbro Metell (red.): *Barn som ser pappa slå*, s. 104-137, Stockholm 2001.
- Eriksson 2003 Eriksson, Maria: I skuggan av Pappa. Familjerätten och hanteringen av fäders våld. Uppsala 2003.
- Haaland 1988 Haaland, K. R.: Familien etter skilsmissen. Oslo 1988.
- Haga m.fl. 2006 Haga, Finn Olav, Sømme Hammer, Mari, Håøy Nygård, Reidunn, Østgaard Pettersen, Kaja og Strandhagen, Inger Johanne: Får far lov? Barneloven og omsorgsdeling i et likestillingsperspektiv. Utarbeidet på oppdrag fra Reform (Ressurssenter for menn) våren 2006.
- Haugli 1993 Haugli, Trude: Samværsrett – samværsplikt? *Retfærd nr. 60* 1993 s. 76-87.
- Haugli 1994 Haugli, Trude: Delt omsorg for felles barn ved samlivsbrudd. Institutt for rettsvitenskap, universitetet i Tromsø, skriftserie nr. 26. Tromsø 1994.
- Haugli 2007 Haugli, Trude: Lov om barn og foreldre. *Jussens Venner* 2007 nr. 6 s. 325-388.
- Holgensen 2008 Holgensen, Gudrun: *Barnerett*. Bergen 2008.

- Kitterød 2005 Kitterød, Ragni Hege: Når mor og barn bor hver for seg. Ansvar og omsorg for barna før og etter bidragsreformen. SSB rapport 2005:22.
- Koch 2000 Koch, Katrin: Når mor og far møtes i retten – barnefordeling og samvær. NOVA-rapport 13/00.
- Larsen og Lassen 2005 Larsen, Mette Yvonne og Lassen, Rikke: Domstolsbehandling av barnefordelingssaker – er forlik det samme som forsoning? Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål 2005 nr. 2 s. 77-86.
- Lindboe 2003 Lindboe, Knut: Barnevernrett. Oslo 2003.
- Mossige og Stefansen 2007 Mossige, Svein og Stefansen, Kari: Vold og overgrep mot barn og unge. En selvrapporteringsstudie blant avgangselever i videregående skole. NOVA-rapport 20/07.
- Moxnes og Winge 2000 Moxnes, Kari og Winge, Asgeir: Foreldresamarbeid etter skilsmisse. Allforsk. Trondheim 2000.
- Norsk Lovkommentar 2005 Lødrup, Peter, Kaasen, Knut, Tjomsland, Steinar m.fl.: Norsk Lovkommentar. Oslo 2005.
- Rønbeck 2004 Rønbeck, Knut: Fra konflikt til forsoning barnefordeling i et rettsbasert forsøksprosjekt. Tidsskrift for Norsk Psykologforening 2004 nr. 4 s. 275-281.
- Rønbeck 2006 Rønbeck, Knut: Foreldre i konflikt: Forhandlingsbasert sakkyndighetsarbeid etter barneloven. Tidsskrift for Norsk Psykologforening 2006 nr. 4 s. 338-346.
- Rønbeck og Hagen 2007 Rønbeck, Knut og Hagen, Tore: Dommerrollen i barnefordelingssaker. Lov og rett 2007 nr. 9 s. 533-544.
- Rønbeck og Lilleberg 2006 Rønbeck, Knut og Lilleberg, Ragnhild Kverneland: Advokatrollen i barnefordelingssaker. Lov og rett 2006 nr. 3 s. 170-180.
- Sandberg 1990 Sandberg, Kirsten: Barnets beste. Om barnefordeling, rettspraksis og rettferdighet. Oslo 1990.
- Sandbæk 2004 Sandbæk, Mona: Barns levekår. Hva betyr familiens inntekt? NOVA-rapport 11/04.
- Sinding Aasen 2008 Sinding Aasen, Henriette: Barns rett til selvbestemmelse og medbestemmelse i beslutninger om helsehjelp. Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål 2008 nr. 1 s. 16-29.
- Skevik og Hyggen 2002 Skevik, Anne og Hyggen, Christer: Samværsfedrenes situasjon. Rapport fra en spørreundersøkelse. NOVA-rapport 15/02.
- Skjørten 2004 Skjørten, Kristin: Forståelse av overgrep i Barnefordelingssaker. Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål 2004 nr. 3-4 s. 150-171
- Skjørten 2005 Skjørten, Kristin: Samlivsbrudd og Barnefordeling. Oslo 2005.
- Skjørten m.fl. 2006 Skjørten, Kristin, Barlinthaug, Rolf og Lidén, Hilde: Delt bosted for barn. Oslo 2006.
- Smith og Lødrup 2006 Smith, Lucy og Lødrup, Peter: Barn og foreldre. 7. utgave. Oslo 2006.
- Strandbakken 2008 Strandbakken, Asbjørn: Uskyldspresumsjonen og barneretten. Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål 2008 nr. 1 s. 1-3.

- Søvig 2005 Søvig, Karl Harald: Arve- og familierettslig diskriminering av barn utenfor ekteskap og deres fedre, og høring av barn i familierettstvister. Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål 2005 nr. 3 s. 198-214.
- Thuen 2004 Thuen, Frode: Livet som deltidsforeldre. Bergen 2004.
- Watts McCray 2006 Watts McCray Lawyers: A Layman's Guide to the Family Law Amendment (Shared Parental Responsibility) Act 2006. Australia 2007.
- Øberg og Øberg 1987 Øberg, B. & Øberg G.: Skiljas men inte från barnen. Stockholm 1987.
- Øberg og Øberg 2002 Øberg, Gunnar og Øberg, Bente: Vuxna skilsmässobarn berättar. Stockholm 2002.
- Østberg 2006 Øivind Østberg: Lovregulering på tvers av barnets beste – forbudet mot delt omsorg i lys av barnekonvensjonen artikkel 3. Lov og Rett 2006 nr. 1-2 s. 117-119.
- Offentlige publikasjoner*
- Betænkning nr. 1475/2006 Barnets perspektiv – Forældremyndighed, barnets bopæl, samvær og tvangsfullbyrdelse. Betænkning afgivet af Udvalget om Forelædremyndighed og Samvær.
- Ds 1999:57 Gemensam vårdnad för ogifta föräldrar.
- Innst. S. nr. 53 (2003-2004) Innstilling fra familie-, kultur- og administrasjonskomiteen om familien – forpliktende samliv og foreldreskap.
- NOU 1977: 35 Lov om barn og foreldre (barneloven).
- NOU 1987: 30 Innstilling til ny ekteskapslov del II.
- NOU 1998: 17 Barnefordelingssaker – avgjørelsesorgan, saksbehandlingsregler og delt bosted.
- NOU 2001: 32 Bind B Rett på sak – lov om tvisteløsning (tvisteloven).
- Ot.prp. nr. 62 (1979-1980) Barn og foreldre (barneloven).
- Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) Tvangsfullbyrding og midlertidig sikring (tvangsfullbyrdingsloven).
- 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 endringer i barneloven mv. (Nye saksbehandlingsregler i barnefordelingssaker for domstolene mv.).
- 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.).
- Prop. 1997/98:7 Vårdnad, boende och umgänge.
- Prop. 2005/06:99 Nya vårdnadsregler.
- Rapport av 15. juni 2007 Utveksling av grunndata på personinformasjonsområdet – rapport utarbeidet av arbeidsgruppe for utveksling av grunndata på personinformasjonsområdet, nedsatt av Finans- og Fornyingsdepartementet.

Socialstyrelsen 2004/110/14	Växelsvis boende – att bo hos både mamma og pappa fast de inte bor tillsammans. Socialstyrelsens kunskapsöversikter, artikkel nr. 2004/110/14, reviderad version. Sverige 2004.
SOU 1995:79	Vårdnad, boende, umgänge. Vårdnadstvistutredningen. Stockholm 1995.
SOU 2005:43	Vårdnad - Boende - Umgänge: Barnets bästa, föräldrars ansvar. Stockholm 2005.
SOU 2007:52	Beslutanderätt vid gemensam vårdnad m.m. Stockholm 2007.
St.meld. nr. 29 (2002-2003)	Om familien – forpliktende samliv og foreldreskap.
St.meld. nr. 19 (2006-2007)	Evalueringer av nytt regelverk for barnebidrag.

Forkortelser:

CEFL	Commission on European Family Law.
Ds	Departementsserien.
EMD	Den europeiske menneskerettighetsdomstol.
EMK	Den europeiske menneskerettighetskonvensjon.
NOU	Norges offentlige utredninger.
Ot.prp.	Odelstingsproposisjon.
Prop.	Proposition.
Rt.	Norsk Retstidende.
St.meld.	Stortingsmelding.
SOU	Statens offentliga utredningar.

Kapittel 0

Sammendrag

Generelt

Regjeringen besluttet ved kongelig resolusjon av 18. januar 2007 å nedsette et utvalg som skulle vurdere endringer i barnelovens bestemmelser om foreldreansvar, bosted og samvær, og eventuelle konsekvensendringer i andre bestemmelser i loven, i et perspektiv der begge foreldre ansees å være like viktige for barnet. Utvalget fikk frist til 1. mai 2008 med å legge fram sin utredning. Utvalgets sammensetning og mandat er i sin helhet gjengitt i kapittel 1.

Kapittel 2 og 3 inneholder en oversikt over relevant gjeldende rett i Norge og Norden for øvrig. Lovgivningen på barnerettens område har nylig vært revidert både i Sverige og Danmark, og utvalget har i sitt arbeid sett hen til de løsninger som er valgt der. I kapittel 2.7 er det gjort rede for statistikk og relevant forskning som viser noe om hvordan barn er knyttet til og mottar omsorg fra foreldre som ikke lever sammen.

I kapittel 4 har utvalget en nærmere drøftelse av mandatets forutsetninger og målsettinger, særlig forholdet mellom hvilke føringer i lovverket som kan bidra til større likestilling mellom foreldre, og hvordan lovverket skal sørge for at hensynet til barnets beste får gjennomslag ved avgjørelser. Det er utvalgets oppfatning at normdanning og påvirkning gjennom lovgivning må skje i lys av hva som er til beste for barnet. Barnekonvensjonen artikkel 3 (1), jf. artikkel 9 (1) må være overordnet norm for de avgjørelser som skal treffes vedrørende barn.

Begrepene i barneloven

Kapittel 5 inneholder en diskusjon omkring begrepene og strukturene i barnelovens bestemmelser som omfattes av mandatet. Utvalget har vært opptatt av om den eksisterende begrepsbruk kan bidra til å fastholde en kjønnskjev praktisering av barnelovens regler. Det er blitt reist spørsmål om det kan være grunn til å fjerne begrepene «samvær» og «samværsforelder» fordi disse fungerer «kjønnet» ved at de gir fedre en sekundær plass i sine barns liv. For både samværsbegrepet og de øvrige sentrale begrepene i barneloven har imidlertid

utvalget kommet til at både mangel på alternativer og fordelene ved en innarbeidet språkbruk tilsier at man bør være varsom med større endringer og reformer.

Barnets beste

Begrepet «barnets beste» er tema for kapittel 6. Utvalget har drøftet barnets beste som kriterium for avgjørelse av barnefordelingssaker, særlig om begrepet bør utdypes nærmere i lovteksten. Det er pekt på at et så generelt prinsipp bidrar til manglende forutberegnelighet mht. hvilket resultat domstolene lander på. Likevel har utvalget konkludert med at man ikke bør definere begrepet nærmere i loven. Hensynet til barnets beste skal først og fremst bidra til at barnets perspektiv legges til grunn for drøftelser og løsninger, slik at dette blir overordnet hensynet til ønsker og rettigheter for hver av foreldrene.

Når utvalget drøfter hva som kan være til barnets beste i de enkelte kapitler om foreldreansvar, bosted og samvær, er det med forbehold om at best mulig omsorg for barn avgjøres etter en sammensatt vurdering, der ikke ett aspekt kan overskygge alle andre. Det er til barnets beste at foreldrene sikrer barnets forsørgelse; men også at det etableres kontakt og tilhørighet mellom foreldre og barn og at denne vedlikeholdes; og videre at barnet mottar praktisk omsorg og utviklingsstøtte fra sine foreldre. Alt dette bør skje på måter som er forutsigbare og samtidig følsomme og respektfulle overfor barnets behov, personlige kapasiteter og preferanser. Barn med foreldre som ikke lever sammen, skal ha den samme tilgang som alle andre barn til foreldre som står fritt til å avtale og gjennomføre omsorgsordninger som de sammen er enige om og går god for. Avgjørelser ved dom er bare aktuelt når enighet ikke oppnås, og også ved rettslige avgjørelser må det legges betydelig vekt på hva foreldrene samlet er i stand til å enes om. De rettslige løsninger bør ta høyde for at de ikke skal fastholde foreldre i konflikt, men primært bidra til at foreldre kan få et solidarisk ansvar for sine barn. Sekundært består det rettsbaserte bidraget i å avskjære eller regulere konflikter om utøvelse av barneomsorgen

mellom foreldre. Således er barnets beste ikke bare et kriterium for avgjørelser, men også en rettesnor for saksbehandlingen. Likestilling mellom foreldre er et relevant hensyn når det bidrar til å optimalisere barnets beste. På denne bakgrunn fremhever utvalget barns behov for best mulig kontakt med begge sine foreldre.

Foreldreansvaret

Kapittel 7 inneholder en drøftelse av ulike problemstillinger knyttet til reglene om foreldreansvar. I kapittel 7.2 diskuteres om barneloven § 35 første ledd bør endres, slik at det oppstilles et felles foreldreansvar uavhengig av om foreldrene er gift eller har bodd sammen ved fødselen. Ut fra et generelt prinsipp om at barnets rettigheter og forhold til foreldrene skal være uavhengig av det formelle og faktiske forholdet mellom foreldrene, fremtrer et felles automatisk foreldreansvar som naturlig. Det samme gjelder hvis man ser regelverket i et likestillingsperspektiv.

Utvalget har imidlertid delt seg i spørsmålet om det er ønskelig med en lovendring. Uenigheten er knyttet til de praktiske konsekvenser av å beholde gjeldende regel eller å endre den til automatisk felles foreldreansvar for alle.

Flertallet, som ser gjeldende regel som den mest praktiske løsning, viser til at det ikke alltid, og derfor heller ikke automatisk, vil være til barnets beste med et felles foreldreansvar. Det kan være snakk om alvorlige tilfeller hvor barnets mor har vært utsatt for fysisk eller psykisk mishandling, eller tilfeller hvor far av ulike grunner mangler de personlige egenskaper som må være til stede for å påta seg foreldreansvar. Det er grunner som kan være medvirkende til at foreldrene ikke lever sammen, men hvor det likevel kan være en stor belastning for moren å måtte reise sak for å hindre at faren tar del i foreldreansvaret. Det vil normalt være enkelt for den far som ønsker å ta del i foreldreansvaret, både å inngå avtale om det og å bli til-delt dette. Vedkommende må i praksis være uegnet til å inneha foreldreansvar for at retten skal kunne avskjære et slikt ønske.

Mindretallet, som ønsker en endring, har vist til at barneloven § 35 første ledd er den eneste gjenværende lovparagrafen som opprettholder presumsjonen om at mor automatisk er den viktigste for barnet. Å fjerne denne presumsjonen vil være et signal om betydningen av et likeverdig foreldreskap. Mindretallet anser at en unntaksbestemmelse i tilstrekkelig grad kan fange opp de tilfelle hvor felles foreldreansvar ikke er til barnets beste.

I kapittel 7.3 går et samlet utvalg inn for å endre reglene om helsehjelp til barnet, slik at det skal være tilstrekkelig med samtykke fra én forelder når helsehjelp til barnet fremstår som nødvendig. Bakgrunnen er at man ønsker å unngå situasjoner der barn ikke får undersøkelse eller behandling fordi en av foreldrene motsetter seg dette – aktivt eller passivt. Motivene hos den ene av foreldrene for å nekte barnet helsemessig undersøkelse eller behandling varierer, fra mistro til behandlingstilbudet til forsøk på å dekke over fysiske eller psykiske skader hos barnet.

I kapittel 7.5 drøfter utvalget kort spørsmålet om det kan være til beste for barn med delt bosted at de også får grunnskoleopplæring ved to skoler eller har plass i to barnehager. Utvalget vurderer ikke dette som noen rimelig følge for barn som har to bosteder, men antar at det i de aller fleste tilfelle vil være til barnets beste at barnet går på én skole eller i én barnehage. Dermed understreker utvalget viktigheten av at det er foreldrene som må tilpasse seg barnets behov etter et samlivsbrudd og ikke omvendt.

Bostedskompetansen

I kapittel 8 gjennomgås reglene om bostedsforelderens kompetanse til å treffe avgjørelser om «vesentlige sider» av omsorgen for barnet. Det er særlig innenlands flytting med barnet som kan bli en kilde til konflikt mellom foreldrene etter et samlivsbrudd, fordi dette kan redusere barns kontakt med samværsforeldre, og medføre at barnets rett til samvær i praksis blir vanskelig eller umulig å gjennomføre. Det er et problem at barneloven i dag ikke har regler som hindrer at en forelder kan flytte med barnet uten verken å informere eller innhente samtykke fra den andre. Utvalget er delt i et flertall og et mindretall som har ulike forslag til lovendringer som kan møte dette problemet. Et medlem vil beholde gjeldende bestemmelse.

Flertallet i utvalget går inn for at adgangen til å beslutte innenlands flytting med barnet legges inn under foreldreansvaret. Ved felles foreldreansvar må således begge foreldre samtykke dersom flytting med barnet skal kunne skje. Flertallet fremhever at forutsetningen bør være at flyttingen i vesentlig grad vanskeliggjør samværet mellom barnet og den forelderen som ikke flytter – kortere flyttinger skal derfor ikke trenge samtykke. Videre bør det oppstilles et generelt unntak der en flytting er til barnets beste. Det foreslås samtidig at flyttespørsmålet skal kunne prøves rettslig dersom foreldrene ikke makter å bli enige. Domstolene skal imidlertid ikke ha en generell adgang til å kunne

regulere eller begrense foreldreansvaret for så vidt gjelder flyttespørsmålet, men bare gis kompetanse til å kunne avgjøre konkrete tvister knyttet til flytting med barnet.

Mindretallet foreslår at flyttekompetanse blir liggende hos bostedsforelderens, men slik at det oppstilles en varslingsplikt. Dermed kan den andre forelderens få mulighet til å ta spørsmålet om flytting opp i mekling, eventuelt også bringe det inn til rettslig avgjørelse, før flyttingen er gjennomført.

Et medlem ønsker overhodet ingen endringer i reglene om bostedsforelderens kompetanse, og viser til at dersom flyttekompetansen legges til foreldreansvaret eller det innføres en formalisert varslingsplikt, vil dette nærme seg et flytteforbud for enslige foreldre.

Samværsreglene

Ulike sider ved samværsreglene er tema for kapittel 9. Utvalget har i kapittel 9.3 en drøftelse av hvorvidt det er hensiktsmessig fortsatt å ha en subsidiær legaldefinisjon av «vanleg samværsrett», jf. barneloven § 43 andre ledd fjerde punktum. I spørsmålet om en legaldefinisjon vil styrke barns kontakt med begge foreldre og hvilket omfang av samvær som skal inngå i definisjonen, er utvalget delt i et flertall og et mindretall.

Et flertall vil beholde en legaldefinisjon, men utvider omfanget slik at «vanleg samværsrett» omfatter totalt fem overnattinger per 14 dager. Det er det ukentlige ettermiddagssamværet i dagens definisjon som på denne måten utvides til å inkludere overnatting, men slik at det blir mer fleksibelt om dette koples til helgesamvær eller til frittstående ukedager. Dermed vil det vanlige samværet også i noen grad omfatte felles hverdagsliv. Utover dette foreslår flertallet at vanlig fordeling av sommerferie blir tre uker hos hver av foreldrene, mens antall ferier utvides til også å inkludere høst- og vinterferier. Flertallet vektlegger foreldres avtalefrihet, og anser derfor ikke legaldefinisjonen som et minimumssamvær eller som et hinder for mer omfattende samvær.

Mindretallet foreslår å fjerne den subsidiære legaldefinisjonen helt, under henvisning til at denne lett kan oppfattes som en norm om hva som er passende eller ønskelig. Det argumenteres for en fri og helt konkret vurdering av hvilket samvær som er til barnets beste. Videre antar mindretallet at det er mulig å sikre et minimumssamvær gjennom angivelse av dette i forarbeider og rettspraksis.

I kapittel 9.4 går et samlet utvalg inn for en viss utvidet bruk av ordningen med samvær under offentlig tilsyn. Utvalget legger vekt på at tilsyn

ikke må benyttes som et middel til å gjennomføre samvær av tvilsom verdi for barnet, men snarere må være et bidrag til å bygge opp god kontakt mellom barn og den av foreldrene som de ikke bor sammen med. Det må skje på en måte som reduserer usikkerhet for barnet og virker beroligende på den av foreldrene som barnet bor hos. For å realisere slike formål, er det ønskelig at antall timer domstolen har til disposisjon kan utvides.

I kapittel 9.5 drøfter utvalget om det kan være grunn til å oppstille en samværsplikt, men kommer til at dette verken er hensiktsmessig eller nødvendig.

Delt bosted

Kapittel 10 er i sin helhet viet spørsmålet om delt bosted for barn etter foreldrenes samlivsbrudd. Barneloven inneholder ingen definisjon av delt bosted, men begrepet forstås slik at barnet ikke har fast bopel hos én av foreldrene, men bor skiftevis hos begge.

I kapittel 10.2 går et samlet utvalg inn for at foreldre må stå helt fritt til å avtale den bostedsløsning som passer dem og barnet best. Som en følge av dette foreslår et flertall i utvalget i kapittel 10.3 å endre barneloven § 36 første ledd slik at det ikke opereres med noe lovregulert utgangspunkt om barnets bosted etter et samlivsbrudd. Et medlem går inn for at delt bosted skal være lovens utgangspunkt, og begrunner en slik lovendring med at dette vil sikre barnet mest mulig kontakt med begge dets foreldre.

I kapittel 10.4 drøftes spørsmålet om domstolene skal gis adgang til å kunne idømme delt bosted. Utvalget er i dette spørsmålet delt i et flertall og et mindretall. Flertallet går inn for at domstolene skal gis en slik kompetanse. Etter flertallets vurdering vil det være betenkelig med en absolutt avskjæring av dette alternativet for domstolene. I et gitt tilfelle kan avskjæring være i strid både med prinsippet om barnets beste og Barnekonvensjonen. Flertallet kan heller ikke se noen grunn til å ha et forbud mot idømmelse av delt bosted så lenge domstolen kan idømme samvær opp til 50 %. Et mindretall ser det som en fordel at domstolene ikke har adgang til å idømme delt bosted. I de saker som kommer opp til doms vil konfliktnivået normalt være høyt, og forutsetningene for nødvendig samarbeid til barnets beste vil ikke være til stede. Lovens krav om at delt bosted må være basert på en felles beslutning mellom foreldrene, har etter mindretallets syn også en positiv effekt på mulighetene til å oppnå en minnelig løsning gjennom mekling.

Tvangsfullbyrdelse

Barneloven § 65 første ledd åpner for bruk av samtlige tvangsmidler – herunder fysisk avhenting av barnet – ved tvangsfullbyrdelse av avgjørelser om bosted og foreldreansvar. I kapittel 11 viser utvalget til at ved avgjørelser om samvær har namsmyndigheten etter barneloven § 65 andre ledd kun tvangsbot som virkemiddel.

Et flertall i utvalget foreslår at fysisk avhenting også bør være tilgjengelig som tvangsmiddel ved gjennomføring av avgjørelser om samvær. Det legges særlig vekt på at en slik lovendring kan ha en viktig preventiv effekt og gi et klart signal om at myndighetene i ytterste konsekvens kan gripe inn ved sabotering av samvær fra en forelders side. Videre vises det til at Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) stiller krav om internrettslige regler som sikrer borgerne en effektiv gjennomføring og oppfyllelse av både konvensjonsrettighetene og nasjonale rettsavgjørelser. Det understrekes imidlertid at tvangsfullbyrdelse gjennom fysisk avhenting er et siste skritt som kun skal benyttes der alle andre forsøk på å få samværsavgjørelsen oppfylt, ikke har ført fram.

Mindretallet har vansker med å se at et samvær basert på fysisk tvang vil kunne fungere godt for barnet. Når situasjonen er så fastlåst at det er aktuelt å benytte tvangsmidler, vil det oftest være behov for en ny realitetsprøving av saken. Med dagens bestemmelse om tvangsbot, et godt utbygd meklingsystem og en rask behandling hos domstolene, vil hensynet til barnets beste og rett til familieliv i henhold til Barnekonvensjonen være ivaretatt uten en egen bestemmelse om fysisk avhenting.

Øvrige lovforslag, avsluttende kapitler og vedlegg

I kapittel 12 drøfter utvalget behovet for særlige regler om sakskostnader i barnefordelingssaker.

Et samlet utvalg foreslår en bestemmelse i barneloven som i større grad åpner for å dele kostnadene i denne type sivile saker. Ved å innta en slik særbestemmelse i barneloven unngår man også en ordlyd der utfallet i barnefordelingssaker kategoriseres som «vunnet» eller «tapt». Disse begrepene er verken dekkende eller egnet i denne type sivile saker.

De økonomiske rammene for barnet og foreldrene er temaet i kapittel 13, der utvalget fremhever at alle foreldre bør ha solidarisk forsørgelsesansvar overfor sine barn, uavhengig av samlivsforholdet mellom dem. I tråd med dette bør ordet «saman» tilføyes innledningsvis i barneloven § 66. Departementet oppfordres til å utrede om det bør gjøres endringer som også rent rettslig innebærer en solidarforpliktelse. Regler om offentlige stønadsordninger bør ikke favorisere den ene eller andre måten å innrette seg på etter et samlivsbrudd, men utformes nøytralt. Det vil være til barns beste at foreldre som praktiserer delt bosted får samme tilgang til ekstra barnetrygd og til stønader som aleneforsørger som andre atskilte foreldre.

I kapittel 14 foreslår utvalget en mindre endring i arveloven § 4, slik at man får like regler om henholdsvis farskap og morskap som grunnlag for slektsarverett. Forslaget har ingen realitetsendring.

Kapittel 15 inneholder de økonomiske og administrative konsekvenser av utvalgets forslag, kapittel 16 merknader til den enkelte paragraf i lovutkastet og kapittel 17 selve lovutkastet.

Utredningen har to vedlegg: «Om begrepet «barnets beste»» av professor dr. philos Anne Lise Ellingsæter og «Overordnede rettslige normer – hvilke skranker setter menneskerettighetene?» av førsteamanuensis dr. juris Karl Harald Søvig.

Kapittel 1

Utvalgets oppnevning, sammensetning og mandat

Barnelovutvalget ble oppnevnt i statsråd 18. januar 2007. Utvalget ble gitt følgende mandat:

«Utvalget skal vurdere endringer i barnelovens bestemmelser om foreldreansvar, fast bosted og samvær og eventuelle konsekvensendringer i andre bestemmelser i loven i tråd med dette mandatet. Hovedmålsettingen med gjennomgangen er å vurdere endringer av barneloven i et perspektiv der begge foreldre ansees å være like viktige for barnet og der en søker å støtte opp under en samfunnsutvikling der begge foreldres tid, ansvar, omsorg og medbestemmelse over vesentlige sider ved barnets liv står sentralt. Utvalget skal vurdere begrepene bostedsforelder og samværsforelder i lys av et sidestilt foreldreskap også etter samlivsbrudd.

Utvalget skal ta utgangspunkt i at FNs barnekonvensjon er innarbeidet i norsk lov og at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn ved alle handlinger som berører barn. Utvalget bør se nærmere på innholdet i begrepet barnets beste. Utvalget skal i den forbindelse se nærmere på om barnets beste kan ivaretas bedre gjennom å legge forholdene til rette for en mer lik fordeling av omsorg og ansvar mellom foreldrene. Utvalget bør se særlig på om et mer likestilt utgangspunkt kan bidra til å dempe konflikter mellom foreldrene.

Utvalget skal i sin gjennomgang drøfte og komme med eventuelle lovforslag i forhold til problemstillinger som felles foreldreansvar uavhengig av om foreldrene har bodd sammen eller ikke, delt bosted og normering av samværets omfang. Utvalget skal også vurdere om det bør gjøres endringer i forhold til hvilken beslutningsmyndighet som skal ligge til det å inneha foreldreansvar, ev. enkeltbeføyelser inn under foreldreansvars- og bostedsmyndigheten. Utvalget skal særlig se på bostedsforelderens rett til å flytte innenlands med barnet uten den andre forelderens samtykke samt samværsforelderens mulighet til å benytte sitt foreldreansvar til å hindre at barnet undergis nødvendig undersøkelse og behandling.

Utvalget skal videre se nærmere på hvem av foreldrene som bør ha søksmålsbyrden og vurdere reglene om tvangsfullbyrdelse i et barneperspektiv.

Utvalget skal ivareta helhetsperspektivet også i forhold til de øvrige kapitlene i barneloven og gjøre en vurdering av hvordan fordelingen av omsorgen for barnet kan påvirkes av økonomiske betraktninger, både i forhold til trygdelovgivning og bidragsregelverk.

Utvalget skal i sitt arbeid ta i betraktning internasjonale konvensjoner, øvrige nordiske lands lovgivning og erfaringer, rettspraksis og forskning på området.

Økonomiske, administrative og andre vesentlige konsekvenser av forslagene skal utredes i samsvar med utredningsinstruksens kapittel 2. Minst ett forslag skal baseres på uendret ressursbruk.

Utvalget skal legge fram sitt arbeid for Barne- og likestillingsdepartementet i form av en NOU innen 1. mai 2008.»

Utvalget fikk følgende sammensetning:

Leder:

Asbjørn Strandbakken, professor dr. juris, Bergen

Medlemmer:

Sonja Cassidy, tidl. leder i Foreningen 2 Foreldre, Bergen

Anne Lise Ellingsæter, professor dr. philos, Oslo

Hanne Haavind, professor dr. philos og psykologspesialist, Oslo

Marianne Fallan Kristensen, tingrettsdommer, Trondheim

Jørgen Lorentzen, dr. art i litteraturvitenskap og kjønnsforsker, Oslo

Annette Janicke Musæus, advokat, Oslo

Tor-André Ribe-Anderssen, psykologspesialist, Oslo

Stig Rusten, leder i Aleneforeldreforeningen, Oslo

Frode Thuen, professor dr. philos, Bergen

Inge Unneberg, amanuensis, Tromsø

Rådgiver i Justisdepartementets lovavdeling, Henning A. Jakobsen, har vært utvalgets sekretær.

Utvalget hadde sitt første møte 12. april 2007. Det siste møtet ble holdt 13. mars 2008. Til sammen har utvalget hatt 12 møter, hvorav ett gikk over to dager.

Når det gjelder utvalgets arbeid for øvrig kan opplyses:

Den 4. mai 2007 fikk utvalget en orientering av Kristin Skjørten og Rolf Barlindhaug om deres undersøkelse av delt bosted, publisert i boken »Delt Bosted for Barn».

Utvalgsmedlemmet Sonja Cassidy holdt under utvalgsmøtet 4. mai 2007 et innlegg om Foreningen 2 Foreldres synspunkter og forslag til lovendringer.

Stig Rusten, også medlem av utvalget, holdt under utvalgsmøtet 22. august 2007 et innlegg om Aleneforeldreforeningens synspunkter og forslag til lovendringer.

Utvalgsmedlemmet Anne Lise Ellingsæter har utarbeidet et vedlegg om begrepet «barnets beste».

Førsteamanuensis dr. juris Karl Harald Søvig holdt under utvalgsmøtet 10. desember 2007 et foredrag om forholdet mellom norske regler og internasjonale konvensjoner på barnerettens område. På bakgrunn av utvalgets drøftelser og konklusjoner har Søvig utarbeidet et vedlegg om forholdet til de menneskerettslige forpliktelsene Norge er bundet av.

Etter invitasjon møtte utvalgets leder og sekretær hos Barneombudet 12. november 2007. Her fremla ombudet sine synspunkter på lovarbeidet.

Universitetslektor, master i rettsvitenskap, Erlend Baldersheim har bistått utvalget i utformingen av den delen av lovutkastet som er på nynorsk.

Utvalget har i tillegg mottatt en rekke skriftlige innspill fra privatpersoner og organisasjoner.

Kapittel 2

Gjeldende rett

2.1 Innledning

Barneloven skiller mellom foreldreansvaret (§§ 30-35 og 38-41), barnets faste bosted (§§ 36-37) og samværsretten (§§ 42-47). Foreldreansvaret er den rett og plikt som foreldre har til å bestemme for barnet i viktige personlige forhold. Den tilsvarende rett vedrørende økonomiske og rettslige spørsmål faller inn under vergemålet.¹ Samværsretten gjelder retten til samvær mellom barnet og den av foreldrene som barnet ikke bor fast hos.

2.2 Foreldreansvaret

Reglene om foreldreansvar regulerer forholdet mellom barn og foreldre, og er gitt i barneloven kapittel 5. Norsk rett – i motsetning til øvrig nordisk rett – skiller mellom foreldreansvar og bostedskompetanse.

Det er normalt barnets far og mor som har foreldreansvaret. Er foreldrene gift eller bor sammen, har de «foreldreansvaret saman for sams barn», jf. barneloven § 34 første ledd og § 35 andre ledd.² Så lenge samlivet består, kan de ikke avtale at bare den ene skal ha foreldreansvaret. Avgjørelser som faller inn under foreldreansvaret må treffes i fellesskap. Ved uenighet har man ingen rettslig konfliktløsningmekanisme.³

Er ikke foreldrene gift eller bor sammen ved barnets fødsel, har mor i utgangspunktet foreldreansvaret alene, jf. barneloven § 35 første ledd.⁴ Etter barneloven § 35 tredje ledd kan imidlertid foreldrene avtale å ha foreldreansvaret sammen eller at far skal ha ansvaret alene. Avtalen må meldes til folkeregisteret for å være gyldig, jf. barneloven § 39.⁵

Foreldreansvarets innhold er tosidig. Det innebærer en plikt til å ha omsorg for barnet og en rett til å bestemme i det personlige forhold.

Omsorgsplikten er regulert i barneloven § 30, men nokså skjønnsmessig angitt. Det sentrale innhold i plikten er foreldrenes ansvar for å sørge for å tilfredsstille barnets materielle og åndelige behov. Enkelte sider av omsorgsplikten er regulert i spesiallovgivningen, for eksempel retten til grunnskoleutdanning etter opplæringsloven § 2-1. Manglende overholdelse av omsorgsplikten kan medføre rett og plikt for myndighetene til å gripe inn etter barnevernloven.⁶

Bestemmelsesretten gjelder etter barneloven § 30 «i personlege tilhøve», dvs. avgjørelser av ikke-økonomisk karakter. De sentrale områdene ble i forarbeidene angitt slik:

«Myndighet til å bestemme over barnets personlige forhold, bl.a vergemål, medisinsk behandling, utstedelse av pass, valg av type skole, samtykke til adopsjon, navnevalg, samtykke til ekteskapsinngåelse, innmelding i trosamfunn, samtykke til medisinske inngrep, flytting utenlands.»⁷

Bestemmelsesretten begrenses dels av kravet om at utøvelsen skal skje med barnets interesser og behov for øye, dels av spesiallovgivningen (for eksempel reglene om skoleplikt) og dels av barnets medbestemmelses- og selvbestemmelsesrett.

Medbestemmelsesretten er regulert i barneloven § 31.⁸ Etter andre ledd gjøres det til en plikt å høre barnets mening fra fylte 7 år, og fra fylte 12 år skal det legges stor vekt på barnets mening.⁹ Bestemmelsen gjelder for øvrig ikke bare i forhold til foreldre, men i forhold til alle som har med barnets personlige forhold å gjøre – også domstoler, helsepersonell mv. Medbestemmelsesretten i barneloven suppleres av særbestemmelser i spesiallovgivningen – etter navneloven § 12 må for eksempel et barn som har fylt 12 år samtykke til navneskifte.¹⁰

¹ Se nærmere blant annet Haugli 2007 s. 344.

² Se nærmere Smith og Lødrup 2006 s. 99.

³ Se nærmere Smith og Lødrup 2006 s. 99.

⁴ Se nærmere Smith og Lødrup 2006 s. 100.

⁵ Se nærmere Smith og Lødrup 2006 s. 100.

⁶ Se blant annet Lindboe 2003 s. 59 flg.

⁷ Ot.prp. nr. 56 (1996-1997) s. 39.

⁸ Se nærmere Smith og Lødrup 2006 s. 116-119 og Sinding Aasen 2008 s. 11-16.

⁹ Aldersgrensen for uttalerett ble senket fra 12 til 7 år ved en lovendring i 2003. Haugli 2007 s. 350-351 har pekt på at 7 års-grensen virker noe tilfeldig valgt.

¹⁰ For andre eksempler fra spesiallovgivningen, se Smith og Lødrup 2006 s. 118-119.

Den generelle selvbestemmelsesrett inntreer når barnet blir myndig, dvs. 18 år, jf. vergemålsloven § 1. På enkelte områder har barnet selvbestemmelsesrett ved lavere alder, jf. barneloven § 32 om utdanning og retten til å være medlem i foreninger (15 år).¹¹

Ved separasjon og skilsmisse fortsetter foreldreansvaret å tilligge foreldrene i fellesskap inntil noe annet avtales eller bestemmes ved rettslig avgjørelse, jf. barneloven § 34 første ledd. Søksmålsbyrden er med andre ord lagt på den part som ikke ønsker felles foreldreansvar. Avgjørelsen om foreldreansvar skal rette seg etter hva som er til barnets beste, jf. barneloven § 56 jf. § 48 første ledd. Normalt skal det imidlertid mye til for å nekte et felles foreldreansvar der begge foreldrene ønsker å ta del i barnets liv:

«Departementet mener ... at det ikke er rimelig at den ene av foreldrene får foreldreansvaret alene bare fordi vedkommende ønsker at den andre ikke skal ha det. Imidlertid kan motviljen være så stor at det vil være hensiktsløst å fastsette felles foreldreansvar. Domstolen eller fylkesmannen skal ta utgangspunkt i hva som vil være til barnets beste. Hvis det ikke hefter forhold ved den som ønsker del i foreldreansvaret som gjør at vedkommende er uegnet til å utøve foreldreansvaret, mener departementet at han eller hun normalt bør få medhold i krav om felles foreldreansvar.»¹²

I de tilfelle hvor barnet etter et samlivsbrudd blir boende fast hos en av foreldrene, vil reglene om foreldreansvaret måtte ses i sammenheng med barnelovens regler om barnets faste bosted – se nærmere nedenfor. Ved avgjørelser av større betydning for barnet kreves det fortsatt enighet mellom foreldrene, men bostedsforelderens kan treffe de daglige avgjørelser. Hvis den av foreldrene som har barnet boende fast hos seg ikke makter å gi barnet tilfredsstillende omsorg, har den andre plikt til å tre støtte til. Vedkommende har da også plikt til å være med på å treffe beslutninger for barnet.¹³

Felles foreldreansvar gir ikke i seg selv rettslig grunnlag for kontakt med barnet utover de alminnelige samværsrettigheter. Reglene om foreldreansvar løper uavhengig av reglene om samvær i barneloven.

Den av foreldrene som ikke har del i foreldreansvaret, har få rettigheter i forhold til barnet. Ved

samværsrett har man rett til å bli hørt i spørsmål som har betydning for samværsretten, jf. barneloven § 46. Barneloven § 47 gir rett til å få opplysninger om barnet både fra den som har foreldreansvaret og fra offentlige institusjoner som skole, barnehage, politi mv. Unntak gjelder for opplysninger som er underlagt taushetsplikt.¹⁴

2.3 Barnets faste bosted

Begrepet «hvor barnet skal bo fast», jf. barneloven § 34, sier for det første noe om hvem av foreldrene som barnet bor mest hos. I de fleste tilfelle er det slik at «barnets faste bosted» er der barnet bor mesteparten av tiden, selv om barnet i prinsippet kan ha samvær med den andre forelderens i opptil 50 % av tiden. For det andre sier begrepet noe om bestemmelsesretten som den forelder barnet bor fast hos kan utøve alene. Dette er nærmere regulert i barneloven § 37.

Barneloven § 37 gir den som barnet bor fast hos rett til å treffe avgjørelser som gjelder «vesentlige sider av omsuta for barnet, m.a. spørsmålet om barnet skal vere i barnehage, kor i landet barnet skal bu og andre større avgjerder om dagleglivet.» Hva som er å anse som en «større» beslutning om «dagleglivet» vil bero på en konkret vurdering. I alvorligere medisinske spørsmål og i spørsmål som vedrører barnets skolegang og utdanning er det antatt at begge foreldre må medvirke. Den forelderens som ikke har barnet bosatt hos seg antas å ha krav på informasjon om slike anliggender fra den andre.

Bostedsforelderens treffer alene avgjørelse om flytting innenlands, jf. ovenfor. Er det derimot tale om flytting til utlandet, må foreldre med felles foreldreansvar begge være med på avgjørelsen, jf. barneloven § 40 første ledd andre punktum. Flytting til utlandet kan heller ikke skje når det er tvist om foreldreansvaret og/eller hva som skal være barnets faste bosted, jf. § 40 andre ledd. Ved kortere utenlandsopphold gjelder barneloven § 41. Som utgangspunkt kan begge foreldre ta med barnet på kortere reiser til utlandet når de har felles foreldreansvar. Unntak er blant annet gjort der det er usikkert om barnet kommer tilbake.

2.4 Særlig om delt bosted

Etter barneloven § 36 første ledd første punktum kan foreldrene fritt avtale hos hvem av dem barnet

¹¹ Se nærmere Smith og Lødrup 2006 s.120-128 og Sinding Aasen 2008 s. 16-28.

¹² Ot.prp. nr. 56 (1996-1997) s. 43. Se også Haugli 2007 s. 345-346.

¹³ Se nærmere Smith og Lødrup 2006 s. 160-162.

¹⁴ Se nærmere Smith og Lødrup 2006 s. 165-166.

skal bo fast. Etter samme bestemmelse andre punktum kan foreldrene også avtale at barnet skal bo fast hos begge – ofte omtalt som «delt bosted». Delt bosted kan praktiseres på flere måter, og trenger ikke nødvendigvis innebære like mye botid hos hver av foreldrene. En avtale om delt bosted kan godt gå ut på at barnet tilbringer for eksempel 60 % av tiden hos en av foreldrene og 40 % hos den andre. På samme måte kan intervallene variere: Barnet kan for eksempel bo første del av uken hos en forelder og resten hos den andre, eller annen hver uke hos hver av foreldrene. Det er heller ikke uvanlig å avtale at barnet bor i lengre perioder hos hver av foreldrene. En avtale om delt bosted innebærer at begge foreldrene får bostedskompetanse over barnet, og at den ene av foreldrene for eksempel ikke kan flytte med barnet uten den andres samtykke.¹⁵ Det avgjørende skillet mellom delt bosted og samvær refererer seg altså ikke til tid, men til denne avgjørelsesmyndigheten.

Barneloven stiller ikke opp noen formkrav til en avtale om delt bosted. Ved samlivsbrudd vil ofte fysisk flytting være aktuelt. Etter folkeregisterloven § 9 må en flytting meldes senest 8 dager etter flyttingen. Selv om det inngås avtale om delt bosted, er det imidlertid ikke mulig å folkeregistrere to adresser for barnet. Folkeregisterforskriften tolkes og praktiseres slik at begge foreldrene i slike tilfeller må undertegne flyttemeldingen, men barnet kan kun registreres på en av foreldrenes adresser.¹⁶

Det følger av barneloven § 36 andre ledd at domstolene ikke kan idømme delt bosted for barnet der foreldrene er uenige om dette. Det er riktignok antatt at domstolene kan unnlate å endre en ordning som går ut på delt bosted selv om en av foreldrene begjærer midlertidig avgjørelse for å få endret den, jf. Rt. 1991 side 1050. Retten er imidlertid avskåret fra å foreta selv små justeringer i den etablerte ordningen, jf. Rt. 2006 side 1681 hvor det ble ansett å være i strid med barneloven § 36 andre ledd at lagmannsretten ikke avsto begjæringen om midlertidig avgjørelse, men i stedet etablerte en ordning med delt bosted som på noen – om enn mindre – punkter avvek fra den partene hadde avtalt.

Spørsmålet om domstolene skal kunne idømme delt bosted der foreldrene ikke har klart å bli enige om dette ble drøftet i forbindelse med endringene i barneloven i 1997. Et stort flertall av høringsinstansene gikk den gang imot å gi domsto-

lene en slik kompetanse,¹⁷ og både departementet og flertallet i Stortinget sluttet seg til dette.

Spørsmålet ble på ny utredet av Barnefordelingsprosessutvalget i NOU 1998: 17. Utvalgets flertall kom til at det ikke burde innføres en bestemmelse som ga domstolene myndighet til å idømme delt bosted når foreldrene ikke er enige om en slik løsning, mens et mindretall – utvalgets leder, sorenskriver Nils Dalseide, og professor Peter Lødrup – mente at domstolene i særlige tilfelle burde gis adgang til å kunne idømme delt bosted.

I Ot.prp. nr. 29 (2002-2003) om nye saksbehandlingsregler i barnefordelingssaker ble imidlertid spørsmålet om delt bosted ikke nærmere drøftet, idet departementet fant det hensiktsmessig å behandle problematikken senere, i forbindelse med en stortingsmelding om regjeringens familierpolitikk. I St.meld. nr. 29 (2002-2003) s. 23 ble det lagt til grunn at «Regjeringen er enig i at domstolene ikke bør kunne pålegge foreldrene delt bosted og vil derfor opprettholde dagens ordning som innebærer at det ikke er adgang for domstolene ... til å pålegge delt bosted.» Flertallet i familie-, kultur og administrasjonskomiteen (alle unntatt medlemmene fra Fremskrittspartiet) sluttet seg i Innst. S. nr. 53 (2003-2004) til regjeringens standpunkt.

2.5 Samværsretten

Barneloven kapittel seks inneholder regler om samværsrett for den av foreldrene som ikke har barnet boende fast hos seg. I barneloven § 42 slås det fast som et prinsipp at barnet har rett til samvær med begge sine foreldre, og at foreldrene er ansvarlige for at denne rettigheten blir oppfylt. Prinsippet gjelder uavhengig av om foreldre har vært gift eller har bodd sammen etter barnets fødsel, og uansett hvilken kontakt det tidligere har vært mellom barnet og foreldrene. Prinsippet ble lovfestet allerede i 1969, men gjaldt den gang bare for barn født av gifte foreldre.¹⁸

En forelders rett til samvær er regulert i barneloven § 43. Det er opp til foreldrene å avtale omfanget av samværet, på bakgrunn av hva de mener er det beste for barnet. Klarer ikke foreldrene å bli enige må den forelder som krever samvær eller mer samvær enn den andre vil godta, få fastsatt samværet av retten. Etter barneloven § 60 første

¹⁵ Se nærmere Smith og Lødrup 2006 s. 162-165.

¹⁶ FOR-1994-03-04-161 § 9 første jf. andre ledd siste punktum.

¹⁷ Se nærmere Ot.prp. nr. 56 (1996-1997) s. 57 flg.

¹⁸ Se Smith og Lødrup 2006 s. 169-170 for en nærmere oversikt over den historiske utviklingen av samværsretten.

ledd kan retten fastsette en foreløpig samværsrett fram til tvisten er rettskraftig avgjort.

Retten er etter § 43 første ledd tredje punktum gitt adgang til å avskjære samvær dersom dette «ikkje er til beste for barnet». Etter forarbeidene har man her særlig tenkt på situasjoner hvor barnet har vært utsatt for overgrep eller hvor det er fare for at barnet vil kunne bli det.¹⁹

Samvær under tilsyn etter § 43 tredje ledd kan være et alternativ til nektelse av samvær. Ved forskrift er det gitt nærmere regler om oppnevning av tilsynsperson, gjennomføring av tilsynet mv.²⁰ Tilsynspersonen kan være en representant fra det offentlige, typisk barnevernet, men også den andre forelderen, slektning mv.

Barneloven § 43 andre ledd tredje punktum inneholder en legaldefinisjon av «vanleg samværsrett» som etter sin ordlyd gjelder når uttrykket enten blir brukt i en rettslig avgjørelse eller i avtale mellom foreldrene. «Vanleg samværsrett» innebærer «rett til å vere saman med barnet ein ettermiddag i veka, annakvar helg 14 dagar i sommarferien, og jul eller påske». Legaldefinisjonen er subsidiær i forhold til prinsippet om avtalefrihet og hovedregelen om at det må foretas en individuell vurdering av hvilket samvær som er til barnets beste. Definisjonen er imidlertid antatt å kunne ha signaleffekt og gi en viss veiledning om hva som bør være utgangspunktet i normaltillfeller.²¹ Ved høyt konfliktnivå mellom foreldrene vil det ofte være behov for en mer detaljert fastsatt samværsrett enn det loven beskriver som vanlig samvær.

Samværsretten kan gjøres mer omfattende enn dette – man snakker da ofte om «utvidet samvær».²² Forskjellen fra delt bosted vil da være at det kun er den av foreldrene som har barnet boende fast hos seg som har de rettigheter og plikter som er tillagt bostedsforelderen.

Ofte vil det være aktuelt å endre samværsretten, for eksempel når barnet blir eldre. Hvis ikke foreldrene klarer å inngå en ny avtale, må det treffes rettslig avgjørelse i saken etter barneloven § 64.

¹⁹ Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 54. For en nærmere gjennomgang av problematikken omkring samværsnektelse, beviskrav ved anklager om overgrep mv., se Smith og Lødrup 2006 s. 180-184 og Strandbakken 2008 s. 1-3.

²⁰ FOR 2006-12-07 nr 1360: Forskrift om nærare føresegner om oppnemning av tilsynsperson, utøving av tilsynet og godtgjering for dette.

²¹ Se for eksempel Rt. 2004 side 47 (på s. 50).

²² Se Smith og Lødrup 2006 s. 174. I teorien er begrepet blitt kritisert fordi det kan gi inntrykk av at lovens definisjon er det «normale» og at mer omfattende samvær krever en særskilt begrunnelse, se blant annet Holgersen 2008 s. 230-231.

2.6 Tvangsfullbyrdelse

Reglene om tvangsfullbyrdelse av avgjørelser om foreldreansvaret eller hvem som barnet skal bo fast hos, er gitt i barneloven § 65 første ledd, med henvisninger til tvangsfullbyrdsloven kapittel 13. Etter tvangsfullbyrdsloven § 13-14 kan tre tvangsmidler bli aktuelle: Gjennomføring ved at namsmannen henter barnet, gjennomføring ved at den berettigede selv henter barnet og tvangsbot.²³

Det er tingretten som treffer avgjørelse om hvilket tvangsmiddel som skal benyttes, herunder eventuelt størrelsen på tvangsboten. Gjennomføring ved fysisk avhenting er forutsatt brukt med forsiktighet, primært i tilfeller der tvangsboten har vist seg uegnet som pressmiddel.

Avgjørelser om samvær kan etter barneloven § 65 andre ledd bare gjennomføres ved tvangsbot. Det er imidlertid adgang til å fastsette en stående bot som gjelder hver gang samværsretten ikke blir respektert, slik at man slipper å fastsette bot særskilt for hvert eneste samvær som nektes gjennomført. Boten må likevel fastsettes for et bestemt tidsrom, jf. Rt. 1990 side 470.

Tvangsboten kreves inn av namsmannen og tilfaller statskassen. Etter barneloven § 65 første ledd tredje punktum og andre ledd fjerde punktum skjer innkreving bare etter påkrav fra den som har vært utsatt for krenkelsen.

Tvangsfullbyrdsloven § 13-8 fjerde ledd slår fast at det ikke skal avsies kjennelser for tvangsbot hvis det er «umulig» for saksøkte å oppfylle forpliktelsen (umulighetsprinsippet). I barnefordelingsaker kan dette være tilfelle hvis tvangsfullbyrdsloven vil føre til alvorlige psykiske belastninger for barnet (se for eksempel Rt. 1970 side 703) eller barnet motsetter seg samvær med en forelder (se for eksempel Rt. 1963 side 1389). I praksis er terskelen imidlertid høy. Det er et grunnvilkår for å konstatere at samvær er umulig at den av foreldrene barnet bor hos lojalt og aktivt medvirker og oppmuntrer til at samvær skal finne sted, jf. blant annet Rt. 1988 side 708.²⁴

Et rettsforlik har etter tvangsfullbyrdsloven § 19-12 jf. § 19-15 samme virkning som en dom, og er gjenstand for tvangsfullbyrdelse etter de ovennevnte regler. Det er imidlertid et vilkår at rettsforliket er tilstrekkelig entydig og klart, jf. tvangsfullbyrdsloven § 4-2 første ledd og Rt. 1997 side 1387.

²³ Se nærmere Smith og Lødrup 2006 s. 186-188.

²⁴ En nærmere gjennomgang av umulighetsprinsippet og relevant rettspraksis finnes i Smith og Lødrup 2006 s. 190-192.

Som utgangspunkt er verken muntlige eller skriftlige utenrettslige avtaler tvangsgrunnlag. Barneloven § 55 åpner imidlertid for at en avtale kan forelegges for fylkesmannen for stadfestelse, med den konsekvens at avtalen får tvangskraft. Lovbestemte vilkår er at avtalen først og fremst retter seg etter det som er best for barnet og at det fremlegges meklingsattest.

2.7 Statistikk mv.

2.7.1 Generelt

I 2006 ble det født 58 500 barn her i landet. Nærmere halvparten, 46 %, av barna som ble født, hadde gifte foreldre, 42 % hadde samboende foreldre og 11 % hadde enslige mødre. Andelen født med enslige mødre har vært gradvis økende fra 2001, da andelen var vel 8 %.²⁵

Tall fra Statistisk sentralbyrå viser at vel 11 000 barn under 18 år opplevde at foreldrene ble skilt i 2006.²⁶ Dette er en nedgang fra 2005 på omtrent 900 barn, noe som har sammenheng med en generell nedgang i antall skilsmisser. Av de vel 11 000 barna som opplevde skilsmisse, var ca. halvparten av barna i aldersgruppen 6-12 år. Statistisk sentralbyrå har ikke oversikt over hvor mange barn som opplevde at samboende foreldre flyttet fra hverandre i denne perioden, og det eksisterer ingen statistikk over inngåtte og oppløste samboerskap.

2.7.2 Bosted og samvær

Det er antatt at ca. 25 % av alle barn i alderen 0-18 år lever i andre familieformer enn sammen med sine to foreldre.²⁷ Tall fra 2004 viste at av disse bodde 82 % fast hos mor, 8 % bodde fast hos far og 10 % hadde delt bosted. Fra 1996 til 2004 har andelen barn med delt bosted økt fra 4 til 10 %.²⁸

En undersøkelse fra 2004 viste at 97 % av samværsforeldrene hadde hatt samvær eller i det minste kontakt med sitt barn etter samlivsbruddet eller fødselen.²⁹ Samværsforeldrene ble definert som mødre og fedre som oppga ikke å ha barnet boende hos seg.³⁰ 90 % oppga at de hadde hatt kontakt med barnet det siste året og 79 % den siste måneden.³¹

Det månedlige samværet ble gjennomsnittlig beregnet til å være 6,9 dager. Tallet kan synes noe lavt, men inkluderer da også de 21 % av foreldrene som overhodet ikke hadde noe samvær med sitt barn den siste måneden. For øvrig oppga 10 % 1-3 dager med samvær, 25 % oppga 4-7 dager med samvær, 26 % oppga 8-12 dagers samvær, og 17 % oppga minst 13 dagers samvær.³² Tilsvarende gjennomsnitt var for 2002 6,5 dager, og det ble konkludert med en statistisk signifikant økning i antall rapporterte samværsdager siste måned fra 2002 til 2004.

Som det fremgår ovenfor bor de fleste barn fast hos mor etter et samlivsbrudd. I en undersøkelse om samværsfedres situasjon fra 2002 svarte imidlertid 60 % av fedrene at de ønsket en annen fordeling av hvor barnet skal bo enn det foreldrene faktisk praktiserte.³³ Av disse ønsket 12 % å ha barnet boende fast hos seg, 47 % ønsket delt bosted. Samme undersøkelse viste at 62 % av fedrene gjerne skulle hatt mer samvær med barnet, samt at 70 % trodde at barnet ønsket mer samvær. En spørreundersøkelse utført av Synovate/MMI i 2005 viste også at 70 % av de spurte fedrene ønsket seg delt bosted som omsorgsordning ved et eventuelt samlivsbrudd.³⁴

2.7.3 Barnefordelingssaker i domstolene

Det finnes ikke statistikk over antall barnefordelingssaker som behandles av retten per år fordi alle sivile saker registreres under ett.³⁵ I NOU 1998: 17 ble det foretatt en undersøkelse som viste at det årlig kom inn ca. 1200 barnefordelingssaker (inkludert begjæringer om midlertidige avgjørelser) til domstolene i perioden 1994-1996, men disse tallene begynner nå å bli nokså gamle. Man har også fått nye saksbehandlingsregler som kan ha påvirket denne statistikken.

Skilsmissecforskning tyder på at omtrent 10 % av alle foreldre som går fra hverandre får saken avgjort av domstolene.³⁶

Det foreligger heller ikke mange undersøkelser med henblikk på avdekke grunnlaget for domstolens beslutninger i saker etter barneloven. Dr. philos Kristin Skjørten ved Institutt for samfunnsforskning undersøkte i 2005 tre årganger med lagmannsrettsdommer fra 1998 til 2000, totalt 129 avgjørelser. Sakene gjaldt foreldrenes tvist om

²⁵ <http://www.ssb.no/emner/02/02/10/fodte/>

²⁶ <http://www.ssb.no/vis/emner/02/02/30/ekteskap/art-2007-10-25-01.html>

²⁷ Skjørten m.fl. 2006 s. 12-13.

²⁸ Skjørten m.fl. 2006 s. 12-13 med videre henvisninger.

²⁹ Kitterød 2005 s. 49.

³⁰ Kitterød 2005 s. 14.

³¹ Kitterød 2005 s. 50-51.

³² Kitterød 2005 s. 54. 1 % besvarte ikke spørsmålet.

³³ Skevik og Hyggen s. 70-71 og s. 77.

³⁴ Synovate/MMI: Spørreundersøkelse utført for magasinet KK, omtalt i nr. 23 2005.

³⁵ Domstolsadministrasjonens årsstatistikk for 2006 viser at det kom inn 12 709 sivile tvistemål for tingrettene i Norge.

³⁶ Skjørten 2005 s. 14 med videre henvisninger.

hvor barnet skulle bo fast etter samlivsbruddet, hvorav 25 % kun omfattet spørsmålet om fast bosted, 15 % av sakene behandlet både foreldreansvar, fast bosted og samvær, og majoriteten, 60 %, omfattet spørsmålet om fast bosted og samvær.³⁷

Skjørten fant at far fikk omsorgen i 44,2 % av sakene og mor fikk omsorgen i 48,8 % av sakene. I 7 % av sakene ble søskenflokket delt. Følger vi disse sakene tilbake til lavere rettsinstans, ble det besluttet at barna skulle bo hos mor i 39,5 % av disse sakene, og hos far i 54,3 % av sakene. I resten av sakene ble søskenflokket delt, og i én av sakene kom spørsmålet om fast bosted først opp ved lagmannsrettsbehandlingen.³⁸

Hele 26,4 % av lagmannsrettssakene ble avgjort under uttrykt tvil, og 11,6 % ble avgjort under dissens.³⁹ En tredjedel av avgjørelsene om fast bosted ble endret etter behandlingen i lagmannsretten. 52 av sakene ble anket videre til Høyesterett, og av disse ble 49 nektet fremmet av Høyesteretts kjæremålsutvalg.⁴⁰

Skjørten fant at den mest markante endringen i domsavgjørelsene om barnefordeling de siste 30 årene var at de ikke lenger begrunnes med mødres fortrinnsrett som omsorgspersoner. Barns ønske om bosted er kommet tydeligere fram. Retten la mindre vekt på hvem som har utøvd hovedomsorgen for barnet i samlivet. Lagmannsretten la imidlertid fortsatt vekt på risikoen ved å utsette barn for miljøskifte, dessuten ble barns emosjonelle tilknytning og personlige egenskaper hos foreldrene tillagt betydning.⁴¹

Siden gjennomgangen til Skjørten omfattet saker for lagmannsretten, er det vanskelig å vite om avgjørelser i tingretten viser samme tendens til å være basert på konkrete vurderinger i det enkelte tilfelle. Det er også mulig at vurderingsmåtene i praksis varierer mellom tingrettene. Siden ordningen med rettsbasert mekling ble innført, er det et mindre antall saker som kommer til hoved-

forhandling og avgjøres ved en dom. Når partene selv kommer fram til løsninger gjennom mekling, er det fullt mulig for dem å legge vekt på andre forhold enn de som ville vært lagt til grunn ved en dom.

Psykolog Katrin Koch foretok i perioden 1. januar 1998 til 1. mars 1999 en undersøkelse av 74 barnefordelingssaker ved Oslo byrett hvor det ble avholdt hovedforhandling. Hennes tall viste at det var like mange mødre som fedre som hadde tatt ut stevningen, men mødrene som tok ut stevning hadde i langt større grad barnet boende hos seg enn fedrene og ønsket hovedsakelig foreldreansvaret alene eller begrensninger i samværet. Fedrene hadde som regel ikke barnet boende hos seg, men ønsket å få barnet til seg eller få mer samvær.⁴² Koch trakk følgende slutning:

«Mennene reiste sak for å få mer kontakt med barna, kvinnene for å begrense mennenes kontakt med dem. Noen hadde tilsynelatende god grunn til dette, andre ikke.»⁴³

I de sakene som *fedrene* hadde reist, ble fedrene gitt medhold i sine påstander i ca. en tredjedel av sakene. Mødrene fikk medhold i en tredjedel av disse sakene og en tredjedel av sakene fikk løsninger som ingen av partene hadde lagt ned påstand om. I sakene som *mødrene* hadde reist, ble mødrene gitt medhold i sine påstander i ca. halvparten av sakene. Den som reiste saken – uansett om det var mødre eller fedre – fikk oftere medhold i sine påstander i dom eller forlik enn den som var saksøkt.⁴⁴

Til slutt skal nevnes at Barne- og familiedepartementet i forbindelse med St.meld. nr. 29 (2002-2003) foretok en gjennomgang av behandlingen av barnefordelingssaker der en av foreldrene hadde påklagd fylkesmannens avgjørelse. Av totalt 59 saker fikk far barnet boende hos seg i 29 av sakene, mens mor fikk barnet boende hos seg i 30 saker.⁴⁵

³⁷ Skjørten 2005 s. 23-24.

³⁸ Skjørten 2005 s. 41-43.

³⁹ Skjørten 2005 s. 45.

⁴⁰ Skjørten 2005 s. 38-39.

⁴¹ Skjørten 2005 s. 149.

⁴² Koch 2000 s. 35.

⁴³ Koch 2000 s. 47.

⁴⁴ Koch 2000 s. 66-68.

⁴⁵ St.meld. nr. 29 (2002-2003) s. 18.

Kapittel 3 Fremmed rett

3.1 Sverige

3.1.1 Generelt

De svenske reglene om forholdet mellom barn og foreldre finnes i föräldrabalken fra 1949 kapittel 6 og 21. I 2002 ble det nedsatt en komité som skulle evaluere de endringer som ble foretatt ved 1998-reformen for så vidt gjaldt foreldreansvar, bosted og samvær. Komiteens arbeid ble publisert i SOU 2005:43, og i mars 2006 ble det fremmet et lovforslag på grunnlag av utredningen.¹ Lovforslaget ble vedtatt og trådte i kraft 1. juli 2006. De viktigste av disse endringene i föräldrabalken kapittel 6 vil bli omtalt nedenfor.

3.1.2 Barnets beste

I 1998 ble prinsippet om barnets beste for første gang tatt direkte inn i den svenske loven, og ved lovendringen i 2006 ble prinsippet bygget ut. 6 kap. 2a § lyder nå:

«Barnets bästa skall vara avgörande för alla beslut om vårdnad, boende och umgänge.

Vid bedömningen av vad som är bäst för barnet skall det fästas avseende särskilt vid

- risken för att barnet eller någon annan i familjen utsätts för övergrep eller att barnet olovliggjen förs bort eller hålls kvar eller annars far illa, och
- barnets behov av en nära og god kontakt med båda föräldrarna.

Hänsyn skall tas till barnets vilja med beaktande av barnets ålder og mognad.»

Lovgiver har med dette ønsket å markere at det ikke finnes noen annen interesse som kan gå foran barnets beste,² og bestemmelsen tydeliggjør formålet bak de seneste lovendringene om å styrke barneperspektivet i föräldrabalken.³

3.1.3 Vårdnad

Begrepet «vårdnad» omhandler de juridiske rettigheter og forpliktelser som i Norge omfattes av

både foreldreansvar og bostedskompetanse. Svensk lov skiller altså ikke mellom de rettigheter som følger av foreldreansvaret og de rettigheter som følger av å ha barnet boende fast hos seg. Ved reformen i 1998 ble det overveid om begrepet vårdnad skulle erstattes med «föräldraansvar», for på den måte klarere å fremheve foreldrenes ansvar for barnet.⁴ Man ble imidlertid stående ved dagens vårdnadsbegrep, blant annet med den begrunnelse at en person som ble fratatt sitt «föräldraansvar» kunne føle seg mer adskilt fra sitt barn enn en som blir fratatt «vårnaden» for barnet.

Etter föräldrabalken 6 kap. 3 § er begge foreldrene til barnet «vårnads-havare» og har «gemensam vårdnad» dersom de er gift, uansett om ekteskapet er inngått før eller etter barnets fødsel. Er foreldrene ikke gift ved barnets fødsel og de heller ikke gifter seg senere, får mor «vårnaden» alene.⁵ Imidlertid kan ugifte foreldre i forbindelse med registreringen av farskapet gi melding om «gemensam vårdnad» til «Socialnämnden», jf. föräldrabalken 6 kap. 6 §.

Etter föräldrabalken 6 kap. 11 § har «vårnads-havaren» rett og plikt til å treffe beslutninger som gjelder barnets personlige anliggender, men slik at man skal ta hensyn til barnets egne innspill i takt med dets utvikling og modenhet. «Gemensam vårdnad» er i utgangpunktet basert på at foreldrene klarer å bli enige om disse spørsmålene, jf. föräldrabalken 6 kap. 13 §. Det er riktignok forutsatt i praksis og forarbeider at den som har barnet boende hos seg, kan treffe beslutninger om den daglige omsorg uten samtykke fra den andre forelder.⁶ Men når det er tale om vesentlige og inngripende beslutninger må samtykke innhentes. I svensk teori er det blant annet antatt at vaksiner krever enighet/samtykke, mens samtykke ikke er

¹ Prop. 2005/06:99.

² Prop. 2005/06:99 s. 85-86.

³ Prop. 2005/06:99 s. 1-2.

⁴ Se SOU 1995:79 s. 69-73 og Prop. 1997/98:7 s. 37-38.

⁵ Det svenske justisdepartementet utredet i Ds 1999:57 spørsmålet om det bør innføres automatisk «gemensam vårdnad» for ugifte foreldre når det har gått tre måneder siden farskapet ble bekreftet, men det er ikke varslet noen lovendringer i nær fremtid på dette punkt.

⁶ Prop. 2005/06:99 s. 52: «Båda vårdnads-havarna kan inte heller förutsättas delta i alla de vardagliga avgöranden som måste träffas när det gäller vårnaden om barnet, t.ex. om mat, kläder og sovttider.»

nødvendig ved akutt medisinsk behandling.⁷ I SOU 2005:43 er spørsmålet behørig drøftet og eksempler fra praksis er oppsummert:

«Man får utgå frå att den vårdnadshavare som initierar vårdkontakten gör detta i samförstånd med den andra vårdnadshavaren. Men hälso- och sjukvården måste som regel samråda med den andra vårdnadshavaren om det finns någon särskild anledning att misstänka att denne inte samtycker till behandlingen eller om det är fråga om åtgärder av ingripande beskaffenhet för barnets framtid. (...)

Frågan om skyldighet att inhämta vårdnadshavares samtykke innan psykiatrisk behandling av ett minderårigt barn inleds har nyligen prövats av JO. I det aktuella fallet hade i remissen till barnpsykiatrin angetts att misstanke förelåg om kvinnomisshandel, barnmisshandel och sexuella övergrep. Frågan om psykiatrisk behandling torde, enligt JO, i ett sådant fall få anses vara av ingripande betydelse för barnets framtid. Endast om barnets bästa uppenbarligen kräver det, t.ex. på grund av att situationen är akut, kan hälso- och sjukvårdspersonalen underlåta att inhämta samtykke från den andra vårdnadshavaren. En särskild omständighet var dessutom att det var barnets pappa som misstänktes för misshandeln. Oavsett om det fanns grund för dessa misstankar eller ej kan man, enligt JO, med fog ifrågasätta om hälso- och sjukvårdspersonalen av det skälet kunnat underlåta att efterhöra hans inställning. Det fanns sålunda anledning för personalen att misstänka dels att det förelåg en intressekonflikt mellan barnets mamma och barnets pappa, dels att pappan kunde ha synpunkter på vilka insatser som skulle vidtas inom hälso- och sjukvården. Enligt JO:s mening var detta en sådan situation där personalen borde ha kontaktat pappan för att efterhöra hans inställning till planerade insatser (JO:s ämbetsberättelse 2003/04 s. 314).

Om föräldrarna inte kan komma överens i frågor som rör barnets personliga förhållanden och det finns en påtaglig risk för att barnets hälsa eller utveckling skadas, kan det med dagens regler alltså ytterst bli aktuellt för socialnämnden att besluta om åtgärder med stöd av LVU eller att väcka talan om ändring av vårdnaden enligt 6 kap. 7 § FB. En förälder kan naturligtvis också väcka talan om att vårdnaden skall tillkomma honom eller henne ensam. Finns det en risk för att barnet far illa om det inte får vård och behandling och den ena av vårdnadshavarna motsätter sig detta, kan det finnas anledning att ifrågasätta om den föräldern uppfyller

de krav som måste ställas på en vårdnadshavare. ...»⁸

Spørsmål om bopel og samvær fordrer åpenbart samtykke fra begge foreldre og kan prøves særskilt av domstolene. Ved andre vesentlige spørsmål, for eksempel knyttet til skolegang, helseundersøkelse og religionsutøvelse, er domstolsprøvelse i utgangspunktet avskåret. Klarer ikke foreldrene å bli enige om en avgjørelse som krever begges samtykke, vil ingen beslutning bli truffet og den ønskede endring ikke iverksatt.⁹ I SOU 2007:52 har man utredet problematikken omkring beslutningsmyndigheten ved «gemensam vårdnad» nærmere. Her er det blant annet foreslått at den ene «vårdnadshavaren» i unntakstilfelle og innenfor nærmere angitte områder, herunder i helse spørsmål, skal kunne treffe beslutning alene – men uten at man ellers innskrenker eller oppløser den «gemensame vårdnaden».¹⁰

Etter samlivsbrudd fortsetter «vårdnaden» å være «gemensam», om ikke en av foreldrene ønsker denne opphevet. Foreldrene kan avtale at en av dem skal ha «vårdnaden», men en slik avtale må godkjennes av «Socialnämnden». Bringes spørsmålet inn for domstolene, kan retten bestemme at den ene forelderen skal ha «vårdnaden» eller at det skal være «gemensam vårdnad» for barnet, jf. föräldrabalken 6 kap. 5 §. Retten kan imidlertid ikke idømme «gemensam vårdnad» dersom begge foreldrene motsetter seg dette. Ved vurderingen av om «gemensam vårdnad» skal idømmes skal det legges særlig vekt på om foreldrene er i stand til å samarbeide i spørsmål som berører barnet.¹¹

3.1.4 Bosted og samvær

Föräldrabalken 6 kap. 14a §, 15 § og 15a § gir regler om «barnets boende» og «umgänge», dvs. samvær. Foreldrene står fritt til å avtale hva som skal være barnets bosted og samværets omfang, men også en slik avtale må godkjennes av «Socialnämnden». I forbindelse med reformen i 1998 ble det innført regler som gjorde det mulig å bringe samværs- og bostedstvister inn for retten, uavhengig av spørsmålet om «vårdnad».

I Sverige har man ingen legaldefinisjon av vanlig samvær som i Norge, men foreldre kan be om «normalumgänge» som i praksis har utviklet seg til

⁷ T:FA 2003.151 C, Schiratzki 2002 s. 97-97 og Rejmer 2003 s. 143-144.

⁸ SOU 2005:43 s. 132-134.

⁹ Prop. 2005/06:99 s. 52. Siste utvei vil være å anlegge sak med krav om opphevelse av den «gemensame vårdnaden».

¹⁰ Se nærmere SOU 2007:52 s. 102 flg.

¹¹ Se nærmere Prop. 2005/06:99 s. 49-51.

å tilsvare annenhver helg, annenhver «storhelg», annenhver vinterferie og en viss periode i sommerferien. Sommerferiesamværet er normalt fire uker. Det blir stadig mer vanlig å supplere helgesamværet med en ettermiddag annenhver uke.

Domstolene i Sverige ble, som de eneste i Norden, ved reformen i 1998 gitt muligheten til å kunne idømme «växelvis boende», dvs. delt bosted, dersom dette var til barnets beste. Regelen fremgikk ikke av lovens ordlyd, men var forutsatt i forarbeidene.¹² I SOU 2005:43 ble det foreslått at muligheten for å kunne idømme «växelvis boende» skulle fremgå direkte av ordlyden i 6 kap. 14a §.¹³ I Prop. 2005/06:99 ble det besluttet å beholde dagens ordning med adgang for domstolene til å kunne idømme delt bosted selv om foreldrene ikke ønsker dette, men det ble ikke foreslått å gjøre noen endringer i lovens ordlyd.¹⁴

Sabotasje av samvær har de senere år vært gjenstand for en omfattende diskusjon i Sverige. I 1991 ble det besluttet å ta inn regler i föräldrabalken om at samværs sabotasje skal ha en særlig betydning i forhold til «vårdnads-» og bosteds-spørsmål, og dette er i dag videreført i föräldrabalken 6 kap. 8a §. Fra flere hold har det blitt tatt til ordet for at sanksjoner som for eksempel overføring av «vårdnad» bør være hovedregelen ved slike handlinger, men dette har foreløpig ikke fått gjennomslag på lovgivernivå.

3.2 Danmark

3.2.1 Generelt

Danmark har regler om foreldreansvar mv. i foreldreansvarsloven av 6. juni 2007, som trådte i kraft 1. oktober 2007. Bakgrunnen for loven er en innstilling fra et utvalg som ble nedsatt i 2002 for å vurdere om de gjeldende reglene om foreldremyndighet og samvær i tilstrekkelig grad ivaretok barnets behov. Utvalget avga i mai 2006 en omfattende rapport (Betænkning nr. 1475/2006 «Barnets perspektiv»), og den nye loven er i stor grad basert på de forslag som fremkom der.

3.2.2 Foreldremyndighet og bosted

Heller ikke i Danmark skilles det mellom foreldreansvar og bostedskompetanse – begge deler innehas av den av foreldrene som har «foreldremyndigheden» over barnet. Det har flere ganger blitt

drøftet om begrepet «foreldremyndighed» bør erstattes med «foreldreansvar» for klarere å få fram ansvarsaspektet, men senest i Betænkning nr. 1475/2006 er det – riktignok under dissens – konkludert med at blant annet hensynet til en innarbeidet bruk tilsier at man ikke bør foreta noen endring.¹⁵ Imidlertid fremkommer nå ansvarsbegrepet av tittelen på den nye loven.

Innholdet av «foreldremyndigheden» fremgår av loven § 2. Den som har «foreldremyndighed» kan treffe avgjørelser om barnets personlige forhold, herunder eksempelvis bopel, skolegang, legebehandling, religion og yrkesvalg. Den av foreldrene som ikke har del i «foreldremyndigheden» har kun begrensede rettigheter i forhold til barnet, herunder rett til samvær etter loven § 19 og rett til informasjon etter loven § 23.

Har begge foreldrene «foreldremyndighed», er det etter foreldreansvarsloven § 3 første ledd første punktum en forutsetning at de oppnår enighet om alle «væsentlige» beslutninger vedrørende barnet. Hva som er å anse som slike vesentlige forhold er verken angitt i lov eller forarbeider. Dette er begrunnet slik i forarbeidene:

«Udvalget finder ikke anledning til i lovteksten at eksemplificere, hvilke beslutninger, der er «væsentlige», idet dette efter udvalgets opfattelse ville lægge op til eventuelle modsætningslutninger. Udvalget er dog af den opfattelse, at spørgsmål om flytning til udlandet og væsentlige lægelige indgreb må antages at være nogle af de mest indgribende beslutninger i forhold til den af foreldrene, der ikke har barnet boende.»¹⁶

Etter § 3 første ledd andre punktum kan den forelderen som barnet bor hos treffe avgjørelser om «overordnede forhold i barnets daglige liv, herunder hvor i landet bopælen skal være.» Noen nærmere avgrensning av hva som er å anse som dagligdags forhold, fremgår ikke av loven.¹⁷ I Betænkning nr. 1475/2006 var man spesielt opptatt av adgangen til å kunne flytte med barnet:

«Udvalget er opmærksomt på, at en af de vigtigste foreldremyndighedsbeføjelser er adgan-

¹⁵ Betænkning nr. 1475/2006 s. 141.

¹⁶ Betænkning nr. 1475/2006 s. 161.

¹⁷ Det er i forarbeidene antatt at rammen for beslutninger av dagligdags karakter er snever når man nærmer seg avgjørelser av konfliktpreget karakter. Den såkalte «Familiestyrelsen» har i en konkret sak uttalt at den ene forelder uten den andres samtykke kan la barnet få alminnelig helseundersøkelse og behandling. Derimot krever for eksempel større kirurgiske inngrep eller behandling med kraftig medisin samtykke fra den andre. Se nærmere om kompetanseproblematikken i Betænkning nr. 1475/2006 s. 111-112 og s. 158-162.

¹² Prop. 1997/98:7 s. 56.

¹³ SOU 2005:43 s. 157 flg.

¹⁴ Prop. 2005/06:99 s. 53.

gen til at bestemme, hvor barnet skal bo. Således vil navnlig spørsmålet vedrørende barnets flytning indenlands udgøre et potentielt konfliktfelt mellom foreldrene og have ganske indgribende betydning for spørsmålet om den fortsatte kontakt med barnet. Alligevel er udvalget af den opfattelse, at en bopælsforælder bør have mulighed for at træffe bestemmelse om barnets flytning indenlands. Hensynet til denne forælders mulighed for fleksibilitet i forhold til sin livssituation i øvrigt – f.eks. jobskifte, nyt samlivsforhold og den øvrige families opholdssted – bør medføre, at der ikke kan kræves samtykke fra den anden forælder til en påtænkt flytning. (...)

Da en bopælsforælders flytning indenlands kan have store konsekvenser for samværet, har udvalget imidlertid overvejet, om der bør stilles særlige krav til bopælsforælderen i sådanne tilfælde. Udvalget har således overvejet en varslingsregel, hvorefter bopælsforælderen er forpligtet til i god tid inden flytningen at underrette den anden forælder herom. Samværsforælderen kunne på denne måde få mulighed for at forholde sig til den nye situation og træffe eventuelle foranstaltninger – f.eks. selv vælge at flytte eller anlægge sag om en ændret bopælsafgørelse – i god tid forinden flytningen. (...)

Et flertal i udvalget ... finder ikke, at der bør indføres en sådan regulering og skal navnlig pege på, at en sådan bestemmelse er forbundet med betydelige vanskeligheder i forhold til eventuelle formkrav, sanktionsmuligheder mv. Det kan endvidere diskuteres, om det i alle tilfælde er hensigtsmæssigt at pålægge bopælsforælderen en sådan varslingsfrist. I yderste tilfælde kan det således medføre, at en bopælsforælder ikke vil kunne takke ja til ønskejobbet med kort varsel, ikke vil kunne flytte i nærheden af syge familiemedlemmer for at varetage pasningen af disse mv.»¹⁸

Det ble likevel vedtatt en regel som forplikter en forelder å varsle om flytting inn- eller utenlands seks uker før selve flyttingen, jf. foreldreansvarsloven § 18.

Treffer den ene forelder en beslutning alene som den andre ikke er enig i, kan sistnevnte gjøre innsigelse mot disposisjonen, men det er ikke mulig å bringe tvisten inn for forvaltningen eller domstolene. Den eneste mulighet vil da være saksanlegg for å bringe den felles «foreldremyndighet» til opphør. Noen tilsvarende drøftelse som i Sverige¹⁹ om denne problematikken finnes ikke i Betænkning nr. 1475/2006, men det legges vekt på

at et utstrakt rådgivnings- og veiledningstilbud til foreldrene må antas å kunne løse mange konflikter knyttet til den felles «foreldremyndighet».

Spørsmålet om hvor barnet skal bo kunne etter tidligere dansk rett ikke bringes inn særskilt for domstolene – man var da henvist til å anlegge søksmål om foreldremyndigheten. I Betænkning nr. 1475/2006 ble det foreslått at bostedsspørsmålet skulle kunne prøves særskilt av domstolene,²⁰ og dette er nå fulgt opp i foreldreansvarsloven § 17.

Gjennom de senere års rettsutvikling i Danmark er foreldres – både gifte og ugifte – muligheter for å ha felles «foreldremyndighet» blitt styrket, og i dag er utgangspunktet at den felles «foreldremyndighet» fortsetter selv om foreldrene opphever samlivet. Gifte foreldre har automatisk felles «foreldremyndighet». Ugifte må fylle ut og få godkjent en omsorgs- og ansvarserklæring for å få felles «foreldremyndighet», jf. foreldreansvarsloven § 7 sml. § 9. Foreldreansvarsloven §§ 6 og 7 åpner nå for at det i visse situasjoner, hvor foreldrene har bodd sammen eller vært gift før barnets fødsel, kan etableres felles «foreldremyndighet» allerede ved fastslåing av farskapet. Det dreier seg om tilfeller hvor foreldrene har eller har hatt felles folkeregisteradresse de siste 10 måneder før barnets fødsel, de har vært gift de siste 10 måneder før barnets fødsel, eller de var separert på tidspunktet for barnets fødsel.

Danske domstoler kunne tidligere ikke fastsette at foreldrene skulle ha felles «foreldremyndighet» dersom en av foreldrene motsatte seg dette. I Betænkning nr. 1475/2006 gikk imidlertid flertallet inn for at domstolene skulle gis adgang til å kunne idømme felles «foreldremyndighet» mot foreldrenes ønske,²¹ og foreldreansvarsloven § 11 bestemmer nå at retten både kan fastsette «foreldremyndighet» mot foreldrenes vilje og at det må foreligge «tungtvejende grunde» før en felles «foreldremyndighet» kan oppheves.

Heller ikke i Danmark har man noen legaldefinisjon på hva som er «vanlig» samvær, men det alminnelige utgangspunkt i dansk rettspraksis er samvær annenhver helg fra fredag kveld til søndag kveld, etter anmodning en ettermiddag annenhver uke eventuelt med overnatting, noen dager i julen og påsken, samt en til to uker i sommerferien. I de senere år har det foregått en utvidelse av samværets omfang i avgjørelsene, og det gjøres en mer individuell vurdering enn tidligere.

¹⁸ Betænkning nr. 1475/2006 s. 158-160.

¹⁹ Se SOU 2007:52.

²⁰ Betænkning nr. 1475/2006 s. 155-156.

²¹ Betænkning nr. 1475/2006 s. 144-154.

3.2.3 Særlig om delt bosted

I Danmark er det ikke adgang for foreldrene til å avtale delt bosted, foreldrene må bli enige om ett fast bosted for barnet. I Betænkning nr. 1475/2006 kom man til at heller ikke domstolene skulle gis adgang til å kunne idømme delt bosted:

«Flertallet har overvejet, om der også bør gives domstolene mulighed for at træffe afgørelse om delt bopæl – dvs. bestemme, at barnet skal bo halvdelen af tiden hos hver af forældrene med de rettigheder og pligter, det vil medføre at være bopælsforælder, jf. også afsnit 6.4.3. Flertallet mener dog ikke, at dette bør være en mulighed for domstolene, idet udvalget finder, at en delt bopæl kræver en høj grad af samarbejde mellem forældrene. Det indebærer i øvrigt en række problemstillinger i forhold til anden lovgivning (f.eks. folkeregisteradresse og sociale ydelser), hvis regulering falder uden for udvalgets kommissorium. I tilfælde af uenighed mellem forældrene finder flertallet således, at det er bedst for barnet, at det er tydeligt, hvor barnet har sin faste base.

Endvidere finder flertallet, at der for så vidt angår kontakten med forældre bør være tale om smidige løsninger – løsninger, der hurtigt og nemt kan justeres i forhold til barnets alder og livssituation. Flertallet skal pege på, at der allerede i dag i forbindelse med fastsættelse af samvær i særlige tilfælde er mulighed for at fastsætte et samvær på 6 ud af 14 dage, og at dette samvær – i modsætning til en afgørelse om bopæl – løbende kan ændres administrativt i forbindelse med barnets ændrede behov. Hertil kommer, at udvalget heller ikke generelt kan anbefale en mulighed for at fastsætte deciderte deleordninger (dvs. ordninger hvor barnet har samvær med en forælder halvdelen af tiden. ...)²²

Flertallets synspunkt ble fulgt av Folketinget, og foreldreansvarsloven § 17 stenger for idømmelse av delt bosted.

Både forut for og under vedtakelsen av foreldreansvarsloven var det imidlertid bred politisk enighet om at loven likevel burde åpne for samværsordninger der barnet bor like mye hos hver av foreldrene.²³ Etter § 19 er foreldrene nå pålagt et felles ansvar for at barnet får samvær med begge foreldre, og etter § 21 kan samværet fastsettes helt opp til halvparten av tiden.

²² Betænkning nr. 1475/2006 s. 156-157.

²³ Jf. blant annet «Politisk aftale om forslag til lov om foreldreansvar» av 10. desember 2006 s. 1.

3.3 Finland

Finland har regler om foreldreansvar mv. i lov om vårdnad om barn og umgängesrett av 8. april 1983.²⁴ Også i Finland anvendes begrepet «vårdnad» med noenlunde samme innhold som i Sverige mht. foreldrenes rettigheter og plikter. «Vårdnads» innhold er angitt i lovens 1 § og 4 §, men er verken uttømmende eller detaljert angitt.²⁵

Gifte foreldre har «gemensam vårdnad» fra barnets fødsel, og dette gjelder uansett om ekteskapet er inngått før eller etter barnets fødsel.²⁶ For ugifte foreldre gjelder som utgangspunkt at mor har «vårdnaden» alene.²⁷ Det er imidlertid mulig å endre dette ved avtale mellom foreldrene. Avtalen må godkjennes av «Socialnämnden» og har virkning som en dom. Ved godkjennelsen skal det tas hensyn til barnets beste og eventuelt dets egne ønsker.²⁸ Klarer ikke foreldrene å inngå avtale om «gemensam vårdnad», må det anlegges søksmål for domstolene.²⁹

Den «gemensame vårdnaden» fortsetter etter et samlivsbrudd eller en skilsmisse, med mindre foreldrene avtaler noe annet eller spørsmålet bringes inn for domstolene. En avtale om «vårdnad», bopel eller samvær må godkjennes av «Socialnämnden».

I Finland har domstolene adgang til å beslutte «gemensam vårdnad» mot den ene forelders ønske, dersom hensyn til barnets beste tilsier dette. Forarbeidene til 1983-loven³⁰ legger imidlertid til grunn at dette vil være en unntaksregel som forutsetter at foreldrene kan samarbeide tilfredsstillende.

Selv om foreldrene har «gemensam vårdnad», er det etter finsk rett en vid adgang for domstolene til å treffe avgjørelser om innholdet i «vårdnaden». I tillegg til å treffe avgjørelse om bopel og samvær, kan retten etter 1983-loven § 9 fastsette hvem av foreldrene som skal ha beslutningsmyndighet i enkeltspørsmål de ikke klarer å oppnå enighet om. Typisk vil det her være tale om beslutninger knyttet til skole, barnehage, helse, flytting, religion og navn.³¹

I Finland er samværsomfanget i all hovedsak standardisert, selv om domstolene i prinsippet avgjør dette etter skjønn. Standardmodellen kan

²⁴ For en mer detaljert oversikt over finsk rett, se Betænkning nr. 1475/2006 s. 133-136.

²⁵ Se nærmere Danielsen 2003 s. 60-61.

²⁶ Se nærmere Danielsen 2003 s. 83.

²⁷ Se nærmere Danielsen 2003 s. 89.

²⁸ Se nærmere Danielsen 2003 s. 92.

²⁹ Se nærmere Danielsen 2003 s. 95.

³⁰ Proposition nr. 224 år 1982.

³¹ Se nærmere Danielsen 2003 s. 104 med videre henvisninger.

bare brukes dersom den passer til familiens forhold. Det typiske samværet er annenhver helg fra fredag kveld til søndag kveld, annenhver jul og påske eller et par dager i disse høytidene, samt en eller to uker i sommerferien. Avgjørelsene kan også omfatte fødselsdager eller andre merkedager. Det legges også vekt på at det skal være hverdagssamvær.

Foreldrene kan etter finsk rett avtale at barna skal bo like mye hos hver av foreldrene, men domstolene kan ikke treffe avgjørelse om delt bosted. I motsetning til de øvrige nordiske land, har det i Finland ikke vært noen større rettspolitiske drøftelser om domstolene bør gis en slik kompetanse.³² I det hele innehar den finske loven en særstilling i nordisk sammenheng ved at den har gjennomgått vesentlig færre endringer og reformer de senere årene enn de øvrige nordiske land.³³

3.4 Island

I Island finnes reglene om forholdet mellom barn og foreldre i barneloven nr. 76 av 27. mars 2003. Loven erstatter tidligere lover av hhv. 1981 og 1992.³⁴

Reglene om «foreldremyndighet» er angitt i lovens § 28, og inneholder – som i Norge – elementer av både rettigheter og plikter for foreldrene i forhold til barnet. Bestemmelsen er ikke uttømmende, men har likevel en relativt høy detaljgrad. «Foreldremyndigheten» omfatter både foreldreansvaret og bostedskompetansen.³⁵

Er foreldrene gift med hverandre, har de felles «foreldremyndighet» over barnet fra fødselen.³⁶ Det samme gjelder ved såkalt registrerte samlivsforhold, en ordning Island er alene om å praktisere i Norden.³⁷ For barn av foreldre som ikke er gift

med hverandre og heller ikke har bodd sammen i registrert samliv har mor «foreldremyndigheten» alene. I likhet med de andre nordiske land, kan foreldrene imidlertid avtale felles «foreldremyndighet» eller reise sak om spørsmålet ved domstolene. En avtale om foreldremyndighet må godkjennes av «Sysselmannen». Godkjennelse skal nektes dersom avtalen er i strid med barnets beste.³⁸

I følge den islandske barneloven § 31 skal det ved separasjon og skilsmisse alltid tas stilling til «foreldremyndigheten», og dette krav gjelder også ved opphør av et registrert samliv. Island skiller seg i så måte fra de øvrige nordiske land, hvor «foreldremyndigheten» i utgangspunktet ikke påvirkes av et samlivsbrudd.³⁹

Foreldrene kan avtale at de fortsatt skal ha felles «foreldremyndighet», eller at en av dem skal ha denne alene. Ved uenighet må tvisten bringes inn for domstolene, men retten kan ikke avsi dom for felles «foreldremyndighet» dersom en av foreldrene motsetter seg dette. Dette innebærer at et saksanlegg om «foreldremyndigheten» automatisk vil oppløse en eventuell felles «foreldremyndighet».

Det er heller ikke mulig for foreldrene å få domstolene til å løse andre spørsmål under «foreldremyndigheten», for eksempel spørsmål om bosted.⁴⁰ Unntak gjelder for spørsmålet om samvær. Ved lovendringen i 2003 ble det gitt adgang til å trekke inn samværsspørsmålet under en tvist om «foreldremyndigheten» – i stedet for å måtte rette henvendelse til «Sysselmannen» om dette i ettertid, slik den opprinnelige ordningen var. Heller ikke i Island har man noen legaldefinisjon av vanlig samvær, men etter praksis er det vanligst med samvær fra fredag kl. 18 til søndag kveld eller mandag morgen. Samvær på hverdagene er ikke vanlig. Tre til fire ukers sommerferiesamvær samt noen dager i høytidene er alminnelig.

³² Se nærmere Danielsen 2003 s. 194.

³³ Se nærmere Danielsen 2003 s. 45.

³⁴ For en mer detaljert oversikt over islandsk rett, se Betænkning nr. 1475/2006 s. 137-139.

³⁵ Se nærmere Danielsen 2003 s. 61-62.

³⁶ Se nærmere Danielsen 2003 s. 83.

³⁷ Mer om registreringsordningen, se Danielsen 2003 s. 88-89.

³⁸ Se nærmere Danielsen 2003 s. 92.

³⁹ Se nærmere Danielsen 2003 s. 84-85.

⁴⁰ Se nærmere Danielsen 2003 s. 105.

Kapittel 4

Noen utgangspunkt

Som det fremgår av mandatet, skal utvalget vurdere endringer i barneloven knyttet til foreldreansvar, bosted og samvær. Et grunnleggende premiss for utvalgets arbeid er at eventuelle endringer i loven skal ha som perspektiv at begge foreldre er å anse som like viktige for barnet og at man skal søke å støtte opp om en utvikling der begge foreldres tid, ansvar og omsorg og medbestemmelse over viktige sider ved barnets liv står sentralt. Et annet grunnleggende premiss for utvalgets arbeid er barnets beste. Etter FNs barnekonvensjon artikkel 3 (1), som er gjennomført i norsk rett,¹ skal barnets beste være et grunnleggende hensyn ved alle handlinger vedrørende barn enten de er foretatt av offentlige eller private velferdsorganisasjoner, domstoler, administrative myndigheter eller lovgivende organer. Barnets beste er også et grunnhensyn i norsk barnerett – se nærmere om dette nedenfor i kapittel 6.

Det ligger implisitt i mandatet at eventuelle lovendringer som foreslås skal støtte opp om en samfunnsutvikling mot et mer likestilt foreldreskap. Ved tidligere revisjoner av barnelovens bestemmelser om foreldreansvar, barns bosted og samvær med sine foreldre er det åpnet nye muligheter for involvering fra begge foreldre, selv om disse ikke lever sammen. Det gjelder for eksempel adgangen til å avtale felles foreldreansvar også for foreldre som ikke har bodd sammen og praktisk gjennomføring av ordninger med delt fast bosted og felles beslutningsmyndighet. Dette avspeiler samfunnsutviklingen i retning av at begge foreldre deltar i den praktiske omsorgen for sine barn. Utvalget skal ta stilling til om endringer i loven kan åpne flere muligheter for en slik utvikling i retning av likestilling mellom foreldre.

Det er også naturlig å vurdere om barneloven utover dette kan ha en normdannende og påvirkende funksjon i samfunnet for alle foreldre som skal fatte sine avgjørelser om organisering og utføring av omsorg. Men det kan være delte meninger om i hvilken grad man bør legge slike føringer i lovverket, eventuelt hvor tydelige disse bør være. Forut for nedsettelsen av nærværende utvalg

uttalte statsråden i Barne- og likestillingsdepartementet i brev av 8. februar 2006 til familie- og kulturkomiteen på Stortinget at man tok sikte på å gjennomgå barneloven for å vurdere om loven i tilstrekkelig grad ivaretok barnets beste og likestilling mellom foreldrene. I juridisk teori har et slikt synspunkt til dels blitt kritisert:

«... Etter vårt syn er det ikke plass til likestillingshensyn ved siden av barnets beste hverken i saker om hvor barnet skal bo ved samlivsbrudd, eller i saker om samværsrett. Det gjelder både i avgjørelsen av enkeltsaker og ved utforming av lovbestemmelser. Når det er ønskelig med best mulig samlet foreldrekontakt med begge foreldre, er det fordi dette er til barnets beste, ikke av hensyn til likestilling mellom foreldrene.»²

Et lignende standpunkt ble lagt til grunn ved utarbeidelsen av ekteskapsloven av 1991 da Ekteskapslovutvalget uttalte i tilknytning til likestillings- og fellesskapsdebatten at man burde være varsom med å bruke ekteskapslovgivningen som påvirkningsfaktor mht. å få flere kvinner ut i inntektsgivende arbeid.³

Nærværende utvalg mener at man også på barnerettens område må være forsiktig med å forsere endringer i samfunnsoppfatningen gjennom lovgivning. Når det er sagt, er det selvsagt åpenbart at lovverket heller ikke må hindre en utvikling som de personer som berøres finner hensiktsmessig.

Det er utvalgets klare oppfatning at en eventuell normdanning og påvirkning via lovgivningen må skje i lys av hva som er til beste for barnet. At noen foreldre ut fra en rettighetsorientering vil mene at loven bør fremme en større deling av foreldreskapet, kan ikke tillegges avgjørende vekt dersom dette ikke er i samsvar med barnets beste. Politiske likestillingshensyn kan ikke være førende for de løsninger som velges dersom dette vil medføre en utvikling som ikke tjener barnets interesser. I den konkrete sak kan likestillingshensyn likevel indirekte få avgjørende vekt ettersom like stor kontakt med begge foreldrene ofte vil være til barnets beste.

¹ Se vedlegg 2 avsnitt 2.

² Smith og Lødrup 2006 s. 165.

³ Se NOU 1987: 30 s. 23.

Det er grunn til å understreke lovreglenes flerfoldige funksjon. De aktuelle bestemmelsene i barneloven skal både være rettslige grunnlag for å løse oppståtte konflikter og ha en preventiv funksjon. Ut over dette vil ordbruken i lovteksten også ha en signaleffekt og bidra til å forme oppfatninger blant de som berøres. Endringen fra «foreldremyndighet» til «foreldreansvar» ved vedtakelsen av barneloven i 1981 ble dels begrunnet med at foreldrenes plikter overfor barna dermed ble skjøvet i forgrunnen, og dels motivert ut i fra et ønske om å unngå ordene «myndighet» og «makt».⁴ Endelig vil begrepsbruken i barneloven ha refleksvirkninger overfor annen lovgivning. Hvor barnet bor fast har for eksempel en rekke rettslige konsekvenser når det gjelder skatte- og trygdespørsmål, i tillegg til at dette har betydning både ved tildelinger og inngrep etter barnevernloven.

De aller fleste foreldre søker fornuftige og gode løsninger for barna ved samlivsbrudd uavhengig av lovens utforming. Meklingsordninger er tilgjengelig for dem, ordninger som bidrar både til å confirmere deres egne valg og til å løse konflikter. I dette helhetsbildet er det viktig å se lovens begrensninger: Uansett hvordan man utformer lovverket, vil det forekomme enkeltpersoner som vil sette sine egne interesser foran barnet. Det kan for eksempel være at en forelder søker å hindre at den andre forelder får utviklet et naturlig forhold til barnet, eventuelt forsøke helt å avskjære kontakt mellom barn og forelder. En lov kan aldri hindre at slike forhold gjør seg gjeldende. Utfordringen for lovgivningen er å søke å utforme et verktøy som gjør at slike standpunkter og holdninger ikke medfører at barn avskjæres kontakt med begge foreldre der dette er til beste for barnet. Reglene om tvangsfullbyrdelse av samvær og muligheten for å endre barnets bosted kan være virkemidler i så måte.

Utvalget vil også fremheve at barneloven er en generell lov som legger rammer for alle som har barn i samfunnet. Noen foreldre har et konservativt syn på så vel barneoppdragelse som på spørsmål knyttet til hvor barnet skal bo etter samlivsbrudd. Så lenge slike holdninger ligger innenfor det som kan forsvares ut fra hva som er til beste for barnet,⁵ bør lovgiver unngå å favorisere et bestemt livssynsperspektiv, jf. også forbudet mot diskrimi-

nering i Barnekonvensjonen artikkel 2. Barneloven vil dessuten gjelde for så vel de familier som har en mor og en far som de som har to fedre eller to mødre. Barneloven skal legge til rette for at barnets beste skal gjelde uansett hvilken familieform barnet vokser opp i. I diskusjonene nedenfor bruker utvalget fra tid til annen begrepet «mor og far», men problemstillingen vil være den samme om saken gjelder to fedre eller to mødre.

I noen tilfeller kan domstolenes vektlegging av foreldrenes livssyn eller legning i barnefordelings- eller samværstvister også aktualisere spørsmål om foreldrenes rettigheter. EMD har i flere avgjørelser konstatert brudd på EMK artikkel 8 når medlemsstaten har vektlagt slike hensyn i vurderingen av barnets beste og hvilken forelder som skal ha omsorgen.⁶

Spørsmålet om minoriteters forhold til barne-lovgivningen er ikke viet særlig oppmerksomhet i utvalgets mandat. Ut fra de tidsrammer som er lagt for utvalgets arbeid har man ikke funnet å kunne gå særskilt inn på om de løsninger som i dag måtte anses som naturlige kunne fått en annen løsning ut fra en annen kulturell kontekst. Når utvalget ikke har funnet den manglende fokuseringen på at man i Norge i dag har et flerkulturelt samfunn problematisk, er dette begrunnet i Barnekonvensjonen artikkel 3 (1), jf. artikkel 9 (1) som må være en overordnet norm for de avgjørelser som skal treffes vedrørende barn: Selv om man har et generelt lovverk som legger rammene for de beslutninger som skal tas, vil de individuelle avgjørelser være styrt av hva som er til beste for barnet. Så lenge det rettslige rammeverket for øvrig ikke favoriserer verdiene til en etnisk gruppe i samfunnet, kan ikke utvalget se at det er betenkelig at man ikke har vurdert lovgivningen ut fra ulike etniske og kulturelle perspektiv.

For øvrig har utvalget i tråd med føringene i mandatet særlig sett hen til de løsninger som er valgt i de øvrige nordiske land. Lovgivningen på barnerettens område har nylig vært revidert både i Sverige og Danmark. Ut fra de historiske og kulturelle likheter mellom de nordiske land vil vurde-

⁴ Se Smith og Lødrup 2006 s. 97 med henvisning til forarbeidene.

⁵ For eksempel vil bruk av fysisk vold i barneoppdragelsen ligge klart utenfor de rammer som samfunnet kan tolerere, selv om dette skjer ut fra et verdisyn på barneoppdragelsen jf. også Barnekonvensjonen artikkel 19 som pålegger staten å iverksette tiltak for å beskytte barn mot blant annet vold. Se for øvrig Rt. 2005 side 1567 om foreldres fysiske refselse overfor barn.

⁶ Se blant annet Hoffmann mot Østerrike, klagenr. 12875/87, dom av 23. juni 1993, Serie A 255-C (far var tilkjent omsorgen og et bærende element i de nasjonale domstolers avgjørelse var at mor var medlem av Jehovas vitner, noe som representerte en krenkelse av artikkel 8, sammenholdt med artikkel 14) og Mouta mot Portugal, klagenr. 33290/96, dom av 21. des. 1999, RJD 1999-IX (mor tilkjent foreldreansvaret og et sentralt moment ved de nasjonale domstolers vurdering var fars homoseksuelle legning, noe som representerte en krenkelse av art. 8, sammenholdt med art. 14). Fra hjemlig praksis, se Rt. 1993 side 998, Rt. 1994 side 992 og Rt. 1996 side 420. I alle tre avgjørelsene hadde den ene av foreldrene tilknytning til Jehovas vitner.

ringer foretatt her kunne ha en særlig overføringsverdi til det norske lovgivningsarbeidet. I tillegg har utvalget sett hen til de anbefalinger som er gitt av The Commission on European Family Law (CEFL) vedrørende foreldreansvar mv. fra 2007.

CEFL er en ekspertkomité med medlemmer fra 26 europeiske land, med det formål å formulere felles prinsipper som kan være egnet til å fremme en harmonisering av familieretten i Europa.

Kapittel 5

Begrepsbruken i barneloven

5.1 Er barneloven kjønnsnøytral?

Bortsett fra regelen i barneloven § 35 første ledd, som i visse tilfelle gir mor foreldreansvaret alene, er innholdet i barnelovens regler om foreldreansvar, bosted og samvær kjønnsnøytralt. Dette hindrer imidlertid ikke at det kan forekomme kjønns-skjevhet i praktiseringen av barneloven. Både kulturelle forhold, kjønnsstereotype forestillinger og språkbruken i barneloven kan føre til dette.¹ Siden utvalget skal ta utgangspunkt i at begge foreldre er like viktige for barnet og man skal vurdere lovens utforming for om mulig å finne grunnlag for endringer for å tydeliggjøre et slikt likeverd, må man også se på disse aspekter ved lovens funksjon.

Barneloven har på mange måter sitt opprinnelige utspring i et samfunn hvor menn var forsørger og kvinner ble forsørget. I dag er de aller fleste familier «toforsørgerfamilier». Det vil si at man ikke i samme grad bør basere seg på et lovverk som tar utgangspunkt i en ulik situasjon mellom kvinner og menn. Likevel er det et faktum at flere kvinner enn menn er lavtlønnede og kan trenge stønad i en periode etter en skilsmisse. Dette kan man ikke se bort fra, selv om antallet er synkende.

Mange av de forhold som virker inn på forskjeller i lønnsinntekten til henholdsvis kvinner og menn, ligger utenfor dette utvalgs muligheter for å påvirke. Innenfor det utvalget er bedt om å vurdere, kan det imidlertid allerede her pekes på at økonomiske ordninger i etterkant av en skilsmisse kan gjøres behovsprøvd, eller de kan fordeles i en periode mellom foreldrene så lenge begge foreldrene har foreldreansvar. Det vil si at både ordningen med skatteklasser 2 og utvidet barnetrygd kan følge slike betraktninger. Utvalget kommer tilbake til enkelte vurderinger knyttet til økonomiske spørsmål i kapittel 13 nedenfor. I denne forbindelsen vil utvalget fremheve at en endring av begrepene i barneloven, ikke uten videre behøver å medføre omfattende endringer i stønadsordninger som i dag er knyttet opp mot de eksisterende begreper.

¹ Haga m.fl. 2006 s. 29 flg.

5.2 Begrepene «fast bosted» og «samvær»

Det har blitt hevdet at selv om barneloven i seg selv er kjønnsnøytral, praktiseres den kjønnet gjennom begrepsparet «fast bosted/samvær» i omtalen av barnefordeling etter samlivsbrudd, og at loven på denne måten legger opp til at foreldrene kan bli delt i to grupper: De som barnet bor hos og de som har samværsrett.² En undersøkelse foretatt i 2004 viser at barn etter samlivsbruddet bor fast hos mor i over 80 % av tilfellene og at far har samværsrett.³ Det kan derfor anføres at barnelovens begreper fungerer dårlig i forhold til et prinsipp om at begge foreldre er like viktige for barnet. At begrepet «bosted» brukes fremfor «daglig omsorg», kan bidra til å nøytralisere kjønns-spesifikke forskjeller. Spørsmålet er derfor om begrepsparet «fast bosted» og «samvær» bør fjernes fra barneloven.⁴

I de tilfeller man har avtalt eller etablert en ordning med et fast bosted, men slik at den andre har samværsrett, vil dette oppfattes som om barnet bor fast hos den ene av foreldrene selv om den andre forelderen har opp mot 50 % samvær. Grunnen er at barneloven § 37 gir den forelderen barnet bor fast hos rett til alene å treffe viktige beslutninger om barnet, for eksempel om hvor i landet barnet skal bo. Dette kan føre til en maktforskyving mellom foreldrene som i praksis ikke har noe med mengden av samvær å gjøre. Denne konsekvensen av begrepsbruken kan avdempes ved å legge flere ansvarsbeføyelser (hvor i landet barnet skal bo og større avgjørelser om dagliglivet) inn under foreldreansvaret. Foreldreansvaret er i dag ukontroversielt og deles i de fleste tilfeller av begge foreldrene. En slik løsning kunne tatt bort noe av striden rundt fast bosted. På den andre siden kunne man tenke seg at en endring av innholdet i foreldreansvaret flyttet striden over til spørsmålet om felles foreldreansvar.

² Haga m.fl. 2006 s. 33 flg.

³ En spørreundersøkelse blant foreldre etter samlivsbrudd viser at barna bor fast hos mor i 82 % av tilfellene og hos far i 8 % av tilfelle. I de resterende 10 % av tilfellene har barna delt bosted, jf. Kitterød 2005 s. 37.

⁴ Haga m.fl. 2006 s. 59-61.

En annen mulighet er å endre loven slik at barnet har fast bosted hos begge foreldrene så lenge begge foreldrene praktiserer et visst samvær med barnet, for eksempel minimum det som i dag omtales som «vanlig» samvær. Da vil man også kunne løse konfliktpotensialet som ligger i barneloven § 37. Samtidig får man fram at begge foreldrene er like viktige, selv om barnet bor mer hos den ene forelder. Konsekvensene av dette kunne vært at hvis en av foreldrene velger å flytte utenfor en viss avstand, slik at et definert minimum av samvær vanskelig lar seg praktisere, vil barnet få fast bosted hos den av foreldrene som blir boende.

Samværsbegrepet står i relasjon til begrepet «fast bosted». Hvis man endrer definisjonen og rammen rundt begrepet bosted, vil også mange av de innvendinger som knytter seg til begrepet samvær kunne bli løst. Samvær er et av de begrepene som særlig er antatt å kunne fungere kjønnet, i den forstand at det er langt flere samværsfedre enn samværs mødre, og som dermed gir rom for kjønne praktiseringer av loven i meklingssituasjon og ellers i samfunnet.⁵ En ytterligere ulempe med begrepet er at det også brukes i andre sammenhenger, for eksempel samvær etter barnevernloven. Samvær brukes dessuten også i relasjonen mellom barn og andre nære omsorgspersoner enn foreldrene, jf. barneloven § 45. Det kan hevdes at man bør ha et annet ord for regelmessig omgang mellom barn og biologiske foreldre.

Dersom man går inn for å fjerne begrepet samvær, må store deler av kapittel 6 i barneloven innarbeides i andre kapitler – fortrinnsvis i kapittel 5 om foreldreansvar. Men siden kapittel 6 også omhandler samvær med andre enn foreldrene kan det tenkes at begrepet samvær kan opprettholdes i andre relasjoner enn mellom foreldrene. Det vil medføre at man lager et skille mellom foreldrene som barnet bor hos og som har felles foreldreansvar, og avtalte omsorgsordninger for barnet og andre enn foreldrene som kan ha samvær på forskjellig vis, se for eksempel barneloven § 45. Dermed har man skapt en samhengighet og likeverd i omtalen av foreldrene på den ene siden og andre mulige omsorgsgivere på den andre siden.

Til tross for innvendingene som er rettet mot begrepsparet «fast bosted/samvær», har ikke utvalget funnet grunn til å foreta noen endringer. Lovens oppdeling av foreldres omsorg for barn til å omfatte ansvar, bosted og samvær, med tilhørende bestemmelser av hva som er lovens utgangspunkt og hva foreldre har anledning til å avtale, er egnet til å drive en utvikling i retning av større like-

stilling mellom foreldre. Det er derfor en fordel at begrepene er vel kjente for de som berøres, slik at de kan være egnede redskaper for å finne løsninger der de to foreldrene samtidig vurderer hva som kan være til barnets beste og hva som er praktisk gjennomførbart for dem. Dermed fyller begrepene i mange tilfeller en reell funksjon. Noen par som skiller lag finner det ønskelig at barnet skal bo fast hos den ene av foreldrene, samtidig som den andre av foreldrene er aktivt involvert i den totale omsorgen for barnet. Tar man bort begrepet samvær, vil man i realiteten fjerne et begrep som dekker en løsning som noen foreldre ønsker. Samvær kan utvides, og samværsbegrepet er også positivt ladet ved at det henspiller på hva som faktisk skjer mellom barn og foreldre. Den generelle tendensen for det store flertall av foreldre som selv avtaler sine løsninger, er at andelen fedre som har samvær øker, og det gjør også omfanget av samværet.⁶ Når det gjelder begrepet «vanleg samværsrett», kommer utvalget tilbake til dette nedenfor i kapittel 9.

5.3 Begrepet «foreldreansvar»

Begrepet «foreldreansvar» reflekterer etter utvalgets syn på en god måte innholdet i relasjonen mellom et barn og dets opphav. Foreldre har en grunnleggende plikt til å sørge for barnet, gjennom underhold, omsorg og på andre måter. Tilknyttet denne plikten ligger også en juridisk kompetanse til å bestemme over barnet, og det er denne funksjonen som står sentralt i barnelovens bruk av begrepet. Utvalget kan ikke se at det er kommet fram momenter som tilsier at dette begrepet bør skiftes ut og erstattes med noe nytt. Et annet spørsmål er hvilke avgjørelser på barnets vegne som skal treffes av den eller de som har foreldreansvaret, og utvalget kommer tilbake til dette i drøftelsene nedenfor i kapittel 7.

5.4 Begrepet «delt bosted»

Etter barneloven § 36 kan foreldre avtale såkalt «delt bosted». Utvalget mener at «bosted» i denne sammenheng alt i alt er et funksjonelt begrep. Ordet gir assosiasjoner til hvor barnet tilbringer en stor del av sin tid. Problemet blir hvilket ord man skal bruke som tillegg til «bosted» når barnet tilbringer omtrent like mye tid hos hver av foreldrene. I barneloven § 36 heter det at foreldrene kan avtale at barnet skal «bu fast hos begge», mens

⁵ Haga m.fl. 2006 s. 36 flg.

⁶ Se ovenfor i kapittel 2.7.

man i dagligtale gjerne taler om «delt» bosted. I dag er det en underforstått betydning av «bo fast hos begge» eller «delt bosted» at barnet tilbringer om lag like mye tid hos begge foreldrene. Foreldrene står imidlertid fritt til å avtale en annen tidsmessig fordeling enn dette, for eksempel 60/40. Utvalget har vurdert om «fordelt» bosted kunne vært et bedre uttrykk, ettersom delt bosted inne-

bærer at foreldrene deler på de rettighetene/forpliktelsene som følger med at barna har bolig hos begge, men uten at barnet nødvendigvis er like mye hos begge foreldrene. Utvalget har imidlertid blitt stående ved at dette uttrykket ikke i tilstrekkelig grad bringer noe nytt og dermed gir grunn til å endre det – tross alt – innarbeidede begrep «delt bosted».

Kapittel 6

Barnets beste

6.1 Innledning

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.¹

Barnets beste er imidlertid et mangfoldig begrep og har avstedkommet mye diskusjon knyttet til den nærmere fortolkningen.² 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. Illustrerende er de to seneste offentlige utredningene i Sverige og Danmark om forholdet mellom barn og foreldre, hvor man gjennomgående har lagt til grunn barnets perspektiv som utgangspunkt for drøftelsene. Fra den danske utredningen i Betænkning nr. 1475/2006 hitsettes:

«Udvalget har gjort sig en række overvejelser om, hvordan barnets perspektiv kan styrkes i sager om forældremyndighed og samvær. Udvalget skal ifølge kommissoriet tage stilling til, hvordan kriteriet «barnets bedste» kan tyde-

liggøres, når myndighederne træffer afgørelse om, hvordan høringsreglerne i lov om forældremyndighed og samvær kan tilpasses høringsreglerne i den sociale lovgivning, hvordan samtaler med børn gennemføres bedst muligt, og hvordan oplysninger fra samtalen behandles og videreformidles. Udvalget skal også tage stilling til, hvordan barnets perspektiv yderligere kan styrkes, og om børn bør tillægges en mere selvstændig rolle end i dag, herunder i relation til partsstatus, klageadgang og mulighed for at rette henvendelse til myndighederne. Udvalget har herudover overvejet, hvordan barnets perspektiv kan komme tydeligere frem i domstolenes behandling af sager om forældremyndighed.»³

Fra sammenfatningen i den svenske utredningen i SOU 2005:43 hitsettes:

«Redan i dag gäller att barnets bästa skall komma i främsta rummet vid alla beslut som rör vårdnad, boende och umgänge (6 kap. 2 a § första stycket FB). Att det är barnets bästa som skall stå i fokus när det gäller dessa frågor är självklart. Det är barnets tillvaro och framtid som regleras. Men det har riktats kritik mot domstolar och socialnämnder som går ut på att det ibland mera är föräldrarnas intressen som tillgodoses än barnets. Visserligen förhåller det sig ofta på det sättet att vad som är bra för föräldrarna också är bra för barnet. För att tillvaron skall fungera för barnet på ett bra sätt måste den också fungera någorlunda för föräldrarna. Annars kan det uppstå slitningar som kan gå ut över barnet på ett skadligt sätt. Men det är viktigt att göra klart att det är barnets intressen som skall stå i centrum och inget annat.

Vi föreslår att detta tydliggörs genom att 6 kap. 2 a § första stycket FB får följande lydelse: «Avgörande enligt detta kapitel av alla frågor som rör vårdnad, boende, umgänge och annan kontakt än umgänge skall ske enbart utifrån vad som är bäst för barnet.» För att barnets bästa verkligen skall beaktas är det av grundläggande betydelse att bedömningen inte görs ur ett vuxenperspektiv utan ur ett barnperspek-

¹ Se fra senere års praksis, Sommerfeld mot Tyskland, klagenr. 31871/96 og Sahin mot Tyskland, klagenr. 30946/96, begge dommer av 8. juli 2003 (Storkammer), RJD 2003-VIII, avsnitt 64 og 66. EMD bruker noe ulike formuleringer når det gjelder gjennomslagskraften til barnets beste, jf. nærmere Søvig 2005 s. 208-209. En nærmere gjennomgang av betydningen av Barnekonvensjonen og EMK for norsk rett er å finne i vedlegg 2. Se også Holgersen 2008 s. 46-55 for en oversikt over den internasjonale utviklingen av barns rettslige posisjon.

² Se vedlegg 1.

³ Betænkning nr. 1475/2006 s. 19.

tiv och att barnet får komma till tals och får möjlighet att påverka sin situation.»⁴

Også internasjonalt er det en klar trend at perspektivet ved større lovendringer og reformer er flyttet fra foreldrene eller andre omsorgspersoner og til barnet. Som eksempel kan nevnes Australia. Reglene om saksbehandlingen og delt bosted i barnefordelingssaker i Australia ble behørig omtalt av Barnelovprosessutvalget i 1998.⁵ Landet har nylig gjennomgått en større reform på barne- og familierettens område. En rekke lovendringer er gjort med henblikk på å styrke barnets kontakt med begge sine foreldre etter et samlivsbrudd. Det er imidlertid ikke likhets- eller rettferdighetshensyn som har begrunnet disse reglene, men en presumsjon om at mest mulig kontakt med begge foreldre er i barnets interesse og til barnets beste:

«The Family Law Amendment (Shared Parental Responsibility) Act 2006 marks a major cultural shift in the family law system and places an increased focus on the rights of children to have a meaningful relationship with both their parents and to be protected from harm. The law also encourages parents to equally share responsibility for their children, after separation. (...)

Whilst the right of children to know both parents is not new, the government has clearly emphasised it as a foundation of the Family Law reforms. The changes emphasise the concept that children benefit from a meaningful relationship with both of their parents, provided this does not put children at risk of harm.»⁶

Det legges til grunn at også norsk rett har utviklet seg i en slik retning de siste årene. Både prosessuelt og materielt har barn fått styrket sine rettigheter, og hensynet til barnet ligger i dag bak utformingen av en rekke regler som er styrende for rettsprosessen i en barnefordelingssak. Et samlet utvalg vil understreke viktigheten av at denne utviklingen fortsetter, og at barnet beste alltid må være det grunnleggende og overordnede prinsipp når lovendringer skal vurderes og når domstolene skal treffe konkrete avgjørelser. Utvalget vil i det følgende se nærmere på om dagens regelverk i barnefordelingssaker i tilstrekkelig grad ivaretar dette prinsippet.

6.2 Barnets beste som rettesnor for saksbehandlingen

Et barn kan fort oppleve utrygghet når foreldrene har en konflikt som er ute av kontroll og som de ikke klarer å løse selv. Barn ønsker fravær av konflikt mellom foreldrene og opplever gjerne dårlig samvittighet og lojalitetsvansker så lenge konflikten pågår. Konflikter om omsorgsorganisering og praktisering av omsorg rammer barnet direkte. Dersom en av foreldrene blander seg altfor mye inn i og kontrollerer den andres liv, eller en av foreldrene uberettiget avskjærer den andre fra kontakt, er det den samlede kvalitet på barnets oppvekstbetingelser som reduseres. I verste fall kan sterke og vedvarende konflikter gi svært negative effekter på barns utvikling, både sosialt, atferdsmessig og følelsesmessig.⁷

Barneloven § 48 inneholder en uttrykkelig lovfesting av at hensynet til barnets beste også er det sentrale i avgjørelsesprosessen og at saksbehandlingen skal praktiseres i tråd med dette. Regelen innebærer at alle som har befattning med en barnefordelingssak – både advokater, dommere, sakkyndige og meklere – må ha barnets beste for øye, og ble tatt inn i barneloven i 2003 etter et opprinnelig forslag fra Barnelovprosessutvalget i NOU 1998: 17:

«Utvalget finner det naturlig at dette grunnleggende prinsippet blir slått fast i innledningsbestemmelsen til barnelovens kapittel om saksbehandlingsreglene. På den måten fokuseres på barnets beste som overordnet norm, samtidig som loven blir mer oversiktlig.»⁸

Som eksempel på at prinsippet om barnets beste kan få selvstendig betydning for saksbehandlingen vises det i NOU 1998: 17 til at det kan være i strid med barneloven § 48 dersom sakens aktører bruker unødig lang tid i forbindelse med behandlingen av saken.⁹

Prinsippet kommer for så vidt også til uttrykk gjennom barneloven § 49, som pålegger advokater å vurdere om det er mulig å komme til utenrettslig enighet samt opplyse foreldrene om de foreliggende meklingsstilbud. I teorien er det antatt at det i dette ligger en plikt for advokatene til å søke og dempe det konfliktnivået som gjerne følger barne-

⁴ SOU 2005:43 s. 25-26.

⁵ Se blant annet NOU 1998: 17 s. 37 og 86.

⁶ Watts McCray 2006 s. 2-3.

⁷ Se NOU 1998: 17 s. 124 med henvisninger til ulik forskning.

⁸ NOU 1998: 17 s. 93 og lov av 20. juni 2003 nr. 40, senere endret ved lov av 7. april 2006 nr. 6.

⁹ NOU 1998: 17 s. 93. I visse tilfelle vil det imidlertid være til barnets beste at man bruker noe tid på sakkyndighetsarbeidet, utprøving av midlertidige løsninger etc., dersom dette medfører at man kan finne fram til samarbeidsløsninger man ellers ikke hadde oppnådd eller funnet.

fordelingssakene.¹⁰ Kravet i § 49 kan ikke sanksjoneres, men bestemmelsen er antatt å kunne gi en «oppdragende» signaleffekt til advokater.¹¹

De nye saksbehandlingsreglene i barneloven trådte i kraft 1. april 2004.¹² Ordningen med saksforberedende møter er innført for å støtte en forhandlingsprosess fram mot rettsbaserte forlik. Denne fremgangsmåten er laget for å øke sjansen for at hensynet til barnets beste strukturerer prosessen fram mot enighet og får gjennomslag i den løsning som foreldrene velger. Dette innebærer at de faktiske forhold blir klarlagt gjennom en tilrettelagt prosess som kan bidra til at foreldrene sammen og hver for seg får bedre anledning til å søke etter og legge vekt på hva som kan være til det beste for deres barn. Det foreligger ikke noen formell evaluering av ordningen.¹³ Utvalget antar at barnelovens regler etter sin ordlyd på en tilfredsstillende måte ivaretar hensynet til barnet under hele prosessen fra saksanlegg, gjennom meklung og fram til forlik, eller en eventuell domsavsigelse. Utvalget vil imidlertid ikke utelukke at det kan bli nødvendig med tydeligere krav til domstolen og aktørene i retten dersom undersøkelser skulle avdekke at bestemmelsene ikke praktiseres på den tiltenkte måte, og derfor ikke ivaretar hensynet til barnets beste på en god nok måte.

6.3 Barnets beste som kriterium for avgjørelsen av en barnefordelings-sak

Alle avgjørelser om foreldreansvar, hvor barnet skal bo fast og om samvær skal først og fremst rette seg etter det som er «best for barnet», jf. barneloven § 48. Dette er en regel som er lagt til grunn i barnelovgivningen i de fleste vestlige land, og som kan ha ulike rettslige funksjoner for rettsanvenderen i den enkelte sak. I tillegg til å være et

generelt lovmotiv, er regelen både et bakenforliggende tolkingsprinsipp og moment i en skjønsmessig helhetsvurdering.

I likhet med mange andre land, har ikke den norske barneloven angitt veiledende momenter i vurderingen av hva som er barnets beste. Tanken har vært at en slik angivelse kan ta fokus bort fra hovedregelen om en konkret vurdering av forholdene i det enkelte tilfellet.

Man kan imidlertid reise spørsmål om ikke et så generelt prinsipp bidrar til manglende forutberegnelighet og uvisshet om hvilket resultat domstolene lander på i barnefordelingsaker. I sin tur kan dette virke prosessdrivende og øke sakstifanget for domstolene. Det er også hevdet at kriteriet er så åpent at det er vanskelig å unngå at dommens personlige holdninger får betydning.¹⁴

Også herværende utvalg har vurdert om begrepet «barnets beste» bør defineres nærmere i barneloven. Man kommer ikke utenom at den generelle regelen man finner i barneloven § 48 etter sin ordlyd gir liten allmenn veiledning.

Slik utvalget vurderer det, er denne åpenhet like mye en fordel som en ulempe.

For at hensynet til barnets beste skal bli et virksomt kriterium, må både foreldrene selv og domstolen være åpne for hva slags ordninger det er mulig å få til i det enkelte tilfelle. Omsorg til barnets beste er et prinsipp som skal lede til praktiske løsninger sammensatt av mange komponenter. Det kan spesifiseres noe hvilke komponenter som bør vektlegges. Det er til barnets beste at foreldrene sikrer *barnets forsørgelse*; men også at det etableres *kontakt og tilhørighet* mellom foreldre og barn og at denne vedlikeholdes; og videre at barnet mottar *praktisk omsorg og utviklingsstøtte* fra sine foreldre. Alt dette bør skje på måter som er *forutsigbare og samtidig følsomme og respektfulle* overfor barnets behov, personlige kapasiteter og preferanser. Når utvalget senere viser til hva som kan være til barnets beste i de enkelte kapitler om foreldreansvar, bosted og samvær, er det hele tiden med forbehold om at best mulig omsorg for barn avgjøres etter en sammensatt vurdering, der ikke ett aspekt kan overskygge alle andre. Siden prinsippet om barnets beste ikke gir holdepunkter for å velge en spesifikk form for omsorgsløsning fremfor en annen, er det snarere et kriterium som stiller krav til begrunnelsene for hvordan omsorgen for det enkelte barn organiseres og utføres. Derfor kan prinsippet brukes til å følge opp konsekvensene for det enkelte barn av ulike omsorgsordninger som prøves ut.

¹⁰ Smith og Lødrup 2006 s. 133.

¹¹ Dalseide 2002 s. 197.

¹² Se nærmere Haugli 2007 s. 378-380.

¹³ Larsen og Lassen 2005 har reist enkelte kritiske innvendinger mot de nye saksbehandlingsreglene. Psykolog Katrin Koch arbeider i 2008 på oppdrag fra Barne- og likestillingsdepartementet med en evaluering av blant annet hvordan de nye saksbehandlingsreglene fungerer i rettsapparatet. Denne rapporten har ikke vært tilgjengelig for utvalget før utvalgsarbeidet ble avsluttet. Forsøksvirksomheten som lå til grunn for at de nye saksbehandlingsreglene ble innført, er også blitt evaluert (Rønbeck 2004; 2006; Rønbeck og Lilleberg 2006, Rønbeck og Hagen 2007.) Foreløpige data tyder på at det er mulig å oppnå omforente forlik i ca. 80 % av sakene som fremmes for retten (Rønbeck 2004 og blant annet årsmelding for 2007 fra Trondheim tingrett, publisert på rettens hjemmeside: http://www.domstol.no/DAtemplates/Article___13878.aspx)

¹⁴ Se blant annet Sandberg 1990 s. 106.

Utvalget vil peke på at dersom alle spesifikke komponenter som kan bidra til barnets beste, også skal kunne være virksomme hensyn i det enkelte tilfelle, må vurderingene foregå innen visse rammebetingelser. Det vil for eksempel ofte være slik at domstolen ikke kan finne noen entydige eller absolutte svar på hvem av de to foreldrene som har rett i en konflikt om hva som er barnets beste. Spørsmålet om hvem av foreldrene som er best egnet, gir sjelden noen god rammebetingelse for å anvende kriteriet om barnets beste. De er to foreldre, og kriteriet for hva som er barnets beste kommer først til anvendelse dersom konstellasjonen mellom dem blir vurdert på en måte som trekker fram kjennetegnene ved den omsorgsordning som de samlet kan bidra til for sitt barn. Det som kulturelt sett er den nye situasjonen er at relativt mange barn vil ha foreldre som ikke bor sammen med hverandre (slik det fremgår av statistikken i kapittel 2.7). I kjølvannet av dette har det utviklet seg en rekke nye ordninger som styrker barns forhold til hver av foreldrene, også når disse ikke lever sammen. Det gjelder alle de aspektene ved foreldre-barn forholdet som særlig har betydning for barnets ve og vel: Altså, at både forsørgelse, tilhørighet og ansvar, samt omsorg og utviklingsstøtte sikres gjennom ordninger som er preget av følsomhet, forutsigbarhet og personlig respekt. Etter utvalgets oppfatning kan likestilling mellom mødre og fedre være et viktig bidrag til å optimalisere tilhørighet mellom foreldre og barn og sikre omsorg og støtte fra foreldrene overfor barnet. Men et ønske om økt likestilling mellom kvinnelige og mannlige foreldre kan også i det enkelte tilfellet komme til å dreie oppmerksomheten bort fra hva som er barnets beste og over til spørsmål om hva som er rettferdige fordelinger mellom mødre og fedre. Barnet er ideelt sett ikke en tredjepart, men en hovedperson som blir utsatt for en kombinasjon av hva hver av foreldrene tilbyr og yter. Det er normalt til barns beste å ha solidarisk involverte foreldre, selv når disse ikke bor sammen – og selv om de ikke gjør akkurat det samme eller like mye for barnet.

Den viktigste rammebetingelse som utvalget vil trekke fram for å sikre at hensynet til barnets beste kan få gjennomslag i konkrete avgjørelser for barn med foreldre som ikke lever sammen, er at disse barna har den samme tilgang som alle andre barn til foreldre som står fritt til å avtale og gjennomføre omsorgsordninger som de sammen er enige om og går god for. Avgjørelser ved dom er bare aktuelt når enighet ikke oppnås, og også ved rettslige avgjørelser må det legges betydelig vekt på hva foreldrene samlet er i stand til å enes om. De

rettslige løsninger bør ta høyde for at de ikke skal fastholde foreldre i konflikt, men primært bidra til at foreldre kan få et solidarisk ansvar for sine barn. Sekundært består det rettsbaserte bidraget i å avskjære eller regulere konflikter om utøvelse av barneomsorgen mellom foreldre.

Den spesifikke løsningen i tråd med barns beste vil måtte være forankret i foreldrenes ambisjoner for foreldreskapet og disse foreldrenes muligheter til å bidra til gjennomføringen av det som de oppfatter som en god og gyldig livsform for sine barn. Dette innebærer også at andre – rådgivere, myndigheter og domstoler – ikke bør påføre eller påtvinge en mor eller en far en form for ansvar og omsorg som denne moren eller faren ikke selv viser vilje og interesse for å påta seg. Det finnes et unntak som er ivaretatt gjennom lovgivningen: Det er til barns beste at foreldreskap fastslås og forsørgelsen sikres, også om en av foreldrene motsetter seg dette. Men ansvar og personlig tilhørighet, så vel som regelmessig kontakt og samvær, er så forpliktende overfor barnet at det må være basert på frivillighet. Det er ikke til barns beste at foreldre som ikke «stiller opp» frivillig, skal bli tvunget til å delta i barnets liv.

Ytterligere en rammebetingelse som utvalget vil trekke fram, er at fordelingen av initiativ og ansvar for samlivsbruddet (eller for at to foreldre ikke har inngått samliv) normalt vil være uten betydning for løsning av konflikter om fordeling av ansvar, tilhørighet, omsorg og støtte etterpå. Fattes avgjørelser innen rammen av en slik spesifisering, blir det enklere å avskjære hensyn som ikke bør tillegges vekt, og dermed blir det tydeligere hvilke løsninger som er til beste for barnet.

Vanskeligere er det å avgjøre hva som er til barnets beste når en av foreldrene motsetter seg en form for involvering og deltakelse fra den andre av foreldrene. Det kjønnete preget på disse konfliktene er at noen mødre saksøker for å avskjære eller redusere fedres involvering. Mens noen fedre på sin side opplever at de holdes utenfor og saksøker for å utvide sin involvering. Det er selvsagt bare en spesifikk gjennomgang og vurdering av det enkelte tilfelle som vil være til hjelp for avgjørelsen her. Et prinsipp om mer likestilling mellom fedre og mødre gir ingen holdepunkter. Det er heller ikke slik at likestilling kan oppnås ved at like mange mødre som fedre får medhold gjennom rettslige avgjørelser. Det kan ikke være noe allment kriterium for hva som er best for barn at flere fedre – eller flere mødre – skal få sine krav igjennom.

Det er en nødvendig komponent i omsorg til barns beste at de blir beskyttet av sine foreldre. I

enkelte tilfelle kan dette også innebære at en mor eller en far må beskytte sitt barn mot sviktende og utilstrekkelig omsorg fra den andre av foreldrene. Det betyr at enhver forelder som er involvert i omsorg for sine barn, må ha vist eller være i stand til å utvikle tilstrekkelig ansvarlighet og vurderingsevne og vise evne til kontinuitet og forpliktelse i sin utøvelse av omsorg og støtte overfor barnet. Ikke bare bør de overbevise seg selv om at så er tilfelle, men det er til barnets beste at de også klarer å overbevise den andre av foreldrene om dette. I en rettslig konflikt vil det ofte være til barnets beste at en av foreldrene – eller begge – er i stand til å moderere seg i sine krav og oppfatninger. For den foreldrepert som ikke klarer å moderere seg, kan det av hensyn til barnet beste, være nødvendig å fastsette omsorgsløsninger som regulerer eller begrenser hvordan dennes urimelige og uheldige utspill kan virke på barnet.

Innenfor disse rammebetingelsene har foreldre i prinsippet like rettigheter til å inngå i sine barns liv – forsørge dem, ta ansvar for dem og beskytte dem, skape tilhørighet, samt tilby og utvikle omsorg og støtte. Som nevnt betyr ikke dette at begge foreldre alltid vil kunne få gjennom like mye av sine krav og ønsker. Noen krav er uforenlige, enkelte løsninger stanses av praktiske begrensninger. I det spenningsforholdet som kan finnes mellom det som er prinsipielt ønskelig for en foreldrepert og det som er praktisk gjennomførbart overfor barnet, må det siste tillegges avgjørende vekt. Det viser seg at samarbeid mellom foreldre som ikke lever sammen kan utformes på to litt ulike måter. Noen løsninger bygger på en økt gjensidig forståelse mellom foreldrene av hvordan omsorgsordningene fungerer for barnet og hvordan de begge bidrar til dette, mens andre løsninger først og fremst er egnet til å regulere fordeling av bosted og praktisering av samværsordninger mellom foreldre på en måte som avgrenser konflikten mellom dem. I det siste tilfellet består samarbeidet i at foreldrene forplikter seg til å innfri de praktiske forventningene og respektere avtaler om tid og sted. Begge formene for samarbeid eller konfliktregulering kan være det beste som det er mulig å få til for det aktuelle barnet i det enkelte tilfellet.

Barneloven hadde tidligere en spesifisering av barnets beste i retning av at det for små barn ofte var best med omsorg og bosted hos moren. Begrunnelsen for at denne morspresumsjonen ble fjernet, var nettopp at den kunne lede til en form for automatikk i avgjørelsen. En ting er at mange foreldre lar mødrene ha hovedansvaret for omsorgen med små barn, en annen sak er at rettslige avgjørelser heller bør baseres på undersøkelser og

prøvende vurderinger i det enkelte tilfelle. Av og til er det blitt foreslått at det kunne innføres en kjønnsnøytral presumsjonsregel som viste til det som er kjennetegnende for omsorgen for små barn: Rutinemessig fysisk omsorg sammen med tett og regelmessig oppfølging i hjemmet så vel som i barnehage.¹⁵ En slik modell er innført i enkelte delstater i USA.¹⁶ Prinsippet om «The primary caretaker parent rule» innebærer at det skal legges vekt på hvem som har hatt hovedomsorgen for barnet før samlivsbruddet. Denne modellen trekker fram helt konkrete oppgaver som påkledning, vask og stell, mat og måltider, stell av klær, men også det å sørge for helsehjelp, kjøpe inn nødvendig utstyr, følge opp kontakt med skole og barnehage og fritidsaktiviteter, samt være med og lære barnet ferdigheter som lesning og skriving. Prinsippet er basert på forskning om betydningen av båndene mellom særlig mindre barn og den av foreldrene som forestår de fleste og viktigste omsorgsoppgavene. Presumsjonsprinsippet innebærer et fortrinn for «The primary caretaker parent», men vekten av dette og forholdet til hovedprinsippet om barnets beste vil likevel kunne variere i sin utforming.

Foreløpig har modeller av denne type vært lite diskutert i Norge. Hovedargumentet har vært at presumsjonsregler og momentangivelser i lovtekst vil kunne overskygge den konkrete og individuelle vurderingen. Det er dessuten anført at en rekke momenter og utdyping av regelen om barnets beste allerede er utviklet i tilstrekkelig grad gjennom uttalelser i lovmotiver og langvarig rettspraksis. I dag finner en tilløp til en utpensling av begrepet i barneloven § 43 andre ledd, som fastsetter momenter som det skal legges vekt på ved avgjørelser om samværsomfanget.

Rettsens avgjørelse i saker om bosted og samvær skal som nevnt styres av et overordnet prinsipp om barnets beste, som ikke er nærmere definert i lovverket. En konkret rettsavgjørelse vil normalt ha liten generell rekkevidde da avgjørelsene er knyttet til forholdene i den enkelte sak. Dette medfører at man heller kan tale om momenter som tillegges vekt, enn at man har klare regler på området. For at man skal ha en begrunnet oppfatning av hva utfallet av en sak kan bli, må man foreta en undersøkelse av rettspraksis for å se hvilke hensyn og momenter domstolene har lagt vekt ved avgjørelsen, og sammenholde dette med den konkrete saken man står overfor. Samlet sett kan dette gi et

¹⁵ Sandberg 1990 s. 129 flg.

¹⁶ Prinsippet er blant annet beskrevet på det amerikanske nettstedet www.family.findlaw.com.

mer utfyllende bilde av hva som domstolene legger i begrepet «barnets beste» og hva som bør bli utfallet i den konkrete sak.

Blant de viktigste og mest sentrale momenter som domstolene legger vekt på, og som går igjen i flere avgjørelser, er blant annet risikoen ved miljøskifte (jf. for eksempel Rt. 1993 side 998), ønsket om å gi barnet størst mulig samlet foreldrekontakt (jf. for eksempel Rt. 2005 side 682), barnets egne uttalte ønsker (jf. barneloven § 31 og for eksempel Rt. 2007 side 376) og ønsket om å unngå deling av en søskenflokk (jf. for eksempel Rt. 1990 side 198).¹⁷

Man kunne tenkt seg en modell der disse momentene, som altså har blitt benyttet av norske domstoler i en årrekke, ble tatt direkte inn i barneloven, samtidig som det ble presisert at momentlisten ikke var uttømmende. På den måte ville loven bli noe mer opplysende og gi foreldre en indikasjon på hva man kan forvente seg ved å bringe en sak inn for rettsapparatet. Det kan neppe utelukkes at en slik momentangivelse kunne få enkelte til å avstå fra å reise sak.

På den annen side er begrepet barnets beste så fasettert at alle nyansene ikke vil fanges opp av en lovttekst. Hvis man begynner å angi et eller flere av de momentene man i rettspraksis tradisjonelt har lagt vekt på, løper man risikoen for at barnets beste som overordnet prinsipp i den konkrete sak blir skjøvet i bakgrunnen til fordel for andre momenter eller prinsipper. Dette er ikke ønskelig, uansett hvilke verdier eller rettigheter som må vike.

Det har i denne sammenheng blitt anført at noen momenter, rettigheter eller verdier er viktigere enn andre, i den forstand at tilstedeværelsen av disse normalt vil være til barnets beste. Typisk vil det i de aller fleste tilfelle være til barnets beste med størst mulig kontakt med begge sine foreldre. I flere stater i USA er det lovfestet at domstolen i vurderingen av hva som vil være best for barnet skal legge vekt på evnen og viljen til å lette og oppmuntre til kontakt med den andre av foreldrene.¹⁸ Høyesterett har da også i flere saker om hvem barnet skal bo fast hos lagt vesentlig vekt på hvem av foreldrene som må antas å kunne sørge for vedvarende og regelmessig kontakt med begge foreldrene, jf. nevnte avgjørelse i Rt. 2005 side 682. Saken gjaldt spørsmål om fast bosted og samværrett for en ti år gammel jente. Selv om jenta ønsket å bo hos moren, besluttet Høyesterett at hun skulle

bo fast hos faren. Det ble blant annet lagt vekt på at denne løsningen ga best mulighet for stabilitet og kontakt med foreldrene. Høyesterett uttalte i avsnitt 41:

«Jeg har vært i tvil, men ut fra opplysningene i saken og redegjørelsene fra den sakkyndige er jeg kommet til å ville følge hennes råd om å la far overta omsorgen for C. Jeg er således enig i at dette må antas å ville gi henne best stabilitet i tilværelsen. Vurderingen bygger blant annet på de opplysninger saken gir om mors og fars personlighet og deres karakteregenskaper, uten at jeg finner grunn til å gå nærmere inn på dette. Men i stabilitetsvurderingen ligger også at daglig omsorg hos far utvilsomt vil gi C best kontakt med begge foreldre og med søsteren, uten de problemer som en kan forutse vil følge dersom C blir boende hos mor. C har behov for begge sine foreldre. Med sine ulike karakteregenskaper vil de også kunne utfylle hverandre og dermed bidra positivt til hennes utvikling.»

I noen få tilfelle er det imidlertid ikke til barnets beste å ha kontakt med begge foreldrene. Ved å lovfeste hensynet til størst mulig kontakt med begge foreldrene, kan man i et gitt tilfelle risikere at dette vil påvirke den konkrete vurderingen av hva som er barnets beste. Selv om risikoen for dette kan anføres å være liten, kan konsekvensene bli alvorlige i den eller de sakene dette vil gjelde.

Det er en styrke, men også en svakhet ved prinsippet om barnets beste at det er lite håndfast og dermed lett kan bli skjøvet til side når andre mer konkrete momenter blir aktuelle. Det er også viktig å understreke at de momentene som er trukket opp i rettspraksis ikke på noen måte er bindende – de er kun faktorer som har vært viktige i den enkelte sak. I motsetning til på andre områder, har som nevnt avgjørelser i barnfordelingssaker liten eller ingen prejudikativ virkning. Uansett hva domstolene har lagt vekt på tidligere, skal det foretas helt nye og konkrete vurderinger i fremtidige saker.

Utvalget vil videre peke på at begrepet «barnets beste» er under kontinuerlig utvikling og diskusjon. Det vil derfor være påkrevd med lovrevisjoner med jevne mellomrom dersom loven skulle gi en dekkende oppfatning av hva som ligger i begrepet. Begrepet benyttes også i andre lovttekster, og en eventuell nærmere definering av barnets beste i barneloven ville da fordret lovendringer som ligger utenfor utvalgets mandat.

Utvalget har etter dette kommet til at begrepet «barnets beste» ikke bør utdypes nærmere i lovtteksten. Ingen av de land som er undersøkt i forbindelse med CEFLEs anbefalinger har noen slik

¹⁷ For en detaljert gjennomgang av hvilke momenter rettspraksis har vektlagt ved vurdering av barnets beste, se blant annet Smith og Lødrup 2006 s. 138-157, Haugli 2007 s. 352-377 og Holgersen 2008 s. 209-221.

¹⁸ Smith og Lødrup 2006 s. 149.

utdyping i lovverket.¹⁹ CEFL har heller ikke anbefalt at det foretas noen nærmere presisering. Bak-

¹⁹ I Sverige har man i 2006 – dvs. etter at CEFLs undersøkelse ble avsluttet – imidlertid foretatt en mindre presisering av begrepet «barnets beste» i loven, se nærmere kapittel 3.1.2 ovenfor.

grunnen er at det er vanskelig å gi en presis beskrivelse, samtidig som dette kan virke hemmende for utvikling av innholdet i begrepet.²⁰

²⁰ Se Boele-Woelki m.fl. 2007 s. 36.

Kapittel 7

Foreldreansvaret

7.1 Innledning

Foreldreansvaret innebærer både en plikt for foreldrene til å dra omsorg for barnet og en rett til å bestemme på dets vegne i personlige forhold av ulik art. Hvem som har foreldreansvaret fremgår av barneloven § 34 og § 35. Bortsett fra flytting utenlands, jf. barneloven § 40, er beføyelsene som ligger under foreldreansvaret kun angitt i praksis og forarbeider. De vesentligste beføyelsene ble oppsummert slik i Rt. 2003 side 35 (s. 38):

«... Under foreldreansvaret hører blant annet vergemål, avgjørelser om medisinsk behandling og samtykke til medisinske inngrep, valg av type skole, samtykke til adopsjon, navnevalg, samtykke til inngåelse av ekteskap, innmelding i trossamfunn, utstedelse av pass og flytting utenlands, jf. Ot.prp. nr. 56 (1996-1997) på side 56. Felles foreldreansvar innebærer at beføyelsene ligger til foreldrene i fellesskap. Området for foreldreansvaret etter samlivsbrudd avgrenses etter barneloven § 35b mot større avgjørelser om dagliglivet, som den av foreldrene som barnet bor fast hos treffer, og avgjørelser som følger med det å være sammen med barnet. Barnet selv skal etter hvert også involveres i beslutningene. ...»

I barneloven fremgår beføyelsene indirekte gjennom en angivelse av hva som faller inn under kompetanse til den forelderen som har barnet boende fast hos seg.¹ Utvalget ser at det kan være problematisk at beføyelsene under foreldreansvaret ikke er positivt angitt i barneloven. Samtidig vil det være vanskelig – for ikke å si umulig – å angi disse uttømmende, og utvalget har derfor ikke funnet grunn til å gå nærmere inn på spørsmålet om det bør foretas endringer på dette punkt.

Utvalget er for det første å bedt om å vurdere om det bør oppstilles et felles foreldreansvar som er uavhengig av om foreldrene har bodd sammen eller ikke. For det andre er utvalget bedt om å vur-

dere om det bør gjøres endringer i forhold til hvilken beslutningsmyndighet som skal ligge til det å inneha foreldreansvaret. Særlig har det vært ønskelig at utvalget ser nærmere på beføyelser knyttet til helsemessige undersøkelser og behandling.

7.2 Felles foreldreansvar uavhengig av om foreldrene er gift eller har bodd sammen ved fødselen?

7.2.1 Innledning

Hvis foreldrene verken er gift eller bor sammen ved fødselen, har mor etter barneloven § 35 første ledd i dag foreldreansvaret alene. Begrunnelsen som i sin tid ble gitt for regelen er at mor i de fleste tilfeller vil ha hovedansvaret for barnet. Far må således reise sak for å få del i foreldreansvaret. Regjeringen så i 2003 ikke for seg at det var behov for noen forandringer i så måte:

«Reelt enslige mødre ved fødselen bør som i dag i utgangspunktet ha foreldreansvaret alene. Begrunnelsen er at moren i de fleste tilfeller vil ha hovedansvaret for barnet. Felles foreldreansvar som hovedregel ville pålegge mor søksmålsbyrden for å få foreldreansvaret alene. I dag er det far som må reise sak for å få del i foreldreansvaret. Slik bør det fortsatt være. Det er også mulig at flere ville nekte å oppgi farens navn hvis farskap automatisk ville føre til del i foreldreansvaret.»²

Utvalget vil i det følgende se nærmere på om man skal videreføre dagens regel i barneloven § 35 første ledd, eller om det er grunnlag for å endre den slik at man får en generell hovedregel om felles foreldreansvar uavhengig av foreldrenes tilknytning til hverandre på fødselstidspunktet.

7.2.2 Hensyn og momenter

Utvalget vil først se nærmere på hvilke kryssende hensyn og momenter som kommer inn ved spørsmålet om barneloven § 35 første ledd bør endres.

¹ Dette er til dels bevisst fra lovgivers side. I forarbeidene til barneloven er det blant annet vist til at en forutsetning ved felles foreldreansvar er at foreldrene har vilje til å finne gode løsninger i spørsmål som gjelder barnet, jf. Ot.prp. nr. 62 (1979-1980) s. 26.

² St.meld. nr. 29 (2002-2003) s. 26.

Et barn har behov for nære og gode relasjoner til begge sine foreldre, uansett om de bor eller har bodd sammen. Det vil som regel være til barnets beste at begge foreldre tar del i barnets anliggender og tar ansvar for barnet. Barnekonvensjonen artikkel 18 pålegger medlemsstatene å gjøre sitt beste for å følge prinsippet om at begge foreldrene har et felles ansvar for barnets oppvekst og utvikling.

Det vil likevel forekomme tilfeller hvor felles foreldreansvar ikke vil være til barnet beste. Dette kan skyldes at en av foreldrene ikke er egnet som omsorgsperson, for eksempel fordi vedkommende utsetter barnet eller den andre forelderen for psykisk eller fysisk mishandling, eller at det foreligger en så alvorlig konflikt mellom foreldrene at samarbeid om barnet fremstår som mer eller mindre umulig. Det kan også være mindre dramatiske grunner til at en forelder ikke bør ta del i foreldreansvaret, for eksempel fordi vedkommende utviser en konsekvent uvilje mot å ta del i ansvaret. Det kan også forekomme at forelderen rett og slett ikke lar seg oppspore, for eksempel der vedkommende har flyttet utenlands.

Et felles foreldreansvar forutsetter at foreldrene har evne til å kommunisere med hverandre for så vidt gjelder barnets interesser. Det kan tenkes at muligheten for en slik kommunikasjon rent faktisk er redusert når foreldrene verken er gift eller aldri har bodd sammen. Slik sett kan det anføres at forholdene i mindre grad ligger til rette for at loven nedfeller et felles foreldreansvar hvor foreldrene aldri har bodd sammen.

I enkelte tilfeller ønsker kvinner seg barn uten at barnefaren skal ta del i hennes og barnets liv. Det kan anføres at slike holdninger er i strid med barnets beste ved at man avskjærer barnets muligheter til å bli kjent med sin far. En regel med automatisk felles foreldreansvar kan fungere preventivt i så måte. Men dersom mor har motforestillinger mot et felles foreldreansvar, løper man risikoen for at det blir flere tilfeller hvor mor ikke vil oppgi farskapet eller medvirke til at dette bringes på det rene. I så fall vil flere barn kunne bli avskåret fra kjennskap til og kontakt med sin biologiske far, noe som ikke er ønskelig.

Et felles foreldreansvar kan være en fordel for barn som er født av mødre som etter fødselen utvikler fødselsdepresjoner. Dessuten kan det forekomme at moren både under eller etter svangerskapet sliter med rusproblemer. Dersom far ikke har tilsvarende problemer, vil man i det minste sikre at barnet har en forelder som er i stand til å ivareta omsorgsoppgavene knyttet til et lite barn. Slike tilfeller antas å inntre relativt sjelden, og i så

fall vil far lett bli hørt ved et krav om felles foreldreansvar. Det kan i ovennevnte tilfeller også være grunn til å se hen til mulige tiltak etter barnevernloven.

Et felles foreldreansvar vil også sikre at barnet har en omsorgsperson dersom en av dem skulle falle bort. Selv om man også etter dagens regler kan sikre at gjenlevende forelder blir tildelt foreldreansvaret, se barneloven § 63 første ledd, vil et i utgangspunktet felles foreldreansvar medføre at det ikke er nødvendig å innlede en særskilt prosess om dette spørsmålet. På den andre siden kan man ved felles foreldreansvar i slike tilfelle få det resultat at en person – mor eller far – som aldri eller i meget begrenset grad har hatt kontakt med barnet, plutselig får foreldreansvaret – og et reelt foreldreansvar – alene. Dette kan særlig være uheldig dersom vedkommende forelder bor i utlandet.

Et felles foreldreansvar kan videre være fordelaktig der barnet utsettes for vold fra en av foreldrene. Mossige og Stefansen 2007 har kartlagt vold og overgrep mot norske barn og unge. Selv om de fleste barn aldri har opplevd noen form for vold fra foreldrene, oppga 20 % at de hadde opplevd minst en fysisk krenkelse fra mor mens 14 % oppga minst en fysisk krenkelse fra far.³ En av grunnene til dette kan være at mødre i større grad enn fedre har et eneansvar for barn. Felles foreldreansvar kan øke muligheten for at barnet i slike tilfeller i hvert fall kan ha én forelder som beskytter barnet mot overgrep. Barnet vil gjennom felles foreldreansvar også få et større familienettverk å bygge på.

Hensyn til likestilling kan tilsi at det ikke bør skje noen forskjellsbehandling av kjønnene når det gjelder foreldreansvaret. Klagenemnda for likestilling traff 18. august 2005 vedtak der Likestillingsombudet fikk medhold i at barneloven § 35 første ledd er i strid med likestillingsloven § 3.⁴ Nemnda anså seg ikke kompetent til å avgjøre hvilken av de to bestemmelsene som skulle gis forrang. Departementet ved statsråd Karita Bekkemellem uttalte i brev av 16. november 2005 til Likestillingsombudet følgende om vedtaket:

«Barne- og familiedepartementet legger til grunn at i tilfeller med motstrid, må barneloven gå foran likestillingsloven. Dette støttes for øvrig av hva som tidligere er lagt til grunn av Likestillingsombudet/Klagenemnda i en identisk sak.

Sett fra et likestillingspolitisk ståsted, er det viktig at fedre regnes som likeverdige

³ Mossige og Stefansen 2007 s. 53.

⁴ Sak nr. 13/2005, http://www.likestillingsombudet.no/vedtak/vedtak_132005.html.

omsorgspersoner som mødrene. Jeg vil i den kommende fireårsperioden arbeide med særlig fokus på likestilling på alle områder i samfunnet, også i familielivet. I disse sakene må man imidlertid, i tillegg til likestillingsperspektivet, også ha hensynet til barnets beste for øye. Barnets beste er et helt grunnleggende element i alle saker som har med barn å gjøre. Hvorvidt alle foreldre bør ha felles foreldreansvar uavhengig av om de bor sammen, er en problemstilling som jeg kommer til å ta med meg i det videre arbeidet og vurdere nøye.»

Likestillingsombudet besvarte statsrådets brev slik i brev av 25. november 2005:

«Likestillingsombudet viser til statsrådets brev av 16. november i år vedrørende ovennevnte. I brevet vises det til at barneloven går foran likestillingsloven i tilfeller av motstrid mellom disse to lovene. Ombudet bestrider ikke at barnelovens regler om foreldreansvar er gjeldende rett. Klagenemnda for likestilling sitt vedtak er imidlertid et svært tungtveiende argument for å innføre felles foreldreansvar også for foreldre som ikke er gift eller bor sammen. For øvrig påpeker jeg at selv om reglene om foreldreansvar nylig er behandlet i Stortinget, har Stortinget likevel ikke tatt stilling til spørsmålet sett i lys av at lovstrid nå er fastslått av Klagenemnda for likestilling.

Statsråden skriver at på familielivets område må man i tillegg til likestillingsperspektivet også ivareta barnets beste. Jeg understreker at det ikke nødvendigvis er en konflikt mellom disse to hensynene. Tvert om vil det i de aller fleste tilfeller være i barnas interesse at fedrene regnes som fullverdige omsorgspersoner og likebehandles med mor.

I forslaget til endringer i barneloven, jf Ot. prp. nr. 82 (2003-2004), slås det fast at «Et viktig hensyn må være at barnet sikres mest mulig stabil foreldrekontakt uansett foreldrenes valg av sivilstand.» Etter min mening bør dette inkludere de tilfeller der foreldrene verken er gift eller bor sammen.

Ombudet er glad for at statsråden uttrykker at hun vil vurdere denne problemstillingen nøye. Å endre barneloven slik at den blir i tråd med likestillingsloven, vil etter min mening være et meget viktig signal i likestillingsarbeidet og gi troverdighet til regjeringens målsetting om likestilling på alle samfunnsområder.»

Utviklingen i samfunnet går i retning av økt likestilling, herunder en mer aktiv farsrolle. Likestilling av mor og far i barneloven § 35 kan gi et viktig signal om det felles ansvar som ligger i å få et barn. At en far som ikke er gift eller bor sammen med barnets mor i dag må gå til domstolene for å

ta del i foreldreansvaret der mor motsetter seg dette, kan sies å være en terskel som hindrer en ønsket likestillingsutvikling. I lys av et likestilt foreldreskap kan det fremstå som både urimelig og unødvendig at en av partene må utvise aktivitet for å ta del i foreldreansvaret.

Ved vurderingen av om loven bør ha et felles foreldreansvar som en generell hovedregel, er det grunn til å reise spørsmål om en slik regulering vil virke prosessdrivende. I den svenske utredningen Ds 1999:57 er det antatt at det er en viss risiko for dette:

«Med en regel om automatisk genemsam vårdnad för alla från faderskapsfastställelsen skulle sannolikt antalet vårdnadstvister inför domstol öka genom att ett antal mödrar skulle komma att väcka talan om ensam vårdnad.»⁵

I den samme svenske utredning er det pekt på urimeligheten av automatisk foreldreansvar i de – riktignok sjeldne tilfellene – der kvinner har blitt utsatt for seksuelle overgrep og er blitt gravide som følge av voldtekt:

«Det skydd dagens regler ger en mor som utsatts för våld blir särskilt tydligt i de fall barnet är avlat vid en våldtäkt eller något annat sexualbrott. Det är visserligen mycket ovanligt att en kvinna väljer att föda ett barn som är tillkommet under sådana omständigheter, men det förekommer. T.ex. har det uppgetts från Rikskvinnocentrum i Uppsala, som tar emot våldtagna och misshandlade kvinnor, att man på centret inte har varit med om mer än något enstaka fall sedan år 1995 då verksamheten började. En kvinna som utsatts för sexualbrott befinner sig ofta i en särskilt besvärlig situation (jfr Brottsoffren i rättsprocessen, En undersökning genomförd av Magnus Lindgren, 1999). För en sådan kvinna kan det många gånger vara mycket påfrestande att ta initiativ till en polisutredning av brottet genom att anmäla det. Det är fråga om ett brott som djupt kränkt hennes personliga integritet och det kan därför vara mycket svårt att behöva konfronteras med brottet och gärningsmannen på nytt. Att lägga ytterligare en påfrestning på en kvinna som utsatts för ett sexuellt övergrepp genom att sätta henne i en situation där hon är hänvisad till att väcka talan mot förövaren för att få ensam vårdnad är knappast rimligt.»⁶

Det vil i slike tilfeller være ekstra belastende for den som er utsatt for overgrep selv å måtte ta rettslige skritt for å frata den andre forelderen foreldreansvaret. Men også i enkelte andre tilfeller – for

⁵ Ds 1999:57 s. 62.

⁶ Ds 1999:57 s. 52-53.

eksempel der far verken vil eller er interessert i å ta del i foreldreansvaret – kan det være urimelig at det er mor som må utvise aktivitet for å få foreldreansvaret alene.

7.2.3 Utvalgets vurdering og konklusjon

Ut fra det generelle prinsipp om at barnets rettigheter og forhold til foreldrene i utgangspunktet skal være uavhengig av det formelle og faktiske forholdet mellom foreldrene, fremtrer felles automatisk foreldreansvar som naturlig. Det samme gjelder hvis man ser dette i et likestillingsperspektiv.

Likeledes mener utvalget at reglene om foreldreansvar generelt må utformes med utgangspunkt i barnets perspektiv. Dersom man skal endre barneloven § 35 første ledd må dette være begrunnet i at andre regler både kan bedre og øke muligheten for barnets kontakt med begge sine foreldre, og at denne kontakten vil være til barnets beste. Selv om et likestilt foreldreskap i seg selv er en verdi som bør tilstrebes, kan dette ikke skje på bekostning av hva som er til barnets beste.

Utvalget vil i det følgende redegjøre for ulike hensyn som gjør seg gjeldende, og som et samlet utvalg er enig i må tas i betraktning. Når utvalget vedrørende konklusjonen har delt seg i et flertall og et mindretall skyldes dette i det vesentlige ulike antakelser om de praktiske konsekvenser av å beholde gjeldende regel eller å endre den til automatisk felles foreldreansvar for alle. De ulike konklusjoner skyldes ikke ulikt syn på det prinsipielle utgangspunkt om barnets like forhold til henholdsvis mor og far.

Et samlet utvalg er enig i at regelen i barneloven § 35 første ledd i noen tilfeller kan hindre at et barn får kontakt med sin far der dette hadde vært ønskelig. Bestemmelsen innebærer at det påhviler far en aktivitetsplikt for å kunne ta del i foreldreansvaret. Dersom far forholder seg passiv vil han ikke få ta del i foreldreansvaret. Og selv der far tar kontakt med mor for å ta del i foreldreansvaret, kan han i lengre tid bli avskåret fra foreldreansvaret dersom mor motsetter seg dette. En rettsprosess kan ta lang tid, kanskje flere år, og i tiden fram mot rettskraftig avgjørelse vil mor normalt ha foreldreansvaret alene.

En hovedregel om automatisk felles foreldreansvar ville snu opp ned på dette og innebære et felles foreldreansvar inntil det foreligger rettslig avgjørelse som fratår mor eller far foreldreansvaret. I de aller fleste tilfelle vil det være til barnets beste å ha kontakt med begge sine foreldre, og et automatisk felles foreldreansvar vil sørge for at barnet allerede

fra fødselen av er sikret to sidestilte ansvarspersoner.

Utvalget finner imidlertid grunn til å påpeke at et automatisk felles foreldreansvar i seg selv ikke er noen garanti for at barnet også får mer kontakt og samvær med sin far. Reglene om samvær i barneloven løper uavhengig av reglene om foreldreansvar, og sikrer i dag muligheten for kontakt med barnet selv om man ikke har foreldreansvaret. At det etableres et felles foreldreansvar, innebærer neppe at man kan gjennomtvinge at far faktisk oppfyller sitt ansvar og sine plikter overfor barnet. Dersom far verken evner eller ønsker å ha kontakt med sitt barn, er det lite man kan oppnå med å endre rettsreglene på dette punkt.

Videre vil en far som ønsker å ta del i foreldreansvaret i dag i de aller fleste tilfelle få dette – de rettslige skrankene for å nekte en far å ta del i foreldreansvaret er høye. Det er i dag ikke mange saker i rettsapparatet hvor kun spørsmålet om foreldreansvaret er tema. Man kan ikke se bort fra at vissheten om at det skal mye til for at far skal kunne nektes å få ta del i foreldreansvaret innebærer at mange tvister løses i minnelighet før hovedforhandling, eller i det hele tatt aldri kommer opp for domstolene. En hovedregel om felles foreldreansvar uavhengig av om foreldrene er gift eller har bodd sammen vil dermed kun få sin rettslige betydning i de tilfelle hvor det ikke oppnås enighet mellom foreldrene og/eller de mer sjeldne tilfelle hvor felles foreldreansvar ikke er til barnet beste. Noe annet er at en slik regel vil kunne få en ikke helt ubetydelig normativ funksjon og gi et klart signal om at et sidestilt foreldreansvar er ønskelig og i tråd med hva som normalt er til barnets beste.

I sin vurdering har utvalget også sett hen til de situasjoner hvor mor ønsker at far tar større del i forholdet til barnet enn han selv tar initiativ til, og herunder deler foreldreansvaret. Med mindre far motsetter seg felles foreldreansvar, kan foreldrene enkelt avtale dette, jf. barneloven § 35 tredje ledd. Motsetter far seg kontakt med barnet eller deling av foreldreansvaret, er det svært begrenset hva som reelt sett kan oppnås gjennom lovgivning. Et lovfestet utgangspunkt om felles foreldreansvar kan imidlertid over tid tenkes å etablere en mer utbredt oppfatning om at barnet er begge foreldres ansvar. Til sammenligning må det antas at lovens definisjon av vanlig samvær over tid har skapt en oppfatning om samværets omfang slik at det må foreligge særlige grunner for å fravike utgangspunktet.

I noen tilfeller ligger forholdene slik an at det ikke er til barnet beste med et automatisk felles foreldreansvar. Typetilfellene er mange og uensar-

tede, og fellesnevneren vil normalt være at forelderen på en eller annen måte ikke er egnet eller skikket til å inneha foreldreansvaret. Det kan være snakk om de alvorlige tilfellene hvor mor før eller under svangerskapet er utsatt for fysisk eller psykisk mishandling, herunder at barnet er resultatet av en voldtekt. Men det kan også være tale om tilfeller hvor forelderen mangler grunnleggende personlige egenskaper som må være til stede for at foreldreansvar bør oppstilles, uten at man nødvendigvis har utsatt den andre forelder for noe krenkende. Alvorlig fysisk eller psykisk sykdom, herunder rusmiddelavhengighet, kan her være eksempler. Det kan også tenkes situasjonsbestemte faktorer, for eksempel tilfeller hvor foreldrens sosiale nettverk er knyttet til et kriminelt miljø. En ytterligere kategori kan være der foreldrenes forhold har vært helt tilfeldig, og man ikke er i stand til å oppspore far – for eksempel fordi han har forsvunnet utenlands. I slike tilfeller fremstår det som tungvint om mor må gå til retten for å få foreldreansvaret alene.

Et samlet utvalg mener at dersom det skal oppstilles et foreldreansvar uavhengig av om foreldrene har bodd sammen, må det gjøres med mulighet for å kunne gjøre unntak. Lovteknisk kan det imidlertid by på utfordringer å utforme denne unntakskategorien nettopp fordi unntakssituasjonene er uensartede og uoversiktlige. Et generelt unntak med en allmenn skikkethetsvurdering kan virke prosessdrivende og åpne for en uønsket og omfangsrik bevisførsel. Ved å oppstille nærmere angitte unntak løper man også en risiko for at enkelte typetilfelle ikke fanges opp, og at et automatisk foreldreansvar inntreder der dette ikke er til barnets beste.

Også prosessuelt kan det by på problemer å oppstille et automatisk felles foreldreansvar. En slik regel flytter både søksmålsbyrde og bevisbyrde fra far til mor. Flere hensyn taler mot en slik ordning. I tillegg til at det er mor som må reise sak, er det også mor som må føre bevis for at far ikke bør inneha foreldreansvaret. I mange tilfelle vil dette søksmålet være aktuelt under svangerskapet eller rett etter fødselen, hvor mor allerede kan være i en vanskelig situasjon. Dessuten kan det være konfliktopptrappende å endre bevistemmet fra spørsmålet om en forelders egnethet til spørsmålet om en forelder er uegnet eller uskikket som forelder. I tillegg til at et slikt rettslig tema kan generere flere søksmål, kan det bli vanskeligere å mekle fram en løsning i disse sakene.

Utvalget har vurdert om det kan være et alternativ å legge spørsmålet om foreldreansvar til et forvaltningsorgan, herunder om dette kan lette

prøvingen i de mer kurante sakene. Utvalget har imidlertid blitt stående ved at domstolene er mest egnet til å prøve spørsmålet om foreldreansvar, og har her blant annet sett hen til helheten i regelverket og at prosessreglene i barnefordelingssaker etter hvert har blitt smidigere. Sammenfatningsvis mener hele utvalget at selv om felles foreldreansvar kan være et naturlig utgangspunkt, vil det foreligge tilfeller hvor en slik løsning ikke er ønskelig. Utvalget har imidlertid ulik oppfatning om hvordan slike unntak best skal behandles. På denne bakgrunn har utvalget delt seg i spørsmålet om hvorvidt barneloven § 35 første ledd bør endres.

Utvalgets flertall – *Haavind, Kristensen, Musæus, Ribe-Anderssen, Rusten, Strandbakken og Unneberg* – mener dagens regler bør opprettholdes. Som det fremgår ovenfor kan det være ulike grunner til at felles foreldreansvar ikke vil være til beste for barnet. Slike tilfeller er riktignok ikke mange, men det kan være en stor belastning for moren å måtte reise sak for å få hindre at faren tar del i foreldreansvaret, for eksempel hvor faren har utsatt moren for mishandling eller overgrep. At man også må reise sak for å frata en fraværende far foreldreansvaret, fremstår som unødvendig. Dertil kommer at det er kurant for den far som ønsker å ta del i foreldreansvaret, å bli tildelt dette. Vedkommende må i praksis være uegnet til å inneha foreldreansvar for at retten skal kunne avskjære vedkommende et slikt ansvar. Flertallet vil for øvrig fremheve at en slik ordning ikke er i strid med CEFLs retningslinjer, se principle 3:15.⁷

Flertallet har vurdert muligheten for å utforme en bestemmelse om felles foreldreansvar med nærmere angitte unntak for tilfeller hvor det er all grunn til å tro at et slik ansvar ikke vil være til barnets beste. Men en slik bestemmelse vil måtte dekke mange og uensartede tilfeller, og det kan ikke utelukkes at man ved oppregning av unntak fra lovens utgangspunkt om felles foreldreansvar kan komme i skade for å overse tilfeller hvor slikt felles ansvar ikke vil være til beste for barnet. I det hele vil en hovedregel med felles foreldreansvar hvor man angir noen typetilfeller som unntak, kunne medføre et uoversiktlig regelverk. I alle tilfeller kommer man ikke utenom at det må reises sak og at en domstol må treffe avgjørelsen. Tatt i betraktning at det store flertall av saker i dag blir løst uten domstolenes mellomkomst, slik at den som har interesse i å ha del i foreldreansvaret faktisk får del i dette, vil omkostningene både økonomisk og menneskelig overstige de fordeler som lig-

⁷ Se nærmere Boele-Woelki m.fl. 2007 s. 100-105.

ger i at loven som utgangspunkt nedfeller et felles foreldreansvar. Uansett hvordan en slik bestemmelse blir utformet, vil den neppe i større grad sikre barn bedre kontakt med begge foreldre enn det som er tilfelle med dagens regulering.

Flertallet tilføyer at det i sin vurdering har tatt hensyn til det som er foreslått nedenfor i kapittel 8 om å legge kompetansen til å beslutte innenlands flytting inn under foreldreansvaret.

Utvalgets mindretall – *Cassidy, Ellingsæter, Lorentzen og Thuen* – mener at det bør oppstilles et felles foreldreansvar uavhengig av om foreldrene har bodd sammen, og at det lovteknisk vil være mulig å etablere et regelsett som både tar høyde for de tilfeller det er urimelig med slikt automatisk felles foreldreansvar og de prosessuelle utfordringer en slik regel vil innebære.

Mindretallet viser til at hensynet til barnets beste ligger til grunn for utvalgets arbeid. Barneloven § 35 er den eneste gjenværende lovparagrafen som opprettholder morspresumpsjonen, nemlig at mor automatisk er den viktigste forelderen for barnet, hvilket gir et uheldig signal i forhold til viktigheten av et likeverdig foreldreskap.

Barneloven har de siste tiårene vært gjennom flere moderniseringer som skritt for skritt understreker barnets behov for og rett til samvær med begge foreldrene etter et samlivsbrudd. Dette er endringer som følger opp de samfunnsmessige forandringene fra en kjønnskomplementær familiemodell hvor far jobbet ute og mor var hjemme, til en felles forsørger- og omsorgsfamilie hvor begge foreldrene både tar et økonomisk ansvar og et omsorgsansvar for hjem og barn. Dette har ført fedrene inn i familien i forhold til barna på en helt annet måte enn tidligere.

I Smith og Lødrup 2006 s. 160 heter det om barneloven § 35:

«Hvis foreldrene verken er gift eller bor sammen, har moren fortsatt foreldreansvaret alene. Begrunnelsen er at moren i de fleste tilfelle vil ha hovedansvaret for barnet.»

Begrunnelsen for loven er altså ikke hensynet til de meget spesielle tilfellene hvor mor er utsatt for vold eller overgrep, men en generell kulturell antagelse om at det likevel er moren som har hovedansvaret. Ut fra et barneperspektiv er det viktig at loven sikrer barnet gode muligheter til å ha kontakt både med far og mor, og i et samfunn hvor fedrene tar et større omsorgsansvar enn tidligere er det ingen grunn til ikke å anta at begge foreldrene som hovedregel er i stand til å gi barnet den nødvendige omsorg.

Ifølge Ot.prp. nr. 82 (2003-2004) om felles foreldreansvar for samboende foreldre er det et viktig hensyn å sikre barnet mest mulig stabil foreldrekontakt uansett foreldrenes valg av sivilstand.⁸ Dette syn stadfestes også av Klagenemnden for likestilling, som gav likestillingsombudet medhold i at barneloven § 35 første ledd var i strid med likestillingsloven § 3. Mindretallet mener at denne motstriden bør elimineres, og at det er til barnets beste at foreldreansvaret som hovedregel er felles, uavhengig av foreldrenes samlivsstatus ved barnets fødsel. Barnets relasjon til sin far bør ikke være avhengig av fars relasjon til mor. På samme måte som mor og barn har en selvstendig relasjon gjennom sitt slektskap, bør også barn og far ha tilsvarende relasjon.

Denne lovendringen gjelder et stort antall barn. Statistikk viser at denne barnegruppen har lite kontakt med sine fedre. I 2006 ble 11 % av alle barn født av enslig mor, og tallet er økende.⁹ Undersøkelser viser at kun 20 % av disse barna har en skriftlig samværsavtale som regulerer samværet med den av foreldrene de ikke bor fast med. Disse barna har langt sjeldnere og kortere samvær enn andre barn der foreldrene ikke bor sammen.¹⁰ Videre har bostedsforeldrene i denne gruppen i mindre grad utdanning utover 9-årig grunnskole og lavere gjennomsnittsinntekt enn de bostedsforeldrene som i stor grad deler omsorgen og ansvaret for barna etter samlivsbrudd.¹¹ Det er videre dokumentert at overnevnte barnegruppe er overrepresentert når det gjelder behov for spesiell tilrettelegging i skolen, i 2003 mottok tre ganger så mange i denne gruppen spesialundervisning.¹² Den samme gruppen hadde også dårligere helsesituasjon og tre ganger større sannsynlighet for å komme i kontakt med barnevernet.¹³

Å gi fedrene del i foreldreansvaret kan sikre disse barnas tilgang i større grad enn i dag, til et familienettverk som kan bidra til å minske overnevnte negative effekter, selv om foreldrene ikke bor sammen. Foreldreansvar skal ikke være noe en far kan velge om han ønsker å påta seg.

Mindretallet mener at det ikke finnes vektige grunner for at ikke begge barnets foreldre skal ha samme juridiske utgangspunkt, ansvar og forpliktelser i forhold til barnet, uavhengig av samlivsstatus. Mindretallet er inneforstått med at det finnes

⁸ Ot.prp. nr. 82 (2003-2004) s. 7.

⁹ SSB 2006: Tabell:05525: Levendefødte, etter mors samlivsstatus.

¹⁰ Kitterød 2005 tabell nr. 7.3 s. 43.

¹¹ Kitterød 2005 tabell nr. 9.7 s. 56.

¹² 18 % mot 6 % i landsgjennomsnitt, Sandbæk 2004 s. 95.

¹³ Sandbæk 2004 s. 141.

tilfeller der det er vektige grunner for at det er til barnets beste at en av foreldrene skal ha foreldreansvaret alene, og det bør videre åpnes for en forenklet saksbehandling dersom foreldrene er enige om at kun den ene skal ha foreldreansvar for barnet.

Flertallet argumenterer for at en lovbestemmelse med anførte unntaksbestemmelser «vil måtte dekke mange og uensartede tilfeller». Mindretallet mener unntakene vil være få og eksplisitte, knyttet til de tilfeller som allerede er nevnt i utvalgets arbeid: Vold eller alvorlig psykisk eller fysisk sykdom, herunder rusmiddelavhengighet. Dagens bestemmelse bør omgjøres til en unntaksbestemmelse gjeldende i de få tilfeller der det kan begrunnes i hensynet til barnets beste at kun den ene av foreldrene skal ha del i foreldreansvaret.

Det vil særlig være aktuelt med unntak der den ene forelder har begått en straffbar handling mot den andre. Dersom en påstand om straffbar handling kommer opp i en sak om foreldreansvaret, blir det spørsmål om hvilket beviskrav som bør legges til grunn. Mindretallet mener at den generelle hovedregel om beviskrav i sivile saker – sannsynlighetsovervekt – i så fall bør gjelde også i slike tilfelle. En lavere bevismessig terskel vil gjøre det for enkelt å oppheve det felles foreldreansvar, samt øke risikoen for at det i retten fremsettes mer eller mindre velbegrunnede påstander om fysiske eller psykiske krenkelser.

Dagens lov er uheldig på den måten at enslige mødre automatisk anses som skikket til omsorg for barn, mens fars foreldrekompetanse må vurderes i hvert enkelt tilfelle. Forskning og statistikk viser at også dagens mødre i noen tilfeller er dårlige foreldre, utøver vold, drikker alkohol eller ruser seg, eller på annen måte ikke opptrer til barnets beste.¹⁴ Loven bør ha som utgangspunkt at begge foreldrene normalt sett er skikket til å ha foreldreansvar for barn. Ved å gi far foreldreansvar vil loven bedre sikre barnets mulighet til at en av foreldrene kan gi barnet en god oppvekst.

Mindretallet kan ikke se at det finnes relevant forskning, statistiske undersøkelser eller lignende som viser at det ikke er til barns beste at begge foreldre har del i foreldreansvaret, uansett samlivsstatus.

Dette mindretallet fremmer også et subsidiært løsningsforslag med automatisk felles foreldreansvar ved fastslått farskap. Selv om man ikke går inn for felles foreldreansvar uavhengig av foreldrenes samlivsstatus, mener dette mindretallet at den

berørte problemstillingen kunne vært løst ved at ugifte, ikke samboende foreldre automatisk skal ha felles foreldreansvar når det er gått tre måneder etter at farskapet er bekreftet og ingen av foreldrene har meldt at han eller hun motsetter seg dette. En slik løsning kunne i praksis gjennomføres ved at en far henvender seg til en offentlig instans som for eksempel Folkeregisteret for å få del i foreldreansvaret. Folkeregisteret sender da en henvendelse til barnets mor. Om verken hun eller andre kommer med reelle innsigelser som tilsier at det kan være til barnets beste at far ikke har del i foreldreansvaret innen en gitt frist, får faren dette uten å måtte reise sak for domstolene.

7.3 Samtykke til helsehjelp

7.3.1 Noen utgangspunkter

Det følger av pasientrettighetsloven § 4-4 jf. § 4-3 første ledd bokstav b at begge foreldre som har foreldreansvar som hovedregel skal samtykke til helsehjelp til barn under 16 år. For psykisk helsebistand viser samtykkeregelen i lov om psykisk helsevern § 2-2 andre ledd i sin helhet til reglene i pasientrettighetsloven.

Det finnes imidlertid unntak fra denne hovedregelen. Etter pasientrettighetsloven § 4-3 første ledd bokstav a er det ikke nødvendig med samtykke der annet følger av «særlige lovbestemmelser eller tiltakets art». I rundskriv IS-12/2004 synes «tiltakets art» å tolkes slik at også personer under 16 år i en viss utstrekning kan samtykke til helsehjelp dersom de selv er i stand til å ta vare på egne interesser på en fornuftig måte, og foreldrenes atferd og oppfatninger ikke nødvendigvis er til barnets beste. Antagelig vil unntak være mest aktuelt for barn i alderen 12-16 år, jf. for så vidt pasientrettighetsloven § 3-4 om at en pasient i denne aldersgruppen kan ha krav på hemmelighold av opplysninger gitt til helsepersonell.

I visse tilfeller kan det foreligge motstridende interesser mellom barnet og forelder/foreldrene i spørsmålet om det skal gis helsehjelp. Et eksempel kan være der en medisinsk undersøkelse og behandling kan avdekke voldsutøvelse eller lignende fra en forelder, og forelder/foreldrene derfor motsetter seg at barnet får helsehjelp. Spørsmålet er om man i slike tilfeller har regler som i tilstrekkelig grad sikrer at barnet likevel får den nødvendige bistanden fra helsevesenet. I utgangspunktet har man flere regelsett som kan være aktuelle. For det første er det antatt at det bør oppnevnes setteverge etter vergemålsloven for barnet i situasjoner

¹⁴ Se for eksempel Stefansen og Mossige 2007 tabell nr. 3.4 s. 53 og tabell nr. 3.5 s. 54.

hvor det foreligge en interessekonflikt som ovenfor beskrevet. For det andre har Fylkesnemnda etter barnevernloven §§ 4-10 og 4-11 anledning til å fatte vedtak om at barn skal undersøkes og behandles mot foreldrenes ønske. Ved omsorgsovertakelse har barnevernet samtykkekompetanse selv om foreldrene fremdeles har foreldreansvaret. For det tredje vil helsepersonell i en situasjon som må kategoriseres som et nødrettstilfelle kunne yte nødvendig helsehjelp selv om den eller de som har foreldreansvaret motsetter seg behandlingen.

Fra flere hold har det likevel blitt reist spørsmål om barn i noen tilfeller ikke får den nødvendige helsehjelp fordi en av foreldrene motsetter seg dette aktivt eller passivt. Fra Barneombudets brev av 1. desember 2006 til Helse- og omsorgsdepartementet hitsettes:

«Barneombudet har fått mange henvendelser som tyder på at dagens ordning innebærer at en del barn ikke får nødvendig helsehjelp fordi en av foreldrene ikke samtykker. (...)

De fleste foreldre vil handle ut fra det de mener er barnets beste og samtykke til helsehjelp når barnet trenger det. Barneombudet har imidlertid fått innspill fra fagfolk og enkeltpersoner om at det noen ganger oppstår en konflikt mellom barnets behov og foreldrenes mulighet til å sperre for at slik hjelp gis ved ikke å samtykke til helsehjelpen. Dette kan både være aktuelt der forelderen nekter å samtykke, nekter å svare på henvendelser eller er vanskelig å få tak i. Det kan også være slik at en forelder innehar foreldreansvar, men i praksis har lite kontakt med barnet, for eksempel fordi vedkommende bor i utlandet.

Det kan være flere grunner til at en forelder som blir forespurt om å samtykke til helsehjelp ikke ønsker å gjøre det. En grunn kan være at vedkommende ikke klarer å se hva som er barnets beste. På den annen side kan det forekomme at forelderen har saklig begrunnede motforestillinger mot den aktuelle behandlingsform, eksempelvis ved omfattende medisiner. Innspillene til Barneombudet kan tyde på at manglende samtykke særlig er et problem når det gjelder barns tilgang til psykisk helsehjelp, for eksempel i forbindelse med foreldrenes skilsmisse, mulige overgrep, traumer mv. Noen barn er i behov av psykisk helsehjelp som følge av at de er blitt utsatt for krenkelser av en av foreldrene. Da er det spesielt problematisk om denne forelderen har anledning til å nekte barnet behandling.»

Barneombudet har i ovennevnte henvendelse til Helse- og omsorgsdepartementet blant annet

foreslått at spørsmålet om helsehjelp kan bringes inn for og avgjøres av et særskilt organ:

«... Barneombudet [mener] det kan være hensiktsmessig å innføre en ordning der den forelderen som ønsker at barnet får helsehjelpen kan bringe saken inn for et overordnet organ som kan avgjøre at barnet skal få helsehjelp til tross for at den ene forelderen ikke samtykker. Denne funksjonen kan for eksempel tillegges helsetilsynet i fylket. Det bør settes kriterier som sier noe om når en forelder med foreldreansvar kan overprøves. Dette kan bl.a. være knyttet til barnets behov for helsehjelpen, i hvilken grad helsehjelpen er faglig godt fundert og barnets egen oppfatning. I de sakene der foreldre ikke svarer på henvendelser, bør det vurderes å innføre en ordning der uteblitt svar om samtykke innen f.eks. tre uker kan blir regnet som samtykke, når man gjør oppmerksom på dette i henvendelsen.»

Utvalget er i mandatet bedt om å se nærmere på de problemstillinger som Barneombudet her har pekt på. I utvalgets mandat fokuseres det kun på «samværsforelderens» mulighet til å benytte sitt foreldreansvar til å hindre at barnet undergis helsetilstand. Det må imidlertid antas at spørsmålet om samtykke også kan bli aktuelt der foreldrene bor sammen eller er gift, eller der forelderen som ikke gir sitt samtykke har liten eller ingen kontakt med sitt barn. Som Barneombudet har pekt på, skaper det for eksempel spesielle utfordringer der den ene forelderen enten bor i utlandet eller rett og slett ikke er å oppspore.

7.3.2 Reguleringen av samtykkespørsmålet i Danmark og Sverige

I Danmark har den av foreldrene som har barnet boende hos seg adgang til å treffe helsemessige beslutninger som ikke anses som «vesentlige» uten den andre forelders samtykke, jf. foreldreansvarsloven § 3 og forarbeidene til loven:

«Udvalget finder ikke anledning til i lovteksten at eksemplificere, hvilke beslutninger, der er «væsentlige», idet dette efter udvalgets opfattelse ville lægge op til eventuelle modsætningslutninger. Udvalget er dog af den opfattelse, at spørgsmål om flytning til udlandet og væsentlige lægelige indgreb må antages at være nogle af de mest indgribende beslutninger i forhold til den af forældrene, der ikke har barnet boende.»¹⁵

¹⁵ Betænkning nr. 1475/2006 s. 161.

I tillegg har Familiestyrelsen/Civilrettsdirektoratet i én konkret sak uttalt at den ene forelder uten den andres samtykke kan la barnet få alminnelig helseundersøkelse og behandling. Derimot antas det at større kirurgiske inngrep eller behandling med kraftig medisin krever samtykke fra den andre.¹⁶

Sverige er reglene om «gemensam vårdnad» basert på at foreldrene klarer å bli enige om spørsmål som gjelder barnet. Det er imidlertid forutsatt at den som har barnet boende hos seg kan treffe beslutninger om den daglige omsorg uten samtykke fra den andre forelder. Verken i lov eller forarbeider er det sagt noe om hvilke beslutninger som må anses å høre inn under den daglige omsorg, men når det er tale om vesentlige og inn- gripende beslutninger må det innhentes samtykke fra den andre. I svensk teori er det for eksempel antatt at vaksiner krever samtykke, mens samtykke ikke er nødvendig ved akutt behandling.¹⁷ I SOU 2005:43 er spørsmålet drøftet og eksempler fra praksis er oppsummert:

«Man får utgå frå att den vårdnadshavare som initierar vårdkontakten gör detta i samförstånd med den andra vårdnadshavaren. Men hälso- och sjukvården måste som regel samråda med den andra vårdnadshavaren om det finns någon särskild anledning att misstänka att denne inte samtycker till behandlingen eller om det är fråga om åtgärder av ingripande beskaffenhet för barnets framtid. (...)

Frågan om skyldighet att inhämta vårdnadshavares samtycke innan psykiatrisk behandling av ett minderårigt barn inleds har nyligen prövats av JO. I det aktuella fallet hade i remissen till barnpsykiatrin angetts att misstanke förelåg om kvinnomisshandel, barnmisshandel och sexuella övergrepp. Frågan om psykiatrisk behandling torde, enligt JO, i ett sådant fall få anses vara av ingripande betydelse för barnets framtid. Endast om barnets bästa uppenbarligen kräver det, t.ex. på grund av att situationen är akut, kan hälso- och sjukvårdspersonalen underlåta att inhämta samtycke från den andra vårdnadshavaren. En särskild omständighet var dessutom att det var barnets pappa som misstänktes för misshandeln. Oavsett om det fanns grund för dessa misstankar eller ej kan man, enligt JO, med fog ifrågasätta om hälso- och sjukvårdspersonalen av det skälet kunnat underlåta att efterhöra hans inställning. Det fanns sålunda anledning för persona-

len att misstänka dels att det förelåg en intressekonflikt mellan barnets mamma och barnets pappa, dels att pappan kunde ha synpunkter på vilka insatser som skulle vidtas inom hälso- och sjukvården. Enligt JO:s mening var detta en sådan situation där personalen borde ha kontaktat pappan för att efterhöra hans inställning till planerade insatser (JO:s ämbetsberättelse 2003/04 s. 314).

Om föräldrarna inte kan komma överens i frågor som rör barnets personliga förhållanden och det finns en påtaglig risk för att barnets hälsa eller utveckling skadas, kan det med dagens regler alltså ytterst bli aktuellt för socialnämnden att besluta om åtgärder med stöd av LVU eller att väcka talan om ändring av vårdnaden enligt 6 kap. 7 § FB. En förälder kan naturligtvis också väcka talan om att vårdnaden skall tillkomma honom eller henne ensam. Finns det en risk för att barnet far illa om det inte får vård och behandling och den ena av vårdnadshavarna motsätter sig detta, kan det finnas anledning att ifrågasätta om den föräldern uppfyller de krav som måste ställas på en vårdnadshavare ...»¹⁸

I SOU 2005:43 ble det forutsatt at samtykke- spørsmålet ved «gemensam vårdnad» skulle utredes på et senere tidspunkt, og i SOU 2007:52 er det nå foretatt en grundig gjennomgang av problematikken. Det er her foreslått at domstolene skal gis anledning til å bestemme at kun en av foreldrene får rett til å treffe beslutninger for visse spørsmåls vedkommende, herunder barnets tilgang til helse- tjenester.¹⁹ På samme måte som i Norge, har den svenske Barnombudsmannen vært bekymret for tilfeller der barn ikke får nødvendig helsehjelp fordi en av foreldrene motsetter seg dette:

«Barnombudsmannen (BO) får ofta information om familjer där barnet vägras olika typer av hälso- och sjukvård till följd av att en förälder motsätter sig vård och behandling. BO har noterat att problem kan uppstå i situationer då det kan misstänkas att barnet har utsatts för övergrepp av den ena föräldern eller har bevittnat våld inom familjen, varvid denna förälder kan hindra att barnet får hjälp att bearbeta det som han eller hon har varit med om. Enligt BO är detta ett oacceptabelt exempel på att barnets bästa kan få stå tillbaka till förmån för föräldrarnas intresse och beslutanderätt (se «När tryggheten står på spel», Barnombudsmannen rapporterar BR 2005:02, s. 58).»²⁰

¹⁶ Danielsen 2003 s. 107.

¹⁷ T:FA 2003.151 C, Schiratzki 2002 s. 97-97 og Rejmer 2003 s. 143-144.

¹⁸ SOU 2005:43 s. 132-134.

¹⁹ Se særlig SOU 2007:52 s. 102-105, s. 111 og s. 245-247.

²⁰ SOU 2007:52 s. 72-73.

7.3.3 Utvalgets vurdering og konklusjon

Etter utvalgets oppfatning er det et viktig utgangspunkt at foreldreansvaret ikke uten videre bør splittes opp for å løse enkeltspørsmål. Dette kan føre til en uoversiktlig rettstilstand med et utthult foreldreansvar, samt økt sakstilfang til domstolene om disse enkeltspørsmålene. Dersom man skal endre beføyelsene som ligger under foreldreansvaret, må dette begrunnes i at dagens regler ikke i tilstrekkelig grad ivaretar hensynet til barnets beste.

Slik utvalget ser det, forutsetter en overholdelse av prinsippet om barnets beste at det finnes et regelverk som sikrer barn nødvendig og hensiktsmessig helsehjelp, enten helsehjelpen er påkrevd ut fra somatiske eller psykiske indikatorer. Det kan således være tale om både tradisjonell medisinsk hjelp og psykisk bistand, herunder gruppeterapi eller samtaler med barnet i behandlende eller undersøkende øyemed. Behandlingen må imidlertid ha et helsemessig formål. Kroppslige inngrep som tatoveringer eller kosmetisk kirurgi som ikke er medisinsk indikert vil ikke ha et slikt formål, og vil i det følgende falle utenfor det utvalget anser som helsehjelp.

På bakgrunn av det som har fremkommet av innspill blant annet fra Barneombudet, legger utvalget til grunn at det er en reell og ikke helt upraktisk problemstilling at enkelte barn i dag ikke får nødvendig eller hensiktsmessig helsehjelp – eller i hvert fall en innledende helseundersøkelse – fordi samtykke fra en av foreldrene mangler. Type-tilfellene er mange og kan spenne fra de alvorlige tilfelle hvor det er mistanke om at det utøvd psykisk eller fysisk vold eller seksuelle overgrep mot barnet, til tilfeller hvor barnet kan ha behov for samtaler med en fagperson i kjølvannet av et vanskelig eller opprivende samlivsbrudd. Motivene for å nekte barnet helsemessig undersøkelse eller behandling vil også kunne variere, fra mistro til behandlingstilbudet og religiøs overbevisning, til ønsket om å dekke over potensielle skader hos barnet. Som Barneombudet har pekt på, innebærer samtykkeregelen også at barn kan miste helsebehandling fordi verken helsepersonellet eller andre innen rimelig tid får tak i den andre forelderen. Dette er etter utvalgets syn problematisk.²¹

Nødvendig eller hensiktsmessig helsehjelp, bør ut i fra et barneperspektiv fremstå som en rettighet. Slik utvalget ser det, er dagens samtykkeordning forankret i et foreldrerettighetsbilde: Den

enkelte forelder har rett til å avskjære helsehjelp, uansett hva som er til barnets beste.

Utvalget har vurdert en løsning der man flytter akkurat denne beføyelsen fra foreldreansvaret til bostedskompetansen, slik at man kun trenger samtykke fra den forelderen som barnet bor fast hos. Dette kunne enkelt gjøres ved å angi denne beføyelsen som et av eksemplene som er angitt i barneloven § 37. Utvalget har imidlertid kommet til at dette ikke er en hensiktsmessig løsning. Dette ville heller ikke løst spørsmålet der barnet har delt bosted og begge foreldrene har bostedskompetansen, eller der foreldrene bor sammen men er uenige om helsetiltak overfor barnet.

Utvalget har derfor kommet til at både barneloven og pasientrettighetsloven bør endres slik at barnet gis rett til helsebehandling dersom helsepersonell faglig sett vurderer det slik at undersøkelse og eventuell behandling bør igangsettes. Selv om samtykke fra begge foreldrene ikke foreligger, eller den ene forelderen eksplisitt har motsatt seg behandlingen, vil behandlingen kunne påbegynnes dersom helsepersonellet mener dette er til barnets beste. Dette gjelder selv om behovet for behandling ikke er akutt og man rettslig sett befinner seg utenfor en nødrettssituasjon. Finner helsepersonell ut fra en faglig begrunnet oppfatning at en undersøkelse eller behandling antas å være til barnets beste, bør slik behandling innledes når en av foreldrene har gitt samtykke. Helsepersonell bør ikke risikere å komme i en situasjon hvor de gjør noe ulovlig ved å foreta nødvendige helsemessige undersøkelser eller behandling. Utvalget antar at det i dag neppe er helt upraktisk at helsepersonell bevisst eller ubevisst unnlater å hente inn nødvendig samtykke, eller strekker nødrettshjemmelen lenger enn det som rettslig sett kan forsvares. Etter utvalgets mening bør det derfor utformes klare regler som fanger opp behovet for å yte barnet nødvendig eller hensiktsmessig helsehjelp, uten at det blir stilt krav om begge foreldrenes samtykke.

Selv om utgangspunktet fremdeles skal være at helsehjelp til barnet skjer etter ønske fra begge foreldrene, mener utvalget at det i tillegg til en endring i pasientrettighetsloven må foretas endringer i barneloven for å sikre barnets rett til helsehjelp. Det må fremgå av loven at det er tilstrekkelig at en av foreldrene samtykker til nødvendig behandling eller hensiktsmessig undersøkelse. Dersom den ene forelderen motsetter seg behandlingen/undersøkelsen, bør det være adgang til å få spørsmålet rettslig prøvet. En konstruksjon etter modell fra ekteskapsloven § 32 første jf. andre ledd (som gir retten kompetanse til å overprøve en ektefelles

²¹ Etter EMK er de offentlige myndigheter dessuten forpliktet til å hindre overgrep mot barnet, se nærmere vedlegg 2 avsnitt 3.2.2.2.

standpunkt for å så vidt gjelder rettslige disposisjoner over felles bolig), hvor retten gis full kompetanse til å vurdere om den aktuelle behandlingen bør gjennomføres, synes hensiktsmessig også for samtykke om medisinsk behandling og undersøkelse. En slik prøving kunne for øvrig tenkes å skje i forvaltningen, for eksempel hos fylkeslegen eller fylkesmannen. Det er imidlertid grunn til å tro at domstolene er best egnet til å treffe avgjørelser i disse sakene. Avgjørelsen vil kunne treffes raskt, og i tillegg kan man holde muntlige forhandlinger dersom dette er påkrevd. At saken behandles av retten, vil ikke utelukke at saken kan undergis skriftlig behandling.

Et ytterligere spørsmål blir hvem av foreldrene som må anlegge sak for å få spørsmålet rettslig prøvet. Utvalget mener at det er den som vil motsette seg behandlingen som må ta initiativ til å få brakt spørsmålet inn for retten.

7.4 De øvrige beføyelsene under foreldreansvaret

Som det fremgår av kapittel 8.3 nedenfor, vil et flertall i utvalget foreslå at en forelders beslutning om å flytte innenlands med barnet skal tilligge foreldreansvaret, på samme måte som beslutning om å flytte utenlands, jf. barneloven § 40. Samtidig foreslås det at det åpnes for domstolsprøving av dette spørsmålet, jf. kapittel 8.4 nedenfor.

For de øvrige beføyelsene under foreldreansvaret mener utvalget imidlertid at det ikke er grunnlag for å åpne for at domstolene skal ha kompetanse til å foreta endringer eller begrensninger. Risikoen for en uthuling av foreldreansvaret taler som nevnt for at det ikke bør skje en oppsplitting av de ulike beføyelser.²² Det er heller ikke ønskelig med en rekke saker i rettsapparatet hvor foreldreansvarets innhold er tema. En del av beføyelsene under foreldreansvaret – for eksempel valg av navn for barnet – er av en slik karakter at foreldrene bør kunne klare å bli enige uten at saken rettsliggjøres. Dersom det ikke oppnås enighet, kan det i så fall være mer hensiktsmessig å reise sak om at det felles foreldreansvar skal opphøre. En begrenset adgang til å få enkeltbeføyelser prøvd av domstolene, kan derfor også ha en preventiv funksjon.

I dag synes det særlig å være spørsmål om utstedelse av pass som bringes inn for domstolene, ikke sjelden i forbindelse med de alminnelige ferie-

tider. Erfaring fra domstolene kan imidlertid tyde på at de fleste av disse sakene enten blir løst i minnelighet temmelig raskt, eller ved at det utstedes nødpass. Særlige mange saker av denne type synes det ikke å være.

Fra Barneombudet har utvalget mottatt innspill om at foreldrene i enkelte tilfelle bør fratras muligheten til å samtykke på vegne av barnet til å legge ut opplysninger om barnet på internett. Dette kan for eksempel være detaljer fra en opprivende barnefordelingssak. Utvalget ser at slike saker kan reise særlige spørsmål, og at det i mange tilfeller ikke er til barnets beste at slike opplysninger legges ut på internett. Men eventuelle lovendringer på dette punkt bør i tilfelle finne sted gjennom personvernlovgivningen, for eksempel ved at Datatilsynet gis større adgang til å gripe inn mot nettsider hvor barns interesser blir krenket.

Utvalget er videre kjent med at manglende samtykke også kan skape problemer i to andre sammenhenger: Manglende samtykke fra forelderen til å la barnet få forklare seg i dommeravhør etter straffeprosessloven § 239 og manglende samtykke til å innhente DNA fra barnet etter straffeprosessloven § 157. Begge spørsmålene kan aktualiseres i for eksempel saker der det er mistanke om overgrep. Utvalget anser at det ligger utenfor dets mandat å gå nærmere inn i disse problemstillingene, men vil fremheve at det kan være grunn til å vurdere regelverket også på dette området.

7.5 Særlig om grunnskoleopplæring ved to skoler og to barnehageplasser

Der foreldrene til barnet har avtalt delt bosted, kan det oppstå spørsmål om barnet skal kunne gå på to skoler – typisk fordi foreldrene bor så langt fra hverandre at det nærmest er praktisk umulig å kunne gå på en og samme skole.

Som utgangspunkt er den enkelte kommune ansvarlig for å oppfylle opplæringsretten for de barna som er bosatt i kommunen, jf. opplæringsloven § 13-1. Kommunen forholder seg til de opplysninger som fremkommer av folkeregisteret om barnets bosted. Ved delt bosted må foreldrene velge å registrere et av bostedene i folkeregisteret, idet en person ikke kan være folkeregistrert på to adresser.

Etter opplæringsloven § 8-1 første ledd har grunnskoleelever rett til å «gå på den skolen som ligg nærast eller ved den skolen i nærmiljøet dei soknar til». Etter andre ledd kan en imidlertid søke om å få gå på en annen skole enn den man

²² Se også CEFLs anbefaling i Boele-Woelki m.fl. 2007 s. 97 om at «It should be avoided that parents are able to offload their responsibilities on to a competent authority.»

har rett til å gå på etter første ledd. Dette gjelder også der den skolen eleven har søkt seg til ligger i en annen kommune. Kommuner kan gjennom avtaler seg imellom avtale at grunnskoleopplæring kan tilbys utenfor bostedskommunen. Det vil likevel være bostedskommunen som har det økonomiske ansvaret for eleven og som har ansvaret for at eleven får oppfylt sin rett til grunnskoleopplæring.

Det synes klart at det ikke foreligger noen rett for foreldrene til å få skoleplass i to kommuner for barnet. Det er imidlertid på det rene at man har eksempler på at to kommuner har inngått avtale om at en elev får opplæring på to skoler.

I forbindelse med en henvendelse fra fylkesmannen i Finnmark i november 2006, inntok Utdanningsdirektoratet i brev av 13. februar 2007 følgende standpunkt:

«Selv om kommuner kan avtale å gi elever fra andre kommuner opplæring, mener Utdanningsdirektoratet at det ikke vil være forsvarlig å avtale at en elev skal følge opplæringen ved to ulike skoler. Innenfor gjeldene regelverk, herunder Læreplanverket for Kunnskapsløftet, har skolene/skoleeier stor grad av frihet. Dette gjelder utforming av lokale læreplaner, undervisningsmetoder etc. Hensynet til en forsvarlig opplæring og en forsvarlig progresjon i opplæringen tilsier at elever ikke kan være knyttet til to skoler samtidig. Dette innebærer at selv om barneloven gir foreldre full avtalefrihet i forhold til hvor barnet skal bo, mener direktoratet at barnet bare kan gå på en skole.»

Selv om det ligger i randsonen av utvalgets mandat, finner utvalget grunn til å gi sin tilslutning til Utdanningsdirektoratets standpunkt. Utvalget antar at det sjeldent vil være til barnets beste å gå på to skoler. Som ellers når foreldreansvaret skal oppfylles og utformes, må barnets beste danne bakgrunnen for beføelsene som følger ansvaret.

For det første vil det rent pedagogisk være vanskelig å få en delt skoleløsning til å fungere på en tilfredsstillende måte. For det andre vil et barn trenge stabilitet etter et samlivsbrudd og for mange miljømessige forandringer bør unngås. Det er kjent at barn kan gå langt i å tilfredsstille sine foreldres ønsker og behov ved et samlivsbrudd. At

et barn sier at det ikke har noe imot å gå på to skoler, betyr således ikke at dette nødvendigvis er til det beste for barnet – det kan like gjerne være et utslag av at man ikke ønsker å såre foreldrene.

Slik utvalget ser det, vil den omstendighet at foreldrene bor langt fra hverandre ikke alene kunne begrunne at et barn skal gå på to skoler. Dersom man i det hele tatt skal åpne for dette, må det foreligge andre tungtveiende grunner. Etter et samlivsbrudd må det anses som en del av foreldreansvaret å innrette hverdagen på en måte som er til det beste for barnet. Det er ikke barna som skal innrette seg etter foreldrenes ønske om å flytte.

Utvalget mener dermed at det ikke kan bli tale om en rettighet under foreldreansvaret å kunne bestemme at et barn skal gå på to skoler. Dersom det likevel skal åpnes for at et barn skal kunne gå på to skoler, bør det klart fremgå at dette bare bør skje unntaksvis og kun når det er til barnets beste. Utvalget tilføyer at det selvsagt stiller seg annerledes der et barn er i ferd med å skifte skole og i en utprøvings- og overgangsperiode går på to skoler.

Også når det gjelder spørsmålet om et barn bør gå i to barnehager vil mange av de samme argumentene gjøre seg gjeldende. Det er i dag ingen lovmessige skranker som hindrer to foreldre å bli enige om at barnet deres har to barnehageplasser og barnet for eksempel er annenhver uke i hver av barnehagene. Den enkelte barnehage bestemmer selv i hvilken grad den kan tilby deltids barnehageplass, og det kan ikke utelukkes at private barnehager vil strekke seg langt i å tilby fleksibilitet i så måte.

Utvalget mener at det også i slike tilfelle må være foreldrene som i utgangspunktet bør innrette seg slik at hverdagen blir enklest mulig for barnet etter et samlivsbrudd. Hensynet til barnets beste er grunnleggende også på dette punkt, og man må unngå at vurderingstemaet alene kretser rundt i hvilken grad barnet tar skade og/eller vil tåle å gå i to barnehager. Utvalget vil likevel understreke at det ikke foreligger forskning som entydig konkluderer med at mindre barn tar skade av å gå i to barnehager. Utvalget utelukker således ikke at det i det enkelte tilfelle er mulig for foreldrene å finne fram til en praktisk og god ordning med to barnehageplasser som også er til barnets beste.

Kapittel 8

Bostedskompetansen

8.1 Innledning

Etter barneloven § 37 kan den av foreldrene som har barnet boende fast hos seg treffe avgjørelser som gjelder «vesentlige sider» av omsorgen for barnet, herunder «spørsmålet om barnet skal vere i barnehage, kor i landet barnet skal bu og andre større avgjerder om dagleglivet.» Utvalget er bedt om å vurdere om det bør gjøres endringer i hvilke enkeltbeføyelser som ligger inn under bostedskompetansen, særlig bostedsforelderens rett til å flytte innenlands med barnet uten den andre forelderens samtykke.

Der barnet bor fast ett sted er det i utgangspunktet naturlig og praktisk at den som til enhver tid har barnet hos seg treffer de daglige avgjørelser. Selv om det foreligger felles foreldreansvar, ville det være urimelig og ugjennomførlig om den andre forelder skulle kunne kreve å ta del i avgjørelser som gjelder klær, mat, døgnrytme osv.

Det er imidlertid en glidende overgang fra de mer trivielle og dagligdagse beslutninger til beslutninger som i større grad har slik betydning for barnet at det kan reises spørsmål om den andre forelder bør trekkes inn før beslutningen tas. Generelle kostholdsvaner, mer omfattende fritidsspørsmål, valg av vennekrets etc. kan alle reise viktige prinsipielle spørsmål om oppdragelsen og sosialiseringen av barnet. Praktiske hensyn og hensynet til at barnet opplever en forutsigbar hverdag uten for mye diskusjoner mellom foreldrene kan imidlertid tilsi at en forelders adgang til å motsette seg beslutningen må vike. Også departementet la i sin tid betydelig vekt på hensynet til å unngå tvister da ordlyden i barneloven § 37 ble formulert:

«Det vesentlige ved forslaget er at den ene av foreldrene gis bestemmelsesrett, dersom foreldrene ikke kan komme til enighet om disse spørsmålene. Dette kan for eksempel være spørsmål om fritidssysler som valg av type aktiviteter i et idrettslag, skolefritidsordning og lignende. Beslutningstaker i disse spørsmålene må være forelder som barnet bor fast sammen med. Den som barnet bor fast sammen med, kan bestemme om barnet skal gå i barnehage, flytting innen landets grenser

og annet som gjelder vesentlige sider av omsorgen. Barnet vil være registrert som bosatt på denne adressen. Barnets adresse vil ha betydning for hvorvidt forelder vil bli ansett som enslig forsørger i relasjon til enkelte offentlige ytelser, som barnetrygd og skattekasse. Eventuelle konflikter som ikke faller inn under foreldreansvaret eller den direkte omsorgen, vil kunne løses nettopp ved at bostedsforelder har det avgjørende ordet.»¹

I lovteksten er «vesentlige sider» av omsorgen eksemplifisert ved å angi tre typetilfeller: Spørsmålet om barnet skal gå i barnehage, hvor i landet barnet skal bo og «større avgjørelser om dagliglivet». Sistnevnte eksempel er i og for seg en sekkekategori som åpner for ulike tolkingsspørsmål.

8.2 Innenlands flytting

Selv om spørsmålet om barnet skal gå i barnehage i visse tilfelle kan by på utfordringer, fremstår det for utvalget som klart at avgjørelsen om lokalisering i landet står i en særstilling. Til tross for at bostedsforelder ikke har adgang til å foreta flytting som hindrer den andre forelder i å utøve avtalt eller pålagt samvær, vil det i praksis kunne oppstå vansker og begrensninger i kontakten mellom barnet og forelder dersom foreldrene bor langt fra hverandre. Med utgangspunkt i barnets beste, kan det oppstå spørsmål om det bør være fritt fram for den av forelder som har barnet fast boende hos seg å flytte til en annen del av landet, med de konsekvenser dette kan ha for barnets rett til samvær med den andre forelder. For forelder med samværsrett, kan en slik flytting medføre at denne kan se seg nødt til å flytte etter dersom samværet i rimelig utstrekning skal kunne opprettholdes. Å flytte etter vil imidlertid kunne være problematisk dersom det på det aktuelle stedet for eksempel er lite relevante jobber eller vedkommende forelder også har samværsforpliktelser eller bor sammen med andre barn på det sted vedkommende allerede er bosatt.

¹ Ot.prp. nr. 56 (1996-1997) s. 55.

Spørsmålet om innenlands flytting har nylig blitt drøftet i Danmark. I Betænkning nr. 2006/1475 ble man stående ved at bostedsforelderen alene kan treffe beslutning om innenlands flytting, noe som ble fulgt opp i forældreansvarsloven § 3:

«Udvalget er opmærksomt på, at en af de vigtigste forældremyndighedsbeføjelser er adgangen til at bestemme, hvor barnet skal bo. Således vil navnlig spørgsmålet vedrørende barnets flytning indenlands udgøre et potentielt konfliktfelt mellem forældrene og have ganske indgribende betydning for spørgsmålet om den fortsatte kontakt med barnet. Alligevel er udvalget af den opfattelse, at en bopælsforælder bør have mulighed for at træffe bestemmelse om barnets flytning indenlands. Hensynet til denne forælders mulighed for fleksibilitet i forhold til sin livssituation i øvrigt – f.eks. jobskifte, nyt samlivsforhold og den øvrige families opholdssted – bør medføre, at der ikke kan kræves samtykke fra den anden forælder til en påtænkt flytning.»²

I samme utredning ble det vurdert å innføre en varslingsplikt for den forelderen som ønsker å flytte med barnet. Et flertall i utvalget gikk i mot dette:

«Da en bopælsforælders flytning indenlands kan have store konsekvenser for samværet, har udvalget imidlertid overvejet, om der bør stilles særlige krav til bopælsforælderen i sådanne tilfælde. Udvalget har således overvejet en varslingsregel, hvorefter bopælsforælderen er forpligtet til i god tid inden flytningen at underrette den anden forælder herom. Samværsforælderen kunne på denne måde få mulighed for at forholde sig til den nye situation og træffe eventuelle foranstaltninger – f.eks. selv vælge at flytte eller anlægge sag om en ændret bopælsafgørelse – i god tid forinden flytningen. (...)

Et flertal i udvalget finder ikke, at der bør indføres en sådan regulering og skal navnlig pege på, at en sådan bestemmelse er forbundet med betydelige vanskeligheder i forhold til eventuelle formkrav, sanktionsmuligheder mv. Det kan endvidere diskuteres, om det i alle tilfælde er hensigtsmæssigt at pålægge bopælsforælderen en sådan varslingsfrist. I yderste tilfælde kan det således medføre, at en bopælsforælder ikke vil kunne takke ja til ønskejobbet med kort varsel, ikke vil kunne flytte i nærheden af syge familiemedlemmer for at varetage pasningen af disse mv.»³

Mindretallet mente at en varslingsregel var påkrevet av hensynet til barnets beste:

«Det foreslås derfor, at den forælder, der vil flytte, skal informere den anden om indenlands flytning med mindst 1½ måneds varsel. Det påhviler den forælder, der flytter, at dokumentere, at varslingsfristen er overholdt.

Varslingsfristen har til formål at sikre en mulighed for i god tid at kunne indgå nye aftaler om bopæl og samvær og indrette sig i overensstemmelse hermed. Den har samtidig til formål at give den forælder, der ikke flytter, en mulighed for at anmode statsforvaltningen om en afgørelse, herunder evt. en midlertidig afgørelse, om barnets bopæl, eller om samvær, hvis det ud fra en samlet vurdering må antages, at en flytning ikke er til barnets bedste.

Overflytning af barnets bopæl til samværsforælderen forventes særligt at kunne blive aktuell, hvor forældrene indtil da har boet tæt på hinanden, og der samtidig har været et udvidet samvær. Det er uden betydning for varslingsbestemmelsen, om der er fælles forældremyndighed eller ej.»⁴

Om konsekvensene ved manglende overholdelse av varslingsplikten uttalte mindretallet:

«Selv om en tilsidesættelse af varslingsplikten ikke har nogen umiddelbar retsvirkning, kan en sådan handlemåte vise en manglende respekt for barnets fortsatte kontakt med den anden forælder. Dette kan tillægges vægt ved en eventuel efterfølgende sag om overførsel af barnets bopæl eller forældremyndighed.»⁵

Folketinget valgte å følge mindretallets anbefaling og vedtok en varslingsplikt. Etter forældreansvarsloven § 18 må den forelderen som ønsker å flytte nå varsle den andre forelderen senest seks uker før flyttingen. Bestemmelsen lyder:

«En forælder, der vil ændre sin eller barnets bopæl til et andet sted her i landet eller i udlandet, skal underrette den anden forælder herom senest 6 uger før flytningen.»

8.3 Utvalgets vurdering og konklusjon

Også for dette spørsmålets vedkommende er det klart at barnets beste må være avgjørende. Utvalget legger til grunn at det i de fleste tilfeller vil være til barnets beste at det har regelmessig kontakt og en forutsigbar samværsordning med den av foreldrene som det ikke bor fast hos. Dersom en av

² Betænkning nr. 2006/1475 s. 159.

³ Betænkning nr. 2006/1475 s. 159-160.

⁴ Betænkning nr. 2006/1475 s. 160.

⁵ Betænkning nr. 2006/1475 s. 160.

foreldrenes flytting medfører at barnet i praksis mister viktig foreldrekontakt og omsorg, kan skadevirkningene bli betydelige. Ikke minst kan dette være tilfelle dersom flyttingen skjer i kjølvannet av et samlivsbrudd hvor barnet gjerne er i en ekstra sårbar situasjon.

En forelder kan ha mange grunner til å flytte. Det kan for eksempel være at vedkommende har fått jobb eller kjæreste et annet sted i landet. Etter utvalgets oppfatning verken kan eller bør hensynet til forelderen være avgjørende for om flytting bør skje, dersom dette ikke er i samsvar med barnets beste. Utvalget er således ikke enig i standpunktet i den danske utredningen om at «[h]ensynet til denne forælders mulighed for fleksibilitet i forhold til sin livssituasjon»⁶ bør tillegges utslagsgivende vekt når regelverket skal utformes. Å ha barn medfører at man må legge forholdene til rette for barnet også etter et samlivsbrudd. I de fleste tilfelle vil det være til barnets beste at foreldrene bor i rimelig nærhet av hverandre slik at barnet kan ha god kontakt med dem begge. I dag har adgangen til å flytte med barnet nærmest karakter av å være en rettighet for bostedsforelderen.

Utvalget er imidlertid klar over at det i noen situasjoner ikke nødvendigvis er til barnets beste at foreldrene bor nær hverandre. Det kan for eksempel være tale om barn eller forelder som utsettes for fysisk eller psykisk vold også etter et samlivsbrudd. Dette må man også ta høyde for ved vurderingen av hvordan flyttereglene skal utformes.

Det er ellers utvalgets inntrykk at spørsmålet om innenlands flytting forekommer ofte og ikke sjeldent er en problemstilling som er kime til konflikt mellom foreldrene etter et samlivsbrudd. Man ser også problemstillingen ofte i rettsapparatet, særlig hvor en flytting allerede er gjennomført og den andre forelder har tatt til motmæle og hevder flyttingen var rettsstridig. At sistnevnte forelder overhodet ikke har fått noe forvarsel om flyttingen, er ikke uvanlig.

Det er utvilsomt et problem at barneloven i dag ikke har regler som hindrer at en forelder kan flytte med barnet uten verken å informere eller innhente samtykke fra den andre. En flytting vil ofte medføre at samværsretten til den andre blir vanskelig eller umulig å gjennomføre. Barneloven § 46 gir riktignok den samværsberettigede en rett til å bli hørt før den andre forelderen tar avgjørelser som «vil gjere det umogeleg eller vesentleg vanskeligere å utøve samværsretten.» Utvalget er imidlertid i tvil om denne bestemmelsen har virket

etter sin hensikt. Manglende overholdelse av informasjonsplikten etter denne bestemmelsen er heller ikke sanksjonert.

Utvalgets medlemmer, alle med unntak av *Rusten*, er kommet til at reglene om innenlands flytting bør endres slik at de i større grad sikrer at flytting ikke kan skje uten den andre forelders kunnskap. Dagens regler kan skape en unødig usikkerhet og redsel for at en av foreldrene uten forvarsel flytter med barnet til en annen del av landet. Denne usikkerheten kan igjen virke konfliktopptrappende og hindre at fornuftige samværsavtaler inngås i minnelighet. Etersom barnets beste skal legges til grunn ved vurderingen av hvor barnet skal bo, er det heller ikke åpenbart at en forelders handlinger i forbindelse med selve flyttingen medfører at den andre forelderen vil nå fram i etterfølgende søksmål om endring av avgjørelsen om hvor barnet skal bo fast. Tvert imot kan innrettelseshensyn og ønsket om å unngå ytterligere miljøendringer tale for at barnet blir boende.

Utvalget vil også peke på at ved flytting til utlandet må begge foreldrene samtykke dersom de har felles foreldreansvar, jf. barneloven § 40 første ledd andre punktum. Selv om flytting til utlandet kan reise særskilte spørsmål knyttet til statsborgerskap, språk etc., vil det i mange tilfelle være vanskelig å se noen grunn til å behandle innenlands og utenlands flytting ulikt. Norge er et langstrakt land med store avstander, og en flytting fra for eksempel Oslo til Kirkenes vil kunne være minst like problematisk som en flytting fra Oslo til Stockholm eller København.

Slik utvalget vurderer det, er det særlig to alternativer til dagens rettslige situasjon som er aktuelle: Man kan gjøre kompetansen til å kunne foreta innenlands flytting til en del av foreldreansvaret, slik at det må foreligge samtykke fra den som ikke har barnet fast boende hos seg. CEFLs anbefaling er at spørsmålet om bopel hører inn under foreldreansvaret, se principle 3:1 jf. principle 3:12.⁷ Alternativt kan flyttekompetansen bli liggende hos bostedsforelderen, men slik at det oppstilles en varslingsplikt før flyttingen. Sistnevnte modell er valgt i Danmark, jf. foreldreansvarsloven § 18.

Utvalget ser fordeler og ulemper ved begge alternativer. Dersom innenlands flytting blir en del av foreldreansvaret, innebærer dette i praksis at en forelder gis vetorett og på ethvert tidspunkt kan hindre den andre å flytte med barnet inntil annen avgjørelse foreligger. Det kan være ulike grunner til at man ønsker å flytte, og det er åpenbart at en slik regel må suppleres med unntak. Enhver flyt-

⁶ Betænkning nr. 2006/1475 s. 159.

⁷ Se nærmere Boele-Woelki m.fl. 2007 s. 29 og s. 89-90.

ting skal ikke kunne trenge et samtykke fra den andre forelder, og enhver begrunnelse for å nekte flytting bør heller ikke kunne godtas. Lovteknisk kan det imidlertid by på utfordringer å utforme en unntaksregel som fanger opp de ulike situasjonene.

På det prosessuelle plan blir det dessuten spørsmål om hvordan man skal regulere tvisteløsningen der foreldrene ikke klarer å bli enige om flyttingen. Det er ikke ønskelig med en økning av saker der et felles foreldreansvar begjæres oppløst fordi man ikke oppnår enighet om innenlands flytting. Utvalget mener derfor at det i så fall må være adgang til å bringe spørsmålet om flytting – etter forutgående mekling – inn for retten, uten at man av den grunn behøver å oppheve det felles foreldreansvar. En positiv sidevirkning av at flyttekompetanse legges inn under foreldreansvaret vil antagelig være at muligheten for å oppnå en avtale gjennom dialog eller mekling blir større. Dette kan ha en viss prosessbesparende effekt. Videre vil det kunne ha en viktig symbolfunksjon når foreldrene også på dette punkt sidestilles etter loven.

Den danske modellen med en varslingsplikt senest seks uker før flytting, innebærer i utgangspunktet ikke noen begrensning for bostedsforeldrens adgang til å flytte. Spørsmålet er om man uten videre kan innføre en tilsvarende bestemmelse i den norske loven. Det fremstår for utvalget som klart at varslingsplikten må innebære en realitet, i den forstand at det ikke bør være uten konsekvenser å bryte denne. Dersom varslingsfristen kun blir en ordensforskift, løper man risikoen for at den kan bli ignorert slik som barneloven § 46 i mange tilfeller blir i dag. Å finne en hensiktsmessig sanksjon ved overtredelse av varslingsplikten er imidlertid ikke uten videre enkelt. Man kunne tenke seg at overtredelse av varslingsplikten kunne tillegges vekt i en etterfølgende sak om endring av avgjørelsen om hvor barnet skal bo fast eller – som det meste ekstreme alternativ – medføre en automatisk plikt for forelderen til å sørge for at barnet flytter tilbake. En slik reaksjon vil imidlertid kunne medføre et utfall av saken som er i strid med barnets beste. Barnets beste må alltid være det avgjørende kriterium, uavhengig av foreldrenes handlinger og oppførsel, og det er ikke sikkert at en reversering av flyttingen og et nytt miljøskifte er til beste for barnet. Økonomiske sanksjoner, for eksempel i form av bortfall av barnetrygd, vil også kunne ramme barnet.

På samme måte som en eventuell overføring av flyttekompetanse til foreldreansvaret krever at det etableres en tvisteløsningsmekanisme hvis foreldrene ikke blir enige, medfører en varslingsfrist at

man må ha regler om hvordan man skal gå fram der den som varsles motsetter seg flyttingen. En suspensjon av adgangen til å flytte når den andre forelderen nekter å samtykke, innebærer at man legger seg tett opp til en løsning med å legge flyttekompetanse inn under foreldreansvaret. Et alternativ kan være at nektelse medfører plikt for foreldrene til å foreta mekling – men uten at man avskjærer en forelders rett til å flytte selv om meklingen ikke fører fram. Et ytterligere alternativ er at den som motsetter seg flytting innen flyttefristen må ta rettslig skritt for å få spørsmålet prøvet for retten, enten gjennom vanlig søksmål eller gjennom midlertidig avgjørelse.

Utvalget har delt seg i synet på hvilket alternativ som er å foretrekke.

Utvalgets flertall – *Cassidy, Ellingsæter, Lorentzen, Musæus, Strandbakken, Thuen og Unneberg* – mener at en forelders beslutning om å flytte innenlands med barnet bør ligge under foreldreansvaret. Ved felles foreldreansvar må derfor begge foreldre samtykke dersom flytting med barnet skal kunne skje. Forutsetningen er imidlertid at flyttingen i vesentlig grad vanskeliggjør samværet mellom barnet og den forelderen som ikke flytter. Flytting over kortere avstander vil derfor som regel ikke kreve samtykke. Flertallet legger til grunn at praksis knyttet til bestemmelsen i barneloven § 46 her kan være relevant. Det forutsettes dessuten at det er tale om vanskeliggjøring av et samvær som allerede er etablert når spørsmålet om flytting blir aktualisert. Det må imidlertid kunne tas hensyn til planlagte, men ikke igangsatte samvær. Dersom samvær ikke er etablert, må den forelder som vil motsette seg flytting kunne sannsynliggjøre at samvær vil bli igangsatt i nær fremtid dersom flytting ikke skjer. Hvis partene ikke blir enige om flyttespørsmålet, bør dette kunne prøves av en domstol, jf. nærmere om dette nedenfor i kapittel 8.4.

Flertallet kan ikke se at en slik regulering kommer i strid med retten til fritt å kunne bevege seg på en stats territorium og fritt å velge bosted som er nedfelt i artikkel 2 nr. 2 i 4. tilleggsprotokoll til EMK. For det første er det ikke tale om å innføre noe forbud mot å flytte. Realiteten i forslaget er at man ikke uten videre kan ta med seg barn dersom man velger å benytte seg av sin rett til fri bevegelse. For det andre er ikke rettigheten etter artikkel 2 i 4. tilleggsprotokoll ubetinget. Etter artikkel 2 nr. 3 kan begrensninger finne sted for å beskytte andres rettigheter og friheter. Dersom man finner at den løsningen flertallet har valgt er et inngrep etter artikkel 2 nr. 2, vil inngrepet kunne forsvares ut fra hensynet til barnets beste. Så lenge det gis adgang til å bringe spørsmålet inn for domstolene,

legger flertallet til grunn at det ikke vil bli truffet avgjørelser som vil representere en krenkelse av 4. tilleggsprotokoll.⁸ Flertallet vil for øvrig også fremheve at den løsning som er valgt, er i samsvar med anbefalingen fra CEFL, principle 3:21. Av denne anbefalingen fremgår det også hvilke momenter domstolene kan ta i betraktning ved avgjørelsen, for eksempel barnets alder og mening, foreldrenes evne til samarbeid og geografisk avstand mv.⁹

Flertallet er imidlertid enig i at det i spesielle tilfelle bør være en åpning for flytting uten den andre forelders samtykke selv om vedkommendes samværsrett dermed blir vesentlig vanskeliggjort. Det foreslås derfor et generelt unntak fra hovedregelen der flytting er til barnets beste. Utvalget forutsetter at de nærmere retningslinjer omkring dette unntaket vil bli utviklet i rettspraksis.

For foreldre med samværsrett, men som ikke har del i foreldreansvaret, bør det innføres en regel om at den som har foreldreansvaret for barnet, varsler forelderen med samværsrett dersom flyttingen vil gripe inn i barnets rett til samvær med vedkommende forelder. En slik regel bør også gjelde for det tilfellet at det er forelderen med samværsrett som flytter til en annen del av landet.

Ellers vil det være adgang til å treffe midlertidig avgjørelse om flyttespørsmålet, jf. barneloven § 60 som foreslås endret til også å omfatte avgjørelse om flytting.

Utvalgets første mindretall – *Haavind, Kristensen og Ribe-Anderssen* – mener at en beslutning om innenlands flytting som beføyelse fremdeles bør ligge under bostedskompetansen, men at den må suppleres med en varslingsplikt. Varslingsplikten bør utformes etter mønster av den danske bestemmelse i foreldreansvarsloven § 18, slik at den som ønsker å flytte gir den andre varsel på seks uker før flyttingen skal finne sted. Dette vil gi den andre forelderen mulighet til å ta opp spørsmålet om flytting i mekling, og bringe det inn for retten før flyttingen er gjennomført. Varselet bør inneholde en konkret begrunnelse for flyttingen. Bringes saken inn for domstolen, må retten ta stilling til om flytting vil være til beste for barnet. Dersom retten finner at flytting ikke tjener barnets interesse, skal det treffes avgjørelse om at flytting ikke skal kunne skje. En slik avgjørelse kan medføre at partene blir enige om at avgjørelsen om hvor barnet skal bo fast endres slik at barnet blir boende på det sted hvor vedkommende har sitt nærmiljø etc.

Mindretallet antar at det ikke vil være i samsvar med barnets beste å innføre en sanksjonsregel for det tilfellet at en forelder ikke oppfyller sin varslingsplikt, for eksempel at barnet i slike situasjoner automatisk skal få fast bosted hos den andre forelder. At en forelder opptrer i strid med varslingsplikten og dermed setter sine egne interesser foran barnets, vil imidlertid være et forhold som er relevant ved vurderingen av hvor barnet skal ha fast bosted.

Dersom kompetansen til å beslutte innenlands flytting legges inn under foreldreansvaret, er det sannsynlig at det vil bli flere rettssaker om felles foreldreansvar. Det kan bli vanskelig for partene å bli enige, og flere saker vil ende med dom. Det må også påregnes at foreldre som ønsker å flytte vil anlegge sak for å oppheve felles foreldreansvar og ikke bare bringe flyttespørsmålet inn for retten. En slik prosessdrivende effekt er ikke til barnets beste.

Utvalgets andre mindretall – *Rusten* – mener at lovverket knyttet til flytting innenlands ikke bør ligge under foreldreansvaret. Bestemmelsen bør være som i dagens lovverk. Etter dagens lovverk står foreldrene fritt til å kalle inn til mekling eller domstolsbehandling dersom man er uenig om hvem barnet skal bo hos, eller om omfanget av samvær. Et flytteforbud for barnet i aleneforeldrefamilier, slik flertallet foreslår, vil i praksis innebære at også foreldrene får flytteforbud, fordi man vanskelig kan tenke seg foreldre som flytter og overlater barnet til seg selv. Flertallets forslag innebærer dermed at det er samværsforeldrene som bestemmer hvorvidt den andre skal kunne flytte. Så vidt man vet er ikke tilsvarende flytteforbud for aleneforeldre praksis i noe annet land.

Siden det store flertall av bostedsforeldre er kvinner, vil mange kvinner få innskrenket handlefrihet dersom et flytteforbud for bostedsforeldre innføres. At mannen i mange år etter et samlivsbrudd skal kunne bestemme hvor kvinnen kan bo, er å sette likestillingsarbeidet langt tilbake. Ekstra alvorlig blir det for barn og foreldre som vil få begrensede muligheter til å beskytte seg mot vold og overgrep. Videre vil det få en rekke konsekvenser for barn og foreldre som:

- Økt konfliktnivå
- Flere foreldrekonflikter for retten
- Begrensede muligheter til å kunne ta seg utdanning
- Begrensede karrieremuligheter
- Redusert inntekt
- Begrensede muligheter til kunne stifte nye familier
- Begrensede muligheter til å eie egen bolig

⁸ For en nærmere drøftelse av dette spørsmålet, se vedlegg 2 avsnitt 3.5.

⁹ Se nærmere Boele-Woelki m.fl. 2007 s. 137-142.

- Økt risiko for vold og overgrep
- Redusert livskvalitet
- Reduserte muligheter til å skaffe seg nye sosiale nettverk etter samlivsbrudd
- Den enkeltes plikt til å flytte for å ta tilbudt arbeid/kvalifisering for å ha rett til offentlige ytelser

Retten til å flytte er også en menneskerett som blant annet reguleres av EMK. Konvensjonen sier at en person har rett til fritt å bevege seg innenfor sitt lands territorium og står fritt til å velge sitt bosted.

Dette mindretallet mener videre at det ikke bør innføres seks ukers varslingsfrist fordi det setter urimelige begrensninger i forhold til retten til fritt å kunne flytte innenlands. Her nevnes spesielt barn og foreldres rett til å beskytte seg mot vold og overgrep, mulighetene til å få seg nødvendig og ønsket utdanning/arbeid, da dette tilbys med korte frister. Mange familier må også i dagens samfunn flytte raskt fra bopel på grunn av nye samboerforhold som brytes, eller boliger som de mister. For disse foreldrene vil en seks ukers varslingsfrist skape store problemer.

Flytteforbud legger restriksjoner på den ene part, som i hovedsak er kvinner, mens den andre part, i hovedsak menn, står fritt til å flytte.

8.4 Rettslig prøving av flyttespørsmålet

Utvalgets flertall foreslår altså at adgangen til å beslutte innenlands flytting med barnet overføres fra bostedskompetansen til foreldreansvaret. Flytting med barnet til utlandet ligger allerede under foreldreansvaret, jf. barneloven § 40. Dette nødvendigvis gjør en drøftelse av hvordan foreldre med felles foreldreansvar skal gå fram dersom de ikke klarer å bli enige om flyttespørsmålet, herunder om det skal være adgang til å få dette spørsmålet prøvet av domstolene.

Utvalget har ovenfor i kapittel 7.3 foreslått at domstolene i visse tilfeller skal gis anledning til å prøve en begrenset del av foreldreansvaret – spørsmålet om samtykke til helsehjelp for barnet. I motsetning til det som må antas ved helse spørsmål, oppstår imidlertid flyttespørsmål ofte i praksis. Ikke sjelden er dette spørsmålet gjenstand for konflikt mellom foreldrene etter et samlivsbrudd, og mange barnefordelingssaker i rettsapparatet har sitt utspring i en uenighet mellom foreldrene på dette punkt.

Høyesterett kom i Rt. 2000 side 185 under disSENS 3-2 at det ikke var rettslig grunnlag for å tolke barnelovens regler slik at foreldreansvaret kunne splittes opp – i den forstand at én av beføelsene kunne reguleres særskilt av domstolene. I denne saken hadde lagmannsretten besluttet felles foreldreansvar, men slik at den ene forelderen ikke kunne motsette seg at den andre flyttet med barna til Tyskland. Høyesteretts flertall fant at lagmannsrettens avgjørelse måtte oppheves på dette punkt:

«Det er ikke holdepunkter i barneloven eller i lovforarbeidene, verken til loven slik den lød i 1981 eller til lovendringen i 1997, for at domstolene kan velge andre løsningsalternativer enn de som loven oppstiller. Både ordningen med delt foreldreansvar og foreldreansvarets innhold er utførlig drøftet i forarbeidene til endringen i 1997, men disse forarbeidene inneholder ingen indikasjon på at domstolene har adgang til å fastsette mellomløsninger hvor de funksjoner som foreldreansvaret består av, splittes opp. Adgangen til å flytte barnet utenlands står etter mitt syn i denne henseende i samme stilling som de øvrige funksjoner foreldreansvaret består av.»

Utvalget er enig i at det ikke bør åpnes for at domstolene får en *generell* adgang til å kunne regulere eller begrense foreldreansvaret for så vidt gjelder flyttespørsmålet. Derimot har utvalget – alle med unntak av *Rusten* – kommet til at domstolene, etter forutgående mekling jf. barneloven § 56 andre ledd, bør gis kompetanse til å avgjøre konkrete tvister knyttet til flytting med barnet. Utvalgets løsningsmodell kan illustreres med følgende eksempel: Mor og far bor i Oslo, men far vil flytte med barnet til Bodø. Mor ønsker ikke dette og bringer saken inn for retten. Retten kan da enten frifinne far eller beslutte at far ikke kan flytte med barnet til Bodø. Rettens avgjørelse vil imidlertid ikke ha betydning utover den konkrete tvisten. Dersom det senere oppstår ny tvist om flytting, for eksempel fra Oslo til Drammen, kan det reises nytt søksmål. Det vil med andre ord ikke være adgang ved dom til å avskjære flytting generelt.

Forslaget medfører en endring av rettstilstanden slik den er beskrevet i Rt. 2000 side 185. Det kan ikke utelukkes at endringen vil medføre noen flere rettsaker for domstolene. Utvalget, med unntak av *Rusten*, mener imidlertid at en slik tvisteløsningsmekanisme vil være til barnets beste. Det vil ikke alltid være rimelig eller i barnets interesse at domstolen må oppheve det felles foreldreansvar bare fordi foreldrene på et gitt tidspunkt og i en gitt situasjon ikke makter å bli enige om flyttespørsmålet. Samtidig som et flertall i utvalget anser flytte-

kompetansen som så viktig at den bør ligge under foreldreansvaret, er et samlet utvalg – med unntak av *Rusten* – opptatt av at det åpnes for rettslige mekanismer og løsninger som kan ivareta behovet for løse tvister mellom foreldrene uten at foreldreansvaret som helhet må oppløses.¹⁰

¹⁰ Også EMK forutsetter at det er adgang til å prøve spørsmålet for domstolene, se vedlegg 2 avsnitt 3.5.

8.5 De øvrige beføyelsene under bostedskompetansen

Utvalget har også vurdert om det bør gjøres endringer for de øvrige beføyelsene under bostedskompetansen. Verken spørsmålet om barnehage eller alternativet «andre større avgjerder om dagelivet» synes imidlertid i praksis å skape problemer. Utvalget legger til grunn at bostedskompetansen på dette punkt fungerer tilfredsstillende og vil ikke foreslå noen endringer.

Kapittel 9 Samvær

9.1 Innledning

Etter barneloven § 43 andre ledd første punktum er hovedregelen at foreldrene selv avtaler omfanget av samværsretten på bakgrunn av hva de mener er det beste for barnet. Etter tredje punktum skal det imidlertid blant annet legges vekt på «... omsynet til best mogleg samla foreldrekontakt, kor gammalt barnet er, i kva grad barnet er knytt til nærmiljøet, reiseavstanden mellom foreldre og omsynet til barnet elles.» Fjerde punktum inneholder en legaldefinisjon av «vanleg samværsrett» når uttrykket blir brukt i en rettslig avgjørelse eller en avtale. Bestemmelsen er en subsidiær løsning i forhold til en individuelt avtalt samværsordning.

Utvalget er på et generelt grunnlag bedt om å drøfte spørsmålet om «normering» av samværets omfang. Man forstår dette slik at det er ønskelig å se nærmere på lovens ordning slik den er i dag, og om det er ønskelig med sterkere eller svakere føringer i loven på hvordan en samværsordning bør være. Videre tolker man mandatet dit hen at legaldefinisjonens innhold skal vurderes.

9.2 Utviklingstrekk

Under Stortingets behandling av St.meld. nr. 29 (2002-2003) ønsket stortingskomiteens flertall å oppheve barnelovens legaldefinisjon av vanlig samværsrett for å unngå unødvendige føringer. Flertallet ønsket å erstatte begrepet «vanleg samværsrett» i barneloven med andre formuleringer som for eksempel at begge parter har rett til samvær, og at det skal legges vekt på barnets situasjon når det gjelder alder, reiseavstand mv.¹ Departementet foreslo deretter i et høringsbrev å oppheve lovens definisjon av vanlig samværsrett.

Ved å oppheve legaldefinisjonen ville det bli lagt til rette for at avtaler kunne inngås på individuell basis, og at hver enkelt avtale skulle ha grunnlag i en vurdering av behovene til barnet det gjelder og ikke i en standardordning. Dette fikk stor tilslutning, men flere høringsinstanser uttalte like-

vel at dette kunne virke konfliktfremmende. Det ble samtidig påpekt usikkerhet om forslaget kunne føre til mindre samvær for barn og foreldre som fra før har liten kontakt. På denne bakgrunn foreslo departementet en mellomløsning som nå er gjeldende rett, med en fleksibel hovedregel, samtidig som man har beholdt legaldefinisjonen av «vanleg samværsrett».²

I nordisk sammenheng er det bare Norge som har en legaldefinisjon av vanlig samvær. Imidlertid har flere av de nordiske landene standardiserte ordninger om samvær, enten fastsatt i forarbeider etter utviklet i rettspraksis.³

9.3 Utvalgets vurdering og konklusjon

Det er utvalgets klare oppfatning at både den prinsipale regel om avtalefrihet i barneloven § 43 andre ledd første punktum, samt momentangivelsen i andre ledd tredje punktum ikke bør endres. De enkelte foreldre må kunne stå fritt til å inngå den samværsavtale som passer barnets og deres livssituasjon best.

Det er videre utvalgets syn at samværsreglene i størst mulig grad må utformes med barnets perspektiv for øyet. Barnet har rett til kontakt og sosial omgang med sine foreldre. Utvalget er av den oppfatning at det bør fremgå av barneloven § 43 første ledd andre punktum at samvær kan fastsettes opp til 50 % av tiden. En slik presisering er nå inntatt i den danske forældreansvarsloven § 21 Stk. 2.⁴ I dag fastsettes et slikt samvær meget sjeldent i Norge. Hvor et slikt omfattende samvær er til barnets beste, bør ikke domstolene være tilbakeholden med å fastsette en samværsordning som i realiteten medfører at barnet bor halvparten av tiden hos hver av foreldrene, selv om barnet altså har fast bosted hos en av dem.

I denne sammenheng vil utvalget understreke at det klare utgangspunkt er at det normalt vil være

¹ Se Innst. S. nr. 53 (2003-2004) s. 28.

² Se Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 14-16.

³ Se Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 12-13 og kapittel 3 ovenfor for en oversikt over nordisk rett.

⁴ Forældreansvarsloven § 21 Stk. 2: «Samvær kan fastsettes i op til 7 dage ud af 14 dage.»

til barnets beste med størst mulig kontakt med begge foreldre etter et samlivsbrudd, og det er viktig at foreldrene bidrar til å legge forholdene til rette for dette.

Samtidig vil utvalget fremheve at for en del barn vil et regelmessig og ordnet samvær være minst like viktig som et omfattende samvær. Særlig for de helt små barna kan et trygt og forutsigbart samværsomfang være av vesentlig betydning for hvordan foreldrenes samlivsbrudd oppleves. Videre kan det foreligge situasjonsbestemte faktorer som tilsier at et omfattende samvær ikke nødvendigvis er til barnets beste. Dersom foreldrene for eksempel bor langt fra hverandre kan det være strevsomt for et barn å måtte reise fram og tilbake. Dette gjelder også for de eldre barna, som ofte har en travel hverdag med skole og fritidsaktiviteter. Et kvalitativt godt samvær vil i mange tilfeller være minst like bra for et barn som et kvantitativt omfattende samvær. Det er viktig at spørsmålet om samvær ikke blir redusert til et spørsmål for foreldrene om å få flest mulig dager og timer sammen med barnet.

Et samlet utvalg finner grunn til å peke på at i det i noen tilfeller er til barnets beste at det overhodet ikke er noe samvær mellom forelderen og barnet. Det vises her til lovendringen i 2006, hvor en regel om dette eksplisitt ble tatt inn i barneloven § 43 første ledd tredje punktum.⁵ Regelen underbygger prinsippet om at samværets omfang og innhold må være i overensstemmelse med hva som er barnets beste og ikke nødvendigvis hva som fortoner seg som det beste eller mest rettferdige for foreldrene.

Et samlet utvalg vil også understreke at spørsmålet om samvær må ses i sammenheng med barnets alder. Et samvær som passer for 10-åringer, trenger ikke å passe for toåringer. I det hele vil utvalget nok en gang fremheve det overordnede hensynet om barnets beste. Dette hensynet må legges til grunn for enhver samværsavtale.

Når det gjelder spørsmålet om den subsidiære legaldefinisjonen i barneloven § 43 andre ledd fjerde punktum, er et samlet utvalg enig om at bestemmelsen i alle tilfeller må endres innholdsmessig. Etter utvalgets syn er definisjonen av «vanleg samværsrett» både for upresis og for knapp, og den gir heller ikke uttrykk for den endring som har skjedd i samfunnet de siste årene mht. omfanget av samværet for samværsforeldre.

For utvalget er derfor to endringsalternativer aktuelle. Man kan enten beholde regelen om «vanleg samværsrett», men slik at denne utvides, eller

man kan ta regelen helt ut av loven. Ved vurderingen av hvilket alternativ som bør velges, står man ovenfor vanskelige og til dels motstridende hensyn.

På den ene siden kan det hevdes at tiden er moden for å ta ut legaldefinisjonen av loven. Selv om hensikten med en slik definisjon er å fange opp samfunnsutviklingen til enhver tid, er det en fare for at den virker konserverende og man løper risikoen for at den skaper uriktige forestillinger om hva som er vanlig samvær. Dette kan igjen legge begrensninger på avtalefriheten. Selv om loven klart gir uttrykk for at det er tale om en subsidiær løsning som kun fungerer utfyllende der foreldre ikke har avtalt annet enn at det skal være «vanleg samværsrett», er det i dag blant foreldre ikke uvanlig at denne normen anses som noe bindende eller som et slags minimum. Dette er åpenbart uheldig. Det ligger i dagen at det som etter loven anses som «vanleg samværsrett» ikke passer for alle. Både mellom foreldre, og mellom foreldre og en mekler er det hensiktsmessig at man drøfter samværs spørsmålet med utgangspunkt i hva som er barnets beste og ikke i en mal som lovgiver har fastsatt.

På den andre siden har legaldefinisjonen en viktig funksjon i forhold til de foreldre som har liten kontakt med sine barn. Dersom man fjerner det som etter loven oppfattes som et minimum av samvær, løper man risikoen for enda mindre samvær for barn og foreldre som fra før har liten kontakt. Dette er ikke ønskelig, og er også det argumentet som departementet la avgjørende vekt på da man i 2004/2005 gikk inn for å beholde legaldefinisjonen. Det er også slik at legaldefinisjonen i dag har en ikke helt ubetydelig signaleffekt. I praksis er det ikke uvanlig at både advokater og domstoler aktivt bruker legaldefinisjonen når man forsøker å oppnå minnelige løsninger mellom foreldrene. Trolig er det også slik at en del konflikter blir løst utenrettslig nettopp fordi man har en definisjon som kan virke normerende og oppdragende på partene. Kan en normering bidra til å spare barn for opprivende konflikter i rettsapparatet, er dette selvsagt noe som må tas i betraktning.

Etter dette fremstår det klart for utvalget at en normering gjennom en legaldefinisjon kan medføre begrensninger i begge retninger. Den kan sikre et minimumssamvær, men den kan også forhindre et mer omfattende eller mer fleksibelt samvær mellom foreldre og barn.

Utvalget har vurdert om begrepet «vanleg samværsrett» bør erstattes med begrepet «minimumssamvær», men ser at dette kan virke førende og bindende i forhold til lovens hovedregel om full

⁵ Se nærmere Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 21-23 og s. 54.

avtalefrihet. Ettersom begrepet har sin primære betydning som legaldefinisjon i de tilfellene hvor det alt er fastsatt samvær, har utvalget blitt stående ved at begrepet «vanleg samværsrett» bør beholdes dersom man først ønsker å beholde en definisjon.

Utvalget har delt seg i spørsmålet om hvilket alternativ som er å foretrekke.

Flertallet i utvalget – *Haavind, Kristensen, Musæus, Ribe-Anderssen, Rusten, Strandbakken, Thuen og Unneberg* – mener regelen om «vanleg samværsrett» bør beholdes, men slik at samværet utvides. Flertallet anser det som viktig at «vanleg samværsrett» omfatter en overnatting i uken, slik at forelderen med samværsrett får «hverdagskontakt» med barnet. I mange tilfelle vil det også være hensiktsmessig at hverdagsovernatting legges til helgesamværet, og således utvider helgesamværet annenhver uke til en «oval helg». Annenhver helg endres ikke, men kan etter avtale strekkes fra henting etter skole/barnehage på fredag til levering på skole/barnehage mandag morgen. I så fall vil dette utgjøre fem overnattinger per 14. dag.

Sommerferien utvides fra to til tre uker. Antall ferier utvides til også å inkludere høst- og vinterferie. I praksis deles ofte de ulike feriene opp slik at foreldrene tar annenhver ferie, og det understrekes derfor at definisjonen kun angir rammene og antall dager. For å unngå usikkerhet omkring antall dager og når de ulike feriene begynner og slutter, bør man ta utgangspunkt i skoleruten. Flertallet vil fremheve at det i avtaler eller avgjørelser om samvær blant annet skal legges vekt på barnets mening og hvor gammelt barnet er, hensynet til størst mulig samlet foreldrekontakt, i hvilken grad barnet er knyttet til nærmiljøet, reiseavstanden mellom foreldrene og hensynet til barnet ellers. «Vanleg samværsrett» i ovenstående omfang kan i noen tilfelle være for omfattende, for eksempel for de helt minste barna eller ved oppstart/opptrapping av samvær etter samværsavbrudd. Flertallet vil vektlegge foreldrenes avtalefrihet, og anser derfor ikke «vanleg samværsrett» som verken et minimumssamvær eller et hinder for et mer omfattende og fleksibelt samvær.

Utvalgets mindretall – *Cassidy, Ellingsæter og Lorentzen* – mener at regelen om «vanleg samværsrett» bør tas ut av barneloven.

Det legges for det første vekt på at en legaldefinisjon kan virke bindende og hemmende når avtale om samvær skal inngås eller mekles fram. Det er ikke uvanlig at meklere i dag må bruke både tid og krefter på å få foreldrene til å fri seg fra lovens angivelse av «vanlig» samvær. En helt fri og konkret vurdering av hvilket samvær som er til barnets

beste må være avgjørende, og en legaldefinisjon bør ikke ta fokuset bort fra dette utgangspunktet. Det er viktig å ha en lovbestemmelse som ikke hindrer folk i å avtale det de vil og det som er til barnets beste.

For det andre mener mindretallet at hva slags samvær som er til beste for barnet kan variere så mye at det vil være uheldig om loven inneholder en norm som i praksis ville kunne få stor betydning og påvirkningskraft. Mindretallet mener at det i stedet bør gis føringer i forarbeidene mht. hva som kan anses som et minimumssamvær. Mindretallet ser at det kan reises innvendinger mot en slik «lovgivning» gjennom motiver og forarbeider, men spørsmålet om samværsomfanget er såpass komplisert og fordrer en så konkret vurdering, at det vanskelig lar seg gjøre å formulere en lovregel som tar høyde for de ulike typetilfelle. Det må dessuten antas at en samværsnorm vil manifestere seg i rettspraksis, slik tilfelle er i blant annet Sverige og Danmark.

Mindretallet er enig med flertallet i at dagens legaldefinisjon av «vanleg samværsrett» ikke i tilstrekkelig grad ivaretar dette utgangspunktet, og at det er grunn til å utvide normen for hva som kan kategoriseres som «vanleg samværsrett» i tråd med det flertallet har foreslått. Mindretallet mener imidlertid det vil være tilstrekkelig å innta denne legaldefinisjon i forarbeidene for å beskytte den gruppe foreldre som departementet fokuserte på i Ot.prp. nr. 103 (2004-2005), dvs. foreldre som i dag har lite eller ikke noe samvær med sitt barn og hvor samvær er til barnets beste.

9.4 Særlig om samvær under tilsyn

9.4.1 Generelt om ordningen

Etter barneloven § 43 tredje ledd første punktum kan det settes vilkår for gjennomføring av samværsretten. Ved lovendring av 7. april 2006 (i kraft fra 1. januar 2007) ble det i samme bestemmelse andre punktum åpnet opp for at domstolen i «særlege høve» kan oppnevne en offentlig tilsynsperson som er tilstede under samværet. Den nærmere reguleringen av slikt tilsyn ble fastsatt i forskrifts form.⁶ Som det fremgår av forskriften § 2 dekker det offentlige kostnadene med inntil 16 timer tilsyn. Tilsynspersonen er vanligvis en ansatt ved det regionale familievernkantoret, jf. forskriften § 1.

⁶ FOR 2006-12-07 nr 1360: Forskrift om nærare føresegner om oppnemning av tilsynsperson, utøving av tilsynet og godtgjering for dette.

Et vilkår om tilsyn under samvær er i utgangspunktet et inngrep i foreldres rett til samvær. Det kan derfor bare være en aktuell mellomløsning dersom ordinært samvær ikke vil være til barnets beste, samtidig som alternativet med ikke noe samvær overhodet vil være et uforholdsmessig inngrep i barnets rett til kontakt og samvær med begge foreldre. I forarbeidene ble det blant annet pekt på at samvær under tilsyn kan være aktuelt i tilfeller der barnet har vært utsatt for eller vært vitne til fysiske eller psykiske overgrep fra en forelders side, eller tilfeller der det foreligger sykdom eller psykiske problemer hos forelderen. I disse situasjonene vil det ikke alltid være til barnets beste med en total avskjæring av samværet med forelderen, men samtidig heller ikke ønskelig at barnet og forelderen overlates helt til seg selv.⁷

Som det også fremgår av kravet om «særlege høve», var bestemmelsen forutsatt brukt med var-somhet:

«Bestemmelsen tar sikte på situasjoner hvor det anses som positivt for barnet å kunne ha et visst samvær, men hvor dette ikke kan skje uten tilsyn for å føre kontroll med at barnet ikke lider overlast. En slik form for tilsyn er begrenset til særlige tilfeller og situasjoner hvor det kun er aktuelt med sterkt begrenset samvær. Formålet med et slikt samvær må hovedsakelig være at barnet skal ha kjennskap til forelderen og sikre et minimum av kontakt. Dette kan være av stor betydning for barnets mulighet til å realitetsorientere seg. Det er ikke meningen at ordningen skal omfatte samvær av vanlig omfang. Ordningen vil typisk være aktuell hvor det for eksempel er snakk om to til fire samvær i året med en varighet av to til fire timer hver gang.»⁸

Erfaringene som til nå er gjort, kan imidlertid tyde på at domstolene benytter bestemmelsen i et relativt stort omfang.⁹ Det har også kommet signaler fra familievernkantorene om at en del tilsynspersoner pålegges plikter som de oppfatter å ligge utenfor det loven tok sikte på å regulere, blant annet kontroll med foreldrenes rustilstand.

I en uttalelse fra Justisdepartementets lovavdeling av 18. september 2007 (sak nr. 2007/05381) ble det konkludert med at barneloven § 43 tredje ledd må tolkes slik at Barne-, ung-

doms- og familieetaten ikke kan avslå å oppnevne tilsynsperson når retten har gitt pålegg om slik oppnevning. Tolkingsuttalelsen hadde sin bakgrunn i en konkret sak der Barne-, ungdoms- og familieetaten, region vest, hadde gitt et slikt avslag, og hvor Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet ba om Barne- og likestillingsdepartementets vurdering av forvaltningens adgang til å fatte et vedtak som innebærer at rettens avgjørelse rent faktisk bortfaller. Barne- og likestillingsdepartementet forela i sin tur igjen saken for Justisdepartementets lovavdeling.

Justisdepartementet viste i sin begrunnelse til forskriften § 4, hvor domstolene er gitt bred kompetanse til å faste formen og innholdet på utøvelsen av tilsyn:

«§4. Utøvinga av tilsynet skal skje i samsvar med rettens premisser for samvær under tilsyn. Tilsynspersonen har ingen oppgaver eller myndigheit utover å vera til stades, dersom det ikkje går fram av domspremissane. Med mindre retten har fastsett det, skal ikkje tilsynspersonen gi skriftleg referat om gjennomføringa av samværet under tilsyn.»

Justisdepartementet uttalte på denne bakgrunn følgende:

«Når retten har benyttet denne kompetansen og i samsvar med loven har gitt forvaltningen et pålegg, er det klart at et forvaltningsorgan ikke har kompetanse til å sette til side rettens pålegg ved å vedta å ikke etterkomme pålegget. Dersom forvaltningsorganet er uenig i rettens tolking av lov og forskrift, vil organet ha tre mulige handlingsalternativer. Rettens beslutning kan angripes med ordinære rettsmidler, forvaltningen kan avfinne seg med rettens tolking av regelverket eller forvaltningen kan vurdere å presisere regelverket for fremtiden.»

9.4.2 Utvalgets vurdering og konklusjon

Domstolenes adgang til å kunne fastsette samvær med en offentlig tilsynsperson til stede er en ordning som utvalget mener bør videreføres. Spørsmålet om hva som kan være formålet med at en offentlig oppnevnt tilsynsperson ivaretar barnets interesser ved samvær, er relevant for utvalgets mandat. Det handler om hvor langt det offentlige er villig til å strekke seg for å bidra til at et barn har kontakt med begge sine foreldre når det er til barnets beste. Ordningen kan brukes på en positiv måte for barnet. Men en ytterligere vurdering av når og hvordan en tilsynsperson kan benyttes skulle ideelt sett vært basert på erfaringer. Det

⁷ Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 32-33.

⁸ Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 55.

⁹ Barne- og likestillingsdepartementet anslo høsten 2007 at samvær under tilsyn etter barneloven § 43 tredje ledd andre punktum har vært pålagt av norske tingretter i 50-60 saker i løpet av de første ni månedene som bestemmelsen har vært i kraft.

mangler systematisk kunnskap om hvordan denne form for samvær fungerer for de barna som deltar. Det dreier seg ikke bare om hvorvidt selve samværet «går greit», men om ordningen totalt sett gir et positivt bidrag til barnets livssituasjon og utvikling. Utvalget finner det derfor ønskelig at det gjennomføres en undersøkelse av hvordan ordningen praktiseres. Dette bør skje på en måte som gir kunnskaper om hvordan denne type samværsordninger fungerer for barn, ikke bare under selve samværet og i oppbygging av barns forhold til sine samværsforeldre, men også for forholdet mellom barn og bostedsforeldre.

Selv om erfaringene med ordningen er begrensede, er det som nevnt grunn til å tro at omfanget er økende, og at det kan bli mer vanlig å ta et slikt vilkår i bruk. Det kan virke som en del positive tilbakemeldinger på bruk av tilsynsperson omfatter andre formål enn de som er trukket fram i forskriften. Særlig har ordningen vist seg å være aktuell i en oppstarts- og utprøvningsfase fram mot samvær uten tilsyn, og eventuelt også fram mot samvær av vanlig omfang. Slik forskriften er begrunnet nå, forutsettes ordningen brukt der det kun er aktuelt med sterkt begrenset samvær med sjeldne møter også på sikt.

Etter utvalgets vurdering bør domstolen ha en mulighet til å benytte ordningen med offentlig oppnevnt tilsynsperson i flere av de tilfeller hvor det hersker usikkerhet om hvordan samværet vil forløpe for barnet. Det kan dreie seg om igangsetting av samvær der det tidligere har vært liten eller ingen kontakt mellom samværsforeldren og barnet. Videre kan det være oppbygging av samvær med ganske små barn, fordi det i slike tilfeller er vanskelig å forberede barnet på samvær, og barnet følgelig heller ikke selv kan rapportere fra samværet. I begge tilfeller dreier det seg om oppstart og utprøving, og formålet med tilsynet må være at det viser seg for alle involverte parter at dette overflødiggjøres etter kort tid. Formålet med å ha en tilsynsperson vil ikke bare være å assistere den av foreldrene som har samvær, men like mye å berolige den av foreldrene som har barnet boende fast hos seg. Derfor vil det være viktig at tilsynsordningen faktisk bidrar til å redusere bostedsforeldrens usikkerhet og bekymringer. Dette aktualiserer spørsmålet om hvordan tilsynspersonen skal rapportere. Poenget er ikke om dette skal skje skriftlig eller ikke, men om den av foreldrene som har samvær får tilbakemelding på sine egne fremgangsmåter, mens den som har barnet boende hos seg får en form for tilbakemelding om hvordan samværet har forløpt for barnet. Begge deler vil

være av avgjørende betydning for at tilsynet skal kunne avvikles etter en utprøvningsperiode.

Dersom offentlig tilsynsperson skal brukes for gjennomføring av en mer permanent ordning med samvær i et begrenset omfang, kan formålet både være å assistere samværsforelderen og å beskytte barnet. Men det viktigste må likevel være at ordningen bidrar til beroligelse av den av foreldrene som barnet bor hos. I noen tilfelle vil tilsynspersonen da kunne medvirke til at et barn får kontakt med begge foreldre i en form som begge foreldre finner ønskelig. Det kan dreie seg om samværsforeldre der det foreligger erkjennelse av eller alvorlig mistanke om psykisk sykdom eller rusproblem. Vilkåret vil da være at selve samværet i kontrollerte former vil være til barnets beste, men likevel slik at begge foreldre innser at samværsforeldren ikke vil kunne ta et eget vedvarende omsorgsansvar for barnet. For at vilkåret med tilsynsperson skal fungere godt for barnet, er det etter utvalgets vurdering en forutsetning at det faktisk bidrar til beroligelse hos den av foreldrene som barnet bor hos, og til en form for selverkjennelse hos den av foreldrene som har samværet. En tilbakemelding til de involverte foreldrene vil derfor også i slike tilfelle være en nødvendig del av tilsynspersonens oppgaver. For at vilkåret med en tilsynsperson skal fungere godt for barnet, må barnet selv også få en forklaring og en begrunnelse som er tilpasset dets alder og familiesituasjonen for øvrig, slik at også barnets erfaringer kan tillegges vekt.

Ordningen med tilsynsperson under samvær vil ikke automatisk være til det beste for barn som har vært vitne til overgrep og vold fra den av foreldrene som ønsker samvær overfor den av foreldrene som barnet bor hos. Det gjelder heller ikke der det er sannsynliggjort eller foreligger en begrunnet mistanke om at barnet selv har vært utsatt for vold eller overgrep. Selv om tilsynspersonen vil kunne beskytte barnet mot overgrep under selve samværet, er det ikke alltid slik at fortsatt samvær vil være til barnets beste. Tvert i mot, i en situasjon hvor en av foreldrene skal bevise sin uskyld og fremstille den andre som en urimelig anklager, mens den andre av foreldrene er pålagt å forberede barnet til samvær med en person vedkommende selv ikke kan ha tillit til, kan barnet komme i vedvarende knipe. I noen tilfeller vil også samværet kunne bli en urimelig belastning for den av foreldrene som barnet bor fast hos, og det vil være en viss fare for at kvaliteten på den omsorg som barnet skal motta på denne måten blir redusert. Undersøkelser fra Sverige kan tyde på at både retten og sosialtjenesten i en del tilfeller strekker seg for langt for å gjennomføre samvær med forel-

dre som har utført voldshandlinger eller stått for andre alvorlige svikt i omtanken for andre mennesker.¹⁰ Skjorten fant i sin undersøkelse av saker fra lagmannsretten at påstander om vold eller overgrep ofte ikke ble trukket inn i domstolens vurderinger av hva slags omsorgsordninger som kunne være til barnets beste, på grunn av de vanskelige bevisvurderinger som slike påstander reiste.¹¹ Med denne form for usikkerhet vil ordningen med en tilsynsperson ikke uten videre kunne bidra til en psykologisk skjerming av barnet.

Offentlig oppnevning av tilsynsperson er ikke ment å erstatte andre typer vilkår som foreldre kan enes om er til barnets beste ved praktisering av samvær, som at samvær skal skje i besteforeldrenes hjem, eller at det skal være en familiær person eller en bekjent til stede. En offentlig oppnevnt tilsynsperson vil være til hjelp for domstolene i de særlige tilfelle hvor foreldrene ikke kan enes om de praktiske løsninger, men hvor det utvilsomt er til barnets beste at samvær finner sted. Tidligere var domstolene henvist til å benytte slektninger eller andre nærstående der man ønsket et overvåket samvær fra en nøytral person med en viss barnefaglig kompetanse, noe som har reist både praktiske og økonomiske utfordringer.

Etter de gjeldende regler kan tilsynsperson benyttes inntil 16 timer per år. Utvalget har brakt i erfaring at denne rammen er knapp, og vil derfor foreslå at rammen økes til 32 timer per år. Utvalget ser at dette vil medføre økte utgifter for det offentlige, men mener at en utvidet ramme vil gjøre det lettere å realisere fordelene ved ordningen, herunder hensynet til barnets beste. Ordningen med samvær under tilsyn kan ikke begrenses til de helt spesielle eller ekstraordinære tilfellene, men må være et reelt alternativ for domstolene der samvær med tilsyn er til barnets beste. Fordi utvalget støtter et slikt utvidet anvendelsesområde, må retten ha de nødvendige muligheter til å idømme ordninger som er til barnets beste i det konkrete tilfelle.

Tilsynspersonenes rettigheter og plikter bør reguleres på forskriftsnivå. Utvalget mener imidlertid at også domstolene ut fra de konkrete forhold i den enkelte sak bør ha adgang til å fastsette nærmere hva tilsynspersonene skal gjøre forut for og under samværet. Ofte vil det være tilstrekkelig at tilsynspersonene er til stede under samværet, men vanligvis vil det være ønskelig med en form for tilbakemelding til begge foreldre, sammen med en form for assistanse overfor barnet i forbindelse

med overgangen mellom bosted (eller skole/barnehage) og sted for samvær. I enkelte tilfelle kan det kreves noe større fagkunnskap fordi det er aktuelt å kartlegge forelderens russituasjon etc. for å forhindre at barnet blir utsatt for press eller manipulering, eller at samværet på annen måte utviklet seg til noe som ikke er til barnets beste.

Utvalget har forståelse for at tilsynsmyndighetene kan anse disse påleggene som belastende, men mener at dette må kunne løses ved at kravene til den faglige bakgrunnen til tilsynspersonene avstemmes etter det konkrete tilsynstilfellet. Den største vansken ligger imidlertid i hvordan tilsynspersonens skjønn og vurderinger skal inngå i tilrettelegging – eller avvikling – av samværet over tid. Domstolene bør etter en konkret vurdering i hvert tilfelle gi rom for at omfang og utforming kan justeres i tråd med de erfaringer som høstes.

Utvalget har for øvrig merket seg de innvendinger som har blitt reist fra tilsynspersonene og familievernkantorene mot en utstrakt bruk av ordningen. Det er imidlertid åpenbart at tilsynsmyndigheten ikke kan nekte å utføre sine plikter så lenge domstolen har fastsatt dette i en rettsavgjørelse, jf. også Lovavdelingens uttalelse gjengitt ovenfor. Tilsynsmyndigheten bør i denne sammenheng verken gis uttalelsesrett eller selvstendig adgang til å benytte rettsmidler mot en avgjørelse som fastsetter samvær under tilsyn. Men det bør innhentes en form for kostnadsoverslag fra Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet (Bufdir) slik at pålegg om tilsynsoppgaver kan samstemmes mot budsjettet for familiekontorene. Dersom tilsyn under samvær får et visst omfang, bør ikke dette uten videre gå på bekostning av andre oppgaver.

9.5 Samværsplikt?

9.5.1 Innledning

Reglene om samvær i barneloven er i det vesentligste basert på et rettighetsperspektiv – både barn og forelder har rett til samvær. Barneloven § 42 første ledd andre punktum fastsetter riktignok at foreldrene har et gjensidig ansvar for at samværsretten oppfylles, men det er her mer tale om en moralsk og normativ forpliktelse enn en sanksjonert plikt.

Det har fra flere hold blitt reist spørsmål om det bør være en juridisk plikt til å gjennomføre et samvær som er fastsatt i avtale eller rettsavgjørelse, med tvangsbót som tvangsmiddel. I praksis kommer problemstillingen gjerne på spissen der en samværsforelder unnlater å møte til samvær og

¹⁰ Se blant annet Eriksson 2001 og Eriksson 2003.

¹¹ Skjorten 2004 s. 150-171.

dermed setter bostedsforelderen og/eller barnet i en vanskelig situasjon. Haugli 1994 s. 76 har beskrevet problematikken slik:

«Det følger uendelig mye glede, men også mange forpliktelser med det å ha barn. Skal store deler av pliktene falle bort når man ikke bor sammen med barnet? Innebærer dagens samværsrettsordning kun en adgang for den voksne til å få tilfredsstilt sitt eget behov for kontakt? Hvis den enkeltes plikt – eller ansvarsfølelse ikke strekker til, gir samværsretten bare en rett til å stille opp når dette føles lystbetont?»

Utvalget vil i det følgende se nærmere på denne problemstillingen.

9.5.2 Rettsutviklingen

Spørsmålet om samværsplikt ble diskutert i Ot.prp. nr. 56 (1996-97) s. 69-70, hvor det, blant annet under henvisning til Barnelovutvalgets drøftelser av dette i 1977, ble konkludert med at de ikke var aktuelt med en samværsplikt:

«Det følger av barneloven § 44 at samværsretten ikke bare er en rett for foreldrene, men også at barnet har en rett til samvær med begge foreldrene. Foreldre med samværsrett kan derfor sies å ha en plikt til å oppfylle samværet. Dersom forelderen ikke ønsker å ha samvær med barnet, kan imidlertid ikke en slik plikt gjennomføres ved tvang.

Barnelovutvalget drøftet om foreldrene skulle ha en plikt til å utøve samværsretten. Utvalget uttalte i denne forbindelse:

«En side av problemet er om den som barnet bor fast hos, kan få tvangsfullbyrdet en avgjørelse om samværsrett overfor den samværsberettigede. Etter gjeldende rett er det ikke adgang til det — det er bare den samværsberettigede som kan kreve tvangsfullbyrdelse. Dette er etter utvalgets mening en riktig løsning. Det er fare for at samvær mellom barnet og en som ikke ønsker samværet, bare blir til skade for barnet». (NOU 1977:53 side 78)

Departementet sluttet seg i høringsnotatet til den oppfatning at det er lite heldig å pålegge en forelder samvær mot dennes vilje. En må anta at kvaliteten på slikt samvær ville bli dårlig, og dermed uheldig for barnet. Et slikt pålagt samvær ville neppe være til barnets beste. Det ble bemerket at dersom den samværsberettigete ikke ønsker å ha samvær, eller bare vil ha samvær i meget begrenset utstrekning, vil retten eller fylkesmannen normalt ikke fastsette en samværsordning som strekker seg ut over dennes ønske. Heller ikke der samværsberetti-

gede i utgangspunktet ønsket samvær, men senere viser seg å ikke stille opp, vil det være noen god løsning å tvinge gjennom samvær. Problemet med fraværende samværsforeldre bør som følge av dette forsøkes løst på andre måter enn ved tvang, først og fremst av hensyn til barna. Departementet foreslo etter dette ikke å innføre en hjemmel for å tvangsfullbyrde samvær overfor den av foreldrene som barnet ikke bor sammen med.»

Barnefordelingsprosessutvalget sluttet seg i NOU 1998: 17 s. 56 til departementets vurdering på dette punkt:

«Utvalget vil ikke foreslå å utvide adgangen til tvangsfullbyrding til de tilfellene der den av foreldrene som har krav på samvær ikke oppfyller avtalen og f.eks. uteblir fra avtalt samvær. Det vises her til vurderingene i Ot.prp. 56 (1996-97) som utvalget slutter seg til.»

I den juridiske teori konkluderte Haugli 1994 s. 87 med at det burde oppstilles en samværsplikt i barneloven, blant annet under henvisning til at dette kunne medføre en generell økning i samværets omfang:

«Mye av den usikkerhet som følger av tilfeldig eller uregelmessig oppfølging av samværsretten, ville kunne fjernes ved innføring av en sanksjonert plikt til å overholde avtaler eller avgjørelser. Dette ville være et gode i seg selv. Sannsynligvis ville dette også medføre en viss økning av samværets omfang i forhold til dagens situasjon. Dette er imidlertid ingen nødvendig følge av samværsplikten, i det man kan tenke seg at det blir avtalt eller fastsatt samvær i mindre omfang, når man vet at samværet rent faktisk må gjennomføres. Over tid er det mulig at en samværsplikt vil bidra til en holdningsendring, hvor ansvarsfølelsen ikke avhenger av at man bor sammen med barnet.»

Smith og Lødrup 2006 har på s. 170 tilsynelatende inntatt motsatt standpunkt:

«At en av foreldrene ikke ønsker samvær med barnet, eller bare bruker samværsretten mer sporadisk, forekommer ikke så sjelden. Man har vurdert om det bør gis mulighet til å stille tvangsmidler bak barnets rett til samvær. Slike tanker har imidlertid blitt forkastet. Et samvær ved tvang vil neppe være særlig positivt for barnet ...»

Flere land i Europa har regler om samværsplikt, men disse landene har i liten grad sanksjonert plikten.¹²

¹² Se Boele-Woelki m.fl. 2007 s. 172.

9.5.3 Hensyn for og imot en samværsplikt

Hensynet til barnet kan tilsi en samværsplikt. Det anses som viktig for barnets utvikling og sosialisering at det har kontakt med begge foreldre. Skuffelsen over en forelder som ikke møter til avtalt samvær kan over tid ha skadelige virkninger blant annet for barnets selvbilde. For noen foreldre er den moralske forpliktelsen og ansvarsregelen i barneloven § 42 første ledd andre punktum ikke tilstrekkelig til å sikre barnet et regelmessig samvær. En lovfestet plikt vil kunne medføre et økt press til å stille opp for barnet.

Også hensynet til bostedsforelderens kan tilsi at det bør oppstilles en samværsplikt. Samvær med den andre forelderens vil kunne innebære en tiltrengt avlastning, som i sin tur igjen kan medføre at denne forelderens får mer overskudd til å ta seg av barnet i det daglige. En forutsetning er imidlertid at den andre forelderens faktisk stiller opp, og at den barnet bor hos kan innrette seg på at samværet blir gjennomført som avtalt eller fastsatt. Dermed den samværsberettigede gjentatte ganger unnlater å overholde en avtale eller rettsavgjørelse, kan dette både medføre praktiske og økonomiske ulemper for den andre forelderens, samt virke konfliktopptrappende. Haugli 1994 s. 84 antyder at en samværsplikt kan forebygge samværs sabotasje:

«I den grad sabotasje fra den barnet bor hos har sin årsak i en irritasjon over at den samværsberettigede ikke holder avtaler, kunne kanskje noe av dette problemet forebygges ved en samværsplikt.»

Hovedargumentet mot en samværsplikt er at et tvungent samvær ikke nødvendigvis vil være til barnets beste. Samværskvaliteten kan bli dårlig dersom den samværsberettigede verken har tid eller lyst til å være sammen med barnet, men føler seg nødt til å gjøre dette for å unngå for eksempel tvangsbot.

Relasjonen mellom foreldrene kan også bli dårligere. Forelderens som føler seg tvungent til samvær kan anse den andre forelderens som lite fleksibel, mens bostedsforelderens anser den andre forelderens som lite oppmerksom på barnets behov for regelmessig samvær samt eget behov for avlastning. Man løper risikoen for at barnet tar på seg skylden for en slik konflikt mellom foreldrene.

9.5.4 Utvalgets vurdering og konklusjon

Utvalget legger til grunn at det allerede i dag klart følger av reglene om foreldreansvar og samvær at begge foreldre er ansvarlige for at barnet får oppfylt sin rett til kontakt med begge foreldrene. Selv om pliktelementet ikke fremgår klart av ordlyden i barneloven § 42 første ledd andre punktum, mener utvalget at en plikt til å stille opp på samvær følger av de alminnelige krav som må stilles til en forelder som har inngått avtale om dette eller som har fått samvær fastslått i en rettsavgjørelse.

Utvalget har både vurdert å tydeliggjøre samværsplikten i barneloven og/eller å innføre en sanksjon ved manglende overholdelse av samværsplikten. CEFL har i principle 3:25 nedfelt prinsippet om samværsplikt selv om det åpent erkjennes at plikten vanskelig vil la seg tvangsgjennomføre.¹³ Utvalget har kommet til at det ikke bør gjøres endringer i dagens regelverk.

For det første mener utvalget at manglende overholdelse av samværsplikten i dag allerede er tilstrekkelig sanksjonert. En forelder som opplever at den andre forelder bryter avtaler om samvær kan be om utenrettslig megling og ny samværsavtale, eventuelt be retten om å foreta endringer. For det andre antar utvalget at unnlatt overholdelse av samværsplikten kan få betydning for foreldreansvaret.¹⁴ En forelder som over tid og gjentatte ganger bryter samværsavtaler med barnet kan hevdes ikke å oppfylle de forpliktelser som påhviler en forelder etter foreldreansvaret. For det tredje antar utvalget at manglende overholdelse av samværsplikten ikke er et spesielt utbredt problem. Utviklingen går i retning av at fedrene engasjerer seg mer og mer i barnet, og utvalget tror at det verken er hensiktsmessig eller nødvendig med en sanksjonert samværsplikt som virkemiddel for å få flere foreldre til å stille opp for barnet. Avslutningsvis vil utvalget peke på at en sanksjonert samværsplikt i visse tilfeller ville kunne virket urimelig. Foreldre som har utvist engasjement ovenfor barnet og inngått samværsavtale eller fått rettsavgjørelse for samvær risikerer sanksjoner i form av for eksempel bøter dersom de bryter samværsplikten, mens foreldre som overhodet ikke har samvær med sitt barn altså ikke løper en slik risiko.

¹³ Boele-Woelki m.fl. 2007 s. 173.

¹⁴ I den retning Brækhus 2004 s. 25-26.

Kapittel 10

Delt bosted

10.1 Innledning

Utvalget er i mandatet bedt om å utrede ulike problemstillinger knyttet til delt bosted. Barneloven inneholder ingen definisjon av delt bosted, men begrepet forstås slik at barnet ikke har fast bopel hos én av foreldrene, men bor fast hos begge. Etter gjeldende rett er ikke grensen mellom delt bosted på den ene side, og fast bosted hos den ene med samvær for den andre knyttet til *tiden* barnet tilbringer eller bor hos den respektive forelder. Det avgjørende er hva som fremgår av avgjørelsen eller avtalen om spørsmålet, det vil si normalt om ordningen er *betegnet* som det ene eller det andre.¹

Det overordnende utgangspunkt når utvalget skal drøfte ulike aspekter ved delt bosted er hvilken bostedsordning som må antas å være til det beste for barnet. I den sammenheng skal utvalget se nærmere på tre spørsmål: Hva kan avtales, hva kan domstolene fastsette og hva bør være lovens utgangspunkt. Denne vurdering knytter seg til hvilken *faktisk* ordning som antas å være til barnets beste. Det er imidlertid vanskelig å se dette spørsmålet helt løst fra de rettslige konsekvenser både av hvilken faktisk ordning som praktiseres og av det formelle valg av bostedsordning. Med rettslige konsekvenser siktes først og fremst til offentligrettslige regler om trygd, skatt osv. Med formelle valg siktes først og fremst til de barnerettslige regler som legger en utvidet avgjørelseskompetanse til den av foreldrene som barnet bor fast hos, selv om foreldrene har felles foreldreansvar, se barneloven § 37.

Utvalget peker innledningsvis på at ulike kriterier anvendes ved praktiseringen av de ulike regelsett. Foreldre kan eksempelvis avtale delt bosted selv om barnet tidsmessig bor mest hos den ene, og omvendt avtale fast bosted hos den ene selv om barnet tilbringer tilnærmet like mye tid hos den andre i form av samvær. De offentligrettslige

regler er i større grad knyttet til den faktiske tidsdeling, samt registrering av bostedsadresse.

10.2 Adgangen til å avtale delt bosted

Utviklingen av de barnerettslige regler om forholdene etter et samlivsbrudd er preget av større fleksibilitet og avtalefrihet for å finne fram til ordninger som etter en konkret helhetsvurdering er til det beste for det enkelte barn. Utviklingen av de formelle ordninger er beskrevet slik av Høyesterett i Rt. 2000 side 185 (på s. 188-189):

«Bestemmelsene om foreldreansvar har de senere tiår vært under forandring. Et felles trekk ved de ordninger som barnelovgivningen har fastsatt, har vært at foreldrene seg imellom i vid utstrekning har kunnet gjøre avtaler både om fordeling og praktisering av foreldreansvaret, og videre at det har vært adgang til å bringe spørsmålet om foreldreansvar inn for avgjørelse ved domstolene. Utviklingen har gått i retning av at domstolene er blitt overlatt til separat avgjørelse spørsmål av noe mer detaljert karakter. Således er spørsmålet om hvem av foreldrene som skal ha den daglige omsorgen for barnet, blitt skilt ut og er i dag gjenstand for separat domstolsavgjørelse etter bestemmelsene i barneloven § 35a om hvem barnet skal bo fast hos. For hvilke avgjørelser som kan tas av den som barnet bor fast hos, inneholder § 35b nærmere bestemmelser.

Barneloven av 1956 hadde ingen bestemmelser som ga domstolene adgang til å fastsette at foreldrene etter samlivsbrudd skulle ha felles foreldreansvar. Regler om dette kom først inn i barneloven av 1981. Ved domstolenes avgjørelse om foreldreansvaret fremstår etter dette delt foreldreansvar som et alternativ til at en av foreldrene får dette ansvaret alene.»

Saken gjaldt rent konkret spørsmålet om domstolene kunne fastsette et felles foreldreansvar som fravek lovens ordning med hensyn til hvilke avgjørelser som måtte treffes av foreldrene i fellesskap – se nærmere ovenfor i kapittel 8.4.

Dagens lov bygger på en ordning hvor domstolene ved tvist må fastsette at barnet skal bo fast hos

¹ I Sverige la derimot Högsta Domstolen i 1998 til grunn at det normalt dreier seg om fast bosted hos en av foreldrene dersom barnet oppholder seg hos den andre forelder en tredjedel av tiden eller mindre. Se Skjorten m.fl. 2006 s. 12 med videre henvisninger.

en av foreldrene, jf. barneloven § 36 andre ledd. Det følger da videre av barneloven § 37 at den forelder barnet bor fast hos er tillagt enekompetanse i enkelte spørsmål, herunder vesentlige spørsmål som etter sin art ligger innenfor de avgjørelser begge foreldre i kraft av sitt forelderansvar plikter og har rett til å ta del i.

Selv om domstolene ikke kan fastsette delt bosted, kan foreldrene selv avtale dette, se barneloven § 36 første ledd. Loven inneholder ingen regler om hvordan avgjørelseskompetansen ordnes i slike tilfeller. Det er imidlertid i forarbeidene forutsatt at reglene i barneloven § 37 ikke får anvendelse, se Ot.prp. nr. 56 (1996-97) s. 83. Det er anført at foreldrene i denne situasjonen er henvist til enten å være enige om de vesentlige spørsmål eller avtale å dele avgjørelsesmyndigheten mellom seg – men slik at det siste ikke gjelder avgjørelser som ligger under det felles foreldreansvar.²

Forarbeidene er imidlertid ikke helt klare på dette punkt. Fra Ot.prp. nr. 56 (1996-97) s. 83, merknadene til § 35a, hitsettes:

«Foreldrene må være enige om de avgjørelsene de tar sammen, eller de kan avtale å dele bestemmelsesretten mellom seg. Det forutsettes videre at foreldre til barn som har delt bosted er enige om alle avgjørelser som gjelder barnet. Dette vil fungere på samme måte som i et ekteskap: partene må selv løse konflikten og komme fram til enighet.»

Ved delt bosted må det i alle fall legges til grunn at den enkelte forelder har den kompetanse som følger av barneloven § 37 andre ledd andre punktum så lenge barnet rent faktisk oppholder seg hos vedkommende.

Når det gjelder foreldrenes adgang til å avtale egne kompetanseregler, er rettsstilstanden også noe uklar. Det må antas at en avtale mellom foreldrene om fast bosted hos den ene, som utgangspunkt innebærer at sistnevnte derved får den kompetanse som følger av barneloven § 37. Om de kan avtale noe annet, samt hva som kan avtales ved delt bosted er imidlertid mer usikkert.

Det ligger utenfor utvalgets mandat å vurdere innholdet i de offentligrettslige regler. Utvalget vil imidlertid peke på at skatte-, bidrags- og trygderettslige forhold ofte spiller inn ved den enkelte forelders vurdering av bostedsordning. Når lovgiver i barneloven søker å finne bostedsordninger som er til barnets beste, bør man samtidig foreta nødvendige endringer i tilgrensende lovverk slik at det for foreldrene – også rent økonomisk – blir mulig å

velge det for barnet, beste alternativ. Se nærmere om dette nedenfor i kapittel 13.

Valg av bostedsordning har etter dagens barnettslige regler betydning i to sammenhenger. Den umiddelbare og faktiske virkning gjelder spørsmålet om hvor mye tid barnet skal tilbringe sammen med den enkelte av foreldrene. For det andre vil reglene i barneloven § 37 om enekompetanse som utgangspunkt bare komme til anvendelse ved fast bosted hos den ene, jf. ovenfor. Det er grunn til å tro at dette forholdet kan påvirke valget av bostedsordning. Spørsmålet oppstår derfor om båndet mellom bostedsordning og avgjørelsesmyndighet skal løses.

Dette reiser for det første spørsmålet om reglene om avgjørelseskompetanse i loven ikke skal være knyttet til en bostedsordning, men avgjøres særskilt. Dette vil i så fall innebære en videreføring av utviklingen med stadig å skille ut nye spørsmål til særskilt vurdering, se referat fra Rt. 2000 side 185 ovenfor. Et mindre vidtgående alternativ er å gi domstolene og/eller foreldrene adgang til å fastsette ordninger som på begrensede områder kan fravike loven.

Delt bosted forutsetter enighet mellom foreldrene, og hver av foreldrene kan rent faktisk bringe ordningen til opphør ved å reise sak om bostedsspørsmålet. Derved kan man si at delt bosted forutsetter at foreldrene kommer til enighet også om den type avgjørelser som faller inn under barneloven § 37.

Videre oppstår spørsmålet om adgangen til å avtale eller fastsette avgjørelseskompetanse som fraviker fra lovens ordning også hvor det er avtalt eller fastsatt at barnet skal bo fast hos den ene.³ I praksis kan det tenkes at en forelder lettere kan akseptere at barnet skal bo fast – det vil i realiteten si mest – hos den andre, så fremt dette ikke samtidig reduserer vedkommendes rett til å ta del i viktige avgjørelser vedrørende barnet.

Det generelle utgangspunktet må være at loven i seg selv ikke begrenser mulighetene for å finne fram til en konkret løsning som er til barnets beste. Etter utvalgets oppfatning må det derfor være full avtalefrihet for foreldrene når det gjelder hvordan de vil innrette seg bostedsmessig med barnet etter et samlivsbrudd. Å innskrenke avtalefriheten ved å oppstille regler eller vilkår om hvordan en ordning med delt bosted kan eller bør være, kan etter utvalgets syn medføre at noen foreldre enten velger eller argumenterer for løsninger som ikke er til barnets beste. Dette er ikke ønskelig.

² Se eksempelvis Norsk Lovkommentar 2005 note 69 til barneloven.

³ Se Rt. 2000 side 185.

Utvalget ser at manglende krav til form og innhold for en avtale om delt bosted kan skape problemer, ikke minst av bevismessig art. Et eksempel kan være der den ene forelderen flytter med barnet fordi vedkommende hevder å ha flyttekompetansen alene – mens den andre mener at man hadde avtalt delt bosted. Ofte vil det i slike tilfelle bli påstand mot påstand, der den som mener man hadde en avtale om delt bosted kan bli taperen fordi vedkommende anser det for vanskelig å vinne fram uten tilstrekkelig beviser. Utvalget har således funnet grunn til å overveie om det bør oppstilles et skriftlighetskrav for avtaler om delt bosted, herunder om registrering av avtalen hos offentlig myndighet kan være aktuelt.

Det er utvalgets inntrykk at mange foreldre allerede i dag inngår skriftlig avtale om bosted og eventuelt samvær etter et samlivsbrudd. Det kan være mange grunner til det. Først og fremst er skriftlig avtale en målsetting under megling ved samlivsbrudd. Skriftlighet kan også være motivert av et generelt ønske om ryddige og ordnede forhold, men også et ønske om å sikre bevis eller forhindre at en allerede sterk konflikt skal forverre seg. På enkelte områder forutsetter også det offentlige at det foreligger skriftlig avtale. For eksempel bestemmer barnetrygdloven § 2 tredje ledd at barnetrygden etter søknad kan deles mellom foreldrene dersom de har avtalt delt bosted. Avtalen om delt bosted må fremlegges i skriftlig form.

Utvalget har kommet til at det ikke bør oppstilles noe krav om skriftlighet for avtaler om delt bosted. Det er ikke åpenbart at behovet er spesielt stort. Full avtalefrihet forutsetter dessuten full frihet til å bestemme formen på avtalen. Et krav om skriftlighet for avtaler om delt bosted vil også innebære en forskjellsbehandling mellom avtaler om delt bosted og andre avtaler som inngås etter et samlivsbrudd. Dette kan bli tolket som et signal om at det bør være en høyere terskel for å inngå avtale om delt bosted, noe utvalget ikke finner ønskelig.

Utvalget finner grunn til å påpeke at avtalefrihet også forutsetter at de offentlige myndigheter legger forholdene til rette for at den avtalte bostedsløsningen lar seg gjennomføre. Dette gjelder også avtaler om delt bosted. Når lovgiver først har åpnet opp for at slike avtaler kan inngås, er det viktig at både regelverket og det praktiske liv tilpasses dette. Utvalget er av den oppfatning at så ikke alltid er tilfelle i dag.

Et viktig eksempel er reglene om folkeregistrering og flyttemelding. I dag tolkes og praktiseres folketrygdloven og folketrygdforskriften slik at

foreldre overhodet ikke kan anmerke at et barn har delt bosted. En person kan ikke være folkeregistrert på to adresser, og ved flytting skal et barn registreres hos den av foreldrene som det bor mest hos jf. folketrygdforskriften § 9 andre ledd siste punktum. Dersom barnet bor like mye eller omtrent like mye hos begge av foreldrene, må foreldrene velge en adresse som barnet skal anses folkeregistrert på. Etter utvalgets syn er dette uheldig. For det første kan dette skape utrygghet for bostedsforelderen som ikke får registrert sin adresse, og for det andre kan det bidra til uønskede omgivelser der barnet eksempelvis skifter adresse annethvert år. Selv om det ikke åpnes for at et barn kan folkeregistreres på to adresser, oppfordres lovgiver til i det minste å finne en løsning der man kan krysse av og registrere at avtale om delt bosted er inngått når flyttemelding sendes til folkeregisteret. Dette vil skape både klarhet og notoritet omkring barnets bosted. Det understrekes at en slik registrering verken skal være et tilstrekkelig eller nødvendig vilkår for at gyldig avtale om delt bosted skal anses inngått. I en rapport av 15. juni 2007 («Utveksling av grunndata på personinformasjonsområdet») har en arbeidsgruppe nedsatt av Finansdepartementet og Fornyingsdepartementet foreslått at det i tillegg til dagens bosteds- og postadresse innføres en ordning med en «sekundæradresse» som kan registreres i folkeregisteret. Arbeidsgruppen nevner på s. 61 at bruk av registrert sekundæradresse kan være aktuelt der det skjer en hyppig veksling mellom bostedsadresse og sekundæradresse og nevner barn som lever med delt bosted som eksempel. På s. 62 i rapporten heter det:

«Arbeidsgruppen peker på Barnelovutvalget som er oppnevnt av Barne- og familiedepartementet og som skal presentere sine konklusjoner i en offentlig utredning innen 1. mai 2008. Ifølge statsråden er det viktigste temaet ved denne gjennomgangen barnas situasjon og forholdet mellom barn og foreldre etter samlivsbrudd. Av Barnelovutvalgets mandat fremgår det at utvalget skal vurdere endringer i barnelovens bestemmelser om foreldreansvar, fast bosted og samvær og eventuelle konsekvensendringer i andre bestemmelser i loven i tråd med dette mandatet. Arbeidsgruppen oppfordrer Barnelovutvalget til å vurdere om sekundæradresse kan brukes til å registrere adresseopplysninger for barn med delt bosted.»

Av det ovenstående følger at utvalget er positivt innstilt til en ordning med folkeregistrert sekundæradresse. Utvalget vil imidlertid reise spørsmål om begrepet «sekundæradresse» er hensiktsmes-

sig, da dette indirekte kan gi et signal om en rangordning mellom barnets bosteder. Der foreldrene praktiserer en ordning med delt bosted bør man unngå at foreldrene må velge ett av bostedene som sekundært.

På samme måte må trygde- og skattelovgivning ta høyde for at avtaler om delt bosted i dag kan inngå både muntlig og skriftlig, og at det er opp til foreldrene å definere innholdet i avtalen. Uklare og/eller skjønnsmessige lovbestemmelser som både skaper usikkerhet og manglende forutberegnelighet er ikke ønskelig. Som eksempel kan her nevnes bidragsreglene, som for mange kan være uoversiktlige og vanskelig tilgjengelig. NAV har på internettsider en beregningskalkulator⁴ som kan gjøre det vanskelig å foreta en bidragsberegning for familier som overveier delt bosted etter et samlivsbrudd.

10.3 Hva bør være barnelovens utgangspunkt etter samlivsbrudd?

10.3.1 Innledning

Etter barneloven § 36 første ledd første punktum kan foreldrene avtale hvem barnet skal bo fast hos. Etter samme bestemmelse andre punktum kan man avtale at barnet skal bo fast hos begge, dvs. delt bosted. Ettersom delt bosted må avtales særskilt, kan det hevdes at dette blir en sekundær løsning etter loven. Det kan reises spørsmål om det er grunn til å endre barneloven på dette punkt. For det første kan det spørres om det i det hele tatt er grunn til å operere med en slik forskjell mellom bostedsløsningene i loven. Bør avtalefriheten i det hele tatt suppleres med noen utgangspunkt etter loven? For det andre kan det spørres om det ikke er mer hensiktsmessig å ha delt bosted som lovens utgangspunkt, dersom man først velger å ha et utgangspunkt i loven.

CEFL har ikke gitt noen anbefaling om delt bosted skal være en regel eller unntak, se principle 3:20. Men en avtale mellom de som har foreldreansvar om at barnet skal ha delt bosted må godkjennes av «competent authority».⁵

10.3.2 Forskning om delt bosted

Nyere forskning indikerer at delt bosted etter avtale mellom foreldrene kan fungere godt, både

for barna og foreldrene. I en undersøkelse utført på oppdrag av Barne- og likestillingsdepartementet i 2006 har Skjørten m.fl. intervjuet barn og foretatt en spørreundersøkelse av foreldre om deres erfaringer med delt bosted. Barna i undersøkelsen var i alderen 8 til 18 år.

Foreldreundersøkelsen⁶ avdekket at flesteparten var fornøyd med delt bosted, og de mente at ordningen fungerte bra for barna – 81 % av foreldrene mente ordningen fungerte bra for barnet, 79 % mente den fungerte bra for dem selv og 85 % mente den andre forelderen var fornøyd med delt bosted.⁷ De foreldrene som oppga at delt bosted fungerte middels eller dårlig (21 %), forklarte dette med samarbeidsproblemer mellom foreldrene (36 %), ordningen passet ikke for barnet (20 %), nye familiedannelser (12 %), praktiske problemer knyttet til arbeidssituasjon eller tid (12 %), reiselengde/avstand (6 %), økonomiske forhold (6 %) og boligforhold (5 %).⁸

Intervjuene med barna avdekket at flesteparten av barna lever bra med delt bosted og at de praktiske utfordringene etter hvert går greit og blir en vane.⁹ Det var et hovedinntrykk at de fleste barna selv hadde en sterk vilje til å opprettholde nær kontakt med begge foreldre, og de ønsket å være en del av hverdagslivet i begge foreldrenes hjem. Flesteparten av barna anså at de hadde en selvfølgelig og anerkjent plass i to hjem, og de så ikke seg selv som annenrangs familiemedlemmer. For flere av barna hadde det imidlertid tatt tid å tilpasse seg ordningen – både flytting, hverdagslige tilpasninger og nye familiemedlemmer kunne by på utfordringer.¹⁰ Det ble ansett som svært viktig at barna selv ønsket og trivdes med en slik ordning, og at foreldrene derfor fanget opp signaler fra barna og var villige til å justere bostedsordningen.¹¹ Noen barn mistrivdes med delt bosted, og også en del foreldre oppgav at delt bosted ikke var en god løsning verken for dem eller barna. Det ble pekt på at barna ikke alltid maktet å gi uttrykk for problemene med bostedsløsningen, og at foreldrene må være oppmerksom på at barn ofte kvier seg for å gi uttrykk for synspunkter som kan såre foreldrene eller bidra til at en konflikt mellom foreldrene oppstår.¹² Forskerne trakk følgende hovedkonklusjon:

⁴ <http://tjenester.nav.no/bidragsveileder/servlet/dispatcher/>

⁵ Se Boele-Woelki m.fl. 2007 s. 135 jf. s. 130.

⁶ En spørreundersøkelse av 965 foreldre. Svarprosenten var 55 %, dvs. 527 foreldre, jf. Skjørten 2006 m.fl. s. 21.

⁷ Skjørten m.fl. 2006 s. 85.

⁸ Skjørten m.fl. 2006 s. 90.

⁹ Skjørten m.fl. 2006 s. 259.

¹⁰ Skjørten m.fl. 2006 s. 260.

¹¹ Skjørten m.fl. 2006 s. 259-260.

¹² Skjørten m.fl. 2006 s. 260.

«Ut fra våre undersøkelser kan vi konkludere med at delt bosted kan fungere bra for mange barn. Vi har imidlertid ikke hold for å konkludere med at delt bosted vil fungere bra for alle eller de fleste barn. Tvert imot har vi funnet at for noen foreldre og barn er delt bosted en problematisk ordning, og om ordningen passer for ett barn, er det ikke sikkert at den passer så bra for eventuelle søsken. Vi mener derfor at prinsippet om å vurdere barnets beste konkret ut fra hvert enkelts barns situasjon må være utgangspunktet i valget av bostedsløsninger for barnet.»¹³

Etter utvalgets oppfatning må det legges betydelig vekt på de forskningsresultatene som er presentert i Skjørten m.fl. 2006, idet undersøkelsen både er ny, norsk og relativt omfattende. Av annen relevant forskning som omhandler avtalt delt bosted kan likevel nevnes:

Ekeland og Myklebust 1997 fremla en forskningsrapport om foreldremekling, hvor separerte par fra hele landet ble intervjuet. Her påviste de at par som gjennom mekling ble enige om delt bosted fikk mindre konflikter ett år senere, enn de som avtalte mer tradisjonelle bostedsløsninger. Dette gjaldt også når man kontrollerte for konfliktnivået initielt. De fant altså en konfliktreducerende effekt av delt bosted.¹⁴

Moxnes og Winge 2000 har funnet at foreldre som har en omfattende deling av foreldreoppgavene og et omfattende samarbeid, oftere er fornøyd enn de som deler og samarbeider lite.¹⁵

Andenæs 2001 har trukket fram viktigheten av at de materielle og økonomiske rammene er til stede og blant annet pekt på risikoen for at delt bosted blir et alternativ kun for de ressurssterke.¹⁶

Øberg og Øberg 2002 poengterte viktigheten av et tillitsforhold mellom foreldrene og fravær av uopplarte konflikter for at delt bosted skal kunne fungere for barnet. Samarbeid, planlegging og bosetting nær hverandre ble også angitt som nøkkelforutsetninger.¹⁷

Bauserman 2002 presenterte en metaanalyse basert på 33 internasjonale og amerikanske undersøkelser hvor man sammenlignet barn som lever i såkalt «joint custody» med barn fra «sole-custody arrangements». I analysen har man sidestilt de som lever i «joint legal custody» og «joint physical custody», hvor førstnevnte langt på vei tilsvarende det vi omtaler som «felles foreldreansvar», mens sist-

nevnte tilsvarende «delt bosted». Resultatet fra undersøkelsen viser at barn og unge i «joint custody» scorer noe bedre enn barn som bare bor med mor eller far på en rekke mål på psykososial tilpasning. Foreldrene som praktiserte «joint custody» rapporterte også om mindre konflikter enn foreldre med en «sole-custody» løsning, men dette forklarte ikke de påviste fordelene av å leve i «joint custody». I stedet blir det pekt på at resultatene kan tyde på at «joint custody» kan ha en positiv effekt på begge foreldre.¹⁸

Utvalget finner grunn til å understreke at det ikke finnes forskning som direkte studerer hvordan små barn tilpasser seg delt bosted. Skjørten m.fl. 2006 kartla kun barn over 8 år. Ettersom det er her det ut fra generell utviklingsforståelse er mest bekymring for om dette kan være en uheldig løsning for barn, finner utvalget grunn til å fremheve følgende: For barn som ikke har levd sammen med en av sine foreldre og blitt kjent med den som omsorgsperson gjennom det første leveåret, vil innføring av en ordning med delt omsorg kunne komme til å innebære for store utfordringer med hensyn til skiftinger og variasjon. Det vil i alle fall måtte dreie seg om en gradvis oppbygging, noe som vil stille enda tydeligere krav til foreldrenes samarbeid og felles forståelse av hvordan barnet utvikler seg. Den som er bostedsforelder vil måtte løse den andre inn, og hensynet til barnet vil kreve at de deler opplevelser og erfaringer mer på den måten som naturlig skjer mellom foreldre som bor sammen. For barn opp til ca. tre års alder vil også delt bosted måtte innføres og praktiseres på en måte som tar hensyn til barnets begrensede forståelse av tid, og dets manglende kapasitet til selv å bringe sine erfaringer fra en situasjon til en annen og dele dem med omsorgspersoner begge steder.

Utvalget peker avslutningsvis på at tilfanget av både norsk og internasjonal forskning omkring avtalt delt bosted etter hvert begynner å bli betydelig, og at det på dette området – som på andre områder – forekommer faglig uenighet. Innenfor rammene av denne fremstillingen er det imidlertid ikke mulig å presentere alt som finnes av forskning og faglige synspunkter.

10.3.3 Utvalgets vurdering og konklusjon

Et samlet utvalg er enig i at det er grunn til å foreta en endring i barneloven § 36 første ledd. Utvalget har imidlertid delt seg i spørsmålet om det er grunn til å operere med et lovregulert utgangspunkt om barnets bosted etter et samlivsbrudd.

¹³ Skjørten m.fl. 2006 s. 264.

¹⁴ Ekeland og Myklebust 1997 s. 9-24.

¹⁵ Moxnes og Winge 2000 s. 62.

¹⁶ Andenæs 2001 s. 14-15 og s. 22.

¹⁷ Øberg og Øberg 2002 s. 220-235.

¹⁸ Bauserman 2002 s. 91-102.

Utvalgets flertall – alle med unntak av *Cassidy* – mener at barneloven ikke bør ha noe utgangspunkt om barnets bosted. For å sikre full avtalefrihet for foreldrene bør det ikke legges føringer i lovteksten – den bør være helt nøytral og sidestille en løsning der barnet bor fast hos en av foreldrene med en løsning der barnet har delt bosted. Selv om dagens ordlyd ikke direkte skiller mellom avtale om delt bosted og avtale om fast bosted hos en av foreldrene, kan formuleringen om at delt bosted er noe som må avtales, samt selve plasseringen i andre punktum, skape inntrykk av at dette alternativet er sekundært eller fordrer noe annet enn løsningen som er beskrevet i første punktum. Et lovregulert utgangspunkt kan legge føringer i retning av en løsning som i det konkrete tilfelle ikke er i samsvar med det overordnede hensyn om at alle avgjørelser som gjelder barn skal bygge på barnets beste. Om delt bosted er til beste for barnet, kan også avhenge av barnets alder. Det kan være større vanskeligheter knyttet til praktiseringen av delt bosted for helt små barn, mens barn i andre aldersgrupper kan finne ordningen uproblematisk. Når barna kommer i tenårene kan det være at de foretrekker å bo fast hos den av foreldrene hvor de har flest venner. Full avtalefrihet uten føringer i loven vil bidra til å ivareta hensynet til at bostedsordningen kan tilpasses barnets alder.

Utvalgets mindretall – *Cassidy* – mener at delt bosted bør gjøres til lovens utgangspunkt, og at dette bør være bostedsløsningen etter et samlivsbrudd dersom ikke noe annet avtales. Mindretallet mener delt bosted er den løsning som i størst mulig grad sikrer barnets beste gjennom mest mulig kontakt med begge dets foreldre. Delt bosted som lovens utgangspunkt vil normere foreldres holdninger. På tilsvarende måte som felles foreldreansvar i dag er blitt det vanligste utgangspunkt blant de fleste foreldre, mener mindretallet at frivillig juridisk likestilling gjennom delt bosted vil være det vanlige når loven har fått virke over tid.

Mindretallet mener at man skal kunne forvente at foreldre som ikke lenger bor sammen fortsetter å samarbeide når de har felles barn. Denne forventningen bør komme tydelig fram i lovteksten. Mindretallet viser her blant annet til Ekeland og Myklebust 1997 som fant at delt bosted kan redusere konfliktnivået mellom foreldre.

Å sikre foreldre tilknytning til arbeidslivet er det viktigste virkemiddelet mot barnefattigdom. Undersøkelsen i Skjørten 2005 viser at flere mødre er i jobb når man har delt bosted. På en slik måte kan delt bosted også bidra til å sikre barnet gode oppvekstvilkår ved at den reorganiserte familiens samlede inntekt øker. Likestilling handler om å

omfordele makt og omsorg. Kvinner må få mer makt (og mer lønn), og menn må bruke mer tid med egne barn. Delt bosted som utgangspunkt bidrar til dette.

I en del tilfelle vil det ikke være til barnets beste med delt bosted, men mindretallet mener at det er tilstrekkelig at det i lovens forarbeider fremkommer at visse forutsetninger må være tilstede for at delt bosted skal være en god bostedsløsning.

10.4 Domstolenes adgang til å kunne idømme delt bosted

10.4.1 Innledning

Barneloven § 36 andre ledd bestemmer at domstolene ikke kan beslutte delt bosted for barnet der foreldrene er uenige om dette og har brakt saken inn for retten. Spørsmålet om domstolenes adgang til å kunne idømme delt bosted har vært gjenstand for hyppige diskusjoner de siste 10–15 årene, og ble blant annet grundig drøftet av Barnelovprosessutvalget i NOU 1998:17 s. 76-87. Gjennomgangen nedenfor er i en viss utstrekning basert på de hensyn og avveininger som da fremkom og som fremdeles antas å ha relevans.

10.4.2 Betydningen av å gi domstolene kompetanse til å pålegge delt bosted

En lovendring som åpner for at domstolene skal kunne pålegge foreldrene delt bosted vil innebære at domstolene mot en eller eventuelt begge foreldres vilje skal kunne bestemme at foreldrene sammen skal ha den avgjørelsesmyndighet som ligger i å ha barnet boende fast hos seg, altså felles bostedskompetanse. I praksis betyr det at foreldrene må være enige dersom en av dem vil flytte med barnet, skifte barnehage, skole eller omsorgsordning, eller treffe andre større avgjørelser om barnets dagligliv.

Domstolene kan i dag i prinsippet treffe avgjørelse om at et barn skal ha fast bosted hos en av foreldrene mens den andre forelder skal ha samvær i opptil 50 % av tiden. Domstolene er i dette spørsmålet ikke avhengig av enighet mellom foreldrene, og kan fastsette et omfattende samvær mot den enes ønske. Dette reiser spørsmålet om en lovendring som gir hjemmel for å pålegge delt bosted vil ha noen praktiske konsekvenser utover å fastlegge delt bostedskompetanse. Etter det utvalget kjenner til er det imidlertid meget sjelden at domstolene fastsetter samvær opptil 50 %. En av grunnene kan være det positivrettslige forbudet mot delt bosted, som medfører at domstolene

vegrer seg mot å fastsette en ordning som ligner på delt bosted og får trekk av omgåelse av lovens ordning.

10.4.3 Forskning om domstolspålagt delt bosted

Når det gjelder delt bosted pålagt av domstolene, er det relativt sparsomt med nyere forskningsmateriale. Det meste finner man innenfor amerikansk forskning, ettersom en del stater i USA i flere år har hatt regler som åpner for at familiedomstolene kan idømme såkalt «joint physical custody» mot foreldrenes ønske. Psykolog Terje Galtung presenterte i vedlegg til NOU 1998: 17 den mest kjente undersøkelsen, Johnston m.fl. 1989:

«Johnston og medarbeidere (1989) har studert 100 familier der foreldrene ikke kunne enes om bosted og samvær, og fikk en ordning med delt bosted etter at de gikk til retten med saken. Ved oppfølgingen, gjennomsnittlig 4 1/2 år etter separasjonen (2 1/2 år etter domstolsbeslutningen), ble familiene undersøkt igjen. Da praktiserte 35 familier fortsatt en delt bostedsordning. De øvrige hadde på egen hånd funnet fram til andre bostedsløsninger for barnet. Resultatene viste at jo mer konflikt mellom foreldrene og jo hyppigere samvær, desto større var risikoen for at barnet ble trukket inn i foreldrenes stridigheter. De barn som hadde mest samvær med begge foreldre, var følelsesmessig og atferdsmessig mest forstyrret. De var mer deprimerte og tilbakeholdende, hadde mer somatiske plager, var mer aggressive ifølge sine egne foreldre. Det syntes altså ikke som samliv med begge foreldre bedret barnas ubehag ved foreldrenes konflikter.

Barn i familier med delt bosted og hvor foreldrene hadde hatt en opprivende skilsmisse-sak, syntes å ha flere symptomer etter å ha levet med flyttingene mellom hjemmene selv om foreldrene ikke sloss. Barna hadde funnet mange ulike måter å tilpasse seg overfor sine foreldre. Noen manøvrerte aktivt mellom foreldrene eller trakk seg bort fra deres konflikter, andre forsøkte å være rettferdig til begge sider, men var konfliktfylt i sine lojaliteter. Svært mange forsøkte å stille opp for en eller begge de stridende foreldre. Generelt syntes barna både å oppleve seg som viktige for foreldrene fordi de var i sentrum for foreldrenes strid, og sårbare fordi de fryktet å bli avvist eller forlatt. De ble belastet med krav om støtte eller omsorg fra sine foreldre. Det oppsto gjerne en ond sirkel ved at barnas plager og symptomer kunne fyre opp under striden mellom foreldrene. De eldre barna hadde en spesiell tendens til å bli involvert i foreldrenes konflikter.

Deres foreldre oppfattet dem ofte som mer modne, og forventet mer støtte fra dem.

Johnston og hennes medarbeidere (1989) konkluderte at foreldre som brakte sin barnefordelingssak for retten syntes på viktige områder å være annerledes enn de som selv fant fram til en ordning. Derfor kunne ikke resultater fra frivillige ordninger overføres til de rettspålagte. De frarådet derfor delt bosted eller hyppig samvær i tilfelle der foreldrene heller ikke med rådgivnings- og meklingshjelp klarte å finne fram til en løsning.»¹⁹

Galtung selv trakk til slutt følgende konklusjoner på bakgrunn av det foreliggende forskningsmaterialet:

- «Forskningen kan ikke gi noe entydig svar om hva slags bostedsform som er best for barn. Både delt bosted og ett fast bosted synes å kunne fungere bra for mange barn og familier.
- Delt bosted krever gjensidig respekt, hyppig kontakt, fleksibilitet og godt samarbeid mellom foreldrene.
- Alvorlige og vedvarende konflikter mellom foreldrene kan bevirke at de ikke i tilstrekkelig grad samarbeider til beste for barnet. Delt bosted og hyppig samvær synes i slike tilfelle å være forbundet med problemer hos barnet. Det er ulike erfaringer m.h.t. i hvilken grad fiendtligheter avtar med årene. 1-5 år med langsom nedtrapping i foreldrenes stridigheter må anses som lang tid i et barns liv.
- Det synes ikke tilrådelig å anbefale pålegg om delt bosted til familier der konfliktene er store, og foreldrene ikke selv eller ved hjelp av mekler har kommet fram til en avtale om delt bosted.»²⁰

Trude Haugli konkluderte i 1995, på bakgrunn av en gjennomgang av amerikansk forskning vedrørende både avtalt og pålagt delt bosted, slik:

«Der er også enkelte undersøkelser som rapporterer om positive virkninger av delt omsorg, men det kommer i liten grad fram hvilke forut-

¹⁹ NOU 1998: 17 side 128. På side 80 er forskernes konklusjon gjengitt i sin helhet på originalspråket: «This study helps remind us that it is important not to make custody and visitation decisions, or to frame social policy and laws, based on studies from unrepresentative populations. Most of the evidence for the viability of joint custody and frequent, continuing contact between parents is based on studies of families who have voluntarily undertaken the arrangements. The experiences of divorcing families who have contested custody and visitation in the courts appear to be different in important ways. This study evaluated only the more extreme subgroup of litigating families who were unable to resolve their differences despite the help of court mediators. The findings indicate that recommending or ordering joint custody or frequent visitation in these cases is contraindicated.»

²⁰ NOU 1998: 17 s. 129.

setninger som må være til stede for at felles foreldreansvar og delt omsorg kan fungere positivt. En betingelse som er dokumentert er imidlertid at partene må være enige om og selvselge felles foreldreansvar og delt omsorg for at dette skal kunne fungere positivt. De første undersøkelsene av familier som er pålagt delt omsorg, viser således at dette fungerer mye dårligere enn hvor foreldrene er enige om delt omsorg. I noen tilfeller har retten antatt at en deling av omsorgen ville føre til at gemyttene ville roe seg og at det samarbeidet som var påkrevet ville tvinge foreldrene til å få ting til å fungere. Dette har ikke vist seg å holde stikk. Videre viser undersøkelsene at barna i konfliktfylte delte omsorgsordninger har det mye verre enn barn som vokser opp i en tradisjonell ene-omsorgs familie, hvor det er tilsvarende sterke konflikter.»²¹

Erfaringer fra Sverige, hvor domstolene siden 1990-tallet har hatt adgang til å kunne idømme delt bosted («væxselvis boende»), ville vært nyttige. Det synes imidlertid ikke å foreligge relevante undersøkelser eller forskningsmateriale. En mindre undersøkelse ble presentert i en rapport utarbeidet av Sosialstyrelsen i 2002:

«Erfarenheter av væxselvis boende efter beslut i tingsrätten:

Elva föräldrar som representerade åtta f.d. familjer intervjuades ett år efter det att tingsrätten beslutat om væxselvis boende. Barnen är mellan fyra och 12 år gamla. Föräldrarna är mellan 34 och 45 år gamla och kommer från olika sociala förhållanden och olika miljöer: mellansvensk landsbygd, medelstora städer, respektive Stockholm. I några fall kan barnen ta sig själva mellan bostäderna, i andra måste de skjutsas. Avståndet mellan bostäderna var upp till tre mil. Själva resandet anges inte som problem av föräldrarna, däremot alla praktiska detaljer kring packning och flyttning av saker.

Dessa föräldrar har haft ett væxselvis boende också före tingsrättsbeslutet. Någon av föräldrarna har velat ändra på detta, t.ex. genom att flytta från orten och ta barnen med sig, vilket lett till att den andra föräldern gått till domstol i ärendet. I andra fall har en av föräldrarna inte tyckt att det væxselvisa boendet fungerat, och därför velat få beslut om en förändring. Det finns också tecken på att kriser i relationen mellan föräldrarna, t.ex. i form av att nya partner kommit in i bilden, utlöst rättstvisten. De flesta av föräldrarna lever i nya parrelationer.

Hälften av de intervjuade f.d. familjerna har fortfarande ett år efter rättens beslut væxselvis boende för barnen. Övriga har hittat andra lös-

ningar. De som fortfarande har væxselvis boende hade redan från början haft ett bättre samarbete och färre konflikter. De som har valt andra boendeformer för barnen hade innan rättsprocessen varit missnöjda med det væxselvisa boendet och föräldrarnas samarbete hade fungerat mindre bra.

Hur fungerar det då för barnen? Många av föräldrarna rapporterar om övergående problem. I ett fall kan barnets psykiska problem vara ganska omfattande. Föräldrarna tror inte att det væxselvisa boendet skapat några större kamratproblem.

Samarbetssvårigheterna är omfattande i fyra av de familjer som medverkat. För de övriga fyra fungerar det praktiska samarbeidet någorlunda bra, speciellt efter tingsrättens beslut. Åtta av de elva föräldrarna har en allmänt positiv syn på væxselvis boende. En del av dem anser att detta alltid är det bästa alternativet, medan andra tycker att det kan vara bra, men kanskje inte i alla lägen.»²²

Andenæs 2001 mener å ha funnet følgende tre fellestrekk for Australia, New Zealand og Sverige, hvor domstolene har adgang til å kunne idømme delt bosted mot foreldrenes vilje:

«For det første ser det ut til å bli flere konflikter og flere saker der jurister trekkes inn i bildet. Det er blitt en større gruppe foreldre som ikke blir enige om bosteds- og samværsordningen, og som trenger hjelp fra rettsvesenet. Det andre er at det kan se ut til at dommere legger stor vekt på prinsippet om barnets rett til regelmessig kontakt med begge foreldre, til og med større enn det i og for seg er lagt opp til. Når først muligheten til å idømme delt bosted foreligger, ser det altså ut til at den blir tatt i bruk, også der det ikke var meningen. Det viser seg blant annet ved at domstolen idømmer lik tid hos begge foreldre i flere saker med høyt konfliktnivå, også der den ene, som regel moren, er imot. En kan spekulere over om det for noen dommere og meklere blir oppfattet som en vei ut av konflikten, og slik at de kan se på seg selv som nøytral. Tendensen viser seg også ved at det er blitt vanskeligere å få til ordninger der bare den ene av foreldrene får foreldreansvaret. Det meldes også at det blir vanskeligere å vinne gehør for å flytte, igjen fordi det legges så stor vekt på prinsippet om regelmessig kontakt med begge foreldrene. En tredje effekt er at flere klager på samværsordninger (nesten dobbel i Australia). Det er først og fremst samværsfedre som går til dette skrittet. Det dreier

²¹ Haugli 1995 s. 45-46.

²² «Væxselvis boende – Att bo hos både pappa och mamma fast de inte bor tillsammans», Sosialstyrelsen, Reviderad version 2004 s. 31-32.

seg om mange bagatellmessige klager, som retten ikke finner grunn til å følge opp.»²³

10.4.4 Momenter og hensyn i vurderingen av om domstolene bør gis adgang til å kunne idømme delt bosted

Hensynet til barnets kontakt med begge foreldre

I diskusjonen her i Norge har hovedargumentet for å åpne for at domstolene skal kunne idømme delt bosted vært at denne løsningen gir barna mer kontakt med begge foreldre etter samlivsbruddet. Selv om barn kan opprettholde god kontakt med begge foreldrene med en bostedsforelder og en samværsforelder, er delt bosted etter alt å dømme den ordning som best sikrer barna tilnærmet like mye kontakt med begge foreldre etter et samlivsbrudd og begge foreldre får like mye del i hverdagen til barnet. Delt bosted kan også redusere følelsen hos barna av å miste en av foreldrene etter et samlivsbrudd.

I NOU 1998: 17 la flertallet, som ikke ønsket å gi domstolene adgang til å pålegge delt bosted mot en av foreldrenes ønske, vekt på at samværsreglene i tilstrekkelig grad gir retten mulighet til å sikre barnet kontakt med begge foreldre:

«Barnets behov for kontakt med både far og mor er sentralt og viktig, men kan ivaretas ved samværsordningene. Domstolene har mulighet for å bestemme at far/mor skal ha utvidet samvær. I og med at domstolene har denne muligheten er det mindre behov for å åpne opp for at domstolene skal kunne pålegge delt bosted av hensyn til barnets kontakt med begge foreldre.»²⁴

I praksis har det som nevnt vist seg at domstolene har vært tilbakeholdne med å fastsette omfattende samværsordninger.

Enkelte har tatt til orde for at et absolutt forbud for retten til å kunne idømme delt bosted der foreldrene ikke ønsker det, kan være i strid med hensynet til barnets beste, slik dette kriteriet fremkommer både i barneloven og Barnekonvensjonen.²⁵ Standpunktet er blant annet fundert på at foreldrene alene er parter i saken, og det er i dag deres – og ikke barnets – standpunkt til spørsmålet om delt bosted som binder retten. Dersom retten i et gitt tilfelle vurderer at delt bosted klart både vil være gjennomførbart og i barnets interesse, blir ikke barnets beste ivaretatt når en eller begge av foreldrene kan blokkere det. Ved å oppstille et

absolutt forbud mot å kunne idømme delt bosted har lovgiver tatt det standpunkt at en slik ordning aldri vil være til barnets beste og dermed overstyrt den konkrete bedømmelse som dommer og sakkyndig skal foreta i den enkelte sak.

Foreldrenes vilje og evne til samarbeid

Foreldrenes vilje og evne til samarbeid har normalt sentral betydning for om delt bosted kan fungere som en god løsning. Riktignok foreligger det ingen forskning som viser at det er behov for *bedre* samarbeidsevner ved delt bosted enn ved andre bosteds- og samværsordninger. Men felles bostedskompetanse og det at barna skal bo fast hos begge betyr at foreldrene vanligvis må samarbeide om en rekke forhold vedrørende barnet. Det gjelder oppfølging av barnehage og skole, deltakelse i foreningsaktiviteter og idrett, og andre små og store avgjørelser knyttet til barna. Dette fordrer at foreldrene jevnlig må snakke med hverandre, gjøre avtaler seg imellom og være fleksible overfor inngåtte avtaler. Dersom foreldrene er fiendtlig innstilt til hverandre og preget av bitterhet etter bruddet, kan utvidet kontakt være en belastning for både barn og voksne.

Med de virkemidler som stilles til disposisjon med hensyn til mekling og avtaleløsning i domstolene, vil det i mange tilfelle være slik at foreldre som ikke blir enige på disse stadiene og ber om hovedforhandling og dom i saken, vil kunne få problemer med å inngå et fredelig og fornuftig samarbeide til barnets beste. Dette kan gjelde begge eller bare en av foreldrene. Å kreve at disse foreldrene skal inngå i det samarbeidet som delt bosted innebærer, kan ha liten hensikt. Dette er antagelig den viktigste begrunnelse bak lovens ordning slik den er utformet i dag.

Når det er sagt, viser resultatene fra den svenske undersøkelsen fra 2002 at av de som ble idømt delt bosted, praktiserer halvparten fremdeles delt bosted ett år etter rettsaken med godt resultat. Den andre halvparten har funnet andre løsninger. Dette kan tolkes slik at en avgjørelse om delt bostedsdom ikke nødvendigvis oppleves som absolutt, men fortolkes og bearbeides av foreldrene etter en rettskraftig avgjørelse. Noen bilegger konflikten og får et bedre samarbeid, andre får det ikke til å fungere og finner på egenhånd andre løsninger. Selv om det alltid vil være noen foreldre som ikke kan leve med rettens dom og reiser ny sak, utelukker derfor ikke en avgjørelse om delt bosted fleksibilitet og større samarbeid etter rettsprosessen.

Ønsket om ikke å ville ha en delt bostedsordning vil i en del tilfelle grunne seg på en mening

²³ Andenæs 2001 s. 25.

²⁴ NOU 1998: 17 s. 84.

²⁵ I den retning Østberg 2006 s. 117-119.

og/eller erfaring hos forelderen om at slikt samarbeid vil være vanskelig i praksis. Dersom det åpnes for at retten likevel skal kunne idømme delt bosted, vil dette være fundert på at foreldrene i noen tilfelle – til tross for de nedlagte påstander – vil klare å samarbeide til beste for barnet. På den ene side kan det by på utfordringer for domstolen å skille ut de foreldre som vil komme til å samarbeide på tross av at de selv ikke primært ønsker delt bosted fra de som vil fortsette sine konflikter. Det er ikke alltid at bevisførselen i saken vil gi noen indikasjoner på dette, og under sakens gang vil partene ofte være mest opptatt med å nå fram med sine egne anførsler og påstander – den enighet som tross alt foreligger mellom foreldrene, kommer i bakgrunnen. På den andre siden er det viktig å påpeke at det at foreldre bringer en tvist om bosted inn for domstolen ikke nødvendigvis betyr at det foreligger et høyt konfliktnivå og/eller store samarbeidsproblemer mellom foreldrene. Noen foreldre klarer rett og slett ikke å komme til enighet om hva som er best for barnet på dette punkt og ønsker at en upartisk instans treffer avgjørelse i saken. At bostedsspørsmålet blir rettsliggjort betyr ikke automatisk at foreldrene på andre områder mangler evne til å samarbeide om spørsmål som gjelder barnet.

Barnets alder, personlighet og flytting

En regelendring som fører til at retten kan pålegge foreldrene delt bosted vil på sikt kunne føre til at flere barn får delt bosted. Om slike løsninger kan være gode for barna avhenger av flere forhold. I tillegg til de faktorer som er knyttet til konflikten mellom foreldrene, kommer barnets alder og personlighet inn som viktige faktorer.

For små barn, eller barn som er sårbare eller utrygge kan delt bosted være for krevende og medføre større belastninger enn barnet kan mestre. Barn av foreldre i konflikt er oftere engstelige og usikre, med behov for ekstra stabilitet og trygghet.

Når et barn blir større blir venner og miljø gradvis viktigere, og behovet for å bo nære venner kan for barnet være like viktig som at det ser mye til både mor og far. Det kan imidlertid være vanskelig for barnet å be om en bostedsendring, idet et ønske om å gå over til ett fast bosted vil kunne sette barnet i en lojalitetskonflikt. Det at foreldrene i fellesskap er lydhøre for hvordan barna har det, slik at bostedsordningen kan endres dersom barna ikke trives, fremholdes som et viktig element av Skjørten m.fl. 2006. Det er også derfor grunn til å påpeke at det at foreldrene bor i nærheten av hver-

andre kan være avgjørende for hvor godt delt bosted fungerer.

Selve overleveringen av barnet fra far til mor og omvendt kan være konfliktfylt på grunn av fiendtlighet mellom foreldrene. Da er det viktig med ordninger som gir færrest mulig overleveringer. Det har blitt anført at det i slike tilfelle vil være lite fornuftig med delt bosted, siden dette fordrer utstrakt samarbeid og kontakt mellom foreldrene. Dette gjelder imidlertid ikke ubetinget. Delt bosted kan reelt sett medføre færre flyttinger mellom mors og fars hjem, alt etter hvor omfattende samvær som er avtalt eller idømt. En avgjørelse med detaljerte samværstider og dager, kan i praksis medføre flere fysiske møtepunkter mellom foreldrene enn en avgjørelse med delt bosted der barnet for eksempel bor annenhver uke hos hver av foreldrene.

Rettferdighetsbetraktninger

Delt bosted for barna kan føles som en god og rettferdig løsning for foreldrene, på den måten at de går ut av samlivet uten seier eller tap i forhold til barna og hverandre. Også for domstolene vil en mulighet for å treffe avgjørelse om at barnet skal bo fast hos begge foreldrene etter samlivsbruddet kunne fremstå som en god løsning.

Faren er imidlertid at slike rettferdigsbetraktninger og foreldrenes interesser i den konkrete sak får overskygge hensynet til barnets beste. Dersom domstolene skal gis kompetanse til å kunne idømme delt bosted, er det en forutsetning at domstolene er helt bevisst på at barnets beste skal være det avgjørende hensyn ved valg av en delt bosteds-løsning.

Politiske hensyn og føringer

I forlengelsen av rettferdighetsmomentet, har det fra enkelte hold blitt anført at den manglende adgang til å kunne idømme delt bosted har klare politiske undertoner. Østberg 2006 har påpekt at bestemmelsen i barneloven § 36:

«... neppe [kan] forstås uten å ta i betraktning at holdningen til delt omsorg var og er en symbol-sak for aktører på det familiepolitiske området. Kravet om delt omsorg assosieres med miljøer som først og fremst målbærer fedrenes standpunkter. Klart negative har de vært som mest utpreget har tatt mødrenes ståsted. Loven signaliserer en skeptisk innstilling til hele ideen om delt omsorg og mobiliserte motkreftene. En viktig premissleverandør som Norsk psykologforening benyttet anledningen ved lovbe-handlingen til å uttale seg negativt også om

adgangen til å gjøre avtale om delt bosted. Man må tro dette har vært medvirkende til at vi fortsatt har et regelverk for offentlige støtteordninger som sterkt premierer å ha barna boende fast hos seg framfor å ha delt omsorg.»²⁶

På den annen side kan det selvsagt hevdes at arbeidet med å få bort bestemmelsen også drives av politiske krefter. Særlig hensynet til likestilling har vært fremhevet som et motiv bak kravet fra både politikere og interesseorganisasjoner om å endre barneloven.

De ulike pressgrupper representerer hver på sin måte ulike interesser og verdistandpunkt som er viktige i en samfunnsdebatt. Uansett hvordan loven utformes er det imidlertid viktig at ikke disse hensynene gis forrang fremfor prinsippet om barnets beste i den konkrete sak.

Det er også viktig å ha klart for seg den normskapende virkning lovutforming vil kunne ha, noe særlig mindretallet i NOU 1998: 17 var opptatt av:

«Avslutningsvis vil mindretallet peke på at et noe mer åpent syn på delt bosted fra lovgivers side, vil kunne påvirke innholdet av de avtaler som foreldrene kommer fram til. Det vil således kunne ha en holdningsskapende virkning, og bidra til at hensynet til en best mulig kontakt med begge foreldre etter et samlivsbrudd blir styrket. Mindretallet vil her trekke en parallell: Ordningen med felles foreldreansvar er i dag erkjent som et fremskritt, og at domstolene kan pålegge det mot en av foreldrenes vilje anses positivt. Men da barneloven ble vedtatt i 1981, var dette et spørsmål det hersket uenighet om, se bl a Innst O 30 (1980-81) side 14 flg. Men domstolene skar gjennom her, og det er nå ikke bestridt at felles foreldreansvar bestemmes mot den enes vilje, og det gjøres hyppig i praksis. Mens felles foreldreansvar ved avtale var lite brukt da barneloven ble vedtatt, er det nå meget alminnelig. Den frykt for felles foreldreansvar mot den enes vilje som hersket rundt 1980, har således vist seg ugrunnet.»²⁷

Uavhengig av syn på spørsmålet om delt bosted, er det liten tvil om at det omfattende politiske engasjement for temaet og de relativt harde frontene mellom ulike interessegrupper i stor utstrekning skyldes antagelser om en ikke ubetydelig normativ effekt av en lovendring.

Delt avgjørelsesmyndighet

Som vi har sett ovenfor, reiser spørsmålet om delt avgjørelsesmyndighet en rekke problemstillinger knyttet til hva foreldrene kan avtale seg i mellom om innholdet av denne myndigheten. I det følgende forutsettes at det ikke er adgang til å avtale eller fastsette andre regler om avgjørelsesmyndigheten enn det som fremgår av barnelovens regler.

Delt bostedskompetanse mellom foreldrene er uproblematisk så lenge foreldrene samarbeider greit og klarer å bli enige. Problemene oppstår dersom de ikke kan enes om spørsmål som de må være to om å avgjøre. Det sentrale skillet mellom delt bosted og utvidet samværsordning er foreldrenes avgjørelsesmyndighet. Denne myndigheten inneholder i dag som tidligere nevnt tre elementer: Beslutninger om barnehage og skole, flytting innenlands og andre større avgjørelser i dagliglivet. Ved delt bosted har foreldrene denne myndigheten sammen og må i fellesskap bli enige om disse forhold. Det er i dag ikke gitt regler om hvordan man løser eventuelle konflikter mellom foreldre som har delt bostedskompetanse. De kan ikke reise sak om selve det spørsmål saken gjelder, for eksempel om en av foreldrenes adgang til å flytte barnet fra en skole til en annen, jf. Rt. 1997 side 1853. Man har altså ikke noe avgjørelsesorgan som kan avgjøre tvister mellom foreldrene om spørsmål som ligger under bostedskompetansen. Dersom foreldrene ikke klarer å bli enige om slike delspørsmål, må en av dem altså ta initiativ for å få endret ordningen med delt bosted.

Vanskelighetene med å få avgjort tvister mellom foreldre om spørsmål som hører inn under bostedskompetansen taler for så vidt mot at domstolene gis kompetanse til å pålegge delt bosted der foreldrene ikke på egenhånd har klart å bli enige om en slik ordning. På den annen side er dette også problemstillinger som kan oppstå hvor foreldrene bor sammen. Når flertallet i utvalget nå dessuten foreslår å overføre kompetanse til å beslutte innenlands flytting fra bostedskompetansen til foreldreansvaret, blir færre potensielle konfliktspørsmål liggende igjen under bostedskompetansen.²⁸

Enkelte avgjørelser som følger av en ordning med delt bosted kan riktignok ikke relateres til skillet mellom bosteds- og samværskompetanse. Typisk kan dette gjelde spørsmål av mer hverdagslig og/eller økonomisk karakter, som foreldrene må løse uten at det foreligger en tvisteløsningsmekanisme. Der delt bosted praktiseres slik at barnet

²⁶ Østberg 2006 s. 117.

²⁷ NOU 1998: 17 s. 87.

²⁸ Se kapittel 8 ovenfor.

bor omtrent like mye hos hver av foreldrene, kan det for eksempel oppstå spørsmål om hvem som skal betale for de større velferdsgodene til barnet, typisk PC eller fritidsutstyr. Selv om slike spørsmål kan oppstå oftere hvor foreldrene praktiserer delt bosted, vil de også kunne oppstå uavhengig av en slik ordning – for eksempel der det foreligger utvidet samværsordning og/eller den ene forelderens har klart større inntekt enn den andre.

Vil en lovendring kunne føre til flere rettssaker?

En rettssak om hvor barnet skal bo er en påkjenning for både barn og foreldre, og fører ofte til en forsterket, tidkrevende og kostbar konflikt mellom partene. Dette reiser spørsmålet om det å åpne for at domstolene skal kunne idømme delt bosted er i samsvar med formålet om å redusere antall tvister, eller om en slik ordning snarere vil føre til flere barnefordelingstvister ved domstolene.

Dersom domstolene får adgang til å pålegge foreldrene delt bosted, åpnes det for et nytt rettslig alternativ. Dette kan gjøre at foreldre som er uenige om hvor barnet skal bo etter et samlivsbrudd, vil vurdere det slik at muligheten for å vinne fram gjennom en rettssak blir større enn i dag. Typisk vil foreldre som kanskje ikke tror at de kan få medhold i krav om fast bosted hos seg, gå til sak for i alle fall å få delt bosted. Dermed vil det også trolig føre til at flere foreldre som ikke blir enige i forbindelse med samlivsbruddet går til sak.

Også der foreldrene har kommet fram til ordninger, men hvor en av partene i ettertid ønsker endringer med hensyn til barnets bosted, vil en lovendring kunne få konsekvenser for antall rettssaker. Mange foreldre unnlater å gå til sak i dag fordi de anser det nytteløst å gå til domstolene med krav om at barnet skal flytte fra den andre av foreldrene til seg. På grunn av hensynet til stabilitet og tilknytning er domstolene tilbakeholdne med å gjøre slike endringer – med mindre den som har bostedskompetansen finnes klart mindre skikket enn den som søker å få den overført til seg. Terskelen for å gjøre endringer vil imidlertid kunne bli mindre når det bare er snakk om å innføre en ordning med delt bosted, og i alle fall vil nok mange foreldre i denne posisjonen vurdere det slik at muligheten for å nå fram gjennom rettssak vil bli større.

Det kan hevdes at domstolenes manglende adgang til å kunne idømme delt bosted i dag har en positiv effekt på mulighetene til å oppnå en minnelig løsning i meklingsituasjoner. Prosessrisikoen er større når retten må velge en av foreldrene som barnet skal bo fast hos, og når enten en mekler,

advokat eller dommer orienterer om dette, er det mange som avstår fra å fremme saken til doms. Fjerner man begrensningen i domstolenes kompetanse løper man risikoen for at foreldre raskere vil gi opp meklingsforsøkene. Flere kan komme til å gå rett til hovedforhandling, og saksmengden for domstolene kan dermed øke. Fra meklerhold er det således blitt anført at en regel for domstolene til å kunne idømme delt bosted – selv om den reserveres til få tilfeller – kan få stor praktisk betydning utenfor rettsapparatet.

På den annen side vil utformingen av rettens kompetanse til å kunne idømme delt bosted være viktig for om lovendringen vil virke prosessdrivende. Jo tydeligere man får fram enten i lov eller forarbeider hvilke forutsetninger som normalt må være tilstede for at delt bosted skal kunne idømmes, jo mindre risiko er det for at retten får en økning i antall saker der delt bosted klart ikke er aktuelt.

Det kan også hevdes at vissheten om at domstolen kan idømme delt bosted kan virke dempende på konfliktnivået og dermed medføre færre saksanlegg. I dag oppleves det som urettferdig for mange foreldre at den ene forelderens nærmest automatisk krever fast bosted hos seg ved et samlivsbrudd. Dette skaper konflikter og i siste instans en rekke saker hvor den ene forelderens kjemper for endring av fast bosted. Muligheten for retten til å idømme delt bosted gjør at begge foreldre tydeligere kan se at dette er et reelt alternativ som kan være det beste for barnet.

Risikoen for at domstolene faller ned på uriktige avgjørelser

Barnefordelingssaker er ofte vanskelige saker for domstolene. Ikke sjelden er bevisituasjonen usikker eller uoversiktlig, eller man står overfor foreldre som begge er omtrent like godt – eller dårlig – skikket til å være bostedsforelder. Slik rettstilstanden er i dag, tvinges domstolen til å treffe et valg mellom hvem av foreldrene som barnet skal bo fast hos. Det kan hevdes at dette er positivt, idet man sikrer at retten foretar en bred og grundig gjennomgang av alle sider av saken. Åpner man for en mulighet til å kunne idømme delt bosted, kan det ikke utelukkes at dette bevisst eller ubevisst vil virke tiltrekkende i en situasjon der et resultat i den ene eller andre forelders favør fremstår som mer eller mindre urimelig.²⁹ Dette kan gi seg utslag på flere måter. Domstolene vil ofte være motvillige til å tillate konfliktorientert bevisførsel,

²⁹ I den retning Smith og Lødrup 2006 s. 164.

også hvor den kan være relevant for å belyse en forelders omsorgsevne. Denne tendensen kan tenkes forsterket ved adgang til å idømme delt bosted fordi det vil redusere mulighetene til å lande på dette resultatet. Også ellers hvor ikke hensynet til barnet synes å tale direkte imot en mer foreldrerettferdig løsning, kan det være tilforlættelig å idømme delt bosted. Dessuten vil det ikke være nødvendig å begrunne hvorfor bosted hos den ene av foreldrene er en bedre løsning enn hos den andre. Hvis domstolen skal kunne idømme delt bosted er det derfor viktig å understreke at kravet om hensynet til barnets beste er ufravikelig, og at det er avgjørende at domstolen foretar en like grundig vurdering av saken som om det var tale om å velge ett fast bosted. Utvalget antar for øvrig at det eventuelt vil bli utviklet rettspraksis på dette området som gir føringer for i hvilke sammenhenger det vil være riktig å idømme delt bosted.

Rettspraksis med delt bosted

Som nevnt ovenfor i kapittel 4, ble den manglende adgang til å idømme delt bosted i barneloven § 36 andre ledd først lovfestet i 1997 (lov av 13. juni 1997 nr. 39). Før dette oppfattet man kjennelsen i Rt. 1986 side 313 som uttrykk for gjeldende rett:

«En ordning med delt omsorg hvor barnet skal flyttes frem og tilbake mellom foreldrene, stiller store krav til foreldrene og kan føre til påkjenninger for barnet. Vanskelighetene må antas å kunne bli betydelige dersom foreldrene ikke er enige og innstilt på en lojal gjennomføring av ordningen. På denne bakgrunn antar kjæremålsutvalget at loven ikke bør tolkes slik at foreldrene kan pålegges å dele omsorgen, med mindre det kan påvises holdepunkter for en slik tolkning i lovens ordlyd eller i forarbeidene. Slike holdepunkter kan ikke ses å foreligge.»

Man har i rettspraksis likevel enkelte eksempler på at delt bosted har blitt idømt, eller i det minste drøftet som en mulighet.

I Frostating lagmannsretts avgjørelse inntatt i RG 1990 side 1087 var foreldrene til en 12 år gammel gutt skilt etter 12 års ekteskap, og de var enige om at sønnen skulle bo fast hos far men med samvær for mor. Denne ordningen varte i ca. to og et halvt år, før mor reiste sak med krav om at sønnen skulle bo fast hos henne. Foreldrene bodde i nærheten av hverandre og gutten kunne gå på samme skole uansett hvem av foreldrene han bodde hos. Blant annet på bakgrunn av råd fra den sakkyndige fant lagmannsretten at det beste for gutten var at

han bodde annenhver uke hos hver av foreldrene. Avgjørelsen ble kort – og uriktig – hjemlet i reglene som åpner for at foreldre kan *avtale* delt bosted.

I Eidsivating lagmannsretts midlertidige avgjørelse av 28. september 1992 (sak nr. 92-02311K) ble det bestemt at en 13 år gammel gutt skulle bo to uker av gangen hos hver av foreldrene inntil endelig dom forelå. Hvorvidt retten hadde adgang til dette, ble ikke drøftet.

Borgarting lagmannsrett ønsket i en midlertidig avgjørelse 27. november 2006 (LB-2006-167716) å opprettholde en ordning med delt bosted, men med enkelte justeringer i forhold til hvor barnet skulle gå i barnehage. Som nevnt ovenfor i kapittel 2.4, fant Høyesteretts kjæremålsutvalg i Rt. 2006 side 1681 at lagmannsretten var avskåret fra å gjøre dette: Enten måtte man opprettholde en forutgående avtale mellom foreldrene om delt bosted fullt ut, eller så var man nødt til å bestemme at barnet skulle bo fast hos en av foreldrene.

I Oslo tingretts dom av 18. september 2006 (TOSLO-2006-15519) hadde en av partene prosedert på at retten hadde adgang til å idømme delt bosted, blant annet ut fra hensynet til internasjonale konvensjoner og barnets beste. Selv om retten kom til at barnet skulle bo hos en av foreldrene, ble det uttalt at:

«Etter rettens oppfatning kan det kanskje tenkes tilfeller der barnets beste tilsier at retten til tross for ordlyden i barneloven § 36 kan ønske å bestemme delt omsorg. ...»

Dommen ble anket, og også for lagmannsretten ble det prosedert på at det var adgang for retten til å kunne idømme delt bosted. Lagmannsretten (LB-2006-171789) uttalte om dette i dom av 26. mars 2007:

«Lagmannsretten konstaterer at det på det nåværende tidspunkt ikke foreligger enighet mellom partene om at C skal bo fast hos dem begge. I denne situasjonen må retten etter barneloven § 36 annet ledd avgjøre at barnet skal bo fast hos en av partene. Det er ikke nødvendig for retten å ta stilling til om det de lege ferenda er grunn til å gi domstolene adgang til å fastsette delt bosted for et barn selv om foreldrene ikke er enige om dette, idet det de lege lata ikke er tvilsomt at rettens kompetanse er begrenset av regelen i § 36 annet ledd.»

Ovennevnte praksis synes i det minste å indikere at domstolene fra tid til annen står overfor saksforhold hvor muligheten til å kunne idømme delt bosted aktualiseres.

10.4.5 Utvalgets vurdering og konklusjon

Et samlet utvalg legger til grunn at flere forutsetninger i større eller mindre grad må være tilstede for at delt bosted skal kunne fungere som en god løsning for barnet: Foreldrene bør kunne samarbeide og være åpne for å endre ordningen dersom barnets situasjon eller behov endrer seg, barnet bør selv ønske og trives med to hjem, og det bør være en viss geografisk nærhet mellom de to hjemmene. Videre bør begge foreldrene stille opp i forhold til barnas fritidsaktiviteter og skole, samt bidra til at barnet blir inkludert og får en selvfølgerlig og anerkjent plass i begge hjemmene.

Utvalget har imidlertid delt seg når det gjelder spørsmålet om domstolene skal gis kompetanse til å kunne idømme delt bosted.

Utvalgets flertall – *Cassidy, Ellingsæter, Lorentzen, Musæus, Strandbakken, Thuen og Unneberg* – mener at domstolene bør gis adgang til å kunne idømme delt bosted. Flertallet viser til mindretallet i NOU 1998: 17 som gikk inn for å gi domstolene en slik adgang, og kan i det alt vesentlige tiltre de synspunkter og argumenter som mindretallet den gang fremhevet.³⁰

Flertallet er enig i at noen forutsetninger normalt må være tilstede for at delt bosted skal være en god bostedsløsning til barnets beste. Men etter flertallets syn har man ikke grunnlag for å si at det aldri vil kunne være til barnets beste med et domstolspålagt delt bosted. I noen tilfeller kan delt bosted fremstå som den beste løsningen selv om foreldrene har anlagt sak og vært gjennom en hovedforhandling. Som eksempel kan tenkes de tilfeller hvor foreldrene har avtalt eller praktisert delt bosted både forut for og under rettergangen. Dersom retten i et slikt tilfelle finner det ønskelig at ordningen skal fortsette og samtidig mener at forutsetningene for dette er til stede selv om foreldrene har brakt saken inn for rettsapparatet, mener flertallet at retten ikke bør fratras muligheten til å avsi en dom i tråd med dette. Dessuten vil flertallet peke på at når et flertall i utvalget vil gå inn for å legge spørsmålet om innenlands flytting inn under foreldreansvaret, kan det i færre tilfeller oppstå konflikter knyttet til bosted.

Flertallet mener også at det er prinsipielt betenkelig å beskjære domstolskompetansen på den måten loven gjør i dag. Det er ikke heldig at lovgiver foretar en faglig overprøving og setter absolutte rammer for en konkret vurdering som domstolene åpenbart er nærmest og best egnet til å foreta. Flertallet vil ikke utelukke at en slik beskjæ-

ring kan være problematisk i forhold til Barnekonvensjonen og EMK, dersom regelen får den praktiske konsekvens at retten i et gitt tilfelle ikke kan velge den løsning som den anser å være til barnets beste.

Flertallet vil også peke på at et høyt konfliktnivå mellom foreldrene under en rettssak ikke nødvendigvis medfører at det også er umulig med et konstruktivt samarbeid etter at dom er avsagt. I en rettsprosess vil engasjementet ofte være stort, og ikke sjelden vil partene være opptatt av å skjule både saksrelevante svakheter og forhandlingsvilje overfor den andre. Men når dom først foreligger kan det ikke utelukkes at noen foreldre lojalt vil innrette seg etter denne og velge å sette barnets behov og interesser i fremste rekke.

Flertallet kan heller ikke se noen grunn til at domstolen ikke bør kunne idømme delt bosted når samværet etter dagens regler kan fastsettes helt opp til 50 % av tiden. Selv om 50 % samvær og delt bosted har kompetansemessige ulikheter, vil den mer praktiske forskjellen for barnet kunne være minimal. På et mer generelt grunnlag vil flertallet også fremheve at en ordning med delt bosted ikke nødvendigvis forutsetter et tett samarbeid eller utstrakt dialog mellom foreldrene. Tvert imot kan eksempelvis en ordning der barnet bor annenhver uke hos hver av foreldrene innebære mindre behov for kontakt mellom foreldrene enn en komplisert samværsordning der timeantall, overnattinger og helger må drøftes i detalj. For øvrig vises det til at CEFL har forutsatt at delt bosted kan besluttes av den kompetente myndighet selv om det ikke er enighet mellom foreldrene om en slik ordning, se principle 3:20.³¹

Mindretallet i NOU 1998: 17 foreslo en lovregel som eksplisitt gav uttrykk for at det måtte foreligge særlige grunner før retten kunne idømme delt bosted. Herværende flertall har delt seg i to fraksjoner når det gjelder spørsmålet om det bør oppstilles et krav om særlige grunner i lovteksten.

Ellingsæter, Musæus, Strandbakken, Thuen og Unneberg mener at det bør inntas et vilkår om særlige grunner i lovteksten. På denne måten får man gitt et klart signal om at en del forutsetninger normalt må være tilstede for at retten skal kunne falle ned på delt bosted. Også CEFL har forutsatt at visse forutsetninger må være til stede for å fastsette delt bosted i strid med partenes påstander, jf. principle 3:20 (2) og at «an alternating residence should be ordered only by the competent authority failing an agreement in exceptional cases.»³²

³⁰ NOU 1998: 17 s. 85-87.

³¹ Se nærmere Boele-Woelki m.fl. 2007 s. 135 jf. s. 130.

³² Se nærmere Boele-Woelki m.fl. 2007 s. 135.

Videre vil et krav om særlige grunner innebære at en avgjørelse om delt bosted må begrunnes særskilt. Flertallet har vurdert om det bør inntas et krav om begrunnelse i selve lovteksten, men er kommet til at dette ikke er nødvendig. Med de forutsetninger som det er pekt på ovenfor, er det klart at det ikke er tilfredsstillende med en kort henvisning til at særlige grunner anses å foreligge – det må foretas en konkret angivelse av hvilke omstendigheter som retten mener tilsier at delt bosted bør idømmes. Hva som ligger i «særlige grunner» kan selvsagt ikke angis uttømmende. Typetilfellene vil variere, men med det generelle fellestrekk og minimumskrav at delt bosted er til barnets beste. Forslaget er for øvrig i tråd med det mindretallet foreslo i NOU 1998: 17, og man kan i det alt vesentlige tiltre dette mindretallets begrunnelse mht. regelens utforming.³³

Cassidy og Lorentzen mener at det ikke er grunn til å innta et vilkår om særlige grunner i lovteksten. Det antas å være tilstrekkelig at det fremgår av lovens forarbeider hvilke forutsetninger som normalt må være til stede for at domstolene skal kunne idømme delt bosted.

Utvalgets mindretall – *Haavind, Kristensen, Ribe-Anderssen og Rusten* – mener at domstolene ikke bør gis adgang til å kunne idømme delt bosted, og at det således ikke bør gjøres noen endringer i dagens rettsstilstand.

Mindretallet viser til at det i dag er få barnefordelingssaker som avgjøres med dom. De fleste tvister mellom foreldrene blir løst i minnelighet, enten utenfor rettsapparatet gjennom mekling eller advokatbistand, eller i forbindelse med konflikt- og forsoningsmøter i domstolen. Noen saker blir dessuten forliket under selve hovedforhandlingen. Dersom loven åpner for en adgang til å idømme delt bosted, er det sannsynlig at det vil medføre flere prosesser. I tilfeller hvor parten anser det som vanskelig å vinne fram med et krav om fast bosted, er det lettere å tenke at man kan vinne fram med et krav om delt bosted. I de saker som kommer opp til doms, vil konfliktnivået normalt være høyt. Ikke sjelden er samarbeidsklimaet mellom foreldrene i disse sakene dårlig. Mindretallet mener at det i disse sakene ikke vil være til barnets beste med delt bosted, og at domstolene derfor ikke har behov for en adgang til å kunne idømme denne bostedsløsningen. All forskning tyder på at en ordning med delt bosted forutsetter at foreldrene kan samarbeide på det praktiske plan, og at de må ha en viss vilje og evne til å kunne gjennomføre en ordning med delt bosted. Når man

ikke har lykket å komme til enighet med den profesjonelle bistand som familievernkontor, advokat og domstol representerer, kan mindretallet vanskelig se at det vil være til barnets beste med en ordning som forutsetter et ikke ubetydelig omfang av samarbeid mellom foreldrene. En dom på delt bosted vil i slike tilfelle pålegge foreldrene en grad av fellesskap som de ikke ønsker.

Mindretallet er for øvrig enig i at en utvidet samværsordning også forutsetter utstrakt samarbeid mellom foreldrene, men viser til at domstolene i dag er meget tilbakeholdne med å benytte samværsbrøker opp mot 50 %. Det må dessuten antas å være lettere å endre en samværsordning enn å oppløse en ordning med delt bosted, dersom foreldrene anlegger endringssak fordi en rettsavgjørelse har vist seg vanskelig eller umulig å etterleve. En utvidet samværsordning krever også mindre grad av samarbeid mellom foreldrene, fordi bostedskompetansen tilligger den ene. Domstolenes mulighet til å idømme inntil 50 % samvær gir allerede nå en adgang til å fastsette ordninger som gir barna mye tid med begge foreldre. Adgangen til å avsi dom på delt bosted vil derfor i første rekke ha betydning for foreldrene og ikke for barnas behov for mye tid sammen med begge foreldre.

I de tilfelle hvor foreldrene ikke inngår i et godt samarbeid etter å ha blitt pålagt delt bosted, kan forholdet mellom foreldrene bli preget av vedvarende fiendtlighet og motarbeiding. Den mest uheldige konsekvens kan bli at foreldrene trekker barnet inn i konfliktene, at de hver på sin side forsøker å få barnet til å se problemet fra sin egen side og overtale barnet til å innta egne standpunkter. Det vil være fare for at ingen av dem ser situasjonen fra barnets side. Konsekvensen kan bli at barnets situasjon totalt sett blir dårligere, slik at delt bosted derved utelukkes.

Det kan anføres at det er viktigere å legge opp til et regelverk som kan forhindre alvorlige og vedvarende konflikter for barnet, enn å ivareta det lille mindretallet av foreldre som vil kunne komme til å samarbeide etter en domsavgjørelse om delt bosted. Disse familier vil høyst sannsynlig likevel finne fram til gode omsorgsløsninger for barna på egen hånd.

Selv om mindretallet ikke mangler tiltro eller tillit til at norske dommere klarer å se hva som er til barnets beste, er mindretallet noe bekymret for at retten i enkelte tilfelle kan ha for stor tro på at idømmelse av delt bosted kan bidra til å dempe konflikten mellom foreldrene. Forskning støtter imidlertid ikke en slik tanke om at «ting vil gå seg til» eller at «en dom vil få foreldrene til å ta seg sammen». Det vises her til den amerikanske forsk-

³³ NOU 1998: 17 s. 87.

ningen om domstolspålagt delt bosted som er gjen-gitt ovenfor, som tyder på at rettens forventninger om at delt bosted vil bidra til å dempe konfliktene sjelden eller aldri slår til. Å skille ut hvilke foreldre som vil klare å etterleve dommen og hvilke som ikke vil klare det, fremstår som særs krevende – for ikke å si umulig. Det må antas at flere barn vil lide og ha det strevsomt i fasen rett etter at en slik dom er avsagt. Rettferdighetshensyn og likestilling må ikke få overskygge hensynet til barnets beste.

Det er viktig at lovverket legger til rette for avgjørelser som de fleste parter kan etterleve, og som skaper ro og stabilitet. Særlig er dette viktig for avgjørelser som gjelder barn. Erfaringer fra Sverige viser at avgjørelser om pålagt delt bosted i mange tilfeller fravikes etter kort tid. Det vises til det som er referert ovenfor i kapittel 10.4.3 fra en undersøkelse presentert i en rapport utarbeidet av Socialstyrelsen i 2002. Her fremgår det at halvparten av familiene som fikk dom på delt bosted ikke praktiserte domsresultatet et år etter at dom hadde falt. Selv om dette var en mindre undersøkelse, viser den at delt bosted mot partenes ønske i stor grad fører til et lite levedyktig resultat og til fortsatt diskusjon og uenighet mellom partene. Den store endringsprosenten viser at pålagt delt bosted er et utfall som mange ikke slår seg til ro med, og at en slik løsning ikke legger til rette for forsoning og samarbeid på grunnlag av rettens konklusjon. Dette underbygges også av undersøkelsene i Skjørten m.fl. 2006. I konklusjonen fremgår det at en fjerdedel av foreldrene som praktiserte delt bosted i undersøkelsen hadde et konfliktfylt forhold til den andre forelderen. Konfliktene «... startet i hovedsak før eller med samlivsbruddet og hadde pågått siden det. For disse foreldrene hadde med andre ord ikke delt-bostedsløsningene bidratt til å løse konfliktene.»³⁴

En regelendring som fører til at retten kan pålegge foreldrene delt bosted vil på sikt kunne føre til at flere barn faktisk får delt bosted. Hvorvidt slike løsninger kan være gode for barna, avhenger av flere forhold. I tillegg til de faktorer som er knyttet til konflikten mellom foreldrene, kommer barnets alder og personlighet inn som viktige faktorer. Både psykologisk og praktisk er en ordning med delt bosted mer krevende for et barn enn en vanlig samværsløsning, særlig gjelder dette for små barn. Vanskelighetene med å bedømme om barnet vil kunne trives med delt

bosted, og skadevirkningene ved at domstolene griper feil i en slik vurdering, tilsier at man må være tilbakeholden med å åpne for denne muligheten.

Mindretallet finner ikke at det vil være særlig praktisk å idømme delt bosted i tilfeller hvor partene hittil har praktisert dette. Det at saken bringes inn for retten viser at en av partene har erfart at delt bosted ikke fungerer. I en slik situasjon, hvor ordningen allerede er forsøkt, fremstår det som særlig upraktisk at retten pålegger partene å beholde ordningen. Det kan føre til at parter som erfarer at delt bosted ikke er til barnets beste, unnlater å bringe saken inn for rettsapparatet fordi man antar at et søksmål ikke vil medføre en endring. Det kan også få som konsekvens at foreldre i mindre grad vil enes om delt bosted, fordi det kan skapes et inntrykk av at det vil være vanskelig å få til en annen ordning senere.

Mindretallet vil også fremheve at domstolenes manglende adgang til å kunne idømme delt bosted i dag har en positiv effekt på mulighetene til å oppnå en minnelig løsning gjennom mekling. Prosserisikoen er større når retten må velge en av foreldrene som barnet skal bo fast hos, og når enten en mekler, advokat eller dommer orienterer om dette, er det mange som besinner seg og unngår å kjøre saken helt fram til doms. Rettbaserte forliksforhandlinger er basert på at det rettslige forhandlingsrommet blir definert og avgrenset, og domstolenes manglende adgang til å kunne idømme delt bosted er en slik grensebetingelse. Når lovgiver først har valgt at disse sakene skal forsøkes løst i en forhandlingsprosess, bør man unngå å lage andre regler som i betydelig grad vil vanskeliggjøre bevegelsen fram mot omforente løsninger. Fjerner man dette viktige instrumentet, er det etter mindretallets syn en risiko for at foreldre raskere vil gi opp meklingsforsøkene. Flere vil velge å gå rett til hovedforhandling, og konfliktnivået mellom partene vil øke. I de fleste tilfelle er ikke dette til barnets beste. Å måtte forklare seg for en sakkyn-dig eller en dommer kan være en vanskelig opplevelse for et barn. Et barn som står i en konflikt mellom foreldre som ikke kan enes om delt bosted, kan føle seg presset til å måtte velge side. Etter mindretallets syn kan dermed en regel som i utgangspunkt er tenkt anvendt i svært få tilfelle, likevel få stor praktisk betydning både for domstolenes mekling og for meklingsinstanser utenfor rettsapparatet.

³⁴ Skjørten m.fl. 2006 s. 262.

Kapittel 11

Tvangsfullbyrdelse

11.1 Innledning

Utvalget er i sitt mandat blitt bedt om å vurdere reglene om tvangsfullbyrdelse i et barneperspektiv. Utvalget forstår dette slik at man ønsker en vurdering av behovet for endringer i tvangsfullbyrdesreglene i lys av hva som må anses som barnets beste.

Som utgangspunkt vil det være i barnets interesse at avgjørelser og avtaler om kontakten med dets foreldre oppfylles og etterleves. I praksis har det vist seg at det særlig er saker som gjelder oppfyllelse av samvær hvor reglene om tvangsfullbyrdelse har kommet til kort – i den forstand at de verken virker preventivt eller avhjelper manglende oppfyllelse av samværsrett. Utvalget vil i det følgende derfor konsentrere seg om dette. Ved tvangsgjennomføring av foreldreansvar og bosted har man et bredere spekter av tvangsmidler å velge mellom.

11.2 Tvangsbot som eneste virkemiddel i Norge

I de øvrige nordiske land er det visse muligheter for å bruke makt til å gjennomføre samværsavgjørelser.

Etter finsk lovs § 16 tredje ledd kan barnet avhentes dersom det er «sannolikt» at samvær ellers ikke vil bli gjennomført og det foreligger «synnerligen vägande skäl til detta med tanke på barnets beste.» Den svenske föräldrabalken 21 kap 3 § gir adgang til avhenting «om värkställighet annars inte kan ske och barnet har ett särskilt starkt behov av umgänge med föräldern.» Også etter den danske retsplejeloven § 536 jf. § 537 kan fysisk avhenting skje. Med mindre særlige omstendigheter foreligger, skal imidlertid en barnesakkyndig og en representant fra kommunen være tilstede under avhenting for å ivareta barnets interesse.

I Norge har lovgiver blitt stående ved at fysisk avhenting av barnet ikke skal være et alternativ ved unnlatt overholdelse av en samværsavgjørelse. Om tvangsfullbyrdelse ved direkte henting av bar-

net, enten av en av foreldrene eller av namsmannen, bør være et av de tvangsmidlene som står til rådighet i samværsaker, ble drøftet av Barnelovutvalget i 1977. Utvalget pekte på at det ved tvangsgjennomføring av samværsrett lett kan bli aktuelt med fysisk avhenting flere ganger, og at dette kan føre til skadevirkninger for barnet. Utvalget mente derfor at man ikke burde foreslå en slik regel.¹

Spørsmålet har også vært vurdert senere uten at man har funnet grunn for å endre reglene på dette punktet, jf. for eksempel Ot.prp. nr. 56 (1996-1997):

«Departementet ville heller ikke i høringsnotatet gå inn for tvangshenting som et aktuelt middel til gjennomføring av en samværsrett. Tvangshenting som «ris bak speilet» ville kunne føre til at foreldrene som ellers saboterer samværsretten begynner å medvirke til at samværsretten blir respektert, men kan være svært opprivende for et barn, særlig hvis det gjentas flere ganger. Det er derfor tvilsomt om en samværsrett iverksatt på denne måten vil være til barnets beste. Etter en samlet vurdering ble departementet derfor stående ved at man ikke bør innføre adgang til tvangshenting av barn for å få gjennomført en samværsrett.

En sak om tvangsgjennomføring må gjennom rettsapparatet for å skaffe tvangsgrunnlag, slik at namsretten i neste omgang kan fullbyrde avgjørelsen ved tvangsbot. Dette er en dyr og tungvint prosess for den det gjelder.

Dersom den som forhindrer at samværet blir gjennomført ikke har penger til å betale med eller noe å ta utlegg i, vil boten dessuten ha liten effekt. At tvangsbot utferdiges er således ingen garanti for at den i praksis fungerer som et pressmiddel. Den eneste muligheten den av foreldrene som ønsker samvær har i disse tilfellene er å kreve at barnet skal bo fast sammen med han eller henne. Dette kan fortone seg som et uforholdsmessig virkemiddel som ikke er i samsvar med det reelle ønskemålet. Ofte vil det heller ikke være best for barnet å flytte til samværsforelderen. Idet økonomiske tiltak i prinsippet er akseptert som tvangsmiddel for gjennomføring av samværsrett, har

¹ NOU 1977: 35 s. 86.

departementet vurdert om det kan innføres andre og mer effektive pressmiddel eller enklere og mer effektive måter for å få tvangsfullbyrdet samvær. Samværsforelderens behov må imidlertid veies opp mot rettssikkerheten for barnet og den andre av foreldrene. Spørsmålet må videre ses i lys av de alminnelige regler for tvangsfullbyrdelse.»²

Norske myndigheter har også drøftet alternative tvangsmuligheter, herunder en adgang for bidragsfogden å treffe vedtak om tilbakeholdelse eller reduksjon av barnebidrag.

«Spørsmålet om redusert bidrag eller tilbakehold av bidrag som et pressmiddel overfor den som ikke respekterer samværsretten ble vurdert av justiskomiteen i Innst. O. nr. 23 (1988-1989). Komiteen fant ikke at dette var noen god løsning. Den pekte på at ordningen prinsipielt sett ville være betenkelig, idet bidraget tilkommer barnet og skal dekke barnets behov. Det ble fremhevet at det ville være urimelig å «straffe» barnet ved å redusere barnets bidrag fordi bostedsforelderens motsetter seg samvær.»³

Departementet sa seg i høringsnotatet enig i disse synspunktene og fant ikke grunn til å vurdere redusert bidrag som tvangsmiddel nærmere.⁴

CEFL har anbefalt at avgjørelser skal kunne tvangsfullbyrdes, men slik at fullbyrdelse ikke skal finne sted hvis det er i strid med barnets beste, se principle 3:39.⁵

11.3 Utvalgets vurdering og konklusjon

Utvalget legger til grunn at det er helt nødvendig med regler om tvangsfullbyrdelse som i størst mulig grad sikrer at rettslige avgjørelser etter barneloven etterleveres. Uten et tilfredsstillende fullbyrdesessystem kan barnelovens materielle regler om samvær, foreldreansvar og bosted, bli et slag i luften.

Barneloven § 65 første ledd åpner for bruk av samtlige tvangsmidler – herunder fysisk avhenting av barnet – ved tvangsfullbyrdelse av avgjørelser om bosted og foreldreansvar. I forhold til avgjørelser om samvær har imidlertid namsmyndigheten etter barneloven § 65 andre ledd kun tvangsbot som virkemiddel. Etter utvalgets syn blir det et viktig spørsmål om det foreligger tilstrekkelige grunner til å operere med en slik forskjell i loven. For

utvalget er det vesentlig at reglene om tvangsfullbyrdelse utformes slik at det gis signal om at oppfyllelse av avgjørelser om samvær er like viktig som oppfyllelse av avgjørelser om foreldreansvar og bosted.

Selv om det ikke foreligger noen statistikk fra domstolene eller namsmannen om dette, legger utvalget til grunn at spørsmålet om tvangsfullbyrdelse av avgjørelse om samvær kun er aktuelt i et fåtall saker. Utvalget mener at en viktig grunn til dette er utformingen av prosessreglene for barnefordelingssaker i Norge. For det første har slike saker en annen type rettskraftvirkning enn andre sivile saker. Etter barneloven § 64 andre ledd kan det reises ny sak om det samme forholdet dersom en av foreldrene mener det foreligger «særlige grunner» som taler for at en tidligere rettsavgjørelse bør endres. En slik adgang til å få prøvet saken på ny kan fungere preventivt og få foreldre til å bestrebe seg på å etterleve en rettsavgjørelse. For det andre innebærer saksbehandlingsreglene i barneloven at det vanligvis vil bli berammet et saksforberedende rettsmøte meget raskt etter at en ny sak eller endringssak har kommet inn til domstolen, jf. barneloven § 61 nr. 1. Ikke sjelden vil da et avbrutt samvær kunne komme i gang igjen som en direkte konsekvens av den mekling som regelmessig finner sted i et slikt møte. På denne bakgrunn kan det reises spørsmål om norsk rett – i motsetning til øvrig nordisk rett – har et noe mindre behov for tvangsmidler.

Utvalget finner videre grunn til å peke på at fysisk avhenting kan være en svært traumatisk opplevelse for barnet, hvor risikoen for psykiske skadevirkninger er tilstede. Dette har vært – og er fremdeles – det fremste argumentet mot en endring av lovverket.

Namsmyndighetens tvangsmiddel ved manglende etterlevelse av en samværsavgjørelse er i dag ileggelse av tvangsbot. I noen tilfelle kan dette muligens fungere preventivt og forhindre samværs sabotasje. Det kan imidlertid innvendes at denne sanksjonen indirekte kan ramme barnet, ved at forelderens økonomi blir svekket. I tillegg kan selve fastsettelsen og inndrivelsen av boten ta langt tid. Både manglende tro på tvangsbot som en effektiv sanksjon, samt manglende overskudd etter en lang rettsprosess til på ny å reise sak for retten må antas å være grunner til at få slike saker blir reist.

At det i dag er adgang til fysisk avhenting ved oppfyllelse av en rettsavgjørelse om foreldreansvar og bosted, er begrunnet i at det da som regel kun er tale om én gjennomføring. Dersom man åpner for fysisk gjennomføring av avgjørelser om sam-

² Ot.prp. nr. 56 (1996-1997) side 69.

³ Ot.prp. nr. 56 (1996-1997) side 69.

⁴ Ot.prp. nr. 56 (1996-1997) side 71.

⁵ Se nærmere Boele-Woelki m.fl. 2007 s. 259 jf. s. 272-273.

vær, løper man risikoen for at dette kan bli aktuelt flere ganger – noe som sjeldent vil være til barnets beste. Utvalget ser dette poenget som begrunnelse for regelen slik den er utformet i barneloven § 65. Skillet mellom foreldreansvar/bosted og samvær kan imidlertid få rettslige konsekvenser som fremstår som mindre logiske. For eksempel kan bostedsforelderen etter dagens regler få bistand fra namsmyndigheten til å hente et barn fra samværsforelderen, mens samværsforelderen ikke vil kunne få den samme bistanden når vedkommende i sin tur igjen skal være sammen med barnet.

Et viktig argument for å endre loven, slik at det i visse helt spesielle tilfelle kan åpnes for fysisk avhenting ved gjennomføring av samværsavgjørelser, er den preventive effekt dette kan ha. Vissheten om at myndigheten fysisk kan hente barnet, kan bidra til at flere etterlever rettsavgjørelsene.

Utvalget antar at et absolutt forbud mot bruk av fysisk tvang ved gjennomføring av samværsavgjørelser kan skape problemer i forhold til kravet om barnets beste, slik dette fremkommer i barneloven § 48 og etter Barnekonvensjonen. Etter utvalgets oppfatning kan det ikke utelukkes at det i et konkret tilfelle vil være til barnets beste med fysisk avhenting og oppfyllelse av rettsavgjørelsen, selv med de ulempene som ligger i en slik fremgangsmåte. Manglende hjemmel for fysisk tvangsgjennomføring kan også medføre at Norge ikke oppfyller de positive plikter som myndighetene er pålagt etter EMK artikkel 8. EMD har i en rekke avgjørelser lagt til grunn at en stats myndigheter er forpliktet til å ha regler som sikrer borgerne en effektiv gjennomføring og oppfyllelse av de rettsavgjørelser som avsies.⁶ Dette vil ikke være tilfelle dersom en samværsforelder ikke får tilstrekkelig hjelp fra myndighetene til å få oppfylt en avgjørelse som gir vedkommende rett til samvær med barnet. På den andre siden kan det anføres at de norske reglene om begrenset rettskraft, samt det utstrakte meglingsapparatet i tilstrekkelig grad ivaretar hensynet til en effektiv gjennomføring av samværsretten.

Utvalget har delt seg i synet på om barneloven § 65 andre ledd bør endres. Utvalgets flertall – *Cassidy, Ellingsæter, Haavind, Lorentzen, Musæus, Rusten, Strandbakken, Thuen og Unneberg* – mener at også fysisk avhenting bør være tilgjengelig som tvangsmiddel ved gjennomføring av avgjørelser av samvær etter barneloven § 65 andre ledd. Flertallet legger særlig vekt på at en slik lovendring kan ha en viktig preventiv effekt og gi et klart signal om at myndighetene i ytterste konsekvens kan gripe inn

ved manglende samarbeid og sabotering av samvær fra en forelders side. Flertallet legger dessuten vekt på at EMK stiller krav om at man har internrettslige regler som sikrer borgerne en effektiv gjennomføring og oppfyllelse av både konvensjonsrettighetene og nasjonale rettsavgjørelser.⁷ En slik adgang til tvangsfullbyrdelse er også i samsvar med anbefalingen fra CEFL, principle 3:39 (2).⁸

Det er klart at tvangsfullbyrdelse gjennom fysisk avhenting er et siste skritt som kun skal benyttes der alle andre forsøk på å få samværsavgjørelsen oppfylt, ikke har ført fram. Dessuten må barnet hentes på en mest mulig skånsom måte. Etter flertallets syn vil umulighetsprinsippet⁹ fungere som en skranke og forhindre at fysisk avhenting skjer der barnet ovenfor namsmyndigheten klart har gitt uttrykk for at det ikke ønsker å ha samvær. Flertallet peker i denne sammenheng på at etter barneloven § 31 andre ledd har et barn som er fylt 7 år, en ubetinget rett til å få si sin mening før det blir tatt avgjørelse som berører barnets personlige forhold. Det er ikke gjort unntak fra § 31 andre ledd for saker som behandles etter barneloven § 65.

Utvalget har videre vurdert om det er grunn til å oppstille krav om tilstedeværelse av sakkyndige under gjennomføringen, etter modell av den danske regelen. Typisk kunne det vært aktuelt å åpne for at fagpersoner fra barnevernet ble pålagt å være tilstede også i denne type saker. Utvalget antar imidlertid at det i mange av disse tilfellene nettopp ikke vil være skånsomt for barnet at mange personer er til stede. Namsmyndigheten bør etter utvalgets syn derfor få en bred skjønnsmessig adgang til å kunne bestemme hvordan gjennomføringen skal skje, herunder om det er nødvendig å ha politi og/eller andre fagpersoner tilstede. Typetilfellene det her er tale om vil etter alt å dømme være så uensartede at det ikke bør oppstilles firkantede regler om selve gjennomføringen. Etter tvangsfullbyrdsloven § 13-14 står namsretten fritt til å velge fullbyrdsesmåte, og utvalget kan slutte seg til det som fremgår av forarbeidene til bestemmelsen om rettens vide kompetanse:

«Departementet foreslår at fullbyrdsingen av de handlinger som det her er tale om, skal kunne skje såvel ved bemyndigelse og mulkt som ved at namsmyndigheten selv utfører handlingen. Om én gjennomføringsmåte er valgt, vil nams-

⁶ Se nærmere vedlegg 2 avsnitt 3.6.3.

⁷ Se nærmere vedlegg 2 avsnitt 3.6.3.

⁸ Se nærmere Boele-Woelki m.fl. 2007 s. 273.

⁹ Se ovenfor i kapittel 2.6.

myndigheten senere av eget tiltak eller på begjæring kunne beslutte valg av en annen, jf § 6-3 første ledd første punktum. At det i selve loven ikke gis noe direktiv for hvilken gjennomføringsmåte som skal velges, vil si at namsmyndigheten skal velge fullbyrdingsmåten etter en konkret vurdering. Det skal legges vekt på at gjennomføringsmåten effektivt fremmer fullbyrdingen, og at den er forsvarlig overfor saksøkte og i forhold til det offentliges bruk av ressurser. Som nevnt i det foregående avsnitt, vil mulkt være det eneste alternativ i de tilfeller hvor handlingen bare kan oppfylles av saksøkte selv. Videre bør det ikke være kurant at namsmyndigheten utfører fullbyrdingshandlingen selv. For valget mellom ulike fullbyrdingsalternativer må det få betydning hva slags type krav det er som skal fullbyrdes, om namsmyndigheten har grunn til å tvile på om saksøkeren vil opptre hensynsfullt og ikke-provoserende hvis fullbyrdingshandlingen skal overlates til denne, og hvor omfattende arbeid det vil være å få gjennomført handlingen.»¹⁰

Utvalgets mindretall – *Kristensen og Ribe-Anderssen* – mener at det ikke bør åpnes for fysisk avhenting ved gjennomføring av samværsavgjørelser og at barneloven § 65 således ikke bør endres.

Mindretallet legger særlig vekt på at dagens ordning med tvangsbot antas å ha tilstrekkelig preventiv effekt. Fysisk avhenting er dessuten et dramatisk myndighetsinngrep som kan være traumatisk både for barnet og foreldrene, særlig hvis det

blir aktuelt med fysisk avhenting av barnet flere ganger.

Mindretallet er også bekymret for fysisk avhenting av de minste barna som ikke selv har mulighet til å bli hørt i spørsmål om gjennomføring av samvær. Vissheten om at myndighetene fysisk kan hente barnet, kan bidra til at en bostedsforelder vegrer seg mot å holde barnet tilbake fra samvær, til tross for at det ikke kan utelukkes at samværet kan være til skade for barnet.

Loven bør i størst mulig grad legge opp til at foreldrene anvender løsningsbaserte ordninger som ikke tilspisser konflikten. Dersom loven gir adgang til å anvende fysisk avhenting, kan det gi et incentiv til foreldrene om å benytte en slik ordning istedenfor å anvende det meklingsbaserte tilbudet som finnes. Dette vil ikke være til barnets beste. Når situasjonen er så fastlåst at det er aktuelt å benytte tvangsmidler, vil det oftest være behov for en ny realitetsprøving av saken. Med dagens bestemmelse om tvangsbot, et godt utbygd meklingsystem og en rask behandling hos domstolene, vil hensynet til barnets beste og rett til familieliv i henhold til Barnekonvensjonen være ivaretatt uten en egen bestemmelse om fysisk avhenting. Mindretallet har vansker med å se at et samvær basert på fysisk tvang vil kunne fungere og få et tilfredsstillende innhold, herunder være kvalitativt godt for barnet. Mindretallet legger videre vekt på at det i dag synes å være få saker om tvangsbot i forbindelse med manglende oppfyllelse av samværsavgjørelse som blir brakt inn for namsmyndigheten, og at det således ikke kan sies å være tilstrekkelig behov for å endre regelverket.

¹⁰ Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) s. 50.

Kapittel 12

Sakskostnader i barnefordelingsaker

12.1 Innledning

Utgangspunktet i tvisteloven er at den parten som får medhold, skal få erstattet sine sakskostnader av motparten, jf. § 20-2 første ledd. Unntaksvis kan retten frita tapende part fra å dekke motpartens kostnader, men det krever at nærmere angitte vilkår er oppfylt, jf. tvisteloven § 20-2 tredje ledd. Resultatet blir da at hver av partene dekker egne kostnader.

I saker etter barneloven viser domstolene tilbakeholdenhet med å dømme den tapende part til å betale motpartens kostnader. Disse sakene er gjenstand for en skjønsmessig vurdering, og det kan foreligge forhold som gjør at lovens unntaksbestemmelser kommer til anvendelse. Det finnes likevel eksempler på avgjørelser hvor det ikke fremgår av domspremissene at unntaksbestemmelsenes vilkår er oppfylt, men hvor kostnadene likevel deles. Det kan være mange årsaker til dette, og det er derfor etter utvalgets oppfatning behov for å se nærmere på kostnadsreglene for saker etter barneloven.

12.2 Gjeldende norsk og nordisk rett

Den nye tvisteloven har beholdt hovedregelen om at den tapende part skal erstatte motpartens kostnader når motparten har fått medhold fullt ut eller i det vesentligste, jf. § 20-2 første og andre ledd. Dette innebærer en utvidelse av adgangen til å tilkjenne sakskostnader, siden det ikke lenger er et vilkår at man får medhold fullt ut, jf. tvistemålsloven § 172 første ledd.

Unntakene fremgår av tvisteloven § 20-2 tredje ledd. Den tapende part kan fritas for ansvar hvis tungtveiende grunner gjør det rimelig, jf. tredje ledd første punktum. Det skal etter tredje ledd andre punktum bokstav a til c særlig legges vekt på om det var god grunn til å få saken prøvd fordi den var tvilsom eller den først ble bevismessig avklart etter saksanlegget, om den vinnende part kan bebreides at det kom til sak eller har avslått et rimelig forlikstilbud, eller om saken er av velferds-

messig betydning og styrkeforholdet mellom partene tilsier fritak fra å erstatte motpartens kostnader. Det er ved det siste alternativet særlig tenkt på saker mellom private parter og stat/kommune. Oppregningen er ikke uttømmende, noe som skiller tvisteloven § 20-2 tredje ledd fra tvistemålsloven § 172 andre ledd.

Det kreves tungtveiende grunner for å gjøre unntak fra hovedregelen i § 20-2 første ledd. Det innebærer at det må foreligge kvalifiserte og konkrete grunner. Det heter om dette i forarbeidene:

«Det er grunn til å understreke at (3) er en unntaksregel. Det er ikke slik at retten kan «synse» seg frem til at det kan være like greit ikke å tilkjenne saksomkostninger til den som har vunnet. Unntak skal ha en tungtveiende begrunnelse.»¹

Det at saken har stor betydning for partene og at de hadde behov for rettens avgjørelse, vil gjennomgående være tilfelle i saker etter barneloven. Dette er i seg selv neppe tilstrekkelig til at unntaket i tredje ledd kommer til anvendelse.

Saker etter barneloven har stor personlig betydning og reiser mange vanskelige spørsmål for partene. Vurderingstemaet er skjønsmessig. Muligheten for flere saksforberedende møter med prøveordninger tilsier at færre saker ender med dom. Når det likevel skjer, kan begge parter ha gode grunner for å be om en dom. I slike tilfeller vil retten ofte være tilbakeholden med å idømme sakskostnader, selv om det ikke foreligger tvil om resultatet.

Regelen om at den tapende part skal dekke motpartens kostnader gjelder også i mange andre land, blant annet i Danmark og Sverige. I disse to landene er det likevel gjort unntak for saker som gjelder hvor barnet skal ha sitt bosted, hvor lovens utgangspunkt er at hver av partene bærer sine kostnader. I Danmark er kostnadsregelen plassert i retsplejeloven § 451, hvor det heter:

«Retten bør kun, når der er særlig anledning dertil, pålægge en part at betale sagsomkostninger.»

¹ NOU 2001: 32 B s. 929.

I Sverige gjelder kostnadsbestemmelsen for «vårdnads mål» og er plassert i föräldrabalken 6 kap. 22 § hvor det heter:

«Vardera parten skall bära sin rättegångskostnad. En part kan dock förpliktas att helt eller delvis ersätta motparten dennes rättegångskostnad, om han eller hon har forfarit på ett sådant sätt som avses i 18 kap. 3 eller 6 § rättegångsbalken eller om det annars fins särskilda skäl.»

Slike grunner kan være at vedkommende gjør seg skyldig i illojale eller ubegrunnede prosesshandlinger, eller dersom man har foranlediget uødig rettergang og kostnader.

I Sverige er det ikke vanlig med særskilte kostnadsregler i særlovgivningen. Bestemmelsen i föräldrabalken representerer således et unntak fra det som ellers gjelder for kostnader i sivile tvister. Bestemmelsen ble vedtatt i 1976, etter at høringsinstansene allment sluttet seg til forslaget. I forarbeidene er det understreket at domstolene må ha mulighet til å gjøre unntak fra kostnadsdekning, blant annet som et korrektiv mot parter som uten grunn anlegger søksmål eller opptrer illojalt. Det samme gjelder i tilfeller hvor en part gjentatte ganger reiser sak om fast bosted.

I Sverige ble sakskostnadsreglene i barnefordelingssaker vurdert på nytt i SOU 2005:43:

«Hovudregelen i vårdnads mål är att vardera parten skall bära sin rättegångskostnad. Domstolen har emellertid möjlighet att ålägga en part att helt eller delvis ersätta motparten dennes rättegångskostnader bl.a. om parten har inlett rättegång utan anledning eller om det annars fins särskilda skäl (6 kap. 22§ FB). Särskilda skäl har ansetts kunne foreligga om t.ex. en förälder som inte har vårdnaden gång på gång utan framgång ansöker om att få vårdnaden överflyttat på sig.

Så vidt vi har erfart återopas och tillämpas bestämmelsen om skyldighet för part att ersätta motpartens rättegångskostnader förhållandevis sällan i vårdnads mål men det förekommer ändå att domstolen förordnar om sådan ersättningskyldighet.

Gällande rätt ger altså domstolerna en möjlighet att tilgripa rättegångskostnaderna som en möjlighet att komma til rätta med obefogade opprepade prosesser. Det är viktig redan ur ett barnperspektiv at domstolen, når det i det enskilda fallet framstår som befogat, övervåger om bestemmelsen skall komme til anvånding. Hur detta nårmeare skall gå till är emellertid en tillåmpningsfråga som inte kan løses genom lagstiftning. Vi vil derfor inte föreslå nogen åndring i lagtexten på denna punkt, men vil

betona vikten av at domstolerna anvånder sig av denna möjlighet.»²

12.3 Utvalgets vurdering og konklusjon

Tvistelovens hovedregel bygger på at det er mest rettferdig og rimelig at den vinnende part tilkjennes kostnader. I de fleste saker vil det være tilfellet, men ikke nødvendigvis i saker etter barneloven. Det kan være mange grunner til at partene ikke klarer å bli enige. Begge parter kan ha gode og rasjonelle grunner for å be om en dom, uten at saken dermed har voldt tvil for retten eller noen av de øvrige unntaksreglene i tvistelovens kostnadsregler kommer til anvendelse. I slike tilfeller kan det virke urimelig at den tapende part må erstatte motpartens kostnader. Med mindre urimeligheten er av en slik grad at den utgjør en tungtveiende grunn, vil retten ikke kunne bestemme delte kostnader etter tvistelovens regler.

Kostnadsansvar for den tapende part kan også forsterke følelsen av å ha tapt saken på en måte som kan forverre samarbeidsklimaet mellom partene. Det kan også medføre en økonomisk byrde som ut fra en konkret bedømmelse kan virke urimelig. Dagens kostnadsregler kan etter utvalgets syn således føre til løsninger som ikke er til barnets beste.

Utvalget har derfor kommet til at det bør være en egen bestemmelse om sakskostnader i barnefordelingssaker, med delte kostnader som hovedregel. Utvalget mener bestemmelsen bør inntas i barneloven. En lovteknisk innvending mot dette kan være at kostnadsreglene ikke lenger blir samlet i samme lov, slik de er i dag. På den andre siden har barneloven allerede egne prosessregler i kapittel 7. Fordelen ved å innta sakskostnadsregelen her vil være at man kan legge till rette for en regulering i loven som er i samsvar med den praksis som har utviklet seg i barnefordelingssaker, samt at hensynet til barnets beste også blir en del av vurderingstemaet ved kostnadsavgjørelsen, jf. barneloven § 48. For partene vil det også være enklere å overskue konsekvensene av et søksmål dersom også kostnadsbestemmelsene inntas i barneloven.

Ved å innta en særbestemmelse i barneloven, mener utvalget videre at man kan unngå en ordlyd der utfallet i barnefordelingssaker kategoriseres som «vunnet» eller «tapt». Disse begrepene er verken dekkende eller egnet i denne type sivile saker. I stedet bør kostnadsavgjørelsen være knyttet opp

² Se SOU 2005:43 s. 270 flg.

mot hvem av foreldrene som burde latt være å reise sak.

Utvalget har vurdert om en endring av loven vil føre til flere saksanlegg fordi risikoen for å måtte dekke motpartens kostnader ved et tap blir mindre. Det må imidlertid forutsettes at retten foretar en konkret vurdering av kostnadsspørsmålet. Dette spørsmålet ble eksplisitt drøftet i den svenske utredningen SOU 2005:43:

«Vid de diskussioner vi har haft med familjerättssekreterare, advokater och domare foreslog vissa, som ett led i att förhindra långvariga och upprepade processer, att domstolen borde få större möjligheter att ålägga en part betalningsskyldighet för motpartens rättegångskostnader.»³

En endring av loven slik at kostnadsdeling blir utgangspunktet, vil langt på vei være i overensstemmelse med den praksis som synes å ha utviklet seg i norske domstoler. Det virker derfor lite sannsynlig at endringen vil føre til flere prosesser.

Domstolene må selvsagt ha adgang til å kunne gjøre unntak fra hovedregelen om at sakskostnadene skal deles. Unntak kan være aktuelt hvis saken har vært prøvet for domstolene tidligere, og den nye prøvingen ikke gir et endret resultat eller bare i liten utstrekning fører til et endret resultat. Unntak kan dessuten være aktuelt der hvor bare en av partene er tilkjent fri sakførsel, men hvor begge parter har en inntekt i nærheten av inntekstgrensen for fri sakførsel. I slike tilfeller kan en prosessivrig part med fri sakførsel sette den selvbetalende motparten i en økonomisk situasjon som

i verste fall kan påvirke omsorgsevnen i negativ retning. Det bør også kunne gjøres unntak hvis retten kommer til at søksmålet er grunnløst eller hvor kostnadene ikke står i samsvar med det som kan oppnås. Dette kan være tilfellet dersom saken ender med mindre endringer i den bestående situasjon. Et siste unntak bør være gjentatte søksmål med krav om fast bosted.

Det må etter utvalgets oppfatning være en forutsetning at retten etter en konkret vurdering aktivt vurdere å fravike hovedregelen. Utvalget har imidlertid ikke funnet det hensiktsmessig med en uttømmende oppregning av unntakstilfellene. I stedet foreslås utvalget et krav om særlige grunner for å fravike hovedregelen, illustrert med et enkelt eksempel.

I dag ender mange barnefordelingssaker med rettsforlik. Ved forlik bør partene fortsatt ha adgang til å la retten avgjøre kostnadsspørsmålet. I de fleste tilfeller avtales det at hver av partene bærer sine kostnader. Det gjelder ofte uavhengig av resultatet i saken, også i de få situasjonene hvor den ene parten med stor sannsynlighet ville blitt tilkjent kostnadene dersom det hadde blitt avsagt dom i saken. Det vil særlig gjelde saker som flere ganger tidligere har vært prøvd for domstolene, saker hvor barna er i tenårene og klart gir uttrykk for sine ønsker, eller saker hvor det på grunn av ytre omstendigheter, som for eksempel partenes bosted eller arbeidsforhold, raskt blir klart at det ikke er mulig med de endringer som er anført i stevningen. Selv om man inngår rettsforlik om det materielle spørsmål, bør det gis adgang for at partene bli enige om å overlate sakskostnadsspørsmålet til retten.

³ SOU 2005:43 s. 270.

Kapittel 13

De økonomiske rammene for barnet og foreldrene

13.1 Innledning

Utvalget er i mandatet bedt om å se nærmere på de økonomiske rammene for barnet og foreldrene:

«Utvalget skal ivareta helhetsperspektivet også i forhold til de øvrige kapitlene i barneloven og gjøre en vurdering av hvordan fordelingen av omsorgen for barnet kan påvirkes av økonomiske betraktninger, både i forhold til trygde- og bidragsregelverket.»

Selv om mandatet ikke er helt klart på dette punkt, legger utvalget til grunn at man ikke skal foreslå konkrete endringer i det økonomiske regelverk, men kun identifisere problemstillinger hvor bostedsfordelingen får økonomiske konsekvenser for foreldrene og barnet. Det legges til grunn at utvalget måtte ha vært sammensatt med skatte- og trygderettslig ekspertise dersom det var ønskelig med konkrete forslag til endringer i lovverket. For bidragsregelverkets vedkommende foreligger det dessuten en Stortingsmelding som evaluerer bidragsreformen, St.meld. nr. 19 (2006-2007), og det er her i klartekst bebudet lovendringer.

Utvalget ønsker derfor bare å understreke sitt prinsipielle utgangspunkt, nemlig at økonomiske forhold ikke bør være i veien for at det fastsettes en løsning som isolert sett er til barnets beste. Drift av to husholdninger er dyrere enn én, og for mange foreldre som bor atskilt er de økonomiske realiteter harde. Et ønske fra myndighetene om å gjøre livet bedre for barn av foreldre som flytter fra hverandre eller som lever atskilt bør følges opp med endringer av regelverket for de økonomiske rammer omkring foreldrenes forhold til barna. I alle fall må dette gjelde for endringene som bare består i å tilordne det øvrige regelverket, uten at dette får særlige økonomiske omkostninger for det offentlige. Utvalget vil dessuten peke på at støtteordninger som kan gjøre livet bedre for barn i mange tilfeller på sikt kan føre til innsparinger ved at behovet for senere hjelpetiltak reduseres.

13.2 Underholdsbidrag

Når foreldrene ikke bor sammen, bestemmer barneloven § 67 første ledd at det skal fastsettes et underholdsbidrag som skal betales av den som ikke bor fast sammen med barnet. Hovedregelen er full avtalefrihet mellom foreldrene, jf. barneloven § 70 første ledd. Oppnår ikke foreldrene enighet, må imidlertid det offentlige fastsette bidragsplikten. De detaljerte reglene som gjelder når det offentlige skal fastsette bidraget vil i mange tilfelle virke førende også for det privat avtalte bidragsnivået. Det pekes her konkret på at NAV på sine nettsider har programmer som foreldrene kan bruke for selv å fastsette bidragets størrelse.

Etter barneloven § 71 skal bidraget baseres på at utgiftene til forsørgelse («underholdskostnadene») skal fordeles mellom foreldrene etter størrelsen av den enkeltes inntekt. Det er imidlertid satt et maksimum ut fra forelderens behov for midler til eget underhold (bidragsevnevurderingen). I tillegg skal bidraget justeres ut fra samværets omfang. Forskrift om fastsettning og endring av fosteringsstilskott FOR 2003-01 nr. 123 med vedlegg gir de nødvendige presiseringer og utfylling av reglene i barneloven.

Barne- og likestillingsdepartementet har i St.meld. nr. 19 (2006-2007) lagt fram en evaluering av reglene for barnebidrag, slik disse har blitt forstått og praktisert siden den såkalte bidragsreformen trådte i kraft 1. oktober 2003. På s. 55 konkluderes det med at:

«... det nye regelverket [har] vært gjenstand for stor oppmerksomhet, og departementet har mottatt mange og svært uensartede reaksjoner på de ulike sidene ved regelverket. Til tross for dette synes det imidlertid som om brukerne – både bidragspliktige og bidragsmottakerne – er enige om at prinsippene som ligger til grunn for regelverket er gode.»

Utvalget har verken tid eller tilstrekkelig faglige forutsetninger for å prøve enkeltreglers funksjonalitet, hensiktsmessighet og rettferdighet. Likevel finner utvalget grunnlag for å foreslå en presisering av foreldrenes felles ansvar for barnets

forsørgelse, uavhengig av det formelle eller faktiske forholdet mellom foreldrene. I ekteskapsloven § 38 er ektefellers underholdsansvar overfor felles barn regulert slik:

«Ektefellene har sammen ansvaret for de utgiftene og det arbeidet som kreves for det felles hushold og til dekning av andre felles behov, oppfostringen av barna og hver ektefelles særlige behov. Ektefellene bidrar ved tilskudd av penger, ved virksomhet i hjemmet eller på annen måte.

En ektefelle kan i rimelig utstrekning kreve penger av den andre ektefellen til å dekke utgifter som nevnt i første ledd. ...»

Forsørgeransvaret følger av at foreldreskapet er fastsatt etter barnelovens regler, og er uavhengig av foreldreansvaret. Hvordan foreldrene ordner bosted og samvær virker inn på fastsettelsen av bidrag for den som ikke bor fast sammen med barnet, men har ikke betydningen for den rettslige forsørgelsesplikt overfor barnet. Foreldrenes felles ansvar fremgår i dag av barneloven § 66:

«Foreldra skal bere utgiftene til forsyting og til utdanning av barnet etter evne og givnad og etter dei økonomiske kåra til foreldra, når barnet sjølv ikkje har midlar til det. Innbyrdes har begge foreldre skyldnad til å skyte til det som trengst etter evne.»

Hvor begge foreldre bor sammen med barnet, enten de er gifte eller samboende, forutsetter lovgiver at foreldrene selv finner fram til en rimelig fordeling – men slik at en forelder som misligholder sin løpende forsørgelsesplikt under samlivet kan pålegges å betale pengebidrag, se barneloven § 67 første ledd andre punktum.

Ektefeller, i motsetning til samboere, har i tillegg til sitt forsørgeransvar overfor barn, også en gjensidig forsørgerplikt overfor hverandre. Dette innebærer at en ektefelle som mangler evne til å oppfylle sin forsørgerplikt overfor barna, kan kreve at den andre ektefellen hjelper å oppfylle dennes forsørgerplikt – eventuelt indirekte ved selv å overta en større del av forsørgelsen. Andre foreldre enn ektefeller har ingen lovfestet forsørgerplikt overfor hverandre, og har således ingen forpliktelser til å hjelpe den andre forelder med å oppfylle denne plikten overfor barna. Foreldrenes felles ansvar overfor barna kommer derfor bare til uttrykk ved at den enkelte forelders ansvar varierer med vedkommendes forsørgerevne.

Selv om det etter gjeldende regelverk ikke kan etableres noen direkte ytelsesplikt mellom ugifte foreldre, mener utvalget det er viktig å få fremhe-

vet at alle foreldre har et i prinsippet solidarisk ansvar overfor sine barn.

Utvalget vil i denne omgang begrense det konkrete forslaget til at ordet «saman» tilføyes innledningsvis i barneloven § 66. Forslaget er ikke ment å innebære noen realitetsendring. Siktemålet er bare å fremheve det moralske solidaransvar. Utvalget ber imidlertid departementet vurdere om det bør gjøres endringer som også rent rettslig innebærer en solidarforpliktelse for den enkelte forelder overfor barnet, og med regressregler internt mellom foreldrene. I forholdet mellom foreldrene er det urimelig at den ene må bære en større andel hvor den annen ikke vil eller kan oppfylle sitt ansvar overfor barnet. På den annen side må det vurderes om hensynet til barnets rett til forsørgelse må gå foran. For ordens skyld presiseres at det ikke er meningen at den ansvarlige forelder uten videre skal dekke hele den andres forpliktelser. Den enkelte forelders ansvar vil fortsatt være begrenset av egen evne. Uten at man ønsker å gå inn i alle enkeltspørsmål, er det for utvalget viktigst å få signalisert at foreldre har et felles forsørgelsesansvar overfor sine barn, uavhengig av forholdet foreldrene i mellom.

13.3 Trygdelovgivningen

Det er i dag tverrpolitisk enighet om at det både er viktig og nødvendig med offentlige tiltak for å støtte barnefamiliene økonomisk, uansett hvordan forholdet mellom barnet og foreldrene er organisert eller avtalt. At barn blir forsørget på en tilfredsstillende måte, blir med andre ord også ansett som en viktig samfunnsoppgave.

Barnetrygden er den mest generelle støtteordningen og tilkommer den av foreldrene som barnet bor fast hos, jf. barnetrygdloven § 2. Etter barnetrygdloven § 9 har en enslig forsørger krav på utvidet barnetrygd, dvs. barnetrygd for ett barn mer enn det faktiske barnetall. Enslige forsørgere er definert som foreldre som er ugift, skilt eller separert og ikke bor sammen i en felles husholdning.

I tilfeller der foreldrene har inngått skriftlig avtale om delt bosted for barnet, kan barnetrygd etter søknad utbetales til begge foreldrene med 50 % til hver. Hver av foreldrene vurderes separat i forhold til reglene om utvidet stønad. Dette kan for eksempel medføre at den ene forelder vil kunne få 50 % av utvidet stønad fordi vedkommende fyller vilkårene i barnetrygdloven § 9, mens den andre forelder vil kunne få 50 % av ordinær stønad hvis vedkommende har inngått ekteskap.

Utvalget mener at hver av foreldrene bør kunne vurderes separat, også dersom de praktiserer en ordning med delt bosted for sine barn. Det er ingen grunn til at barnet som lever med delt bosted ikke skal få samme tilgang til ekstra barnetrygd som barn med foreldre som praktiserer andre bostedsløsninger. Undersøkelser har vist at mange barn med delt bosted vil oppleve til dels store forskjeller i levestandard mellom de to hjem.¹ Fordeelingen av barnetrygden – om den tilkommer den ene eller deles mellom begge foreldrene – bør være slik at den bidrar til å utjevne de økonomiske forskjellene mellom hjemmene. Dermed styrkes det solidariske ansvaret for forsørgelsen av barnet.

Støtte til aleneforsørger etter folketrygdloven kapittel 15 tilkommer en aleneforsørger som midlertidig er ute av stand til å forsørge seg selv ved eget arbeid på grunn av omsorg for barn eller fordi vedkommende først etter en utdannelsesetid eller omstillingstid kan få arbeid. Det kan ytes såkalt overgangsstønad etter folketrygdloven § 15-7 til § 15-10. På samme måte kan det etter folketrygdloven § 15-11 gis støtte til barnetilsyn dersom den enslige forsørgeren er avhengig av barnetilsyn for

å delta i opplæring og arbeid. Slik reglene nå er utformet, forutsetter rett til stønad at aleneforsørgeren «varig har klart mer av den daglige omsorgen enn den andre av foreldrene», se folketrygdloven § 15-5 andre ledd.

Utvalget finner en slik formell utelukkelse av foreldre med delt bosted både ubegrunnet og uheldig. Barn med delt bosted vil ha akkurat de samme behov som andre barn for forsørgelse fra begge sine foreldre, og særlig kan det være betydningsfullt for barnet at en av foreldrene – eller begge – får tilgang til stønad som etter utdannelsesetid eller omstillingstid kan bedre forsørgeren. De tekniske beregningsulemper kan ikke være avgjørende. Den formelle avskjæring bør erstattes av en konkret behovsprøving.

13.4 Skattereglene

Utvalget ønsker ikke å gå nærmere inn på de enkelte skatteregler, men begrenser seg til også her å fremheve det generelle siktemål om at valget mellom fast bosted hos den ene hvor barnet har omfattende samvær med den andre og delt bosted, i seg selv ikke bør få skattemessige konsekvenser.

¹ Se Skjorten m.fl. 2006 s. 71-76.

Kapittel 14

Endringer i arveloven

Arveloven § 4 første ledd lyder i dag slik:

«Barn arvar og blir arva av faren og farsslekta etter §§ 1-3 når farskapen er fastsett etter reglane i barnelova. Det same gjeld når farskap fastsett i utlandet blir lagt til grunn i Norge etter barnelova § 85. Fjernare slektskap gjennom menn gir grunnlag for arverett etter tilsvarende reglar.»

Bestemmelsen har sammenheng med tidligere forskjellsbehandling mellom barn født henholdsvis i og utenfor ekteskap. Det følger av overgangsregelen i arveloven § 78 at andre regler fortsatt gjelder for arveretten mellom far og barn dersom barnet er født utenom ekteskap før 1. januar 1917.

Inntil 1997 inneholdt barneloven ikke regler om morskap. Ved lovendring av 13. juni 1997 nr. 39 ble det innført et nytt kapittel 1a og en ny § 2, begge med overskriften «Kven som er mor til barnet». Barneloven § 2 lyder slik:

«Som mor til barnet skal reknast den kvinna som har fødd barnet.

Avtale om å føde eit barn for ei anna kvinne er ikkje bindande.»

Bakgrunnen for endringsloven var følgende:

«I proposisjonen foreslås det endringer i barneloven i kapitlene 2 til 4 om farskap, i kapittel 5 om foreldreansvaret og i kapittel 6 om samværsrett mv. Det blir også foreslått et nytt kapittel om morskap (kap 1a).

Endringene tar sikte på å gi barn så like vilkår som mulig - uavhengig av foreldrenes sivilstatus og samlivssituasjon. Endringene må også sees i lys av at ny teknologi gjør det enkelt å fastslå farskap med stor sikkerhet. Videre er

det et mål å likestille mor og far i forhold til det å bli foreldre, og med hensyn til regelverk om foreldreansvar, samvær mv.»¹

Utvalget antar det skyldes en inkurie at endringene i barneloven ikke ble fulgt opp med tilpasninger i arveloven. Den likestilling både mellom mor og far og mellom barn uavhengig av foreldrenes status som lovendringen tilsiktet, må få som konsekvens at arveloven inneholder like regler om henholdsvis farskap og morskap som grunnlag for slektsarverett.

Det er i dag ikke tvilsomt at legalarverett mellom mor og barn vil følge reglene i barneloven § 2. Når utvalget likevel foreslår en endring av arveloven § 4, er det først og fremst av hensyn til signalverdien, men også lovtekniske hensyn tilsier en oppdatering.

Forslaget innebærer ingen materielle endringer, heller ikke i forhold til barn født før 1917 som fortsatt reguleres av arveloven § 78.

Bestemmelsen i gjeldende arvelov § 4 første ledd andre punktum er overflødig, idet resultatet følger allerede av henvisningen til barnelovens regler – herunder barneloven § 85. Likeledes blir § 4 første ledd tredje punktum overflødig, idet forslaget gjelder alle former for slektskap som gir grunnlag for legalarverett. Til sammenligning inneholder arveloven § 8 tilsvarende nærmere bestemmelser for gjenlevende ektefelles rett til legalarverettigheter etter arveloven kapittel II.

Forslaget har ingen administrative eller økonomiske konsekvenser, og kan iverksettes straks.

¹ Ot.prp. nr. 56 (1996-1997) s. 6.

Kapittel 15

Økonomiske og administrative konsekvenser av lovforslaget

De forslag som utvalget har fremlagt, omhandler først og fremst rettsforholdet mellom private. Umiddelbart har ikke forslagene noen direkte økonomiske og administrative konsekvenser for det offentlige. Unntak kan imidlertid tenkes for forslaget om økning i timerammen for offentlig tilsyn ved samvær.

Det kan ikke utelukkes at enkelte av forslagene kan medføre økte omkostninger for det offentlige i form av en økning av antall saker for domstolene. For eksempel vil adgangen til å bringe spørsmålet om flytting inn for retten, kunne medføre økt arbeidsbelastning. På den andre siden kan det tenkes at saker som i dag fremmes for å oppheve en ordning med delt bosted eller felles foreldreansvar for å kunne foreta en flytting med barnet, i fremtiden blir fremmet med sikte på å få avgjort om en flytting kan gjennomføres. Dette kan medføre en innsnevring av tvistetemaet, slik at en eventuell økning i saksmengden hva gjelder saker om flytting, kan oppveies av en tilsvarende nedgang av bredere anlagte saker om delt bosted eller opphevelse av felles foreldreansvar.

Også flertallets forslag om at domstolene kan idømme delt bosted, kan medføre at flere saker

fremmes til doms. I så fall vil man få en økt belastning på domstolsapparatet. På den andre siden kan man ikke utelukke at man gjennom meklingsapparatet også i fremtiden vil kunne finne løsninger utenom rettapparatet, selv om man gir domstolene mulighet for å idømme delt bosted.

I alle tilfeller er det vanskelig å foreta noen konkrete overslag av og i tilfelle i hvilket omfang forslagene vil føre til økte omkostninger. Noen konkrete strukturelle endringer i meklings- eller domstolsapparatet vil det uansett ikke bli tale om. En eventuell økning i antall saker vil bli kanalisert inn i et etablert apparat.

Hva gjelder forslaget om økning i timerammen ved tilsyn under samvær, vil det som nevnt kunne bli tale om økte omkostninger. Dette skyldes at ordningen kommer inn i budsjettvurderingen fra Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet overfor familievernkontorene, samtidig som utvalget foreslår at anvendelseområdet for reglene blir noe utvidet. Det er en forutsetning for å vedta den aktuelle endringen at familievernkontorene får tilført økte ressurser til å møte de pålegg som domstolene måtte gi mht. tilsyn.

Kapittel 16

Merknader til den enkelte paragraf i lovutkastet

16.1 Endringer i barneloven

Til § 30 fjerde ledd:

Bestemmelsen omhandler samtykkeregler ved nødvendig medisinsk behandling eller undersøkelse.

Som det fremgår av *fjerde ledd første punktum* er det for nødvendig medisinsk behandling eller hensiktsmessig undersøkelse av barnet tilstrekkelig at en av foreldrene samtykker. Dersom en av foreldrene motsetter seg behandlingen eller undersøkelsen, kan spørsmålet prøves av retten, se *fjerde ledd andre punktum*. Bestemmelsen i andre punktum er inspirert av ekteskapsloven § 32 andre ledd. Dersom spørsmålet blir prøvet av retten, skal avgjørelsen ha form av kjennelse. Om den nærmere begrunnelsen for bestemmelsen vises det til kapittel 7.3 ovenfor.

Siden bestemmelsen foreslås inntatt som nytt fjerde ledd i barneloven § 30, vil nåværende fjerde ledd bli nytt femte ledd.

Til ny § 35:

Bestemmelsen, som er foreslått av mindretallet, omhandler et felles foreldreansvar.

Om begrunnelsen for forslaget, se kapittel 7.2.3.

Til § 36:

Bestemmelsen omhandler foreldres avtalekompetanse om barnets bosted, samt domstolenes adgang til å idømme delt bosted.

Flertallet i utvalget mener at loven ikke bør legge føringer mht. valg av ett fast bosted eller delt bosted, og har derfor foreslått at disse alternativene likestilles i lovteksten, se *første ledd*. Med denne bestemmelsen blir nåværende § 36 første ledd andre punktum overflødig og faller derfor bort. Om bakgrunnen for forslaget vises det til kapittel 10.3.3.

Flertallet i utvalget foreslår at domstolene gis adgang til å idømme delt bosted dersom den finner at særlige grunner tilsier en slik bostedsløsning, se utkastet til nytt *andre ledd annet punktum*. Om hva

som ligger i kravet om «særlege høve», vises det til fremstillingen i kapittel 10.4.5 ovenfor. Flertallet viser særlig til at en avgjørelse om delt bosted krever at det gis en særskilt begrunnelse for hvorfor det i det konkrete tilfellet er til beste for barnet med en slik løsning.

Om mindretallsforslaget til § 36 første ledd, vises det til kapittel 10.3.3.

Om den alternative utformingen av § 36 andre ledd som er foreslått av to av flertallets medlemmer, vises det til kapittel 10.4.5.

Til § 37:

Bestemmelsen omhandler hvilke avgjørelser som kan tas av forelderen som barnet bor fast hos.

Utvalget har foretatt en språklig endring av bestemmelsen.

Som det fremgår av kapittel 8.3 foreslår flertallet i utvalget at avgjørelsen om å flytte med barnet bør ligge under foreldreansvaret. Dette medfører at alternativet om «kor i landet barnet skal bu» må fjernes fra oppregningen i barneloven § 37.

Til § 40:

Bestemmelsen omhandler flytting med barnet.

Utvalget har foretatt en språklig endring av bestemmelsen.

Som en konsekvens av flertallets forslag om å legge beslutning om innenlands flytting med barnet under foreldreansvaret, må det foretas flere endringer i § 40. Av *første ledd andre punktum* fremgår det at når foreldrene har felles foreldreansvar, må det foreligge enighet om barnet skal flyttes. Det kreves imidlertid ikke enighet om enhver flytting. Det avgjørende er om flyttingen gjør det vesentlig vanskeligere å utøve samværsretten. Vurderingstemaet er det samme som etter barneloven § 46. Unntak kan gjøres der flyttingen er til barnets beste, se *første ledd tredje punktum*. Om den nærmere begrunnelsen for forslaget, vises det til kapittel 8.3 og 8.4.

Andre ledd bestemmer at barnet ikke kan flyttes før spørsmålet har blitt løst enten utenrettslig gjennom mekling eller avtale, eller gjennom ret-

tens beslutning. En eventuell avgjørelse fra retten kan kun omhandle den konkrete flyttingen. Retten kan ikke fastsette noe generelt flytteforbud, se nærmere kapittel 8.4.

Til § 43:

Bestemmelsen omhandler omfanget av samvær mv.

Et samlet utvalg foreslår å presisere i et nytt *tredje punktum i første ledd* at samvær kan avtales slik at barnet bor opptil halvparten av tiden hos hver av foreldrene. Som påpekt ovenfor, blant annet i kapittel 9.3, har domstolene vært tilbakeholdne med å idømme så omfattende samvær, og utvalget ønsker med lovendringen å signalisere at også et slikt omfang av samværet er et reelt alternativ som kan benyttes.

Flertallet i utvalget foreslår for øvrig å utvide den subsidiære løsningen om samværets omfang når dette ikke er individuelt avtalt. Definisjonen av «vanleg samværsrett» i *andre ledd tredje punktum* er derfor gjort mer omfattende enn etter gjeldende rett. Om den nærmere begrunnelsen vises det til kapittel 9.3.

Mindretallet foreslår at definisjonen på «vanleg samværsrett» tas ut av loven.

Til § 46:

Bestemmelsen omhandler retten til å bli hørt før det treffes avgjørelse om fremtiden til barnet, herunder retten til å bli varslet ved eventuell flytting.

Flertallet i utvalget foreslår å innføre en varslingsregel i *andre ledd andre og tredje punktum*, dersom den som har barnet boende fast hos seg ønsker å flytte med barnet. Varslingen gjelder bare overfor forelder som har samværsrett og ikke foreldreansvar. Når foreldrene har felles foreldreansvar, foreslår som nevnt flertallet at flytting krever enighet, se utkastet til § 40. Varslingen må skje senest 6 uker før en flytting gjennomføres. Varslet bør inneholde en begrunnelse om hvorfor flytting ønskes og hvilken betydning dette får for barnet og samværet med den andre forelderen.

Mindretallet i utvalget foreslår en slik varslingsregel i andre ledd som beskrevet i kapittel 8.3.

Til endringene i overskriften i kapittel 7 samt §§ 48, 51, 52, 56 og 60:

Som en konsekvens av flertallets forslag om at spørsmålet om flytting skal kunne forelegges for retten, se ovenfor under bemerkningene til § 40, må flytting som tvistetema inkluderes i §§ 48, 51, 52, 56 og 60.

Til § 64 a

Bestemmelsen omhandler sakskostnader i saker etter barneloven.

Det foreslås en særlig regel om sakskostnader i barneloven § 64 a der hovedregelen vil være at partene i saker etter barneloven bærer hver sine kostnader, se *første ledd*. Dette er det motsatte utgangspunkt enn hva regelen er etter tvisteloven. Retten kan imidlertid gjøre unntak fra hovedregelen og pålegge den ene parten å betale alle sakens kostnader, se *andre ledd*. I *tredje ledd* har man foreslått en regel om at retten kan treffe avgjørelse om sakskostnader når partene for øvrig er kommet til enighet om de krav som er brakt inn for retten. Nærmere om bakgrunnen for regelen og aktuelle unntak er gjennomgått ovenfor i kapittel 12.3.

Til § 65:

Bestemmelsen omhandler tvangsfullbyrdelse av avgjørelser etter barneloven.

Utvalgets flertall foreslår at tvangsfullbyrdelse av avgjørelser om samvær og flytting likestilles med fullbyrding av avgjørelser om foreldreansvar og barnets bosted. På denne bakgrunn er formuleringen «og samværsrett» tilføyd i bestemmelsens *første ledd*. Namsmyndigheten vil dermed ha de samme tvangsmidler til rådighet uansett hvilken type avgjørelse det er tale om å tvangsfullbyrde. De nærmere vilkår for bruk av fysisk avhenting i samværsaker, er drøftet ovenfor i kapittel 11.3. Forslaget medfører at *andre ledd* må oppheves.

Til § 66:

Bestemmelsen omhandler foreldres underholdsansvar overfor barn.

Utvalget foreslår å tilføye ordet «saman» i *første ledd første punktum* for understreke at foreldrene i prinsippet har solidarisk underholdsansvar overfor sine barn. Om begrunnelsen for forslaget vises det til kapittel 13.2.

16.2 Endringer i andre lover

16.2.1 Lov om arv m.m. av 3. mars 1972 (arveloven)

Til arveloven § 4 første ledd

Bestemmelsen omhandler barns arverett og arverett etter barnet.

Bakgrunnen for bestemmelsen er likestillingen både mellom mor og far og mellom barn uavhengig av foreldrenes status. Dette må få som conse-

kvens at arveloven har like regler om henholdsvis farskapet og morskapet som grunnlag for slektsarverett. Det er i dag ikke tvilsomt at legalarverett mellom mor og barn vil følge reglene i barneloven § 2. Når utvalget foreslår en endring av *første ledd*, er det først og fremst av hensyn til signalverdien, men også lovtekniske hensyn tilsier en oppdatering.

Forslaget innebærer ingen materielle endringer, heller ikke i forhold til barn født før 1917 som fortsatt reguleres av arveloven § 78.

16.2.2 Lov om pasientrettigheter av 2. juli 1999 nr. 63 (pasientrettighetsloven)

Til § 4-4 første ledd andre punktum:

Bestemmelsen omhandler samtykke til helsehjelp på vegne av barn.

Utvalget foreslår at det tilføyes en ny bestemmelse i *første ledd andre punktum* hvor det fremgår

at ved nødvendig medisinsk behandling eller hensiktsmessig undersøkelse av et barn er det tilstrekkelig med samtykke fra en av foreldrene. Endringen samsvarer med det som er foreslått under barneloven § 30 ovenfor. Om begrunnelsen for bestemmelsen vises det til kapittel 7.3.

16.3 Endring i forskrift

Til forskrift om nærare føresegner om oppnemning av tilsynsperson, utøving av tilsynet og godtgjøring for dette av 7. desember 2006 nr. 1360 § 2:

Bestemmelsen omhandler timeramme for bruk av tilsynsperson ved samvær.

Som det fremgår av kapittel 9.4.2 mener utvalget at adgangen til å oppneve tilsynsperson ved samvær bør økes. Den aktuelle endringen fremgår ved at man har øket timetallet i forskriften § 2 fra 16 til 32 timer.

Kapittel 17

Lovutkast

17.1 Innledning

Det er dissens ved flere av forslagene til lovendringer. Utvalget har derfor funnet det hensiktsmessig å presentere utkast til endringer i ulike underavsnitt hvor det også fremgår hvem som stiller seg bak det aktuelle forslag.

17.2 Nødvendig helsehjelp

Et samlet utvalg går inn for å foreslå en ny bestemmelse i barneloven § 30 fjerde ledd:

Jamvel om foreldra har foreldreansvaret saman, jf. §§ 34 og 35, kan ein av dei ikkje setje seg imot at barnet vert undersøkt medisinsk på ein føremålstenleg måte eller får naudsynt medisinsk behandling. Den som ikkje ynskjer at barnet skal verte undersøkt eller behandla, kan krevje at tingretten i orskurd avgjer spørsmålet.

Gjeldende fjerde ledd blir nytt femte ledd. Samtidig foreslås det en endring i pasientrettighetsloven av 2. juli 1999 nr. 63 § 4-4 første ledd ved at det tilføyes et nytt andre punktum:

Ved nødvendig medisinsk behandling eller hensiktsmessig undersøkelse er det tilstrekkelig at en av foreldrene samtykker.

17.3 Foreldreansvaret

Mindretallet i utvalget – Cassidy, Ellingsæter, Lorentzen og Thuen – fremmer følgende forslag til endring i barneloven § 35:

Foreldra har foreldreansvaret saman for sams barn.

Foreldra kan avtale at ein av dei skal ha foreldreansvaret åleine. Slik avtale må foreldra melde til folkeregisteret. Fram til avtale eller avgjerd om foreldreansvaret ligg føre, har dei ansvaret saman.

Dersom ein av foreldra har gjort ei strafflagd handling mot den andre, kan retten avgjere at forel-

dra ikkje skal ha foreldreansvaret saman. Likeeins kan retten ta slik avgjerd der særlege grunnar talar imot at foreldra skal ha foreldreansvaret saman.

Subsidiært foreslår Cassidy, Ellingsæter, Lorentzen og Thuen følgende endring i barneloven § 34:

Foreldre som bur saman har foreldreansvaret saman for sams barn.

Foreldre som ikkje er gifte eller som ikkje har foreldreansvaret saman etter første ledd, har likevel foreldreansvaret saman for sams barn etter reglane i dette leddet. Ynskjer far at foreldreansvaret skal vere sams, melder han dette til folkeregisteret. Ynskjer mor likevel foreldreansvaret åleine, må ho gjere motsegn til folkeregisteret innan tre månader etter ho fekk kunnskap om meldinga om sams foreldreansvar.

Sams foreldreansvar kan i slike tilfelle likevel fastsettas i samsvar med reglane i kapittel 7.

17.4 Delt bosted

Flertallet i utvalget – alle unntatt Cassidy – foreslår å endre barneloven § 36 første ledd slik:

Foreldra kan gjere avtale om at barnet skal bu fast hos anten ein av dei eller begge.

Mindretallet, Cassidy, foreslår at barneloven § 36 første ledd skal lyde slik:

Barnet bur fast hos begge foreldra dersom noko anna ikkje er avtala. Foreldra kan gjere avtale om at barnet skal bu fast berre hos ein av dei.

17.5 Domstolenes kompetanse til å idømme delt bosted

Flertallet i utvalget – Cassidy, Ellingsæter, Lorentzen, Musæus, Strandbakken, Thuen og Unneberg – foreslår at domstolene skal gis kompetanse til å idømme delt bosted selv om ingen av partene har

påstått en slik løsning. Flertallet er imidlertid uenig om hvordan en slik bestemmelse skal utformes.

Ellingsæter, Musæus, Strandbakken, Thuen og Unneberg foreslår følgende ordlyd i barneloven § 36 andre ledd:

Er foreldra usamde, må retten avgjere at barnet skal bu fast hos ein av dei. Dersom det ligg føre særlege grunnar, kan retten likevel avgjere at barnet skal bu fast hos begge.

Cassidy og Lorentzen mener at bestemmelsen bør lyde slik:

Er foreldra usamde, må retten avgjere at barnet skal bu fast hos anten ein av dei eller begge.

17.6 Bostedskompetansen

Flertallet i utvalget – Cassidy, Ellingsæter, Lorentzen, Musæus, Strandbakken, Thuen og Unneberg – mener at avgjørelsen om å flytte med barnet, bør legges inn under foreldreansvaret. Disse medlemmene foreslår derfor at barneloven § 37 får slik ordlyd:

Der foreldra har foreldreansvaret saman, men barnet bur fast berre hos ein av dei, kan den andre ikkje setje seg imot at den barnet bur fast hos, tek avgjerder som gjeld vesentlege sider ved omsuta for barnet, m.a. om barnet skal vere i barnehage og andre større avgjerder om dagleglivet.

Som en konsekvens av dette standpunkt må også § 40 første og andre ledd, samt dens overskrift, endres. Det må videre gjøres justeringer i § 60 om midlertidige avgjørelser. Flertallet foreslår at § 40 gis følgende overskrift og ordlyd:

§ 40. Flytting med barnet

Har den eine av foreldra foreldreansvaret åleine, kan den andre ikkje setje seg imot at barnet flyttar. Har foreldra foreldreansvaret saman, og samvær vil verte vesentleg vanskelegare etter at barnet har flytt, må foreldra vere samde dersom barnet skal flytte. Semje krevst likevel ikkje der det er best for barnet å flytte.

Er foreldra usamde om flyttinga, må barnet ikkje flytte før det er gjort rettsforlik eller teke førebels eller endeleg avgjerd i saka.

Flertallet i utvalget – Cassidy, Ellingsæter, Lorentzen, Musæus, Strandbakken, Thuen og Unne-

berg – mener at det også bør innføres en varslingsregel overfor forelder med samværsrett dersom den som har barnet fast boende hos seg ønsker å flytte. Flertallet foreslår at en slik regel tas inn i barneloven § 46 andre ledd andre og tredje punktum:

Dersom det er tale om å endre barnet sin bustad, skal den som har samværsrett få varsel. Slikt varsel skal gjevast seinast seks veker før flyttinga vert gjennomført.

Videre må det foretas flere endringer i andre bestemmelser som følge av flertallets standpunkt. For det første må overskriften i kapittel 7 endres, og flertallet foreslår at overskriften får denne ordlyden:

Kapittel 7. Sakshandsaminga i saker om foreldreansvar, om kvar barnet skal bu fast, om samvær og flytting

Som en videre konsekvens av flertallets standpunkt må det foretas endringer i flere andre bestemmelser i kapittel 7. Flertallet foreslår følgende endringer:

§ 48 skal lyde:

Avgjerder om forelderansvar, om kvar barnet skal bu fast, om samvær og flytting, og handsaming av slike saker, skal først og fremst rette seg etter det som er best for barnet.

§ 51 første ledd skal lyde:

Foreldre med felles barn under 16 år må møte til mekling før det vert reist sak om foreldreansvar, kvar barnet skal bu fast, om samvær eller flytting.

§ 52 første ledd første punktum skal lyde:

Føremålet med meklinga er å få foreldra til å kome fram til ei skriftleg avtale om foreldreansvaret, om kvar barnet skal bu fast, om samvær og flytting.

§ 56 første ledd første punktum skal lyde:

Er foreldra usamde om kven som skal ha foreldreansvaret, om kvar barnet skal bu fast, om samvær og om flytting, kan kvar av dei reisa sak for retten.

§ 60 første ledd første punktum skal lyde:

Retten kan etter krav frå ein part ta førebels avgjerder om kven av foreldra som skal ha foreldreansvaret, om kven barnet skal bu fast hos, om samværsrett eller flytting.

Av de to fraksjonene som utgjør mindretallet, ønsker *Haavind, Kristensen og Ribe-Anderssen* en varslingsregel i § 46 andre ledd med følgende ordlyd:

Dersom den av foreldra barnet bur fast hos ynskjer å flytte med barnet, og samvær vil verte vesentleg vanskelegare etter at barnet har flytt, skal den andre forelderen få varsel. Slikt varsel skal gjevast seinast seks veker før flyttinga vert gjennomført.

17.7 Samvær

Et samlet utvalg foreslår at det presiseres at samvær kan avtales slik at barnet bor halvparten av tiden hos hver av foreldrene. Endringen er tatt inn som nytt tredje punktum i § 43 første ledd. Bestemmelsen vil etter dette lyde slik:

Den av foreldra som barnet ikkje bur saman med, har rett til samvær med barnet om ikkje anna er avtala eller fastsett. Omfanget av samværsretten bør avtalast nærare. *Samværet kan setjast til opp til 7 dagar av 14 dagar.* Dersom samvær ikkje er til beste for barnet, må retten avgjere at det ikkje skal vere samvær.

Flertallet i utvalget – *Haavind, Kristensen, Musæus, Ribe-Anderssen, Rusten, Strandbakken, Thuen og Unneberg* – mener at regelen om «vanleg samværsrett» i § 43 andre ledd tredje punktum bør endres slik:

Vert det avtala eller fastsett «vanleg samværsrett», gjev det rett til å vere saman med barnet ein ettermiddag i veka *med overnatting*, annakvar helg, *tre veker i sommarferien, og annankvar haust-, jule-, vinter- og påskeferie.*

Mindretallet i utvalget – *Cassidy, Ellingsæter og Lorentzen* – mener at regelen om «vanleg samværsrett» i § 43 andre ledd tredje punktum bør tas ut av loven.

17.8 Samvær under tilsyn

Et samlet utvalg foreslår følgende endring i forskrift om nærare føresegner om oppnemning av tilsynsperson, utøving av tilsynet og godtgjering for dette av 7. desember 2006 nr. 1360 § 2:

Pålegg om å oppnemne tilsynsperson kan omfatte inntil 32 timer samvær per år.

17.9 Sakskostnader

En samlet utvalg foreslår at det gis en egen regel om sakskostnader i barneloven § 64 a med følgende ordlyd:

Partane ber kvar sine sakskostnader.

Retten kan likevel påleggje ein part å betale den andre sine kostnader heilt eller delvis dersom særlege grunnar ligg føre, til dømes der ein part utan naudsynt grunn har medverka til at saka kom for retten.

Har partane elles kome til semje, kan kvar av dei be retten ta avgjerda om sakskostnader.

17.10 Tvangsfullbyrdelse

Et flertall i utvalget – *Cassidy, Ellingsæter, Haavind, Lorentzen, Musæus, Rusten, Strandbakken, Thuen og Unneberg* – foreslår at det gjøres endringer i reglene om tvangsfullbyrdelse. Flertallet foreslår at barneloven § 65 første ledd gis følgende ordlyd:

Om tvangsfullføring av avgjerd om foreldreansvar, kven barnet skal bu saman med og *samværsrett*, gjeld tvangsfullbyrdesloven kap. 13. Namsmannen skal likevel krevje inn tvangsbot. Innkrevjing skal berre skje når den som har retten, ber om det. Vedtak av fylkesmannen eller departementet er særleg tvangsgrunnlag. Førebels avgjerd etter § 60 er tvangskraftig enda om avgjerda ikke er rettskraftig.

Som følge av forslaget foreslår flertallet at § 65 andre ledd oppheves.

17.11 Underholdsplikt

Et samlet utvalg foreslår at barneloven § 66 første ledd får følgende ordlyd:

Foreldra skal *saman* bere utgifter til forsyting og til utdanning av barnet etter evne og givnad og etter dei økonomiske kåra til foreldra, når barnet sjølv ikkje har midlar til det. Innbyrdes har begge foreldra skyldnad til å skyte til det som trengst etter evne.

17.12 Arverett

Et samlet utvalg foreslår å erstatte arveloven § 4 første ledd med følgende ordlyd:

Arverett etter kapitlet her gjeld berre dersom morskapen eller farskapen er fastsett etter reglane i barnelova.

Vedlegg 1

Om begrepet «barnets beste»

v/ professor dr. philos Anne Lise Ellingsæter

Formålet med dette notatet er å belyse noen problemstillinger i skjæringspunktet mellom et rettslig og et samfunnsvitenskapelig perspektiv på prinsippet om «barnets beste», med særlig vekt på barnefordeling etter samlivsbrudd.

Bakgrunn

Prinsippet om «barnets beste» opererer i et samspill mellom rett og samfunn (Breen 2002). Barnets beste er et sentralt begrep i norsk lov og rettspraksis (Haugli 2003). Det er ikke noe nytt prinsipp. Det har blant annet vært nedfelt i internasjonale konvensjoner siden 1959, da Deklarasjonen om barnets rettigheter ble vedtatt av FN. Det har også vært anvendt i nasjonal lovgivning. FNs Barnekonvensjon fra 1989 har imidlertid ført til en økt bruk av prinsippet i internasjonal lovgivning (Alston 1994). I forhold til tidligere, der «barnets beste» var en understrekning av at også barns interesser skulle tas hensyn til, innebar Barnekonvensjonen en betydelig utvidelse; til «all actions concerning children» (Alston 1994). Fra å være en av flere faktorer som skulle tas i betraktning, er barnets beste blitt et hovedhensyn.

I den originale engelskspråklige versjonen av Barnekonvensjonen er prinsippet om barnets beste i artikkel 3(1) formulert i ubestemt form: «In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interest of the child shall be a primary consideration.» (min uthevelse). Ifølge Alston (1994) var dette et bevisst valg, som blant annet åpner for at det finnes situasjoner der motstridende interesser må veies mot hverandre (for eksempel i en fødesituasjon, der kvinnens interesse må settes foran barnets).

Kritikk av begrepet

Prinsippet om barnets beste slik det er nedfelt i FNs barnekonvensjon har avstedkommet mye dis-

kusjon knyttet til fortolkning. Ikke minst har forholdet mellom kultur og menneskerettigheter vært et omstridt tema. Med barnekonvensjonen kulminerte et halvt århundres internasjonale bestrebelser med å sette universelle standarder innen menneskerettighetsfeltet (Alston 1994). Stridsspørsmålet er om menneskerettighetsnormer kan være universelle eller om de må anses å være relative til ulike typer samfunn.

Det rettslige synet på barn og «barnets beste» er noe splittet; det varierer både i nasjonal og europeisk rett (Schiratzki 2003b). Innen forskning stilles det spørsmål ved barnets beste som rettslig prinsipp. Et hovedargument er at «barnets beste» ikke er tilstrekkelig transparent til å kunne fungere tilfredsstillende i en rettslig tillempling (Schiratzki 2003b).

Kritikken av prinsippet «barnets beste» kom fra vitenskapelig hold før utformingen av konvensjonen var ferdig (Alston 1994). Den vanligste kritikken fra forskerhold dreier seg altså om begrepets ubestemmelighet (*indeterminacy*), og følgelig vanskene med å identifisere kriterier som kan brukes til å evaluere de alternativer beslutningstakere står ovenfor når de skal handle i tråd med barnets beste (Alston 1994). Det synes å være bred enighet om at valg av kriterier grunnleggende sett er verdiladet; ofte er det ingen konsensus om hvilke verdier det er som bør legges til grunn for beslutninger. Selv om det hadde vært mulig å lage gode prediksjoner i forhold til konsekvenser av ulike alternativer, kommer man ikke utenom spørsmålet om hvilke sett av verdier man skal legge til grunn for å bestemme barnets beste (Mnookin 1985, i Alston 1994: 18). Dette problemet er ikke unikt innen barnepolitikk, men blir spesielt akutt i denne situasjonen fordi barnet ofte ikke kan snakke på vegne av egne interesser (Alston 1994).

Barnets beste trekkes ikke sjelden inn i situasjoner der det ikke er konsensus om beslutninger. Jalmert (2005) kommenterer dette som eiendommelig; som om barnets beste skal kunne løse motsetningen mellom to oppfatninger om hvordan en

sak skal løses. Haugli (2003) peker på det problematiske i at prinsippet «barnets beste» kan få en selvrefererende posisjon; som noe objektivt som legitimerer standpunkt i seg selv, hvilket kan stenge for diskusjon av underliggende spenninger og motsetninger.

Enkelte hevder at barnekonvensjonen rommer «mye konsensus med lite substans» (Schiratzki 2003a). Det at barnets beste i liten grad ble tolket i utarbeidelsen av barnekonvensjonen kan skyldes to motsetningsfylte årsaker (Schiratzki 2003a). Det ene er at man tok barnets beste for gitt. Det andre er at det finnes en verdi i å ikke definere barnets beste nærmere, dermed kan det tas hensyn til kultur og lokale sedvaner når barnets beste fastslås.

At de fleste forskere inntar et kritisk ståsted betyr imidlertid ikke at de er kritiske mot barnekonvensjonen som sådan. Konvensjonen er svært viktig både for barn og voksne, som markering av et utgangspunkt og som en målsetning og intensjonserklæring, påpeker Jalmert (2005). Det som er vesentlig er altså hvordan konvensjonen operasjonaliseres. Kritikken understreker først og fremst at prinsippet om barnets beste må fortolkes i et *individuell* perspektiv, og ikke utformes som generelle retningslinjer for hva som er best for alle barn. Hva som er barnets beste må avgjøres i hvert enkelt tilfelle, i det enkelte barnets livsvilkår. Barnekonvensjonens begreper må tolkes i forhold til kultur, tid osv.

Økt anvendelse av prinsippet går imidlertid hånd i hånd med svært ulike fortolkninger i ulike sammenhenger (Haugli 2003). Det har oppstått en stor faglitteratur knyttet til fortolkninger av barnets beste; for eksempel i forhold til barnefordelingssaker, adopsjon, barnevernssaker, reproduksjonsteknologi, flyktningsaker mv. I familieretten trekkes barnets beste oftest inn i en sammenheng der diskusjonen dreier seg om hvem som skal ha retten til barnet; hvem skal ha foreldreansvaret, hvor skal barnet bo, og hvordan skal samværsløsninger være (Haugli 2004).

Rettslige og utenomrettslige standarder

Prinsippet om barnets beste påberopes i mange ulike sammenhenger, ikke bare rettslig men også utenomrettslig (Schiratzki 2003b). Barnets beste henvises til i et økende antall lovregler og for å motivere og forklare rettslige beslutninger og dommer. Barnets beste har blitt et anvendbart politisk begrep, som ofte brukes i politisk debatt og i styringsdokumenter av ulike slag (Jalmert 2005). En måte å forstå hva barnets beste innebærer, er å skille mellom en rettslig og utenomrettslig stan-

dard, mener Schiratzki (2003b). Den rettslige standarden handler om barnets beste i begrenset forstand, den utenomrettslige om en utvidet standard. Når barnets beste anvendes som en rettslig standard begrenses ambisjonen til hva retten kan gjøre. Retten kan ikke pålegge noen å elske et barn. Rettens oppgave er å løse konflikter, fordele begrensede ressurser og gi rettssubjektene beskyttelse mot straffbare handlinger, understreker Schiratzki (2003b). Når rettsspørsmål berører barn er den minste felles nevner at barnet skal *beskyttes*. Når barnets beste anvendes som en utenomrettslig standard inngår normalt all den kjærlighet, omsorg og omtanke som et barn trenger. Det utenomrettslige prinsippet om barnets beste skiller seg fra det rettslige ved at det ikke kan fremtvinges på rettslig vis. Det er avhengig av enkeltmenneskers evne og gode vilje. Det samfunnet kan gjøre, er å tilrettelegge for å gi den enkelte best mulige forutsetninger for å tilgodese barnets behov. Når det er snakk om rettslige beslutninger kan sjelden det utenomrettslige prinsippet «barnets beste» tillempes, fordi det støter an mot grunnleggende rettsikkerhetskriterier som likhet for loven og forutsigbarhet.

Grensene mellom rettslige og utenomrettslige standarder er imidlertid til dels flytende. Et trekk ved lovgivningen er at man etterstrever å påvirke også det utenomrettslige barnets beste, gjennom *pedagogisk* lovgivning (Schiratzki 2003b). Også barnekonvensjonen sikter mot utenomrettslige forhold. Ikke bare stater, men også foreldre, som i prinsippet ikke kan være part i folkerettslige traktater, pålegges å tilgodese barnets beste (Schiratzki 2003b).

Ettersom «barnets beste» grunnleggende sett er et åpent og ikke særlig veldefinert begrep, gir det for retten mulighet til å foreta helhetlige vurderinger av det individuelle barnets situasjon (Alston 1994). Prinsippet åpne karakter betyr imidlertid at det er gjenstand for endring i innhold over tid, og for individuelt skjønn (Ottosen 2006). Imidlertid kan som nevnt individuelle vurderinger være problematiske fra et rettslig synspunkt fordi det svekker individuelle rettigheter i forhold til forutsigbarhet og likhet for loven (Ottosen 2006). I praksis utvikler retten antagelser og standarder for hva som er best for barn (se for eksempel Skjorten 2004).

Ekspertkunnskap og forskning

Partene som er involvert i barnefordelingssaker kan ha uklare/ulike oppfatninger av hva som er best for barnet (Ottosen 2006). Retten opererer

innen sine egne prosedyrer og kriterier for å avgjøre saker. Retten og dens representanter er ikke selv i stand til å ta stilling til hva som er godt eller dårlig for barn, men må basere seg på eksterne autoriteter, dvs. eksperter på barns sosiale og psykologiske velferd (Schiratzki 2003b). På et abstrakt, generelt plan er denne ekspert-kunnskapen allerede absorbert i samtidens lovgivning (Ottosen 2006). I lovgivning sementeres psykologisk kunnskap til et gitt tidspunkt og gis varighet over tid (Haugli 2003).

Videre er denne kunnskapen selektert i forhold til det som samsvarer med lovens egen tenkning og rasjonalitet (Ottosen 2006). Rettssystemet må redusere kompleksiteten i det sosiale livet til håndterlige problemer, og synes å konsentrere seg om vurdering av individualiserte atferdsmønstre. Ekspertkunnskap opptrer også på et mer konkret og individuelt nivå gjennom meklere og sakkynndige. De to aktørene, rettssystem og ekspertkunnskap, representerer ulike rasjonaliteter og koder - en rettslig diskurs versus en barnevelferds-diskurs, ifølge Ottosen (2006).

Et problem er altså hvor man «finner» grunnlaget for hva som er best for barn; det finnes neppe noen grunnleggende kriterier som gjelder til enhver tid (Haugli 2003). Det er neppe mulig å utvikle kunnskap som på pålitelig vis vil kunne forutsi hvordan barn vil få det/ha det under de ulike alternativer man står ovenfor i barnefordelingsspørsmål. Som tidligere nevnt handler hva som er barnets beste ofte om verdispørsmål, som ikke kan belegges vitenskapelig. Det er en del kunnskap om hva som er best for barn som det synes å være stor enighet om, for eksempel stabilitet og kontinuitet. Men for barn som flyttes fra en av foreldrene er det ikke alltid mulig å forene stabilitet og kontinuitet, og spørsmålet er hva man da prioriterer, påpeker Haugli (2003).

Et sentralt spørsmål i denne sammenhengen dreier seg derfor om ekspertkunnskapens og forskningens rolle i spørsmål som angår barnets beste. Det er særlig psykologisk/utviklingspsykologisk forskning som har vært gjort relevant innen rettssystemet. Enkelte forskere bruker begrepet psykolegalisme for å betegne det at forskningsresultat fra psykologi og andre atferdsvitenskaper brukes for å legitimere rettsregler og beslutninger (Haugli 2003, Schiratzki 2003b).

En grunn til at det ikke er uproblematisk å la forskningsbasert kunnskap inngå i rettssystemet er erkjennelsen av at forskerkollektivet er delt i sine meninger om hva som er bra for barn (Schiratzki 2003b). Det er også uklart hvilken rolle forskning og ekspertuttalelser bør spille i den demokratiske

prosessen; når kan man tillate forskningsresultater å snu allment vedtatte oppfatninger, spør Schiratzki (2003b). Hun viser til at dette spørsmålet eksempelvis oppsto i Sverige i forbindelse med lovgivningen om delt bosted mot en av foreldrenes vilje. Det skapte en mediestorm der det ble sådd sterk tvil om den empiriske erfaring og forskningsresultater som lovgivningen bygde på.

En rekke forskere synes å mene at i juridisk sammenheng må prinsippet «barnets beste» forstås som en rettslig målsetning eller intensjonserklæring, ettersom det ikke finnes noen gitt definisjon av hva som menes (Jalmert 2005). Barnekonvensjonen tolkes som rettet mot det *individuelle barnet*. For å finne ut hvordan best utforme barns levevilkår må man analysere de rådende forutsetninger i vårt samfunn, i vår tid (Jalmert 2005). Det er viktig å bli bevisst at synet på foreldreskap og familie preges av samfunnets maktstrukturer, inkludert kjønnsstrukturer og ideologier (Jalmert 2005).

Synet på foreldreskap

Hva som oppfattes som «barnets beste» reflekterer dominerende oppfatninger om hvilke former for barndom som er mest ønskelige (Ottosen 2006). Familieretten reflekterer samfunnets normative oppfatninger av «normalt» foreldreskap og «normal» familie, og hva som best tjener barns utviklingsbehov. Barnelovgivningens normative grunnlag endrer seg imidlertid når samfunnet endres. Et eksempel er opphevelsen av den såkalte morspresumpsjonen – at det er best for små barn å bo hos mor - i vedtakelsen av barneloven i 1981. Dette kan også tjene som eksempel på at retten kan ligge foran opinionsutviklingen, og påvirke denne. Å likestille mor og far så langt som mulig var et av de uttalte målene med barneloven av 1981, en tendens som er forsterket ved alle senere reformer (Haugli 2004).

Enkelte forskere er kritiske til enkelte eksisterende prinsipper i lovgivning og meklingsinstitusjoner, og hevder at de er diskutabile i forhold til barnets beste. Dette gjelder blant annet enighets- og samarbeidsprinsippet, og betydningen av kontakt med begge foreldre (Haugli 2003, Ottosen 2006).

Velferdsstaten, gjennom det familierettslige systemet, konstruerer «barnets beste», inkludert utforming av barnets nære relasjoner (Ottosen 2006). Fra 1980-tallet har velferdsstaten i økende grad oppmuntret foreldre til samarbeid etter skilsmisse, ved å etablere felles foreldreansvar og standarder for regulær kontakt mellom barnet og den

av foreldrene barnet ikke bor fast hos (Ottosen 2006). Den rådende oppfatning er at barnet trenger begge foreldre etter samlivsbrudd og de forventes å samarbeide om barnets beste etter brudd i parforholdet. Foreldreansvar kan pålegges selv om en av foreldrene ikke ønsker denne løsningen (Haugli 2003). Foreldre kan selv avtale fritt delt bosted, men retten kan ikke pålegges dette i nåværende lovgivning. Verdioppfatningene når det gjelder disse spørsmålene er imidlertid sterke, og trekker i ulike retninger.

Foreldrenes enighet oppfattes som å være til barnets beste. Forventningen om at foreldre skal kunne samarbeide etter at kjernefamilien oppløses, er blitt en legal norm (Ottosen 2006). Dette vedlikeholder en forestilling om normalisert foreldreskap. Ekspertene spiller en legitimerende rolle her. Intensjonen med slike reguleringer innen familieretten er å gi barnet en personlig relasjon til begge foreldre. Fra et sosiologisk perspektiv kan rådgivning og mekling betraktes som et pedagogisk program med mål om å disiplinere foreldre til å samarbeide (Ottosen 2006). Foreldre som ikke vil, eller kan samarbeide, blir ansett som et problem og dårligere egnet som foreldre. Ottosen (2006) peker på at det ikke alltid har vært en «normal» familiesituasjon i utgangspunktet, noe som ofte vil gi et dårlig fundament for forestillingen om «kontinuerlig foreldreskap».

Lovgivningen er basert på en grunnleggende antagelse om at *foreldrekontakt* har stor betydning, og at mye kontakt er bedre enn lite. Kontakt med begge foreldre bør derfor opprettholdes etter samlivsbrudd. Kritikerne mener dette blant annet bidrar til en reproduksjon av en ideologisk bestemt oppfatning av en kontinuerlig samarbeidende kjernefamilie, basert på en forestilling om «korrekt» foreldreskap. Det er en sterk tendens til «normalisering» av kontaktrelasjoner, for eksempel i form av etablering av standarder for «vanlig» samvær. Barnets behov for kontakt fremtrer vanligvis som «det generaliserte barnets» behov for kontakt (Ottosen 2006). Dette kan lett føre til at det etableres en norm som anvendes uavhengig av det enkelte barnets situasjon (Smart 2004). Å ta utgangspunkt i forestillinger om barns generelle behov i en praktisk situasjon kan stå i motsetning til å vise den respekt som barn og unge har krav på (Qvarsell 2003, i Jalmert 2005). Barnet pålegges å ha kontakt med den av foreldrene det ikke bor sammen med. Men har det også en rett til *ikke* å ha kontakt, spør Haugli (2004), og hvilke argumenter er gyldige for å bli unntatt for kontakt? En modell som vektlegger det individuell barnets beste må ta utgangspunkt i *barnets perspektiv* (Ottosen 2006).

Oppfatninger av hva som konstituerer «foreldreskap» har endret seg. I vurderingen av barnets beste støter man ofte an mot det «biologiske prinsippet»; det vil si hensynet til å opprettholde bånd til biologiske foreldre (Haugli 2003). Det biologiske prinsippet er tydelig i spørsmål om foreldreansvar, spørsmål om omsorg, bosted og kontakt. Det biologiske prinsippet kan betraktes som en presumpsjon, et utgangspunkt for tolkningen av barnets beste, legitimert av psykologiske forskningsresultater (Schiratzki 2003b). Innen rettsvitenskapelig og annen forskning stilles det imidlertid spørsmålsteget ved den økte vektleggingen av dette prinsippet (Schiratzki 2003b). Det kan oppstå konflikt mellom hensyn begrunnet i de sosiale versus de biologiske sidene ved foreldreskap. Foreldres rett til kontakt med barn etter skilsmisse begrunnes i økende grad med «barnets beste» (Ottosen 2006). Dette er basert på et psykologisk orientert paradigme som forutsetter at det er best for barns utvikling og identitetsutvikling å ha både mannlige og kvinnelige rollemodeller, og at i de tilfeller der en emosjonell relasjon til begge foreldre ikke er etablert, bør barnet få kontakt med sine biologiske røtter. Ottosen (2006) mener at den biologiske dreiningen er forankret i en likestillingsdiskurs, og en rettslig styrking av den ugifte farens posisjon.

Kompliserte kontaktordninger kan for eksempel skape mer sårbarhet, og skade barn som tilhører risikogrupper. Ottosen (2006) stiller spørsmål om statlig regulering av den private sfære er blitt for vidtrekkende, og i ferd med å nærme seg en systemtvang basert på en velferdsstatsideologi med diskutabile forestillinger om hva som er best for barn.

Synet på barn

Oppfatninger om «barndom» skapes både i rettslige, sosiale og politiske prosesser, gjennom de begreper som velges for å beskrive barn og barns vilkår (Sandin og Halldén 2003, i Jalmert 2005).

Schiratzki (2003b) påpeker ulike syn på barnet i ulike rettslige konvensjoner. På den ene siden vektlegges barnets behov for beskyttelse, på den andre siden fremheves det kapable barnet, som tar aktivt ansvar for sitt eget beste. De to ulike synene på barnets behov kan gi opphav til konflikt i barneretten. Smith (2004) har for eksempel drøftet forholdet mellom en *rettighetsbasert* og en *proteksjonistisk* tilnærming. Hun belyser dette spørsmålet ved å diskutere forholdet mellom barnets beste og barnets medbestemmelsesrett: Er barnets rett til å uttale seg en ubetinget rett, eller kan denne retten

settes til side hvis barnets beste tilsier noe annet? Europadomstolen har for eksempel fremholdt at nasjonale domstoler er bedre i stand til i konkrete avgjørelser å ta stilling til «barnets beste»; domstolen har imidlertid tatt noen konkrete avgjørelser i forhold til avveiningen mellom barnets beste og barnets vilje i forhold til begrensinger i foreldrekontakt (Schiratzki 2003b). Beslutningene innebærer større vektlegging av utredning av så vel barnets vilje som tolkning av barnets beste.

Det familierettslige systemet er ikke en statisk institusjon, og må inkorporerer kunnskap om barns kompetanse (Ottosen 2006). Samfunnsforskningens syn på barn og barndom har beveget seg i retning av tilnærminger som oppfatter barndom og barns behov som sosialt skapt. I denne typen tilnærminger er man skeptisk til forestillingen om at man kan identifisere generelle, vitenskapelig eller moralske baserte standarder for barnets beste - for hva som best tjener barns utvikling.

I diskusjoner om gode oppvekstvilkår for barn brukes en rekke begreper som kan oppfattes som om det finnes et bestemt innhold i begrepene. Det finnes en del faste bilder av hva som er bra for små barn, uttrykt ikke bare ved prinsippet «barnets beste», men også «barns behov», «barns rettigheter», «barneperspektiv» (Jalmert 2005). Disse begrepene uttrykker ulike forestillinger som kan tolkes på ulike måter. Det finnes mange eksempler på at ulike kulturer, ulike epoker og ulike vitenskapelige diskurser har hatt svært ulike forestillinger om barnets beste; for eksempel i forhold til fysisk avstraffelse av barn, når barn bør begynne i barnehage osv. (Jalmert 2005). Samfunnets og forskernes syn på hva som er bra for barn har vært, og er, styrt av samfunnets kjønnsstrukturer (Jalmert 2005). Ikke minst gjelder dette de yngste barna. I enkelte sammenhenger stilles det som anses å være best for barn opp som motsats til strevet etter likestilling mellom de voksne (Jalmert 2005). Til enhver tid har bestemte tolkninger forrang. Samtidens forestillinger om «barnets beste» er preget av vårt samfunns dominerende forståelser. Men det er ikke mulig å uttrykke seg på noen generell måte om hva som er bra for barn (Jalmert 2005). Andenæs (1996) understreker at det ikke er likegyldig hvordan barns tilværelse blir organisert, men premissene må tydeliggjøres, og argumentasjonen må flyttes over fra noe tilsynelatende vitenskapelig og entydig, til området for verdier og politikk og motstridende interesser.

Den vitenskap som fremfor andre har viet seg til barns utvikling og barns sosiale relasjoner er utviklingspsykologien (Jalmert 2005). Men utviklingspsykologien kan i liten grad gi svar på hvor-

dan barn bør ha det og hvordan barnepolitikken kan utformes, hevder Andenæs (1996). Utviklingspsykologiske modeller har ofte det abstrakte barnet, løsrevet fra sine omgivelser, i fokus. Det kan bidra til å skape en forestilling om at utviklingspsykologien gir et nøytralt ståsted der man unngår å ta stilling til verdispørsmål, som for eksempel likestilling.

Historisk sett har denne forskningen vært basert på, og støttet opp under de til enhver tid rådende samfunnsmodeller, ifølge Jalmert (2005). Han viser blant annet hvordan studier av barns tidligste relasjoner har vært dominert av konvensjonelle oppfatninger. Særlig gjelder det hva som er best for de yngste barna. Et eksempel er historien til den såkalte *attachment*-teorien, om etablering av barnets første sosiale relasjoner og tilknytning til omsorgspersoner. Denne forskningen har vist seg å ha vært sterkt preget av sin samtid, med store konsekvenser for synet på mor og far som omsorgspersoner.

Innen barne- og familiepolitikk kommer særlig utviklingspsykologien inn i form av *behovstenkning* (Andenæs 1996). «Barns behov» oppfattes av mange som noe barn *har* (Jalmert 2005). Innen psykologien lager man for eksempel lister over barns behov. Andre forskere mener dette representerer et statisk syn på barn, og er skeptiske til en idé om at forskning kan fastslå et sett med universelle behov lokalisert i barnet, som går ut over det selvfølgelig. Referanser til barns behov gir tilsynelatende en legitim begrunnelse for handlinger i forhold til barn. Denne tenkningen fokuserer ofte på det som har vært, og endring oppfattes som trusler mot barn (Andenæs 1996). Behov skapes historisk og kulturelt; det finnes ikke noen gitt «barns natur» (Cockburn 2005). Å «ha behov» gir et bilde av behov som noe som eksisterer uavhengig av livsvilkår. I stedet for å diskutere barns behov, bør man diskutere hva barn trenger, noe som markerer at barn trenger ulike ting, i ulike situasjoner, i ulike relasjoner, og på ulike tidspunkt (Jalmert 2005). Hva som er best for barn må ses i lys av det som er *kulturelt relevant* (Andenæs 1996).

Når barnets beste legges til grunn for barnefordelingssaker indikerer dette først og fremst at retten skal legge vekt på barnets velferd som det viktigste hensynet i konflikter over foreldreansvar og kontakt (Ottosen 2006). Et viktig spørsmål er hvem som får uttale seg om barnets beste. Flere samfunnsforskere er opptatt av å legge vekt på hvordan det sosiale livet og familieendring oppleves av *barnet selv* (Ottosen 2005). Barn bør oppfattes som aktive bidragsyttere i konstruksjonen av

eget liv; barn deltar aktivt i de familieendringene de erfarer. Det er viktig for de som fatter beslutninger om barnet at de har kunnskap om det individuelle barnet det gjelder. Barnets synspunkt må styrkes frem, og det må legges større vekt på barnets endrede behov over tid, og barnets rett til å endre oppfatning (Ottosen 2006, Smart 2004). Man må imidlertid være varsom med å skifte ut en universell barnsdomsmodell, der barnet er underlagt gitte rettigheter, med en annen modell som vektlegger det rasjonelle, autonome og kompetente barnet, uten å ta i betraktning at barnets interesser og behov varierer med alder, kulturell kontekst og familieerfaringer (Ottosen 2006).

Foreldrerettigheter og barnets beste

Noen av dilemmaene knyttet til praktiseringen av prinsippet om «barnets beste» stilles kanskje mest på spissen i spørsmålet om omfang av kontakt/bosted etter samlivsbrudd. I barnefordelings spørsmål er det viktig å anerkjenne behov og interesser til alle involverte – barn, mødre og fedre; og alle former for kontakt foreldre-barn etter samlivsbrudd, inkludert spørsmålet om delt bosted, må baseres på et fleksibelt og respektfullt partnerskap (Smart 2004). Men det kan konstateres et økt spenningsforhold mellom foreldrerettigheter og prinsippet om «barnets beste». Økt fokus på foreldrerettigheter har vært drevet frem særlig av fedres opplevelse av mangel på anerkjennelse og respekt som omsorgspersoner (Smart 2004). Smart (2004) advarer imidlertid mot en polarisert debatt der mødres rettigheter settes opp mot fedres, noe som har som konsekvens at oppmerksomheten rettes mot de voksnes interesser, rettigheter og krav. Problemet er at få representerer barnets erfaringer og synspunkter. Smart (2004) hevder at å bringe barnets perspektiv inn i debatten ikke nødvendigvis gir alle svarene, men det utvider forståelsen av disse spørsmålene utover de voksnes interesser og anliggende.

Forkjempere for fedres rettigheter foreslår gjerne at foreldre skal ha like store «andeler» i barnet etter skilsmisse, hvilket kan innebære en deling av barn i to hjem. Dette oppfattes ikke bare som «barnets beste» men også som en utjevning i mødres og fedres status: Det kombinerer prinsippet om likhet med en overbevisning om at barnets beste er å ha mye kontakt med begge foreldre (Smart 2004). Det sentrale spørsmålet er imidlertid hvordan et slikt likedelingsprinsipp fungerer for barn.

Dette bringer inn spørsmålet om hvilke verdier som bør ligge til grunn for politikk, og knytter an

til en bredere debatt om anerkjennelse versus rettigheter som grunnlag for velferd (Smart 2004). En «anerkjennelsespolitikk» er viktig for ordninger for barn etter samlivsbrudd, barn trenger anerkjennelse av egne behov, og at disse endres over tid, hevder Smart (2004). Hennes poeng er at om man etablerer generelle regler for hva som er best for barn, kan det skapes en norm som gjør at det enkelte barnet ikke blir hørt eller anerkjent. Ordninger som automatisk tildeler foreldre like mye tid kan komme til å støtte prinsippene om likhet og rettferdighet, på bekostning av det individualiserte prinsippet om anerkjennelse av det enkelte barnets behov for respekt og økende uavhengighet.

Andre forskere har vært opptatt av forholdet mellom en omsorgsetikk og en rettighetsetikk når det gjelder barnets beste. En omsorgsetikk har vært lansert som et alternativ til en universell rettighetsetikk (Cockburn 2005). Det argumenteres for at ansvar og relasjoner bør settes foran regler og rettigheter, koplet til konkrete situasjoner i stedet for abstrakte prinsipper; omsorg er en moralsk aktivitet heller enn et sett av prinsipper som kan følges. Motsetning mellom omsorg og rettigheter er kunstig, hevder imidlertid Cockburn (2005). Han går inn for å beholde en rettighetsbasert diskurs, men innen en omsorgsetikk: Det er viktig å legge vekt på ansvar og på omsorgens relasjonelle sider. Men det er viktig å være seg bevisst at omsorgens natur er tvetydig, og at omsorgsetikken kan lede til en behovsorientert diskurs som har negative konsekvenser for barns rettigheter. En behovsbasert tilnærming der familie og eksperter definerer hvilke behov som er gyldig gir lite rom barnet selv. Barns interesser handler også om rettferdighet og likhet, og disse hensynene er viktige å ivareta. Men Cockburn (2005) hevder at det også er viktig å gi rom for barn til å bli aktive sosiale medspillere med en egen stemme, heller enn bare passive mottakere av omsorg og rettigheter.

Referanser

- Alston, P. (1994) The Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights. *International Journal of Law and the Family* 8: 1-25.
- Andenæs, A. (1996) Hvordan kan vi tenke rundt «barns beste»? I: NOU 1996: 13 *Offentlige overføringer til barnefamiliene*.
- Breen, C. (2002) *The Standard of the Best Interests of the Child. A Western Tradition in International and Comparative Law*. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers.

- Cockburn, T. (2005) Children and the Feminist Ethic of Care. *Childhood* 12(1): 71-89.
- Haugli, T. (2003) *Nordisk samarbeid og utfordringer knyttet til innholdet i begrepet barnets beste*. Rapport fra ekspertmøte i Tromsø 29.-31. januar 2003 på oppdrag fra Barne- og familiedepartementet og Nordisk Ministerråd. Skriftserie nr. 56. Tromsø: Det Juridiske fakultet, Universitet i Tromsø.
- Haugli, T. (2004) «Til barnets beste. Familiebilder, familiemønstre i endring.» *Kirke og kultur* nr. 3, 345-360.
- Jalmert, L. (2005) *Vad är bäst för de yngsta barnen? Analys til Föräldraförsäkringsutredningen*, in: SOU 2005:73 Reformerad föräldraförsäkring. Bilagedel. Stockholm.
- Mnookin, R. (1985) *In the Interest of Children: Advocacy, Law Reform and Public Policy*. New York: W.H. Freeman & Co.
- Ottosen, M. H. (2006) In the Name of the Father, the Child and the Holy Genes. *Acta Sociologica* 49(1): 29-46.
- Qvarsell, B. (2003) *Barns perspektiv och mänskliga rättigheter*. Pedagogisk forskning i Sverige, 8, 1-2, 101-113.
- Sandin, B. & Halldén, (2003) Välfärdsstatens omvandling och en ny barndom. I: Sandin, B. & G. Halldén (red.) *Barnets bästa*. Stockholm: Symposion.
- Schiratzki, J. (2003a) Barnkonventionen och barnets bästa – globalisering med reservation. I: Sandin, B. og G. Halldén (red.) *Barnets bästa*. Stockholm: Symposion.
- Schiratzki, J. (2003b) Nasjonalt bidrag fra Sverige. I: Haugli, T. (red.) *Nordisk samarbeid og utfordringer knyttet til innholdet i begrepet barnets beste*. Rapport fra ekspertmøte i Tromsø 29.-31. januar 2003 på oppdrag fra Barne- og familiedepartementet og Nordisk Ministerråd. Skriftserie nr. 56. Tromsø: Det Juridiske fakultet, Universitet i Tromsø.
- Skjørten, K. (2005) *Samlivsbrudd og barnefordeling*. Oslo: Gyldendal Akademisk.
- Smart, C. (2004) Equal shares: rights for fathers or recognition for children? *Critical Social Policy* 24(4): 484-503.
- Smith, L. (2004) Barnets beste og barnets uttalerett. *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernsrettslige spørsmål*, nr. 3-4, s. 223-232.
-

Vedlegg 2

Overordnede rettslige normer – hvilke skranker setter menneskerettighetene?

v/ førsteamanuensis dr. juris Karl Harald Søvig

1 Innledning

Problemstillingen i denne utredningen er om overordnede rettslige normer setter skranker for hvilke lovregler som kan vedtas innenfor rettsområdet utvalget skal revidere. Med overordnede rettslige normer mener jeg både nasjonale konstitusjonelle normer og internasjonale menneskerettigheter som er gitt forrang gjennom menneskerettsloven. De inkorporerte menneskerettighetsinstrumentene er Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK), FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK), FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) og FN-konvensjonen om barns rettigheter (BK).

Nasjonale konstitusjonelle regler som er formulert i Grunnloven eller nedfelt som uskrevne regler av tilsvarende rang, spiller i dag knapt noen praktisk rolle innenfor den delen av barneretten som er tema for utvalget. Fokuset vil derfor rettes mot internasjonale forpliktelser som er inkorporert og gitt forrang gjennom menneskerettsloven. Siden menneskerettsloven er gitt som formell lov, er det ingen hierarkisk forskjell mellom reglene i barneloven og inkorporerte menneskerettigheter. I utgangspunktet kan Stortinget derfor vedta regler i barneloven som strider mot menneskerettigheter som er inkorporert gjennom menneskerettsloven. Politisk er et slikt scenario imidlertid lite sannsynlig. Den rettslige adgangen er dessuten begrenset. Flere av rettighetene som følger av EMK, SP, ØSK og BK er av så fundamental karakter at de må ses på som uttrykk for hva som følger av ulovfestede konstitusjonelle regler. Skulle lovgiver vedta bestemmelser som går på tvers av kjerne rettigheter etter de inkorporerte konvensjonene, vil derfor det slumrende konstitusjonelle vernet vekkes til live. I praksis vil derfor inkorporerte menneskerettighetsinstrumenter ha like stor gjennomslagskraft som grunnlovsbestemmelser, og på grunn av deres finmaskethet reelt

sett spille en større rolle enn nasjonale konstitusjonelle regler.

2 Oversikt over de sentrale menneskerettighetsinstrumentene

Europarådets konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter er et etterkrigsprodukt og ble undertegnet i 1950. Norge ratifiserte konvensjonen i 1952, og den trådte i kraft året etter. EMK er nå tiltrådt av samtlige av Europarådets medlemsstater og har nå 14 tilleggsprotokoller. Den 14. tilleggsprotokollen er foreløpig ikke trådt i kraft. Tilleggene som har materiellrettslig betydning, er inkorporert gjennom menneskerettsloven, jf. § 2 nr. 1 bokstav a–e. Unntaket er den 12. tilleggsprotokollen, som introduserer et generelt diskrimineringsforbud, og som er undertegnet, men ikke ratifisert av Norge. Den sentrale overvåkningsmekanismen etter EMK er den individuelle klageretten til Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD), jf. EMK art. 34. Årlig mottar EMD ca 30 000 klager og avsier ca 1500 realitetsavgjørelser.

FNs konvensjon om barnets rettigheter ble vedtatt av generalforsamlingen i 1989, og den ble ratifisert av Norge i 1991. Den er senere utbygget med to tilleggsprotokoller. Nær alle FNs medlemsland har tiltrådt konvensjonen. Unntakene er USA og Somalia, som har undertegnet, men ikke ratifisert den. Håndhevingsmekanismen etter BK er medlemsstatenes rapportering til Komiteen for barns rettigheter (Barnekomiteen), jf. art. 43 og 44. I etterkant av rapporten kommer komiteen med konkrete anbefalinger til de enkelte medlemsstatene. I tillegg avgir komiteen generelle uttalelser (General Comments) til utvalgte problemstillinger. Komiteen arrangerer også faglige temadager («Days of general discussion»), og disse er gjerne forløpere til generelle uttalelser om problemstillingen. Et av de siste temavalgene var

barns rett til å bli hørt.¹ I motsetning til EMDs dommer som er bindende for den innklagete staten, jf. EMK art. 46, er ikke Barnekomiteens anbefalinger og kommentarer rettslig forpliktende. I praksis har de likevel stor rettskildemessig betydning.

I denne utredningen vil jeg fokusere på reglene som følger av BK og EMK. Når det gjelder de to andre konvensjonene som er inkorporert gjennom menneskerettsloven, FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) og FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (begge vedtatt av generalforsamlingen i 1966), vil jeg bare sporadisk komme inn på SP. Utover EMK har Europarådet vedtatt to konvensjoner som er relevante for denne utredningen: Konvensjonen om utøvelse av barns rettigheter («European Convention on the Exercise of Children's Rights») av 25. januar 1996 (ETS nr. 160), senere forkortet EurUBR og Konvensjonen om samvær («Convention on Contact concerning Children») av 15. mai 2003 (ETS 192), senere forkortet EurSamv. Ingen av disse to er undertegnet av Norge. De er likevel relevante fra et folkerettslig perspektiv fordi konvensjonene gir uttrykk for hvilken retning den europeiske rettsorden beveger seg i. På det akademiske plan har en ekspertgruppe («Commision on European Familiy Law») utarbeidet prinsipper for europeisk familierett angående foreldreansvar («Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities»), forkortet CEFL.² Også disse er relevante ut fra en rettskulturell innfallsvinkel, selv om prinsippene regelmessig vil ha begrenset betydning for løsning av enkeltspørsmål eller som premisser for lovgivningen.

Norsk rett bygger på det dualistiske systemet, hvor nasjonale regler og folkeretten er særskilte rettssystemer. En konsekvens av tilnærmingen er at folkeretten – herunder internasjonale menneskerettighetskonvensjoner – ikke automatisk anses som en del av norsk intern rett. Utgangspunktet har flere modifikasjoner. En sentral mekanisme er presumsjonsprinsippet, som innebærer at norske regler antas å være i samsvar med de folkerettslige forpliktelsene som påhviler Norge. Følgelig vil norske regler ved eventuell motstrid normalt tolkes innskrenkende for å samsvare med folkeretten. Presumsjonsprinsippet fører imidlertid ikke frem der hvor motstriden er utslag av bevisste lovgiver-

valg eller hvor andre hensyn står sentralt.³ I tillegg har lovgiver på enkelte rettsområder eller for enkelte konvensjoners del bestemt at folkerettslige forpliktelser skal ha forrang fremfor kolliderende lovbestemmelser.

For å styrke menneskerettighetenes stilling i norsk rett har Stortinget foretatt flere grep. I 1994 vedtok nasjonalforsamlingen Grunnloven § 110c, som pålegger statens myndigheter å respektere og sikre menneskerettighetene. Bestemmelsen har imidlertid først og fremst en symbolfunksjon fordi den ikke gir prioritet for internasjonale menneskerettighetsinstrumenter ved konflikter med nasjonale lovregler ut over det som allerede følger av presumsjonsprinsippet (Rt. 1997 side 580, på side 593). I tråd med Grunnloven § 110c som varsler nærmere lovbestemmelser, vedtok Stortinget i 1999 menneskerettsloven. Loven fastsetter at EMK – med nærmere bestemte tilleggsprotokoller – skal gjelde som norsk lov (§ 2 nr. 1), og ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning (§ 3). Også FN-konvensjonene om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) og om sivile og politiske rettigheter (SP) ble inkorporert gjennom menneskerettsloven i 1999. Under komitébehandlingen oppmodet flertallet regjeringen om innen rimelig tid å inkorporere i lovs form BK og FNs kvinnekategorisk konvensjon.⁴ I etterkant av lovbehandlingen besluttet Stortinget å oversende forslaget til regjeringen uten realitetsvotering.⁵ Etter at departementet først hadde fremmet et høringsnotat om synliggjøring i form av delvis transformasjon,⁶ ble utfallet av departementsbehandlingen et forslag om at BK – med tilleggsprotokoller – skulle innarbeides i menneskerettsloven på samme måte som de tre øvrige konvensjonene. I tråd med departementets forslag ble menneskerettsloven endret ved lov 1. august 2003 nr. 86. Samtidig vedtok Stortinget flere andre lovendringer, først og fremst med sikte på å styrke barns uttalerett i samsvar med BK art. 12.

Etter ordlyden i menneskerettsloven er forrang knyttet til de aktuelle konvensjonene med protokoller, men konvensjonstekstene er normalt så vage at de ikke vil utfordre norske lovregler. Det som skaper eventuell motstrid, er den utpensling som er foretatt gjennom konvensjonsorganenes praksis, og i forarbeidene til menneskerettsloven

¹ Day of General Discussion on the Right of the Child to be heard (2006). Se særlig avsn. 56 hvor komiteen bebuder en generell kommentar om art. 12.

² Prinsippene med forklaringer og bakgrunnsmateriale er publisert i *Boele-Woelki m.fl.* 2007.

³ Se Rt. 1997 side 580 (OFS), Rt. 2000 side 1811 (Finanger I) og Rt. 2007 side 234 (avskjæring av domstolskontroll).

⁴ Innst. O. 51 (1998–99) s. 5.

⁵ Møte 4. mai 1999. Forh. S. 1998-99 s. 3015 og s. 3018.

⁶ Høringsnotat 14. februar 2001, som ble bl.a. kritisert av *Nystuen/Høstmælingen*, M&R 2001 s. 79-83. Denne ble imøtegått av *Backer, FS-Lødrup* 2002.

la både departementet og stortingskomiteen til grunn avgjørelser fra ulike håndhevingsorganer måtte stå sentralt når norske rettsanvendere skulle vurdere rekkevidden av konvensjonsforpliktelsene.⁷ For EMKs del har Høyesterett tatt stilling til rekkevidden av uklare/usikre konvensjonsbestemmelser i flere avgjørelser,⁸ og problemstillingen er også diskutert i ulike fagartikler.⁹

BK har i mindre utstrekning enn EMK blitt påberopt for norske domstoler,¹⁰ men økt kunnskap har ført til at BK hyppigere blir brukt som rettslig argument.¹¹ I proposisjonen til endringen av menneskerettsloven tok departementet opp hvilken gjennomslagskraft den skulle ha overfor konkurrerende lovbestemmelser:¹²

«Departementet legger til grunn at domstolene vil vise tilbakeholdenhet med å sette til side lovbestemmelser eller vedtak, så lenge disse bygger på en forsvarlig tolkning av konvensjonen. Dette gjelder særlig hvis den aktuelle konvensjonsbestemmelsen er vag eller formålspreget og den norske lovbestemmelsen gir uttrykk for verdiprioritering.»

I den siterte passasjen bygger styringsverket underforstått på et rettskildebilde hvor rettsspørsmål (her: tolking av BK) ikke nødvendigvis har ett svar, men at flere ulike løsninger kan anses juridisk holdbare.¹³ Ved potensiell konflikt mellom en norsk lovregel og enkeltbestemmelser i BK, skal førstnevnte etter departementets oppfatning bestå så lenge lovgiver har gjort et bevisst valg ut i fra en forsvarlig rettskildebruk. En kan stille spørsmål ved om departementets tilnærming er hensiktsmessig og desavuerer menneskerettighetenes betydning,¹⁴ men etter mitt syn er den tjenlig ut i fra dagens rettskildebilde. BK er et forholdsvis nytt instrument og håndheves ikke gjennom individklager. Rettsanvendere vil derfor ofte ha delte meninger om hvordan enkeltbestemmelser skal forstås, og innenfor det som anses som juridisk-faglig holdbar argumentasjon må norske myndigheter ha et spillerom.

Høyesterett har så langt ikke måttet ta stilling til hvorvidt norske myndigheter har foretatt en forsvarlig tolking av konvensjonen. Derimot har vår øverste domstol berørt det andre elementet som departementet tar opp i den siterte passasjen, betydningen av at bestemmelsene i BK er vage. Høyesterett har i relasjon til BK art. 3(1) fremholdt at dette er en fanebestemmelse, som er «svært generelt utformet». Denne vil derfor regelmessig ha begrenset gjennomslagskraft, i alle fall ved siden av de mer konkrete enkeltbestemmelsene.¹⁵ Til dels vage bestemmelser som skal virke globalt, kombinert med et håndhevingsregime som ikke behandler enkeltsaker, leder samlet sett til at BK foreløpig har hatt mindre gjennomslagskraft enn EMK.

Ulik gjennomslagskraft for EMK og BK har mindre betydning så lenge de to konvensjonene regulerer forskjellige spørsmål. På enkelte områder er de imidlertid helt eller delvis overlappende, slik som rett til utdanning (EMK TP 1-2 og BK art. 28, jf. også art. 14). Dessuten kan en tenke seg motstrid mellom konvensjonene, for eksempel når det gjelder foreldrenes vern mot inngrep i familielivet (EMK art. 8) og barns vern mot vanskjøtsel (BK art. 19). Så lenge rettighetene etter EMK i større grad er utviklet gjennom konvensjonspraksis og dermed mest finmasket, er det en fare for at disse i praksis slår igjennom overfor konkurrerende rettigheter etter BK. Dels vil den potensielle konflikten kunne avhjelpest ved at barn gis selvstendige rettigheter etter EMK, noe som dels er skjedd gjennom EMDs praksis. En annen tilnærming måte vil være å trekke inn statenes forpliktelser etter BK i tolkingen av rettighetene etter EMK, men EMD har i begrenset grad valgt denne innfallsvinkelen.¹⁶

Målsettingen for utvalgets arbeid er å foreslå en lovgivning som er innenfor de rammene som følger av Norges internasjonale forpliktelser. Dette er utfordrende på flere måter. Menneskerettighetene er et dynamisk rettsfelt, særlig for EMKs del, hvor EMD gjentatte ganger har fremholdt sin rettsutviklende rolle. Et mulig svar på denne utviklingen kan være å utvikle en spådomsteori, hvor den nasjonale rettsanvenderens rolle er å prøve å forutsi EMDs fremtidige tolkingsresultat eller hvilke generelle merknader Barnekomiteen vil komme med. Denne tilnærmingen kan muligens være en

⁷ Se Ot.prp. 3 (1998–99) s. 66 og Innst. O. 51 (1998–99) s. 6.

⁸ Se f. eks. Rt. 2000 side 996, Rt. 2001 side 1006, Rt. 2002 side 557, Rt. 2003 side 359, Rt. 2004 side 1737 og Rt. 2005 side 833.

⁹ Se f. eks. *Skoghøy, LoR 2002* og *Graver, LoR 2003*.

¹⁰ Fra tiden før inkorporeringen i menneskerettsloven, se bl.a. Rt. 1993 side 1591 (1594) og Rt. 2001 side 1006 (1016 og 1020–21).

¹¹ Se f. eks. Rt. 2004 side 811 (saken gjaldt barns rett til å bli hørt).

¹² Ot.prp. 45 (2002-03) s. 26, jf. også s. 16.

¹³ Sml. *Mæhles* begrepsbruk «legitimitetsintervall» (*Mæhle 2005* s. 251).

¹⁴ Tilnærmingen er kritisert av *Gording Stang 2007* s. 47.

¹⁵ Se Rt. 2005 side 33, avsn. 24 (videre kjæremål over en kjennelse om delvis fullbyrdelse av subsidiær fengselsstraff som ledd i dom på samfunnsstraff og forholdet til BK art. 37 bokstav b). Se også Rt. 2005 side 1567 (klaps som ledd i barneoppdragelsen og forholdet til BK art. 19).

¹⁶ Se *Kilkelly 2004* og nedenfor under pkt. 3.2.1.

aktuell innfallsvinkel for rettsanvendere som skal ta stilling til enkeltspørsmål, men som lovgivningsstrategi er den uhensiktsmessig. Dels er en slik tilnærming vanskelig ut fra tidsperspektivet, saksbehandlingen for internasjonale organer er tidvis langdryg. Lovgiver kan imidlertid velge å tre tilbake fra stridsspørsmål, og overlate til domstolene å ta stilling til eventuelle konflikter innenfor de rammene som menneskerettsloven setter. Tidvis kan en slik strategi være ønskelig, men innenfor et område preget av verdimeslige spørsmål bør lovgiver være på banen og markere sine standpunkt. Dersom nasjonalforsamlingen har tatt bevisste valg og prioritert bestemte interesser, vil dette ha selvstendig betydning ved vurderingen av om staten har handlet innenfor sin skjønnsmargin («margin of appreciation»). Muligheten for gjennomslag for nasjonale verdivalg øker dersom forholdet til menneskerettighetsforpliktelsene er nærmere analysert. Det er likevel grunn til å understreke at EMD i siste instans fastsetter de nasjonale myndighetenes handlingsrom.

På denne bakgrunn må ledesnoren være å utforme en lovgivning som balanserer de ulike interessene, og som gir minst mulig risiko for menneskerettskrenkelser. Utfordringen er særlig vanskelig på barnerettens område hvor vurderingstemaene ofte er formulert som rettslige standarder og hvor det er et stort innslag av konkrete bevisvurderinger. Samspillet mellom de materielle reglene og saksbehandlingsreglene er derfor viktig, særlig med sikte på at rettigheter som idømmes faktisk etterlevs.

3 Utvalgte emner

3.1 Innledning

I dette kapittelet vil jeg ta opp utvalgte problemstillinger hvor internasjonale menneskerettigheter kan legge føringer på de regler som utvalget er satt til å revidere. BK har flere bestemmelser som er relevante, jf. særlig art. 3 (hensynet til barnets beste), art. 9 (beskyttelse mot atskillelse fra foreldrene) og art. 12 (uttalerett). I tillegg kan barn nyte beskyttelse etter de ulike bestemmelsene i EMK, jf. pkt. 3.2. nedenfor. Et omdiskutert spørsmål før inkorporeringen av BK var hvilke bestemmelser som anses som «selvkraftige» («self-execute»).¹⁷ Departementet innhentet opplysninger fra andre land som blant annet viste at hvilke bestemmelser som anses selvkraftige, varierer fra

stat til stat. I proposisjonen til inkorporeringsloven tok ikke departementet uttrykkelig stilling til hvilke bestemmelser det anså som selvkraftige, slik at rettsanvenderen må ta stilling til hver enkelt bestemmelse. Både art. 3(1), 9 og 12 har et høyt presisjonsnivå og klart rettighetspreg, og alle de tre bestemmelsene anses som selvkraftige. De kan derfor påberopes umiddelbart for norske domstoler uten noen utfyllende regulering fra lovgivers side.

Sett fra foreldrenes synspunkt er det sentrale instrumentet EMK. Den mest aktuelle bestemmelsen er art. 8. Den lyder:

«1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.»

Bestemmelsen verner fire ulike interesser, og sentralt for fremstillingen her er retten til respekt for familielivet. Forholdet mellom barn og foreldre vil normalt fanges opp av familielivsbegrepet, og jeg går ikke inn på problemstillinger som reiser seg dersom det er lite eller ingen kontakt mellom barn og foreldre.¹⁸ SP art. 23 verner også familielivet, og art. 23(4) fastsetter spesielt at barn har krav på særskilt beskyttelse etter oppløsning av ekteskap.¹⁹ Dessuten kan art. 17 om vern mot vilkårlige eller ulovlige inngrep i privat- eller familielivet gi et visst vern for foreldrene mot å tape kontakt med egne barn etter samlivsbrudd.²⁰

EMD har behandlet en lang rekke saker som angår ulike former for inngrep i familielivet, både tiltak som etter nasjonal rett vil klassifiseres som barnevern, barnefordeling og internasjonal barne bortføring. I nasjonale rettsystemer er barnefordeling og barnevernssaker normalt to ulike prosesser, og hører gjerne respektivt til privatrett og offentlig rett. For EMDs del er den nasjonale rubrieringen uinteressant. I begge tilfeller vil den nasjonale rettsavgjørelsen representere et inngrep i (den ene av) foreldrenes rettigheter, og spørsmå-

¹⁷ Se diskusjonen i Ot.prp. 45 (2002–03) s. 16–20, jf. også *Backer, FS-Lødrup 2002* s. 81–82.

¹⁸ Om familielivsbegrepet, se f. eks. *van Dijk m.fl.* 2006 s. 690–695 og *Kjølbrot 2006* s. 532–536. Om senere avgjørelser om fars stilling, se bl.a. *Søvig, FAB 2005* s. 207–208.

¹⁹ Se *Nowak 2005* s. 539–543 med henvisninger til praksis.

²⁰ Se *Nowak 2005* s. 390–391 og s. 398 med henvisninger til praksis.

let blir om tiltaket kan rettferdiggjøres etter artikkel 8(2). EMD har derfor foretatt en integrert tilnærming, hvor domstolen anvender de samme vurderingstemaene for ulike former for tiltak.²¹ Selv om vurderingstemaet er felles for ulike tiltak, må avveiningen ta høyde for at nasjonale myndigheter står overfor forskjelligartete utfordringer. I barnevernssaker er hovedtemaet om foreldrene har tilstrekkelig omsorgsevne, mens hovedproblemstillingen i barnefordelingssaker er hvem av foreldrene som er best skikket. Samtidig vil en del problemstillinger være relativt like. Et illustrerende eksempel i så måte er avskjæring av samvær, uaktet om dette skjer i en barnevernsrettlig kontekst eller som følge av konflikter mellom foreldrene.

I nordisk teori om art. 8 behandles regelmessig barnevern og barnefordeling separat, se f. eks. *Møse 2002* s. 422–424; *Lorenzen m. fl. I 2003* s. 404–407; *Aall 2007* s. 188–192; *Kjølbro 2007* s. 555–568, mens en sentraleuropeisk teori i større grad sambehandler temaene, se f. eks. *Harris m.fl. 1995* s. 348–351; *Ovey/White 2006* s. 254–259; *van Dijk m.fl. 2006* s. 695–705. En av fordelene med EMDs integrerte tilnærming er at en unngår å måtte ta stilling til hybridtilfeller, for eksempel fosterhjemsplassing hos besteforeldre, sml. saksforholdet i *Hokkanen mot Finland* (barnet var plassert hos besteforeldrene etter morens død og faren ønsket å overta omsorgen).

3.2 Nærmere om barns rettsbeskyttelse etter EMK

3.2.1 Barn som rettssubjekter etter EMK

De fleste materielle bestemmelsene i EMK innledes med at enhver («everyone») har nærmere fastsatte rettigheter, jf. f. eks. art. 8. Alle borgere («any person») har klagerett etter art. 34. Reglene beskytter dermed alle fysiske individer, også mindreårige. De fleste barn vil imidlertid ikke være i stand til å håndheve egne rettigheter,²² og er avhengig av at voksne på barnas vegne bringer saken inn for EMD. Flere slike saker har vært behandlet av EMD,²³ men regelmessig i forbindelse med at EMD også har behandlet foreldrenes klage over brudd på de voksnes rettigheter. I til-

legg har EMD i enkelte saker mer indirekte berørt barns rettigheter eller interesser, typisk ved å slå fast at hensynet til barnas velferd er en legitim grunn til å gripe inn i familielivet, jf. art. 8(2).

I *Eriksson mot Sverige* hevdet moren at datterens rettigheter etter art. 8 var krenket i forbindelse med manglende tilbakeføring etter omsorgsovertakelse, i tillegg til at hun klaget på egne vegne. EMD konstaterte først krenkelse av morens rett til vern av familielivet og gikk deretter over til å behandle klagen på datterens vegne. EMD konstaterte krenkelse av art. 8 (og art. 6) også for datterens del,²⁴ men begrunnelsen begrenset seg til en henvisning til den delen av avgjørelsen som gjaldt morens rettigheter. Som følge av krenkelse ble datteren tilkjent SEK 100 000 for ikke-økonomisk tap (moren fikk SEK 200 000).

I *Eriksson-saken* hadde staten anført at mor og datteren kunne ha motstridende interesser. EMD avviste uten synderlig drøftelse at dette var en prosessuell hindring for å behandle datterens klage. I *Scozzari og Gunta mot Italia* foretok Storkammeret en mer utførlig vurdering av problemstillingen, og konkluderte med at moren kunne fremsette klage på datterens vegne, selv om hun var fratatt foreldreansvaret. EMD konstaterte krenkelse av art. 8 for morens del for så vidt gjaldt begrensninger i samvær og valg av plasseringssted. EMD drøftet ikke barnas rettigheter separat, og barna er ikke omtalt i slutningen, men i forbindelse med drøftelsen av plasseringsstedet påpekte EMD at institusjonsvalget både var i strid med moren rettigheter og gikk på tvers av hensynet til barnets beste (avsn. 211).

Hensynet til barns interesser har også kommet mer indirekte til syne, i første rekke ved at EMD har fremhevet at hensynet til barna kan tilsi at foreldrenes rettigheter må vike. Illustrerende er EMDs tilnærming i *Olsson [III] mot Sverige* (avsn. 90):

«... the interests as well as the rights and freedoms of all concerned must be taken into account, notably the children's interests and their rights under Article 8 of the Convention. Where contacts with the natural parents would harm those interests or interfere with those rights, it is for the national authorities to strike a fair balance ...»

Olsson-dommens formulering om at myndighetene må foreta en forsvarlig avveining av de

²¹ Se f. eks. *Elsholz mot Tyskland*, avsn. 49–50 (saken gjaldt barnefordeling, og EMD viste til avgjørelser i barnevernssaker) og *Ignacollo-Zenide mot Romania*, avsn. 94 (saken gjaldt internasjonal barne bortføring, og EMD viste til avgjørelser i barnevern og barnefordelingssaker).

²² Mindreårige har partsevne, jf. *Bårdsen 1999* s. 151 med henvisninger til praksis.

²³ Om barns rettsstilling etter EMK, se bl.a. *Kilkelly 1999* og *Alstad/Loftsgaard*, i *Tjomsland 2003* s. 103–105.

²⁴ Dommen var enstemmig for så vidt gjaldt krenkelse av datterens rettigheter etter art. 8, men er avsagt under dissens vedrørende art. 6.

involverte interessene har vært en gjenganger i senere avgjørelser, men den ble i *Johansen mot Norge* supplert med en uttalelse om at foreldrene ikke er berettiget til å skade barnet (avsn. 78):

«In carrying out this balancing exercise, the Court will attach particular importance to the best interests of the child, which, depending on their nature and seriousness, may override those of the parent. In particular, as suggested by the Government, the parent cannot be entitled under Article 8 of the Convention to have such measures taken as would harm the child's health and development.»

Lignende uttalelser som i *Johansen* har gått igjen i senere storkammerdommer,²⁵ og hensynet til barnets beste har solid rotfeste i EMDs praksis. Derimot kan en diskutere hvilken vekt det har opp mot foreldrenes interesser. Den siterte passasjen fra *Johansen* slår fast at hensynet til barnet etter omstendighetene kan slå igjennom overfor foreldrenes rettigheter. En kan diskutere om denne tilnærmingen i tilstrekkelig grad ivaretar barna, jf. BK art. 3 som slår fast at barnets beste er et grunnleggende hensyn.²⁶ Samtidig har EMD også avsagt dommer hvor domstolen har understreket at ved konflikt mellom foreldrenes og barnas interesser må sistnevnte gå foran, og at barns rettigheter må være det avgjørende hensynet («paramount consideration».)²⁷ Det er vanskelig å si hvor mye en skal legge i at EMD har brukt forskjellige ordvalg. Siden vurderingstemaet er skjønnsmessig, er det uansett viktigere å avklare om det har skjedd en endring i hvordan EMD balanserer de motstridende interessene. Saksforholdene er imidlertid såpass konkrete at det kan være vanskelig å dokumentere en dreining i praksis.

EMDs oppgave er å håndheve rettighetene som er stilt opp i EMK, men ved fastleggelsen av innholdet i rettighetene ser EMD hen til andre menneskerettinstrumenter,²⁸ slik som BK. Den første dommen fra EMD hvor forholdet til BK berøres er mindretallets merknader i *Olsson II mot Sverige*. I *Johansen mot Norge* prosederte staten med tyngde på at barnets rettigheter og statens forpliktelser etter BK måtte ha betydning for forståelsen av morens rettigheter etter EMK art. 8. EMD unnlot å ta uttrykkelig stilling til disse anførselene, men en kan neppe utelukke at statens prosedyre

bidro til formuleringene i dommen om at foreldre ikke er berettigete til å treffe tiltak som skade barnet eller dets utvikling. Ellers har BK spilt en tilbaketrasket rolle i EMDs praksis. Domstolen har pekt på relevante bestemmelser i BK i enkelte avgjørelser, men i bisetnings form, og uten at BK synes å ha påvirket tolkingen av enkeltbestemmelsene i EMK.²⁹ I tillegg har BK vært trukket frem i mindretallsvotum,³⁰ men heller ikke her har den blitt ansett som et vektig argument.

Det er vanskelig å si hvordan gjennomslagskraften til BK vis-à-vis EMK vil bli i fremtiden, men siden BK ikke åpner for individklage vil den neppe utvikle en like finmasket detaljregulering som EMD har gjort når det gjelder EMK. Dermed er det fare for at BK vil ha begrenset betydning for tolkingen av bestemmelsene i EMK.

Langt de fleste sakene om barns rettigheter etter EMK har kommet opp for EMD i forbindelse med at foreldrene samtidig har klaget på egne vegne. En slik saksavvikling er rasjonell, men det er grunn til å stille spørsmålsteget ved om ikke denne tilnæringsmåten kan lede til forkjærte problemformuleringer, som igjen påvirker saksutfallet. En illustrerende avgjørelse i så måte er *Kleu-ver mot Norge*, som gjaldt en kvinne som satt i varetekt og senere sonet fengselsstraff mens hun var gravid og deretter spebarnsmor (jf. Rt. 1994 s. 1244 og Rt. 1998 s. 1190). Kvinnen klaget over gjennomføring av varetektsoppholdet og soningen både på egne og barnets vegne, men uten å vinne frem. EMD foretok en sambehandling av de to klagene, men uten i tilstrekkelig grad å differensiere mellom klagerne. Blant annet la EMD stor vekt på at moren visste at hun var gravid da hun begikk de straffbare handlingene. En slik tilnærming er strikt, men relevant for morens del, men er uten bærekraft for barnets del, jf. nærmere *Søvig, FAB 2003*.

3.2.2 Barns materielle rettsbeskyttelse etter EMK

3.2.2.1 Barns vern mot alvorlige overgrep under oppveksten (art. 3)

EMD har behandlet flere saker hvor sakens kjerne har vært hvorvidt statens myndigheter hadde en positiv forpliktelse til å gripe inn for å hindre at

²⁵ Se f. eks. *Elsholz mot Tyskland*, avsn. 50, T.P. og *K.M. mot Storbritannia*, avsn. 71 og *Sahin mot Tyskland*, avsn. 64

²⁶ CEFL, principle 3:7 prioriterer utvetydig barns interesser fremfor foreldrenes, jf. også EurSamv art. 4(2).

²⁷ Se *Yousef mot Nederland*, avsn. 73.

²⁸ Se bl.a. *Lorenzen m.fl. I 2003* s. 28–30 med videre henvisninger.

²⁹ Se f. eks. merknader i *Sahin mot Tyskland*, avsn. 64, *Sommerfeld mot Tyskland*, avsn. 62 (begge sakene gjaldt barnefordeling, jf. art. 8), *A. mot Storbritannia*, avsn. 22 (statens positive forpliktelser til å verne barn mot korporlig avstraffelse, jf. art. 3) og *Mayeka og Mitunga mot Belgia*, avsn. 83 (behandling av mindreårige i påvente av utvisning).

³⁰ Se f. eks. dommer Maruste i *Ignaccolo-Zenide mot Romania*.

barn blir utsatt for overgrep av foreldrene under oppveksten. Klagene har vært fremmet i etterkant av oppveksten, og i kjølvannet av at nasjonale domstoler har nektet å tilkjenne erstatning for myndighetenes unnlatte inngripen. Den rettslige forankringen har vært EMK art. 3, som fastsetter at ingen skal utsettes for nedverdiggende behandling. Dermed må hjemforholdene overstige en viss terskel («treshhold») før statens ansvar aktualiseres.

Den første saken som reiste spørsmål av denne karakter, var *Z. m.fl. mot Storbritannia*. EMD fremholdt statens ansvar for å beskytte sårbare individer, slik som barn, men siden staten hadde erkjent krenkelse av art. 3 forfulgte ikke EMD problemstillingen. I *E. m.fl. mot Storbritannia* formulerte EMD vurderingstemaet slik (avsn. 92):³¹

«The question therefore arises whether the local authority ... was, or ought to have been, aware that the applicants were suffering or at risk of abuse and, if so, whether they took the steps reasonably available to them to protect them from that abuse.»

EMD setter her opp en to-trinnsvurdering. For det første må myndigheten ha kjent til, eller burde kjent til, at barna kunne bli utsatt for overgrep som var så grove at vernet etter art. 3 ble utløst. Et sentralt punkt i dommen var at stefaren tidligere var domfelt for seksuelle overgrep overfor to av stebarna, og at de lokale myndighetene ut i fra en samlet vurdering av omstendighetene burde vært klar over at barna var i risikozonen for seksuelle overgrep fra stefaren. Saksutfallet ble motsatt i *D.P. og J.C. mot Storbritannia*, fordi EMD ut i fra en konkret vurdering kom til at myndighetene verken visste, eller burde vite om, risikoen for overgrep. Dersom myndighetene har en tilknytning til risikoen, oppstår det andre spørsmålet: Har myndighetene foretatt rimelige tiltak for å avverge risikoen. I *E m.fl. mot Storbritannia* kom EMD til at staten hadde flere aktuelle handlingsalternativ og statuerte ansvar.

De nevnte dommene gjelder statens ansvar for manglende barnevernstiltak, men de samme vurderingsnormene vil være relevante i barnefordelingstvister. For eksempel vil nasjonale domstoler ha en plikt til å avskjære eller legge restriksjoner på samvær dersom det er en nærliggende fare for at samværsforelderen vil begå seksuelle overgrep. Høyesterett har lagt til grunn at manglende bevis i en straffesak ikke er avgjørende for samværsspørsmålet og at det i saker med mindreårige barn

«overhodet ikke kan tas noen risiko»,³² men det er omstridt om denne tilnærmingen kan opprettholdes i møte med uskyldspresumsjonen som er nedfelt i EMK art. 6(2).³³ Etter mitt syn må barnas rett til å unngå å oppleve overgrep veie tyngre enn de voksnes rett til å unngå urettmessige anklager om seksuelle overgrep, men nasjonale domstoler står overfor vanskelige vurderinger når terskelen skal fastlegges.³⁴

3.2.2.2 Barns vern mot mindre alvorlige faresituasjoner

De refererte sakene fra EMD gjelder alle statens ansvar for å avverge alvorlige overgrep mot barn. Spørsmålet blir så hvilket vern barn har overfor mindre inngripende situasjoner, f. eks. saker som aktualiserer vernet etter art. 8.³⁵ Et hvert samlivsbrudd mellom foreldrene påvirker barnets familieliv. Sett fra foreldresynspunktet har EMD lagt til grunn at avgjørelser fra nasjonale domstoler i rettstvister mellom foreldrene som angår barna, utgjør et «inngrep» («interference») i foreldrenes familieliv.³⁶ Selv om barna ikke er en aktør i denne prosessen, kan en med tyngde hevde at utfallet må bli det samme sett fra barnets ståsted, men konklusjonen må anses som usikker.

Anvendelsen av art. 8 forutsetter at en er innenfor virkeområdet («ambit») til bestemmelsen. For området som omfattes av utvalgets mandat vil begrepet «familieliv» («family life») stå sentralt, men det er verdt å merke seg at «privatliv» («private life») har et vidt nedslagsfelt, for eksempel vernes både den fysiske og psykiske integritet. Se bl.a. *X. og Y. mot Nederland*, avsn. 22, *Costello-Roberts mot Storbritannia*, avsn. 36 og *Mikulic mot Kroatia*, avsn. 48–55.

Uaktet av diskusjonen om hva som utgjør et «inngrep», vil staten i tråd med etablert praksis fra EMD ha en positiv forpliktelse til å sikre respekten for familielivet. Vi kan for diskusjonens del tenke oss et foreldrepar som har et så høyt konfliktnivå etter samlivsbrudd at det går ut over barnas helse, og at lokale myndigheter (f. eks. skolen) er kjent

³¹ Dette vurderingstemaet ble opprinnelig satt opp i saker etter art. 2 (vern av livet), jf. *Osman mot Storbritannia*, avsn. 116.

³² Rt. 1994 side 940 (samværs sak avgjort i kjæremålsutvalget) med henvisning til Rt. 1989 side 320 (sak om hvor barnet skal bo fast avgjort av Høyesterett).

³³ Se motstridende synspunkt hos Aall, LoR 2003 s. 249–256, på s. 256 og *Strandbakken*, LoR 2003 s. 231–248.

³⁴ Se bl.a. diskusjonen hos *Kilkelly 1999* s. 170–172.

³⁵ Barns rett til vern mot overgrep ble berørt i *D.P. og J.C. mot Storbritannia*, avsn. 115–119, men siden EMD kom til at staten verken visste eller burde kjenne til risikosituasjonen ble ansvar avskåret.

³⁶ Se *Hoffmann mot Østerrike*, avsn. 29 og *Palau-Martinez mot Frankrike*, avsn. 30.

med situasjonen. I et slikt tilfelle mener jeg myndighetene har en potensiell positiv forpliktelse. En annen sak er om staten skal anses som ansvarlig. I tråd med tilnærmingen som EMD har satt opp i saker etter art. 3, må vurderingen bero på om myndighetene hadde eller burde hatt tilstrekkelig kunnskap om privatlivskrenkelsene barna ble utsatt for, og om de i så fall har iverksatt tilstrekkelige tiltak.

Uansett om problemstillingen skal ses fra en negativ (fravær av inngrep) eller positiv (plikt til å handle) synsvinkel, er kjernen i den menneskerettslige vurderingen en interesseavveining.³⁷ EMD vil i begge situasjoner innrømme staten en skjønnsmargin («margin of appreciation»)³⁸ Siden nasjonale myndigheter må avveie motstridende interesser, vil handlingsrommet i utgangspunktet være stort. Et sentralt moment vil være hvilken risiko barna utsettes for. Samfunnet har etter mitt skjønn en større plikt til å verne borgerne mot atferd som aktualiserer vernet etter art. 3, enn situasjoner som gjelder rettighetene etter art. 8.³⁹ Samtidig har art. 8 et bredere virkeområde enn art. 3, og paradoksalt nok vil det regelmessig være lettere å identifisere og forutsi at et barn vil bli utsatt for mindre integritetskrenkelsener enn overgrep som rammes av art. 3.

Jeg har i dette avsnittet behandlet vernet etter art. 8, men tilsvarende problemstillinger kan oppstå i relasjon til andre bestemmelser, f. eks. TP 1-2 første setning (retten til utdanning). En kan for eksempel tenke seg at nasjonale myndigheter tillot at barna gikk på forskjellige skoler i forbindelse med at foreldrene hadde avtalt delt bosted, og at barna i ettertid hevdet at dette var skadelig for deres utdanningsforløp. Selv om krenkelsener av TP 1-2 i prinsippet kan tenkes, mener jeg terskelen for å ilegge ansvar må være høy.

3.3 Høring av barn og betydningen av barnets standpunkt når foreldrene skiller lag

BK art. 12 fastsetter en generell rett for barn til å bli hørt og fastsetter videre at barns synspunkter skal vektlegges. Bestemmelsen lyder:

«1. States Parties shall assure to the child who is capable of forming his or her own views the right to express those views freely in all matters affecting the child, the views of the child being

given due weight in accordance with the age and maturity of the child.

2. For this purpose, the child shall in particular be provided the opportunity to be heard in any judicial and administrative proceedings affecting the child, either directly, or through a representative or an appropriate body, in a manner consistent with the procedural rules of national law.»

Som det fremgår av ordlyden, har barn en rett til å bli hørt og deres eventuelle synspunkt skal vektlegges i alle saker som berører barnet, jf. art. 12(1). I tillegg gjelder særlige regler for rettsstvier eller administrative prosesser som involverer barnet, jf. art. 12(2). Art. 9 regulerer barns vern mot å bli atskilt fra sine foreldre, og art. 9(2) slår bl.a. fast at barn i slike situasjoner skal gis mulighet til å delta i prosessen og tilkjennegi sitt syn.

Verken BK art. 12 eller art. 9(2) setter opp noen aldersgrense for når rettighetene etter bestemmelsene inntre, og hvorvidt barnet skal involveres etter art. 12(1) beror på om det er i stand til å utforme egne synspunkter («capable of forming his or her own views»). Synliggjøring av barns rettigheter etter art. 12 var et sentralt tema under inkorporeningen av Barnekonvensjonen.⁴⁰ Som en oppfølging av denne grunnholdningen ble aldersgrensen for barns uttalerett i en rekke lovbestemmelser senket til 7 år, samtidig som en presiserte at barn under 7 år skal involveres dersom det er i stand til å danne egne synspunkter, jf. f. eks. barnevernloven § 6-3. Barnelovens regler om barns synspunkter var allerede under revisjon som følge av arbeidet med nye saksbehandlingsregler i barnefordelingstvister. I tråd med premissene som var lagt for inkorporeningen av BK, ble grensen for når barnet skal høres etter barneloven § 31 annet avsnitt senket fra 12 til 7 år.⁴¹ Bestemmelsen i annet avsnitt gjelder barns uttalerett i personlige forhold, herunder hvor barna skal bo. Regelen om barns medbestemmelse i § 31 første avsnitt – som gjelder alle barn uavhengig av alder – ble noe justert i forbindelse med lovrevisjonen. Reglene om barns medbestemmelse innebærer alene at barnet skal involveres. Barna står etter bestemmelsene fritt til å la være å ha noen mening.⁴²

EMD har behandlet flere saker hvor et sentralt tema har vært manglende høring av barn, men problemstillingen har da vært formulert ut i fra foreldreperspektivet. I *Kutzner mot Tyskland* fremhevet

³⁷ Den glidende overgangen mellom statens positive og negative forpliktelse er fremhevet av EMD i tallrike avgjørelser, se f. eks. *Dickson mot Storbritannia*, avsn. 70.

³⁸ Om aktuelle momenter ved vurderingen, se fra senere praksis *Dickson mot Storbritannia*, avsn. 77-85.

³⁹ Sml. også diskusjonen hos *Kilkelly 1999* s. 176-177.

⁴⁰ Ot.prp. 45 (2002-03) s. 27-43.

⁴¹ Lovendring 20. juni 2003 nr. 40, jf. Ot.prp. 29 (2002-03) s. 57-58 og s. 60 (departementet presiserte at daværende regel i § 31 må antas å være i samsvar med BK art. 12).

⁴² Se Ot.prp. 45 (2002-03) s. 32 for så vidt gjelder den korresponderende regelen i barnevernloven § 6-3.

EMD som et element i vurderingen av om en omsorgsovertakelse var et nødvendig inngrep i familielivet etter art. 8(2) at barna – som var 4 og 6 år gamle da den siste nasjonale ankeinstansen behandlet saken – ikke på noe tidspunkt var hørt av nasjonale domstoler. I *Sahin mot Tyskland* konstaterte EMD i kammer krenkelse (dissens 5-2) av en fars rett til familieliv etter art. 8. Jenten – som på det relevante tidspunktet var 5 år gammel – var ikke hørt av domstolene under behandlingen av barnefordelingstvisten mellom foreldrene. Etter kammerets syn var det ikke tilstrekkelig at jenten hadde hatt samtaler med den psykologisk sakkyn-dige. Storkammeret kom til motsatt resultat, og fremholdt at det ville gå for langt å kreve at nasjo-nale domstoler alltid skulle høre barn i tvister mel-lom foreldrene vedrørende samvær. Spørsmålet om høring av barn må avgjøres ut fra en helhets-vurdering, hvor barnets alder og modenhet står sentralt (avsn. 73). Storkammerets tilnærming er kritisert av *Gording Stang*, som mener kammerets løsning er bedre i samsvar med BK art. 12 slik denne er presisert av FNs barnekomité.⁴³ For egen del foretrekker jeg saksutfallet i Storkammeret. Det ville vært et overgrep å kreve at barnet skulle møte i retten, og det er vanskelig for EMD å over-prøve nasjonale domstolars vurdering av om den sakkyn-dige hadde gått jenten nok på klingen i spørsmål vedrørende faren.⁴⁴

Diskusjonene i Norge har særlig gått på om lov-giver har fulgt opp intensjonene i BK art. 12 ved å fastsette en bestemt aldersgrense for når barn skal høres. Kritikerne har ment at 7-årsgrensen i prak-sis fører til at yngre barn ikke høres.⁴⁵ I motsetning til den korresponderende regelen i barneloven § 6-3, som uttrykkelig også omfatter barn under 7 år som er i stand til å danne seg egne synspunkter,⁴⁶ omtaler ikke barneloven § 31 annet ledd barn under 7 år. Barneloven må likevel tolkes dit hen at også barn under 7 år kan høres dersom de har nådd tilstrekkelig modenhet, og etter omstendig-hetene vil myndighetene være forpliktet til å høre også yngre barn.⁴⁷ Barnekomiteen har understre-ket at i medlemstater som opererer med aldersgren-ser, må myndighetene sikre at barn under lovfast-satte grenser som har oppnådd tilstrekkelig modenhet får tilkjennegitt sine synspunkt.⁴⁸ Etter min mening er dagens norske ordning hensikts-

messig, i alle fall så lenge aldersgrensen er satt såpass lavt.⁴⁹

Et eget spørsmål er om nasjonale myndigheter kan la være å høre større barn, dersom barnet der-igjennom utsettes for en unødig belastning. I en sak om endring av samværsomfanget mellom barn og far etter foreldrenes samlivsbrudd, la Høyeste-rett til grunn at lagmannsretten ikke hadde begått en saksbehandlingsfeil ved å la være å høre barnet (Rt. 2004 side 811). Saken var spesiell, siden endringssøksmålet ble anlagt nær umiddelbart etter en dom om hvor barnet skulle bo fast var rettskraftig (samværssspørsmål var tema også tema i denne tvisten). Høyesteretts tilnærming er kriti-sert av *Smith*, som mener måten førstvoterende grunnga dommen på, kan bidra til å svekke bar-nets uttalerett.⁵⁰ Etter min mening kan en vanske-lig komme utenom at hensynet til barnets beste kan tilsi en beskjæring av uttaleretten, jf. Europarå-dets konvensjon om samvær (EurSamv) art. 6 som fastsetter at en kan unnlate å høre barn dersom dette åpenbart («manifestly contrary») er i strid med barnets interesser.⁵¹ Jo eldre barnet er, og jo viktigere saken er for barnet, jo høyere må terske-len være for å la være å høre barnet.

Den norske debatten har til nå først og fremst vært rettet mot når barn skal høres i saker som ver-serer for domstolene. Vel så viktig er reglene om fremgangsmåten for å få frem barnets synspunkter og hvordan disse følges opp av domstoler og admi-nistrative myndigheter. I den senere tid har slike ulike prosessuelle aspekter fått økt oppmerksom-het. For det første har måten barn høres i økende grad blitt et relevant tema. Håndhevingsorganene har i begrenset grad gitt føringer, men barnekomiteen har gitt uttrykk for at også barn under 15 år må gis anledning til å forklare seg direkte overfor domstolen.⁵² EMD på sin side har avsagt dommer hvor enkeltpassasjer kan tolkes dit hen at det ikke er tilstrekkelig at barns mening kommer til uttrykk gjennom sakkyn-dige.⁵³ Dagens saksbe-

⁴³ *Gording Stang* s. 116 med henvisning til General Comment no. 7 (2005), avsn. 14.

⁴⁴ Se nærmere dommen avsn. 21–23.

⁴⁵ Se høringsuttalelse referert i Ot.prp. 29 (2002–03) s. 59, jf. også diskusjonen hos *Gording Stang 2007* s. 116–118.

⁴⁶ Se Ot.prp. 45 (2002–03) s. 32 og s. 62.

⁴⁷ Se også *Holgerson 2008* s. 295.

⁴⁸ Day of General Discussion on the Right of the Child to be heard (2006), avsn. 51. Se også *Hodgkin/Newell 2007* s. 130, s. 153 og 155.

⁴⁹ Den norske aldersgrensen er lav i et europeisk perspektiv, se ulike oversikter i Ot. prp. 29 (2002–03) s. 61 og *Boele-Wolki m.fl. 2007* s. 52–53 og s. 245–246.

⁵⁰ *Smith*, FAB 2004, på s. 229–23. Hun har senere fått tilslutning fra andre, jf. *Gording Stang 2007* s. 306 og *Holgerson 2008* s. 295–296.

⁵¹ Se også *Boele-Wolki m.fl. 2007* s. 247.

⁵² CRC/C/15/Add.272, avsn. 23 (sluttobservasjoner etter Finlands tredje periodiske rapport), referert hos *Hodgkin/Newell 2007* s. 153–154.

⁵³ *Kutzner mot Tyskland*, avsn. 77 og *Sahin mot Tyskland*, avsn. 73, jf. også Søvig, FAB 2005 s. 210–212, hvor jeg uttrykker skepsis til å trekke barn inn i rettssalene på lik linje med voksne.

handlingsregler i barneloven ble revidert i 2003. Bestemmelsene i § 61 nr. 4 og 5 om høring av barn må sies å være temmelig fleksible og er innenfor rammen av våre internasjonale forpliktelser. Skal reglene fungere etter intensjonene, er samfunnet avhengig av at de som hører barnet har tilstrekkelig kompetanse, og barnekomiteen har understreket behovet for at dommere og tjenestemenn har fått nødvendig opplæring i å se barneperspektivet.⁵⁴ For det *annet* har informasjonskrav fått økende oppmerksomhet. Barnekomiteen har sett på informasjon som en forutsetning («pre-requisite») for uttaleretten,⁵⁵ og i aktuelle konvensjoner fra Europarådet er informasjonsplikten uttrykkelig inntatt i konvensjonstekstene.⁵⁶ For det *tredje* har måten saksutfallet kommuniseres til involverte barn kommet i fokus. Barnekomiteen har fremholdt:⁵⁷

«Judges and other decision makers should, as a rule, explicitly state and explain the outcome of the proceedings, especially if the views of the child could not be accommodated.»

Etter mitt syn bør denne anbefalingen følges opp, i alle fall ved at offentlige instanser i større grad tar ansvar for å sikre at barn blir informert om saksutfallet på en hensynsfull måte.

De færreste sakene hvor foreldrene i utgangspunktet har ulike oppfatninger om hvor barna skal bo eller om gjennomføring og omfang av samvær, havner på myndighetenes bord, men avgjøres minnelig mellom foreldrene. I utgangspunktet er barna – og samfunnet – selvsagt tjent med at foreldrene kommer til enighet, men en utilsiktet fordel ved at det offentlige involveres i familiekonflikter er at samfunnet dermed også får et klart ansvar for å påse at barnas rettigheter til høring og medbestemmelse sikres. Selv om forskning viser at foreldrene stort sett er flinke til å involvere barna på behørig måte i avgjørelser om bosted,⁵⁸ vil enkelte foreldre svikte her.⁵⁹ BK art. 12 regulerer statens forpliktelser, og gjelder ikke direkte overfor foreldrene, men etter barneloven § 31 første ledd har alle foreldre plikt til å involvere barn over 7 år i spørsmål om valg av bosted og gjennomføring av

samvær. Spørsmålet er om denne lovregelen er tilstrekkelig, eller om samfunnet i større grad bør tydeliggjøre foreldrenes forpliktelser. Etter mitt syn er dagens lovverk adekvat, men myndighetene har etter mitt skjønn et ansvar for å følge med i utviklingen, både i form av å oppdatere statistikk på området og å informere aktuelle foreldre om forpliktelsene. For eksempel kan en tenke seg at meklerne i saker etter barneloven fikk et større ansvar for å påse at barn var behørig involvert i prosessen ut i fra alder og modenhet.

Fokuset har til nå vært rettet mot selve prosessen. Et annet spørsmål er betydningen av barnets syn. Etter BK art. 12 skal barnets mening tillegges behørig vekt («due weight») etter alder og modenhet,⁶⁰ og barneloven § 31 annet ledd fastsetter at når barnet er fylt 12 år skal myndighetene legge stor vekt på dets mening. For mindre barn følger det underforstått av lovteksten at deres syn skal ha betydning, men mindre gjennomslagskraft enn for en 12-åring. Den nærmere vurderingen beror på det konkrete saksforholdet, og i utgangspunktet må den norske lovgivningen anses i samsvar med våre folkerettslige forpliktelser.

C. mot Finland gjaldt to barn som ønsket å bli boende hos morens partner etter morens død, mens deres biologiske far ønsket at barna skulle flytte til ham. Faren vant frem i underinstansene, mens finsk høyesterett avgjorde at barna skulle fortsette å bo hos morens partner. Barna var da 12 og 14 år gamle. Høyesterett la avgjørende vekt på at barna motsatte seg flyttingen, mens underinstansene hadde kommet til motsatt resultat. EMD konstaterte krenkelse av farens rettigheter etter art. 8, og hovedinnvendingen var at den øverste nasjonale domstolen ikke hadde avholdt muntlige forhandlinger hvor partene kunne utdype sin argumentasjon eller føre nye bevis. Avgjørelsen gir derfor ikke føringer på betydningen av barna syn, men stiller særlige krav til saksbehandlingen når barn motsetter seg flytting.

3.4 Hvilke føringer legger menneskerettighetene når domstolene må velge mellom foreldrene?

Twister mellom foreldrene om felles barn når det gjelder foreldreansvar, bosted eller samvær er saker mellom private parter. Staten har likevel et ansvar etter menneskerettighetene. Etter BK har myndighetene en løpende forpliktelse overfor det enkelte barn, også mens foreldrene tvister. Etter

⁵⁴ Se Day of General Discussion on the Right of the Child to be heard (2006), avsn. 41.

⁵⁵ Se Day of General Discussion on the Right of the Child to be heard (2006), avsn. 12.

⁵⁶ EurUBR art. 3(a) art. 6(b) og EurSamv art. 6(1), jf. også CEFL, principle 3:6 («the right to be informed»).

⁵⁷ Day of General Discussion on the Right of the Child to be heard (2006), avsn. 41.

⁵⁸ Se *Skjørtten m.fl. 2007* s. 77-84 (særlig s. 84). Undersøkelsen er i stor grad gjennomført før endringene i barneloven § 31.

⁵⁹ Se *Skjørtten m.fl. 2007* s. 235-254 om barns opplevelser.

⁶⁰ Tilsvarende uttrykk brukes i andre instrumenter, se EurUBR art. 6c, EurSamv art. 6(2) og CEFL principle 3:6.

EMK vil en avgjørelse i den ene foreldres favør, regelmessig være et inngrep i den andres rett til familieliv, hvilket aktualiserer vernet etter art. 8.⁶¹ I tillegg stiller EMK krav til rettergangen i art. 6. TP 7-5 fastsetter at ektefeller skal ha like rettigheter og likt ansvar både under og etter ekteskapet, men i praksis har bestemmelsen spilt en tilbake trukket rolle.

EMD har normalt sett vært varsom med å konstatere krenkelse etter art. 8 hvor nasjonale domstoler har avgjort tvister om foreldreansvar og fast bosted. Sakene er regelmessig lite egnet for internasjonal kontroll, fordi de er preget av konkrete avveininger etter en umiddelbar bevisførsel. Dessuten må nasjonale domstoler normalt velge mellom foreldrene, og dermed uansett foreta et inngrep i en av foreldrenes familieliv. Disse forholdene tilsier at statene har en romslig skjønnsmargin. Den er likevel ikke ubegrenset, og EMD har særlig måttet ta stilling til spørsmål hvor den tapende part i den nasjonale tvisten hevder at han eller hun er utsatt for en urettmessig forskjellsbehandling, jf. den generelle, aksessoriske diskrimineringsbestemmelsen i art. 14.

I *Hoffmann mot Østerrike* hadde den øverste nasjonale domstol avgjort at barna skulle bo fast hos faren etter samlivsbrudd og hadde også tilkjent ham foreldreansvaret. EMDs flertall (dissens 5-4) mente at en bærende begrunnelse bak den nasjonale avgjørelsen var at moren var medlem av Jehovas vitner, og konstaterte krenkelse av art. 8, sammenholdt med art. 14.⁶² Ut i fra samme rettslige tilnærming konstaterte EMD (enstemmig) krenkelse av art. 8, sammenholdt med art. 14 i *Mouta mot Portugal*. Nasjonale domstoler hadde her lagt vekt på at faren var homoseksuell da de tilkjente moren foreldreansvaret. Lignende problemstillinger har vært oppe for norske domstoler, og Høyesterett synes å ha holdt seg innenfor de rammene som EMD trekker opp, jf. Rt. 1994 side 992 (på side 997).

Som sagt vil en rettsavgjørelse i denne typen saker normalt innebære et inngrep i den ene av foreldrenes familieliv. En kan diskutere om ulike former for «delt løsninger» – enten i form av delt foreldreansvar eller delt bosted – vil anses som et inngrep, men den interessante problemstillingen er om denne typen løsninger skal anses som påbudte. Spørsmålet kan både ses fra et barne- og foreldreperspektiv.

Barn kan nyte beskyttelse både etter BK og EMK, men antakelig gir BK i denne situasjon den mest vidtrekkende regelen, og drøftelsen vil for barnas del ta utgangspunkt i denne. Etter BK art. 3 skal barnets beste være et grunnleggende hensyn i alle handlinger som berører barn. Allerede før inkorporeringen av BK gjennom menneskerettsloven, inneholdt barneloven bestemmelser om at avgjørelser om foreldreansvar, hvor barnet skal bo fast og samvær først og fremst skal rette seg etter det som er best for barnet, jf. barneloven § 40 første ledd (tidl. § 34 tredje avsnitt m.fl.). Slik sett er det full forenelighet mellom den norske lovregelen og konvensjonsvernet, men det har vært diskutert om forbudet mot å idømme delt bosted (barneloven § 36 annet ledd) er i strid med BK art. 3.⁶³ Østberg mener at norske domstoler er forpliktet til å idømme delt bosted på tvers av lovbestemmelsen dersom retten er overbevist om at denne løsningen vil være til barnets beste, jf. forrangsbestemmelsen i menneskerettsloven § 3. Spørsmålet blir om BK art. 3 har en slik rekkevidde at hensynet til det aktuelle barnets beste skal gå foran den generelle vurderingen som den nasjonale lovgiver har foretatt av barnets beste når forbudet mot delt omsorg ble innført. Etter BK er barnets beste «et grunnleggende hensyn», og denne formuleringen var et bevisst valg fremfor alternativet «det grunnleggende hensynet».⁶⁴ Hensynet til barnets beste kan derfor måtte vike for andre tungtveiende interesser, selv om det er viktig å understreke at dette ikke vil være en kurant vurdering. Det er et åpent spørsmål hvilke løsninger som BK art. 3 gir anvisning på, men ut i fra de lovforslagene som både flertallet og mindretallet i utvalget fremmer, går ikke jeg nærmere inn på dette.

Retter en blikket mot foreldreperspektivet og retten til vern av familieliv etter EMK art. 8 oppstår andre utfordringer. Spørsmålet blir om art. 8, eventuelt sammenholdt med art. 14, krever at foreldrene skal stilles likt med hensyn til omsorg og foreldreansvar etter samlivsbrudd. Det har vært flere saker for EMD hvor diskriminering av foreldrene har vært aktuelt, men disse har særlig omhandlet ulik regulering av fars posisjon alt ettersom har var gift med moren eller ikke.⁶⁵ EMD har behandlet anførsler om diskriminering i form av at felles foreldreansvar fordrer foreldrenes enighet, men har forkastet disse, jf. særlig *Hoppe mot Tyskland*. Selv om rettstilstanden kan synes avklart, er det grunn

⁶¹ Se særlig *Hoffmann mot Østerrike*, avsn. 29 og *Palau-Martinez mot Frankrike*, avsn. 30.

⁶² Se også *Palau-Martinez mot Frankrike* (krenkelse, dissens 6-1) og *Ismailova mot Russland* (ikke krenkelse, dissens 4-3) hvor også klagerne hadde tilknytning til Jehovas Vitner.

⁶³ *Østberg, LoR 2006* s. 117–119.

⁶⁴ *Detrick 1999* s. 91 med videre henvisning til forarbeidene (travaux préparatoires).

⁶⁵ Jf. f. eks. *Sommerfeld mot Tyskland* og *Sahin mot Tyskland* (begge avsagt i Storkammer).

til å understreke EMDs dynamiske tolkingsstil. Diskrimineringsområdet er i rask endring, og lovgiver må løpende vurdere den norske rettstilstanden opp mot kommende avgjørelser fra EMD.

3.5 Restriksjoner på endring av barnets bosted

Lovutvalgets flertall foreslår å legge adgangen til å bestemme endring av barnets bosted innenlands inn under foreldreansvaret, kombinert med en mulighet for domstolskontroll ved uenighet, jf. utkastet til § 40. Spørsmålet er om en slik rettslig konstruksjon vil være i strid med foreldrenes bevegelsesfrihet. Den aktuelle bestemmelsen er EMK fjerde tilleggsprotokoll artikkel 2 (TP 4-2) som lyder:⁶⁶

«1. Everyone lawfully within the territory of a State shall, within that territory, have the right to liberty of movement and freedom to choose his residence.

2. Everyone shall be free to leave any country, including his own.

3. No restrictions shall be placed on the exercise of these rights other than such as are in accordance with law and are necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety, for the maintenance of ordre public, for the prevention of crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.

4. The rights set forth in paragraph 1 may also be subject, in particular areas, to restrictions imposed in accordance with law and justified by the public interest in a democratic society.»

Det er første og tredje avsnitt («paragraph») som er relevante i denne sammenheng. Lovutvalgets flertall går inn for en ordning hvor begge foreldrene må samtykke til flytting av barnet innen landet dersom foreldrene har felles foreldreansvar. Selv om kravet om samtykke er knyttet opp mot hvorvidt barnet må flytte, vil en eventuell nekting reelt sett innebære at den andre av foreldrene ikke kan velge bosted i samsvar med eget ønske. Dersom samtykket mangler, kan den av foreldrene som ønsker å flytte, ikke ta barnet med seg uten å opptre rettsstridig. I en slik situasjon vil staten gjennom regelverket gripe inn i rettigheten som er nedfelt i TP 4-2.

Imidlertid åpner TP 4-2(3) for restriksjoner, dersom tiltaket er hjemlet i lov («in accordance

with the law»), forfølger et legitimt formål («in the interest of ...») og er nødvendig i et demokratisk samfunn («necessary in a democratic society»). Bestemmelsen har her en oppbygging tilsvarende art. 8–11, og en må derfor trekke veksler på EMDs praksis om disse bestemmelsene.⁶⁷ Den foreslåtte lovhjemmelen er tilstrekkelig klar til å oppfylle hjemmelskravet. Siktemålet er å ivareta barns rett til samvær med begge foreldrene, hvilket er innenfor de legitime formålene som TP 4-2(3) setter opp («protection of the rights and freedom of others»). Det springende punktet er hvorvidt tiltaket er nødvendig i et demokratisk samfunn. EMD har til nå ikke avgjort saker om restriksjoner som gjelder innenlandsk flytting, men i *Roldan Teixeira mot Italia* tok EMD stilling til en klage fra en mor som midlertidig var tildelt foreldreansvaret, betinget av at hun ikke tok med barna ut av Italia. Både hun og barna (5 og 10 år gamle) var spanske statsborgere, og hun hadde flere ganger anmodet italienske domstoler om å få ta med barna på ferie til Spania, men fått avslag. Italienske domstoler begrunnet avslagene med at det var en reell risiko for at hun ville la være å vende tilbake til Italia og dermed vanskeliggjøre utøvelsen av samværsrett mellom barna og faren. Til tross for hennes tilknytning til Spania og at faren hadde et rettslig vern gjennom Haagkonvensjonen om internasjonal barnebortføring, avviste EMD klagen som åpenbart grunnløs. I avgjørelsen viste EMD til at utreiseforbudet var et forholdsmessig tiltak for å sikre andres rettigheter.⁶⁸ Selv om avgjørelsen gjelder forbud mot å ta barna ut av landet, har den overføringsverdi til restriksjoner som gjelder innenlands. EMD vil også her foreta en konkret vurdering av den begrunnelsen som er gitt for forbudet, og avgjørelsen viser at nasjonale myndigheter har et romslig spillerom til å vedta og håndheve regler som tar sikte på å sikre barns samvær med begge foreldrene. Statens skjønnsmargin vil være romslig, fordi en foreløpig ikke har oppnådd noen europeisk konsensus.⁶⁹

Det foreslåtte forbudet i barneloven inntreffer dersom den ene av foreldrene nekter å gi sitt samtykke til at barnet endrer bosted. En flytting av barnet vil da være ulovlig frem til saken er avgjort av retten eller gjennom rettsforlik. I praksis vil den av foreldrene som ønsker å flytte, måtte bringe saken inn for domstolene. Spørsmålet som oppstår, er om det er i samsvar med våre folkerettslige forpliktel-

⁶⁶ Se tilsvarende bestemmelse i SP art. 12. Denne typen flytteforbud synes verken diskutert i teori eller praksis, jf. *Nowak 2005* s. 259–289.

⁶⁷ Sml. *Kjølbro 2007* s. 849.

⁶⁸ Se nærmere *Kjølbro 2007* s. 849 og *Lorenzen m.fl. II 2003* s. 835.

⁶⁹ Se oversikten hos *Boele-Woelki 2007* s. 139–140, som viser en differensiert regulering.

ser at det som reelt sett er et flytteforbud, i første hånd ilegges av private, dvs. den andre av foreldrene. I *Roldan Teixeira mot Italia* var avslaget på utreise gitt av domstolene i første hånd, slik at spørsmålet om domstolsprøving ikke oppstår. Utgangspunktet må tas i EMK art. 6. Å velge sitt eget bosted er en privatrettslig rettighet («civil rights and obligations»), hvilket betinger tilgang til domstolene for å få avgjort eventuelle tvister. Så lenge domstolsadgangen står åpen, vil derfor den foreslåtte nyordningen være konvensjonsmessig, gitt at saksbehandlingen for domstolene oppfyller kravene i art. 6.

Kommisjonen for europeisk familierett foreslår at for foreldre som har felles foreldreansvar, kan endring av barnets bosted – også innenfor den aktuelle jurisdiksjonen – bare skje dersom det andre av foreldrene varsles i forkant av flyttingen, jf. CEFL, principle 3:21. Dersom den andre av foreldrene protesterer mot flyttingen, kan begge foreldrene bringe tvisten inn for aktuelle myndigheter.

3.6 Særlig om samvær

3.6.1 Innledning

Samvær mellom barn og foreldre er en sentral menneskerettighet. BK art. 9(3) fastsetter at partene skal respektere den rett et barn som er atskilt fra foreldrene, har til å opprettholde regelmessig kontakt med begge foreldrene, med mindre dette er i strid med barnets beste. Formuleringen er relativt vag, og litteraturen om BK art. 9(3) henviser i stor grad til EMDs praksis etter EMK art. 8 og de prinsipper som kan utledes av denne.⁷⁰ Europarådets konvensjon om samvær (EurSamv) art. 4 slår fast at barn og foreldre har rett til å opprettholde nær kontakt med hverandre, men hjemler restriksjoner og unntak der hvor dette er nødvendig av hensyn til barnets beste. Forslaget til retningslinjer for europeisk familierett er bygget på samme lest som BK art. 9(3) og EurSamv art. 4.⁷¹

Samvær mellom barn og foreldre er en sentral del av familielivet. Mens EMD har innrømmet statene en romslig skjønnsmargin for så vidt gjelder foreldreansvar/omsorgsrett, snevres denne etter praksis inn dersom samværsrestriksjoner fører til at det er fare for at familiebandene i praksis kuttes.⁷² Avskjæring av samvær kan enten skje juridisk gjennom en rettsavgjørelse, eller faktisk ved at en avgjørelse eller avtale som tilkjenner samvær

ikke blir fulgt opp. Selv om EMD vurderer begge disse situasjonene ut i fra de samme overordnede kriteriene, er det likevel hensiktsmessig å behandle dem hver for seg.

I Norge bruker vi regelmessig ordet samvær, som både kan ses som en rett for barnet og foreldrene, barnevernloven § 4-19 og barneloven § 42, som henholdsvis betoner gjensidigheten og barnets rett. I den engelskspråklige verden brukes ofte begrepet «access» («to children»). Ordet har en viss slagside mot foreldrenes rett til å se sine barn. På denne bakgrunn kan en spore en endring i terminologien, jf. eks. EurSamv som bruker betegnelsen kontakt («contact concerning children»), jf. Explanatory Report, avsn. 6.

3.6.2 Avskjæring av samvær

EMD har flere ganger måttet ta stilling til saker hvor nasjonale domstoler har avskåret samvær for en av foreldrenes del etter samlivsbrudd. I *Elsholz mot Tyskland* hadde nasjonale domstoler bestemt at faren ikke lenger skulle ha samvær fordi jenten ikke ønsket å treffe faren. Hun var henholdsvis fire og seks år da førsteinstansen og ankeinstansen avgjorde samværstvisten. EMD konstaterte krenkelse av art. 8 (og art. 6). Den bærende begrunnelsen var at tyske domstoler hadde fattet et så vidtgående inngrep uten å oppnevne sakkyndige, i tillegg til at den øverste ordinære ankeinstansen ikke hadde holdt muntlige forhandlinger.

Saksutfallet ble motsatt i *Süss [I] mot Tyskland*. EMD sa seg enig med nasjonale domstoler i at barnets negative holdninger mot faren delvis skyldtes morens påvirkning (datteren var 10 år første gang hun forklarte seg for nasjonale domstoler), men dette kunne ikke være avgjørende så lenge barnet hadde inntatt et fast standpunkt og nasjonale domstoler hadde foretatt en forsvarlig saksbehandling.⁷³ I denne forbindelse fremhevet EMD blant annet at nasjonale domstoler hadde oppnevnt en sakkyndig.

De to nevnte avgjørelsene viser at EMD foretar differensierte vurderinger, og at det først og fremst er beslutningsprosessen som kan reise spørsmål etter art. 8. Samtidig har EMD i enkelte avgjørelser dels konstatert krenkelse fordi nasjonale domstoler har ilagt uforholdsmessige samværsrestriksjoner. En illustrerende avgjørelse er *Zawadka mot Polen*. Den ene av foreldrene hadde sabotert samværsavtalen mellom foreldrene, og den andre av foreldrene hadde respondert med å kidnappe egne barn. EMD var her ikke overbevist om at det var

⁷⁰ Jf. f. eks. *Detrick* 1999 s. 171–178 og *Doek* 2006 s. 25.

⁷¹ CEFL, principle 3:25 og 3:28.

⁷² Jf. f. eks. *Elsholz mot Tyskland*, avsnitt 49.

⁷³ Se også *C. mot Finland*, avsn. 60–62.

nødvendig med en høyst begrenset samværsordning i etterkant av at faren hadde kidnappet datteren.

3.6.3 Manglende håndhevelse av samværsrettigheter

EMD har behandlet flere klager over manglende håndhevelse av samværsrettigheter etter samlivsbrudd. Typetilfellet har vært at en av foreldrene er tilkjent samværsrett gjennom domstolsavgjørelse eller avtale, men at denne ikke følges opp av motparten. En av de første sakene som kom opp for EMD var *Hokkanen mot Finland*. Saken gjaldt manglende oppfølging av samværsrett for en far der barnet bodde hos besteforeldrene. EMD fremholdt at staten hadde et ansvar for å sikre at familielivet ble respektert også i disse tilfellene. Ledetråden var om nasjonale myndigheter hadde tatt alle nødvendige skritt som rimelig kan ventes med sikte på å sikre kontakten mellom foreldre og barn.

I *Glaser mot Storbritannia* trakk EMD opp nærmere retningslinjer, og understreket nødvendigheten av at nasjonale myndigheter foretok en avveining av foreldrenes rettigheter opp mot barnets rettigheter. Videre pekte EMD på at den som har samværsretten, selv er forpliktet til å følge opp denne ved å anmode om eventuell tvangsgjennomføring, og myndighetene er ikke forpliktet til å handle på eget initiativ.⁷⁴

I *Ignacolo-Zenide mot Romania* fremholdt EMD at hensiktsmessigheten av et tiltak måtte bedømmes ut i fra hvor raskt det ble gjennomført og at myndighetene ikke måtte utelukke tvangsmidler, selv om dette er lite ønskelig.⁷⁵ Konkret gjaldt saken internasjonal barne bortføring (av egne barn), men vurderingstemaene er fulgt opp i klager over nasjonale barnefordelingstvister.⁷⁶

Ved avgjørelsen av enkeltsaker foretar EMD nyanserte vurderinger ut i fra saksforholdet, hvor ledetråd i flere avgjørelser har vært at respekt for rettsstatlige prinsipper («rule of law») tilsier at rettslige avgjørelser skal følges opp også om den tapende part motarbeider håndhevingen.⁷⁷ Et sentralt moment i mange saker har vært en langdryg håndhevelsesprosess. Fordi tidsbruken kan påvirke realitetsutfallet, har EMD flere ganger lagt vekt på svak saksfremdrift som et moment under

⁷⁴ Se også *C. mot Finland*, avsn. 61. I saker om internasjonal barnefordeling synes imidlertid EMD i større grad å kreve at myndighetene handler på eget initiativ, jf. f. eks. *Monory mot Ungarn*, avsn. 79 og *Iosub Caras mot Romania*, avsn. 36–37.

⁷⁵ *Ignacolo-Zenide mot Romania*, avsn. 102 og 106.

⁷⁶ Se *V.A.M. mot Serbia*, avsn. 134–135.

⁷⁷ Se *Nuutinen mot Finland*, avsn. 129.

art. 8.⁷⁸ I tillegg kan lang saksbehandlingstid innebære en selvstendig krenkelse av art. 6.⁷⁹

I flere av sakene har et av temaene vært ulike former for sanksjoner som er hjemlet i nasjonal lovgivning. EMD har betont nødvendigheten av at nasjonale myndigheter plikter å utnytte de hjemlene som følger av hjemlig regelverk,⁸⁰ og der hvor myndigheten har vært inaktive har veien til å konstatere krenkelse vært kort.⁸¹ Det er neppe et konvensjonskrav å ha nasjonale regler om tvangsmulkt eller bøtelegging ved sabotering av samværsretten, men der hvor reglene finnes må idømte bøter normalt inndrives.⁸²

EMD har også fremhevet betydningen av at nasjonale myndigheter på ulike måter forbereder barnet på samvær.⁸³ Selv om EMD generelt har fremhevet at tvangsbruk ikke kan utelukkes, har en i konkrete saker vært tilbakeholden med å konstatere krenkelse fordi nasjonale myndigheter ikke har tvangsgjennomført samvær.⁸⁴ Den nasjonale saksbehandlingen har regelmessig vært preget av konfliktnivået mellom foreldrene, noe som dels har påvirket den internasjonale overprøvingen ved at nasjonale domstoler dermed må foreta vanskelig valg som igjen kan tilsi en romslig skjønnsmargin.⁸⁵ Normalt har ikke foreldrenes atferd direkte influert på de vurderingene som EMD har foretatt, men i *Mihailova mot Bulgaria* la EMD vekt på klagers lite konstruktive oppførsel under barnefordelingssaken ved avgjørelsen av om det forelå krenkelse av hennes rettigheter etter art. 8.⁸⁶

Håndheving av samværsrettigheter er en utfordrende problemstilling for nasjonale rettssystemer.⁸⁷ Statene har et selvsagt ansvar for å sørge for at nasjonale rettsavgjørelse håndheves. Samværsaker er imidlertid atypiske av flere grunner. For det første involverer tvistene barn, som har egne rettigheter som kan gå på tvers av foreldrenes interesser. Dernest har partene et høyt konfliktnivå. Undertiden motarbeider foreldrene på ulike

⁷⁸ Jf. f. eks. *Zawada mot Polen*, avsn. 56.

⁷⁹ Se f. eks. *Kaplan mot Østerrike*, avsn. 32.

⁸⁰ Se *V.A.M. mot Serbia*, avsn. 141–142 og *Zavrel mot Tsjekkia*, avsn. 52.

⁸¹ Jf. særlig *Bove mot Italia*, avsn. 47–52.

⁸² Jf. *Hansen mot Tyrkia*, avsn. 107 og *Nuutinen mot Finland*, avsn. 131 og 134.

⁸³ Jf. *Nuutinen mot Finland*, avsn. 128 og *Mihailova mot Bulgaria*, avsn. 94.

⁸⁴ Jf. særlig *Volesky mot Tsjekkia*, avsn. 120–125.

⁸⁵ Se særlig dissensen i *Zawadka mot Polen*. Flertallet konstaterte krenkelse av art. 8, mens mindretallet mente nasjonale domstoler måtte ha et visst handlerom.

⁸⁶ Se *Mihailova mot Bulgaria*, avsn. 92.

⁸⁷ Se oversikten over lovgivningen hos *Boelke-Woelki 2007* s. 263–272 og diskusjonen hos *Smith/Lødrup 2006* s. 185–188 vedrørende norsk rett.

vis avtalte eller rettslig besluttede samværsordninger. Endelig er tvangshåndheving av samvær utfordrende. Eventuell tvangsbruk må skje i tilknytning til hvert enkelt samvær. Fysisk maktbruk er normalt utelukket på grunn av belastningen som barna utsettes for. Økonomiske sanksjoner vil ofte belaste barna indirekte. Dette er bakgrunnen for at barneloven § 65 annet avsnitt fastsetter at tvangsfullbyrding av samvær bare kan skje ved tvangsbot og at inndrivning bare skjer dersom den samværsberettigete krever dette. Slik systemet er i dag, er det sårbart for å pådra Norge brudd på EMK art. 8, men vi er her langt på vei i samme båt som øvrige land i Europa. Sett fra et rent konvensjonssynspunkt ville den beste ordningen vært å inkorporere tvangsfullbyrdselen i den materielle prosessen, men dette vil bryte med et system som er innarbeidet i de fleste europeiske land. Utfordringen er å lage en prosessordning som er rimelig hurtig og som har et arsenal av effektive, negative sanksjoner overfor foreldre som saboterer rettskraftige avgjørelser.

Verken BK art. 9 eller andre bestemmelser regulerer uttrykkelig problematikken omkring håndheving av samvær. Den europeiske konvensjonen om samvær (EurSamv) går temmelig detaljert inn i problemstillingen. Konvensjonen setter opp ulike virkemidler som statene kan benytte, både med hensyn til å sikre at samvær skjer i henhold til det som er avtalt eller besluttet (art. 10(2)a) og med hensyn til å sikre at barnet bringes tilbake etter endt samvær (art. 10(2)b). Kommisjonen for europeisk familierett har foreslått en felles regel for håndheving (som også inkluderer samværsrettigheter) og fremholder at håndheving av rettigheter skal skje uten forsinkelse, jf. CEFL, principle 3:39. Håndheving er imidlertid utelukket dersom dette åpenbart er i strid med barnets beste.

4 Avsluttende merknad

Barn vil regelmessig oppleve det som belastende å være gjenstand for tvist mellom foreldrene. Samfunnet må balansere foreldrenes rettigheter med hensynet til barnet. Barnet beste er en tvetydig størrelse,⁸⁸ med det er ingen tvil om at barnets interesser må ha prioritet overfor foreldrerettighetene.⁸⁹ Langt de fleste av reglene som er gjennomgått foran har som uttalt hovedfunksjon å hindre at konflikter mellom foreldrene oppstår, og som

uttrykkelig målsetting å løse konflikter mellom foreldrene. Det viktigste fra et barneperspektiv er å utforme regler som hindrer eller demper konflikter. Avslutningsvis kan det likevel være grunn til å dvele ved et annet aspekt. Når samfunnet – og kanskje særlig rettssamfunnet – skal ta stilling til komplekse konflikter, vil en av mekanismene regelmessig være å bruke god tid på prosessen, for å sikre at alle relevante momenter er kommet frem og utredet tilstrekkelig. For barn vil ofte ventetiden oppleves som noe av det mest negative. Siden langt de fleste av konfliktene handler om fordeling av bosted og samværstid mellom foreldre som begge er skikket til å gi barnet forsvarlig omsorg, vil hvilken side som vinner frem ofte ha marginal betydning for barnet. Nødvendigheten av tempo i konflikthåndteringen er derfor viktig fra et barneperspektiv, og denne dimensjonen er i de siste årene tydeliggjort i ulike internasjonale instrumenter.⁹⁰

Kilder

Barnekomiteen (Committee on the Rights of the Child)

General Comment No. 7 (2005), Implementing child rights in early childhood (CRC/C/GC/7/Rev.1); *Concluding observations: Finland* (CRC/C/15/Add.272); *Day of General Discussion on the Right of the Child to be heard* (2006).

Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD)

A. mot Storbritannia, klagenr. 25599/94, dom av 23. sept. 1998, RJD 1998-VI; *Bove mot Italia*, klagenr. 30595/02, dom av 30. juni 2005, upublisert; *C. mot Finland*, klagenr. 18249/02, dom av 9. mai. 2006, upublisert; *Costello-Roberts mot Storbritannia*, klagenr. 13134/87, dom av 25. mars 1993, Serie A 247-C; *Dickson mot Storbritannia*, klagenr. 44362/04, dom av 4. des. 2007 (Storkammer), foreløpig upublisert; *D.P. og J.C. mot Storbritannia*, klagenr. 38719/97, dom av 10. des. 2002, upublisert; *Elsholz mot Tyskland*, klagenr. 25735/94, dom av 13. juli 2000, ECHR 2000-VIII; *Eriksson mot Sverige*, klagenr. 11373/85, dom av 22. juni 1989, Serie A 156; *E. m. fl. mot Storbritannia*, klagenr. 33218/96, dom av 26. nov. 2002, upublisert; *Glaser mot Storbritannia*, klagenr. 32346/96, dom av 19. sept. 2000, upublisert; *Hansen mot Tyrkia*, klagenr. 36141/97, dom av 23. sept. 2003, upublisert; *Hoff*

⁸⁸ Haugli, *FS-Lødrup* 2002.

⁸⁹ Se diskusjonen i pkt. 3.2.1, særlig om EMDs praksis og ulike avveiningsnormer.

⁹⁰ Se EurUBR art. 7 og *Hogdkin/Newell 2007* s. 128 med henvisning til Barnekomiteens kritikk av lang saksbehandlingstid i barnefordelingssaker for finske domstoler (CRC/C/15/Add. 272, avsn. 26).

mann mot Østerrike, klagenr. 12875/87, dom av 23. juni 1993, Serie A 255-C; *Hokkanen mot Finland*, klagenr. 19823/92, dom av 23. sept. 1994, Serie A 299-A; *Ignacollo-Zenide mot Romania*, klagenr. 31679/96, dom av 25. jan. 2000, ECHR 2000-I; *Iosub Caras mot Romania*, klagenr. 7198/04, dom av 27. juli 2006, upublisert; *Ismailova mot Russland*, klagenr. 37614/02, dom av 29. nov. 2007, upublisert; *Johansen mot Norge*, klagenr. 17383/90, dom av 8. aug. 1996, RJD 1996-III; *Kaplan mot Østerrike*, klagenr. 45983/99, dom av 18. jan. 2007, upublisert; *Kutzner mot Tyskland*, klagenr. 46544/99, dom av 26. feb. 2002, ECHR 2002-I; *Mayeka og Mitunga mot Belgia*, klagenr. 13178/03, dom av 12. okt. 2006, upublisert; *Mihailova mot Bulgaria*, klagenr. 35978/02, dom av 12. jan. 2006, upublisert; *Mikulic mot Kroatia*, klagenr. 53176/99, dom av 7. feb. 2002, ECHR 2002-I; *Monory mot Romania og Ungarn*, klagenr. 71099/01, dom av 5. apr. 2005, upublisert; *Mouta mot Portugal*, klagenr. 33290/96, dom av 21. des. 1999, ECHR 1999-IX; *Nuutinen mot Finland*, klagenr. 32842/96, dom av 26. juni 2000, ECHR 2000-VIII; *Olsson [III] mot Sverige*, klagenr. 13441/87, dom av 27. nov. 1992, Serie A 250; *Osman mot Storbritannia*, klagenr. 23452/94, dom av 28. okt. 1998 (Storkammer), RJD 1998-VIII; *Palau-Martinez mot Frankrike*, klagenr. 64927/01, dom av 16. des. 2003, ECHR 2003-XII; *Roldan Teixeira mot Italia*, klagenr. 40655/98, avgjørelse av 26. okt. 2000, upublisert; *Sahin mot Tyskland*, klagenr. 30943/96, dom av 8. juli 2003 (Storkammer), ECHR 2003-VIII; *Scozzari og Gunta mot Italia*, klagenr. 39221/98 og 41963/98, dom av 13. juli 2000 (Storkammer), ECHR 2000-VIII; *Sommerfeld mot Tyskland*, klagenr. 31871/96, dom av 8. juli 2003 (Storkammer), ECHR 2003-VIII; *Süss [I] mot Tyskland*, klagenr. 40324/98, dom av 10. nov. 2005, upublisert; *T.P. og K.M. mot Storbritannia*, klagenr. 28945/95, dom av 10. mai 2001 (Storkammer), ECHR 2001-V; *Volesky mot Tsjekkia*, klagenr. 63627/00, dom av 29. juni 2004, upublisert; *V.A.M. mot Serbia*, klagenr. 39177/05, dom av 13. mars 2007, upublisert; *Yousef mot Nederland*, klagenr. 33711/96, dom av 5. nov. 2002, ECHR 2002-VIII; *Zavrel mot Tsjekkia*, klagenr. 14044/05, dom av 18. jan. 2007, upublisert; *Zawadka mot Polen*, klagenr. 48542/99, dom av 23. juni 2005, upublisert; *Z. m.fl. mot Storbritannia*, klagenr. 29392/95, dom av 20. mai 2001 (Storkammer), ECHR 2001-V; *X. og Y. mot Nederland*, klagenr. 8978/80, dom av 26. mars 1985, Serie A 91.

Norske forarbeid

Ot.prp. 3 (1998–99) Om lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven); *Ot.prp. 29 (2002–03)* Om lov om endringer i barneloven mv. (Nye saksbehandlingsregler i barnefordelingssaker for domstolene mv.); *Ot.prp. 45 (2002–03)* Om lov om endring i menneskerettsloven mv. (innarbeiding av barnekonvensjonen i norsk lov; *Innst. O. 51 (1998–99)* Innstilling frå justiskomiteen om lov om styrking av menneskerettane si stilling i norsk rett (menneskerettsloven); *Høringsnotat 14. februar 2001* S. nr. 01/1694/EO.

Avgjørelser fra Høyesterett

Rt. 1989 side 320 (valg av bosted ved fare for seksuelle overgrep); *Rt. 1993 side 1591* (Tvangsfullbyrdelse/bortvising); *Rt. 1994 side 940* (samvær ved fare for seksuelle overgrep); *Rt. 1994 side 992* (barnefordeling og mors tilknytning til Jehovas vitner); *Rt. 1994 s. 1244* (Kvinnefengsel I); *Rt. 1997 side 580* (OFS-dommen); *Rt. 1998 s. 1190* (Kvinnefengsel II); *Rt. 2000 side 996* (Bøhler-dommen); *Rt. 2000 side 1811* (Finanger I); *Rt. 2001 side 1006* (KRL-dommen); *Rt. 2002 side 557* (Tilleggs-skatt. Dobbelforfølging); *Rt. 2003 side 359* (Tilleggs-skatt. Dobbelforfølging); *Rt. 2004 side 811* (avskjæring av barns uttalerett); *Rt. 2004 side 1737* (Politisk reklame. Grl. § 100); *Rt. 2005 side 33* (straffullbyrdelse og BK); *Rt. 2005 side 833* (Objektivt straffansvar. EMK art. 6); *Rt. 2005 side 1567* («Klapsesaken»); *Rt. 2007 side 234* (avskjæring av domstolskontroll).

Litteratur

Backer, FS-Lødrup 2002 = Inge Lorange Backer, Om gjennomføring av barnekonvensjonen i norsk rett, i Kirsti Strøm Bull m.fl., Bonus Pater Familias, festskrift til Peter Lødrup (Gyldendal. Oslo 2002) s. 69–88; *Bårdsen 1999* = Arnfinn Bårdsen, Krenkelseser og klager (Universitetsforlaget. Oslo 1999); *Boele-Wolki m.fl. 2007* – Katharina Boele-Wolki m.fl., Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities (Intersentia. Antwerpen/Oxford 2007); *Detrick 1999* = Sharon Detrick, A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child (Martinus Nijhoff. Haag/Boston/London 1999); *Doek 2006* = Jaap E. Doek, A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child. Article 8/9 (Martinus Nijhoff. Leiden/Boston 2006); *Gording Stang 2007* = Elisabeth Gording Stang. Det er barnets sak (Universitetsforlaget. Oslo 2007); *Gra-*

ver, LoR 2003 = Hans Petter Graver, Internasjonale konvensjoner som rettskilde, LoR 2003 s. 468–489; *Harris m.fl. 1995* = David Harris m.fl., Law of the European Convention on Human Rights (Butterworths. London/Dublin/Edinburgh 1995); *Hodgkin/Newell 2007* = Rachel Hodgkin og Peter Newell, Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child (UNICEF. 3. utg. Geneve/New York 2007); *Holgelsen 2008* = Gudrun Holgelsen, Barnerett (Høyskoleforlaget. Kristiansand 2008); *Haugli, FS-Lødrup 2002* = Trude Haugli, Det mangfoldige barnets beste, i Kirsti Strøm Bull m.fl., Bonus Pater Familias, festskrift til Peter Lødrup (Gyldendal. Oslo 2002) s. 313–326; *Kilkelly 1999* = Ursula Kilkelly, The Child and the European Convention on Human Rights (Dartmouth/Ashgate. Aldershot m.fl. 1999); *Kilkelly 2004* = Ursula Kilkelly, Effective Protection of Children's Rights in Family Cases: An International Approach, i Peter Lødrup og Eva Modvar (red.), Family Life and Human Rights (Gyldendal. Oslo 2004) s. 347–362; *Kjølbro 2007* = Jon Fridrik Kjølbro, Den europæiske menneskerettighedskonvention – for praktikere (Jurist- og økonomforbundets forlag. 2. utg. København 2007); *Lorenzen m. fl. I 2003/Lorenzen m.fl. II 2004* = Peer Lorenzen m.fl., Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med kommentarer, bind I og II (Jurist- og økonomforbundets forlag. 2. utg. København 2003/2004); *Mæhle 2005* = Synne Sæther Mæhle, Grenser for rettsanvendelsesskjønn (Gyldendal. Oslo 2005); *Møse 2002* = Erik Møse, Menneskerettigheter (Cappelen. Oslo 2002); *Nowak 2005* = Manfred Nowak, U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary (N. P. Engel. Kehl/Strasbourg/Arlington. 2. utg. 2005); *Nystuen/Høstmælingen, M&R 2001* = Gro Nystuen og Njål Høstmælingen, Usynlig barnekonvensjon?, Mennesker & rettigheter 2001 s. 79–83; *Ovey/White 2006* =

Clare Ovey og Robert White, Jacobs and White, The European Convention on Human Rights (Oxford University Press. London. 4. utg. 2006); *Skjørten m.fl. 2007* = Kristin Skjørten m.fl., Delt bosted for barn (Gyldendal. Oslo 2007); *Skoghøy, LoR 2003* = Jens Edvin A. Skoghøy, Norske domstolers lovkontroll i forhold til inkorporerte menneskerettskonvensjoner, LoR 2002 s. 337–354; *Smith, FAB 2004* = Lucy Smith, Barnets beste og barnets uttalerett, Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål (FAB) 2004 s. 223–231; *Smith/Lødrup 2006* = Lucy Smith og Peter Lødrup, Barn og foreldre (Gyldendal. 7. utg. 2007); *Strandbakken, LoR 2003* = Asbjørn Strandbakken, Simpson i Strasbourg, LoR 2003 s. 231–248; *Søvig, FAB 2003* = Karl Harald Søvig, Forholdet mellom mor og barn under gjennomføring av fengselopphold («Kvinnefengsel-saken»), Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål (FAB) 2003 s. 134–141; *Søvig, FAB 2005* = Karl Harald Søvig, Arve- og familierettslig diskriminering av barn utenfor ekteskap og høring av barn i familierettstvister, Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål (FAB) 2005 s. 198–213; *Tjomsland 2003* = Steinar Tjomsland (red.), Barnevern og omsorgsovertakelse (Kommuneforlaget. 2. utg. Oslo 2003); *van Dijk m.fl. 2006* = Pieter van Dijk m.fl., Theory and Practice of the European Convention on Human Rights (Intersentia. Antwerpen/Oxford. 4. utg. 2006); *Østberg, LoR 2006* = Øyvind Østberg, Lovregulering på tvers av barnets beste – forbudet mot delt omsorg i lys av barnekonvensjonen artikkel 3, LoR 2006 s. 117–119; *Aall, LoR 2003* = Jørgen Aall, Uskyldspresumsjonen etter frifinnende dom, LoR 2003 s. 249–256; *Aall 2007* = Jørgen Aall, Rettsstat og menneskerettigheter (Fagbokforlaget. 2. utg. 2007).

Norges offentlige utredninger

2007 og 2008

Statsministeren:

Arbeids- og inkluderingsdepartementet:

Om grunnlaget for inntektsoppgjørene 2007.
NOU 2007: 3.

Ny uførestønad og ny alderspensjon til uføre.
NOU 2007: 4.

Barne- og likestillingsdepartementet:

Kvinner og homofile i trossamfunn. NOU 2008: 1.

Kjønn og lønn. NOU 2008: 6.

Med barnet i fokus. NOU 2008: 9.

Finansdepartementet:

Meglerprovisjon i forsikring. NOU 2007: 1.

En vurdering av særavgiftene. NOU 2007: 8.

Om tiltak mot hvitvasking og terrorfinansiering.
NOU 2007: 10.

Individuell pensjonsordning. NOU 2007: 17.

Kulturermomsutvalget. NOU 2008: 7.

Fiskeri- og kystdepartementet:

Retten til fiske i havet utenfor Finnmark.

NOU 2008: 5.

Fornyings- og administrasjonsdepartementet:

Offentlig innkreving. NOU 2007: 12.

Forsvarsdepartementet:

Et styrket forsvar. NOU 2007: 15.

Helse- og omsorgsdepartementet:

Fordeling av inntekter mellom regionale helseforetak.

NOU 2008: 2.

Justis- og politidepartementet:

Lovtiltak mot datakriminalitet. NOU 2007: 2.

Frarådningssplikt i kredittkjøp. NOU 2007: 5.

Fritz Moen og norsk strafferettspleie. NOU 2007: 7.

Rosenborgsaken. NOU 2007: 9.

Den nye sameretten. NOU 2007: 13.

Samisk naturbruk og rettssituasjon fra Hedmark til
Troms. NOU 2007: 14.

Ny skiftelovgivning. NOU 2007: 16.

Fra ord til handling. NOU 2008: 4.

Bourbon Dolphins forlis den 12. april 2007.

NOU 2008: 8.

Kommunal- og regionaldepartementet:

Kultur- og kirke departementet:

Kunnskapsdepartementet:

Formål for framtida. NOU 2007: 6.

Studieforbund – læring for livet. NOU 2007: 11.

Sett under ett. NOU 2008: 3.

Landbruks- og matdepartementet:

Miljøverndepartementet:

Nærings- og handelsdepartementet:

Olje- og energidepartementet:

Samferdselsdepartementet:

Utenriksdepartementet:

Offentlige publikasjoner

Abonnement, løssalg og pris fåes ved henvendelse til:

Akademika AS

Avdeling for offentlige publikasjoner

Postboks 84 Blindern

0314 OSLO

E-post: offpubl@akademika.no

Telefon: 22 18 81 00

Telefaks: 22 18 81 01

Grønt nummer: 800 80 960

Publikasjonen finnes på internett:

www.regjeringen.no