

Felles ansvar, ansvar alene, eller ikke ansvar i det hele tatt?

- I hvilke tilfeller fravikes hovedregelen om felles foreldreansvar?

Kandidatnr: 173956

Leveringsfrist: 07.12.10

Til sammen 14955 ord

Veileder: Kirsten Sandberg

04.12.2010

Innholdsfortegnelse

<u>1. INNLEDNING</u>	3
<u>2. KILDER OG METODE.</u>	4
<u>3. BEGREPER</u>	5
3.1. BARN	5
3.2. FORELDREANSVAR	5
3.3. HVEM INNEHAR FORELDREANSVARET?	6
3.4. SAMTYKKE TIL MEDISINSK BEHANDLING	6
3.5. INFORMASJON OM BARNET	7
3.6. ENDRING AV NAVN	7
3.7. FLYTTING TIL UTLANDET	7
3.8. SAMVÆR	8
<u>4. DEN PROSESSUELLE SIDEN</u>	8
<u>5. DEN HISTORISKE UTVIKLINGEN AV FORELDREANSVARET</u>	9
5.1. INNLEDNING	9
5.2. LOV OM BORN I EKTESKAP (NR 9)	9
5.3. LOV OM BORN FØDT UTANOM EKTESKAP (NR 10)	10
5.4. BARNELOVEN – LOV 8. APRIL 1981 NR 7 OM BARN OG FORELDRE	11
5.4.1. BAKGRUNN	11
5.4.2. HOVEDREGELEN OM FELLES FORELDREANSVAR NÅR FORELDRENE BOR SAMMEN	11
5.4.3. ENDRINGSLOVEN 9. APRIL 2010	12
<u>6. PRESENTASJON AV BARNELOVEN §§ 30, 31 OG 32</u>	13
6.1. INNHOLDET I BARNELOVEN § 30	13
6.1.1. INNLEDNING	13
6.1.2. OMSORGSPLIKTEN	13
6.1.3. RETTEN TIL Å BESTEMME OVER BARNET	13

6.2.	INNHOLEDET I BARNELOVEN § 31	14
6.3.	SELVBESTEMMELSESRETTE	14
7.	<u>"BARNETS BESTE" – INNHOLEDET I BEGREPET</u>	15
7.1.	FNS BARNEKONVENSJON	15
7.1.1.	INNLEDNING	15
7.1.2.	VIKTIGE BESTEMMELSER	15
7.1.3.	BARNEKOMITEENS MYNDIGHET I FORHOLD TIL TOLKNING AV BARNEKONVENSJONEN I NORGE	15
7.2.	ORDLYDEN I NORSK LOV	16
8.	<u>GJENNOMGANG AV RETTSPRAKSIS</u>	17
8.1.	HR – DOMMER	18
8.1.1.	SAKER HVOR FORELDRENE HAR BODD SAMMEN	18
8.1.2.	SAKER HVOR MOR VAR ALENE FRA FØDSELEN	21
8.2.	LR – DOMMER	21
8.2.1.	SAKER HVOR FORELDRENE HADDE BODD SAMMEN	21
8.2.2.	SAK HVOR MOR VAR ALENE FRA FØDSELEN AV	25
8.3.	OPPSUMMERENDE ANALYSE AV RETTSPRAKSIS	26
8.3.1.	BARNEKONVENSJONEN SOM RETTSKILDE	26
8.3.2.	SKILLET MELLOM FORELDREANSVARET NÅR FORELDRENE ALDRI HAR BODD SAMMEN OG NÅR FORELDRENE HAR VÆRT SAMBOERE/GIFT	27
8.3.3.	MOMENTER	28
8.3.3.1.	Vil forelderen anvende foreldreansvaret i fremtiden på en måte som ivaretar barnets beste?	28
8.3.3.2.	Barns medbestemmelsesrett	29
8.3.3.3.	Sammenheng mellom foreldreansvar og samvær	29
8.3.3.4.	Omsorgsvurdering	30
8.3.3.5.	Minstestandard	30
8.3.3.6.	Sakkyndiges rolle	31
9.	<u>JURIDISK TEORI</u>	32
9.1.	MORSPRESUMPSJONEN	32
9.2.	"THE PRIMARY CARETAKER PRESUMPTION"	33

<u>10.</u>	<u>RETTSAMMENLIGNING</u>	<u>35</u>
10.1.	COSTA RICA	35
<u>11.</u>	<u>KONKLUSJON</u>	<u>37</u>
<u>12.</u>	<u>KILDER OG FORKORTELSER</u>	<u>A</u>

1. Innledning

Barn er avhengig av voksne omsorgspersoner. I all hovedsak er det foreldrene som tar ansvar for sine barn ved å ivareta barnets kortsiktige og langsiktige behov. Ved samlivsbrudd i ekteskap og samboerskap, eller dersom mor er alene er alene når barnet er født, må det blant annet tas stilling til om kun den ene eller begge foreldrene skal ha foreldreansvar, om hvor barnet skal bo fast, og eventuell samvær med den forelder som barnet ikke bor hos. I denne oppgaven ønsker jeg å fokusere på foreldreansvaret, kort fortalt foreldres ansvar for sine barn.¹ I dag er det en presumpsjon for at foreldreansvaret er felles mellom mor og far når foreldrene bor sammen.² I lovens etterarbeider fremgår det at; ”[e]t 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”.³ Innholdet viser at både lovgiver og domstolene har lagt til grunn at det anses som barnets beste at begge foreldrene tar del i foreldreansvaret. Det er hovedsakelig ved konflikt om foreldreansvaret at domstolene bestemmer at kun en av foreldrene skal ha foreldreansvaret alene. Dette er kjernen i oppgaven min, og jeg ønsker å finne konkrete momenter i lagmannsrettspraksis og Høyesterettspraksis som viser hva domstolene vektlegger når hovedregelen om felles foreldreansvar fravikes – det vil si at kun den ene av foreldrene får inneha foreldreansvaret for barnet. Jeg vil også vurdere juridiske barnerettslige presumpsjoner opp mot fravikelse av felles foreldreansvar for å finne ut om disse kan supplere lovens kriterium *barnets beste* som

¹ Innholdet i foreldreansvaret vil bli analysert under pkt. 5.3.1.

² Det rettslige utgangspunktet for dette er bl § 34 annet ledd annet pkt, jf FNs barnekonvensjon artikkel 18.

³ Jf NOU:2008-9, kap. 7.2.2 s. 43.

er det bærende hensynet i barneretten og som skal vektlegges tyngst i saker som gjelder barns rettstilling, jf. bl. § 48. Selv om loven er utgangspunktet for å løse barnerettslige spørsmål, beror ikke forholdet mellom barn og foreldre kun på rettsreglene. Jeg synes Smith og Lødrup uttrykker dette på en treffende måte når de sier; ”[b]are i begrenset utstrekning kan rettsregler yte et visst vern for barna mot foreldrenes uforstand, og bare i begrenset utstrekning bidra til løsning av konflikter på det familierettslige området”.⁴ Sitatet viser at rettsreglene kun kan fungere som et utgangspunkt for hvordan barns rettslige stilling vil være etter samlivsbrudd mellom foreldrene, eller i tilfeller hvor foreldrene ikke har levd sammen. Dette utgangspunktet vil formes av foreldrenes vilje og evne til å ivareta barnets beste i slike situasjoner. Rettsreglene kan dermed ikke garantere for at hvert enkelte barn ivaretas optimalt når foreldrene går fra hverandre. Sitatet berører kjernen av problemstillingen som jeg skal ta opp nedenfor, ettersom foreldreansvaret i ytterste konsekvens kan fratras en av foreldrene dersom barnets beste ikke ivaretas på en tilstrekkelig måte.

2. Kilder og metode.

Kildene som benyttes er barneloven og forarbeider til loven, dommer avsagt i Høyesterett, lagmannsretten og juridisk teori. Innledningsvis vil jeg forklare viktige begreper som er nødvendige å forstå i forhold til foreldreansvaret. Videre har jeg tatt med en historisk del om foreldreansvaret generelt for å vise regelens helhet. Jeg skal analysere dommer kvalitativt for å utdype hvilke vurderingsmomenter retten har lagt avgjørende vekt på, og hvilke momenter som kan betegnes som tilleggsmomenter for å vise hva som er bakgrunnen for den konkrete avgjørelse i hver konkrete dom. Dommene er hentet ut fra www.retsdata.no og www.lovdato.no, og de er valgt ut fordi de omhandler tilfeller hvor en forelder ikke lenger får inneha foreldreansvaret for felles barn. Høyesterettsdommer av prinsipiell betydning er tatt med, mens lagmannsrettsdommene er valgt ut etter tema og dato. For å finne best mulig frem til fungerende rett er lagmannsrettsdommene av nyere dato. I analysen vil ulike aspekter som kan ha betydning for at hovedregelen om felles foreldreansvar fravikes bli tatt opp og kommentert. Jeg vil anvende barnekonvensjonen, som Norge har gjort til norsk lov i oktober 2003, som en selvstendig rettskilde som fastslår at vurderingen av barnets beste skal ligge til grunn for løsningen av alle barnerettslige spørsmål. Som sagt under punkt 1, vil jeg vurdere barnerettslige teorier knyttet til foreldreansvaret. Jeg vil da gå

⁴ Smith og Lødrup, 6 utgave s. 15.

nærmere inn på morspresumpsjonen, og ”the primary caretaker presumption”.⁵ Jeg har valgt å sammenligne costarikansk rett om foreldreansvar med norsk rett. Bakgrunnen for valget er at jeg opprinnelig kommer fra det landet, og at jeg synes det er spennende å sammenligne norsk rett med et latinamerikansk rettsystem hvor rettsoppbygningen er markant ulik fra Norge. Samtidig har Costa Rica ratifisert barnekonvensjonen slik at staten har en internasjonal grunnmur for barnets beste som utgangspunkt for vurderinger om barnerettslige saker, noe som er sammenfallende med norsk rett.

3. Begreper

3.1. Barn

Innledningsvis vil jeg starte med å redegjøre for hvem som betegnes som barn. Det er kun barneloven (bl.) som opererer med begrepet barn, men loven har ingen selvstendig definisjon. Det kan imidlertid tolkes ut av § 33 at man er barn når man ikke er myndig. Vergemålsloven (vgml.) fastsetter at myndighetsalderen er 18 år, jf. § 1. Barn kan ikke velge sine foreldre og i de tilfellene foreldrene ikke utøver foreldreansvaret til det beste for barnet, er det nødvendig at domstolene vurderer om forelderens er skikket til å inneha foreldreansvar for barnet. Ulike rettigheter og forpliktelser inntreffer ved ulike alderstrinn. Et eksempel er at et barn som har fylt 7 år, skal høres for eksempel i saker om fast bosted, jf. bl. § 31 andre ledd.

3.2. Foreldreansvar

Foreldreansvar er definert som ansvar knyttet til den rollen som biologiske eller adoptivforeldre har til barn i sin omsorg, eller rettigheter og plikter i forhold til å utøve beslutninger på vegne av sine barn.⁶ Innholdet av foreldreansvaret er todelt. Det vil si at foreldrene på den ene siden har en *plikt* til å ta omsorg for barnet og på den andre siden en *rett* til å bestemme for det i *personlige* forhold. Dette skiller seg fra retten til å bestemme over barnet eller å representere det i *økonomiske* forhold, som ligger inn under vergemål, jf. vgml. § 38. I et vidt perspektiv innebærer foreldreansvaret å ivareta barnets behov. Barnet har rett til husly, varme, klær, oppdragelse, at foreldrene sørger for skolegang, trygghet, kjærlighet og stimuli. Ansvarer går altså ut på å dekke både fysiske og psykiske behov jf. begrepene ”forsyting” og ”omsut og omtanke” i bl. § 30. Loven gir riktignok ingen standard for hvordan omsorgen skal utøves, men dersom

⁵ Jf Smith og Lødrup, 7 utgave s. 138 – 139.

⁶ Mer om dette nedenfor i pkt 8.3.3.3 Forholdet mellom foreldreansvar og samvær.

omsorgen ligger under et minstemål kan barnevernet gripe inn, jf. barnevernloven (bvl.) § 4.

3.3. Hvem innehar foreldreansvaret?

Det er normalt foreldrene, altså mor og far som har foreldreansvaret for barnet. Dersom foreldrene er gifte, har de ”foreldreansvaret saman for sams barn” jf. bl. § 34 første ledd. Etter lovendringen i 2005 har også foreldre som er samboere uten å være gift foreldreansvaret sammen, jf. bl. § 34 andre ledd jf. § 39. Bakgrunnen for endringen var den parallelle innføringen av de særlige reglene om farskapserkjennelse og ønsket om størst mulig likhet mellom barn av samboere og barn av gifte foreldre. Felles foreldreansvar for samboere oppnås ved at farskapet er gyldig erkjent etter reglene i bl. § 4, og at de samboende foreldrene erklærer sin sivilstatus.

Dersom foreldrene ikke bor sammen når barnet er født, fastsetter bl. § 35 at mor skal inneha foreldreansvaret alene.

3.4. Samtykke til medisinsk behandling

Tidligere var det krav til at begge foreldrene som hadde foreldreansvar samtykket for at et barn skulle motta ordinær medisinsk behandling. Dette ble endret i forbindelse med en revisjon av lovverket på barnerettens område tidligere i år. Pasientrettighetsloven § 4-4 andre ledd oppstiller nå to typetilfeller der det er tilstrekkelig at den ene forelder samtykker. Dersom helsehjelpen er et ”ledd i den daglige omsorgen for barnet” jf. bokstav a, eller at ”kvalifisert helsepersonell mener er nødvendig for at barnet ikke skal ta skade” jf. bokstav b er det tilstrekkelig at kun den ene av foreldrene samtykker. Bokstav a må leses i sammenheng med innholdet i bl. § 30 om innholdet i foreldreansvaret.⁷ Det kan for eksempel være situasjoner der den ene forelder har utøvd vold mot barnet selv eller mot en nærstående person i barnets påsyn, og den andre forelder ønsker at barnet skal få hjelp til å bearbeide dette. Før lovendringen trådte i kraft, kunne en forelder nekte å samtykke til hjelp for barnet med den virkning at det i utgangspunktet ville være lovstridig å behandle barnet. Dette har man nå gått bort i fra, og det er en viktig og betydningsfull endring for å sikre barnets rettstilling. Tidligere kunne det at en forelder nektet å samtykke til medisinsk behandling være tilstrekkelig til å frata vedkommende foreldreansvaret etter barneloven. Det at samtykke til medisinsk behandling ikke lenger kreves av begge foreldrene, kan også bidra til at det i fremtiden anlegges færre saker for å frata en forelder foreldreansvaret.

⁷ Innholdet i bl § 30 er analysert under pkt 5.3.1

3.5. Informasjon om barnet

Det at en forelder ikke har foreldreansvar medfører ikke at vedkommende er avskåret fra all informasjon om barnet. Etter bl. § 47 har en forelder som ikke har foreldreansvar likevel rett til informasjon om barnet fra barnehage, skole, helse-sosialvesen og politi. Retten knytter seg kun til at vedkommende er mor eller far til barnet, og den er ikke avhengig av at foreldereren har rett til samvær med barnet. En forelder som er fratatt foreldreansvaret i medhold av bvl. § 4-20, kan avskjæres fra informasjon om barnet etter bl. § 47.

3.6. Endring av navn

Foreldreansvaret er absolutt i forhold til endring av navn. Navneloven § 12 fastsetter at ”Melding om å ta, endre eller sløyfe navn for noen som ikke er fylt 18 år, skal fremsettes av de som har foreldreansvaret, eller disse må ha samtykket til meldingen.” I forhold til et slikt spørsmål har begge foreldrene vetorett.

3.7. Flytting til utlandet

I forhold til flytting til utlandet er foreldreansvaret også absolutt. I bl. § 40 fremgår det at ”[d]ersom foreldra har foreldreansvaret saman, må begge samtykkje til at barnet skal flytte til utlandet”. Denne bestemmelsen og navneloven § 12 er uangripelige i den forstand at den foreldereren som motsetter seg ønsket til den andre må fratras foreldreansvar for at den andre skal kunne endre barnets navn eller flytte utenlands med barnet. Det samme ble lagt til grunn i Rt. 2000 s. 185. I dommen ble det reist spørsmål om moren kunne flytte med to barn til sitt hjemland Tyskland når foreldrene hadde felles foreldreansvar. Mindretallet la til grunn at far kunne fortsette å inneha foreldreansvaret med den begrensning at han ikke kunne motsette seg at barna flyttet med moren. Alternativet ville være at moren skulle utøve foreldreansvaret alene, noe som var i strid med målsetningen om felles foreldreansvar etter samlivsbrudd. Det synes som om mindretallet mener at ettersom mor som har hatt den daglige omsorgen må hun kunne flytte med barna. Flertallet fastsatte at det ikke var holdepunkter i forarbeider eller rettspraksis for at domstolene hadde adgang til å fastsette mellomløsninger hvor de funksjoner som foreldreansvaret besto av ble splittet opp.⁸

⁸ Jf s. 189 i dommen.

3.8. Samvær

I mange saker kommer flere barnerettslige spørsmål opp parallelt, for eksempel spørsmål om fast bosted, samvær og foreldreansvar. Det er derfor nødvendig å definere hva som ligger i samværsbetegnelsen. Samvær er betegnelse på møter mellom barnet og den forelderen som barnet ikke bor fast hos. Alminnelig samvær etter barneloven er en ettermiddag i uken med overnatting, annen hver helg, tre uker i sommerferien og annenhver høst – jul – vinter- eller påskeferie, jf. bl. § 43.⁹

4. Den prosessuelle siden

Dersom foreldrene er uenige om foreldreansvar, fast bosted eller samvær, kan det reises sak for domstolene etter bl. § 56 første ledd første pkt. Saken skal reises for den domstol hvor barnet har alminnelig verneting, jf. bl. § 57, jf. tvl. § 4-4 andre ledd. Dommeren har en plikt til å prioritere saker som angår foreldreansvar, samvær og fast bosted, jf. bl. § 59 første ledd hvor det fremgår at ”dommaren skal påskunde saka så mykje som mogeleg”. Før saken tas opp til behandling ved domstolene, må foreldrene møte til mekling ved familievernskontoret, jf. § 51. Formålet med mekling er å komme til en avtale om forhold som angår barnet, jf. § 52. Familievernskontoret utsteder da en meklingsattest som bekreftelse på at mekling er gjennomført. Attesten må foreligge før man kan reise sak for domstolene jf. § 56 andre ledd. Det er tilstrekkelig at partene møter en gang til mekling før det utstedes meklingsattest, og det er ikke satt som krav at partene må ha funnet frem til en løsning, jf. § 54. Dommeren er forpliktet til å tilstrebe en minnelig løsning mellom partene fremfor å avgjøre saken direkte i en hovedforhandling uten at partene har hatt anledning til å komme til enighet, jf. § 59 andre ledd.

⁹ I pkt 8.3.3.3 vises sammenhengen mellom foreldreansvar og samvær.

5. Den historiske utviklingen av foreldreansvaret

5.1. Innledning

Det historiske utgangspunktet for barns rettstilling er at barna i all hovedsak har vært underlagt foreldrenes makt. Dette vil si at barna var priggitt foreldrenes valg av oppdragelsesmidler. Ut i fra dette vokste begrepet foreldremyndighet frem, som i dag er erstattet med foreldreansvar.

21 desember 1956 ble lovene om born i ekteskap (nr 9) og om born utanom ekteskap (nr 10) satt i kraft. Lovgiver skilte slik klart mellom barn av gifte og ugifte foreldre. Lovene var de første som regulerte foreldres ansvar for sine barn. I begge lovene anvendes begrepet "foreldremakta". Ordlyden viser til foreldrenes rett til å bestemme i barnets forhold og deres plikt til å ha omsorg og oppdra det.¹⁰

5.2. Lov om born i ekteskap (nr 9)

For barn som var født i ekteskap ble morens ektemann som hovedregel automatisk rettslig far til barnet. Dette er "pater – est regelen", som uttrykker at far er den som ekteskapet viser. Etter loven var det ikke nødvendig at foreldrene foretok aktive handlinger i forhold til det offentlige for å bli rettslige foreldre til barnet. Foreldrene fikk slik foreldremyndigheten automatisk i felleskap, akkurat som i dag.¹¹ Ved tvist om foreldremyndigheten skulle spørsmålet avgjøres ved domstolene, eller ved fylkesmannen dersom foreldrene var enige om dette, jf. § 8 første ledd i kapittel 2. Etter loven ble det forutsatt at kun den ene skulle ha foreldremyndigheten over barnet når foreldrene ble separert eller skilt. Det normale var at barnet bodde permanent hos vedkommende. Hvor barnet skulle bo fast og hvem som skulle inneha foreldremyndigheten kunne foreldrene fritt avtale. Myndighetene godtok likevel felles foreldremyndighet etter loven selv om barnet bodde mer permanent hos den ene av foreldrene enn den andre.¹² Det fremgår i samme bestemmelse at avgjørelsen skulle rette seg etter hva som ble ansett som "det beste for barnet." Vilkåret viser at

¹⁰ Jf Øksnes og Langholm s. 17.

¹¹ Jf Goldstein, Fraud, Solnit; s. 92 – 93.

¹² Jf Goldstein, Fraud, Solnit; s 94

foreldremyndigheten skulle tilligge den av foreldrene som barnet ville få det best hos. Vurderingen dreide seg om hvem av foreldrene som hadde best muligheter og var best egnet til å ta seg av barnet.

For små barn var det presumert at moren var best egnet, jf. § 8. Den øvre aldersgrensen var rundt skolepliktig alder.¹³ Loven uttrykte at det også kunne legges vekt på foreldrene ønsker. Foreldrenes ønsker ble imidlertid kun vektlagt når ingen andre momenter pekte i en bestemt retning. Den som fikk foreldremyndigheten fikk i prinsippet tildelt enerett til å utøve foreldremyndigheten. Dette innebar at den som barnet bodde hos hadde alltid foreldremyndigheten. Det var dermed bosted som var det reelle spørsmålet i rettssakene.

5.3. Lov om born født utanom ekteskap (nr 10)

Her var hovedregelen at moren alltid hadde foreldremyndigheten for barnet alene, jf. § 3 første ledd i kapittel 1. Det offentlige skulle imidlertid på eget tiltak forsøke å fastsette farskapet. Farskap hadde betydning for fars muligheter for å oppnå foreldremyndigheten. Enten kunne far selv erkjenne farskapet skriftlig, fylkesmannen kunne skrive ut et forelegg til den mannen som mor oppgav som far til barnet, eller saken ble avgjort i domstolene. Farskapet var imidlertid ikke sammenfallende med at far fikk foreldremyndighet. I § 3 første ledd går det videre frem at ”om mora døyr kan barnevernsnemda lata faren få foreldremakta i fall han ynskjer det, og nemda meiner at det ikkje er utilrådeleg. Det same gjeld når mora vantar evna til å ha foreldremakta over barnet, eller er uskikka til det, og likeins når ho samtykkjer i at faren får foreldremakta”. Bestemmelsen viser at det på langt nær var en selvfølge at faren skulle få foreldremakt. Foreldrene kunne avtale at far skulle overta foreldremyndigheten og ha barnet boende hos seg. Dersom mor motsatte seg dette måtte far prosedere på at mor var usikkert eller manglet evne til å ta seg av barnet. Denne avgjørelsen ble tatt av den lokale barnevernsnemda. Avgjørelse kunne påklages til fylkesmannen og videre til Justisdepartementet. Saken kunne også bringes videre inn for domstolene, og ankes helt til Høyesterett. Videre kunne barnevernsnemda ta opp igjen en sak og endre vedtaket ”når serlege grunnar er for det, om omsynet til barnet ikkje gjer brigdet (endringen) utilrådeleg”, jf. § 3 fjerde ledd. Bestemmelsen viser at det var en høy terskel for at barnevernsnemda i gjenopptok en sak, jf. ”serlege grunnar”, og at barnets beste som overordnet hensyn var det avgjørende i forhold til dette.

¹³ Innst O. nr. 30 (1980/81) s 14.

5.4. Barneloven – lov 8. april 1981 nr 7 om barn og foreldre

5.4.1. Bakgrunn

Barneloven avløste lovene om born født i ekteskap og born født utanom ekteskap i forhold til foreldreskap, foreldreansvar, samværsrett, og underholdsplikt. Hovedsiktemålet med barneloven var å fremme likestilling mellom barn i og utenfor ekteskap, fremme likestilling mellom mor og far i deres forhold til barnet, styrke barns selvstendighet i forhold til foreldrene, og få til en enkel og oversiktlig lov som klargjorde gjeldende rett.¹⁴

I den nye loven ble begrepet foreldremyndighet avløst av begrepet foreldreansvar. Bakgrunnen var å understreke barnets rettigheter og foreldrenes plikter for barnet. Ved å endre begrepet fikk lovgiver tydeliggjort at det var ansvaret foreldrene hadde ovenfor foreldrene man ønsket å formidle. Reglene om foreldreansvar er også blitt endret for å fremme kontakt med begge foreldrene. Dette er blitt gjort ved å etablere felles foreldreansvar som en hovedregel for ugifte foreldre og foreldre som har skilt lag. Innholdet i ”felles” foreldreansvar er at foreldreansvaret skal utøves i felleskap mellom foreldrene slik at begge skal være med å treffe beslutninger om barnets personlige forhold, og at de skal dele på barnestell og barneoppdragelse. Bestemmelsene i barneloven som gjelder foreldreansvaret er nedtegnet i kapittel 5.

5.4.2. Hovedregelen om felles foreldreansvar når foreldrene bor sammen

Endringen fra morspresumpsjonen etter skilsmisse i 1956- loven til felles foreldreansvar i 1981- loven viser en viktig holdningsendring. Utgangspunktet var at begge foreldrene hadde foreldreansvaret for sine barn under samlivet. Bakgrunnen for endringen til at begge foreldrene skulle få fortsette å inneha foreldreansvaret etter samlivsbrudd var først og fremst å forsøke å unngå strid mellom foreldrene om hvem som skulle inneha foreldreansvaret. Samtidig sto tanken om at foreldreskapet er livslangt sterkt.¹⁵ Det var en praktisk løsning at begge foreldrene fortsatte å inneha foreldreansvaret hvis de ikke bodde langt fra hverandre etter samlivsbruddet.¹⁶ Stortingets justiskomité fremhevet at felles foreldreansvar etter samlivsbrudd mellom gifte foreldre burde være det normale¹⁷, men at foreldrene ikke burde bli presset til å

¹⁴ Jf Backer, 2008 s 5.

¹⁵ Jf. Innst. S. nr. 53 (2003-2004 s. 1 og NOU 1977:35 s. 62.

¹⁶ Jf NOU 1977 s. 62.

¹⁷ Dette fremgår også eksplisitt av bl § 34.

avtale felles foreldreansvar.¹⁸ Videre fastslo komiteen at felles foreldreansvar kunne fastsettes mot partenes ønske.¹⁹ Det problematiske som ikke ble løst i loven var imidlertid om hovedregelen skulle være felles foreldreansvar også i de tilfellene en av foreldrene ikke ønsket dette. I RG 1985 s. 617 ønsket ikke mor at far skulle inneha foreldreansvaret for deres felles datter. Retten brukte i saken forarbeider som uttrykte følgende; ”Komiteen legger likevel til grunn at det ved dom kan fastsettes felles foreldreansvar ut fra en konkret vurdering av hva som er til barnets beste. Det nye ved loven er således at det kan fastsettes felles foreldreansvar ved dom, selv om en av foreldrene motsetter seg det. Betenkeligheten ved felles foreldreansvar knytter seg til slik reell uenighet om barnets situasjon som gjør samarbeide vanskelig.”²⁰ Retten mente at i denne saken hadde samarbeidet mellom foreldrene ”gått bra i så lang tid at det er ingen grunn til å tro at det ikke skal fortsette på samme måten. Det må antas at dette også vil være til beste for barnet”. I forbindelse med lovendringene i 1997 ble det fastsatt at så lenge den som ønsket å ta del i foreldreansvaret ikke var uegnet til å utøve foreldreansvaret måtte vedkommende normalt få medhold i en påstand om felles foreldreansvar.²¹ Felles foreldreansvar ble dermed hovedregelen også i de tilfellene hvor den ene av foreldrene motsatte seg at den andre forelderens skulle inneha foreldreansvaret.²²

5.4.3. Endringsloven 9. april 2010

Som nevnt i punkt 3.4, ble det vedtatt flere endringer på barnerettens område i lov av 9. april 2010 nr. 13. Reglene om foreldreansvar i barneloven er ikke blitt endret, men pasientrettighetsloven ble endret slik at det nå som hovedregel er tilstrekkelig at en av foreldrene eller andre som innehar foreldreansvar kan samtykke til helsehjelp, jf. pasrl. § 4-4 andre ledd.

¹⁸ Dette er bakgrunnen til utformingen av bl. § 24.

¹⁹ Jf Innst O. nr 30 (1980/81) s 14.

²⁰ Innst. O. nr. 30 (1980-81) s. 14 (s. 618 i dommen).

²¹ Jf Ot. prp. nr 56 s. 43.

²² Når foreldrene ikke bor sammen bestemmer bl. § 35 at mor skal ha foreldreansvaret alene.

6. Presentasjon av barneloven §§ 30, 31 og 32

6.1. Innholdet i barneloven § 30

6.1.1. Innledning

Bestemmelsen er en prinsipperklæring om hva som ligger i foreldreansvaret. I begrepet foreldreansvar ligger det to hovedelementer; omsorgsplikt og rett til å bestemme over barnet. Elementene vil bli nærmere behandlet nedenfor.

6.1.2. Omsorgsplikten

I bestemmelsens første ledd er omsorgsplikten formulert slik: ”Barnet har krav på omsut og omtanke frå dei som har foreldreansvaret”. Dette omfatter foreldrenes plikt til å vise kjærlighet, trygghet, oppmerksomhet, stell, pleie, tilsyn og gi muligheter for lek og samvær med andre.²³

I andre ledd utdypes innholdet: ”Dei som har foreldreansvaret, er skyldige til å gje barnet forsvarleg oppseding og forsyting. Dei skal syte for at barnet får utdanning etter evne og givnad”. Vilkåret ”oppseding” viser til at foreldrene har plikt til å lære barnet å tilpasse seg sosialt til andre mennesker. Vilkåret ”forsyting” sikter til at foreldrene plikter å dekke barnets fysiske behov for mat, hus og klær. I forhold til vilkåret om ”utdanning etter evne og givnad” er foreldrene forpliktet til å legge til rette for at barnet kan ta en utdanning som passer til dets evne og anlegg.²⁴

6.1.3. Retten til å bestemme over barnet

Denne retten uttrykkes på følgende måte i loven: ”Dei (dvs foreldrene, *min anm.*) har rett og plikt til å ta avgjerder for barnet i personlege tilhøve innanfor dei grensene som §§ 31 til 33 set”. Foreldrenes bestemmelsesrett gjelder når barnet ikke kan eller ikke

²³ Jf Backer, 1982, s. 185.

²⁴ Jf Backer, 1982, s. 186.

ønsker å bestemme selv. Foreldrenes bestemmelsesrett skal utøves ut i fra barnets beste, jf. bl. § 48.^{25 26}

6.2. Innholdet i barneloven § 31

Barneloven § 31 viser barnets rett til å være med på avgjørelser: ”Etter kvart som barnet utviklast og mognast, skal foreldra høyre kva barnet har å seia før dei tek avgjerd om personlege tilhøve for barnet. Dei skal leggje vekt på det barnet meiner”.

Innholdet i regelen er todelt. I første punktum kan det innfortolkes en aktiv plikt til å innhente barnets mening, mens det i andre punktum kan er fastslått at barnets syn skal tillegges vekt i avgjørelsen som saken dreier seg om. Dette samsvarer med barnekonvensjonen art. 12. En aktiv plikt til å innehente barnets mening vil ikke si at barnet må ha en mening, barnet har selvsagt rett til å ikke ytre seg eller å ikke gjøre seg opp en mening. Medbestemmelsesretten gjelder i barnets personlige forhold, jf. bestemmelsens første punktum. Med personlige forhold menes for eksempel grensesetting ovenfor barnet, skolegang, venner, klær, mat, ferier, fritidsaktiviteter og medisinske forhold. Barnets mening skal tillegges vekt også i spørsmål om foreldreansvar og samvær. Medbestemmelsesretten inntreer fra barnet er fylt 7 år, jf. andre ledd første punktum. Dette avskjærer likevel ikke yngre barns medbestemmelsesrett, men for barn under 7 år må man vurdere konkret hva beslutningen gjelder holdt opp mot barnets utvikling og modenhet. Etter andre ledd andre punktum skal barnets mening tillegges stor vekt når det er fylt 12 år.

6.3. Selvbestemmelsesretten

Barnets selvbestemmelsesrett reguleres av bl. § 32. Her fremgår det at ”barn som er fylt 15 år, avgjer sjølv spørsmål om val av utdanning og om å melde seg inn eller ut av foreiningar”. Selvbestemmelsesretten utvikles gradvis i forhold til barnets alder og modenhet. Bestemmelsen gjennomfører her barnekonvensjonen art. 15 om organisasjonsfrihet. I juridisk teori er det drøftet om det kan settes grenser i forhold til å melde seg inn i foreninger som vil medføre betydelige økonomiske forpliktelser for foreldrene. Backer uttrykker følgende i forhold til denne problemstillingen: ”Når den unge selv har bestemt seg for å ta arbeid i stedet for å søke videre utdanning, kan imidlertid vergen ikke nekte medvirkning til arbeidsavtalen fordi han/hun mener den

²⁵ Begrepet ”barnets beste” gjennomgås i punkt 7.

²⁶ Bestemmelsesretten er begrenset av offentligrettslige regler, som barnevernsloven, straffeloven, b.l.a om krenkelse av omsorgs eller underholdsplikten, skoleplikten etter grunnskoleloven § 13 og arbeidsvernloven som setter grenser for barns deltakelse i arbeidslive, og av barns med – og selvbestemmelsesrett.

unge bør fortsette utdanningen”. I slike tilfeller vil den unge kunne bringe saken inn for overformynderiet.²⁷ Barn og unges selvbestemmelsesrett ved organisasjonsfrihet har betydning i forhold til foreldreansvar ettersom overformynderiet kan overprøve vergens beslutning. Det er derfor ikke nødvendig å frata foreldreansvar på dette grunnlaget.

7. ”Barnets beste” – innholdet i begrepet

7.1. FNs barnekonvensjon

7.1.1. Innledning

FNs barnekonvensjon ble ratifisert i 1991 og stiller krav til norsk lovgivning som gjelder barns rettstilling og forholdet mellom barn og foreldre. Konvensjonen er ratifisert av alle medlemmene i FN unntatt Somalia og USA, men en del av statene har ratifisert konvensjonen med forbehold.

7.1.2. Viktige bestemmelser

I artikkel 3 fastslås det at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn, jf. ”a primary consideration” ved alle avgjørelser som berører barn jf. ”all actions concerning children.” Ved alle avgjørelser om foreldreansvar, fast bosted og om samvær skal det tas utgangspunkt i, og legges til rette for, det som er best for hvert enkelt barn. Barnets beste må tolkes i sammenheng med de øvrige artiklene i barnekonvensjonen. Artikkel 18 regulerer foreldreansvaret og her fremgår det at det skal tilstrebes at begge foreldrene tar del i foreldreansvaret. Dette er i tråd med norsk lov, og viser at barnekonvensjonen må tas hensyn til når man vurderer å fravike hovedregelen om felles foreldreansvar.

7.1.3. Barnekomiteens myndighet i forhold til tolkning av barnekonvensjonen i Norge

Barnekomiteen overvåker hvordan konvensjonen blir oppfylt av konvensjonsstatene. Dette skjer på grunnlag av rapporter fra statene hvert femte år. I tillegg utgir komiteen generelle retningslinjer for hvordan bestemmelsene i konvensjonen skal forstås. Det er imidlertid ikke etablert en individklageordning etter barnekonvensjonen, og Barnekomiteen har ikke status som domstol. Det pågår nå arbeid i FNs

²⁷ Jf Backer, 2008.

menneskerettighetsråd for å opprette en klageordning, og det er åpnet en mellomstatlig arbeidsgruppe for å undersøke muligheten for å utarbeide en valgfri tilleggsprotokoll for en individklageordning under FNs barnekonvensjon. I dag er tilsyn basert på at medlemsstatene har rapporteringsplikt til FN, og at komiteen gir tilbakemeldinger i form av ikke- juridisk bindende anbefalinger. Dette kan åpne for en vurdering av hvor avgjørende deres retningslinjer skal være i forhold til norske myndigheters lovtolkning. Backer mener at Barnekomiteens utsagn ikke kan være avgjørende i forhold til norske myndigheters forståelse av konvensjonen, men de kan være relevante momenter i konvensjonstolkningen.²⁸ I Rt. 2009 s. 1261 kom Høyesterett til samme standpunkt. Dommen gjaldt gyldigheten av Utlendingsnemndas vedtak om å ikke omgjøre avslag om opphold på humanitært grunnlag for en enslig mindreårig gutt. Høyesterett kom til at komiteens utsagn ikke er avgjørende for domstolenes tolkning av barnekonvensjonen.

7.2. Ordlyden i norsk lov

Barnets beste er et grunnleggende prinsipp og derfor generelt utformet i loven. I dag er prinsippet tatt med i innledningsbestemmelsen om saksbehandlingsreglene i bl. § 48. Prinsippet gjelder like fullt for utenomrettslige avtaler foreldrene i mellom. Barneloven bygger på at foreldrene fortrinnsvis er enige om ansvaret for barna, og staten kontrollerer ikke foreldrenes avtaler om ansvar for barna etter et samlivsbrudd. Dette er bevisst fra lovgivers side, da det anses som det beste for barnet at foreldrene er enige.²⁹

Bakgrunnen for at begrepet er generelt utformet er nettopp å fremheve at barnets beste er utgangspunktet i en sak om foreldreansvar, fast bosted eller samvær. Når begrepet er så generelt åpner dette for en konkret helhetsvurdering hvor det tas utgangspunkt i det konkrete barns behov, og ønsker. I norsk rett er andre veiledende momenter tatt inn i lovteksten jf. bl. § 30 tredje ledd;

”Barnet må ikkje bli utsett for vald eller på anna vis bli handsama slik at den fysiske eller psykiske helsa blir utsett for skade eller fare. Dette gjeld òg når valden brukast som ledd i oppsedinga av barnet. Bruk av vald og skremmande eller plagsam framferd eller annan omsynslaus åtferd overfor barnet er forbode”.

²⁸ Jf Backer, 2008 s. 21.

²⁹ Jf NOU2008:9, kap. 6.3 s 38.

I overskriften retter forbudet seg mot de som innehar foreldreansvaret, men tredje ledd er ikke begrenset til dem. Forbudet må også forstås slik at det gjelder for personer som har samvær med barnet, uavhengig om disse innehar foreldreansvar eller ikke.

Bestemmelsen fastslår eksplisitt at det ikke er tillatt å bruke vold i oppdragelsen.

Overtredelse av bestemmelsen vil medføre straffansvar etter straffeloven (strl.) § 228 og evt. § 229. I ytterste konsekvens kan overtredelse også lede til at barnevernet tar over omsorgen over barnet etter reglene i bvl. § 4-12 første ledd bokstav c. Det er imidlertid ikke bare fysisk avstraffelse som tolkes innunder bestemmelsen. Også behandling som setter barnets psykiske helse i fare rammes. Dette vil være psykiske krenkelser som latterliggjøring eller nedrakking av barnet. Aktuelle straffebestemmelser er da strl. § 219 (vanrøkt), § 223 (ulovelig frihetsberøvelse), §§ 246 og 247 (ærekrenkelse) og § 390a (hensynsløs atferd).

Bakgrunnen for at bl. § 30 tredje ledd er inntatt i loven er ønsket om å ta avstand fra voldsbruk i oppdragelsen. Foreldrenes refselsesrett ble opphevet i 1972, men lovgiver ønsker å tydeliggjøre at foreldre ikke kan bruke noen form for fysisk eller psykisk avstraffelse overfor barn som ledd i barneoppdragelse. I Rt 2005 s. 1567 ble ikke lettere klaps ansett som fysisk avstraffelse. Det heter i avgjørelsen at ved avgjørelsen av hva som kan tillates, må det legges vekt på kraftanstrengelsens styrke, graden av spontanitet og preget av krenkelse. I forhold til foreldreansvar, så kan brudd på bestemmelsen medføre at vedkommende forelder fratras foreldreansvaret fordi barnets helse blir skadet. En slik atferd vil være i strid med kravet om at foreldreansvaret skal utøves ut fra barnets interesser og behov, jf. bl. § 30 første ledd tredje punktum.

8. Gjennomgang av rettspraksis

Nedenfor skilles det mellom høyesterettsdommer (HR- dommer) og lagmannsrettsdommer (LR- dommer). HR- dommene presenteres først. Bakgrunnen for skillet er at HR- dommer har langt sterkere rettskildemessig vekt enn LR- dommer, ettersom Høyesterett er den øverste domstolsinstansen i rettsystemet vårt. Praksis fra Høyesterett viser hva som anses som gjeldende rett. Virkningen av dette er at HR- avgjørelsene har en sterkere presedensverdi enn LR avgjørelsene, slik at de i større grad skal vektlegges ved vurderingen av tilsvarende saker i fremtiden. LR-dommene viser hva som anses som fungerende rett, og speiler dermed hvordan lovreglene virker inn på enkeltsaker i dag. Det skilles mellom saker der foreldrene har bodd sammen og

saker hvor mor har vært alene fra fødselen av både under HR-dommene og LR-dommene.

8.1. HR – dommer

8.1.1. Saker hvor foreldrene har bodd sammen

I Rt. 1994 s. 992 fastsatte domstolene felles foreldreansvar mot farens ønske. Bakgrunnen til at faren motsatte seg at moren skulle inneha foreldreansvar var at moren var medlem av Jehovas vitner. Høyesterett slår kort fast at det foreligger en tilfredsstillende avtale om delt foreldreansvar. Flertallet anvender her hovedregelen om felles ansvar og uttaler at denne ikke kan fravikes så langt det ikke er opplyst om endrede forhold som taler for det motsatte. Dette må sees i sammenheng med førstvoterendes utgangspunkt for vurderingen av daglig omsorg; at avgjørelsen må treffes ut i fra barnets beste, og at resultatet vil bero på en vurdering av alle forhold som har betydning for barnets trivsel og utvikling. Dommen viser at domstolene har myndighet til å idømme felles foreldreansvar til tross for at en av foreldrene motsetter seg dette. Mindretallet i lagmannsretten mente at faren skulle tilkjennes daglig omsorg og ha foreldreansvaret alene på grunn av morens tilknytning til Jehovas vitner og betydningen dette hadde for barnet. Mindretallets utsagn har ikke rettskildemessig vekt, men det er likevel interessant å lese at lagmannsrettdommerne går imot hovedregelen med en slik begrunnelse.

Rt. 2003 s. 35, som er en enstemmig dom, gjaldt en 9 år gammel jente som led av autisme. Moren gjorde gjeldende at hun skulle ha foreldreansvaret alene, mens faren ønsket felles foreldreansvar. Førstvoterende innleder med å ta utgangspunkt i barnets situasjon. Barnet var diagnostisert med høytfungerende autisme. Hun var derfor mer sårbar enn andre barn, hun kunne lettere feiltolke omgivelsene og få angst. Videre vektlegger førstvoterende sakkyndiges vurderinger og sier at barnets situasjon stiller ”ekstreme krav til omsorgspersonen”. I dette tilfellet skulle ikke faren fungere som omsorgsperson, han skulle ikke ha samvær med barnet, men han ønsket å ta del i viktige avgjørelser vedrørende datteren; for eksempel valg av medisiner og skole. Bakgrunnen for faren ikke skulle ha samvær var at datteren viste frykt for han fordi han hadde utøvd vold mot moren i hennes påsyn og holdt barnet fast når hun hadde vist aggresjon under samvær etter samlivsbruddet. Førstvoterende uttaler at god ivaretagelse av barnet ”vil kreve at den som har foreldreansvaret er godt informert og oppdatert om hennes situasjon og utvikling.” Det er naturlig at faren ikke ville ha like gode muligheter til å følge opp datteren som moren, i og med at han ikke skulle ha samvær med henne overhodet. Disse forholdene gjorde at barnets beste i dette

konkrete tilfellet var at moren skulle ha foreldreansvaret alene. Samtidig synes dommeren å vektlegge at moren hadde særlig fagkyndighet i forhold til datteren da hun var utdannet spesialpedagog innenfor slike tilstander som hennes datter led av. Dommeren uttaler: ”For meg fremstår det slik at datteren må ha profitert på morens faste strukturer fra hun var liten av”.

Ved vurderingen av farens skikkethet til å inneha foreldreansvaret mente dommeren at det var overveiende sannsynlig at faren vil kunne stå i en forpliktende gjensidig samhandling med de som skulle hjelpe datteren. Konklusjonen var at han var skikket til å ta del i foreldreansvaret, men at mor likevel skulle ha foreldreansvaret alene på bakgrunn av den fastlåste konflikten mellom foreldrene som viste ”en manglende evne til samarbeid på begge sider”. Barnets konsistente og bekymringsfulle psykiske reaksjoner i forhold til faren, det hun hadde opplevd av vold mot mor og at faren hadde holdt henne fast, var også sentralt. Dommeren vektla også faren for at frykten kunne utvikle seg til en psykiatrisk lidelse. Det tredje og det avgjørende momentet førstvoterende viser til er spesielt interessant lesning. Dette går på hensynet til barnets mor og hennes omsorgsevne. Moren led av en fysisk sykdom og var delvis arbeidsufør etter en bilulykke fjorten år tidligere. Videre var hun plaget av traumatiske voldsepisoder under ekteskapet og en vedvarende og vanskelige sorgprosess etter at hennes sønn døde fire år tidligere. Disse forholdene kan imidlertid ikke leses på generelt grunnlag. Bakgrunnen for at førstvoterende vektlegger hensynet til moren er hennes ekstraordinære skikkethet som mor og omsorgsperson, datterens sterke avhengighet til henne for å kunne utvikle seg i fremtiden og å leve et godt liv, og at moren på grunn av sin bakgrunn var svært sårbar i sin omsorgsutøvelse.

Førstvoterende viser til barnelovens forarbeider hvor det fremgår at det ved de fleste samlivsbrudd vil være vanskeligere perioder, men at foreldrene likevel må forholde seg til at de har felles barn og at de må samarbeide med hverandre i fremtiden på grunn av barnet. ”Dersom det ikke hefter forhold ved den som ønsker del i foreldreansvaret som gjør at vedkommende er uskikket til å utøve foreldreansvar, mener flertallet at han eller hun normalt bør få medhold i kravet om delt foreldreansvar”. Videre knesetter komiteens flertall at utgangspunktet er barnets beste, og det uttales at ”her må det alltid gjøres konkrete vurderinger med utgangspunkt i det enkelte barns situasjon”.³⁰ Etter forarbeidene skulle det fastsettes felles foreldreansvar med mindre særlige grunner tilsa at den ene burde ha foreldreansvaret alene. I saken var det tre momenter (fastlåst konflikt mellom foreldrene, barnets reaksjoner ovenfor

³⁰ Jf Innst. O. nr. 100 1996 – 1997 s. 22.

faren og morens psykiske helse) som til sammen medførte at det forelå særlige grunner for å fravike hovedregelen om felles foreldreansvar.

På generelt grunnlag fremhever førstvoterende hovedregelen om felles foreldreansvar og utgangspunktet om barnets beste som vurderingskriterium. Dommen viser at ”barnets beste”-vurderingen kan bli temmelig konkret. I forhold til saken her, kunne avgjørelsen blitt annerledes dersom faren skulle ha samvær med barnet. Saksforholdet her er så pass spesielt at det er vanskelig å utlede generelle retningslinjer for å fravike hovedregelen om felles foreldreansvar.

Barnets uttalelsesrett i forbindelse med tvist er absolutt i den forstand at dersom barnet ikke gis anledning til å uttale seg, er det en saksbehandlingsfeil som kan føre til opphevelse av dommen, jf. Rt. 1999 s. 1183. Regelen er samtidig relativ i den forstand at det må foretas en konkret vurdering av om barnets mening er kommet tilstrekkelig og helhetlig frem på annen måte i hver enkelt sak, eller om det er nødvendig at barnet avgir en uttrykkelig uttalelse i forbindelse med saken. Barnet har imidlertid aldri en rettslig plikt til å uttale seg, jf. Rt. 2004 s. 811. Dommen gjaldt fast bosted, men foreldreansvar henger sterkt sammen med fast bosted og samvær, slik at hensynet til barnets medbestemmelsesrett også vil være av betydning i forhold til vurderinger om foreldreansvar. Faren anket saken til Høyesterett etter at tingrettens avgjørelse var stadfestet i lagmannsretten, men anken ble avvist. Begrunnelsen var at faren, etter at dommen var stadfestet, krevde mer samvær med gutten. Etter bl. § 64 fjerde ledd kan en dom i en barnefordelingssak kun endres dersom det foreligger særlige grunner, og det gjorde det ikke i saken her. Med bakgrunn i at gutten ikke hadde blitt hørt i forhold til anken, mente faren at det forelå saksbehandlingsfeil. Her var problemet at selv det å spørre barnet kunne være en belastning for ham. Gutten ble derfor ikke spurt og det ble akseptert i den konkrete saken. Dommeren faller ned på at barnets rett til å bli hørt ikke sto like sterkt ettersom det gjaldt endring av samværsordningen i en ny dom som om den ville stått ved den opphavelige prøvingen. Høyesterett uttalte generelt at man alltid må prøve om det er til barnets beste å uttale seg. Dette er blitt kritisert, blant annet av Lucy Smith som mener at uttalelsen svekker barns uttalelsesrett. Hun uttaler at ” i de tilfelle hvor barnets mening er kommet fram, må denne meningen vurderes opp mot det som etter rettens mening vil være det beste for barnet. I denne vurderingen må barnets mening bli ilagt vekt, hvor stor vekt vil avhenge av de konkrete omstendigheter. I noen tilfelle vil retten komme til en annen løsning enn den barnet ønsker, med den begrunnelse at dette ikke vil være til barnets beste. Men i vårt tilfelle dreier det som om barnets rett til å gi uttrykk for sin mening”.³¹ På den andre

³¹ Smith s.223

side er Høyesteretts begrunnelse forsvart av b.l.a Gunn Mari Kjølberg og Sigrid Redse som mener at barnet tas på alvor ved at domstolene viser til barnets beste i sin begrunnelse for at barnet ikke får anledning til å uttale seg.³²

8.1.2. Saker hvor mor var alene fra fødselen

Rt. 2010 s. 216 gjaldt fast bosted, foreldreansvar og samvær for en jente på syv år. Foreldrene hadde aldri bodd sammen slik at moren hadde foreldreansvaret for jenta alene etter bl. § 35 første ledd. Førstvoterende viser innledningsvis til hovedregelen om at dersom det skal falles ned på en annen løsning, må dette vurderes konkret ut i fra hva som anses som det beste for barnet etter bl. § 48. Hun tar så utgangspunkt i Backer (2008) s. 333 hvor det fremgår at dersom foreldrene aldri har hatt noe samliv, skal det ”mye til for at faren skal vinne frem med sitt krav. Vanligvis har barnet da fått en fast tilknytning til moren, og hatt vesentlig dårligere kontakt med faren. Felles foreldreansvar vil sjelden ha noe for seg mot morens ønske når partene ikke har levd sammen - det vil være å legge opp til nye konflikter.”³³ Det avgjørende i saken er at det var et anstrengt forhold mellom foreldrene og at de aldri hadde bodd sammen. Far fikk ikke medhold i sitt krav om å inneha foreldreansvar. Avslutningsvis vektlegges det at far skal ha samvær med barnet og at han kan kreve opplysninger om barnet som samværsforelder uten del i foreldreansvaret etter bl §§ 46 og 47. Foreldreansvaret stenger slik ikke for verken samvær eller informasjon om barnet.

8.2. LR – dommer

8.2.1. Saker hvor foreldrene hadde bodd sammen

LF 2001-01010 (Frostating lagmannsrett) gjaldt foreldreansvar og barnas bosted. I saken hadde faren hatt omsorgen for barna under samlivet. Retten mente likevel at moren skulle ha foreldreansvaret alene på bakgrunn av det konfliktfylte forholdet mellom foreldrene og sakkyndiges vurdering om farens atferd. Faren syntes ikke å ha evne til å se barnas behov og virkning av egen atferd på barna. Han manglet også samarbeidsevne ovenfor moren og offentlige institusjoner. På generelt grunnlag kan det utledes at det at en av foreldrene har hatt størsteparten av omsorgen for barna under samlivet, ikke nødvendigvis medfører at denne får foreldreansvaret alene.

³² Jf Kjølberg og R. Johansen s.201- 202.

³³ Backer 2008 s. 333.

Dommen understreker også at samarbeidsevne og vilje er svært viktig i forhold til retten til å inneha foreldreansvar.

I LG 2008-137189 (Gulating lagmannsrett) krevde moren felles foreldreansvar og utvidet samvær med sine barn som bodde fast hos faren. Dette fikk hun ikke medhold i. Retten mente det forelå en bortføringsfare til morens opprinnelige hjemland dersom hun fikk del i foreldreansvaret. Hennes tilknytning til Norge var ikke av en langvarig og fast karakter; hennes kjæreste hadde finansiert bolig og kjøp av skobutikk som hun drev i Norge. Tilknytningen til Norge ble her konkret vurdert opp mot bortføringsfaren, faren var så markert at moren ikke kunne inneha foreldreansvar. Videre vektlegger retten at det var et langvarig og konfliktfylt forhold mellom foreldrene og at morens sterke uvilje mot faren kan medføre fare for at hun ville hindre at det ble tatt riktige avgjørelser på vegne av barna. Dette ble illustrert med at moren hadde unnlatt å informere faren om at hun hadde hatt samvær med ett av barna, og at hun avsto fra alt samvær med barna fordi faren kun klarte å skaffe tilsyn til 12 av 16 samværstimer. Retten understreket imidlertid avslutningsvis at moren hadde rett til informasjon om barna etter bl. § 47.

Også i denne saken vektlegges konfliktforholdet mellom foreldrene, men det avgjørende her er hensynet til bortføringsfare. Det at moren ikke ønsket samvær fordi det skulle være tilsyn under samværet, var et moment som tilsa at hun ikke klarte å fokusere på barnas beste. Domstolene foretar tilsynelatende en omsorgsvurdering på bakgrunn av at moren ikke gjennomfører samvær med barna sine. Det er interessant at domstolene drøfter omsorgsevne og -vilje ved vurderingen av hvem som skal ha foreldreansvar. Disse momentene er helt sentrale i forhold til en generell ”barnets beste”- vurdering i saker som gjelder fast bosted og samvær. I forhold til foreldreansvar synes dette som en god måte for å finne ut av om forelderen vil anvende foreldreansvaret til det beste for barnet i fremtiden. Ved å trekke inn omsorgsevne og -vilje som det gjøres i dommen, får dommeren et helhetsbilde av situasjonen som gjør at han kan fatte en god beslutning om foreldreansvaret.

LA 2002-21 (Agder lagmannsrett) gjaldt foreldreansvar og samvær. I saken var farens personlighet diskutert og sakkyndig i saken vurderte ham som mistenksom og i kampberedskap, i tillegg til at han hadde vrangforestillinger. Han samarbeidet også dårlig med moren, sakkyndig og andre, og fulgte ikke rettskraftige avtaler.

På grunnlag av motsetningsforholdet mellom partene, og at det ikke var mulig å få til et minimum av samarbeid, kunne foreldreansvaret ikke være felles. Hovedregelen om

felles foreldreansvar ble dermed fraveket. I tillegg til konfliktnivået mellom foreldrene, ble også farens personlighet og manglende vilje til å samarbeide vektlagt. Det ble for eksempel vist til at faren nektet å samtykke til tannbehandling for ett av barna. Han mente at dette var overflødig og uheldig til tross for at han fikk opplyst av tannhelsetjenesten at det var særdeles viktig å trekke bestemte tenner og komme i gang med regulering. Det å nekte medisinsk behandling er altså et forhold som kan være tilstrekkelig til å fravike hovedregelen om felles foreldreansvar. Etter lovendringen i 2010 kan den ene forelderen sørge for at barnet mottar nødvendig helsehjelp uavhengig av om den andre som har foreldreansvar samtykker, jf. pasrl. § 4-4. Et av de sentrale problemene i denne saken ville dermed ikke oppstått i dag. Det er ikke lenger nødvendig å gå til et så drastisk skritt som å kreve at en forelder fratras foreldreansvaret når vedkommende nekter å samtykke til medisinsk hjelp.

LB 2005- 118868 (Borgarting lagmannsrett) gjaldt foreldreansvar, og i saken krevde moren at faren ikke skulle ha foreldreansvaret for fire barn. Avslutningsvis i dommen uttaler dommeren at faren var fratatt omsorgen for barna og skulle heller ikke ha samvær med dem. I den konkrete vurderingen tar førstvoterende tak i at faren har utøvd vold og fremsatt trusler mot moren i en årrekke, at han har utøvd vold mot moren foran barna og også mot barna. De to eldste barna hadde senskader i form av aggresjon og emosjonelle problemer på grunn av dette. Dommeren uttaler så at voldsutøvelsen mot mor og barn ikke alene er tilstrekkelig for å frata foreldreansvaret. Vurderingen må derfor spores inn på om det kan oppstå vansker ved utøvelsen av ansvaret som kan ramme barna. Under vurderingen tas det opp at moren frykter faren og at hun ikke ønsker noen form for kontakt med han. Dette var underordnet ettersom barnevernet hadde omsorgen for de tre eldste barna slik at faren da skulle samarbeide med barnevernet. Faren hadde imidlertid opptrådt aggressivt ovenfor barnevernets saksbehandler flere ganger slik at det var lite trolig at faren kunne kommunisere med barnevernet på en hensiktsmessig måte. Det var dermed grunn til å frykte at faren ikke ville medvirke til at avgjørelser som var til barnets beste. Videre uteble faren fra ankeforhandlingen i saken og dette, i sammenheng med overgrepene og omsorgssvikten, tydet på at han ikke ville være i stand til å gjenoppbygge barnas tillit til han og se deres behov. Dommeren vektlegger også at dersom faren skulle fortsette å ha foreldreansvaret, kunne han motta informasjon som vil gjøre det mulig for han å oppspore barna og deres fosterforeldre, samt moren og det yngste barnet som alle bodde på hemmelig adresse. Dersom faren oppsporet barna, kunne dette medføre en farerisiko for disse. Faren fikk ikke ha foreldreansvaret.

I dommen er det avgjørende at det var en fare for at faren ikke vil medvirke til avgjørelser som var det beste for barna. Det forelå også fare for at det var skadelig for barna at han oppsøkte dem. Morens forhold ble også vektlagt. Dette kommer til syne ved dommerens uttalelse om at ”det viktigste er at de får god og kyndig omsorg og at de tre eldste utvikler god kontakt med en trygg mor”. Morens trygghet kunne altså bevares ved at faren ble avskåret fra informasjon som kunne gjøre det mulig for ham å oppsøke henne eller barna. Voldsutøvelsen mot familien hadde ikke avgjørende betydning. Dette er oppsiktsvekkende i og med at vold mot barn eller vold mot mor foran barna er i strid med ”barnets beste” - kriteriet i barneloven. Retten foretar en objektiv vurdering av om faren ville evne å ivareta barnas beste dersom han skulle være med på å fatte beslutninger som gjaldt barnas personlige stilling. Dette var usikkert og dette var bakgrunnen til at faren ble fratatt foreldreansvaret. I forhold til spørsmål om samvær, ville voldsutøvelsen derimot ha hatt betydelig vekt. Det synes derfor å være en riktig og god vurdering av lagmannsretten i saken.

LB 2001 – 1614 (Borgarting lagmannsrett) gjaldt samvær og foreldreansvar. Faren hadde utøvd vold ovenfor mor foran barna og han hadde svak impuls kontroll. Foreldrene hadde opprinnelse fra to ulike kulturer, og den sakkyndige uttalte at han i utgangspunktet mente at det var særlig viktig at barn av foreldre fra ulike kulturer hadde kontakt med begge foreldrene. I dette tilfellet anbefalte den sakkyndige imidlertid at barna ikke skulle ha samvær med faren, og på bakgrunn av det ble det også bestemt at moren skulle ha foreldreansvaret alene. Den sakkyndige uttaler at faren har særegne sosiale reaksjoner som han mente kunne utsette barna for lojalitetskonflikter. Dette kunne igjen lede til kroppslige symptomer som man allerede hadde sett tegn på. Samtidig hadde faren en sterkt avvikende holdning til det norske samfunnet. Retten la også til grunn at han ville fortsette den alvorlige trakasseringen av moren og nærmiljøet dersom han fikk en begrenset samværsrett, og at han i retten ikke viste tegn til anger eller forståelse for at hans atferd ble ansett skremmende eller plagsom. I dommen har det at faren ikke skal ha samvær direkte betydning for foreldreansvaret. I likhet med LG 2008-137189 (Gulating lagmannsrett) synes domstolene her å foreta en omsorgsvurdering i vurderingen av om far skulle ha foreldreansvar. Hans manglende omsorg for barna synes å være bakgrunnen for rettens konklusjon. Farens personlige egenskaper og måten dette påvirker barna er avgjørende, samtidig som retten vektlegger voldsutøvelsen mot moren i barnas påsyn. Han hadde ikke tilstrekkelig omsorgsevne eller -vilje til å utøve foreldreansvaret på en tilstrekkelig god måte i fremtiden.

LA 2009 – 85860 (Agder lagmannsrett) gjaldt en gutt på 12 år som hadde bodd fast hos sin tante og onkel. Disse hadde foreldreansvaret for gutten etter morens død. Faren krevde at gutten skulle flytte til ham, og at han skulle inneha foreldreansvar. Lagmannsretten la vekt på guttens egen mening, som var at han ville fortsette å bo hos sin tante og onkel. I en tidligere dom fra 2002 hadde faren nektet å ta del i foreldreansvaret, noe retten mener viser at ” dette ikke er særlig viktig for han”. I saken for lagmannsretten la dommeren vekt på at faren hadde vært skeptisk til utenlandsreiser og at dette kunne tyde på at det ville bli problemer med utstedelse eller fornyelse av pass. Barnet var tolv år, slik at det i flere år fremover ville være nødvendig å involvere den som hadde foreldreansvar. Det som vektlegges er guttens egen mening, at det hadde vært begrenset samvær mellom far og sønn tidligere, at gutten aldri hadde bodd sammen med faren, og at det var et dårlig samarbeidsklima mellom omsorgspersonene og faren slik at gutten kunne havne i en lojalitetskonflikt. En slik konflikt ville ikke være til hans beste. Samtidig fremstår gutten som *bemerkelsesverdig moden* for alderen, noe som gir utslag i vektleggingen av guttens mening i saken. Det avgjørende er at det synes usikkert om faren vil anvende foreldreansvaret til det beste for gutten. Når faren ikke skulle ha samvær med sønnen, og sønnen ikke ønsket å bo hos ham, fikk det også betydning for foreldreansvaret. Dommen viser at medbestemmelsesretten øker med alderen, men at også barnas modningsnivå spiller inn.

8.2.2. Sak hvor mor var alene fra fødselen av

LG 2004 - 13427 (Gulating lagmannsrett) gjaldt krav om felles foreldreansvar for felles barn der mor og far hadde aldri bodd fast sammen. Begge foreldrene hadde hatt rusproblemer, og faren hadde søkt om metadonbehandling. Moren var i tillegg psykisk syk, og hadde frivillig gitt fra seg omsorgen for sønnen til barnevernet. Faren krevde foreldreansvar for gutten, men han hadde ikke samvær med ham. Førstvoterende tar utgangspunkt i Rt. 2003 s. 35, hvor innholdet i foreldreansvaret presenteres grundig, og holder momentene som blir brukt i dommen opp den aktuelle saken. Først slås det fast at manglende samarbeid ikke er tilstrekkelig for å nekte far foreldreansvar. Førstvoterende viser her til at det i ankesaken ikke forelå uenigheter mellom partene i forhold til religion, skole eller andre slike spørsmål. Samarbeidet mellom foreldrene ble trukket frem som et moment av betydning, men hensynet gjorde seg mindre gjeldende ettersom omsorgen for barnet var underlagt barnevernet. I realiteten ville utøvelse av foreldreansvar for barnet skje på den måten at barnevernet måtte samarbeide med begge foreldrene om personlige forhold i barnets liv. Foreldrene måtte derfor ikke samarbeide på samme måte som de måtte ha gjort dersom barnet bare bodde hos den ene av dem. Ettersom barnet var under barnevernets omsorg, spør

førstvoterende om faren vil oppsøke gutten uten at barnevernet er informert. Retten kommer til at det ikke foreligger en slik fare, og at barnevernet i alle tilfeller ut i fra bvl. § 4- 19 kan holde guttens adresse hemmelig dersom de skulle frykte dette. Det var ikke sannsynliggjort at faren ville benytte foreldreansvaret til å opptre til skade for sønnen. Lagmannsretten mener at tilkjennelse av foreldreansvar vil være positivt for barnet for at faren skal være oppdatert om guttens utvikling slik at han er best mulig forberedt på å treffe sin sønn en gang i fremtiden. Det uttales avslutningsvis at dette hensynet er tyngre enn hensynet til det dårlige samarbeidsklimaet mellom foreldrene. Resultatet ble felles foreldreansvar.

Saken står i en særstilling i og med at ingen av foreldrene har daglig omsorg for gutten. Lagmannsretten tar utgangspunkt i den generelle hovedregelen om barnets beste og vurderer det konkret i forhold til barnet det gjelder. Dommen stadfester felles foreldreansvar som hovedregel til tross for et vanskelig samarbeidsklima mellom foreldrene. Selv om et dårlig samarbeid ikke var satt på spissen her, viser dommen at et dårlig forhold mellom foreldre som ikke bor sammen ikke er tilstrekkelig for å fravike hovedregelen. Det interessante i saken er at faren får foreldreansvar selv om foreldrene aldri har bodd sammen, og selv om moren ikke ønsker det. Ettersom ingen av foreldrene hadde omsorgen for gutten, og ingen av de hadde fastsatt samvær med ham, var det naturlig å gi faren like muligheter som moren til å holde seg oppdatert om viktige avgjørelser om guttens personlige forhold. Dommen må også sees i sammenheng med tiden vi nå lever i. Det er et rettspolitisk ønske og økende tilbøyelighet for at mor og far i utgangspunktet skal være rettslig likestilt i forhold til sine barn. Dette vil både gjelde vurderinger om foreldreansvar og om samvær. I endringene i barneloven kommer dette for eksempel til syne ved ”vanlig samvær” for samværsforelder etter bl. § 43 nå er utvidet. I praksis vil dette ofte være ensbetydende med at fars rettslige stilling styrkes ettersom det fortsatt er flest fedre som er samværsforeldre i Norge i dag.³⁴

8.3. Oppsummerende analyse av rettspraksis

8.3.1. Barnekonvensjonen som rettskilde

I både HR– dommene og LR– dommene anvendes den viktigste rettslige standarden i barneretten; barnets beste. I flesteparten av dommene er det barnelovens regler som får størst oppmerksomhet. I Rt 1994 s. 992 anfører partene barnekonvensjonen artikkel 3

³⁴ Jf NOU 2008: 9, kap 9.3 s. 63.

om barnets beste. Artikkelen vurderes ikke, men dommeren uttaler at: ”Jeg kan imidlertid ikke se at konvensjonen kan gi noen veiledning for løsningen av den foreliggende sak”. I Rt. 2003 s. 35 påberopes EMK artikkel 8 om retten til respekt for privatliv og familieliv for en far som ble fratatt foreldreansvaret. Dommeren fastslår her at ”[d]en europeiske menneskerettskonvensjons bestemmelser er uten betydning i dette tilfellet. De hindrer ikke de nasjonale domstoler i å treffe avgjørelser ut fra barnets beste”. Bakgrunnen for at barnekonvensjonen ikke vurderes i 1994- dommen kan være at norsk lovgivning uttrykker det samme, altså ”barnets beste”, slik at vurderingen er den samme uavhengig av om den ble hjemlet i barneloven eller i barnekonvensjonen. I 2003- dommen ble artikkel 8 om retten til familieliv ikke vurdert. Bakgrunnen er at domstolen anvender en ”barnets beste”- vurdering som er så generell at hensynet til retten til familieliv går inn under vurderingen. Retten til familieliv etter konvensjonen var dermed ikke nødvendig å ta opp i denne konkrete avgjørelsen.

8.3.2. Skillet mellom foreldreansvaret når foreldrene aldri har bodd sammen og når foreldrene har vært samboere/gift

Når foreldrene aldri har bodd sammen er det rettslige utgangspunktet at moren har foreldreansvaret for barnet alene, jf. bl. § 35. I Rt. 2010 s. 216 hadde foreldrene aldri bodd sammen og hadde et ”meget anstrengt” samarbeidsklima seg imellom. Dette var tilstrekkelig til at far ikke fikk ta del i foreldreansvaret. Det synes som terskelen for å nekte far del i foreldreansvaret når foreldrene ikke har bodd sammen er lavere enn når foreldrene har bodd sammen.³⁵ Bakgrunnen er at det rettslige utgangspunktet ikke er felles foreldreansvar når foreldrene aldri har bodd sammen slik det er i de tilfellene hvor foreldrene har vært gift eller samboere etter at barnet er født, jf bl § 34 annet ledd annet pkt og bl § 35 annet ledd. I teorien er det uenighet på dette punktet. Smith og Lødrup mener at en hovedregel om felles foreldreansvar ikke kan fastslås når foreldrene aldri har bodd sammen. De hevder at utgangspunktet i disse tilfellene bør være at det må foreligge særlige grunner for å nekte dette.³⁶ Backer mener på sin side at det skal mye til for at far vinner frem med et krav om felles foreldreansvar når foreldrene aldri har bodd sammen.³⁷ I Rt. 2010 s. 216 refereres det til Backers uttalelse, og det kan derfor se ut som om Høyesterett slutter seg til hans syn.

³⁵ Jf Backer, 2008 s 333.

³⁶ Jf Smith og Lødrup, 2007 s 160.

³⁷ Backer, 2008 s 333.

8.3.3. Momenter

På bakgrunn av dommene ovenfor, er det klart at det er mange momenter som kan ha betydning i forhold til fravikelse av hovedregelen om felles foreldreansvar. I alle tilfeller må det foretas en konkret vurdering der målet er å finne det alternativet som fremstår som det beste for barnet saken gjelder. Gjennomgangen av praksis viser at dersom foreldrene har en fastlåst konflikt og ikke evner å samarbeide på en hensiktsmessig måte, er det ofte uheldig for barnet. Det kan videre medføre at den ene forelderen ikke gis, eller ikke lenger får fortsette å inneha, foreldreansvaret. I de fleste sakene er det imidlertid mange momenter som spiller inn. Det kan være at barnet er sykt og at den ene forelderen er særlig skikket til å ivareta barnets behov som i Rt. 2003 s. 35. Dersom foreldrene ikke har bodd sammen og har et dårlig samarbeidsklima, kan det medføre at en av foreldrene etter en konkret vurdering ikke får ta del i foreldreansvaret, jf. Rt. 2010 s. 216. Videre kan bortføringsfare, nektelse av medisinsk hjelp, en forelders personlighet og voldsbruk ovenfor barna eller med barna som vitne, være selvstendige grunner til eller momenter i at en forelder ikke får ta del i foreldreansvaret.

Jeg nøyer meg med å være noe refererende i forhold til disse momentene ettersom jeg kommenterer momentene under hver dom og holder dem opp mot den rettslige standarden barnets beste. Nedenfor gis det en nærmere redegjørelse av momentet om en forelder vil anvende foreldreansvaret i fremtiden på en måte som ivaretar barnets beste. Dette går igjen i flere av LR- dommene. Det at spørsmålet går igjen tolker jeg slik at svaret er sentralt i forhold til vurderingen av om en forelder skal miste foreldreansvar. Videre tar jeg spesielt opp følgende momenter; barns medbestemmelsesrett, sammenheng mellom foreldreansvar og samvær og de sakkyndiges rolle i saker om barns rettslige stilling basert på rettspraksis som er gjennomgått ovenfor. Disse er også svært sentrale i saker som gjelder foreldreansvaret.

8.3.3.1. Vil forelderen anvende foreldreansvaret i fremtiden på en måte som ivaretar barnets beste?

I flere lagmannsrettsdommer uttales det at dersom det er usikkert om forelderen vil anvende foreldreansvaret i fremtiden på en måte som ivaretar barnets beste, er det dette som er det avgjørende i spørsmålet om foreldreansvaret skal fratras. Dette synes jeg er en hensiktsmessig og god måte å formulere innholdet i vurderingen av om foreldreansvaret skal fratras. Ved å stille dette spørsmålet knytter domstolene foreldreansvaret direkte til barnets beste, som er et selvstendig institutt i barneretten. I en slik vurdering legges det ikke utelukkende til grunn at en forelders handlinger i

fortiden vil ha betydning for om vedkommende er skikket til å ha foreldreansvaret. Fratakelse av foreldreansvar skal ikke være en straff, for eksempel for at far har brukt vold mot mor. En straffesak er da den riktige arena. I en sak om barn er det særdeles viktig å ikke la slike forhold påvirke avgjørelsen fordi det, på tross av voldsbruk mot mor, kan være *det beste for barnet* at far har innvirkning på avgjørelser om barnets personlige forhold. Dette er imidlertid et eksempel som må nyanseres fordi voldsbruk i et annet tilfelle kan ha betydelig vekt. Det kan eksempelvis være dersom en av foreldrene har utøvd vold i barnas påsyn, dersom voldsbruken har vært rettet mot barna eller dersom voldsbruken har innvirket på barnas psykiske helse.

8.3.3.2. Barns medbestemmelsesrett

Barns medbestemmelsesrett kan være et moment av betydning i forhold til fravikelse av hovedregelen om felles foreldreansvar, jf. LA 2009 – 85860 hvor far ikke nådde frem med sitt krav om å inneha foreldreansvar. I forhold til barnets medbestemmelsesrett må informasjonen som rettes mot barnet samsvare med barnets utvikling og modenhet.³⁸ Her er en hårfin balanse mellom å objektivt og nøytralt informere barnet og det å bearbeide barnet til å ta omsorgspersonens standpunkt. Barnet har en rett til å uttale seg, men barnet er ikke forpliktet til å uttale seg om en sak som gjelder foreldreansvar, samvær eller fast bosted. Bakgrunnen er at barnet kan komme opp i en alvorlig lojalitetskonflikt i forhold til foreldrene eller eventuelle omsorgspersoner, noe som ikke er det beste for barnet.³⁹ På denne måten er regelen med på å sikre barnets rettsikkerhet.⁴⁰

8.3.3.3. Sammenheng mellom foreldreansvar og samvær

I saker om etablering av samvær vil forelderen som hovedregel også reise krav om felles foreldreansvar der dette ikke er etablert fra før. Dette gjelder spesielt dersom far ikke bodde sammen med mor til da barnet ble født, slik at mor fikk foreldreansvar alene etter bl. § 35. Hovedregelen etter praksis, jf. for eksempel Rt. 2003 s. 35 er felles foreldreansvar med mindre det kan påvises særlige grunner for at den ene av foreldrene ikke er i stand til å ivareta barnets beste. Når en forelder synes godt i stand til å ivareta barnets behov når den har samvær med barnet, og til å samarbeide med den andre forelderen til det beste for barnet, foreligger det heller ingen grunner for at denne kan nektes å ta del i foreldreansvaret. Det er slik en nær sammenheng mellom foreldreansvar og omfang av samvær. Dersom en forelder ikke anses skikket til å

³⁸ Jf. LA2009 – 85860 (Agder lagmannsrett) i pkt. 6.3.2.

³⁹ Sml LA2009 – 85860 (Agder lagmannsrett) som tar opp barnets lojalitetskonflikt, i pkt. 6.3.2.

⁴⁰ Jf Innst. O. nr. 96 (2002 – 2003) s. 22.

inneha foreldreansvaret, er denne forelderens også i få tilfeller skikket til å ha samvær med barnet, eventuelt at forelderens har samvær med barnet under tilsyn. Samtidig må dette utgangspunktet nyanseres i forhold til praktiske løsninger som er avtalt mellom foreldrene, for eksempel at barnet bor så langt unna forelderens som det ikke bor sammen med at det ikke er hensiktsmessig med fast samvær. I slike tilfeller kan det være naturlig at vedkommende forelder likevel innehar foreldreansvar for barnet. Praksis viser at spørsmålet om oppdeling av foreldreansvar og samvær hovedsakelig aktualiseres der barnevernet har tatt over omsorgen for barnet, dersom barnet har blitt utsatt for vold, seksuelle overgrep av en av foreldrene, eller dersom foreldrene har problemer med rus. I gjennomgangen ovenfor gjaldt noen av sakene både foreldreansvar og samvær.⁴¹ I 2004- dommen var farens atferd og hans innsikt i hvordan atferden påvirket barna avgjørende for at han ikke del i foreldreansvaret eller samvær med barna. I 2008- dommen fikk ikke en mor inneha foreldreansvaret på grunnlag av bortføringsfare og hennes manglende samarbeidsevne med far og offentlige institusjoner. Moren hadde hatt noe samvær, men kun under tilsyn.

8.3.3.4. Omsorgsvurdering

I flere dommer kan det se ut som om domstolene anvender en vurdering av forelderens omsorgsevne og -vilje i forhold til spørsmål om foreldreansvar.⁴² Foreldrenes omsorgsevne og -vilje er en svært god indikator på hva som kan anses som barnets beste. Ved å trekke inn disse momentene får domstolene et helhetsbilde av hva som anses det beste for barnet. Dette utgjør da et solid grunnlag for å kunne fatte en god beslutning om enten felles foreldreansvar eller å nekte en forelder å inneha foreldreansvar for sitt barn.

8.3.3.5. Minstestandard

Gjennom Rt. 1990 s. 874 (Fusa - dommen) ble det i helse retten oppstilt et krav om at pasienter skal motta helsehjelp som kvalitativt og kvantitativt må oppfylle en minstestandard. Det kan spørres om det innenfor barnet retten kan sies å eksistere en slik minstestandard for de kvalitetene en forelder må inneha for å få ha del i foreldreansvaret overfor sitt barn. Dette vil selvsagt ikke si at foreldrene må ”sanke poeng,” ved å følge barna på minst en fritidsaktivitet i uken, kjøpe dyre klær, og lage sunn mat fra grunnen tre dager i uken, for å fortsette å inneha foreldreansvaret. Rettspraksis viser at grensen for når en forelder ikke lenger får inneha foreldreansvaret

⁴¹ I denne rekkefølgen: LG 2004 13427 (Frostating lagmannsrett) og I LG2008-137189 (Gulating lagmannsrett).

⁴² F. eks LB2001 – 1614 (Borgarting lagmannsrett) og LG2008-137189 (Gulating lagmannsrett)

går der det foreligger særlige grunner, jf. Rt. 2003 s. 35. Bortføringsfare er en såpass sterk grunn at det ikke er tvilsomt at barnets beste ikke ivaretas og at forelderen ikke evner å anvende foreldreansvaret i fremtiden på en hensiktsmessig måte slik at atferden må plasseres under minstestandarden.⁴³ I andre tilfeller kan det foreligge vagere grunner som kreve en hårfin vurdering av om forelderen kan eller ikke kan inneha foreldreansvar. Personlighet og evne til å samarbeide med den andre forelderen kan være momenter som i grensetilfellene kan få betydning. Rettspraksis viser at dersom en forelder arbeider så kvalifisert mot den andre forelderen at dette går ut over barnet, er atferden under den minstestandarden som kan aksepteres. Det kan altså sies å eksistere en minstestandard innenfor barneretten. Overfor er det vist at det er et skille mellom foreldre som har bodd sammen og foreldre som aldri har bodd sammen, og minstestandarden varierer i forhold til dette skillet. Som sagt ovenfor, synes det som at terskelen for at far ikke får del i foreldreansvar er lavere når foreldrene ikke bor sammen.⁴⁴ Minstestandarden er dermed lavere for at far ikke får inneha foreldreansvar når foreldrene ikke har bodd sammen enn den er når foreldrene har bodd sammen.

Minstestandarden i helseretten kan ikke overføres direkte over på barnerettslige spørsmål ved at forelderen aktivt må handle på en bestemt måte for å beholde eller få ta del i foreldreansvaret. Det er heller snakk om at summen av negative faktorer som forelderen utøver overfor barnet kan medføre at forelderen ikke lenger får inneha foreldreansvaret. Terskelen er satt til særlige grunner som etter rettspraksis er overskredet når barnets beste ikke er ivarettatt.⁴⁵ Minstestandarden innenfor barneretten og helseretten er samtidig sammenlignbar i forhold til at det ikke er snakk om en målestokk for optimal utøvelse av foreldreansvaret/utøvelse av helsehjelp, men en rettslig standard for det nivået som kan aksepteres innenfor disse områdene.

8.3.3.6. Sakkyndiges rolle

I rettspraksis ovenfor, både i HR – dommene og i LR – dommene har den sakkyndige sterk innflytelse i saker om barns rettstilling. Det gjelder også ved spørsmål om foreldreansvar eller fravikelse av hovedregelen om felles foreldreansvar. På generelt grunnlag anvendes sakkyndige i stor grad i slike saker på grunn av sakenes kompleksitet og behovet for fagkunnskap. Begrunnelsen for at sakkyndige brukes i slike saker henger sammen med de alvorlige konsekvensene resultatet vil ha for barnet. Sakkyndiges vurderinger blir derfor vektlagt tungt av domstolene, noe som er

⁴³ LG 2008-137189 (Gulating lagmannsrett)

⁴⁴ Jf pkt 8.3.2

⁴⁵ Jf. Rt. 2003 s. 35. Se om dommen på s. 24 i oppgaven.

vist i gjennomgangen ovenfor. På denne måten har den sakkyndige betydelig makt i slike saker, og det er derfor interessant å se på sakkyndiges rolle i saker om barns rettslige stilling generelt.⁴⁶ Når retten oppnevner en sakkyndig psykolog i en enkeltsak er formålet at vedkommende skal bruke sin faglige kompetanse generelt, men anvendt konkret på det barnet saken gjelder. Mandatet som sakkyndig er gitt av retten er styrende i forhold til det vedkommende skal uttale seg om, jf. tvisteloven (tvL.) § 25-4. Det naturlige er at retten gir den sakkyndige instruks om at både fordeler og ulemper ved ulike alternativer skal vurderes, og at vedkommende skal komme med en uttalelse om hvilket alternativ som synes å være det beste for det barnet saken gjelder. Det mest vanlige er at det gjennomføres samtaler med begge foreldrene, og også med barnet dersom dette virker nødvendig.

Et eksempel på at den sakkyndige har stor makt er dommen i Rt. 2003 s. 35, som er gjennomgått ovenfor. I saken kom retten til at faren ikke skulle inneha foreldreansvar for sitt barn. En inngripen i både barnets og farens rettslige stilling krever at den sakkyndige bruker tilstrekkelig tid for å danne seg et realistisk bilde av foreldrenes atferd og person. Ettersom det må kunne forventes av den sakkyndige at vedkommende kan redegjøre for den faglige begrunnelsen for den endelige konklusjonen, er dette i seg selv en viktig rettsikkerhetsgaranti. På den andre siden, dersom den sakkyndig opptrer partisk i forhold til en av partene, finnes det to måter å løse problemet på. Den ene er å fremsette krav om at vedkommende kjennes inhabil etter tvL. § 25-3 tredje ledd, jf. domstolloven § 108. Det andre alternativet er å finne saksbehandlingsfeil i prosessen, slik at saken kan gjenåpnes etter reglene i tvL. kapittel 31 i saker som er avsluttet, eller at beslutningen om oppnevning av den sakkyndige omgjøres etter tvL. § 19-10 i saker som fortsatt pågår i retten.

9. Juridisk teori

9.1. Morspresumpsjonen

Opprinnelig var barnets beste ensbetydende med omsorg fra mor. Det er essensen i det som kalles morspresumpsjonen. Virkningen av dette instituttet ble imidlertid tidligere naturlig begrenset av at få mødre mulighet til å reise vekk fra barnets far i forhold til i dag. Bakgrunnen kan være at det ikke fantes trygdeordninger som i dag, slik at mødre ikke hadde samme muligheter til å være økonomisk selvstendig, samt at det i

⁴⁶ Jf Koch s. 74 – 75.

mindre grad var sosialt og religiøst akseptert. Etter 1980- tallet har lovgivningen gradvis blitt myket opp, noe som har gitt begge foreldrene mer like rettigheter ovenfor sine barn. I dag sees det på som barnets beste å ha kontakt med begge foreldrene.⁴⁷ I forhold til foreldreansvaret kan morspresumpsjonen i enkelte tilfeller fortsatt leses ut av lovgivningen. Av bl. § 35 fremgår det at i de tilfellene foreldrene ikke bor sammen ved barnets fødsel, skal mor ha foreldreansvaret alene. Når en leser bestemmelsen i lys av bl. § 48, vil det være det beste for barnet at mor har foreldreansvaret alene når foreldrene ikke bor sammen. Dette innebærer at kun mor kan ta avgjørelser om barnets personlige forhold, og i utgangspunktet utestenger det fedrene fra informasjon, for eksempel fra helsemyndigheter og skole. Denne problemstillingen kaster Jørgen Lorentzen ved Senter for tverrfaglig kjønnsforskning ved Universitetet i Oslo, lys over i artikkelen ”Med barnet i fokus” i Nettmagasinet Familia.⁴⁸ Han problematiserer det at hele 11 % av norske barn fødes uten at mor og far bor sammen, og at statistikk tyder på at en større andel av disse barna sliter mer enn andre barn, dvs. at de har flere psykososiale problemer, dårligere skoleprestasjoner og mer kontakt med barnevernet. Lorentzen ser ut til å mene at problemene kan avhjelpest med at far som hovedregel får ta del i foreldreansvaret fra barnet er født, altså at barneloven § 35 bør endres. Det er viktig å poengtere at foreldreansvaret ikke er et vilkår for samvær, slik at far kan treffe barnet fast uten å ta del i foreldreansvaret. Dette nevner også Lorentzen i sin artikkel. Et annet viktig poeng er at foreldreansvar heller ikke er nødvendig for å få opplysninger om barnet, jf. bl. § 47.

En far som ikke bor sammen med barnet, og ikke har foreldreansvar på bakgrunn av bl. § 35 første ledd, kan likevel reise sak for å få del i foreldreansvar og samvær. Bestemmelsen fører slik ikke til resultater som ikke kan overprøves av domstolene. Det er i praksis kun dersom det foreligger særlige grunner at far ikke vil få ta del i foreldreansvar. Generelt i barneretten er morspresumpsjonen ikke lenger et prinsipp som kan anses å være gyldig.

9.2. ”The primary caretaker presumption”

Kirsten Sandberg foreslår et tillegg til ”barnets beste” som vurderingsmoment i saker om hvor barnet skal bo fast. Dette presenterer hun som ”*the primary caretaker presumption*”. Regelen går ut på at det skal legges vekt på hvem av foreldrene som har hatt hovedomsorgen for barnet før samlivsbruddet. Enkelte delstater i USA anvender

⁴⁷Et nyere eksempel på dette er Barnelovsutvalgets forslag til endring i barneloven, NOU 2008: 9.

⁴⁸ Se <http://www.regjeringen.no/nb/dep/bld/kampanjer/familia/familia-22008/diverse-saker/med-barnet-i-fokus.html?id=535189>

allerede denne regelen. Prinsippet kan også tenkes anvendt også i saker om foreldreansvar, ved at terskelen for å frata foreldreansvaret fra den som har hatt hovedomsorgen for barnet vil være høy. Det gir god forutberegnelighet og passer godt i vår tid. Nå er foreldrene mer likestilte, mens da morspresumpsjonen ble utviklet var det mødrene som ivaretok barna og hjemmet.

Dersom en slik regel skulle vektes tyngre enn ”barnets beste”- kriteriet foreligger det imidlertid en fare for at forelderen som har hatt hovedomsorgen kan profittere på dette. Rettspraksis, blant annet Rt. 1985 s. 707, viser imidlertid at tidligere fortjenester og offervilje ikke i seg selv skal medføre at en forelder vinner frem. Bevis for hva som har skjedd tidligere kan bare tillegges vekt dersom det kan belyse hvor barnet vil få det best i *fremtiden*.⁴⁹ I avsnittet om gjennomgang av rettspraksis gjennomgås LF 2001-01010 (Frostating lagmannsrett) som et eksempel på at en forelder ikke fikk inneha foreldreansvaret til tross for at vedkommende hadde vært den hovedsaklige omsorgspersonen til barna under samlivet. Saken viser at en forelder ikke automatisk vil fortsette å inneha foreldreansvar ved å ha vært den hovedsaklige omsorgspersonen for barnet. Den viser også sammenhengen mellom fast bosted og foreldreansvar i den forstand at dersom en forelder ikke lenger får ha hovedomsorgen for barnet, vil vedkommende i mange tilfeller heller ikke være skikket til å inneha foreldreansvar. Ved å legge avgjørende vekt på hvor barnet vil få det best i fremtiden unngås det at foreldrene kommer mest i fokus.

Det kunne dermed være mer forutberegnelig og mindre konfliktskapende foreldrene imellom at en presumpsjon om den hovedsaklige omsorgspersonen ble tatt inn i loven som et tilleggsmoment i saker som gjelder spesielt fast bosted, men også foreldreansvar. Dette synes å være i tråd med Sandbergs oppfatning når hun sier at ”barnets beste” som lovens eneste kriterium vil være mindre forutberegnelig og at det i ytterste konsekvens kan være umulig å forutsi hvilke resultat domstolene vil komme til.⁵⁰ Selv om loven ikke eksplisitt har nedfestet hvilke andre momenter som er av betydning for den konkrete sak, betyr ikke dette at loven er uttømmende i forhold til at kun barnets beste skal vurderes. I bl. § 48 fremgår det at vurderingen ”først og fremst” skal foregå rundt hva som er barnets beste, men i en sak der ikke ett alternativ fremstår som den beste løsningen for barnet, kan andre momenter ha betydning.⁵¹ Hvem som har hatt hovedomsorgen kan da være et slikt moment når ”barnets beste”- vurderingen ikke gir et klart svar.

⁴⁹ Jf Smith og Lødrup, 2007 s 140.

⁵⁰ Jf Smith og Lødrup, 2007 s 139.

⁵¹ Jf Innst. O nr 30 (1980-81) s 14.

10. Rettsammenligning

10.1. Costa Rica

Med bakgrunn i at jeg opprinnelig er fra Costa Rica, har jeg valgt å sammenligne costaricansk barnerett med norsk rett. Det er interessant å se på hvordan Costa Rica, som er et latinamerikansk land, ivaretar barnas rettstilling.

Costa Rica har en egen familiedomstol, Tribunal de la Familia. Dette skiller seg fra den norske domstolsoppbygningen som ikke har et spesielt dømmende organ for familiesaker. Den aktuelle loven i forhold til foreldreansvar er familieloven fra 1973, Código de familia, I loven anvendes begrepet "patria potestad" som viser til foreldres ansvar ovenfor sine mindreårige barn. Essensen i "patria potestad" består av "guarda" (ivaretagelse), "crianza" (forsørgelse), og "educacion" (utdanning). I "guarda" ligger det en forpliktelse for foreldre til å ivareta sine barn på generelt grunnlag. Begrepet "crianza" retter seg mot foreldrenes forpliktelse til å besørge at barn får tilstrekkelig næring og fysisk og psykisk stimuli. Begrepet underbygger dermed det som ligger i det generelle "guarda". "[E]ducacion" vil si at foreldrene er forpliktet til at barnet på en adekvat måte får utvikle seg og forberede seg til voksenlivet. Vilkåret underbygger også innholdet i "guarda" på en naturlig måte. Normen for å vurdere "patria potestad" er "interés superior del niño," altså barnets beste. Dette synes å samsvare med FNs barnekonvensjon og det norske "barnets beste".

Foreldrene til barn som er født i ekteskap har felles "patria potestad" etter kapittel 2, art. 151 i Código de la Familia. Mødre som føder barn utenfor ekteskapet beholder "patria potestad" alene. Barnevernet, eller domstolene på anmodning fra barnevernet, kan i visse tilfeller bestemme at bare far, eller at også far, skal inneha "patria potestad" etter kapittel 3, art. 155 jf. art. 157.

Konflikter mellom foreldrene om "patria potestad" skal vurderes etter hva som anses som barnets beste. I en sak fra hovedstaden San Jose fra 2009 krevde moren at faren ikke lenger skulle inneha "patria potestad".⁵² I dette tilfellet hadde faren handlet i strid med Código de la Familia, kapittel 4, art. 159 nr. 3 "[l]a negativa de los padres a dar alimentos a sus hijos(...)". Vilkåret innebærer at begge foreldrene er pålagt å sørge for

⁵² Sakens fulle navn; EXPEDIENTE N°08-001759-165-FA , INTERNO N°925-09-3. ASUNTO: SUSPENSIÓN DE PATRIA POTESTAD, ACTORA: GRETTEL FERNÁNDEZ CARMONA DEMANDADO: RODRIGO ARIAS CORDERO, VOTO N°1221-09. TRIBUNAL DE LA FAMILIA.

at barnet ernæres. Her hadde ikke faren bidratt økonomisk til ernæring og hadde slik forbrutt seg mot lovens bestemmelse. Videre hadde faren handlet i strid med art.159 nr 6 som viser til andre former for å ikke ivareta det juridiske foreldreansvaret for barna. Retten foretar en skjønnsmessig vurdering av bestemmelsen i forhold til denne konkrete saken, og redegjør for at faren har vært fraværende i barnets oppvekst fra fødselen. Retten vektlegger vitneutsagn fra barnets mor, besteforeldre, lærer, og moren til en venn av barnet. Faren hadde ikke involvert seg i barnets liv, vist interesse for barnet, og han visste ikke hvor barnet gikk på skole. Videre hadde han ikke bidratt økonomisk overhodet. Med bakgrunn i disse forholdene fikk ikke faren ta del i “patria potestad”.

Dommen er interessant i forhold til norsk lovgivning. I Norge tilsier bl. § 35 at mor skal ha foreldreansvaret for barnet dersom foreldrene ikke bor sammen når barnet blir født. Konsekvensen av bestemmelsen er at man i Norge nesten ikke har saker om fratagelse av foreldreansvar når foreldrene ikke har bodd sammen. En far som ikke har bodd sammen med barnets mor kan imidlertid reise sak for å kreve å få ta del i foreldreansvaret, jf. for eksempel Rt. 2010 s. 216 som er omtalt i pkt. 6.3.1. Norsk rett synes dermed å være noe mer effektiv enn den costarikanske på dette punktet.

I en dom som gjaldt foreldreansvar og fast bosted fra San Jose den 26. mars 2009 krevde faren at moren ikke skulle inneha foreldreansvaret.⁵³ I dommen viser retten til at barna uttrykker at de trives med å bo hos sin far og at de ønsker å fortsette med dette. Retten analyserer familiesituasjonen konkret og uttrykker at faren er en god omsorgsfigur som handler i sine barns interesser, b.l.a er han opptatt av at barna skal opprettholde sterke bånd med storfamilien. Videre karakteriserer retten moren som en passiv person som lett lar seg manipulere og som trenger hjelp fra sine nærmeste for å kunne foreta avgjørelser. På den andre siden virker hun oppriktig interessert i barna. Barna synes på bakgrunn av analysen å ha det mest stabilt, også følelsesmessig hos far. Mor fratras patria potestad.

Dommen er interessant i forhold til norsk rettspraksis. Norsk rettspraksis har vist at personlighetstrekk hos en av foreldrene kan føre til at vedkommende mister foreldreansvaret. Dette beror imidlertid på om vedkommendes personlighetstrekk vil føre til situasjoner som strider mot barnets beste, for eksempel om forelderen ikke

⁵³ Sakens fulle navn; EXPEDIENTE N°06-400486-216-FA, INTERNO N°658-09-3. ASUNTO: SUSPENSIÓN DE PATRIA POTESTAD, GUARDA, CRIANZAY EDUCACIÓN. ACTOR: A. DEMANDADA: S. VOTO N°1559-09, TRIBUNAL DE FAMILIA.

innser at hans handlinger skaper frykt hos barna, jf. LB 2005- 118868 (Borgarting lagmannsrett). I den costarikanske dommen var det at moren hadde en passiv personlighet avgjørende for at hun ikke fikk inneha foreldreansvaret. Dette til tross for at retten stadfester at hun er oppriktig interessert i barna. Jeg mener at dommen er i direkte strid med barnets beste etter både norsk rett og barnekonvensjonen artikkel 3, da det presumeres at det beste for barnet er at begge foreldrene innehar foreldreansvar og utøver dette sammen. I denne dommen foretar retten en åpen skjønnsmessig vurdering uten å forholde seg til vilkårene som er oppsatt i Código de la Familia artikkel 158 og 159. Etter dommen skulle far ha barna boende fast hos seg. Det synes som at retten sammenblender vurderingene om fast bosted og foreldreansvar, slik at det ene følger det andre. Jeg mener at vurderingen der retten kommer til at mor ikke skal inneha foreldreansvar er på grensen til vilkårlighet, særlig ettersom loven oppstiller konkrete vilkår for å frata en forelder foreldreansvar. I og med at Costa Rica har ratifisert barnekonvensjonen kunne det være hensiktsmessig å oppstille et utgangspunkt om barnets beste forut for vurderingen om at en forelder ikke lenger fikk inneha foreldreansvaret.

11. Konklusjon

Rettspraksis viser at det er en høy terskel for å fravike hovedregelen om felles foreldreansvar og frata en forelder foreldreansvaret i de tilfellene foreldrene har bodd sammen: Det må foreligge særlige grunner for en slikt inngrep fra domstolens side. En høy terskel er særlig viktig for å sikre barnets rett til å i utgangspunktet ha to foreldre som begge utøver foreldreansvaret og beskyttelsen av dette.

Domstolene tar først og fremst utgangspunkt i den rettslige standarden ”barnets beste” i vurderingen av om en forelder skal fratras foreldreansvaret. Gjennomgangen i avsnitt 6.3 viser at vurderingen av barnets beste må gjøres konkret i forhold til det enkelte barn saken gjelder og dette barnets livssituasjon. I innledningen sier jeg at jeg med denne oppgaven ønsker å finne konkrete momenter i LR- og HR- praksis som viser hva domstolene vektlegger ved fravikelse av hovedregelen om felles foreldreansvar. Selv om hver sak vurderes konkret i med utgangspunkt i hva som er barnets beste har jeg funnet noen momenter som har direkte betydning for om en forelder får inneha foreldreansvaret.

Det er ovenfor vist at dersom en forelder ikke skal ha samvær med barnet, er det ofte en indikasjon på at vedkommende heller ikke bør inneha foreldreansvar. I flere saker skal ikke en forelder ha samvær med barnet dersom vedkommende ikke innehar tilstrekkelig omsorgsevne eller – vilje ovenfor barnet, for eksempel der vedkommende har utøvd vold mot barnet selv eller mot barnets nærstående personer i barnets påsyn. Det har vist seg at dette ofte fører til at forelderene heller ikke får inneha foreldreansvaret. For å komme frem til denne løsningen foretar domstolene i flere saker en omsorgsvurdering, der de knytter spørsmålet om forelderene skulle inneha foreldreansvaret opp mot bl. § 30. Bestemmelsen angir innholdet i foreldreansvaret, og uttrykker at foreldrene skal gi barnet ”omsut.” På denne måten kobles metahensynet ”barnets beste” direkte til foreldreansvaret og til den norske bestemmelsen som viser hva som ligger i foreldreansvaret, jf. ”omsut”, og retten til å bestemme over barnet, jf. ”rett og plikt til å ta avgjerder for barnet i personlege tilhøve”.⁵⁴ En omsorgsvurdering som foretas på denne måten er i tråd med lovens ordlyd, og det er en god anvendelse av rettskildene. Dette momentet er særlig nyttig å anvende i saker som gjelder vold enten mot barnet eller i barnets påsyn.⁵⁵ I et slikt tilfelle mangler forelderene enten omsorgs- evne eller vilje, noe som strider mot ”omsut” i bl. § 30 og barnets beste i § 48. Videre kan bortføringsfare, en forelders personlighet og nektelse av at bostedsforelderene flytter utenlands,⁵⁶ være i strid med barnets beste på en slik måte at en forelder ikke får ta del i foreldreansvaret.

Ovenfor er det vist at loven skiller mellom foreldre som har bodd sammen og foreldre som aldri har bodd sammen og at dette er fulgt opp i rettspraksis. Jeg mener at det er hensiktsmessig å skille mellom foreldrene på denne måten. I og med at barnets beste er generelt utformet og skjønnsmessig, er det nødvendig for rettsanvenderne å ha konkrete retningslinjer å forholde seg til for å sikre at barnets beste ivaretas i hver enkelt sak. I mange tilfeller har barna en svak eller fraværende tilknytning til far når foreldrene ikke har bodd sammen. Ved å skille mellom foreldrene viser lovgiver at det skal ta hensyn til barnets tilknytning til far, og at dette er sentralt i ”barnets beste”- vurderingen. På den andre siden er det gjennom barnekonvensjonen lagt internasjonale føringer for at det er ansett som det beste for barnet at begge foreldrene tar del i foreldreansvaret, jf. barnekonvensjonen § 18. Det kan da hevdes at skillet mellom foreldrene som bor sammen og ikke bor sammen i norsk lov ikke samsvarer med konvensjonen, som Norge jo har inkorporert i norsk lov. Dette kan imidlertid ikke sies å være problematisk ettersom bakgrunnen for skillet nettopp er å sikre det bærende

⁵⁴ Se pkt 5.3.1.1 og 5.3.1.2 ovenfor.

⁵⁵ For eksempel LB2005- 118868 (Borgarting lagmannsrett) som er nevnt i pkt 6.3.2.

⁵⁶ Momentene brukes henholdsvis i LG2008-137189 (Gulating lagmannsrett), LB2001 – 1614 (Borgarting lagmannsrett) og LA-2002- 21 (Agder lagmannsrett)

hensynet i barneretten; barnets beste. Når foreldrene ikke har bodd sammen og de ikke er enige om felles foreldreansvar, må far reise søksmål for å få foreldreansvaret. Det synes at terskelen er lavere for å nekte far å ta del i foreldreansvaret når foreldrene aldri har bodd sammen enn når foreldrene har bodd sammen. Begrunnelsen er at tilknytningen barnet har til far vil være svakere når foreldrene aldri har bodd sammen og at det er mer hensiktsmessig at mor innehar foreldreansvaret alene dersom samarbeidsklimaet er dårlig. Dersom foreldrene har bodd sammen, og har et så konfliktfylt forhold at de ikke kan samarbeide til det beste for barnet, vil den beste løsningen ofte være at kun en av foreldrene innehar foreldreansvaret. Et slikt resultat beror på om det konfliktfylte forholdet foreldrene imellom går ut over barnets beste og på bostedsforelderens evne til å konsentrere seg om å ivareta foreldreansvaret til det beste for barnet. I forhold til foreldrenes konfliktfylte forhold er det da også hensiktsmessig å foreta en omsorgsvurdering, jf. ”omsut” i bl. § 30. Det samme gjelder i forhold til barnets medbestemmelsesrett. Hensynet til medbestemmelsesretten og selvbestemmelsesretten må ivaretas etter hvert som barnets modnes. Dette presumeres å være i sammenheng med barnets beste, og noe som ligger under foreldrenes omsorg for barnet.

I flere av LR– dommene spør domstolene om forelderens vil anvende foreldreansvaret i fremtiden til det beste for barnet. Dette synes jeg er en god måte å knytte lovens kriterium barnets beste direkte til foreldreansvaret. En slik vurdering sammen med en omsorgsvurdering som forklart ovenfor, mener jeg at langt på vei sikrer en hensiktsmessig og god vurdering i saker om en forelder skal fratras foreldreansvaret.

12. Kilder og forkortelser

Litteratur

- Backer 1982: Inge Lorange Backer, Barneloven : lov 8. april 1981 nr.7 om barn og foreldre, Oslo 1982.
- Backer 2008: Inge Lorange Backer, Barneloven : kommentarutgave : lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre, Oslo 2008.
- Goldstein, Fraud, Solnit: Joseph Goldstein, Anna Fraud og Albert J. Solnit, Retten til barnet – eller barnets rett?, Oslo 1980
- Kjøhlberg og Johansen: Gunn- Mari Kjøhlberg og Sigrid Redse Johansen, Barnefordelingstvister: Håndbok i barnerettslige emner, Bergen 2006.
- Koch: Katrin Koch, Når mor og far møtes i retten: - barnefordeling og samvær, NOVA Rapport 13/00, Oslo 2000.
- Lorentzen: Jørgen Lorentzen, lys over i artikkelen ”Med barnet i fokus” i Nettmagasinet Familia under Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementets hjemmeside:
<http://www.regjeringen.no/nb/dep/bld/kampanjer/familia/familia-22008/diverse-saker/med-barnet-i-fokus.html?id=535189>
, Oslo 2008.
- Smith: Lucy Smith, artikkel i ”Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål” nr. 304, Oslo 2004.
- Smith og Lødrup 6. utg.: Lucy Smith og Peter Lødrup, Barn og foreldre: forholdet mellom barn og foreldre etter barneloven av 1981, Oslo 2004.
- Smith og Lødrup 7 utg.: Lucy Smith og Peter Lødrup; Barn og foreldre, Oslo, 2006.

Øksnes og Langholm: Øksnes og M.Langholm; Barna og samfunnet, Norsk lovgivning om barn og barnevern med kommentarer, Oslo, 1958.

Forarbeider

Innst. O. nr. 30 (1980/1981) - Innstilling fra justiskomiteén om lov om barn og foreldre (barnelova)

NOU 1977:35 - Lov om barn og foreldre

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

Innst. O. nr. 96 (2002 – 2003) - Om lov om endringer i barneloven mv. (Nye saksbehandlingsregler i barnefordelingssaker for domstolene mv.)

Innst. S. nr. 53 (2003-2004) – Forpliktende samliv og foreldreskap

Etterarbeider

NOU 2008:9 - Med barnet i fokus

Lover

Vergemålsloven: Lov om vergemål for umyndige; lov 22. april 1927 nr. 3.

Pasientrettighetsloven: Lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven); lov 2. juli 1999 nr. 63.

Barnelova: Lov om barn og foreldre (barnelova) ; lov 8. april 1981 nr. 7.

Barnevernloven: Lov om barneverntjenester (barnevernloven); lov 17. juli 1992 nr. 100.

Tvisteloven: Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven); lov 17. juni 2005 nr. 90.

Domstolloven: Lov om domstolene (domstolloven); lov 13. august 1915.
nr. 5.

Barnekonvensjonen: Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk
rett (menneskerettsloven); lov 21. mai 1999 nr. 30,
Convention on the Rights of the Child

Annet La Patria Potestad termino y suspensiön s. 41 i Convenio
Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica ;
<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr>

Teorien og dommene fra Costa Rica har jeg fått tilsendt fra
Esteban Vargas som er administrativt ansatt ved universitetet
i San Jose, Costa Rica. Stoffet kan sendes på forespørsel.