

RETT TIL SAMVÆR MED BARN 0-3 ÅR ETTER BARNELOVEN §§ 42 OG 43



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 661
Leveringsfrist: 25. april 2012

Til sammen 17 403 ord

23.04.2012

Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Tema.....	1
1.2	Avgrensning	2
1.3	Rettskilder og metode.....	4
1.3.1	Internasjonale konvensjoner.....	4
1.3.2	Den norske lovgivningen	5
1.3.3	Forarbeider.....	6
1.3.4	Rettspraksis	6
1.3.5	Juridisk teori	7
1.3.6	Andre momenter av betydning	7
1.3.7	Metode.....	8
1.4	Terminologi.....	9
1.4.1	Barn	9
1.4.2	Foreldreansvar	9
1.4.3	Fast bosted	9
1.4.4	Samvær.....	10
1.4.5	Delt bosted	10
2	SAMVÆRSRETTENS HISTORISKE UTVIKLING	10
3	HENSYNET TIL BARNETS BESTE SOM OVERORDNET NORM	12
4	GENERELT OM SAMVÆRSRETEN	15
4.1	Rett til samvær – noen utgangspunkter.....	15
4.2	Rett til samvær med små barn 0-3 år.....	16
4.2.1	Rettslig utgangspunkt.....	17
4.2.2	Psykologisk teori.....	18
4.3	Omfang og innhold av samværsrett.....	19
4.3.1	Innledning.....	19
4.3.2	Innhold av samværsrett	20
4.3.3	Generelt om omfang av samværsrett	20
4.3.4	Vanlig samvær	21

4.3.5	Ovale helger, delt bosted og feriesamvær	23
4.3.6	Omfang av samvær med barn 0-3 år.....	25
4.3.7	Endringer i samværsordning og opptrappingsplan	28
4.3.8	Vilkår knyttet til samværsrett.....	28
4.3.9	Samværsplikt	30
4.4	Gangen i samværsaker.....	31
4.4.1	Privat avtale.....	31
4.4.2	Mekling.....	32
4.4.3	Domstolsprosessen	33
4.5	Bruk av sakkyndig	37
5	SPESIFIKKE MOMENTER I SAMVÆRSRETEN.....	39
5.1	Innledning.....	39
5.2	Barnets alder, tilknytning, forutsigbarhet, trygghet.....	40
5.3	Hensynet til best mulig samlet foreldrekontakt.....	42
5.4	Barnets mening.....	43
5.5	Hensyn til søsken	44
5.6	Foreldrenes personlige forutsetninger	45
5.7	Praktiske forutsetninger.....	46
5.8	Konfliktnivå og belastning for omsorgsperson.....	48
5.9	Flere eksempler fra rettspraksis	49
6	SABOTASJE AV SAMVÆR	51
7	AVSLUTNING	53
8	LITTERATURLISTE.....	57

1 INNLEDNING

1.1 Tema

Den tradisjonelle familiemodellen har gjennomgått store endringer de siste tiårene. Ifølge tallene fra Statistisk sentralbyrå inngås det stadig færre ekteskap, mens tallene for skilsmisser er stabile og utgjør ca. 50 prosent av vigselstallet.¹ Samboerforhold, som utgjør ca. 25 prosent av alle som lever i samliv², oppløses enda oftere enn ekteskap. Ifølge tallene fra SSB per 1. januar 2011, bor ett av fire barn med bare en forelder, hvorav 21 prosent bor med mor og 4 prosent med far. Per 1. januar 2011 var det 1 102 000 barn i Norge.³

Utviklingen i moderne familiemønstre og statistikken viser at stadig flere barn i Norge opplever foreldrenes samlivsbrudd. En konsekvens av dette har vært et økende antall saker knyttet til regulering av foreldreansvar, bosted og samværsrett.

De aller fleste foreldre, som ikke bor sammen, blir enige om barnets bosted og samværet. Likevel, i noen tilfeller, kommer partene ikke til enighet seg imellom eller under megling, og en del av disse tvistene må behandles i retten. Både foreldrene og retten er forpliktet til å rette seg etter barnets beste ved vurdering av samværsspørsmålet, jf. barneloven §48(1). Hva som anses for å være barnets beste kan variere sterkt ut fra barnets alder, behov, sårbarhet og mange andre omstendigheter. Hvert tilfelle må derfor vurderes individuelt.

Det er naturlig å anta at små barn 0-3 år har sterkere tilknytning til den ene av foreldre, og som regel vil det være barnets mor. Undersøkelser⁴ viser at mødre bruker betydelig

¹ Statistisk sentralbyrå. Befolkningsstatistikk. Ekteskap og skilsmisser, 2011. Tabeller 1 og 2.

² Statistisk sentralbyrå. Befolkningsstatistikk. Samboere, 2010. Tabeller 1-3.

³ Statistisk sentralbyrå. Befolkningsstatistikk. Barn, 1. januar 2011. Tabeller 1-3.

⁴ Statistisk sentralbyrå. Se blant annet Tidsbrukundersøkelsen 2000 og LOGG-undersøkelsen 2007.

mer tid til omsorg for barn under tre år enn fedre, til tross for fedrekvoten.⁵ Forskjellen jevner seg ut med alderen på barna. Ifølge psykologene har små barn særskilte behov som er grunnleggende for videre normal og sunn utvikling.⁶ Hva som anses for å være barnets beste for barn 0-3 år i samværsspørsmålet, kan derfor skille seg vesentlig fra en vurdering av spørsmålet i forhold til eldre barn.

Tema i denne oppgaven er rettslig vurdering av hensynet til barnets beste i avgjørelser om rett til samvær og samværets omfang mellom barn 0-3 år og den av foreldrene som barnet ikke bor fast sammen med, etter barneloven §§42 og 43. Formålet med oppgaven er å undersøke og belyse hva som anses for å være barnets beste i samværssaker for denne aldersgruppen.

Jeg vil se på hvilke momenter som blir særlig vektlagt ved en rettslig vurdering av barnets beste i tvister om fastsettelse, omfang og utøvelse av samværsretten. I oppgaven kommer jeg også til å redegjøre for den prosessuelle gangen og bruk av sakkyndige psykologer i samværssaker.

1.2 Avgrensning

Familierettslige forhold, herunder samværsrett, reguleres av lov om barn og foreldre av 8. april 1981 nr.7 (heretter bl.). Oppgaven avgrenses derfor mot samværsrett i barnevernssaker. I oppgaven legges det til grunn av farskapet er avklart. Oppgaven avgrenses mot avgjørelser om foreldreansvar og fast bosted, som ofte behandles sammen med samværsspørsmålet. Dette er nærliggende, men likevel atskilte rettslige problemstillinger hvor vektlegging av momenter kan være annerledes i forhold til samværsspørsmålet. Samværsrett for øvrig familie faller også utenfor oppgavens tema. Oppgaven avgrenses videre mot praktiske sider ved gjennomføring av samværsrett som for eksempel barnebidrag og reiseutgifter.

Ifølge bl.§42(1) og 43(1) har barn og foreldre som ikke bor sammen gjensidig rett til samvær. Ved spesielle omstendigheter kan samværet nektes, begrenses eller

⁵ St.meld.nr. 29 (2002-2003) s. 94

⁶ Koch og Walstad s. 53-66

gjennomføres under tilsyn. I de aller fleste barnefordelingssaker har begge foreldre god omsorgs- og samværsevne. Sakene som berører rus, vold, overgrep, psykisk helse eller andre svært særlige omstendigheter hos foreldre som kan påvirke samværsevnen, er spesielle. Av hensyn til oppgavens omfang blir de ikke behandlet inngående, men brukt for å gi bedre oversikt over momenter som har betydning for sakens utfall. Oppgaven tar utgangspunkt i en helt ”ordinær” samværssak.

Samværsrett etter bl.§§42 og 43 gjelder både når foreldrene har vært gift, samboere eller aldri har bodd sammen, så lenge samværet er til barnets beste. I saker der barnet aldri har bodd sammen med begge foreldre kan tvistesporsmål og rettens vurdering av momenter være noe annerledes fra vurderingen i saker om samvær etter samlivsbrudd. Her må det skilles mellom ulike typer tilfeller. I saker til ikke-samboende foreldre er stridstemaet som regel den ene forelderens rett til samvær, samværets omfang, samt tilkjennelse av foreldreansvar. I saker der barnet har bodd sammen med begge foreldre, knyttes uenigheten oftest til barnets faste bosted og samværets omfang.

I det følgende vil jeg skille mellom de to forskjellige sakstypene der det er hensiktsmessig. Oppgaven retter seg hovedsakelig mot barnefordelingstvister som oppstår etter samlivsbrudd. Saker til foreldre som ikke har bodd sammen vil bli berørt i mer begrenset grad.

Barnefordelingssaker som berører barn 0-3 år handler oftest om samværets omfang. Hovedtemaet for den videre fremstilling vil derfor være domstolenes fastsettelse av samvær med barn 0-3 år etter bl.§§42 og 43.

Barnefordelingstvister reiser ofte spørsmål som krever kunnskaper innenfor psykologi og utviklingslære. Det spesielle med slike saker er derfor hyppig bruk av sakkyndige psykologer med særlig kompetanse innenfor barnepsykologi. Retten må ta utgangspunkt både i de juridiske premissene og sakkyndiges framtidige prognoser for å finne den beste løsningen som vil ivareta barnets beste. Selv om min oppgave handler primært om juridiske problemstillinger, vil det noen ganger være vanskelig å unngå henvisning til psykologenes vurderinger av oppgavens sentrale spørsmål.

Forståelsen av hva som er i barnets i interesser kan variere fra kultur til kultur. Med stor andel av innvandrere i Norge, kan forskjellig etniske og kulturelle perspektiver by på utfordringer ved praktisering av barnelovgivningen. Minoritetsperspektivet vil ikke bli berørt av hensyn til oppgavens størrelse.

1.3 Rettskilder og metode

Formålet med oppgaven er å klarlegge gjeldende rett på dette rettsområdet. Jeg tar derfor utgangspunkt i alminnelig juridisk metode. I det følgende skal jeg redegjøre for de relevante rettskilder som har sentral betydning for oppgavens tema. Metoden er beskrevet nærmere under avsnitt 1.3.7 og 5.1.

1.3.1 Internasjonale konvensjoner

I internasjonal rett er det flere betydelige konvensjoner på barnerettens område som setter en skranke for avgjørelsene. FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989 (heretter BK) ble ratifisert av Norge den 8. januar 1991. Den ble videre inkorporert i norsk rett gjennom Menneskerettsloven som ble endret ved lov av 1. august 2003 nr.86⁷. Ifølge menneskerettsloven §2 gjelder BK som norsk lov, og etter §3 skal konvensjonen gå foran ved motstrid med annen lovgivning. De siste årene er det blitt vedtatt en rekke lovendringer for å styrke barns rettsstilling i tråd med BK. Både før og etter inkorporeringen hadde BK stor gjennomslagskraft i norsk rettspraksis.⁸ I tilfeller der BKs bestemmelser ikke kommer til uttrykk i norsk lovgivning, skal norske regler tolkes slik at de i høyest mulig grad samsvarer med BKs og Norges folkerettslige forpliktelser, jf. presumsjonsprinsippet. Den dynamiske tolkningen av konvensjonens bestemmelser tilsier at norske lover på barnerettens område må tolkes og forstås i takt med den internasjonale rettsutviklingen.

Barnekonvensjonens artikkel 3 nr.1 lyder som følger:

Ved alle handlinger som berører barn, enten de foretas av offentlige eller private velferdsorganisasjoner, domstoler, administrative myndigheter eller lovgivende organer, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.

⁷ Søvig (2009) s. 17-18

⁸ Søvig (2009) s. 21

BKs art. 3(1) gir uttrykk for et overordnet rettslig prinsipp om hensynet til barnets beste. Etter alminnelig rettskildelære gjelder prinsippet i all norsk rett, og skal gis forrangsrett ved motstrid med norske bestemmelser. Ordlyden i art. 3(1) er svært generell i sin utforming. Den legger opp til en bred og dynamisk tolkning som tillater harmonisering av BK med norsk lovgivning. Konvensjonen gir også rom for avveining mellom barnets interesser og andre hensyn.⁹ Det siste kan være svært viktig i konkrete saker hvor andre hensyn veier tyngre.

EMK artikkel 8 om respekt for familieliv er også relevant ved behandling av barnefordelingssaker. I likhet med BK gjelder EMK som norsk lov og er gitt forrangsrett, jf. menneskerettslovens §§2 og 3. Retten til samvær er fastslått i FNs barnekonvensjon artikkel 9.

1.3.2 Den norske lovgivningen

Saker om barnefordeling behandles etter Lov om barn og foreldre av 8. april 1981 nr.7, (heretter barneloven eller bl.). Lovens kapittel 6 inneholder bestemmelser som regulerer samværsrett for barn med den av foreldre som barnet ikke bor sammen med. Lovens kapittel 7 inneholder saksbehandlingsregler i saker der det er tvist om samværsretten. Regler om mekling og bruk av sakkyndig er å finne i dette kapitlet.

Det rettslige utgangspunktet om barns og foreldrenes gjensidige rett til samvær følger av barneloven §§42(1) og 43(1). Omfanget av samværet mellom barn og foreldre reguleres av bl.§43. Samværet skal alltid være til barnets beste jf. bl.§48.

Ifølge bl.§43(2) har foreldrene som utgangspunkt frihet til å avtale omfanget av samværsretten. Er de ikke enige om samværsrett og samværets omfang, kan hver av dem reise sak for retten jf. bl.§56.

Barneloven pålegger foreldre en rekke plikter knyttet til oppfyllelse og utøvelse av samværsrett, som for eksempel plikt til å utvise omsorg og omtanke under samvær, meldeplikt ved flytting, fordeling av reisekostnader, m.m.

⁹ Haugli (2002) s. 317

1.3.3 Forarbeider

Siden vedtakelsen av barneloven i 1981 er det blitt vedtatt flere betydelige endringer i barneloven. Forarbeidene både til lovens første utgave og til endringslovene er viktige rettskilder. Når ordlyden i visse bestemmelser er generelt formulert, gir forarbeidene veiledende forklaring på lovgivers motiver og tilsiktet virkning med loven og enkelte bestemmelser.

I NOU 1977:35 s. 63, Ot.prp.nr. 103 (2004-05) s. 13-14, Ot.prp.nr. 104 (2008-09) s.19-21, NOU 2008:9 s. 62-63 henvises det til noen momenter som kan være relevante ved vurdering av hensynet til barnets beste i barnefordelingstvister.

I NOU 2008:9 har barnelovens regler om foreldreansvar, bosted og samvær vært gjenstand for grundig gjennomgang. Utredningen ble etterfulgt av forslag i Ot.prp.nr. 103 (2004-2005) om endring av bl. § 43 som regulerer samværets omfang, samt forslag om styrking av meklingsordningen.

I Ot.prp.nr.104 (2008-2009) ble det fremsatt forslag om ytterligere endringer i bestemmelser om foreldreansvar, bosted og samvær.

1.3.4 Rettspraksis

Det er ikke alltid foreldrene blir enige om barnefordeling, og omtrent 10 prosent av sakene blir gjenstand for rettslig prøving. Når man tar i betraktning den totale mengden barnefordelingssaker, blir det snakk om et stort antall saker som kommer for domstolene. Det er få saker som når lagmannsrettene, og av disse er det ytterst få som behandles i Høyesterett. Det kan være flere årsaker til det. Partene kan være fornøyde med den grundige behandlingen av saken i tingretten og det resultatet den kom fram til. En annen årsak kan være opplevelse av for høy psykisk og økonomisk belastning i videre rettslig behandling.

Oppgavens tema handler om samvær med små barn 0-3 år, noe som ytterligere begrenser antall relevante avgjørelser fra lagmannsrettene og Høyesterett. Jeg legger til grunn at de sakene som er valgt ut, utgjør et representativt utvalg for oppgavens tema. Det spesielle for rettspraksis på dette område er at den ikke har samme prejudikatsvirkning som på andre områder. Ifølge bl.§48 og forarbeidene skal all saksbehandling rette seg etter det som er best for barnet. Målet er alltid å komme frem

til den beste løsningen for det enkelte barn. Dette forutsetter en konkret og helhetlig vurdering av hvert enkelt tilfelle.¹⁰

Lovens ordlyd er svært generelt utformet og gir svært få holdepunkter for vurdering av barnets beste. Domspraksis i barnefordelingssaker gir derfor veiledende oversikt over de momenter og argumenter som kan være relevante for rettens anvendelse av skjønn. Naturlig nok kan momentene variere fra sak til sak. I det følgende skal jeg redegjøre for de argumentene som har vært med i rettslig vurdering av spørsmålet om samvær med små barn 0-3 år.

1.3.5 Juridisk teori

Barnerett er et dynamisk rettsområde hvor det til stadighet skjer endringer i lovgivning og rettspraksis, og det dukker opp nye spørsmål. Den høye andelen av barnefamilier som opplever samlivsbrudd fører til at problemstillinger knyttet til barnefordeling er svært aktuelle og mye omdiskuterte temaer for alle: foreldre, barn, jurister, psykologer og hele samfunnet. Mange av lovens viktige bestemmelser er generelt utformet og gir få holdepunkter for regelanvendelse. Juridisk teori om materielle spørsmål i barnerett tar ofte utgangspunkt i en grundig analyse av rettspraksis. Teorien gir i så måte en mer systematisk oversikt over relevante momenter i vurderingen av barnets beste, samt et bedre grunnlag for problematisering der det trengs. Ettersom barneretten er dynamisk, er det stadig behov for oppdatert litteratur som belyser både endringer og nye problemstillinger.

1.3.6 Andre momenter av betydning

Som det ble nevnt avslutningsvis i del 1.2 er *sakkyndiges vurderinger* av stor betydning når retten må støtte seg på psykologisk ekspertise i barnefordelingssaker. *Psykologisk teori, sakkyndiges vurderinger og faglige undersøkelser* ligger strengt tatt utenfor Eckhoffs rettskildelære. Når de har stor innflytelse på rettslige avgjørelser om samværsrett, velger jeg likevel å nevne dem som relevante rettskilder.

¹⁰ NOU:1977:35 s. 63

Mange av de sakene som havner i retten, har et høyt konfliktnivå. Sakene er behandlet av mennesker og handler om menneskeskjebner. Både dommeren og de sakkyndige skal i utgangspunktet være helt nøytrale og objektive i sine vurderinger. Det er likevel vanskelig å unngå at *dommerens* og *sakkyndiges egenvurderinger*, samt *rimelighetsbetraktninger* kan påvirke resultatet i saken.

1.3.7 Metode

Fremstillingen tar som siktemål å redegjøre for innholdet av begrepet barnets beste i gjeldende norsk rett med spesiell fokus på små barn. Begrepet barnets beste er et relativt og dynamisk begrep som endres med tid og sted. Det er en rettsdogmatisk metode og en praktisk tilnærming som blir lagt til grunn i oppgaven. Plasshensyn tilsier at normative perspektiver og de lege ferenda-drøftelsene blir viet begrenset plass i oppgaven.

Jeg har gjennomgått alle høyesteretts- og lagmannsrettsdommer for tidsperioden fra 2004 til 2012 hvor tvistene gjelder samværsrett etter bl.§§42, 43 og 48. Videre har jeg valgt ut de avgjørelsene som gjelder barn i aldersgruppen 0-3 år, for å se hvilke momenter domstolene vektlegger i sin vurdering. Den angitte tidsperioden ble valgt av flere årsaker. Dommene fra siste år er avsagt etter en periode med betydelig rettsutvikling og endrede samfunnsoppfatninger. De har dermed større rettskildemessig vekt enn eldre dommer og er et bedre utgangspunkt for å belyse gjeldende rett. Oppgavens størrelse tilsier også at antall dommer måtte avgrenses. Det ble ikke funnet noen relevante dommer fra Høyesterett fra den perioden. En mulig forklaring på det kan være at barna allerede var over 3 år da sakene ble tatt opp til behandling i Høyesterett. En annen årsak kan være at eldre rettspraksis fortsatt gir god avklaring på gjeldende rettstilstand. De få høyesterettsdommene som det er henvist til i oppgaven gjelder barn over 3 år og er brukt kun som generelle eksempler i den teoretiske delen. Etter alminnelig juridisk metode har dommer fra tingretten liten vekt som rettskilder, og er derfor ikke brukt i oppgaven. Mer om domsanalyse, se avsnitt 5.1.

Det er tidligere blitt foretatt tre undersøkelser av rettspraksis i barnefordelingsaker: av Lucy Smith på 1970-tallet, Kirsten Sandberg på 1980-tallet og Kristin Skjørten på 1990-tallet. Studiene hadde et mye bredere grunnlag enn temaet for min oppgave. Jeg

har valgt å bygge min oppgave på egen undersøkelse av rettspraksis i forhold til den spesifikke aldersgruppen.

1.4 Terminologi

Oppgaven bygger på en rekke juridiske begreper som barneloven opererer med. Det vil være hensiktsmessig å gi en kort innføring i sentrale begreper. I tråd med utviklingen i samfunnet, og i barneretten, er en rekke begreper i barneloven blitt endret med tiden. De gamle begrepene er fortsatt å finne i eldre rettskilder og i dagligtale.

1.4.1 Barn

FNs barnekonvensjon art.1 fastslår at med barn menes *«ethvert menneske under 18 år, hvis ikke barnet blir myndig tidligere etter den lovgivningen som gjelder for barnet»*. I samsvar med den juridiske terminologi, er det vanlig å definere et barn som en person under myndighetsalder.¹¹ Ifølge vergemålsloven §1 er myndighetsalderen i Norge 18 år.

1.4.2 Foreldreansvar

Foreldre som har foreldreansvar har rett og plikt til å gi barnet forsvarlig omsorg, samt ta nødvendige avgjørelser for barnet i personlige forhold, jf. bl.§§30 flg. Foreldre som er gift eller bor sammen, har foreldreansvaret sammen for felles barn, jf. bl.§§ 34(1) og 35(2). I andre tilfeller har moren foreldreansvaret alene, jf. bl.§35(1), men foreldre kan avtale å ha foreldreansvar sammen, jf. bl.§35(3). Foreldreansvaret gir bestemmelsesrett i forhold til bl.a. navnevalg, utstedelse av pass, medisinsk behandling og flytting til utlandet. Ved felles foreldreansvar forutsettes det at visse avgjørelser må tas i felleskap. Begrepet foreldreansvar erstatter det tidligere begrepet foreldremyndighet.

1.4.3 Fast bosted

Det stedet hvor barnet bor mesteparten av tiden, er det som betegnes som barnets faste bosted.¹² Begrepet er nærmere omtalt i bl.§§36 og 37. Den av foreldrene som barnet bor fast hos kan bestemme flytting innenlands, fritt velge barnehage, og ta andre større avgjørelser om dagliglivet, jf. bl.§37. Begrepet fast bosted erstatter det tidligere

¹¹Smith og Lødrup (2006) s 23.

¹²NOU 1998:17 s. 76.

begrepet «daglig omsorg», uten at det innebar noen realitetsforskjell i begrepets betydning.

1.4.4 Samvær

Barn og foreldre har gjensidig rett til samvær selv om de ikke bor sammen, jf. bl.§ 42(1) og 43(1). Samværet skal være til barnets beste. Omfanget av samværet kan avtales fritt av foreldrene eller fastsettes etter rettens skjønn. I oppgavens del 4 gis det nærmere beskrivelse av innholdet i samværsretten.

1.4.5 Delt bosted

Delt bosted er et relativt nytt begrep i barneloven. I praksis betyr delt bosted at barnet bor omtrent like mye hos begge foreldre og har sitt faste bosted i begge foreldrenes hjem.

2 SAMVÆRSRETTENS HISTORISKE UTVIKLING

Regler om samvær mellom barn og den av foreldrene som barnet ikke bor sammen med, har gjennomgått store forandringer de siste 100 år. Farskapet ble fastslått etter «Pater est» prinsippet, dvs når morens ektefelle ble automatisk regnet for å være barnets far. Lovgivningen gjorde tidligere et klart skille mellom barn som var født i og utenfor ekteskap. Frem til 1915 sto barn utenfor ekteskap ikke i noe familierettslig forhold til faren. Ulikhetene mellom barn i og utenfor ekteskap ble redusert med barnelovene fra 1915 og 1956. Prinsippet om samværsrett for barn født i ekteskap ble først anerkjent gjennom rettspraksis, se f.eks. Rt. 1940 s.155, for så ble fastslått i 1956-barneloven. I NOU 1977:35 kom det et forslag om at en «*prinsipperklæring om barns rett til samvær med begge foreldre, skal gjelde alle barn*»¹³. Det ble lagt stadig større vekt på viktigheten av å skape og styrke kontakten mellom barnet og faren, og oppnå fullstendig likestilling mellom alle barn.

¹³ NOU 1977:35 s. 74

I tidligere lovgivning gjaldt en presumsjon om at «*det for små barn ofte var best med omsorg og bosted hos moren*». ¹⁴ Morpresumsjonen ble fjernet med vedtakelsen av barneloven i 1981. Formålet med endringen var å likestille far og mor, likestille alle barn uansett foreldrenes sivilstatus, fjerne automatikken i avgjørelser, ta utgangspunkt i konkret og individuell vurdering og ivareta barnets beste på best mulig måte. Endringene i loven skjedde i tråd med endrede samfunnsoppfatninger som gikk i retning av likestilling. ¹⁵ Etterfølgende lovendringer har forsterket disse tendensene ytterligere.

De siste årene er det blitt vedtatt en del endringer i lovgivningen som ytterligere ivaretar barnets beste i barnefordelingssaker. Ifølge den siste endringen som trådte i kraft 1. juli 2010 i bl.§42(1), gjelder det flyttemeldingsplikt for begge foreldre med seks ukers varselsfrist. Fra 7. april 2006 gjelder det et nytt annet ledd i bl.§48 som fastslo at slike forhold som vold og overgrep, fare for fysisk eller psykisk helse skal tas med i betraktning ved vurdering av barnets beste i barnefordelingssaker. Bestemmelsen omfatter også omsorgssvikt, samt sannsynlighet for vold og overgrep i barnets nære omgivelser. Formålet med bestemmelsen er å rette særlig oppmerksomhet mot de alvorlige skadevirkninger som barnet kan bli påført og med det å sikre barnets beste i enda større grad. ¹⁶

Fra 2006 ble også samboere med felles barn pålagt å møte til mekling, jf. bl.§51(3). Lovgiveren ønsket med dette å likestille barn og barnas rett til samvær uavhengig av om foreldrene har vært gift eller samboere. ¹⁷ Mer om mekling, se avsnitt 4.4.3.

Fra 1. juli 2010 ble omfanget av «vanleg samværsrett» i bl.§ 43(2) utvidet av hensyn til mest mulig samlet foreldrekontakt, samt for å fremme utvikling i samfunnet i forhold til likestilling og gjenspeile reell praksis. ¹⁸ Mer om vanlig samværsrett under avsnitt 4.3.4.

¹⁴ NOU 2008:9 s. 39

¹⁵ Haugli 2004 s. 348

¹⁶ Ot.prp.nr. 103 (2004-05) s. 56

¹⁷ Ot.prp.nr. 103 (2004-05) s. 19 under pkt 4.4.4

¹⁸ Ot.prp.nr. 104 (2008-09) s. 57

3 HENSYNET TIL BARNETS BESTE SOM OVERORDNET NORM

Barnets beste er det overordnede rettslige prinsipp som er nedfelt i FNs barnekonvensjon artikkel 3(1), og som har stor betydning i norsk rett gjennom bestemmelser i nasjonal lovgivning og rettspraksis, se avsnitt 1.3.1. Det er et overordnet mål at hensynet til barnets beste ivaretas i all lovgivning om barn, noe som samsvarer med Norges internasjonale forpliktelser.¹⁹

Alle avgjørelser som tas av foreldrene selv eller av domstolene i spørsmål som angår barn, skal alltid tas i lys av hensynet til barnets beste.²⁰ Hensynet til barnets beste gjelder både som *materiell norm* for innholdet i avgjørelsene, samt som *prosessuell norm* under saksbehandlingen.²¹

Det grunnleggende prinsippet om barnets beste er nedfelt i bl.§48, som er den første innledningsbestemmelsen til lovens kapittel 7 om saksbehandlingsregler. Med slik plassering av bestemmelsen ønsket lovgiveren å markere hensynet til barnets beste som overordnet norm, samt gjøre loven mer oversiktlig.²²

Ifølge barneloven §48 første ledd skal «*avgjerder om foreldreansvar, om kvar barnet skal bu fast og om samvær, og handsaminga av slike saker, først og fremst rette seg etter det som er best for barnet*».

I likhet med Barnekonvensjonens artikkel 3(1) er bestemmelsen om barnets beste gitt en generell form og fungerer som en prinsipperklæring. Foreldre og andre alminnelige lovbrukere kan oppleve at den generelle utformingen av hensynet til barnets beste i loven kan føre til noen utfordringer ved tolking av regelen.

Det kan være vanskelig for foreldre å se i lovteksten at hensynet til barnets beste er det overordnede, men ikke det eneste, hensynet som skal ivaretas i barnefordelingsaker.

¹⁹ NOU 1998:17 kap. 6.9

²⁰ Ot.prp.nr.104 (2008-09) s. 18

²¹ Ot.prp.nr. 29 (2002-03) s. 82

²² Ot.prp.nr. 29 (2002-03) s. 82

Bestemmelsen i bl.§48 første ledd fastslår at avgjørelser om barnet «skal først og fremst rette seg etter det som er best for barnet». Med formuleringen «først og fremst» legger ordlyden til rette for at også andre hensyn å bli tatt med i vurderingen. Det kan være vanskelig for ikke-jurister å vite hvilke andre hensyn som kan være relevante, hvordan de skal vektas og avveies mot hverandre. Begrenset tilgang til kunnskap om alle skjønnsmomenter som ligger til grunn for vurderingen i barnefordelingssaker, kan virke konfliktfremmende og føre til unødige bruk av domstoler. Disse utfordringene stemmer dårlig overens med målsettingen om færre unødige tvister og større forutsigbarhet for foreldrene og deres barn.

Behovet for utdypning av innholdet i begrepet barnets beste har vært drøftet i Ot.prp.nr.104 (2008-09). På bakgrunn av Barnelovutvalgets vurdering og høringsinstansenes syn kom Barne- og likestillingsdepartementet frem til at det ikke er ønskelig med lovfesting av flere momenter i loven.²³ Det ble fremhevet at barnets beste er et dynamisk og generelt begrep som gir rom for individuell og helhetlig skjønsmessig vurdering. En konkret angivelse av relevante hensyn kan virke hemmende for en naturlig utvikling av begrepets innhold. De lovfestede hensynene kan i verste fall overskygge de ulovfestede. Det er dessuten vanskelig å stadfeste og forutsi alle mulige hensyn som kan gjøre seg gjeldende fra sak til sak, spesielt med tanke på langsiktig utvikling i samfunnet og på rettsområdet. I stedet for å endre ordlyden foreslo departementet å gjøre informasjon om relevante hensyn i barnefordelingssaker lettere tilgjengelig og forståelig.²⁴

Som det ble nevnt ovenfor, gir ikke barneloven en nærmere definisjon på innhold av barnets beste. Lovgiverens målsetting er å tilrettelegge forholdene slik at nettopp barnets perspektiv og interesser legges til grunn i enhver barnefordelingssak. Andre hensyn, som hensyn til hver av foreldrenes ønsker eller likestillingshensyn, ivaretas kun i den grad de fremmer barnets beste.

Hva som anses for å være til barnets beste, kan variere fra sak til sak, samt endres over tid. Hensynet til barnets beste er et skjønsmessig kriterium som forutsetter en konkret

²³ Ot.prp. nr. 104 (2008-09), Departementets vurdering under 5.3.3 på s. 19

²⁴ Ot.prp. nr. 104 (2008-09) s. 20

og helhetlig vurdering i hver enkel sak. Det er forarbeidene, og særlig rettspraksis, som gir veiledende, men ikke uttømmende, føringer på hvilke momenter som bør tillegges vekt ved skjønsmessig vurdering av hensynet til barnets beste. Flere steder i eldre og i nyere forarbeider er det gitt eksempler på momenter som kan være relevante ved vurdering av barnets beste i barnefordelingssaker. Se blant annet NOU 1977:35 s. 63, Ot.prp. nr. 103 s. 13-14, Ot.prp. 104 s. 19-21, NOU 2008:9 s. 62-63, m.m. I bl.§43(2) heter det at ved *«avtale eller avgjørd om samvær skal det mellom anna leggjast vekt på omsynet til best mogleg samla foreldrekontakt, kor gammalt barnet er, i kvar grad barnet er knytt til nærmiljøet, reiseavstanden mellom foreldra og omsynet til barnet elles»*.

Lovens utgangspunkt er at det er til barnets beste å ha god kontakt og tilhørighet mellom barn og begge foreldre. Målsettingen er at alle barn skal ha tilnærmet samme tilgang til sine foreldre, uansett om de bor eller ikke bor sammen. Målet er den høyeste grad av avtalefrihet om omsorgsordninger som på den ene siden ivaretar barnas interesser, og på den andre fremmer samarbeid og gode omsorgsevner hos foreldre.²⁵ Rettslig behandling av barnefordelingstvister er derfor organisert på en måte som retter seg etter å hjelpe partene til å dempe konflikten og bli enige om resultatet. Oppnås ikke enighet, blir en avgjørelse ved dom siste utvei. Saksgangen, mekling og bruk av sakkyndige beskrives mer inngående under avsnitt 4.4 og 4.5.

Rettspraksisen har skilt ut en rekke momenter som tillegges vekt ved vurdering av barnets beste i forhold til spørsmålet om fast bosted og samvær. Disse er blant annet: risiko ved miljøskifte, barnets mening, hensynet til best mulig samlet foreldrekontakt, barnets følelsmessige tilknytning, foreldrenes personlige egenskaper, praktiske forutsetninger, konfliktnivå. Argumentene kan ha forskjellig vekt på bakgrunn av konkrete individuelle omstendigheter. Argumentenes vekt har endret seg over tid. I de senere årene er det to hensyn som er blitt tillagt stadig større vekt i forhold til større barn: hensynet til best mulig samlet foreldrekontakt og barnets mening.

²⁵ Ot.prp.nr.104 (2008-09) s. 19

I oppgavens del 5 gjennomgår jeg de momenter som har vært vektlagt i rettspraksis ved vurdering av barnets beste i samværs spørsmål med barn 0-3 år.

4 GENERELT OM SAMVÆRSRETTE

4.1 Rett til samvær – noen utgangspunkter

Barnelovens kapittel 6 inneholder regler om samværsrett for den av foreldrene som ikke bor fast sammen med barnet. Kapitlet inneholder også en rekke andre regler som ligger utenfor oppgavens tema.

Det følger av barneloven §§42(1) og 43(1) at barnet, og den av foreldre som barnet ikke bor sammen med, har rett til samvær med hverandre, forutsatt at noe annet ikke er avtalt eller bestemt. Det er ikke nærmere definert i loven hva som legges i samværsbegrepet. I barnerettslig forstand er det naturlig å forstå begrepet som den tiden barnet tilbringer sammen med den av foreldrene som barnet ikke bor sammen med.

Rent lovteknisk er *barnets rett og forelders rett* til samvær plassert i to separate lovbestemmelser.

Barnets rett til samvær følger av bl.§42(1) som en prinsipperklæring om *at «barnet har rett til samvær med begge foreldra, jamvel om dei lever kvar for seg.»*. Prinsippet ble lovfestet i 1969 og etter ordlyden gjaldt det for barn født av gifte foreldre. I forbindelse med utarbeidelsen av den siste barneloven av 1981 ble det fremsatt en målsetting om *«å unngå forskjellsbehandling mellom barn født i og utenfor ekteskap»*.²⁶ Regelen om samværsrett i barneloven tar utgangspunkt i at det som regel er viktig for barnet å ha kontakt og sosial omgang med begge foreldre uansett foreldrenes tidligere samlivsform. Barnets samværsrett er ikke en absolutt rettighet ettersom gjennomføringen av samvær forutsetter vilje hos samværsforelder. Loven inneholder ingen regler om samværsplikt for foreldre. Mer om samværsplikt, se avsnitt 4.3.9.

²⁶ Se bl.a. Ot.prp.nr. 62 s. 7

Foreldrenes rett til samvær følger av bl.§43(1). Det er den *biologiske tilknytningen* som ligger til grunn for samværsretten. Det er likevel ikke et vilkår å ha del i foreldreansvaret for å få rett til samvær. Barnets behov for kontakt og sosial omgang med begge foreldre har en selvstendig og tungtveiende betydning ved vurdering av samværsrett og omgang. Regelen om samvær skiller ikke mellom foreldre som har vært gift, samboere eller aldri har bodd sammen. Ifølge lovens ordlyd er samværsrett ikke betinget eller begrenset av foreldrenes tidligere forhold, hvorvidt de har bodd sammen, barnets faste bosted og foreldrenes konflikt. Samværet kan begrenses kun når det ikke er til barnets beste. Dette gjelder blant annet ved spesielle forhold som forringer forelderens samværs- og omsorgsevne, som for eksempel rus, vold, psykiske problemer, omsorgssvikt eller andre svært spesielle omstendigheter.

Loven pålegger begge foreldre gjensidig ansvar når det gjelder å sørge for oppfyllelsen av samværsretten, jf. bl.§42(1) andre punktum. Regelen er dermed en pliktregel for foreldre i den forstand at hver av dem er forpliktet til å ivareta den andres samværsrett. Loven pålegger likevel ingen samværsplikt hvis en forelder unnlater å møte opp til samvær med barnet, jf. avsnitt 4.3.9.

På bakgrunn av den ovenstående fremstillingen kan det hevdes at barnets samværsrett står svakere sammenlignet med foreldrenes samværsrett. Foreldre i motsetning til barn har bl.a. adgang til å ta i bruk rettsmidler for å sette makt bak sitt krav om samvær.

Prinsippet om samværsrett har med årene fått en stadig sterkere posisjon gjennom endringer i regler, uttalelser i forarbeider, rettspraksis og samfunnsutvikling. Endringene var rettet mot likestilling av alle barns mulighet til å ha samvær med den av foreldre som barn ikke bor sammen med, samt likestilling av foreldrenes rett til deltagelse i barns liv uansett gjeldende og tidligere samlivsform.

4.2 Rett til samvær med små barn 0-3 år

I de fleste barnefordelingssaker som gjelder samværsrett med små barn 0-3 år har barnet fast bosted hos mor. Dette er likevel ikke i motstrid med lovgiverens uttrykt ønske om å gå fra den tidligere regelen om *morspresumsjon* for å fremme prinsippet om barnets beste og prinsippet om likestilling av foreldre. I de fleste familier er det fortsatt

kvinnen som har hovedomsorgen for små barn²⁷, blant annet på grunn av amming og fødselspermisjon. På bakgrunn av barnets sterkere tilknytning til mor, og øvrige hensyn, blir det oftest til barnets beste for barn 0-3 år å bli boende fast hos mor.

Barnefordelingssaker som gjelder barn 0-3 år handler derfor oftest om farens samværsrett.

4.2.1 Rettslig utgangspunkt

Regler om samvær i barneloven tar utgangspunkt i at det er til barnets beste å ha mest mulig kontakt med begge foreldre²⁸. Loven pålegger foreldrene å legge forholdene til rette for oppfyllelsen av samværsretten, jf. bl.§ 42(1) andre punktum, §43(4) og (5). Regler i bl. §§42 og 43 har intet uttrykkelig skille mellom små barn 0-3 år eller større barn. Barnets alder er et av flere momenter som må tas hensyn til ved vurderingen av hvorvidt samvær er til barnets beste, jf. bl.§43(2) tredje punktum.

Det klare utgangspunktet i loven, forarbeidene og rettspraksis er at samværsrett er til barnets beste uansett barnets alder.²⁹ Hovedregelen er derfor at den av foreldre som barnet 0-3 år ikke bor sammen med, har rett til samvær med barnet så lenge noe annet ikke er avtalt eller bestemt.

I NOU 2008:9 på side 62 er det flere uttalelser om betydningen av barnets alder i samværsspørsmål. Barneutvalget finner det viktig at *«spørsmålet om samvær må ses i sammenheng med barnets alder»*. På samme side nevnes det at *«det i noen tilfeller er til barnets beste at det overhodet ikke er noe samvær mellom forelderen og barnet»*. Barn har forskjellige behov og ulik kapasitet til å tåle samvær.³⁰ Det er ubestridt at samvær som passer for 12-åringer, mest sannsynlig vil passe dårlig for ettåringer. Store barn kan gi uttrykk for sine meninger og påvirke utformingen av samværet, jf. bl.§31. Tvister om samværsrett med små barn reiser derimot flere spørsmål når barnet er for lite til å ha egen mening om saken. Spørsmålene vil ofte være hvorvidt og hvor mye

²⁷ St.meld. nr. 29 s. 19

²⁸ NOU 2008:9 s. 61-62.

²⁹ Se bl.a. Ot.prp.nr 103 (2004-05) s. 14

³⁰ Koch og Walstad s. 21-22

samvær barnet tåler, og hva slags samvær vil være mest positivt og eventuelt minst skadelig for barnets utvikling. Foreldre og jurister er i så måte avhengige av sakkyndiges kunnskaper om utviklingslære i barnepsykologien, deres vurderinger av barnets beste og forholdene for øvrig i den konkrete saken.

Når hovedregelen sier at foreldre og barn uansett alder har rett til samvær, blir spørsmålet om samværsrett med små barn i de fleste tilfeller oftest et spørsmål om omfang, utforming og praktisk gjennomføring av samværet.

4.2.2 Psykologisk teori

Psykologisk teori er ikke entydig i sitt syn på rett til samvær. Små barn blir ofte delt i ytterligere to undergrupper på 0-1 år og 1-3 år på bakgrunn av deres behov for stabil og trygg omsorg, forutsigbarhet, tilknytning, aldersbetinget sårbarhet og samværskapasitet.

I psykologisk teori menes det at samværets primærformål bør være å bidra positivt til barnets utvikling og unngå belastninger som vil medføre utviklingsrisiko.³¹ En rekke undersøkelser tyder på at samvær i seg selv ikke bidrar til mer positiv utvikling i langsiktig perspektiv hvis man sammenligner barna som har og ikke har samvær.³² Samvær kan være positivt og støttende for barnets utvikling forutsatt at det ikke utgjør en risikofaktor. Koch og Walstad konkluderer med at det kan *«antakelig ikke regnes som en nødvendig betingelse for å sikre barn en tilfredsstillende utvikling»*.³³

På bakgrunn av utviklingspsykologisk kunnskap menes det at barn 0-1 år er spesielt sårbare i sin utvikling. Det er for lite kjent hvordan de minste barna reagerer på betydelige og hyppige omskiftninger i sin omsorgssituasjon. Det er uklart hvor mye som skal til for å utløse negative konsekvenser i barns utvikling. Negative endringer i utviklingen kan bli synlige både med en gang som stressreaksjoner, men også i barnets senere liv som for eksempel med tilpasnings- og utviklingsvansker³⁴.

³¹ Koch og Walstad s. 32-33

³² Kelly 2000; Hetherington 1999

³³ Koch og Walstad s. 33

³⁴ Koch og Walstad s. 54

I forhold til aldersgruppen 0-1 år anbefales det derfor følgende: «*Hvis en skal være sikker på at de minste barna ikke skal uroes for mye av samvær, bør samværet derfor ikke være mer omfattende enn det som tilsvarer foreldres naturlige fravær i en vanlig omsorgssituasjon der begge deler på omsorgen*». ³⁵ Med andre ord anbefales det stabilitet, forutsigbarhet og ro under utøvelse av samvær med denne aldergruppen. Barnet bør ikke tas for mye fra ammende mor. Samværene bør være korte og hyppige.

Ifølge Koch og Walstad er det viktig for aldersgruppen 1-3 år «*at samværet ikke forstyrrer tilknytningsutviklingen vesentlig*». ³⁶ Barn 1-3 år har ikke begrep om tid og kan oppleve samværene som uforutsigbare, både med hensyn til når samværene skal inntreffe, hvor lenge de skal vare og når barnet skal hjem. Barnet vil i så fall bruke for mye krefter på tilpasning til situasjon, noe som kan gå på bekostning av barnets egen utvikling. ³⁷ Koch og Walstad anbefaler derfor for denne aldersgruppen korte og hyppige samvær med maksimalt en ukes mellomrom for å etablere og opprettholde relasjon med samværsforelder. Barn i denne aldergruppen kan tåle overnatting men det må vurderes individuelt ut fra barnets egne premisser. Det er uansett viktig at antall netter er begrenset og barnet bor fast et sted. ³⁸

4.3 Omfang og innhold av samværsrett

4.3.1 Innledning

Det ideelle for barn når de ikke bor sammen med begge foreldre er to voksne som er enige om vesentlige spørsmål og samarbeider godt om samværet. Ifølge psykologisk forskning er det skadelig for barn å oppleve langvarige skjulte eller åpne konflikter mellom to viktigste personer i deres liv – mor og far. Vedvarende konflikter i nære omgivelser kan i verste fall gjøre barnet mer sårbart og føre til tilpasnings- og

³⁵ Koch og Walstad s. 54

³⁶ Koch og Walstad s. 66

³⁷ Koch og Walstad s. 65

³⁸ Koch og Walstad s. 65-66

utviklingsvansker, samt utfordringer i relasjonsbygging senere i livet³⁹. Målet bør derfor være å finne frem til en samværløsning som er god først og fremst for barnet, men også for øvrige involverte i den grad det er mulig.

4.3.2 Innhold av samværsrett

Den som har samvær med barnet har en rekke lovpålagte plikter. Barnet har krav på nødvendig omsorg og omtanke fra den som er sammen med barnet, jf. bl.42(2) første punktum. Dette er en naturlig forutsetning, ettersom mangelfull omsorg under samværet ikke vil være til barnets beste og dermed vil utgjøre grunnlag for begrensning eller nektelse av samvær.⁴⁰

Loven fastslår videre at den som er sammen med barnet, kan ta avgjørelser som gjelder omsorg for barnet under samværet, jf. bl.§42(2) andre punktum. Det er naturlig at samværsforelder må ta fortløpende og nødvendige avgjørelser om barnets påkledning, mat, leggetider, venner, tilsyn og stell, eventuell oppfølging i forbindelse med barnehage, skole eller andre aktiviteter.⁴¹ Slik bestemmelsesrett gjelder også når samværsforelder ikke har foreldreansvar.

4.3.3 Generelt om omfang av samværsrett

Omfanget av samværet er regulert i bl.§43. Bestemmelsen gir ikke nærmere regler om fastsettelse av samværets omfang.

Hovedregelen er at foreldre har full frihet til å avtale nærmere samværets omfang og praktisk utforming av det, jf. bl.§43(1) andre punktum og (2) første punktum. Ifølge ordlyden i bl.§ 43(2) « *Foreldra avtaler sjølve omfanget av samværsretten på bakgrunn av kva dei meiner er best for barnet*». Loven angir flere momenter som foreldre skal ta hensyn til ved vurdering av barnets beste: barnets mening jf. bl.§31, best mulig samlet foreldrekontakt, barnets alder, barnets tilknytning til nærmiljø, reiseavstand mellom foreldre og eventuelle andre aktuelle hensyn, jf. bl.§43(2). Loven

³⁹ Koch og Walstad s. 126

⁴⁰ Kjølborg og Johansen s. 93

⁴¹ Ot.prp. nr 56 (1996-97) tabell på s. 56

pålegger dermed foreldre å tenke på barnets beste som overordnet hensyn ved vurdering av samværets omfang og praktisk gjennomføring.

Når foreldrene ikke kommer til enighet om samværsrett seg imellom eller under megling, kan hver av dem reise sak for retten, jf. bl.§56(1) første punktum.

Domstolen fastsetter samværsomfang skjønnsmessig og med hensyn til barnets beste, jf. bl. § 48. Domstolen kan i tillegg til samværets omfang fastsette også hvordan det skal utøves rent praktisk og spesielle vilkår som er knyttet til gjennomføringen.

De ovennevnte momentene i bl.§43(2) gjelder også ved rettslig vurdering av barnets beste. Som det var påpekt ovenfor under del 3 er listen med momenter i bl.§43 ikke uttømmende, og det kan være stadig nye og spesielle momenter som må tas hensyn til. Dette presiseres også i bestemmelsens ordlyd med «omsynet til barnet elles», jf. bl.§43 (2) tredje punktum. I del 5 skal jeg gjennomgå momenter som var av betydning i samværsaker i avgjørelsene fra lagmannsrettene de siste årene under fastsettelse av samvær med barn 0-3 år.

Når barnas behov og samværskapitet varierer sterkt, er det naturlig at det ikke er angitt noen retningslinjer i loven for omfang av samværet. En eller to konkrete regler om samvær ville ikke kunne ivareta barnets beste for alle barn i barnefordelingssaker. Loven angir likevel en legaldefinisjon på «vanlig samværsrett» i §43(2) fjerde punktum, se avsnitt 4.3.4. Definisjonen er veiledende og kun et eksempel på hvordan samvær kan utformes.

I praksis varierer derfor samværsomfang og organisering av det mye ut fra barnets alder og samværskapitet, reisevei, forelderens samværsevne, konfliktnivå og omstendighetene for øvrig.

4.3.4 Vanlig samvær

I noen tilfeller blir det avtalt eller fastsatt *vanlig samvær* etter bl.§43(2) fjerde punktum.

Etter legaldefinisjonen av «vanlig samvær» har samværsforelder rett til å være sammen med barnet en ettermiddag i hver uke med overnatting, annenhver helg, til sammen tre uker i sommerferien, og annenhver høst-, jule-, vinter- og påskeferie.

Normen *vanlig samvær* var innført for å skape en ordning som gir signaleffekt i saker med høy konfliktnivå og der det er «fare for at det avtales mindre samvær enn det som er til barnets beste».⁴² Vanlig samværsrett skal ikke forstås som en minimumsordning. Det kan fastsettes mer eller mindre omfattende samvær på grunnlag av vurdering av barnets beste og de subjektive forholdene for øvrig.⁴³ Definisjonen er dermed ikke bindende, men veiledende og brukes som utgangspunkt under vurdering av passende samværsordning. Den antas også å virke normerende og oppdragende på foreldrene som er i konflikt.

Legaldefinisjonen har vært innført i norsk rett med den siste Barneloven av 1981. Innføring av definisjon av «vanlig samvær» i barneloven var i utgangspunktet begrunnet med nødvendighet å styrke rettsstillingen til den av foreldre som ikke bodde sammen med barnet. Det var videre antatt at presisering av samværsrettens omfang i loven kunne bidra til å minske antallet barnefordelingssaker i rettssystemet.⁴⁴ Helt siden innføringen av legaldefinisjonen i loven har det vært flere ganger diskutert hvorvidt det er hensiktsmessig å beholde den i lovteksten. Spørsmålet ble behandlet nylig i Ot.prp. nr. 103 (2004-05) og NOU 2008:9. Fra flere hold ble det hevdet at legaldefinisjonen kan virke begrensende på avtalefriheten og stå i veien for å holde fokus på barnets beste ved avtaleinngåelse. Mange foreldre tror feilaktig at «vanlig samvær» er bindende og utgjør en minimumsordning. Samtidig ble det påpekt at *«dersom man fjerner det som etter loven oppfattes som et minimum av samvær, løper man risikoen for enda mindre samvær for barn og foreldre som fra før har liten kontakt»*.⁴⁵

⁴² Ot.prp.nr. 103 (2004-05) s. 55

⁴³ Ot.prp. nr. 103 (2004-05) s. 12

⁴⁴ NOU 1977:35 s. 75

⁴⁵ NOU 2008:9 s. 62

På bakgrunn av tungtveiende motforestillinger ble det bestemt å beholde legaldefinisjonen i loven for å sikre samvær mellom barn og foreldre som har ingen eller begrenset samvær.⁴⁶ Det ble videre bestemt å utvide innholdet i definisjonen «vanlig samvær» for å sette større fokus på vurdering av barnets beste ut fra sakens individuelle premisser, ivareta hensynet til størst mulig samlet foreldrekontakt og tilfredsstillende generell utvikling i samfunnet. For å gjøre innholdet i normen mer presis og forståelig for lovbrukere, ble det i lovens ordlyd inntatt noen av de momenter som må tas hensyn til ved vurdering av barnets beste i barnefordelingssaker: hensynet til barnets alder og mening, hensynet til størst mulig samlet foreldrekontakt, reiseavstanden m.m.⁴⁷

4.3.5 Ovale helger, delt bosted og feriesamvær

Utviklingen i samfunnet går i den retning at stadig større andel av foreldre velger omfattende samvær opptil 50 prosent. Stadig flere foreldre velger delt bosted. Det er blitt mer vanlig at barnet oppholder seg annenhver uke hos hver av foreldre, med ferier som blir fordelt likt mellom foreldre. Samværsomfang på opptil 50 prosent ligner på mange måter delt bosted, men er ikke det samme. Forskjellen ligger i det at ved delt bosted har barnet formelt sett fast bosted hos begge foreldre. Ved samværsrett har barnet fast bosted kun hos den ene av foreldre selv om barnet rent fysisk kan oppholde seg like mye i begge foreldrenes hjem. Delt bosted medfører også at begge foreldre har bostedskompetanse og må i så fall ta avgjørelser i felleskap om bl.a. valg av barnehage, flytting innenlands og andre større avgjørelser i barnets dagligliv.⁴⁸

Foreldrene har avtalefrihet og kan komme frem til en praktisk løsning på gjennomføring av samvær som passer begge parter. Ved uenighet mellom foreldre har domstolene kompetanse til å fastsette samvær til opptil 50 prosent, for eksempel når barnet overnatter en natt mindre hos samværsforelder enn ved delt bosted.

⁴⁶ Ot.prp. nr. 103(2004-05) s. 15

⁴⁷ NOU 2008:9 s 62-63

⁴⁸ Ot.prp. nr. 56 (1996-97) tabell på s. 56

Domstolen kan fastsette delt bosted etter bl.§36 selv om den ene av foreldrene er imot det. Som hovedregel er det ikke aktuelt å idømme delt bosted i forhold til barn under syv år.⁴⁹ Tema om delt bosted ligger utenfor oppgavens problemstilling. Jeg valgte likevel å nevne det her ettersom fastsettelse av omfattende samvær og delt bosted er nærliggende problemstillinger. Når delt bosted ikke idømmes i forhold til barn under syv år kan det også belyse bedre lovgiverens, domstolens og sakkyndiges syn på samværsomfang som vil være til barnets beste eller i strid med det i forhold til små barn.

For noen foreldre og barn er det bedre å gjennomføre samvær i form av såkalte *ovale helger*. I praksis betyr det at *vanlig samvær* er noe utvidet med lengre helgesamvær og eventuelt noe utvidet sommerferie.⁵⁰

Det er ikke uvanlig at foreldre flytter og bor langt unna hverandre. I slike tilfeller blir det vanskelig å utøve både omfattende og hyppig samvær som bl.a. innebærer *ettermiddagssamvær*.⁵¹ Lange reiseavstander kan skape utfordringer for voksne og være belastende for barn. Det kan derfor være til barnets beste å organisere samvær på en annen måte enn vanlig samvær, ovale helger eller mer omfattende samvær. Dette vil likevel være avhengig av barnets alder og eventuelt andre hensyn.

Hensynet til størst mulig samlet kontakt i visse tilfeller må vike for hensynet til barnets beste. I NOU 2008:9 på side 62 fremhever Barneutvalget at «*for en del barn vil et regelmessig og ordnet samvær være minst like viktig som et omfattende samvær*». Videre sier utvalget at «*et kvalitativt godt samvær vil i mange tilfeller være minst like bra for et barn som et kvantitativt omfattende samvær*».⁵²

⁴⁹ Ot.prp.nr.104 (2008-09) s. 73

⁵⁰ Kjølborg og Johansen s. 99

⁵¹ Ot.prp.nr. 103 (2004-05) s. 15

⁵² NOU 2008:9 s. 62

I tilfeller når omfattende samvær ikke er til barnets beste eller er praktisk umulig å gjennomføre, kan samværet legges til ferier eller gjennomføres på en annen kvalitativt tilfredsstillende måte som ivaretar barnets beste og foreldrenes interesser.

Når det gjelder *feriesamvær* gjelder det også her full avtalefrihet mellom foreldre. Et eksempel på mulig fordeling av feriesamvær kan man finne under legaldefinisjon av *vanlig samvær* i bl.§43(2) fjerde punktum. Slik fordeling innebærer at samværsforelder får til sammen tre uker om sommeren, annenhver høst-, jule-, vinter- og påskeferie. I praksis betyr slik fordeling at hver av foreldre får omtrent like mye tid sammen med barnet i ferieperioder. I tilfeller når det er lite regelmessig samvær mellom barnet og samværsforelder, for eksempel på grunn av lang reiseavstand, kan det avtales eller fastsettes mer omfattende samvær i ferier, forutsatt det er i barnets beste.⁵³ En slik ordning vil likevel passe dårlig for små barn, se avsnitt 4.2.2.

4.3.6 Omfang av samvær med barn 0-3 år

Som det var nevnt under del 4 må samværsomfang med barn 0-3 år fastsettes skjønnsmessig på bakgrunn av individuell vurdering av barnets beste og andre forhold i den konkrete saken.

Flere av dagens regler som gjelder i samværsretten har vært gjenstand for grundig gjennomgang i NOU 2008:9. Både i NOU 2008:9 og i andre forarbeider er det stadig fremhevet at barns alder har stor betydning for deres behov for samvær. Ettersom samværsomfang skal fastsettes individuelt, gis det ingen konkrete forslag i forarbeidene om passende omfang og samværsordning for små barn 0-3 år. Det finnes likevel en rekke uttalelser i forarbeidene som gir signaler om hva man bør være oppmerksom på ved vurdering av spørsmålet.

I Ot.prp.nr.103 (2004-05) på s. 14 heter det at «*for små barn vil ofte korte og hyppige samvær fungere bra, mens det for eldre barn kan være mer praktisk med lengre samvær*».

⁵³ Kjølberg og Johansen s.101

I NOU 2008:9 på side 62 påpekes det at *«særlig for de små barna kan et trygt og forutsigbart samværsomfang være av vesentlig betydning for hvordan foreldrenes samlivsbrudd oppleves»*.

I Ot.prp.104 (2008-09) har det vært vurdert behov for nærmere presiseringer i samværsbestemmelsen, det vil si hvorvidt det bør gå fram av § 43 at samvær kan fastsettes til opp til 7 av 14 dager.⁵⁴ I sin vurdering av forslaget på side 58 under avsnitt 9.4.3 har Barne- og likestillingsdepartementet understreket at alle avgjørelser må tas med hensyn til at barn er forskjellige og har individuelle behov. Barnets alder er viktig. Videre uttales det at *«for små barn kan det være viktig med en base hos en forelder og jevnlige, men ikke for langvarige besøk hos den andre»*.⁵⁵

Legaldefinisjonen «vanlig samvær» er ofte brukt som utgangspunkt, men det avgjørende er alltid barnets beste og øvrige konkrete forhold i hver enkel sak.

I Ot.prp.nr. 103 (2004-05) på side 12, under beskrivelsen av gjeldende rett, nevnes det som et eksempel at samværet kan være *«i noen timer på søndag for et spedbarn, fra lørdag til søndag for en ett- til toåring og fra torsdag til mandag for en tenåring»*.

I forhold til «vanlig samvær» mener Barne- og likestillingsdepartementet i Ot.prp.nr 104 (2008-09) på s. 57 at *«for de minste barna vil som regel "vanlig samværsrett" uansett ikke passe. For spedbarn kan for eksempel samværet være i noen timer på søndag, og for en ett- til toåring fra lørdag til søndag»*. Departementet fant det likevel ikke problematisk å utvide legaldefinisjonen «vanlig samvær» ettersom *«det er foreldrene som har ansvar for å komme fram til en avtale som er tilpasset det enkelte barn»*.

I NOU 2008:9 på side 63 sier utvalgets flertall at *«vanlig samværsrett i ovenstående omfang⁵⁶ kan i noen tilfeller være for omfattende, for eksempel for de helt minste barna eller ved oppstart / opptrapping av samvær etter samværsbrudd»*.

⁵⁴ Ot.prp.nr. 104 (2008-09) under 9.4.1.

⁵⁵ Ot.prp.nr. 104 (2008-09) s. 58

⁵⁶ Her viser utvalget til den utvidete legaldefinisjonen av «vanlig samvær» som gjelder fra 7. apr 2006

Omfattende samvær med omfang på opptil 50 prosent og delt bosted vil for barn oppleves helt likt. En rekke uttalelser i forarbeidene om hvorvidt delt bosted passer for små barn kan derfor også belyse lovgiverens syn på spørsmålet om samværsomfang med opptil 50 prosent for den aldersgruppen.

I Ot.prp.nr. 104 (2008-09) på s. 48 er det henvist til Barneombudets uttalelse som mener at: *«delt bosted kan være problematisk for barn under 2 til 3 år, da dette kan være utfordrende i forhold til barnets tilknytning og kognitiv utvikling»*. Departementet var enig med Barneombudet i dette i sin vurdering.⁵⁷

I Ot.prp.104 (2008-09) på side 53 henvises det til at det ikke finnes forskningsundersøkelser på delt bosted for barn under syv år. Videre uttaler Departementet at *«så små barn antas å være mer sårbare og ha større behov for stabilitet. I tillegg vet man mindre om hvilke forutsetninger de har behov for at skal være til stede for at delt bosted skal fungere bra. Departementet mener derfor at det må stilles strengere krav, og at det som utgangspunkt vil være uaktuelt å idømme delt bosted for barn under syv år»*⁵⁸.

Flere av høringsinstansene i forarbeidene har kommet med konkrete synspunkter i forhold til samværets omfang for barn 0-3 år. Rettskildemessig har de ikke stor vekt. Etter min mening har de likevel en viss betydning av to grunner. For det første, er dette uttalelser fra profesjonelle aktører som enten jobber med barnefordelingssaker eller har fagkunnskaper om barns utvikling. For det andre, belyser uttalelsene fra høringsinstansene dagens gjeldende praksis og viktige problemstillinger som tas i betraktning av lovgiveren ved vurdering av endringsbehov i loven.

I Ot.prp.nr. 104 (2008-09) på s. 56 uttaler Landsgruppen av helsesøstre NSF at *«barn som ammes skal kunne være hos mor hvis mor ønsker å amme»*. Uttalelsen er gjort i forbindelse med behandling av spørsmålet om utforming av legaldefinisjonen i bl.§43

⁵⁷ Ot.prp.nr. 104 (2008-09) s. 49

⁵⁸ Ot.prp.nr. 104 (2008-09) s. 53

og er inntatt under avsnitt «Synspunkter på utforming av definisjonen». Uttalelsen er ikke kommentert av Departementet. Likevel, det at Departementet velger å sitere helsesøstrenes høringsmerknad i proposisjonen gir den en viss rettskildemessig vekt. Etter min oppfatning er uttalelsen spesiell, ettersom dette er eneste sted i forarbeidene hvor det står noe spesifikt om amming, noe som er viktig for den minste aldersgruppen.

I forhold til feriens omfang mener Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet og Advokatforeningen at *«tre uker sammenhengende sommersamvær kan bli for lenge for de minste barna»*.⁵⁹ Departementet var enig i dette.⁶⁰ Av ordlyden «til saman tre veker i sommarferien» i bl.§43(2) fjerde punktum følger det at ferien kan deles.

4.3.7 Endringer i samværsordning og opptrappingsplan

Ettersom barns behov for samvær i stor grad er påvirket av alder, er det da naturlig at barns behov forandres over tid. Det vil være hensiktsmessig og til barnets beste å endre samværsordningen og tilpasse den barnets alder og endrede behov.⁶¹ Endringene kan innebære omorganisering av samværet slik at det blir for eksempel flere sammenhengende dager og overnattinger per samvær. Det kan også bety utvidelse av samvær forutsatt at det er til barnets beste.

I tilfeller når det har vært lite eller intet samvær, samt når samværet skal utvides i betydelig grad, er det vanlig med en opptrappingsplan, jf. LB-2005-24966. Den sørger for en skånsom overgang for barnet fra en samværsordning til en annen.

4.3.8 Vilkår knyttet til samværsrett

I henhold til bl.§ 43(3) kan det i avtale eller i dom fastsettes vilkår for gjennomføring av samværsretten. I forarbeidene og rettspraksis gis det nærmere anvisning på hvilke type tilfeller det gjelder og hva slags vilkår som kan oppstilles. Det vilkåret som brukes mest i praksis er samvær under tilsyn av en annen person. Eksempler på andre vilkår kan være krav om bestemt medisinsk behandling og fortløpende vurdering av omsorgsevne

⁵⁹ Ot.prp.nr. 104 (2008-09) s. 56

⁶⁰ Ot.prp.nr. 104 (2008-09) s. 57

⁶¹ Ot.prp.nr. 103 (2004-05) s. 14

hos lege eller barneverntjeneste, jf. LB-2006-110342. Vilkår kan også knyttes til praktiske spørsmål ved at samværet skal bare foregå innenfor et bestemt geografisk område eller hus, jf. LB-2010-155699 og LH-2008-128990.

Samvær under tilsyn kan være en god løsning i saker der det vil være til barnets beste å ha noe samvær med begrensninger fremfor å nekte samvær. Tilsyn kan fastsettes som et praktisk vilkår i en overgangsfase i forbindelse med etablering og opptrapping av samvær for kortere eller lengre periode. I avgjørelsen fra Agder lagmannsrett LA-2009-105937 var det fastsatt samvær under tilsyn i 5 måneder for etablering av kontakt mellom far og barn, og deretter skulle det være vanlig samværsrett. I en annen avgjørelse LA-2008-117536 ble det fastsatt samvær under tilsyn for å etablere et tillitsforhold mellom far og datter på 1,5 år.

Tilsyn kan fastsettes i saker der det er sannsynliggjort at samværsforelder skal bortføre barnet. Tilsyn er ofte et vilkår i saker som knyttes til mistanke om overgrep, vold, rusmisbruk, psykiske problemer, sviktende omsorg eller andre alvorlige omstendigheter som kan være skadelige for barnet og skaper tvil om forelderens omsorgsevne under samvær.

Tilsyn kan også fastsettes for å trygge en svært engstelig forelder dersom samvær ellers vil være for belastende for omsorgspersonen, se avsnitt 5.8. I LB-2007-137369 ble det fastsatt samvær med tilsyn hvor formålet med tilsyn var å sørge for at barnet på 2 år følte seg trygg under samværene, for å gi mor trygghet slik at hennes omsorgsevne ikke ble svekket, samt for å minske risikoen for at barnet kunne påføres fysisk skade eller psykisk belastning.

Tilsyn kan også fastsettes i saker med spesielt høyt konfliktnivå. Formålet med tilsynet i slike saker vil være å sikre at samvær gjennomføres som forutsatt, jf. LF-2010-32031.

Vurderingen om hvorvidt det skal fastsettes vilkår vil alltid skje på bakgrunn av hva som anses for å være barnets beste, jf. bl.§ 48. Før retten avgjør om samvær skal nektes,

må det vurderes hvorvidt det er mulig å gjennomføre samvær med tilsyn eller andre begrensninger.⁶²

I de fleste tilfeller når det fastsettes samvær med tilsyn må utgiftene forbundet med tilsyn dekkes av samværsforelder selv eller av begge foreldre i fellesskap, så lenge ingen som retten godtar vil gjøre det gratis. I særlige tilfeller fastsettes det tilsyn i henhold til bestemmelser i forskrift om ”Nærare føresegner om oppnemning av tilsynsperson, utøving av tilsynet og godtgjøring for dette”, jf. bl.§43(3) andre og tredje punktum.

4.3.9 Samværsplikt

Med samværsplikt forstås her samværsforelderens plikt til å møte opp til avtalt samvær med barnet. Per i dag finnes det ingen lovbestemmelse som kan pålegge en forelder samvær med sitt barn. Barn, i motsetning til sine foreldre, har dermed ingen lovbestemt adgang til å kreve gjennomføring av samvær når samværsforelder unnlater å møte opp til fastsatt samvær. Mangel på samværsvilje hos forelderen, og unnlattelse av å møte opp til avtalt samvær, kan føre til innskrenkning eller nektelse av samvær ettersom dette blir vurdert til barnets beste.⁶³

Spørsmålet om samværsplikt reiser flere problemstillinger i tilfeller der samværsforelder ikke stiller opp i henhold til samværsavtalen og utviser liten interesse for barnet. Slik unnlattelse kan føre til en vanskelig situasjon både for barnet og bostedsforelderen, når barnet ikke får tilfredsstilt sitt behov for kontakt og tilhørighet med samværsforelder, mens bostedsforelder ikke får nødvendig avlastning.

Innføring av samværsplikt som mulig løsning på problemet har vært drøftet både i forarbeider og juridisk litteratur. Spørsmålet har vært nylig vurdert i Ot.prp. nr. 104 (2008-2009) under del 9.5 Samværsplikt flg. Barne- og likestillingsdepartementet avviste behovet for innføring av lovbestemt samværsplikt. Det ble begrunnet med at *«det kan være fare for at samvær mellom barnet og en som ikke ønsker samvær kan bli*

⁶² Kjøberg og Johansen s.118

⁶³ Kjøberg og Johansen s.94

til skade for barnet». Departementet konkluderte med at «*tvungent samvær ikke nødvendigvis vil være til barnets beste*». Problemet med samværsunntatelse ble uansett ikke ansett for å være stort.

4.4 Gangen i samværsaker

4.4.1 Privat avtale

Det er rettslig utgangspunkt at foreldre har full frihet til å inngå en utenomrettslig avtale om samværsrett, omfang og passende samværsordning, jf bl.§43(1) og (2). De aller fleste foreldre setter opp skriftlig en privat avtale om samværsrett for den av foreldre som ikke bor sammen med barnet. Klarer ikke foreldre å utforme en slik avtale på egen hånd, kan de be om bistand fra nærmeste familievernkontor eller en advokat.

Ifølge bl.§43(1) andre punktum bør omfanget av samværsretten avtales nærmere. Den private samværsavtalen bør derfor inneholde detaljerte opplysninger om samværets omfang og konkret praktisk utforming. Det er vanlig praksis å ha følgende punkter med i avtalen:⁶⁴

- samværets hyppighet og varighet, for eksempel med angivelse av timer, dager, helger, eventuelt andre konkrete løsninger,
- feriesamvær og hvordan det skal fordeles mellom foreldre,
- henting og bringing, angivelse av tidspunkter eller andre praktiske momenter etter partenes behov,
- avtalte vilkår knyttet til samværsrett, jf. bl.§43(3),
- varslingsplikt i tilfellet det skjer endringer i avtalt samvær, jf. bl.§43(4),
- kommunikasjon og formidling av beskjeder.

Det er ikke anbefalt å utforme en unødig detaljert privat samværsavtale slik at eventuell mangel på fleksibilitet hos partene fører til mer uenighet.⁶⁵ Avtalen bør først og fremst regulere de spørsmålene som partene har en tendens til å bli uenige om. Samværsavtalen bør ikke inneholde slike temaer som økonomisk oppgjør etter

⁶⁴ Kjølborg og Johansen s. 135

⁶⁵ Kjølborg og Johansen s. 136

samlivsbrudd, barnebidrag eller andre økonomiske betingelser knyttet til samværsrett. Det anbefales å sette opp egne avtaler for økonomiske spørsmål.

4.4.2 Mekling

Fra 1. april 2004 har det trådt i kraft nye saksbehandlingsregler om mekling i barnefordelingssaker. Reglene om mekling er nedfelt i det nye kapitlet II under barnelovens kapittel 7. Meklingen er nærmere regulert i forskrift nr. 1478 av 18. desember 2006 (heretter meklingsforskrift).

Ved samlivsbrudd må gifte foreldre og samboere med felles barn under 16 år møte til mekling på familievernkontor eller hos annen godkjent mekler, jf. bl.§51(2) og (3). I følge bl.§51(2) er meklingsplikt for gifte foreldre et vilkår for å få separasjonsløyve eller skilsmiselløyve etter ekteskapslova §§ 20 og 22.

Oppmøte til mekling og fremleggelse av gyldig meklingsattest er prosessuelle forutsetninger for å kunne reise en sak om foreldreansvar, barnets faste bosted eller samværsrett, jf bl.§§51(1) og 56(2). Kravet om mekling er et absolutt vilkår og gjelder alle foreldre med felles barn uavhengig om de har vært gift, samboere eller har aldri bodd sammen. Har partene ikke vært gjennom den obligatoriske meklingen og mangles det en gyldig meklingsattest, vil retten avvise saken, jf LB-2005-130863.

Formålet med meklingen er å hjelpe foreldre med å komme fram til en skriftlig avtale om foreldreansvaret, hvor barnet skal bo fast og samværsrett, jf bl.§52.

I de fleste tilfeller foretas mekling ved et offentlig godkjent familievernkontor, men kan også foretas hos en annen fagperson som har meklingskompetanse eller meklingsbevilling, jf meklingsforskrift § 4. Foreldre tar selv kontakt med en godkjent mekler for å avtale tid til meklingsmøtet. Foreldrene blir deretter innkalt skriftlig til den obligatoriske meklingstimen, jf. meklingsforskrift § 6(1). Hovedregelen er at foreldre må møte opp personlig og samtidig til mekling, jf bl.§53 og meklingsforskrift § 7(1). Ved særlige tilfeller kan en eller begge få møte opp med sin fullmektig og ved sterke tungtveiende grunner kan det tillates med separat mekling for hver av foreldrene, jf.

meklingsforskrift § 7(1). I noen unntakstilfeller, for eksempel ved svært lang reiseavstand, kan foreldre møte opp hos hver sin mekler og gjennomføre mekling per telefon eller videokonferanse, jf meklingsforskrift § 5(3).

Etter å ha gjennomført en time med obligatorisk mekling skal det utstedes meklingsattest, jf. bl.§54 og meklingsforskrift § 8(1). Møter ikke den ene av foreldre opp til meklingstime, skal det skrives en meklingsattest kun for den som møtte opp, jf. meklingsforskrift § 8(1). Meklingsattesten er gyldig i 6 måneder og skal oppfylle visse formkrav, jf. bl.§ 54 og meklingsforskrift § 8(3), (4) og (5).

Ifølge bl.§54 og meklingsforskrift § 1(3) har foreldrene anledning til å bruke totalt sju timer til mekling før de reiser sak for retten. Kommer foreldrene ikke til enighet etter en time obligatorisk mekling, skal de oppfordres til å mekle i tre timer til. Er de fortsatt ikke kommet til enighet etter fire timer, kan foreldrene få tilbud om ytterligere tre meklingstimer forutsatt at mekleren mener at foreldrene kan komme frem til en avtale.

4.4.3 Domstolsprosessen

Fra 1. april 2004 gjelder det nye regler for rettslig saksbehandling av barnefordelingsaker som er nedfelt i kapittel III under barnelovens kapittel 7.

Kommer ikke foreldrene til enighet om spørsmål knyttet til foreldreansvar, barnets bosted eller samværsrett under mekling, kan hver av dem reise sak for retten, jf. bl.§56(1) første punktum. Som det var beskrevet under avsnitt 4.4.3, er det et vilkår for å reise sak at foreldre kan legge fram en gyldig meklingsattest, jf. bl.§5(2).

Som hovedregel må barnefordelingssak reises for den domstol der barnet har verneting, det vil si der barnet bor fast, jf. bl.§57.

Den av foreldre som skal reise sak må sende inn stevning til tingretten og legge ved gyldig meklingsattest, jf. bl.§58(1) andre punktum. Domstolen skal deretter forkynne stevningen for den andre parten, jf. bl.§58(2) første punktum. Saksøkte må svare med et tilsvarende svar.

Prosessreglene etter kapittel III i barneloven går foran prosessreglene i tvisteloven så langt de passer, jf. bl.§ 59(3). Det stilles forenklete formkrav til stevning og tilsvaer, jf. bl.§58(1) og (2). Både stevning og tilsvaer kan settes fram på godkjent skjema⁶⁶, jf. bl.§58(1) tredje punktum og (2) fjerde punktum.

Etter at retten har fått inn stevning og tilsvaer, tar den stilling til videre fremgangsmåte i saksbehandlingen. Avgjørelser under saksbehandlingen foretas etter bl.§61.

Bestemmelsen gir dommeren en rekke ulike virkemidler til å legge forholdene til rette i hver enkelt sak og hjelpe partene med å komme til enighet.

Både resultatet i barnefordelingssaker og den prosessuelle saksbehandlingen skal på ethvert trinn være til barnets beste, jf. bl.§48. Barnefordelingssaker prioriteres ved domstolene og berammes som oftest hurtig. Det er dommerens plikt å sørge for tilstrekkelig rask framdrift i saken, jf. bl.§59(1). Dommeren skal til enhver tid vurdere om det er mulig å oppnå forlik mellom partene, og legge forhold til rette for det, jf. bl.§59(2). Det følger av bl.§59(3) at saksbehandlingsregler i barneloven skal suppleres med alminnelige regler i domstolloven og tvisteloven når reglene i barneloven ikke strekker til. I barnefordelingssaker har retten et særlig ansvar for sakens opplysning, og har plikt til å innhente opplysninger fra barnevernet og sosialtjenesten, der det er nødvendig, jf. bl.§ 61(1) nr. 6. Partene har ikke fri rådighet over sakens gjenstand i barnefordelingssaker ettersom den type saker er *delvis indispositive* etter tvisteloven §11-4. Retten kan dermed ta utgangspunkt i annet faktum og er ikke bundet av partenes påstander dersom det vil være til barnets beste, jf. bl. § 48. Rettens kompetanse er begrenset til avgjørelse om foreldreansvar, barnets faste bosted og samværsrett, jf. bl.§56. Det kommer tydelig fram fra rettspraksis at rettens kompetanse ikke kan gå utover disse spørsmål, jf. Rt. 2000 s. 185 og Rt 1997 s. 1853.

Før retten fortsetter med en videre rettslig behandling av saken, kan den vise partene til videre mekling hos godkjent mekler eller annen person med innsikt i det saken gjelder,

⁶⁶ Skjema for stevning og tilsvaer er å finne på www.domstol.no/barn

jf. bl.§61(1) nr. 2. Fører ikke videre mekling til avtale, skal retten gjenoppta saken til videre behandling.

Som hovedregel skal retten innkalle partene til ett eller flere saksforberedende møter, jf. bl.§ 61(1) nr. 1. Formålet med møtene er blant annet å klarlegge tvistepunktene mellom partene, drøfte den videre saksbehandling og mekle mellom partene med for å komme fram til en minnelig løsning. Bestemmelsen i bl.§ 61 er basert på den såkalte Follo-modellen⁶⁷, en metode som heter «Konflikt og forsoning» og som i korte trekk går ut på å prøve ut løsninger over en tid ettersom det kan ta tid før partene klarer å bli enige. Follo-modellen er blitt utprøvd i flere domstoler over lang tid og gir ofte gode resultater.⁶⁸

I de fleste tilfeller blir det oppnevnt en sakkyndig under saksforberedelsen for å bistå dommeren i vurderingen av barnets beste i lys av sakens konkrete omstendigheter, jf. bl.§61(1) nr.1 eller nr.3. Mer om sakkyndiges rolle se avsnitt 4.5.

I praksis varierer det noe hvordan domstoler avvikler saksforberedende møter. Dette er både på grunn av individuell behandling av de ulike sakene og en viss variasjon i tilnæringsmåten hos dommere.⁶⁹

Under saksforberedende møte får partene uttale seg om sakens tvistetema. Deretter forsøker retten å mekle mellom partene. Når det ikke er mulig å komme frem til en endelig løsning på første møte, vil retten oppfordre partene til å prøve en tidsbegrenset *midlertidig ordning*, jf. bl.§61(1) nr.7. Forutsetningen er at begge partene samtykker i en slik midlertidig løsning. Formålet vil være å få til en ordning frem til neste møte i retten som både sakkyndig og dommeren kan følge og ta med i sin videre vurdering av saken. Gjennom hele prosessen har sakkyndig en aktiv rolle ved å gi råd, veilede, innhente informasjon, gjennomføre samtaler, foreta en utredning og gi uttalelser på bakgrunn av sine vurderinger.

⁶⁷ Ot.prp.nr. 29 (2002-2003) s. 37

⁶⁸ Ot.prp.nr. 29 (2002-2003) s. 20

⁶⁹ Kjølberg og Johansen s. 164

Dersom partene ikke kommer til enighet om en midlertidig ordning, kan retten etter begjæring fra en av partene fatte en *midlertidig avgjørelse* som kan gjelde for en viss tid eller til saken er endelig avgjort, jf. bl.§60(1). Bestemmelsene i bl.§§60 og 60a retter seg også etter andre spesielle omstendigheter hvor en midlertidig avgjørelse vil være til barnets beste.

Det er vanlig å gjennomføre inntil tre saksforberedende møter før dommeren bestemmer om saken skal videre til hovedforhandling. I noen tilfeller der det vil være til barnets beste å ha en langvarig prøveordning og eventuelt flere meklingsrunder, kan det fastsettes flere saksforberedende møter.

Valg av rettens tiltak etter bl.§61(1) kan med noen få unntak ikke påankes, jf. bl.§62.

Når rettsmeklingen ikke har ført fram til enighet eller når det foreligger spesielle omstendigheter som for eksempel rus, vold, psykiatri eller overgrep, vil det være til barnets beste om saken avgjøres ved dom. Retten fastsetter da tid til hovedforhandling, jf. bl.§61(1). Regler om saksbehandling etter kapittel 7 i barneloven gjelder tilsvarende. I de fleste tilfeller vil det være hensiktsmessig med en grundigere utredning fra den sakkyndige, jf. bl.§61(1) nr.3.

Foreldrene har avtalefrihet og kan når som helst gjøre om avtalen eller avgjørelsen om foreldreansvar, fast bosted og samværsrett, jf. bl.§64(1). Ønsker minst en av foreldre å endre på en gjeldende avtale eller avgjørelse om foreldreansvar, fast bosted eller samværsrett, kan det reises en endringssak etter bl.§64(1) og (2). Tvangskraftig dom, rettsforlik og avtale kan likevel bare endres når særlige grunner taler for det, jf. bl.§64(2) andre punktum. Endringssak reises ellers etter vilkår i bl.§56, jf. bl.§64(2) første punktum.

I tilfeller når det foreligger samværssabotasje, er det som regel grunn til å prøve saken på nytt, selv når rettens avgjørelse er tvangskraftig, jf. bl.§43(5).

I barnefordelingssaker kan partene innvilges fritt rettsråd og fri sakførsel forutsatt at inntekt og formue er innenfor nærmere bestemte grenser, jf. rettshjelploven §§11(2) nr.1 og 16(2). For tiden gjelder det en grense på kr 246 000 for bruttoinntekt og kr 100 000 i formue. Etter rettsgebyrloven § 10(1) nr.4 er saker om barnefordeling, samvær og foreldremyndighet gebyrfrie.

Retten står fritt til å idømme en part saksomkostninger etter tvistelovens kapittel 20. I praksis bæres ofte saksomkostningene av hver av partene, ettersom partene, i de fleste barnefordelingssaker, har god grunn til å få prøvd saken for retten, jf. tvisteloven § 20-2 (3).

4.5 Bruk av sakkyndig

Vurdering av barnets beste i barnefordelingssaker krever ekspertise innenfor barne- og familiepsykologi, i tillegg til juridiske fagkunnskaper om saksfeltet. De sakene som kommer for retten kjennetegnes som regel av høyt konfliktnivå mellom partene. I de fleste saker vil det derfor være behov for å oppnevne en psykologisk sakkyndig for å bistå dommeren blant annet i mekling og vurdering av barnets beste.⁷⁰ Fastsettelse av barnets beste vil dermed bygge både på psykologfaglig og juridisk vurdering av omstendighetene i hver enkelt sak.

Etter bl.§61(1) nr.1 *kan* retten oppnevne en sakkyndig til å være med i de saksforberedende møter. Ifølge bl.§ 61(1) nr.3 *bør* retten, der det trenges, oppnevne en sakkyndig til å uttale seg om spørsmål som saken gjelder. Det er dermed opp til rettens skjønn å vurdere behov for sakkyndig bistand.

Den rettsoppnevnte sakkyndige i barnefordelingssaker er som regel en psykolog eller en psykiater. Den sakkyndige har taushetsplikt overfor utenforstående om personlige forhold i medhold av bl.§50(2). Sakkyndiges taushetsplikt er ikke til hinder for at opplysninger som er mottatt i forbindelse med oppdraget gis til oppdragsgiver, det vil si retten, jf. bl.§50(2).

⁷⁰ Ot.prp.nr. 29 (2002-2003) s. 40

I praksis blir sakkyndig oftest oppnevnt fra første saksforberedende møte. I Ot.prp.nr.29 (2002-2003) på side 88 er det fremhevet at *«formålet med å trekke inn sakkyndig bistand så tidlig under saksforberedelsen er ønsket om at konflikten skal løses ved en avtale mellom foreldrene»*.

Ved oppnevning vil den sakkyndige være til stede i saksforberedende møter, samt under hovedforhandling i saker der partene ikke er kommet til enighet etter rettsmekling. Staten dekker kostnadene når sakkyndig er oppnevnt etter bl.§§61(1) nr.1 og nr.7, mens partene må dekke kostnadene for oppnevning etter bl.§61(1) nr. 3, jf. bl.§61(2).

Ved oppnevning etter bl.§ 61(1) nr.1 kan retten *«be den sakkyndige ha samtalar med foreldra og barna og gjere undersøkingar for å klarleggje tilhøva i saka, med mindre foreldra set seg i mot dette»*, jf. bl.§61(1) nr.1 tredje punktum.

Etter at partene har fått mulighet til å uttale seg, vil retten fastsette et mandat for hva den sakkyndige skal gjøre, jf. bl.§ 61(1) nr.1 fjerde punktum. Sakkyndiges rolle her vil være å mekle mellom partene, klarlegge fakta, foreta undersøkelser, samt bistå partene i å redusere konflikten. Sakkyndiges mål vil blant annet være *«å få foreldrenes fokus bort fra konflikten mellom dem og over på barnas interesser»*.⁷¹ Den sakkyndige kan komme med forslag til retten om videre valg av tiltak etter bl.§61(1).⁷²

Oppnevning etter bl.§61(1) nr. 3 retter seg mot tilfeller der det er nødvendig å foreta grundigere undersøkelser og innhenting av fakta som vil danne grunnlag for sakkyndiges uttalelser om et eller flere spørsmål i saken. Dette er de såkalte tradisjonelle sakkyndige oppdrag som er videreført til de nye saksbehandlingsreglene i barnelovens kapittel III. Almennelige regler om sakkyndige i tvistemålsloven kapittel 8 kommer til anvendelse i tillegg til bestemmelser i barneloven.

Dommeren kan la partene prøve ut en foreløpig ordning i en nærmere bestemt prøvetid, jf. bl.§ 61(1) nr.7 første punktum. Retten kan samtidig oppnevne en sakkyndig eller

⁷¹ Ot.prp.nr.29 (2002-2003) s. 88

⁷² Ot.prp.nr.29 (2002-2003) s. 88

annen egnet person til å veilede foreldrene i prøvetiden, jf. bl.§61(1) nr.7 andre punktum. Ot.prp.nr 29 (2002-2003) sier følgende på s. 90 om sakkyndige rolle: «*Den sakkyndiges oppgave vil i første rekke være å gi partene råd om hvordan de best kan få avtalen til å fungere, og veilede og følge opp partene for om mulig å få til et bedre samarbeidsklime mellom dem*».

I praksis, dersom saken går videre til hovedforhandling, blir det skrevet en sakkyndigrapport som partene får kommentere. På bakgrunn av alle tiltak og innsamlede opplysninger vil retten i samarbeid med sakkyndig komme til en avgjørelse om «barnets beste» i den foreliggende saken.

Retten står fritt i sin vurdering av barnets beste. I praksis er det oftest slik at retten i de fleste tilfeller vil følge sakkyndiges vurderinger i forhold til anbefalte tiltak, prøveordning eller resultat i dom.⁷³

5 SPESIFIKKE MOMENTER I SAMVÆRSRETEN

5.1 Innledning

Jeg har benyttet meg av Lovdata for å finne alle dommer fra Høyesterett og lagmannsrettene for perioden fra 2004 til 2012 som behandlet samværsspørsmålet med barn 0-3 år etter bl. §§42, 43 og 48. Det ble ikke funnet noen relevante dommer fra Høyesterett, se under avsnitt 1.3.7. Ved gjennomgang av rettspraksis fra lagmannsrettene har jeg funnet 67 avgjørelser om samværsrett med barn 0-3 år. Av disse 67 dommer handlet 7 dommer om samvær med barn 0-1 år, 27 dommer om samvær med barn på 2 år, og 33 dommer om samvær med barn på 3 år. Av 67 dommer var det 25 saker som handlet kun om samværsrett. I de andre dommene var spørsmålet om samværsrett behandlet sammen med andre problemstillinger: foreldreansvar og samværsrett i 16 tilfeller, fast bosted og samvær i 25 tilfeller, samt foreldreansvar, fast bosted og samvær i 1 tilfelle.

⁷³ Lundeberg 2009 s. 41

I det følgende kommer jeg til å gjennomgå rettspraksis for å se hvilke skjønnsmomenter som har hatt betydning ved vurdering av barnets beste i forbindelse med behandling av spørsmålet om samværsrett med barn 0-3 år.

Under avsnittene 5.2-5.9 skal jeg redegjøre for de momenter som jeg har funnet i dommene og gi noen eksempler på hvert av dem. En isolert fremstilling av momentene vil likevel gi begrenset forståelse for momentenes betydning i forhold til hverandre. Skjønnsmomentene i dommene vurderes både mot hverandre og samlet sett. Jeg finner det derfor hensiktsmessig å presentere et utvalg av dommer under avsnitt 5.9 hvor jeg angir hvilke momenter som samlet sett har vært med i vurderingen av samværs-spørsmålet og hva retten har lagt vekt på.

5.2 Barnets alder, tilknytning, forutsigbarhet, trygghet

Som det var beskrevet under avsnitt 4.2.1 og 4.2.2 er barnets alder et vesentlig moment ved fastsettelse av samværet. Alle barn er forskjellige og barnets personlige forutsetninger er derfor også av stor betydning. Ved lov av 7. april 2006 nr. 6 ble begge skjønnsmomentene tilføyd i ordlyden i bl.§43(2) tredje punktum som *”kor gammalt barnet er”* og *”omsynet til barnet elles”*. I psykologisk teori menes det at små barn er mer sårbare enn større barn, noe som i vesentlig grad påvirker barnets samværskapasitet.⁷⁴ I rettspraksis knyttes betydningen av mindre barns alder til vurderingen av barnets tilknytning til omsorgspersoner, behovet for stabil og trygg omsorg, behovet for forutsigbarhet og hvordan samværet kan påvirke barnet på sikt. I rettspraksis er disse momentene oftest omtalt som *hensynet til trygghet, ro, forutsigbarhet og tilknytning*.

Både i forarbeidene og i psykologisk teori er det derfor antatt at samvær med små barn 0-3 år bør være kortvarig og hyppig, se under avsnitt 4.3.6 og 4.2.2.

Samværets omfang vurderes også i lys av *barnets temperament, reaksjonsmønster og evne til å tilpasse seg atskillelsen* fra den barnet bor fast hos. Noen barn tilpasser seg lettere enn andre, noe som må gjenspeiles ved fastsettelse av samværsomfang og

⁷⁴ Koch og Walstad s. 21-22

ordning.⁷⁵ Det må likevel påregnes *en viss grad av uro* i overgangsfasen hos barnet hvis samvær samlet sett og på langt sikt vil være til barnets beste.

Når barnet har *spesielle behov* må dette også tas hensyn til ved fastsettelsen og gjennomføringen av samværet. Slike barn kan være ekstra sårbare og ha større behov for trygghet, stabilitet og forutsigbarhet enn andre barn.

Barnets individuelle behov og foreldrenes kapasitet til å imøtekomme dem må vurderes mot hverandre. Har barnet spesielle behov som samværsforelder ikke vil kunne ivareta, kan dette føre til nektelse eller begrensning av samværstid og/eller fastsettelse av samvær med tilsyn.

I LB-2006-110342 gjaldt spørsmålet om samværsrett mellom mor og en datter på 1,5 år. Moren hadde psykiske problemer. Mer om betydning av psykiske problemer og andre foreldrenes forutsetninger, se avsnitt 5.6. Barnet bodde fast hos far fra hun var seks uker gammel. Lagmannsretten antok at barnet var spesielt sårbart og hadde særlige behov ettersom hun var født for tidlig og med abstinenssymptomer. Retten har lagt til grunn at *”det viktigste for et lite barn som C i de nærmeste årene vil være å etablere en nær og god tilknytning til hovedomsorgsgiver”*. Ved vurdering av samværets omfang har retten lagt vekt på sakkyndiges uttalelser om at *”det bør utvises varsomhet med å rokke ved utviklingen av en slik trygg relasjon”*, og at *”barn som oppnår slik trygghet i relasjonen til primærkontakten, tåler mer senere”*. Retten mente at det var *”viktigere for barnet å etablere en nær og god tilknytning til hovedomsorgsgiver, enn å skulle ha mest mulig kontakt med begge foreldrene”*. Retten kom derfor fram til at samværsomfanget skulle begrenses til en helg i måneden. Det ble i tillegg knyttet visse vilkår til gjennomføring av samværet, se mer om dette under avsnitt 5.5 og 4.3.8.

I LA-2007-186323 gjaldt tvisten om foreldreansvar, fast bosted og samvær mellom mor og to barn på et og to år. Barna var velfungerende og uten spesielle behov. Mor hadde en forhistorie med psykiske problemer, se avsnitt 5.5. Barna bodde fast hos faren det siste året. Lagmannsretten har stadfestet tingrettens dom om at faren fikk foreldreansvaret alene, samt at barna skulle bo fast hos han. I forhold til samværsspørsmålet har retten uttalt at barns *behov for stabilitet og kontinuitet* på den

⁷⁵ Kjølberg og Johansen s. 105

ene siden, og *mors ustabilitet og uforutsigbarhet* på den andre siden, gjorde det nødvendig å begrense samvær til 16 timer per år.

I LB-2007-137369, som er også beskrevet under avsnitt 5.5, har retten lagt vekt på *hensynet til trygghet* hos barnet under samvær. Det fremsto som usikkert om barnet følte seg trygt hos far. Etter sakkyndiges vurdering kunne barnets reaksjoner tolkes i den retning at hun har hatt negative opplevelser i forhold til ham tidligere. Det var risiko for at barnet i framtiden kunne bli utsatt for fars reaksjoner foretatt i affekt. Det var ingen eller lite *tilknytning* mellom far og barnet, og etter sakkyndiges vurdering hadde far lite positivt å bidra med i omsorgen for barnet. Retten fastsatte samvær til to ganger per år under tilsyn med det formålet å ivareta ”*barnets behov for å bli kjent med sitt biologiske opphav*”.

I en dom LE-2007-158550 handlet tvisten om fast bosted og samvær med en gutt på 3,5 år. Gutten hadde ikke spesielle behov. Begge foreldre hadde *god omsorgsevne*. Fast bosted ble tilkjent moren på grunn av nærmere *tilknytning* til moren og morens annet barn. Samvær med faren var til barnets beste. Det ble ikke tilkjent utvidet samvær ettersom det ville føre til et for mye oppstykket hverdag, noe som ville være for belastende for et så lite barn. Med andre ord, i vurdering av samværs spørsmålet ble det lagt vekt på *barnets alder, stabilitet, ro og sammenheng i samvær*.

5.3 Hensynet til best mulig samlet foreldrekontakt

Hensynet til best mulig samlet foreldrekontakt er lovfestet i bl.§43(2) tredje ledd og tillegges ofte stor vekt i rettspraksis, spesielt i saker som gjelder tvist om fast bosted. Hovedregelen er at det er til barnets beste å ha mest mulig kontakt med begge foreldre, se avsnitt 4.2.1. Det er også et generelt utgangspunkt at for de fleste barn er det viktig å kjenne til sitt biologiske opphav, etablere og opprettholde god kontakt med den av foreldrene barnet ikke bor fast hos, forutsatt at det er til barnets beste. Samværsomfang og hyppighet må vurderes mot flere andre hensyn: *barnets sårbarhet og tilknytning til begge foreldre, hensynet til stabilitet og trygghet, foreldrenes personlige og praktiske forutsetninger*, eventuelt andre aktuelle hensyn i den konkrete sak. Best mulig samlet foreldrekontakt betyr derfor ikke det samme som å fastsette mest mulig samlet

foreldrekontakt, for eksempel med opptil 50 prosent samværsomfang.⁷⁶ Det ble funnet ytterst få av de ovennevnte 71 dommer hvor retten henviser til eller legger vekt på hensynet til best mulig samlet foreldrekontakt. Det kan antas at hensynet er alltid med i rettens vurdering, men at det, i de fleste tilfeller for denne aldersgruppen, veier mindre enn *hensynet til barnets alder, tilknytning, stabilitet, ro, forutsigbarhet* og eventuelt andre hensyn.

I sak LB-2006-110342, se beskrivelsen under avsnitt 5.2, måtte hensynet til best mulig samlet foreldrekontakt vike for hensynet til ro og tilknytning.

Se også en annen dom, LH-2005-94670, som er nærmere beskrevet under avsnitt 5.5, hvor hensynet til *best mulig samlet foreldrekontakt og farens praktiske forutsetninger* ble tillagt avgjørende betydning ved fastsettelse av samværsordning.

5.4 Barnets mening

Når barnet er fylt 7 år har det rett til å si sin mening om samværsrett, og fra barnet er fylt 12 år skal det legges stor vekt på hva barnet mener, jf. bl.§31(2). Med barnets mening forstås det som regel barnets egne ønsker og refleksjoner som det har gitt uttrykk for med ord. Kognitiv og språklig utvikling hos barn 0-3 år tillater oss ikke å få vite barnets mening på en slik uttrykkelig måte. Det er derfor naturlig at hensynet til barnets mening er et moment som har større betydning i barnefordelingssaker med eldre barn.

Det forekommer likevel tilfeller når små barn viser et bekymringsfullt reaksjonsmønster og atferd i forbindelse med samvær som tyder på at de opplever samvær for belastende. Ettersom mindre barn ikke kan gi uttrykk for sine opplevelser med ord, vil barnets reaksjonsmønster under og etter samvær i visse tilfeller bli tolket av sakkyndige som uttrykk for ”barnets mening”. Dette er først og fremst aktuelt i saker der det kan være aktuelt med å begrense eller nekte samvær.

I dommen LB-2007-137369 har retten lagt vekt på sakkyndiges vurdering av barnets reaksjoner knyttet til samvær med far. Ifølge sakkyndiges observasjoner viset barnet

⁷⁶ Kjølberg og Johansen s. 103

små reaksjoner ved møte og avskjed med far, hadde avdempet opptreden og ”flatt uttrykk” under samvær. Reaksjonene kunne tolkes som tegn på barnets tidligere negative opplevelser med far. Se ellers om saken under avsnitt 5.2 og 5.6.

5.5 Hensyn til søsken

Hensynet til ikke å dele søskenflokket er et av de momentene som legges betydelig vekt på i tvister om fast bosted. I forarbeider og rettspraksis legges det til grunn at det er best for barn å være sammen med sine søsken under oppveksten. I samværsaker hvor flere søsken er involvert vil derfor hensynet være med i vurdering av samværsrett og omfang.

I en dom LH-2010-141268 gjaldt tvisten både fast bosted og samværsordningen. Barna på 2 og 5 år ble boende hos moren. Samvær med far var til barnas beste. Det eldste barnet hadde god tilknytning til far og det kunne være hensiktsmessig å utvide samværet. Det yngste barnet hadde derimot ingen tilknytning til far. Det var viktig å etablere og utvikle tilknytning mellom det yngste barnet og faren. Ved vurdering av samværs spørsmål i forhold til hvert av barna, har retten lagt vekt på at barnas nære relasjoner. Barna, som var søsken, hadde sterk og nær tilknytning til hverandre. Det ble også lagt vekt på *manglende samarbeid* mellom foreldre, sterkere *tilknytning* til mor, *høyt konfliktnivå*, lang *reiseavstand* og *dårlig økonomi*. Det ble fastsatt et begrenset samvær med begge barna som av praktiske årsaker var lagt til skoleferier.

I en dom LB-2007-42073 fikk faren ikke tilkjent noe samvær med sine fire barn på 9, 7, 5 og 3 år. Barna på 9 og 7 hadde spesielle behov på grunn av en tilknytningsforstyrrelse som var forårsaket av farens væremåte, mens barna på 5 og 3 var under utredning for det samme. *Farens personlige forutsetninger* tilsa at det ikke var til barnas beste å ha noe samvær med de to eldste. I vurderingen av samvær for de to yngste har retten lagt vekt på *risiko for skadelig væremåte* fra fars side, samt en *belastning en forskjellsbehandling ville medføre* for søskenflokket og moren. Det ble lagt stor vekt på sakkyndiges og psykologens uttalelser.

I en annen dom, LH-2005-94670, ble faren tilkjent samvær med sin sønn på 3 år. Retten har lagt til grunn at det var et godt og etablert forhold mellom far og sønn. Ved fastsettelse av en samværsordning til annenhver helg har retten lagt avgjørende vekt på *farens skiftarbeid*. Moren hadde fem andre særkullsbarn som hadde samvær med sin far. Retten har ikke lagt vekt på morens anførsel om samordning av de to samværsordningene slik at alle barn kunne være samlet i helgene. Slik jeg tolker dommen ble det lagt større vekt på *hensynet til best mulig foreldrekontakt* ved å ta hensynet til *farens praktiske forutsetninger*, og mindre vekt på *hensynet til søskenkontakt*.

5.6 Foreldrenes personlige forutsetninger

Som det ble nevnt i avsnitt 5.2 må barnets individuelle behov vurderes mot foreldrenes personlige forutsetninger til å imøtekomme behovene. Forelderens samværsevne vil dermed vurderes i lys av barnets individuelle behov. Vurderingen vil være både nåtidsrettet og framtidsrettet slik at barnets endrende behov vil være med i vurderingen. I den forbindelse vil det være aktuelt å se på blant annet *forelderens personlighetstrekk og personlige egenskaper, forelderens evne til å imøtekomme barnet emosjonelt og bygge opp tillitt i forholdet*. Andre momenter som vil tillegges stor vekt er *psykiske problemer, rusmisbruk, risiko for voldsutøvelse*, samt annen handlingsmåte fra forelderens selv og hans/hennes nærmeste omgivelser som kan være belastende og skadelig for barnet både på kort og lang sikt.

Betydningen av hensynet til foreldrenes forutsetninger blir spesielt tydelig i saker med spesielle omstendigheter der det kan være aktuelt å begrense eller nekte samvær. *Barnets behov for kjennskap til og kontakt med sitt biologiske opphav* anses i rettspraksis som et svært sterkt argument under vurdering av barnets beste. Det skal derfor mye til og må dreie seg om negative egenskaper utover normal variasjonsbredde for at samvær skal nektes helt, jf Rt 1989 s. 148. I de aller fleste samværstvister vil det være lite hensiktsmessig å fokusere på foreldrenes personlige egenskaper.⁷⁷

⁷⁷ Kjølberg og Johansen s. 108

I LB-2006-110342, se beskrivelse av saksforhold under avsnitt 5.2, hadde mor *psykiske problemer* som i perioder uten behandling påvirket hennes omsorgsevne. Det ble derfor fastsatt et begrenset samvær med vilkår om regelmessig behandling og fortløpende vurdering av hennes omsorgsevne, samt mulighet for å pålegge tilsyn hvis barnevernet fant det nødvendig.

I LA-2007-186323, se beskrivelse under avsnitt 5.2, hadde mor *psykiske problemer*. Retten har lagt til grunn at mors psykiske tilstand måtte antas å være svingende i framtiden. Videre mente retten at hun var ustabil og uforutsigbar, hadde dårlig selvinnsikt og liten forståelse for hvordan hun virket på barna. Samværsomfanget måtte derfor være begrenset og gjennomføres med tilsyn.

LB-2007-137369 gjaldt foreldreansvar, samt omfang og vilkår for samværsrett for far og barnet på 1 år og 4 måneder. Faren fikk ikke del i foreldreansvaret. Samværsomfanget ble begrenset til fire timer to ganger i året under tilsyn. Retten har lagt vekt på sakkyndiges vurdering av *fars person og omsorgsevne*. Det var uklart hvorvidt faren hadde evne til å følge opp barnets løpende omsorgsbehov og usikkert i hvilken grad han var interessert i samvær. Retten har videre lagt vekt på *hensynet til trygghet* hos barnet under samværene, se avsnitt 5.2, samt hensynet til *mors omsorgsevne*.

I LB-2010-60247 ble farens *personlige og praktiske forutsetninger* vurdert positivt: han fremsto reflektert og balansert, hadde vilje og evne til samarbeid, hadde erfaring med barn gjennom sin jobb i barnehage, var godt integrert i Norge, hadde godt nettverk og gode boforhold. Moren fremsto som lite samarbeidsvillig. Se ellers under avsnitt 5.8.

5.7 Praktiske forutsetninger

Som det var fremhevet ovenfor har små barn behov for *forutsigbarhet, trygghet og stabilitet* både der de bor fast og under samvær. Dette stiller krav til foreldrenes praktiske forutsetninger til å gjennomføre samvær slik at barnets individuelle behov er ivaretatt på best mulig måte. Har et barn særlige behov, stiller det enda høyere krav til foreldrenes personlige og praktiske forutsetninger. I rettspraksis er det blant annet

følgende momenter som blir trukket inn i vurderingen: *forelderens økonomi, arbeidstid, boligforhold, reiseavstand.*

Et godt eksempel er en dom LA-2009-66014 hvor saken gjaldt omfanget av fars samvær med en sønn på to år. Begge parter arbeidet turnus på plattform i Nordsjøen med 2 uker ute og 4 uker fri. Foreldrenes turnuser var ikke sammenfallende. Faren flyttet til en del av landet. Det var til barnets beste å ha kontakt med far.

Lagmannsretten har lagt særlig vekt på fire momenter ved fastsettelsen av samværsomfang: guttens *alder*, *tilknytning* til hovedomsorgsbasen, for lang *reiseavstand* til fars nye bosted, viktigheten av å opprettholde *tilknytning til barnehagen* som var guttens stabile og sentrale tilknytningssted i et liv hvor begge foreldre var ofte på arbeidsreiser. Samværene kunne derfor ikke vare for lenge og måtte tilpasses foreldrenes turnus. Retten fastsatte samvær til seks dager hver femte uke i morens fravær, samt feriesamvær som var også tilpasset turnusplan.

I en annen dom, LH-2008-128990, hadde den lange reiseavstanden betydning ved fastsettelsen av samvær mellom mor og datter på to år. Datteren hadde spesielle behov og var overført fra mor til far. Samvær med mor var til barnets beste. Retten mente at grunnet *barnets alder* og belastningen knyttet til den *lange reiseavstanden* fra og til mors bosted, måtte samværene gjennomføres i nærheten av barnets nye bosted frem til hun fylte fire år.

I dommen LB-2006-110342, har retten tatt hensyn til den *lange reiseavstanden* mellom Oslo og Kristiansand ved vurdering av samværsomfang mellom mor og barnet på 1,5 år. Retten har ikke begrunnet nærmere hvordan momentet ble vektlagt. Etter mitt skjønn måtte reiseavstanden påvirke samværets hyppighet og utforming på en måte som ikke ville gjøre reisene belastende for barnet.

I en dom LF-2010-90396 gjaldt saken både fast bosted og samværsrett med et barn på 3 år. Foreldrene praktiserte delt bosted inntil barnets mor begjærte fast bosted. Barnet var godt utviklet og hadde *ingen spesielle behov*. Begge foreldre hadde *god omsorgsevne*. Etter rettens vurdering var det kun små marginale forskjeller mellom foreldrene med hensyn til *personlige og praktiske forutsetninger* som ikke hadde noen utslagsgivende

betydning. Moren fikk tilkjent fast bosted. Omfattende samvær med far var klart til barnets beste. Ved fastsettelse av samværets omfang har retten lagt vekt på at *hyppige og langvarige reiser* mellom foreldrenes bosteder vil være for belastende for barnet, og at det er bedre for barnet å ha lengre opphold hos moren mellom samværsreisene. Samværsomfanget ble annenhver helg fra torsdag til mandag og feriesamvær som var noe mindre enn ferieordningen etter legaldefinisjon i bl.§43(2).

5.8 Konfliktnivå og belastning for omsorgsperson

I noen tilfeller kan graden av konflikt mellom foreldrene være så høy at det vil kunne ha betydning for samværsrett, omfang og utforming av samværet. Når barn lever i en situasjon med vedvarende og sterke konflikter mellom foreldre, kan konsekvensen bli redusert kvalitet i omsorgen, utviklings- og tilpasningsproblemer, samt negative relasjonserfaringer hos barnet senere i livet.⁷⁸ Mindre barn er mer avhengige av voksne enn større barn. Et av vilkårene for barnets gode oppvekstforhold er derfor minst én velfungerende omsorgsperson som barnet har nær tilknytning til og som skaper stabilitet i barnets tilværelse. Hvis samværene utgjør en så stor belastning for omsorgspersonen at kvaliteten i omsorgen blir redusert, må det tas et visst hensyn til omsorgsgiver for å ivareta barnets beste.⁷⁹ Det skal likevel mye til for at belastningen for en omsorgsperson blir så stor at det skal nektes samvær. Samvær kan ikke nektes helt og alene på bakgrunn av høyt konfliktnivå og negative holdninger mellom foreldre, jf. Rt-1996-888. Sterk, men ubegrunnet frykt er ikke nok til å nekte samvær. Se for eksempel LF-2006-112175 hvor moren hadde ubegrunnet frykt og LH-2008-184611 hvor morens utrygghet var velbegrunnet. Hensynet til konfliktnivået vil ofte vurderes i forhold til foreldrenes personlige forutsetninger, barnets sårbarhet og tilknytning til begge foreldre, behovet for ro og stabilitet. Det vil være av betydning om foreldre involverer barnet i konflikten, hvorvidt de klarer å skjerme barnet og om barnet opplever samværsituasjon som en belastning.

I saker med vedvarende og intense konflikter hvor omsorgsgiver og barnet kan bli skadelidende kan samværet nektes eller begrenses. I saker der samvær vil være til

⁷⁸ Koch og Walstad s. 126-127

⁷⁹ Kjølborg og Johansen s. 106

barnets beste, vil det også være hensiktsmessig å utarbeide en detaljert samværsplan. Formålet med en tydelig samværsplan vil være å unngå tolkningsproblemer ved praktisering av avtalen og begrense kontakten mellom foreldrene.

I LB-2010-60247 ble far tilkjent vanlig samvær med datter på 2 år. Foreldrene var tidligere gift, men ble separert kort tid etter barnets fødsel. Retten mente at *konfliktnivået* mellom foreldre ikke var så høyt at samarbeid var umulig. *Belastningen for omsorgspersonen* var ikke for stor. Partenes *personlige forutsetninger* var med i vurderingen, se under avsnitt 5.6.

I LB-2007-64339 fikk ikke far tilkjent samvær på grunn av *høyt konfliktnivå, manglende samarbeid og morens svært negative holdning til faren*. Samvær var ikke til barnets beste under sakens forhold.

I LH-2008-184611 var moren svært utrygg på grunn av farens personlige egenskaper, psykiske stabilitet, rusmisbruk, og hva han kunne gjøre i forhold til henne og barnet. Lagmannsretten mente at morens omsorgsevne kunne bli svekket av hennes velbegrunnede utrygghet. Retten kom derfor til at et minimumssamvær under tilsyn ville være det beste for barnet.

I 2010-173148 var det et svært høyt konfliktnivå mellom foreldrene. Det var *fare for betydelig redusert omsorgsevne hos mor* på grunn av samvær mellom far og barnet på 1 år. Den potensielle verdien av samvær med far veide mindre i dette tilfellet enn *skadepotensialet* på grunn av barnets involvering i konflikten. Samvær var ikke til barnets beste.

5.9 Flere eksempler fra rettspraksis

Her kommer jeg til å presentere et utvalg av dommer hvor det i hvert tilfelle gis en samlet oversikt over de skjønnsmomentene som var med i rettens vurdering av samværsspørsmålet.

I en dom LF-2006-112175 handlet tvisten om en samværsordning mellom far og datter på 3 år. Barnet hadde noen spesielle behov men de var ikke av betydning i

samværssaken. Foreldrene var tidligere gift, far var av utenlandsk opprinnelse. Moren hadde *sterk, men ubegrunnet frykt* for at far ville begå overgrep mot barnet. Retten mente at samvær var til barnets beste. Det ble lagt vekt på *farens personlige forutsetninger* som ble vurdert positive. Samværene fungerte bra, og det var observert *positiv utvikling i tilknytning og samspill mellom far og datter*. Retten fant at problemet i saken var knyttet til mors sterke mistro til far, det vil si *mors personlige forutsetninger*. Retten mente at dette var ubegrunnet og burde bearbejdes profesjonelt. Særlig på grunn av mors ustabile livssituasjon, var det viktig å gi barnet mulighet til å etablere et godt forhold til far. Ifølge retten ville samvær være av særlig betydning for barnet på grunn av foreldrenes *ulike kulturelle bakgrunn*. På bakgrunn av de ovennevnte momentene, samt *reiseavstand og farens arbeidstid*, fastsatte retten en ordning nærliggende vanlig samvær etter en opptrappingsplan.

I en dom LF-2006-64889 gjaldt tvisten samvær mellom far og en sønn på 3 år. Foreldrene hadde tidligere bodd sammen. Gutten var robust og normalt utviklet, hadde god tilknytning til begge foreldre. Begge partene hadde god omsorgsevne. Retten har fastsatt noe mer utvidet samvær enn det tingretten gjorde tidligere i samme sak. Det ble lagt vekt på *belastningen i forbindelse med den lange reisen* mellom foreldrenes hjem og behovet for flere dagers *sammenhengende ro* under samvær. Retten mente at de to momentene var mer tungtveiende enn avbrudd fra hjemmemiljø og barnehage. Både sakkyndig og retten mente at barnet ville greie seg godt uansett løsning. Det viktigste for barnet er stabilitet, forutsigbarhet og godt foreldresamarbeid.

I LH-2007-31595 fikk faren ikke tilkjent noe samvær med et barn på 3 år. Samvær var ikke til barnets beste. Faren var tidligere domfelt for vold mot mor mens barnet var delvis vitne til voldsutøvelsen. Moren hadde posttraumatisk stresslidelse, var svært utrygg og motvillig til å samarbeide med faren. Etter sakkyndiges vurdering fremsto barnet som usikkert og utrygt. Farens samarbeidsevne var uklar, han viste ingen tegn til å påta seg skyld eller ansvar for voldsutøvelsen. Retten har lagt vekt på *farens, morens og barnets personlige forutsetninger*, samt partenes ustabile livssituasjon, og mente at samvær ville bety for stor *belastning både for moren og barnet*. Det var høy risiko for at pålegg om samvær ville gå *ut over morens omsorgsevne*. Slik jeg tolker dommen, ble

hensynet til belastningen for omsorgspersonen og barnet sammen med hensynet til ro og stabilitet tillagt større vekt enn hensynet til å bli kjent med sitt biologiske opphav.

I LG-2007-56367 ble det fastsatt et mer utvidet samvær mellom far og to barn på 7 og 2 år. Det eldste barnet hadde spesielle behov. Det ble i tingrettens dom tilkjent svært begrenset samvær under tilsyn blant annet på grunn av farens personlige egenskaper, høyt konfliktnivå og konfliktenes skadevirkninger for barna ettersom faren involverte dem i konflikten. Lagmannsretten har lagt vekt på *den positive utviklingen* hos faren siden tingrettens dom. Faren har mottatt profesjonell veiledning og innrettet seg etter dommen. Samværene utviklet seg i positiv retning. Lagmannsretten fastsatte en opptrappingsplan som inneholdt både utvidelse av samværet med mer tid og frafall av tilsyn.

Jeg tolker dommen slik at retten har lagt avgjørende vekt på farens *personlige forutsetninger* som endret seg i positiv retning siden tingrettens dom.

6 SABOTASJE AV SAMVÆR

Ifølge bl.§42(1) andre punktum har foreldre gjensidig ansvar i å medvirke til at samværet gjennomføres. Bostedsforelder er dermed pålagt en *lojalitetsplikt* i forhold til gjennomføring av den andre forelderens samværsrett.

Når avtalt samvær ikke skjer til avtalt tid og det ikke finnes noe rimelig grunn til det, foreligger det *samværs sabotasje*. Et eksempel på det er når forholdet mellom foreldrene er preget av høyt konfliktnivå og bostedsforelder hindrer gjennomføring av samværsrett uten rimelig grunn. Et annet eksempel er når samværsforelder ikke stiller opp til avtalt samvær uten gyldig grunn.

Det er naturlig at det av og til kan oppstå omstendigheter på begge sider som umuliggjør samvær. En rimelig grunn til ikke å gjennomføre samvær i henhold til samværsordningen vil kunne være *sykdom* eller annen *velbegrunnet umulighet*. Loven stiller ingen krav til dokumentasjon i slike tilfeller. I praksis kan det være vanskelig å få

dokumentert at hindring av samvær skyldes samværs sabotasje, og ikke sykdom eller annen gyldig grunn. Hvorvidt det foreligger samværs sabotasje, vurderes derfor på bakgrunn av foreliggende omstendigheter i sin helhet, bl.a. hyppighet av avlysninger, påberopte grunner, oppfylt varslingsplikt, konfliktnivå.

Kan ikke samværet finne sted i henhold til samværsordningen, *skal* den andre av foreldrene få melding i rimelig tid, jf. bl.§ 43 (4). Varslingsplikten gjelder også når tidspunkt for samværet må endres og avtales nærmere.

Dersom den av foreldrene som har foreldreansvaret, eller som barnet bor hos, hindrer gjennomføring av samværsrett har den andre av foreldrene i hovedsak to typer virkemidler til tvangsfullføring av samværsordning.

For det første, kan det etter begjæring fra forelderen fastsettes tvangsbøte for hver gang samværsretten ikke er respektert, jf. bl.§65(2) og tvangsfullbyrdsloven kapittel 13.

For det andre, kan samværsforelder reise sak for retten og kreve en ny avgjørelse om hvem som skal ha foreldreansvaret eller hvem barnet skal bo sammen med, jf. bl.§45(5). Det følger forutsetningsvis av bl.§45(5) at saken kan reises også når den forrige avgjørelsen har tvangskraft.

I noen barnefordelingssaker som ble prøvd på bakgrunn av samværs sabotasje kom retten til at omsorgen måtte flyttes til den andre av foreldre, jf. Rt. 2005 s.682. Forutsatt at retten vurderer partene som likeverdige og omsorgsevnen er god, er omsorgsoverføring i slike saker oftest begrunnet med at den andre forelderen er best skikket til å sikre best mulig samlet kontakt med begge foreldrene. Det finnes også eksempler i rettspraksis på når retten kom til motsatt resultat og omsorgen ikke ble gjennomført på tross av samværs sabotasje, jf. Rt. 1997 s.797.

Den som har samværsrett kan ikke tvangsfullbyrde samværsrett ved at han/hun selv eller namsmannen henter barnet mot bostedsforelderens eller barnets egen vilje.

7 AVSLUTNING

Målet med gjeldende lov er at den skal danne et rettslig grunnlag for å løse og forebygge konflikter mellom foreldre⁸⁰ og sette barnets beste som overordnet mål. Lovens bestemmelser bygger på utgangspunktet om en «*samfunnsutvikling mot et mer likestilt foreldreskap*».⁸¹

Avgjørelsene i barnefordelingssaker er kasuistiske, det vil si konkrete og skjønnspregete for hver sak. I den forbindelse kommer det frem en del andre momenter som etter mitt syn preger dagens avgjørelser i barnefordelingssaker.

Familiemønstrene er blitt totalt forandret de siste årene som følge av likestillingspolitikken. Dette kommer særlig tydelig fram gjennom rettsutviklingen i barneretten. Ifølge Haugli⁸² har det vært «*en kontinuerlig utvikling i retning av at barnelovgivningen blir mer og mer kjønnsnøytral og at loven brukes som virkemiddel for å forsøke å oppnå mer likestilling i samfunnet gjennom regulering av familien. Barneloven skiller i liten grad mellom mor og far, men bruker foreldrebegrepet, i sterk kontrast til tidligere tider. Dette til tross for at virkeligheten fortsatt er langt fra kjønnsnøytral*». Forskjeller i kjønnsroller kommer særlig tydelig fram i barnets første tre leveår.⁸³

Utviklingen går i retning av økende rettsliggjøring på familierettens område, det vil si mer detaljert lovregulering av private spørsmål.⁸⁴ Konflikter og sosiale forhold mellom foreldre og barn blir omdefinert til rettslige tvister og rettslige forhold. Det er svært tvilsomt at rettslig håndtering av private konflikter virker dempende på konfliktnivået, forbedrer kommunikasjonen og forholdet mellom foreldre, samt fremmer positivt samarbeid.

⁸⁰ NOU 2008:9 s. 30

⁸¹ NOU 2008:9 s. 29

⁸² Haugli 2010 s.12

⁸³ St.meld. nr. 29 (2002-2003) s. 94

⁸⁴ Nylund 2008 s. 230

Ny forskning viser at den nye domstolsprosessen i barnesaker ikke har medført den ønskede forbedringen, selv om sakene i større grad behandles individuelt og med et bredere spekter av virkemidler.⁸⁵ Konfliktnivået mellom foreldrene er ikke blitt redusert⁸⁶. De nye saksbehandlingsreglene i barneloven har ikke medført noe bedring i barnas situasjon.⁸⁷ Saksbehandlingstiden er ikke blitt kortere, mens kostnadene er blitt høyere.⁸⁸ Avtalene som inngås etter de nye reglene er ikke blitt mer varige og robuste.⁸⁹ Et økende antall saker tas opp på nytt, noe som forklares med en lavere terskel for å reise sak for domstolene og vedvarende konfliktnivå mellom foreldrene.⁹⁰ En økende andel foreldre opplever et betydelig press for å komme til enighet, noe som ikke virker konfliktdempende på lang sikt.⁹¹ Forskningen viser også at det forekommer store forskjeller mellom dommere og i saksbehandlingen, noe som skaper uforutsigbarhet.⁹² Forskjeller hos dommere knyttes til kompetanse, interesse, erfaring, gjennomføring av rettsmøter, samt store individuelle forskjeller i forhold til aktivitet/passivitet, framdrift, m.m.⁹³ Videre ble det avdekket en rekke andre problematiske momenter: begrenset meklingskompetanse hos profesjonelle aktører⁹⁴, samt en viss overlapping og sammenblanding av profesjonelle roller⁹⁵. Det er bred enighet blant de profesjonelle aktørene om at ikke alle saker egner seg til behandling etter de nye reglene.⁹⁶

Økende rettsregulering av flere områder betyr flere lover med større kompleksitet som krever bruk av ekstern ekspertise.⁹⁷ Sakkyndige får stadig større betydning for rettens maktutøvelse. Dette gjelder i stor grad barnefordelingssaker hvor formålet med de nye

⁸⁵ Koch 2008 s. 47-48

⁸⁶ Koch 2008 s. 41 og 47

⁸⁷ Koch 2008 s. 41

⁸⁸ Koch 2008 s. 48

⁸⁹ Koch 2008 s. 47

⁹⁰ Koch 2008 s. 42

⁹¹ Koch 2008 s. 38-39

⁹² Koch 2008 s. 26

⁹³ Koch 2008 s. 26

⁹⁴ Koch 2008 s. 50

⁹⁵ Koch 2008 s. 30 og Nylund 2008 s. 239-240

⁹⁶ Koch 2008 s. 24

⁹⁷ Lundeberg 2009 s. 40-44

saksbehandlingsreglene nettopp er å etablere et tettere samarbeid mellom dommeren og sakkyndige tidlig i prosessen. Slik ekspertifisering av retten kan være betenkelig ettersom «retten blir preget av eller dels erstattet med normer fra andre fag»⁹⁸ som blant annet psykologi. Dommere selv bekrefter at sakens utfall som regel er i overensstemmelse med sakkyndiges vurderinger når de er enige.⁹⁹ Ekspertene får en mer betydningsfull rolle som premissleverandører og beslutningstakere, noe som reiser prinsipielle spørsmål om maktfordeling, maktforskyvning, domstolsmaktens autonomi og legitimitet.¹⁰⁰ Ekspertenes økende tilstedeværelse i retten bidrar til mer uorden, uenighet og kompleksitet, noe som fører til flere risikable avgjørelser.¹⁰¹

Eckhoff har drøftet hvordan reelle hensyn påvirker rettslige vurderinger.¹⁰² Han mente at dommerens politiske holdninger og alminnelige samfunnssyn er den *«bakenforliggende faktor som bestemmer deres politiske preferanser og deres vurderinger av forskjellige rettsspørsmål»*¹⁰³. Jeg vil anta at det samme også gjelder sakkyndige, spesielt tatt i betraktning at sakkyndige ofte kan være uenige i sine vurderinger. Et av de sterkeste eksemplene fra nåtiden er de sakkyndiges sprikende vurderinger av tilregneligheten i Breivik-saken hvor sakkyndiges vurderinger er av stor betydning for rettslig behandling og sakens utfall.

I forbindelse med evalueringsundersøkelsen har flere påpekt det problematiske ved at fokus ofte er mer på rettferdighet for de voksne enn på barnets beste i saken.¹⁰⁴ Noen av de som deltok i undersøkelsen mente at «rettferdighet og likestilling synes å være viktigere for både menn og lovgiver enn hva som er best for barna».¹⁰⁵

⁹⁸ Lundeberg 2009 s. 40

⁹⁹ Lundeberg 2009 s. 41

¹⁰⁰ Lundeberg 2009 s. 44

¹⁰¹ Lundeberg 2009 s. 50

¹⁰² Eckhoff s. 366-399

¹⁰³ Eckhoff s. 377

¹⁰⁴ Koch s. 30

¹⁰⁵ Koch s. 44

Det er for lite forskning som forteller noe om korttids- og langtidsvirkninger av forskjellige typer samvær med små barn. En vurdering av barnets beste i disse saker vil derfor i altfor stor grad være avhengig av sakkyndiges og dommerens egne vurderinger. Faglig uenighet fører til risikable avgjørelser og uforutsigbarhet med hensyn til sakens resultat.

Etter min oppfatning kan det være interessant å undersøke hvordan vurderingen av barnets beste i barnefordelingssaker blir påvirket av de ovennevnte momenter: likestillingspolitikk, dommerens og sakkyndiges rolle i lys av ekspertisering av retten, samt reelle hensyn i dommernes og sakkyndiges vurderinger. Det store spørsmålet er hvorvidt barnets beste blir ivaretatt i tilstrekkelig grad og hvorvidt andre hensyn og vurderinger skjuler seg bak resultatene av barnefordelingssakene.

8 LITTERATURLISTE

Bøker:

- Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 5. utgave ved Jan E. Helgesen. Universitetsforlaget. 2001
- Hedlund, Mary-Ann (red.). *Barnerett – i et internasjonalt perspektiv*. Fagbokforlaget. Bergen. 2008.
- Kjølberg, Gunn-Mari og Johansen, Sigrid Redse. *Barnefordelingstvister*. Fagbokforlaget. Bergen. 2006.
- Koch, Katrin og Walstad, Espen. *Samvær mellom barn og foreldre som ikke bor sammen*. Gyldendal akademisk. 2005.
- Lødrup, Peder og Sverdrup, Tonje. *Familieretten*. 5. utgave. Oslo. 2005.
- Smith, Lucy og Lødrup, Peder. *Barn og foreldre*. 7. utgave. Gyldendal akademisk. 2006

Artikler:

- Haugli, Trude. *Samværsrett – samværsplikt*. Retfærd nr. 60. 1993 s. 76-87
- Haugli, Trude. *Til barnets beste. Familiebilder – familiemønstre i endring*. Kirke og kultur. 2004 s. 345 m.fl.
- Haugli, Trude. *Lov om barn og foreldre*. Jussens Venner, 2007 s. 325-388.
- Haugli, Trude. *Barnerett – utviklingstrekk og utfordringer*. Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål. 2010 s. 5-24
- Hetherington, E.M., Stanley-Hagan, Margaret. *The Adjustment of Children with Divorced Parents: A Risk and Resiliency Perspective*. Journal of Child Psychology and Psychiatry, 1999 nr 40/1 s. 129-140
- Kelly, J.B. *Childrens adjustment in conflicted marriage and divorce*. Journal of the American Academy of Child and Adolescent Psychiatry. 2000 nr. 39(8) s. 963-973.
- Lundeberg, Ingrid Rindal. *Sannhetens urett – Om sakkyndiges betydning for rettens maktutøvelse*. Retfærd nr 4/127. 2009 s. 26 m.fl.
- Nylund, Anna. *Til domstolen – med barnet i fokus?* Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål. 2008 s. 229 m.fl.

Offentlige publikasjoner og tabeller:

- Rapport av 29. august 2011. *Evaluering av mekling etter ekteskapslov og barnelov*. Rapport utarbeidet av forskergruppen ved SINTEF Teknologi og Samfunn, avdeling Helse, på oppdrag fra Barne- likestillings- og inkluderingsdepartementet. Rapportnr. SINTEF A20132.

Søvig, Karl Harald. *Barnets rettigheter på barnets premisser – utfordringer i møtet mellom FNs barnekonvensjon og norsk rett*. En utredning gjort på oppdrag fra Barne- og likestillingsdepartementet, Bergen, 2009.

Koch, Katrin. Rapport av 11. februar 2008. *Evaluering av saksbehandlingsreglene for domstolene i barneloven – saker om foreldreansvar, fast bosted og samvær*. Rapport utarbeidet på oppdrag fra Barne- og likestillingsdepartementet, Oslo, 2008.

Lover:

Barneloven	Lov om barn og foreldre av 8. april 1981 nr. 7
Domstolloven	Lov om domstolene av 13. august 1915 nr.5
Ekteskapsloven	Lov om ekteskap av 4. juli 1991 nr. 47
Menneskerettsloven	Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21. mai 1999 nr. 30
Rettsgebyrloven	Lov om rettsgebyr av 17. desember 1982 nr. 86
Retts hjelploven	Lov om fri retts hjelp av 13. juni 1980 nr. 35
Tvangsfullbyrdelsesloven	Lov om tvangsfullbyrdelse av 26. juni 1992 nr. 86
Tvisteloven	Lov om mekling og rettergang i sivile tvister av 17. juni 2005 nr. 90
Vergemålsloven	Lov om vergemål for umyndige av 22. april 1927 nr. 3

Forskrifter:

FOR 2006-12-18 nr. 1478: Forskrift om mekling etter ekteskapsloven og barneloven.

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

Konvensjoner:

Barnekonvensjon	FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989
EMK	Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter av 4. november 1950

Forarbeider:

NOU 1977:35	Lov om barn og foreldre (barneloven)
NOU 1998:17	Barnefordelingssaker – avgjørelsesorgan, saksbehandlingsregler og delt

	bosted
NOU 2008:9	Med barnet i fokus – gjennomgang av barnelovens regler om foreldreansvar, bosted og samvær
Ot.prp.nr. 62 (1979-1980)	Om lov om barn og foreldre (barneloven)
Ot.prp.nr. 56 (1996-1997)	Om lov om endringer i lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barnelova)
Ot.prp. nr. 29 (2002-2003)	Om lov om endringer i barneloven mv. (Nye saksbehandlingsregler i barnefordelingssaker for domstolene mv.)
Ot.prp.nr. 82 (2003-2004)	Om lov om endringer i barneloven (felles foreldreansvar for samboende foreldre)
Ot.prp.nr. 103 (2004-2005)	Om lov om endringer i barnelova mv. (Omfang av samvær, styrking av meklingsordningen, tiltak for å beskytte barn mot overgrep, foreldreansvar etter dødsfall, tilbakebetaling av barnebidrag mv.)
Ot.prp.nr 104 (2008-2009)	Om lov om endringer i barnelova mv. (flytting, delt bosted, samvær, vold mv.)
St.meld. nr. 29 (2002-2003)	Om familien – forpliktende samliv og foreldreskap

Domsregister:

Høysterettsdommer:

Rt. 1940 s. 155

Rt. 1989 s. 148

Rt. 1996 s. 888

Rt. 1997 s. 797

Rt. 1997 s. 1853

Rt. 2000 s. 185

Rt. 2005 s. 682

Lagmannsrettsdommer:

LE-2004-87816

LF-2004-69145

LF-2004-94458

LG-2004-41331

LB-2005-103084

LB-2005-109812
LB-2005-129377
LB-2005-136449
LB-2005-15915
LB-2005-54966
LE-2005-109712
LE-2005-109716
LH-2005-147796
LH-2005-94670
LB-2006-110342
LB-2006-14799
LB-2006-21708
LA-2006-121791
LF-2006-112175
LF-2006-64889
LG-2006-143480
LH-2006-43103
LG-2007-56367
LH-2007-31595
LB-2007-132862
LB-2007-137369
LB-2007-177902
LB-2007-36215
LB-2007-42073
LB-2007-64339
LA-2007-186323
LE-2007-158550
LE-2007-74818
LF-2007-26131
LB-2008-130863
LF-2008-58845
LF-2008-61629
LF-2008-69718
LE-2008-42152
LA-2008-117536
LA-2008-120769

LA-2008-127725
LB-2008-97834
LG-2008-195432
LG-2008-19956
LG-2008-37306
LH-2008-128990
LH-2008-184611
LG-2009-80351
LA-2009-105937
LA-2009-66014
LB-2009-108288
LB-2009-132931
LB-2009-176822
LF-2009-200304
LA-2010-49190
LB-2010-152238
LB-2010-155699
LB-2010-168902
LB-2010-173148
LB-2010-60247
LB-2010-65481
LF-2010-32031
LF-2010-90396
LG-2010-182176
LG-2010-93083
LH-2010-141268
LB-2011-156049
LB-2012-19864

Undersøkelser og tabeller

Statistisk sentralbyrå. Befolkningsstatistikk. Ekteskap og skilsmisser, 2011. Tabeller 1 og 2.

Statistisk sentralbyrå. Befolkningsstatistikk. Samboere, 2010. Tabeller 1-3.

Statistisk sentralbyrå. Befolkningsstatistikk. Barn, 1. januar 2011. Tabeller 1-3.

Statistisk sentralbyrå. Tidsbrukundersøkelsen 2000 med tilhørende tabeller

Statistisk sentralbyrå. LOGG-undersøkelsen 2007 med tilhørende tabeller

