



Det juridiske fakultet

## **Felles foreldreansvar der mor ikke er gift eller bor sammen med barnets far – likestilling av foreldre som omsorgspersoner**

En vurdering av lovendringen i barnelovens § 35 som trer i kraft 01.01.2020, med særlig vekt på hensynet til likestilt foreldreskap og hensynet til barnets beste.

Sofie-Karoline Nordstrand

Mastergradsoppgave i rettsvitenskap / JUR-3902 / desember 2019



# Innholdsfortegnelse

|       |   |    |
|-------|---|----|
| 1     | Innledning.....   | 1  |
| 1.1   | Avhandlingens tema og problemstillinger.....  | 1  |
| 1.2   | Aktualitet.....   | 2  |
| 1.3   | Samfunnsmessige forhold.....  | 4  |
| 1.4   | Avgrensninger.....  | 5  |
| 1.5   | Den videre fremstilling.....  | 6  |
| 2     | Metode/relevante kilder for oppgaven.....   | 8  |
| 2.1.1 | Tolkning av internasjonale konvensjoner.....  | 9  |
| 2.1.2 | EMK og BK – virkeområde og håndhevelse.....   | 9  |
| 2.1.3 | Øvrige relevante folkerettslige kilder.....   | 12 |
| 3     | Hensynet til barnets beste.....   | 13 |
| 3.1   | Barnets beste – hensynets vekt.....   | 16 |
| 4     | Foreldreansvar.....   | 17 |
| 4.1   | Foreldreansvaret etter bl. § 30.....  | 17 |
| 4.2   | Felles foreldreansvar.....  | 20 |
| 5     | Gjeldende rett jf. bl. § 35 – foreldreansvaret når foreldrene ikke er gift eller bor sammen<br>22 |    |
| 5.1   | Konflikt om foreldreansvaret etter dagens § 35 jf. § 56.....                                      | 23 |
| 6     | Likestilling av foreldre som omsorgspersoner.....   | 26 |
| 6.1   | Rettslig plassering og innhold.....   | 26 |
| 6.2   | Hensynets utvikling – fra morspresumsjon til felles foreldreansvar for alle.....                  | 26 |
| 6.3   | EMK art. 8.....   | 28 |
| 6.3.1 | Art. 8 sammenholdt med art. 14.....   | 30 |
| 7     | Lovendringen.....   | 32 |
| 7.1   | Forarbeidene – Prop. L nr. 161 2015-2016.....   | 32 |
| 8     | Vurdering av lovendringen.....  | 36 |
| 8.1   | Synet på foreldreskap i lys av barnets beste.....   | 36 |

|       |  |    |
|-------|--|----|
| 8.1.1 | Vil de generelle samfunnsoppfatningene om foreldreskap gjøre seg gjeldende i situasjoner der mor er enslig ved barnets fødsel? ..... | 37 |
| 8.2   | I hvilke tilfeller kan de respektive hensynene komme i konflikt med hverandre? .....   | 39 |
| 8.3   | Særlig om lovendringens unntak - § 35 første ledd, andre punktum flg. ....   | 42 |
| 8.3.1 | Enkelte bemerkninger til ettårsfristen.....  | 44 |
| 8.3.2 | Konflikt om foreldreansvaret etter lovendringen .....  | 46 |
| 8.4   | Nødvendige tiltak ved ikrafttreddelsen.....  | 48 |
| 9     | Er lovendringen i samsvar med den europeiske rettsordenen?.....  | 49 |
| 10    | Avsluttende bemerkninger.....  | 53 |
| 11    | Kildeliste.....  | 56 |

# 1 Innledning

## 1.1 Avhandlingens tema og problemstillinger

En endring i barnelovens § 35<sup>1</sup> som trer i kraft 1. januar 2020 medfører at alle får felles foreldreansvar, også der foreldrene aldri har bodd sammen. Temaet for avhandlingen er denne lovendringen, som både tar sikte på å likestille foreldrene som omsorgspersoner uavhengig av om deres sivile status, samt styrke barns rett til samvær med begge foreldrene.<sup>2</sup> To sentrale hensyn herunder er likestillingshensynet og hensynet til barnets beste. Oppgaven reiser problemstillinger knyttet til disse hensynene - hver for seg og i lys av hverandre. Hensikten er å undersøke i hvilken grad lovendringens tilsiktede formål kan komme i konflikt med hensynet til barnets beste. De aktuelle problemstillingene fordrer dessuten en behandling av reglene om foreldreansvaret, hva gjelder både det juridiske innholdet av foreldreansvaret, samt hva det innebærer å ha felles foreldreansvar.

Etter gjeldende rett har mor foreldreansvaret alene når hun ikke er gift eller bor sammen med barnets far jf. dagens § 35. Ved lovendring den 31. mars 2017 nr. 13 skal § 35 lyde slik at utgangspunktet er felles foreldreansvar når barnets foreldre ikke er gift eller bor sammen. Videre følger det av den nye regelen at mor innen ett år fra farskap er fastsatt kan reservere seg mot felles foreldreansvar ved å gi melding til folkeregisteret. Den samme tidsfristen gjelder for far dersom han ikke ønsker å ha del i foreldreansvaret.<sup>3</sup>

En lovendring i retning felles foreldreansvar for alle har tidligere vært vurdert, men har ikke ført frem før nå.<sup>4</sup> I 2008 var Barne- og likestillingsdepartementet av den oppfatning at felles foreldreansvar ikke alltid er til barnets beste og at dersom far ønsker det, kan han enkelt få del i foreldreansvaret enten ved avtale eller ved å bli tildelt det ved dom.<sup>5</sup> Det var imidlertid delte meninger hvorvidt en endring ville styrke eller svekke hensynet til barnets beste. Dette resulterte i et mindretall som var *for* å endre regelen i § 35. Da forslaget om å endre § 35 på nytt ble vurdert av barne- og likestillingsdepartementet i 2016, ble det konkludert med å innføre et automatisk felles foreldreansvar, også for foreldre som ikke hadde bodd sammen.

---

<sup>1</sup> Lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (heretter forkortet bl.).

<sup>2</sup> Regjeringsplattformen, se nærmere: <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/endringer-i-barneloven-for-a-likestille-foreldrene/id2582981/>

<sup>3</sup> Lov 31. mars 2017 nr. 13 Lov om endringer i barneloven mv. (likestilt foreldreskap) (Heretter endringslov).

<sup>4</sup> NOU 2008:9 Med barnet i fokus

<sup>5</sup> NOU 2008:9 Med barnet i fokus, se pkt. 7.2.

Departementets begrunnelse for endringen er i stor grad sammenfallende med mindretallets syn da dette ble vurdert i 2008.<sup>6</sup> Dette behandles nærmere senere i oppgaven. Både når det gjaldt utredningene av barnelovens tidligere reformer, samt den aktuelle lovendringen, har det vært klare føringer om at barnets beste er et grunnleggende hensyn som alltid skal veie tyngst i saker som berører barn.<sup>7</sup>

Hovedproblemstillingen denne avhandlingen søker å belyse er hvorvidt hensynet til likestilling av foreldre kan komme i konflikt med hensynet til barnets beste ved spørsmålet om felles foreldreansvar, når foreldre ikke er gift eller bor sammen. Likestillingshensynet er relevant når det samtidig er med på å oppfylle hensynet til barnets beste. Hva som er til barnets beste i den enkelte sak må uansett vurderes konkret og vil tilsi ulike løsninger. Hensynet til likestilling kan dermed skape utfordringer når det skal vurderes hva som er til barnets beste.

Det er for eksempel helt åpenbare tilfeller hvor felles foreldreansvar ikke er til barnets beste, slik som i voldssaker eller hvor en av foreldrene mangler vesentlige personlige egenskaper. Det samme gjelder et høyt og vedvarende konfliktnivå mellom foreldrene. Dette er for øvrig eksempler som gjør seg gjeldende uansett foreldrenes tidligere sivilstatus, men som særlig er problemstillinger knyttet til tilfeller der foreldrene aldri har bodd sammen.

## 1.2 Aktualitet

I 2016 ble det som nevnt foreslått endringer i barneloven som skulle ta sikte på å likestille foreldrene som omsorgspersoner jf. Prop. 161 L (2015-2016). Det ble foreslått at lovens utgangspunkt skal være automatisk felles foreldreansvar for alle. Dette på bakgrunn av regjeringsplattformen hvor de har som mål å likestille foreldrene som omsorgspersoner, med de samme rettigheter, men samtidig sikre at hensynet til barnets beste alltid veier tyngst i saker om barnefordeling og samvær.

I proposisjonen legges det til grunn at *”[b]egge foreldrene er viktige omsorgspersoner i barns liv. Dette gjelder uavhengig av om foreldrene bor sammen eller ikke. Regjeringen ønsker derfor å legge til rette for at begge foreldrene skal ha mulighet til å være likeverdige*

---

<sup>6</sup> Se nærmere under pkt. 3.8.4 i Prop. 161 L (2015-2016).

<sup>7</sup> Prop.161 L (2015-2016) kapittel 1, Innst. Nr. 195 L (2016-2017).

*omsorgspersoner, både under samliv, når samliv oppløses og i tilfeller hvor foreldrene aldri har bodd sammen”.*<sup>8</sup>

Forslagene, med unntak av § 35 ble vedtatt i Stortinget og trådte i kraft 1. Januar 2018. Ikraftsettingen av felles foreldreansvar for alle har derimot krevd modernisering av folkeregisteret. Dette skal implementeres per 1. Januar 2020 og § 35 vil følgelig også tre i kraft.

For øvrig er det i skrivende stund også nedsatt et utvalg som skal gjennomgå og modernisere barneloven i tråd med Jeløya-plattformen - regjeringens politiske plattform. Behovet for revisjon er ifølge mandatet, blant annet begrunnet i endringer i rettskildebildet.

Menneskerettigheter og internasjonale konvensjoner har blitt mer sentrale i utviklingen og tolkningen av norsk rett. Menneskerettighetens stilling i norsk rett har gradvis også blitt styrket gjennom grunnlovsbestemmelser, sist i 2014 hvor Grunnloven gjennom § 104 fikk en egen bestemmelse om barns rettigheter. Bestemmelsen sier at barn har krav på respekt for sitt menneskeverd, at det har rett til å bli hørt i spørsmål som gjelder dem selv, at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn ved alle handlinger og avgjørelser som berører barn, og at de har rett til vern om den personlige integritet, som de statlige styresmaktene skal legge til rette for.<sup>9</sup>

I årene etter at Barnekonvensjonen ble inkorporert i norsk rett har det vært en økning i interessen for, og et større behov for oppdatert kompetanse om barns rettigheter. Barns rettsstilling fikk en enda sterkere og tydeligere posisjon da FN den 19. Desember 2011 vedtok en ny tilleggsprotokoll<sup>10</sup> til barnekonvensjonen om individuell klagerett som innebærer at enkeltsaker om barnets rettigheter kan bringes inn for FN's barnekomite.<sup>11</sup> Denne er imidlertid ikke ratifisert av Norge og vil p.t heller ikke i nærmeste fremtid bli tilsluttet.<sup>12</sup>

---

<sup>8</sup> Prop. 161 L (2015-2016) kapittel 1 tredje avsnitt, Jeløya-plattformen, politisk plattform for en regjering utgått av Høyre, Fremskrittspartiet og Venstre (14. januar 2018) s. 11 flg.

<sup>9</sup> Lov 17.mai 1814 Kongeriket Noregs Grunnlov (Heretter forkortet GrL.)

<sup>10</sup> FN's barnekonvensjon tredje tilleggsprotokoll om individuell klagerett

<sup>11</sup> Høstmølingen, Njål, Kjørholdt, Elin Saga og Sandberg, Kirsten(red) Barnekonvensjonen 2. Utgave (2012) kap. 17.

<sup>12</sup> Dette ble avgjort i 2016 etter en vurdering av utenriksdepartementet og det går frem av meld. St nr. 39 (2015-2016) at hovedårsaken til at regjeringen ikke ønsker at Norge skal ratifisere tilleggsprotokollen er på grunn av betydelig usikkerhet hva gjelder hvilke konsekvenser ordningen kan få for Norges politiske handlingsrom, og en mulig rettsliggjøring av politiske spørsmål.

En annen viktig grunn til revisjon er nettopp synet på likestilling av foreldre og deres roller som forsørgere og omsorgspersoner. Imidlertid ble det i mandatet bemerket at behovet for revisjon av reglene som ble endret ved lovendringen den 31. mars 2017 nr. 13 ikke er stort, men at utvalget kan komme med forslag til endringer. Målsettingen med den aktuelle revisjonen er den samme som ved lovendringen av 2017. Den nye barneloven skal i følge mandatet likestille foreldrene, både som omsorgspersoner og forsørgere. Det presiseres for øvrig også i mandatet at hensynet til barnets beste skal gå foran ved en eventuell motstrid mellom de ulike relevante hensyn.

### **1.3 Samfunnsmessige forhold**

I 2018 ble det i følge statistisk sentralbyrå født 55120 barn hvorav 6556 av enslige mødre.<sup>13</sup>

Prosentandelen barn født av enslige mødre har, foruten noen små svingninger i begge retninger, omentrent vært den samme de siste ti årene. I tidsperioden 2002-2004 var det kun 19% av foreldrene som aldri hadde bodd sammen, som likevel hadde inngått avtale om felles foreldreansvar.<sup>14</sup> Det finnes ikke oppdaterte tall på dette, men det er heller ikke holdepunkter for å tro at dette har endret seg vesentlig siden 2004. Det kan i hvert fall slutes at det er et klart mindretall av foreldre som aldri har bodd sammen som velger å avtale felles foreldreansvar.

Disse tallene viser at flertallet av enslige mødre har foreldreansvaret alene og bare et fåtall av foreldre som aldri har bodd sammen avtaler felles foreldreansvar. Når foreldretvister bringes inn for domstolene er det for øvrig som regel i sammenheng med spørsmål om fast bosted og/eller samvær. Felles for disse tvistene er at det som oftest gjelder barn over 1-2 år.<sup>15</sup> Etter dette kan det derfor se ut til at det er en tendens til at de fleste fedre som ikke bor sammen med mor, men som ønsker del i foreldreansvaret, først krever det etter noen år og ikke i sammenheng med barnets fødsel. Imidlertid bemerkes det at analysen av rettspraksis ikke forteller oss noe om hvor mange fedre som faktisk henvender seg til barnets mor i sammenheng med fødselen, enten under svangerskapet eller like etter, med et ønske om å dele foreldreansvaret.

---

<sup>13</sup> SSB: <https://www.ssb.no/befolkning/statistikker/fodte/aar>

<sup>14</sup> Ragni Hege Kitterød: *Når mor og far bor hver for seg. Ansvar og omsorg for barna før og etter bidragsreformen*. SSB 2005

<sup>15</sup> Basert på egen analyse hvor jeg fant at dette var tilfellet i samtlige høyesterettsdommer som omhandlet spørsmålet om foreldreansvar. Se blant annet Rt-2011-1572, Rt-2011-1564, Rt-2010-216, Rt-2003-1283.)

Tidligere var det slik at de fleste avtalte at moren skulle ha foreldreansvaret etter skilsmisse. I dag er det blitt mer vanlig å avtale felles foreldreansvar.<sup>16</sup> Når det gjelder bosted viste en undersøkelse fra 1997 at 90% av barn etter samlivsbrudd bor hos moren. I 2003 var det i underkant av 30000 barn som bodde hos faren alene, hvilket utgjorde 14% av alle barn som bodde fast hos en av foreldrene. Herunder hadde alder stor betydning og av de minste barna var det bare ca. 3% som bodde hos faren - jo eldre barna var, desto større var sannsynligheten for at barna bodde hos far.<sup>17</sup> Barneloven er bygd opp slik at den som bor fast med barnet også må ha foreldreansvaret, hvilket innebærer at fedre i disse tilfellene har del i foreldreansvaret, eller har foreldreansvaret alene for barn som er eldre, og dette styrker den nevnte antakelsen om at de fleste fedre som går til sak om foreldreansvar gjelder barn fra 2 år og oppover.

Denne oversikten viser oss dermed at lovendringen vil få stor betydning for alle barn som fødes av enslig mor etter 01.01.2020. Den rettslige betydningen av at det fra denne dato vil gjelde et automatisk felles foreldreansvar kommer jeg tilbake til i redegjørelsen for foreldreansvar og innholdet i dette.

## **1.4 Avgrensninger**

Kjernen i denne fremstillingen er foreldreansvar der mor og far ikke har vært gift eller vært samboere. I enkelte sammenhenger vil imidlertid en sammenligning med foreldreansvar etter samlivsbrudd være relevant for å kunne belyse forskjeller og begrunnelser for de enkelte lovbestemmelsene.

Ved lovendringen av 2017 ble reglene om bosted og samvær på visse punkter også endret, og trådte i kraft 01.01.18. Disse er også oppe for behandling av utvalget som innen 2020 skal revidere og modernisere hele barneloven. På grunn av sammenhengen mellom foreldreansvar, bosted og samvær er det sjeldent at det for domstolene kommer opp et spørsmål som bare omhandler foreldreansvaret. Fast bosted fordrer for eksempel at vedkommende også har foreldreansvar. Derimot er reglene om samvær og foreldreansvar uavhengig av hverandre og foreldreansvar medfører ikke automatisk fast bosted. Oppgavens omfang tilsier likevel at det må avgrenses mot å se på de ulike sammenhengene. Det bemerkes at enkelte kommentarer i undertiden vil støte begrepene samvær og bosted, men er ikke avhengig av en inngående redegjørelse av reglene knyttet til disse.

---

<sup>16</sup> Lødrup og Smith s. 130 (2006).

<sup>17</sup> Ibid, s. 130 flg.



Desto eldre et barn er i en tvist om foreldreansvar, desto større vekt skal det legges på barnets rett til medvirkning jf. bl. § 31. Av hensyn til oppgavens omfang avgrenses det også mot å se på dette i forhold til å likestille foreldre som omsorgspersoner. Relevansen av barnets medbestemmelsesrett er dessuten ikke særlig stor da oppgaven vil fokusere på foreldreansvar som inntreffer ved barnets fødsel.

## **1.5 Den videre fremstilling**

På barnerettens område er ulike menneskerettslige konvensjoner relevante. Dette aktualiserer noen metodiske utfordringer vedrørende forholdet mellom norsk rett og folkeretten. I det følgende skal jeg derfor før jeg går over til hoveddelen, presentere relevante kilder og metoden for oppgaven.

Likestillingshensynet, reglene om, og innholdet i foreldreansvaret må ses i lys av hensynet til barnets beste, og hoveddelens første punkt vil derfor være en redegjørelse av barnets beste.

Lovendringen tar sikte på å endre foreldreansvarets utgangspunkt, og det er derfor videre nødvendig å presentere det rettslige innholdet i foreldreansvaret. Deretter skal det redegjøres for hva det vil si å ha felles foreldreansvar når foreldrene ikke bor sammen, hvilke beslutninger foreldrene kan ta alene og hvilke som må tas i fellesskap.

For å kunne vurdere lovendringen og bakgrunnen for denne, er det deretter nødvendig å redegjøre for gjeldende rett. Hovedhensikten er å gi en kort gjennomgang av hvordan dagens § 35 tolkes og praktiseres av norske domstoler, og hvilke hensyn og begrunnelser som har vært lagt til grunn.

Hensynet til barnets beste og hensynet til likestilling av foreldre som omsorgspersoner har vært både styrende og avgjørende for arbeidet med lovendringen og dens endelige ordlyd. Før jeg foretar en nærmere vurdering av lovendringen skal jeg derfor presentere og redegjøre for innholdet i disse hensynene.

Hovedtyngden vil således ligge i en vurdering av lovendringen. Herunder foretar jeg en rettslig tolkning av den nye bestemmelsen i § 35. Da dette er en lovendring som ikke har trådt i kraft foreligger det naturlig nok ikke rettspraksis som kan si noe om hvorvidt hensynet til likestilling av foreldre vil komme i konflikt med hensynet til barnets beste ved å innføre et automatisk felles foreldreansvar. Følgelig er derfor forarbeidene den viktigste kilden som kan bidra til å klarlegge innholdet og begrunnelsen for den nye hovedregelen. Det var imidlertid

uenighet blant høringsinstansene som uttalte seg om forslaget til å endre § 35. I punkt 6 vil jeg derfor redegjøre for uenigheten og departementets endelige vurdering og konklusjon. I punkt 7 foretar jeg en vurdering av lovendringen i lys av hensynet til likestilling og barnets beste.

Endelig foretar jeg i punkt 8 en kort vurdering om lovendringen er i samsvar med den europeiske rettstilstanden hva gjelder barn født utenfor ekteskap og samboerskap.

## 2 Metode/relevante kilder for oppgaven

Barneretten er regulert gjennom nasjonale regler, internasjonale regler og prinsipper som omhandler barnets rettsstilling.<sup>18</sup> Norsk rett bygger på det dualistiske prinsipp hvor folkeretten er et særskilt rettssystem og anerkjennes først som norsk rett ved at reglene gjennomføres enten ved inkorporasjon, transformasjon eller konstatering av rettsharmoni.<sup>19</sup> Presumsjonsprinsippet modifierer imidlertid dette utgangspunktet. Prinsippet går ut på at norske regler antas å samsvare med de folkerettslige forpliktelsene som Norge har påtatt seg, og skal tolkes slik at motstrid unngås så langt det er mulig. Dersom åpenbar motstrid likevel foreligger, vil norsk rett måtte legges til grunn.<sup>20</sup> På enkelte områder har dessuten folkerettslige forpliktelser forrang foran norske lovbestemmelser. Den europeiske menneskerettighetskonvensjon<sup>21</sup> (EMK) og FNs Barnekonvensjon<sup>22</sup> (BK) er de mest sentrale konvensjonene Norge har ratifisert når det gjelder barns rettigheter, og er inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven.<sup>23</sup> Ved motstrid skal konvensjonsbestemmelsene gå foran jf. mrl. §§ 2 og 3.<sup>24</sup>

Ved siden av barneloven og nasjonal rettspraksis på området, har således menneskerettighetene en sterk posisjon og får direkte betydning både for fastleggelsen av innholdet i de enkelte bestemmelsene i barneloven, og ved utforming av nye bestemmelser.<sup>25</sup> Dette innebærer at det ved motstrid mellom en norsk lovbestemmelse og en artikkel i BK eller EMK, er det innholdet i konvensjonsbestemmelsen som skal gå foran. Og når det gjelder grunnleggende prinsipper, slik som hensynet til barnets beste, er de styrende for lovgiver i utformingen av nye bestemmelser som angår barn. EMK og BK må på enkelte områder ses i lys av hverandre, men utvikles også særskilt gjennom egne håndhevingsorganer og har til dels forskjellig virkeområde som nødvendiggjør bemerkninger om dette.

---

<sup>18</sup> Bendiksen og Haugli (2015) s. 17.

<sup>19</sup> Ot.prp. nr. 45 (2002-2003 avsnitt 4.1.

<sup>20</sup> Se Rt-1997-580, Rt-2000-1811 og Rt-2007-234.

<sup>21</sup> Den europeiske menneskerettskonvensjon (Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms) 4. november 1950

<sup>22</sup> De Forente Nasjoners konvensjon om barnets rettigheter (Convention on the Rights of the Child) 20. November 1989

<sup>23</sup> Lov 21. mai 1999 om styrking av menneskerettighetens stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

<sup>24</sup> Se Rt-2000-96 og Rt-2001-1006

<sup>25</sup> Se for eksempel FNs Barnekomites generelle kommentar om barnets beste.

### 2.1.1 Tolkning av internasjonale konvensjoner

Wienkonvensjon<sup>26</sup> er ikke ratifisert av Norge, men anses som ulovfestet folkerettslig sedvanerett.<sup>27</sup> Tolkning av konvensjoner skjer følgelig i henhold til konvensjonens art. 31-33.

Traktater skal etter art. 31 tolkes ”in good faith” og ”in accordance with ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its objects and purpose”.

Tolkningen skal ta utgangspunkt i den naturlige språklige forståelsen. Ordlydens sentrale stilling har sammenheng med at man i motsetning til nasjonale lover, ikke har forarbeider å støtte seg på. Hva gjelder for eksempel BK har det i etterkant også skjedd en stor utvikling på barnrettens område slik at innledningen til BK heller ikke bør tillegges stor vekt.<sup>28</sup>

Videre skal ordlyden tolkes i sammenheng med konvensjonens gjenstand og formål jf. ”objects and purpose”, og i kontekst med konvensjonen for øvrig. Dette kan illustreres med at enkelte bestemmelser i BK isolert sett gir svak beskyttelse, men i sammenheng med art. 3 om barnets beste vil gjennomslagskraften styrkes.

EMK er imidlertid i en særstilling ved at konvensjonspartene har avgitt kompetanse til EMD til å tolke og fastlegge innholdet i konvensjonens bestemmelser. En tolkning som effektivt fremmer formålet er i følge EMD nødvendig for å unngå en tolkning som bare er teoretisk og illustrativ.<sup>29</sup> EMK skal videre være et ”living instrument” som skal tolkes i lys av ”present-day conditions”.<sup>30</sup> Et dynamisk element som dette er derimot ikke like gitt for konvensjoner uten et håndhevingsinstrument som EMD.

### 2.1.2 EMK og BK – virkeområde og håndhevelse

EMK art. 1 bestemmer at ”enhver” skal sikres de rettigheter og friheter som følger av konvensjonens del 1. Dette innebærer at Norges forpliktelser gjelder overfor alle mennesker som befinner seg på ”myndighetsområdet” som er innenfor landets jurisdiksjon. Rettigheten under EMK er imidlertid minimumsstandarder, hvilket innebærer at der intern rett eller andre ratifiserte konvensjoner gir et større vern, skal disse legges til grunn.<sup>31</sup>

---

<sup>26</sup> Wienkonvensjonen om traktatretten 1969

<sup>27</sup> Ot.prp. nr. 3 1998-1999 s.66

<sup>28</sup> Høstmølingen, Kjørholt, Sandberg (red) s. 25

<sup>29</sup> EMDs dom 13.mai 1980 Artico mot Italia avsnitt 33.

<sup>30</sup> EMDs dom 25. April 1978 Tyrer mot England avsnitt 31.

<sup>31</sup> EMK art. 53

Håndhevingsorganet for rettighetene etter EMK er EMD (Den europeiske menneskerettsdomstolen), som utvikler og tolker EMK gjennom bindende avgjørelser i enkeltsaker.<sup>32</sup>

Av BK art. 2 følger det at medlemsstatene skal respektere og sikre de rettighetene som følger av konvensjonen og gjelder for ethvert barn innenfor landets jurisdiksjon, uten diskriminering av noe slag.

BK håndheves gjennom medlemsstatenes rapportering til FNs barnekomite (Barnekomiteen).<sup>33</sup> Rapporten gir Komiteen grunnlag for å komme med konkrete anbefalinger til de enkelte medlemsstatene. Komiteen gir dessuten generelle uttalelser til utvalgte problemstillinger, kalt General Comments, gjerne i etterkant av faglige temadager, kalt Day of General Discussion. Kommentarene og anbefalingene er ikke rettslig forpliktende, men har likevel stor rettskildemessig betydning. Det er også nylig etablert en individklageordning som Norge ikke har ratifisert.<sup>34</sup>

Som følge av at barnekomiteens uttalelser ikke er bindende oppstår spørsmålet om hvilken rettskildemessig vekt disse skal ha ved fastleggingen av innholdet i BK.

Det er av Høyesterett lagt til grunn at Barnekomiteens generelle uttalelser er det naturlige utgangspunkt ved tolkningen av konvensjonen. I dommen inntatt i Rt. 2009 s. 1261 tok Høyesterett stilling til betydningen av en generell uttalelse fra Barnekomiteen om vektleggingen av barnets beste i saker om oppholdstillatelse på humanitært grunnlag for mindreårige. Om de generelle kommentarene uttalte Høyesterett at de ”må betraktes som tolkningsuttalelser på linje med avgjørelser fra EMD og uttalelser fra FNs menneskerettskomite”.<sup>35</sup> Dette ble senere fulgt opp av Høyesterett i 2015.<sup>36</sup>

---

<sup>32</sup> EMK art. 33 og art. 34.

<sup>33</sup> BK art. 43 og art. 44, FNs

<sup>34</sup> Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt, Kirsten Sandberg (red.), Barnekonvensjonen - Barns rettigheter i Norge, 3. utgave, Oslo 2016 s. 23.

<sup>35</sup> Rt-2009-1261 avsnitt 13.

<sup>36</sup> Rt-2015-1388 (Maria-dommen)

Imidlertid er det uklart hvilken vekt den aktuelle uttalelse skal tillegges. Det er på det rene at forslag og anbefalinger som Barnekomiteen også avgir, ikke kan vektlegges på samme måte ved tolkning av konvensjonsbestemmelsene som generelle kommentarer.<sup>37</sup> Betydningen av den aktuelle generelle kommentaren er avhengig av om ”uttalelsen må ses på som en tolkningsuttalelse, eller mer som en tilrådning om optimal praksis på konvensjonens område. Dernest må man vurdere om uttalelsen passer på det aktuelle faktum og rettsområde”.<sup>38</sup>

Vekten av de generelle kommentarene vil etter dette variere alt etter hvordan uttalelsen er kommet til uttrykk og om de er relevante for det konkrete faktum.

I et perspektiv om at rettskildebildet har blitt vesentlig utvidet som følge av inkorporasjon av internasjonale menneskerettigheter er Skoghøy av den oppfatning at dette medfører at det ikke er tilstrekkelig å bare se hen til konvensjonens ordlyd. Konvensjonens forpliktende innhold må klarlegges gjennom folkerettslig relevante tolkningsuttalelser.<sup>39</sup> Dette er for øvrig også i tråd med flertallets synspunkt i Maria-dommen fra 2015. De generelle kommentarenes ”vekt ved konvensjonstolkningen, må ses i sammenheng med [at de] bygger på komiteens samlede erfaring og den særlige rollen komiteen er gitt som det primære folkerettslige håndhevingsorganet under barnekonvensjonen”.<sup>40</sup>

### **2.1.2.1 Forholdet mellom EMK og BK**

EMK er en konvensjon til vern om borgerens rettigheter generelt, herunder er også barn vernet.<sup>41</sup> Barn er således gitt et dobbelt menneskerettslig vern ved at BK er en global konvensjon og gjelder spesifikt vern av barns rettigheter. Spørsmål som angår barn må avgjøres i lys av begge konvensjoner. Ved fastleggelsen av innholdet i EMK ser EMD blant annet hen til BK. Barns interesser kommer ofte indirekte til syne når EMD skal ta stilling til EMK art. 8. I Olsson II mot Sverige<sup>42</sup> ble det fremhevet at hensynet til barna kan medføre at

---

<sup>37</sup> jf. ibid avsnitt 152-154 og Rt-2009-1261 avsnitt 44.

<sup>38</sup> Ibid.

<sup>39</sup> Jens Edvin A Skoghøy, ”Hvilken betydning har uttalelser av FNs menneskerettskomite og FNs barnekomite som rettskilder – Foredrag på Nordisk høyesterettsdommerseminar (Oslo, 2016)

<sup>40</sup> Rt-2015-1388 avsnitt 273

<sup>41</sup> Jf. ordlyden i EMK art. 1 ”enhver”.

<sup>42</sup> EMD-1987-13441

foreldrenes rettigheter må vike. EMD vil av hensynet til systemets integritet imidlertid bare benytte BK der EMK eller dens egen praksis ikke gir tilstrekkelig veiledning.<sup>43</sup>

### **2.1.3 Øvrige relevante folkerettslige kilder**

Norge har også ratifisert Europarådskonvensjonen om den juridiske statusen for barn født utenfor ekteskap,<sup>44</sup> og er også relevant for denne avhandlingen. Konvensjonen tar sikte på å beskytte og forbedre situasjonen til denne gruppen av barn og artiklene er nærmere forklart i Explanatory Report.<sup>45</sup>

Konvensjonen om utøvelse av barns rettigheter, forkortet EUrUBR er vedtatt av Europarådet, men foreløpig ikke undertegnet av Norge. Den er likevel også relevant, men i den forstand at den gir uttrykk for hvilken retning den europeiske rettsorden beveger seg i.<sup>46</sup> Fra et rettskulturelt perspektiv er også prinsippene om foreldreansvar, utarbeidet av ekspertkomiteen Commision on European Family law (CEFL),<sup>47</sup> relevante.

---

<sup>43</sup> Deirdre Fottrell, *Revisiting children's rights: 10 years of the UN Convention on the Rights of the Child*, (Boston 2000) s. 100

<sup>44</sup> European Convention om the Legal Status og Children born out of Wedlock, Strasbourg, 15.X.1975 (Norge ratifiserte konvensjonen 19. August 1976).

<sup>45</sup> Explanatory Report to the European Convention on the Legal Status of Children born out of Wedlock Strasbourg, 15.X.1975.

<sup>46</sup> NOU 2008: 9 vedlegg 2 pkt. 2

<sup>47</sup> Commision on european family law, *Principles of European Family Law regarding parental responsibilities* ((CEFL)

### 3 Hensynet til barnets beste

Barnets beste er for det første grunnlovsvernet gjennom Grunnlovens (grl.) § 104.<sup>48</sup>

Bestemmelsen bestemmer at det:

”(v)ed alle handlinger og avgjørelser som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn”.

Prinsippet følger også av folkeretten og har vært nedfelt i internasjonale konvensjoner siden 1959. Grl. § 104 er utformet på bakgrunn av BK art. 3. Prinsippet følger også av øvrig lovgivning og av betydning for denne avhandlingen er bl. § 48. Det kan i denne sammenheng bemerkes at Høyesterett i Maria-dommen<sup>49</sup> presiserte at det er ”Høyesterett (og) - ikke de internasjonale håndhevingsorganene – som har ansvaret for å tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser”.<sup>50</sup> Ved motstrid med annen lov skal rettighetene i BK og EMK gå foran.<sup>51</sup> EMK inneholder derimot ikke en egen bestemmelse om barnets beste, men prinsippet anvendes likevel av EMD.<sup>52</sup> Innholdet i grl. § 104 kan dermed i prinsippet tolkes slik at de får et noe annet innhold enn BK art. 3 og øvrige konvensjonsbestemmelser. BK art. 3 er dessuten i følge Høyesterett en ”fanebestemmelse, (og er) svært generelt utformet”.<sup>53</sup>

Av BK art. 3 følger det at barnets beste gjelder:

”(i)n all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, (...) (og) shall a primary consideration”.

Ordlyden i både grl. § 104 ”handling og avgjørelser” og BK art. 3 ”(i)n all actions”, tilsier at prinsippet om barnets beste er en vidtrekkende rettighet som gjelder innenfor alle rettsområder hvor det treffes avgjørelser som påvirker barn.

---

<sup>48</sup> Lov 17. Mai 1814 Kongeriket Noregs grunnlov (heretter forkortet grl.)

<sup>49</sup> Rt-2015-93

<sup>50</sup> Ibid avsnitt 57.

<sup>51</sup> Jf. Mrl § 2 jf. § 3.

<sup>52</sup> BK og prinsippet om barnets beste er for eksempel trukket frem i Jeunesse mot Nederland, se avsnitt 109 og Tarakhel mot Sveits, se avsnitt 99, 119 og 122. (Finner jeg andre dommer hvor for eksempel art. 8 nr.2 er anvendt??)

<sup>53</sup> Rt-2005-33 avsnitt 24



Hensynet til barnets beste er med dette et grunnleggende prinsipp som medfører at barn har et særskilt vern utover de menneskerettighetene som gjelder for *enhver*, slik som rettighetene etter EMK.<sup>54</sup> Dette er i tråd med Barnekomiteens omtale av prinsippet.<sup>55</sup> BK art. 3 er videre i sammenheng med art. 2, 6 og 12 er i følge Barnekomiteen et uttrykk for ”general principles”.<sup>56</sup> Ordlyden ”general” tilsier at prinsippet er allmenngyldig og gjelder alle typer saker, på alle områder, og som må legges til grunn i ulike typer avgjørelser.<sup>57</sup>

Forholdet mellom barn og foreldre reguleres hovedsakelig i intern rett, og det er på det rene at avgjørelser vedrørende foreldreansvar ”berører barn”.

Bl. § 48 presiserer dette og lyder slik:

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

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

Hva som best ivaretar barnets interesser skal derfor være en grunnleggende del av en avgjørelse som omhandler foreldreansvar, både når det gjelder avgjørelsens materielle og prosessuelle side. Prinsippet innebærer for øvrig også at vedtakelse av lover og regler om foreldreansvar skal skje i lys av barnets beste.<sup>58</sup>

Barnets beste er et grunnleggende hensyn både når regler om foreldreansvar skal utformes og reguleres, og som et tungtveiende hensyn ved den materielle vurderingen i konflikter om foreldreansvar.

---

<sup>54</sup> EMK art. 8, om ordlyden ”enhver” se pkt. 5.3.

<sup>55</sup> Banrekomiteen General Comment nr. 14

<sup>56</sup> Se for eksempel i Barnekomiteens uttalelse i General Comment nr. 5 s. 3 punkt. 12. Se BK art. 2: ikke-diskriminering, art. 6: Retten til liv og art. 12: Barnets rett til å gi uttrykk for sin mening.

<sup>57</sup> Martnes, Mona Barnets beste, Rettighetens innhold i saker om opphold på humanitært grunnlag og utvisning (juni 2019) s. 104

<sup>58</sup> Barnekomiteen har lagt til grunn at prinsippet om barnets beste også er veiledende i lovgivningsprosesser, se General Comment nr. 5 avsnitt 12

Regler om foreldreansvar utformes i lys av hva som er til barnets beste, og vil nødvendigvis bero på hva som til enhver tid er den dominerende oppfatningen om dette.<sup>59</sup> Dette vil blant annet være avhengig av samfunnets oppfatninger hva gjelder kjønnsstruktur, kjønnsroller og det biologiske prinsipp. Disse rådende oppfatningene må deretter analyseres før det gis lovgivning i tråd med dem. Relevant i denne sammenheng er synet på foreldre som likeverdige omsorgspersoner. I lys av avhandlingens hovedproblemstilling vil jeg senere i punkt 6.2 behandle utviklingen av disse oppfatningene, og hvordan de har kommet til syne i lovgivning og lovendringer.

Hensynet til barnets beste skal videre også anvendes og være grunnleggende i en konflikt om foreldreansvaret. Når det gjelder en konkret avgjørelse om foreldreansvar er det forholdet mellom foreldrene det fokuseres på, men hvor barnets beste samtidig skal ivaretas. Herunder må det enkelte barns faktiske situasjon undersøkes og vurderes konkret. For de fleste barn ville det beste vært om foreldrene var enige. Målet når en tvist om foreldreansvar kommer inn for domstolene er derfor først og fremst å oppnå enighet. Videre må det understrekes at konflikten mellom foreldrene på dette stadiet allerede har preget barnet og barnets beste må dermed vurderes i lys av de konkrete forutsetningene situasjonen potensielt har. I en avgjørelse om foreldreansvar i lys av barnets beste må domstolene vurdere de ulike alternativer for barnet med både et nåtidig og fremtidig perspektiv. Avgjørelsen skal følgelig tilrettelegge for å gi det enkelte barnet best mulige forutsetninger. Prinsippets vide utforming tillater domstolene å foreta konkrete helhetsvurderinger hvor det foretas grundige undersøkelser av barnets faktiske situasjon. Dette styrker på den ene siden hensynet til det enkelte barn og dets behov for respekt og økende uavhengighet, men svekker på den andre siden forutsigbarhet og likhet for loven.<sup>60</sup> Til tross for at det ikke er ønskelig med for standardiserte og generelle vurderinger av barnets beste utvikles det i praksis antagelser om, og standarder for hva som er best for barn.<sup>61</sup> Hva gjelder innholdet i slike standarder i forhold til foreldreansvar vil jeg komme tilbake til senere i avhandlingen.

---

<sup>59</sup> Ottosen (2006).

<sup>60</sup> Smart (2004).

<sup>61</sup> Bendiksen og Haugli (2015) s. 26-27.

### 3.1 Barnets beste – hensynets vekt

Hva som er til barnets beste må av retten i den enkelte saken utpensles gjennom en tolkning av alle de relevante kilder. Deretter må hensynet vektlegges og avveies mot andre relevante hensyn. Hensynet til barnets beste blir derfor ikke alltid avgjørende<sup>62</sup>.

Verken ordlyden i grunnloven, BK eller bl. § 48 stenger for at andre hensyn kan vektlegges<sup>63</sup>. I forarbeidene til § 104 er det blant annet presisert at prinsippets vekt vil variere og at det vil ”således bære i seg en forholdsmessighetsvurdering, der barnets interesser veier tyngre desto mer alvorlig beslutningen er for barnet”.<sup>64</sup>

Vekten av barnets beste har vært et tema gjennom flere Høyesterettsdommer. At barnets beste skal være et grunnleggende hensyn i saker som berører barn betyr at det skal veie tungt ved avveiningen mot andre interesser, og kan innebære at hensynet til barnets interesser i den enkelte sak er så tungtveiende at det også blir avgjørende.<sup>65</sup> Eksempelvis kan retten til familieliv etter EMK 8 illustrere dette, hvor hensynet til barnets beste i de fleste tilfellene vil gå foran hensynet til en forelders familieliv.

Rådende politiske oppfatninger om hva som generelt formodes å være best for barn danner en presumsjon for løsningen av den enkelte sak. Dette gjelder særlig når det kommer til felles foreldreansvar. De løsninger som generelt antas å være de beste, legges til grunn som utgangspunkt for vurderingen, og vedkommende som vil ha andre løsninger har tilsynelatende bevisbyrden mot seg.<sup>66</sup> Man risikerer dermed en for bundet vurdering.

Det stilles også krav til begrunnelse i domstolenes begrunnelse. Kravet følger eksplisitt av BK art. 3 nr. 1. For at det skal være mulig for en eventuell klageinstans å etterprøve vurderinger som er gjort, bør det komme tydelig frem hva som medfører at den valgte løsningen anses best for barnet, og hvilke elementer som inngår i disse vurderingene. Om ikke desto viktigere er det å begrunne en avgjørelse som medfører at barnets beste ikke får gjennomslag i

---

<sup>62</sup> Backer (2008) s. 468.

<sup>63</sup> Jf. ordlyden i bl. § 48, ”først og fremst”, som tilsier at barnets beste ikke er eneste kriterium, se Backer (2008) s. 468

<sup>64</sup> Dok. 16 (2011-2012) s. 192.

<sup>65</sup> Rt- 2012-1985.

<sup>66</sup> Høstmælingen, Kjørholt og Sandberg (red) (2016) s. 66.

avveiningen mot andre hensyn, herunder hvorfor barnets interesser ikke var tungtveiende nok til å oppveie de andre hensynene.<sup>67</sup>

## 4 Foreldreansvar

Begrepet ”foreldreansvar” erstatter tidligere uttrykk som ”foreldremyndighet” og ”foreldremakt” og kom inn i barneloven av 1981.<sup>68</sup> Det er ikke tale om rettigheter som er tildelt foreldrene for deres skyld, men handler i dag om den rett og plikt foreldre har til å bestemme over barnet i personlige forhold, og som skal utøves med barnas interesse for øye.<sup>69</sup> Begrepsendringen tok sikte på å fremheve barnas rettigheter og foreldrenes plikter<sup>70</sup>

Foreldreansvar i et globalt perspektiv kan og vil variere alt etter kultur og holdninger. Innenfor bl. § 30 er det ikke gitt rom for å argumentere at foreldrene har sin bakgrunn i en annen kultur.<sup>71</sup> Tilfeller som er i strid med det som følger av norske rettsregler om forholdet mellom barn og foreldre kan følgelig ikke unnskyldes med rettsvillfarelse. Man kan for eksempel ikke begrunne en straffbar handling mot et barn med at man har en annen bakgrunn og kultur i forhold til foreldreansvar.<sup>72</sup>

### 4.1 Foreldreansvaret etter bl. § 30

Etter § 30 har barnet: *”(...)krav på omsut og omtanke frå dei som har foreldreansvaret. Dei har rett og plikt til å ta avgjerder for barnet i personlege tilhøve innanfor dei grensene som §§ 31 til 33 set. Har foreldra sams foreldreansvar, skal dei ta avgjerdene saman. Foreldreansvaret skal utøvast ut frå barnet sine interesser og behov.*

*Dei som har foreldreansvaret, er skyldige til å gje barnet forsvarleg oppseding og forsyting. Dei skal syte for at barnet får utdanning etter evne og givnad.*

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

---

<sup>67</sup> General Comment nr. 14 avsnitt 97.

<sup>68</sup> Sandberg (2010) note 68.

<sup>69</sup> Smith og Lødrup (Oslo 2006) s. 97.

<sup>70</sup> Bendiksen og Haugli (Tromsø 2015) s. 79

<sup>71</sup> Rt-1987-1318

<sup>72</sup> Ibid s.1319-1320

*Om retten til å ta avgjerd for barnet i økonomiske tilhøve gjeld reglane i vergemålsloven”.*

Innholdet i foreldreansvaret kan deles inn i 1) omsorg, 2) oppdragelse og forsørgelse 3) bestemmelsesretten i personlige forhold og 4) forbud mot vold. De som har foreldreansvaret skal etter første ledd gi barnet ”omsut og omtanke”.

1) Barnet har etter ordlyden ”omsut og omtanke” krav på kjærlighet, trygghet, oppmerksomhet, stell og pleie, tilsyn, mulighet for lek og samvær med andre<sup>73</sup>. Hvordan omsorg og omtanke skal vises sier ikke bestemmelsen noe om. Dette er naturlig ettersom det vil variere og utvikle seg etter hvert som barnet blir eldre. Bestemmelsen er videre ikke til hinder for at foreldre, for eksempel på grunn av yrke, sørger for at barnet på en annen måte får den omsorg og omtanke det trenger mens vedkommende er på arbeid eller er på reise.<sup>74</sup>

Under omsorgen hører også å sørge for at barnet får nødvendig medisinsk behandling. Frem til barnet har fått selvbestemmelsesrett må foreldrene følgelig samtykke til helsehjelp jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 4-4.<sup>75</sup> Det er barnets behov som er avgjørende og foreldreansvaret gir ingen alminnelig adgang til å samtykke i legemlige inngrep.<sup>76</sup>

2) Av annet ledd medfører foreldreansvaret en plikt til å oppdra og forsørge barnet på en forsvarlig måte, jf. ordlyden ”forsvarleg oppseding og forsyting”. Gjennom oppdragelse skal de med foreldreansvaret lære barnet å tilpasse seg sosialt, enkeltvis, i familien og ellers i samfunnet.<sup>77</sup> Dette henger sammen med at de også skal sørge for at barnet får ”utdanning etter evne og givnad”.

Plikt til å forsørge barnet innebærer den fysiske omsorgen som mat, hus, klær og nødvendig materiell etter barnets behov. Spørsmålet om hvem som skal dekke utgiftene til dette reguleres imidlertid av barnelovens kapittel 8. Annet ledd må for øvrig ses i sammenheng med omsorgsplikten i første ledd, i den grad de utdyper og utfyller hverandre. En uttømmende liste over hva som inngår i oppdragelsen og forsørgelsen er dessuten lovteknisk umulig og reelt sett vanskelig med tanke på at enhver familie er strukturert forskjellig.

---

<sup>73</sup> Backer (2008) s. 272.

<sup>74</sup> NOU 1977:35 s.123, se også Backer (2008) s. 282.

<sup>75</sup> Lov 7.februar 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter (heretter forkortet pbrl) § 4-4

<sup>76</sup> Backer (2008) s. 275.

<sup>77</sup> Backer (2008) s. 273, Bendiksen og Haugli (2015) s. 80

3) Bestemmelsesretten- og plikten fremgår av første ledd, andre punktum og knytter seg til avgjørelser for barnets personlige forhold. I lys av hva omsorgsplikten innebærer vil bestemmelsesretten- og plikten omfatte det meste, bortsett fra økonomiske spørsmål.<sup>78</sup> Personlige forhold er etter forarbeidene blant annet vergemål, medisinsk behandling, utstedelse av pass, valg av type skole, navnevalg, innmelding i trossamfunn og flytting utenlands, samt samtykke til blant annet adopsjon, ekteskap og medisinske inngrep.<sup>79</sup>

Bestemmelsesretten er imidlertid begrenset. Etter ordlyden er den først og fremst begrenset til å utøves etter barnets interesser og behov jf. første ledd, tredje punktum. Dette gjelder ikke absolutt og er ment mer som en generell retningslinje. Selv om barna skal ha en prioritet foran foreldrenes personlige interesser, må foreldrene kunne leve et liv som på rimelig måte også tilfredsstillende egne behov, i tillegg har for eksempel søsken også krav på å bli tatt hånd om. Barnets med- og selvbestemmelsesrett jf. §§ 31 til 33 setter i tillegg varierende begrensninger etter barnets alder og modenhet. Videre setter øvrig lovgivning begrensninger. Barna har for eksempel en lovbestemt rett og plikt til opplæring jf. oppl. § 2-1 første og femte ledd, og foreldrene kan følgelig ikke treffe avgjørelser som går ut over dette.

4) Barn har på lik linje med voksne et vern mot vold gjennom straffeloven jf. § 228 flg. i tillegg foreligger det et menneskerettslig vern for barn både etter Grunnloven, BK og EMK. Etter grunnloven § 104 tredje ledd har barn rett til vern om sin personlige integritet og av BK art. 19 følger det at barnet skal beskyttes mot alle former for ”fysisk eller psykisk vold, skade eller misbruk, vannskjøtsel eller forsømmelig behandling, mishandling eller utnyttning, herunder seksuelt misbruk, mens en eller begge foreldre, verge eller eventuelle annen person har omsorgen for barnet”. Dette adresseres således særskilt til de som har foreldreansvaret jf. bl. § 30 tredje ledd som oppstiller et klart og tydelig forbud mot bruk av vold. Forbudet tar først og fremst sikte på vold og fysisk straff som ledd utøvingen av foreldreansvaret. På bakgrunn av den tidligere refselsretten<sup>80</sup> og forbudet mot vold som kom inn i barneloven i 1987,<sup>81</sup> ble det først i en høyesterettsdom fra 2005, uttalt at ”lettere klaps” i ”oppdragelsesøyemed” ikke alltid var omfattet av strl. § 228.<sup>82</sup> Dommen ble gjenstand for debatt og kritikk og § 30 ble etter dette endret og presisert. Det følger nå eksplisitt av

---

<sup>78</sup> Se bl. § 30 fjerde ledd jf. Lov 26. Mars nr. 9 om vergemål (vergemålsloven). § 16.

<sup>79</sup> Ot.prp. nr. 56 (1996-97)s. 39 og s. 56, Rt-2003-35 s. 38.

<sup>80</sup> Lov 25. Februar 1972 nr. 3 opphevet refselsretten.

<sup>81</sup> Lov 6. Februar 1987 nr. 11 om endring i barneloven § 30 (vold og annen mishandling av barn)

<sup>82</sup> Rt-2005-1567 (nærmere om vurderingen av de konkrete omstendighetene se dommens avsnitt 24 og 25).

ordlyden at vold mot barn heller ikke er tillatt som ledd i oppdragelsen.<sup>83</sup> Vold mot barn sanksjonerer gjennom straffeloven og den mest sentrale bestemmelsen er strl. § 219<sup>84</sup>.

## 4.2 Felles foreldreansvar

Hvor foreldrene ikke bor sammen, men har felles foreldreansvar er situasjonen enten slik at barnet bor fast med den ene, eller har det som kalles ”delt bosted”. Hvordan samværet reguleres i de to situasjonene holdes på grunn av oppgavens omfang utenfor.

Som oftest er situasjonen slik at barnet bor fast hos den ene forelderen. Dessuten bor de fleste av de minste barna sammen med mor.<sup>85</sup> I disse tilfellene bestemmer § 30 første ledd, tredje punktum at foreldrene skal ta de viktigste avgjørelsene om barnet i felleskap. Som nevnt innledningsvis er barneloven bygd opp slik at den som bor fast med barnet har foreldreansvaret. Omsorgsplikten forutsetter at en er sammen med barnet, hvilket medfører at rettighetene og pliktene som følger av § 30, fullt ut bare gjelder for den som bor fast med barnet.<sup>86</sup> Beslutninger om den daglige omsorgen, slik som hva barnet skal spise, ha på seg, være med på og barnets stell og døgnrytme tas av bostedsforelderen. Dersom foreldrene har delt bosted, følger denne rettigheten og med begge foreldre, og gjelder for hver enkelt når barnet er hos denne.

Videre legger også bl. § 37 eksplisitte begrensninger for den forelderen som ikke bor sammen med barnet. Den som bor fast med barnet kan alene ta beslutninger om ”vesentlige sider av omsuta for barnet, m.a. spørsmålet om barnet skal være i barnehage, kor i landet barnet skal bu og andre større avgjerder om dagleglivet”. Det ville for eksempel vært uheldig for en yrkesaktiv bostedsforelder om den andre forelderen som ikke bor med barnet må samtykke til at barnet skal gå i barnehage. Motsetningsvis medfører bestemmelsen at den andre forelderen har rett til å være med på avgjørelser som går ut over det ”vesentlige”. Herunder har forelderen som ikke bor sammen med barnet for eksempel rett til å være med på å avgjøre hvilken skole barnet skal gå på og rett til å møte på foreldremøter.

Med ”større avgjerder om dagleglivet” menes avgjørelser rundt barnets fritid - valg av aktiviteter som sport og skolefritidsordninger.<sup>87</sup> Dette henger på samme måte som beslutning

---

<sup>83</sup> Lov 9. April 2010 nr. 13 om endringer i barnelova og Ot. Prp nr. 104 (2008-2009) s. 24-40.

<sup>84</sup> Se Rt-2011-1403, Rt-2011-34 og om passing medvirkning se LA-2012-92858.

<sup>85</sup> Se denne avhandlingens punkt 1.3 om ”samfunnsmessige forhold”.

<sup>86</sup> Bendiksen og Haugli (2015) s. 96, jf. bl. § 42.

<sup>87</sup> Ot.prp. nr. 56 (1996-1997) s. 54.

om barnehage med bostedsforelderens livssituasjon. Flytting innenlands med barnet tilligger også bostedsforelderens og er begrunnet med at vedkommende er nærmest til å vurdere om dette er en riktig og nødvendig avgjørelse.<sup>88</sup>

Dette medfører at foreldreansvarets innhold for den andre forelderens blir begrenset, både når det gjelder omsorgsplikten og bestemmelsesretten- og plikten. Direkte av barneloven og øvrig lovgivning følger det imidlertid en rekke beføyelser som må tas i fellesskap. Dette gjelder flytting til utlandet jf. bl. § 40 første ledd, andre punktum. Med mindre det foreligger særlige grunner skal også begge foreldrene i disse tilfellene samtykke til å ta, endre eller sløyfe navn for barn jf. navneloven § 12 jf. § 2.<sup>89</sup>

I utgangspunktet skal også begge foreldrene dersom de har felles foreldreansvar, samtykke til helsehjelp jf. pbrl. § 4-4 første ledd. Men dersom helsehjelpen regnes som ledd i den daglige omsorgen bestemmer annet ledd at det er nok at en av foreldrene samtykker, dette kan således være av forelderens som ikke bor sammen med barnet. Det vil for eksempel være aktuelt dersom vedkommende har samvær med barnet og en nødsituasjon oppstår, herunder tas det i betraktning at kvalifisert helsehjelp mener at hjelpen er nødvendig.

Dette innebærer at når foreldrene bor sammen, har det liten praktiske, og for så vidt rettslig, betydning om man har del i foreldreansvaret eller ikke. Den viktigste rettslige betydningen er at foreldrene har fulle partsrettigheter i en barnevernssak jf. Det forventes i slike tilfeller at foreldrene klarer å enes om omsorgen, oppdragelsen og de vesentlige forhold i barnets liv. Loven angir ikke hvordan eventuell uenighet om dette skal løses. I praksis bistår imidlertid det lokale familiekontoret med rådgivning og bistand til å løse problemer.

Når foreldrene ikke bor sammen er felles foreldreansvar av større praktisk og rettslig betydning. Det forventes at foreldre som har respekt for barna sine og er opptatt av barnets beste i slike tilfeller diskuterer viktige spørsmål som angår barnet, uavhengig av foreldreansvarets rettslige betydning. Det er likevel slik at konflikter og uenigheter oppstår, og i enkelte tilfeller blir konfliktene særlig vanskelige. I slike situasjoner har forelderens som eventuelt ikke bor sammen med barnet få rettigheter, og desto svakere står som regel en forelder som ikke har del i foreldreansvaret.

---

<sup>88</sup> Ot.prp. nr. 104 (2008-09) s. 43.

<sup>89</sup> Lov 7.juni 2002 nr. 19 om personnavn (navneloven).



## 5 Gjeldende rett jf. bl. § 35 – foreldreansvaret når foreldrene ikke er gift eller bor sammen

Barnelovens § 35 lyder slik:

*”§ 35. Foreldreansvaret når foreldra ikkje er gifte.*

*Når foreldra ikkje er gifte eller bur saman, jf. § 39, har mora foreldreansvaret åleine.*

*Foreldre som bur saman<sup>1</sup> har foreldreansvaret saman for sams barn.*

*Foreldra som ikkje er gifte eller har foreldreansvaret saman etter andre ledd, kan likevel etter avtale gje melding til folkeregistermyndigheita<sup>2</sup> om at dei skal ha foreldreansvaret saman eller at faren skal ha foreldreansvaret åleine.*

*Har ugifte foreldre foreldreansvaret saman, men barnet bur fast berre saman med den eine, gjeld reglane i § 37”.*

Mor har i kraft av bestemmelsen foreldreansvaret alene dersom det aldri har vært noe samliv med barnets far og dersom det har vært et samliv, men mor bor alene ved barnets fødsel. Dette gjelder selv om mor er umyndig.<sup>90</sup> Utgangspunktet ble videreført fra tidligere lov, men med adgang til å avtale felles foreldreansvar, eller at faren skal ha foreldreansvaret alene dersom barnet bor sammen med han.<sup>91</sup> Foreldrene har etter tredje ledd følgelig full avtalefrihet ved at de kan sende inn melding til folkeregisteret om at de skal ha felles foreldreansvar, eller at faren skal ha det alene.<sup>92</sup>

Bestemmelsen kan for det første sies å være siste rest av morspresumsjonen, som tidligere hadde en sterkere posisjon i barneloven. Dette er begrunnet av flere årsaker. For å kunne ivareta barnets behov er barneloven for det første bygd opp slik at den som bor fast med barnet har foreldreansvaret. Etter fødsel er det som regel moren som bor fast med barnet og hun må derfor ha mulighet til å ta viktige beslutninger i barnets liv og er derfor gitt hovedansvaret for barnet etter § 35.<sup>93</sup> Videre er denne morspresumsjonen begrunnet med en antakelse om at mødre ville nektet å oppgi farens navn hvis farskap automatisk ville føre til

---

<sup>90</sup> Backer (2008) s. 328

<sup>91</sup> Ot.prp. nr. 62 (1979-1980) s. 31.

<sup>92</sup> Jf. bl. § 35 tredje ledd jf. § 39 jf. § 64.

<sup>93</sup> Bendiksen og Haugli (2015) s. 94, se også NOU 2008: 9 s. 42 flg.

felles foreldreansvar. Å ikke oppgi barnets far anses følgelig å være en enklere måte enn å måtte reise en sak for domstolen for å frata faren foreldreansvaret.<sup>94</sup> Felles foreldreansvar som hovedregel ville dessuten ha medført å pålegge mor søksmålsbyrden for å få foreldreansvaret alene.<sup>95</sup>

Dersom det oppstår tvist om foreldreansvaret etter fars ønske om å få del i, eller få foreldreansvaret alene, kan hovedregelen imidlertid fravikes ved dom jf. bl. § 56. Før endringene i 2003 åpnet § 35 tredje ledd eksplisitt for at begge foreldrene kunne reise sak ved uenighet. Denne regelen er nå overført i en egen bestemmelse jf. § 56, og medfører for øvrig ingen reelle endringer i adgangen til å reise sak.<sup>96</sup> Mulighetene for far å få del i foreldreansvaret, både gjennom avtale og ved dom var dessuten også en av begrunnelsene til at morspresumsjonen ble opprettholdt også ved senere forslag til lovendring.<sup>97</sup>

Konflikt om foreldreansvaret i en situasjon som reguleres av § 35 kan som nevnt ovenfor, lede til at far bringer saken inn for domstolene med ønske om å få del i foreldreansvaret, eller i noen tilfeller få det alene. I neste punkt skal det derfor gis en oversikt over hvilke hensyn som har gjort seg gjeldende og vært avgjørende i slike tvister. Det er altså sakene hvor foreldrene ikke er gift eller bor sammen, og hvor mor i utgangspunktet har foreldreansvaret alene, som er temaet i det følgende.

### **5.1 Konflikt om foreldreansvaret etter dagens § 35 jf. § 56.**

Etter bl. § 48 skal en avgjørelse om hvem som skal ha foreldreansvaret først og fremst rette seg etter det som er best for barnet og treffes etter en konkret helthetsvurdering av alle de relevante momentene.<sup>98</sup> Dette er i samsvar med BK art. 3 hvor det heter at "(v)ed alle handlinger som berører barn, (...) skal barnets beste være et grunnleggende hensyn".

Tvist om foreldreansvaret mellom foreldre som ikke har vært gift eller bodd sammen må avgjøres etter de samme materielle retningslinjer som en tilsvarende tvist mellom gifte og samboende foreldre som oppløser samlivet. Vurderingen av hva som er til barnets beste er følgelig avgjørende for alle situasjoner jf. § 48, dog med et forskjellig utgangspunkt for vurderingen.

---

<sup>94</sup> Ot.prp nr. 82 (2003-2004) Om lov om endringer i barneloven (felles foreldreansvar for samboende foreldre.

<sup>95</sup> St.meld nr. 29 (2002-2003) s. 26

<sup>96</sup> Backer (2008) s. 329.

<sup>97</sup> NOU 2008: 9 s. 45

<sup>98</sup> Rt-2011-1572 avsnitt. 31. Se for øvrig Rt-2010-216

I tilfeller hvor foreldrene ikke har vært gift eller bodd sammen har mor foreldreansvaret alene, og retten skal således ta stilling til om far skal ha del i foreldreansvaret eller ikke. Ved samlivsbrudd for ektefeller eller samboere har foreldrene felles foreldreansvar, og retten må således ta stilling til om de skal fortsette å ha felles foreldreansvar eller om en av foreldrene skal ha det alene.

Dommen inntatt i Rt. 2011 s. 1572 omhandlet blant annet spørsmålet om foreldreansvar for to gutter på henholdsvis fire og åtte år som bodde sammen med mor. Foreldrene hadde ikke vært gift eller bodd sammen. Etter bl. § 35 hadde mor foreldreansvaret alene. Da guttene var to og fem år ønsket far å få avklart foreldreansvaret for barna. Med henvisning til tidligere høyesterettsavgjørelser uttales det i avsnitt 32 at:

*”(d) Dersom foreldrene aldri har bodd sammen, eller ikke har bodd sammen i barnets levetid, har man (...) foretatt en totalvurdering av hva som er til barnets beste uten å ta utgangspunkt i en regel om felles foreldreansvar, jf. Rt-2010-216 avsnitt 47 og HR-2011-2229-A. Etter mitt syn bør vurderingen være den samme i et tilfelle som her hvor partene aldri har vært gift eller samboere, selv om de har vært mye sammen i perioder”.*

Uttalelsen var på bakgrunn av at domstolene i avgjørelser om foreldreansvaret ved samlivsbrudd<sup>99</sup> tar utgangspunkt i at felles foreldreansvar vil være det beste for barnet, med mindre særlige grunner tilsier at en av foreldrene bør ha det alene.<sup>100</sup> Vurderingen er mer åpen der foreldrene aldri har bodd sammen, og det vil som følge av dette være et større rom for å kunne konkludere med at kun en forelder tilkjennes foreldreansvaret i disse tilfellene.<sup>101</sup>

Selv om utgangspunktet er en konkret vurdering av barnets beste, er det en tendens at det skal det mye til for at faren vinner frem med sitt krav, og vil først og fremst være aktuelt hvor mor er lite skikket.<sup>102</sup> Grunnen til dette er at mor allerede har foreldreansvaret alene og bor sammen med barnet etter fødselen, hvilket innebærer at barnet har fått en fast tilknytning til mor. I forarbeidene til barneloven er det understreket at det må legges betydelig vekt på hvem som har den sterkeste følelsesmessige kontakt med barnet, altså hvem som har hatt den faktiske omsorgen fordi det er en klar retningslinje for små barns beste.<sup>103</sup> Dessuten vil det

---

<sup>99</sup> jf. bl § 34

<sup>100</sup> Rt-2003-35 avsnitt 33.

<sup>101</sup> Bendiksen og Haugli (2015) s. 110.

<sup>102</sup> Backer (2008) s. 333, Se Rt-2010-216 avsnitt 47 hvor det også henvises til Backer (2008).

<sup>103</sup> Innst. O. Nr. 30 (1980-1981) s. 14, se også Sandberg (1990) s. 35.

sjelden ha noe for seg å fastsette felles foreldreansvar mot morens ønske da dette vil kunne bidra til mer konflikt. Foreldrenes relasjon er følgelig usikker og som oftest anspent. Det kan derfor diskuteres hvor lav skranken faktisk er for at far i slike tilfeller får del i foreldreansvaret. Dagens hovedregel om at mor har foreldreansvaret alene når foreldrene ikke er gift eller bor sammen, medfører dermed at den reelle terskelen for far å få del i foreldreansvaret i slike tilfeller ikke er så lav som det argumenteres med i blant annet reformen av 2008 og den aktuelle reformen av 2017.<sup>104</sup> Ett av argumentene for å opprettholde dagens regel om at mor har foreldreansvaret alene var at far relativt enkelt kan få tilkjent foreldreansvaret ved dom.

---

<sup>104</sup> NOU 2008: 9 s. 45. Og Prop. L 161 2015-2016 s.

## 6 Likestilling av foreldre som omsorgspersoner

### 6.1 Rettslig plassering og innhold

Innledningsvis bemerkes det at barnet kan ha to mødre, eller to fedre og det skilles mellom biologiske, juridiske og sosiale foreldre. Likestilling av foreldre som omsorgspersoner i kraft av barneloven, er et hensyn som tar sikte på barnets juridiske foreldre.

I arbeidet med barneloven av 1981 var et av målene å ”fremme likestilling mellom farens og morens forhold til barnet”.<sup>105</sup> Hensynet innebærer at foreldrene skal ha like muligheter hva gjelder forholdet til barnet, uavhengig av om de er mor eller far. Moren har etter dagens § 35 første ledd fortrinnsrett og foreldrene likestilles derfor ikke fullt ut når det gjelder foreldreansvaret. At § 35 første ledd er i strid med likestillingshensynet er konstatert av Klagenemda for likestilling.<sup>106</sup> På bakgrunn av at Foreningen 2 Foreldre i 2005 ba Likestillingsombudet vurdere det faktum at fedre som ikke er gift eller bor sammen med barnets mor ved fødselen, ikke automatisk får foreldreansvar kom uttalte Ombudet at bl. § 35 første ledd var i strid med likestillingsloven § 3. Klagenemda konkluderte med at det var motstrid mellom bestemmelsene da § 35 innebar forskjellsbehandling av kjønnene. Klagenemda hadde imidlertid ikke kompetanse til å ta standpunkt til spørsmål om forrang mellom barneloven og likestillingsloven, og som følge av dette ble det av Barne- og familiedepartementet uttalt at barneloven i tilfeller med motstrid, måtte gå foran likestillingsloven.<sup>107</sup>

Hensynet til likestilling av foreldre som omsorgspersoner tar sikte på deres utgangspunkt og muligheter som mor og far i kraft av loven, ikke som et særskilt hensyn i avgjørelsen av hvem som skal ha foreldreansvaret når en slik konflikt er oppe for domstolene.

### 6.2 Hensynets utvikling – fra morspresumsjon til felles foreldreansvar for alle

Tidligere var det som oftest fedre som stod for den økonomiske forsørgelsen, mens mor stod for mesteparten av omsorgen for barn og hjem. Barneloven bærer uten tvil preg av dette når det gjelder reglene om barnefordeling. Samlivsmønnet og rollefordelingen har endret seg.

---

<sup>105</sup> NOU 1977: 35 s. 10-11.

<sup>106</sup> Sak nr.13/2005 Likestillingsombudet

<sup>107</sup> NOU 2008:9 s. 43-44

Det er langt mer vanlig i dag at begge foreldre bidrar til å forsørge familien gjennom arbeid og inntekt, hvilket også innebærer en mer jevn fordeling av omsorgsarbeidet.

En annen utvikling er at samboerskap er blitt like vanlig som ekteskap. Hvilket har resultert i en lovendring som likestiller barn født i samboerskap og barn født i ekteskap. Da Barneloven av 1981 ble forberedt ble det foreslått at foreldre som lever sammen skulle ha foreldreansvaret sammen. Uttrykket ”lever sammen” var imidlertid uklart og ble derfor ikke fulgt opp i de endelige bestemmelsene.<sup>108</sup> Dersom ugifte ønsket felles foreldreansvar kunne de gi melding til folkeregisteret. Morspresumsjonen for samboende ble således opprettholdt. På bakgrunn av familiemeldingen i 2003 hvor det ble uttalt at en samboende far har en like nær relasjon til barnet som en gift far, ble det innført felles foreldreansvar for samboende, på vilkår om at farskapet måtte være erkjent, skriftlig samtykke fra mor og en erklæring om samboerskapet.<sup>109</sup>

Endelig ble det fullt ut rettslikhet mellom ugifte og gifte foreldre, og fra 1. Januar 2005 fikk samboende på lik linje med gifte, felles foreldreansvar for felles barn.<sup>110</sup> Det avgjørende for at samboerskap foreligger, er en egenerklæring fra foreldrene om dette. Dersom det ikke avtales noe annet, fortsetter de å ha felles foreldreansvar ved samlivsbrudd.<sup>111</sup> Det ble i arbeidet med lovendringen vist til Barnekonvensjonen og EMK som likestilte samboende foreldre med gifte foreldre og følgelig argumentert for rettslikhet mellom de nasjonale reglene og de internasjonale menneskerettskonvensjonene.<sup>112</sup> Videre ble endringen begrunnet i at felles foreldreansvar også etter samlivsbrudd ville ha positiv innvirkning ved at barnets tilknytning til begge foreldrene ble opprettholdt. Enda viktigere var det å sikre dette når det gjaldt samboerforhold fordi de er mindre stabile enn ekteskap.<sup>113</sup> Foreldre som har flyttet fra hverandre like før barnets fødsel og farskapet er fastsatt, har i følge forarbeidene felles foreldreansvar for barnet. Dette ble begrunnet i det så vidt nære forholdet mellom foreldrene forut fødselen, og det som begrunner at ugifte mødre etter § 35 har foreldreansvaret alene gjør seg dessuten ikke gjeldende i slike situasjoner.<sup>114</sup> Også på dette området ble således

---

<sup>108</sup> Ot.prp. nr. 62 (1979-1980) s. 30 flg.

<sup>109</sup> St. meld nr. 29 (2002-2003).

<sup>110</sup> Jf. bl. 35 annet ledd, jf. 39 – regelen ble innført sammen med reglene om farskapserkjennelse i § 4 tredje ledd.

<sup>111</sup> Jf. bl. § 34 annet ledd jf. 39.

<sup>112</sup> Ot.prp. nr 82 (2003-2004) Om lov om endringer i barneloven s. 7.

<sup>113</sup> Ibid.

<sup>114</sup> Ibid s. 8-9.

samboende likestilt med gifte, ved at samlivsbrudd uavhengig av om det er gifte som separer eller skiller seg eller om det er samboere som flytter fra hverandre, har foreldrene felles foreldreansvar.

Utviklingen har med dette blant annet resultert i at foreldreansvar i større grad, også i kraft av loven, har sammenheng med den reelle samlivssituasjon og hvilke forutsetninger foreldrene har til å samarbeide om foreldreansvaret. Med dette kan det også pekes på en utvikling når det gjelder morspresumsjonen. For gifte ble morspresumsjonen opphevet ved vedtakelsen av barneloven av 1981,<sup>115</sup> hvor man gikk bort fra de tradisjonelle kjønnsrollemønstrene og synspunktet om at moren i ekteskapet har hovedansvaret for barna. For samboende ble morspresumsjonen fullt ut opphevet ved lovendringen av 2005. Morspresumsjonens opphevelse på disse to områdene bygger dermed dels på hensynet til barnets beste, og dels på et likestillingshensyn ut fra prinsippet om at foreldre skulle stilles likt i forhold til barnet.<sup>116</sup>

### **6.3 EMK art. 8**

Av EMK art. 8 følger det at:

*”1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.*

*2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others”.*

Barnefordelingssaker er av privatrettslig karakter og i utgangspunktet vil nasjonale domstolers avgjørelser som gjelder spørsmål om foreldreansvar ikke være å regne som ”inngrep”. Foreldrene har i utgangspunktet avtalefrihet når det kommer til å avgjøre hvem som skal ha foreldreansvaret, hvor barnet skal bo fast og samværet. Det er imidlertid på det rene at staten er forpliktet til å sikre familielivet og dersom uenighet knyttet til barnefordelingen bringes inn for domstolene er det nødt til å gjøres et valg mellom foreldrene,

---

<sup>115</sup> Se NOU 1977: 35 og Sandberg 1990 s. 22-24

<sup>116</sup> NOU 1977: 35 s. 63, Ot.prp nr. 62 (1979-1980) og Ot.prp nr. 82 (2003-2004)

som dermed medfører et ”inngrep” for den ”tapende” part. At dette medfører inngrep i familielivet er også lagt til grunn av EMD.<sup>117</sup>

Spørsmål om foreldreansvar inngår følgelig under retten til respekt for familielivet etter første ledd. Med uttrykket ”respekt” påhviler det medlemsstaten forpliktelse med hensyn til å beskytte de rettigheter som fremgår av bestemmelsen.<sup>118</sup> Forpliktelsene som angår retten til familieliv tar utgangspunkt i at staten først og fremst ikke skal gjøre inngrep, jf. ”no interference”. I begrepet ”familylife” er det den europeiske tradisjonelle kjernefamilien det siktes til, herunder ektefeller og deres mindreårige barn, barn av tidligere eller senere ekteskaper, barn født utenfor ekteskap og adoptivbarn. Andre nære slektninger kan også falle inn under begrepet, for eksempel besteforeldre og barnebarn. I tråd med anerkjennelsen av at samboerskap er likestilt med ekteskap er også ugifte samboere omfattet av artikkelen. Dette er slått fast av EMD.<sup>119</sup>

En avgjørelse som medfører at den ene forelderen får foreldreansvaret alene er etter ordlyden i art. 8<sup>120</sup> et ”inngrep” i retten til familieliv for den forelderen som ikke får medhold. I de fleste sakene som gjelder spørsmål om foreldreansvar er likevel de nasjonale domstolene nødt til å velge mellom foreldrene. Og på grunn av sakens reelle prøving med konkrete avveininger etter umiddelbar bevisførsel, er de nasjonale domstolene gitt en vid men ikke ubegrenset skjønnsmargin. En nasjonal avgjørelse om foreldreansvar i den ene forelderens favør som begrunnes i hensynet til barnets beste er imidlertid i tråd med BK art. 3 og slik sett også i samsvar med de nasjonale reglene jf. bl. § 48. Når slike avgjørelser blir klaget inn for EMD har Domstolen derfor vært tilbakeholden med å konstatere krenkelse etter art. 8. EMD har i denne sammenheng i enkelte saker måtte ta stilling til om den tapende forelderen har blitt utsatt for urettmessig forskjellsbehandling.<sup>121</sup> Dette skal det redegjøres for i neste punkt.

---

<sup>117</sup> EMD 23. juni 1993 Hoffmann v. Østerrike

<sup>118</sup> Lorenzen, Rehof, trier, Holst-Christensen og Vedsted –Hansen (2003).

<sup>119</sup> EMDs dom Kroon m.fl. v. Netherlands 1994, hvor det fremkommer at art. 8 ”is not confined solely to marriage-based relationships and may encompass other de facto ”family ties” where the parties are living together outside marriage.(..). SP art. 23 verner også familielivet og har etter denne bestemmelsen en særskilt rett til beskyttelse etter oppløsning av ekteskap .

<sup>120</sup> Jf. EMK art. 8

<sup>121</sup> Art. 8 jf. den generelle aksessoriske diskrimineringsbestemmelsen art. 14.



### 6.3.1 Art. 8 sammenholdt med art. 14

Spørsmålet herunder er om art. 8 jf. art. 14 krever at foreldrene stilles likt med hensyn til foreldreansvar.

Art. 14 bestemmer at:

*”Utøvelsen av de rettigheter og friheter som er fastlagt i denne konvensjon skal bli sikret uten diskriminering på noe grunnlag slik som kjønn, rase, farge, språk, religion, politisk eller annen oppfatning, nasjonal eller sosial opprinnelse, tilknytning til en nasjonal minoritet, eiendom, fødsel eller annen status”*,<sup>122</sup>

og er EMKs generelle aksessoriske diskrimineringsbestemmelse, hvilket innebærer at den ikke kan stå alene. Den må anvendes i sammenheng med en eller flere andre konvensjonsbestemmelser. Adgangen til å anvende art. 14 følger av at en øvrig krenkelse av en rettighet i konvensjonen er anvendelig på situasjonen, men er ikke avhengig av at det er konstatert brudd på denne rettigheten.<sup>123</sup>

Hvorvidt det er tale om ”diskriminering” uttales det av EMD at *”[a]rt 14 does not forbid every difference in treatment in the exercise of the rights and freedoms recognised by the Convention. It safeguards person who are in analogous or relevantly similar positions against discriminatory differences in treatment that have as their basis or reason a personal characteristic by which persons or a group of persons are distinguishable from each other”*.<sup>124</sup>

Diskrimineringsspørsmål etter 14 relaterer seg ofte til art. 8 og retten til respekt for familie- og privatliv. I relasjon til foreldreansvar og diskriminering har EMD blant annet lagt til grunn at det er brudd på art. 14 sammenholdt med art. 8 i tilfeller hvor far har etablert et familieliv med barnet, og som senere stilles svakere fordi han ikke er eller var gift med mor.<sup>125</sup> På denne måten forskjellsbehandles ikke giftemål og samboerskap i tilfeller hvor far bodde med barnet ved fødselen.

---

<sup>122</sup> EMK art. 14 norsk oversettelse

<sup>123</sup> Lorenzen, Christoffersen, Holst-Christensen, Kessing, Schaumberg-Muller og Vedsted-Hansen (2011) s. 965. Se også EMDs uttalelse om dette i EMDs dom 28. Mai 1985, Abdulaziz Cabales og Balkandali v. England).

<sup>124</sup> EMDs dom 12. Februar 2008 Storkammer, (Kafkaris) s. 160

<sup>125</sup> EMDs dom 8. Juli 2003, Sahin v. Tyskland og EMDs dom 8. Juli 2003 sommerfeld v. Tyskland.

I Hoppe mot Tyskland<sup>126</sup> ble det hevdet diskriminering i form av at felles foreldreansvar fordrer enighet i henhold til art. 8 i sammenheng med art. 14. EMD avviste i denne saken at EMK krever felles foreldreansvar, og at uttalte felles foreldreansvar måtte anses som den beste løsningen for barnet og var som regel betinget av at foreldrene var samarbeidsvillige og enige om utøvelsen av foreldreansvaret.

Dette tilsier at art. 8 jf. art 14 ikke krever at foreldrene stilles likt med hensyn til foreldreansvar, og er i tråd med den nasjonale praksis hvor konflikter om foreldreansvar løses etter hva som er til barnets beste.

Det er tidligere redegjort for at likestillingshensynet ligger til grunn for barneloven og har en sterk posisjon i et menneskerettslig perspektiv. Det er viktig å presisere at det er likestillingshensynet hva gjelder foreldrenes muligheter, uavhengig av kjønn, det herunder siktes til. Videre kan det dermed legges til grunn at EMK med de rettighetene og pliktene som følger, også tar sikte på å likestille foreldrene som omsorgspersoner. Likevel må det bemerkes at likestilling generelt er et prinsipp som fortsatt står sterkt på verdensagendaen og som hele tiden utvikles og endres. I kraft av det dualistiske prinsipp må derfor den norske rettstilstanden i fremtiden vurderes opp mot EMDs avgjørelser i henhold til dens dynamiske tolkningsstil.

---

<sup>126</sup> EMDs dom 5. Desember 2002 Hoppe v. Tyskland.

## 7 Lovendringen

Fra 01.01.2020 vil bl. § 35 lyde slik:

*”Foreldre som ikkje er gifte, har foreldreansvaret saman for sams barn. Dersom foreldra ikkje bur saman, og mora ønskjer foreldreansvaret aleine, kan ho gje melding til folkeregistermyndigheita innan eitt år frå farskapen vart fastsett. Tilsvarende gjeld der faren ikkje ønskjer sams foreldreansvar. Når ein av foreldra har gjeve slik melding, får mora foreldreansvaret aleine.*

*For sambuande foreldre som flyttar frå kvarandre, gjeld reglane i § 34 andre leddet tilsvarende”.*

Med dette inntrer det etter første ledd, første punktum et automatisk felles foreldreansvar for alle, uavhengig av foreldrenes sivilstatus.

Første ledd, første og andre punktum regulerer tilfellene hvor mor er enslig ved barnets fødsel. Utgangspunktet er også her at foreldrene har felles foreldreansvar, men dersom mor i disse tilfellene likevel ønsker å ha foreldreansvaret alene, kan hun gi melding til folkeregisteret. Det eneste vilkåret er at innmeldingen skjer innen ett år fra farskap er fastsatt. Etter ordlyden kan det tilsynelatende virke som at det samme gjelder for far, men dette må ses i sammenheng med siste setning, hvor det følger at en melding til folkeregisteret medfører at mor får foreldreansvaret alene, dette er også presisert i forarbeidene.<sup>127</sup> Far kan følgelig ikke gi melding til folkeregisteret dersom han ønsker å ha foreldreansvaret alene. Derimot kan far innen ett år ved å gi melding til folkeregisteret fraskrive seg foreldreansvaret dersom han ikke ønsker å ha del i det.

For samboende som flytter fra hverandre etter barnets fødsel gjelder reglene i § 34 annet ledd.<sup>128</sup>

### 7.1 Forarbeidene – Prop. L nr. 161 2015-2016

Det ble på bakgrunn av regjeringsplattformen og siktemålet om å ”likestille foreldrene som omsorgspersoner, med samme rettigheter, men sikre at hensynet til barnets beste alltid veier tyngst i saker om barnefordeling og samvær”, foreslått å endre en rekke bestemmelser i

---

<sup>127</sup> Prop. L 2015-2016 s. 27 flg og punkt 3.12.

<sup>128</sup> Tidligere fremgikk dette indirekte av § 35 annet ledd jf. § 34 jf. § 39.

barneloven. Barne- og likestillingsdepartementet sendte den 25. Juni 2015 forslagene om lovendringer på høring. Det følger av Proposisjon L nr. 161 (2015-206) en gjennomgang av høringen, samt departementets vurdering og endelige lovforslag, som også ble tiltrådt ved innstillingen fra familie- og kulturkomiteen<sup>129</sup> den 30. september 2016, og senere vedtatt av Stortinget den 31. mars 2017. Med unntak av § 35 trådte lovendringene i kraft den 01.01.2018. I det følgende er det proposisjonen som utgjør grunnlaget og forarbeidene til lovendringene, inkludert lovendringen av § 35 som først trer i kraft ved årsskifte 2019-2020.

Når det gjaldt forslagene til lovendringene generelt var hovedinntrykket under høringen at enkelte av forslagene snarere kom til å forsterke konflikter mellom foreldrene. Det var også flere instanser som uttrykte at hensynet til likestilling av foreldre hadde fått en uheldig posisjon i forhold til hensynet til barnets beste. Et siktemål om å likestille foreldrene som omsorgspersoner ville ifølge blant annet Asker og Bærum tingrett kunne gå på bekostning av hensynet til barnets beste. Særlig var det en risiko for at hensynene var kryssende når det gjaldt endringene av reglene om bosted. Endringen av § 35 som tok utgangspunkt i et automatisk felles foreldreansvar fikk full støtte fra blant annet LDO og Mannsforum - sistnevnte ønsket dessuten en lovendring som fullt ut likestilte fedrene.

De som videre støttet forslaget om å endre § 35, mente at felles foreldreansvar ble ansett å være til barnets beste i de fleste tilfellene, og derfor også måtte være utgangspunktet i kraft av loven.<sup>130</sup> Når det gjelder regler som skal beskytte barn er det imidlertid ikke like gitt at en hovedregel bør ta utgangspunkt i hva som harmonerer best med normaltilfellene. I så fall må en slik regel utformes på en måte som også fanger opp de uensartede unntakene, slik at beskyttelsen av barn ikke svekkes. Under gjennomgangen av barnelovens regler om foreldreansvar, bosted og samvær i 2008<sup>131</sup> var nettopp spørsmålet om hvordan unntakene eventuelt skulle utformes et diskusjonstema, som også i hovedsak ble avgjørende for å videreføre dagens § 35. Under utredningen av 2016 ble det derimot lagt til grunn at forslaget som åpner for at mor enkelt skal kunne få foreldreansvaret alene, er tilstrekkelig for å sikre at felles foreldreansvar ikke blir regelen for eventuelle unntak. Lovendringen hva gjelder § 35 første ledd, andre, tredje og fjerde punktum, som er ment å fange opp de uensartede unntakene, vurderes nærmere i avhandlingens punkt 7.2.

---

<sup>129</sup> Innst. 195 L (2016-2017).

<sup>130</sup> Prop.L 161 (2015-2016) pkt. 3.8.

<sup>131</sup> NOU 2008: 9 se nærmere pkt. 7.2.2 - 7.2.3

Sett i lys av hensynet til barnets beste ble det videre hevdet at en regel om felles foreldreansvar ville sende et klart signal til fedre om at de både har rett til, og bør ta del i, barns liv. Flertallet var av den oppfatning at foreldreansvar er en forutsetning for foreldrekontakt, og LDO la i sin vurdering stor vekt på at barnet har rett til omsorg fra begge foreldre, og at et utgangspunkt om felles foreldreansvar følgelig ville bidra til å realisere denne rettigheten. Likestilt foreldreskap ville endelig være med på å forebygge konflikter mellom foreldrene. Til dette mente for eksempel Gjøvik Tingrett at foreldretvister for domstolene ofte skyldes at fedre i større grad enn tidligere ønsker å ta del i barnets liv, og som følge av dette går til sak mot mor med krav om å få det.<sup>132</sup> Det er vanskelig å forutse hva som vil bli tilfellet etter lovendringen. At dette vil medføre en større sjanse for at foreldre starter med et samarbeid og ikke tvist, bare fordi det fremgår av loven at dette er utgangspunktet, er uvisst, og særlig uklart er denne antakelsen i de tilfeller hvor foreldrene ikke kjenner hverandre, og kanskje bare har møttes ved ett enkelt tilfelle.

Høringsinstansene som på den andre siden var i mot å endre § 35 mente at felles foreldreansvar ikke alltid var til barnets beste og at et for sterkt fokus på å likestille foreldrene risikerte å undergrave dette. Videre mente de at konsekvensene med et slikt utgangspunkt var at flere mødre ikke oppgir barnets far, fordi det er en enklere måte å kunne unngå tvist på. En hovedregel som tar utgangspunkt i at foreldrene fra første stund skal samarbeide om barnet var dessuten i følge disse instansene snarere konfliktskapende, og man ville risikere at antall rettsaker økte.<sup>133</sup>

De som i utgangspunktet var imot lovendringen mente subsidiært at mor enkelt måtte kunne få foreldreansvaret alene, og dermed var det enighet blant høringsinstansene som sådan, hva gjaldt mors reservasjonsrett ved å melde inn til folkeregisteret innen ett år.

Enkelte av synspunktene som ble fremlagt av instansene som var imot å endre regelen i § 35 gir til dels inntrykk av at hensynet til barnets beste i en vurdering om felles foreldreansvar, vurderes som en motsats til formålet om å likestille foreldrene, slik at det ene hensynet nærmest utelukker det andre. Bufdir, Redd Barna og Fylkesmannen i Sør-Trøndelag var tilsynelatende av den oppfatning at dersom det fokuseres for mye på likestilling mellom

---

<sup>132</sup> Prop. L 161 (2015-2016) pkt. 3.8.3

<sup>133</sup> Ibid.

foreldre, vil hensynet til barnet komme i bakgrunnen.<sup>134</sup> Departementets tilnærming til målet om å likestille foreldrene er derimot slik jeg ser det etter et perspektiv om at foreldrene skal stilles likt hva gjelder deres muligheter til å være barnets omsorgspersoner. I forlengelsen av en slik tilnærming er jeg av den oppfatning at de respektive hensynene dessuten i større grad burde ses i lys av hverandre og ses i sammenheng med synet på foreldreskap. Dette kommer jeg nærmere inn på i neste punkt hvor jeg skal foreta en vurdering av lovendringen.

---

<sup>134</sup> Se prop. L 161 (2015-2016) punkt 2.4

## 8 Vurdering av lovendringen

Likestilling av foreldre som omsorgspersoner er et hensyn som bør tilstrebes både formelt og reelt, men slik som det er redegjort for tidligere i oppgaven må ønsket om likestilling ikke gå på bekostning av det grunnleggende hensynet til barnets beste.

At mor og far i dag anses å være likeverdige foreldre og derfor bør likestilles som omsorgspersoner har sammenheng med synet på foreldreskap. Oppfatninger om hva som er normalt i en familie, herunder organisering av en familie med foreldre og deres barn henger sammen med hva som anses å være barnets beste og hvilke former for barndom som kan bidra til dette. I det følgende skal jeg derfor se på ulike tilnærminger av hensynet til likestilling og barnets beste i lys av både foreldrenes og barnets perspektiv. Herunder er det interessant å vurdere i hvilke tilfeller de respektive hensynene kan komme i konflikt med hverandre, og på hvilken måte det på andre siden er i barnas interesse at fedrene likestilles med mor som omsorgsperson. Avhandlingens hovedproblemstilling knytter seg til lovendringen i § 35, og formålet med punkt. 8.1 er derfor å klargjøre på hvilken måte hensynet til barnets beste og hensynet til likestilling har utviklet seg i den retning at foreldrene fra 1.1.2020 så å si fullt ut blir likestilte.

### 8.1 Synet på foreldreskap i lys av barnets beste

Samfunnets oppfatninger av hva som er normalt foreldreskap reflekteres i den rettslige reguleringen av dette. Ekteskapsloven, arveloven og barneloven gjenspeiler slike oppfatninger og har flere ganger vært revidert i tråd med de til enhver tids rådende samfunnsoppfatninger. Før vedtakelsen av barneloven av 1981 var den normative oppfatningen om at det var best for de minste barna å bo hos mor etter samlivsbrudd. Denne morspresumsjonen ble som nevnt opphevet ved vedtakelsen, og illustrerer at rettsutviklingen skjer i samspill med endrede samfunnsoppfatninger. Ved alle senere reformer har synet at på mor og far er likeverdige foreldre blitt forsterket. I hovedsak gjennom regler som legger opp til felles foreldreansvar både under og etter et samliv. Betydningen av barnets kontakt med begge foreldre har gradvis fått større oppmerksomhet, hvor lovgiver gjennom reformene har oppmuntret foreldre til å fortsette å samarbeide om omsorgen etter samlivsbrudd. Etersom kontakt med begge foreldrene ofte vil være det beste for barnet, har dermed hensynet til likestilling indirekte fått en sterkere og mer synlig posisjon gjennom revideringer av barneloven. Reglene om hvor barnet skal bo har for øvrig også endret seg i tråd med denne utviklingen. Hvor delt bosted nå

kommer som første alternativ til bosituasjon i bl. § 36,<sup>135</sup> begrunnet med at det i praksis kan gjøre foreldrene mer bevisste på muligheten for å avtale delt bosted.<sup>136</sup>

Når det gjelder morspresumsjonen i dagens § 35 er den begrunnet med en generell og kulturell antagelse om at det er moren som har hovedansvaret for et spebarn. I tråd med viktigheten av å sikre barnets muligheter for kontakt med både far og mor, og et utviklende samfunn hvor fedre i større grad har omsorgsansvar enn tidligere, kan det generelt antas at foreldrene på lik linje er i stand til å gi barnet den nødvendige omsorg. På den ene siden synes derfor morspresumsjonen å være ”gammeldags” og en oppfatning som tar utgangspunkt i udaterte kjønnsrollemønstre. På den andre siden har et nyfødt barn helt særskilte behov som nødvendiggjør at mor har hovedansvaret. Dagens § 35 og lovendringens utforming tilsier at det aldri har vært et spørsmål om mor automatisk får foreldreansvar for barnet sitt. Det ville vært uheldig for barnet med en ordning som tok sikte på at det ved barnets fødsel automatisk skulle gjøres en rettslig vurdering om mor var i stand til å ha foreldreansvaret for barnet.

Reelle forskjeller mellom en § 34- og en § 35-situasjon har dermed gitt forskjellige utslag i normdanningen hva gjelder hensynet til likestilling. Dette støtter for øvrig også konklusjonen om at utviklingen på dette området har skjedd i lys av barnets beste. Et sentralt spørsmål er i det følgende derfor om lovendringen som til dels likestiller de tidligere § 34- og § 35 (1)-situasjonene, har utviklet seg ”forbi” hensynet til barnets beste, og hvorvidt likestillingshensynet dermed har fått et for stort fokus.

### **8.1.1 Vil de generelle samfunnsoppfatningene om foreldreskap gjøre seg gjeldende i situasjoner der mor er enslig ved barnets fødsel?**

Situasjonen for et barn etter samlivsbrudd skiller seg som nevnt fra den situasjonen hvor barnet fra fødsel bare har bodd sammen med en av foreldrene (som regel med barnets mor). Barnet har i slike tilfeller ikke hatt to foreldre som lever sammen og samarbeider om foreldreansvaret. Motsetningsvis medfører et samlivsbrudd endringer for barnet ved at barnet fra dette tidspunktet som oftest bare skal bo hos en av foreldrene. I slike tilfeller er det viktig at det legges opp til at barnet opprettholder kontakt med den andre forelder. Hva gjelder foreldreansvar er situasjonene derfor rettslig regulert forskjellig i henholdsvis § 34 og dagens § 35, hvor automatisk felles foreldreansvar fordrer at foreldrene har bodd sammen med

---

<sup>135</sup> Endret ved lov 31. Mars 2017 nr. 13 (ikr. 1 jan 2018. Res. 15 sep 2017 nr. 1395)

<sup>136</sup> Prop. L 161 (2015-2016) s. 64-65



barnet.<sup>137</sup> Et annet utgangspunkt i § 34, som skulle innebære at en av foreldrene hadde hatt fortrinnsrett etter et samlivsbrudd er lite heldig. Foreldre som har bodd sammen og samarbeidet om foreldreansvaret blir også oftere enige om foreldreansvaret og avtaler interne ordninger som sikrer at barna kan fortsette å ha kontakt med begge foreldrene. Det er imidlertid ikke utenkelig at loven, ved å statuere at det er ønskelig med felles foreldreansvar, har bidratt til denne normen.

En litt annen tilnærming til sammenhengen mellom foreldreansvar og foreldreskap er å se på foreldreansvar som en selvsagt følge av det å være barnets biologiske forelder, og at man dermed ikke bør skille på foreldrenes muligheter som omsorgspersoner ut fra om de er mor eller far til barnet. En slik tilnærming harmonerer imidlertid ikke med å regulere foreldreansvaret rettslig. Kjølberg og Redse Johansen<sup>138</sup> diskuterer dette i forhold til den praktiske og rettslige betydningen av foreldreansvaret når foreldrene ikke bor sammen, og mener det ville vært bedre med en klar regulering av de rettigheter og plikter som følger av det å ha barnet boende fast hos seg, og av det som følger av samværsretten til den andre forelderen. Herunder med et utgangspunkt om at dersom man først er forelder, så følger det automatisk med rettigheter og plikter man ikke kan fratras – altså et automatisk foreldreansvar i kraft av etablert far- og morskap. Etter min mening må imidlertid den rettslige reguleringen av foreldreansvar ses på som et grunnlag for å opprette eller opprettholde kontakt med barnet, ved at reglene om foreldreansvar oppfordrer foreldrene til å ta del i barnets liv, og følgelig vil de bli mer oppmerksom på denne retten og plikten. Felles foreldreansvar er generelt begrunnet med at det i utgangspunktet er til barns beste med kontakt med begge foreldre. Den praktiske betydningen av foreldreansvar må derfor ikke overskygges helt.

Foreldreansvarets innhold for den forelderen som ikke bor sammen med barnet er riktignok begrenset i stor grad,<sup>139</sup> og medfører ikke i seg selv en utvidet rett til samvær med barnet, men det antas imidlertid at foreldre som har felles foreldreansvar er mer bevisste på foreldrenes rett til samvær og følgelig også har større sjans til å avtale utvidet samværsrett.<sup>140</sup> På denne måten har foreldreansvar indirekte betydning for samværsretten, hvilket også støtter konklusjonen om at den praktiske betydningen av foreldreansvar ikke er så beskjeden.

---

<sup>137</sup> jf. § 35 annet ledd jf. § 34

<sup>138</sup> Kjølberg og Redse Johansen (2006) s. 45.

<sup>139</sup> Om dette se avhandlingen pkt. 3.2

<sup>140</sup> Smith og Lødrup (2006) s. 160

Begrensningene i foreldreansvaret for den forelder som ikke bor sammen med barnet, blir dog tydeligst i de tilfellene hvor foreldrene ikke har bodd sammen. Foreldre som har bodd sammen vil oftere etter et samlivsbrudd organisere hverdagene sine slik at det ikke blir for stor forandring for barnet. De fleste foreldrene i slike tilfeller vil mest sannsynlig bli værende på samme sted/sted/by, fortsette å følge opp barnet, i for eksempel barnehage, skole, aktiviteter og lignende, på samme måte som før foreldrene flyttet fra hverandre. Dette er ikke like gitt hvor mor er enslig ved barnets fødsel. Som nevnt tidligere kan barnet være et resultat av et engangstilfelle hvor foreldrene ikke har noen andre relasjoner til hverandre enn ett møte. Sannsynligheten er dermed større for at foreldrene bor langt unna hverandre og har mindre kommunikasjon - felles foreldreansvar blir følgelig desto mer upraktisk.

Til tross for at det kan pekes på reelle forskjeller i situasjoner etter § 34 og § 35, vil lovendringen medføre at situasjonene formelt likestilles. Dette tilsier at likestillingshensynet til en viss grad har fått et for sterkt fokus. Et tydelig formål er herunder at stillingen mellom barnet og forelder ikke skal være avhengig av forelderens stilling til hverandre. Da forholdet mellom foreldrene tilsynelatende påvirker barnets utvikling, bør situasjonene følgelig også formelt behandles forskjellig, hvilket lovendringens særskilte unntak til dels tar høyde for.

De generelle samfunnsoppfatningene om foreldreskap gjør seg etter dette ikke fullt ut gjeldende for situasjoner der mor er enslig ved barnets fødsel. På hvilken måte lovendringens særskilte unntak tar hensyn til dette kommer jeg tilbake til under i punkt 8.3.

## **8.2 I hvilke tilfeller kan de respektive hensynene komme i konflikt med hverandre?**

I sammenheng med at bl. § 35 ble foreslått endret, mente departementet at det også var behov for å presisere at felles foreldreansvar innebar at beslutninger om barnets personlige forhold skal treffes i fellesskap. Ordlyden i gjeldende § 30 er derfor endret i tråd med dette, men medfører kun en tydeliggjøring, og ikke en realitetsendring.<sup>141</sup>

Det forutsettes etter endringen i § 30 enda tydeligere at felles foreldreansvar medfører at foreldrene må samarbeide og bli enige om spørsmål som gjelder personlige forhold for barnet jf. bl § 30 første ledd, tredje punktum.

---

<sup>141</sup> Prop. L 161 (2015-2016) pkt. 4.4

Det har i følge forarbeidene *“blitt mer vanlig at også foreldre som har konflikter og samarbeidsproblemer likevel har felles foreldreansvar. Det er også blitt mer vanlig å innhente samtykke fra begge foreldrene i spørsmål som hører inn under foreldreansvaret, blant annet fordi det nå er vanlig at foreldre som ikke bor sammen har felles foreldreansvar for barna de har sammen”*.<sup>142</sup> Når det antas at foreldre som ikke har bodd sammen i desto større grad har ansente forhold og dårlig kommunikasjon, vil lovendringen av § 35 kunne resultere i at flere foreldre som har et konfliktfylt forhold likevel har felles foreldreansvar.

Felles foreldreansvar er en ordning som stiller krav til foreldrene. De må kunne samarbeide, bli enige og kommunisere med hverandre for blant annet å kunne gi opplysninger om barnet. Det er dermed vanskelig å imøtekomme disse kravene når forholdet fra før av er preget av konflikt. Beslutninger om barnets personlige forhold kan i slike tilfeller risikere å bli resultater av uenigheter, og senere kompromisser som ikke er tatt med hensyn til barnet, men snarere i foreldrenes egne interesser.

Foreldrene har etter ordlyden i § 30 en rett og en plikt til å treffe avgjørelser som de mener er i barnets interesse. Eksempler på beslutninger som etter bl. § 30 skal tas i fellesskap er innmelding i trossamfunn, samtykke til medisinsk behandling og valg av skole, samt en rett for begge foreldre til å delta på foreldremøter i barnehage og skole.<sup>143</sup> Bestemmelsens første ledd, fjerde setning presiserer at disse beslutningene skal tas i lys av hva som er det beste for barnet, og fordrer dermed at foreldrene makter å bli enige om hva som er i barnets interesse.

Lovendringen av § 35 vil i seg selv medføre at flere foreldre får felles foreldreansvar, og bidrar isolert sett til målet om å likestille far og mor. Men da dette samtidig innebærer en økning av felles foreldreansvar der foreldrene ikke er vant til å samarbeide, kan konsekvensene bli at barnets interesser ikke blir ivaretatt på en tilstrekkelig måte når det gjelder utøvelsen av foreldreansvaret og de beslutninger som herunder skal tas i fellesskap.<sup>144</sup> Utviklingen som nevnes i forarbeidene kan dermed ta en uheldig retning og medføre at betydningen av foreldrenes plikt til å treffe beslutninger etter hva som er best for barna, undergraves.

---

<sup>142</sup> Ibid pkt. 4.2.

<sup>143</sup> Bendiksen og Haugli (2015) s. 98.

<sup>144</sup> Jf. bl. § 30.

Uavhengig av foreldrenes tidligere sivilstatus er det lagt til grunn både i teorien og av rettspraksis at felles foreldreansvar i utgangspunktet anses å være til barnets beste. Et høyt og fastlåst konfliktnivå mellom partene er imidlertid ofte et moment som dukker opp i tvister om foreldreansvaret, og som tilsier at en av foreldrene bør ha foreldreansvaret alene.<sup>145</sup> Felles foreldreansvar medfører som oftest ytterligere utfordringer for foreldre som i utgangspunktet har samarbeidsproblemer. Høyesterett har også lagt til grunn at slike utfordringer har negativ påvirkning på konfliktnivået.<sup>146</sup>

Hva gjelder de dagligdagse avgjørelsene som bostedsforelderen treffer beslutninger alene om,<sup>147</sup> er det nødvendig å understreke at den praktiske betydningen av å ha foreldreansvar for forelderen som ikke bor med barnet i utgangspunktet ikke er særlig omfattende. Det er derimot større grunn til å tro at en forelder med utvidet samværsrett vil komme til å legge seg opp i, og delta på avgjørelsene som faller inn under de daglige avgjørelsene. Dersom det i forlengelsen av en slik tilnærming antas at foreldre som har felles foreldreansvar også avtaler utvidet samværsrett, vil den praktiske betydningen for forelderen som ikke har barnet boende hos seg, få større betydning. Utvidet samværsrett er herunder dog en indikasjon på at en eventuell konflikt ikke er av særlig omfattende eller vedvarende karakter.

Konflikter mellom foreldre med felles foreldreansvar medfører imidlertid ikke bare en risiko for at beslutningene om barnet ikke tas i lys av dets beste, men et konfliktfylt forhold kan også i seg selv ha negativ påvirkning på barnet. Hvor stor påkjenning eventuelle konflikter har på barnet må vurderes konkret. Det må herunder tas stilling til konfliktens karakter, hvorvidt konflikten er vedvarende, og på hvilken måte konflikten påvirker foreldrenes evne til å samarbeide om deres barn.

Hvor foreldrene aldri har bodd sammen, er det mest naturlig å legge til grunn at barnet etter fødselen blir boende fast hos moren. Kjøberg og Redse Johansen er av den oppfatning at felles foreldreansvar for bostedsforelderen ofte kan oppleves som problematisk *”fordi de opplever det slik at de blir motarbeidet av den andre forelderen, og/eller at den andre forelderen helt neglisjerer sine plikter i forhold til foreldreansvaret”*.<sup>148</sup> Men først og fremst er det de *”åpne konflikter om utøvelsen av foreldreansvaret og de daglige avgjørelser som*

---

<sup>145</sup> Rt-2003-35, Rt-2010-216.

<sup>146</sup> Rt-2010-216 avsnitt 48.

<sup>147</sup> Jf. bl. § 37 – se redegjørelsen av dette i avhandlingens punkt X

<sup>148</sup> Kjøberg og Redse Johansen, Barnefordelingstvist (2006) s. 46.

*tilligger bostedsforelderen som vil være vanskelig og problematisk for barnet*".<sup>149</sup> Dersom et barn blir skadelidende fordi foreldrene ikke makter å skjerme barnet fra konflikter er det et moment som taler for at foreldrene ikke bør ha felles foreldreansvar.

Lovendringen innebærer som nevnt ovenfor at normen endres og flere følgelig vil få felles foreldreansvar. Det er dermed uheldig om regelen om automatisk felles foreldreansvar for alle medfører at flere barn ender opp med å vokse opp under konfliktfylte forhold. Gjennom adgangen til å melde fra om å ha foreldreansvaret innen ett år, oppmuntres foreldrene samtidig til å prøve ut samarbeidet om foreldreansvaret. Hvor foreldrene således utover fristen prøver ut samarbeidet, men hvor dette ikke synes å fungere, må mor gå til søksmål dersom hun på bakgrunn av konfliktnivået ønsker å ha foreldreansvaret alene, og far ikke er enig. Konfliktnivået vil mest sannsynlig bli ytterligere tilspisset og det vil bli enda vanskeligere å skjerme barna. Det bemerkes at dette er egne antakelser basert på de generelle oppfatningene gjennom teorien, rettspraksis og øvrige undersøkelser, om at foreldre som ikke har bodd sammen oftere har et anspent forhold.

### **8.3 Særlig om lovendringens unntak - § 35 første ledd, andre punktum flg.**

Hvor mor er enslig ved barnets fødsel og motsetter seg felles foreldreansvar, må far etter gjeldende rett gå veien om domstolene for å få foreldreansvar. Etter 01.01.2020 blir virkningen den samme dersom mor motsetter seg felles foreldreansvar. Forskjellen etter lovendringen er imidlertid at mor først må utvise aktivitet ved å melde inn til folkeregisteret om at hun skal ha foreldreansvaret alene. Om lovendringens utforming og ordlyd vises det til punkt 6.

Begrunnelsen for dette "unntaket" er i følge forarbeidene<sup>150</sup> at barn utenfor samliv er en uensartet gruppe som også omfatter en del tilfeller hvor felles foreldreansvar ikke er til barns beste. En regel uten et slikt unntak ville medført at mor i tilfeller hvor hun ønsket felles foreldreansvar måtte reist sak med krav om å få foreldreansvaret alene. En mor som er alene med omsorgen for et nyfødt barn anses å være i en sårbar posisjon slik at søksmålsbyrden ikke bør ligge hos henne.

---

<sup>149</sup> Ibid s. 49.

<sup>150</sup> Prop. L 161 (2015-2016) pkt. 3.9.

Forarbeidene<sup>151</sup> nevner noen særskilte tilfeller som forutsetter at mor enkelt burde kunne få foreldreansvaret alene. Det vises blant annet til at foreldreansvar fordrer grunnleggende personlige egenskaper, og at dersom far mangler disse vil mor naturlig nok foretrekke å ha foreldreansvaret alene. Videre kan det være vanskelig eller umulig å oppspore barnets far. Og endelig vil det i enkelte tilfeller være helt åpenbare grunner, som fysisk eller psykisk vold involvert.

Hvorfor det er et spørsmål om fars egnethet som eventuelt begrunner at det ikke bør være felles foreldreansvar, må ses i lys av at det er mor som har hovedomsorgen for et nyfødt barn. Det kan selvsagt være slik at mor mangler grunnleggende egenskaper eller av andre grunner ikke er i stand til å ta vare på barnet, men stiller seg likevel annerledes hvor det herunder blir et spørsmål om omsorgsovertakelse fordi barnet allerede er under mors omsorg.

Dersom mor ønsker å ha foreldreansvaret alene må hun melde dette inn til folkeregisteret innen ett år etter at farskap er etablert. Utover vilkåret om denne tidsfristen følger det imidlertid ikke krav om begrunnelse, hvilket innebærer at det i innmeldingen til folkeregisteret ikke må oppgis hvorfor hun skal ha foreldreansvaret alene. Etter dette kan mor få foreldreansvaret alene bare fordi hun rett og slett ønsker det, hvilket tilsier at terskelen for at far mister foreldreansvaret er relativt lav. At far må utvise aktivitet for å få del i foreldreansvaret i slike tilfeller kan i lys av hensynet til likestilling virke urimelig. Det kan uansett virke svært inngripende for far å bli fratatt foreldreansvaret grunnløst.

På den andre siden innebærer dette at mor enkelt får foreldreansvaret alene i tilfeller hvor det er høyst nødvendig. Det kan som nevnt være mange grunner til at mor ikke vil at far skal ha del i foreldreansvaret, og en uttømmende oversikt over dette anses å være lovteknisk umulig.<sup>152</sup> Den enkle måten for mor å motsette seg felles foreldreansvar er derfor en måte å kunne omfatte hele den uensartede gruppen av tilfeller dette måtte gjelde.

Isolert sett legger denne regelen opp til forskjellsbehandling av mor og far, hvor mor har fortrinnsrett. Regelen vil også kunne oppfattes som mer inngripende ovenfor far fordi han blir fratatt foreldreansvaret han i utgangspunktet har, og i enkelte tilfeller helt uten en tilstrekkelig reell grunn. Unntaket medfører også at morspresumsjonen ikke fullt ut blir

---

<sup>151</sup> Ibid.

<sup>152</sup> Ibid, pkt. 3.9.4.

opphevd ved at regelen presumerer at det er best for barnet at mor har foreldreansvaret alene dersom felles foreldreansvar ikke er ønskelig fra mors side.

Likestillingshensynet som sådan kan imidlertid ikke ses alene, men må kvalifiseres, hvilket innebærer at relevante forskjeller kan begrunne rettslig forskjellsbehandling. I dette tilfellet vil således de respektive hensynene nærmest utelukke hverandre. Uten et unntak som fanger opp alle typetilfeller av situasjoner hvor mor er enslig og alene om omsorgen, ville man risikert en regel som enkelt kunne gått på bekostning av barnets beste.

Ordnningen med at far fortsatt skal ha søksmålsbyrden var i følge LDO, som også departementet sluttet seg til, begrunnet i tungtveiende hensyn. Det ville vært ekstra byrdefullt for mor å måtte gå til søksmål i en tid hvor hun skal etablere en omsorgssituasjon for barnet. En søksmålsbyrde for mor ville riktignok ha hindret at mor kan få foreldreansvaret bare fordi hun selv ønsker det, men for å sikre hensynet til barnets beste er det viktigere at de tilsynelatende mer alvorlige situasjonene omfattes av regelen. Hensynet til fars likeverdige posisjon i forhold til barnet må derfor vike for tungtveiende hensyn begrunnet i det grunnleggende barnets beste. Lovendringens første ledd, annen punktum var følgelig et nødvendig unntak til hovedregelen om felles foreldreansvar. En slik tilnærming er for øvrig i tråd med de generelle diskrimineringsbestemmelsene i både nasjonal rett og EMK art. 8 jf. art 14, hvor kvalifisert forskjellsbehandling ikke er forbudt. Det bemerkes for øvrig at lovendringens første ledd, andre punkt også mest sannsynlig vil være i strid med med likestillings- og diskrimineringsloven § 9 jf. § 6, på samme måte som dagens § 35 ble funnet å være i strid med likestillingsloven § 3 (likestillingsloven av 1978).<sup>153</sup> Barneloven må uansett i følge Barne- og familiedepartementet gå foran.<sup>154</sup>

### **8.3.1 Enkelte bemerkninger til ettårsfristen**

I realiteten innebærer fristen at mor har ett år på seg, fra farskap er fastsatt, til å bestemme seg for om hun vil ha foreldreansvaret alene eller ikke. Det positive med en slik frist er at

---

<sup>153</sup> Sak nr. 13/2005, Lov 9. Juni 1978 nr. 45 om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven) (opphevet). Lov 16. Juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven).

<sup>154</sup> NOU 2008: 9 Med barnet i fokus s. 43-44

bestemmelsen legger opp til at foreldrene kan prøve ut samarbeidet en god stund. I følge forarbeidene er dette også intensjonen.<sup>155</sup>

Dersom fristen ses på som en ”prøveperiode” kan det bidra til at mødre som på forhånd hadde bestemt seg for å ha det alene, får mulighet til å foreta en ny vurdering etter at det har gått en stund. Ett år ble imidlertid møtt med skepsis fra flere av høringsinstansene. Blant annet mente tingretten i Oslo og Inntrøndelag at siden innholdet i foreldreansvaret blir mer synlig etter hvert som barnet blir eldre burde foreldrene få lengre tid på seg til å ta stilling til om de ønsker felles foreldreansvar eller ikke.<sup>156</sup> Etter departementets vurdering ble det lagt til grunn at ett år var tilstrekkelig idet viktige beslutninger om barnet skal tas i løpet av dets første leveår. Herunder ble det vist til at navn blant annet skal fastsettes i denne perioden<sup>157</sup>, hvilket vil gjøre foreldrene mer oppmerksomme på foreldreansvaret og innholdet i dette.

Sannsynligheten for at mor også rådfører seg med far om andre spørsmål som ikke nødvendigvis behøver å tas i fellesskap er også større. Som regel skal det innen utløpet av det første året for eksempel avgjøres hvorvidt og i tilfelle hvilken barnehage barnet starte i.

Derimot kan det tenkes at i tilfeller hvor det ikke er kommunikasjon mellom mor og far at det oppleves som en ekstra belastning for mor å skulle ta kontakt med faren slik at det kan lede til at hun anser det enklere å ha foreldreansvaret alene. Det er vanskelig å forutsi om en slik ettårsfrist vil fungere etter sin hensikt. Fra Stortinget er det bedt om at hovedregelen om felles foreldreansvar evalueres etter at loven har virket i tre år.<sup>158</sup>

”Prøveperioden” vil mest sannsynlig oppleves som en usikker tid for barnets far, hvilket innebærer at en for lang frist også er uheldig. Det er videre en risiko for at den enkle adgangen det er for mor å få foreldreansvaret alene på, kan misbrukes, særlig i situasjoner hvor situasjonen allerede er anspent. Usikkerhetsmomenter som disse er derimot uunngåelig hvor forskjellsbehandlingen er begrunnet ut fra det bærende hensynet til barnets beste.

Dersom mor etter utløp av fristen ikke ønsker å dele foreldreansvaret med faren, og de ikke blir enige, må hun gå til søksmål med krav om å få det alene. Og dersom mor innen fristen

---

<sup>155</sup> Se Prop. L 161 (2015-2016) pkt. 3.11.4

<sup>156</sup> Ibid pkt. 3.11.3

<sup>157</sup> Jf. Lov 2002 7. Juni nr. 19 om personnavn (navneloven) § 2.

<sup>158</sup> Innst. 195 L (2016-2017) – komiteens tilrådning punkt IV.



bestemmer seg for å ha foreldreansvaret alene, må far, dersom han likevel ønsker å ha del i foreldreansvaret gå til søksmål med krav om felles foreldreansvar.

Domstolene må således foreta en vurdering om det er til barnets beste med felles foreldreansvar. Avgjørelsen vil bero på en vurdering som blant annet vil gjelde foreldrenes evne til å samarbeide. Prøveperioden kan tenkes å bli et moment av interesse i denne vurderingen. Blant annet kan denne perioden si noe om foreldrene har prøvd å samarbeide om foreldreansvaret. Herunder vil det være interessant å se hva fremtidig praksis kommer til å vektlegge, og hvor stor betydning det vil ha at mor enten tidlig eller sent i prøveperioden har meldt fra om å ha foreldreansvaret alene.

I tilfellene hvor det er mor som i etterkant av fristen har gått til søksmål med krav om at far ikke skal ha del i foreldreansvaret skal de samme vurderingene tas, at bevistemålet i prinsippet endrer seg til et spørsmål om fars uegnethet skal ikke være av betydning da avgjørelsen uansett for domstolene skal ta utgangspunkt i hva som er til barnets beste. Domstolene er dessuten nødt til å foreta konkrete vurderinger, og avveiningene vil derfor også variere fra sak til sak.

### **8.3.2 Konflikt om foreldreansvaret etter lovendringen**

Ved uenighet om foreldreansvaret etter den nye § 35, hva gjelder både tilfellene der far har gått til søksmål om å få foreldreansvar etter at mor har meldt fra om å ha det alene, og der mor har gått til søksmål etter fristens utløp, er det lagt til grunn at domstolen må foreta konkrete og individuelle vurderinger ut ifra hva som er det beste for barnet. Lovendringen vil imidlertid medføre enkelte nye aspekter hva gjelder vurderingens utgangspunkt.

I redegjørelsen av gjeldende rett ble det ut fra tidligere rettspraksis vist til at vurderingen knyttet til barnets beste foretas med litt forskjellig utgangspunkt, alt etter om det er en konflikt i etterkant av et samlivsbrudd eller hvor foreldrene aldri har bodd sammen. Etter samlivsbrudd er det en tendens i rettspraksis at det tas utgangspunkt i at regelen er felles foreldreansvar, med mindre særlige grunner tilsier at en av foreldrene bør ha det alene.<sup>159</sup>

Mens det i tilfeller hvor foreldrene aldri har bodd sammen foretas en mer åpen totalvurdering av hva som er til barnets beste uten å ta utgangspunkt i en regel om felles foreldreansvar.<sup>160</sup>

---

<sup>159</sup> Rt-2003-35 avsnitt 31-33.

<sup>160</sup> Se Rt-2010-216 avsnitt 47 og Rt-2011-1564.

I forarbeidene<sup>161</sup> til dagens ordning fremgår det at en tvist om foreldreansvar skal vurderes ut fra spørsmålet om det ”hefter forhold ved den som ønsker del i foreldreansvaret som gjør at vedkommende er uegnet til å utøve foreldreansvaret(...)”<sup>162</sup>, og at ”[s]ærlig der partene har bodd sammen og vedkommende som ønsker foreldreansvar således har deltatt i omsorgen og har et nært forhold til barnet, vil det være uheldig om han eller hun blir avskåret fra den tilknytning til barnet som foreldreansvar innebærer”.<sup>163</sup> Dette stiller seg imidlertid annerledes der partene ikke har bodd sammen fordi ”barnet som regel ikke har den samme nærhet i forholdet til vedkommende forelder, [og gjør at] vurderingen av barnets beste i disse tilfellene blir mer åpen i forhold til der foreldrene har bodd sammen”.<sup>164</sup>

I tilfeller der foreldrene har felles foreldreansvar i kraft av hovedregelen i den nye § 35 og fristen på ett år har utløpt, vil utgangspunktet for en senere tvist om foreldreansvaret bli noe annerledes. I forhold til det som uttales i forarbeidene vil også situasjonen være den at foreldrene ikke har bodd sammen. Forskjellen er her at foreldrene har hatt foreldreansvaret i fellesskap, i mer enn ett år. Hvor omfattende foreldreansvaret har vært for far, eller den forelderen som ikke har bodd sammen med barnet, og hvor mye faktisk kontakt med barnet dette har resultert i, vil variere. Dette tilsier at de faktiske omstendighetene vil bli desto viktigere, hvilket vil innebære at vurderingen av barnets beste i disse tilfellene ikke blir like åpen. Adgangen til å foreta helt konkrete vurderinger blir dermed større, og det blir ikke et like stort behov for å se hen til standardiserte oppfatninger av hva som er til barnets beste. Følgelig medfører en slik endring i vurderingens utgangspunkt at hensynet til det enkelte barnets beste styrkes.

Vurderingens utgangspunkt vil etter dette være mer sammenfallende med oppfatningen om at felles foreldreansvar i utgangspunktet er det beste for barnet, og at det dernest blir den faktiske situasjonen som avgjør hvorvidt dette utgangspunktet skal fravikes.

For det tilfellet at far går til søksmål om å få del i foreldreansvaret fordi mor innen ettårsfristen har bestemt seg for å ha det alene, vil det forannevnte få betydning i varierende grad, avhengig av skjæringstidspunktet - altså hvor lenge foreldrene hadde felles foreldreansvar.

---

<sup>161</sup> Ot.prp. nr. 56 (1996-1997).

<sup>162</sup> Ibid s. 43

<sup>163</sup> Ibid

<sup>164</sup> Ibid

Dommen inntatt i Eidsivating lagmannsrett 2007-10-30<sup>165</sup> omhandlet blant annet spørsmålet om far skulle ha felles foreldreansvar. Foreldrene hadde aldri bodd sammen og var derfor en situasjon knyttet til dagens § 35. Det ble tatt utgangspunkt i at det som regel ”vil være et gode og til barnets beste at begge foreldrene har del i foreldreansvaret”,<sup>166</sup> og at dette gjelder begge tilfeller, både etter samlivsbrudd og der foreldrene ikke har bodd sammen. Spørsmålet var derfor for lagmannsretten om det forelå ”konkrete og tilstrekkelig tungtveiende grunner til å fravike dette utgangspunktet”.<sup>167</sup>

Slik jeg ser det vil lagmannsrettens utgangspunkt for vurderingen etter dette være i bedre samsvar med hvilken vurdering som etter lovendringen bør ligge til grunn for domstolene i tilfeller der foreldrene ikke har bodd sammen. De reelle forskjellene mellom tilfeller der foreldre tidligere har samarbeidet om foreldreansvaret og der foreldrene aldri har bodd sammen vil således bli relevant i den konkrete vurderingen. På samme måte som redegjort for ovenfor, vil hensynet til det enkelte barnet og de faktiske omstendighetene bli enda tydeligere.

#### **8.4 Nødvendige tiltak ved ikrafttreddelsen**

Usikkerhet rundt lovendringens virkninger, herunder hvorvidt den vil medføre konsekvenser som ikke er tilsiktet, nødvendiggjør en rekke tiltak i sammenheng med ikrafttreddelsen, samt en evaluering etter at bestemmelsen har virket i praksis.

Det vil blant annet være behov for informasjon om hva som ligger i det å ha felles foreldreansvar, om muligheten til å motsette seg foreldreansvaret, og om fristen til dem som lovendringen kommer til å gjelde.

Etter mitt syn vil tilgjengelighet av informasjon og tilbud om rådgivning i de fleste tilfeller være helt avgjørende for at foreldre som ikke har bodd sammen, skal kunne samarbeidet om foreldreansvaret uten at det oppstår konflikter som får negative konsekvenser for barna. Særlig er dette viktig for foreldre som er fremmed for hverandre. De nevnte tiltak er videre nødvendig for å hindre at mor misbruker ettårsfristen hun har for å reservere seg mot felles foreldreansvaret. Hva gjelder både for tilfeller der hun av utelukkende egeninteresse ønsker å ha foreldreansvaret alene, og tilfeller der fristen kan virke konfliktskapende. Dessuten er det like viktig å informere foreldrene om at felles foreldreansvar ikke må gå utover barnet på en

---

<sup>165</sup> LE-2007-74818

<sup>166</sup> Ibid.

<sup>167</sup> Ibid.

negativ måte, samt oppfordre foreldre som i utgangspunktet har særskilt dårlige forutsetninger for å kunne samarbeide med hverandre, om å komme til enighet om at det beste for barnet er at en av foreldrene har foreldreansvaret alene.

Familieverntjenesten tilbyr hjelp gjennom familievernkontorer<sup>168</sup> til alle som trenger å snakke om vanskelige forhold i familien. Foruten å gi råd og veiledning om samlivsproblemer kan foreldre få hjelp av familieverntjenesten i forbindelse med samlivsbrudd eller til å bedre foreldresamarbeidet for foreldre med felles barn som aldri har bodd sammen.<sup>169</sup>

Familievernkontorene er oppfordret gjennom familievernkontorloven § 1 annet ledd til å drive ”utadrettet virksomhet om familierelaterte tema”. Veiledning, informasjon og undervisning rettet mot hjelpeapparatet og publikum er herunder oppnevnt som mulige tiltak. Videre følger det av tredje ledd at henvendelser til familiekontorer kan skje direkte fra de involverte parter, eller gjennom lege, psykolog, medisinske og sosiale institusjoner og offentlig myndighet.

I den etterfølgende innstillingen<sup>170</sup> til Prop. L 161 (2015-2016), er regjeringen bedt om å etablere rutiner som skal sikre at kommende foreldre som ikke bor sammen, får informasjon og veiledning hva gjelder deres rettigheter som foreldre, og hvilke muligheter og konsekvenser hovedregelen om felles foreldreansvar og unntakene har. Videre foreslås det av Stortinget rutiner for å sikre at foreldrene best mulig kan møte barnas behov når de ikke bor sammen. Nav, jordmor og fastlege nevnes som eksempler på aktører som kan være med på å sikre at disse rutinene blir gjennomført.<sup>171</sup>

## **9 Er lovendringen i samsvar med den europeiske rettsordenen?**

Det er ovenfor lagt til grunn at felles foreldreansvar er i barnets interesse i de fleste tilfeller og at loven derfor burde ta utgangspunkt i en slik hovedregel som samtidig bidrar til å likestille

---

<sup>168</sup> Lov 1997 19. Juni nr. 62 om familievernkontorer § 1 flg.

<sup>169</sup> Budir.no (hjemmesiden til barne, ungdoms og familiedirektoratet).

<sup>170</sup> Innst. 195 L (2016-2017)

<sup>171</sup> Ibid, se ”komiteens merknader” punkt. 2.2

foreldrene som omsorgspersoner. Formålet med lovendringen er å bidra til at flere foreldre i fremtiden får felles foreldreansvar. Samtidig sikrer lovendringens første ledd, andre punktum flg. at det gjøres unntak for de tilfeller som medfører at felles foreldreansvar der foreldrene aldri har bodd sammen, ikke er til barnets beste. Den nye regelen i bl. § 35 anses dermed å være i overensstemmelse med BK art. 3.

Lovendringen innebærer ingen endringer hva gjelder det grunnleggende hensynet til barnets beste og dens vekt når det for domstolene blir spørsmål om foreldreansvar etter § 35. Slik jeg har påpekt tidligere i avhandlingen er det imidlertid uklart om lovendringen vil påvirke domstolenes tendens til å behandle spørsmålet om foreldreansvaret med forskjellige utgangspunkt, alt etter om foreldrene har bodd sammen eller ikke. Henholdsvis med utgangspunktet om at regelen er felles foreldreansvar og at det i slike tilfeller skal mye til for å fravike dette utgangspunktet, og utgangspunktet med en mer åpen vurdering om hva som er til det enkelte barnets beste.

Europarådskonvensjonen om den juridiske statusen til barn utenfor ekteskap gir blant annet retningslinjer og skranker for utformingen av nasjonale regler om foreldreansvaret.

Av europarådskonvensjonen art. 6 nr.1 følger det at:

*”The father and mother of a child born out of wedlock shall have the same bond to maintain the child as if it were born in wedlock”.*

Barn født utenfor ekteskap bør i følge Explanatory report punkt 29. og 30 behandles på lik linje med barn som er født i ekteskap. Det er herunder presisert at er opp til den interne rett å avgjøre innholdet og omfanget av foreldreansvaret.

Av art. 7 følger det videre at i tilfeller hvor barnet har fått tilknytning til begge foreldre skal far ikke tildeles foreldreansvaret alene. Dette vil for det første gjøre seg gjeldende hvor foreldrene lever sammen uten å være gift.

For det andre innebærer art. 7 at i tilfeller hvor foreldrene ikke bor sammen ved barnets fødsel, men hvor barnet likevel får en tilknytning til begge foreldre, skal de interne reglene hindre at far automatisk tildeles foreldreansvaret alene. Dette er begrunnet med at barnet i

disse tilfellene allerede i kraft av fødselen vil ha en tilknytning til mor.<sup>172</sup> I tilfeller hvor barnet har tilknytning til begge foreldrene, men er født utenfor ekteskap, kan medlemsstatene uten å komme i strid med art. 7 dermed vedta regler som medfører en fortrinnsrett for mor, men ikke for far.

Dagens § 35 som tildeler mor foreldreansvaret alene i nevnte tilfelle er følgelig i overensstemmelse med art. 7, hvilket lovendringen også er. Den nye regelen i § 35 tar utgangspunkt i felles foreldreansvar, og muligheten for å automatisk få foreldreansvaret alene, uten å gå veien om domstolene, gjelder bare for mor.

Av Explanatory report punkt 29-31 fremgår det at felles foreldreansvar er særlig relevant hvor foreldrene deler felles husholdning. Det er altså opp til nasjonal rett å avgjøre dette. Den norske interne regelen som likestiller samboere med ektefeller samsvarer dermed med denne tilnærmingen og gir et større vern av barn født i samboerskap enn hva som følger av europarådskonvensjonen. Samboende og gifte får automatisk felles foreldreansvar, både under samlivet og etter samlivets oppløsning.

Art. 7 modifierer med dette art. 6, som tar utgangspunkt i å behandle barn født i og utenfor ekteskap likt, ved at det etter art 7 ikke er adgang til å fastsette regler som gir far fortrinnsrett. Samtidig modifieres art. 6 ved at det i følge art 7 er opp til nasjonal rett å avgjøre hvilket utgangspunkt reglene om foreldreansvaret skal ha.

Et litt annet synspunkt følger av kommisjonen for europeisk familierett<sup>173</sup> sine prinsipper, hvor det fremgår at fastsettelse av foreldreansvar skal ses i lys av etablert foreldreskap.<sup>174</sup> En far som har fått sitt juridiske farskap etablert bør følgelig ha foreldreansvar. Det må likevel understrekes at dette er det anbefalte *utgangspunktet*, da spørsmål om foreldreansvar uansett skal avgjøres ut fra hensynet til barnets beste.<sup>175</sup> Uansett anses anbefalingene å være retningsgivende for at felles foreldreansvar for alle, uavhengig av deres sivilstand, er et legitimt utgangspunkt, men hvor hensyn og komplekse forhold i undertiden kan trekke i retning av andre løsninger.

---

<sup>172</sup> Explanatory report pkt. 32.

<sup>173</sup> CEFL

<sup>174</sup> CEFL Principle 3:8

<sup>175</sup> CEFL principle 3:3.

Europarådskonvensjonen er ratifisert av Norge og anses som det fremste forumet for regelverks- og standardutvikling innenfor menneskerettigheter i Europa. At lovendringen kan sies å være i tråd med den europeiske rettsordenen på dette området innenfor barneretten, er derfor viktig da reglene om foreldreansvar skal bidra til å ivareta hensynet til barnets beste, hvilket anses som et grunnleggende prinsipp i menneskerettskonvensjonene.

## 10 Avsluttende bemerkninger

Gjennom denne avhandlingen har jeg foretatt en vurdering av lovendringen i barnelovens § 35. Lovendringen har et tydelige formål om å likestille foreldrene som omsorgspersoner, og jeg har derfor vurdert på hvilken måte likestillingshensynet gjør seg gjeldende for foreldrenes muligheter til å ha foreldreansvar for egne barn. Lovendringens formål skal ikke bare likestille foreldrenes stilling til barna som sådan, men samtidig bidra til å sikre barns rett til kontakt med begge foreldrene. Jeg har følgelig vurdert om felles foreldreansvar der foreldrene aldri har bodd sammen, er sammenfallende med hva som er til barnets beste, og på hvilken måte lovendringen kan komme i konflikt med dette hensynet.

Min vurdering er først og fremst at barnets beste ikke står i motsetning til formålet om å likestille mor og far som omsorgspersoner. Derimot er jeg av den oppfatning at felles foreldreansvar i de tilfeller der foreldrene ikke har bodd sammen, har en beskjeden innvirkning på formålet om å legge til rette for at barnet får kontakt med begge foreldre.

Uavhengig av hvilket utgangspunkt som følger av loven har også foreldrene et ansvar for å velge løsninger de finner å være til beste for barnet. Fordelen med gjeldende ordning i § 35 er at hvor det til tross for utgangspunktet om at mor har foreldreansvaret alene, likevel avtales felles foreldreansvar, vil dette være et resultat av en gjennomtenkt handling. Tilfeller der foreldrene selv har blitt enige om å ha felles foreldreansvar er ofte sammenfallende med hva som er det beste for det enkelte barnet. Derimot er den faktiske situasjonen slik at de fleste enslige mødre i dag har foreldreansvaret alene. Jeg er derfor enig med Barne- og familiedepartementet om at det er positivt dersom felles foreldreansvar kan bidra til å gjøre far mer bevisst på sin rolle som omsorgsperson og viktigheten av dette. Samtidig vil en hovedregel om felles foreldreansvar oppmuntre mor til å prøve ut et samarbeid om foreldreansvaret, hvilket kan resultere i at flere foreldre aktivt går inn for en ordning om felles foreldreansvar.

Videre har jeg funnet det hensiktsmessig at de reelle forskjellene det kan pekes på mellom foreldre som har bodd sammen, og de som ikke har bodd sammen, behandles forskjellig i henholdsvis dagens bl. § 34 og § 35. Det er derfor etter min oppfatning heldig at forskjellen mellom barns behov for kontakt i de respektive tilfellene også gjenspeiles i lovendringen - gjennom lovendringen unntak hva gjelder morens reservasjonsrett.



Å fortsette å ha foreldreansvar etter et samlivsbrudd får en større reell betydning, enn hva automatisk foreldreansvar ville innebære for far i situasjoner der mor er enslig ved barnets fødsel. Isolert sett er dette et argument for at dagens ordning bør videreføres. På den andre siden vil den særskilte tilknytningen et nyfødt barn har til sin mor ikke påvirkes ved at far også tildeles foreldreansvar, nettopp fordi den praktiske betydningen ikke kan sies å være særlig stor. Hvorvidt foreldreansvar også medfører til utvidet samvær vil dessuten være til det positive for barnet, fordi slike avtaler uansett beror på enighet mellom foreldrene.

Likestillingshensynet synes dermed herunder å sammenfalle med barnets beste, idet kontakt med begge foreldre vanligvis vil være i barnets interesse.

Kjernen i hva som kan være problematisk ved å innføre automatisk felles foreldreansvar, er etter mitt syn om innføringen kommer til å virke konfliktfremmende og følgelig også bli prosessdrivende. Dersom denne risikoen viser seg å være reell vil dette føre til at hensynet til barnets beste svekkes, da konflikt mellom foreldre og den potensielle påvirkningen en rettsak har på barnet, anses å være negativt for barnets utvikling. Konklusjonen blir i så tilfelle at regelen om automatisk felles foreldreansvar formelt styrker likestillingshensynet, men på bekostning av hensynet til barnets beste. Vurderingen hva gjelder disse konsekvensene er imidlertid også det som er vanskeligst å predikere før lovendringen har fått virke i praksis, og jeg har derfor ikke foretatt en endelig konklusjon.

Det fremstår både for Barne- og familiedepartementet og familie- og kulturkomiteen som usikkert hvorvidt lovendringen vil bidra til å dempe eller fremme konflikter. For begge instansene synes barns rett til kontakt med begge foreldre å ha vært avgjørende i deres endelige forslag og tilrådning. Jeg er derimot av en oppfatning at det er for få holdepunkter til å forutsi at felles foreldreansvar der foreldrene aldri har bodd sammen, kommer til å være særlig utslagsgivende for barns rett til kontakt med begge foreldre.

Det jeg imidlertid har konkludert med er at det anses særlig nødvendig å etablere rutiner for å legge til rette for, formidle informasjon og tilby hjelp til de vordende foreldre som lovendringen vil gjelde for. Barnets beste skal være et grunnleggende hensyn uansett øvrige formål og relevante hensyn. Dette innebærer at lovendringens ikrafttredelse fordrer at den nye hovedregelen i § 35 må legge til rette for at barnets beste sikres på alle stadier. For at lovendringens tilsiktede formål hva gjelder barnets behov for kontakt med begge foreldre skal bli reell, mener jeg at veiledning til foreldrene om dette i sammenheng med svangerskap og fødsel er avgjørende. Unntaket i lovendringens første ledd, andre punktum, bidrar etter min

mening uansett til at hensynet til barnets beste - også etter lovendringen – fortsatt er det avgjørende hensynet, og går foran hensynet til likestilt foreldreskap. Selv om regelens utforming innebærer en delvis opprettholdelse av morspresumsjonen er den følgelig til gjengjeld enkel å praktisere, hvilket er nødvendig for at man effektivt skal kunne sikre hensynet til barnets beste i de mest alvorlige tilfellene.

Antall ord: 17732.

# 11 Kildeliste

## **Lover:**

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

Lov 8. April 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barnelova).

Lov 21. Mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetens stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

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

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

Lov 31.mars 2017 nr. 13 Lov om endringer i barneloven mv. (likestilt foreldreskap).

Lov 26. Mars nr. 9 om vergemål (vergemålsloven).

Lov 6. Februar 1987 nr. 11 om endring i barneloven § 30 (vold og annen mishandling av barn).

Lov 19. Juni 1997 nr. 62 om familievernkontorer (familievernkontorloven).

Lov 25. Februar 1972 nr. 3 om oppheving av lov av 20. juni 1891 nr. 1 om Indskrænking i Anvendelsen af legemlig Revselse, m.m.

Lov 9. April 2010 nr. 13 om endringer i barnelova.

## **Konvensjoner:**

Den europeiske menneskerettskonvensjon (Convention for the Protection of Human Right and Fundamental Freedoms) 4. November 1950.

FNs konvensjon om barnets rettigheter (Convention on the Rights of the Child) 20. November 1989.

Europarådskonvensjonen om den juridiske statusen til barn født utenfor ekteskap. (European Convention om the Legal Status og Children born out of Wedlock). Strasbourg, 15.X.1975.

**Forarbeider m.m:**

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

Prop.161 L (2015-2016) Endringer i barnelova mv. (likestilt foreldreskap).

Innst. 195 L –(2016-2017) Innstilling fra familie- og kulturkomiteen om endringer i barnelova mv. (likestilt foreldreskap).

Meld. St. nr. 39 (2015-2016) Individklageordningene til FNs konvensjoner om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, barnets rettigheter og rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne.

Ot.prp. nr. 45 (2002-2003) Om lov om endring i menneskerettsloven mv. (innarbeiding av barnekonvensjonen i norsk lov).Ot.prp. 3 (1998-1999) Om lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

Ot.prp. nr. 56 (1996-97) lov om endringer i barnelova.

Dok. 16 (2011-2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven, avgitt 19. desember 2011.

NOU 1977: 35 Lov om barn og foreldre.

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

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

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

St. meld nr. 29 (2002-2003) Om familien - forpliktende samliv og foreldreskap.

Innst. O nr. 30 (1980-1981) om ny barnelov.

**Høyesterettspraksis:**

Rt. 1987 s. 1318

Rt. 1997 s. 580

Rt. 2000 s. 1811

Rt. 2003 s. 35

Rt. 2005 s. 33

Rt. 2005 s. 1567

Rt. 2007 s. 234

Rt. 2009 s. 1261

Rt. 2010 s. 216

Rt. 2011 s. 34

Rt. 2011 s. 1403

Rt. 2011 s. 1572

Rt. 2012 s. 1985

Rt. 2015 s. 93

Rt. 2015 s. 1388

**Lagmannsrettpraksis:**

LE 2007- 74818

LA. 2012-92858

## **Den europeiske menneskerettighetsdomstol:**

EMD 28. Mai 1985, Abdulaziz Cabales og Balkandali v. England

EMD 27. oktober 1994, Kroon m.fl. v. Nederland

EMD 23. juni 1993 Hoffmann v. Østerrike

EMD 5. Desember 2002 Hoppe v. Tyskland

EMD 8. Juli 2003 Sahin v. Tyskland

EMD 8. Juli 2003 Sommerfeld v. Tyskland

EMD 12. Februar 2008 Kafkaris v. Kypros (Storkammer)

## **Bøker:**

Backer, Inge Lorange: Barneloven kommentarutgave. (Oslo 2008).

Bendiksen, Lena R.L og Trude Haugli: Sentrale emner i barneretten. (Tromsø 2015).

Deirdre Fottrell: Revisiting children's rights: 10 years of the UN Convention on the Rights of the Child. (Boston 2000).

Høstmælingen, Njål, Elin Saga Kjørholt og Kristin Sandberg (red): Barnekonvensjonen - Barns rettigheter i Norge 3. utgave (Oslo 2016).

Kjølberg, Gunn-Mari og Sigrid Redse Johansen, Barnefordelingstvister (Oslo 2016).

Lorenzen, Peer, Lars Adam Rehof, Tyge Trier, Nina Holst-Christensen, Jens Vedsted-Hansen: Den Europæiske Menneskerettighedskonvention art. 11-59 samt tilægsprotokollene). 2. udgave. (København 2004).

Lorenzen, Christoffersen, Holst-Christensen, Kessing, Schaumberg-Muller og Vedsted-Hansen: Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, kommenteret til art.1-10. 3. udgave (København 2011).

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

Skjørten, Kristin: Samlivsbrudd og barnefordeling. (Oslo 2005).

Sandberg (1990): Sandberg, Kirsten: Barnets beste. Om barnefordeling, rettspraksis og rettferdighet. (Oslo 1990).

Smith, Lucy og Peter Lødrup: Barn og foreldre. (Oslo 2006).

### **Artikler:**

Jalmert, L. (2005) Vad är bäst för de yngsta barnen? Analys til Föräldraförsäkringsutredningen, in: SOU 2005:73 Reformerad föräldraförsäkring. Bilagedel. Stockholm.

Ottosen (2006): Ottosen, M. H. (2006): In the Name of the Father, the Child and the Holy Genes. *Acta Sociologica* 49:1 s. 29-46.

Smart (2004): Smart, C. (2004) Equal shares: rights for fathers or recognition for children? *Critical Social Policy* 24(4): 484-503.

### **Annet:**

Commision on european family law, Principles of European Family Law regarding parental responsibilities (CEFL).

Explanatory Report to the European Convention on the Legal Status of Children born out of Wedlock Strasbourg, 15.X.1975.)

FNs komité for barnets rettigheter, General Comment no. 14 (2013).

FNs komité for barnets rettigheter, General Comment no. 5 (2003).

Rapporter 2005/22 Statistisk sentralbyrå 2005: Ragni Hege Kitterød: Når mor og far bor hver for seg. Ansvar og omsorg for barna før og etter bidragsreformen.

Skoghøy, Jens Edvin (2016): Hvilken betydning har uttalelser av FNs menneskerettskomite og FNs barnekomite som rettskilder. Oslo: Foredrag på Nordisk høyesterettsdommerseminar.

**Internettsider:**

SSB: <https://www.ssb.no/befolkning/statistikker/fodte/aar> (sist besøkt: 16.12.2019).

Regjeringsplattformen: <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/endringer-i-barneloven-for-a-likestille-foreldrene/id2582981/> (Sist besøkt: 16.12.2019)



