



Barnets beste ved fastsettelse av fast bosted for barn

En analyse av lagmannsrettspraksis fra 2011

av Liv Johanne Martinsen

Liten masteroppgave i rettsvitenskap

ved Universitetet i Tromsø

Det juridiske fakultet

Våren 2012

Innholdsfortegnelse

1. Innledning	5
1.1. Tema og avgrensning.....	5
1.2. Metode/relevante kilder for oppgaven.....	7
1.3. Samfunnsmessige forhold.....	9
1.4. Veien videre.....	9
2. Fast bosted. Rettslig utgangspunkt.....	11
2.1. Kort om barnelovens intensjoner.....	11
2.2. Hva kan avgjørelsen gå ut på?.....	11
2.3. Hva skal avgjørelsen bygge på?	11
2.3.1. Hensynet til barnets beste.....	11
2.3.2. Barnet skal høres	12
2.3.3. Sentrale hensyn som er utviklet gjennom Høyesteretts praksis	13
2.4. Den nyeste høyesterettspraksis	16
2.4.1. Rt. 2005 s. 682.....	16
2.4.2. Rt. 2007 s. 376.....	16
2.4.3. Rt. 2010 s. 216.....	17
3. Lagmannsrettspraksis 2011 – utfallet av sakene	18
3.1. Hvem av foreldrene skal barnet bo fast hos?.....	18
4. Lagmannsrettspraksis 2011 – sentrale argumenter	20
4.1. Innledning.....	20
4.2. Foreldrenes egenskaper	20
4.3. Følelsesmessig tilknytning	21
4.4. Barnets ønske.....	24
4.5. Risikoen ved miljøskifte.....	25
4.6. Best/mest mulig foreldrekontakt	26
4.7. Stabilitet og trygghet	28

4.8.	Risiko for vold og seksuelle overgrep	31
4.9.	Hvem av foreldrene som skjærmer barnet fra foreldrekonflikten	32
4.10.	Hensynet til søsken	32
4.11.	I hvor stor utstrekning argumenteres det med barnets kjønn?	33
4.12.	Øvrige momenter	33
5.	Lagmannsrettspraksis 2011 – hvordan vektet argumentene.....	34
5.1.	Oversikt over argumenter som ble tillagt stor vekt	34
5.2.	Eksempler på hvordan ulike argumenter avveies mot hverandre	35
5.2.1.	Hensynet til status quo avveid mot andre hensyn	35
5.2.2.	Hensynet til barnets ønske avveid mot andre hensyn	36
6.	Bruk av sakkyndige.....	39
6.1.	Sakkyndighetsvurdering	39
6.2.	Dømmer domstolene i henhold til sakkyndighetsvurderingen?	40
7.	I hvor stor utstrekning benytter domstolen seg av bestemmelsen om delt bosted?.....	42
7.1.	Kort om bestemmelsen	42
7.2.	Hvor ofte ble bestemmelsen om delt bosted nevnt, og ble det idømt delt bosted? ...	43
8.	Har argumentasjonen i barnefordelingssaker endret seg i løpet av de siste tiårene?.....	45
8.1.	Forskjeller på undersøkelsene	45
8.2.	Resultatet	45
8.3.	Hovedmomenter i lagmannsrettens vurderinger.....	47
8.4.	Bruk av hensynet til barnets følelsesmessige tilknytning i saker som omhandler små barn	48
8.5.	Hensynet til kjønnsidentitet	49
8.6.	Deling av søsken.....	50
8.7.	Hindring av samvær og hensynet til best samlet foreldrekontakt	50
8.8.	Nevnes hvem av foreldrene som skjærmer for foreldrekonflikten?	51

8.9. Hvordan behandles sakkyndighetsvurderinger?	51
8.10. Blir barnet hørt i større eller mindre grad nå enn tidligere?	51
9. Avsluttende vurderinger	53
10. Kilder	57

1. Innledning

1.1. Tema og avgrensning

Temaet for avhandlingen er barnets beste ved fastsettelse av fast bosted ved foreldrenes samlivsbrudd. Hovedproblemstillingen er: Hvilke argumenter står sentralt i lagmannsrettspraksis ved valg av fast bosted for barn, og hvordan avveies argumentene mot hverandre? Barnets faste bosted vil være der barnet bor mesteparten av tiden. Hvordan retten løser bostedsspørsmålet har betydning for avgjørelser som gjelder vesentlige sider av omsorgen for barnet, jfr. barneloven § 37.¹ Den av foreldrene som ikke bor sammen med barnet, kan ikke sette seg imot at den andre treffer viktige avgjørelser om barnets dagligliv. Eksempler som nevnt i § 37 er spørsmålet om barnet skal være i barnehage og hvor i landet barnet skal bo. Å få avklart bostedsspørsmålet etter et samlivsbrudd er derfor viktig både for foreldrene og barnet.

Det er ikke ofte Høyesterett avsier dommer i saker om fast bosted, og for å få en oversikt over hvordan domstolene dømmer i slike saker, må det foretas undersøkelser i underrettspraksis. Lagmannsrettsdommer har begrenset rettskildemessig verdi, men de gir en indikasjon på hvilke argumenter som er vektige. Formålet med denne avhandlingen er å se hvordan lagmannsretten bruker og avveier ulike hensyn i barnefordelingssaker.

Det er tidligere foretatt undersøkelser om dette temaet. Kirsten Sandberg gjorde en liknende undersøkelse i 1990 der hun blant annet så på 34 lagmannsrettsavgjørelser fra 1984.² I sin bok fra 2005 foretok Kristin Skjørten, som er kriminolog, en studie av lagmannsrettspraksis om samme tema.³ Hun så på 129 lagmannsrettsdommer fra 1998-2000. Trude Haugli gjorde en undersøkelse av lagmannsrettspraksis fra 2002.⁴ Ved å sammenligne min undersøkelse med tidligere undersøkelser om samme tema, skal jeg se om jeg finner utviklingstrekk på området. I tillegg er det interessant å se i hvilken grad det enkelte barnet kommer i fokus i lagmannsrettens argumentasjon, og om man allerede nå kan ane tendenser av bruken av den

¹ Lov 8.april 1981 nr. 7 om barn og foreldre. Heretter barneloven og forkortet bl.

² Kirsten Sandberg, *Barnets beste: om barnefordeling, rettspraksis og rettferdighet*, Oslo 1990. Heretter Sandberg (1990).

³ Kristin Skjørten, *Samlivsbrudd og barnefordeling: en studie av lagmannsrettsdommer*, Oslo 2005. Heretter Skjørten (2005).

⁴ Trude Haugli, "Lov om barn og foreldre", *Jussens venner*, 2007 nr. 6 s. 325-388 (s. 353). Heretter Haugli (2007). Hun foretok ingen grundig analyse av argumentene, men det vil henvises til denne undersøkelsen ved enkelte anledninger.

nye regelen i bl. § 36 annet ledd om delt bosted.⁵ Den åpner for at retten, når “særlege grunnar” foreligger, kan avgjøre at barnet skal bo fast hos begge foreldrene.

Jeg har avgrenset oppgaven til å se på lagmannsrettsdommer der tvisten eller en av tvistene står om hvor barnet skal bo fast. I min analyse tar jeg kun for meg lagmannsrettens vurderinger av bostedsspørsmålet, selv om temaet har nær sammenheng med foreldreansvar og spørsmål om samvær. Den som har foreldreansvaret, har både rett og plikt til å vise omsorg og omtanke for barnet samt å ta avgjørelser for barnet i personlige forhold, jfr. bl. § 30. I henhold til bl. §§ 42 og 43 første ledd har barn og foreldre som ikke bor sammen, dersom ikke annet er avtalt eller fastsatt, rett til samvær med hverandre.⁶

Da jeg skal undersøke om det har skjedd en endring siden tidligere undersøkelser om samme tema, er alle dommene jeg skal undersøke fra 2011. Jeg foretok flere søk før jeg fant mitt utvalg på 23 dommer.⁷ Dette ble gjort for å få med flest mulig relevante avgjørelser.

I henhold til bl. § 64 er det, i saker om fast bosted for barn, adgang til å kreve fornyet behandling av en rettskraftig avgjørelse. En avtale, dom eller et rettsforlik om fast bosted kan endres dersom “særlege grunnar talar for det”, jfr. bl. § 64 annet ledd annet punktum. Endringssakene i henhold til bl. § 64 er tatt med i mitt utvalg, men det er ikke midlertidige avgjørelser eller saker der barnevernet har overtatt omsorgen for barnet eller barna.⁸ Ved midlertidige avgjørelser har ikke retten et like fullstendig grunnlag å bygge avgjørelsen på. I saker hvor barnevernet har overtatt omsorgen for barnet, må andre hensyn vektlegges enn der spørsmålet står om fast bosted hos mor eller far. I mitt utvalg av dommer er det én endringssak (LB-2010-199123).

Det er lagmannsrettens vurderinger jeg undersøker, og jeg utelater derfor partenes argumentasjon.

⁵ Barneloven § 36 annet ledd ble endret ved lov nr. 13/2010 med ikrafttredelse 1.7.2010.

⁶ For mer om foreldreansvar og samvær, se blant annet Gunn-Mari Kjølborg og Sigrid Redse Johansen, *Barnefordelingstvister: håndbok i barnerettslige emner*, Oslo 2006 s. 28-59 og s. 93-139. Se også tabell over bestemmelsesretten til den som har foreldreansvaret, den som har barnet boende fast hos seg og den som er sammen med barnet i Ot.prp. nr. 56 (1996-1997) s. 56.

⁷ Søk på Lovdata ble gjort 18.1.2012 over sivile saker i alle lagmannsrettene. Det første søket inneholdt både lovhenviing til barneloven § 36 og søkeord “fast bosted”. Det andre søket inneholdt lovhenviing til barneloven § 36, og det tredje søket inneholdt søkeord “fast bosted”. Alle tre søk var avgrenset med dato “2011”.

⁸ LG-2010-30454 er heller ikke tatt med. Her hadde barnevernet begjært omsorgsovertakelse.

1.2. Metode/relevante kilder for oppgaven

Barnekonvensjonen (BK) ble ratifisert av Norge 8.1.1991 og inkorporert i menneskerettsloven i 2003.⁹ Barnekonvensjonen gjelder direkte som norsk lov, jfr. menneskerettsloven § 2 nr. 4, og kommer inn i alle barnerettslige spørsmål. De artiklene som er mest interessante for saker om barnefordeling, er art. 3 om barnets beste, art. 7 om bl.a. barnets rett til å kjenne foreldrene sine og få omsorg fra dem, art. 8 om bl.a. retten til å bevare sine familieforhold, art. 9 om bl.a. retten til ikke å bli skilt fra sine foreldre, art. 12 om medbestemmelsesrett, art. 18 om foreldrenes felles ansvar for oppdragelsen og art. 19 om vern mot fysisk og psykisk vold.

Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) er også gjort til en del av norsk rett, jfr. menneskerettsloven § 2 nr. 1.¹⁰ I henhold til EMK art. 1 gjelder konvensjonen beskyttelse av rettigheter og friheter for "enhver", og vil da også inkludere barn. I forhold til mitt tema er det særlig EMK art. 8 om retten til respekt for privatliv og familieliv og art. 6 om retten til en rettferdig rettergang, som har betydning.

Både EMK og BK gjelder som norsk lov med forrang for annen lovgivning, jfr. menneskerettsloven § 3. Det vil si at dersom en norsk lovbestemmelse strider mot en av artiklene i BK eller EMK, er det innholdet i konvensjonsbestemmelsen som skal gjelde.¹¹

Barneloven og den saksbehandlingsprosessen loven angir, anses å være i samsvar med konvensjonene, og jeg forholder meg derfor i hovedsak direkte til barneloven.¹²

Barneloven er en sentral rettskilde i barneretten. Loven omhandler forholdet mellom barn og foreldre.¹³ Forarbeidene gir veiledning til forståelse av lovens bestemmelser. Siden barneloven ofte revideres, kan forarbeidene til endringslovene gi et oppdatert bilde av hvilket innhold "barnets beste" har.

Høyesterett dømmer i siste instans, jfr. Grunnloven § 88. Når det er tatt standpunkt til et rettsspørsmål i Høyesterett, vil normalt det samme standpunktet inntas i senere saker om samme spørsmål.¹⁴

⁹ Convention on the Rights of the Child 20.11.1989, i kraft 2.9.1990.

Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett. BK ble innarbeidet ved lov nr. 86/2003, i kraft 1.10.2003.

¹⁰ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms 4.11.1950, i kraft 3.9.1953.

¹¹ For mer om EMK og BK, se for eksempel NOU 2008: 9 vedlegg 2 s. 111-127.

¹² Se Ot.prp. nr. 45 (2002-2003) s. 24.

¹³ I økonomiske spørsmål er det lov 22. april 1927 nr. 3 om vergemål for umyndige, som gjelder.

¹⁴ Se Mads Henry Andenæs, *Rettskildelære*, 2. utgave, Oslo 2009 s. 82.

Høyesterett har i de senere år avsagt få dommer om barnefordelingssaker. Høyesteretts avgjørelser har her vanlig prejudikatvirkning når det gjelder spørsmål om lovtolkning og saksbehandling, men rettsavgjørelser om barnefordeling inneholder store innslag av skjønn, jfr. bl. § 48.¹⁵ Det er hva som er best for det konkrete barnet man skal vurdere.

Høyesterettspraksis gir retningslinjer for hvilke argumenter som er tillatt i en barnets beste-vurdering.¹⁶ I Rt. 1985 s. 467 innledes rettens bemerkninger med å slå fast at det “er en skjønnsmessig helhetsvurdering som skal finne sted. Rettspraksis kan nok gi veiledning, men jeg understreker at hver sak må vurderes konkret.”¹⁷

Rettspraksis kan i tillegg illustrere avveiningen mellom ulike hensyn som står mot hverandre. En må også tenke på at det kan skje en utvikling i rettspraksis som er samsvarende med holdningsendringer i samfunnet.¹⁸

Jeg foretar i denne avhandlingen en spesifikk undersøkelse av lagmannsrettspraksis. Praksisen har ingen rettskildemessig verdi som prejudikater.¹⁹ Siden 2005, har Høyesterett avsagt kun tre dommer om fast bosted der foreldrene er sakens parter og barnevernet ikke har overtatt omsorgen.²⁰ Ved å se på lagmannsrettspraksis, får man et mye større utvalg av dommer og det er enklere å danne seg et bilde av rettens argumentasjon. Lagmannsrettspraksisen anvender jeg som et empirisk materiale, som viser hvordan det faktisk blir argumentert. Når jeg skriver om lagmannsrettens vurderinger bruker jeg begrepene argument, moment og hensyn om hverandre, men i samme betydning.

I mitt utvalg har jeg 23 lagmannsrettsdommer.²¹ Når flere av dommene er relevante for å belyse et poeng, oppgir jeg stort sett bare antallet, og eventuelt noen spesifikke eksempler. Jeg gir ikke referanse til alle de relevante dommene. Det hadde blitt mer etterprøvbart om jeg hadde valgt annerledes, men fotnoteapparatet i min avhandling hadde da blitt for omfattende.

Reelle hensyn er en viktig rettskilde i barneretten ved at man i særlig grad må “vektlegge hensynet til et *godt og rimelig resultat for det barn konflikten dreier seg om*. Om resultatet er

¹⁵ Se Haugli (2007) s. 332.

¹⁶ Jfr. NOU 1977: 35 s. 63.

¹⁷ Dommen s. 471.

¹⁸ Se Inge Lorange Backer, *Barneloven: kommentarutgave*, 2. utgave, Oslo 2008 s. 337. Heretter Backer (2008).

¹⁹ Se Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. utgave, Oslo 2001 s. 159 og s. 162.

²⁰ Dommene blir nærmere omtalt i punkt. 2.4. i avhandlingen.

²¹ RG 2011 s. 490 (Frostatting), LB-2011-100606, LH-2011-11672, LH-2011-115242, LF-2011-107860, LF-2011-97367, LH-2011-85527, LF-2011-41147, LB-2010-203493, LA-2011-43432, LF-2011-47277, LF-2011-11564, LB-2010-199123, LF-2011-3752, LH-2009-95859, LG-2010-93083, LB-2011-3558, LH-2010-192543, LB-2010-168902, LH-2010-141268, LG-2010-83078, LE-2010-171454 og LB-2010-2382.

rettferdig foreldrene imellom, om det fremmer likestilling eller andre av lovens formål, må ha en underordnet betydning.”²²

1.3. Samfunnsmessige forhold

Når det skjer et samlivsbrudd i familier med mindreårige barn, blir et av spørsmålene hvor barnet skal bo fast.

I 1995 bodde 79 % av barna med begge sine foreldre. 21 % av barna bodde med bare én av foreldrene (16 % bodde alene med mor, 2 % bodde alene med far og 3 % bodde i stefamilie).²³

Det var 1 102 000 barn registrert bosatt i Norge den 1.1.2011.²⁴ 75 % av barna bodde sammen med begge foreldrene. 21 % av barna bor sammen med bare mor (7 % med mor og steforelder) og 4 % bor sammen med bare far (1 % med far og steforelder).²⁵

Tallene sier oss at flertallet av barna bor sammen med moren sin. Barn bor i hovedsak sammen med faren sin når han bor sammen med barnas mor.

Siden 1989 har andelen barn som bor sammen med begge foreldrene sine gått ned fra 82 % til 75 %.²⁶

Selv om de fleste foreldre blir enige om barnefordelingen ved samlivsbrudd, kommer et økende antall saker for domstolen. En stor del av sakene løses ved forlik. 20 % av alle tvistesaker som kommer for tingrettene er saker etter barneloven.²⁷ Min avhandling omhandler de sakene hvor foreldrene ikke har klart å bli enige, og hvor en av partene heller ikke vil godta tingrettens dom.

1.4. Veien videre

I neste punkt skal jeg gi en kort redegjørelse for rettsreglene om fast bosted. Mitt fokus i avhandlingen er gjennomgangen av lagmannsrettspraksis, så her er det ikke rom for en omfattende behandling av lovbestemmelsene og de barnerettslige prinsippene. I punkt 3 gjør jeg rede for resultatet av undersøkelsen av mitt utvalg av lagmannsrettspraksis. De sentrale

²² Haugli (2007) på s. 333.

²³ Tall hentet fra An-Magritt Jensen og Sten-Erik Clausen, ”Samvær og fravær. Foreldrenes kontakt med barn de ikke bor sammen med”, *NIBR-Notat* 1997: 103 s. 9. Jeg har omgjort tallene til nærmest hele prosent.

²⁴ Tall hentet fra Statistisk sentralbyrå (SSB), <http://www.ssb.no/barn/> (28.4.2012)

²⁵ Jfr. <http://www.ssb.no/barn/tab-2011-04-28-01.html> (28.4.2012) Jeg har rundet av andelen til nærmeste hele prosent.

²⁶ Jfr. http://www.ssb.no/emner/02/barn_og_unge/2011/familie/main.shtml (28.4.2012)

²⁷ Opplysninger fra Baard Marstrand, Domstoladministrasjonen, på e-post 26.1.2012.

argumentene og vektleggingen av disse, behandles i punkt 4 og 5. Bruken av sakkyndige blir kort gjort rede for i punkt 6. I punkt 7 drøftes den nye bestemmelsen om delt bosted og hvordan den er brukt i lagmannsrettspraksis. Bare i helt begrenset grad kommenterer jeg funnene mine fortløpende. Videre i punkt 8 sammenligner jeg mitt resultat med resultatene til Sandberg (1990) og Skjørten (2005). En avsluttende vurdering kommer til slutt i punkt 9.

2. Fast bosted. Rettslig utgangspunkt

2.1. Kort om barnelovens intensjoner

Da barneloven kom i 1981 skjedde det noen endringer i reglene om barnefordeling. Barneloven skulle blant annet fremme likestilling mellom foreldrene, og morspresumsjonen ble opphevet.²⁸ I tillegg skulle loven fremme likestilling mellom barn i og utenfor ekteskap, og barnet skulle i større grad bli hørt.²⁹

Lovgiver ville ikke legge føringer for hvilke momenter som er sentrale i en barnefordelingssak for ikke å trekke fokus bort fra det enkelte barns beste.³⁰ Man kan da stille spørsmål om det gjennom rettspraksis likevel har blitt en fast praksis for hvilke momenter som har relevans og blir tillagt vekt.

2.2. Hva kan avgjørelsen gå ut på?

I utgangspunktet har foreldrene fri avtalerett i spørsmålet om barnets faste bosted, jfr. bl. § 36 første ledd. De kan selv bestemme om barnet skal bo hos en av dem eller hos begge. Dersom foreldrene ikke blir enige, og heller ikke inngår forlik etter mekling, jfr. bl. § 61, er det retten som skal avgjøre hvem av foreldrene barnet skal bo fast hos.

I 2010 skjedde en lovendring som åpnet for at retten, når det foreligger “særlege grunnar”, kan idømme delt bosted, jfr. § 36 annet ledd annet punktum. Bestemmelsen trådte i kraft 1.7.2010.

Hva er delt bosted? Begrepet innebærer ikke nødvendigvis at barnet bor like mye hos begge foreldrene. Begge foreldrene får derimot samme bestemmelsesrett i henhold til bl. § 37. Dette er det avgjørende skillet mellom delt bosted og samvær.³¹

2.3. Hva skal avgjørelsen bygge på?

2.3.1. Hensynet til barnets beste

I henhold til bl. § 48 første ledd skal spørsmålet om fast bosted “først og fremst rette seg etter det som er best for barnet”. Det betyr at barnets beste er det viktigste hensynet, men andre hensyn kan komme inn subsidiært “når ingen av løsningene utpeker seg som den beste for

²⁸ Se NOU 1977: 35 s. 10-11 og s. 63. Om morspresumsjonen, se Sandberg (1990) s. 19-28.

²⁹ Se NOU 1977: 35 s. 65. Se også Backer (2008) s. 5-7.

³⁰ Se NOU 1977: 35 s. 63.

³¹ Se NOU 2008: 9 s. 19.

barnet”.³² Dette er et grunnleggende barnerettslig prinsipp som også kommer til uttrykk i BK art. 3 nr. 1 og art. 9. Ved alle avgjørelser som berører barn “the best interests of the child shall be a primary consideration”, jfr. BK art. 3 nr. 1.

Det retten skal finne fram til, er med andre ord hos hvem av foreldrene barnet vil få det best. Retten må da vurdere de konkrete forholdene og stille prognose for mange år fremover. Det vil være store rom for skjønn og usikkerhet ved vurderinger av en uviss framtid. Det er ikke til å unngå at skjønnsvurderinger kan variere mellom ulike dommere og sakkyndige utfra ulike verdisyn.³³

I henhold til bl. § 48 annet ledd skal det også i vurderingen tas hensyn 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”. All omsorgssvikt omfattes, og det vil også legges vekt på om andre enn foreldrene, for eksempel en steforelder, utøver omsorgssvikt.³⁴

Hva som kommer inn under en barnets beste-vurdering i saker om fast bosted, kan være annerledes enn vurderingen i saker om foreldreansvar og samvær.³⁵

Hver sak må avgjøres konkret etter en helhetsvurdering av hva som er best for hvert barn.

2.3.2. Barnet skal høres

Selv om kriteriet om barnets beste overlater mye til rettsanvenderens skjønn, har lovgiver lagt noen føringer. I henhold til bl. § 31 første ledd har barnet rett til å bli hørt i saker om personlige forhold. Ønsket skal tillegges vekt ut fra alder og modenhet. Barn som har fylt 7 år skal få si sin mening før det tas avgjørelse om fast bosted, jfr. bl. § 31 annet ledd. Barnets mening skal tillegges stor vekt når barnet har fylt 12 år. Selv om det ikke er uttrykkelig fastsatt, er det sikker rett at bl. § 31 andre ledd også gjelder for domstolene når de behandler barnefordelingssaker.³⁶

Barns rett til å bli hørt er også hjemlet i BK art. 12.³⁷ Her er det derimot ikke kommet til uttrykk noe bestemt om alder. Barnets synspunkter skal i henhold til BK art. 12 nr.1 tillegges

³² Jfr. Rt. 1984 s. 728 (s. 732).

³³ Jfr. NOU 1998: 17 s. 16. Se også Lucy Smith, *Foreldremyndighet og barnerett*, Oslo 1980 s. 109-110.

³⁴ Se Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 56.

³⁵ Se Backer (2008) s. 470.

³⁶ Se Backer (2008) s. 295-296.

³⁷ Mer inngående om BK art. 12 i Njål Høstmelingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg, *Barnekonvensjonen: Barns rettigheter i Norge*, 2. utgave, Oslo 2012 s. 90-118.

behørig vekt (“due weight”) i samsvar med alder og modenhet. Barnets rett til å uttale seg er av FNs barnekomité regnet som en av de fire generelle prinsippene i Barnekonvensjonen.³⁸

Ingen barn har plikt til å si sin mening, men fra 7-års alder har de en ubetinget rett til å uttale seg.³⁹

2.3.3. Sentrale hensyn som er utviklet gjennom Høyesteretts praksis

Hvilke hensyn er relevante i en barnets beste-vurdering?

Over lang tid har det utviklet seg ulike hensyn i rettspraksis som er relevante i saker om fast bosted. Avgjørelser om fast bosted vil bygge på prognoser om hvordan barnet vil få det dersom han/hun skal bo hos henholdsvis mor eller far. De ulike hensyn introduseres nedenfor med illustrerende eksempler fra bruk i rettspraksis. Det skal foretas en konkret helhetsvurdering, og derfor kan også andre hensyn være relevante.

Barnets eget ønske skal tillegges stor vekt etter at barnet har fylt 12 år, jfr. bl. § 31 annet ledd. I rettspraksis er det avgjørende for vektleggingen av barnets ønske, styrken i og motivasjonen for ønsket. Den nyeste dommen der barnets ønske ble avgjørende, er Rt. 2007 s. 376. Barna på 9 og 12 år hadde klare og bestemte ønsker om å bo hos mor, og ble derfor flyttet fra far.⁴⁰

Et sentralt argument i rettspraksis er *farene ved et miljøskifte*, eller *hensynet til status quo*. Høyesterett ser her bl.a. hen til “hvor lenge barnet har vært i sitt nåværende miljø og hvor festnet det er der, hvor forskjellige miljøene er, og om barnet har hatt kontakt med det aktuelle nye miljøet (særlig om barnet har beholdt kontakten med den av foreldrene som det er aktuelt å flytte til).”⁴¹ Den grunnleggende dommen hvor dette hensynet ble slått fast, er fra 1953. Rt. 1953 s. 1374 omhandlet en 8 år gammel jente som hele tiden hadde bodd hos far, også etter samlivsbruddet. Retten fant at det at mor ikke var uskikket til å oppdra jenta, ikke var tilstrekkelig begrunnelse til å flytte barnet til henne. Det ble uttalt at “[d]et er barnets tarv det skal tas hensyn til ved avgjørelsen, men nettopp hensynet til barnet tilsier etter min mening at man ikke river opp et festnet og godt forhold som dette, med mindre det etter en konkret

³⁸ Jfr. General guidelines regarding the form and content of periodic reports: 11/29/2005. CRC/C/58/Rev.1. (Basic Reference Document).

[http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/af20808817648df4c12570fa002ba893/\\$FILE/G0545289.pdf](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/af20808817648df4c12570fa002ba893/$FILE/G0545289.pdf) (28.4.2012)

³⁹ Se Ot.prp. nr. 29 (2002-2003) s. 61.

⁴⁰ Mer om denne dommen under punkt 2.4.2. i avhandlingen.

⁴¹ Jfr. NOU 1977: 35 på s. 63.

vurdering, kan antas at dette for barnet alt i alt vil innebære fordeler som oppveier betenkelighetene ved at det plantes om til et nytt miljø.”⁴²

For større barn er gjerne det ytre miljø, som bolig, kamerater og skole, viktig.⁴³ For små barn er det særlig den personlige tilknytningen som tas opp når hensynet til status quo nevnes.⁴⁴

Det vil ha gått lengre tid fra bruddet til en sak kommer til Høyesterett enn til lagmannsretten, og en kan derfor anta at hensynet til status quo står sterkere når saken har kommet til siste instans.

Barnets følelsesmessige tilknytning er et moment som går igjen i Høyesteretts drøftelser. I forarbeidene til barneloven ble det understreket av Justiskomiteen at “det må legges betydelig vekt på hvem som har den sterkeste følelsesmessige kontakt med og har hatt den faktiske omsorg for barnet... Vekten av disse momentene må for øvrig tillegges avtagende betydning fram til skolealder.”⁴⁵ Fra rettspraksis kan nevnes Rt. 1993 s. 1165 der retten fant at gutten, på vel tre år, hadde et sterkere tilknytningsforhold til far enn til mor. Far hadde hatt en vesentlig del av omsorgsarbeidet under samlivet, og gutten hadde bodd hos far siden samlivsbruddet. På grunn av tilknytningsforholdet mente retten at det måtte sterke grunner til dersom barnet skulle bo fast hos mor. Det måtte eventuelt være klart at mor hadde bedre forutsetninger som omsorgsperson enn far.⁴⁶

Både barnets og foreldrenes *personlige egenskaper* er relevante momenter i en barnefordelingssak. Foreldrenes personlige egenskaper viser hvordan de er som omsorgspersoner. Et eksempel fra rettspraksis er Rt. 1966 s. 1301 der Høyesterett fant at morens personlighet gjorde at hun var mindre skikket som omsorgsperson. Det er nevnt i juridisk teori at dommerne kan finne “det riktig å være tilbakeholdne med personlige beskrivelser. Høyesterett synes å vise særlig tilbakeholdenhet når det gjelder egne oppfatninger på dette punkt, fordi retten ikke har hatt noen personlig kontakt med partene.”⁴⁷ Viktige egenskaper som omsorgsperson er empati samt evne til å sette grenser og til å

⁴² Dommen s. 1376.

⁴³ Se bl.a. Sandberg (1990) s. 66.

⁴⁴ Se Lucy Smith og Peter Lødrup, *Barn og foreldre*, 7. utgave, Oslo 2006 s. 143. Heretter Smith og Lødrup (2006).

⁴⁵ Jfr. Innst. O. nr. 30 (1980-1981) s. 14.

⁴⁶ Dommen s. 1167.

⁴⁷ Se Smith og Lødrup (2006) s. 152-153.

stimulere barnet. Oppdragerrollen har forskjellig innhold ut fra barnets alder, og foreldrenes ulike egenskaper kan da ha ulik betydning avhengig av alderen på barnet.⁴⁸

Stabile og trygge oppvekstvilkår er momenter som er blitt drøftet i Høyesterett. Det kan gjelde ytre omstendigheter ved omsorgssituasjonen som bolig, arbeidsforhold, og stabilitet i forhold til nye partnere og foreldrenes nettverk.⁴⁹ I Rt. 1973 s. 1001 ble det uttalt at det på lengre sikt trolig vil være lettere å skape et stabilt hjem hos mor, enn å la barnet bli hos far.⁵⁰

Hensynet til *best samlet foreldrekontakt* tilsier at barnet bør bo fast der det best kan sikres at det får god kontakt med begge sine foreldre.⁵¹ Den første dommen der dette hensynet ble avgjørende, er Rt. 1982 s. 116.⁵² Her ble hensynet til at barnet skulle få “den beste og vedvarende kontakt med begge foreldrene”, avgjørende i saken om foreldreansvaret for ei 5 år gammel jente.⁵³ Det måtte bebreides far at barnets samværsrett med mor ikke var blitt gjennomført. Hensynet til best samlet foreldrekontakt ble her tillagt større vekt enn følelsesmessig tilknytning og risikoen ved miljøskifte. Dette hensynet taler til fordel for den av foreldrene som bidrar til gjennomføring av samvær, jfr. bl. § 43 annet ledd.

Hensynet til at *søsken ikke bør splittes* blir ofte tillagt stor vekt i Høyesteretts praksis. For eksempel i Rt. 1964 s. 1384 ble barnets tilknytning til sin halvbror nevnt som et vesentlig moment.⁵⁴ Det vil ofte foreligge en vurdering av tilknytningsforholdet mellom søsknene. Ved for eksempel stor aldersforskjell eller ved at et av søsknene likevel skal flytte (for eksempel på grunn av utdanning) vil ikke hensynet være like sterkt. Men det vil bare unntaksvis komme på tale å splitte søsken mot deres ønske.⁵⁵

Et av de andre momenter som har kommet opp i rettspraksis er bl.a. om det er *fare for overgrep*.⁵⁶ I Rt. 1989 s. 320 omhandlet saken to jenter på 11 og 13 år. De hadde etter samlivsbruddet i det vesentligste bodd hos far. Familien ble oppløst da far ble anmeldt for seksuelle overgrep mot en stedatter. Anmeldelsen ble henlagt. Jentene hadde et klart ønske

⁴⁸ Se Backer (2008) s. 338-340.

⁴⁹ Se Skjørten (2005) s. 79. Som eksempel kan nevnes Rt. 1983 s. 117 der det ble argumentert med at far hadde “en sikker stilling og gode boforhold”. (s. 121)

⁵⁰ Dommen s. 1004.

⁵¹ Se Trude Haugli, “Bosted og samlet foreldrekontakt – betyr størst og mest det samme som best?”, *Tidsskrift for Familierett, arverett og barnevernsrettslige spørsmål*, 2011 nr. 1 s. 38-55. Heretter Haugli (2011).

⁵² Se Haugli (2007) s. 357.

⁵³ Dommen s. 119-120.

⁵⁴ Dommen s. 1385.

⁵⁵ Se Backer (2008) s. 344.

⁵⁶ Mer om dette i bl.a. Haugli (2007) s. 369.

om å bo hos far. Høyesterett uttalte at “ det overhodet ikke kan tas noen risiko i et slikt forhold”.⁵⁷ Barna fikk fast bosted hos mor.

2.4. Den nyeste høyesterettspraksis

Det er relativt få dommer fra Høyesterett om barnefordelingssaker. Det foreligger ikke en rett til fornyet behandling ved anke til Høyesterett. Ved behandling i Høyesterett møter ikke retten partene, og barnefordelingssaker egner seg derfor ikke særlig godt for Høyesterett.⁵⁸ Jeg velger kort å introdusere de tre dommene som er avsagt om fast bosted etter at Skjørten publiserte sin undersøkelse i 2005. Dommene kan være med å belyse de forskningsresultatene jeg har kommet fram til ved gjennomgangen av nyere lagmannsrettspraksis.

2.4.1. Rt. 2005 s. 682

Resultatet ble at en 10 år gammel jente skulle bo hos far. Jenta ønsket å bo hos mor, som hun hadde bodd alene sammen med de siste seks årene. Det forhold at barnet ønsket å bo hos mor gjorde avgjørelsen vanskelig. Det ble uttalt at “[h]un er en ganske stor jente nå, og hennes meninger har betydning.” Retten mente at barnet fikk press fra begge foreldrene og at hun stod midt i en lojalitetskonflikt. Hennes ønske kunne derfor ikke være avgjørende. Hun hadde ikke hatt en reell mulighet til å oppleve far som omsorgsperson. Status quo-hensynet tilsa at barnet skulle bo hos mor, men det avgjørende for utfallet ble at jenta hos far ville få størst grad av stabilitet og et best mulig forhold til begge foreldrene. Her fulgte retten den sakkyndiges vurdering. Det at jenta ville få mest stabilitet hos far ble begrunnet i mors og fars personlighet, uten at dette ble utdypet nærmere. Retten uttalte at barnet ville få problemer uansett hvem av foreldrene hun skulle bo fast hos. Det ble lagt vekt på at hensynet til best kontakt med begge foreldrene tilsa daglig omsorg hos far.⁵⁹

2.4.2. Rt. 2007 s. 376

I denne saken fikk en gutt på 12 år og ei jente på 9 år fast bosted hos mor. De hadde etter samlivsbruddet bodd hos far med utvidet samværsordning med mor. Barna ble ansett friske og velfungerende og både mor og far hadde god og tilnærmet lik omsorgsevne. Retten uttalte at “barna er vel etablert hos sin far, og har det godt der... I et slikt tilfelle må det, for å endre situasjonen, kreves at en flytting vil medføre fordeler for barna”.⁶⁰ Retten la avgjørende vekt på barnas ønsker. Det ble begrunnet med at ønskene fremstod som klare og at de derfor måtte

⁵⁷ Dommen s. 326.

⁵⁸ Se Haugli (2007) s. 355.

⁵⁹ Avsnitt 41 i dommen.

⁶⁰ Avsnitt 22 i dommen, jfr. Rt. 1996 s. 420 på s. 427.

tillegges betydelig vekt. Det ble uttalt at barnets mening i seg selv ikke skulle være avgjørende, men at man når barnet har nådd en viss alder og uttrykker et sterkt ønske må det tillegges betydelig vekt. “Ellers vil ordningen med å rådspørre barna, som ofte innebærer en stor belastning for dem, kunne virke respektløst og krenkende.”⁶¹ Om man ikke skal følge barnas klare ønsker, måtte da et eventuelt miljøskifte ved flytting “være skadelig, eller i det minste risikabelt, for dem”.⁶²

2.4.3. Rt. 2010 s. 216

Ei jente på 7 år fikk fast bosted hos mor. Hun hadde hele livet bodd hos mor og hadde tilknytning til miljøet på mors bosted. Jenta ble beskrevet som et sårbart barn. Tilknytningen til mor og nærmiljøet ble da regnet som særlig tungtveiende. Jenta hadde uttrykt klart ønske om å bo hos mor. Førstvoterende uttalte at “hensynet til mest mulig samlet foreldrekontakt” tilsa flytting til far. Flytting ble her regnet som en for stor belastning for barnet, og Høyesterett støttet seg til det den sakkyndige vurderte som best på kort sikt.

Det er vanskelig å trekke noen slutning om hvilke momenter som er sterkere enn andre ved kun å se på disse tre dommene. Man kan se tegn på at status quo-hensynet ikke er særlig sterkt hvis ingen andre klare hensyn bygger oppunder samme resultat. Barnets ønske står sterkt dersom det fremstår som klart og ekte.

⁶¹ Avsnitt 23 i dommen.

⁶² Avsnitt 28 i dommen.

3. Lagmannsrettspraksis 2011 – utfallet av sakene

3.1. Hvem av foreldrene skal barnet bo fast hos?

Mitt utvalg består av 23 lagmannsrettsdommer fra 2011. I 12 av sakene ble det avgjort at barnet/barna skulle bo hos mor (52,2 %), i 10 av sakene hos far (43,5 %) og i én sak ble det idømt delt fast bosted.⁶³

Jeg kommer til å benytte meg av tabeller for å vise noen av funnene i undersøkelsen.

Totalt antall barn i sakene er 32. Det var 8 saker med søsken, og ingen av søsknene ble delt. I tabell 1 er ikke saken med delt fast bosted regnet med, slik at antall saker som er medregnet er 22 og totalt antall barn er 30.

Tabell 1: Oversikt over barnas kjønn og plassering hos mor eller far.

	MOR	FAR	ANTALL BARN (PROSENT)⁶⁴
GUTT	11	6	17 (56,7 %)
JENTE	7	6	13 (43,3 %)
Antall (prosent)	18 (60 %)	12 (40 %)	

Tabell 2: Oversikt over barnas kjønn og alder.⁶⁵

	GUTT	JENTE	ANTALL BARN (PROSENT)
Barn < 7 år ⁶⁶	5	7	12 (37,5 %)
Barn 7-12 år	5	8	13 (40,6 %)
Barn > 12 år ⁶⁷	4	3	7 (21,9 %)

⁶³ Det ble idømt delt bosted i LH-2011-85527.

⁶⁴ Avrundet til én desimal. Dette gjelder gjennomgående ved bruk av prosent i punkt 3 til 8.

⁶⁵ Her er alle 23 sakene medregnet.

⁶⁶ Har ikke fylt 7 år. Slik inndeling for å se sammenhengen med bl. § 31. Dette gjelder alle tabellene.

⁶⁷ Fra fylte 12 år. Slik inndeling for å se sammenhengen med bl. § 31. Dette gjelder alle tabellene.

Tabell 3: Oversikt over barnas alder og plassering hos mor eller far.⁶⁸

	MOR (PROSENTVIS AV ALDERSGRUPPEN)	FAR (PROSENTVIS AV ALDERSGRUPPEN)
Barn < 7 år	7 (58,3 %)	5 (41,7 %)
Barn 7-12 år	9 (81,8 %)	2 (18,2 %)
Barn > 12 år	2 (28,6 %)	5 (71,4 %)

Tabell 4: Er resultatet for lagmannsretten lik resultatet for tingretten?⁶⁹

	ANTALL	ENDRING I FAVØR MOR	ENDRING I FAVØR FAR
JA	17		
NEI	6	2	4

I alle sakene der resultatet ble endret var barna over 10 år gamle.

2 av dommene ble avsagt med dissens. 5 (21,7 %) ble avsagt under tvil.⁷⁰ Både i LF-2011-3752 og LB-2010-199123 var det ulik vektlegging av momenter, som foreldrenes personlige egenskaper og barnets ønske, som var grunnlaget for dissens.

⁶⁸ Her er ikke LH-2011-85527 (delt bosted) medregnet.

⁶⁹ Alle 23 dommer er medregnet.

⁷⁰ Inkludert en dissensdom; LB-2010-199123.

4. Lagmannsrettspraksis 2011 – sentrale argumenter

4.1. Innledning

Domsmaterialet er såpass begrenset i antall at det er vanskelig å trekke direkte konklusjoner i forhold til hvor sentrale argumentene er. Rekkefølgen på argumentene som behandles i dette kapitlet er valgt ut ifra hvor hyppig de er brukt i mitt utvalg av dommer.

4.2. Foreldrenes egenskaper

Alle dommene i mitt utvalg hadde en beskrivelse av barnets foreldre når spørsmålet om bosted ble drøftet. I motsetning til i Høyesterett får dommerne i lagmannsretten møte partene, og de har derfor et større grunnlag for å kunne uttale seg om foreldrenes personlige egenskaper.

Ved uttalelser om foreldrenes personlige egenskaper, viser lagmannsretten ofte til de rettsoppnevnte sakkyndiges eller andre vitners uttalelser. I LG-2010-93083 viste lagmannsretten til uttalelser fra den sakkyndige, en politioverbetjent, barneverntjenesten og pedagogisk leder i barnets barnehage. Mors overbeskyttende og sykeliggjørende atferd gjorde at hun ikke var like egnet som far til å være barnets omsorgsperson. I LG-2010-83078 er det under lagmannsrettens bemerkninger egne punkt om henholdsvis mor og far. I denne dommen var det derfor oversiktlig å følge rettens vurderinger av foreldrenes personlige egenskaper.

I noen av dommene kommer lagmannsretten med egne vurderinger som ikke eksplisitt viser til de sakkyndiges eller andres uttalelser. Et eksempel på det er i LF-2011-107860 der begge foreldrene hadde, etter rettens vurderinger, tilstrekkelig omsorgsevne. Mor hadde en sykehistorie som inneholdt depresjoner. Dette var ikke uten betydning, men det ble ikke vektlagt av retten. Hun var også underordnet i forholdet til barnets far, som ble beskrevet som mistenksom, aggressiv og med tendens til å isolere seg.

I LF-2011-41147 ble bostedsspørsmålet avgjort med knapp begrunnelse. Stort sett det eneste som står om foreldrenes omsorgsevne er at “[b]egge foreldre er åpenbart svært glade i barna”.⁷¹

I enkelte dommer viser lagmannsretten at det er klare forskjeller mellom mor og far som omsorgsperson. I LB-2010-2382 ble det uttalt at “[o]gså foreldrenes personlige egenskaper og omsorgsevne taler etter lagmannsrettens syn for at [barnets] oppvekst og personlige utvikling

⁷¹ Det kan skyldes at far på domstidspunktet sonet en fengselsstraff. Mer om denne dommen under punkt 4.8. i avhandlingen.

antagelig vil bli best ivaretatt ved at hun fortsetter å bo hos sin far.” Lagmannsretten antok så, på bakgrunn av sakkyndiges vurdering, at “det har vært enkelte alvorlige mangler ved den emosjonelle omsorgen mor har gitt til [barnet]”. Den sakkyndige for lagmannsretten som sier om mor i sin rapport blant annet at “[h]ennes fungering har medført at hun mistolker andre personer, faresignaler og vanlige signaler hos barn”.

Det er i flere av dommene påpekt at begge foreldrene er egnet til å ha den daglige omsorgen, men at retten også nevner egenskaper ved foreldrene som mer går på forholdet dem imellom, da særlig deres samarbeidsevne. I RG 2011 s. 490 (Frostating) ble mor og far beskrevet som “to foreldre som hver for seg klart synes å ha god omsorgsevne og hengivenhet for sine barn”. Mor ble beskrevet som “noe mer konfliktorientert og ustabil enn far”. I LB-2011-3558 fant lagmannsretten “det bevist at far ved enkelte anledninger har utvist aggressiv opptreden overfor mor, noe som har gjort henne redd. På den annen side har lagmannsretten fått inntrykk av at mor kan være kontrollerende og manipulerende overfor far.”⁷²

En av foreldrenes psykiske problemer er tatt med i lagmannsrettens vurderinger i 3 saker.

Hvem av foreldrene som best kan innrette sitt liv i forhold til barnet er nevnt i 2 dommer.

4.3. Følelsesmessig tilknytning

Tabell 5: Hyppigheten i bruk av momentet om barnets følelsesmessige tilknytning til hver av foreldrene.

	NEVNES MOMENTET OM BARNETS FØLELSMESSIGE TILKNYTNING?	
	JA	NEI
Antall saker med barn < 7 år	10	1
Antall saker med barn 7-12 år	6	3
Antall saker med barn > 12 år	5	0
Totalt ⁷³	21	4

Hvilken følelsesmessig tilknytning barnet har til foreldrene blir eksplisitt nevnt i 16 av mitt utvalg på 23 dommer. Det utgjør 69,9 %. Ved bruk av andre formuleringer finner jeg at

⁷² Se for eksempel også LH-2010-141269, LE-2010-171454 og LH-2011-115242.

⁷³ Grunnen til at det totale antallet saker her blir større enn 23, er at i noen av sakene er det søsken i ulike aldersgrupper.

tilknytningen mellom barn og foreldre blir nevnt i 19 av dommene (82,6 %). Som nevnt under punkt 2.3.3. har dette argumentet størst betydning for små barn.

I saker med barn under 7 år, nevnes momentet i 10 av 11 dommer. LE-2010-171454 omhandlet en 5 år gammel jente som tidligere har bodd både hos bare mor og bare far. I lagmannsrettens vurdering nevnes ikke barnets tilknytning til hver av foreldrene. Retten slår fort fast at begge foreldrene er egnet som omsorgspersoner og at de begge er glade i datteren. Det fokuseres mest på konfliktnivået mellom partene og deres samarbeidsevne. Ingen av disse momentene trakk i særlig retning av bosted hos far. Det legges liten vekt på at jenta har bodd hos far siden 2008, da hun hadde hatt betydelig samvær med mor og var vel kjent med omgivelsene på hennes bosted. Jenta fikk fast bosted hos mor.

I LB-2010-168902 nevnes det ikke direkte noe om tilknytningen mellom den 4-årige jenta og hennes foreldre. På den annen side diskuteres samspillet mellom barnet og foreldrene. Lagmannsretten viser til den sakkyndige som uttrykte stor bekymring for barnets samspill med mor, mens det ikke var noe å si på samspillet mellom barnet og far. I denne dommen la lagmannsretten avgjørende vekt på den sakkyndiges vurdering. Barnet fikk fast bosted hos far.

I LB-2010-203493 er argumentet bare nevnt i den sakkyndiges tilleggserklæring som er tatt inn i lagmannsrettens bemerkninger. Der står det at barnet har “sin primære tilknytningsperson i mor”.

I de fleste av dommene viser retten til den sakkyndiges uttalelse angående barnets følelsesmessige tilknytning. I én dom, LH-2010-141268, vurderte retten annerledes enn den sakkyndige. Den sakkyndige vurderte det slik at gutten på 5 år var like sterkt tilknyttet far og at kvaliteten på tilknytningen var like god som mellom gutten og mor. Gutten hadde bodd sammen med mor hele livet, og bare med henne det siste halvannet år. Det var stor geografisk avstand mellom bostedene til mor og far, og ingen av dem hadde lagt særlig til rette for samvær. Retten uttalte at selv om gutten hadde en tilknytning til far, var det vanskelig å forstå det annerledes enn at han hadde sterkest tilknytning til mor og at det dreide seg om “en sunn og naturlig tilknytning”.

I 4 av dommene med barn under 7 år, talte ikke momentet i noen retning. Lagmannsretten slo da bare fast at barnet ikke har “vist tegn på å være mer knyttet til den ene av foreldrene”⁷⁴ eller at barnet er “like sterkt knyttet til begge foreldrene”⁷⁵

I saker med barn fra 7 til 12 år ble barnets følelsesmessige tilknytning til foreldrene nevnt i 6 av 9 saker. I 4 av disse hadde barna like stor tilknytning til begge foreldre. Den ene av de 3 dommene der momentet ikke ble nevnt var LH-2011-85527 der barna skulle ha fast delt bosted.

Følelsesmessig tilknytning ble heller ikke nevnt i LB-2010-199123. Barnet i denne saken, en gutt på 7 år, hadde ekstra behov for forutsigbarhet og retten antok at det ville være en uheldig belastning for ham å flytte til mor i England. Man kan spørre seg om momentet burde vært nevnt siden saken handler om en så ung gutt. LF-2011-11564 omhandlet også en 7-årig gutt. Heller ikke her nevnes det hvem av foreldrene gutten er mest følelsesmessig tilknyttet til. En indikasjon på hvem han var mest tilknyttet til kan man finne i hans sterke og klare ønske om å bo fast hos mor. Den sakkyndige uttalte at gutten var sårbar og at en eventuell avgjørelse mot hans ønske “kunne skade hans utvikling ytterligere”.

I 5 av sakene var barna over 12 år. I alle disse sakene ble barnets følelsesmessige tilknytning til foreldrene nevnt. I RG 2011 s. 490 (Frostating) ble det nevnt i forbindelse med de to brødrenes ønske, at det trolig også var “motivert av tilknytning til begge foreldrene...”. Guttene ønsket delt bosted, men fikk fast bosted hos far. I LH-2010-192543 kommer momentet ikke direkte til uttrykk. Lagmannsretten mente at det, for jenta sitt beste, ville vært å ha fast bosted hos mor og omfattende samvær med far. Denne løsningen var den som, etter lagmannsrettens syn, best kunne sikre at jenta fikk “gjenopprettet tilliten til mor og opprettholdt nærheten til far”.

Følelsesmessig tilknytning gikk i favør av den ene forelderen i 10 saker. Av disse var det kun i den sistnevnte sak barnet ble plassert hos den andre. Momentet falt like ofte i favør av far som av mor.

⁷⁴ Jfr. LH-2009-95859.

⁷⁵ Jfr. LA-2011-43432, i den sakkyndiges vurdering.

4.4. Barnets ønske

Tabell 6: Oversikt over hvor mange barn som ble hørt, inndelt i aldersgrupper.

	HAR BARNET FÅTT ANLEDNING TIL Å UTTALE SEG?		
	JA	NEI	Totalt
Barn < 7 år	1	11	12
Barn 7-12 år	11	2	13
Barn > 12 år	7	0	7
Totalt	19	13	32

Tabell 7: Oversikt over hvor mange barn som fikk ønsket sitt oppfylt.⁷⁶

	Fikk ønsket oppfylt	Fikk ikke ønsket oppfylt	Ønsket ikke å uttale seg	
Barn < 7 år	0	0	1	
Barn 7-12 år	5	4	2	
Barn > 12 år	3	4	0	
Totalt	8	8	3	19

Resultatet mitt gir en indikasjon på at barn under 7 år i all hovedsak ikke blir spurt om ønske angående fast bosted hos mor eller far. Motsatt gjelder for barn som er fylt 7 år eller eldre. Av de barna som har fått anledning til å uttale seg, har omtrent halvparten fått ønsket sitt oppfylt.

I 15 av sakene (65,2 %) ble hensynet til barnets ønske nevnt. I 2 av disse dommene nevnes momentet kun i lagmannsrettens generelle bemerkninger om hvilke momenter rettspraksis har lagt vekt på i spørsmål om hva som er best for barnet etter bl. § 48. I LH-2011-116672 kom det ikke frem at de to barna på 9 og 11 år som saken omhandlet, hadde blitt hørt. Det samme gjelder LH-2010-141268 som gjaldt en gutt på 5 år og ei jente på 2 år. Alderen på barna i LH-2011-116672 tilsier at de skulle ha blitt hørt, jfr. bl. § 31 annet ledd.

I saker der barnet har fått uttrykke sin mening og har fått sitt ønske oppfylt, har lagmannsretten ofte kommet med en bemerkning om at barnets ønske er klart og sterkt. Eksempelvis kan nevnes LB-2011-100606 der den sakkyndige uttrykte at “det ikke er noen

⁷⁶ Det er ikke her tatt hensyn til lagmannsrettens vektlegging av momentet i den konkrete sak.

holdepunkter for at [barna] er usikre på standpunktet om at de vil bo hos faren”. LF-2011-11564 kan også nevnes her. Lagmannsretten kom først med noen argumenter for hvorfor man i utgangspunktet må være kritiske til uttalelser fra små barn. Gutten i denne saken var 7 år. Lagmannsretten sier så at “[b]åde vitnet D og den sakkyndige har gitt klart uttrykk for at ønsket er ekte og sterkt, og retten finner dette godtgjort”.

I LB-2010-199123 er en annen sak som omhandlet en 7 år gammel gutt. Han fikk også uttale seg, men fikk ikke ønsket sitt oppfylt. Her uttalte flertallet at han, så ung som han er, har “neppe full forståelse av valget og konsekvensene...”

4.5. Risikoen ved miljøskifte

Tabell 8: Oversikt over bruken av hensynet til status quo i lagmannsrettsdommene.

	Risikoen ved miljøskifte er nevnt	Risikoen ved miljøskifte er ikke nevnt
Barnet flyttet	2	1
Barnet flyttet ikke	9	6
Det ble før rettstvisten praktisert delt bosted, og barnet fikk nå fast bosted hos den ene	2	2
Det ble idømt delt fast bosted	1	
Totalt	14	9

Risikoen ved miljøskifte, eller hensynet til status quo ble nevnt i 14 av lagmannsrettsdommene. Dette utgjør 60,1 %.

Resultatet tilsier at selv om hensynet til status quo ikke er nevnt i alle sakene, blir barnet ofte boende der det er.

I de fleste av de dommene der hensynet ble nevnt, var det tilnærmet like ofte benyttet om omsorgspersoner som det ytre miljøet (venner, skole og barnehage). For de eldre barna ble likevel det ytre miljøet noe oftere vurdert.

LH-2011-116672 omhandlet en gutt på 11 år og ei jente på 9 år. Her ble det bestemt at de skulle bli boende hos mor. Lagmannsretten uttalte at “[n]år det er spørsmål om å flytte barn

fra en godt fungerende omsorgsbasis, må det da være andre forhold som med styrke taler for at slik flytting likevel vil være til barnets beste”.

I LF-2011-47277 ble en gutt på 10 år værende hos mor selv om hun hadde flyttet med gutten 10 ganger siden han ble født. Lagmannsretten antok at risikoen for at mor på nytt ville flytte og rive opp barnet fra det etablerte miljø, var redusert.

I LH-2010-141268 bodde foreldrene til en gutt på 5 år og ei jente på 2 år langt unna hverandre. Her ble miljø knyttet både til omsorgsperson, kontakt med storfamilien og kamerater. Retten fant at det her både på kort og lang sikt var risiko for alvorlige skadevirkninger ved flytting til far.

I 3 saker ble barnet flyttet fra den ene til den andre av foreldrene. I LA-2011-43432 måtte en 5-årig gutt flytte fra mor til far. Her blir ikke hensynet til status quo nevnt. Foreldrene stod i utgangspunktet likt, men pga. mors planlagte giftemål med en asylsøker fra Liberia ble likevekten forrykket. Mors hjem som fremtidig hovedomsorgsbasis ble usikker.

4.6. Best/mest mulig foreldrekontakt

Foreldrekontakten blir nevnt i 11 dommer.⁷⁷ Det utgjør 47,8 % av det totale antall. Hensynet formuleres på ulik måte.⁷⁸ I de fleste av dommene blir det formulert som “best mulig samlet foreldrekontakt”, “bedre samlet foreldrekontakt” eller en annen lignende formulering. I LH-2010-192543 og LH-2011-115242 bruker lagmannsretten begrepet “mest mulig foreldrekontakt”. Det ble i LH-2011-85527 (delt bosted) uttalt at det “bør sikres mye kontakt med begge foreldrene”.

⁷⁷ Jeg har ikke sett på om dette momentet kom inn i rettens vurdering av samværsspørsmålet.

⁷⁸ For mer om dette hensynet og begrepsbruken, se Haugli (2011).

Tabell 9: Oversikt over fast bosted og bruken av momentet best/mest foreldrekontakt.

	Får barnet/barna boende fast hos seg	Får ikke barnet/barna boende fast hos seg	Far får barnet/barna boende fast hos seg, selv om momentet ikke peker i noen retning	Mor får barnet/barna boende fast hos seg, selv om momentet ikke peker i noen retning
Momentet taler til fordel for mor	4	1		
Momentet taler til fordel for far	1			
Momentet taler i begges favør	1		1	
Momentet taler ikke i noens favør				3

Resultatet viser for mitt utvalg at når hensynet til best/mest mulig foreldrekontakt nevnes, er det oftest til fordel for mor. Når momentet taler til fordel for en av foreldrene, får som regel vedkommende barnet boende fast hos seg. Jeg undersøkte også om det i de aktuelle dommene hadde foregått hindring av samvær. Det hadde det sjelden, men hvis det hadde foregått noe som ligner på sabotasje av samvær, fikk den andre forelder barnet boende fast hos seg. I én dom ble tidligere hindring av samvær nevnt. I LB-2010-2382 hadde mor tidligere konsekvent hindret samvær mellom datter og far. Hensynet til best samlet foreldrekontakt var et av argumentene som lå til grunn for at barnet fikk fast bosted hos far.

En dom som bør nevnes, er LB-2010-168902. Begge foreldrene i denne saken var opprinnelig fra Palestina. Far hadde i 2010 tatt med barnet (ei jente på da omtrent 3 år) til Palestina uten mors samtykke, og barnet hadde vært der et par måneder. Lagmannsretten reiste spørsmål om far evnet å ta hensyn til “best mulig samlet foreldrekontakt”. Til tross for dette fikk jenta fast bosted hos far, da barnets behov og mors personlige egenskaper tilsa det.

I LH-2010-192543 ble datteren flyttet fra mor til far. Dette for å gjenopprette tilliten til mor, samtidig som det ved samværsspørsmålet ble vektlagt at datteren skulle opprettholde nærheten til far. Datteren stod midt i en alvorlig lojalitetskonflikt, og den sakkyndige i saken uttalte at datteren måtte ”få mor tilbake”.

I LB-2010-203493 var hensynet til best samlet foreldrekontakt et moment som fikk stor plass i lagmannsrettens bemerkninger. Hensynet talte egentlig ikke til noen av foreldrenes fordel, men mor hadde vist en bastant motvilje mot far. Den seks år gamle gutten fikk likevel fast bosted hos mor. Mor fikk til slutt av lagmannsretten en sterk oppfordring til lojalt å følge opp og medvirke til samvær, og henviste til at hvis dette ikke ble gjort, kunne far reise nytt søksmål.

4.7. Stabilitet og trygghet

Begrepene stabilitet og trygghet er nevnt i 10 av dommene (43,5 %). Selv om det ikke er spesifikt betegnet som “stabilitet og trygghet”, er det en rekke momenter som kan inngå i denne kategorien. Alt i alt er momenter som kan gå inn under hensynet til stabilitet og trygghet, nevnt i 20 dommer (87 %).

Kun i én dom gikk hensynet til stabilitet i favør av den forelderen som ikke fikk den daglige omsorgen. I LF-2011-3752 (dissens) talte fars økonomiske situasjon ikke til hans fordel. Mindretallet la mer vekt på dette enn flertallet. Flertallet la til grunn at far var i gang med å finne en varig løsning på gjeldsproblemene.

I flere av dommene ble argumentet spesifisert ved at det for eksempel handler om stabilitet i forhold til arbeidssituasjonen (skole, jobb, arbeidstid osv.). Arbeidssituasjonen til partene ble nevnt i 12 dommer (52,2 %).

I 7 av sakene (30,4 %) ble boforholdene/boligsituasjonen til enten én eller begge av partene nevnt.

Foreldrenes nye partnere er, under vurderingen om fast bosted, nevnt i 7 av dommene (30,4 %). I 4 av sakene ble forholdet vurdert positivt, i 2 saker negativt og i én sak nevnes det bare.

Tabell 10: Oversikt over fast bosted etter om mor har ny samboer/ektefelle eller ikke. (I parentes er antall når det medregnes kjæreste som nært forestående skal bli samboer/ektefelle. Dette gjelder også for tabell 11.)

	Fast bosted hos mor	Fast bosted hos far	Delt bosted	Totalt
Mor har ny samboer/ektefelle	3 (4)	3 (4)		6 (8)
Ikke ny samboer/ektefelle	9 (8)	7 (6)	1 (1)	17 (15)

Om mor har ny samlivspartner eller ikke, spiller ingen stor rolle for resultatet i dommene.

Tabell 11: Oversikt over fast bosted etter om far har ny samboer/ektefelle eller ikke.

	Fast bosted hos mor	Fast bosted hos far	Delt	Totalt
Far har ny samboer/ektefelle	1 (3)	7 (7)		8 (10)
Ikke ny samboer/ektefelle	11 (9)	3 (3)	1 (1)	15 (13)

Om far har ny samlivspartner blir det oftere fast bosted hos ham. Har han ikke ny samlivspartner, er det oftere mor barnet skal bo fast hos.

Tabell 12: Oversikt over fast bosted etter hvorvidt foreldrene har nye samlivspartnere eller ikke.

	Fast bosted hos mor	Fast bosted hos far	Delt bosted	Totalt
Begge har ny samboer/ektefelle	0 (1)	3 (4)		3 (5)
Ingen har ny samboer ektefelle	8 (6)	3 (3)	1 (1)	12 (10)
Kun mor har ny samboer ektefelle	3 (3)			3 (3)
Kun far har ny samboer/ektefelle	1 (2)	4 (3)		5 (5)

Ut fra mitt resultat kan man antyde at hvis ingen av foreldrene har ny samlivspartner, får barnet oftere fast bosted hos mor. Dersom begge har nye partnere får far omsorgen. Er det kun mor som har ny samlivspartner, er det hos henne barnet blir boende. Far får oftere omsorgen dersom det kun er han som har ny samlivspartner.

Materielle og økonomiske oppvekstvilkår som foreldrene kan tilby barnet, er nevnt i 5 av dommene (21,7 %). I 2 dommer går dette momentet i favør av den ene (far), og i begge dommene er det denne som får barnet boende hos seg.

Foreldrenes nettverk er nevnt i 5 dommer (21,7 %). I hovedsak gjelder dette familie som er boende i nærheten, og det taler til fordel for den som har et slikt nettverk rundt seg.

Gjentatte flyttinger, flere samlivsbrudd og kontinuitet i et hjelpeapparat som er satt i gang rundt barnet, er nevnt i én og samme dom. LF-2011-47277 fikk en 10-årig gutt fast bosted hos mor. Mor hadde tidligere flyttet 10 ganger med gutten, blant annet på grunn av samlivsbrudd og manglende betaling av husleie. Nå hadde mor en ny samboer og de hadde bodd på samme sted i omtrent halvannet år. Mor hadde heller ikke vist stabilitet når det gjaldt utdanning og jobb. Gutten var diagnostisert med Tourette syndrom og ADHD. For lagmannsretten var det veldig viktig at de etablerte hjelpetiltak i skole og barnevern i mors hjemkommune fikk fortsette. Dette ble utslagsgivende. Mor fikk av lagmannsretten en sterk oppfordring om å lage trygge og stabile rammer rundt barnet.

4.8. Risiko for vold og seksuelle overgrep

Risiko for vold nevnes som argument i 5 dommer (21,7 %). Da er ikke LB-2011-3558 medregnet. Det ble her funnet bevist at far ved enkelte anledninger hadde utvist aggressiv opptreden overfor mor, men ble ikke av den grunn funnet å være uegnet til å ha omsorgen for barnet. LH-2009-95859 er heller ikke medregnet da det kun var mors samboer som hadde nevnt at far var voldelig mot barnet. Det var ellers ingen holdepunkter som underbygget dette.

I LB-2011-100606 hadde jentene på 12 og 14 år forklart at det tidligere hadde vært utøvd slag, klyping, ørefiker m.m. fra mors side. Retten var, i likhet med den sakkyndige, ikke bekymret for at mor ville utøve tilsvarende vold igjen, og andre forhold ble avgjørende for resultatet.

I LB-2010-199123 hadde far utvist vold både mot mor og nåværende samboer. Retten fant at det ikke var grunnlag for bekymring for at far skulle være voldelig direkte overfor sønnen. Det ble pekt på at muligheten for at barnet så eller opplevde at far utøvde vold eller var utilbørlig aggressiv overfor andre, også ville være skadelig for barnet. Selv om det her var økt risiko for vold, fant flertallet i dommen at risikoen ikke var særlig stor. Sønnen ble boende hos far. I LE-2010-17154 ble det ikke nevnt som noen risiko for vold, selv om far hadde brukt vold mot mor i overvær av barnet.

I LG-2010-83078 hadde mor ved flere anledninger fysisk irettesatt barna ved for eksempel å ha dradd sønnen i øret og knipset ham på kinnet. Det pågikk samtidig en straffesak mot mor, som ennå ikke hadde vært behandlet i retten. Både den sakkyndige og retten mente at en eventuell domfellelse ikke ville diskvalifisere mor som omsorgsperson. Guttene ble boende hos mor.

I LF-2011-97367 hadde gutten på 13 år opplyst at far hadde vært voldelig mot ham. Retten fant guttens forklaring bekymringsverdig, men at det ikke forelå sannsynlighetsovervekt for at far hadde vært voldelig. Barnevernstjenesten var allerede inne i bildet. Dette ble det lagt stor vekt på, da retten fant at det ikke forelå så stor risiko for vold at det tilsa flytting fra far.

I LB-2010-168902 ble bl. § 48 annet ledd og BK art. 3 nr. 2 nevnt. Her stod barnets psykiske helse sentralt. Det var dårlig samspill mellom mor og barn, og mor ble funnet ikke å ha evne til å ivareta barnets særlige behov på en god måte. Jenta på 4 år ble flyttet til far.

Seksuelle overgrep ble nevnt kun i én dom. I LF-2011-41147 sonet far en fengselsdom for seksuelle overgrep både mot sin datter og hennes venninne. Selv om det ikke var av de

groveste overgrepene, og dommen var ferdigsonet få måneder senere, ser det ikke ut som at retten vurderer muligheten for at barna skal bo hos far. Vurderingen angående fast bosted tar ikke opp stor plass i dommen. Det kan se ut som at overgrepene og fengselsstraffen var avgjørende, selv om retten ikke sier dette.

4.9. Hvem av foreldrene som skjermer barnet fra foreldrekonflikten

I henhold til psykologisk forskning synes konflikter mellom foreldrene etter samlivsbrudd å utgjøre en av de største farene for problemutvikling hos barna. “Det gjelder særlig dersom foreldrene har store og vedvarende konflikter som barna trekkes inn i.”⁷⁹

I 9 saker (39,1 %) blir det nevnt hvem av foreldrene som er best i stand til å beskytte barnet mot den pågående voksenkonflikten. I 12 saker (52,2 %) blir ikke hensynet nevnt i det hele tatt. I 2 av dommene blir hensynet nevnt, uten at det trekker i noen retning.

Hensynet ble vektlagt i 7 dommer (30,4 %).

I 2 dommer stod hensynet til den som best kunne skjerme barnet mot foreldrekonflikten, sterkt. Hensynet var ikke det eneste avgjørende i noen av dommene, men det ble nevnt som ett av tre avgjørende momenter i helhetsvurderingen. I de samme dommene var hensynet til den som best kunne sikre mest mulig foreldrekontakt det andre viktige momentet. Mor fikk omsorgen i begge sakene. Det siste argumentet var at mor var den som hadde størst innsikt i barnets problemer (LH-2010-192543), og at mor viste større evne til å gjøre det beste ut av situasjonen for barna etter foreldrenes brudd (LH-2011-115242). I begge sakene var både mor og far ansett som gode omsorgspersoner.

4.10. Hensynet til søsken

Hensynet til ikke å dele søsken ble nevnt i 5 dommer (21,7 %). Det var i alt 8 saker som omhandlet søsken. Hensynet er nevnt i 62,5 % av disse. Én av dommene der hensynet ikke ble nevnt, var LH-2011-85527 der resultatet ble delt bosted.

Forholdet til søsken (som ikke omfattes av saken, herunder halvsøsken) ble nevnt i 3 dommer (13 %).

Søsknene ble ikke delt i noen av sakene.

⁷⁹ Se Per Arne Rød, Tor-Johan Ekeland og Frode Thuen, “Barns erfaringer med konfliktfylte samlivsbrudd: Problemforståelse og følelsesmessige reaksjoner”, *Tidsskrift for Norsk Psykologforening*, 2008, vol 45 nr. 5 s. 555-562 (s. 555).

4.11. I hvor stor utstrekning argumenteres det med barnets kjønn?

Kun i LG-2010-83078 nevnes barnets kjønn som et moment, men det ble ikke tillagt vekt. Lagmannsretten uttalte “[a]t det er tale om gutter som vokser til og har behov for en farsfigur i denne forbindelse, kan i dette tilfellet ikke ha avgjørende vekt”. Ut fra den praksisen jeg har gjennomgått, er barnets kjønn ikke lenger et relevant argument.

4.12. Øvrige momenter

Da hensynet til barnets beste skal være det sentrale kriteriet i barnefordelingssaker, jfr. bl.§ 48, er det naturlig å tro at fokuset i dommene er rettet mot det aktuelle barnet og dets behov. I 20 av dommene foreligger det en form for beskrivelse av barnet/barna i lagmannsrettens bemerkninger.

Eksempler på dommer der beskrivelsen av barnet var veldig kort, er LB-2011-100606 og LF-2011-3752.

En utfyllende beskrivelse av barna finner vi i LG-2010-83078.

I 3 av dommene beskrives ikke barnet i lagmannsrettens vurderinger. LA-2011-43432 omhandlet en gutt på 5 år. I denne dommen var det mest fokus på foreldrene som omsorgspersoner, og særlig mor som snart skulle gifte seg med en asylsøker. I LF-2011-41147 sonet far til barna på 10 og 14 år i fengsel, dømt for seksuelle overgrep. Foreldrekonflikten var i fokus i LE-2010-171454. Den 5-årige jenta hadde vært til stede da far ved en anledning hadde slått mor i ansiktet. Det var ingen særlig sterke mothensyn i noen av disse dommene.

Barnets personlige egenskaper er nevnt som et argument i 3 dommer. I LB-2010-199123 hadde barnet ekstra behov for forutsigbarhet, og ble værende hos mor. I LB-2011-3558 ble det lagt vekt på guttens gode utvikling den senere tid. Det gjaldt både samspillet med andre barn og voksne, og guttens personlige utvikling. Barnets særlige behov for omsorg, struktur og stabilitet ble lagt vekt på i LF-2011-47277.

Hvem som hadde *hovedomsorgen under samlivet* er nevnt i 2 dommer (LG-2010-83078 og LB-2011-3558). Når dette argumentet nevnes, har det gjerne en sammenheng med hvem barnet har den nærmeste følelsesmessige tilknytningen til.

Selvtekt nevnes bare i LF-2011-107860. Lagmannsretten fant ingen grunn til å gå nærmere inn på spørsmålet.

5. Lagmannsrettspraksis 2011 – hvordan vektet argumentene

5.1. Oversikt over argumenter som ble tillagt stor vekt

Det var ikke i alle dommene like enkelt å finne ut hvilke(t) argumenter lagmannsretten hadde lagt størst vekt på. Der dette ikke kom til uttrykk verken eksplisitt eller implisitt, er ikke momentene medregnet.

Noen av momentene skiller seg klart ut som sterke argumenter. Foreldrenes egenskaper stod svært sentralt i 10 av dommene (43,5 %), hensynet til stabilitet og trygghet i 8 av dommene (34,5 %) og status quo-prinsippet i 5 (21,7 %).

I de 10 dommene foreldrenes egenskaper stod sterkt, fikk far barnet fast boende hos seg i 6 av dommene, mor i 3 og den siste var saken der det ble delt bosted. De negative egenskapene som trekkes frem er i stor grad knyttet til samarbeidsevne og mangler ved den emosjonelle omsorgen. (Særlig gjelder dette mødrene, der far var den som fikk barnet boende hos seg.) Der mødrene fikk omsorgen er det trukket frem deres evne til å lytte til barna og gjøre det beste ut av situasjonen for dem.⁸⁰ I 2 av sakene var det rettet anførsler om vold mot den av forelderen som fikk omsorgen.⁸¹ Dette ble ikke funnet avgjørende og andre positive egenskaper som evne til å se barnets behov, ble viktigere. I LH-2011-85527 (delt bosted) ble det vektlagt at begge foreldrene hadde ulike kvaliteter som utfylte hverandre, og de hadde vist god samarbeidsevne ved praktiseringen av delt bosted.

I sakene der hensynet til stabilitet og trygghet ble tillagt stor vekt, ble det bestemt fast bosted hos mor og hos far i like mange saker. Det er særlig den stabile omsorgsbasen det blir argumentert med. I 5 av dommene blir det trukket fram barnets særlige behov for trygghet og forutsigbarhet. I LF-2011-47277 stod to momenter mot hverandre som begge kan knyttes til stabilitet. Det igangsatte hjelpeapparatet rundt barnet i mors hjemkommune og viktigheten av kontinuitet, ble viktigere enn faren for at mor skulle flytte igjen med barnet. Usikkerheten ved mors forhold til en asylsøker fra Liberia og det faktum at de to snart skulle gifte seg, ble avgjørende for at barnet fikk fast bosted hos far i LA-2011-43432.

I 4 av de 5 sakene der status quo-hensynet var særlig viktig, var det mor som fikk den daglige omsorgen.⁸² I saken der far fikk omsorgen, var hensynet til barnets ønske det andre sentrale

⁸⁰ LG-2010-83078, LF-2011-11564 og LH-2011-115242.

⁸¹ LF-2010-83078 (mor) og LF-2011-97367 (far).

⁸² LH-2010-141268, LB-2010-203493, LF-2011-107860 og LH-2011-11672.

momentet.⁸³ I alle sakene ble det uttalt at begge foreldrene hadde god eller tilstrekkelig omsorgsevne, bortsett fra i LB-2010-203493 der retten fant at de ikke hadde godt nok grunnlag for å si så mye om fars omsorgsevne. Det som ellers er felles for alle disse sakene, er at det ikke er særlig mange argumenter mot status quo som fremkommer av lagmannsrettens vurderinger.

Barnets ønske stod sterkt i 4 dommer (17,4 %). Det ble fast bosted hos far og mor i henholdsvis 2 dommer hver.⁸⁴ Det var ingen motargumenter av betydning i disse sakene. De andre momentene som ble nevnt og som trakk i noen retning, var til støtte for barnas ønske.

Hensynet til ikke å dele søsken stod sentralt i LH-2010-141268. Det var stor geografisk avstand mellom foreldrene til den 2 år gamle jenta og 5 år gamle gutten. Det var ingen tvil om at jenta skulle bo fast hos mor. Lagmannsretten fremhevet at gutten bl.a. ville miste kontakten med lillesøsteren, som han var svært knyttet til, ved flytting til far.

Følelsesmessig tilknytning var ett av flere avgjørende momenter i LB-2011-100606. Jentene på 12 og 14 år hadde på domstidspunktet et vanskelig følelsesmessig forhold til moren. Barnas ønske og mors væremåte tilsa også bosted hos far.

5.2. Eksempler på hvordan ulike argumenter avveies mot hverandre

5.2.1. Hensynet til status quo avveid mot andre hensyn

I LB-2010-203493 hadde mor vist en sterk motvilje mot far, og motsatt seg at gutten på 6 år skulle ha feriesamvær med far utover vanlig helgesamvær. Lagmannsretten viste til at far sterkt hadde fremhevet at det var han som ville sørge for best mulig foreldrekontakt, men at retten var usikker på dette. Hensynet til *status quo* ble avgjørende fordi retten visste lite om fars omsorgsevne. Gutten hadde hele tiden bodd hos mor, og far hadde motsatt seg nærmere utredning om sin omsorgsevne. Lagmannsretten uttrykte at det var stor tvil om resultatet og oppfordret mor i stor grad til å samarbeide om samvær. I denne saken hadde det vært samvær. Hensynet til best samlet foreldrekontakt talte heller ikke noe særlig i fars favør. Likevel gjorde lagmannsretten et poeng ut av at far ville ha mulighet til å reise nytt søksmål om fast bosted dersom mor motsatte seg samvær. Dette viser at selv om status quo var det

⁸³ LF-2011-3752.

⁸⁴ LF-2011-3752 (far), LF-2011-11564 (mor), LF-2011-41147 (mor) og LB-2011-100606 (far).

utslagsgivende momentet i denne saken, mente lagmannsretten at også hensynet til *best samlet foreldrekontakt* er viktig.

I LB-2010-168902 måtte ei 4 år gammel jente flytte fra mor til far. Hun hadde bodd sammen med bare mor det siste halve året. Her ble *risikoen ved miljøskifte* vurdert ut fra det å skifte omsorgsperson og barnehage. Lagmannsretten fant her at skifte av barnehage var aktuelt uansett bosted. I tillegg hadde *relasjonen mellom mor og barn* det siste halve året ikke hatt noen positiv utvikling, og *barnets behov og psykiske helse* måtte vektlegges.

I LH-2010-141268 stod *status quo-hensynet* sterkt, og særlig siden det var stor geografisk avstand mellom mor og fars bosted. *Mors egenskaper* trakk i motsatt retning, men blant annet hensynet til status quo ble avgjørende.

I LE-2010-17154 stod ikke *status quo-hensynet* like sterkt. Jenta på 5 år hadde bodd hos far i omtrent to og et halvt år, men både tingretten og lagmannsretten kom til at jenta nå skulle bo fast hos mor. Begge foreldrene var i utgangspunktet egnet. Det som talte imot fortsatt fast bosted hos far, var at han hadde brukt *vold* mot mor i overvær av barnet. I tillegg tilsa hensynet til *bedre samlet foreldrekontakt, kontakt med eldre halvsøster og foreldrenes arbeidssituasjon*, fast bosted hos mor. Mor var også den som antatt kunne *skjerme barnet mest for konflikten*. Jenta kjente godt til omgivelsene på mors bosted etter betydelig samvær og hun hadde fått plass i barnehage der. Hensynet til status quo ble derfor nedtonet i denne dommen.

Dette viser at vekten til status quo-hensynet avhenger av om de konkrete fordelene ved en flytting veier opp for de ulempene en flytting innebærer. Hensynet til status quo står sterkt, men det overskygger ikke alle andre hensyn.

5.2.2. Hensynet til barnets ønske avveid mot andre hensyn

Ønsket til ei 12 år gammel jente ble *ikke avgjørende* i LH-2010-192543. Lagmannsretten fant at jentas klare ønske om å bo hos far var kommet sent i prosessen, og at det syntes skapt under saken. Det ble uttalt at det var vanskelig for henne å se konsekvensene. I denne saken ble begge foreldrene funnet å ha god omsorgsevne, men andre hensyn talte for fast bosted hos mor. Mor hadde i større grad *skjermet barnet for foreldrekonflikten*, mor kunne best sikre *mest mulig foreldrekontakt* og hadde noe mer innsikt i barnets problemer.

I RG-2011-490 hadde to gutter på 12 og 14 år et *dypt og genuint ønske om delt bosted*. Dette var også anbefalingen fra den sakkyndige. Resultatet i dommen ble fast bosted hos far.

Lagmannsretten fant at *konfliktnivået* mellom foreldrene var til hinder for delt bosted, selv om det var betenkeligheter med ikke å la to så store barn få ønsket sitt oppfylt. Lagmannsretten pekte på at det kunne få negative følger dersom barna følte at de ikke hadde blitt hørt, men at flere faktorer måtte være med i avveiningen. Det avgjørende her var at far i større grad enn mor kunne gi guttene en *stabilitet og trygghet*. Mor var mer konfliktorientert enn far.

Også i LG-2010-83078 ble *foreldrenes egenskaper og stabilitet* vektlagt høyere enn *barnas ønske*. Guttene på 7 ½ og 9 år ville helst bo hos far. At deres ønske ikke kunne veie tungt ble begrunnet i deres alder, og at den eldste gutten var forsinket i utviklingen. I tillegg stod de i en lojalitetskonflikt. Selv om det forelå opplysninger om at mor skulle ha brukt vold i oppdragelsesøyemed og var satt under tiltale etter straffeloven § 219, rokket ikke dette ved lagmannsrettens vurderinger.⁸⁵ *Best mulig samlet foreldrekontakt* tilsa også bosted hos mor.

I LF-2011-47277 fikk en gutt på 10 år *ikke oppfylt ønsket sitt*. Uten at det ble utdypet mer uttalte lagmannsretten at “[d]et er grunn til å anta at ønsket er påvirket av at [barnet] opplever at det er færre grenser hos far i samværsperiodene i helgene og feriene. Dersom det bestemmes at [barnet] skal bo fast hos far, er det grunn til å regne med at han etter hvert finner ut at han vil bo hos mor.” En av grunnene til at lagmannsretten nedtonet barnets ønske her, kan være at denne gutten ble betegnet som *sårbar med særlige omsorgsbehov* og at han trenger *stabilitet og struktur* på grunn av sine problemer. Hensynet til *stabilitet* rundt barnet ble avgjørende.

I LB-2010-199123 var det snakk om endring av et rettsforlik. Begge var etablert på nytt, mor i England og far i Norge. Partene hadde bestemt at sønnen skulle ha delt bosted og at mor skulle være sammen med gutten i Norge. Det var dissens i saken for lagmannsretten. Flertallet la mest vekt på hensynet til *status quo*, og at det ville være en uheldig belastning for en sårbar gutt å måtte *skifte språk i tillegg til miljøskifte med venner og skole*. Guttens særlige behov for forutsigbarhet og stabilitet tilsa bosted hos far. Den 7-årige gutten hadde *selv et ønske* om å bo hos moren i England, men flertallet la liten vekt på dette pga. hans alder. Mindretallet la større vekt på *voldelige* episoder fra fars side, og var bekymret for at far kunne bli voldelig også overfor gutten. Mindretallet la i tillegg vekt på guttens ønske og *mors bedre økonomi*. Mindre vekt ble lagt på at språk ville være en hindring.

Flertallet la i LF-2011-3752 betydelig vekt på den 8 år gamle *jentas ønske* om å bo hos far. Begrunnelsen for vektleggingen var at jenta var beskrevet som et modent barn og at ønsket

⁸⁵ Lov 22. mai 1902 nr. 10 Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven).

hennes var fast og bestemt. Det hadde vært praktisert delt bosted, men mor hadde nå flyttet til en ny by. Hensynet til *status quo tilsa også* bosted hos far. I denne dommen var det ett moment som talte mot barnets ønske, og det var fars *økonomiske problemer*. Far hadde i den senere tid vært utsatt for kreditorpågang og ikke vært åpen om dette. Flertallet la til grunn at han var i gang med å finne en varig løsning på problemet. Ellers stod foreldrene likt. Mindretallet la mindre vekt på status quo og mente barnets ønske var mer et uttrykk for stedsvalg. Barnets ønske fikk av mindretallet en viss, men ikke avgjørende vekt. Mindretallet la større vekt på fars økonomiske problemer.

Et annet eksempel på at *barnets ønske ble tillagt betydelig vekt*, finner vi i LF-2011-11564. Gutten var bare 7 år, men retten uttalte at den la “betydelig større vekt [på] guttens mening enn man normalt vil tillegge en 7-åring”. Det ble begrunnet med at gutten hadde gitt uttrykk for et ekte og sterkt ønske. I tillegg la lagmannsretten til grunn at han var en sårbar gutt og at “en avgjørelse som går mot hans ønske vil kunne skade hans utvikling ytterligere”. Gutten ønsket å bo hos mor, og dette ble blant annet støttet opp av foreldrenes egenskaper. Det var i denne dommen ingen klare momenter som gikk i motsatt retning av hva gutten ønsket.

Oppsummert viser disse dommene at barnets ønsker kun tillegges vekt dersom også de andre hensynene i hovedsak trekker i samme retning.

Som min undersøkelse viser, står naturlig nok foreldrenes egenskaper svært sentralt ved valg av fast bosted for barnet. Derfor er også sakkyndighetsvurderinger viktig.

6. Bruk av sakkyndige

6.1. Sakkyndighetsvurdering

Det fremgår av forarbeidene at “[s]akkyndig kompetanse kan bringes inn i rettssaken i form av rettsoppnevnte sakkyndige, sakkyndige uten oppnevning av retten, eller oppnevnte fagkyndige meddommere.”⁸⁶

Retten kan vurdere om det skal oppnevnes en sakkyndig til å gjennomføre samtaler med barnet, jfr. bl. § 61 nr. 4. En sakkyndig bør oppnevnes “der det trengst” for å uttale seg om ett eller flere av sakens spørsmål, jfr. bl. § 61 nr. 3. Rettens mandat bestemmer hva den sakkyndige skal uttale seg om, jfr. tvisteloven § 25-4.⁸⁷

I barneloven er det ikke oppstilt krav til hvem som kan være sakkyndige, eller krav til hvordan den sakkyndige skal gå frem. Tvisteloven kapittel 25 om sakkyndigbevis oppstiller heller ikke slike krav. I tvl. § 25-3 (2) første punktum heter det at den sakkyndige er en person “som har den nødvendige kyndighet og erfaring”.

I 1998 gav Barne- og familiedepartementet ut “Veiledning for sakkyndige i saker etter barneloven og barnevernloven”. Det ble også opprettet et “Register for barne- og familiesaker”.

En sakkyndighetsvurdering er ikke et eget argument, men kun et bevismiddel. Det behøver ikke å være samsvar mellom den rettslige og den faglige barnets beste-vurderingen. Trude Haugli peker på at “[n]år sakkyndige likevel ofte får gjennomslag for sine syn, kan dette henge sammen med at de sakkyndige etter hvert lærer seg noe om hvordan den juridiske barnets beste- vurderingen er å forstå, og ikke bare leverer premisser, men går inn og forsøker å foreta den samme vurderingen som dommerne skal gjøre, før de trekker konklusjonen om hva som er best for barnet. Risikoen her er at rolle- og ansvarsfordelingen blir utydelig.”⁸⁸

I min undersøkelse fant jeg det ikke nødvendig å skille mellom skriftlig sakkyndighetsvurdering og muntlig uttalelse fra et sakkyndig vitne, så lenge uttalelsen kommer fra en sakkyndig som er rettsoppnevnt. Da har de samme status. Det foreligger sakkyndighetsvurdering i 19 (82,7 %) av dommene. I LF-2011-3752 hadde den sakkyndige et begrenset mandat som var å gjennomføre samtale med barnet og klarlegge barnets standpunkt.

⁸⁶ Jfr. NOU 1998: 17 s. 50.

⁸⁷ Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister. Forkortet tvl.

⁸⁸ Se Trude Haugli, “Det mangfoldige barnets beste” i *Bonus Pater Familias, Festskrift til Peter Lødrup 70 år*, Oslo 2002 s. 313-326 (s. 325).

I 4 saker forelå det ikke sakkyndighetsvurdering som var utarbeidet for lagmannsretten. I LE-2010-171454 viste lagmannsretten til sakkyndighetsvurderingen som forelå tingretten. I LF-2011-107860 og LF-2011-47277 var den rettsoppnevnte sakkyndige for tingretten i tillegg et muntlig vitne for lagmannsretten. Det var ingen sakkyndighetsvurdering i LF-2011-41147. Det som var spesielt i denne saken var at far sonet en fengselsstraff for tre seksuallovbrudd på domstidspunktet. Et av lovbruddene gikk på at han hadde befølt datteren på lårene og rumpa. I denne saken hadde retten ikke funnet det nødvendig å oppnevne sakkyndig.

Mitt utvalg av dommer viser at lagmannsretten i stor grad benytter seg av sakkyndig bistand.

6.2. Dømmer domstolene i henhold til sakkyndighetsvurderingen?

I 11 av 22 dommer med sakkyndighetsvurdering dømte lagmannsretten i henhold til anbefalingene til den sakkyndige. I 6 av dommene sier ikke sakkyndighetsvurderingen, slik den er fremstilt i dommen, noe om ønsket resultat eller sier at begge foreldrene anses like gode som omsorgspersoner.

I én av sakene følges anbefalingen delvis, dvs. for én av to søsken. Det er da igjen 4 (18,2 %) dommer hvor domstolen ikke dømmer i henhold til den foreliggende sakkyndighetsvurderingen.

Resultatet viser at sakkyndighetsvurderingen står sentralt i lagmannsrettens vurderinger. Nedenfor kommer noen eksempler på hvordan lagmannsretten vurderte i forhold til sakkyndighetsvurderingen.

LF-2011-47277 er et eksempel der retten eksplisitt sa at de legger vekt på sakkyndigvurderingen.

I LH-2010-141268 tilsa sakkyndighetsvurderingen at det burde vurderes at søsknene, en gutt på 5 år og ei jente på 2 år, skulle splittes. Den sakkyndige fant det alvorlig at barna skulle ha lite kontakt med far, og anbefalte retten å vurdere at gutten skulle bo hos far. Den sakkyndige fant det "alvorlig ut fra et barnetsbesteperspektiv at [jenta] ikke fikk etablert kontakt med faren og at utvikling i saken ga grunn til å frykte at [gutten] stadig sjeldnere ville få samvær med sin far". En deling av søsknene ville medføre bedre samlet foreldrekontakt. Retten fant av hensyn til risiko ved miljøskifte og guttens kontakt med hele sitt nettverk, at det klart var til guttens beste å bli boende hos mor og lillesøster.

I LF-2011-107860 og RG 2011 s. 490 (Frostating) anbefalte den sakkyndige fast delt bosted, men i begge var det bare én av foreldrene som fikk omsorgen. Lagmannsretten la til grunn i LF-2011-107860 at “motsetningene mellom foreldrene er såpass grunnleggende at det er vanskelig for tiden å tenke seg et så utbredt samarbeid som ville være nødvendig for å velge en eventuell løsning med 50-50 fordeling”. Den sakkyndige hadde anbefalt for tingretten en løsning der den 2 år gamle gutten skulle bo annenhver uke hos hver av foreldrene. I RG 2011 s. 490 (Frostating) hadde det vært praktisert delt bosted. Den sakkyndige hadde uttalt at hans forslag nok var “noe “på kant” med allment aksepterte løsninger og teorier – fordi konfliktnivået mellom partene var svært høyt”. Lagmannsretten fant at foreldrenes høye konfliktnivå var til hinder for å kunne avsi dom for delt bosted.

I LH-2009-95859 kom ikke den sakkyndige med noen klar konklusjon, men anbefalte at barnet skulle bo hos mor av praktiske årsaker.⁸⁹ Lagmannsretten fant her at fast bosted hos far fremstod som best for barnet, og da kunne ikke praktiske hensyn tillegges avgjørende vekt.

I LB-2011-3558 var den sakkyndige i forkant av hovedforhandlingen såpass usikker at hun ikke ville konkludere, men kom under hovedforhandlingen fram til at det var til barnets beste ut fra et langtidsperspektiv å bo hos far. Hun baserte dette på mors personlige egenskaper. Lagmannsretten kom under noe tvil til at barnet skulle bo fast hos mor. Det ble bl.a. lagt vekt på status quo, at gutten hadde vist god utvikling og hensynet til stabilitet. Dessuten hadde den 6-årige gutten sterkest følelsesmessig tilknytning til mor.

⁸⁹ Mor hadde ikke førerkort og det ville være praktisk at far, som var samværsberettiget, hadde ansvar for å kjøre barnet til og fra. I tillegg var det praktisk at barnet kunne få samme samværsordning med far som hennes halvsøster hadde.

7. I hvor stor utstrekning benytter domstolen seg av bestemmelsen om delt bosted?

7.1. Kort om bestemmelsen

Hovedregelen er at dersom foreldrene er uenige om barnets faste bosted, er det rettens oppgave å avgjøre hos hvem av dem barnet skal bo, jfr. bl. § 36 annet ledd første punktum.

Spørsmålet om domstolene skal kunne idømme delt bosted ble drøftet i 1997 i forbindelse med endringer av barneloven. Departementet og flertallet i Stortinget sluttet seg til flertallet av høringsinstansene som var i mot en slik bestemmelse.⁹⁰ Når spørsmålet på nytt ble utredet av Barnefordelingsprosessutvalget i NOU 1998: 17, mente utvalgets mindretall at det burde åpnes for å kunne idømme delt bosted i særlige tilfelle. Regjeringen la til grunn i St.meld. nr. 29 (2002-2003) at de ikke ønsket å åpne for en bestemmelse om delt bosted, og dette sluttet flertallet i familie-, kultur og administrasjonskomiteen seg til.

Bestemmelsen om delt bosted ble likevel vedtatt i 9.4.2010 etter en ny utredning, og trådte i kraft 1.7.2010. Bl. § 36 annet ledd annet punktum sier at “[d]ersom det ligg føre særlege grunnar, kan retten likevel avgjere at barnet skal bu fast hos begge.” Når det kreves “særlege grunnar”, tilsier dette at delt ikke er aktuelt å idømme i enhver sak.

Bl. § 36 annet ledd gir en snever unntaksregel for å idømme delt bosted. “Det vil ikke være tilstrekkelig at foreldrene anses å være like gode omsorgspersoner for barnet, eller at barnet er like knyttet til begge sine foreldre. Foreldrene må bo i nær geografisk avstand, barnet må kunne opprettholde kontakt med venner og fritidsaktiviteter fra begge hjem, foreldrene må kunne samarbeide godt om barnet og ikke ha et høyt konfliktnivå, og barnet må selv trives med en slik ordning”.⁹¹ Det legges vekt på at hensynet til rettferdighet mellom foreldrene ikke kan være avgjørende. I “særlige grunner” ligger det at domstolen “må være overbevist om at delt bosted vil være barnets beste”.⁹² Det antas av lovgiver at idømmelse av delt bosted ikke er aktuelt for barn under 7 år.⁹³

⁹⁰ Se Ot.prp. nr. 56 (1996-1997) s. 57 flg.

⁹¹ Jfr. Ot.prp. nr. 104 (2008-2009) s. 72.

⁹² Jfr. Ot.prp. nr. 104 (2008-2009) s. 72.

⁹³ Se Ot.prp. nr. 104 (2008-2009) s. 73.

7.2. Hvor ofte ble bestemmelsen om delt bosted nevnt, og ble det idømt delt bosted?

Tabell 13: Oversikt over partenes eventuelle anførsler om delt bosted, samt om delt bosted er nevnt i lagmannsrettens vurderinger.⁹⁴

	Nevnt i lagmannsrettens vurderinger	Ikke nevnt i lagmannsrettens vurderinger
Anført av minst én av foreldrene	3	1
Ikke anført av noen av foreldrene	3	16

Bestemmelsen nevnes i 6 (26,1 %) av dommene. Det ble idømt delt bosted i én dom: LH-2011-85527. Barna i denne dommen, ei jente på snart 12 år og en gutt på 9 år, ble begge beskrevet som godt fungerende, men sårbare. Jenta hadde ADHD og var meget avhengig av faste rammer og struktur. Gutten fikk oppfølging ved BUP pga. atferdsproblemer. Retten fant at det var store likheter i foreldrenes omsorg. Begge foreldrene hadde noen samarbeidsproblemer som gjaldt barnas hverdag. Barna hadde bodd fast hos begge foreldrene i to og et halvt år siden samlivsbruddet. Foreldrene bodde noen hundre meter fra hverandre, og avstanden til skole var omtrent den samme. Lagmannsretten var ikke i tvil og kom fram til at det var “stor grad av sikkerhet for at delt bosted [var] til barnas beste”. Retten viste til at ordningen hadde fungert bra over lengre tid og at barna hadde hatt en relativt bra utvikling. Samarbeidet mellom partene hadde også fungert tilfredsstillende i det daglige. Barnas ønske om å opprettholde dagens ordning hadde betydning, men retten fant det ikke nødvendig å tillegge ønskene avgjørende vekt. Den sakkyndige fant ingen store forskjeller mellom hjemmene. De uenighetene foreldrene hadde angående grensesetting ville vært tilstede uansett om det ble fast delt bosted eller bosted hos én av foreldrene.

I denne dommen kom det ikke frem noen andre argumenter enn uenighet angående grensesetting, som talte imot fast delt bosted for barna.

⁹⁴ Medregnet er også saker der en av partene har nevnt at delt bosted kan være et alternativ, selv om det ikke er deres primære anførsel.

Eksempler på saker der delt bosted nevnes, men det ikke blir idømt delt bosted finner vi i LF-2011-107860 og LH-2010-192543. I LF-2011-107860 fikk den 2 år gamle gutten fast bosted hos mor. Lagmannsretten la til grunn at “motsetningene mellom foreldrene [var] såpass grunnleggende at det [var] vanskelig for tiden å tenke seg et så utbredt samarbeid som ville [vært] nødvendig for å velge en eventuell løsning med 50-50 fordeling”. Uttalelsen kom på bakgrunn av at den sakkyndige for tingretten hadde anbefalt en slik løsning. Mer blir ikke temaet nevnt i denne dommen.

I LH-2010-192543 hadde det vært praktisert delt bosted siden samlivsbruddet i 2008. Mye talte for at en slik løsning skulle fortsette, som barnets ønske om kontakt med begge foreldrene, at skolekretsen var den samme hos begge og at kontakten med venner kunne opprettholdes fra både mor og fars bosted. Lagmannsretten mente at samarbeidsvanskene var for store. Foreldrekonflikten gjorde at delt bosted ikke fremstod som den beste løsningen for den 12 år gamle jenta.

LF-2011-3752 er et eksempel på en sak der partene har praktisert delt bosted, men hvor lagmannsretten ikke nevner bestemmelsen om delt bosted i sin vurdering. Mor hadde etter samlivsbruddet flyttet fra Trondheim til Kristiansund, men pendlet slik at hun bodde i Trondheim når hun hadde jenta boende hos seg. Nå skulle hun flytte til Kristiansund permanent, og den geografiske avstanden var nok årsaken til at delt bosted ikke var aktuelt å diskutere her.

I LH-2009-95859 fikk den 6-årige gutten fast bosted hos far. De hadde praktisert delt bosted. Bestemmelsen om delt bosted i bl. § 36 annet ledd annet punktum ble ikke nevnt. Begge foreldrene ble funnet å ha omsorgsevne, men retten mente at fars personlige egenskaper tilsa fast bosted hos ham. Gutten hadde behov for klare rammer og grenser, og dette mente retten at far var mer opptatt av enn mor. Andre momenter, slik som status quo og best samlet foreldrekontakt, trakk ikke i noen retning. Far hadde vist fleksibilitet ved at delt bosted ble praktisert også etter at han fikk medhold i tingretten. Det ser ut som at delt bosted ikke ble vurdert på grunn av guttens behov for klare rammer, i tillegg til at mors og fars hjem var så forskjellige.

8. Har argumentasjonen i barnefordelingssaker endret seg i løpet av de siste tiårene?

8.1. Forskjeller på undersøkelsene

Sandberg så på 34 lagmannsrettsdommer fra 1984. I tillegg så hun også på tingrettsdommer, og det er ikke alltid hun skiller underrettsdommene fra hverandre. Skjørten hadde et mye større utvalg dommer, 129 lagmannsrettsdommer. Disse var fra perioden 1998-2000. Jeg, med mine 23 dommer, har det minste utvalget.

Skjørten valgte i sin undersøkelse ikke å ta med endringssaker. Både jeg og Sandberg hadde med endringssaker, selv om det i mitt utvalg fra 2011, bare var én endringssak. I tillegg hadde Sandberg også med midlertidige avgjørelser i sin undersøkelse.

I min undersøkelse har jeg fokusert på de relevante argumentene i barnefordelingssaker. Jeg har ikke sett noe særlig på irrelevante og utillatelige argumenter.⁹⁵

Skjørten så i tillegg på foreldrenes argumenter. Det valgte jeg ikke å gjøre, da det hadde blitt for omfattende for en avhandling som denne.

Både i min og Skjørtens undersøkelse er resultater omgjort til prosent. Der det har vært nødvendig for å sammenlikne, har jeg omregnet Sandbergs resultater til prosent.

8.2. Resultatet

Tabell 14: Oversikt over plassering hos mor eller far, delt bosted og splitting av søsken

	<i>Sandbergs</i> undersøkelse Lagmannsrettspraksis fra 1984 ⁹⁶	<i>Skjørtens</i> undersøkelse Lagmannsrettspraksis fra 1998-2000 ⁹⁷	<i>Min</i> undersøkelse Lagmannsrettspraksis fra 2011
Fast bosted hos mor	41,2 %	48,8 %	52,2 %
Fast bosted hos far	58,8 %	44,2 %	43,5 %
Delt bosted	0	0	4,3 %
Delt søskenflokk	0	7 %	0

⁹⁵ For mer om dette, se Sandberg (1990) s. 89-103.

⁹⁶ Se Sandberg (1990) s. 47.

⁹⁷ Se Skjørten (2005) s. 41.

Tallene viser at utviklingen går mot at barna oftere får fast bosted hos mor.

Skjørten hadde ikke i sin undersøkelse sett på resultatet ut fra barnas alder.

Tabell 15: Resultat ut fra barnas alder

	<i>Sandbergs undersøkelse</i> ⁹⁸		<i>Min undersøkelse</i>	
	Fast bosted hos mor	Fast bosted hos far	Fast bosted hos mor	Fast bosted hos far
Barn < 7 år	61,9 %	38,1 %	58,3 %	41,7 %
Barn 7-11 år	26,9 %	73,1 %	81,8 %	18,2 %
Barn > 12 år	25 %	75 %	28,6 %	71,4 %

Den største forskjellen ser vi for barn i alderen 7 til 11 år. Ut fra min undersøkelse får denne gruppen barn betydelig oftere fast bosted hos mor enn hos far nå, enn i 1984.

Tabell 16: Oversikt over dissens og uttrykk for tvil over resultatet.⁹⁹

	<i>Skjørtens undersøkelse</i> ¹⁰⁰	<i>Min undersøkelse</i>
Dissens	11,6 %	8,7 %
Tvil	26,4 %	21,7 % ¹⁰¹
Verken dissens eller tvil	62 %	73,9 %

⁹⁸ Se Sandberg (1990) s. 48.

⁹⁹ Sandberg undersøkte ikke dette for sine lagmannsrettsdommer.

¹⁰⁰ Se Skjørten (2005) s. 45.

¹⁰¹ Tallet inkluderer en dom der det også er dissens.

Tabell 17: Er resultatet i lagmannsretten likt resultatet for tingretten?

	<i>Skjørtens undersøkelse</i> ¹⁰²				<i>Min undersøkelse</i>			
	Mor	Far	Delt søskenflokk	Delt bosted	Mor	Far	Delt søskenflokk	Delt bosted
Resultat <i>tingretten</i>	39,5 %	54,3 %	5,4 %	0	60,9 %	34,8 %	0	4,3 %
Resultat <i>lagmannsretten</i>	48,8 %	44,2 %	7 %	0	52,2 %	43,5 %	0	4,3 %

Tallene viser at lagmannsretten i 2011 omgjorde flere av dommene fra tingretten i favør av far. I tidsrommet 1998-2000 var tendensen motsatt. Flere dommer ble da omgjort til fordel for mor.

8.3. Hovedmomenter i lagmannsrettens vurderinger

I Skjørtens undersøkelse skilte hun mellom dommer der det er ett argument som tillegges avgjørende vekt, og dommer der flere argumenter ligger til grunn for avgjørelsen. Jeg har også her prøvd å gjøre det for best å kunne sammenlikne undersøkelsene. Her er det litt vanskeligere å sammenligne med Sandbergs undersøkelse da hun ikke skrev så mye om hva som var hovedargumentene.

I Sandbergs undersøkelse var *risikoen ved miljøskifte* et av de hensynene som ble oftest nevnt, og det var et tungtveiende argument.¹⁰³ *Stabilitet* var også relativt ofte brukt.

Omsorgsmulighetene fremover ble vurdert, og Sandberg så tendenser til at redusert arbeidstid hos den som hadde omsorgen, var en fordel. Den andre tendensen var at det var en fordel for far å ha andre kvinner i huset som kunne ta seg av barna når han var på jobb.¹⁰⁴ Disse tendensene så jeg ikke noe til i min undersøkelse. Jeg har inntrykk av at lagmannsretten oftere nå enn på midten av 1980-tallet, går inn og vurderer *foreldrenes personlige egenskaper*.¹⁰⁵

Hensynet til hvem som hadde den faktiske omsorgen under samlivet var lite brukt, også i dommene i Sandbergs utvalg.

¹⁰² Se Skjørtens (2005) s. 42. I en av dommene til Skjørtens omhandlet ikke saken spørsmål om fast bosted ved behandlingen for tingretten.

¹⁰³ Se Sandberg (1990) s. 69 og s. 108.

¹⁰⁴ Se Sandberg (1990) s. 77-79.

¹⁰⁵ Se Sandberg (1990) s. 81.

I Skjørten's undersøkelse bygget litt over halvparten av de 129 dommene på ett utslagsgivende moment. I over halvparten av disse, var det *hensynet til status quo* som ble avgjørende. Deretter kom *stabilitet og forutsigbarhet, personlige egenskaper ved omsorgspersonene og barnets ønske*, uten at Skjørten nevner noen tall.¹⁰⁶

Litt under halvparten av dommene i Skjørten's undersøkelse hadde flere argumenter til grunn for avgjørelsen. Her var *status quo* og *personlige egenskaper* mest dominerende. Så kom *stabilitet og forutsigbarhet* og *barns følelsesmessige tilknytning*, deretter *hvem som hadde hovedomsorgen under samlivet* og *best samlet foreldrekontakt*. Øvrige nevnte argumenter var *hensynet til ikke å splitte søsken, barnets ønske og barnets behov for kjønnsidentifikasjon*.¹⁰⁷

I min undersøkelse var det 6 dommer (26,1 %) der det var ett argument som ble tillagt avgjørende vekt. I 2 av disse var *status quo* avgjørende (LF-2011-107860 og LH-2011-116672) og i 2 dommer var *stabilitet og trygghet* hovedargumentet (LF-2011-47277 og LA-2011-43432). I LF-2011-3752 var *barnets ønske* avgjørende, og *foreldrenes personlige egenskaper* avgjorde saken i LB-2010-168902.

I min undersøkelse var det 17 dommer (73,9 %) der flere argumenter ble lagt til grunn for avgjørelsen. De momentene som oftest var brukt som grunnlag for avgjørelsen her, var *foreldrenes egenskaper* i 9 dommer, *stabilitet og trygghet* i 6 dommer, *hensynet til status quo* og *barnets ønske* i 3 dommer, og *hensynet til hvem som best skjermer barnet mot voksenkonflikten* og *best samlet foreldrekontakt* i 2 dommer.

Alt i alt har de relevante momentene i barnefordelingssakene stort sett vært de samme de siste tiårene. Jeg kan se antydninger til at stabilitet og foreldrenes personlige egenskaper har kommet sterkere inn i lagmannsrettens vurderinger, og at status quo-hensynet er blitt noe svekket.¹⁰⁸

8.4. Bruk av hensynet til barnets følelsesmessige tilknytning i saker som omhandler små barn

Når det gjelder små barn er det ikke enkelt å skille mellom hensynet til barnets følelsesmessige tilknytning og hensynet til status quo. Barna vil gjerne ha størst følelsesmessig tilknytning til den forelderen de har bodd hos.

¹⁰⁶ Se Skjørten (2005) s. 47.

¹⁰⁷ Se Skjørten (2005) s. 48.

¹⁰⁸ Skjørten peker også på at miljøskifteargumentet var noe svekket siden Sandbergs undersøkelse, se Skjørten (2005) s. 136.

I min undersøkelse ble hensynet brukt i 10 av 11 saker som omhandlet barn under 7 år. I Sandbergs undersøkelse ble hensynet vurdert av retten i 11 av 22 underrettsavgjørelser som dreide seg om minst ett barn under 7 år. Dette inkluderte et par dommer der hensynet var noe vagere angitt.¹⁰⁹ Der argumentet ble nevnt og gikk i favør av den ene forelderen, ble barnet plassert hos denne. Dette gjelder for begge undersøkelsene. Det er likevel vanskelig å si hvor stor vekt argumentet har hatt i den enkelte sak. Sandberg peker på noe som kan sies å stemme generelt når man ser på dommernes vurderinger: Det er vanskelig å si om beskrivelsen stemmer med realiteten.¹¹⁰ Av de 11 sakene der hensynet ikke er tatt med, var det 5 midlertidige avgjørelser. I de siste 6 dommene var det referert til hva de sakkyndige sa om tilknytningen, men uten at domstolen gjorde det til del av sin argumentasjon.

Skjørten så på alle sakene under ett, og skilte ikke på sakene ut fra barnas alder. I hennes undersøkelse ble følelsesmessig tilknytning drøftet i nesten to tredjedeler av sakene, og retten fant svært sjelden at hensynet ikke kunne tillegges vekt.¹¹¹

Dette hensynet blir veldig ofte drøftet i saker som omhandler små barn, og min undersøkelse kan tyde på at det blir oftere drøftet nå enn lagmannsretten gjorde i midten av 1980-tallet.

8.5. Hensynet til kjønnsidentitet

I Sandbergs undersøkelse ble hensynet til kjønnsidentitet nevnt i 2 av lagmannsrettsdommene.¹¹² Begge dommene omhandlet jenter. Det var ingen særtrekk ved disse dommene. Sandberg peker på at hensynet ble brukt ganske tilfeldig, og at det ikke er entydige meninger innenfor psykologien.

I Skjørtens undersøkelse ble hensynet nevnt i 12 dommer. Barnets kjønn ble av retten funnet å være ikke relevant like ofte som at det måtte tillegges vekt. Hensynet ble tillagt vesentlig vekt i én sak. Der det ble funnet relevant, ble søsken ofte splittet.¹¹³ Skjørten hentyder at “hensynet til barnets kjønn er på vei ut som normativt grunnlag for vurderinger av barnets beste”.¹¹⁴

Ut fra min tabell 1 (Oversikt over barnas kjønn og plassering hos mor eller far) under punkt 3.1., og at hensynet til kjønnsidentitet kun ble nevnt i én av mine dommer og der ikke funnet

¹⁰⁹ Se Sandberg (1990) s. 54-56.

¹¹⁰ Se Sandberg (1990) s. 55.

¹¹¹ Se Skjørten (2005) s. 71.

¹¹² Se Sandberg (1990) s. 81-82.

¹¹³ Se Skjørten (2005) s. 91-93.

¹¹⁴ Se Skjørten (2005) s. 139.

relevant, ser det ut som at hensynet ikke lenger kan sies å være et relevant moment i barnefordelingssaker.

8.6. Deling av søsken

I de sakene som omhandlet mer enn ett barn i Sandbergs undersøkelse, ble ikke søsknene splittet. I enkelte tilfeller fikk barna fast bosted hos den andre forelderen, mens søsken som stod utenfor saken bodde hos den andre. I disse tilfellene hadde søsknene allerede bodd hos hver sin forelder. Foreldrene var også ofte enige om at søsknene ikke skulle splittes.¹¹⁵

Det ser ut som at normen om ikke å dele søsken, var noe svekket da Skjørten foretok sin undersøkelse.¹¹⁶ Her ble resultatet at søsken ble delt i 16 % av de sakene som omfattet mer enn ett barn. Der det ble splitting, foretok lagmannsretten grundig avveining om hvorfor. Skjørten viser til at motstående hensyn for eksempel kan være følelsesmessig tilknytning og barnas ønsker. I dommene der barna ble delt, hadde flere av barna uttrykt et ønske om deling.

I min undersøkelse ble det som nevnt ikke deling av søsken i noen av de åtte sakene med flere enn ett barn.

Resultatet kan tyde på at hensynet til ikke å dele søsken fortsatt står sterkt, og mulig sterkere nå enn siden Skjørtens undersøkelse.

8.7. Hindring av samvær og hensynet til best samlet foreldrekontakt

Det ble i Sandbergs undersøkelse hevdet i 2 dommer at den som barna bodde hos la hindringer i veien for gjennomføring av samværsretten, men dette ble ikke godtatt av retten. Retten mente at det var barna selv som var motvillige.¹¹⁷ Sandberg peker på at det er tre spørsmål som reiser seg når det er snakk om hindring av samvær. Det første er om det er forelderen eller barnet som er grunn til at samværet ikke gjennomføres. Det andre er om barnets eventuelle negative holdning til samvær skyldes bostedsforelderen eller forholdet med samværsforelderen. Disse spørsmålene kan være vanskelige bevisspørsmål. Det tredje spørsmålet er om hva som skal vektlegges sterkest av hensynet til best mulig samlet foreldrekontakt, og barnets mening og ønske. Sandberg viser til at det også kan være andre grunner enn samværs sabotasje som aktualiserer hensynet til best samlet foreldrekontakt, som for eksempel arbeidstid.

¹¹⁵ Se Sandberg (1990) s. 49 og s. 82-83. Her peker Sandberg også på visse tilfeller der hensynet kan fravikes.

¹¹⁶ Se Skjørten (2005) s. 139-140.

¹¹⁷ Se Sandberg (1990) s. 72-74.

Hensynet til best samlet foreldrekontakt ble tillagt vekt i 10 % av sakene i Skjørten's undersøkelse, og utslagsgivende i 3 av sakene.¹¹⁸ I alle de 3 sakene var det tidligere sabotasje av samvær som var begrunnelsen for at hensynet til best samlet foreldrekontakt var til fordel for den ene forelderen. Den ene forelderens generelle fiendtlige innstilling overfor den andre, var en annen begrunnelse som ble brukt.

Hensynet til best samlet foreldrekontakt nevnes i nesten halvparten av dommene fra 2011. Det har festet seg som et relevant og viktig argument, men det er ikke blitt slik at det trumfer alle andre hensyn.

8.8. Nevnes hvem av foreldrene som skjermer for foreldrekonflikten?

Sandberg nevner ikke argumentet om hvem som best skjermer barnet fra foreldrekonflikten.

Skjørten skriver kun generelt om dette hensynet og psykologisk forskning, men nevner ikke dette under domsanalysen.¹¹⁹

I henhold til min undersøkelse, ser det ut som at argumentet om hvem av foreldrene som best skjermer barnet fra konflikten, er et argument som lagmannsretten nå ofte tar i bruk i barnets beste-vurderingen.

8.9. Hvordan behandles sakkyndighetsvurderinger?

Sandberg valgte å holde sakkyndighetsvurderingene utenfor.¹²⁰ I Skjørten's undersøkelse var det oppnevnt sakkyndig i litt over halvparten av dommene. I 20 % av sakene der det var oppnevnt sakkyndig, gikk domsutfallet mot den sakkyndige anbefaling.¹²¹

Ut fra min undersøkelse, benyttes sakkyndighetsvurderinger nå i de aller fleste saker, og lagmannsretten dømmer ofte i henhold til disse vurderingene.

8.10. Blir barnet hørt i større eller mindre grad nå enn tidligere?

I Sandbergs undersøkelse ble samtlige av de ti barna over 12 år hørt, og det var kun én dom mot barnets mening. 20 av 37 (54,1 %) barn i aldersgruppen 7-11 år fikk uttrykke sin mening. Kun fire av disse fikk dom mot sine ønsker. I tillegg hadde flere barn fått mulighet til å uttale seg, men ikke gitt uttrykk for noen mening. Når det gjaldt barna under 7 år, hadde én fått

¹¹⁸ Se Skjørten (2005) s. 100-104.

¹¹⁹ Se Skjørten (2005) s. 154-156.

¹²⁰ Se Sandberg (1990) s. 16.

¹²¹ Se Skjørten (2005) s. 43.

uttale seg, men meningen ble ikke tillagt vekt. Den sakkyndige i denne saken hadde uttalt at man ikke kunne ta en 6-årings verbale utsagn på alvor.¹²²

Halvparten av barna på 7 til 11 år i Skjørtens undersøkelse fikk uttale seg. Av de som hadde klare ønsker, var det 20 % som fikk en dom mot sitt ønske. Det hadde ikke vært noen økning i høring av barn fra Barnekonvensjonen kom og fram til Skjørtens undersøkelse.¹²³

Min undersøkelse viser at så og si alle barn over 7 år i dag får anledning til å uttale seg. For halvparten av dem som ønsket å uttale seg, ble resultatet i samsvar med barnets ønske.

Etter at aldersgrensen for barns rett til å uttale seg ble senket fra 12 til 7 år, jfr. bl. § 31 annet ledd, får flere barn anledning til å si sin mening i barnefordelingsaker.¹²⁴ De blir likevel ikke “hørt” i større grad enn før, i den forstand at de får sitt ønske oppfylt.

¹²² Se Sandberg (1990) s. 63-66.

¹²³ Se Skjørtten (2005) s. 148.

¹²⁴ Loven ble endret ved lov nr. 40/2003.

9. Avsluttende vurderinger

Innholdet i barnets beste-vurderingen kan endre seg ut fra hva som til enhver tid anses som det beste for barn. Som mitt resultat i punkt 8 viser, har de relevante momentene de siste ti årene stort sett vært de samme. Det kan spores visse endringer i vektleggingen av de ulike momentene. I tillegg kan det se ut som at nye hensyn er på vei inn i vurderingen. Et av de punktene jeg undersøkte var i hvor stor utstrekning det blir vektlagt hvem av foreldrene som er best i stand til å beskytte barnet mot konsekvensene av den pågående voksenkonflikten. Trude Haugli fant, i sin undersøkelse fra 2002, flere saker der det ble lagt avgjørende vekt på dette hensynet.¹²⁵ Dette ser ut til å være et argument som er på vei inn gjennom underrettspraksis, men som ennå ikke er kommet til Høyesterett. Ved å skjerme barnet mot voksenkonflikten, viser foreldrene at de kan sette barna foran seg selv og konflikten. Når saken har kommet så langt som til lagmannsretten, kan man anta at det er høyt konfliktnivå mellom foreldrene. Ved å legge vekt på dette argumentet tas det hensyn til barnets psykiske helse. Barn tar skade av store konflikter mellom foreldrene. “Det er godt dokumentert at vedvarende konflikter mellom foreldrene etter skilsmissen tar oppmerksomheten bort fra barnas behov og reduserer deres livskvalitet og utviklingsstøtte.”¹²⁶

Delt bosted har kommet inn som en snever unntaksregel. Ut fra undersøkelser er det vist at delt bosted etter foreldrenes samlivsbrudd, kan være bra for barnet, men at det også for noen barn er en problematisk ordning.¹²⁷ Som min undersøkelse viser, er det ofte ikke aktuelt å idømme delt bosted på grunn av foreldrenes høye konfliktnivå. Men det at muligheten er der, åpner for at det i de tilfeller der delt bosted virkelig er til barnets beste, skal ikke dette barnet måtte nøye seg med det nest beste. Lovgiver har også gitt sterke føringer for hvilke kriterier som må være oppfylt for å kunne idømme delt bosted. Regelen er ennå ny, og det er vanskelig å si noe om hvor mye den vil bli brukt. Ut fra min undersøkelse ser det ut som at den oppfyller sitt formål om å være en snever unntaksregel. Det kan diskuteres om lagmannsretten gjorde rett i å idømme delt bosted i LH-2011-85527. I henhold til kriteriene må foreldrene kunne samarbeide godt om barnet.¹²⁸ I lagmannsrettens vurderinger står det at barna måtte forholde seg til uenighetene om grensesetting uansett om resultatet hadde blitt delt bosted eller fast bosted hos én av foreldrene. Man kan argumentere med at når saken har kommet så

¹²⁵ Se Haugli (2007) s. 366.

¹²⁶ Se Kirsti R. Haaland, *Barnet i skilsmissen: Et barneperspektiv på familieomforming*, Oslo 2002 s. 33.

¹²⁷ Se Kristin Skjørten, Rolf Barlinhaug og Hilde Lidén, *Delt bosted for barn*, Oslo 2007 s. 264. Det bør nevnes at det bare var delt bosted som *frivillig* løsning som ble undersøkt, og ikke delt bosted pålagt mot en av partenes ønske.

¹²⁸ Se Ot.prp. nr. 104 (2008-2009) s. 72.

langt som til lagmannsretten, må uenighetene mellom foreldrene være såpass store at delt bosted uansett ikke kan være til barnets beste. På den annen side kan man si at selv om bestemmelsen om delt bosted skal være en snever unntaksregel, bør en komme inn på og eventuelt vurdere dette som en løsning dersom det tidligere er praktisert delt omsorg. Det må vurderes om barnets ønske og andre relevante argumenter taler for en slik løsning. Når det er åpnet for delt bosted, om enn som en snever unntaksregel, mener jeg at lagmannsretten bør komme inn på denne bestemmelsen og eventuelt raskt slå den fra seg dersom delt bosted klart ikke er til barnets beste.

Er barnet synlig i lagmannsrettens vurderinger? De 3 dommene der jeg ikke fant noen som helst beskrivelse av barnet, er dommer der det ser ut som at lagmannsretten ikke har vært i tvil om avgjørelsen. Jeg kan ikke se at retten her har vært uforsvarlige. Det er ellers et gjennomgående trekk ved dommene fra 2011 at retten skriver i vurderingen om det er forhold som gjør at barnet er spesielt sårbart, og om hvordan barnet fungerer i miljøet rundt seg.

Ved at prinsippet om at barnet skal bli hørt er lovfestet, gir det en klar føring for dommere i barnefordelingssaker. Det stemmer overens med regelen i bl. § 31 at så å si alle barna over 7 år fikk lov til å uttale seg i dommene fra 2011. For halvparten av de som ønsket å uttale seg, ble resultatet i samsvar med barnets ønske. Det er ikke dermed sagt at det var barnets ønske som var avgjørende. Det ser ut til å være avgjørende at også de andre argumentene i hovedsak støtter opp om barnets ønske for at det skal tillegges vekt. I enhver dom bør det fremkomme at barnet har fått anledning til å uttale seg (i den grad barnet er i stand til å danne seg egne synspunkter), hva barnet har uttrykt og grunner til at barnets ønsker eventuelt ikke tillegges særlig vekt. Det kan finnes motforestillinger her, blant annet at barnet pålegges ansvar for resultatet. Barn i slike saker står ofte i en lojalitetskonflikt, og kan ha vanskeligheter med ”å velge” mellom mor og far. Barnets rett til å bli hørt kan da komme i konflikt med barnets beste.

En interessant ”oppgivelse” ved undersøkelsen var hvilken betydning eventuelle nye samlivspartnere så ut til å ha på resultatet.¹²⁹ Det kan tyde på at far står sterkere dersom han har andre mulige omsorgspersoner rundt seg, men at dette ikke har noen stor betydning for mor. Der hadde det vært interessant å se på et større utvalg av dommer. Dersom dette er et gjennomgående trekk ved barnefordelingssakene, kan det være grunn til å spørre om man har nådd målet om å likestille foreldrene.

¹²⁹ Se tabell 10, 11 og 12 i punkt 4.7. i avhandlingen.

De 23 dommene fra 2011 er et betydelig lavere tall enn de 129 dommene fra 1998-2000 i Skjørten's undersøkelse og de 57 dommene i Haugli's undersøkelse fra 2002. Det er en stor nedgang i antall dommer per år. Dette viser at selv om et stadig økende antall saker kommer for tingrettene, løses de færreste sakene med dom. Dette kan være et resultat av den nye prosessen med mekling og forlik.¹³⁰

Over 21 000 barn berøres av samlivsbrudd hvert år. De fleste foreldre blir enige om bosted hos mor.¹³¹ For domstolene er det større likhet i fordeling av bosted hos mor og far. Det er vanskelig å si hvorfor det er så store forskjeller på hva som skjer i og utenfor retten. Haugli peker på at det kanskje kan være at det bare er de "beste" fedrene som får sine saker behandlet i lagmannsrettene.¹³² Dersom man sammenligner resultatet av undersøkelsene, har utviklingen gått fra at far fikk omsorgen for barnet i 58,8 % av sakene (i 1984) til 43,5 % (i 2011). Det kan være et tilfeldig utviklingstrekk. En annen forklaring kan være at det rett etter at barneloven kom var større fokus på å vike bort fra morspresumsjonen.

Henviser lagmannsretten til de aktuelle artiklene i BK og EMK? Det ble referert til BK art 3 nr. 2 (beskyttelse for psykisk helse) i LB-2010-168902. Det var fare for barnets psykiske helse pga. samspillet med mor og mors mangel på å ivareta barnets behov. Det er flere artikler i BK og EMK som er aktuelle å benytte i barnefordelingssaker. BK kom etter Sandberg's undersøkelse i 1984. Skjørten nevner heller ikke BK i særlig grad. Det er interessant å se hvor lite konvensjonene blir nevnt i lagmannsrettspraksis. På den annen side presumeres det at disse er i samsvar med norsk lov, og det er kanskje derfor de ikke nevnes oftere enn de gjør.

Undersøkelsen min viser at sakkyndig bistand i stor grad blir benyttet av lagmannsretten i barnefordelingssaker, og oftere nå enn tidligere. Grethe Nordhelle peker på at det kan få alvorlige konsekvenser for barn dersom det presses igjennom en konklusjon fra den sakkyndige, og barnet havner hos feil omsorgsperson.¹³³ I henhold til forarbeidene vil sakkyndige "uansett måten mandatet er utformet på ha et selvstendig ansvar for å begrense

¹³⁰ Loven ble endret ved lov nr. 40/2003. Om farene ved å presse partene til å inngå forlik, se Grethe Nordhelle, "Praktiseringen av sakkyndighetsarbeid i barnefordelingssaker – til barnas beste?", *Tidsskrift for Familierett, arverett og barnevernsrettslige spørsmål*, 2011 nr. 3 s. 176-197 (s.181). Heretter Nordhelle (2011).

¹³¹ Se Ot.prp. nr. 29 (2002-2003) s. 12.

¹³² Se Haugli (2007) s. 354.

¹³³ Se Nordhelle (2011) s. 194.

seg til vurderinger og konklusjoner knyttet til egen fagkompetanse”.¹³⁴ Det kan være at den sakkyndige har begrenset tid til å observere partene.¹³⁵

I NOU 2003: 31 vises det til forskning over hvilke skadevirkninger barn kan få ved å vokse opp i en familie med vold.¹³⁶ Ut fra min undersøkelse kan det spørres om domstolene har tatt inn over seg ny kunnskap om skadevirkningene for barn ved å være vitne til vold. Et annet interessant tema, som jeg ikke har mulighet til å diskutere nærmere her, er om det faktisk er og bør være et krav om sannsynlighetsovervekt for at en av foreldrene har vært/kan komme til å bli voldelig, for at dette skal kunne legges til grunn for vurderingen.¹³⁷ Høyesterett var tydelig i sin sak da de i Rt. 1989 s. 320 uttalte at det “overhodet ikke kan tas noen risiko i et slikt forhold”.¹³⁸

Hvordan stemmer lagmannsrettens vurderinger overens med de nyeste dommene i Høyesterett? Ved å se kun på de tre dommene jeg har beskrevet i punkt 2.4.1 til 2.4.3, kan det se ut som at hensynet til barnets ønske står noe sterkere i Høyesterett enn det gjør for lagmannsretten. Dette kan være et argument for å tillegge barnets ønske større vekt i lagmannsretten, særlig dersom barnets ønske fremstår som klart og reelt.

Ved anke til Høyesterett gjelder tvisteloven kapittel 30. 10 av dommene i mitt utvalg (43,5 %) ble påanket til Høyesterett, og samtlige anker ble forkastet. Ankefrekvensen har økt siden Hauglis undersøkelse i 2002.¹³⁹ Nesten halvparten slår seg nå ikke til ro med lagmannsrettens avgjørelse. Dette kan tyde på at konfliktene ikke er over etter lagmannsrettens dom.

¹³⁴ Se Ot.prp. nr. 29 (2002-2003) s. 44.

¹³⁵ Se Nordhelle (2011) s. 185.

¹³⁶ Se NOU 2003: 31 Retten til et liv uten vold s. 63.

¹³⁷ For mer om disse temaene, se Mons Oppedal, “Vold og seksuelle overgrep som argument i avgjørelser etter barneloven”, *Tidsskrift for Familierett, arverett og barnevernsrettslige spørsmål*, 2008 nr. 2 s. 107-122.

¹³⁸ Se min avhandling i punkt 2.3.3.

¹³⁹ Se Haugli (2007) s. 355. En tredjedel av sakene fra 2002 ble anket.

10. Kilder

Lover:

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

Lov 22. april 1927 nr. 3 om vergemål for umyndige

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

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

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

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

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

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

Konvensjoner:

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

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

Forarbeider m.m.:

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

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

NOU 1998: 17 Barnefordelingssaker - avgjørelsesorgan, saksbehandlingsregler og delt bostad

NOU 2003: 31 Retten til et liv uten vold

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

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

Ot.prp. nr. 29 (2002-2003) Om lov om endringer i barneloven mv. (Nye saksbehandlingsregler i barnefordelingssaker for domstolene mv.)

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

Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) Om lov om endringer i barnelova mv. (omfang av samvær, styrking av meklingsordningen, tiltak for å beskytte barn mot overgrep, foreldreansvar etter dødsfall, tilbakebetaling av barnebidrag mv.)

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

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

Høyesterettspraksis:

Rt. 1953 s. 1374

Rt. 1964 s. 1384

Rt. 1966 s. 1301

Rt. 1973 s. 1001

Rt. 1982 s. 116

Rt. 1983 s. 117

Rt. 1984 s. 728

Rt. 1985 s. 467

Rt.1989 s. 320

Rt. 1993 s. 1165

Rt. 1996 s. 420

Rt. 2005 s. 682

Rt. 2007 s. 376

Rt. 2010 s. 216

Lagmannsrettspraksis:

RG 2011 s. 490 (Frostatning)

LB-2010-2382

LE-2010-171454

LG-2010-83078

LH-2010-141268

LB-2010-168902

LH-2010-192543

LB-2011-3558

LG-2010-93083

LH-2009-95859

LF-2011-3752

LB-2010-199123

LF-2011-11564

LF-2011-47277

LA-2011-43432

LB-2010-203493

LF-2011-41147

LH-2011-85527

LF-2011-97367

LF-2011-107860

LH-2011-115242

LH-2011-11672

LB-2011-100606

Litteratur:

Bøker:

Andenæs, Mads Henry, *Rettskildelære*, 2. utgave (Oslo 2009).

Backer, Inge Lorange, *Barneloven: kommentarutgave*, 2. utgave (Oslo 2008).

Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. utgave (Oslo 2001).

Høstmelingen, Njål, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg, *Barnekonvensjonen: Barns rettigheter i Norge*, 2. utgave (Oslo 2012).

Haaland, Kirsti R., *Barnet i skilsmissen: Et barneperspektiv på familieomforming* (Oslo 2002).

Kjølberg, Gunn Mari og Sigrid Redse Johansen, *Barnefordelingstvister: håndbok i barnerettslige emner* (Oslo 2006).

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

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

Skjørten, Kristin, Rolf Barlindhaug og Hilde Lidén, *Delt bosted for barn* (Oslo 2007).

Smith, Lucy, *Foreldremyndighet og barnerett* (Oslo 1980).

Smith, Lucy og Peter Lødrup, *Barn og foreldre*, 7. utgave (Oslo 2006).

Artikler:

Haugli, Trude, "Bosted og samlet foreldrekontakt – betyr størst og mest det samme som best?", *Tidsskrift for Familierett, arverett og barnevernsrettslige spørsmål*, 2011 nr. 1 s. 38-55.

Haugli, Trude, "Det mangfoldige barnets beste" i *Bonus Pater Familias. Festskrift til Peter Lødrup 70 år*, Kirsti Strøm Bull, Viggo Hagstrøm og Steinar Tjomsland (red.) (Oslo 2002) s. 313-326.

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

Nordhelle, Grethe, "Praktiseringen av sakkyndighetsarbeid i barnefordelingssaker – til barnas beste?", *Tidsskrift for Familierett, arverett og barnevernsrettslige spørsmål*, 2011 nr. 3 s. 176-197.

Oppedal, Mons, "Vold og seksuelle overgrep som argument i avgjørelser etter barneloven", *Tidsskrift for Familierett, arverett og barnevernsrettslige spørsmål*, 2008 nr. 2 s. 107-122.

Rød, Per Arne, Tor-Johan Ekeland og Frode Thuen, "Barns erfaringer med konfliktfylte samlivsbrudd: Problemforståelse og følelsesmessige reaksjoner", *Tidsskrift for Norsk Psykologforening*, 2008 vol 45 nr. 5 s. 555-562.

Internettisider:

<http://www.ssb.no/barn/> (28.4.2012).

<http://www.ssb.no/barn/tab-2011-04-28-01.html> (28.4.2012).

http://www.ssb.no/emner/02/barn_og_unge/2011/familie/main.shtml (28.4.2012).

[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/af20808817648df4c12570fa002ba893/\\$FILE/G0545289.pdf](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/af20808817648df4c12570fa002ba893/$FILE/G0545289.pdf) (28.4.2012) (General guidelines regarding the form and content of periodic reports: 11/29/2005. CRC/C/58/Rev.1. (Basic Reference Document).).

Annet:

Jensen, An-Magritt og Sten-Erik Clausen, "Samvær og fravær. Foreldrenes kontakt med barn de ikke bor sammen med", *NIBR-Notat 1997: 103*.

Opplysninger fra Baard Marstrand, seniorkonsulent Domstoladministrasjonen, på e-post
26.1.2012.

Antall ord: 17 979