



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

Delt fast bosted etter barneloven § 36 andre ledd siste punktum

Betydningen av «særlege grunnar» i rettspraksis.

Julie Susanne Asheim

Masteroppgave i rettsvitenskap, JUR3902, mai 2022

Innholdsfortegnelse

1	Innledning	3
1.1	Tema og aktualitet.....	3
1.2	Problemstillingen	4
1.3	Rettskilder	4
1.4	Begrepsavklaringer	5
1.4.1	Foreldreansvar.....	5
1.4.2	Fast bosted	6
1.4.3	Delt fast bosted	7
1.4.4	Bostedsmyndighet.....	7
1.4.5	Samvær	8
1.4.6	Barnets beste	8
1.5	Avgrensninger.....	10
1.6	Framstillingen videre	10
2	Barneloven § 36	10
2.1	Barneloven § 36 første ledd – foreldrenes avtalefrihet.....	10
2.2	Barneloven § 36 andre ledd første punktum – domstolens kompetanse.....	13
3	Barneloven § 36 andre ledd siste punktum	15
3.1	Ordlyd og forarbeider	15
3.2	Forskningens inngangsvilkår	19
3.2.1	Nær geografisk avstand.....	22
3.2.2	Venner og fritidsaktiviteter	22
3.2.3	Samarbeid og konfliktnivå.....	23
3.2.4	Barnets trivsel	25
3.3	Inngangsvilkårenes vekt.....	26
3.4	Tilleggsvilkår	27
3.4.1	Domstolens konkrete vurdering.....	28

3.4.2	Domstolens overbevisning.....	29
3.5	Tilleggsvilkårenes vekt i forhold til inngangsvilkårene.....	31
3.6	Barnets alder som rettslig begrensning	32
4	Rettspraksis	34
4.1	Prejudikatverdien av rettspraksis	34
4.2	Fellestrekk for domsavgjørelsene	35
4.2.1	Borgarting lagmannsrett – LB-2021-76040.....	36
4.2.2	Eidsivating lagmannsrett – LE-2019-180323	39
4.2.3	Frostating lagmannsrett – LF-2017-4766	44
4.2.4	Oslo tingrett – TOSLO-2020-14430.....	47
5	Vurdering av bestemmelsen.....	49
5.1	Benytter domstolen seg av sin kompetanse?	49
5.2	Betydningen av «særlege grunnar» i rettspraksis	51
5.3	Er bestemmelsen i harmoni med Grunnloven og barnekonvensjonen?.....	53
6	Avslutning.....	54
6.1	Avsluttende betraktninger	54
	Referanseliste	56

1 Innledning

1.1 Tema og aktualitet

Denne masteroppgaven behandler domstolens adgang til å idømme delt fast bosted. I 2020 opplevde omtrent 25 000 barn at foreldrene gikk fra hverandre. Selv om tallene har vært synkende de siste årene, gjelder det en god andel av norske barn. Hele 25% av disse praktiserer delt fast bosted for barna.¹

I 2010 kom Barne- og likestillingsdepartementet frem til at delt fast bosted skulle være et alternativ i lovteksten.² Det innebærer at domstolen i over ti år har hatt kompetansen til å idømme delt fast bosted, dersom vilkåret «særlege grunnar»³ anses som oppfylt, jfr. barneloven § 36 andre ledd siste punktum.⁴

I et høringsnotat fra 2020, foreslås det imidlertid at vilkåret fjernes.⁵

Flertallet i utvalget mente at det var nødvendig å tilføye vilkåret om særlige grunner for at domstolen skulle bruke det som en snever unntaksregel, og ikke som hovedregel.⁶ Spørsmålet som foreligger er om vilkåret har blitt tolket for snevert, slik at for få barn har fått idømt den bostedsordningen som er det beste for barnet. Det diskuteres fremdeles om en slik bostedsordning bør være lovtekstens hovedregel og ikke en snever unntaksregel.

En annen lovendring som er av betydning er hvordan foreldreansvaret har gått fra å være mors ansvar alene dersom foreldrene ikke bor sammen, til som hovedregel å bli et felles ansvar.⁷ Det viser at samfunnet beveger seg mot likestilling mellom kjønnene, og et ønske om å likestille foreldre. Et godt eksempel på likestillingen er at det ikke skal foreligge noen forskjell på mor og far i forhold til barnet. Far skal ha de samme rettighetene som mor, ved å

¹Anonym, «Barn og samlivsbrudd», Bufdir, 23. mars 2015, https://www.bufdir.no/statistikk_og_analyse/oppvekst/familie_omsorg_og_relasjoner/barn_og_samlivs_brudd/ (lest 20. januar 2022).

²Ot.prp. nr.104 (2008-2009) Om lov om endringer i barnelova mv. (flytting, delt bosted, samvær, vold mv.) pkt. 8.4.3 avsnitt 4

³I denne oppgaven bruker jeg begrepene «særlege grunnar» og «særlige grunner» om hverandre, men med samme betydning.

⁴Lov 8.april 1981 nr.7 om barn og foreldre (barnelova eller bl.).

⁵NOU 2020:14 Ny barnelov til barnets beste.

⁶NOU 2008: 9 Med barnet i fokus – en gjennomgang av barnelovens regler om foreldreansvar, bosted og samvær, pkt. 10.4.5

⁷Fra 1. januar 2020 ble felles foreldreansvar hovedregelen.

få foreldreansvaret fra fødselen av. Dette styrkes i henhold til at flere fedre går rettens vei for å få delt fast bosted, eller fast bosted hos seg.⁸ Det er ikke noe automatikk i hvem av foreldrene som er best egnet til å oppdra barna, og dermed kan en se viktigheten av at domstolen har adgang til å idømme den bostedsordningen som er best egnet for det barnet saken gjelder.

Dersom foreldrene ikke kommer til enighet om barnets bosted før, under eller etter mekling, kan saken om bosted, samvær og foreldreansvar bringes inn for retten etter barnelovens regler.

Noen av spørsmålene som oppgaven søker svar på er hvilken betydning vilkåret om «særlege grunnar» har hatt de siste ti årene. Har det ført til noen begrensninger som lovgiver ikke hadde forutsett, ettersom det nå ønskes fjernet? Innebærer det at vilkåret ikke har hatt noen funksjon i forhold til forutsetningene i forarbeidene? Hvordan harmonerer vilkåret med Grunnloven og de internasjonale menneskerettighetene?

1.2 Problemstillingen

Problemstillingen som reises er hvordan domstolen benytter seg av kompetansen til å idømme delt fast bosted etter barneloven⁹ § 36 andre ledd siste punktum og domstolens tolkning og bruk av vilkåret «særlege grunnar». Formålet med oppgaven er å søke avklaring på hva som ligger i bl. § 36 andre ledd siste punktum og gjøre rede for det nærmere innholdet i bestemmelsen de lege lata ved å foreta en analyse og vurdering av rettsregelen.

1.3 Rettskilder

Etter innføringen av «særlege grunnar» i 2010, foreligger det rettspraksis hvor domstolen har brukt sin kompetanse og idømt delt fast bosted. For å innhente rettspraksis har jeg vært i kontakt med flere tingretter uten noe særlig hell, da de hevder at det ikke er mulig å gjøre så spesifikke søk i deres database.

⁸ Edvardsen, Ingvild, «Stadig flere får adresse hos far etter samlivsbrudd: - Et tema som skaper mye konflikt», 9. juli 2021, <https://www.nrk.no/norge/stadig-flere-far-adresse-hos-far-etter-samlivsbrudd--et-tema-som-skaper-mye-konflikt-1.15558242> (lest 12. mars 2022).

⁹ Heretter forkortet til bl.

Jeg har derfor brukt lovdata for å finne frem til rettspraksis som er relevant for denne oppgaven. Det foreligger ingen rettspraksis i Høyesterett hvor vilkåret «særlege grunnar» har vært prøvd. Det kan være mange ulike årsaker til det. Det er tidskrevende å fremme en sak for domstolen. Innen saken har vært behandlet i tingretten og lagmannsretten er barna blitt eldre og konflikten mellom foreldrene har kanskje i stor grad avtatt, eller foreldrene er utmattet av prosessen, som ofte pågår over tid i underinstansene. Belastningene ved å stå i en slik prosess kan også være en årsak til at en sak ikke bringes inn for høyeste rettsinstans. Barnas alder, og deres rett til å uttale seg, kan medføre at foreldrene ikke anker dersom barna saken gjelder har opprettholdt et tydelig standpunkt gjennom saken, og dette skal tillegges stor vekt ved domstolens avgjørelse, jfr. bl. § 31.

Det kan også bety at foreldrene slår seg mer til ro etter å ha vært innom to instanser, at avgjørelsen «føles» mer endelig, og det er greit å akseptere domstolens beslutning. Den negative siden ved at dette vilkåret aldri har blitt brakt inn for Høyesterett, er at det ikke foreligger noen prejudikater på hvordan disse vilkårene i forarbeidene skal tolkes.

Som følge av manglende praksis fra Høyesterett vil oppgaven i hovedsak basere seg på avgjørelser fattet i tingrett og lagmannsrett. I tillegg er det relevant og nødvendig å se hen til forarbeidene og NOU for å besvare oppgavens problemstilling.

1.4 Begrepsavklaringer

Det er naturlig å avklare noen sentrale og relevante begreper som anvendes i barneloven, forarbeidene og videre i oppgaven.

1.4.1 Foreldreansvar

Innholdet i foreldreansvaret er at den eller de som har foreldreansvaret har en plikt til å gi barnet omsorg og ta avgjørelser for barnets personlige forhold, jfr. bl. § 30 første ledd. En del av foreldreansvaret innebærer en plikt til å gi barnet forsvarlig oppdragelse og forsørge barnet, jfr. bl. § 30 andre ledd.

Foreldreansvaret skal utøves ut fra hva som er «barnet sine interesser og behov», jfr. bl. § 30 første ledd, se også tredje ledd. Barnets interesser og behov vil variere ut ifra blant annet barnets alder. For eksempel vil en treåring ha et annet behov for omsorg enn hva en femtenåring vil ha. Foreldreansvaret vil derfor variere i innhold og ansvar.

Foreldreansvaret for barnet reguleres av barneloven dersom foreldrene ikke har avtalt noe annet, jfr. bl. §§ 34 og 35, §§ 38 og 39. For alle barn som er født fra og med 1.januar 2020, har i utgangspunktet foreldrene felles foreldreansvar. Det betyr at de må være enige i viktige avgjørelser som angår barnet.¹⁰ Dette kan blant annet omfatte avgjørelser om flytting til utlandet og innmelding i trossamfunn. Felles foreldreansvar gjelder både barn som har gifte foreldre, samboende foreldre og foreldre som ikke bor sammen. Fra 1.januar 2006 fikk samboende foreldre automatisk felles foreldreansvar for barn født etter denne datoen. For barn som ble født utenfor samliv før 2020, hadde moren foreldreansvaret alene.¹¹

Ifølge NOU 2008: 9 skal begrepet foreldreansvar reflektere innholdet i relasjonen mellom et barn og dets opphav på en god måte. Foreldrene har grunnleggende plikt til å sørge for barnet, gjennom underhold, omsorg og på andre måter. Tilknyttet til denne plikten ligger det også en juridisk kompetanse til å bestemme over barnet, og det er denne funksjonen som står sentralt i barnelovens bruk av begrepet «foreldreansvar».¹²

1.4.2 Fast bosted

Fast bosted er når barnet bor fast hos en av foreldrene. Den forelderen som har barnet fast boende hos seg, er også den som har bostedsmyndighet for barnet.

Etter barnelovens kapittel 5 har foreldrene avtalefrihet til å bestemme om barnet skal ha fast bosted, hos en eller begge foreldrene. Fast bosted avgjør imidlertid ikke hvor mye tid barnet skal tilbringe med hver av foreldrene, men gir enten den ene forelderen eller begge foreldrene myndighet til å avgjøre for eksempel hvilken barnehage barnet skal gå i, jfr. bl. § 37. Et barn som har fast bosted hos en forelder, vil ha samvær med den andre forelderen med mindre det foreligger grunner til at det ikke skal utøves samvær. Fast bosted hos en forelder vil utelukke at det samtidig kan være delt fast bosted, jfr. punkt 1.4.3.

¹⁰ Anonym, «Foreldreansvar», Regjeringen, 2. februar 2022, <https://www.regjeringen.no/no/tema/familie-og-barn/innsiktsartikler/foreldreskap/foreldreansvar/id749199/> (lest 29. mars 2022).

¹¹ Anonym, «Foreldreansvar», Regjeringen, 2. februar 2022, <https://www.regjeringen.no/no/tema/familie-og-barn/innsiktsartikler/foreldreskap/foreldreansvar/id749199/> (lest 29. mars 2022).

¹² NOU 2008: 9 pkt. 5.3.

1.4.3 Delt fast bosted

Begrepet delt fast bosted fremgår verken i loven eller utvalgets lovforslag. Begrepet er likevel sentralt for en boform som innebærer at barnet bor hos begge foreldrene, og at begge foreldrene har del i bostedsmyndigheten.¹³

I bl. § 36 første ledd presiseres det at foreldrene kan avtale at barnet skal «bu fast hos begge», men i det daglige brukes gjerne «delt» bosted. Det er imidlertid ikke gitt at barnet bruker like mye tid hos hver av foreldrene, og foreldrene kan avtale en annen praktisk tidsfordeling enn 50/50.¹⁴ I de tilfeller hvor barnet har fast bosted hos begge foreldrene, brukes begrepet delt fast bosted eller delt bosted om hverandre, men som betegnelse på det samme.

1.4.4 Bostedsmyndighet

Begrepet bostedsmyndighet eller avgjørelsesmyndighet brukes om hverandre i både forarbeidene og i Norges offentlige utredninger (NOU), men har samme betydning.¹⁵ I henhold til bl. § 37 kan den av foreldrene som har barnet boende fast hos seg treffe avgjørelser som gjelder «vesentlige sider» av omsorgen for barnet, herunder «spørsmålet om barnet skal vere i barnehage, kor i landet barnet skal bu og andre større avgjerder om dagleglivet», jfr. bl. § 37.

Når barnet bor fast hos en av foreldrene vil det få konsekvenser for hvilken bostedsmyndighet den andre forelderen har. Den forelderen barnet bor fast hos vil ifølge bl. § 37 kunne ta avgjørelser på vegne av barnet, som den andre forelderen dermed ikke kan motsette seg. I utgangspunktet har det en naturlig og praktisk side at den som til enhver tid har barnet hos seg treffer de daglige avgjørelser om barnet.¹⁶

I all hovedsak er det bostedsmyndigheten som skiller om foreldrene har delt fast bosted eller fast bosted og samvær. Ifølge rettspraksis foreligger det ofte usikkerhet om en av foreldrene har flytteplaner, og det er dermed ofte grobunn for at den andre forelderen ønsker delt fast bosted eller fast bosted hos seg. Dersom bare den ene forelderen har bostedsmyndighet, kan

¹³ NOU 2020: 14 pkt. 6.5.4 s. 71.

¹⁴ NOU 2008: 9 pkt. 5.4 s. 34 og 35.

¹⁵ I denne oppgaven brukes begrepene «bostedsmyndighet» og «avgjørelsesmyndighet» om hverandre, men med samme betydning.

¹⁶ NOU 2008: 9 pkt. 8.1 s. 55.

denne forelderen flytte utenlands med barnet uten samtykke fra den andre forelderen, jfr. bl. § 40 første ledd.

1.4.5 Samvær

Samvær innebærer at barnet tilbringer bestemt fastsatt tid sammen med sine foreldre. Lovens prinsipielle utgangspunkt er at et barn har rett til samvær med begge foreldrene sine, selv om de lever hver for seg.¹⁷ Det foreligger et gjensidig ansvar for at samværsretten oppfylles. Det betyr at det er begge foreldrenes ansvar og plikt å følge opp at samværsretten følges, jfr. bl. § 42. Barnet har krav på omsorg og omtanke fra den som er sammen med barnet. Loven gir rom for at den forelderen som er sammen med barnet under samvær kan ta mindre viktige avgjørelser på vegne av barnet under samværet, jfr. bl. § 42 andre ledd.

Dette har en praktisk hensiktsmessig side for barnet. Eksempelvis vil være helt nødvendig at samværsforelderen er den som alene kan bestemme leggetider for barnet, når det er hos seg. I motsatt fall ville det kunne gi grobunn for konflikter mellom foreldrene om slikt, dersom den andre forelderen skulle involveres og konsulteres i det praktiske liv, mens barnet er hos samværsforelderen.

1.4.6 Barnets beste

Barnets beste er et rettslig prinsipp som skal sikre at barns interesser løftes frem og vektlegges når det tas stilling til spørsmål som har betydning for barnet. Barnets beste er et viktig prinsipp i FNs barnekonvensjon¹⁸, og så sent som i 2014 ble også dette prinsippet tatt inn i Grunnloven § 104¹⁹. Prinsippet bygger på en anerkjennelse av at barn kan være sårbare, og i en periode hvor foreldrene går gjennom et samlivsbrudd er det derfor ekstra viktig å verne om barnets interesser, og sørge for at disse ivaretas.²⁰

¹⁷ Anonym, «Samvær», Skilsmisse.net, u.å., <https://www.skilsmisse.net/barn/samvar.html> (lest 6. mars 2022)

¹⁸ Barne- og familiedepartementet, «FNs konvensjon om barnets rettigheter», s. 9 artikkel 3 https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/kilde/bfd/bro/2004/0004/ddd/pdfv/178931-fns_barnekonvensjon.pdf (lest 15. januar 2022)

¹⁹ Lov 17.mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov

²⁰ Vibeke B. Strand og Kjetil M. Larsen, «Barnets beste», Store norske leksikon, 30. mars 2021, https://snl.no/Barnets_beste (lest 15. januar 2022).

Barnets beste fremgår direkte av bl. § 48 første ledd, og har følgende ordlyd:

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

Paragrafens første ledd oppstiller flere avgjørelser som foreldrene har ansvar for, og som domstolen skal sørge for å ivareta. Det innebærer at alle slike avgjørelser alltid skal vurderes opp mot hva som er det beste for det enkelte barnet.

Spørsmålet er hva domstolene skal legge vekt på når de skal vurdere hva som er til barnets beste. For hva som er det beste for barnet må vurderes konkret opp mot de faktiske forhold i hvert enkelt tilfelle. Barnets beste avgjøres i stor grad etter en skjønnsmessig vurdering, men rettspraksis oppstiller en rekke momenter som er en viktig del av vurderingsgrunnlaget. Deriblant status quo-prinsippet som er hvordan situasjonen er nå og hvilken risiko det vil medføre med et eventuelt miljøskifte for barnet.

Et annet moment som rettspraksis oppstiller er hensynet til best samlet foreldrekontakt. Her skal det gjøres en vurdering om hvem av foreldrene som på best mulig måte kan ivareta samarbeidet og sørge for god kontakt mellom foreldrene. Ifølge utvalget i NOU 2008: 9 mente de at foreldrenes enighet oppfattes som å være til barnets beste.²¹ Dette kan være et problem i praksis. En kan tolke det slik at så lenge foreldrene blir enige om en bostedsordning, så er det ikke så viktig hvilken ordning de blir enige om. Derfor kan en sette spørsmålsteget ved om det er det beste for barnet.

I samtale med advokater som arbeider med barnerettssaker hevder de at de tidvis blir møtt med denne holdningen i domstolen, og hos den enkelte sakkyndige hvor et slikt syn ligger til grunn for mekling i domstolene. En konflikt mellom foreldrene er skadelig for barn, og at det beste er at foreldrene blir enige nesten uavhengig av hva de blir enige om. Dette kan i praksis

²¹ NOU 2008: 9 Vedlegg 1 Om begrepet «barnets beste», Synet på barn, s. 108 avsnitt 2

være vanskelige holdninger å bli møtt med, dersom en enighet under mekling ikke gjenspeiler den løsning som utpeker seg til det beste for barnet.²²

1.5 Avgrensninger

Masteroppgaven avgrenses mot regler i spesiallovgivningen, herunder blant annet de økonomiske konsekvensene som er knyttet til delt fast bosted. Det avgrenses også mot offentlig rett, blant annet barnevernrett og strafferett. De overnevnte forholdene kan være av betydning i barnefordelingssaker, men vil ikke behandles nærmere i oppgaven. Rettspraksis avgrenses til tidsperioden fra 2017 til 2021.

1.6 Framstillingen videre

For et helhetlig bilde av paragrafens omfang, er det sentralt og relevant å fremstille den i sin helhet. Første del av oppgaven vil dermed inneholde en redegjørelse av vilkårene i bl. § 36 første ledd og deretter § 36 andre ledd første punktum. Videre vil hovedtyngden være å gjøre rede for hva bl. § 36 andre ledd siste punktum inneholder, hva forarbeidene har uttalt og hvordan domstolene har anvendt bestemmelsen i praksis.

2 Barneloven § 36

2.1 Barneloven § 36 første ledd – foreldrenes avtalefrihet

Barneloven § 36 første ledd har følgende ordlyd:

Foreldra kan gjere avtale om at barnet skal bu fast hos begge eller hos ein av dei.²³

Bestemmelsen gir foreldrene en rettslig avtalefrihet til å bestemme hvor barnet skal bo fast, og lovteksten oppstiller to alternativer. Det kan avtales at barnet skal bo fast hos begge eller en av foreldrene. Det betyr at foreldrene gis adgang til å finne den bostedsordningen som fungerer for deres familie, og de kan avtale akkurat det de ønsker.

Kommer foreldrene frem til en bostedsordning selv, er det ingen som kan sikre at den valgte løsningen vil være til barnets beste, men foreldrene har et eksplisitt ansvar for å ivareta

²² Uttalelsen er gitt i et veiledningsmøte med advokat Lise Marthine Jensen, 21. februar 2022. Samtykke har blitt innhentet i privat e-postkorrespondanse, 26. april 2022.

²³ Lov 9.april 2010 nr.13: Lov om endringer i barnelova mv.

barnets interesser og behov etter bl. § 30 første ledd. Dermed må en ta utgangspunkt i at foreldrene klarer å ta hensyn til hva som er til barnets beste. Lovgiver har forutsatt at foreldrene ved avtalefrihet pålegges et selvstendig ansvar for å evne å ta hensyn til hva som er barnets beste, men det gir ingen garanti for barnet om at en løsning foreldrene avtaler faktisk er til barnets beste.

For å sikre den fulle avtalefriheten foreldrene har i bl. § 36 første ledd, mente flertallet i utvalget i NOU 2008: 9 at det ikke burde legges noen føringer i lovteksten. Den burde være nøytral og sidestille en løsning der barnet bor fast hos en av foreldrene med en løsning der barnet har delt fast bosted.

Foreldrenes første alternativ etter lovteksten er at de kan avtale at barnet skal ha delt fast bosted. Det innebærer at begge foreldrene har bostedsmyndighet, men kan ha ulik fordeling av tiden de er sammen med barnet, for eksempel kan tiden like gjerne deles 60/40 som 50/50. Dersom foreldrene avtaler delt fast bosted, så skal det ifølge forarbeidene foreligge gode forutsetninger for at de kan samarbeide om barnets daglige liv, og at de bor i nærheten av hverandre, slik at barnet så langt det er mulig kan beholde stabilitet i hverdagen.²⁴ Det skal legges vekt på hva foreldrene mener er til det beste for barnet.²⁵ Det ligger som et overordnet prinsipp at foreldrene skal handle på vegne av barnet, og at foreldrene ofte vet hva som er det beste for sitt barn. Likevel har barnet rett til å uttale seg om sine ønsker, og barnets ønsker skal tillegges vekt ut fra barnets alder og modenhet, jfr. bl. § 31.

Det andre alternativet lovteksten oppstiller, er at barnet kan bo fast hos en av foreldrene. Barnet bor fast hos en av foreldrene, og har som regel samvær med den andre forelderen som ikke har fast bosted. Det er i utgangspunktet ingen bestemte rammer for hvor mye samvær den andre forelderen skal ha. Foreldrene har avtalefrihet til å bli enige om en ordning som fungerer for dem.

Det settes som nevnt ingen begrensninger til samværsretten etter bl. § 43 første ledd, men «vanleg samværsrett» regnes som en ettermiddag i uken med overnatting, annen hver helg og

²⁴ Ot.prp. nr.104 (2008-2009) kapittel 14 til § 36 s. 73 avsnitt 2.

²⁵ Teigstad, Eirik, «Foreldretvist om barneloven § 36 med lovkommentarer». <https://www.foreldretvist.no/barneloven-36/> (lest 20. januar 2022).

til sammen tre uker i sommerferien, og annen hver høst-/jule-/vinter – og påskeferie, jfr. bl. § 43 andre ledd. Det betyr at den andre forelderens får samværsrett med barnet i nærmere fastsatt omfang.

I NOU 2020: 14 fremhevet et samlet utvalg at foreldrenes avtalefrihet var av særlig betydning. Muligheten til å selv vurdere hvor barnet skal bo, basert på en felles forståelse og enighet blant foreldrene, samt handlingsrom til å utarbeide tilpassede løsninger for hver enkelt familie, anses ifølge utvalget for å være til barnets beste.²⁶ Dermed var det viktig å beholde lovtekstens ordlyd om at foreldrene har avtalefrihet til å avgjøre hva som passer best i deres situasjon og for deres familie, og at det må forstås som lovens hovedregel.

Den forelderens som barnet bor fast hos, gis bostedsmyndighet og skal ta avgjørelser som dukker opp i dagliglivet til barnet, jfr. bl. § 37. Dette er i motsetning til den forelderens som har samværsrett med barnet. Dermed har det stor betydning om foreldrene inngår en avtale om delt fast bosted eller fast bosted og samvær²⁷, både for foreldrene og barnet. Valg av bostedsordning har stor betydning i følgende to sammenhenger: Det første er den umiddelbare og faktiske virkningen som gjelder spørsmålet om hvor mye tid barnet skal tilbringe sammen med den enkelte forelder. For det andre skal reglene i bl. § 37 om bostedsmyndighet, i utgangspunktet enten tillegges begge foreldrene ved delt fast bosted, eller til den ene forelderens som får fast bosted.

I NOU 2008: 9 reiste utvalget spørsmålet om bostedsmyndigheten ikke skulle være knyttet til en bostedsordning, men avgjøres særskilt.²⁸ Det er et interessant spørsmål om hvorvidt det kunne ha endret den rettspraksisen som foreligger nå. Dersom bostedsmyndigheten hadde vært tillagt begge foreldrene automatisk i lovteksten, kunne det medført mer rettspraksis. I noen tilfeller kan bostedsmyndigheten være den eneste årsaken til at foreldrene ikke ønsker delt fast bosted som ordning og at de derfor ikke benytter seg av avtalefriheten som lovteksten oppstiller.²⁹

²⁶ NOU 2020: 14 pkt. 11.3.4.3 s. 201.

²⁷ Teigstad, Eirik, «Foreldretvist om barneloven § 36 med lovkommentarer». <https://www.foreldretvist.no/barneloven-36/> (lest 20. januar 2022).

²⁸ NOU 2008: 9 pkt. 10.2 s. 71.

²⁹ Se pkt. 4.2.3 LF-2017-4766 som eksempel.

2.2 Barneloven § 36 andre ledd første punktum – domstolens kompetanse

Barneloven § 36 andre ledd første punktum har følgende ordlyd:

Er foreldra usamde, må retten avgjere at barnet skal bu fast hos ein av dei.

Bestemmelsen gir rettslige rammer for hva domstolen har adgang til å bestemme. I utgangspunktet skal domstolen bestemme at barnet skal ha fast bosted hos en av foreldrene. Ettersom foreldrene ikke har kommet til enighet om hvor barnet skal bo fast på egenhånd, kan det av hensyn til samarbeidet mellom foreldrene, og ikke minst av hensyn til barnet, være hensiktsmessig at barnet kun bor fast hos en av dem.³⁰

Dersom foreldrene ikke blir enige om hvor barnet skal bo fast, er det retten som skal avgjøre dette. Domstolene kan i dag treffe avgjørelser om at et barn skal ha fast bosted hos en av foreldrene mens den andre forelderen skal ha samvær.

For at domstolen skal kunne ta en avgjørelse om å idømme fast bosted hos en av foreldrene, foreligger det et vilkår om at en forelder eller andre enn foreldrene har reist sak i samsvar med bl. § 56 første ledd. Det er et vilkår at foreldrene må ha en gyldig meklingsattest, jfr. bl. § 56 andre ledd, dersom de skal kunne reise sak. Det foreligger et unntak ved midlertidige avgjørelser som haster, der det ikke kreves gyldig meklingsattest før ordinær stevning reises, jfr. bl. § 60. Videre foreligger det to forutsetninger for at saken skal bli prøvd rettslig, og det er at det må være uenighet og saksfremlegg. Det er her domstolen trer inn som avgjørelsesmyndighet.

Når en sak er reist i henhold til bl. § 56, skal domstolen avgjøre at barnet skal bo fast hos en av foreldrene, jfr. bl. § 36 andre ledd første punktum. Det oppstiller en hovedregel om fast bosted for barnet, hos en av foreldrene, basert på hva som er til barnets beste, jfr. bl. § 48. En slik domstolsavgjørelse vil i de aller fleste tilfeller være kombinert med samvær for den andre forelderen, jfr. bl. § 42.

³⁰ Teigstad, Eirik, «Foreldretvist om barneloven § 36 med lovkommentarer». <https://www.foreldretvist.no/barneloven-36/> (lest 20. januar 2022).

Undersøkelse av rettspraksis viser at det i mange tilfeller hvor særlig konfliktnivået mellom foreldrene er høyt, at domstolen idømmer fast bosted hos en av foreldrene og samvær med den andre. Det settes ingen begrensninger på hvor mye samvær domstolen kan gi. I utgangspunktet har domstolen adgang til å idømme en 50/50 ordning, bare at den ene forelderen har bostedsmyndigheten og den andre har samvær.

I HR-2020-1843-A kom retten frem til at selv om mor hadde brutt varslingsplikten etter bl. § 42 a, så skulle barna fremdeles ha fast bosted hos mor og samvær med far.³¹ Barna ytret ønske om å fortsette å bo hos mor, og retten la vekt på risikoen for miljøskifte dersom de skulle flytte til far. I tillegg ble det uttalt at bruddet på varslingsplikten ikke kunne føre til skifte av fast bosted, med mindre det ville være til barnas beste ut fra en konkret helhetsvurdering.³² Denne dommen viser hvordan domstolen kan bruke skjønn utover det å idømme fast bosted hos den ene forelderen etter bl. § 36 andre ledd første punktum.

Et annet eksempel er LB-2018-77957 hvor retten kom frem til at mor var den beste omsorgspersonen. Foreldrenes sterke konflikter og samarbeidsproblemer medførte at delt fast bosted var uaktuelt selv om alle praktiske forhold lå til rette for det. Dermed fikk mor fast bosted og far fikk samvær, henholdsvis en 72/28 ordning.³³ Dette innebærer at domstolen har adgang til å vurdere konkret i hver enkelt sak hvor mye tid barnet skal tilbringe hos begge foreldrene, basert på hva som er det beste for barnet. I lagmannsrettsdommen ble det lagt vekt på at barna skulle få muligheten til å falle til ro hos mor, og dermed ble fars samvær annen hver helg.³⁴

³¹ Norges Høyesterett – HR-2020-1843-A

³² Norges Høyesterett – HR-2020-1843-A

³³ LB-2018-77957 – Lagmannsrettens bemerkninger, fast bosted.

³⁴ LB-2018-77957 – Lagmannsrettens bemerkninger, fast bosted.

3 Barneloven § 36 andre ledd siste punktum

3.1 Ordlyd og forarbeider

Barneloven § 36 andre ledd siste punktum har følgende ordlyd:

Dersom det ligg føre særlege grunnar, kan retten likevel avgjere at barnet skal bu fast hos begge.

Ordlyden angir at domstolen kan bestemme at barnet skal ha delt fast bosted, dersom vilkåret særlege grunner foreligger. Lovteksten åpner opp for at domstolene skal kunne pålegge foreldrene å ha delt fast bosted for barnet, noe som innebærer at det kan være mot en, eller eventuelt begge, foreldres vilje. Domstolen kan avgjøre at foreldrene sammen skal ha avgjørelsesmyndigheten som ligger i det å ha barnet boende fast hos seg, den felles bostedsmyndigheten, jfr. bl. § 37.³⁵

Lovteksten gir ingen retningslinjer for hva som ligger i vilkåret særlege grunner.³⁶ I juridisk teori er ordlyden ansett som et typisk juridisk kriterium hvor en legger til grunn at retten har full prøvelsesrett.³⁷ Ordlyden særlege grunner gir i seg selv ingen føringer ut fra naturlig språklig forståelse, men det kan innebære at det må foreligge spesielle omstendigheter i saken. Det betyr at det må være noe særskilt som gjør at domstolen kan avgjøre at barnet skal ha delt fast bosted.

Det forstås som et overordnet prinsipp at domstolen ved å idømme delt fast bosted, skal legge avgjørende vekt på barnets beste, jfr. bl. § 48.³⁸ Spørsmålet er om vilkåret særlege grunner utgjør en vesensforskjell i vurderingen av barnets beste. Ved sammenligning av vilkåret «særlege grunnar» og domstolens plikt til å velge den bostedsordningen som er «best for barnet», jfr. bl. § 48, fremstår begrepsbruken «særlege grunnar» som noe strengere. Ordlyden

³⁵ NOU 2008: 9 pkt. 10.4.2 s. 75.

³⁶ Teigstad, Eirik, «Foreldretvist om barneloven § 36 med lovkommentarer». <https://www.foreldretvist.no/barneloven-36/> (lest 20. januar 2022).

³⁷ Jusinfo om «rettsanvendelsesskjønn». <https://jusinfo.no/forvaltningsrett/overproving-av-forvaltningens-skjonn/rettsanvendelsesskjonn/> (lest 09. februar 2022).

³⁸ Ot.prp. nr.104 (2008-2009) pkt. 8.4.3 s. 53 avsnitt 4.

gir uttrykk for at det skal noe mer til enn de momenter som inngår i vurderingen av barnets beste.

Dersom innholdet i vilkåret særlige grunner skulle vært det samme som i en vurdering av barnets beste, så kunne lovgiver utelatt begrepet på grunnlag av bl. § 48, og dermed henvist til bestemmelsen eller direkte til barnets beste. Dette taler for at særlige grunner skal utgjøre en vesensforskjell fra vurderingen av barnets beste.

En naturlig språklig forståelse av ordlyden «kan» er at domstolen er gitt en skjønnsfrihet til å vurdere om delt fast bosted skal idømmes. Hovedregelen er fast bosted etter bl. § 36 andre ledd første punktum, men retten kan likevel avgjøre delt fast bosted dersom vilkåret om særlige grunner er oppfylt, jfr. bl. § 36 andre ledd siste punktum. Delt fast bosted er dermed ett unntak fra hovedregelen om fast bosted.

Ved en streng ordlydsfortolkning av «særlege grunnar», tyder det på at unntaksregelen har et begrenset anvendelsesområde. I forarbeidene er det lagt til grunn at bl. § 36 andre ledd siste punktum er en «snever unntaksregel».³⁹

Unntaket skal regnes som snevert ettersom lovgiver oppstiller de rettslige vilkår som bare kan antas oppfylt i et begrenset antall saker. En snever unntaksregel kan derfor sies å være gitt for å sikre at det ikke skal forekomme uheldige resultater, der det kan tenkes at det rettslige vilkåret er oppfylt, dersom bestemmelsen anvendes i en så snever grad som forarbeidene uttrykker.

En av forutsetningene til flertallet i Barne- og likestillingsdepartementet var at det måtte foreligge et vilkår om «særlege grunnar» for at domstolen skulle idømme delt fast bosted. Det ble fremhevet at dersom foreldrene ikke har klart å komme til enighet på egenhånd, og har brakt barnefordelingssaken inn for retten, så kan det antas at konfliktnivået er høyt, og dermed vil ikke delt fast bosted være det beste for barnet. Mindretallet kom likevel til at det ikke kunne utelukkes at det i noen særlige tilfeller kunne være at delt fast bosted ville være det beste for barnet selv om foreldrene motsatte seg det.⁴⁰

³⁹ Ot.prp. nr.104 (2008-2009) kapittel 14 til § 36 s. 73 avsnitt. 2 første setning.

⁴⁰ Ot.prp. nr.104 (2008-2009) pkt. 8.4.3 s. 54 avsnitt 1.

Dette innebærer at domstolen må være overbevist om at å idømme delt fast bosted vil være til barnets beste. Videre presiseres det i forarbeidene at det ikke skal regnes som tilstrekkelig at begge foreldrene anses som like gode omsorgspersoner for barnet, eller at barnet er knyttet til begge foreldrene sine for å kunne idømme delt fast bosted.⁴¹

Mindretallet i NOU 2008: 9 mente at delt fast bosted burde gjøres til lovens utgangspunkt, og at det burde vært den automatiske bostedsordningen etter et samlivsbrudd, dersom noe annet ikke avtales mellom foreldrene.⁴²

Delt fast bosted og fast bosted hos den ene av foreldrene er likestilte alternativer etter loven, men plasseringen av fast bosted først og delt fast bosted sist, kan tolkes slik at fast bosted var en normalordning eller en prioritert løsning fremfor delt fast bosted. En slik oppfatning kan ikke ha vært lovgivers intensjon, fordi bestemmelsens innhold var at foreldrene skal ha adgang til å avtale den bostedsordningen de ønsker, og mener er best for barnet. Det foreligger ingen presumpsjon om at det ene alternativet er bedre enn det andre.⁴³

Formuleringen ble likevel diskutert i forbindelse med barnelovutvalgets vurderinger når barneloven § 36 skulle endres. Barnelovutvalget viste til at plasseringen i andre punktum kunne skape inntrykk av at delt fast bosted var et sekundært alternativ.⁴⁴ For å fremheve at foreldrene er likestilte, ble det gjort en språklig endring i bl. § 36 som trådte i kraft 1. januar 2018. Denne endringen skulle bidra til å styrke likestillingen mellom foreldrene som tidligere nevnt.⁴⁵

Utvalget i NOU 2008: 9 la til grunn en rekke momenter og hensyn i vurderingen av domstolens adgang til å idømme delt fast bosted. Det ble blant annet lagt vekt på hensynet til at barnet skulle ha kontakt med begge foreldrene, hvorvidt foreldrene hadde vilje og evne til å kunne samarbeide, barnets alder, personlighet og flytting. At et barn har kontakt med begge foreldre trenger ikke være avhengig av om domstolen idømmer delt fast bosted, ettersom det

⁴¹ Ot.prp. nr.104 (2008-2009) kapittel 14 til § 36 s. 73 avsnitt 2.

⁴² NOU 2008: 9 pkt. 10.3.3 s. 75.

⁴³ NOU 2008: 9 pkt. 10.3.2 s. 74.

⁴⁴ NOU 2008: 9 pkt. 10.3.2 s. 74.

⁴⁵ Foreldretvist om barneloven § 36 med lovkommentarer, av advokat Eirik Teigstad.
<https://www.foreldretvist.no/barneloven-36/> (lest 20. januar 2022).

ikke avgjør hvor mye tid barnet faktisk er med hver av foreldrene.⁴⁶ Det som ofte går igjen, er i hvilken grad foreldrenes vilje og evne til å samarbeide eksisterer. Dette er et avgjørende moment dersom det blir idømt delt fast bosted, fordi foreldrene er nødt til å kunne bli enige om viktige avgjørelser som gjelder for barnet.

Dersom foreldrene ikke blir enige, finnes det ingen instans som kan avgjøre for eksempel hvilken barnehage eller skole barnet skal begynne på. I forarbeidene presiseres det at barn under sju år ikke skal idømmes delt fast bosted, ettersom det er liten eller ingen forskning på hvilken påvirkning det vil ha på barnets utvikling.⁴⁷ Dette kommer jeg tilbake til under punkt 3.6. Avslutningsvis ble rettferdighet tatt i betraktning, ettersom delt fast bosted kan virke som en god og rettferdig løsning for foreldrene, slik at de går ut av samlivet uten seier eller tap i forhold til barna og hverandre. Faremomentet er at foreldrenes rettferdighet overskygger hensynet til barnets beste.⁴⁸

Et viktig element for å forstå paragrafens virke er å se på hvorfor vilkåret særlige grunner ble lagt til i lovteksten i 2010. Det var mindretallet i utvalget i NOU 1998: 17 som foreslo at lovteksten skulle gi eksplisitt uttrykk for at det måtte foreligge særlige grunner for at retten skulle kunne idømme delt fast bosted.⁴⁹ I utvalget i 2008 delte flertallet seg i to, hvor fem av sju var enige med mindretallet i 1998 og mente at det burde foreligge et vilkår om særlige grunner, ettersom de ville være tydelig på at det er en del forutsetninger som må være til stede for at retten skal kunne bestemme denne ordningen.⁵⁰

Videre mente utvalget at dersom det forelå et krav om særlige grunner så ville det automatisk innebære at en beslutning om delt fast bosted måtte begrunnes særskilt. Det skal gjøres en konkret angivelse av hvilke omstendigheter som retten mener tilsier at delt fast bosted bør idømmes. Hva som skal ligge i vilkåret særlige grunner kan ikke angis uttømmende, ettersom det her må vurderes i hver enkel sak og med hensyn til hvert enkelt barn og at det vil være tilstrekkelig med de generelle fellestrekkene og minimumskravet om at delt fast bosted skal

⁴⁶ Ot.prp. nr.104 (2008-2009) pkt. 8.4.3 s. 54.

⁴⁷ Ot.prp. nr.104 (2008-2009) pkt. 8.4.3 s. 54.

⁴⁸ NOU 2008: 9 pkt. 10.4.4 s. 79 Barnets alder, personlighet og flytting.

⁴⁹ NOU 1998: 17 pkt. 12.4.2 s. 88 avsnitt 4.

⁵⁰ NOU 2008: 9 pkt. 10.4.5 s. 83.

være til barnets beste.⁵¹ De resterende to av sju fra flertallet hevdet at det ikke var grunn til å legge til vilkåret om særlige grunner i lovteksten, og at det måtte være tilstrekkelig at forutsetningene for å idømme delt fast bosted fremgikk av forarbeidene.

Mindretallet i 2008 mente at domstolene ikke skulle få kompetanse til å idømme delt fast bosted, og at det derfor heller ikke var nødvendig med endringer i datidens lovtekst.⁵²

Flertallet i utvalget i NOU 2020: 14 ønsket å opprettholde domstolens adgang til å idømme delt fast bosted, og mente at det ikke kan utelukkes at delt fast bosted er det beste for barnet, selv om det må antas at det er et relativt høyt konfliktnivå når barnets bosted blir gjenstand for behandling i retten.⁵³ Det var derfor vesentlig at domstolen ble tillagt en slik kompetanse i de tilfellene hvor delt fast bosted vil være det beste for barnet.

Videre foreslo utvalget at andre ledd ikke kunne videreføres. De mente at retten bør stå fritt til å avgjøre om barnet skal ha fast bosted hos den ene av foreldrene, eller om det skal være delt fast bosted. Dermed begrunnet de dette med at avgjørelsen av fast bosted og om det skal være delt fast bosted, bør kun treffes på bakgrunn av en konkret vurdering av hva som er det beste for barnet det gjelder. De ønsket en endring i terskelen for å idømme delt fast bosted, slik at resultatet kanskje hadde blitt at flere barn fikk delt fast bosted. Oppgaven vil gi svar på dette under punkt 5.1 ⁵⁴

I de neste punktene vil det redegjøres nærmere for innholdet i vilkåret «særlege grunnar».

3.2 Forskningens inngangsvilkår

I 2019 kom Institutt for samfunnsforskning ut med en rapport om delt fast bosted hvor de la hovedvekten på barnets perspektiver og utfyllende kunnskap.⁵⁵ Denne rapporten baserer seg på hvordan barn og ungdommer i alderen ni til nitten år, som har eller har hatt delt fast bosted

⁵¹ NOU 2008: 9 pkt. 10.4.5 s. 84.

⁵² NOU 2008: 9 pkt. 10.4.5 s. 84.

⁵³ NOU 2020: 14 pkt. 11.3.4.4.

⁵⁴ NOU 2020: 14 pkt. 11.3.4.4 avsnitt 3.

⁵⁵ Liden og Kitterød, institutt for samfunnsforskning, 2019 - https://samfunnsforskning.brage.unit.no/samfunnsforskning-xmlui/bitstream/handle/11250/2580824/Delt_bosted.pdf?sequence=2&isAllowed=y (lest 29. mars 2022).

opplever bostedsordningen.⁵⁶ I studien vektlegger barna og ungdommene at en av de viktigste grunnene til å ha delt fast bosted var at de fikk en nær hverdagsrelasjon til begge foreldrene sine. Det «irriterende» med delt fast bosted var at det krevde mer planlegging fra barna/ungdommene, og at de måtte forflytte klær og utstyr mellom bostedene.⁵⁷ En del har endret bostedsordningen, slik at de nå bor mest hos en av foreldrene, ut fra praktiske grunner i en hektisk hverdag med skole og venner.⁵⁸ Behovet for delt fast bosted synes å være viktigere for yngre barn enn for de eldre ungdommene. Bostedsordningen tilpasser seg etter alder og ønsker.

En femtenåring vil dermed ha mulighet til å fremme ønske om endring i bostedsordningen sin, ettersom det tar tid til å forflytte seg mellom to hjem. I en hektisk hverdag er det ikke et urimelig ønske, og dermed kan bostedsordningen endre seg over tid, etter hva som er best for barnet som vokser til og blir ungdom. Studien konkluderer med at delt fast bosted kan fungere for mange barn, men den kan imidlertid ikke konkludere at denne type ordning vil fungere for alle eller de fleste barn.⁵⁹

Det presiseres i forarbeidene at domstolen må utøve skjønn og vurdere hvert tilfelle konkret.⁶⁰ Det hører til sjeldenheten at samme ordning vil fungere for alle familier, og dermed skal det ses hen til hva som er det beste for hvert enkelt barn.⁶¹ I situasjoner hvor det er flere barn, skal det legges vekt på hvilken tilknytning barna har til hverandre og om det vil ha noen fremtidig konsekvens å splitte søsknene. I de aller fleste tilfeller kommer retten til at det er best at barna holdes samlet, særlig hvis barna selv har gitt uttrykk for det. Å ha søsken som opplever det samme samlivsbruddet kan det være mye støtte i, samt den biologiske tilknytningen mellom dem. Dermed bør søsken, så langt det lar seg gjøre – holdes samlet.

For at domstolen skal ha noen holdepunkter for hva vilkåret om særlige grunner innebærer, legges det frem ulike forutsetninger i forarbeidene. Forutsetningene kan være avgjørende for om delt fast bosted skal vurderes, basert på suksessfaktorene i studien som nevnt ovenfor. At

⁵⁶ Liden og Kitterød, institutt for samfunnsforskning.

⁵⁷ Liden og Kitterød, institutt for samfunnsforskning.

⁵⁸ Liden og Kitterød, institutt for samfunnsforskning.

⁵⁹ Ot.prp. nr.104 (2008-2009) pkt. 8.4.3 s. 53 avsnitt 2.

⁶⁰ Ot.prp. nr.104 (2008-2009) pkt. 8.4.1 s. 50 første avsnitt.

⁶¹ Ot.prp. nr.104 (2008-2009) pkt. 8.3.3 s. 50 første avsnitt.

foreldrene samarbeider godt, at barnet selv ønsker en slik ordning, at hjemmene ligger nær hverandre geografisk og at begge foreldrene stiller opp når det gjelder skole og fritidsaktiviteter.⁶²

Videre legges det frem at et godt samarbeid og et lavt konfliktnivå mellom foreldrene, er forutsetninger som forskningen viser må være til stede for at det skal kunne fungere å ha delt fast bosted. Det legges likevel vekt på visse betenkeligheter ettersom at delt fast bosted betyr at foreldrene har felles beslutningsmyndighet i avgjørelser som gjelder barnet, og kan dermed være grobunn for flere konflikter.⁶³

De ovennevnte forutsetningene skal legges til grunn i vurderingen om det foreligger særlige grunner i henhold til bl. § 36 andre ledd siste punktum. Forarbeidene presiserer at alle forutsetningene «må» være oppfylt.⁶⁴ Forutsetningene fungerer dermed som vilkår, og kan betegnes som «inngangsvilkår», ettersom de er inngangen for å vurdere om delt fast bosted kan idømmes. I tillegg er inngangsvilkårene sammenbundet med konjunksjonen «og», noe som rettslig gir uttrykk for at de er kumulative. Det innebærer at de vektas likt, og at alle må være oppfylte for at delt fast bosted blir bostedsordningen. Så hvis ett inngangsvilkår ikke er oppfylt, vil det automatisk utelukke delt fast bosted.

Dersom domstolen kun finner at ett inngangsvilkår er uoppfylt, men vurderer at det har mindre betydning av hensyn til for eksempel barnets alder eller andre individuelle forhold, så er domstolen strengt juridisk avskåret fra å idømme delt fast bosted. Dette gjelder selv om domstolen kommer frem til at delt fast bosted er til barnets beste.

Kravet om oppfyllelse av inngangsvilkårene i forarbeidene medfører at domstolens skjønnsfrihet i adgangen til å idømme delt fast bosted i stor grad blir styrt av lovbundet skjønn. Bestemmelsen fremstår dermed spesiell sammenlignet med skjønnsmessige bestemmelser hvor vilkårene for oppfyllelse blir utviklet i rettspraksis.

⁶² Ot.prp. nr.104 (2008-2009) pkt. 8.4.3 s. 53 avsnitt 3.

⁶³ Ot.prp. nr.104 (2008-2009) pkt. 8.4.3 s. 53 avsnitt 3.

⁶⁴ Ot.prp. nr.104 (2008-2009) kapittel 14 til § 36 s. 73 avsnitt 2.

Ut fra dette kan vi legge til grunn de fire vilkårene som skal drøftes og være oppfylte før retten kan idømme delt fast bosted. Inngangen for å idømme delt fast bosted er de følgende vilkårene i punkt 3.2.1 til 3.2.4 nedenfor.

3.2.1 Nær geografisk avstand

Det første inngangsvilkåret som forarbeidene oppstiller, er om foreldrene bor i nær geografisk avstand.⁶⁵ Vilåret skal ha barnets beste i fokus, og dermed sikre at barnet har mulighet til å bevege seg mellom de to hjemmene uten å ha en belastende lang vei. Det samme gjelder avstanden mellom hjemmene og barnehage/skole, venner og fritidsaktiviteter. Hva som ligger i ordlyden «nær» fremgår imidlertid ikke av forarbeidene, og domstolen får dermed mulighet til å vurdere i det konkrete tilfellet om foreldrene bor nært nok.

Rettspraksis på dette vilkåret er noe sprikende, da det er flere momenter som spiller inn på hva som kan regnes som «nær geografisk avstand», og retten vurderer konkret hvordan dette vilkåret kan tolkes. En geografisk avstand på om lag fem km vil for et mindre barn være alt for langt, men for et eldre barn kan det være nært nok til at barnet kan bevege seg mellom boligene. I tillegg må det ses hen til hvilke muligheter barnet har for å kunne forflytte seg selv uten hjelp med transport fra foreldrene.

Det vil være vanskelig å legge noen konkrete føringer for domstolen hvorvidt nær geografisk avstand er oppfylt eller ikke. Det betyr at domstolen må gjøre en skjønnsmessig vurdering i hvert enkelt tilfelle.

3.2.2 Venner og fritidsaktiviteter

I tråd med vilkåret overfor skal det være mulig for barnet å opprettholde kontakten med venner utenfor skoletid, slik at hverdagen hos begge foreldrene er så lik som mulig.⁶⁶ Barnet skal ikke «isoleres» ettersom hvem av foreldrene barnet er hos, og det bør legges vekt på om det er mulighet for spontane besøk av venner og oppfølging av fritidsaktiviteter.

For barn er det viktig å opprettholde kontakten med omgangskretsen sin, det vil være en trygg base når barnet opplever et samlivsbrudd. Det er derfor lagt vekt på at det ikke skal være

⁶⁵ Ot.prp. nr.104 (2008-2009) kapittel 14 til § 36 s. 73 avsnitt 2.

⁶⁶ Ot.prp. nr.104 (2008-2009) kapittel 14 til § 36 s. 73 avsnitt 2.

andre omveltende faktorer, som for eksempel å miste vennene sine, i tillegg til å ha separerte foreldre. Vilåret om nær geografisk avstand og venner og fritidsaktiviteter henger naturlig nok sammen.

3.2.3 Samarbeid og konfliktnivå

For at det skal være aktuelt for domstolen å idømme delt fast bosted forutsettes det at foreldrene klarer å ha et godt samarbeid og at konfliktnivået er lavt.⁶⁷

Flertallet i utvalget hevder at selv om det foreligger et samarbeidsproblem og et konfliktnivå skal likevel domstolen ha adgang til å idømme delt fast bosted dersom det er det beste for barnet. Foreldre som ikke blir enige om bostedsordningen kan tenkes, og vil nok i de aller fleste tilfeller, ha et høyt konfliktnivå og problemer med å samarbeide, men det åpnes opp for at domstolen kan utøve skjønn i vurderingen om samarbeid og konfliktnivå.⁶⁸

Hva som definerer et «godt» samarbeid er det ikke noe entydig svar på i forarbeidene, og heller ikke hva som definerer et «lavt» konfliktnivå. Spørsmålet er om samarbeids- og konfliktnivået kan blant annet avgjøres ut fra barnets alder, ettersom det kreves mer og bedre samarbeid dersom det er et lite barn, enn med en tenåring. Det er derfor vanskelig å sette en viss standard da det vil bero på skjønn og barnets alder. Hva som er best i hvert enkelt tilfelle og for hvert enkelt barn, er det ikke noe fasit på.

En syttenåring vil naturlig nok være mer selvgående enn hva en treåring vil være. Dermed kan vi legge til grunn hva som aksepteres som «godt» samarbeid og «lavt» konfliktnivå vil bero på flere ytre faktorer, deriblant alder. Dersom det foreligger et høyt konfliktnivå mellom foreldrene vil det være vanskelig å samarbeide godt om barnet, men det kan være tilfelle at foreldrene har et godt samarbeid om barnet, på tross av et høyt konfliktnivå.

Ifølge rettspraksis vektlegges det om foreldrene er gode til å skjerme barna for konfliktene, og spørsmålet er om domstolen kan vurdere det dit hen at det foreligger «tilstrekkelig» samarbeid og dermed kunne idømme delt fast bosted. Dette viser hvor viktig det er at

⁶⁷ Ot.prp. nr.104 (2008-2009) kapittel 14 til § 36 s. 73 avsnitt 2.

⁶⁸ NOU 2008: 9 pkt. 10.4.5 s. 83 avsnitt 4.

domstolen kan utøve skjønn i hvert enkelt tilfelle, slik at hovedprinsippet om å idømme det som er det beste for barnet overholdes utover «enhver pris», jfr. bl. § 48.

I tillegg skal foreldrene kunne bli enige om viktige og avgjørende spørsmål for barnet gjennom bostedsmyndigheten. Det betyr at dersom foreldrene ikke kan kommunisere på en god måte vil det være vanskelig å avgjøre i fellesskap for eksempel hvilken skole barnet skal gå på. Dermed kan det være best om barnet får fast bosted hos den ene forelderen, slik at den kan ta de viktigste avgjørelsene.

Foreldrene er ofte uenige i graden av konfliktnivået. Det kan bunne i at det er krevende følelsesmessig å gå gjennom et samlivsbrudd, og dermed kan kommunikasjonen og samarbeidet skorte på grunn av dette.

I NOU 2008: 9 fremgår det at:

Flertallet vil også peke på at et høyt konfliktnivå mellom foreldrene under en rettssak ikke nødvendigvis medfører at det også er umulig med et konstruktivt samarbeid etter at dom er avsagt. I en rettsprosess vil engasjementet ofte være stort, og ikke sjelden vil partene være opptatt av å skjule både saksrelevante svakheter og forhandsvilje overfor den andre. Men når dom først foreligger kan det ikke utelukkes at noen foreldre lojalt vil innrette seg etter denne og velge å sette barnets behov og interesser i fremste rekke.⁶⁹

Det underbygger faktumet at barn som har foreldre som går gjennom et samlivsbrudd, vil oppleve et nivå av konflikter uansett. Ingen barn vil kunne skjermes helt for foreldrenes konflikter, og det kan tenkes at når foreldrene tar steget videre med å ta ut separasjon, så vil det trolig ha vært konfliktfylt å komme til det stadiet da det ikke foreligger noen annen løsning enn å gå hvert til sitt. Dermed er det interessant å se hvor mye konflikter en «må» tåle og ha forståelse for at foreligger etter et samlivsbrudd.

⁶⁹ NOU 2008: 9 pkt. 10.4.5 s. 83 avsnitt. 6.

3.2.4 Barnets trivsel

Et annet viktig inngangsvilkår er at barnet selv må trives med ordningen.⁷⁰ Spørsmålet som foreligger her, er om det er nok at barnet selv ønsker og tror at en delt fast bostedsordning vil fungere. For å finne ut om en trives med noe, er det en forutsetning at det er prøvd på forhånd. Det kan derfor se ut til at vilkåret innebærer at delt fast bosted har blitt utprøvd/praktisert tidligere, men dette er ikke omtalt i forarbeidene.⁷¹

I NOU 2008: 9 fremgår det imidlertid at:

I noen tilfeller kan delt fast bosted fremstå som den beste løsningen selv om foreldrene har anlagt sak og vært gjennom en hovedforhandling. Som eksempel kan tenkes de tilfeller hvor foreldrene har avtalt eller praktisert delt fast bosted både forut for og under rettergangen. Dersom retten i et slikt tilfelle finner det ønskelig at ordningen skal fortsette og samtidig mener at forutsetningene for dette er til stede selv om foreldrene har brakt saken inn for rettsapparatet, mener flertallet at retten ikke bør fratras muligheten til å avsi en dom i tråd med dette.⁷²

Det er dermed ingen forutsetning at barna må ha testet ut de forskjellige boformene for at uttalelsen til barnet skal tillegges vekt ved vurderingen. Vilkåret om barnets trivsel er ikke et absolutt vilkår, og retten kan komme frem til at det ikke er for barnets beste å imøtekomme barnets ønske.

Denne uttalelsen omhandler avtalt eller praktisert delt fast bosted før og under saksgangen som eksempel på tilfeller hvor delt fast bosted kan fremstå som den beste løsningen. Det kan være særlig aktuelt hvis vi ser på hensynet til status quo, at det bevismessige grunnlaget for at delt fast bosted vil være det beste for barnet er tryggere når det har blitt praktisert over noe tid. Dersom det viser seg å fungere godt, og barnet trives med løsningen, kan det være mer opprivende og ha større konsekvenser å gjøre om på ordningen. I de aller fleste tilfeller hvor det har blitt praktisert en 50/50 ordning, så vil ikke barnet merke noe forskjell på hvem av foreldrene som har hatt avgjørelsesmyndigheten etter bl. § 37. Dersom foreldrene ikke ønsker

⁷⁰ Ot.prp. nr.104 (2008-2009) kapittel 14 til § 36 s. 73 avsnitt 2.

⁷¹ Ot.prp. nr.104 (2008-2009).

⁷² NOU 2008: 9 pkt. 8.4.1 s. 51 avsnitt 2.

delt fast bosted, skal retten likevel se på muligheten om delt fast bosted vil være det beste for barnet.

Barnets rett til å uttale seg framgår av bl. § 31. Hovedregelen er at når barnet kan gjøre seg opp sin egen mening om saken, skal foreldrene høre på barnet, og ta det med i betraktning før de tar avgjørelser om personlige forhold for barnet. Det skal legges vekt på barnets alder og modenhet, jfr. bl. § 31 første ledd, fordi det kan være store individuelle forskjeller.

I barnefordelingssaker kan barna ofte være påvirket av samlivsbruddet, og føle at de blir dratt mellom foreldrene. Barn som opplever å være i lojalitetskonflikt, vil kunne ha problemer med å gi uttrykk for hva de egentlig ønsker, og ender ofte opp med å si det de tror foreldrene vil høre.

I LA-2017-84562 hadde tingretten kommet til at barna skulle bo fast hos mor, men lagmannsretten kom til at barna skulle bo fast hos far. Barna hadde hatt delt fast bosted i fire år, og hadde gitt uttrykk for at de syntes at den ordningen var grei, men de uttrykte under lagmannsrettsbehandlingen at de ville bo hos far. Retten la til grunn at barna snart var ni og elleve år, og dermed var deres oppfatning av betydning for rettens avgjørelse, jfr. bl. § 31.

Videre hadde barna, etter tingrettens dom, bodd fast hos mor og kunne dermed med større grad av sikkerhet si at de ønsket å bo hos far, og at det var der de trivdes best. Den sakkyndige vurderte det slik at barna var tydelige i sine ønsker, samtidig som at disse sammenfalt med lagmannsrettens vurdering om barnas beste. Utfallet ble derfor i denne saken at barna fikk fast bosted hos far.⁷³

3.3 Inngangsvilkårenes vekt

Inngangsvilkårene regnes som kumulative vilkår, som betyr at domstolen ikke kan idømme delt fast bosted dersom ett av vilkårene ikke er oppfylt. Dette reiser spørsmålet om i hvilken grad inngangsvilkårene må være oppfylt og hvilken vekt de har. Retten skal gjøre en konkret skjønnsmessig helhetsvurdering, som innebærer at noen momenter vil veie tyngre enn andre.

⁷³ LA-2017-84562 Lagmannsrettens vurderinger, fast bosted.

Et eksempel kan være vilkåret «nær geografisk avstand», hvor det i utgangspunktet ikke er satt en eksakt grense i forarbeidene. Det gir domstolen adgang til å utøve skjønn i hvert enkelt tilfelle. Dersom avstanden mellom foreldrenes bolig er to timer med bil, må det vurderes opp mot de andre momentene i saken om vilkåret for nærhet er oppfylt. En avgjørende faktor er alderen til barnet. For eksempel ville nok et barn på seks år oppleve at en avstand på to timer er mye og gjør at barnet vil ha vanskeligheter med å opprettholde kontakt med venner og fritidsaktiviteter. Et barn som er tolv år eller eldre vil muligens vurdere disse to timene som overkommelige, og være nært nok geografisk.

Dette innebærer at det vil være andre avgjørende momenter i vurderingen om forelderens boliger ligger geografisk nært nok. Retten vil eksempelvis som følge av barnets alder, kunne innfortolke at vilkårene er oppfylt, fordi det ikke er etablert en standard for hva som utgjør «nær» i rekkevidde for samtlige aldersspenn av barn. Dette må vurderes konkret av retten i den enkelte sak, noe som betyr at det er rom for domstolens skjønn.

I LB-2021-23129 kom retten frem til at vilkåret om særlige grunner, jfr. bl. § 36 andre ledd siste punktum, ikke var til stede. Foreldrene bodde langt fra hverandre, og retten vurderte at det ikke var praktisk gjennomførbart med delt fast bosted. Det viser at vilkårene også i rettspraksis blir vurdert som kumulative, og at når det første inngangsvilkåret ikke er oppfylt, er ikke delt fast bosted aktuelt.⁷⁴ Inngangsvilkårene har dermed rettslig tyngde.

3.4 Tilleggsvilkår

Dersom de ovennevnte inngangsvilkårene er innfridd, må domstolen gå videre til vurdering av de to tilleggsvilkårene som også er avgjørende for om det kan idømmes delt fast bosted.

I forarbeidene fremgår det at domstolene må forsikre seg om at delt fast bosted vil fungere bra. Det er ikke tilstrekkelig at foreldrene antas å være like gode omsorgspersoner for barnet, eller at barnet er like knyttet til begge foreldrene. Det er heller ikke tilstrekkelig at de ovennevnte forutsetningene foreligger, eller at barnet vil kunne klare å leve med delt fast bosted.⁷⁵

⁷⁴ LB-2021-23129 Lagmannsrettens syn på saken, fast bosted.

⁷⁵ Ot.prp. nr.104 (2008-2009) kapittel 14 til § 36 s. 73 avsnitt 2.

Det redegjøres det for de to tilleggsvilkårene i de to neste punktene.

3.4.1 Domstolens konkrete vurdering

Det første tilleggsvilkåret er uttalt slik i forarbeidene:

Domstolene må foreta en konkret vurdering av hvilken bostedsløsning som vil være til barnets beste, og ikke falle ned på en mindre god løsning av hensyn til rettferdighet mellom foreldrene.⁷⁶

Før domstolen tar den konkrete vurderingen, skal den allerede ha vurdert om inngangsvilkårene foreligger. Inngangsvilkårene og tilleggsvilkåret om overbevisning er andre momenter enn de som tradisjonelt har vært anvendt i vurderingen av barnets beste etter bl. § 48. Dersom domstolen skal kunne konstatere at delt fast bosted er til barnets beste, må momentene som er lagt til bl. § 48 i rettspraksis være av betydning ved vurderingen av delt fast bosted. Den konkrete vurderingen må forstås som den samme vurderingen av barnets beste som bl. § 48. Dette innebærer at domstolens vurdering av delt fast bosted vil bli en parallell vurdering av de tradisjonelle barnets beste momenter, inngangsvilkårene og tilleggsvilkåret om overbevisning.

Videre oppstiller forarbeidene en konkret vurdering som et tilleggskrav for at retten skal kunne idømme en delt fast bostedsordning. Ettersom inngangsvilkårene er kumulative, vil det kun være aktuelt for domstolen å foreta en konkret vurdering når de er oppfylt.

I HR-2019-1230-A hadde et separert par felles foreldreansvar for to barn på seks og fem år. Barna bodde fast hos moren, og faren hadde omfattende samvær. Moren framsatte krav om å få flytte til Italia med barna, noe som Høyesterett ga henne medhold i.⁷⁷ Dommen illustrerer at barnets beste trumfer det som kan oppfattes som rettferdighet mellom foreldrene, og at retten foretok en konkret vurdering av alle relevante omstendigheter. Det skal ikke foreligge en normal bevisvurdering, men det skal gjøres en bred og fremtidsrettet vurdering av alle alternativer, og i denne dommen la Høyesterett vekt på hvilket alternativ som best ville trygge

⁷⁶ Ot.prp. nr.104 (2008-2009) kapittel 14 til § 36 s. 73.

⁷⁷ HR-2019-1230-A avsnitt 1 til 8 og 66

barnas oppvekst og utvikling. Videre fremgikk det at de ikke kunne se bort fra de konkrete risikofaktorene som forelå, selv om de måtte være mindre sannsynlige.⁷⁸

Retten har et selvstendig ansvar for å vurdere hva som er til barnets beste, selv om barnet har rett til å være med på å ta avgjørelser som gjelder barnets personlige forhold, jfr. bl. § 31.

Barnet skal få denne informasjonen, og anledning til å si sin mening, før en avgjørelse om fast bosted og samvær blir tatt. Ansvar for å velge mellom foreldrene kan ikke legges på barnet, jfr. HR-2020-1843-A.⁷⁹

Selv om de ovennevnte kumulative inngangsvilkårene er oppfylt skal det også ses hen til det enkelte barnet i saken. Hovedregelen er at retten har et overordnet prinsipp om at barnets bostedsvurdering skal vurderes opp mot hva som er til barnets beste, jfr. bl. § 48. Som redegjort for, er det ikke noen «fasit» på hva som er det beste for barnet, men det vil bero på en skjønnsmessig vurdering i det konkrete tilfellet.

Absolutt alle barn vil håndtere et samlivsbrudd ulikt, og derfor er det spesielt viktig at barnet opplever at deres behov blir prioritert og sett. Selv i en søskenflokk kan barna ha ulike omsorgsbehov. Hva som er det beste for et barn vil ikke nødvendigvis være det beste for et annet barn. Dermed er tilleggsvilkåret særlig viktig, for at det skal idømmes riktig ut fra den konkrete saken.

3.4.2 Domstolens overbevisning

Det andre og siste tilleggsvilkåret er uttalt slik:

I kravet om at det må foreligge særlige grunner dersom domstolen skal kunne idømme delt bosted, ligger det at domstolen må være overbevist om at delt bosted vil være det beste for barnet før det fattes en avgjørelse om dette.⁸⁰

Bestemmelsen ilegger et overbevisningskrav til domstolen. En naturlig språklig forståelse av ordlyden «overbevist» tilsier at domstolen må være sikker på at delt fast bosted vil være til

⁷⁸ HR-2019-1230-A avsnitt 36, 37 og 39.

⁷⁹ HR-2020-1843-A avsnitt 35.

⁸⁰ Ot.prp. nr.104 (2008-2009) kapittel 14 til § 36 s. 73 avsnitt 2.

barnets beste. Det regnes ikke som tilstrekkelig at domstolen antar at delt fast bosted vil være det beste for barnet. Det skal ikke foreligge tvil om at delt fast bosted er den beste løsningen.

Barne- og likestillingsdepartementet mente at «domstolen må ha en stor grad av sikkerhet for at delt bosted vil være til barnets beste før dette idømmes».⁸¹ Dermed kan det antas at det ikke er tilstrekkelig at domstolen har rimelig tvil om at delt fast bosted vil være til barnets beste. Det taler for at domstolen må føle seg trygge på at delt fast bosted vil være den beste løsningen for barnet.

Som en forklaring på domstolens overbevisning er det uttalt at:

Det innebærer at forutsetningene må ligge til grunn ved domsavgjørelsen, og at delt bosted ikke kan idømmes basert på antagelser om en framtidig utvikling.⁸²

De rettslige inngangsvilkårene skal være oppfylt på domstidspunktet. Avgjørelsen kan ikke basere seg på en fremtidsrettet vurdering av vilkårene. Det innebærer at domstolen for eksempel ikke kan idømme delt fast bosted basert på at den ene forelderen om en stund vil flytte i geografisk nærhet til den andre forelderen, dersom den geografiske nærheten ikke foreligger på domstidspunktet. I forarbeidene er det vist til eksempelet om forbedring av konfliktnivået.⁸³

Dersom domstolen var gitt adgang til å bygge sin vurdering på antakelser, ville det ikke vært noe forsikring om at delt fast bosted er til barnets beste. Inngangsvilkårene er basert på forskningsresultater som er knyttet til hvilke forutsetninger som bør være til stede for at delt fast bosted skal kunne fungere for barnet. Det betyr at domstolen ved antakelser ikke vil sikre hensynet til barnets beste, for det tilfellet at vilkåret ikke oppfylles i ettertid.

⁸¹ Ot.prp. nr.104 (2008-2009) kapittel 14 til § 36 s. 73 avsnitt 2.

⁸² Ot.prp. nr.104 (2008-2009) kapittel 14 til § 36 s. 73 avsnitt 2.

⁸³ Ot.prp. nr.104 (2008-2009) pkt. 8.4.3 s. 53 avsnitt 2.

Videre er det ytterligere presisert i forarbeidene at:

Dersom det er tvil om delt bosted vil være til barnets beste, må domstolen idømme fast bosted hos den ene forelderen og samvær for den andre.⁸⁴

Domstolen skal være overbevist om at bostedsordningen vil være til barnets beste. Dersom det foreligger noen som helst tvil om dette, er den utenfor unntaksbestemmelsens anvendelsesområde og innenfor hovedregelens anvendelsesområde i bl. § 36 andre ledd første punktum.

Overbevisningskravet som er forankret i vilkåret om «særlege grunnar» etter bl. § 36 andre ledd siste punktum gjør at bestemmelsen er å anse som en snever unntaksregel.⁸⁵ Lovgiver oppstiller vilkåret med et overbevisningskrav til domstolen som et tilleggsvilkår. Det innebærer at først når domstolen har foretatt en konkret vurdering vil den ha kunnskap om den er overbevist om at delt fast bosted er til barnets beste.

3.5 Tilleggsvilkårenes vekt i forhold til inngangsvilkårene

Den konkrete vurderingen med overbevisningskravet vil bero på en skjønnsmessig vurdering basert på barnets beste etter bl. § 48. Både kravet til en konkret vurdering og overbevisning må være oppfylt, noe som medfører at tilleggsvilkårene er kumulative.

Sett hen til at den konkrete vurderingen og overbevisningen er tilleggskrav til inngangsvilkårene, vil det innebære at utfallet av disse vil bli avgjørende for om domstolen kan idømme delt fast bosted. Tilleggsvilkårene vil derfor ha avgjørende betydning i forhold til inngangsvilkårene.

Dersom både inngangsvilkårene og tilleggsvilkårene er oppfylt, kan det likevel foreligge en rettslig begrensning som tilsier at delt fast bosted ikke skal idømmes.

⁸⁴ Ot.prp. nr.104 (2008-2009) kapittel 14 til § 36 s. 74 nest siste setning.

⁸⁵ Ot.prp. nr.104 (2008-2009) kapittel 14 til § 36 s. 73 avsnitt 2 første setning.

3.6 Barnets alder som rettslig begrensning

Et viktig moment før domstolen kan idømme delt fast bosted er barnets alder.

I forarbeidene er det uttalt:

[...] at det som utgangspunkt vil være uaktuelt å idømme delt bosted for barn under syv år.⁸⁶

Idømmelse av delt bosted antas ikke å være aktuelt for barn under syv år.⁸⁷

Barne- og likestillingsdepartementet kom frem til at det må stilles strengere krav dersom det er tale om delt fast bosted for barn under sju år, og at det i utgangspunktet etter ordlyden i forarbeidene er uaktuelt. Presumsjonen som oppstilles er at barnets alder vil utelukke delt fast bosted. Dersom domstolen legger lovgiverens presumsjon til grunn og bare idømmer delt fast bosted for barn over sju år hvor inngang- og tilleggsvilkårene er oppfylt, vil det begrense bestemmelsens anvendelsesområde ytterligere utover det som allerede følger av at bestemmelsen er en snever unntaksregel.⁸⁸

Det er forsket lite på barn under sju år og derfor må en anta at små barn er mer sårbare og vil ha større behov for stabilitet enn hva eldre barn har. Vi vet i tillegg mindre om hvilke forutsetninger de har behov for skal være til stede for at delt fast bosted skal fungere bra.⁸⁹ I bl. § 31 andre ledd fremgår det at når et barn er fylt sju år, og yngre barn som er i stand til å danne seg sin egen mening, skal få informasjon og mulighet til å si sin mening før det blir tatt avgjørelser om personlige forhold for barnet.

Ordlyden «yngre barn» åpner opp for at også barn som er yngre og modne for alderen skal få mulighet til å få informasjon og uttale seg om, for eksempel hvor det ønsker å bo. Domstolen har adgang til å utøve skjønn. Et eksempel finner vi i LE-2019-180323 hvor barnet ikke hadde fylt sju år. Flertallet la til grunn at ettersom delt fast bosted hadde fungert, fortsatt fungerte og dermed ville det også fungere i fremtiden for akkurat dette barnet. Det strenge

⁸⁶ Ot.prp. nr.104 (2008-2009) pkt. 8.4.3 s. 54 nest siste avsnitt

⁸⁷ Ot.prp. nr.104 (2008-2009) kapittel 14 til § 36 s. 74 avsnitt 2 siste setning.

⁸⁸ Ot.prp. nr.104 (2008-2009) pkt. 8.4.3 s. 53 nest siste avsnitt

⁸⁹ Ot.prp. nr.104 (2008-2009) pkt. 8.4.3 s. 53 nest siste avsnitt

kravet om stabilitet og sikkerhet hadde vært dekt de siste årene med delt fast bosted, og det forelå ingen holdepunkter for at det ikke skulle fortsette å fungere.⁹⁰ Dermed ble det idømt delt fast bosted.

En undersøkelse av rettspraksis viser at dersom det har blitt praktisert delt fast bosted før en domsavgjørelse skal treffes, kan det tillegges stor vekt på hvorvidt det har fungert eller ikke, uavhengig av barnets alder.

Alder skal i utgangspunktet være et avgjørende moment i vurderingen om bostedsordning, som drøftet tidligere i oppgaven. Domstolen er ilagt et vilkår om å ta hensyn til barnets alder, og skal i utgangspunktet ikke idømme delt fast bosted dersom barnet er under sju år.

I TVIN-2020-170994 kom retten imidlertid frem til at det beste for to åringen var delt fast bosted, selv om det forelå betenkeligheter med en slik løsning.⁹¹ Av den sakkyndige ble barnet beskrevet som «normalt utviklet på alle områder», og dermed forelå det ingen klar løsning på hvem av foreldrene som var best egnet til å ha hovedomsorgen for barnet.⁹² Dette viser at alder ikke er et absolutt vilkår.

Domstolen har kompetanse og adgang til å idømme fast bosted hos en av foreldrene og samvær med den andre, uten at alder har noen nevneverdig betydning. En 50/50 ordning med enten delt fast bosted eller fast bosted og samvær, vil for barnet oppleves ganske likt og kan være like belastende, uavhengig av alder. Det legges heller ingen føringer på foreldrenes avtalefrihet om barnets alder. Spørsmålet er dermed hvorfor forarbeidene vektlegger barnets alder kun når det er domstolen som idømmer delt fast bosted.

Barn over sju år får større grad av selvstendighet når de begynner på skolen. Da må barna forholde seg til andre ytre faktorer, selv om de fremdeles er små. Barna blir mer robust og står tryggere dersom det skulle oppstå en konflikt mellom foreldrene. Dette i motsetning til en treåring som ikke har samme grad av forståelse.

⁹⁰ LE-2019-180323 Lagmannsrettens vurdering.

⁹¹ TVIN-2020-170994 Rettens vurdering.

⁹² TVIN-2020-170994 Rettens vurdering.

Dette viser at alder ikke er et avgjørende moment i praksis for domstolen ved utøvelsen av bestemmelsen, selv om lovgiver har lagt føringer for praktisering av en nedre aldersgrense. Domstolen har dermed adgang til å utøve skjønn i hvert enkelt tilfelle.

4 Rettspraksis

Det foreligger noe rettspraksis på delt fast bosted etter lovendringen i 2010. Denne masteroppgaven vil som nevnt ta for seg rettspraksis fra 2017 til 2021. I søket etter rettspraksis der domstolen har benyttet seg av kompetansen til å idømme delt fast bosted, jfr. bl. § 36 andre ledd siste punktum, foreligger det flest avgjørelser fra lagmannsretten og noen fra tingretten.

Det kan være mange grunner til det, blant annet kan det tenkes at samlivsbruddene er ferskere, og konfliktnivået høyere, når barnefordelingssakene havner i tingretten. Det vil i mange tilfeller ved vurderingen av fast bosted og samvær eller delt fast bosted, bero på vilkåret om samarbeid og konfliktnivå. I disse tilfellene ser tingretten seg nødt til å benytte seg av kompetansen til å idømme fast bosted hos en av foreldrene, jfr. bl. § 36 andre ledd første punktum. Den forelder som «bare» får samvær, kan da tenkes å ville anke dommen til lagmannsretten.

Opgaven henviser til dommenes utskriftsside, da det ikke foreligger noen annen markering på den elektroniske versjonen på lovdata.

4.1 Prejudikatverdien av rettspraksis

Det foreligger grunn til å fremheve noen forhold som gjelder generelt for de avgjørelsene som har blitt valgt ut. I de avgjørelsene drøfter domstolen regelen om delt fast bosted konkret, og spesielt i forhold til barnet eller de barna saken omhandler. Hvert enkelt barn er unikt i form av ulike behov og egenskaper som domstolen skal vurdere, det kan blant annet avhenge av barnets alder.

Retten har i sine avgjørelser brukt konkret skjønn i vurderingen av barnets beste etter bl. § 48. Det vil si at en sak ikke vil ha noen stor overføringsverdi til en annen sak, fordi hver sak må vurderes konkret. Det kan foreligge tilsynelatende små skjønnsmessige nyanser som skiller sakene fra hverandre, men som likevel har hatt avgjørende betydning for domstolens vurdering og domsavsigelse. Dette innebærer at avgjørelser i barneretten får begrenset

prejudikatverdi, hvis vi sammenligner med andre rettsområder hvor vi kan si at sakene er tilnærmet like hverandre.⁹³

Domstolens tolkninger og vurderinger av inngangs- og tilleggsvilkårene som framgår av i bl. § 36 andre ledd siste punktum vil være relevante for oppgaven, og ha en prejudikatverdi avhengig av hvilken rettslig instans de framkommer i.⁹⁴

4.2 Fellestrekk for domsavgjørelsene

I dommene legges det særlig vekt på når domstolen anser at vilkårene som forarbeidene oppstiller er oppfylt, hva retten vektlegger og tolker inn i ordlyden «særlege grunnar» - og når konfliktnivået anses å være innenfor rammen for hva som kan aksepteres og forventes av et fremtidig godt samarbeid om barna.

Tre av fire domsavgjørelser som foreligger og som er anvendt i de underliggende punktene har idømt delt fast bosted for barnet/-a. Av alle avgjørelsene som er fattet i tråd med lovbestemmelsen i bl. § 36 er det en håndfull av dem som har idømt delt fast bosted. Flertallet av avgjørelsene har idømt fast bosted hos den ene forelderen og samvær med den andre. Det kan i noen grad bekrefte at regelen hittil har blitt anvendt som en snever unntaksregel og at den anvendes i tråd med lovgivers intensjon.

I NOU 2020: 14 kom flertallet i utvalget frem til at de ønsket å fjerne vilkåret «særlege grunnar» ettersom regelen har blitt tolket for snevert, og dermed satt en begrensning for domstolene å idømme delt fast bosted.⁹⁵

Et av fellestrekkene for de utvalgte dommene er ulikheten i vurderingen om det foreligger et godt samarbeid og lavt konfliktnivå. Det kommer tydelig frem i analysen at det ikke er noe entydig svar på om samarbeidet foreldrene imellom er godt nok. I en av dommene foreligger det tilsynelatende et fungerende samarbeid, men domstolen legger likevel vekt på at foreldrene ikke hadde blitt enige om en bostedsordning utenom rettsvesenet. I andre tilfeller legger retten vekt på at det var tilstrekkelig godt samarbeid ved lite og kort kommunikasjon.

⁹³ Trude Haugli, «Lov om barn og foreldre», i Jussens venner, 2007 s. 325-388 (s.332).

⁹⁴ Trude Haugli, «Lov om barn og foreldre», i Jussens venner, 2007 s. 325-388 (s.332-333).

⁹⁵ NOU 2020: 14 pkt. 11.3.4.4 avsnitt 3.

I utvalget av dommene er det kun en dom hvor domstolen kom til at vilkårene for delt fast bosted ikke var oppfylt, og dermed idømte fast bosted og samvær. De resterende dommene har idømt delt fast bosted, men det kan stilles spørsmål om vilkårene har blitt tolket for vidt og om utfallet burde ha vært fast bosted og samvær.

4.2.1 Borgarting lagmannsrett – LB-2021-76040

Saken gjaldt spørsmålet om fast bosted og samvær for partenes felles barn på sju og ti år.⁹⁶ Siden samlivsbruddet i 2019 hadde barna bodd annenhver uke hos hver av foreldrene, med et midtukesamvær som varierte noe over tid. Faren anket dommen til Borgarting lagmannsrett, og hadde i hovedsak gjort gjeldene at barna skulle bo fast hos han.⁹⁷ Mor la ned påstand om at tingrettsdommen skulle bli stående og at barna fortsatt skulle ha fast bosted hos henne.⁹⁸

Retten bemerket at barna hadde to ressurssterke foreldre, som fremsto som gode omsorgspersoner. Begge foreldrene investerte tid, interesse og omsorg til det beste for barna, og det virket som de hadde en trygg tilknytning til begge foreldrene.⁹⁹ Retten la derfor ikke frem en bekymring om valget av fast bosted eller samværsordningen. Løsningene som foreldrene la ned påstand om, syntes å gi gode muligheter for barna til å opprettholde og videreutvikle den trygge og nære relasjonen med foreldrene.

Bekymringen lå imidlertid i «foreldrenes evne til å skjerme barna fra sin egen konflikt og sin egen mistillit i egen relasjon».¹⁰⁰ Retten hadde adgang til å vurdere om inngangsvilkårene og tilleggsvilkårene for å idømme delt fast bosted forelå.¹⁰¹

Så lenge det var et høyt konfliktnivå på domstidspunktet ville inngangsvilkåret ikke være oppfylt, se punkt 3.2.3. Foreldrene hadde vist at de klarte å ha et samarbeid om dagligdagse ting som for eksempel bursdagsfeiring, foreldremøter og utviklingssamtaler.¹⁰² Det tydet på at foreldrene klarte å kommunisere om mindre viktige avgjørelser som omhandlet barna. I tillegg hadde foreldrene praktisert en 50/50 ordning i over to år og det syntes å fungere greit.

⁹⁶ LB-2021-76040 utskriftsside 3.

⁹⁷ LB-2021-76040 utskriftsside 4.

⁹⁸ LB-2021-76040 utskriftsside 6.

⁹⁹ LB-2021-76040 utskriftsside 6.

¹⁰⁰ LB-2021-76040 utskriftsside 6.

¹⁰¹ LB-2021-76040 utskriftsside 5.

¹⁰² LB-2021-76040 utskriftsside 7.

Ettersom forarbeidene ikke hadde lagt noen klare føringer på hva som er «godt» samarbeid og «lavt» konfliktnivå, skulle retten vurdere det ut fra det konkrete tilfellet.

Det er ikke alltid at samarbeidet trenger å være godt, men det holder at det er «tilstrekkelig».¹⁰³ Foreldrene hadde fått til å kommunisere med hverandre om avgjørelser som omhandlet barnas daglige liv. Det tyder på at de kunne legge egne konflikter til side, selv om de ikke hadde blitt enige om en bostedsordning på egen hånd.

Retten la spesielt vekt på at det hadde gått to og et halvt år hvor foreldrene ikke hadde klart å bli enige om en bostedsordning, og dermed visste de at det forelå utfordringer med å samarbeide om viktige avgjørelser, som ville ligge hos bostedsforelderens ved bostedsmyndigheten, jfr. bl. § 37.¹⁰⁴

I de aller fleste saker vil det ha medgått tid fra foreldrenes separasjon til en rettskraftig dom foreligger. Dermed stilles det spørsmål om hvorfor retten har vektlagt at foreldrene ikke har kommet til enighet selv. I forarbeidene presiseres det at mange foreldre vil ha et høyt konfliktnivå, og at det er derfor bostedsordningen til barna må avgjøres av en domstol. Det innebærer derimot ikke at delt fast bosted aldri vil være til barnets beste, på tross av et høyt konfliktnivå, se punkt. 3.2.3. Et høyt konfliktnivå trenger ikke automatisk å bety at foreldrene ikke vil klare å samarbeide og oppfylle hovedprinsippet om at bostedsordningen skal være det beste for barnet, jfr. bl. § 48.

Et av vurderingsmomentene retten la til grunn var at det ville «begrense foreldrenes konfliktflate» dersom det idømtes fast bosted og samvær.¹⁰⁵ En slik bostedsordning kan være konfliktdepende, og dermed regnes som det beste for foreldrene og indirekte det beste for barnet. Det skal utgjøre en forskjell på hva som er det beste for foreldrene og hva som er det beste for barnet. Etter bl. § 48 er det utelukkende barnets beste som skal vurderes. Derfor vil det være feilaktig å legge til grunn hvilken bostedsordning som kan ha en konfliktdepende virkning på foreldrene, ettersom det ikke betyr at det nødvendigvis vil samsvare med det som er det beste for barnet, jfr. punkt. 3.2.3.

¹⁰³ Se pkt. 4.2.2 LE-2019-180323.

¹⁰⁴ LB-2021-76040 utskriftsside 7.

¹⁰⁵ LB-2021-76040 utskriftsside 7.

En annen uttalelse fra retten er at «det viktigste for barna er at foreldrene i fellesskap støtter opp om den løsningen som blir fastsatt, slik at barna ikke opplever uenighet om denne og havner i en ytterligere lojalitetskonflikt».¹⁰⁶ Mor la ned påstand om at far måtte forstå dommen, og at konflikten ville roe seg når det forelå en rettskraftig avgjørelse.¹⁰⁷ Retten skal ta utgangspunkt i det faktum som foreligger når domsbeslutningen tas. Det reiser et spørsmål i forhold til at retten, som fremholdt under punkt 3.4.2, ikke skal idømme delt fast bosted basert på antakelser om en framtidig utvikling. Forarbeidene nevner at det ikke skal legges vekt på eventuelle forbedringer av foreldrekonflikter i etterkant av domstidspunktet.¹⁰⁸

Alle de ytre forholdene lå godt til rette for delt fast bosted som bostedordning. Foreldrene bodde i umiddelbar nærhet av hverandre, om lag åtti meter, som gjorde at barna fritt kunne bevege seg mellom foreldrenes boliger.¹⁰⁹ Det betyr også at vilkåret om å opprettholde kontakt med venner og fritidsaktiviteter fra begge hjem var oppfylt.¹¹⁰ Det bekrefter at inngangsvilkåret om opprettholdelse av kontakt med venner og fritidsaktivitet ofte vil følge av inngangsvilkåret om geografisk nærhet, fordi disse har nær sammenheng.

Barna hadde fått anledning til å uttrykke sin mening om valget av bosted, og deres mening skulle tillegges vekt ut fra alder og modenhet, jfr. bl. § 31 andre ledd siste setning. Det ene barnet hadde gitt uttrykk for at hun ønsket å ha sitt faste bosted hos mor. Det andre barnet hadde derimot vært mer preget av lojalitetskonflikten. Barna hadde ikke gitt uttrykk for en mening av «slik karakter og tydelighet, at den ut fra alder og modenhet bør tillegges avgjørende vekt».¹¹¹ Barnas trivsel i eksisterende bostedsordning ble ikke nevnt mer uttrykkelig i dommen, og en måtte derfor ta utgangspunkt i det barna hadde gitt uttrykk for.

I utgangspunktet trenger ikke retten vurdere de andre inngangsvilkårene dersom det legges til grunn innledningsvis at ett av dem ikke er oppfylt.¹¹² Lagmannsrettens konkrete vurdering var dermed å idømme fast bosted hos den ene forelderen, ettersom inngangsvilkåret om

¹⁰⁶ LB-2021-76040 utskriftsside 6.

¹⁰⁷ LB-2021-76040 utskriftsside 6.

¹⁰⁸ Ot.prp. nr.104 (2008-2009) kapittel 14 til § 36 s. 73 avsnitt 2.

¹⁰⁹ LB-2021-76040 utskriftsside 3.

¹¹⁰ LB-2021-76040 utskriftsside 7.

¹¹¹ LB-2021-76040 utskriftsside 8.

¹¹² Se pkt. 3.2 Barnets alder som rettslig begrensning.

samarbeid og konfliktnivå ikke var oppfylt. Retten var overbevist om at dette var til barnas beste, jfr. bl. § 48.¹¹³

4.2.2 Eidsivating lagmannsrett – LE-2019-180323

Saken gjaldt spørsmålet om fast bosted og samvær for partenes felles barn på nesten sju år.¹¹⁴ Mor anket tingrettens dom¹¹⁵ og la ned påstand om fast bosted og samvær for barnet.¹¹⁶ Far la ned påstand om at anken skulle forkastes, og subsidiært at barnet skulle bo fast hos han.¹¹⁷ Siden samlivsbruddet i 2017 hadde det blitt praktisert en 50/50 ordning, med annenhver uke hos hver av foreldrene.¹¹⁸

Lagmannsretten bemerket at de sentrale momentene i vurderingen var foreldrenes omsorgsevne, personlige egenskaper, barnets tilknytning til foreldrene, foreldrekontakt, bomiljø og risikoen ved miljøskifte.¹¹⁹ I vurderingen av om vilkårene for å idømme delt fast bosted for barnet var til stede, delte retten seg i et flertall og et mindretall.¹²⁰

Det første inngangsvilkåret retten vurderte var om det forelå nær geografisk avstand mellom foreldrenes hjem. Det var om lag sju km fra farens bolig til skolen, og «kun få minutter» fra morens bolig til skolen.¹²¹ Det fremgikk derimot ikke hvor stor avstanden var mellom foreldrenes boliger, utenom at de hadde bosted i samme kommune.¹²²

I utgangspunktet er sju km utenfor det som defineres som «nær»¹²³ i forhold til de andre dommene¹²⁴, hvor inngangsvilkåret har blitt vurdert som oppfylt. Flertallet hevdet at det ikke forelå noen utfordringer for barnet å komme seg på skolen, da det ikke var noen opplysninger fra det første skoleåret som tilsa at det ikke hadde fungert godt.¹²⁵ Videre ble det vektlagt at

¹¹³ LB-2021-76040 utskriftsside 9.

¹¹⁴ LE-2019-180323 utskriftsside 3.

¹¹⁵ Tingretten har idømt delt fast bosted, jfr. LE-2019-180323 utskriftsside 3.

¹¹⁶ LE-2019-180323 utskriftsside 3.

¹¹⁷ LE-2019-180323 utskriftsside 3.

¹¹⁸ LE-2019-180323 utskriftsside 3.

¹¹⁹ LE-2019-180323 utskriftsside 5.

¹²⁰ LE-2019-180323 utskriftsside 6.

¹²¹ LE-2019-180323 utskriftsside 6.

¹²² LE-2019-180323 utskriftsside 6.

¹²³ Se pkt. 3.2.1 Nær geografisk avstand.

¹²⁴ Se pkt. 4.2.1 LB-2021-76040 og pkt. 4.2.4 TOSLO-2020-14430.

¹²⁵ LE-2019-180323 utskriftsside 6.

barnet gikk på en fritidsaktivitet nær farens hjem, slik at transport til denne heller ikke ville by på noen utfordringer.¹²⁶

Det som derimot talte for at vilkåret ikke var oppfylt, var utfordringen med å få venner på besøk når barnet var hos far.¹²⁷

Dette var noe mindretallet vektla, hvor det ble uttalt at «særlig vil det være vanskelig med spontane vennebesøk».¹²⁸ Barnet ville være avhengig av at far kunne være behjelpelig med transport for at kontakten mellom vennene skulle opprettholdes.¹²⁹

En svakhet i flertallets avgjørelse var at avstanden mellom foreldrenes boliger ikke hadde blitt tatt med i vurderingen. Retten hadde kun vektlagt avstanden mellom foreldrenes boliger til skolen. I tillegg hadde barnets behov for å kunne opprettholde kontakten med venner blitt satt til side. Slik saken belyses, og som mindretallet hevdet, var ikke de to første vilkårene oppfylt.

Lagmannsrettens flertall vurderte likevel at vilkårene var oppfylt, og gikk dermed videre i vurderingen av inngangsvilkårene. Mor hadde gjort gjeldende at det forelå et høyt konfliktnivå mellom foreldrene.¹³⁰ Flertallet var enige i at det ikke hadde vært optimal kommunikasjon foreldrene imellom, og at den stort sett skjedde skriftlig. Dersom det var muntlig kommunikasjon så var den svært kort.¹³¹

Foreldrene kommuniserte bare når de måtte, og kun i det omfang som var høyst nødvendig.¹³² Flertallet kom til at denne kommunikasjonen var tilstrekkelig for at foreldrene kunne fortsette å praktisere delt fast bosted.¹³³ Det ble lagt vekt på mors forklaring om at det «ikke er et direkte konfliktnivå mellom henne og far, fordi de ikke prater sammen og derfor unngår konflikt».¹³⁴ Spørsmålet er hvordan foreldrene kunne ha et godt samarbeid ettersom de ikke

¹²⁶ LE-2019-180323 utskriftsside 6.

¹²⁷ LE-2019-180323 utskriftsside 6.

¹²⁸ LE-2019-180323 utskriftsside 9.

¹²⁹ LE-2019-180323 utskriftsside 6.

¹³⁰ LE-2019-180323 utskriftsside 3.

¹³¹ LE-2019-180323 utskriftsside 8.

¹³² LE-2019-180323 utskriftsside 8.

¹³³ LE-2019-180323 utskriftsside 8.

¹³⁴ LE-2019-180323 utskriftsside 8.

kommuniserte. En kan stille seg kritisk til flertallets vurdering av at samarbeidet foreldrene imellom var tilstrekkelig, særlig når mor har uttrykt at hun ikke ønsket mer kontakt med far enn høyst nødvendig og at dersom kommunikasjonen uteble så forelå det heller ingen konflikter.

Denne dommen står i kontrast til LB-2021-76040, hvor konfliktnivået var betraktelig lavere og likevel ble resultatet fast bosted og samvær.¹³⁵ Mindretallet på sin side pekte på de store samarbeidsproblemene som foreldrene hadde og i tingrettens oversendelsesbrev sto det at «begge erkjenner høyt konfliktnivå».¹³⁶ Videre la mindretallet frem at delt fast bosted forutsetter godt samarbeid. Med kun digital kommunikasjon og korte meldinger så manglet det en vesentlig forutsetning for å idømme delt fast bosted.¹³⁷ Den sakkyndige i saken så ikke at det forelå et høyt konfliktnivå mellom foreldrene, men anerkjente at det var et «kommunikasjonsproblem» mellom dem.¹³⁸

Når begge foreldrene hadde anerkjent et høyt konfliktnivå¹³⁹ er det vanskelig å tolke vilkåret som oppfylt når det heter at foreldrene skal ha «et godt samarbeid og lavt konfliktnivå».¹⁴⁰ Det kan stilles spørsmål om hva som er forskjellen på høyt konfliktnivå, godt samarbeid og kommunikasjonsproblemer.¹⁴¹ Ut fra en normal språklig forståelse er det vanskelig å ha et godt samarbeid uten god kommunikasjon. Det blir dermed utydelig hva den sakkyndige la i sin tolkning, og det vil være vanskelig å trekke en konkret konklusjon. Ut fra faktum slik jeg vurderer det, er ikke vilkåret oppfylt.

Spørsmålet videre er om det kan ses hen til barnets alder i vurderingen om samarbeidet foreldrene imellom skal regnes som tilstrekkelig. Barnet i dette tilfellet var under sju år, og ifølge forarbeidene skal det dermed ikke være aktuelt å idømme delt fast bosted etter bl. § 36 andre ledd siste punktum.

¹³⁵ Se pkt. 4.2.1 LB-2021-76040.

¹³⁶ LE-2019-180323 utskriftsside 9.

¹³⁷ LE-2019-180323 utskriftsside 9.

¹³⁸ LE-2019-180323 utskriftsside 8.

¹³⁹ LE-2019-180323 utskriftsside 9.

¹⁴⁰ Ot.prp. nr.104 (2008-2009) pkt. 8.4.3 s. 54 avsnitt 2.

¹⁴¹ LE-2019-180323 utskriftsside 8.

Aldersbegrensningen som framgår av forarbeidene¹⁴² fremstår som et absolutt vilkår, men vil i vurderingen av hva som er barnets beste kunne tolkes romsligere, se punkt. 3.6, jfr. bl. § 48.

Det gir retten frihet til å utøve skjønn. Det kan tolkes som at domstolen bruker skjønn i så stor grad at alderen på barnet kan avgjøre hvorvidt samarbeidet kan være godt eller tilstrekkelig, eller om konfliktnivået kan være lavt eller høyt. Dermed kan det stilles spørsmål ved om det innebærer at samarbeidet mellom foreldrene ikke trenger å være like godt, dersom barnet er eldre.

Eksempelvis vil et barn på tre år kreve bedre samarbeid og barnet vil muligens være mer sårbar for konflikter sammenlignet med et barn som nesten er sju år. Isolert sett er ikke vilkåret om alder oppfylt, og det kan stilles spørsmål ved hvorvidt barnets alder vil ha avgjørende betydning for foreldrenes samarbeid, og hvilke hensyn som er tatt i betraktning når domstolen innfortolker dette vilkåret.

Barnet i denne saken var som nevnt nesten sju år, og flertallet la til grunn at til tross for at det i forarbeidene var uttrykkelig presisert at barn under sju år ikke skal idømmes delt fast bosted, jfr. bl. § 36 andre ledd siste punktum, så var ikke alderen et avgjørende moment.¹⁴³ Det forelå en stor grad av sikkerhet for at delt fast bosted ville fungere, ettersom det hadde fungert før domsavsigelsen, og dermed også ville fungere i fremtiden.¹⁴⁴

Barnet hadde siden 2017 hatt en delt fast bostedsordning, noe som tilsvarte nesten halvparten av barnets liv. Den sakkyndige la til grunn at det ikke forelå noen opplysninger som tilsa at ordningen ikke har fungert, og at det dermed «må kreves gode grunner for å endre den».¹⁴⁵

Barnet i saken hadde ikke uttalt seg, men flertallet hevdet at de på bakgrunn av den sakkyndiges gode beskrivelser av barnet hadde tilstrekkelig grunnlag for å vurdere at barnet trivdes med den delte bostedsordningen.¹⁴⁶

Mindretallet kom imidlertid frem til at ettersom barnet selv ikke har fått uttalt seg, så kunne heller ikke retten være sikker på hvordan barnet opplevde delt fast bosted, se punkt 3.2.4. Det

¹⁴² Ot.prp. nr.104 (2008-2009) kapittel 14 til § 36 s. 73 avsnitt 2 siste setning.

¹⁴³ LE-2019-180323 utskriftsside 6.

¹⁴⁴ LE-2019-180323 utskriftsside 7.

¹⁴⁵ LE-2019-180323 utskriftsside 6.

¹⁴⁶ LE-2019-180323 utskriftsside 6.

foreligger ingen krav i forarbeidene om at den bostedsordningen retten lander på skal være utprøvd i praksis, men i henhold til øvrig rettspraksis¹⁴⁷ fremstår det som et moment som taler for delt fast bosted, dersom det tidligere har fungert.

Lagmannsrettens beslutning innebærer at flertallet har tolket forarbeidene mer romslig enn det mindretallet har gjort. Dette til tross for at det i forarbeidene fremheves at bl. § 36 andre ledd siste punktum skal regnes som en snever unntaksregel.¹⁴⁸ Spørsmålet som dukker opp i denne dommen er hvordan inngangsvilkårene kan oppfattes så ulikt, og om delt fast bosted er den løsningen som peker seg ut som den beste for barnet.

Barnet var ifølge den sakkyndiges observasjoner et velfungerende barn, og med hensyn til status quo forelå det ikke sannsynlighetsovervekt for at en flytting vil medføre noen fordeler for barnet. Barnet har hatt delt fast bosted siden samlivsbruddet, og syntes å trives med og profitere på å tilbringe like mye tid med begge foreldrene.¹⁴⁹ Det taler for at det beste for barnet var at det ikke ble gjort endringer i bostedsordningen.

De to tilleggsvilkårene som retten skal vurdere dersom inngangsvilkårene er oppfylt, er at det skal gjøres en konkret vurdering¹⁵⁰ og at rettens overbevisningskrav er oppfylt¹⁵¹, og at den bostedsordningen de idømmer må være til barnets beste.

Gjennom redegjørelsen av dommen la de vekt på de konkrete forholdene som forelå. Avslutningsvis, uten noen nærmere drøftelse, kom flertallet til konklusjonen at de var overbevist om at forutsetningene i forarbeidene var oppfylt.¹⁵² Domstolen idømte delt fast bosted, ettersom det var til barnets beste.¹⁵³

¹⁴⁷ Se pkt. 4.2.1 LB-2021-76040.

¹⁴⁸ Ot.prp. nr.104 (2008-2009) kapittel 14 til § 36 s. 73 avsnitt 2 første setning.

¹⁴⁹ LE-2019-180323 utskriftsside 6.

¹⁵⁰ Se pkt. 3.4.1 Domstolens konkrete vurdering.

¹⁵¹ Se pkt. 3.4.2 Domstolens overbevisning.

¹⁵² LE-2019-180323 utskriftsside 8.

¹⁵³ LE-2019-180323 utskriftsside 8.

4.2.3 Frostating lagmannsrett – LF-2017-4766

Saken gjaldt spørsmålet om fast bosted og samvær for partenes felles barn på tre år.¹⁵⁴ Mor anket tingrettens dom¹⁵⁵ og la ned påstand om fast bosted og samvær, subsidiært delt fast bosted.¹⁵⁶ Far la ned påstand om at anken skulle forkastes.¹⁵⁷ Etter samlivsbruddet i 2016 hadde det blitt praktisert delt fast bosted med en 50/50 ordning.¹⁵⁸

Lagmannsretten bemerket at uenigheten i all hovedsak dreide seg om den rettslige rammen for ordningen og spørsmålet om hvem som skulle ha bostedsmyndigheten.¹⁵⁹ Begge foreldrene ønsket å praktisere en 50/50 ordning. Videre kom det frem at foreldrene sto likt, og at avgjørelsen i tingretten var marginal, ettersom begge foreldrene ga god omsorg under trygge oppvekstvilkår. Barnet var velfungerende og hadde sterk tilknytning til begge foreldrene.¹⁶⁰

Avgjørelsen om å idømme delt fast bosted skal som hovedregel bero på en konkret vurdering av barnets beste. I forarbeidene fremgår det at barn under sju år i utgangspunktet ikke skal idømmes delt fast bosted, og dersom en skal tolke forarbeidene slik det står «[...] det må stilles strengere krav, og at det som utgangspunkt vil være uaktuelt å idømme delt fast bosted for barn under syv år».¹⁶¹ Det betyr at retten skulle ha utelukket delt fast bosted.

Likevel er ikke aldersbegrensningen et absolutt vilkår. Dersom det er barnets beste å ha delt fast bosted skal ikke domstolen hindres i å idømme en slik bostedsordning.¹⁶² Det skal blant annet legges vekt på at barn og familier er forskjellige, og at det må tilpasses individuelt. Her hadde barnet allerede hatt delt fast bosted i ett år, og husket mest sannsynlig ikke noe annet. Barnet opplevde ikke forskjell på om det var hos mor eller far, ettersom barnet ble ivaretatt av godt kvalifiserte foreldre. Barnet hadde en trygg tilnærming og foreldrene hadde lojalt fulgt opp for å gjøre samlivsbruddet og situasjonen best mulig for barnet.¹⁶³ Som følge av dette

¹⁵⁴ LF-2017-4766 utskriftsside 3.

¹⁵⁵ Tingrettens avgjørelse var fast bosted hos far, jfr. LF-2017-4766 utskriftsside 3.

¹⁵⁶ LF-2017-4766 utskriftsside 3 til 4.

¹⁵⁷ LF-2017-4766 utskriftsside 4.

¹⁵⁸ LF-2017-4766 utskriftsside 3.

¹⁵⁹ LF-2017-4766 utskriftsside 4.

¹⁶⁰ LF-2017-4766 utskriftsside 5.

¹⁶¹ Ot.prp. nr.104 pkt. 8.4.3 s. 53.

¹⁶² Se pkt. 3.6 Barnets alder som rettslig begrensning.

¹⁶³ LF-2017-4766 utskriftsside 6.

kunne lagmannsretten konkludere med at barnets alder ikke var til hinder for å idømme delt fast bosted.¹⁶⁴

Ettersom vilkåret om alder ikke er et hinder for å idømme delt fast bosted, kan retten gå videre i vurderingen av inngangsvilkårene. Foreldrene bodde i gangavstand fra hverandre, noe som gav barnet samme nærmiljø og tilgang til barnehagen og senere skole, fritidsaktiviteter og venner fra begge hjem.¹⁶⁵ Tilsvarende som i de øvrige dommene, vurderes de to første inngangsvilkårene også her samlet som ett.¹⁶⁶

Det legges vekt på at foreldrene hadde like grunnholdninger og verdier, som i utgangspunktet skulle gi et godt grunnlag for samarbeid.¹⁶⁷ De var tilsynelatende enige om valg av barnehage og i fremtiden skole, som er avgjørelser som inngår i bostedsmyndigheten etter bl. § 37.

Foreldrene viste imidlertid at de klarte å samarbeide, til tross for at konfliktnivået hadde vært høyt før dommen ble avsagt. Konflikten hadde dempet seg noe etter tingrettens dom.¹⁶⁸ Dette kan tolkes som at retten idømte delt fast bosted for at det skulle ha en konfliktdependende virkning på foreldrene.¹⁶⁹

Generelt blir spørsmålet om delt fast bosted er det beste for foreldrene eller for barnet. Er det alltid best for barnet med delt fast bosted så lenge foreldrene ikke er i konflikt med hverandre? Det er ingen tvil om at barn merker at det foreligger konflikter foreldrene imellom, og med det grunnlaget vil et lavt konfliktnivå stort sett være det beste for barnet. Å vektlegge likestilling eller konfliktdepping kan være å vektlegge forhold som i utgangspunktet angår foreldrene, og ikke barnets beste.

Det forelå imidlertid ingen store konflikter mellom mor og far i denne saken. Uenigheten hadde hele veien vært om hvem som skulle ha bostedsmyndigheten og ikke hvor mye barnet skulle bo hos hver av dem.¹⁷⁰ De konflikten som hadde vært, hadde foreldrene klart å

¹⁶⁴ LF-2017-4766 utskriftsside 6.

¹⁶⁵ LF-2017-4766 utskriftsside 6.

¹⁶⁶ Se pkt. 4.2.1 LB-2021-76040, 4.2.2 LE-2019-180323, 4.2.3 LF-2017-4766.

¹⁶⁷ LF-2017-4766 utskriftsside 6.

¹⁶⁸ LF-2017-4766 utskriftsside 7.

¹⁶⁹ LF-2017-4766 utskriftsside 9.

¹⁷⁰ LF-2017-4766 utskriftsside 7.

skjerme barnet for, noe som syntes å virke positivt.¹⁷¹ Retten la også til grunn at det er normalt å ha vanskeligheter med å samarbeide og kommunisere etter et samlivsbrudd. Kanskje særlig i dette tilfellet der bruddet skyldtes et nytt forhold.¹⁷² Konflikten foreldrene imellom hadde ikke vært mer alvorlig eller langvarig enn hva som kan forventes.¹⁷³

Begge foreldrene var gode omsorgspersoner og alle forutsetningene for delt fast bosted var oppfylt, sett bort fra at far ikke ønsket å dele bostedsmyndigheten.¹⁷⁴ Dermed kan en stille spørsmål om det hadde vært flere foreldre som hadde benyttet seg av avtalefriheten i henhold til bl. § 36 første ledd og valgt ordningen med delt fast bosted, dersom bostedsmyndigheten ikke hadde vært automatisk tillagt den forelderen som har det faste bostedet hos seg.

I sum er det ikke mange avgjørelser som omfatter lovbestemmelsen i bl. § 37. Det er gjerne spørsmål som mest sannsynlig bare skal avgjøres en gang. For eksempel velger en barnehage for barnet bare en gang, og med mindre en av foreldrene flytter, eller at det ligger andre årsaker til grunn, bytter ikke barnet barnehage. En samværsforelder vil ha mulighet til å være med å ta avgjørelser i det daglige, og den største forskjellen og det som var avgjørende i denne saken, var om det forelå noen flytteplaner for foreldrene. Retten fant ingen holdepunkter som tilsa at noen av foreldrene hadde flytteplaner.¹⁷⁵

Retten hadde dermed lagt vekt på at forholdene lå godt til rette for delt fast bosted, og det samme gjaldt forutsetningene for at det skulle fungere bra. Videre presiserte retten at «hvor delt bosted gir fornøyde foreldre og har en konfliktdempende virkning, er det til barnets beste».¹⁷⁶ I dette konkrete tilfellet bemerket lagmannsretten at likestilling mellom foreldrene var det som best gagnet samarbeidet, og som videre kunne sikre at forutsetningene for likedeling besto.¹⁷⁷ Domstolen idømte delt fast bosted.¹⁷⁸

¹⁷¹ LF-2017-4766 utskriftsside 7.

¹⁷² LF-2017-4766 utskriftsside 8.

¹⁷³ LF-2017-4766 utskriftsside 8.

¹⁷⁴ LF-2017-4766 utskriftsside 9.

¹⁷⁵ LF-2017-4766 utskriftsside 9.

¹⁷⁶ LF-2017-4766 utskriftsside 9.

¹⁷⁷ LF-2017-4766 utskriftsside 9.

¹⁷⁸ LF-2017-4766 utskriftsside 10.

4.2.4 Oslo tingrett – TOSLO-2020-14430

Saken gjaldt spørsmål om fast bosted og samvær for partenes felles barn på tolv og fjorten år.¹⁷⁹ Moren stevnet saken inn for tingretten¹⁸⁰ med påstand om fast bosted og samvær for begge barna.¹⁸¹ Faren nedla påstand om fast bosted hos han.¹⁸² Før domstidspunktet hadde partene praktisert en 50/50 ordning, med bytte annenhver uke.¹⁸³

Retten bemerket at det forelå en geografisk nærhet, ni minutters gange, mellom foreldrenes hjem. Barna kunne dermed bevege seg fritt mellom foreldrenes boliger, i tillegg til å opprettholde kontakten med venner og delta på fritidsaktivitetene uavhengig av hvem av foreldrene de var hos.¹⁸⁴ I likhet med dommene ovenfor¹⁸⁵, bekrefter dette at inngangsvilkårene som legges frem under punkt 3.2.1 og 3.2.2 har nær sammenheng, da retten ikke vurderte vilkårene hver for seg, men sett under ett. Likevel la de ikke bare vekt på barnas mulighet til å komme seg mellom foreldrenes respektive hjem, men kort avstand fra hjemmene til skolen ble spesifikt trukket fram som et positivt moment. Dette betyr at vilkåret om nær geografisk avstand, venner og fritidsaktiviteter var oppfylt.¹⁸⁶

Begge foreldrene fremsto som gode og trygge omsorgspersoner, og barna så ut til å ha god tilknytning til både mor og far. Barna hadde fått uttale seg i saken, og ettersom de var tolv og fjorten år ble deres mening tillagt stor vekt i avgjørelsen, jfr. bl. § 31 andre ledd siste punktum. Det ene barnet uttalte at hun ønsket en «50/50»-ordning som allerede ble praktisert, noe som innebar at barnet ønsket å være like mye hos begge foreldrene.¹⁸⁷ Det andre barnet uttalte at «50/50»-ordningen fungerte, men at hen «kanskje vil være litt mer sammen med mamma».¹⁸⁸ Det var imidlertid viktig for begge barna at de hadde samme ordning.¹⁸⁹

¹⁷⁹ TOSLO-2020-14430 utskriftsside 3.

¹⁸⁰ Borgarting lagmannsretts dom 14.06.2016 fastsatte at barna skulle ha fast bosted hos far, jfr. TOSLO-2020-14430 utskriftsside 9.

¹⁸¹ TOSLO-2020-14430 utskriftsside 7.

¹⁸² TOSLO-2020-14430 utskriftsside 9.

¹⁸³ TOSLO-2020-14430 utskriftsside 3.

¹⁸⁴ TOSLO-2020-14430 utskriftsside 10.

¹⁸⁵ Se pkt. 4.2.1 LB-2021-76040, pkt. 4.2.2 LE-2019-180323, pkt. 4.2.3 LF-2017-4766.

¹⁸⁶ TOSLO-2020-14430 utskriftsside 10.

¹⁸⁷ TOSLO-2020-14430 utskriftsside 10.

¹⁸⁸ TOSLO-2020-14430 utskriftsside 11.

¹⁸⁹ TOSLO-2020-14430 utskriftsside 11.

Ettersom barna var store skulle deres mening tillegges vesentlig vekt, uten at retten måtte legge avgjørende vekt på deres ønsker.¹⁹⁰ Det tyder på at selv om barna uttaler sine ønsker, så er domstolen forpliktet til å vurdere hva som er til barnas beste. Det er ikke alltid sammenfallende med barnas egne ønsker, som ble problematisert under punkt 3.2.4.

Forutsetningene for å idømme delt fast bosted var til stede. En slik bostedsordning ville gi barna muligheten til å opprettholde den nære kontakten med begge foreldrene, i tillegg til å være en del av hverdagslivet i begge hjem.¹⁹¹

Det som derimot kunne tale mot en ordning om delt fast bosted, var det siste inngangsvilkåret om foreldrene kunne samarbeide godt og ikke ha et høyt konfliktnivå. Den sakkyndige psykologspesialisten hevdet at «de samarbeidsproblemer som foreldrene har må barna uansett forholde seg til, enten løsningen blir felles bosted eller fast bosted hos en av foreldrene».¹⁹²

Utsagnet støtter problematiseringen under punkt 3.2.3 om hvor mye konfliktnivået skal vektlegges ved vurderingen av å idømme delt fast bosted. Noen konflikter vil det naturlig nok foreligge ved et samlivsbrudd. Det hører kanskje til sjeldenhetene at ektefeller pakker vesken i det stille uten at det foreligger problemer som resulterer i at brudd anses som den beste og eneste veien ut av forholdet. Det betyr at det bør foreligge en slags «smertegrense» på hva som må anses som et normalt konfliktnivå etter et samlivsbrudd og hva som er et høyt konfliktnivå.

Til sammenligning med dommen LB-2021-76040¹⁹³, legges det her ikke vekt på antall år foreldrene har vært skilt, som var ni år, der foreldrene ikke har klart å bli enige om bostedsordningen for barna uten å trekke inn domstolen.¹⁹⁴ I dette tilfellet ville det ha talt mot å idømme delt fast bosted. Det kan anses som et urimelig moment å tillegge vekt i en slik avgjørelse. Ettersom foreldrene tydelig viste at på tross av at de ikke ble enige seg imellom, klarte å samarbeide om barna i påvente av en rettskraftig dom.

¹⁹⁰ TOSLO-2020-14430 utskriftsside 11.

¹⁹¹ TOSLO-2020-14430 utskriftsside 11.

¹⁹² TOSLO-2020-14430 utskriftsside 11.

¹⁹³ Se pkt. 4.2.1 LB-2021-76040.

¹⁹⁴ TOSLO-2020-14430 utskriftsside 3.

Det som imidlertid så ut til å skape konflikter for foreldrene var hvorvidt det forelå flytteplaner. Ettersom det hadde vært usikkerhet om flytting, ville delt fast bosted kunne trygge begge foreldrene på at de hadde like rettigheter og plikter som bostedsforelder. Det innebar at begge foreldrene ville få en trygghet med en medbestemmelsesrett i spørsmålet om flytting.¹⁹⁵ Retten vurderte at flytteplanene ikke hadde noen holdepunkter i realiteten.¹⁹⁶

Spørsmålet som forelå, var om bostedsordningen var til barnas beste eller om det var for å trygge foreldrene. Dersom foreldrene er trygge på at den andre ikke kan flytte med barna uten samtykke, vil det kanskje også være det beste for barna. I vurderingen av tilleggsvilkårene skal retten gjøre en konkret avveining av de faktiske forhold i saken, og være overbevist om at bostedsordningen som idømmes er det beste for barna, se punkt 3.4.1 og 3.4.2.

Det at foreldrene over lang tid hadde praktisert delt fast bosted tyder på at foreldrene klarte å samarbeide og ivareta hensynet til barnas beste.¹⁹⁷ Dermed har domstolen lettere for å idømme den samme bostedsordningen, dersom det var tydelig at partene i utgangspunktet trivdes med den, jfr. punkt 3.2.4.

Retten la til grunn en konkret og samlet vurdering, og var overbevist om at delt fast bosted ville være til barnas beste, jfr. bl. § 48, jfr. § 36.¹⁹⁸ Domstolen idømte delt fast bosted.¹⁹⁹

5 Vurdering av bestemmelsen

5.1 Benytter domstolen seg av sin kompetanse?

Det er tydelig at domstolen benytter seg av kompetansen til å idømme delt fast bosted sett hen til gjennomgått rettspraksis, men det kan likevel stilles spørsmål ved om det foreligger noen begrensninger.²⁰⁰

Forutsetningene som forarbeidene oppstiller bestemmer de rettslige rammene for hva domstolen skal legge vekt på i vurderingen av bostedsspørsmålet. Det innebærer at domstolen

¹⁹⁵ TOSLO-2020-14430 utskriftsside 11.

¹⁹⁶ TOSLO-2020-14430 utskriftsside 11.

¹⁹⁷ TOSLO-2020-14430 utskriftsside 11.

¹⁹⁸ TOSLO-2020-14430 utskriftsside 11.

¹⁹⁹ TOSLO-2020-14430 utskriftsside 12.

²⁰⁰ Med utgangspunkt i oppgavens utvalgte rettspraksis.

har en begrenset frihet til å utøve skjønn, og at det foreligger en restriktiv bruk av bestemmelsen, ettersom det skal mye til for at alle forutsetningene er oppfylt.

Et eksempel er at det i forarbeidene foreligger en forutsetning om at bestemmelsen skal anvendes som en «snever unntaksregel»²⁰¹, og spørsmålet er om det har ført til at domstolen har vært mer restriktiv enn om det kun hadde vært definert et vilkår om «særlege grunnar» uten definert lovbestemt skjønn.²⁰²

Terskelen for å benytte seg av bestemmelsen om å idømme delt fast bosted kan tilsynelatende ha vært for høy. Den restriktive utviklingen av bestemmelsen i praksis, vil sannsynligvis fortsette basert på bestemmelsens forankring som en snever unntaksregel. Innholdskravene i bestemmelsen som er gjennomgått er forholdsvis strenge, og i praksis ser en at det sannsynligvis vil bli få sakstifeller som vil tilfredsstille disse, dersom bestemmelsen blir stående slik den er i dag, jfr. bl. § 36 andre ledd siste punktum.

En annen begrensning er det absolutte kravet om alder, som problematiseres under punkt 3.6.²⁰³ At det foreligger et alderskrav begrenser domstolens kompetanse til å idømme delt fast bosted, og det vil i utgangspunktet utelukke en rekke saker hvor barnet ikke har fylt sju år. Dermed er det viktig at forarbeidene ikke innfortolker vilkåret og at det overordnede prinsippet om barnets beste ivaretas, til tross for at barnet ikke oppfyller alderskravet.

Dersom alder skulle ha vært et absolutt krav som det i forarbeidene fremstilles som, ville ikke domstolen hatt adgang til å vurdere hva som er barnets beste, men blitt begrenset i henhold til alder. Det innebærer at domstolen benytter seg av bestemmelsen på en annen måte enn hva lovgiver hadde forutsatt.

²⁰¹ Ot.prp. nr.104 (2008-2009) kapittel 14 til § 36 s. 74 avsnitt 2 første setning.

²⁰² Jfr. bl. § 36 andre ledd siste punktum.

²⁰³ Ot.prp. nr. 104 (2008-2009) pkt. 8.4.3 s. 54 avsnitt 12.

5.2 Betydningen av «særlege grunner» i rettspraksis

Ifølge forarbeidene fremgår det at:

Utgangspunktet for domstolens avgjørelse er å komme fram til en løsning som er til barnets beste.²⁰⁴

Det betyr at en i utgangspunktet ikke trenger vilkåret om særlige grunner, fordi det skal være tilstrekkelig at avgjørelsen om delt fast bosted vil være til barnets beste.²⁰⁵ Det ble videre lagt vekt på at det kunne foreligge en fare for at delt fast bosted kom til å idømmes oftere enn det var grunnlag for.²⁰⁶ Dermed ble det lagt avgjørende vekt på at for å ivareta hensynet til barnet måtte det stilles krav i lovteksten om at det må foreligge særlige grunner for at domstolen skal kunne benytte seg av kompetansen om å idømme delt fast bosted.²⁰⁷

I vilkåret om at det må foreligge særlige grunner, ligger det også et strengere krav til visshet om at denne bostedsordningen vil være det beste for barnet. Det innebærer at dersom domstolen er i tvil, så skal en feilvurdert avgjørelse om delt fast bosted antas å få mer skadelige konsekvenser enn en feilvurdering i motsatt retning.²⁰⁸

Betydningen av vilkåret er at det setter begrensninger i form av lovbundet skjønn for når domstolen kan idømme delt fast bosted. Dette taler for å beholde vilkåret dersom det innebærer at alle forutsetningene som forarbeidene oppstiller skal være oppfylt, men desto viktigere at domstolen kan utøve skjønn i hvert enkelt tilfelle for å finne den beste løsningen. For det er som det står i forarbeidene, at domstolen er best egnet og nærmest til å foreta en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle, og bør derfor ikke begrenses.²⁰⁹

Det at det foreligger et vilkår om særlige grunner gjør at det er vanskeligere for domstolen å vurdere om alle forutsetningene ligger til grunn for å kunne idømme delt fast bosted. Det viser seg også i rettspraksis at den restriktive bruken kan ha lagt føringer på bruken av bl. § 36

²⁰⁴ Ot.prp. nr.104 (2008-2009) pkt. 8.4.3 avsnitt 6 første setning.

²⁰⁵ Ot.prp. nr.104 (2008-2009) pkt. 8.4.3 avsnitt 6 andre setning.

²⁰⁶ Ot.prp. nr.104 (2008-2009) pkt. 8.4.3 avsnitt 6 tredje setning.

²⁰⁷ Ot.prp. nr.104 (2008-2009) pkt. 8.4.3 avsnitt 6 fjerde setning.

²⁰⁸ Ot.prp. nr.104 (2008-2009) pkt. 8.4.3 s. 54 avsnitt 5.

²⁰⁹ Ot.prp. nr.104 (2008-2009) pkt. 8.4.1 s. 50 avsnitt 1 andre setning.

andre ledd siste punktum, som ikke var tiltenkt av lovgiver. Det kan også være en av årsakene til at flertallet i utvalget i NOU 2020: 14 ønsker å fjerne vilkåret.²¹⁰

Flertallet i utvalget legger vekt på at retten skal stå fritt til å avgjøre hvilken bostedsordning barnet skal ha, og at det alltid skal treffes på bakgrunn av en konkret vurdering om hva som er det beste for barnet.²¹¹ Det støtter antagelsen i punkt 5.1 om at terskelen for å idømme delt fast bosted har vært for høy, og ved å fjerne vilkåret om «særlege grunnar» så kan det innebære at flere barn får muligheten til å få delt fast bosted.²¹²

Det betyr at flertallet hevder at forutsetningene som kommer frem av forarbeidene skal være dekkende nok til å påse at domstolen gjør en konkret vurdering med bakgrunn i hva som er det beste for barnet. Inngangs- og tilleggsvilkårene er dermed viktige i vurderingen, men vilkårene er ikke entydige, og dermed må domstolen utøve skjønn i hvert enkelt tilfelle.

I henhold til rettspraksis ser en at i vurderingen av inngangsvilkåret om godt samarbeid og lavt konfliktnivå foreligger det store forskjeller. Her er det vanskelig å trekke noen konkrete slutninger om hva som er et tilstrekkelig samarbeid, og hva som er et lavt konfliktnivå.²¹³ Det innebærer at vilkårene ikke kan vurderes isolert sett, men må ses i sammenheng med hverandre. Det vil være utfordrende å sammenligne to ulike domsavgjørelser med hverandre da det foreligger helt sakskonkrete faktorer som ligger til grunn for hver enkelt avgjørelse.

Kompleksiteten ved disse dommene er at det foreligger små skjønnsmarginer som gjør at avgjørelsen om bostedsordningen faller den ene eller den andre veien. Det må også legges til grunn at dommene ikke alltid presiserer hva som har vært den avgjørende faktoren i vurderingen, og det vil dermed åpne opp for antagelser.

²¹⁰ NOU 2020: 14 pkt. 11.3.4.4 avsnitt 3.

²¹¹ NOU 2020: 14 pkt. 11.3.4.4 avsnitt 3.

²¹² NOU 2020: 14 pkt. 11.3.4.4 avsnitt 3.

²¹³ Jfr. pkt. 4.2.1 LB-2021-76040, 4.2.2 LE-2019-180323, 4.2.3 LF-2017-4766 og 4.2.4 TOSLO-2020-14430.

5.3 Er bestemmelsen i harmoni med Grunnloven og barnekonvensjonen?

Spørsmålet er om domstolens bruk av bestemmelsen harmonerer med grunnloven og barnekonvensjonens bestemmelser om barnets beste.

I Grunnloven § 104 andre ledd presiseres det at:

Ved handlinger og avgjørelser som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.

Bestemmelsen legger vekt på at barnets beste i en vurdering av, blant annet hvor barnet skal bo, skal være et grunnleggende hensyn som domstolen skal ha som et overordnet prinsipp. Ordlyden «skal» gir bestemmelsen lite rom for annen tolkning, enn at det skal forstås som et absolutt vilkår. Dersom en ser hen til utvalgt rettspraksis er dette et prinsipp og et vilkår som har avgjørelseskraften i hvorvidt det idømmes delt fast bosted eller fast bosted og samvær.

FNs barnekonvensjon er inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven § 2. Dermed er det naturlig å vurdere endringen i bl. § 36 andre ledd siste punktum opp mot barnekonvensjonen, som ved en eventuell motstrid har forrang, jfr. menneskerettsloven § 3. Barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 om barnets beste som «grunnleggende hensyn» er et av barnekonvensjonens generelle prinsipper.²¹⁴ Spørsmålet er dermed om endringen i bl. § 36 andre ledd siste punktum er i overensstemmelse med dette prinsippet.

Før lovendringen i bl. § 36 kom var domstolene avskåret fra å idømme delt fast bosted, selv om det var til barnets beste etter bl. § 48 og barnekonvensjonen art. 3 nr. 1. Barneloven § 36 andre ledd siste punktum åpner opp for delt fast bosted dersom det er til barnets beste. Inngangs- og tilleggsvilkårene sikrer at det foreligger nødvendige forutsetninger for at delt fast bosted vil være det beste for barnet. Dermed vil disse forutsetningene i bl. § 36 andre ledd siste punktum være i samsvar med barnekonvensjonen art. 3 nr. 1. Det kan også vises til at barnets mening gjennom uttalelseretten etter barnekonvensjonen i art. 12 og Grunnloven §

²¹⁴ Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholdt og Kirsten Sandberg (red.), *Barnekonvensjonen barns rettigheter i Norge*, Oslo 2008 s. 46.

104 første ledd er sikret gjennom inngangsvilkåret om barnets trivsel, se punkt 3.2.4 og bl. § 31 andre ledd.

I forarbeidene fremgår det at:

[...] det som et utgangspunkt vil være uaktuelt å idømme delt bosted for barn under syv år.²¹⁵

Denne begrensningen er i strid med Grunnloven og menneskerettighetene. Dette medfører at domstolen ikke kan være bundet av aldersbegrensningen fastsatt i forarbeidene, dersom det etter en konkret vurdering vil være til barnets beste med delt fast bosted.²¹⁶ Som følge av dette blir aldersbegrensningen tolket utvidende i praksis.

Det innebærer at domstolene er gitt adgang til å idømme delt fast bosted gjennom bl. § 36 andre ledd siste punktum, og at domstolene har fått en videre adgang til å velge bostedsordning på grunnlag av barnets beste. Bestemmelsen harmonerer derfor i større grad med prinsippet i Grunnloven og barnekonvensjonen.

6 Avslutning

6.1 Avsluttende betraktninger

En gjennomgang av rettspraksis viser at det ikke foreligger noen entydig og klar konklusjon på problemstillingen, men at avgjørelsen beror på en konkret og skjønsmessig vurdering i hvert enkelt tilfelle. Det er likevel interessant å se hvor ulikt to henholdsvis like dommer kan føre til ulikt resultat.²¹⁷ At domstolen har fått kompetansen til å idømme delt fast bosted har vært avgjørende for at hovedprinsippet om barnets beste skal overholdes.

En interessant utvikling er om vilkåret særlige grunner kommer til å forsvinne ved en eventuell lovendring, slik som det foreslås i NOU 2020: 14. Det understreker at vurderingen av en bostedsordning er kompleks, og at det i prinsippet skal holde med de forutsetningene som foreligger i forarbeidene. Særlige grunner og forutsetningene gir noen føringer for hva

²¹⁵ Ot.prp. nr.104 (2008-2009) pkt. 8.4.3 s. 54.

²¹⁶ Se pkt. 3.6 Barnets alder som rettslig begrensning.

²¹⁷ Se pkt. 4.2.1 LB-2021-76040 og pkt. 4.2.2 LE-2019-180323.

domstolen skal vurdere, og i hvor stor grad det skal tillegges vekt i vurderingen. Dersom en fjerner særlige grunner, så er ikke det noen realitetsendring, hvis forutsetningene fortsatt skal legges til grunn. Det betyr at dersom vilkåret om særlige grunner forsvinner, så vil likevel forutsetningene i forarbeidene være momentene som skal legges til grunn i domstolens vurdering, og dermed legge føringer for domstolens skjønn.

Hvis domstolen utøver skjønnet riktig, skal det i utgangspunktet ikke utgjøre noen forskjell i økte saker som havner i retten, så om en eventuell endring av lovteksten vil medføre en økt idømmelse av delt fast bosted, gjenstår å se.

Referanseliste

Lover

Lov 17.mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov

Lov 8.april 1981 nr.7 om barn og foreldre

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

Lov 9.april 2010 om endringer i barnelova mv.

Vedlegg 2 (til menneskerettsloven). Den europeiske menneskerettskonvensjonen med protokoller (norsk oversettelse) Roma 4.november 1950

Vedlegg 8 (til menneskerettsloven). FNs konvensjon om barnets rettigheter med protokoller (norsk oversettelse) av 20.november 1989

Forarbeider og lovforslag

NOU 1998: 17 Barnefordelingssaker – avgjørelsesorgan, saksbehandlingsregler og delt bosted

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

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

NOU 2020: 14 Ny barnelov til barnets beste

Rettspraksis

HR-2020-1843-A (Norges Høyesterett)

HR-2019-1230-A (Norges Høyesterett)

LB-2021-23129 (Borgarting lagmannsrett)

LB-2021-76040 (Borgarting lagmannsrett)

LE-2019-180323 (Eidsivating lagmannsrett)

LB-2018-77957 (Borgarting lagmannsrett)

LA-2017-84562 (Agder lagmannsrett)

LF-2017-4766 (Frostating lagmannsrett)

TVIN-2020-170994 (Vestre Innlandet tingrett)

TOSLO-2020-14430 (Oslo tingrett)

Litteratur

Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholdt og Kirsten Sandberg (red.), *Barnekonvensjonen barns rettigheter i Norge*, Oslo 2008 s.46

Artikler

Haugli, Trude, «Lov om barn og foreldre» i *jussens venner 2007* s. 325-388

Internettider

Anonym, «Barn og samlivsbrudd», Bufdir, 23. mars 2015,

https://www.bufdir.no/statistikk_og_analyse/oppvekst/familie_omsorg_og_relasjoner/barn_og_samlivsbrudd/ (lest 20. januar 2022).

Hansen, Christian Wulff, «Innlegg om ny barnelov – til barnets beste», 7. desember 2020,

<https://barnerettsbloggen.no/tag/ny-barnelov/> (lest 20. januar 2022).

Edvardsen, Ingvild, «Stadig flere får adresse hos far etter samlivsbrudd: - Et tema som skaper mye konflikt», 9. juli 2021, https://www.nrk.no/norge/stadig-flere-far-adresse-hos-far-etter-samlivsbrudd_-_-et-tema-som-skaper-mye-konflikt-1.15558242

(lest 12. mars 2022).

Anonym, «Foreldreansvar», Regjeringen, 2. februar 2022,

<https://www.regjeringen.no/no/tema/familie-og-barn/innsiktsartikler/foreldreskap/foreldreansvar/id749199/> (lest 29. mars 2022).

Anonym, «Samvær», Skilsmisse.net, u.å., <https://www.skilsmisse.net/barn/samvar.html> (lest 6. mars 2022).

Barne- og familiedepartementet, «FNs konvensjon om barnets rettigheter», s. 9 artikkel 3 https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/kilde/bfd/bro/2004/0004/ddd/pdfv/178931-fns_barnekonvensjon.pdf (lest 15. januar 2022).

Vibeke B. Strand og Kjetil M. Larsen, «Barnets beste» Store norske leksikon, 30.mars 2021, https://snl.no/Barnets_beste (lest 15. januar 2022).

Teigstad, Eirik, «Foreldretvist om barneloven § 36 med lovkommentarer». <https://www.foreldretvist.no/barneloven-36/> (lest 20. januar 2022).

Jusinfo om «rettsanvendelsesskjønn». <https://jusinfo.no/forvaltningsrett/overproving-av-forvaltningens-skjonn/rettsanvendelsesskjonn/> (lest 09.februar 2022).

Liden og Kitterød, institutt for samfunnsforskning, 2019. <https://samfunnsforskning.brage.unit.no/samfunnsforskning->

xmlui/bitstream/handle/11250/2580824/Delt_bosted.pdf?sequence=2&isAllowed=y (lest 29.

Mars 2022).

