

Veien til tvangsfullbyrdelse av samværsrettigheter

Kandidatnummer: 599

Leveringsfrist: 27.04.09

Til sammen 17 016 ord

24.04.2009

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING.....</u>	<u>6</u>
1.1	Valg av oppgave	6
1.2	Omfanget av problemet.....	6
1.2.1	Rettslig.....	6
1.2.2	Faktisk	7
1.3	Oppbygning og avgrensninger	8
1.4	Begreper	9
1.5	Rettskilder	11
<u>2</u>	<u>BARNETS BESTE</u>	<u>14</u>
<u>3</u>	<u>SAMVÆRSRETTE</u>	<u>17</u>
3.1	Historisk perspektiv	17
3.2	Hjemmel og formål.....	18
3.3	Avtalefrihet og avgjørelse av retten.....	19
3.4	Vilkår for gjennomføring av samværsrett.....	20
3.5	Omfanget av samværsretten	21
3.6	Avskjæring av samværsrett	21
<u>4</u>	<u>TVANGSFULLBYRDELSE.....</u>	<u>23</u>
4.1	Historisk perspektiv	23

4.2	Hjemmel og formål.....	24
4.3	Tvangsgrunnlaget.....	25
4.4	Begjæring om tvangsbot.....	26
4.5	Brudd på samværsretten.....	26
4.6	Tvangsmiddelets innhold og omfang	27
4.6.1	En viss tid	28
4.6.2	Pressmiddel.....	29
4.7	Rettsens kompetanse.....	30
4.7.1	Umulighet	31
4.7.1.1	Aktiv og lojal medvirkning	32
4.7.1.2	Barnet motsetter seg samværet.....	32
4.7.1.3	Psykiske belastninger for barnet.....	33
4.7.1.4	Forhold på den samværsberettigedes side	34
4.7.2	Endring	35
4.8	Rettsfølgen av tvangsgrunnlag.....	36
4.9	Rettsfølgen ved endring og umulighet	37
4.10	Straff.....	38
<u>5</u>	<u>ANALYSE AV LAGMANNSRETTS PRAKSIS FRA 2009</u>	<u>39</u>
5.1	Borgarting lagmannsrett – kjennelse av 20. januar 2009.....	39
5.2	Hålogaland lagmannsrett – kjennelse av 26. februar 2009.	39
5.3	Gulating lagmannsrett – kjennelse av 10. mars 2009.	40
5.4	Resultat av analyse	41
	<u>FREMMEDE RETT</u>	<u>44</u>

5.5	Sverige	44
5.6	Finland.....	46
5.7	Storbritannia	48
5.8	USA.....	49
6	<u>INTERNASJONAL RETT.....</u>	51
6.1	EMK	51
6.1.1	Artikkel 8.....	51
6.1.2	Samværets beskyttelse	51
6.1.3	”Positive obligations”	54
6.1.4	”Margin of appreciation”	55
6.1.5	”Necessary in a democratic society”	57
6.1.6	”Relevant and sufficient”	58
6.2	FNs Barnekonvensjon	58
6.3	CEFL	59
6.4	Haag-konvensjonen	60
7	<u>TRENGER VI ALTERNATIVE HÅNDHEVINGSMEKANISMER?.....</u>	61
7.1	NOU 2008:9 - Et slag i luften?	61
7.2	Alternative virkemidler.....	61
7.3	Rettspolitiske vurderinger	62
8	<u>LITTERATURLISTE</u>	66
8.1	Bøker	66
8.2	Artikler	66

8.3	Lovgivning.....	67
8.4	Forarbeider	68
8.5	Rettsavgjørelser.....	70
8.6	Nettdokument.....	72

1 Innledning

1.1 Valg av oppgave

Etter diskusjoner med min lærer i menneskerettigheter ved University of Glasgow, Jim Murdoch, kom jeg over problemstillingen om skandinaviske lands håndhevelse av avgjørelser om barnefordeling. Temaet vekte min interesse for tvangsfullbyrdelse av samværsrettigheter, og hva er da mer naturlig enn en fordypelse av emnet i min masteroppgave?

1.2 Omfanget av problemet

1.2.1 Rettslig

Veien til tvangsfullbyrdelse av samværsrettigheter kan være lang. Hvis saken går gjennom alle rettsinstansene må det først foreligge tre avgjørelser om fastleggelsen av selve samværet, og deretter tre avgjørelser om ileggelse av tvangsbot. Dernest må den berettigede begjære tvangsboten fullbyrdet. Det kan også bli aktuelt med en begjæring om utlegg hvor betaling ikke finner sted. Så langt er det snakk om seks runder i rettsapparatet pluss to turer til namsmannen, for å gjennomføre en samværsrett som selv da ikke nødvendigvis vil finne sted.

Tvangsfullbyrdelse av samværsrettigheter er av interesse fordi reglene er nødvendige for at samværsretten skal komme i stand som fastsatt. I forlengelsen av det er det interessant å se hvorvidt reglene faktisk har den virkningen. Området som reguleres er svært skjønnspreget, og det kan medføre en usikker rettstilstand for rettssubjektet. Rettspraksis på området har liten prejudisiell verdi, men er likevel av interesse for å se om det finnes fellestrekk ved avgjørelsene som kan gi en viss veiledning om rettstilstanden. Det er svært få Høyesteretts-

avgjørelser, men både tingrett og lagmannsrett er godt beskjeftiget med samværsproblematikk.

Tvangsfullbyrdelse av samværsrett er et verdiladet område. Behandling av retten er tidvis helt nødvendig, men likevel opprivende for en familie, og særlig tvistegjenstanden, barnet. Mangel på håndhevingsmekanismer kan medføre brudd på våre menneskerettighetsforpliktelser.

Håndhevelse av samværsrettigheter er også av interesse fordi NOU 2008:9, som revurderer tvangsfullbyrdelsesreglene blant flere barnerettslige problemstillinger, nylig har vært ute på høring. Der vurderes om det skal inntas flere håndhevingsmekanismer av samværsrett enn tvangsbot, som er eneste tvangsmekanisme loven nå gir adgang til.

1.2.2 Faktisk

I 2004 hadde 25 % av alle norske barn under 18 år foreldre som ikke bodde sammen.¹ Det medfører at mange barn kan være utsatt for samværsproblematikk. Omtrentlige anslag fra en undersøkelse foretatt i 2002 viser at 10 % av samværsforeldrene hadde fått saken avgjort av retten. I 6 % av tilfellene var det fylkesmannen som tok avgjørelsen.² Det finnes ikke statistikk om hvor mange av disse som begjærte tvangsfullbyrdelse av samværsretten.

Utvalget som skrev NOU 2008:9 la til grunn, uten at det forelå noen statistikk, at tvangsfullbyrdelse av avgjørelse om samvær bare var aktuelt i et fåtall saker.³ Dette kan tyde på at spørsmålet ikke er særlig praktisk, men et enkelt søk på Lovdata viser at nettopp spørsmål om tvangsfullbyrdelse av samvær allerede har blitt avsagt tre ganger av lagmannsretten

¹ Jensen (2005).

² Skjørten (2005) s. 14 (petit). Adgangen for fylkesmannen til å fatte slike avgjørelser ble endret ved lov 20. juni 2003 nr. 40, i kraft 1. april 2004. Nå har fylkesmannen kun adgang til å vedta at en avtale mellom foreldrene skal få tvangskraft hvis begge foreldrene ber om det og gyldig meklingsattest foreligger, jfr. bl. § 55 og §§ 51 flg.

³ NOU 2008:9 s. 86.

hittil i 2009.⁴ I 2008 ble det avsagt 12 avgjørelser om tvangsfullbyrdelse av samværsrett og i 2007 ble det avsagt 19 avgjørelser.⁵ Til sammenligning har tvangsfullbyrdelse av avgjørelse om fast bosted vært oppe tre ganger fra 2007 til 2009, og det har ikke vært avsagt noen avgjørelser om tvangsfullbyrding av avgjørelse om foreldreansvar siden 2002.⁶ Skjebnen til subjektene i samværsaker medfører at uansett hvor omfattende samværsproblematikken er, må den tas på alvor. Det er en stor belastning for både barn og foreldre å ta del i slike konflikter.

1.3 Oppbygning og avgrensninger

Hovedtemaet for oppgaven er tvangsfullbyrdelse av samværsrettigheter. Hensynet til barnets beste er overordnet norm på samværsrettens område og vil bli redegjort for i punkt 2. Videre er det nødvendig å fremstille reglene for samværsretten, for så å kunne redegjøre for veien til tvangsfullbyrdelse av disse. Umulighet ved tvangsgjennomføring av samværsretten er sentralt i denne sammenhengen.

Lagmannsrettsavgjørelser avsagt hittil i 2009 om begjæring om ileggelse av tvangsbot vil bli studert nærmere i en egen analysedel.

Problemstillingen belyses best i et komparativt perspektiv. Derfor presenteres det hvordan Sverige, Finland, Storbritannia og USA har valgt å løse samværsproblemet. I USA er bestemmelsene mange og til dels ulike i de forskjellige statene. Derfor ser jeg det som nødvendig å se på barnefordeling generelt. Det vil av den grunn ikke fremgå særskilte

⁴ Borgarting lagmannsrett - Kjennelse: 2009-01-20. Hålogaland lagmannsrett - Kjennelse: 2009-02-26. Gulating lagmannsrett - Kjennelse: 2009-03-10. Søket er foretatt ved å se på avgjørelser tatt av Høyesterett og lagmannsretten knyttet til bl. § 65 på lovdata. (03.04.09). Se analyse av disse i kapittel 4.

⁵ Søket er foretatt ved å se på avgjørelser tatt av Høyesterett og lagmannsretten knyttet til bl. § 65 på lovdata. (03.04.09).

⁶ Agder lagmannsrett - Kjennelse: 2009-02-27, Gulating lagmannsrett - Kjennelse: 2008-01-11, Frostating lagmannsrett - Kjennelse: 2007-03-20 og Hålogaland lagmannsrett - Kjennelse: 2002-07-1.

regler for samvær. Jeg vil også vie plass til vårt forhold til menneskerettighetsforpliktelser hvor særlig EMK art. 8 og BK art 9 nr. 3 vil få nevneverdig plass.

Avslutningsvis vil jeg fremstille hovedtrekkene i NOU 2008:9 og St.meld. nr. 8 (2008-2009) med en etterfølgende rettspolitisk vurdering av om det er behov for alternative håndhevelsesmekanismer.

Det avgrenses mot problemstillinger om samværsrett i lys av barnevernloven, og mot forholdet mellom samvær og bidragsplikt. Det vil tidvis være andre enn foreldre som ønsker samvær. Hvis for eksempel den ene forelderen er død, kan besteforeldre ha et ønske om samvær.⁷ Oppgaven avgrenses mot problemstillinger utover foreldres (og barns) samværsrett.

Jeg vil også avgrense mot prosessuelle spørsmål i tilknytning til blant annet tvisteloven og forvaltningsloven.⁸

1.4 Begreper

Barnefordeling er et begrep som ofte benyttes, om ikke i lovteksten, så i rettspraksis og i teorien. Begrepet speiler den handlingen som skjer når foreldrene, eller retten, bestemmer til hvilken tid, og i hvilket omfang, barnet skal ha samvær hos den enkelte forelder, hvor barnet skal bo og / eller hvem som skal ha foreldreansvaret for barnet.

Når ordningen *fast bosted* benyttes, betyr det at barnet bor fast hos den ene forelderen, men det kan avtales at den andre forelderen får *samvær* med barnet. Et barn kan bo like lenge hos den enkelte forelder enten den har delt bosted, fast bosted, eller samvær; forskjellen ligger i at den forelder som har *fast bosted*, har adgang til å ta viktige avgjørelser om

⁷ Se lov om barn og foreldre, heretter kalt barneloven eller bl., av 8. april 1981nr. 7 § 45.

⁸ Lov om mekling i sivile tvister 17. juni 2005 nr. 90 og lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker av 10. februar 1967. Se Hov (2007) s. 452-453 om forholdet til rettskraftreglene.

barnet, jfr. bl. § 37, såkalt *bostedskompetanse*. Det kan være avgjørelser om hvor i landet barnet skal bo, om barnet skal gå i barnehage, og større avgjørelser om dagliglivet, til forskjell fra samværsforelderens som ikke har en rettslig adgang til dette.⁹

Samvær er en rett for barn og forelder til å være sammen, jfr. bl §§ 42 og 43. Det følger av forarbeidene at samværsforelderens har rett og plikt til å ta avgjørelser om leggetider, mat og påkledning, venner, oppfølging på skolen, tilsyn og stell.¹⁰ I praksis viser det seg at samværsforelderens oftest er far, og at bostedsforelderens oftest er mor. Begrepene barneloven, rettspraksis og teoretikere bruker er likevel kjønnsnøytrale og det er naturlig å benytte begrepene *bostedsforelder* og *samværsforelder* i stedet for mor og far. Bostedsforelder vil være den barnet bor fast hos, og samværsforelder er den som har samværsrett.

Tvangsfullføring er lovens begrep, se bl. § 65, men begrepet *tvangsfullbyrdelse* benyttes av blant andre utvalget til NOU 2008:9 og domstolene. Grunnen til dette kan være at tvangsfullbyrdelsesloven bruker begrepet tvangsfullbyrdelse.¹¹ Et siste begrep er *håndheving*, som gjerne blir brukt i litteraturen knyttet opp mot rettspraksis fra EMD.¹² For vårt tilfelle er det ingen realitetsforskjell mellom begrepene. Alle søker å betegne at tingretten iverksetter mekanismer for å gjennomføre den enkelte avgjørelse, være seg foreldreansvar, fast bosted eller samvær, når den ene forelderens ikke retter seg etter den.

Tvangsbot og tvangsmulkt beskriver den samme tvangsfullbyrdelsesmåten, nemlig et krav om å betale en sum penger, dersom den handlingsplikten man har ikke oppfylles.

Ved lovendring 1. januar 2003 ble funksjonsbetegnelsen *namsrett* byttet ut med betegnelsen *tingrett*.¹³ Dette medførte ingen realitetsendring.¹⁴ Når det vises til avgjørelser

⁹ Ot.prp. nr. 56 (1996-97) s. 54-56.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Lov om tvangsfullbyrdelse 26. juni 1992 nr. 86, heretter kalt tvangsl.

¹² Se for eksempel Søvig (2008) s. 213.

¹³ Ot.prp. nr. 65 (2001-2002) s. 7 punkt 2.4. Funksjonsbetegnelsene skifterett, namsrett,

truffet før lovendringen følges avgjørelsens begrepsbruk, mens tingrett vil bli benyttet ellers.

1.5 Rettskilder

Oppgaven er rettsdogmatisk, med unntak av en normativ vurdering mot slutten av oppgaven som blir nødvendig, fordi det nå er foreslått endringer innenfor regelverket av samværsretten.

Samværsretten er lovregulert. Barnelovens kapittel 6 om samværsrett og kapittel 7, del IV om saksbehandlingen i blant annet samværs saker, er primærkilde med videre henvisning til tvangsfullbyrdelsesloven. Den europeiske menneskerettighetskonvensjon¹⁵ og FNs Barnekonvensjon,¹⁶ har rettskildemessig betydning i norsk rett fordi Norge i henholdsvis 1952 og 1991 ratifiserte konvensjonene, og i 1999 og 2003 inkorporerte dem, slik at de gjelder som norsk lov. Gjennom mrl. § 3 er de gitt forrang ved motstrid med annen norsk lovgivning.

Forarbeidene til barneloven er mange og tidvis utførlige. Særlig NOU 1977:35 (opprinnelig forarbeid), Ot.prp. nr. 56 (1996-97) (forarbeid til endringslov), og Ot.prp.nr.103 (2004-2005) (forarbeid til endringslov) supplerer loven med begrepsforståelse og begrunnelser for lovvalg, og gir dermed veiledning for tolkningen av loven. Gjennomgående uttrykker forarbeidene formålet med loven, som blant annet er å oppnå det beste for barnet. Av forarbeidene til tvangsfullbyrdelsesloven er særlig Ot.prp.nr.65 (1990-1991) av betydning.

vergemålsrett, skjønnsrett og forhørsrett ble ansett unødvendige og egnet til å skape forvirring. Se forarbeidenes punkt 2.5 for spesialembetene i Oslo, Bergen, Trondheim og Stavanger.

¹⁴ Op.cit. s. 7.

¹⁵ Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, heretter kalt EMK, Roma 4. november 1950 inntatt som vedlegg i menneskerettsloven av 21. mai 1999 nr. 30, heretter kalt mrl.

¹⁶ FNs konvensjon om barnets rettigheter, heretter kalt Barnekonvensjonen eller BK, av 20. november 1989 inntatt som vedlegg i mrl.

Rettspraksis er ofte en viktig rettskildefaktor. Men da vi befinner oss på et rettsområde hvor det ved hver enkelt sak må ses hen til den enkelte families særegne situasjon, og hvor sakene derfor blir sterkt skjønnspreget, svekker det avgjørelsens prejudikatsverdi. Det er svært få avgjørelser truffet av Høyesterett. Skjørten fant, etter en undersøkelse av totalt 129 lagmannsrettsavgjørelser fra 1998-2000, at kun 3 av de 52 sakene som ble anket til Høyesterett ble fremmet.¹⁷ Det medfører at underrettspraksis vil kunne tillegges større rettskildemessig betydning enn på andre rettsområder.¹⁸

EMK gir foreldrene adgang til å bringe en sak om samvær eller tvangsfullbyrdelse av samværsrett inn for Den europeiske menneskerettighetsdomstolen.¹⁹ Rettspraksis fra EMD vil derfor være betydningsfull ved tolkningen av EMK.

Det er skrevet mye på samværsrettens område og faglitteratur fra blant andre Lucy Smith, Peter Lødrup og Inge Lorange Backer har rettskildemessig tyngde.²⁰

Reelle hensyn får også en ikke ubetydelig vekt på samværsrettens område nettopp fordi samværsproblematikk aldri vil være bra for et barn, men man må finne den løsningen som vil være til det beste for barnet i hvert enkelt tilfelle.

NOU 2008:9 ”Med barnet i fokus” og St.meld. nr. 8 (2008-2009) ”Om menn, mansroller og likestilling”, foreslår visse endringer i barneloven og tilhørende bestemmelser. Deres rettskildemessige status vil være av betydning for kommende lovgivning, men er på skrivende tidspunkt av særskilt betydning for den normative vurderingen. Samtidig blir NOU’en benyttet som en kilde for hva som er gjeldende rett, men i så henseende har

¹⁷ NOU 2008:9 s. 22, Skjørten (2005) s. 38-39. I disse lagmannsrettsavgjørelsene dreide den rettslige problemstillingen seg hovedsakelig om bosted, ikke samvær.

¹⁸ Eckhoff (2001) s. 162.

¹⁹ Også andre med rettslig interesse kan bringe saken inn for Den europeiske menneskerettighetsdomstol, heretter kalt EMD.

²⁰ For nyeste utgivelser se Smith (2006) og Backer (2008).

utredningen ikke større vekt enn annen teori.²¹ Den har ikke kommet i stand for å klargjøre hva som har vært meningen med bestemmelsene i barneloven, men for å se på mulighetene for å utvikle og forandre visse rettsområder og bestemmelser.²²

Forholdsvis mye plass blir viet til amerikansk rett. Det har ikke noen rettskildemessig tyngde for norsk rett, men er allikevel tatt med for å vise ulike lands behandling av samværstviser. Noe plass vies også Storbritannia. Selv om Storbritannia opererer med case law-systemet, har de implementert Barnekonvensjonen og EMK. Deres tolkning av disse vil være av rettskildemessig interesse for norsk rett, men også her er det tatt med for å belyse ulike lands håndtering av samværsproblematikk.²³

²¹ Eckhoff (2001) s. 70. Lover kan ikke endres med tilbakevirkende kraft ved hjelp av etterfølgende lovgiverutsagn.

²² Hvis det motsatte var tilfellet, kunne etterarbeidene hatt større rettskildemessig betydning, se Eckhoff (2001) s. 96.

²³ I Storbritannia følger gjeldende rett utviklingen i rettspraksis. Skrevet lovgivning er det svært lite av, men særlig på den internasjonale rettens område har landet fått sitt tilskudd med skrevet lovgivning.

2 Barnets beste

Det viktigste hensynet på samværsrettens område er hensynet til barnets beste. Det kommer til uttrykk i blant annet bl. § 48, og gjelder både ved avgjørelse om samværsrett og ved avgjørelse om tvangsbot kan ilegges. Bl. § 48 har fått den noe merkelige plasseringen under kapittelet om saksbehandlingen. Plasseringen er likevel ikke tilfeldig. Den skal gjøre det klart at barnets beste skal være den avgjørende norm også i saksbehandlingen, ikke bare ved materielle spørsmål.²⁴

Det følger av forarbeidene at også advokater og sakkyndige skal ta hensyn til barnets beste under saksbehandlingen.²⁵ Det er med andre ord ikke bare foreldrene og dommeren i den enkelte sak som skal ta hensyn til barnets beste.

Hensynet til barnets beste kommer også til uttrykk i bl. § 43 (1) 3. punktum og må anses som en presisering av bl. § 48 og er strengt tatt unødvendig.²⁶ Hensynet til best mulig samlet foreldrekontakt følger av bl. § 43 (2) 2. Punktum, og har gjennom rettspraksis blitt et viktig moment ved avgjørelsen av omfanget av samværet.²⁷ Hensynet har som formål å ivareta barnets beste, da det er antatt at det vil være til barnets beste å ha kontakt med sine foreldre.

Trude Haugli kritiserer i sin artikkel *Er barnet i fokus?* utvalget som står bak NOU 2008:9, for ikke å se skillet mellom best mulig samlet foreldrekontakt og mest mulig samlet foreldrekontakt.²⁸ Målet er å gi best stabilitet og best kontakt med begge foreldrene. ”Det er en vesensforskjell mellom størst mulig og best mulig samlet foreldrekontakt. Med fare for å være overtydelig: størst går på omfang, best går på kvalitet.”²⁹

²⁴ Ot.prp.nr.29 (2002-2003) s. 82.

²⁵ Ot.prp.nr.103 (2004-2005) s. 56.

²⁶ Op.cit. s. 54.

²⁷ Op.cit. s. 15.

²⁸ Også Skjørten har skrevet et kapittel kalt ”mest samlet foreldrekontakt” i Skjørten (2005) s. 95 flg.

²⁹ Haugli (2008) s. 157.

Den viktigste saksbehandlingsregelen barneloven har for å ivareta hensynet til barnets beste er barnets rett til å bli hørt. Av bl. § 31 følger det at barnet har en rett til å bli hørt ved avgjørelse av ”personlege tilhøve” for barnet. Fra barnet er 7 år skal det få uttale sin mening, og når barnet er fylt 12 skal det legges stor vekt på hva barnet mener, jfr. § 31 (2). Dette er en ubetinget rett barnet har. Barn under 7 år har rett til å bli hørt etter hvert som barnet kan danne seg egne synspunkter, jfr. § 31 (1). Det betyr at barnet skal få si sin mening før avgjørelsen tas.

Barnets rett til å bli hørt gjelder ikke bare for myndighetene. Bl. § 31 (2) gjelder også for foreldrene, jfr. bl § 43 (2) 2. punktum.

Et viktig spørsmål er om det følger av bestemmelsen at barnet også har rett til å si sin mening ved spørsmål om tvangsfullbyrdelse av samværsretten. Det er ikke gjort unntak fra bl. § 31 i saker som behandles etter bl. § 65.³⁰ På den annen side er det det samme samværet som behandles i en etterfølgende sak om tvangsfullbyrdelse. Høyesterett har kommet til at det ikke er et krav at et barn, som er hørt under avgjørelse om samværsrett, også skal høres under avgjørelse om ileggelse av tvangsbot, jfr. HR-2001-517 og HR-2001-1019. I førstnevnte sak var jenta på 11 år blitt hørt ved avgjørelse om samværsrett. Det kom frem at hun vegret seg mot å reise med buss for å ha samvær med faren. Hun var ikke blitt hørt av namsretten og heller ikke av lagmannsretten. Det ble ikke ansett som en saksbehandlingsfeil at lagmannsretten ikke hadde hørt henne på nytt. I sistnevnte sak var gutten på 15 år hørt av namsretten. Det ble ikke ansett som en saksbehandlingsfeil at gutten ikke ble hørt på nytt for lagmannsretten.

Ved spørsmål om umulighet vil det ha de beste grunner for seg å høre barnet på nytt.³¹ Flere grunner kan tale for det. Det kan ha gått så lang tid at barnet sin mening faktisk har endret seg. Dette var tilfellet i Rt. 1989 s. 489, der retten fant at barnets oppfatning da bygde på en mer selvstendig oppfatning av situasjonen, og at standpunktet syntes helt

³⁰ NOU 2008:9 s. 87.

³¹ Kjølberg (2006) s. 240.

urokkelig. Har det gått lang tid har også barnet blitt eldre. I forhold til bl. § 31 skal meningen til et barn over 12 år skal ha stor vekt. Det kan tale for at hvis barnet har nådd denne alder bør det høres på nytt. Retten må tillegge meningen vekt ut i fra hvilken alder barnet hadde da det ble hørt.

Hvis det er et vedtak av fylkesmannen som søkes tvangsfullbyrdet, har tingretten kompetanse til å endre vedtaket. Barnet har da ikke tidligere vært hørt. Av bl. § 31 følger det at barnet har rett til å si sin mening. Barnet skal derfor høres ved tvangsfullbyrdelse av fylkesmannsvedtak.

3 Samværsretten

3.1 Historisk perspektiv

Ved lovendring i 1937 ble domstolene gitt kompetanse til å avgjøre i barnefordelingssaker.³² Lov om foreldre og ektebarn av 10. april 1915 § 3 lød som følger:

”Hvis foreldrene ikke lever sammen og det oppstår tvist om hvem barna skal være hos, avgjøres spørsmålet ved dom, dog kan foreldrene hvis de enes om det overlate avgjørelsen til departementet eller fylkes mannen. Ved avgjørelsen skal først og fremst tas hensyn til barnas tarv.”

Første høyesterettsavgjørelse om samværsrett er referert i Rt. 1939 s. 423. Flertallet uttalte:³³

”Loven inneholder derimot ingen bestemmelse om at omsorgen for det enkelte barn kan fordeles således at det avvekslende skal være hos den ene og den annen av foreldrene, eller om at det for øvrig kan gis nærmere forskrifter om hvorledes omsorgen for barnet skal utøves.”³⁴

Dette ble tilbakevist året etter i plenumsdommen i Rt. 1940 s. 155 hvor dommer Motzfeldt uttalte:

”Jeg finner at den naturlige fortolking av lovens ord ut fra dens formål tilsier at barnet ikke nødvendigvis bare og alltid må være hos den ene av foreldrene, men at det står domstolen fritt å velge den løsning som en saklig forberedelse og prøvelse overbeviser den om i det enkelte foreliggende tilfelle å være best forsvarlig ut fra barnets tarv.”³⁵

³² Smith (2006) s. 169.

³³ 4 mot 3 stemmer.

³⁴ Dommer Alten på s. 426.

³⁵ 19 mot 2 stemmer (dommer Alten beholdt sitt standpunkt fra 1939-dommen).

Høyesterett aksepterte adgangen til samværsrett, og i lov om barn født i ekteskap av 1956 § 8 (3) ble dette lovfestet.³⁶ I 1969 ble det inntatt en bestemmelse som ga barnet en rett til samvær med begge foreldrene, men uten en tilsvarende rett for foreldrene. At samværsretten følger direkte av loven for den forelder som barnet ikke bor hos, var nytt da barneloven ble vedtatt i 1981.³⁷ Det var da foreslått at samværsretten skulle gjelde uavhengig av foreldrenes sivilstatus, det vil si om de hadde vært gift, hadde levd sammen, eller aldri hadde bodd sammen.³⁸ Lovfestet samværsrett ble likevel ikke en realitet for foreldre som ikke hadde bodd sammen før lovendring i 1989.³⁹

3.2 Hjemmel og formål

Barnets rett til samvær følger av bl. § 42 (1), og den forelder barnet ikke bor sammen med har rett til samvær etter bl. §43 (1).⁴⁰ Det følger blant annet av forarbeidene at utgangspunktet er at barnet skal kunne opprettholde kontakten med begge foreldrene etter samlivsbrudd mellom dem.⁴¹ Det er en alminnelig oppfatning at det i de aller fleste tilfeller er best for barnet å ha samvær med begge sine foreldre.⁴² Det følger også av det biologiske prinsipp at barn og foreldre bør kjenne til sin opprinnelse og ha rett til samvær.

Begge foreldrene har adgang til å få samværsretten fastsatt etter avgjørelse av retten, jfr. bl. § 56 (1). Det vil da enten være den forelder som ønsker samvær som krever samværet fastsatt, eller den forelder barnet bor fast hos. Kravet vil i sistnevnte tilfelle være at den forelder barnet ikke bor hos skal ha et begrenset samvær, eller ikke få samværsrett i det hele. Selv om bostedsforelderen kan ha interesse av at den andre forelder *skal* ha samvær, følger det ingen samværsplikt av reglene. Dette standpunktet tok lovgiver allerede i NOU

³⁶Smith (2006) s. 169 og NOU 1977:35 s. 75.

³⁷Smith (2006) s. 169-170.

³⁸ NOU 1977:35 s. 75.

³⁹ Holgersen (2008) s. 228, ved lovendring 3. mars 1989 nr. 8.

⁴⁰ Tidligere henholdsvis § 44 og § 44a

⁴¹ Smith (2006) s. 169, Ot.prp.nr.103 (2004-2005) s. 6.

⁴² Ot.prp.nr.44 (1987-1988) s. 12, Innst.O.nr.23 (1988-1989) side 3-4, Ot.prp.nr.103 (2004-2005) s. 11.

1977:35 s. 78, og det ble opprettholdt i Ot.prp. nr. 56 (1996-97) s. 69-70, og i NOU 2008:9 s. 68 kom utvalget til samme konklusjon. I motsetning til foreldrene, kan ikke barnet få samværet fastsatt av retten; barnet har ikke partsrettigheter i samværstviser.⁴³ Foreldrene kan med andre ord ikke bli pålagt en plikt til å oppfylle barnets rett til samvær.⁴⁴

3.3 Avtalefrihet og avgjørelse av retten

Foreldre kan selv avtale omfanget av samværet, jfr. bl. § 43 (2). 84 % av samværsforeldre lager private samværsavtaler.⁴⁵ Avtalefriheten gjelder også ved endringer av tidligere avtaler, avtaler med tvangskraft, og avgjørelser truffet av retten.⁴⁶ Dette har en viktig begrensning. Blir foreldrene uenige etter at de har inngått en utenrettslig avtale, er det den tidligere avgjørelsen, tatt av retten eller vedtaket av fylkesmannen, som må gjelde. Rettskraftsvirkningene til avgjørelser tatt av retten, eller vedtak av fylkesmannen, faller ikke bort ved etterfølgende avtaler, jfr. Rt. 2000 s. 90.

Barnelovens samværsregler gjelder like fullt for avtaler som inngås mellom foreldrene. Det følger av en naturlig språklig forståelse av blant annet § 43 (2) 3. punktum. Der er det en ikke-uttømmende liste over momenter som skal tillegges vekt, både når det er foreldrene selv som avtaler samværet, og når det er retten som avgjør om, og i tilfellet hva slags omfang samværet skal ha.⁴⁷

Hvis foreldrene ikke klarer å enes om samværet, følger det av bl. § 56 (1) at begge foreldrene har adgang til å få samværet fastsatt av retten uavhengig av om den annen forelder samtykker til dette. Hvis det er enighet om at samvær skal finne sted, men man er uenig om omfanget av det, kan også sak reises for retten. I andre ledd fastsettes et vilkår

⁴³ I motsetning til Storbritannia.

⁴⁴ Haugli (1993) s. 78.

⁴⁵ Skjørten (2005) s. 14 (petit).

⁴⁶ Sandberg note 231 til bl. § 64.

⁴⁷ Loven skiller således mellom avtale og avgjørelse, hvilket videreføres i tvangsfullbyrdelsesreglene hvor kun avgjørelser er tvangsgrunnlag.

om gyldig meklingsattest for å kunne reise sak. Forarbeidene uttaler at det legges opp til at ”dommeren skal søke å få flest mulig saker løst i minnelighet under saksforberedelsen”.⁴⁸ Både loven og forarbeidene gir klare føringer til foreldrene om å komme til enighet i barnefordelingssaker, da det i de aller fleste tilfeller vil være en bedre løsning for barnet enn at avgjørelsen må fattes av retten.

Etter krav fra en part kan retten gi en midlertidig avgjørelse om samværsrett, jfr. bl. § 60 (1).⁴⁹ Dette kan for eksempel være aktuelt hvor den ene parten mener det haster grunnet fare for voldsbruk av den annen forelder.⁵⁰ Retten bestemmer selv hvor lenge avgjørelsen skal opprettholdes, jfr. bl. § 60 (1) 2. punktum, men den gjelder vanligvis frem til saken er rettskraftig avgjort.⁵¹

3.4 Vilkår for gjennomføring av samværsrett

Det følger av bl. § 43 (3) at det kan settes vilkår for gjennomføringen av samværsretten hvis dette vil være til det beste for barnet. Det samsvarer med en fra det mer til det mindre betraktning at hvis retten kan avskjære samværsrett, bør den også ha adgang til å sette vilkår for samværsretten. Bestemmelsen tar særlig sikte på vilkår om at en tilsynsperson skal være til stede under samværet, og i tilfelle hvem som skal oppnevne denne tilsynspersonen.⁵² Men det kan også være vilkår om hvor samværet skal finne sted, hva slags aktiviteter barnet ikke skal tas med på, psykiatrisk behandling,⁵³ m.m.⁵⁴

⁴⁸ NOU-1998-17 s. 68.

⁴⁹ Tidligere § 38 for fast bosted og foreldreansvar, og § 46 for samvær.

⁵⁰ Dette var tilfellet i Borgarting lagmannsretts kjennelse av 16. januar 2009, der faren hadde utøvd grov vold mot moren, og lagmannsretten mente det ikke ville være til barnets beste å ha samvær med faren da det kunne skape ytterligere uro og uttrygghet for moren, som igjen ville påvirke sønnens omsorgssituasjon negativt.

⁵¹ Sandberg note 184 til bl. § 60.

⁵² Ot.prp.nr.103 (2004-2005) s. 55.

⁵³ Dette var tilfellet i Borgarting lagmannsretts dom av 9. januar 2007 hvor lagmannsretten satte som vilkår for samvær at mor har regelmessig behandlingskontakt med en psykiatrisk poliklinikk.

⁵⁴ Backer (2008) s. 400. Smith (2006) s. 176. Sandberg note 120 til bl. § 43.

3.5 Omfanget av samværsretten

Det følger av forarbeidene at samvær skal fastsettes etter en subjektiv vurdering av de konkrete forholdene i saken, og at hensyn skal tas til hva som vil være til det beste for barnet.⁵⁵ Der blir det uttrykkelig uttalt at omfanget ikke skal avgjøres ut fra hensynet til en rettferdig fordeling mellom foreldrene. I bl. § 43 (2) nevnes flere momenter som skal tillegges vekt ved avtaler og avgjørelser om omfanget av samværsretten. Det skal blant annet legges vekt på hensynet til best mulig samlet foreldrekontakt, barnets alder, barnets tilknytning til nærmiljøet, reiseavstanden mellom foreldrene og hensynet til barnet ellers. Listen er ikke uttømmende.

Skjørten mener andre momenter som tillegges vekt enn barnets beste kommer som tillegg til vurderingen av barnets beste.⁵⁶ Etter en naturlig språklig forståelse av bl. § 43 (2) 2. punktum må, momentene fungere som hjelpemidler for å vurdere nettopp hva som er barnets beste.

Det skal tungtveiende grunner til for at samværsrett ikke vil bli tilkjent, jfr. blant annet Rt. 1996 s. 888.

3.6 Avskjæring av samværsrett

Det følger av bl. § 43 (1) 3. punktum at retten kan og skal avskjære samværsretten hvis samvær ikke vil være til det beste for barnet.⁵⁷ Forarbeidene til barneloven uttaler at bestemmelsen tar sikte på situasjoner:

”... hvor barnet har vært utsatt for, eller det er fare for at barnet vil bli utsatt for, overgrep.
Med overgrep forstås psykisk eller fysisk vold eller seksuelle overgrep. Overgrep omfatter

⁵⁵ Ot.prp.nr.103 (2004-2005) s. 55.

⁵⁶ Skjørten (2005) s. 18.

⁵⁷ I kraft 7. april 2006.

også det å være vitne til vold, som kan ha påført barnet skader og medført at barnet er redd for samværsforelderen”.⁵⁸

Ved vurderingen kan flere momenter få betydning, blant annet foreldrenes atferd mot hverandre eller barnet, graden av voldelighet, alvorret og virkningen for barnet og den som har barnet fast boende hos seg, den voldeliges evne til å erkjenne atferden og behovet for endringer, og villigheten til reelt å anstrenge seg for å gjøre noe med atferden.⁵⁹

I rettspraksis finnes det eksempler på ulike forhold som har ført til nektelse av samværsrett. Fare for seksuelt misbruk førte til nektelse i Rt. 1994 s. 940. Barnets bestemte ønske fikk avgjørende betydning i Rt. 1987 s. 456. I Rt. 1983 s. 897 forelå en aktuell og reell fare for bortføring, som retten mente var avgjørende for at samvær ikke kunne tilkjennes. I hver enkelt sak skal det foretas en konkret og skjønnsmessig helhetsvurdering av hva som er barnets beste, der barnet selv skal bli hørt, jfr. henholdsvis bl. §§ 48 og 31.⁶⁰

⁵⁸ Ot.prp.nr.103 (2004-2005) s. 54, Smith (2006) s. 180 og Backer (2008) s. 388.

⁵⁹ Ot.prp.nr.103 (2004-2005) s. 54.

⁶⁰ NOU 1977:35 s. 63

4 Tvangsfullbyrdelse

4.1 Historisk perspektiv

Regler om tvangsmidler ble innført ved barnelovgivningen av 1956, hjemlet i bue. § 11 (1) og (3) og bie. § 3 (4) og § 4 if.⁶¹ Det hadde rådet stor uenighet hvorvidt tvangsmidler skulle stilles til disposisjon for den berettigede.⁶² Skillet mellom tvangsmekanismene som stod til rådighet for en avgjørelse om foreldreansvar og en avgjørelse om samværsrett gjaldt allerede da.⁶³

Gjennom barneloven av 1981 ble de daværende regler om tvangsfullbyrdelse videreført i § 42 og § 48, med bred enighet hos lovgiver om at reglene måtte opprettholdes. De ulike tvangsfullbyrdelsesmekanismene fulgte da av barnelovens bestemmelser. Med tvangsfullbyrdelsesloven av 1992 ble hjemmelen for tvangsfullbyrdelse beholdt i barneloven, samtidig ble de ulike tvangsfullbyrdelsesmekanismene overført til tvangsfullbyrdelsesloven. Dette medførte ingen realitetsendringer.⁶⁴

Hvorvidt fysisk avhentning av barnet skal være et fullbyrdelsesalternativ når samværsretten ikke kommer i stand har ved flere anledninger vært diskutert i lovforarbeidene. Barnelovutvalget konkluderte i 1977 med at de ikke ville foreslå en slik regel, fordi tvangsgjennomføring kunne bli aktuelt flere ganger, og dette kunne medføre skadevirkninger for barnet.⁶⁵ Departementet kom til samme resultat med samme begrunnelse i Ot.prp.nr.56 (1996-

⁶¹ NOU 1977:35 s. 83. Lov om born i ekteskap (bie.) av 21. desember nr. 9. og Lov om born utanom ekteskap (bue.) av 21. desember nr. 10.

⁶² Smith (2006) s. 185.

⁶³ NOU 1977:35 s. 83.

⁶⁴ Ot.prp.nr.56 (1996-1997) s. 68 og Ot.prp.nr.65 (1990-1991) s. 397 og s. 47.

⁶⁵ NOU 1977: 35 s. 86.

1997).⁶⁶ Rettstilstanden er fortsatt slik at fysisk avhenting ikke er et alternativ for tvangsfullbyrdelse av samværsrett.

4.2 Hjemmel og formål

Hjemmel for tvangsfullføring står i barneloven kapittel 7 del IV § 65, med henvisning til tvangsfullbyrdesloven kapittel 13. Første ledd omhandler tvangsfullføring av avgjørelse om foreldreansvaret, og tvangsfullføring av avgjørelse om hvem barnet skal bo fast hos.⁶⁷ Tvangsmidlene som står til rådighet for tingretten er ved kjennelse å gi saksøkeren eller namsmannen rett til å hente barnet, eller ilegge tvangsmulkt. Det faller utenfor oppgaven å gå nærmere inn på bl. § 65 (1), og den vil derfor ikke bli behandlet nærmere. Andre ledd omhandler tvangsfullføring av avgjørelse om samværsrett.⁶⁸ Tvangsmiddelet som i dette tilfellet står til rådighet er tvangsbot og vil bli behandlet i det følgende.

Utgangspunktet for at vi har regler om tvangsfullføring av samværsrettigheter er at det antas å være i barnets interesse at en avgjørelse om samvær skal gjennomføres.⁶⁹ Det påligger også staten et ansvar for at avgjørelser om samværsrett blir oppfylt.

Bestemmelsen om tvangsfullbyrdelse kan virke på to måter. En regel om tvangsfullbyrdelse gir foreldrene et initiativ til å følge den trufne avgjørelsen. I tillegg hjemles den faktiske iverksettelsen av tvangsfullbyrdelsen når den ikke har virket preventivt.⁷⁰ Formålet med en regel om tvangsfullbyrdelse av samværsrett er å sikre at den lovlige samværsretten blir oppfylt, uten at selvtakt finner sted, eller at den sterkeste tar seg til rette.⁷¹

⁶⁶ På side 69.

⁶⁷ Tidligere § 42.

⁶⁸ Tidligere § 48.

⁶⁹ NOU 2008:9 s. 85.

⁷⁰ NOU 1977:35 s. 83 punkt 11.1.

⁷¹ Ot.prp.nr.56 (1996-1997) s. 68 punkt 8.1.1.

4.3 Tvangsgrunnlaget

For å kunne tvangsfullbyrde en samværsrett må det foreligge et tvangsgrunnlag, jfr. tvangsl. § 4-1. Tvangsgrunnlag etter barneloven er en ”avgjerd om samværsrett”, jfr. bl. § 65 (2). Med en slik avgjørelse forstås at samværet må være fastsatt i dom, kjennelse, eller rettsforlik, for at den skal kunne tvangsfullbyrdes.⁷² En avtale, skriftlig eller muntlig, mellom foreldrene faller ikke inn under ordlyden, og vil ikke kunne være gjenstand for tvangsfullbyrdelse. Heller ikke en avtale som er meklet frem har automatisk tvangskraft, men bl. § 55 gir foreldrene adgang til å be fylkesmannen vedta at avtalen om samvær gis tvangskraft. Det er et vilkår at begge foreldrene er enige om det, jfr. første ledd. Fylkesmannen kan vedta å gi avtalen tvangskraft hvis det er til det beste for barnet, avtalen er skriftlig og gyldig meklingsattest foreligger, jfr. bl. § 55 (1) og (2). Et slikt fylkesmannsvedtak er et særlig tvangsgrunnlag, jfr. bl. § 65 (2) 3. punktum.

En midlertidig avgjørelse etter bl. § 60 har tvangskraft, jfr. bl. § 65 (2) 4. punktum, jfr. (1) 5. punktum. Tvangsfullbyrdelse av en midlertidig avgjørelse kan skje før den er rettskraftig, jfr. bl. § 65 (1) 5. punktum. Med andre ord kan tvangsfullbyrdelse skje før ankefristen har gått ut, mens hovedregelen er det motsatte ved de alminnelige tvangsgrunnlagene.⁷³

Det er et vilkår at tvangsgrunnlaget er tilstrekkelig klart, jfr. tvangsl. § 4-2 (1) litra b for de alminnelige tvangsgrunnlagene og § 4-2 (3) for særlige tvangsgrunnlag. Ved begjæring om ileggelse av tvangsbøt må tingretten kunne fastsette en tvangsbøt ut i fra den fastsatte samværsretten. Hvis denne ikke er tydelig nok, vil retten kunne komme til at det ikke foreligger noe tvangsgrunnlag å tvangsfullbyrde. Dette var tilfellet i Rt. 2001 s. 1096. I premissene til herredsrettens kjennelse var det lagt inn en forutsetning at barneverntjenesten skulle avgjøre om samværet kunne gjennomføres, og i så tilfellet sørge for tilsyn. Lagmannsretten hadde lagt til grunn at avgjørelsen ikke definitivt tok stilling til om det

⁷² Ot.prp.nr.56 (1996-1997) s. 68.

⁷³ Sandberg note 236 til bl. § 65.

skulle være samvær mellom faren og sønnen.⁷⁴ Høyesteretts flertall fant at det ikke var uttrykk for feil lovanvendelse. Tingretten har adgang til å sette vilkår for gjennomføring av samværsretten, jfr. bl. § 43 (3), men det stilles således krav til at ”... retten selv [tar] standpunkt til det grunnleggende spørsmål om samvær skal finne sted”.⁷⁵

4.4 Begjæring om tvangsbot

Det er den samværsberettigede som må fremsette begjæringen om ileggelse av tvangsbot for tingretten. Det skjer etter reglene i tvangsfullbyrdelsesloven kapittel 13. Det følger av forarbeidene at bostedsforelderens ikke kan kreve tvangsfullbyrdelse hvis det er den samværsberettigede som ikke stiller opp til samvær.⁷⁶ Det foreligger ikke noen samværsplikt for samværsforelderens selv om det foreligger en avgjørelse om samværsrett. Barnet har ikke partsrettigheter, og kan dermed ikke begjære ileggelse av tvangsbot for å oppfylle en rett til samvær.

4.5 Brudd på samværsretten

For at retten skal kunne ta begjæringen til følge må det foreligge brudd på samværsretten. Forhold forut for avgjørelse om samværsrett er ikke relevante ved avgjørelse om ileggelse av tvangsbot. Det er forholdene etter avgjørelse om samværsrett som skal vurderes. Høyesteretts kjæremålsutvalg uttalte i kjæremål inntatt i Rt. 1984 s. 403: ” ... bestemmelsen er ikke slik å forstå at den kan brukes for å motvirke et fremtidig tenkt mislighold hvor noe mislighold ennå ikke har manifestert seg”.⁷⁷

Det må være forhold på bostedsforelderens side som er skyld i misligholdet.

Kjæremålsutvalget uttalte videre:

⁷⁴ På side 1098.

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ Ot.prp.nr.56 (1996-1997) s. 68.

⁷⁷ På side 404.

” ... grunnvilkåret - for en fastsettelse av tvangsmulkt er at den av foreldrene som har barnet hos seg, i ord eller handling har vist at hun eller han ikke vil medvirke lojalt til å gjennomføre samværsretten til tross for at en gjennomføring ellers ville vært mulig”.⁷⁸

Dette må bety at hvis den samværsberettigede selv kan legges til last at samværsretten ikke har kommet i stand som fastsatt må det være klart at begjæringen ikke kan tas til følge. Det er da ikke den forelder barnet bor fast hos som har hindret samværet. Dette var tilfellet i Fredrikstad tingretts kjennelse av 11. november 2008. Den samværsberettigede faren måtte selv anses å være skyld i at samværet ikke kom i stand som fastsatt idet han nektet personen som kjørte barnet til og fra samvær å fortsette med det.⁷⁹ Tingretten kom til at betingelsene for å ilegge tvangsbøte ikke var til stede.⁸⁰

4.6 Tvangsmiddelets innhold og omfang

Den eneste håndhevingsmekanismen bl. § 65 (2) oppstiller er tvangsbøte etter tvangsfullbyrdelsesloven kapittel 13. Retten kan sette tvangsbøten til et bestemt beløp som skal gjelde for en viss tid, jfr. bl. § 65 (2) 2. punktum, hvilket ofte viser seg å være fra kjennelsen forkynnes og et år frem i tid.

Før den nåværende barneloven trådte i kraft sluttet tvangsmulkten å løpe bare samværsretten ble overholdt én gang. Da var ikke tvangsmulkten et like effektivt pressmiddel. I forarbeidene til nåværende barnelov uttalte barnelovutvalget at en slik endring ville kunne ”råde bot på de begrensninger som ligger i at man bare nytter tvangsmulkt som tvangsmiddel”.⁸¹

Dette medfører at en forelder slipper å gå veien om retten for å få tvangsbøte fastsatt hver gang samværsretten ikke finner sted.

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ Denne avgjørelsen ble anket til Borgarting lagmannsrett som avsa kjennelse 20. januar 2009, men hvor lagmannsretten mente det forelå umulighet.

⁸⁰ Side 5. Kjennelsen er fått på forespørsel hos Fredrikstad tingrett.

⁸¹ NOU 1977:35 s. 86 punkt 1.4.2.

4.6.1 En viss tid

Det følger av ordlyden i bl. § 65 (2) 2. punktum at det er et vilkår at tvangsboten er fastsatt for en viss tid. Dette ble presisert i Rt. 1990 s. 470 hvor avgjørelsen ikke inneholdt noen avgrensning i tid, og faren hadde begjært innkrevning av tvangsbot nesten 9 år etter tingretten hadde avsagt kjennelse om ileggelse av tvangsbot. Høyesterett var enig i lovforståelsen lagmannsretten hadde lagt til grunn og uttalte:

”... det er et vilkår for inndrivelse av tvangsbot at tvangsboten er fastsatt for et bestemt tidsrom ... og at dette må gjelde selv om den avgjørelse som hjemler tvangsboten er eldre enn barneloven”.⁸²

I forarbeidene til barneloven ble det foreslått at det begrensede tidsrommet kunne fastsettes til høyst ett år.⁸³ Selv om forslaget ble fremsatt som et eksempel og lovens ordlyd ikke gir noen føringer, viser rettspraksis at tidsrommet sjeldent blir satt til en lengre periode enn ett år. Reelle hensyn kan også tale for en ettårs grense da mye kan skje på så kort tid i et familieforhold som kan påvirke samværsretten. På den annen side medfører det en ulempe for den samværsberettigede som på ny må begjære tvangsbot år etter år hvis samværet ikke kommer i stand. Også for retten medfører en ettårs grense økt arbeidsmengde. Hensynet til forutberegnelighet og rettssikkerhet tilsier at det avgjørende må være at tidsrommet er så klart fastsatt at partene i saken vet hva slags rettigheter de har og hva slags plikter de kan bli pålagt. En konkret avgjørelse må tas i hvert enkelt tilfelle. Er det ikke klarhet i premissene kan det føre til opphevelse i Høyesteretts kjæremålsutvalg (nå ankeutvalg), jfr. Rt. 1992 s. 892.⁸⁴

⁸²På side 471.

⁸³NOU 1977:35 s. 86

⁸⁴Smith (2006) s. 187.

4.6.2 Pressmiddel

Det er en skjønnsmessig avgjørelse for retten å sette et passende beløp. For at mulkten skal kunne virke preventivt må beløpet settes så høyt at det blir et reelt pressmiddel.⁸⁵ Mulkten må derfor settes med hensyn til formuesforholdene til den som skal betale boten.⁸⁶

Størrelsen på tvangsbotten vil av den grunn kunne variere ganske mye. Det er ikke slik at boten skal virke som en straff eller søke skade bostedsforelderen, den skal kun fremme at kravet blir oppfylt.⁸⁷ Settes boten for høyt vil det kunne ha som følge at bostedsforelderen ikke har noen mulighet for å betale, og da vil ikke boten ha den ønskelige effekt.

Det kan fastsettes et beløp som skal ilegges for hver dag eller for hver gang samværsretten ikke kommer i stand. Verken loven eller forarbeidene legger noen føringer for hvor høyt mulkten skal settes. Rettspraksis viser at beløpet kan variere fra 20 kr. – 10 000 kr. pr dag.⁸⁸ Det kan med andre ord bli snakk om betydelige beløp. Beløpet kan også bli satt pr. barn slik det ble i Borgarting lagmannsrett kjennelse avsagt 11. juli 2008. Der ble tvangsmulkten satt til kr 1000 for hvert av de tre barna foreldrene hadde sammen og for hver gang samværsretten ikke ble respektert. Muligheten for at samvær kommer i stand med bare noen av barna viser behovet for å sette et beløp for hvert enkelt barn.

Det kan begjæres tvangsbott for et mindre omfang enn en avgjørelse om samværsrett gir uttrykk for. Det er ikke slik at man må begjære tvangsbott for alt eller ingenting. Dette er lagt til grunn i blant annet i Rt. 1997 s. 1387 og i Rt. 1982 s. 1719 hvor retten uttalte:

”Etter omstendighetene må det være adgang for den som har krav på samværsrett å begrense sitt krav på samvær - under trussel om tvangsmulkt - i forhold til det tvangsgrunnlaget gir adgang til.”⁸⁹

⁸⁵Op.cit. s. 186 (petit).

⁸⁶ Ibid.

⁸⁷ Ot.prp.nr.65 (1990-1991) s 267.

⁸⁸ Smith (2006) s. 186 (petit). Rt. 1967 s. 1581 (Gjaldt for øvrig fast bosted, men hvor boten ble satt til 10 000 kr.)

⁸⁹ På side 1720

Hvilke ”omstendigheter” dette kan være, uttaler ikke Høyesterett seg om. I dette tilfellet begjærte faren tvangsmulkt pålagt for samværsretten som gjaldt onsdager og lørdager, men ikke for de tre ukene i sommerferien. En fra det mer til det mindre betraktning taler også for en adgang for å kreve tvangsmulkt for bare deler av tvangsgrunnlaget. Men en ileggelse av tvangsbort for en begrenset del av samværet må samværsforelderens selv begjære, det er ikke et krav til retten å ta stilling til det, jfr. Rt. 1997 s. 1261 og Rt. 1997 s. 1557.

4.7 Rettens kompetanse

Det følger av forarbeidene og er gjentatt i bl.a. Rt. 1987 s. 238 og Rt. 1990 s. 1048 at retten ikke selvstendig skal vurdere om tvangsfullbyrding bør skje.⁹⁰ I Rt. 1983 s. 1546 er det uttalt på side 1547: ”[retten] kan ikke ta opp til vurdering om det er ønskelig eller heldig at tvangsfullbyrdelse finner sted”.

Utgangspunktet er at tingretten skal bygge på den avgjørelsen som foreligger ved en begjæring om tvangsfullbyrdelse av samværsrett.⁹¹ Materielle spørsmål om det skal være samværsrett holdes utenfor spørsmålet om tvangsfullbyrdelse. Det ser ikke ut til å være noen uenighet på dette punkt i litteraturen.⁹²

Et mellomtilfelle er hvor retten ilegger tvangsbort, men hvor den finner at samværsordningen som er fastsatt må ”restartes”. Retten endrer således ikke innholdet i den fastsatte samværsretten, men forskyver datoene i den. Dette har retten adgang til, jfr. Rt. 1992 s. 892 og Rt. 1999-231-K hvor kjæremålsutvalget uttalte at retten har ”kompetanse til å fastsette en overgangsordning basert på gradvis opptrapping av samværet”.

⁹⁰ NOU 1977:35 s. 85-86 og Ot.prp.nr.56 (1996-1997) s. 68.

⁹¹ Smith (2006) s. 190. Backer (2008) s. 603.

⁹² NOU 1977:35 s. 85, Backer (2008) s. 603 pkt. 7.

Det er ett generelt unntak og ett spesielt unntak fra utgangspunktet om at retten ikke kan nekte tvangsfullbyrdelse.⁹³ I sak om tvangsfullbyrdelse av samværsrett har retten kompetanse til å stadfeste umulighet jfr. bl. § 65 (2), jfr. tvangsl. § 13-14 (3) jfr. § 13-8 (4) og i visse tilfeller kan retten også endre en ”avgjerd” jfr. bl. § 64 (2) jfr. tvangsl. § 4-2 (3).

4.7.1 Umulighet

Ved begjæring om ileggelse av tvangsmulkt har retten kompetanse til å avgjøre at tvangsmulkt ikke skal ilegges hvis det må sies å være *umulig å oppfylle kravet*, jfr. bl. § 65 (2), jfr. tvangsl. §§ 13-14 (3), jfr. 13-8 (4).⁹⁴

Hva som ligger i begrepet *umulig* følger ikke av ordlyden i tvangsl. § 13-8 (4). En lovbestemmelse med momenter ville kunne lede fokuset vekk fra de hensyn som gjør seg gjeldende i den enkelte sak. Familieforholdene er aldri helt like og det er forhold som raskt kan endres. I forarbeidene til barneloven er det uttalt at det er opptil retten å avgjøre om gjennomføringen er umulig.⁹⁵ Barnelovutvalget pekte der på avgjørelser tatt av Høyesterett som viste en rettsutvikling de var enige i. Disse og nyere rettspraksis blir gjennomgått i de følgende punktene.

Det er bostedsforelderen som må sannsynliggjøre at kravet ikke kan oppfylles, jfr. tvangsl. § 13-8 (4). Det er med andre ord snakk om en omvendt bevisbyrde.

Spørsmålet om gjennomføring av samværsrett er umulig kan ikke prøves ved videre anke over kjennelse (videre kjæremål), jfr. Rt 1994 s. 885. Den samværsberettigede har likevel ikke tapt sin adgang til å begjære endringssak, jfr. bl. § 43 (5), jfr. § 64.

⁹³ Backer (2008) s. 605.

⁹⁴ Tidligere tvangsfullbyrdelsesloven § 236 (3).

⁹⁵ NOU 1977:35 s. 86.

4.7.1.1 Aktiv og lojal medvirkning

Det følger av rettspraksis at den som har barnets boende hos seg lojalt og aktivt skal medvirke til samværet, jfr. blant annet Rt. 1960 s. 1214 og Rt. 1984 s. 403. Utgangspunktet er at det ikke anses umulig å gjennomføre samværsretten bare fordi bostedsforelderen motsetter seg gjennomføringen. I Rt. 1988 s. 708 uttalte kjæremålsutvalget:

”Tvangsmulkt etter barneloven § 48 skal likevel ilegges dersom de forhold det gjelder, skyldes at den som har omsorgen for barnet, ikke lojalt har medvirket til gjennomføring av samværet. Det kreves en aktiv medvirkning fra den som har omsorgen; det er ikke tilstrekkelig at vedkommende ikke motsetter seg samvær.”

Det er nettopp slike tilfeller tvangsgjennomføring skal hindre. Ved å ilegge tvangsmulkt søker det å fremme et aktivt samarbeid hos bostedsforelderen.

4.7.1.2 Barnet motsetter seg samværet

I forarbeidene er det uttalt at det forhold at barnet selv nekter samvær kan være grunn til at det må sies å foreligge umulighet.⁹⁶ I Rt. 1997 s. 2012 ble det lagt avgjørende vekt på at datterens redsel for å bli utsatt for overgrep opplevdes reell for henne, og ikke hvorvidt redselen var berettiget. Datteren var 12 år og uttrykte en sterk motvilje mot overnatting-samvær. Tvangsgjennomføring ble ansett å være umulig.

Barnets mening må ofte sees i lys av bostedsforelderen sin påvirkning. Den vil ofte være farget av bostedsforelderen sitt syn. I Rt. 2000 s. 515 uttaler Høyesteretts kjæremålsutvalg: ”Betydningen av at C motsetter seg samvær, må imidlertid vurderes i sammenheng med mors holdning til samværsspørsmålet”.⁹⁷ Og i Rt. 1988 s. 708 ble det tillagt avgjørende vekt at moren ikke lojalt og aktivt hadde medvirket til at samværet kom i stand. Datteren på 10 år hadde sterke motforestillinger til å treffe faren og reagerte med angst når det var

⁹⁶ Ot.prp.nr.56 (1996-1997) s. 68.

⁹⁷ På side 517.

snakk om samvær med ham. Det måtte etter Høyesteretts kjæremålsutvalg skyldes moren sin mangel på medvirkning. I Rt. 1989 s. 489 kom kjæremålsutvalget til at barnet sin mening ikke kunne endres selv ved morens aktive og lojale medvirkning. På side 492 uttalte kjæremålsutvalget:

”Elsabeths selvstendige standpunkt synes imidlertid å være helt urokkelig - hun vil ikke under noen omstendighet ha samvær med sin far. Når situasjonen er slik vil samvær heller ikke kunne fremtvinges ved anvendelse av tvangsmulkt overfor B etter barneloven § 48. Lagmannsretten måtte i så fall legge til grunn at B ved aktiv medvirkning ville kunne endre Cs oppfatning, slik at samværsordningen kunne fungere. Lagmannsretten må imidlertid nå bygge på at Cs fastlåste samværsvegring idag er et uttrykk for hennes egen selvstendige vilje, som ikke nå vil kunne endres ved påvirkning fra kjæremålsmotpartens side.”

Et barns urokkelige vilje kan medføre at det må anses umulig å tvangsfullbyrde en samværsavgjørelse. Av dette følger det at barnet bestemt og selvstendig må motsette seg samværet for at det skal medføre at tvangsfullbyrdelse av samværsrett er umulig.

4.7.1.3 Psykiske belastninger for barnet

Det vil anses å være umulig å gjennomføre samværsrett hvis samværet bare kan gjennomføres med psykiske skadevirkninger for barnet.⁹⁸

I Rt. 1970 s. 703 uttalte kjæremålsutvalget:

”Utvalget forstår lagmannsrettens flertall slik, at riktignok er der meget å bebreide B fordi han ikke så langt han burde har forsøkt å få gutten til å besøke sin mor. Men flertallet har også funnet at det, heller ikke om B hadde gjort hva han i så måte burde, ville vært mulig å få det til uten fare for så alvorlige psykiske skadevirkninger for gutten at det ikke kan aksepteres.”

Bostedsforelderens manglende medvirkning kan ikke medføre at gjennomføringen av samværet skal skje med den følge at barnet blir utsatt for psykiske skadevirkninger. I Rt. 1997 s. 2012 uttalte kjæremålsutvalget:

⁹⁸ NOU 1977:35 s. 86. Backer (2008) s. 606.

”Utvalget bemerker for øvrig at spørsmålet om morens lojalitet vil måtte tre noe i bakgrunnen i situasjoner der tvangsmessig gjennomføring av samvær vil utsette barnet for alvorlige skadevirkninger.”⁹⁹

Det følger av dette at hensynet til barnet alltid må veie tyngst. Faren var dømt for overgrep mot datteren sin kusine og overgrepene hadde funnet sted mens datteren lå i samme seng. Det ble ansett som sannsynlig at jenta ville bli påført psykososiale skader og at det var kvalifisert fare for psykiske skader hvis samværet ble gjennomført med tvang. I Rt. 1997 s. 1557 ble en omfattende samværsordning antatt å utsette barnet på to år for fare for psykiske belastninger. Kjæremålsutvalget kom av den grunn til at det var umulig å tvangsfullbyrde samværet.

4.7.1.4 Forhold på den samværsberettigedes side

Utviklingen i rettspraksis viser at også forhold på den samværsberettigedes side kan medføre at en avgjørelse om samvær er umulig å gjennomføre. I Rt. 2000 s. 177 var den samværsberettigede faren bosatt i Spania. Han hadde ikke fast turnus og ville ikke kunne gjennomføre mer enn 60 % av samværene. Hans begjæring om tvangsfullbyrdelse ble ikke tatt til følge da hans arbeidssituasjon gjorde at det ble ansett umulig å gjennomføre samværsavgjørelsen. Kjæremålsutvalget viste til Rt. 1997 s. 1387 som sier at tvangsfullbyrdelse ikke uten videre er avskåret selv om samværsforelderen ikke har mulighet til å gjennomføre alle samværene fullt ut, såfremt det er klart hvilke av de fastsatte samværene som kan gjennomføres. Lagmannsretten fant at det forelå flere usikkerhetsfaktorer ved at det ikke forelå noen konkrete turnuslister. Av den grunn fant lagmannsretten at det forelå umulighet som hadde sin årsak i farens forhold.¹⁰⁰

⁹⁹ På side 2014.

¹⁰⁰ Borgarting lagmannsretts kjennelse av 17. desember 1999. Høyesteretts kjæremålsutvalg kan bare prøve lagmannsrettens generelle lovtolkning og saksbehandling, bevisbedømmelsen kan kjæremålsutvalget ikke prøve.

4.7.2 Endring

Mot et særlig tvangsgrunnlag kan det fremsettes enhver innvending som kunne vært framsatt under et søksmål, jfr. tvangsl. § 4-2 (3). Hvor fylkesmannen har vedtatt at en avtale mellom foreldrene skal ha tvangskraft, jfr. bl. § 55 er avgjørelsen et ”særleg tvangsgrunnlag”, jfr. bl. § 65 (2) 3. punktum.

Av dette følger et unntak fra utgangspunktet om at realitetsprøvelse av retten ikke skal finne sted. Begrunnelsen for et slikt unntak er at det ikke har vært en så betryggende saksbehandling at man kan se bort fra at saksøkerens ikke har eksisterende krav.¹⁰¹ Dette må også gjelde selv om et særlig tvangsgrunnlag etter tredje ledd er et vedtak fattet etter en domstollignende saksbehandling og hvor saksøkte har hatt adgang til å redegjøre for sitt syn.¹⁰²

Retten kompetanse utvides til å prøve om det er grunnlag for endring etter bl. § 64 (2).¹⁰³ Denne lovforståelsen kom retten til i Rt. 2001 s. 34, hvor kjæremålsutvalget uttalte: ”Utvalget finner det klart at tvangsfullbyrdelsesloven § 4-2 tredje ledd får anvendelse ved tvangsfullbyrdelse av vedtak av fylkesmannen om samværsrett.”¹⁰⁴

Den begrensning som ligger i lovens ordlyd ”som kunne vært fremsatt under et søksmål”, jfr. tvangsl. § 4-2 (3), tar etter retten sin tolkning av forarbeidene sikte på forvaltningsvedtak som er begrenset av alminnelige forvaltningsrettslige regler, og ikke hvor det er tale om å endre fylkesmannsvedtak jfr. bl. § 43 (5), jfr. bl. § 64 (2).¹⁰⁵ På dette området er ikke

¹⁰¹ Falkanger m.fl. (2008) s. 186-187.

¹⁰² Ibid.

¹⁰³ Denne adgangen til å endre en avgjørelse skiller seg fra bl. § 64 (2) sitt vanlige bruksområde, nemlig når den parten som ønsker en avgjørelse endret selv reiser sak, mens det i dette tilfellet reises endrings sak som innsigelse til begjæring om tvangsfullbyrdelse.

¹⁰⁴ På side 37.

¹⁰⁵ Rt. 2001 s. 34 s. 37. Ot.prp.nr. 65 (1990-1991) s. 107. Se også Falkanger m.fl. (2008) s. 188 – 189.

domstolenes prøvelseskompetanse undergitt slike begrensninger.¹⁰⁶ Kjæremålsutvalget uttalte:

”Ved vurderingen av om et vedtak av fylkesmannen om samvær skal tvangsfullbyrdes, kan namsmyndighetene ikke bare prøve om fullbyrdelse er umulig, men også om det etter reglene i barneloven § 47 tredje ledd, jf. § 39 annet ledd er grunnlag for å endre vedtaket.”¹⁰⁷

Etter adgangen fylkesmannen hadde til å behandle sak om foreldreansvar, fast bosted og samvær ble opphevet i 2004, er det nå kun snakk om fylkesmannens vedtakelse om å gi en avtale mellom foreldrene tvangskraft.¹⁰⁸ Det følger av forarbeidene at hvis fylkesmannen skal gi avtalen tvangskraft må det gjelde avtalen i sin helhet; det er derfor ikke rom for fylkesmannen til å endre avtalen mellom foreldrene.¹⁰⁹ De hensyn som skal tas til forvaltningens skjønn vil da uansett ikke gjøre seg gjeldende når fylkesmannen kun skal påse at avtalen ikke strider mot hva som vil være til det beste for barnets og kontrollere at gyldig meklingsattest foreligger.

4.8 Rettsfølgen av tvangsgrunnlag

Tas begjæring om ileggelse av tvangsbot til følge skal tingretten forelegge den for bostedsforeldereren, jfr. tvangsl. § 13-6. Formålet med å forelegge begjæringen for den saksøkte er at saksøkte skal kunne oppfylle frivillig.¹¹⁰ På denne måten unngår bostedsforeldereren tvangsbot.

Når avgjørelse om ileggelse av tvangsbot foreligger er det opp til den samværsberettigede å be om at tvangsboten innkreves, jfr. § 65 (1) 3. punktum, jfr. bl. § 65 (2). Spørsmålet blir

¹⁰⁶ Ibid.

¹⁰⁷ På side 38.

¹⁰⁸ Endret ved lov 20. juni 2003 nr. 40. Den adgangen fylkesmannen hadde til å fatte et vedtak som avvek fra det foreldrene var blitt enige om fant utvalget til Ot.prp.nr.29 (2002-2003) det unaturlig å opprettholde.

¹⁰⁹ Ot.prp. nr. 29 (2002-2003) s. 71.

¹¹⁰ Ot.prp.nr.65 (1990-1991) s. 264.

da hvor mye som skal til for at bostedsforelderen må sies å oppfylle samværsretten slik at tvangsbót kan unngås. Kjølberg (2006) mener det ikke kan være nok med et enkeltstående samvær til å unngå trussel om tvangsbót for fremtidige samvær.¹¹¹ Dette har også de beste grunner for seg så ikke bostedsforelderen hver gang han eller hun blir forelagt begjæringen kan unngå ileggelse av tvangsbót ved å gjennomføre ett, enkelt samvær. Sett i sammenheng med adgangen til å ilegge bót for en bestemt periode uten at enkelte gjennomførte samvær opphever denne adgangen, taler det for at det skal mer til for å unngå trussel og tvangsbót for fremtidige samvær.

Namsmannen står for innkrevningen av boten, jfr. bl § 65 (1) 2. punktum. At samværsforelderen selv ikke skal stå for innkrevningen er av hensyn til at håndhevingen ikke skal være for tungvint for samværsforelderen og for ikke å skjerpe konflikten mellom foreldrene ytterligere.¹¹² Boten skal betales til namsmannen og tilfaller statskassen, jfr. tvangsl. § 13-8 (3) 1. punktum. Man ser tydelig her den vekselvirkning som foregår mellom privatrettslig og offentligrettslig ansvar. Det er den krenkede forelder som må begjære ileggelse og inndrivelse av tvangsbóten samtidig som det er det offentlige som fatter avgjørelsen og iverksetter håndhevingen.

Hvor tvangsbóten fortsatt ikke blir betalt følger det av tvangsl. § 13-8 (3) 2. punktum at det er saksøkeren, med andre ord samværsforelderen, som må begjære utlegg.

4.9 Rettsfølgen ved endring og umulighet

Rettsfølgen av endring av fylkesmannsvedtak og hvor umulighet anses å foreligge er ulik. I Rt. 2001 s. 34 som åpnet for at namsretten (nå tingretten) kunne endre et fylkesmannsvedtak, jfr. bl. § 64 (2), ble namsrettens og lagmannrettens kjennelser opphevet og saken sendt til fortsatt behandling hos namsretten. Da åpnes muligheten for at samværsretten kan endres, både til gunst og ugunst for samværsforelderen.

¹¹¹ På side 238.

¹¹² Smith (2006) s. 187.

Ved umulighet skal retten stanse inndrivingen og oppheve utlegg som er gitt, jfr. tvangsl. § 13-8 (4). Avgjørelse om samværsrett står seg. Den samværsberettigede må smøre seg med tålmodighet og håpe på at samværet kan gjenopptas. En annen vei for en materiell prøvelse av avgjørelsen har samværsforeldereren gjennom bl. §§ 43 (5) jfr. 64. Den gir samværsforeldereren adgang til å reise endringssak om fast bosted hvis bostedsforeldereren hindrer samværsretten.

4.10 Straff

For samværsforeldereren er tvangsmulkt eneste fullbyrdelsesmåte hvor bostedsforeldereren ikke overholder samværsretten. Straffeloven § 216 gir ikke samværsforeldereren noen rettigheter når bostedsforeldereren holder barnet tilbake.¹¹³ Bestemmelsen kan, for vårt tilfelle, kun være hjemmel for straff der en samværsforelder tar saken i egne hender og henter barnet til seg, såkalt selvtekt. Det følger av lovens ordlyd at det kun er omsorgsunndragelse som er straffbart. Da det er bostedsforeldereren som har den daglige omsorgen, vil ikke samværsforeldereren ha noen rettigheter etter strl. § 216. At ikke engang en omfattende samværsrett omfattes av omsorgsbegrepet i strl. § 216 ble fastslått av Høyesterett i Rt. 1995 s. 687.

¹¹³ Almindelig borgerlig Straffelov, heretter kalt strl., av 22. mai 1902 nr. 10.

5 Analyse av lagmannsrettspraksis fra 2009

Jeg vil foreta en analyse av lagmannsrettspraksis fra 2009.¹¹⁴ Felles for dem er at det er spørsmål om ileggelse av tvangsbøt etter bl. § 65 (2). Jeg ønsker å se hvilke momenter ved umulighetsvurderingen som blir tillagt vekt. Kapittelet har derfor direkte tilknytning til punkt 4.7.1. Siden det kun er tre avgjørelser vil jeg ikke generalisere over funnene.

5.1 Borgarting lagmannsrett – kjennelse av 20. januar 2009.

Samvær var ikke kommet i stand som fastsatt i dom av 25. april 2006. Den rettslige problemstillingen var om det forelå umulighet, jfr. tvangsl. § 13-14 (3) jfr. § 13-8 (4). I tingretten var det funnet bevist at moren hadde opptrådt fullt lojalt etter samværsavgjørelsen og lagmannsretten sa seg enig i denne bevisvurderingen. Faren var straffedømt for vold mot sin tidligere ektefelle og det måtte, etter lagmannsretten sin vurdering, få betydning i forholdet mellom partene. Det var faren som ved sin oppførsel var skyld i at samværet ikke lot seg gjennomføre. Barnet hadde uttalt til den sakkyndige for tingretten at faren ”blir veldig sint”. Lagmannsretten la til grunn at barnet, på snart 7 år, viste motvilje til å være sammen med faren ut fra hvordan faren faktisk opptrådte. Lagmannsretten kom til at barnet etter omstendighetene ikke burde pålegges å gjennomføre samvær med faren. Mor ble ikke ilagt tvangsbøt, da lagmannsretten, under en viss tvil, kom til at det forelå umulighet.

5.2 Hålogaland lagmannsrett – kjennelse av 26. februar 2009.

Foreldrene gikk fra hverandre i 2004 da barnet var 1 år gammelt. Mor hadde uregelmessig samvær med sønnen frem til han var 3 år. Ved dom av 10. mai 2008 fikk mor samværsrett til sin da 5 år gamle sønn. Av denne fremgikk at moren skulle ha overnattingsamvær.

¹¹⁴ Søket er foretatt på Lovdata: avgjørelser under bl. § 65.

Samvær kom i stand i tråd med tingrettens dom, men overnattingsamvær ble bare gjennomført i begrenset utstrekning. Barnet syntes å være motvillig til å overnatte i egen seng hos sin mor. Lagmannsretten uttalte at motvilje hos barnet på snart 6 år til overnattingsamvær ikke tilsa at slikt samvær var umulig. Det forelå ingen andre forhold som skulle tilsa at gjennomføring av samværet var umulig. Far ble ilagt tvangsbót på 1000 kr for hver dag samværsrett ikke ble oppfylt og for ett år frem i tid.

5.3 Gulating lagmannsrett – kjennelse av 10. mars 2009.

I 2001, da barnet var 3 år, gikk foreldrene fra hverandre og far fikk samværsrett ved dom 6. juli 2005. Kontakten mellom far og sønn hadde siden bruddet mellom foreldrene vært minimal. Far hadde tidligere et alkoholproblem. En grundig sakkyndig rapport ble forelagt lagmannsretten. Ved vurderingen av om det ville være umulig å gjennomføre samværet som fastsatt uttalte lagmannsretten at det mest sentrale måtte være barnet sin holdning til samværet herunder om gjennomføring av samværet ville utsette barnet for alvorlig psykisk belastning og fare for skade. Videre uttalte lagmannsretten at begge foreldrene har en aktiv og lojal medvirkningsplikt. Barnet hadde uttrykt en sterk motvilje til å ha samvær med far, men lagmannsretten mente det var overveiende sannsynlig at denne motviljen var et resultat av påvirkning fra mor. Lagmannsretten påpekte også at standpunktet barnet hadde tatt ikke var begrunnet. Lagmannsretten mente det ikke forelå noen fare for at gjennomføring av samværet ville kunne medføre psykiske skadevirkninger for barnet. Lagmannsretten viste til at det var tatt behørig hensyn til farens alkoholproblem ved avgjørelsen om samværsrett. Avslutningsvis konkluderte lagmannsretten:

”På bakgrunn av ovenstående legger lagmannsretten til grunn at Cs motstand mot å ha samvær med sin far ikke er sterkere og grundigere fundert enn at den, uten risiko for at han utsettes for alvorlig psykisk belastning eller risiko for psykisk skade, kan overvinnes, forutsatt at mor medvirker aktivt og lojalt, slik hun har plikt til. Hvis mor velger å ikke forholde seg slik hun plikter, med det til følge at samvær ikke blir gjennomført, er vilkårene for å ilegge tvangsmulkt til stede, jf. Rt-1988-708.”

Anken over ileggelse av tvangsbót ble forkastet. Mor ble ilagt en bot på 1000 kr for hver gang samværsretten ikke kom i stand og for ett år frem i tid.

5.4 Resultat av analyse

Det er hensynet til barnets beste som er det overordnede hensyn i avgjørelse om tvangsgjennomføring av samværsrett, jfr. bl. § 48. Ved denne avgjørelsen er det gjennom rettspraksis utviklet momenter som skal tillegges vekt. Barnets mening kan sies å være en subjektiv omstendighet. Den psykiske belastningen på barnet og bostedsforelderens lojale opptreden kan anses som ytre omstendigheter. Illojalitet skal i utgangspunktet føre til at krav om ileggelse av tvangsbót skal tas til følge, det er jo nettopp denne illojaliteten man søker å avverge med tvangsbóten. Hvor barnets mening er et resultat av den illojale forelders opptreden følger det da at tvangsbót skal ilegges. Men Høyesterett har uttalt at barnets mening skal tillegges avgjørende vekt hvor den er bestemt og selvstendig, og ikke kan endres selv med en aktiv og lojal medvirkning fra bostedsforelderens. Hvor det er funnet sannsynlig at barnet vil bli utsatt for psykisk belastning vil også det være avgjørende for at samværsretten ikke kan tvangsfullbyrdes. Det skal med andre ord mye til før gjennomføring av samværsrett er umulig.

I motsetning til Borgarting lagmannsrett kom tingretten til at *betingelsene* for å legge tvangsbót ikke var til stede. Det var samværsforelderens forhold som gjorde at samværet ikke kom i stand som fastsatt.¹¹⁵ Etter tingrettens skjønn hadde samværsforelderens derfor ikke et krav. Det var da ikke nødvendig å ta stilling til om umulighet forelå. Det er i tråd med gjeldende rett at det må foreligge brudd på samværsretten for at samværsforelderens skal ha et krav. Et brudd samværsforelderens selv er skyld i kvalifiserer ikke til at vilkåret er oppfylt. Lagmannsretten tok ikke opp til vurdering hvorvidt samværsforelderens hadde et krav, men gikk rett til umulighetsvurderingen. Der ble det lagt større vekt på barnets mening enn det som følger av rettspraksis. Det er barnets bestemte og selvstendige vilje som kan begrunne umulighet. Lagmannsretten la avgjørende vekt på at et barn på 7 år viste

¹¹⁵ Fredrikstad tingrett kjennelse av 11. november 2008.

motvilje til å være sammen med sin far ut fra hvordan faren opptrådte. Det kom ikke frem at motviljen var verken bestemt eller selvstendig. Etter utviklingen i gjeldende rett fremstår gjennomføring av samværsretten i denne som mulig.

Avgjørelsen truffet av Hålogaland lagmannsrett er et eksempel på at en samværsavgjørelse kan tvangsfullbyrdes selv om barnet ikke ønsker det. Barnet hadde ikke bestemt og selvstendig motsatt seg samværet. Det ble derimot ikke tatt stilling til om bostedsforelderens aktivt og lojalt hadde medvirket til gjennomføring av samværene. Det ville vært naturlig for retten å ta stilling til dette spørsmålet da rettspraksis fremholder aktiv og lojal medvirkning som grunnvilkåret for å ilegge tvangsbot.

Begrunnelsen for resultatet i Gulating lagmannsretts kjennelse gir uttrykk for riktig lovanvendelse. Kjennelsen er et eksempel på at selv om barnets holdning til samværet er det mest sentrale, kan ikke barnets mening få avgjørende betydning når den er et resultat av bostedsforelderens påvirkning. Det er i tråd med rettspraksis. Det eneste som da kan begrunne at gjennomføring av samværet er umulig er at det vil påføre barnet psykiske skadevirkninger. Når lagmannsretten fant at det ikke var noen risiko for psykisk belastning eller skade kunne tvangsbot med rette ilegges. Jeg siterer den sakkyndiges drøfting fra kjennelsen:

”Verken barn eller voksne ”vokser på” å unngå det man opplever som ulystbetont eller negativt. Gjennom eksponering for det man irrasjonelt er redd for, har man mulighet for positiv vekst og utvikling.”

Alle avgjørelsene vektlegger barnets motvilje til samvær, men de ulike lagmannsrettene vektlegger barnets mening ulikt. I den sist avsatte avgjørelsen var barnet eldst, 10 år, men hans sterkt uttrykte motvilje fikk ikke avgjørende vekt. Denne står som kontrast til den tidligst avsatte avgjørelsen hvor det fikk avgjørende vekt at det snart 7 år gamle barnet hadde vist motvilje til samvær. Det viser sammenhengen mellom barnets mening og kravet til bostedsforelderens aktive og lojale medvirkning.

En tolkning av rettens vektlegging av barnets mening er spesielt vanskelig. For en som leser en avgjørelse kan det være vanskelig å få det inntrykk av familiesituasjonen slik den fremkommer for retten. Av den grunn bør det komme klart frem av kjennelsen hvordan retten har vektlagt momentene i saken.

Fremmed rett

5.5 Sverige

Barnet har rett til samvær med den forelder barnet ikke bor sammen med, jfr. 6 kap. 15 § Foräldrabalken.¹¹⁶ I Sverige er begrepet for samvær ”umgänge”, jfr. 15a § FB. Foreldrene har, som i Norge, avtalefrihet i saker om samvær. For at avtalen skal få tvangskraft må avtalen være skriftlig og godkjennes av Socialnämnden, jfr. 15 § fjärde stycket FB. Avtalen kan bare godkjennes hvor det vil være til det beste for barnet, jfr. 15 a § FB.

I likhet med Norge har Sverige lovhjemlet en gjensidig plikt for foreldrene til at ”umgänge med en förälder som barnet inte bor tillsammans med så långt möjligt tillgodeses”, jfr. 2. ledd andra stycket FB.¹¹⁷ I svenske forarbeider er det uttalt at det er barnets og ikke foreldrenes beste som skal være avgjørende og det må foreligge en individuell prøvelse med utgangspunkt i hva som er det beste for barnet.¹¹⁸ Forelderen som har barnet boende hos seg har et ansvar for å oppmuntre barnet til å omgås den annen forelder og den forelder som ikke har barnet boende hos seg har et ansvar for at barnets behov for samvær med ham eller henne blir tilgodesett.¹¹⁹

Så langt skiller ikke nabolandene seg fra hverandre, men i motsetning til Norge gir Svensk lov ”länsrätten” adgang til å avgjøre at barnet skal hentes ved bruk av makt når samværet ikke kommer i stand, jfr. 3 § tredje stycket FB. ”Länsrätten” er en forvaltningsdomstol som først og fremst behandler saker mellom privatpersoner og myndighetene. Denne adgangen kom til ved lovendring i 1983 da Sveriges

¹¹⁶ Föräldrabalken (1949:381), heretter kalt FB.

¹¹⁷ Bl. § 42 (1) 2. punktum.

¹¹⁸ SOU 2005:43 s. 167.

¹¹⁹ SOU 2005:43 s. 166.

departementssjef anså det nødvendig å ha henting av barnet som tvangsmiddel.¹²⁰ Bestemmelsen innebærer at henting bare skal skje i unntakstilfeller.¹²¹ I forarbeidene er det uttalt:

”Barnets egen innstilling till umgänget har stor betydelse för länsrättens prövning. Utgångspunkten är att umgänget skall bestämmas med hänsyn till barnets behov. En avvägning måste dock göras mellan å ena sidan behovet av umgänge och å andra sidan vilka följder det kan få för barnet om umgängesbehovet tillgodoses genom en så ingripande åtgärd som hämtning”¹²²

Tvangsgjennomføringen skal skje så skånsomt som mulig.¹²³ En person som kan være til støtte for barnet skal være med på henting. Forarbeidene nevner en sosialarbeider som har et godt forhold til barnet, en slektning eller noen andre. Det blir også fremholdt at personen ikke bare burde ha et godt forhold til barnet, men også til den personen barnet skal hentes fra.¹²⁴ Det kan også bestemmes at en barnelege, barnepsykiater eller barnepsykolog skal være med, jfr. 9 § FB.

Ved tvangsbruk er det i Sverige som i Norge en mulighet for retten til å avgjøre i det enkelte tilfellet etter en konkret helhetsvurdering at tvangsfullbyrdelse ikke skal skje når det ikke er til barnets beste.

SOU 2005:43 viste til at departementssjefen også tok stilling til endrings sak som alternativ til tvangshenting av barnet i prop. 1982/83:165. På side 624 uttalte utvalget:

”En vårdnadshavare som motsatte sig ett umgänge mellan barnet och den andra föräldern kunde inte enbart av det skälet alltid anses så olämplig som vårdnadshavare att han eller hon borde fråntas vårdnaden.”

¹²⁰ SOU 2005:43 s. 623 og prop. 1982/83:165 s. 28.

¹²¹ SOU 2005:43 s. 623.

¹²² Ibid.

¹²³ Ibid.

¹²⁴ SOU 2005:43 s. 624 og 1982/83:165 s. 33.

Sverige skiller ikke mellom ansvaret som følger av foreldreansvaret og ansvaret som følger av å ha barnet fast boende hos seg. Begrepet ”vårdnad” omfatter derfor både rettighetene og pliktene foreldreansvaret og bostedskompetansen medfører.¹²⁵

Departementssjefen fant at endrings sak som alternativ til tvangsfullbyrdelse ved henting ikke var tilstrekkelig for å ivareta hensynet til barnets rett til samvær med sine foreldre.¹²⁶

5.6 Finland

I lag angående vårdnad om barn och umgängesrätt hjemles retten foreldrene har til selv å avtale samværet i 7 §.¹²⁷ Socialnämnden kan fastsette at avtalen skal ha tvangskraft etter 8 §, og i 9 § hjemles rettens kompetanse til å treffe avgjørelse om samværsrett etter hva som vil være til det beste for barnet. 2 § sier at formålet med samværsrett er å sikre barnets rett til å holde kontakten og treffe den forelder det ikke bor hos. Barnet ønsker og synspunkter skal undersøkes etter 11 §.

Reglene for å sikre håndhevelse av samværsretten finner vi i lag om verkställighet av beslut beträffande vårdnad om barn och umgängesrätt kapittel 4.¹²⁸ Loven benytter begrepene ”sökanden” og ”sökandens motpart” og viser med dette at loven ikke bare gjelder for foreldre, men også andre som kan ha foreldreansvar eller samværsrett. For enkelthetsskyld har jeg valgt å holde meg til den begrepsbruken oppgaven ellers nytter seg av.

Håndhevelse kan ikke skje hvor et barn over 12 år ikke ønsker det, jfr. 2 §. Det skal heller ikke skje hvor barnet er under 12 år, men er så utvilket at ønsket må respekteres, jfr. 2 §. Her går finsk rett lenger enn norsk rett. I Norge har barnet uttalelsesrett fra det tidspunkt

¹²⁵ NOU 2008:9 s. 23.

¹²⁶ SOU 2005:43 s. 624.

¹²⁷ Lag angående vårdnad om barn och umgängesrätt 8.4.1983/361.

¹²⁸ Lag om verkställighet av beslut beträffande vårdnad om barn och umgängesrätt 16.8.1996/619. Finsk rett som svensk rett skiller ikke mellom bostedskompetanse og foreldreansvar. ”Vårdnad” er et fellesbegrep. NOU 2008:9 s. 23.

barnet kan danne seg en egen mening om hva saken dreier seg om, og det skal legges stor vekt på hva barnet mener fra det er 12 år, jfr. bl. § 31. I finsk rett derimot pålegges retten en plikt til å følge barnets ønske.

Domstolene kan avgjøre at bostedsforelderen ilegges bot med det formål at samværet kommer i stand, jfr. 16 § 2. Og i 16 § 3 åpnes en adgang for domstolene til å bestemme at barnet skal hentes. Det forutsetter at det er klart at samværet ikke kommer i stand på annen måte og meget tungtveiende grunner tilsier at det er til det beste for barnet, jfr 16 § 3.

Utover de håndhevelsesmetoder som følger av 16 § kan domstolene iverksette ulike tiltak for å sikre håndhevelse jfr. 17 §. Bestemmelsen er hjemmel for håndhevelse av både avgjørelse om foreldreansvar og samvær. Tiltakene retter seg både mot bostedsforelder og samværsforelder. For det første kan domstolene avgjøre at saksøkte ikke kan endre barnets bosted, jfr. 17 § nr. 1. For det andre kan det avgjøres at samværsforelderen skal være med ved henting av barnet, jfr. 17 § nr. 2. Domstolene kan for det tredje avgjøre at samværsforelderen før samværet skal varsle hvis forelderen ikke er i stand til å møte, jfr. 17 § nr. 3. Samværsforelderen kan også forpliktes til å deponere sitt eget og barnets pass hos namsfogden, jfr. 17 § nr. 4. Bostedsforelderen kan forpliktes til å meddele hvor barnets bosted er, jfr. 17 § nr. 5. Domstolene kan sette vilkår for gjennomføringen av samværet, både overfor samværsforelderen og bostedsforelderen, være seg å pålegge dem å gjøre noe eller avstå fra å gjøre noe, jfr. 17 § nr. 6.

I motsetning til Norge hvor retten ved spørsmål om ileggelse av tvangsbot ikke skal ta stilling til materielle spørsmål om samværsretten, har finske domstoler adgang til ved begjæring om gjennomføring av samværsrett å presisere eller foreta mindre endringer i det materielle innholdet i avgjørelsen, jfr. 13 §. Vilkåret er at det skal fremme muligheten for at samværsretten kan gjennomføres og at det vil være til barnets beste, jfr. 13 §.

Hvor gjennomføring av avgjørelse av samværsrett ikke lar seg håndheve på grunn av endrede forhold eller det åpenbart ikke vil være til barnets beste, følger det av 14 § (1) at retten skal avslå begjæringen. Dette er i tråd med den norske umulighetsvurderingen.

5.7 Storbritannia

I Storbritannia ble Children and Adoption Act 2006: “Enforcement of contact by Resident Parents and Children” implementert i Children Act 1989 den 8. desember 2008. Av section 11 J (2) følger det at retten har adgang til, når de har funnet det godtgjort at en person ikke har medvirket til en avgjørelse om bosted eller samvær, å avgjøre at personen skal bli satt til å gjøre ubetalt arbeid.¹²⁹ Dette var en følge av at det i forarbeidene “Making Contact Work” ble konkludert med at bøter og fengselstraff fungerte dårlig som håndhevelsesmetoder.¹³⁰

Domstolene i Storbritannia har med dette en videre adgang enn norske domstoler til å tvangsgjennomføre avgjørelse om samværsrett. Bl. § 65 (2) søker å fremme et samarbeid, mens en bestemmelse om arbeid uten betaling har et strafferettslig preg over seg. Lovbestemmelsens preventive effekt vil muligens likevel være viktigst. I tillegg til den utvidede adgangen til å straffe den parten som ikke medvirket til avgjørelsen om samvær eller bosted, har Storbritannia gjennom section 11 J (5) gitt et videre antall personer rett til å kreve en slik form for tvangsgjennomføring. Samværsforelderens, bostedsforelderens, en annen person med rettslig interesse og barnet avgjørelsen gjelder, kan søke avgjørelsen tvangsgjennomført. I motsetning til hvordan rettstilstanden er i Norge medfører dette at det foreligger en samværsplikt for samværsforelderens. Hvordan lovendringen vil fungere vil tiden vise. Forarbeidene var gjennomgående negative til å innføre en samværsplikt, og i *Green Paper Parental Separation: Children’s Needs and Parent’s Responsibilities* ble forslaget til og med avvist fordi utvalget mente det ville kunne være skadelig for barnets

¹²⁹ Doughty (2008) s. 1241.

¹³⁰ Children Act Sub-Committee of the Lord Chancellor’s Advisory Board on Family Law, 2002 s. 13.

velferd.¹³¹ Dette kan tyde på at retten vil være tilbakeholdne med å pålegge at en forelder skal ha samvær mot sin vilje.

5.8 USA

Hvis foreldrene ikke selv blir enige om hvordan barnefordelingen skal løses, har retten hjemmel til å ta seg av dette.¹³² Når foreldre skiller lag *skal* det oppføres en barnefordelingsplan, ”custody order”, samtidig med at skilsmissen kommer i stand.¹³³ Barnefordelingsplanen vil ha automatisk tvangskraft og være grunnlag for iverksettelse av ulike tvangsmekanismer og sanksjoner.¹³⁴ Det medfører at den forelderen som ikke får gjennomført sin rett etter barnefordelingsplanen direkte kan kreve den tvangsgjennomført eller sanksjonert. Først og fremst skal omsorgsfordelingen rette seg etter hva som er best for barnet, og i blant annet West Virginia sier statuttene at de skal gjøre omsorgsfordelingen så lik det den var før foreldrene gikk fra hverandre som mulig.¹³⁵ Som i Norge er utgangspunktet at det er best for barnet å ha kontakt med begge foreldrene.¹³⁶

Domstolene i alle statene har adgang til å tvangsgjennomføre avgjørelser om barnefordelingen og sanksjonere den parten som ikke gjennomfører avgjørelsen. Den enkelte stat kan lage egne statutter som beskriver adgangen nærmere.¹³⁷ Derfor er lovreglene på dette område svært forskjellig og ikke minst omfattende. Lite kan derfor sies generelt om håndhevingsmekanismene og det må det tas høyde for i den videre lesning. I USA som i Norge

¹³¹ Doughty (2008) s. 1242.

¹³² Mahoney (2007) s. 840.

¹³³ Ibid.

¹³⁴ Mahoney (2007) s. 786.

¹³⁵ Op.cit. s. 841. Dette er ikke helt ulik måten samværet blir fastsatt på i Norge etter barnevernloven. Der er det vanlig ved fastsettelse av samvær å se hen til hvordan forholdet mellom barn og forelder var før omsorgsovertakelsen. Se Haugli (2007) s. 377.

¹³⁶ Ibid.

¹³⁷ Mahoney (2007) s. 855.

er formålet å få den ikke-samarbeidende forelderen til å samarbeide.¹³⁸ Der som her er det oftest bostedsforelderen som er skyld i at samværet ikke kommer i stand. Ulike sanksjoner og håndhevingsmekanismer er tilgjengelige: inndragning av førerkort, samfunnstjeneste, bøter, fengsel eller endring av bidrag og / eller omsorgsfordelingen.¹³⁹ Flere av mekanismene har et strafferettslig preg i motsetning til Norge.

Begrepene man benytter i USA har, som i Norge, vært diskutert.¹⁴⁰ Det har blitt foreslått at begrepene ”custody” og ”visitation” bør byttes ut med begrepet ”custodial responsibility” for ikke å legge føringer for hvordan foreldre som ikke bor sammen skal oppfattes og for å benytte en mer inkluderende terminologi som viser viktigheten av at utgangspunktet bør være at begge foreldrene skal ha betydningsfullt ansvar for barna sine.¹⁴¹ ”Custodial responsibility” kan på norsk oversettes med for eksempel omsorgsansvar.

¹³⁸ Mahoney (2007) s. 854.

¹³⁹ Ibid. s. 855-856.

¹⁴⁰ I NOU 2008:9 s. 11 ble den norske begrepsbruken diskutert, men på grunn av innarbeidelse og mangel på gode alternativer ble utvalget stående ved begrepene ”samvær” og ”samværsforelder”.

¹⁴¹ Mahoney (2007) s. 140 note 13.

6 Internasjonal rett

Norge er internasjonalt forpliktet til å beskytte barn og foreldres rettigheter både gjennom Den europeiske menneskerettighetskonvensjon Barnekonvensjonen og gjennom Haag-konvensjonen. Det er fra flere hold uttrykt frykt for at Norge ikke oppfyller våre menneskerettighetsforpliktelser.¹⁴²

6.1 EMK¹⁴³

6.1.1 Artikkel 8

Art 8. Retten til respekt for privatliv og familieliv

1. Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse.
2. Det skal ikke skje noe inngrep av offentlig myndighet i utøvelsen av denne rettighet unntatt når dette er i samsvar med loven og er nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet, offentlige trygghet eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter.

6.1.2 Samværrets beskyttelse

Samvær mellom barn og foreldre omfattes utvilsomt av begrepet ”familieliv”, se blant andre Olsson mot Sverige: ”The mutual enjoyment by parent and child of each other’s company constitutes a fundamental element of family life...”¹⁴⁴

¹⁴² Se blant annet Søvig (2008) s. 206

¹⁴³ Inn tatt i mrl. § 2 Vedlegg 2 Den europeiske menneskerettskonvensjon med protokoller (norsk oversettelse).

¹⁴⁴ Olsson v. Sweden (no 1) (1988) A 130 avsnitt 59. Reed (2008) s. 581.

Det følger da av ordlyden at den retten foreldre og barn har til samvær skal respekteres. På den annen side betyr det ikke at noen bestemt samværsrett kan utledes av bestemmelsen.¹⁴⁵ Rettspraksis fra EMD viser at de vil overvåke både medlemsstatenes begrensninger i samværsretten og at tiltak iverksettes for å beskytte denne retten. EMD uttalte i Johansen mot Norge:

“However, a stricter scrutiny is called for both of any further limitations, such as restrictions placed by those authorities on parental rights and access, and of any legal safeguards designed to secure an effective protection of the right of parents and children to respect for their family life.”¹⁴⁶

EMD skiller ikke mellom samvær i barnevernssaker og rent privatrettslige samværstviser fordi de ulike nasjonale betegnelsene etter EMD sin mening er uinteressante.¹⁴⁷ Det kan da se ut til at EMD mener medlemsstatene aktivt skal sikre samvær mellom foreldre og barn, uten hensyn til sakstype. Dette ville ikke vært hensiktsmessig i de rent privatrettslige samværstvistene, ved samvær når foreldrene ikke bor sammen. Det ville medført en samværsplikt, som blant andre Norge har ansett for å kunne være i strid med barnets beste, og av den grunn har valgt å ikke lovfeste.¹⁴⁸ I Glaser mot Storbritannia, hvor far de siste fire årene ikke hadde hatt samvær som fastsatt, kom EMD frem til at en handlingsplikt foreligger for den forelder som selv ønsker samvær.¹⁴⁹

¹⁴⁵ Reed (2008) s. 632 punkt 6.40.

¹⁴⁶ Johansen v Norway 1996-III avsnitt 64. Mor ble fratatt omsorgen for datteren sin og ble ikke tilkjent samvær etter at barnet ble tatt hånd om av barnevernet. Barnet var flyttet til fosterforeldre hvor det var snakk om adopsjon. Selv om dette er en barnevernsak benytter EMD seg av den samme vurderingen ved barnefordelingssaker. At EMD ikke skiller mellom disse ser man også i Elsholz v Germany 13. July 2000 avsnitt 49-50 (EMD viste til avgjørelser i barnevernssaker samtidig som saken gjaldt barnefordeling), Se Søvig (2008) s. 212.

¹⁴⁷ Vedlegg 2 til NOU 2008:9 s. 114 av Søvig.

¹⁴⁸ Dette tok barnlovutvalget stilling til allerede i 1977:35 s. 78 punkt 9.7 og standpunktet er oppretholdt i NOU 2008:9 s. 66 punkt 9.5. Se motsatt Storbritannia punkt 5.7.

¹⁴⁹ Glaser v The United Kingdom 13. December 2000.

”Nor can the Court accept the applicant’s argument that the initiative in pursuing enforcement should lie with the domestic courts once he had presented them with evidence of the mother’s flagrant refusal to comply with the court order. It is the widespread practice throughout Council of Europe States for the plaintiffs or claimants in civil proceedings to bear substantial responsibility for their conduct and direction. It is, after all, their own rights and obligations which are at stake in the proceedings and their active participation can hardly be dispensed with in the normal course of events. Indeed, parental participation in the proceedings concerning children is required by Article 8 in order to ensure protection of their interests.”¹⁵⁰

Et unntak må gjelde for barnebortføringstilfellene.¹⁵¹ I disse tilfellene krever EMD at medlemsstatene handler av eget initiativ. Dette kan blant annet utledes av *Iosub Caras mot Romania* som omhandlet delt bosted:

”Bearing in mind that the Hague Convention is an international instrument binding on States, it is primarily for the States and not for the private individuals to regulate their behaviour in such a way as to ensure respect for this Convention.”¹⁵²

EMD brukte Haag-konvensjonen for å se om det har vært en krenkelse av retten til respekt for familieliv.¹⁵³ Haag-konvensjonens artikkel 7 om fullbyrding av blant andre samværsrettigheter, jfr. artikkel 6, setter krav til medlemsstatene til å iverksette tiltak for gjenforening.

¹⁵⁰ Ibid. avsnitt 70.

¹⁵¹ Sjøvig (2008) s. 216.

¹⁵² *Iosub Caras v Romania* 11.December 2006 avsnitt 35.

¹⁵³ 1988 Lov om anerkjennelse og fullbyrding av utenlandske avgjørelser om foreldreansvar m v og om tilbakelevering av barn (barnebortføringsloven) av 7. august nr 72.

6.1.3 "Positive obligations"

EMK art. 8 setter begrensninger for myndigheters inngrep i borgernes utøvelse av privatliv og familieliv. Bestemmelsen stiller også positive handlingskrav til medlemsstatene, se blant annet Airey mot Irland:

"However, although the object of Article 8 ... is essentially that of protecting the individual against arbitrary interference by the public authorities, it does not merely compel the State to abstain from such interference: in addition to this primarily negative undertaking, there may be positive obligations inherent in an effective respect for private or family life ..."¹⁵⁴

I vår sammenheng hvor problemet ligger i at en avgjørelse av samværsrett ikke alltid kommer i stand som fastsatt, som oftest fordi den andre forelderen ikke samarbeider, betyr det at det er et krav til at vi har håndhevelsesmekanismer som kan gjennomføre en fastsatt samværsrett. Staten har med andre ord et ansvar for privates handlinger og unnlatelser.¹⁵⁵

Kravet til at staten handler utløses i Norge ved at samværsforelderens begjærer tvangsmulkt. Staten kan på dette tidspunkt bli dømt for brudd på EMK artikkel 8 hvis de ikke oppfyller kravet til beskyttelse av retten til respekt for familielivet. I Hokkanen mot Finland, hvor faren ikke hadde fått samværsrett til sin datter som bodde hos sine besteforeldre, uttalte EMD:

"From the foregoing it cannot be said that, bearing in mind the interests involved, the competent authorities, prior to the Court of Appeal's judgment of 21 October 1993, made reasonable efforts to facilitate reunion. On the contrary, the inaction of the authorities placed the burden on the applicant to have constant recourse to a succession of time-consuming and ultimately ineffectual remedies to enforce his rights. Accordingly, the Court concludes that, notwithstanding the margin of appreciation enjoyed by the competent authorities, the non-

¹⁵⁴ Airey v Ireland (1979) A 32, avsnitt 32. Reed (2008) s. 601.

¹⁵⁵ Søvig (2008) s. 213. At staten har en handlingsplikt på et privatrettslig område som dette kalles "horizontal effect", se Reed (2008) s. 58 punkt 1.62.

enforcement of the applicant's right of access from 10 May 1990 until 21 October 1993 constituted a breach of his right to respect for his family life under Article 8"¹⁵⁶

En enstemmig rett kom til at Finland krenket EMK art. 8 da de ikke hadde respektert farens samværsrett. Det var ikke mangel på håndhevningmekanismer, men det faktum at myndighetene ikke hadde benyttet seg av dem som ble utslagsgivende. Finland hadde på domstidspunktet de samme mekanismene til rådighet som Norge har ved tvangsfullbyrding av avgjørelse om fast bosted: fysisk avhenting av barnet av forelder eller namsmann og tvangsbot.¹⁵⁷ Det var kun tvangsbot som var ilagt, og denne ble aldri betalt. EMD mente at myndighetene mer aktivt skulle gått inn for å få samværsretten gjennomført.

6.1.4 "Margin of appreciation"

Hvordan medlemsstatene skal ivareta retten til samvær er opp til hver enkelt stat å avgjøre. Medlemsstatene nyter en skjønnsmargin ved valg av gjennomføringsmetoder. Dette er uttalt i blant annet X og Y mot Nederland:

"... the choice of the means calculated to secure compliance with Article 8 ... in the sphere of the relations of individuals between themselves is in principle a matter that falls within the Contracting States' margin of appreciation."¹⁵⁸

Og I Süss mot Tyskland gikk EMD lenger ved å skille mellom den skjønnsmargin medlemsstatene har ettersom det er snakk om omsorg eller samvær:

"The margin of appreciation to be accorded to the competent national authorities will vary in accordance with the nature of the issues and the importance of the interests at stake. Thus, the Court has recognised that the authorities enjoy a wide margin of appreciation, in particular

¹⁵⁶ Hokkanen v Finland 23. September 1994 avsnitt 61 og 62.

¹⁵⁷ Lag 523/75 om verkställighet av beslut som gäller vårdnad om barn och umgängesrätt 5 §. På skrivende tidspunkt er det Lag om verkställighet av beslut beträffande vårdnad om barn och umgängesrätt 16.8.1996/619 17 § og 17 § som gjelder for tvangsfullbyrdelse av avgjørelse om samværsrett.

¹⁵⁸ X and Y v Netherlands (1985) A 91 avsnitt 24. Reed (2008) s. 602.

when deciding on custody. However, a stricter scrutiny is called for as regards any further limitations, such as restrictions placed by those authorities on parental rights of access, and as regards any legal safeguards designed to secure an effective protection of the right of parents and children to respect for their family life.”¹⁵⁹

Det kan se ut til at EMD ønsker å gi samværsretten sterkere beskyttelse enn retten til fast bosted fordi samværet må anses å være minimum av kontakt barn og foreldre bør ha krav på.

Hvilke momenter som skal tillegges vekt ved spørsmål om tvangsfullbyrdelse av avgjørelse om samvær kommer tydelig frem i Hokkanen mot Finland¹⁶⁰ der det ble uttalt i avsnitt 58:

“The Court recalls that the obligation of the national authorities to take measures to facilitate reunion is not absolute, since the reunion of a parent with a child who has lived for some time with other persons may not be able to take place immediately and may require preparatory measures being taken to this effect. The nature and extent of such preparation will depend on the circumstances of each case, but the understanding and co-operation of all concerned will always be an important ingredient. Whilst national authorities must do their utmost to facilitate such co-operation, any obligation to apply coercion in this area must be limited since the interests as well as the rights and freedoms of all concerned must be taken into account, and more particularly the best interests of the child and his or her rights under Article 8 ... of the Convention. Where contacts with the parent might appear to threaten those interests or interfere with those rights, it is for the national authorities to strike a fair balance between them...”¹⁶¹

Samværsretten skal ikke komme i stand for enhver pris. Det må ses på den konkrete sak og bruk av tvang bør være begrenset. Nasjonale myndigheter må veie hensynet til barnets beste mot hensynet til foreldrenes rett til samvær. Størst vekt skal legges på hensynet til barnets beste.

¹⁵⁹ Süss v Germany 10. November 2005 avsnitt 87.

¹⁶⁰ Hokkanen v Finland 1994-09-23.

¹⁶¹ Dette er senere uttalt i blant andre Sylvester v Austria 2003-04-24 avsnitt 58 og Glaser v The United Kingdom 13 December 2000 avsnitt 66..

6.1.5 "Necessary in a democratic society"

Når en forelder ønsker samværsrett kan det bare nektes hvis det er "nødvendig i et demokratisk samfunn". Det kommer frem i blant annet *Süss mot Tyskland* hvor det ble uttalt:

"In determining whether the suspension of access was "necessary in a democratic society", the Court has to consider whether, in the light of the case as a whole, the reasons adduced to justify this measure were relevant and sufficient for the purposes of paragraph 2 of Article 8. Undoubtedly, consideration of what lies in the best interest of the child is of crucial importance in every case of this kind."¹⁶²

I denne avgjørelsen ble det ikke ansett å være en krenkelse av EMK artikkel 8 da tyske domstoler hadde kommet til at tvangsgjennomføring ville påføre barnet psykiske skadevirkninger.¹⁶³ Avgjørende vekt var lagt på barnets mening; hun hadde klart gitt uttrykk for at hun ikke ønsket samvær med sin far da hun var ti år, og dette opprettholdt hun da hun ble tolv. Barnets klare ønske måtte overgå farens interesser.¹⁶⁴ Dette tyder på at norsk rettspraksis er i samsvar med EMD. I Norsk rett er det flere eksempler på at retten har sett det umulig å ilegge tvangsbortsett når barnet bestemt har motsatt seg samvær eller barnet var utsatt for psykiske skadevirkninger.

Hvor samværsrett er fastsatt, men den allikevel ikke kommer i stand, vil ikke det automatisk medføre brudd på EMK artikkel 8. Det avgjørende må etter EMD sin mening være:

¹⁶² *Süss v Germany* 10 November 2005 avsnitt 86.

¹⁶³ *Op.cit* avsnitt 90-91.

¹⁶⁴ *Ibid.*

“What is decisive is whether the national authorities have taken all necessary steps to facilitate reunion as can reasonably be demanded in the special circumstances of each case ...”¹⁶⁵

6.1.6 ”Relevant and sufficient”

I *Glaser mot Storbritannia*, hvor en far ikke hadde fått oppfylt sin samværsrett, fremholdt EMD at de ikke skal erstatte nasjonale domstoler i avgjørelsen av om og i så fall hvordan samværsretten skal håndheves. De kan derimot kontrollere at begrunnelsen for avgjørelse om tvangsfullbyrdelse av samværsrett var relevant og fyldestgjørende. EMD uttalte:

“Where the measures in issue concern parental disputes over their children, however, it is not for the Court to substitute itself for the competent domestic authorities in regulating contact questions, but rather to review under the Convention the decisions that those authorities have taken in the exercise of their power of appreciation. In so doing, it must determine whether the reasons purporting to justify any measures taken with regard to an applicant’s enjoyment of his right to respect for family life are relevant and sufficient ...”¹⁶⁶

Dette betyr at norske domstoler må ha klare begrunnelser i kjennelsene. Momentene ved umulighetsvurderingen og veiingen av dem må være tydelige.

Ofte blir også lengden på avgjørelsesprosessen hevdet å være brudd på EMK, herunder EMK artikkel 6 § 1 ”right to a fair hearing within a reasonable time”. I *Skugor mot Tyskland* ble det ansett å være en krenkelse av artikkel 6 da samværsavgjørelsen hadde tatt 3 år og 10 måneder, men det ble ikke ansett som brudd på artikkel 8 at han ikke hadde fått innvilget samvær.¹⁶⁷

6.2 FNs Barnekonvensjon

Norge er forpliktet etter Barnekonvensjonens art. 9 nr. 3:

¹⁶⁵ *Hokkanen v Finland* 23. September 1994

¹⁶⁶ Avsnitt 64.

¹⁶⁷ *Skugor v Germany* 10 May 2007 (Fra ”Press release”, avgjørelsen finnes kun på fransk.) Se nærmere om manglende saksfremdrift i *Søvig* (2008) s. 217.

”Partene skal respektere den rett et barn som er atskilt fra en eller begge foreldre har til å opprettholde personlig forbindelse og direkte kontakt med begge foreldrene regelmessig, med mindre dette er i strid med barnets beste.”

Bestemmelsen regulerer samværsretten både hvor barnet er adskilt fra begge foreldrene, typisk i barnevernssaker, og hvor barnet er adskilt fra den ene forelderen, typisk når foreldrene ikke bor sammen. Den gir barnet krav på samvær med begge sine foreldre med det unntak at det ikke vil være til det beste for barnet. Bestemmelsen går ikke lenger enn bl. § 42 og § 48, men en bestemmelse om barnets rett til samvær som en internasjonal forpliktelse legger et ytterligere press på partene, være seg Norge som lovgivningsmyndighet, retten som dømmende myndighet eller foreldrene som samarbeidspartnere. Det er ikke knyttet noen domstol eller noe domstollignende organ til Barnekonvensjonen.

6.3 CEFL

CEFL står for ”The Community of European Family Law” og inneholder prinsipper om europeisk familierett om foreldreansvar.¹⁶⁸ En ekspertgruppe kalt ”Commision on European Familiy Law” utarbeider disse. Den ble lansert i desember 2004, og målet er en harmonisering av europeisk familierett. Norge har ikke blitt medlem av denne sammenslutningen, men blant annet utvalget i NOU 2008:9 viser ofte til prinsippene nedfelt i denne. Disse prinsippene er relevante ut fra en rettskulturell innfallsvinkel.¹⁶⁹ I principle 3:39 har CEFL anbefalt at tvangsgjennomføring av avgjørelser skal være tilgjengelig.¹⁷⁰

¹⁶⁸Søvig Vedlegg 2 til NOU 2008:9 s. 112.

¹⁶⁹ Ibid.

¹⁷⁰ NOU 2008:9 s. 86 og 87.

6.4 Haag-konvensjonen

Haag-konvensjonen er i Norge inntatt i barnebortføringsloven.¹⁷¹ Konvensjonen vil få anvendelse hvor en forelder har fått foreldreansvar mv. (for vårt tilfelle samværsrett) i ett av medlemslandene, men hvor barnet har blitt tatt ut av landet av den andre forelder eller andre personer. Barnebortføringsloven art. 6 sett i sammenheng med EMK art. 8 gir den staten barnet er blitt bortført til, en rett og plikt til å fullbyrde en slik avgjørelse (om for eksempel samværsrett) under den forutsetning at avgjørelsen kan danne grunnlag for fullbyrdelse, jfr. blant andre *Iosub Caras mot Romania*.¹⁷²

¹⁷¹ Lov om anerkjennelse og fullbyrding av utenlandske avgjørelser om foreldreansvar m v og om tilbakelevering av barn (barnebortføringsloven) av 7. august nr 72 1988.

¹⁷² *Iosub Caras v Romania* 11. December 2006.

7 Trenger vi alternative håndhevingsmekanismer?

7.1 NOU 2008:9 - Et slag i luften?

I NOU 2008:9 ”Med barnet i fokus” har et flertall på 9 kommet til at fysisk avhenting av barnet også bør være tilgjengelig for samværstilfellene.¹⁷³ På side 86 uttalte utvalget: ”Uten et tilfredsstillende fullbyrdelsessystem kan barnelovens materielle regler om samvær, foreldreansvar og bosted, bli et slag i luften.”

En slik lovendring vil etter deres syn ha en viktig preventiv effekt. Det gir et klart signal om at manglende samarbeid og sabotering av samvær vil kunne medføre tvangshenting av barnet. Det ble også lagt vekt på at EMK stiller krav om internrettslige regler som sikrer borgerne en effektiv gjennomføring og oppfyllelse av konvensjonsrettigheter så vel som nasjonale rettsavgjørelser. Utvalget uttaler også at fysisk avhenting skal være et siste skritt, og at umulighetsprinsippet må fungere som en skranke for de tilfeller hvor barnet har gitt klart uttrykk for at det ikke ønsker samvær.

7.2 Alternative virkemidler

Regjeringen har vurdert og konkludert i St.meld. nr. 8 (2008-2009) at fysisk avhenting av barnet ikke er en tilfredsstillende løsning på samværsproblematikken.¹⁷⁴ Det fremholdes at selv om et slikt virkemiddel kan ha en preventiv effekt, kan ikke det veies opp mot den psykiske belastningen og den negative effekten det kan ha på omsorgssituasjonen til barnet. Regjeringen ser også på den mulig eskalerende konflikten mellom foreldrene som fysisk avhenting kan skape. Det faktum at det ved samværsavgjørelser kan bli snakk om flere tvangshentinger taler også mot en lovendring. Regjeringen er ikke tilfreds med utvalgets forslag og ønsker flere alternativer på banen.

¹⁷³ Mot et mindretall på 2.

¹⁷⁴ I punkt 5.7.7.4.

7.3 Rettspolitiske vurderinger

Forslaget utvalget til NOU 2008:9 la frem om å innføre regler om fysisk avhenting av barn også i samværstilfellene har etter min mening de beste grunner for seg. Men regjeringens konklusjon i St.meld. nr. 8 2008-2009 kan tyde på at en slik endring ikke vil materialisere seg. Barne- og likestillingsminister Anniken Huitfeldt uttalte til Aftenposten onsdag 7. april i år at hun ikke ønsket å innføre fysisk henting av barn til samvær. Dette må sies å være en sterk føring i retning av at utvalget sitt forslag ikke vil bli fulgt opp. Hun ønsker å se på alternativer til fysisk henting av barnet og nevner særskilt tre av dem: mekling i større grad, heve størrelsen på tvangsboten og få sakene raskere tilbake i rettsapparatet når samværsavtaler ikke holdes.

Rettspraksis viser at blir tvangsboten satt for høyt vil den ikke fungere som et pressmiddel fordi bostedsforelderens ikke vil kunne betale den. Det er derfor den skal fastsettes etter bostedsforelderens formuesforhold. For de tilfellene hvor bostedsforelderens er ubemidlet vil ikke tvangsbot være noe effektivt pressmiddel. Boten vil uansett ikke kunne betales. I Gulating lagmannsretts kjennelse av 10. mars 2009 ila lagmannsretten 1000 kr for hver gang samværsretten ikke kom i stand. Den sakkyndiges utredning er inntatt i kjennelsen, og hvor den sakkyndige uttalte at bostedsforelderens ikke nærte frykt for å bli idømt bot siden hun var ubemidlet. Her står vi overfor et reelt problem. Tvangsboten har for det første ikke virket preventivt, bostedsforelderens frykter ikke boten. For det andre blir boten rett og slett ikke betalt.

Større grad av mekling er gjennomgått og foreslått av Barnefordelingsprosessutvalget i NOU 1998:17 og i Ot.prp.nr.11 (2005-2006). Det er derfor tvilsomt om nok en gjennomgang av reglene om mekling vil føre til noen bedre løsninger.

Ved å se på muligheten til å få sakene raskere tilbake i rettsapparatet må det blant annet ses hen til den påkjenning slike saker er for partene i saken. Det er også kostbart å føre sak for retten. Hvis partene ikke har fri saksførsel kan det sette begrensninger for muligheten til å

fortsette kampen. Det kan på den annen side være viktig å få saken raskere tilbake i rettsapparatet fordi tiden er knapp når tvistegjenstanden er et barn.

Det ser ikke ut til at utvalget og regjeringen er uenig i momentene som taler for og i mot en innføring av en regel om fysisk avhenting av barn i samværstilfellene. Det er vektleggingen av de ulike momentene de er uenige om. Det er særlig muligheten for at det kan bli snakk om flere tvangshentinger som blir fremholdt som et tungtveiende argument mot å opprette en slik adgang. På den annen side er barnet allerede utsatt for tvangshenting hvor det er samværsforelderen som holder tilbake barnet. Da har bostedsforelderen adgang til å kreve avgjørelse om bosted eller foreldreansvar tvangsfullbyrdet, jfr. bl. § 65 (1). Med tanke på hvor ofte samværsforelderen kan ha samværsrett vil barnet allerede i dag være utsatt for tvangshenting ved flere anledninger.

Adgangen samværsforelderen har til å kreve endringssak om fast bosted, jfr. bl. § 43 (5) jfr. § 64, kan være et alternativ til tvangsbortsettelse for de tilfeller hvor bostedsforelder saboterer samværet. Høyesterett har ved et par anledninger endret en samværsavgjørelse slik at samværsforelderen får bostedskompetansen.¹⁷⁵ Dette skjedde senest i Rt 2005 s. 682. Det ti år gamle barnet hadde bodd de siste seks årene hos sin mor, og jevnlig samvær med far hadde ikke funnet sted på tre år. Det var antatt at flytting ville medføre et drastisk miljøskifte for henne. Hun ønsket ikke samvær med sin far, men retten antok at moren var skyld i barnets negative oppfatning av faren. Retten fant at moren neppe ville samarbeide om fars samværsrett. Høyesterett ga faren den daglige omsorgen med den begrunnelse at dette ville gi barnet best mulig stabilitet og best mulig kontakt med begge foreldrene. Høyesterett har vist at de er villig til å endre samværsavgjørelser til fordel for samværsforelderen til tross for barnets eget ønske og at det har gått svært lang tid siden barnet har hatt samvær med samværsforelderen. Hvilken effekt det har hatt at usikkert. Men det faktum at det finnes eksempler på at bostedsforelderen har uttalt at hun ikke frykter tvangsbortsettelsen må sies å være en pekepinn på at en slik adgang ikke virker avskrekkende nok til å få

¹⁷⁵ Rt. 1982 s. 116, Rt, 1991 s. 1148 og Rt. 1997 s. 797.

en bostedsforelder samarbeidsvillig. Det må også tas høyde for at en samværsforelder nettopp ønsker den retten den har, men ikke får. En endring til fast bosted kan medføre store endringer som ikke nødvendigvis er ønskelig for samværsforelderens. Det trenger heller ikke være slik at bostedsforelderens ikke egner seg til å ha bostedskompetansen og at det derfor vil være til det beste for barnet fortsatt å ha fast bosted hos denne.

Sett i forhold til våre menneskerettighetsforpliktelser er spørsmålet om en lovendring må anses påkrevd. Norge har mekanismer til å gjennomføre samvær, både mekling og tvangsmulkt skal og kan benyttes. Forslag om bruk av fysisk tvang for å gjennomføre samvær vil øke muligheten for å få i stand samvær, men etter min mening er ikke det en fullbyrdelsesmåte vi *må* ha for å sikre den beskyttelsen artikkel 8 krever. EMD ser heller ut til å være skeptisk til tvangsbruk. Domstolen legger avgjørende vekt på at hvis en avgjørelse om samvær ikke kan gjennomføres, skal den være begrunnet relevant og fyllestgjørende. Det medfører etter min mening at hovedfokus bør være rettet mot umulighetsvurderingen. Samværsrett er tilkjent, men retten kommer likevel til at samværet ikke kan komme i stand som fastsatt. Her må det stilles strenge krav til at avgjørelsen er tilstrekkelig begrunnet og at det er benyttet relevante momenter ved avgjørelsen.

For å oppnå dette kravet kan opprettelse av særdomstol være et alternativ. I NOU-1998-17 ble det diskutert hvorvidt vi burde opprette en særdomstol for barnefordelingssaker. Flertallet kom til at det ikke ville være noe vunnet ved å opprette en slik særdomstol. Konklusjonen ble fulgt opp i Ot prp nr. 29 (2002-2003).¹⁷⁶ Men i rundbrev til dommere, advokater og sakkyndige – ”Saksbehandlingen av barnefordelingssaker etter barneloven” fra 4. februar 2009 uttales det på side 10: ”Sett på bakgrunn av at saksbehandlingsreglene gir spesielle utfordringer i dommerrollen, kan det ved domstoler av en viss størrelse være formålstjenlig å vurdere å kanalisere barnefordelingssaker til spesielt interesserte og kompetente dommere. Dette vil kunne fremme en best mulig behandling av sakene, samt bidra til mer ensartet saksbehandling.” På denne måten kan fordelene ved en særdomstol

¹⁷⁶ På s. 72 flg.

bli videreført til vanlige domstoler. Problemet vil være hos domstoler med få dommere. Der vil de ikke ha mulighet til å velge saker ut fra interesse. Hensynet til at det er ønskelig at dommere skal få bred kunnskap og erfaring kan tilsa at slike interesseutvalg ikke bør finne sted.

Å gjøre det straffbart for en forelder å holde barnet tilbake fra samværsforelderen vil kunne være et alternativ til bruk av tvangshenting. Det vil kunne ha en viktig preventiv effekt. På den annen side ble fengselsstraff sett på som et lite godt fungerende virkemiddel i Storbritannia. Det vil føre store betenkeligheter med seg å frata barnet dens omsorgsperson. Av denne grunn innførte Storbritannia nylig en adgang for retten til å avgjøre at den ikke samarbeidende forelderen skal kunne straffes ved å måtte arbeide uten lønn. En form for tvangsarbeid vil kanskje kunne fungere som et alternativt virkemiddel også i Norge. Men også dette kan få ringvirkninger for barnet. Medfører en slik ordning at bostedsforelderen mister inntekt, vil et slikt alternativ ha de samme virkningene for barnet som kutt i bidraget får. Det vil påvirke barnet negativt at bostedsforelderen har mindre penger.

Alle alternativene som her er diskutert vil ha negative konsekvenser for barnet. Av den grunn blir det viktig å se på alternativenes preventive effekt. En trussel om fysisk avhenting vil ha en sterk preventiv effekt. Ved en lovendring vil hensynet til barnets beste fortsatt bli ivaretatt. Tvangshenting skal ikke skje hvor retten kommer til at tvangsfullbyrdelse av samværsretten vil være umulig. På denne måten vil rettssikkerheten til alle involverte parter være ivaretatt på best mulig måte.

8 Litteraturliste

8.1 Bøker

Backer, Inge Lorange. *Barneloven Kommentarutgave*. 2. utgave, Oslo, 2008.

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

Falkanger, Thor, Flock, Hans og Waaler, Thorleif. *Tvangsfullbyrdelse Kommentarutgave*. 4. utgave, Oslo, 2008.

Holgensen, Gudrun. *Barnerett*. Kristiansand, 2008.

Hov, Jo. *Rettergang I-III*. 2. utgave, Oslo, 2007.

Kjølborg, Gunn-Mari, Johansen, Sigrud Redse. *Barnefordelingstvister*. Oslo, 2006.

Reed, Robert og Murdoch, Jim. *A Guide to Human Rights Law in Scotland*. 2. utgave, Edinburgh, 2008.

Skjørten, Kristin. *Samlivsbrudd og barnefordeling*. Oslo, 2005.

Skoghøy, Jens Edvin A. *Tvistemål* 2. utgave, Oslo, 2001.

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

8.2 Artikler

Doughty, Julie. *Children and Adoption Act 2006: Enforcement of Contact by Resident Parents and Children*. I: Family Law vol. 38 December 2008 s. 1241-1242,

Haugli, Trude. *Samværsrett – samværsplikt?* I: Rettfærd nr. 60 1993 s. 76.

Haugli, Trude. *Er barnet i fokus?* I: Tidsskrift for familie- arv- og barnerett 2008 nr. 3.

Haugli, Trude. *Lov om barn og foreldre.* I: Jussens Venner 2007 s. 325.

Jensen, An-Magritt. *Barn som bor med far bor også med mor.* I: Samfunnsspeilet nr. 2, 2005.

Koch, Katrin. *Evaluering av saksbehandlingsreglene for domstolene i barneloven.*

Mahoney, Margaret M. “*The enforcement of child custody orders by contempt remedies*” I: University of Pittsburgh Law Review Vol. 68:835 2007. Professor of Law, University of Pittsburgh.

Søvig, Karl Harald. *Nyere avgjørelser fra EMD om statens ansvar i barnefordelingssaker.* I: Tidsskrift for familirett, arverett og barnevernrettslige spørsmål Nr.3 / 2008 / årgang 6.

8.3 Lovgivning

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

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

1992 Lov om tvangsfullbyrdelse (tvangsfullbyrdelsesloven) av 26. juni nr. 86.

1989 FNs konvensjon om barns rettigheter (Barnekonvensjonen) av 20. november.

1988 Lov om anerkjennelse og fullbyrding av utenlandske avgjørelser om foreldreansvar m v og om tilbakelevering av barn (barnebortføringsloven) av 7. august nr 72.

- 1981 Lov om endringer i lov av 8. april nr. 7 om barn og foreldre: LOV-1989-03-03-8
- 1981 Lov om barn og foreldre av 8. april nr. 7.
- 1967 Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) av 10. februar.
- 1956 Lov om born i ekteskap (bie.) av 21. desember nr. 9.
- 1956 Lov om born utanom ekteskap (bue.) av 21. desember nr. 10.
- 1950 Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) Roma 4. November.
- 1915 Lov om foreldre og ektebarn av 10. april
- 1902 Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven) av 22. mai nr. 10.

Föräldrabalken (1949:381) [Sverige]

Lag angående vårdnad om barn och umgängesrätt 8.4.1983/361 [Finland]

Lag om verkställighet av beslut beträffande vårdnad om barn och umgängesrätt 16.8.1996/619 [Finland]

8.4 Forarbeider

Til barneloven

- NOU 1977:35 Lov om barn og foreldre (barneloven)
- NOU-1998-17 Barnefordelingssaker

NOU 2008:9	Med barnet i fokus – en gjennomgang av barnelovens regler om foreldreansvar, bosted og samvær
St.meld. nr. 8 (2008-2009)	Om menn, mansroller og likestilling
Ot.prp.nr.103 (2004-2005)	Barnelova mv. (omfang av samvær, styrking av meklingsordningen, tiltak for å beskytte barn mot overgrep, foreldreansvar etter dødsfall, tilbakebetaling av barnebidrag mv.)
Ot prp nr. 29 (2002-2003)	Barneloven mv. (Nye saksbehandlingsregler i barnefordelingssaker for domstolene mv.)
Ot.prp. nr. 65 (2001-2002)	Rettergangslovgivningen m.m. (bortfall av funksjonsbetegnelser på domstolene m.m.)
Ot.prp.nr.56 (1996-1997)	Lov 8. april 1981 nr 7 om barn og foreldre (barnelova)
Innst. O. nr. 23 (1988-1989)	
	Rundbrev til dommere, advokater og sakkyndige - saksbehandlingen av barnefordelingssaker etter barneloven. (04.02.09)
	<u>Til tvangsfullbyrdsloven</u>
Ot.prp.nr.65 (1990-1991)	Tvangsfullbyrding og midlertidig sikring (tvangsfullbyrdingsloven)
Ot.prp.nr.44 (1987-1988)	
	<u>Til fremmed rett</u>
SOU 2005:43	Vårdnad - Boende - Umgänge. Barnets bästa, föräldrars ansvar.

prop. 1982/83:165 Om verkställighet av avgöranden om vårdnad eller umgänge
m.m.

Förordning om verkställighet av beslut beträffande vårdnad om barn och umgängesrätt
18.10.1996/729.

“Making Contact Work” Children Act Sub-Committee of the Lord Chancellor’s Advisory
Board on Family Law, 2001. Children Act Sub-Committee of the Lord Chancellor’s
Advisory Board on Family Law, 2002.

Green Paper, Parental Separation: Children’s Needs and Parents’ Responsibilities, Cm
6273 (TSO, 2004).

8.5 Rettsavgjörelser

Rt. 1939 s. 423	Rt. 1988 s. 708
Rt. 1940 s. 155	Rt. 1989 s. 489
Rt. 1960 s. 1214	Rt. 1990 s. 1048
Rt. 1970 s. 703	Rt. 1990 s. 470
Rt. 1982 s. 116	Rt. 1991 s. 1148
Rt. 1982 s. 1719	Rt. 1992 s. 892
Rt. 1983 s. 897	Rt. 1994 s. 885
Rt. 1983 s. 1546	Rt. 1994 s. 940
Rt. 1984 s. 403	Rt. 1995 s. 687
Rt. 1987 s. 238	Rt. 1996 s. 888
Rt. 1987 s. 456	Rt. 1997 s. 797
Rt. 1997 s. 1261	Rt. 2000 s. 515
Rt. 1997 s. 1387	Rt. 2001 s. 34
Rt. 1997 s. 1557	Rt. 2001 s. 1096
Rt. 1997 s. 2012	HR-2001-1019
Rt. 2000 s. 90	HR-2001-517

Rt. 2000 s. 177

Borgarting lagmannsrett	- Kjennelse: 2009-01-20.
Hålogaland lagmannsrett	- Kjennelse: 2009-02-26.
Gulating lagmannsrett	- Kjennelse: 2009-03-10.
Agder lagmannsrett	- Kjennelse: 2009-02-27.
Borgarting lagmannsrett	- Kjennelse: 2009-01-16.
Gulating lagmannsrett	- Kjennelse: 2008-01-11.
Borgarting lagmannsrett	- Kjennelse: 2008-07-11.
Frostating lagmannsrett	- Kjennelse: 2007-03-20.
Borgarting lagmannsrett	- Dom: 2007-01-09.
Hålogaland lagmannsrett	- Kjennelse: 2002-07-1.
Borgarting lagmannsrett	- Kjennelse: 1999-12-17.
Fredrikstad tingrett	- Kjennelse: 2008-11-11.

EMD

Airey v Ireland

Glaser v United Kingdom

Hokkanen v Finland

Iosub Caras v Romania

Johansen v Norway

Olsson v Sweden

Skugor v Germany

Süss v Germany

Sylvester v Austria

X and Y v Netherlands

8.6 Nettdokument

<http://www.ssb.no/ssp/utg/200502/05/> [Sisert 27.01.09].

<http://www.regeringen.se/sb/d/5073/a/45564> [Sisert 19.02.09].

<http://lawreview.law.pitt.edu/issues/68/68.4/Mahoney.pdf> [Sisert 20.03.09]

www.finlex.fi (Finsk nettside, tilsvareer Lovdata) [Sisert 15.04.09]

www.aftenposten.no [sisert 08.04.09]

Sandberg, Kirsten *Kommentarer til barnelova I*: Gyldendal Rettsdata nettversjon. [Sisert 12.03.09].